

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



المركز الاحتكاري و إساءة استعماله في

التشريع الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم في القانون

تخصص

قانون خاص

تحت إشراف

أ. بن مرزوق عبد

من إعداد الطالب:

الأستاذ

بخدة كمال

القادر

أعضاء لجنة المناقشة:

جامعة تلمسان

أستاذ محاضر أ

أ.حوالف عبد الصمد

رئيسا.

جامعة تلمسان

أستاذ محاضر أ

أ. بن مرزوق عبد القادر

مشرفا و مقرا.

جامعة تلمسان

أستاذ التعليم العالي

أ.د كرزابي عبد اللطيف

مناقشا.

المركز الجامعي مغنية

أستاذ محاضر أ

أ. هاملي محمد

مناقشا.

المركز الجامعي غليزان

أستاذ محاضر أ

أ. عيساوي عبد النور

مناقشا.

السنة الجامعية 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ»

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة النساء آية 29.

إهداء:

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما.
إلى زوجتي العزيزة.
إلى قرة عيني ولداي "صالح" و "محمد".
إلى إخوتي الأعزاء كل بإسمه و زوجاتهم.
إلى كل أفراد عائلتي و إلى كل أصدقائي و زملائي.

كلمة شكر و تقدير

أتقدم بتقديري و شكري الجزيل إلى الأستاذ المشرف "الأستاذ بن مرزوق عبد القادر"، الذي لم يبخل علينا بنصائحه و توجيهاته طوال فترة إنجاز هذه الرسالة، والتي لم تكن لتبلغ ما بلغته من سداد و توفيق، من حيث

الشكل و المضمون، إلا بفضل ملحوظاته الثاقبة، فكان لفضله أعظم الأثر في نفسي، إذ أكرمني بحسن لقائه، كما أضفى بحواره الهادئ سكينة و إطمئنانا، و لقد رأيتُه عالما في فكره، عظيما في تواضعه، أمينا في نصحه. كما أتقدم بالشكر الجزيل للجنة المناقشة الموقرة، التي قبلت مناقشة هذه الرسالة.

قائمة لأهم المختصرات:

أولاً: باللغة العربية:

ج.ر: جريدة رسمية.

ج: جزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ص: صفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: طبعة.

ع: عدد.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

Aff. : affaire.

C. app. : Cour d'appel.

C.J.C.E. : Cour de justice des communautés européennes.

Cass. civ. : Cassation civile.

Cass. crim. : Cassation criminelle.

Cass.com. : Cassation commerciale.

Ed. : Édition.

Ch. : chambre.

J.O. : Journal officiel.

J.O.R.F. : Journal officiel de la République Française.

N°. : Numéro.

Op.cit : ouvrage précité.

p. : page.

v. : voir.

مقدمة:

تعتبر المنافسة ظاهرة تلازم الإنسان منذ الأزل ومستمرة استمرار الحياة لأنها نتيجة طبيعية للرغبة الموجودة لدى كلّ الناس في تحقيق الرخاء¹.

وتعدّ كلّ من كلمة "منافسة" و"مزاومة" مترادفتين وتؤديان نفس المعنى، فمن الناحية اللغوية يقصد بهما سعي عدد من الأشخاص لامتلاك الشيء ذاته، في حين تدل من الوجهة الاقتصادية على تسابق عدّة أشخاص في سوق واحدة نحو هدف اقتصادي، يرغب كلّ منهم في بلوغه على أكمل وجه وذلك عن طريق عرض منتجات أو خدمات قصد إشباع حاجات مماثلة أو متقاربة²، ولبلوغ هذا الهدف يسعى كلّ من يمارس نوعاً معيناً من التجارة أو مهنة معينة إلى القيام بعرض ما يميّز به منتجاته أو خدماته بهدف جذب العملاء، وهذا النوع من التنافس إذا كان في حدود ما يقضي به القانون وما تسيّر عليه العادات والأعراف السائدة في ذلك النوع من النشاط يكون أمر مرغوباً فيه بالنسبة للمؤسسات المتنافسة، لذا اعتبر الضرر الناشئ عن المنافسة ضرراً مشروعاً، وأنّ حالة المنافسة التجارية من الحالات التي يجيز فيها القانون إلحاق الضرر بالغير طالما كانت مشروعة³، ولا ريب أنّ هذا التنافس سيعود بالنفع على جمهور المستهلكين، حيث يصبحون أكثر قدرة على الحصول على المنتجات والخدمات ذات الجودة وبأفضل الأسعار، كما أنّه عن طريق المنافسة تكون ثمة حوافز حقيقية للمنتجين تدفعهم إلى زيادة الإنتاج وتطوير التكنولوجيا الخاصة بهم وتحسين جودة منتجاتهم وكذا خدماتهم، فالمنافسة إذا تحفّز على الابتكار وتخفيض الأسعار وتشجع تحسين الجودة وتزيد في ازدهار المجتمع ككل⁴.

¹ موالك بختة، التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادي الأولى عام 1424هـ الموافق ل19 يوليو 2003م، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول)، مجلة حوليات الجزائر، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 01، 2004، ص.18.

² جوزيف نخلة سماحة، المزاومة غير المشروعة- دراسة قانونية مقارنة-، مؤسسة عزّ الدين للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1991، ص.13.

³ أحمد محمد محرز الحقي، المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي (الصناعة- التجارة- الخدمات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص.09.

⁴ أحمد فتحي سرور، العالم الجديد بين الاقتصاد والسياسة والقانون، دار الشروق، مصر، 2005، ص.256.

وحتى تؤدي المنافسة هذا الدور، فيجب أن يتوافر فيها شرطان: الأول يتمثل في ضرورة أن تكون مشروعة ويعني ذلك أن تتسجم مع العادات والأعراف التجارية السائدة في السوق، الشرط الثاني ضرورة أن تكون المنافسة حرة، فممارسة النشاط التجاري يجب أن تكون حرة في متناول الجميع سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين من دون أية قيود تؤدي إلى إعاقة المنافسة¹، ويعتبر مبدأ حرية التجارة والصناعة أساساً قانونياً لحرية المنافسة، و غني عن البيان أن هذا المبدأ ما هو إلا انعكاس للأفكار الليبرالية التي جاءت بها الثورة الفرنسية، إذ يعود أصله إلى القانون الفرنسي لسنة 1791، لذلك نجد أن المنافسة الحرة مسألة ملازمة للتجارة أو الصناعة، فلا يتحقق الاعتراف بحرية النشاط التجاري والصناعي ما لم يضمن حق القيام بهذا النشاط في نظام تسوده المزاومة والتنافس، ويفرض مبدأ المنافسة الحرة امتناع الدولة عن تقييد المنافسة، أو تفضيل متنافس على حساب غيره².

غير أنه لا يجب أن يؤخذ هذا المبدأ على إطلاقه بترك الحرية المطلقة للأفراد والمؤسسات لاستخدام تلك الحرية للإضرار بالمنافسة، بل يقتضي الأمر وجود نظام قانوني يترتب قيوداً على هذه الحرية، تُملية حماية المنافسة الحرة ذاتها، وذلك بوضع الوسائل التشريعية التي تؤدي إلى التوازن بين المشروعات المتنافسة.

وبرزت ضرورة إيجاد ضوابط لحرية المنافسة للحدّ من كلّ تهوّر وانحراف وانسحاق أعمى وراء الأطماع وتمنع إساءة استعمال الحرية بجعلها وسيلة للغش والاستغلال وجني الأرباح غير المشروعة، وذلك محافظة على حرية المنافسة بالدرجة الأولى، وحماية للمتنافسين النزهاء، علاوة على صون مصلحة المستهلكين وحفاظاً على مصالح قطاعات اقتصادية عديدة مرتبطة بالمصلحة العامة³.

ثار التساؤل، لماذا نحن في حاجة إلى نظام قانوني للمنافسة؟ فالنظام القانوني يُوضع لينظم ويحمي ويحدد المحظورات وليصدر عقوبات عند مخالفتها. «فهل

¹ سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2012/2011، ص.01.

² كسال سامية، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة، الملتقى الوطني حول: "حرية المنافسة في القانون الجزائري"، يومي 03-04 أبريل 2013، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

³ جوزيف نخلة سماحة، المرجع السابق، ص.16.

المنافسة تحتاج إلى حماية؟ وهل تحتاج إلى تنظيم؟. الإجابة: "نعم": ليس لتوجيهها وإنما لكفالة الحرية لها بالرغم مما يبدو في هذا الأمر من تناقض¹.

وتعدّ الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي قننت تشريعات خاصة بالمنافسة، حيث أصدر الكونجرس الأمريكي سنة 1890 تشريعات عرفت باسم قانون شيرمان **SHIRMAN Act** لمكافحة ومناهضة الاحتكار وحماية المنافسة، ثم قانون كلايتون **The Clayton Act** وقانون رينسون وباتمان وغيرهم. أمّا في أوروبا بدأ الإطار القانوني لحماية المنافسة في الإتحاد الأوروبي منذ معاهدة روما التي أنشئت المجموعة الاقتصادية في دول الإتحاد الأوروبي لاسيما من خلال المواد 81، 82، 87، 133.

أمّا الوضع بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد مرّ بمرحلتين أساسيتين: مرحلة ما بعد الاستقلال مباشرة والتي تميّزت بتبني الجزائر للاقتصاد الاشتراكي مسايرة في ذلك الدول التي كانت تجد فيها قدوتها في كيفية إدارة الاقتصاد، وهو نظام يميّز بالاقتصاد الموجه القائم على مبدأ الاحتكار من طرف الدولة وعدم فسح المجال للمنافسة الحرة، وتبدأ المرحلة الثانية مع بداية الثمانينات بعد أن باشرت الجزائر جملة من الإصلاحات الاقتصادية هدفها تغيير النظام الاقتصادي الموجه نحو اقتصاد السوق²، هذا الأخير يكرّس مبدأ حرية التجارة والصناعة، وتجلت نية المشرّع بصفة واضحة من خلال دستور 1989 الذي أقرّ مبدأ حرية التملك ومهدّ بذلك لإرساء نظام اقتصادي حر³.

في هذا السياق، صدر أوّل قانون اهتم بالمنافسة هو القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار⁴ الذي ذكر بعض الممارسات المنافية للمنافسة واعتبرها غير مشروعة والجزاء المترتبة على ارتكابها، ونشير إلى أنّ هذا القانون لم يكن يهدف بصفة صريحة إلى حماية المنافسة، بل اهتم على وجه التحديد بنظام الأسعار، إلّا أنّه ساهم في وضع اللبنة الأولى التي تنبئ عن رغبة المشرّع في الاهتمام بالمنافسة وحمايتها كونه أشار إلى بعض

¹ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص.256.

² موالك بختة، المرجع السابق، ص.21.

³ ناصر مراد، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، المجلة القانونية الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 2010/02، ص. 137، 138.

⁴ القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 جويلية 1989 يتعلق بالأسعار، ج.ر، العدد 29 لسنة 1989.

الممارسات المقيدة للمنافسة مثل التعسف في وضعية الهيمنة من خلال المادة 27 منه.

وبعد مرور ستة سنوات على صدور هذا القانون صدر الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة¹، الذي ألغى جميع الأحكام المخالفة له ولاسيما القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار- سالف الذكر- وقد كرّس هذا الأمر بصفة نهائية وبعد تردد كبير مبدأ المنافسة الحرة ونظام الحرية الاقتصادية، وكان هذا الأمر يحتوي على مائة مادة وردت ضمن ستة أبواب، ومن أبرز ما جاء في هذا الأمر إنشاء هيئة عليا مكلفة بترقية المنافسة وحمايتها أطلق عليها اسم "مجلس المنافسة"، علاوة على وضعه لأحكام ردية تتمثل في ما رتبته من جزاء على الممارسات المنافية للمبادئ التنافسية التي وضعها²، وكان يُعاب على هذا الأمر 95-06 عدم منعه لممارسات أخرى خطيرة تقيد المنافسة مثل التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية وعدم توضيحه لبعض المفاهيم والإجراءات التي تكفل التطبيق السليم للقواعد التي جاء بها³.

ولتدارك النقض في أحكام الأمر رقم 95-06 و بالنظر لإتفاق الشراكة المبرم بين الجزائر و الإتحاد الأوروبي و الذي تم توقيعه في 22 أفريل 2002 خلال القمة الأوروبيةمتوسطة بمدينة فالنسيا الاسبانية حيث تضمن اتفاق الشراكة إدراج أحكام المنافسة، كان على المشرع الجزائري تكييف قانونه الداخلي للمنافسة مع ما تضمنه الإتفاق المذكور⁴، و عليه صدر أمر رئاسي جديد ألغى أحكام الأمر القديم، وهو الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة⁵، ولم يختلف هذا الأمر عن سابقه من حيث الهدف الذي جاء به وهو تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي الممارسات المقيدة للمنافسة إضافة إلى مراقبة التجميعات الاقتصادية، ولقد تضمن الأمر الجديد أربعة أبواب فقط بدل الستة التي

¹ الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة، العدد 09 لسنة 1995.

² موالك بختة، المرجع السابق، ص.24.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2004-2005، ص.02.

⁴ Mustpha ABDELKRIM, l'accord d'association Algérie- UE : l'insertion des règles de concurrence, revue de droit ; université de Koweit, n° 02, vol 37, juin 2013, p. 14-15.

⁵ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد 43 لسنة 2003.

تضمنها الأمر رقم 95-06 (الملغى)، حيث خصص الباب الأول لأحكام العامة والباب الثاني لمبادئ المنافسة، أما الباب الثالث لمجلس المنافسة، وأورد الباب الرابع أحكاماً انتقالية وطال الأمر رقم 03-03 تعديلين؛ الأول عن طريق القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008¹، التعديل الثاني بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010² تدارك من خلالهما المشرع بعض النقائص التي شابت الأمر 03-03 لاسيما من حيث التعريف بالمفاهيم والمصطلحات، فضلاً عن التوسع في مهام وصلاحيات مجلس المنافسة.

يُعدّ الاحتكار من أخطر الوضعيات التي من الممكن أن تتواجد فيها أي مؤسسة ناشطة في السوق، فهذا المركز بما يتميز به من قوة سوقية بفضل الحصة الكبيرة التي يحوزها المحتكر، فضلاً عن القدرة الاقتصادية والمالية التي يستخدمها في الحفاظ على هيمنته على السوق المعني أو تعزيز مركزه المسيطر بزيادة حصصه، وذلك بإتباع وسائل وممارسات مشروعة أو غير مشروعة، وقد توصف بأنها تعسفية ناجمة بشكل مباشر من أهمية المركز الاحتكاري الذي تحتله المؤسسة، هذه الممارسات الاحتكارية تعدّ من قبل الممارسات المقيدة للمنافسة، و عليه يعد التدخل بتنظيم و تشجيع المنافسة و منع الاحتكار أمراً لازماً حتى لا يسعى أحد الأطراف المتنافسة إلى إساءة استخدام السلطة السوقية المتوافرة لديه والى الهيمنة بدافع تغليب اعتبارات تعظيم معدلات الربح دون اعتبار لمدى الإضرار بالنشاط الاقتصادي في السوق المعني بصفة عامة³، مع العلم أنّ المركز الاحتكاري أو المهيمن لا يعدّ محظوراً في حدّ ذاته طالما لم تصدر عن صاحبه ممارسات تعسفية. وبالنظر لأهمية الاحتكار والخطر الذي يشكله على المنافسة في السوق، فقد أصبح يقع على من يحوزه مسؤولية خاصة في عدم التعسف في استغلاله للحصول على منافع أو مزايا ما كان ليصل إليها لو لا ذلك المركز، وذلك بتفادي إتباع ممارسات غير مشروعة ذكرت قوانين المنافسة البعض منها.

¹ القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 36 لسنة 2008.

² القانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 46 لسنة 2010.

³ هشام جاد، الإحتكار سهم في قلب المسيرة الاقتصادية، مكتبة الأسرة 2002، جمهورية مصر، ص. 26.

وتشير التجارب الدولية إلى أنّ قوانين تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار تأخذ بأحد المنهجين سواء التركيز على هيكل السوق، أو التركيز على السلوك والممارسات الاحتكارية (التعسّفية) الضارة بالمنافسة.

ويعتمد منهج التركيز على هيكل السوق على وضع قيود وشروط لتحديد هيكل المنافسة في السوق، وتتمثل هذه القيود في وضع شروط للاندماج بين المؤسسات، وكذا وضع سقف لتصيب المؤسسات التي تتمتع بوضع احتكاري أو شبه احتكاري، ويتميّز هذا المنهج بأنّه يمنع الاحتكارات من التكوين والنمو من البداية، كما يفكك الاحتكارات القائمة، ولا يرى هناك ضرورة للمتابعة المستمرة لسلوك المؤسسات الناشطة في السوق، وتأخذ الو.م.أ بهذا المنهج.

في حين منهج التركيز على الممارسات أو السلوك الضار بالمنافسة، يعتمد على تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار عن طريق سن تشريعات وإجراءات لمنع السلوك والممارسات المقيدة للمنافسة، ويكون ذلك بالتركيز على حجم الإنتاج والأسعار التنافسية، علاوةً على القيود التي تحول دون دخول المنشآت الجديدة إلى السوق، ويتميّز هذا النهج بأنّه لا يحظر الحجم الكبير للمؤسسات في حدّ ذاته كما هو الشأن بالنسبة للمنهج الأوّل، بل يحظر إساءة استغلال هذا الحجم للإضرار بالمنافسين الآخرين، والمنافسة بشكل عام وهو منهج مطبق في القانون الأوروبي¹.

وتبرز أهمية دراسة موضوع التعسّف في استغلال المركز الاحتكاري أو وضعية الهيمنة- كما فضّل المشرّع الجزائري تسميتها- في أنه يعد أحد أهم موضوعات قانون المنافسة باعتبار التعسّف في وضعية الهيمنة يعدّ من الممارسات المنافية للمنافسة الشائعة والتي تشكل خطراً على المنافسة في السوق، وتؤدي إلى إعاقة وتقييد حرية المنافسة في السوق.

وتبرز أهمية هذه الدراسة من جانبين:

فمن الجانب العلمي (النظري) تكمن الأهمية في دراسة وضعية الهيمنة لاسيما الشخص الممارس للنشاط الاقتصادي من حيث تحديد المقصود به وتعريف

¹ منصورى الزين، دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق- حالة الجزائر-، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد 11، جوان 2012، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.305.

التعسف الذي يصدر عن المؤسسة المتمتعة بوضعية الهيمنة، علاوةً على بيان حدود السوق المتواجد بها المؤسسة أو الشخص المتمتع بتلك الوضعية، والأفعال المحظورة على المؤسسة المهيمنة القيام بها، والعقوبات التي تسلط على المؤسسة المرتكبة للممارسات المخالفة للقواعد المنظمة للسوق، فضلاً عن بيان دور مجلس المنافسة في التصدي لتلك الممارسات الضارة بالمنافسة وذلك مقارنة بالتشريعات الغربية الأمريكية وكذا التشريع الأوروبي.

أما من الجانب العملي، فلدراسة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة أهمية كبيرة لا يمكن تجاهلها مع تنامي ظاهرة العولمة وما صاحبها من انتشار موجه التجميعات الاقتصادية أو إنشاء اتحادات احتكارية بين المؤسسات الكبيرة هدفها الهيمنة على الأسواق الدولية والوطنية في مجال نشاط معين، وبمجرد تحقيق مبتغاها والوصول على وضعية الهيمنة، تشرع في سلوك ممارسات من خلالها يتم إعاقة وتقييد أو حتى منع المنافسة في السوق الخاضع للهيمنة مما يحرم المستهلك من منافع المنافسة الحرة، هذه الممارسات هي التي تجسد التعسف في استغلال وضعية الهيمنة التي لو لا تلك القوة الاقتصادية لما أمكن لصاحب المركز المهيمن سلوك تصرفات تعسفية. وهي ظاهرة بدأت بالانتشار في الجزائر بعد تراجع دور الدولة في الاقتصاد.

فنتطرق لاجتهادات وآراء مجلس المنافسة عند نظرة للقضايا المعروضة أمامها لاسيما تلك المستعصية.

وترجع أسباب ودوافع اختيار هذا الموضوع لعدة أسباب، فتتمثل في الرغبة الشخصية للباحث في دراسة هذا الموضوع والتعمق فيه، أهمية الموضوع على مستوى التطبيق العملي، حيث يعدّ التعسف في وضعية الهيمنة من أهمّ المنازعات التي تحدث في الحياة العملية فضلاً عن كثرة المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع والمعروضة أمام مجلس المنافسة الجزائري، كما أنّ موضوع الدراسة لم يجد الاهتمام الكافي من قبل الباحثين الجزائريين إلا القليل الذي لا يشفي الغليل، كما أنّ الدراسات المنجزة حول موضوع التعسف في وضعية الهيمنة كانت في معظم الأحيان سطحية ولا تتناول التفاصيل والجزئيات التي تهّم الموضوع، ارتباط موضوع الدراسة بالنشاط الاقتصادي وحسن سيره، إضافة إلى محاولة وضع بحث جديد للمكتبة القانونية الجزائرية في موضوع التعسف في وضعية الهيمنة،

تتناول مقارنة جادة بأحدث التشريعات القانونية ذات العلاقة وبأحدث وأشهر التطبيقات القضائية المتعلقة بالموضوع سواء أكانت وطنية أو أوروبية أو أمريكية.

غير أنّ إعداد الرسالة لم يكن سهلاً، ومن الصعوبات التي واجهت الباحث قلة المراجع والمصادر التي تبحث في موضوع التعسف في وضعية الهيمنة بشكل مباشر إلا ما ندر خصوصاً المراجع باللغة العربية، في حين أنّها متوفرة بغزارة بالنسبة للمؤلفات باللغة الفرنسية ممّا كان يستهلك وقتاً طويلاً عند ترجمتها، ندرة الاجتهادات والقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري في هذا الموضوع بالرغم من احتلال التعسف في وضعية الهيمنة الريادة في عدد القضايا المطروحة أمام المجلس، إلا أنّنا نجد أنّ القضايا المنشورة في النشرة الرسمية للمنافسة لا تحتوي غالباً على وقائع وحيثيات القضايا التي فصل فيها مجلس المنافسة، هذا الأخير يكتفي غالباً بمنطوق القرار، أمّا تلك المنشورة في الموقع الرسمي فعددتها قليل لا يمكن من خلالها معرفة مدى استقرار المجلس بخصوص موقفه من القضايا المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة. الحادثة النسبية لموضوع التعسف في وضعية الهيمنة، حيث أنّ هذه الممارسة لم تعرف إلا في سنة 1995 مع صدور أول قانون يُنظم المنافسة على عكس بعض الدول التي نظمت أحكامه منذ أكثر من مائة سنة.

الإشكالية: كيف نظّم المشرّع الجزائري التعسف في استغلال وضعية الهيمنة كممارسة مقيدة للمنافسة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي والوصفي.

واعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي لرصد النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة، وتمّ الاستعانة بالمنهج التحليلي لشرح هذه النصوص وكذلك إيراد الأحكام القضائية والقرارات الصادرة عن الهيئات المكلفة بضبط وحماية المنافسة في السوق وتحليلها، بالإضافة إلى بعض الآراء الفقهية، ثم اعتمدت بعد ذلك على المنهج المقارن وذلك من خلال ذكر المسألة وموقف التشريعات- محل المقارنة- منها ومقارنتها ببعضها البعض. وقد وقع الاختيار على كلّ من القانون الأمريكي والأوروبي كأساس للمقارنة وذلك لعدّة أسباب منها أنّ القانون الأمريكي يعدّ من الدول الرائدة في مجال قانون المنافسة لكونه يعدّ أقدم تشريعات

حمايةً للمنافسة وأكثرها تطوراً على مستوى العالم، كذلك تشمل المقارنة القانون الأوروبي هذا، فضلاً عن إجراء المقارنة مع القانون الفرنسي عند الاقتضاء بالنظر بما يمثله من أهمية خاصة للتشريع الجزائري.

الباب الأول

أحكام المركز المهيمن.

تختلف المؤسسات الناشطة في السوق من حيث القوة الاقتصادية التي تتمتع بها فنجد هناك مؤسسات محتكرة للسوق أو مهيمنة على جزء جوهري من السوق في حين هناك أخرى متواضعة سوا من حيث قوتها الاقتصادية أو حجم الحصة التي تحوزها، و نظرا لهذا الإختلاف و ما يمنحه للمؤسسة سواء المحتكرة أو المهيمنة من قوة قد تؤثر على المنافسة في السوق أو تقيدها تدخلت مختلف التشريعات المنظمة للمنافسة عن طريق سن تشريعات لضبط السوق من جهة و ضبط مختلف المفاهيم لاسيما مفهوم السوق وضعية الهيمنة، الإحتكار السوق و ذلك حتى يتسنى مراقبة التصرفات و الممارسات الصادرة عن المؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة أو احتكار وفقا للمعايير التي وضعيتها تشريعات المنافسة.

و حتى يمكننا تطبيق الجزاء في ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة يجب أن نتعرف أولا على مفهوم وضعية الهيمنة أو الإحتكار بالإضافة إلى مختلف أشكالها، إضافة إلى تحديد مفهومالسوق المعني (المرجعي) من حيث التحديد الجغرافي و كذا السلعي علاوة على التعرف على المؤشرات الدالة على تواجد المؤسسة في المركز المهيمن، كما تمتد الدراسة لتشمل الوسائل المؤدية إلى نشأة هذا المركز و بناءا على ما سبق نتناول من خلال هذا الباب ضمن فصلين:

- مفهوم وضعية الهيمنة (الفصل الأول).
- معايير تحديد وضعية الهيمنة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مفهوم وضعية الهيمنة

يكتسي تحديد مفهوم وضعية الهيمنة أهمية كبيرة إذ يكفي القول أنه لا يمكن إدانة مؤسسة ما بالتعسف في استغلال وضعية الهيمنة إلا بعد إثبات أن هذه الأخيرة حائزة لمركز مهيمن في سوق معينة.

فالقدره التي تمكن مؤسسة ما من عرقلة المنافسة أو تعطيلها لا تتاح إلا لتلك المؤسسة التي تمتلك قوة في سوق و سنرى أنها تكون نتيجة لبعض العوامل التي تساهم في تقوية شوكة المؤسسة بالمقارنة مع منافسيها في السوق.

فوضعية الهيمنة كما تكون من قبل مؤسسة واحدة مسيطر في السوق ، قد تكون في بعض الأحيان من طرف عدة مؤسسات هذه الأخيرة تتصرف في السوق ككيان واحد بالرغم من كونها عدة مؤسسات.

إضافة إلى ما سبق فدراسة وضعية الهيمنة الإقتصادية لا تكتمل إلا بالتعرف على المنتجات و الخدمات محل السيطرة و مدى مرونتها و قابليتها للإستبدال بغيرها فكلما أمكن لطالب المنتج (سواء الموزع أو المستهلك إلخ) من إيجاد بديل للسلعة بأقل التكاليف و بالسرعة المطلوبة كان السوق مفتوحا و غير خاضع للهيمنة هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فالرقعة الجغرافية التي يمتد في السوق المعنى تلعب هي الأخرى أهمية بالغة لتحديد مفهوم وضعية الهيمنة و التعسف في استغلالها فيجب حصر المنطقة التي يمتد فيها نفوذ المؤسسة سواء سوق محلي، جهوي، وطني، أو حتى دولي كما سيأتي معنا لاحقا.

ترتبيا على ما سبق سنتعرض ضمن المبحث الأول للتعريف بوضعية الهيمنة، ثم محددات المركز المهيمن في المبحث ثان.

المبحث الأول:

تعريف المركز المهيمن

لم تهتم التشريعات الغربية سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو في أوروبا بوضع تعريف لوضعية الهيمنة بل تركت الأمر للقضاء و الفقه الذين ساهما بشكل كبير في وضع العديد التعاريف بمناسبة نظر مختلف القضايا المتعلقة بإساءة استغلال وضعية الهيمنة، هذه التسمية سنرى أنها تختلف من دولة إلى أخرى، ففي الوقت الذي تسمى في الو.م.أ بالمركز الإحتكاري، نجد أنها في أوروبا يطلق عليها المركز المسيطر أو المهيمن، وقد استفادت مختلف التشريعات من هذه الإجتهدات التي وصلت إليها الدول الغربية، فالمشرع المصري تصدى لتعريف المركز المسيطر عند إصداره لقانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية، و كذلك فعل المشرع الجزائري بوضع تعريف مقتبس عن اجتهادات محكمة العدل الأوروبية.

و تتنوع أشكال المركز المهيمن بالنظر إلى الزاوية التي ينظر منها إليه، فقد يكون مصدرها القانون أو مصدرها قواعد السوق و تفوق المؤسسة على نظيراتها، كما يمكن أن ننظر إلى هذا المركز من زاوية المؤسسة المالكة لوضعية الهيمنة فقد تكون بواسطة مؤسسة واحدة كما يمكن أن تكون بواسطة عدة مؤسسات و هو المركز المهيمن الجماعي.

بناء على ما سبقا نتناول ضمن المطلب الأول تعريف المركز المهيمن من خلال مختلف التشريعات، ثم ندرس أشكال المركز المهيمن في مطلب ثان.

المطلب الأول:

تعريف المركز المهيمن

المركز المهيمن أو الوضع المسيطر هو اصطلاح وضعه المشرع الأوروبي من خلال المادة 86 من إتفاقية السوق الأوروبية (أصبحت حاليا تحمل رقم 102)، و من ثم أخذته تشريعات الدول الأعضاء في الإتحاد الأوربي، مما لا شك فيه فإن هذا الإصطلاح – المركز المهيمن – يقابل المركز المحنكر في التشريع الأمريكي هذا الأخير كان قد نص عليه من خلال المادة الثانية (02) من قانون شيرمان الصادر سنة 1890.

مع بعض الفروقات سيأتي عليها الحديث لاحقا، و جدير بالملاحظة أن المركز المسيطر ليس محظورا في حد ذاته إذ قد تكون المؤسسة التجارية وصلت لهذا المركز بفضل تفوقها على غيرها، بإتباع المنافسة الشريفة، بل يمكن الخطر في إساءة استغلال المركز المهيمن حتى ولو تم التوصل إليها بوسائل مشروعة¹ وقد سبق لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية أن عرف الوضع المهيمن (المسيطر) بأنها « حالة تكون فيها مؤسسة أعمال، سواء بنفسها أو بالعمل مع بعض مؤسسات أعمال أخرى، في وضع يسمح لها بالسيطرة على سوق ذات الصلة لسلعة أو خدمة معينة أو لمجموعة معينة من السلع أو الخدمات² » وقصد الإحاطة بمفهوم المركز المهيمن يتعين دراسة موقف التشريعات المقارنة من هذا المفهوم، ثم نتناول التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري.

الفرع الأول:

موقف التشريعات المقارنة من تعريف المركز المهيمن

أولا: موقف المشرع الأمريكي و القضاء من تعريف القوة الإحتكارية.
أ- موقف المشرع الأمريكي:

عرفت الوم أ في أواخر القرن التاسع عشر (19) موجه كبيرة من الإحتكارات، حيث تركزت الثروات الهائلة في أيدي فئة قليلة من الأفراد لم يدخروا أي جهد للوصول إلى أهدافهم و تحقيق المزيد من الأرباح و لو باستخدام وسائل غير

¹ وليد عزت الدسوقي عشري الجلاذ، الوضع المسيطر في قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية (دراسة مقارنة) مقدمة لنيل دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة المنوفية 2013 جمهورية مصر العربية ص 57،58

² مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، القانون النموذجي بشأن المنافسة سلسلة الأونكتاد بشأن قانون و سياسة المنافسة جنيف 2000 ص 20.

مشروعة¹، حيث قام ليف من كبار رجال الصناعة بجمع شمل المجموعات المنافسة التي يتعاملون معها تحت تنظيم واحد يدعي الإتحاد الإحتكاري ثم لجأوا بعد ذلك إلى تقليص الأسعار و تحديد الكميات المنتجة و المعروضة من السلع، الأمر الذي أدى إلى موجة احتجاج شعبية عارمة في عدة ولايات أمريكية ضد هذه الممارسات الجائرة، ونتج عن ذلك إقدام عدة ولايات على تحريم الإحتكارات و تصفيتهما²

و أصدر الكونغرس الأمريكي في عام 1890 التشريع المعروف بإسم (قانون شيرمان لمكافحة أو مناهضة الترس) (SHERMAN ANTI-TRUST ACT) غير أن المشرع الأمريكي، لم يعط تعريف للإحتكار المحظور، بل أشار إلى عدم جواز الإحتكار أو محاولة الإحتكار أو التواطؤ مع شخص أو أشخاص بغية إحتكار أي عمل من أعمال التجارية³

و تعد المادتين الأولى و الثانية أبرز مواد القانون شيرمان، حيث حظرت المادة الأولى كل تعاقد أو إرتباط أو غير ذلك ينجم عنه تقييد لحرية التجارة بين الولايات المختلفة أو مع الدول الأجنبية، وعدت كل شخص يبرم عقد أو ينظم إلى اندماج إحتكاري أو يتواطأ في ذلك مرتكبا لجناية.

كما عدت المادة الثانية منه كل شخص يقوم بإحتكار أو ينوي إحتكار أو يتواطأ مع آخر في إحتكار أي نشاط من الأنشطة التجارية بين الولايات المتحدة أو مع الدول الأجنبية، مرتكبا لجناية أيضا.⁴

أصدر الكونغرس عام 1914 « قانون كلايتون » لمكافحة أو مناهضة الترس CLAYTON ANTI-TRUST ACT. ثم صدر قانون هيئة التجارة الفيدرالية (الإتحادية) تم وضعه عام 1914.⁵

ونظرا لعدم دقة مفهوم المركز الإحتكاري وفقا لتشريع الأمريكي لإتصافه بالعمومية المفرطة، وفي ضل جمود المادة الثانية من قانون شيرمان تدخل قضاء

¹ محمد سلمان الغريب، الإحتكار و المنافسة غير المشروعة ، دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2004 حي 156.

² عدنان في لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة، ومنع الممارسات الإحتكارية – دراسة المقارنة – دار الكتب القانونية مصر – الإمارات طبعة 2012 – ص 123.

³ وليد عزت الدسوقي، مرجع سابق، ص 58.

⁴ «Every contract combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the serval states, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal..... shall be punished...».

« Every person who shall monopolize or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons to monopolize any part of trade or commerce among the serval states, or with foreign nations, shall be jeered guilty of a felony... shall be punished....».

⁵ عدنان باقي لطيف المرجع لسابق ص 125.

الذي حول نص المادة إلى نص مرن يواكب تطور الأعمال التجارية، حيث حدد الأعمال التي تعد من قبيل الإحتكار المحظور، و من ثم استثنى بعض أنواع الإحتكارات التي لا مفر من وقوعها أو يفضل التسامح معها لكونها لا تترك أثرا سيئا على السوق و الإقتصاد.¹

ب-موقف القضاء الأمريكي:

عرف القضاء الأمريكي القوة الإحتكارية بأنها القدرة على السيطرة على الأسعار أو استبعاد المنافسة

THE POWER TO CONTROL PRICE OR EXCLUDE COMPETITIO

و حسب ما توصلت إليه المحكمة العليا الأمريكية يكفي أن يكون من شأن القدرة على الإحتكار منح المشروع المحتكر إمكانية التحكم في الأسعار أو تفادي المنافسة و تضيف المحكمة العليا أنه لا يلزم أن تسفر هذه القدرة عن الإقصاء الفعلي للمنافسين، فهي بذلك تركز عند بحثها عن مدى توافر القدرة على الإحتكار من عدمه أي على المحصلة النهائية للمركز الذي رقي إليه التاجر أو الشركة، بمعنى أدق المقدرة التي تكونت لديه نتيجة لهذا المركز المتمثلة في سلطة رفع الأسعار أو تقييد المنافسة.²

¹ أحمد عبد الرحمان الملحم الإحتكار و الأفعال الإحتكارية مجلة القانون و الإقتصاد جامعة القاهرة العدد 63 السنة 1993.

² سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – دار النهضة العربية – طبعة 2011-2012 ص30.

ثانيا: موقف المشرع الأوروبي و القضاء من تعريف المركز المهيمن: أ: موقف المشرع الأوروبي:

يستعمل المشرع الأوروبي إصطلاح المركز المهيمن أو المسيطر بدل مفهوم المركز الإحتكاري المعروف لدى المشرع الأمريكي، و قد نظم التشريع الأوروبي هذه المسألة من خلال اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة و التي تعرف بإسم إتفاقية روما المنعقدة بتاريخ 25 مارس 1957، حيث جاء في المادة 86 (82 حاليا) ما يفيد حظر اساءة إستغلال المركز المسيطر حيث نصت هذه المادة أنه يحظر على الملتزم أو الملتزمين (أي المشروعات) إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق المشترك أو في جزء جوهري منه ... طالما أنها تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء.¹

وهنا يتفق التشريع الأوروبي مع الأمريكي من حيث أن كليهما جاء خاليا من تعريف محدد للمركز المسيطر، حتى المادة 102 من إتفاقية عمل الإتحاد الأوروبي اكتفت بذكر أمثلة لممارسات يمكن أن يقوم بها المشروع المسيطر و تعد تجسيديا للإساءة (التعسف).²

ب-موقف القضاء الأوروبي (محكمة العدل الأوروبية):

عرفت محكمة العدل الأوروبية المركز المهيمن بموجب القرار الشهير الصادر عنها في قضية المعروفة بإسم هوفمان لاروش HOFFMANN-LAROCHE بتاريخ 13 فيفري 1979 بأنه « القدرة الإقتصادية التي يملكها مشروع ما، و التي تمكنه من إعاقة أو منع أي منافسة حقيقية في سوق ما، و تعطيه مكنة القيام بتصرفات معنية دون أن يأخذ في إعتباره أو حسبانه أية ردود أفعال أتية من منافسيه أو عملائه أو حتى المستهلكين³»

ويظهر جليا من التعريف أن المشروع يصبح في مركز مسيطر إذا كان يتخذ قراراته التجارية و الإقتصادية بشكل منفرد بكل حرية من دون لإكثرات لردود أفعال منافسيه أو عملائه أو حتى المستهلكين⁴ فهو بهذا له الكلمة العليا في السوق،

¹ المادة 82 من إتفاقية روما.

² وليد عزت الدسوقي نفس المرجع ص 60.

³ « Attendu...que la position dominante ainsi visée (par l'article 82-102 TFUE)
concerne une situation de puissace économique détènuè par une entreprise qui lui donne le pouvoir de Faire obstacle maintien d'une concurrence effective sur le marchè en cause en luiFournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure apprèciables vis-à-vis de ses concurrent, de ses clients, finalement des consommateurs... »

Arrèt HOFFMAN-la ROCHE/ du 13fevrier 1979-CJCE

⁴ جلال مسعد مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية رسالة دكتوراه جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق 2012.

كما يفترض امتلاك المشروع لقدرة إقتصادية تمكنه من إعاقه المنافسة و عدم تأثره بأية تصرفات مضادة قد يقدم عليها المنافسين أو العملاء أو حتى المستهلكين ، وهذا يعني غياب البديل الذي يمكن اللجوء إليه من قبل هؤلاء¹.
و يمكن أن تكون هذه المقدره في صورة تفادي المنافسة أو تحديد الأسعار أو السيطرة على الإنتاج أو التوزيع².
و نظرا للإنتقادات التي طالت هذا التعريف ولاسيما معيار الإستقلالية في التصرف فقد خففت اللجنة الأوربية للمنافسة، من صرامة هذا التعريف في قضية واندو و اعتبرت أنه ليس من الضروري غياب كامل للمنافسة بل يكفي أن تتحكم إلى حد ما في السوق أو جزء جوهرى منه، و لكن تكون في وضع يسمح لها بفرض شروط المنافسة في السوق المعنى³، كما تبني الإجتهااد القضائي الفرنسي نفس التعريف الذي أخذت به محكمة العدل الأروبية، حيث اعتبرت محكمة استئناف باريس أن المشروع يعد في مركز مسيطر على السوق إذا كان لا يكثرث و إلى حد كبير بإستراتيجيات (سياسات) منافسيه من المشروعات الأخرى الناشطة في السوق

« être largement indifférent à la stratégie de ses concurrents »⁴

كما أخذ مجلس المنافسة الفرنسي بذات المفهوم حيث قرر في قضية خاصة بشركة PLANET للصناعات الكهرومعدنية، أن المركز المسيطر هو قوه إقتصادية يتمتع بها المشروع تخوله القدرة على تحريف المنافسة في السوق، و تمنحه القدرة على اتخاذ القرارات بإستقلالية في مواجهة منافسيه و عملائه و كذا مستهلكي إنتاجه⁵.

أما المفوضية الأوربية للمنافسة فقد عرفت المؤسسة المتواجدة في مركز مهيمن بكونها مشروع في مركز يمكنه من إعاقه سير المنافسة نظرا لإندام المنافس الذي يعرض في مواجهة ذلك المشروع المسيطر بدائل منافسة – و يقصد سلع من ذات المستوى الذي يقدمه المشروع المسيطر – لعملائه، هذا الأمر سيمكن صاحب

¹ سامي عبد الباقي أبو صالح مرجع سابق ص 32.

² وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 61.

³ « elle a précisé que la notion de position de totale invulnérabilité vis –à- vis des concurrents existants ou potentiel » mais qu'elle mettait « simplement en mesure l'entreprise concernée sinon de décider, tout ou moins d'influencer notablement les conditions dans les quelles cette concurrence se développera et, en tous cas , il se comporte dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice » **commission européenne déc. dn 16 juillet 2003, Wanadoo, Aff.**, cité par claire manguachon, ABUS de position dominante et secteur public. BRUYLANT.2012 P119-N168 .

⁴ La cours d'appel de paris, arrêt du 14/01/1993.

⁵ Conseil de la concurrence décision 92-D- 26 du 31/03/1992.

وضعية الهيمنة من تحديد شروط العمل في السوق و كيفية دخوله، و تحديد السياسات التجارية واختيار التكنولوجيا إضافة إلى مستوى الأسعار المطبقة على السلع و المنتوجات.¹

ثالثاً: موقف التشريع المصري من تعريف المركز المسيطر

على عكس التشريع الأوربي و الأمريكي فقد تصدى المشرع المصري لمفهوم المركز المسيطر و عرفه من خلال نص المادة 04 من قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية رقم 03 لسنة 2005 حيث عرفه بكونه « قدرة الشخص الذي تزيد حصته على 25% من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم معروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك »²

كما عرفه جانب من الفقه المصري بأنه " تمتع شركة أو منشأة تجارية بقوة كبيرة في سوق ما تمكنها من السيطرة على هذه السوق من خلال تخفيض الإنتاج و زيادة الأسعار و القضاء على المنافسين الموجودين و منع المنافسين المحتملين أو الجدد من دخول هذه السوق، و لن يتأتى ذلك إلا على سوق مناسبة"³

فحسب هاذين التعريفين فالمركز المسيطر على المشروع في السوق المعنية هو سلطة أو قوة يحوزها تمنحه القدرة على التحكم في الأسعار و الكميات المعروضة من السلع، كما تمكنه من إعاقة المنافسة الفعلية، و ذلك بأن يتصرف بصورة منفردة – دون الاكتراث لردود فعل المنافسين أو العملاء أو المستهلكين، كما أنه يحدث بفضل هذه القدرة تأثيرات فعالة و محسوسة في السوق المعنية.

هذا الأمر يؤدي إلى القضاء على المنافسة الفعلية مما ينتج عنه لا محالة إنعاش المنافسة من الآخرين، فيصبح صاحب المركز المهيمن هو الذي يحدد بمفرده سياسة السوق، فيمكنه أن يتخلص من منافسيه بسهولة لاسيما إذا كان مالكا لتكنولوجيا متقدمة، أو علامة مشهورة أو حصة كبيرة في السوق تسمح له بالتحكم في الأسعار عند الزيادة في مستواها دون خشية خسارة أو فقد العملاء.⁴

و يثور التساؤل متى يكون المشروع المسيطر ذا تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض منها بالسوق؟.

¹ تقرير لجنة المنافسة الفرنسي لسنة 1980 أشار إليه لينا حسن ذكي، الممارسات المفيدة للمنافسة و الوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان كلية الحقوق 2004. ص 179-180.

² انظر المادة الرابعة من قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية المصري.

³ أمل محمد شلبي الحد من أليات الإحتكار – منع الإغراق و الإحتكار من الوجهة القانونية – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية طبعة 2006 ص 109.

⁴ خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية، طبعة 2007 – 23-24.

و بالرجوع إلى اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم 1316 لسنة 2005 فقد نصت المادة الثامنة (08) على ما يلي « يكون الشخص ذا تأثير فعال على أسعار المنتجات أو حجم المعروض منها بالسوق المعنية إذا كانت له القدرة من خلال ممارساته المنفردة على تحديد أسعار تلك المنتجات أو حجم المعروض منها بهذه السوق، دون أن تكون لمنافسيه القدرة على منع هذه الممارسات، و ذلك بمراعاة العوامل الآتية:

- حصة الشخص في السوق المعنية ووضعه بالنسبة لباقي المنافسين.
 - تصرفات الشخص في السوق المعنية في الفترة السابقة.
 - عدد الأشخاص المنافسة في السوق المعنية و تأثيرها السلبي على هيكل هذا السوق.
 - مدى قدرة كل من الشخص و منافسيه على الوصول إلى المواد اللازمة للإنتاج.
 - وجود عقبات لدخول أشخاص آخرين إلى سوق المعنية.¹
- وانتقد هذا المسلك من قبل البعض حيث يرى أن المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية المذكورة أعلاه، لم تضيف جديدا إلى ما قررته المادة الرابعة من القانون رقم (03) لسنة 2005، سوى أنها قررت ضرورة الأخذ في الإعتبار عند النظر في القدرة على إحداث التأثير الفعال في الأسعار و حجم المعروض من المنتجات، عدة عوامل منها ما يتعلق بالمشروع المسيطر نفسه (حصته في السوق، ووضعه بالنسبة لباقي المنافسين)، و منها ما ترتبط بعوائق دخول السوق المعني، و أخيرا عوامل أخرى تخص مدى القدرة على الوصول إلى المواد الأولية سواء من ناحية المشروع المسيطر أو من ناحية منافسيه، وكذا عدد الأشخاص المتنافسة في السوق المعني و تأثيرها النسبي على هيكل هذا السوق.²
- و نشير إلى أن المشرع المصري أخذ بالمعيار الكمي الذي يعتبر أن المشرع أو الشخص حائز لمركز مسيطر إذا كان نصيبه في السوق يتجاوز 25% من ذلك السوق.³

¹ أشار إليها قنديل عبد الفتاح الشهاوي. شرح قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية و لائحته التنفيذية. وشرح قانون حماية المستهلك و مذكرته الإيضاحية في التشريع المصري العربي- الأجنبي- دراسة مقارنة – دار النهضة العربية الطبقة الأتلى 2006 ص49.

² سامي عبد الباقي أبو صالح إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية – مرجع سابق- ص 27.

³ انظر المادة الرابعة من قانون حماية المنافسة المصري.

الفرع الثاني:

موقف المشرع الجزائري من تعريف المركز المهيمن.

أولاً: التعريف

لم يعرف المشرع الجزائري في التشريع السابق (الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة) وضعية الهيمنة، و اكتفى بتعداد بعض حالات التعسف الناتج عن هيمنة في السوق من خلال المادة السابعة (07) كرفض البيع و البيع المتلازم و البيع المشترك بإقتناء كمية دنيا.¹

و بعد صدور الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة تصدى المشرع الجزائري لتعريف وضعية الهيمنة، حيث عرفتها الفقرة -ج- من المادة الثالثة (03) منه بأنها " هي الوضعية التي تمكن مؤسسة من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيها و تعطيلها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها"²

و قد رأى البعض بحق أن هذا التعريف مستلهم من التعريف الذي جاءت به محكمة العدل الأوروبية و كذا القضاء الفرنسي.³

أهم ما يمكن ملاحظته في التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري أنه ركز على القوة الإقتصادية التي تحوزها المؤسسة في سوق معين بحيث تمكنها من عرقلة السير العادي للسوق وهذا بتعطيل ألياته المعروفة ونقص العرض و الطلب التي على ضوءها تتحدد المنافسة، إضافة إلى قدرة المشروع المهيمن على التصرف باستقلالية و دون أن يأخذ في حسبانها تصرفات المنافسين الآخرين، وهذا يدفعنا إلى تحديد مفهوم المركز المهيمن على ضوء هاذين الإعتبارين (القوة الإقتصادية، القدرة على التصرف باستقلالية) إضافة إلى اعتبارات أخرى.

ثانياً: تحديد معنى المركز المسيطر على ضوء بعض الإعتبارات

يتعين عند تحديد مفهوم مركز المهيمن مراعات بعض الإعتبارات الهامة في السوق على ضوء مختلف التصاريف و المفاهيم المذكورة و تتمثل هذه الإعتبارات في:

1- قدرة المؤسسة في مواجهة منافسيها.

¹ الأمر رقم 95-06 الصادر في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة، الملغى.

² الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 2003 (جريدة رسمية رقم 43 مؤرخة في 20/07/2003) معدل متمم:

- بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 (جريدة رسمية رقم 36 مؤرخة في 02/07/2008)

- بالقانون رقم 10-05 في 15 أوت 2010 (ج ر رقم 46 مؤرخة في 18/08/2010)

³ Rachid ZOUAIMIA, le droit de la concurrence, BELKEISE Edition 2012. P92.

- 2- القدرة على التصرف باستقلالية.
- 3- وجود بعض العقبات لدخول أشخاص آخرين إلى السوق المعنية.
- 4- حصة المؤسسة في السوق المعنية.

1- قدرة المؤسسة في مواجهة منافسيها:

تكون في وضعية هيمنة كل مؤسسة متواجدة في موضع يسمح لها بأن تلعب دورا رئيسيا في سوق ما للسلع و الخدمات، دون أن يكون بمقدرة أي منافس آخر توفير بدائل معتبرة سواء لزبائن أو موردي المؤسسة المتواجدة في هذه الوضعية.¹ ويرى البعض أن قدرة المؤسسة (المشروع) تقوم على القدرة الصناعية و التجارية و المالية و الإجتماعية للمؤسسة المعنية، فإذا نظرنا إليه من جهة قدرته الصناعية، فهذه الأخيرة تعتمد على الخدمة المقدمة أو المنتج، و التطوير و التحديث الذين يلحقهما، كذلك توسيع المؤسسة لمصانعها، وانجاز خطوط انتاج جديدة، إضافة إلى حقوق الملكية الصناعية التي يحوزها المشرع مثل براءات الاختراع و الرسوم و النماذج الصناعية.

أما القدرة التجارية، فهي تخص العلامات التي تحوزها المؤسسة و الإعلانات، و كيفية إجرائها و الكفاءة في التقديم الخدمة، زيادة على وجود شبكة توزيع مهمة، و توافر موزعين و وكلاء له.

في حيث أن القدرة المالية، فمضمونها الوضعية المالية للمؤسسة من حيث المبالغ المودعة في حساباتها، و انخفاض أو انعدام مديونتها اتجاه الغير، وأخيرا القدرة الإجتماعية و هي استقرار المشروع و عدم وجود اي خلافات جماعية في نطاق العمل، و حسن علاقاته (نقصد علاقة المؤسسة مع الغير).

كما يعتد أيضا بشهرة المشروع المسيطر و حسن الإدارة و التقدم التكنولوجي الذي يحوزه و دوره الرائد في تحديد الأسعار.²

2- القدرة على التصرف باستقلالية:

تسمح وضعية الهيمنة المؤسسة بتفادي ضغوطات المنافسة بفرض تصوراتها على زبائنها و مموليها لاسيما من حيث الكميات المنتجة أو الأسعار، وذلك نظرا لعدم امتلاك منافسيها و زبائنها و كذا مموليها لخيارات و حلول أخرى كافية تكون قادرة على مجابهة التصرفات المنفردة للمؤسسة³، فالقوة الإقتصادية للمؤسسة تمكنها من توخي سلوك مستقل إزاء منافسيها يجعلها لا تتأثر بإستراتيجيتهم.⁴

¹ تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة طبعة 2013 ص 212.

² خليل فيكتور تادرس المرجع السابق ص 27-28.

³ محمد الشريف كتو: قانون المنافسة و الممارسات التجارية منشورات بغداد طبعة 2010 ص 45.

⁴ تيورسي محمد المرجع السابق ص 212.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن هذه القدرة، يجب أن يقابلها عدم قدرة أو عجز من قبل المنافسين، على الحد من هذه الممارسات الإحتكارية (المهيمنة)، و بالتالي تأثيرها على السوق المعني¹، و على ذلك إذا وجدت هذه القدرة - الحد من الممارسات الإحتكارية - غاب المركز المسيطر، و إذا غابت قام المركز المسيطر، فهذا الأخير إذن يرتبط وجودا و عدما مع وجود أو عدم وجود هذه القدرة المقابلة من جانب المنافسين الحاليين أو المحتملين².

و لكن المفوضية الأوروبية ترى أن المركز المسيطر لا يعني تمتع المشروع المسيطر بإستقلالية تامة عن منافسيه لأن هذا يصطدم بالواقع الإقتصادي حيث لا يوجد مشروع يتمتع بمثل هذه الإستقلالية و إنما يتمتع المشروع بالإستقلالية كبيرة و ليست كاملة على إتخاذ القرار و تبني تصرفات دون أن يترتب على ذلك ضرر يلحق به³

3- وجود بعض العقبات لدخول أشخاص آخرين إلى السوق المعنية:

كما يجب معرفة مدى وجود بعض الحواجز و العقبات لدخول المنافسين أو الغير إلى السوق المعنية أو على النقيض تخلف هذه الحواجز و تواجد بعض المؤسسات في الساحة التنافسية و التي بإمكانها الدخول و إختراق السوق بدون صعوبات، و هذه العقبات قد تكون مفتعلة ناتجة عن نص قانوني أو تشريعي . كما قد تكون نتيجة التفوق التكنولوجي للمؤسسة على نظيرتها المتواجدة بالسوق المعنية، إضافة إلى ممارسات قد تعكف المؤسسة المهيمنة على القيام بها بهدف وضع العقبات أمام المنافستين الحاليين أو المحتملين .

فعلى سبيل المثال في قضية أمصال و لقاح ANTI-APHTHEUX و التي تستلزم الحصول على إذن، وأن أي مصل أجنبي لا يتم الحصول عليه إلا بإذن إداري، فهذا يعد قرينة على وجود عقبة لدخول أي منتج منافس⁴.

4- حصة المؤسسة في السوق المعنية:

تعد الحصة التي تملكها المؤسسة في السوق المعنية مؤشرا هاما على تواجد هذه الأخيرة في وضعية هيمنة اقتصادية على نظيراتها المتواجدة بالسوق، و قد لجأت معظم التشريعات المقارنة إلى وضع نسب مئوية لتلك الحصة حتى يمكن القول عندها بوجود وضعية الهيمنة، و يعود السبب في ذلك إلى الإرتباط الوثيق بين

1 المعتصم بالله الغرياني، محمد سالم أبو الفرج، القانون التجاري القطري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص 266.

2 سامي عبد الباقي أبو صالح المرجع السابق ص 33-34.

3 نفس المرجع ص 54.

4 خليل فيكتور تادرس نفس المرجع ص 28-29.

نسبة الحصة و ما تمنحه من مقدرة إقتصادية في السوق المعنية تمكن التاجر أو المنشأة من السيطرة على السوق.¹

و قد قام المشرع المصري بتحديد نسبة تزيد عن 25% للقول بتواجد المؤسسة في وضع مسيطر.²

أما بالنسبة للوضع في التشريع الجزائري، و بالرجوع إلى التعريف الوارد في الفقرة ج المادة 03 من قانون المنافسة الحالي، يتضح أن القانون الجزائري لم يؤخذ بمعيار الحصة في السوق كمعيار حاسم للحكم على مؤسسة ما في سوق معينة بأنها في وضعية هيمنة، و سيأتي الحديث عن معيار الحصة في السوق بالتفصيل ضمن المطالب اللاحقة.

و بعد استعراضنا لمختلف تعاريف المحاكم و القوانين للوضع المهيمن أو القوة الإحتكارية في التشريعات المقارنة يتبين لنا ما يلي:

1- أن القانون الجزائري يتفق مع كل من القضاء الأوربي و التشريع المصري

من ناحية أن المركز المهيمن أو الإحتكاري يتجسد في قدرة اقتصادية تتيح لمالكها القيام بتصرفات دون أن يكثرث لتصرفات و ردود أفعال منافسيه، و تقابل فكرة المركز المسيطر القدرة على الإحتكار في القانون الأمريكي و نعني بهذه الأخيرة إمتلاك المنشأة التجارية لقوة احتكارية تمكنها من الهيمنة على معظم إنتاج السوق المناسبة³، و يجب في جميع الأحوال على الجهة المعنية بتطبيق قانون المنافسة أن تقيم الدليل على استحواد المشروع المسيطر على حصة أساسية في السوق المعنية⁴.

هذا بالنسبة لكل التشريع الأوربي و الامريكي و كذا المصري، أما المشرع الجزائري قلم يحسم الأمر في قانون المنافسة، حيث لا ينص هذا الأخير على معيار الحصة الكبيرة في السوق المعنية كمعيار للقول بأن مؤسسة ما تحتل مركز مهيمن، و يبدو حسب جانب من الفقه الجزائري أنه ترك الأمر لمجلس المنافسة الذي يدرس كل حالة على حدة⁵، و حسنا فعل المشرع الجزائري بالنظر للصواب التي تشوب معيار الحصة في السوق كما سنرى.

¹ جاسم محمد ياسين عبد الله الراشد، مظاهر السلوك الإحتكاري و آليات مكافحته في القانونين الكويتي و المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2011 ص 85،86.

² المادة 04 من قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية المصري.

³ حسين محمد فتحي: الممارسات الإحتكارية و التحالفات التجارية لتفويض حريتي التجارة و المنافسة – دراسة لنظام الأنثيرست في النموذج الأمريكي، دار النهضة العربية، 1998 ص 38.

⁴ سامي عبد الباقي أبو صالح، الرجوع السابق ص 31.

⁵ « ... Il s'ensuit qu'il appartient au conseil de la concurrence de fixer des critères de détermination de la position dominante d'une entreprise sur le

2- أن كلا من القانون المصري و القانون الأمريكي يركز على القدرة الإقتصادية من زاوية كونها تعطي حائزها القدرة على إحداث تأثير فعال في الأسعار و تحديد حجم المعروض من المنتجات محل السيطرة¹، في حين أن التشريع الجزائري و القضاء الأوربي يركز على هذه القدرة من زاوية كونها تمكن المشروع المسيطر من إعاقة المنافسة أو منعها، و يمكن أن تكون هذه الإعاقة بإحداث تأثير فعال في الأسعار أو تحديد حجم المعروض من المنتجات، كما قد تكون بغير ذلك من الوسائل مثل وضع قيود مرهقة للدخول إلى السوق المعينة كدفع رسوم مرتفعة أو اشتراط الحصول على تراخيص إدارية صعبة المنال.

الفرع الثالث:

تمييز وضعية الهيمنة عن غيرها من المفاهيم المشابهة.

أن السيطرة على سوق ما، لا تأخذ صورة واحدة فهي متعددة الأشكال، فقد تقترب هذه الأخيرة من الهيمنة حتى تلتبس بها (تتشابه معها إلى حد يصعب معه التفرقة)، وتارة تبتعد عنها حتى تصبح متميزة عنها، مثل مفاهيم الإحتكار، إحتكار القلة، التجميعات الإقتصادية.

أولاً: الإحتكار و وضعية الهيمنة:

يرجع أصل كلمة الإحتكار إلى القانون اليوناني حيث يتضمن بحسب هذا القانون جزئين **POLEIN-MONOS** و هي تعني البيع بمفرده أما كلمة المحتكر في أصلها اليوناني فهي تتضمن جزئين كذلك **MONOS-POLIST** و هي تعني بائع واحد، وكانوا قديماً يرون أن الإحتكار صفة مطلقة توجد عليها مؤسسة واحدة مسيطرة على سوق منتج و تنفرد بإنتاج أو بيع هذا المنتج الذي لا يوجد له بديل في هذه السوق.²

أما التعريف اللغوي للإحتكار فهو « جمع الطعام ومانحوه مما يؤكل ، و إحتباسه إنتظاراً لوقت الغلاء »³.
في حين أن التعريف الإصطلاحي يميز بين المفهوم لدى الفقه الإسلامي ، و المفهوم الإقتصادي .

marché en cause une telle compétence peut être mise en œuvre des dispositions de l'article 34 de l'ordonnance de 2003 » R.ZOUAIMIA, Droit de la concurrence OP.CIT. P93.

¹سامي عبد الباقي أبو صالح نفس المرجع ص 32.

² أمل محمد شلبي الحد من آليات الإحتكار مرجع سابق ص 05

³أبن منظور لسان العرب .

فقد عرف جانب من الفقهاء المسلمين الإحتكار على أنه "حبس أي شيء مباح تشتد حاجة الناس إليه و يتضررون من حبسه و الإمتناع عن بيعه حتى يغلو سعره أو ينقطع عن السوق وذلك لغرض إقتصادي أو سياسي أو غيرهما مما يقصده المحتكر".¹

و يقصد بالإحتكار وفقا للمفهوم الإقتصادي " الإفراد بسوق سلعة أو خدمة في يد واحدة" ، كما وصفه البعض بأنه فعل يؤدي إلى السيطرة و النفوذ بهدف إحداث إختناقات في معدلات و فرة السلع و جودتها و أسعارها بغرض إلغاء المنافسة أو إجبار المتنافسين على إخلاء السوق".²

و يرى البعض بحق أن الإحتكار هو نتيجة (غاية) تحلم بها كل مؤسسة بهدف الإفراد بالسوق المعني، و يضيف أنها تؤدي إلى إنكار فكرة تعدد المتنافسين في السوق المعنية مما يهدد السير الطبيعي لهذه الأخيرة.³

لهذا اعتبر أن العنصر الرئيسي في قيام الإحتكار هو القضاء على المنافسين الموجودين في سوق منتج معيناً فضلاً عن منع دخول المنافسين المحتملين و الجدد إلى هذه السوق.⁴

وبالنظر إلى ما سبق يتضح جلياً أن مفهوم الإحتكار يعد مرادفاً للمركز المسيطر ففي كالتا الحالتين يوجد مشروع أو مؤسسة يمتلك كل أو معظم الحصص في السوق و لا يخضع بالنتيجة لأي منافسة أو مزاحمة.

و هذا الإحتكار قد يكون ناتج عن ظروف طبيعية أو نصوص تشريعية، و يطلق على الإحتكار الحاصل عن ظروف طبيعة بالإحتكار الفعلي، أما الإحتكار الناشئ عن نصوص قانونية فيسمى بالإحتكار القانوني.⁵

و قد سبق الإجتهد القضائي الأوربي أن أكد على أن كلا من الإحتكار و وضعية الهيمنة الإقتصادية مصطلحين مترادفين⁶ و هي تتعلق على وجه الخصوص بالإحتكار القانوني المتولد عن نصوص قانونية أو تنظيمات إدارية هذه الأخيرة قد تمنح مؤسسات أو هيئات حقوق حصرية للقيام ببعض النشاطات.⁷

¹ محمد أنور حامد علي، المنافسة و الإحتكار في ظل الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية طبعة 2008، ص 59.

² هشام جاد، مرجع سابق، ص 33-34.

³ Domimique Brault, politique et pratique du droit de la concurrence en France, L.G.D.J 2004 p11 N05.

⁴ أمل محمد شلبي الحد من أليات الإحتكار مرجع سابق ص 02.

⁵ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق ص 37.

⁶ « en effet la jurisprudence de l'union européenne assimile sans réserve la détention d'un monopole- de droit ou de fait- à une position dominante..... »

C.mongouachon OP.cit p 128 N 184.

André et georges Décocq OP cit P 142 N 96.⁷

وقد سار الإجتهد القضائي الفرنسي على نفس النهج بعد أن صدر عن هذا الأخير عدة أحكام تشبه وضعية المهيمنة (المركز المسيطر) بالإحتكار القانوني و أخرى تشبه الإحتكار القانوني بوضعية الهيمنة.

في هذا السياق نجد أن الفقه ذكر بعض الأحكام الصادر عن محكمة النقض الفرنسية و التي شبّهت الإحتكار القانوني بوضعية الهيمنة منها حكم شبه الإحتكار القانوني الذي تتمتع به شركة فرنسا للطيران AIR FRANCE في مجال شحن البضائع من جزيرة Réunion إلى العاصمة باريس و ضواحيها، كذلك قيام مؤسسة SEITA ببيع التبغ بمنطقة الكورس لفترة¹ زمنية مؤقتة Transitoire².

كما شبه مجلس المنافسة الفرنسي هو الآخر المركز المسيطر بالإحتكار القانوني في رأيه الذي قدمه بناء على طلب من مجلس الدولة الفرنسي، المتعلق بقضية عرضت أمام هذا الأخير و تخص طعن في الأمر رقم 371/2001 الصادر بتاريخ 27 أبريل 2001 و الذي فوض بصورة حصرية إلى شركة تأمين تنشط في مجال الخدمة المدنية Mutualité FONCTION PUBLIQUE (MFP)، تقديم بعض الخدمات ذات طابع إجتماعي إلى موظفي الدولة العاملين بالوزارات و تتمثل بعض هذه الخدمات في تقديم قروض و مساعدات من أجل تشييد مساكن خاصة، و تقديم مساعدات لشراء متطلبات المائدة من ملاعق و سكاكين و غيرها، إضافة إلى مساعدات من أجل إدخال تحسينات على المساكن الخاصة، فضلا عن خدمات أخرى.³

أما فيما يخص الأحكام التي تشبه المركز المسيطر بالإحتكار الطبيعي نجد حكم صادر عن المحكمة الأوروبية الذي اعتبر أن حيازة شركة TELEFONICA حصة 100% من السوق الجهوي الخاصة بالدخول إلى الأنترنت ذات التدفق العالي يعتبر إحتكاره فعلي و بالتالي فهو مركز مسيطر.⁴

و حرص المشرع الجزائري هو الآخر على جعل كلا المصطلحين (وضعية الهيمنة و الإحتكار) في نفس المستوى و لم يميز بينها حيث جاء في نص الفقرة الأولى.

المادة السابعة من قانون المنافسة الجزائر ما يلي " يحضر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو إحتكار لها...." ⁵ فقد اعتبرهما المشرع الجزائري

¹ CON, 19Février 1991.

² CON , 25janvier 2000.

³ سامي عبد الباقي أب صالح المرجع السابق ص 37 و 38.

⁴ TUE 29 MARS 2012 . Telefonica SAE.A/commission aff T.336/07.Cite par Décocq. OP . CIT P 146 N 99.

⁵ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

متلازمتين¹، فهو بهذا لا يعبر اهتماما لحجم السيطرة الذي قد يكون كبيرا يصل إلى استحواذ و الإنفراد بالسوق و هنا نكون أمام الإحتكار بالمعنى الصرف للكلمة، كما قد تكون السيطرة متواضعة لا تكاد تتجاوز 50% من الحصة الإجمالية للسوق المعني و مع ذلك تعتبر المؤسسة في بعض الحالات- كما سيأتي معنا- في وضعية هيمنة لاسيما إذا كانت حصص باقي المنافسين متناثرة. فالعبرة بالنسبة للتشريع الجزائري هو ألا تتأثر المنافسة سواء أكان هناك إحتكار أو وضعية هيمنة.

ثانيا: إحتكار القلة و وضعية الهيمنة OLIGOPOLE

1- مفهومه:

يقصد بسوق احتكار القلة: تلك السوق التي يوجد بها عدد قليل من المشروعات تتقاسم جزءا جوهريا من السوق فيما بينها، فيحتكر إنتاج السلعة أو الخدمة المعنية عدد قليل من المنتجين أو المؤسسات بينما تتقاسم الأخرى الجزء الباقي من هذه السوق.²

و يرى البعض أن تعريف عدد " قليل " يكون بإستخدام مؤشر التركيز، فيقوم الباحث بحسبهم بإختيار عدد معين من المشروعات (المؤسسات) تكون في العادة من 04 إلى 05 ثم يحسب نصيب المشروعات التي تنشط في هذه الصناعة أو التجارة سواء أكان من حيث الناتج الإجمالي أم اليد العاملة.³

و يرجع ظهور سوق احتكار القلة إلى ضخامة الإستثمارات التي تتطلبها بعض الصناعات، مما يؤدي إلى انخفاض عدد المشروعات التي تدخل إلى هذا السوق لعدم قدرتها على تحمل تكلفة تلك الإستثمارات مثل صناعة السيارات، صناعة النفط، كما يرجع ظهور احتكار القلة كذلك إلى مدى قدرة الحصول على المواد الخام، فهذه الأخيرة تشكل حاجزا حقيقيا أمام دخول سوق احتكار القلة كما هو عليه الحال بالنسبة لصناعة الحديد و الصلب ، إضافة إلى الحصول على براءة

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 130.

² خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 38، كما عرفه المعجم القانوني الفرنسي.

« Situation de marché caractérisée par la domination d'un petit nombre d'entreprise de taille comparable qui suppose la transparence des coûts et l'homogénéité des produits et crée entre ces entreprises une interdépendance non assemblable a une entente » Gérant cornu, vocabulaire juridique quadrigé/PUF 2011 ,P 704.

« L'oligopole est une situation de marché caractérisée par la présence d'un petit nombre d'entreprise de force d'elle ne peut agir sans tenir compte des réaction des autres » André et Georges Decocq OP Cit P 155 N 104.

³ أمل محمد شلبي: تنظيم القانوني للمنافسة و منع الإحتكار دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية طبعة 2008 ص 202.

إختراع، و كذا مدى قدرة المشروع على الإنتاج بكميات كبيرة تجعله في وضع مسيطر على السوق.¹

من أهم خصائص إحتكار القلة وجود منشآت قليلة في السوق المعنية، فالمنشأة العضوه في احتكار القلة تبدو نظريا و كأنها صاحبة الكلمة العليا و صاحبه القرار في تحديد السعر الذي تسوق بضائعها و كذا كمية المنتوجات المعروضة، غير أنها من الناحية الواقعية لا تستطيع أن تخطو خطوة في اتجاه تغيير إستراتيجيتها التجارية سواء بتغيير السعر أو التعديل في حجم المعروض من المنتوجات دون تأخذ في حسابها ردة فعل باقي المنافسين لها²، هذا الوضع ناتج عن قلة عدد المنشآت الناشطة في السوق المعنية، بحيث يستطيع كل بائع على سبيل المثال أن يؤثر مباشرة في السوق، و هذا ما يؤثر بالضرورة على باقي المنتجين الآخرين، لذلك نرى أن تصرفاتهم تتسم بالحساسية و الحذر الشديد، لأن أي عملية يقوم بها المنتج ينتج عنها رد الفعل من طرف المنتجين الآخرين، كما نجد أن الأعضاء في احتكار القلة إما أن يكون هناك إتفاق ضمني أو صريح بين جميع المنتجين بموجبه يتفق هؤلاء على إتباع سياسة سعرية واحدة، أو يصل الأمر إلى حد التجزئة السوق فيما بينهم، و الأمور تبقى كما هي في السوق ما دام أي منتج لا يستطيع أن يسيطر بمفرده على السوق و يخرج الآخرين منه.³

فعلى سبيل المثال للعبور عبر بحر المانش الرابط بين فرنسا و انجلترا، يكون أمام المسافر و سيلتين للنقل سواء السكة الحديدية أو عبر النفق، فبالرغم من كونها متميزين عن بعضهما البعض و ينتميان إلى سوقين مختلفين إلا أن كل وسيلة نقل منهما تؤثر بشكل كبير على سياسة الأسعار التي تنتهجها الأخرى.⁴

2- إثبات التفاهم الضمني بين المؤسسات:

من خلال ما سبق رأينا أن احتكار القلة يكون بين مجموعة قليلة من المؤسسات تنشط في سوق معين و أن الإتفاق بينهما قد يكون صريح و ناتج عن إتفاقات و مفاوضات كما قد يكون ضمني أي لا يستند إلى إتفاق مكتوب أو صريح، و أن المؤسسة تراعي عند إقدامها على رسم إستراتيجيتها التجارية ردود أفعال باقي المنافسين لها، و تضور صعوبة إثبات هذا التواطأ، وقد اقترح البعض إثباته من خلال الظروف المصاحبة لكل حالة، و من خلال الظروف المصاحبة للسوق.

¹ عبد الحكيم جمعة، الإحتكار في مصر و تأثيره على النشاط الإقتصادي في مصر، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية جامعة عين الشمس العدد الثاني، السنة التاسعة و الأربعون، يوليو 2008 ص 275.

² سامي عبد الباقي أبو صالح مرجع سابق ص 38-39.

³ بنيت أحمد، مدات جمال، جودة المنتج كمصدر للميزة التنافسية في سوق احتكار القلة، مجلة أكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية العدد 13 جانفي 2015 ص 18.

⁴ Marie Malaurie-Vignal : L'abus de position dominante L.G.D.J. 2002 P 21 N

أ- إثبات التواطؤ من خلال ظروف كل حالة:

قد تعتمد الشركات المشروعات الموجودة بالسوق إلى سلوك واحد في شكل زيادة في الأسعار أو تثبيتها أو حتى تخفيض إنتاج سلعة معينة في وقت واحد، فإن هذا يعد قرينة على وجود إتفاق ضمني (تواطؤ) بين هذه الشركات لأن كل شركة من هذه الشركات ما كانت لتجرؤ على إتباع هذه السياسة إلا إذا كانت لها قناعة أكيدة أن باقي الشركات الأخرى ستتبع السياسة نفسها، و نلاحظ هنا إلى أن التواطؤ الضمني يحدث بين عدد قليل جدا من الشركات و المشروعات التجارية الناشطة في السوق المعنية، و لا يهم حجم هذه الشركات سواء أكانت جميعها شركات كبرى أو كان بعضها شركات كبرى و البعض الآخر شركات أقل حجما، و ذلك راجع لكون هذا التواطؤ عادة ما يحدث بين شركات الضخمة، إلا أن هذا لا يمنع أن يتم التواطؤ الضمني بين شركة ضخمة و عدة شركات صغيرة حيث تحذو هذه الأخيرة حذو الأولى خوفا من انتقام الأولى إذا ما شقت عصا الطاعة و قامت بوضع سياسات مغايرة.¹

على سبيل المثال لو فرضنا تواجد بالسوق المعنية منشأة تجارية ضخمة ، وثلاث منشآت صغيرة، فمن الطبيعي أن تراقب هذه الأخيرة (المنشآت الثلاثة) – عن كثب – قرارات التسعير التي ستتخذها تلك المنشأة الكبيرة، فلو كانت تلك الأسعار مرتفعة و مربحة فستتبعها المنشآت الأصغر لتستفيد من الربحية المأمولة، أما إذا رفضت إتباعها و قررت التسعير بأقل من سعر المنشأة الضخمة، فهذا القرار سيكلف هذه الأخيرة فقدان البعض من نصيبها في السوق ما يدفعها في غالب الأحيان إلى الرد بأعمال إنتقامية، والأفضل هو التفاهم بين الأطراف و العودة إلى الوضع الأول و تثبيت الأسعار و حجم المنتجات حتى بدون أن يتم إتصال مباشر بين المنشأة الكبيرة و المنشآت الأخرى.²

ب- إثبات التواطؤ من خلال ظروف السوق المناسبة:

تحتوى السوق على مجموعة من المؤشرات يمكن أن تساعد على استنتاج حدوث التواطؤ الضمني بين الشركات الناشطة في السوق المعنية، و تختلف هذه المؤشرات من حيث الأهمية فهناك مؤشرات عامة و أساسية تتمثل على وجه الخصوص في ارتفاع نسبة التركيز و تواجد شركات ضخمة في هذه السوق، إضافة إلى مؤشرات خاصة تعكس مدى استعداد هذه السوق لحدوث التواطؤ الضمني، و لعل من أهم هذه المؤشرات.

1- تماثل الأسعار أو ثباتها:

¹ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الإحتكار مرجع سابق ص 205-207.

² حسين محمد فتحي مرجع سابق ص 72.

تتميز السوق التنافسية بخاصية تقلبات الأسعار هذه الأخيرة تعني عدم ثبات الأسعار في مستوى محدد لفترة طويلة من الزمن و هو أمر طبيعي بالنظر لتغير العرض و الطلب، فإذا عرفت هذه الأسعار إستقرار لفترة معينة دون أن تتأثر بالعرض و الطلب الذي يؤدي في الحالات العادية إلى إرتفاع أو إنخفاض الأسعار حسب الظروف، و كذلك إذا كانت هذه الأخيرة (الأسعار) هي نفسها المطبقة من قبل كل الشركات و المشروعات الناشطة في هذه السوق فإن هذا يعد قرينة قوية على وجود الإتفاق الضمني بين هذه الشركات.¹

2-استقرار أنصبة الشركات في هذه السوق:

تحاول كل مؤسسة زيادات مبيعاتها، و أرباحها و من ثم تحسين و زيادة نصيبها في السوق المعينة، و تتخذ في سبيل ذلك كل الوسائل لبلوغ غايتها كاللجوء إلى الترويج و الدعاية و الإشهار و خفض الأسعار إلخ، غير أن هذا الأمر لا يمكن أن يحدث في حالة الإتفاق الضمني بين الشركات الأعضاء في احتكار القلة، فكل واحدة يعد نصيبها ثابت لأن الأمور محسومة سلفاً، و لا تخضع لمعركة السوق، فثبات أنصبة الشركات في السوق يعد قرينة على التواطؤ الضمني.²

3-تجانس السلع أو الخدمات:

عادة ما يقسم احتكار القلة على أساس وجود أو عدم وجود تباين أو تجانس في السلعة أو الخدمة، حيث يتم تقسيم هذا النوع إلى احتكار القلة التام و احتكار القلة غير التام، ونقصد بإحتكار القلة التام أو الخاص بالتجانس التام بين الوحدات المنتجة من السلعة أو الخدمة بمختلف منتجات بمعنى أن المشتريين لا يرون إختلافاً بين منتجات مختلف المنتجين³، و نجد هذا النوع من إحتكار القلة في صناعة الإسمنت و صناعة الحديد و الصلب ومعظم الصناعات المعدنية⁴، ونلاحظ في هذه الحالة أن درجة إستقلال المنتجين تقل عند وضع سياستهم الإنتاجية و السعرية، لأن أي تغير في سعر السلعة سينتج عنه تأثير كبير في كمية مبيعات منافسيه، و يصبح بالتالي رد فعل منافسيه في السوق مؤكداً للتأقلم مع هذا الوضع.

و على عكس الحالة الأولى فإحتكار القلة غير التام تكون فيه الوحدات المنتجة من السلعة أو الخدمة بمختلف منتجاتها غير متجانسة، وبتالي فإن قام أحد المنتجين

¹أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة المرجع سابق ص 209-210.

²نفس المرجع ص 210.

³محمد إبراهيم أبو شادي، حماية المنافسة و مكافحة الإحتكار في الإقتصاد المصري – دراسة مقارنة بين التشريعين المصري و الأمريكي – دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2009 ص 32.

⁴سماح منصور أبو المجد على، حماية المستهلك في إطار سياسات المنافسة و منح الإحتكار – رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية كلية الحقوق، جمهورية مصر العربية سنة 2012 – ص 70.

بتغيير سعر المنتج أو السلعة فسوف لن يكون له تأثير مباشر على السياسات الإنتاجية و السعريّة لباقي المنافسين له في السوق¹.
و لهذه اعتبر أن كلما وجدت سلعة بنفس المواصفات و الخصائص – أي متجانسة – عند جميع المؤسسات العاملة في السوق المعنية فإن هذا يعد قرينة على إمكانية حدوث التواطأ بين هذه الشركات².
تبين مم سبق، أنه على عكس إحتكار القلة فإن وضعية الهيمنة تقتضي الهيمنة على سوق من طرف مؤسسة أو مجموعة مؤسسات، و ألا تراعي في حساباتها أية ردود أفعال من قبل منافسيها، في حين أن إحتكار القلة تثبت الهيمنة لعدد محدود من المؤسسات حث لا يكون لأي منها إمكانيات إتخاذ قرارات معينة دون أن تأخذ في الحسبان ردود أفعال البقية.

ثالثا: وضعية الهيمنة و التجميعات الإقتصادية

بالرجوع إلى إحكام قانون المنافسة الحالي. الأمر 03-03، يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يتصدى لتعريف مفهوم التجميعات الإقتصادية، و اكتفى ببيان الحالات التي نكون فيها أمام التجميع الإقتصادي³.
و عرفه البعض " كل عقد كيفما كان شكله إذا كان يقضي بتحويل الملكية أو الإنتفاع فيما يتعلق بمجموع أو بعض ممتلكات منشأة و حقوقها و إلتزاماتها أو عندما يكون الفرض منه أو يترتب عنه تمكين منشأة أو مجموعة منشأة من ممارسة نفوذ حاسم على واحدة أو أكثر من المنشآت الأخرى بصفة مباشرة أو غير مباشرة"⁴

يبدو للوهلة الأولى أن كلا من التجميع الإقتصادي و وضعية الهيمنة الجماعية متشابهان كونها قوتان إقتصاديّتان تدلان السيطرة على السوق، غير أنها مختلفان فنجد أن التجمع قد يؤدي في المستقبل إلى تقييد المنافسة و الحد من الدخول إلى السوق، الأمر الذي يعتبر تهديدا للسير العادي للمنافسيه داخل السوق المعني، لهذا قامت معظم التشريعات بإخضاع أي تجميع لمجموعة من المؤسسات للرقابة حتى وإن لم يرتكب أصحاب هذه المؤسسات تصرفات مفيدة للمنافسة⁵.
في حين أن وضعية الهيمنة في حد ذاتها غير معاقب عليها لاسيما إذا وصلت إليها المؤسسة – أو المؤسسات – بطرق مشروعة و نزيهة، و لكن إذا تبين إساءة وضعية الهيمنة بشكل تعسفي و هذا بالرجوع إلى تحليل السوق بمراقبة تصرفات

1 محمد إبراهيم أبو شادي مرجع سابق ص 32 – 33.

2 أمل شلبي التنظيم القانوني للمنافسة، مرجع سابق ص 211.

3 المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

4 تيورسي محمد، قواعد المنافسة و النظام العام الإقتصادي – دراسة مقارنة – رسالة لنيل شهادة الدكتوراه – جامعة أبو بكر بلقايد – بتلمسان – كلية الحقوق – 2010 – 2011 ص 173 - 174 .

5 جلال مسعد مرجع سابق ص 134.

المنشأة في الماضي عن طريق العودة إلى ما كان عليه - السوق - في فترة سابقة، فإذا تبين أن هذه المؤسسة قد قامت بتصرفات مقيدة للمنافسة ساهمت في اضطراب السوق المعني و تعطيل أليات - العرض و الطلب - فيتم معاقبة هذه المنشأة على أساس المادة السابعة من القانون الحالي.¹ و بإجراء مقارنة بين المفهومين نلاحظ أن دراسة تأثير التجمع الإقتصادي على جو المنافسة في سوق ما سينصب على المستقبل و ما يمكن أن يلحق بالسوق في الفترة القادمة.

أما بالنسبة لوضعية الهيمنة فإننا سنعود إلى الماضي أو فترة محددة من الماضي لندرس و نلاحظ سلوك المؤسسة المهيمنة على ضوء أحكام قانون المنافسة لنرى هل ارتكبت إساءة أو فعل يستوجب تطبيق العقوبات المقررة. بعد أن رأينا مفهوم وضعية الهيمنة، و المفاهيم التي تشبهها و حددنا أهم الفروق بينها، نتناول ضمن المطلب الموالي أشكال المركز المهيمن.

المطلب الثاني:

أشكال المركز المهيمن.

تختلف أنواع المركز المهيمن باختلاف الزاوية التي ينظر إليه من خلالها، فإن نظرنا من زاوية مصدر السيطرة فنجد المركز المهيمن و مركز القانوني الفعلي و الطبيعي، أما من زاوية المؤسسة المستحوذة على هذا المركز فيوجد وضعية الهيمنة المستحوذ عليها بواسطة مشروع أو مؤسسة واحدة، ووضعية الهيمنة المستحوذ عليها بواسطة عدة منشآت، وهذا ما سيأتي معنا بالتفصيل ضمن هذا المطلب كما يلي:

الفرع الأول:

أنواع المركز المسيطر من زاوية مصدر السيطرة.

تقسم وضعية الهيمنة من زاوية مصدر السيطرة إلى مركز مهيمن قانوني، و مركز مهيمن فعلي و مركز مهيمن طبيعي.

أولاً: المركز المهيمن القانوني: الإحتكار القانوني Le monopole de droit

و هو مرادف للإحتكار القانوني إذ يعتمد هذا النوع من الإحتكار في وجوده و نشأته على أساس قانوني (تشريعي) أو على مرسوم أو قرار إلى نحو ذلك ، الأمر الذي يمكنه من إستغلال مرفق عام أو مصلحة عامة دون غيره، كإحتكار الدولة

¹ الأمر 03 - 03 المتعلق بالمنافسة.

النشاط في مجال المياه الكهرباء والغاز و المواصلات و صك العملة و المعادن... إلخ.¹

كما يوجد كذلك إحتكار يجيز لصاحبه الإستئثار به دون منافسيه و هذا في مجال حقوق الملكية والصناعية نذكر منها تحديدا براءات الإختراع و الرسوم و النماذج الصناعية و العلامات التجارية، حيث أن القانون منح صاحب براءة الإختراع مثلا حقا استثنائيا مقصورا عليه وحده (حصري) دون غيره في الإستفادة من الإختراع و ذلك لمدة زمنية معينة مكافأة له من قبل المجتمع على المجهود الذي بذله في سبيل تطوير و تحسين صناعة ما لتسهيل الحياة على المستهلكين، ويكون الحق الإستثنائي عن طريق الإنتفاع به ماليا بأي طريق من طرف الإستفادة المشروعة كأن يقوم بإحتكار صناعة المنتجات و بيعها أو عرضها للبيع أو حتى تصديرها، علاوة على إمكانية إحتكار الطريقة الصناعية موضوع البراءة و غير ذلك من طرق الإستفادة المشروعة.²

أما مجال حقوق الملكية فيعد قليل الأهمية بالمقارنة مع حقوق الملكية الصناعية. و يمكن أن يظهر هذا النوع من الإحتكار في شكل عقد امتياز³ الممنوح لمشروع معين، فقد تمنح الحكومة لشركة ما الحق في إنتاج سلعة أو تقديم خدمة معينة، بحيث يكون إنتاج هذه السلعة أو الخدمة مقصورا على هذه الشركة دون غيرها، و هذا النوع من الإحتكار القانوني شائع و معروف في معظم دول العالم ، و غالبا ما تمنح هذه الإمتيازات لشركات القطاع العام أو الشركات الوطنية – حسب التعبير الشائع عندما – نذكر في هذا الإطار الإمتياز الممنوح لصالح الشركة الوطنية للسكك الحديدية (S.N.C.F.A) التي أصبحت فيما بعد تسمى الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية⁴ SNTF و الحكمة من هذا الإحتكار هي الحرص على المصلحة

¹ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 15.

² معين فندی الشناق، الإحتكار و الممارسات المفيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة و الإتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن الطبعة الأولى 2010 ص 37.

³ يعرف عقد الإمتياز على أنه " الإمتياز أو ما يسمى كذلك إلتزام المرفق العمومي هو عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو ولاية أو البلدية بموجب شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص (مثل شركة) يسمى صاحب الإمتياز بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة و يقوم صاحب الإمتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، و في مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الإمتياز مقابل مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق" ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني – النشاط الإداري – الناشر لباد الطبعة الأولى 204، ص 196 – 197.

⁴ أنظر الأمر رقم 67 – 130 المؤرخ في 22 جويلية 1967 المتضمن تنظيم النقل البري، و لاسيما المادة 27 منه، ج ر رقم 63 ص 937، أنظر كذلك الأمر رقم 76 – 28 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إنشاء الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية لاسيما المادة 03 منه: ج ر رقم 26 ص 375.

العامة حتى لا تكون هذه الخدمات الأساسية و الضرورية لجميع المواطنين في قبضة احتكارات خاصة¹.

و قد أثير تساؤل حول مدى خضوع الإحتكار القانوني لقانون المنافسة، حيث ضل لفترة زمنية خارج إطار المنافسة، غير أن العرف جرى على عدم استبعاد الإحتكار القانوني من نطاق قانون المنافسة، و هذا معناه أن الإحتكار الذي نشأ بموجب نص قانوني، أو مرسوم لا يكون بمنأى عن تطبيق أحكام قانون المنافسة². و قد أخذت بهذا الإتجاه محكمة العدل الأوروبية في أحد قراراتها حيث اعتبرت أن تواجد مؤسسة في وضعية احتكار قانوني لا يتعارض مع أحكام المادة 102 من الإتفاقية الأوروبية و جاء هذا القرار بعد أن منحت إحدى الدول الأعضاء في الإتحاد حقوق حصرية لمؤسسة معينة دون سواها³، شرط ألا تكون المؤسسة المحتكرة موضوع أي إدانة أو حكم مبدئي⁴.

كما عرضت على محكمة العدل الأوروبية قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الدول الأعضاء في الإتحاد منحت حقا حصريا لمؤسسة خاصة بموجبه تقوم بحراسة أحد موانئ البترول من التلوث فحسب المحكمة تتولى المؤسسة المعنية مهمة لفائدة الصالح العام، والتي هي أصلا من الوظائف الأساسية بشأن حماية البيئة⁵.

و على خلاف ذلك تدخلت محكمة العدل الأوروبية في قضايا أخرى و اعتبرت أن الإحتكار القانوني قد تسبب في الأضرار بالمنافسة و طبقت بالنتيجة أحكام المادة 102 من الإتفاقية، فعلى سبيل المثال قضت المحكمة الأوروبية بأن الشركة العمومية BRITISH TELECOM تعتبر محتكرة لتسيير شبكات الإتصالات و وضعها تحت تصرف الجمهور و بالتالي فهي في وضعية هيمنة⁶. أما اللجنة الأوروبية فقد رأت أن المشروع العام الذي يحوز إحتكارا قانونيا بشأن الخدمات المرتبطة بالدخول للمطارات و حساب الرسوم و خدمات الهبوط و الإقلاع و غيرها، وقد أساء إستخدام المركز المسيطر الذي يحوزه⁷.

¹ أمل محمد شلبي التنظيم القانوني للمنافسة و منع الإحتكار مرجع سابق ص 08.

² خليل فيكتور تادرس المرجع سابق ص 16.

³ CJCE, 30 ARIL 1974, SACCHI, AFF , 155/75.

⁴ C.Mongouachon , op. cil, P 128 – 129 N 185.

⁵ CJCE 18-3-1997, AFF 343/95, Diégo CALI et FIGLI cité par, MEMENTO PRATIQUE, CONCURRENCE-CONSOMMATION, FRANCIS LEFEBRE, 2013-2014 P 481,482 N 21480.

⁶ CJCE 20 MARS 1985 Italie C/COMMISSION off, 41/83.

⁷ COMM. CE, Déc N 99/239 , 10/02/1999.

ثانياً: المركز المهيمن الفعلي: الإحتكار الفعلي Le monopole de Fait

على عكس المركز المهيمن القانوني فإن المركز المهيمن الفعلي لا يقوم على نص قانوني أو تنظيمي، و إنما ينتج عن ظروف السوق و اعتبارات واقعية، فقد ينشأ الإحتكار الفعلي نتيجة عدة أسباب منها السيطرة على إنتاج المادة الخام أو السلعة بحكم الظروف و ليس بمقتضى القانون، فعلى سبيل المثال قد يكون صاحب المركز المهيمن هو المالك الوحيد لأحد المناجم.¹

التفوق التكنولوجي: لا شك أن التفوق التكنولوجي الذي تتمتع به أية شركة يمكنها من القضاء على أية منافس موجود أو محتمل و الحفاظ على مركزها المسيطر و ذلك بفضل تفوقها التكنولوجي الذي يجعل المستهلكين مرتبطين بهذه الشركة لعدم قدرة المنافسين على تقديم بديل أحسن سواء من حيث الجودة أو التكلفة ، و خير مثال على ذلك هو إحتكار شركة مايكروسفت الأمريكية السوق العالمية في مجال الكمبيوتر ، فالتفوق التكنولوجي أصبح حاجزا شديداً الأهمية مكن مايكروسفت من منع منافسين من الدخول إلى هذه السوق، زيادة على استفادة هذه الشركة من حصة كبيرة من السوق العالمية، إضافة إلى نقص البدائل لدى المستهلكين، لهذا أوصى القضاء الأمريكي بتقسيم شركة مايكروسفت إلى شركتين بدلاً من شركة واحدة.²

كما قد ينشأ الإحتكار الفعلي جراء إتفاق بعدم المنافسة يبرم بين بعض المنشآت، بموجبه تقسم الأسواق على أساس جغرافي بحيث تستأثر كل منشأة بمنطقة جغرافية معينة لتصبح هذه منشأة هي المسيطرة على السوق التي كانت من نصيبها، فعلى سبيل المثال سبق للسلطات الهولندية أن راودتها شكوك – دون أن تستطيع الإثبات- حول قيام إحتكار فعلي لدواء جديد قابل للحقن INJECTABLE خاص بمرض الصداع النصفي (MIGRAINE) مصنع من طرف مخابر GLAXO، تزامن الإحتكار مع قيام مخابر SAND 02 بسحب هذا المنتج من التسويق في هولندا، لكن مع إستمرار هذا الدواء في التسويق بكل من بلجيكا و فرنسا و ألمانيا فهذا يدل على اقتسام السوق بين المخبرين.³

و يخول هذا النوع من الإحتكار بطبيعته للمستفيد أن يفرض شروطه التعاقدية غير العادلة على الأطراف المتعاملين معه⁴، و يساهم مركز المهيمن في غلق السوق المعينة بحيث يمنع دخول منافسين جدد إلى هذه السوق بما حاصله أن يقتصر الأمر على المشروع المستفيد منه فحسب.⁵

¹ محمد سليمان الغريب مرجع سابق ص 124.

² أمل محمد شلبي: التنظيم القانوني للمنافسة و منع الإحتكار مرجع سابق ص 11.

³ Dominique Brault, Op.cit P 42 N 47.

⁴ André et Georges Décocq , Op.cit P 146 N 99

⁵ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 17.

و سبق لمحكمة النقص الفرنسية أن اعتبرت شركة حائزة لمركز مسيطر في السوق الخاص بآلات فحص عجلات الطائرات من طراز (TPIS) المتعلق بالأجهزة من نوع A330 و A340 و رأت أنه يمكنه ودون صعوبة من إعاقة المنافسة في السوق، و استندت في ذلك على المدة التي يمارس فيها المشروع هذا العمل حيث أشارت إلى أن هذا المشروع يمارس منذ العديد من السنين إحتكارا فعليا على مجموع الأسواق المختلفة للطائرات من طراز « TPIS »¹. كما هو عليه الحال بالنسبة للخطوط الجوية الجزائرية فهذه الأخيرة لها إحتكار فعلي على السوق الطيران المدني في الجزائر منذ 2004²، بعد تجربة قصيرة فتح من خلالها المجال للخواص للدخول لقطاع النقل الجوي للمسافرين و كان مع الشركة الخاصة خليفة للطيران KHALIFAAIRWAYS.

إذن المركز المهيمن الفعلي هو وليد ظروف السوق و كذا اعتبارات واقعية تجعل من يملك التفوق التكنولوجي على وجه الخصوص التقنية والمواد الأولية هو المسيطر على السوق الذي يمكنه من فرض شروطه على المتعاملين معه، كما تمكنه هذه السيطرة من إبعاد أي منافس موجود أو محتمل و هذا بوضع العراقيل أمامه سواء بخفض الأسعار، أو بيع المواد الأولية على سبيل المثال بشروط غير معقولة إذا كان محتكرا لها.

ثالثا: المركز المهيمن الطبيعي: الإحتكار الطبيعي Le monopole naturel

نكون أمام المركز المهيمن الطبيعي عندما لا يحتمل السوق المعتبر قانونا في مجالنشاط معين من الأنشطة الإقتصادية إلا وجود مشروع واحد لديه القدرة على تلبية الطلب على السلعة أو منتج ما³، و غالبا ما تمنح الدولة نفسها حق إحتكار هذه الأنشطة لكونها تتعلق بالمرافق و الخدمات العامة، مثل إنتاج و توزيع الكهرباء، الماء، الصرف الصحي الإتصالات ... إلى غير ذلك.⁴

و يعتقد البعض أن أفراد مشروع ما بإنتاج المنتج أو تقديم الخدمة راجع، إما إلى قدرة هذا المشروع على توفير المنتج بأقل الأسعار و ذلك لأن تكاليف الإنتاج تكون في إنخفاض مستمر مع زيادة حجم الإنتاج خاصة في المشاريع الكبيرة الحجم.⁵

¹ Cité par André et Georges Décocq , Op.cit P 146 N 99

² Rachid ZOUAIMIA La Délégation Conventionnelle de servis public au parfait je personnes privées, Reues IDARA volume 29 N 01-2011, N 41 P 11.

³ سامي عبد الباقي أبو صالح مرجع سابق ص 42.

⁴ مغاوري على شلبي ، حماية المنافسة و منح الإحتكار بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2004-2005 ص 49.

⁵ سامي عبد الباقي أبو صالح مرجع سابق ص 43.

أما السبب الثاني هو: سياسة الدولة و رغبتها في السيطرة على بعض المجالات الإستراتيجية و الحيوية، فقد تطور دور الدولة من الدولة الحارسة إلى المتدخلة في النشاط الإقتصادي، و ذلك بهدف حماية بعض القطاعات الوطنية لما لها من أهمية إجتماعية أو تصديرية أو استهلاكية على المستوى المحلي.¹

تتميز السوق التي تعرف احتكار طبيعي بكونها تفضل مقتصرة على المحتكر مالك الإحتكار الطبيعي، هذا الوضع سيؤدي إلى خروج باقي المنافسين الموجودين بهذه السوق، كما سيساهم في منع المشروعات الأخرى من الولوج إليه وكل محاولة سيكون مصيرها الفشل.

و يرجع السبب في ذلك كما سبقت الإشارة إلى أن المركز المهيمن الطبيعي غالبا ما يوجد في المشروعات الكبيرة الأمر الذي من شأنه خفض تكاليف الإنتاج كما هو الحال في مجال السكك الحديدية²، إضافة إلى صعوبة إختراق السوق المحتكر من قبل منافس آخر يقدم بديل لنفس المنتج الذي يقدمه المشروع المحتكر، وذلك نظرا لقيام المنافس بتقديم منتج في منطقة جغرافية أخرى، وحتى يمكنه تسويق منتج في السوق المحتكرة عليه تحمل مصاريف إضافية مثل تكاليف النقل و ربما الجمارك ... و غيرها، هذه المصاريف الإضافية ستأثر لا محالة على التكلفة النهائية للمنتج و إلا تعرض للخسارة، أما بالنسبة للمشروع المهيمن طبيعيا فالفرق بين السعر و تكلفة الإنتاج سيكون أقل بكثير كونه غير معني بمصاريف النقل الجمارك و غيرها مما يؤدي إلى انخفاض سعر المنتج بالمقارنة مع باقي المنافسين³، هذا الوضع سينجم عنه في النهاية خروج و إقصاء باقي المنافسين، و يعاب على هذا النوع من الإحتكارات أنها لا تركز على تحقيق الكفاءة الإقتصادية في نشاطها الإنتاجي و التسويق، كما أنها لا تركز على جودة منتجاتها بل تكتفي بمجرد توفيرها بجودة مقبولة – الحد الأدنى – و سعر يراعي مستوى دخل الأفراد و خاصة محدودي الدخل.⁴

الفرع الثاني:

من زاوية الشخص المستحوذ على السيطرة:

رأينا أن القضاء الأوربي يعرف مركز المهيمن بكونه " القدرة الإقتصادية التي يملكها المشروع ما و التي تمكنه من إعاقة أو منع أي منافسة حقيقية في سوق ما، و تعطيه مكنة القيام بتصرفات معينة دون أن يأخذ في اعتباره أو حسابه أية ردود أفعال أتية من منافسيه أو عملائه و حتى المستهلكين" هذا المفهوم للمركز المهيمن

¹ مغاوري شلبي علي المرجع سابق ص 50.

² سامي عبد الباقي أبو صالح مرجع سابق ص 43.

³ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 18.

⁴ مغاوري شلبي مرجع سابق ص 51.

ينطبق تقليديا على مؤسسة إقتصادية واحدة، فنكون وفقا لهذا المعنى أمام وضعية هيمنة فردية تقودها مؤسسة أو منشأة لوحدها، غير أن ظاهرة العولمة الإقتصادية أفرزت وضعية جديدة حيث أصبحت مجموعة من الشركات تتقاسم فيما بينها حصة كبيرة من السوق المعنية، و أصبحت هذه الشركات تتخذ استراتيجيات موحدة بهدف السيطرة على السوق المعنية و هذا ما يعرف بالمركز المهيمن الجماعي.

بناء على ما سبق نتعرض فيما يلي للمركز المهيمن الفردي ضمن أولا، و ثانيا المركز المهيمن الجماعي.

أولا: المركز المهيمن الفردي:

عرفت الفقرة ج من المادة 03 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وضعية الهيمنة بأنه "... الوضعية التي تمكن مؤسسة من الحصول على مركز قوة الإقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية..." و يقصد بالمؤسسة حسب المادة 03 فقرة أ من الأمر 03-03 " كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات".

و بحسب البعض فإن لفظ المركز المهيمن (المسيطر) الفردي لا ينصرف فقط إلى المؤسسة الواحدة بل يتوسع ليشمل الشركة الأم و فروعها إذا كانت تحوز مركزا مسيطرا، هو في رأينا صائب لأن فروع الشركة عادة ما تتبنى توجيهات وتعليمات الشركة الأم فهي تعمل كوحدة إقتصادية لها إستراتيجية واحدة فلا يمكن على سبيل المثال لفرع تابع لشركة أم أن يخالف السياسة التسويقية المنتهجة من قبل بقية الشركات التابعة لها فلو فرضنا أن الشركة الأم حددت كمية المعروض من منتج معين 90 وحدة في كل أسبوع و قامت إحدى الفروع بمخالفات التعليمات و زادت من كمية المنتج المعروض إلى 150 وحدة بحجة أن الطلب في تلك السوق كبير و أن كمية المحددة من قبل الشركة الأم لا تلبي حاجة ذلك السوق فهذه الأخيرة ستؤثر لا محال على السياسة التسويقية المنتهجة من قبل الشركة الأم فهذه الأخيرة هي صاحبة القرار و تنفرد بإتخاذ القرارات الهامة و تعد لذلك بمثابة وحدة فردية.¹

و لا يهم مصدر الهيمنة سواء كان احتكار قانونيا مصدره القانون أو احتكارا فعليا أو طبيعيا، كما يستوي أن تكون وضعية الهيمنة الفردية على سوق المنتجات مثل هيمنة المؤسسة الوطنية للتبغ و الكبريت SNTA على إنتاج و تسويق التبغ و الكبريت في الجزائر²، أو سوق الخدمات مثل الإحتكار الفعلي الذي تقوم به شركة

¹ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 32.

² المرسوم التنفيذي رقم 04-331 المؤرخ في 18 أكتوبر 2004 المتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية و استيرادها و توزيعها ج ر 2004/66.

الخطوط الجوية الجزائرية على رحلات الجوية الطويلة و لاسيما الحج، كما لا يهم سواء كان المركز المسيطر من جانب البائعين أو المشترين.¹ نخلص مما تقدم إلى أن المركز المهيمن الفردي هو وضعية تكون فيها مؤسسة واحدة هي صاحبة الكلمة العليا بحيث تفرض شروطها و أسلوب عملها على بقية المتعاملين معها من عملاء و مستهلكين و ذلك بوضع إستراتيجية تمكنها من السيطرة على السوق المعنية، و من الحفاظ على هذا المركز عند الإقتضاء و ذلك بالتحكم في ذلك السوق و إعاقاة المنافسة، و إبعاد أي منافس موجود أو محتمل، غير أن التطور الكبير الذي عرفه الإقتصاد العالمي جعل من الهيمنة الفردية شيء من الماضي إلا ما ندر.²

حيث بدأت الهيمنة الفردية في التراجع لحساب الهيمنة الجماعية هذه الأخيرة التي أصبحت بموجبها مختلف المنشأة تقبل أن تشاركها غيرها في المركز المسيطر كل هذا من أجل البقاء في السوق و الحفاظ على وجودها.

ثانيا: المركز المهيمن الجماعي:

مر معنا أن المركز المهيمن يكون في العادة من نصيب مؤسسة واحدة سواء لوحدها أو شركة أم مع فروعها، غير أن هذا لا يمنع من حيازة وضعية الهيمنة من قبل مجموعة من المؤسسات تنشط في سوق معينة سواء خاصة بالسلع أو الخدمات و هو يعرف بوضعية الهيمنة الجماعية.

أ- مفهومها:

لم يعرف الفقه وضعية الهيمنة الجماعية و اكتفى فقط بوصفها حيث جاء في أحدها " أن وضعية الهيمنة الجماعية تقوم عندما يوجد مشروعان أو أكثر يعملان في سوق واحدة و يوجد بينهما علاقة ترابط و توافق تسمح لهما بتبني إستراتيجية منظمة متشابهة في الأسس التي تقوم عليها و الخطوط الرئيسية التي تتضمنها وذلك في مواجهة العملاء و المنافسين القائمين أو المحتمل ظهورهم، إستراتيجية شبيهة بتلك الإستراتيجية التي يسير وفقا لها المشروع المسيطر في حالة المركز المسيطر الفردي"³

¹ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 32-33.

² مثل شركة مايكروسفت العالمية المتخصصة في صناعة أجهزة الكمبيوتر فهي تستوحذ على أكبر حصة من السوق العالمية لأجهزة الكمبيوتر.

³ سامي عبد الباقي أبو صالح مرجع سابق ص 47.

كما ذكر جانب من الفقه الفرنسي

« il y a position dominante collective lorsque deux ou plusieurs entreprises adoptent, envers leurs clients et leurs concurrents, une attitude très semblable a celle d'une entreprise inique en position dominante – ce qui implique les

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن هذا الأخير إكتفى في تعريفه لوضعية الهيمنة من خلال المادة 03 الفقرة -ج- بصيغة المفرد حيث نص " وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة إقتصادية...."

كما قام بنفس الأمر عند تعريفه للمؤسسة في الفقرة أ من المادة 03 حين عرفها " المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الإستيراد " ¹

فبحسب ظاهر النصين المذكورين يبدو أن المشرع الجزائري لم يتصور إمكانية وجود أكثر من مؤسسة تهيمن على سوق معينة، على عكس المشرع المصري الذي استعمل مصطلح الأشخاص بدل من المؤسسة المستعمل عندنا، حيث يقصد بالأشخاص حسب " الأشخاص الطبيعيين و الأشخاص الاعتبارية و الكيانات الإقتصادية و الإتحادات و الروابط و التجمعات المالية و تجمعات الأشخاص على إختلاف طرق تأسيسها، و غيرها من الأطراف المرتبطة "

غير أننا بالتمعن في أحكام الأمر 03-03 لاسيما المادة الثانية الفقرة الأولى نلاحظ أن المشرع الجزائري استخدم صيغة الجمع للدلالة على مضمون نشاطات الإنتاج، فقد أورد في المادة المذكورة " بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام الأمر على ما يأتي:

نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية و تربية المواشي التوزيع و منها تلك التي يقوم بها مستورد و السلع لإعادة بيعها على حالها و الوكلاء و وسطاء بيع المواشي و بائعو اللحوم بالجملة و نشاطات الخدمات و الصناعة التقليدية و الصيد البحري و تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية و جمعيات و منظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني و شكلها و هدفها" فيمكن على ضوء هذه المادة على سبيل المثال لبائعي اللحوم بالجملة الإتفاق على إتخاذ إستراتيجية موحدة فيما بينهم بهدف الهيمنة الجماعية على سوق اللحوم في منطقة جغرافية معينة خصوصا في الفترة التي تعرف إقبالا كبيرا على هذه المادة مثل شهر رمضان المعظم، إذا المشرع الجزائري لم ينكر وضعية الهيمنة الجماعية و يمكن معاينتها و توقيع الجزاء عند المخالفة.

و قد جاء في رأي أبداه مجلس المنافسة الجزائري تبعا لطلب تقدم به وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، وتضمن هذا الطلب مجموعة من الأسئلة، و يهمننا سؤال يتعلق بالإشكالات التنافسية لسوق ذات

entreprises ne soient pas en situation de concurrence » Marie. Malaurie-vignal droit de la concurrence interne et européen sirey 6^{eme} édition 2014 P 232 N 520.

¹ الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

طبيعة احتكارية ثنائية، و في رده على هذا السؤال و غيره رأي مجلس المنافسة أن " هناك بعد احتكاري ثنائي لسوق الإسمنت بين كل من مجمع « GICA » بنسبة 51% و مجمع « LAFARGE » بنسبة 36% و نسبة 13% بالنسبة للمستوردين، يتقاسم المجمعين السوق عن بعد بسبب عدم ختمه لأي شكل تفاهم أو تحالف...¹ من خلال هذا الرأي الذي أبداه نلاحظ أن مجلس المنافسة الجزائري اعترف صراحة بإمكانية قيام وضعية الهيمنة الجماعية عندما استعمل عبارة " احتكار ثنائي " إضافة إلى " يتقاسم المجمعين السوق عن بعد " .

من جانبه الإجتهد القضائي الأوربي اعترف بوجود المركز المهيمن الجماعي، ففي قضية الشركة البحرية البلجيكية قضت محكمة العدل الأوربية بما يلي " وفقا لعبارات المادة 86 من الإتفاقية (حاليا المادة 82) فإن وضعية الهيمنة قد تحوزها مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات و أن معنى المؤسسة المدرج في الفصل المخصص لقواعد المنافسة في الإتفاقية يفترض الإستقلالية الإقتصادية لمجموعة المؤسسات شريطة أن تتصرف في السوق كوحدة جماعية " ²

و تجدر الإشارة إلى أن وضعية الهيمنة الجماعية تكون لكل المؤسسات (المشروعات) مجتمعة و ليس لمشروع واحد من بينها، و هذا يعني عدم إمتلاك كل مشروع بمفرده القدرة الإقتصادية التي تمكنه من إحداث تأثير على جو المنافسة عن طريق التأثير في الأسعار أو حجم المعروض من السلع و بالتالي إعاقة المنافسة في السوق المعنية إنما نعني بوضعية الهيمنة الجماعية وجود عدة مؤسسات في السوق المعنية تقوم بينها علاقات ترابط و تنسيق، يتبنون على إثرها إستراتيجية واحدة تمكنهم من السيطرة على السوق دون الاكتراث لتصرفات و ردود أفعال المؤسسات المنافسة.³

كما لا يهمل في هذه الحالة أن يكون المركز المهيمن أفقيا أي بين المشروعات التي تعمل على نفس مستوى الإنتاج، كأن يتفق مجموعة من المنتجين لسلعة معينة على التحكم في السوق ، أو أن يكون المركز المهيمن رأسيا ، هذا الأخير يخص مشروعات ليست على نفس مستوى الإنتاج وإنما تنشط في مستويات مختلفة ، كأن يبرم عقد بين أحد المنتجين و موزع أو أكثر يكون هدفه التحكم في الأسعار أو في حجم المعروض من السلع⁴

ب - إثبات وضعية الهيمنة الجماعية :

¹ رأي رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، النشرة الرسمية للمنافسة عدد 02، 2013.

² CJCE, 16 MARS 2000, compagnie belge de transports E.A.C/ COMMISSION.

³ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 48.

⁴ خليل فيكتور تادرس ، مرجع سابق ص 33-34.

رأينا أن وضعية الجماعية هي مقدرة إقتصادية تحوزها مجموعة من المؤسسات أو المشروعات المرتبطة ، مهما كانت طبيعة العلاقة و الرابطة التي تجمعها ، و التي تعطيها مكنة التحكم في السوق و التصرف بإستقلالية نتيجة تبني هذه المؤسسات إستراتيجية موحدة إتجاه منافسيها مما يؤثر بطريقة محسوسة على المنافسة .

ثار تساؤل حول ، متى يمكن الجزم بوجود مركز مهيمن جماعي ، بمعنمتي يمكن إعتبار أن عددا من المشاريع تبنوا إستراتيجية واحدة ، هل عندما يكون هناك إتفاق مسبق بين هذه المؤسسات الذي على أساسه تقوم هذه الإستراتيجية، أم يكفي أن تقوم هذه المؤسسات بتصرفات متوازية متوافقة دون أن تستند إلى وجود إتفاقات ، أو أية علاقات مالية إقتصادية فيما بينها ؟

إستقر أي كل من القضاء الأوربي وكذا لجنة المنافسة الأوربية على أنه لا يمكن القول بوجود مركز مهيمن جماعي لمجرد أن تعتنق المشروعات المختلفة تصرفات متوافقة بل لابد من إقامة الدليل على وجود علاقات هيكلية أو علاقات ناجمة عن طبيعة (ميزات) السوق .

و عليه سنتعرض لهذه العلاقات ضمن النقطتين التاليتين :

1- علاقة هيكلية : **des liens structurels**

للتحقق من وجود منشأة جماعية ، إعتمدت اللجنة الأوربية عدة أنماط من الروابط الهيكلية ، منها على وجه التحديد الروابط المالية ، و الروابط التعاقدية .

1-1- الروابط المالية : **des liens capitalistiques**

إن حيازة أصول أو فروع تعتبر مبدئيا علاقات أو روابط يمكن من خلالها استنتاج وجود وضعية هيمنة جماعية، غير أن وجود هذه الروابط المالية لا يكفي للقول تلقائيا بوجود هيمنة جماعية بل يجب بحسب جانب من الفقه إثبات أن هذه الروابط تسمح للمؤسسات المعنية بالتصرف كمنشأة واحدة و أن تتخذ نفس إستراتيجية العمل في السوق المعنية.

ففي قضية جينور GENOR¹ رأت المحكمة الأوربية أن مجرد وجود روابط هيكلية (و في حالة الروابط المالية) لا يعد كافيا للجزم بوجود وحدة جماعية،

¹TPI 25 MARS 1999 GENOR LTD/ commission affaire T.102/96

LONRHO و تتخلص وقائع هذه القضية في أن اللجنة الأوربية للمنافسة عارضت مشروع تجميع كل من شركة جينور من جنوب إفريقيا مع شركة لونر البريطانية الناشطتين في قطاع البلاستيك، حيث كلتا قامت الشركتين في المرحلة الأولى بالإستحواذ معا على شركة IMPLATS وهي شركة من جنوب إفريقيا تضم كل أنشطة شركة جينور في مجال البلاستيك PLATINOIDES التي تحوز فيها شركة جينور نسبة 46.5% ثم في مرحلة ثانية تم نقل إلى شركة IMPLATS ملكية كل من شركة EASTPLATS ET WESTAPLATS و المعروف بإسم (LPD) LONRHO PLATINIU MDIVISION و التي تحوز فيها شركة LONRHO 73% ، في حين تحوز شركة جينور عن طريق شركة IMPLATS نسبة 27% ، و اعتبرت اللجنة الأوربية أن هذه العملية (التجميع) أدت إلى نشوء وضعية

بمعنى أدق إعتبرت المحكمة الأوروبية أن الروابط بين أهم المنتجين لمادة البلاطين (الذهب الأبيض) التي أخذت بعين الإعتبار من قبل اللجنة الأوروبية للمنافسة ليست كعامل يثبت وجود روابط إقتصادية و لكنها إعتبرته عامل يساهم في فرض الإنضباط على الأعضاء المنتخبين، وهذا بمضاعة مخاطر توقيع جزاءات قد تكون إنتفاقية، في حالة ما إذا تصرف أحد الأعضاء بطريقة غير من مقبولة من قبل بقية الأعضاء المنتخبين.¹

كما نظرت المحكمة الأوروبية في قضية أخرى تتعلق بشركة IRISH SUGAR ، حيث أخذت المحكمة بعين الإعتبار وجود روابط مالية للجزم بوجود وضعية هيمنة جماعية، ورأت أنه قبل شراء مؤسسة SDL، فإن مؤسسة IRISH SUGAR كانت تمتلك 51% من أسهم مؤسسة SDH هذه الأخيرة تحوز هي الأخرى مجموعة أسهم مؤسسة SDL، إضافة إلى المشاركة في الإدارة، فنجد أن IRISH SUGAR كانت ممثلة في مجلس الإدارة في مؤسسة SDH، وكذا مؤسسة SDL، و نشير إلى أن المؤسسة IRISH SUGAR تعتبر الوحيدة التي يقوم بتحويل الشمندر إلى سكر و كذا الممول الحصري للسكر بايرلندا، أما مؤسسة SDL فكانت مكلفة بضمان توزيع السكر المنتج من قبل IRISH SUGAR²

1-2 الروابط التعاقدية les liens contractuels

يمكن أن الروابط تعاقدية بين المؤسسات وسيلة إلى نشأة مركز مهيمن جماعي، كإتفاق على منح مؤسستين مستقلتين عن بعضهما البعض، ترخيص يمكنها من الإستفادة من تكنولوجيا متقدمة يعطيها فرصة القيام بتصرفات مستقلة إتجاه باقي المنافسين الأمر الذي من شأنه إعاقة المنافسة أو حتى منعها نفس الشيء بالنسبة للإلتزام بالتموين (Approvisionnement) الحصري لإحدهما لفائدة الأخرى³، كما يمكن أن تنشأ الروابط التعاقدية عند قيام إتفاق ENTENTE مقيد للمنافسة بين بعض المشروعات مما يجعل الشركات المشتركة في ذلك الإتفاق- كنتيجة له- حائزة لمركز مسيطر جماعي على السوق المعني⁴.

هيمنة مزدوجة (DOUPOLISTIQUE) ما بين المنشأة الجديدة AMPLATS et CONCORPORATION OF SOUTH AFRICACAAC الفرع التابع لـ AMPLAS/LPD ANGLO AMERICAN الممول الأول لمادة البلاطينويد PLATINOIDES في العالم.

¹Valérie Fauré : L'apport du tribunal de première instance des communautés européennes au droit communautaire de la concurrence. DALLOZ 2005.P 604,605 N 913.

²TPI 07 octobre 1999, IRISH SUGAR PLC /COMMISSION affaire.T228/07.

³Marie Malaurie-Vignal. Droit de la concurrence , OP , cit P234 N 523.

⁴لينا حسن زكي مرجع سابق ص 172.

في هذا السياق سبق للقضاء الأوربي أن عرضت عليه قضايا تتعلق بالمركز المهيم الجماعي، لعل أشهرها قضية الشركة البحرية البلجيكية التي تناولها القضاء وبعده الفقه بإسمها ب ، حيث تتخلص وقائع هذه القضية في قيام ثلاث (03) شركات للنقل البحري و هي UKWAL CEWAL-COWAC et بإبرام إتفاق يقضي بعدم المنافسة مخالفة لأحكام المادة 81 من الإتفاقية الأوروبية، و بعد عرض النزاع أمام المحكمة الأوروبية، أقرت هذه الأخيرة بقيام وضعية الهيمنة الجماعية من ناحية هذه الشركات (الثلاثة)، واعتبرت أن تصرفات هذه الشركات تعبر عن إرادتها في تبني إستراتيجية موحدة في السوق المعني بهدف مواجهة أي تهديدات تمس أو تأثر المنافسة في السوق الذي تنشط فيه، و تضيف المحكمة الأوروبية أن هذه الشركات نسقت فيما بينها بقصد تحديد و وضع أجرة موحدة للنقل البحري، و خلصت المحكمة إلى أنه لا يكفي للقول بقيام وضعية الهيمنة الجماعية أن تكون هناك إتفاقات بين المؤسسات المعنية، بل لابد من توافر روابط بين هذه المؤسسات تمكنها من تبني إستراتيجية موحدة في السوق المعني¹، و هذا الموقف يعد منطقي كونه يسمح بتفادي الإستعمال المفرط لمفهوم المركز المهيم².

2-علاقات ناجمة عن طبيعة السوق

كان إجتهد المفوضية الأوروبية يستوجب لقيام المركز المسيطر بواسطة عدة مشروعات وجود روابط مالية مهمة و مباشرة، و ثابتة تجمع بين تلك المشروعات و استمرت المفوضية الأوروبية على هذه الحال إلى نهاية السبعينات، حيث تخلت عن ذلك الشرط ضرورة وجود روابط مالية مباشرة و ثابتة بين مجموعة المشروعات.

الذي يعد حسب إجتهداها القديم لازم لإعتبار مجموعة المنشآت حائزة معا لمركز مسيطر على السوق³.

بالمقابل ظهرت فكرة ترى أنه ليس هناك أي مانع إقتصادي أو قانوني يبرر إستبعاد العلاقات الناجمة عن طبيعة السوق، فحسب هذه الفكرة فالأمر يتعلق في هذه الحالة بدراسة الروابط الموجودة بين أعضاء (أقلية) يتواجدون في سوق معين، فهؤلاء يقومون بتصرفات متماثلة، من حيث أن عليهم السير على نفس النسق بهدف تحقيق أكبر قدر من الأرباح، وغالب ما يقومون بتقليص الإنتاج بفرض رفع الأسعار.

و بحسب التحليلات الإقتصادية فإن هذا الوضع ناتج عن دراية كل ناشط في السوق المعني أن كل تصرف من قبله بهدف إلى الرفع من نسبه أرباحه بالقيام

¹TPI, 8 octobre 1996 compagnie maritime la belge transports (SA-e-a) commission.

²V.Fauré, OP cit P 606 N 915.

³لينا حسن زكي مرجع سابق ص 173.

بخفض الأسعار، سيكون لها بالتأكيد ردة فعل مماثلة من قبل باقي المنافسين في السوق و أن هذا التصرف لن يفيد أي واحد منهم بالعكس سيتسبب في إنخفاض مستوى الأسعار، و لهذا سيحجم كل متعامل في هذا السوق على المنافسة¹، دون أن يكون هناك إتفاق صريح فيما بينهم.

كما ذكر الفقه حالة أخرى و هي حالة قيام تكامل إقتصادي بين مختلف المشروعات، و المقصود بالتكامل الإقتصادي في تلك الحالة، التكامل الرأسمي بين المشروعات²، فيمكن أن ينشأ المركز المسيطر الجماعي بين عدة مشروعات حتى مع عدم وجود اتفاق مقيد للمنافسة يجمع بينهم، و ذلك ما دام قد ثبت قيام تكامل في الدور الذي تضطلع به كلا من تلك المشروعات في السوق المعني، و ذكر الفقه بعض الأمثلة منها الإمتياز التجاري concession commercial و الترخيص التجاري Franchise commercial حيث يمكن أن يؤدي إلى خلق مركز مسيطر جماعي بين الشركة المانحة للإمتياز أو الترخيص و الشركة التي تحصل عليه³.

و إعتبرت المفوضية في قرار صادر بتاريخ 28 جوان 1979 تواجد ثلاث شركات للتوزيع السينمائي في وضعية هيمنة جماعي على سوق توزيع الأفلام السينمائية، حيث رأت المفوضية أنه من المستحيل أي يضمن أي فيلم سينمائي تسويقا جيدا دون أن تتولى شركتان على الأقل من الشركات الثلاث المذكورة توزيعه في السوق⁴.

و في نفس سنة 1986 أوكلت المفوضية الأوروبية المنافسة لمجموعة الخبراء بقيادة M.KRUSE et M.KANTZENBACH مهمة القيام بدراسة حول مفهوم المركز المسيطر الجماعي و تصرفات المؤسسات الناشطة في سوق يعرف احتكار أقلية، و خلصت هذه الدراسة إلى أن الدلائل التي يمكن من خلالها استخلاص توافر وضعية الهيمنة الجماعية في السوق المعني تتمثل في: عدم مرونة الطلب بالمقابلة مع السهر، التركيزات المتواجدة في السوق، تجانس المنتجات، شفافية السوق، وجود عوائق للدخول أو الخروج من السوق⁵.

¹V.Fauré. OP cit P 610 N 919.

² يقصد بالتكامل الرأسمي «إتحاد عدة مشروعات تعمل في مراحل إنتاج مختلفة من ذات الصناعة، من خلال إزدياد تركيز المشروع و امتداده ليشمل العمليات المغذية، و المساعدة التي تمده بالمواد الأولية و المدخلات البسيطة «أسامة فتحي عبادة النظام القانوني لعمليات التركيز الإقتصادي في قانون المنافسة (دراسة تحليلية مقارنة) دار الفكر و القانون المنصوص جمهورية مصر العربية طبعة 2014 ص 34 – 35.

³ لنا حسن زكي مرجع سابق ص 174.

⁴ نفس المرجع ص 174.

⁵ «...Selin ces experts les principaux indices d'une plus grande aptitude à la collusion entre les membres de l'oligopole étaient les suivants: la faible

نخلص مما سبق أنه إذا كانت الروابط الهيكلية تتمظهر في غالب الأحيان في شكل مكتوب سواء كان عقداً أو إتفاق، فإن العلاقات الناجمة عن السوق غالباً ما تكون ضمنية أو في أحسن الأحوال شفوية لا تستند إلى إتفاق مكتوب.

ج- التمييز بين المركز المهيمن الجماعي و إحتكار القلة.

ثار تساؤل هل تعد المشروعات التي تشكل إحتكار القلة حائزين لمركز مهيمن جماعي؟

يبدو جلياً أن إحتكار القلة يقترب كثيراً من وضعية المهيمن الجماعية، فهي كليهما تثبت الهيمنة هدمت المؤسسات (المشروعات)، وسبق للقضاء الأوربي أن استعمل المصطلحين كترادفين مثل ما هو عليه الحال في قضية AIRTOURS ضد المفوضية الأوربية¹، غير أن هذا لا يمنع من وجود فارق جوهري بينهما، يتمثل أساساً في أن أعضاء المركز المسيطر الجماعي يتبنون إستراتيجية واحدة أي سياسية إقتصادية و تجارية موحدة يتم الإتفاق عليها مسبقاً بالتنسيق بينهم بهدف السيطرة على السوق أو المحافظة على وضعية الهيمنة، في حين أنه في حالة إحتكار القلة، تتبنى كل مؤسسة إستراتيجية خاصة بها وفقاً لما تراه مفيداً لإزدهارها و زيادة أرباحها، لكن مع هذا تأخذ في إعتبارها دائماً عند إتخاذ قراراتها إستراتيجيات المنافسين الآخرين الموجودين في نفس السوق²، فعلى سبيل المثال لا تستطيع كوكا كولا COCACOLA أن تقرر خفض أسعار دون أن تراعي ردة فعل شركة بيبسي PEPSI المختصة هي الأخرى في المشروبات الغازية هذا المختصة هي الأخرى في المشروبات الغازية هذا في حالة كون الشركتان في حالة إحتكار القلة، أما إذا كان الوضع خلاف ذلك كأن تكون كل من الشركتين في حالة مركز مسيطر جماعي، ففي هذه الحالة فإن قرارات خفض الأسعار أو تعديل كمية المعروض مثلاً سوف تتخذه الشركتان معاً لأنهما يعتنقان إستراتيجية واحدة.³

élasticité de la demande par rapport au prix, Un contexte économique caractérisé par un degré de maturité technologique, ainsi que l'existence de barrière à l'entrée et à la sortie du marché » V.Fauré OP cit P 610-611 N 921.

¹ « Une position dominante collective ne peut pas exister si le marché n'est pas transparent et si les membres de l'oligopole ne sont pas capables d'adopter des mesures de représailles à l'égard des opérateurs qui s'écartant de la ligne de conduite commune ou si l'oligopole peut être remis en cause, par exemple les entrants potentiels ou les consommateurs » TPICE, 6 juin Aff. T342/99 AIRTOURS C/COMMISSION.

سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 40-41.

² جلال مسعد مرجع سابق ص 131.

³ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 40.

هذا الإختلاف بين مفهومي إحتكار القلة و وضعية الهيمنة الجماعية كان له أثر على القضاء الأوربي عند تفسيره لأحكام المادة 82 من الإتفاقية الأوربية، ففي البداية إتجه الأوربي إلى التفسير الضيق، ففي حكم صدر عن محكمة العدل الأوربية استبعدت هذه الأخيرة المادة 82 من الإتفاقية على إحتكار القلة، و اعتبرت أن احتكار القلة يفترض أن يكون تصرف وسلوك المؤسسات يتم بالتبادل فيما بينها (مراعات كلطرف لردة فعل الآخر) اما وضعية الهيمنة فالمشرع المسيطر يتحدد سلوكه بإرادته هو دون مراعات للآخرين، و خلصت إلى أن يقتصر تطبيق المادة 82 من الإتفاقية الأوربية على المركز السيطرة دون إحتكار القلة¹.

أما القضاء الحديث فقد عدل عن هذه النظرة القاهرة و أصبح يميل إلى التفسير الواسع، و منه ما قضت به محكمة العدل الأوربية في قضية الشركة البحرية حيث جاء في الحكم « وفقا لعبارات المادة 86 من الإتفاقية (حاليا 82) فإن وضعية الهيمنة قد تجوزها مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات، و أن معنى المدرج في الفصل المخصص لمجموعة المؤسسات، وبناء على إصطلاح عديد من المؤسسات يفترض وحدتين إقتصاديتين، قانون مستقلة إحداهما عن أخرى شريطة من وجهة إقتصادية أن يتصرف في السوق لوحدة جماعية » و بفضل تطبيق نص المادة 82 من الإتفاقية على وضعية الهيمنة الجماعية، قام القضاء بتوسيع مجال تطبيقها كذلك لتشمل بعض حالات التعسف في إحتكار القلة².

يعد أن تعرضنا لمفهوم المركز المهيمن من خلال مختلف التشريعات سواء الغربية في ألوم أ وفي أوربا وفي بعض الدول العربية على خصوص التشريع الجزائري، علاوة على دراسة مختلف المفاهيم التي تتشابه مع مفهوم وضعية الهيمنة وكذا مختلف أشكالها على قيس الزاوية التي ينظر منها إلى هذا المفهوم، نتناول ضمن المبحث الموالي محددات المركز المهيمن و نقصد بها محددات السوق المرجعي التي على ضوءها يتم الحكم على تصرفات مؤسسة ما وهي تشمل سوق السلع و الخدمات و السوق الجغرافي .

المبحث الثاني : محددات المركز المهيمن (السوق المرجعي)

مر معنا أن وضعية الهيمنة تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة إقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه¹ ، فلا يمكن على

¹ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 39.

² « par le détournement de la position dominante collective la jurisprudence parvient donc à étendre la prohibition par l'article 82 CE – 102 TFUE – à certains abus d'oligopole » André et Geages. Decocq.

ضوء هذه المادة وما إستقرت عليه قوانين حماية المنافسة المقارنة بصفة عامة البحث ما إذا كانت مؤسسة أو منشأة حائزة لمركز مهمين أم لا إلا بعد تحديد أو تعريف السوق المعني أو المرجعي *marchepertinen marche*، لأنه بناء على ذلك التعريف يتم الحكم على الممارسات التي تقوم بها المؤسسات أو المشروعات أنها صادرة عن مؤسسة في وضعية هيمنة (مركز مسيطر)².

و يعرف جانب من الفقه الإقتصادي السوق بأنه « مجموعة العلاقات المتبادلة بين البائعين و المشترين الذي تتلاقى رغباتهم في تبادل سلعة أو خدمة معينة و محددة أي في عرضها و طلبها »³

في حين يرى البعض أن معنى السوق ينصرف إلى المكان الذي تلتقي فيه قرارات البائعين و المشترين بشأن تبادل السلع و الخدمات، و قد كان هذا التعريف في الماضي يشير إلى إحصار السوق في مكان محدد، أما اليوم و مع التطور الذي بلغته وسائل الإتصالات و المواصلات أصبح من الممكن التعامل بين البائعين و المشترين رغم بعد المسافات الفاصلة بينهم حتى أن العالم أصبح حدود السوق لبعض السلع⁴

و السوق بالمعني السابق قد يكون محليا مقتصرًا على منطقة محدودة، أو إقليميا يمس منطقة أكبر من الأولى، أو وطنيا يشمل دولة بكاملها، أو حتى دوليا يتعدى حدود الدولة الواحدة و ذلك بحسب نوع المنتج⁵، لاسيما سوق المنتجات الواسعة الإستهلاك و الإستخدام و التي قد تنمو في مناطق دون غيرها مثل: القطن و الأرز، و السكر و الشاي و البن... الخ.⁶

أما إذا نظرنا إليه من وجهة نظر القانون فتعرف السوق المعنية بأنها « نوع النشاط التجاري المتضمن تقييدا لحرية المنافسة في المنتجات و المنطقة التي يمارس فيها هذا النشاط »⁷ كما عرفه آخرون « السوق المعني هو الذي يتم فيه إلتقاء العرض و الطلب على سلعة محددة و كذلك على السلع البديلة لها و التي يمكن أن تحل محلها و ذلك من وجهة نظر المستهلك لتلك السلعة »⁸ و نظرا

¹ الفقرة ج من المادة 03 من الأمر 03-03.

² لنا حسن زكي مرجع سابق ص 182.

³ زينب حسن علي – سوزي عدلي ناشد: مبادئ علم الإقتصاد دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004 ص 225.

⁴ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 108.

⁵ حازم حسن الجمل، الحماية القانونية للتجارة من الممارسات غير المشروعة، دار الفكر و القانون – جمهورية مصر طبعة 2012 ص 23.

⁶ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 108.

⁷ حسين ماحي، حماية المنافسة دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 03 لسنة 2005 و لائحة التنفيذية، الناشر المكتبة العصرية الطبعة الأولى ص 21 .

⁸ لنا حسن زكي مرجع سابق ص 184.

للعلاقة الوثيقة بين وضعية الهيمنة و السوق المعنية يرى البعض بحق أن دراسة وضعية الهيمنة التي تجوزها مؤسسة ما يبدو بدون فائدة بدون تعيين حجمها أي السوق التي يمارس فيها صاحب وضعية الهيمنة نشاطه ، فإمكانية المنافسة لا تقدر إلا على ضوء هذا السوق.¹

ويتم عادة تحديد مفهوم السوق المرجعي أو المعني على ضوء محددتين (بعدين) رئيسيين ، أو لها سوق المنتجات و السلع و تشتمل على جميع المنتجات و الخدمات التي تعتبر قابلة للتبديل أو التغيير فيما بينها من قبل المستهلكين و المحدد الثاني البعد الجغرافي أي الحيز المكاني الذي يمارس بداخله المؤسسة أنشطتها التجارية . و جدير بالملاحظة أن هذا التحديد (البعد السلعي و البعد الجغرافي) تنطوي على أهمية بالغة عند البحث على توافر وضعية الهيمنة من عدمها لدى مؤسسة ما ، فهو يشكل شرط لا غنى عنه لصحة الحكم الصادر بإدانة المشروع المرتكب لإساءة إستغلال هذه الوضعية، فغياب هذا التحديد كلية أو قصوره يؤدي إلى إلغاء الحكم عند الطعن فيه.²

المطلب الأول : سوق السلع و الخدمات

عرفت سوق المنتجات في القانون الأوربي من خلال لائحة التركزات الأوربية الصادرة في 2004 تحت رقم 2004/139 بأنها «السوق التي تتضمن كل منتجات و الخدمات التي يعتبرها المستهلك أنها بديلة أو قابلة للإستبدال بالنظر إلى خصائصها و أسعارها و الإستخدامات المخصصة لها³ » كما عرفت محكمة إستئناف باريس بأنها « محل يلتقي فيه العرض و الطلب على سلعة أو خدمة معينة و يتوفر فيها منافسة فعلية بين المنتجات و الخدمات، وهو ما يقترض درجة كافية من القابلية للإستبدال لأن لهما نفس الإستخدام⁴ »

¹ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 58.

² سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 58.

³ « un marché de produit en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur comprend comme interchangeables en raison de leur caractéristiques de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés... » Règlement CE N 139/2004/CE du 20 janvier 2004 Relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprise/HTTP//EUR-LEXEU ROPA – EU.

⁴ « Considéromt que le marché se définit comme le lieu ou se rencontrent l'offre et la demande pour un très ou un service spécifique, et que pour être retenu comme pertinent, ce marché implique qu' existe qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en une du même usage entre les produits au service faisant partie du même marché » paris 1^{ere} chambre, 12 MARS 2002 Juris –DATA N 171254 cite par André et Georges Décocq – OP : cit P 106 N 65.

أما القانون الأمريكي الذي يعد رائدا في قانون المنافسة فوفقا للمادة الثانية من قانون شيرمان تتطلب لتوافر المركز المسيطر إستحواذ التاجر على المركز الإحتكار في السوق من خلال سيطرته على سوق المنتجات البديلة ، و قد إعتمدت محكمة العدل الأمريكية على معيار مرونة العرض و الطلب¹ .
كما عرف المشرع الجزائر سوق السلع و الخدمات بأنها « كل سوق للسلع و الخدمات المعنية بممارسات مفيدة للمنافسة و كذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية بسبب مميزاتها أو أسعارها أو الإستعمال الذي خصصت له ...² »

فعلى ضوء مختلف التشريعات و إجتهادات المحاكم و كذا الفقه المقارن عند البحث و تحديد سوق المنتجات محل السيطرة فإن على الهيئات المكلفة بالمنافسة مثل مجلس المنافسة عندنا البحث عن مدى وجود منتجات بديلة للمنتج الأصلي أي شبيهة بهذا الأخير من ناحية مميزاتها أو أسعارها و الإستعمال الذي خصصت له ، و بصفة عامة من ناحية قيامها بنفس الدور الذي يؤديه المنتج الأصلي محل الإحتكار³ ، بعبارة أخرى تحقق و تشبع نفس الحاجة من وجهة نظر المستهلك هذا الأخير لا يجد صعوبة أو حرجا في إستبدال المنتج الأصلي محل الهيمنة الإقتصادية بالمنتج آخر مماثل له في الصفات أو الخصائص أو الإستعمال إلخ .

إذا إرتفع سعر المنتج أو الخدمة محل الهيمنة .
على أن وجود المنتجات البديلة يجعل سوق السلعي أو الخدمي لا يقتصر فقط على المنتجات محل السيطرة ، و إنما يتسع ليشمل مثل هذه المنتجات أيضا (نقصد البديله) و تعتبر حينئذ هذه المنتجات يضمها سوق واحد ، الأمر الذي يؤدي بنا عند البحث عند القدرة أو السلطة السوقية le pouvoir du marché المشروع ما ، فإن عملية البحث لن تقتصر على المنتجات محل السيطرة (الهيمنة) و لكن تمتد لتشمل المنتجات البديلة ، فإن ما كانت هذه الأخيرة حاضرة (متوفرة) فإن هذا يعني غياب المركز المهيمن ، أما إذا غابت المنتجات البديلة فيعد ذلك مؤشرا على وجود مركز مسيطر ، أما في حالة العكسية أي عدم وجود منتجات البديلة فهذا دليل قاطع على وجود المؤسسة في وضعية هيمنة (سيطرة)⁴
و غير مثال على وجود العلاقة العكسية و أهميتها ما توصلت إليه محكمة إستئناف باريس إلى أن هيئة البريد في باريس لا تتمتع بمركز مسيطر في سوق تقديم الخدمات البريدية لأن هناك بدائل لهذه الخدمات يقدمها منافسون آخرون

¹ محمد سليمان الغريب مرجع سابق ص 204.

² الفقرة ب المادة الثالثة من الأمر 03-03.

³ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص.69.

⁴ عدنان باقي لطيف مرجع سابق ص 149.

متواجدون في نفس السوق ، و قد جاء في قرار المحكمة « إن المركز المسيطر منظور إليه من ناحية المشروع المسيطر يتميز بصفة عامة بغياب البديل للخدمة المنتج الذي يقدمه هذا المشروع ، و هو ما يجد العميل نفسه معه مضطرا للتوجه إلى هذا المشروع المسيطر لطلب الخدمة أو المنتج محل السيطرة¹»
و يتم عادة التماثل و التبادل بين المنتجات او امكانية احلال منتج محل اخر باتباع احدى الوسيلتين الاولى قياس درجة مرونة الطلب على المنتجات في السوق المعترف قانونا، في حين الوسيلة الثانية تعتمد على الاهتمام بمرونة العرض على هذه المنتجات.

الفرع الأول :

المعايير المستخدمة لقياس درجة التبادل

أولاً: مرونة الطلب

أ: مفهومه:

وفقا لهذا المعيار يتم التركيز بصفة أساسية على جانب الطلب على السلعة بمعنى البحث عن المنتجات التي يرى المستهلك أنها يمكن أن تشبع نفس الحاجات التي تشبعها المنتجات محل السيطرة، و بالنتيجة يمكن إستبدالها بغيرها، فكلما اعتبر المستهلك أن ثمة منتجات يوجد بينها و بين المنتجات محل الهيمنة درجة من التطابق و درجة من التماثل (التجانس) فهنا تعتبر أنها تضمها سوق واحدة (المنتجات الأصلية و المنتجات البديلة)².

و نجد أن هناك العديد من العوامل التي تؤثر في طلب الأفراد على منتج معين، و التي تساهم في التحول إلى منتج آخر يقدر المستهلك أنه بديل عن المنتج الأول و مشبعا لحاجاته³، و سنرى أن العوامل الذاتية المرتبطة بالمستهلك تلعب دورا أساسيا في تحديد الطلب على منتج ما دون غيره إضافة إلى عوامل أخرى، و تتمثل هذه العوامل فيما يلي.

ب: العوامل المؤثرة في مرونة الطلب:

1- تماثل المنتجات في الخواص:

يتعين الأخذ بعين الاعتبار كل المنتجات التي تتشابه في الصفات المادية، و تحدد نتيجة لذلك سوق المنتجات أو الخدمات بالنظر إلى هذه المنتجات أو الخدمات جميعا، و من أمثلة الصفات المادية نذكر: الشكل، التركيبية المادية للسلعة سهولة

¹ Décision N 04 – D – 76 dn 22 Décembre 2004 Relative à une saisine de la

société digitechnic، هذا القرار سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 72.

² سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 73.

³ حسين ماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 23.

الإستخدام... إلخ. و نشير إلى أنه عند قياس درجة التقارب أو التماثل بين المنتجات من حيث الخواص المادية للسلع و المنتجات، فلا يجب أن يكون القياس مجردا أي يكتفي بهذه الخواص فحسب بل يجب الأخذ بعين الإعتبار ما يفضله المستهلك الذي قد يتجاوز في بعض الأحيان معيار تماثل الخصائص و يفضل سلعة على أخرى و لو كانت متطابقة معها في الخواص، إذا قياس درجة التقارب لا يتم بمعزل عن رغبات هؤلاء المستهلكين.¹

و سبق لحكمة العدل الأوروبية أن عرضت عليها قضية تخص فاكهة الموز و ثار التساؤل هل هذه الأخيرة تضمها سوق واحدة مع الفواكه، و اعتبرت المحكمة الأوروبية أن الفواكه الأخرى لا تعد بديلة الموز و أرجعت ذلك لما يتميز به الموز من خصائص طبيعية لاسيما من حيث مظهره ذوقه و عدم وجود حبوب أو بذور به، و سهولة أكله و غير ذلك مما يسمح له بسد حاجات جزء كبير من المستهلكين على وجه الخصوص الأطفال و كبار السن و المرضى.²

كما قضت محكمة العدل الأوروبية فيما يعرف بقضية ميشلان MICHELIN بوجود سوقين للعجلات المطاطية ، الأول خاص بعجلات الوزن الثقيل، أما الثاني خاص بعجلات السيارات السياحية، و أضافت المحكمة أن السوق الأول لا يتعامل فيه إلا المحترفين في حين السوق الثاني خاص بالمستهلكين العاديين.³

سبق القول أن رغبات المستهلكين قد تؤثر بشكل مباشر في إعتبار منتج أو خدمة معينة قابلة للإستبدال بأخرى من عدمه و نجد هذه الحال على وجه الخصوص في المنتجات المعروضة من العلامات الشهيرة، فعلى سبيل المثال فالحاسوب الشخصي من نوع PC بالمقارنة مع أخر من علامة APPLE فبالرغم من خصوصياتهم التقنية المتماثلة (المتشابهة) فهما لا يعتبران بديلا لبعضهما البعض و هذا نتيجة السمعة و الشهرة الكبيرة التي تتميز بها علامة APPLE بالمقارنة مع غيرها و التي تجذب أكثر المستهلكين⁴

و كانت أكثر التطبيقات في مجال الأدوية حيث اعتبرت لجنة المنافسة أن الأدوية لا يمكن أن تحل محل بعضها و لا تعد بديلة فيما بينها وذلك بالنظر إلى خصائصها التركيبية و الفنية.⁵

كما أن الوظيفة العضوية لبعض المنتجات تجعلها غير قابلة للإبدال فعلى سبيل المثال المنتجات الخاصة بالفيتامينات فهي غير قابلة للإحلال فيما بينها، و هذا

¹ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 74 .

² CJCE 14 Février 1978 , United Brands.

³ CJCE 09 Novembre 1983 .

⁴ NICOLAT PETIT OP , cit P 278,279 N 751.

⁵ AVIS du 28/04/1983 Relatif à la situation de la concurrence sur le marché des médicaments أشار إليه فيكتور خليل تادرس مرجع سابق ص 63.

راجع إلى أن لكل فيتامين خواصه و تركيبته الكيميائية الخاصة، إضافة لأثاره الغذائية أو العلاجية و أيضا له دور في الأجهزة الحيوية و أثاره الجسدية و النفسية مما يجعل كل منتج خاص بفيتامين معين متميزا عن غيره.¹

2- تماثل المنتجات في الإستعمال:

حتى تنتمي المنتجات إلى سوق واحدة، لا بد أن يفي كل منهما بالغرض نفسه من الإستعمال، فإذا كان كل منهما يشبع حاجات إقتصادية مختلفة دل ذلك على تعدد سوق المنتجات بمعنى آخر هذه المنتجات لا تضمها سوق واحدة.²

و تطبيقا لذلك قضا اللجنة الأوربية في قضيت تجميع ما بين Nestlé/PERRIER بأن مياه الينابيع تعد متميزة و مختلفة عن المشروبات المنعشة Les BOISSONS RAFFRAICHISSANTES بدون كحول بالرغم من إستعمالهم لنفس الغرض و هو إرواء العطش *étanchement de la soif*، و رأت اللجنة أن مياه الينابيع ترمز إلى الصفاء و النقاوة و الصحة و نمط حياة سليمة على عكس المشروبات المنعشة³، و في نفس السياق وافقت المحكمة الأوربية ما توصلت إليه اللجنة الأوربية في قضية CEHAR حيث أن هذه الأخيرة ميزت بين سوق الساعات الفاخرة و الغالية الثمن، و سوق الساعات الأقل ثمنا و التي تباع في حدود 25 أورو، بالرغم من كونها يستعملان لنفس الغرض وهو معرفة أو قياس الزمن، واستندت المحكمة في ذلك إلى فارق السعر الذي تجاوز 60 إلى 160 مرة بين سعر الساعات الفاخرة و الساعات الأخرى.⁴

كما نجد أن بعض المنتجات ليس لها نفس الخصائص التقنية ومع ذلك تنتمي لسوق واحدة من وجهة المستهلكين لكونها تستعمل لغرض واحد مثل النقل عبر القطار، الطائرة أو الباخرة بين المملكة المتحدة و القارة الأوربية فهي تعتبر بالنسبة للمستهلكين بديلة عن بعضها البعض.⁵

3- طريقة تسويق و عرض المنتج :

قد تتبع المؤسسة سياسة خاصة في عرض منتجها يكون لها الأثر في عدم قابلية المنتج للإحلال يغيره من السلع المماثلة فسياسات التسويق وطرق التوزيع لها

¹ حسين الماحي حماية المنافسة مرجع سابق ص 25 بند 02-13.

² سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 75 بند 30.

³ Décision de la commission du 22 juillet 1992.

⁴ TUE , T 427/08 Confédération européenne des association d'horlogers – réparateurs (CEAHR) contre commission, 15 Décembre 2010. Des exemples cités par NICOLAS PETIT OP cité P 27 N 752.

⁵ IBID.

تأثير مباشر و ملحوظ على سلوك طالبي المنتج و على إتخاذ قرار بخصوص قابلية أو عدم قابلية المنتج للإحلال بغيره.¹
فقتوات التوزيع الرئيسية تلعب دورا رئيسيا في قابلية المنتجات للإستبدال مع غيرها من عدمه ، ففي الواقع توجد الكثير من المنتجات المتشابهة سواء من حيث الخصائص الطبيعية و الفنية أو طريقة الإستعمال ، و لكنها لا تتوافر دائما بالنسبة لكافة المستهلكين الأمر الذي يؤدي إلى عدم إعتبارها بدائل عن منتجات أخرى.²
و تتنوع قنوات التوزيع فتجد البيع بالجملة و البيع بالتجزئة- البيع المباشر و البيع بالمراسلة و البيع الإلكتروني و البيع الموجه للجمهور العريض و البيع للمحترفين³ professionnels وتوصلت اللجنة الأوروبية في قضايا

KY MBE R LY – CLARK // SCOTT⁴et SCA/METSA
TISSUE⁵

إلى أن سوق الورق الصحي PapierHygiénique و مناشف المائدة serviettes de table المخصصة للإستعمال المنزلي تختلف عن نظيرتها في سوق الورق الصحي: و مناشف المائدة المخصصة للإستعمال خارج المنزل Hors Foyer و الخاصة بالفنادق و المطاعم و مؤسسات الإطعام الجماعية و الجماعات المحلية... إلخ، فبالنسبة للأولى يتم تصريفها عبر تجار التجزئة في حين أن الثانية يتم توزيعها بواسطة الموزعين.⁶
و في نفس السياق سبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن ميز بين سوق بيع الكتب عن طريق نواد عن غيرها من أسواق بيع الكتب للجمهور، و قد أيدت محكمة إستئناف باريس هذا التمييز في حكم صادر عنها بتاريخ 11 مارس 1993 و كان هذا في قضية تتعلق ببيع الكتاب عن طريق نادي France LOISIRS ، و بين بيعه عن طريق آخر و جاء في قرار المحكمة «إن واقع الأمر أن المنتج – في هذه الحالة – معقد و لا يمكن إختزاله في مجرد بيع كتاب إذ أن شروط الحصول على المنتج و الوسائل المستخدمة في توزيعه لها خصوصية خاصة لدى المنظمين (المنخرطين) لهذا النادي و الباحثين عن اشباع حاجة خاصة الأمر الذي يجعل الكتب الموزعة بواسطة النادي المذكور غير قابلة للإحلال بواسطة الكتب الموزعة بطرق أخرى»⁷

4- تباين أسعار المنتجات و الخدمات:

¹ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 117.

² أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 278.

³ NICOLAS PETIT op cité P 279N 753.

⁴ Décision de la commission du 16 janvier 1996.

⁵ Décision de la commission du 31 janvier 2001.

⁶ NICOLAS PETIT op cité P 280 N 753.

⁷ أشار إلى الحكم حسين ماحي – حماية المنافسة مرجع سابق ص 28.

يرتكز هذا العامل على دراسة ردود أفعال المستهلكين حيال زيادة سعر المنتج محل الهيمنة فإذا قام صاحب المركز المهيم برفع أسعار منتجاته و لو بصفة بسيطة ولكن دائمة تكون في حدود 05 إلى 10 % ، فهنا نلاحظ سلوك المستهلكين فإذا قاموا بالتحول عن منتوجات المؤسسة صاحبة وضعية الهيمنة إلى منتوجات مؤسسات أخرى منافسة فهنا تعتبر الزيادة من دون جدوى إقتصادية بالنسبة للأول، و تعتبر المنتوجات التي تحول إليها المستهلكون نتيجة لذلك بديلة و يضمها نفس السوق مع المنتوجات الأصلية التي كانت محل هيمنة.

و تعتبر هذه الدراسة عبارة عن إختبار طوره علماء الإقتصاد وهو يعرف بإسم إختبار المرونة للطلب المتقاطع Test d'élasticité croisée كما يعرف هذا الإختبار بإسم المحتر الإفتراضي monopoleur hypothétique أو SSNIP test الذي يعني ¹ Small brutsignifiant non trasitory incréase in price

وسبق للجنة الأوروبية أن عرضت عليها قضية تخص تكاليف الرحلات السياحية المنظمة من قبل الوكالات السياحية و التي تشمل جميع مصاريف الرحلة – بشكل جزافي- و كذا تلك الرحلات التي يقوم بها الأفراد بأنفسهم – أين يقوم هؤلاء بشراء تذاكر السفر بشكل منفرد عن مصاريف الفندق و الإطعام... إلخ و صرحت اللجنة « أنها لا تعتقد أن إرتفاع طفيف في سعر العطلات الجزافية قد يدفع عدد معتبر من عملائها إلى إستبدالها بالعطل الحرة مما لا يبرر ضم العطل الحرة في سوق الرحلات الجزافية »²

و في قرار صادر عن المحكمة الأوروبية إعتبرت أن اللجنة الأوروبية إرتكبت خطأ واضح في تقدير حدود سوق منتجات قطع غيار الساعات الفاخرة عندما أكدت اللجنة – دون أن تثبت ذلك- أنه بإمكان المستهلكين التحول إلى المنتجات الأخرى البسيطة لتفادي إرتفاع أسعار قطع الغيار الساعات الفاخرة و حسب القرار فإن اللجنة لم تثبت أن أي إرتفاع طفيف في أسعار قطع الغيار من قبل بعض المنتجين قد يؤدي إلى تحول الطلب إلى باقي المنتجين مما يجعل الزيادة غير مجدية (بدون فائدة) ولهذا لا يمكن إنكار

¹ NICOLAS PETIT op cité P 280 N 754-755.

² « La commission ne pense pas qu'une augmentation relativement faible du prix des vacances a forfait amènerait un nombre suffisant de leurs clients à les remplacer par des vacances indépendant, pour que cela justifie l'inclusion des vacances indépendantes dans le marché des moduits en cause ». commission 22 septembre 1999, AIRTOURS/First choice.

غياب كلي للقابلية للإستبدال بين قطع غيار تنتمي إلى درجات مختلفة من حيث الجودة و النوعية و بالتالي توجد أسواق متميزة عن بعضها.¹

5- معيار التفضيل الذاتي للمستهلك:

تتصف العوامل المؤثرة في قابلية الطلب للإبدال من عدمه – المشار إليه أعلاه- بالموضوعية، غير أنه يصعب في بعض الأحيان تفسير سلوك طالبي المنتج تفسيراً موضوعياً²، و في هذه الحالة لا بديل من الرجوع إلى العوامل الشخصية المؤثرة في قابلية الطلب للإبدال من عدمه أو ما يعرف بمعيار التفضيل الذاتي للمستهلك. فوفقاً لهذا المعيار فمنتجين لهما نفس الخصائص المادية و يمكن أن يستعملتا لذات الإستعمال غير أنهما غير قابلين للإستبدال مع بعضهما إذا رأى المستهلكين أنه لا يمكن لأحدهما أن يحل محل الآخر.

و تتغير أهمية العوامل الشخصية على حسب طبيعة المنتج أو الخدمة، فهذه العوامل تلعب دوراً أساسياً في المنتجات الفاخرة أو التكنولوجيا الراقية، بالمقارنة مع المواد الإستهلاكية المألوفة (الإعتيادية) courante.³

على سبيل المثال جهاز كمبيوتر محمول من نوع PC بالمقارنة مع جهاز كمبيوتر آخر محمول من علامة APPLE لا يعتبران بديلان لبعضهما بالنظر إلى الصورة المرتبطة بالمنتجات ذات العلامة APPLE⁴ و التي تساهم في جذب أكبر عدد من العملاء. و سبق لمجلس المنافسة الجزائري أن أدلى بدلوه في قضية تتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية حيث في حيثيات القرار ما يلي «الأجهزة الإلكترونية التي تنتجها المؤسسة المذكورة غير قابلة للإستبدال حيث يفضلها المستهلكون نظراً لجودتها و توفر قطع الغيار و خدمات ما بعد البيع التي تتكفل بها المؤسسة، فضلاً عن إمكانية الإستعانة بالعديد من التقنيين الخواص ذو و الخبرة في صيانة و تصليح هذه الأجهزة بصغة خاصة⁵» .

بعد أن رأينا معيار مرونة الطلب أين تناولنا مفهومه، و كذا العوامل المؤثرة في قابلية المنتج للإبدال من عدمه، سنرى ضمن الفرع الموالي معيار مرونة العرض من حيث مفهومه ثم العوامل المؤثرة فيه.

¹ TUE, 15 Décembre 2011. Confédération européenne des associations d'horlogers-reparateurs (CEAHR) commission.

² حسين الماحي – حماية المنافسة مرجع سابق ص 30 بند 19.

³ André et Geoges Decocq, OP cité P 106 N 67.

⁴ NICOLAS PETIT OP cité P 279 N 751.

⁵ مجلس المنافسة، القرار رقم 01-99 المؤرخ في 23 جوان 1999 بتعلق بالممارسات المرتكبة من المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية.

ثانياً: مرونة العرض

1: مفهومه:

من وجهة النظر الإقتصادية يقصد به « مجموعة من الكميات المختلفة من السلعة التي يكون المنتجون على إستعداد لطرحها في السوق عند الأثمان المختلفة خلال فترة معينة »¹، فبهذا المعنى هي تعبر عن مدى إستعداد تجار آخرين أو عارض السلعة لتوفير السلعة الأصلية أو البديل لها من وجهة نظر المستهلكين عند زيادة سعر السلعة أو المنتج الأصلي.²

فحسب هذا المعيار إذا كانت الإستجابة كبيرة كان العرض مرناً، أما في حالة العكس أي أن الإستجابة كانت ضعيفة كان العرض غير مرن، و يثور التساؤل حول كيفية قياس درجة الإستجابة من عدمه.

هنا تقاس مقدار الإستجابة من خلال ما يعرف بمعامل المرونة، هذا الأخير يرتكز على القياس العددي لدرجة التغير في الكمية المعروضة نتيجة تغير الثمن، فبحسب هذا المعيار تتسع السوق النوعية للمنتج كلما تميز عرض هذا المنتج بالمرونة، فهذا دليل على إمكانية دخول منتجين آخرين في نطاق هذه السوق النوعية للمنتج المذكور³، و غني عن البيان أنه كلما وجد منافسون يمتلكون قدرات إنتاجية تتيح لهم إمكانية إمداد السوق المعتبرة بالمنتجات محل الهيمنة أو بديلة أو يمكن أن تحل محلها كلما أفقد المؤسسة المهيمنة قدرتها الإقتصادية على إحداث تأثير فعال في أسعار و كمية المعروض من المنتجات⁴، و بالتالي تفقد قوتها الإقتصادية التي كان من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية و تعطيلها و يصعب عليها حينئذ القيام بتصرفات منفردة إزاء منافسيها أو زبائنها، و الذين منهم فئة المستهلكين الذين بإمكانهم طلب نفس السلعة أو سلعة بديلة لها من منافسين آخرين كرد فعل مباشر على تغير ثمن المنتج الأصلي الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى فقدان المؤسسة لعملائها أو تلقيها خسارة.⁵

¹ أسامة محمد الغولى - مجدي محمود شهاب، أساسيات الإقتصادية السياسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية طبعة 1988 ص 214.

² خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 72 بند 38.

كما عرفتها التعليمات الأوربية الصادرة في 09 ديسمبر 1997 كما يلي :

« L'idée est de s'interroger sur la capacité d'autre fournisseurs de réorienter leur production vers les produits en cause et commercialisés a court terme sans en courir aucun cout ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes des prix relatifs » cité par NICOLAS PETIT OP CIT P 281 N 757.

³ حسين الماحي حماية المنافسة مرجع سابق ص 32.

⁴ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 77.

⁵ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 119.

و يلاحظ أنه في سوق عوامل الإنتاج يميل العرض إلى أن يكون غير مرن بدرجة كبيرة، كلما كان عامل الإنتاج متخصصاً، أي لا يمكن إستخدامه في أوجه استخدامات متعددة، بينما يميل العرض لأن يكون أكثر مرونة كلما كان عامل الإنتاج غير متخصص أي يمكن استخدامه في إنتاج العديد من السلع.¹ و تجدر الإشارة أن مجلس المنافسة الفرنسي يعتبر تحليل مرونة العرض معيار مكمل لمعيار مرونة الطلب.² و أن هذا الأخير له دور أساسي في تحديد السوق المعنية بالمقارنة مع معيار مرونة العرض.³ و لهذا لا يعول كثيراً على معيار مرونة العرض إلا إذا كان بإمكان العارضين المنافسين تلبية الطلب على السلعة أو خدمة معينة بديلة في وقت زمني قصير.⁴

2: معايير تحديد مرونة العرض:

هذه المعايير في الأصل من وضع القضاء الذي أرساها من خلال الأحكام الصادرة عنه كما هو الشأن بالنسبة للقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية، و كذا الإجتهد القضائي للمحاكم الأوروبية، و نجد أن بعض التشريعات إستفادت من هذه الإجتهدات و قننتها مثل ما فعل المشرع المصري هذا الأخير من خلال لائحته التنفيذية لقانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية و لاسيما المادة السادسة منه وضع بعض المعايير التي تؤخذ بعين الإعتبار عند تحديد سوق المنتجات⁵، و تتمثل هذه المعايير في ما يلي:
أ- ما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس تحول المشتريين عن المنتجات إلى منتجات أخرى نتيجة التغير النسبي في السعر أو في العوامل التنافسية أخرى:

و بحسب جانب من الفقه يقصد بهذا المعيار هو البحث عما إذا كان البائعون قادرون على تحويل خطوط إنتاجهم إلى إنتاج المنتج محل السيطرة أو منتجات بديلة له و ذلك عند إنصراف المشتريين عن التعامل مع المشروع المسيطر كرد فعل ناتج عن قيامه برفع أسعار منتجاته، فحسب هذا الرأي دائماً كلما ارتفعت هذه القدرة – إمكانية تحويل خطوط الإنتاج – كلما غاب المركز المسيطر و العكس صحيح.⁶ و من إجتهدات القضاء الأوربي ما يعرف بقضية KALIUND SALZ/MDK/TREUHAND

¹ أسامة محمد الغولي و مجدى محمود شهاب مرجع سابق ص 274.

² جلال مسعد مرجع سابق ص 31.

³ NICOLAS PETIT OP CIT P 282 N 763.

⁴ Marie Malaurie – Vignal, Droit De la concurrence interne et européen OP cit P 81 N 166.

⁵ اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية الصادرة بالقانون رقم 03 لسنة 2005 – بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1316 لسنة 2005، جمهورية مصر.

⁶ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 77.

حيث خلصت المفوضية الأوروبية إلى أنه على الرغم من وجود فئتين مختلفتين من مستهلكي بودة البوتاس، و غيرهم من مستهلكي حبيبات البوتاس المستخدمة في الإنتاج الزراعي مباشرة، إلا أن المفوضية استنتجت أن كلا من نوعي مادة البوتاس تضمها سوقا نوعية واحدة، مستندة في ذلك إلى أن كلا من منتجي السلعتين يمكنهم إنتاج السلعة الأخرى دون صعوبة تذكر، و دون الإخلال بتوازن السلعتين.¹

ب- السهولة النسبية لدخول أشخاص آخرين إلى السوق المنتج:

بهدف الحفاظ على وضعية الهيمنة غالبا من تلجأ المؤسسة المهيمنة إلى غلق السوق المعنية لمنع دخول أي منافسين جدد إليه، و قصد تحقيق هدفها قد تقوم بتخفيض السعر أو إحكام سيطرتها على المواد الأولية اللازمة للإنتاج، أو منع المنافسين من استخدام البنية الأساسية اللازمة لمباشرة النشاط المعني، فكلما أمكن المنافسين من دخول السوق المعني و بالتالي توفير بدائل للمنتج محل السيطرة كلما غاب المركز المسيطر، في حين إذا أصبح الدخول صعبا أدى ذلك إلى تدعيم المركز المسيطر.²

ج- وجود خطوط إنتاج متنوعة:

من المؤشرات على قابلية العرض للإبدال وجود خطوط إنتاج متنوعة داخل المشروع يمكنها أن تتكيف وفقا لمعطيات السوق و إحتياجاته على سبيل المثال قيام المؤسسة بإنتاج سلعة معينة في وقت ثم في وقت آخر تنتج سلعة أخرى، فكلما كان من السهل نقل عوامل الإنتاج لإستخدامها في إنتاج سلع أخرى كلما إعتبرنا العرض مرنا، و في هذه الحال تعد منتجات هذه المؤسسة مشمولة (يضمها) سوق نوعية واحدة³ في هذا السياق يمكن لمصنع مختص في صناعة الورق أن يقوم بصناعة الدفاتر المدرسية قبيل إفتتاح المؤسسات التعليمية، و في وقت آخر يقوم بصناعة ورق تغليف السلع مثل ورق تغليف الهدايا و الحلويات و الحقائب الورقية... إلخ.⁴

د- معيار إستقلالية منتجي السلعتين:

إعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن إنفصال منتجي الذراع المحركة لألعاب الأطفال التلفزيونية عن منتجي برامج تلك الألعاب يسمح بالقول بوجود سوقين منفصلين.⁵

ه- وجود عوائق تحول دول دخول السوق المعنية:

¹ أشار إليه أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 282.

² سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 78-79.

³ حسين الماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 33.

⁴ أحمد عبد الرحمان الملحم، الإحتكار و الأفعال الإحتكارية – دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي

و الأوربي و الكويتي مطبوعات جامعة الكويت 1997 ص 36-37.

⁵ تقرير مجلس المنافسة الفرنسي عن نشاطه لعام 2001 ص 09.

أشار إليه حسين الماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 34.

إضافة إلى العوامل سابقة الذكر قد تظهر عدم القابلية للإحلال في المنتجات من خلال وجود قيود معينة تحول دون الدخول في سوق المنتج، و سبق لمحكمة إستئناف باريس في حكمها المتعلق بنادي France LOISIRS أن ذهبت إلى أن أعضاء النادي يبحثون عن إشباع حاجة خاصة و يعتقدون أن الكتب التي يقترحها عليهم النادي و التي تناسب تماما السمات الفردية لكل عضو لا تكون قابلة للإبدال بواسطة كتب توزع عن طريق منافذ أخرى، و لهذا اعتبرت هذه السوق سوقا مغلقة و من الصعب عل أي مستثمر جديد الولوج فيها¹، كما يمكن أن يشكل فرص مقابل مرتفع للحصول على ترخيص ممارسة نشاط معين عائقا يمنع دخول منافسين جدد إلى السوق المعتمدة قانونا.²

المطلب الثاني :

السوق الجغرافية.

قصد مراقبة مدى إحترام قواعد المنافسة من قبل مختلف المتعاملين في السوق و عدم قيامهم بتصرفات ضارة أو معرقة المنافسة يتعين تحديد النطاق الجغرافي للسوق التنافسية للمؤسسات المعنية، و هو العنصر الثاني في بيان المقصود بالسوق، حيث يتميز السوق الذي يؤخذ في الإعتبار لتحديد وجود وضعية الهيمنة بأنه يغطي إقليم جغرافي محدد يتقابل داخله العرض و الطلب على السلعة أو الخدمة التي تعرضها المؤسسة، و يجب أن يقوم المشروع بممارسة قوته المهيمنة على ذلك السوق سواء كان هذا الأخير يمثل السوق الداخلي كله أو جزءا جوهريا منه.

و ترجع أهمية تحديد السوق الجغرافي للسلع إلى أن أي الدولة دولة تنقسم إلى العديد من الأسواق الجغرافية بما يقتضي بالضرورة أن تتوزع المنافسة على تلك الأسواق، فلا تكون ثمة منافسة موجودة في سوق و معدومة في آخر.³ لدراسة السوق الجغرافية سنتعرض إلى التعريف بمفهوم السوق الجغرافي ضمن فرع أول، ثم المعايير المساعدة في تحديد تجانس ظروف المنافسة ضمن الفرع ثان.

¹ قرار صادر في 11 مارس 1993، انظر حسين الماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 34 .

² أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 283.

³ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 119.

الفرع الأول:

تعريف السوق الجغرافية.

عرفها البعض بأنها « المنطقة أو المكان الذي يمارس فيه المشروع المعني نشاطه التجاري بحيث يلتقي فيه العرض و الطلب على المنتجات و الخدمات من جانب المشتريين و المستخدمين كبديل فيما بينها و تسودها ظروف متجانسة¹ » و عرفها مجلس المنافسة الفرنسي بأنها « الإقليم الذي تعرض فيه المشروعات المعنية منتجاتها أو خدماتها محل المنازعة، و الذي تكون فيه شروط المنافسة و ظروفها متجانسة ، وهذه السوق لا تشمل المناطق المتجاورة و التي تختلف فيها ظروف المنافسة بصورة واضحة² »

كما عرفها المشرع المصري بأنها « منطقة جغرافية معينة تتجانس فيها ظروف التنافس مع أخذ فرص التنافس المحتملة في الإعتبار و ذلك كله وفقا للمعايير التي تبينها اللائحة التنفيذية³ »

بينما أكتفي المشرع الجزائري بالعبارات التالية « المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية⁴ »

و يرى البعض بحق أن نطاق هذه السوق يتوقف على حجم و أهمية نشاط المشروع التجاري بحيث كلما كان النشاط كبيرا أو ذي أهمية كلما كانت السوق الجغرافية لمنتج المشروع المسيطر مترامية الأطراف واسعة المدى، ولهذا عادة ما تكون السوق الجغرافية مرآة عاكسة لحجم الحصة السوقية للسلعة أو الخدمة التي يستحوذ عليها المشروع و التي قد تمكنه من الإخلال بالمنافسة أو عرقلتها⁵. و يلاحظ أنه كلما إتسعت السوق الجغرافية كلما قلت بالتالي الحصة التي تجوزها المؤسسة المهيمنة مما يؤدي بهذه الأخيرة إلى الإختفاء و الغياب ، و ذلك راجع

¹ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 74 .

« Un marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les condition de concurrence sont suffisamment homogènes il ne comprend pas les zones géographiques voisines des lors que las conditions de concurrence y différent de manière appréciable »

² CONS – CONC décision N 04 – MC – 02 du 09 D2C 2004

أشار إليه سامي عبد الباقي ص 60.

³ المادة الثالثة من القانون رقم 03 لسنة 2005 المتضمن قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية.

⁴ الفقرة ب من المادة الثالثة من الأمر 03 – 03 المتعلق بالمنافسة.

⁵ حسين الماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 36

أساسا إلى أن إتساع السوق يزيد من عدد المنافسين للمشروع المهيم ، الأمر الذي يؤثر على حجم الحصة السوقية التي يمتلكها هذا الأخير¹. ويشير لفظ السوق إلى كل أو جزء جوهري منه فيمكن أن يشمل السوق إقليم الدولة بأكمله² كما هو الحال بالنسبة لمنتج السكر الذي ينتجه مجمع سفيتال بالجزائر فهو يشمل كل إقليم الجزائر على عكس الملح حيث يوجد العديد من المنتجين المتوزعين في كل التراب الوطني ، كما يمكن أن يقتصر على جزء فقط من ذلك الإقليم مثل التمور في الجنوب الجزائري ، وقد يكون محليا مثل مدينة أوجي³ ، و يمكن أن يشمل السوق أكثر من دولة مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لدول الإتحاد الأوربي⁴ في حين يقصد بالجزء الجوهري من سوق معين « أن يكون ذلك الجزء ذا وزن إقتصادي حسب ما جاء في المادة 08 من المرسوم الصادر في 01 ديسمبر 1986 تحت رقم 1643 فرنسا⁵ » ، وإعتبرت المفوضية الأوروبية للمنافسة أن سوق الدعاية عن طريق الراديو في جزيرة réunion يمثل جزءا جوهريا من السوق الداخلي نظر لانعزال و بعد ذلك الإقليم⁶. على ضوء التعاريف السابقة يظهر جلبا أن السوق الجغرافية تشمل المناطق التي تمارس فيها المؤسسات نشاطها التجاري و تتجانس و تتشابه فيها شروط المنافسة و ظروفها ، فهي لا تضم المناطق المجاورة LES ZONES VOISINES و التي تجري فيها المنافسة في ظروف ووفق شروط مختلفة⁷ ، وعلى ذلك فإن التجانس و تشابه ظروف المنافسة يشكل العنصر الأساسي في تحديد السوق الجغرافية⁸.

الفرع الثاني :

العوامل المساعدة في تحديد تجانس ظروف المنافسة

سبق القول أن السوق الجغرافية هي المكان أو المنطقة التي تتجانس فيها شروط المنافسة على المنتجات أو الخدمات المعنية، و أن هذه السوق لا تشمل المناطق المجاورة و التي تختلف فيها ظروف المنافسة بصورة واضحة، و يثور التساؤل

¹ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 62 بند 21.

² محمد الشريف كتو قانون المنافسة و الممارسات التجارية مرجع سابق 46 – 47.

³ نفس المرجع.

⁴ « la partie substantielle du marché peut donc être limitée ou territoire d'un seul état membre ou a' un état membre et a' une partie du territoire d'un autre état membre »

⁵ لينا حسن زكي مرجع سابق ص 189.

⁶ AVIS du 28 octobre 1982 أشار إليه المرجع السابق نفس الصفحة .

⁷ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 62 بند 21.

⁸ André et Georges Décocq OP. CIT P 119 – 120 N 76.

حول العوامل أو المعايير المساعدة في تحديد تجانس ظروف المنافسة في السوق المعنية؟ فنجد أن هناك بعض العوامل منها ما هو قانوني، و منها ما هو فعلي كما سيأتي معنا، و تتمثل هذه العوامل فيمايلي:

1- تكاليف نقل المنتجات المعنية :

تعتبر تكاليف نقل المنتجات من منطقة لأخرى عاملا جوهريا في تحديد السوق الجوهرية، فكلما كانت تكلفة النقل مرتفعة (باهظة) كلما كانت السوق قاصرة و محدودة¹ و تفصيلا لما سبق يرى البعض أن العوامل الطبيعية المتعلقة بالتضاريس الجغرافية مثل وجود مرتفعات أو جبال، وكذا شبكة الطرق بها يمكن أن تؤثر على المسافات التي يقطعها المنتجون و طالبو المنتج إلى السوق المعنية، و نقصد مكان إلتقاء عرض المنتج مع الطلب عليه، و الأكيد أن هذه العوامل الطبيعية ستكون لها إنعكساتها على الثمن النهائي للمنتج²، ففي هذه الحالة يتم حساب تكلفة النقل ضمن مجموعة من العوامل الأخرى مثل اليد العاملة، و المادة الأولية و هامش الربح.....إلخ .

فعلى سبيل المثال نجد أن بعض الخضر و الفواكه يكون ثمنها مرتفعا في الجنوب الجزائري بالمقارنة مع الشمال وهذا بالنظر إلى بعد المسافة و كذا الظروف الطبيعية الصعبة لاسيما في فترة الصيف، في نفس السياق نجد أن ثمن الثمور يكون مرتفعا في الشمال على عكس الجنوب الجزائري بالنظر لتكاليف النقل . كما إعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن المنتجات الثقيلة بطبيعتها لا تكون قابلة للإحلال بغيرها، وهذا في قضية تتعلق بالأسقف الجاهزة و القرميد المصنوع في منطقة الألزاس حيث ذهبت إلى أنه على الرغم من أسعارها المرتفعة أصلا في منطقة الألزاس إلا أنها لا تكون قابلة للإحلال بغيرها نتيجة حساب الزيادة الحتمية للتكلفة على ثمن المنتج مما يؤدي إلى قول بأن هذا السوق هو سوق جوهري³ وخلصت لجنة المنافسة في قضية إنتاج الخل إلى أن سوق الخل vinaigre أصبحت سوقا وطنية بعد أن قلت تكاليف النقل نتيجة إحلال العبوات البلاستيكية محل العبوات الزجاجية في النقل لمسافات طويلة⁴ .

¹ « le critère principal le délimitation géographique tient ou coût de transport. plus le coût de transport est onéreux , plus le marché est réduit » Marie Malaurie. Vignal, L'abus de position dominante, OP.CIT P 32 N 35.

² حسين الماحي، حماية المنافسة ص 36-37.

³ AVIS commission CONC 27/01/1983 off « Marché des tuiles et Briques en alsace »

⁴ AVIS dans le secteur du vinaigre du 18/10/1979

أشار إليه خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 80.

غير أنه يجب أن يؤخذ كذلك عند تحديد تكلفة النقل كل من تكاليف التأمين و الوقت اللازم لتزويد المنطقة الجغرافية بالمنتجات من أسواق أو مناطق جغرافية أخرى أو من الخارج¹.

2- خصائص المنتج المعني :

لا تعتبر المنتجات بديلة فيما بينها إلا إذا توافرت في نفس السوق، و تتشابه فيها شروط المنافسة لعل أهمها خصائص المنتج، فهذا الأخير قد يكون حاسما في تحديد النطاق الجغرافي لسوق معين، وقد إعتبرت الغرفة التجارية بباريس في قرار صادر في 08-07-1992 يتعلق بسوق الخرسانات الجاهزة للإستعمال *béton prêt a l'emploi* أن هذه السوق لا تسع إلا سوق المحلية فقط، لكون المنتج يجب أن يسلم خلال فترة و جيزة و إلا أصبح غير صالح للإستخدام إذا سلم خارج الأجل، كما ميزت الغرفة التجارية بباريس كذلك بين سوق حير الطباعة و السوق العامة للحبر و إعتبرت أنها أسواق ليست بديلة لبعضها².

3- قدرة المشتريين على الإنتقال بين مناطق جغرافية نتيجة التغيرات النسبية في السعر أو في العوامل التنافسية الأخرى :

ثار تساؤل لدى الإجتهاد القضائي الفرنسي أساسا حول المسافة التي يمكن أن يقطعها المستهلك لإشباع حاجاته لاسيما من المواد الغذائية في حال قيام صاحب المتجر الذي إعتاد التسوق منه برفع سعر منتجاته، و قد استقر الرأي على إعتبار أن سوق تجارة المواد الغذائية القريبة تكون حدودها الجغرافية ما بين 300 إلى 500 متر³ و هي تخص على وجه التحديد شراء كميات قليلة من المنتجات إضافة إلى المنتجات ذات الإستعمال الشائع (*Usage courant*)، بالمقابل نجد أن شراء كميات أكبر من المنتجات أو المواد ذات الإستهلاك الدائم *De Consommation Durable* تضم سوق جغرافية أكبر من الأولى، و توصلت الغرفة التجارية الأوليبباريس إلى أن الإقليم الوطني ينقسم إلى عدد كبير من الأسواق المحلية بأحجام مختلفة *Dimensions Variable* تكون أحيانا أسواق متجاورة *Juxtaposés* ، و أحيانا أخرى أسواق منفصلة⁴.

و من إجتهادات القضاء في الوم.أفقد قضت إحدى المحاكم في دعوى *GRINNEL CORPORATION* بأن مدى السوق الجغرافي للمنتج يشمل كل نطاق الدولة و أعتبرت أنه على الرغم من أن الخدمة تقدم محليا في حدود 25 ميلا إلا أنها بالإمكان أن تشمل كل إقليم الدولة، بالنظر لوجود خطة وطنية و

¹ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 65.

²أشار إليه خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 80.

³ *Autorité de la concurrence AVIS Relatif a la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à paris 12 -A- 01 , 11 janvier 2012.*

⁴ *Paris 1^{ère} chambre 26 Février 2002.*

أسعار و شروط للخدمة على نطاق الدولة، فضلا عن وجود عملاء مرتبطين بعقود مع الشركة للتمتع بالخدمة.¹

4- مدى السهولة في دخول منافسين جدد للسوق المعنية:

و من بين العوامل المحددة للسوق الجغرافية مدى سهولة أو خلاف ذلك صعوبة دخول منافسين جدد إلى السوق نتيجة الحواجز أو العقبات القانونية التي تمنع أو تحد من ذلك.²

فغياب هذه العقبات يعني أن المؤسسات المتنافسة بإمكانها أن تعرض منتجاتها في أكثر من سوق، و بالتالي عند البحث عن وجود وضعية الهيمنة من عدمها، يجب أن نراعي أن السوق لا تقتصر على مكان واحد فقط، بل يمكن أن يتسع يشمل إقليم الدولة بأكمله، و قد ينحصر ليقصر على جزء من إقليم كما يمكن في بعض الأحيان أن يتجاوز حدود الدولة الواحدة إلى سوق دول أخرى لا تضع عوائق (حواجز) في طريق الدخول إليها، و على النقيض إذا وجدت هذه العوائق فإن هذا يعني إقتصار السوق الجغرافية على إقليم الدولة التي تنشأ بداخلها المؤسسات المتنافسة.³

و تتمثل هذه العوائق في أغلب الأحوال في عوائق قانونية تتكون من مجموعة من القوانين و اللوائح التي تحدد شكل المنافسة و سيرها في سوق من الأسواق، و من أمثلة هذه العوائق على مستوى السوق الوطني القواعد القانونية التي تمنح و تكرر الإحتكار العام، فمثل هذه القواعد تجعل من السوق الواقعة تحت هذا النوع من الإحتكار سوقا ذات بعد وطني فقط تنحسر المنافسة فيها بين المؤسسات المتمتعة بهذا الإحتكار مثل ما هو عليه الحال مع الخطوط الجوية الجزائرية بالنسبة للرحلات الداخلية و الدولية و بشكل أقل بالنسبة لشركة ايغل أزيير AIGLE AZUR و طاسيلي إيرلاينز TASSILI AIRLINES فجميع هذه الشركات تحتكر بصفة متفاوتة النقل الجوي سواء داخل أو خارج الوطن، و رغم عجزهما عن تلبية طلب السوق الجزائري في مجال النقل الجوي للمسافرين و رغبة العديد من الشركات الأجنبية و حتى الخواص الدخول إلى السوق الوطنية (النقل الجوي)،- إلا أن الدولة حافظت على هذا الإحتكار و ترى أن رفع الإحتكار لم يحن أوانه بعد، كذلك الأمر بالنسبة لإحتكار شركة نافطال و - هي شركة عمومية - لمحطات الخدمات على مستوى الطريق السيار شرق غرب، حيث لا يمكن للخواص إنشاء محطات خدمات على مستوى الطريق المذكور، فالسوق

U S V Grinnell corporations 384 U S 563 (1966).¹

أشار إليه وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 127.

² خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 81 بند 41.

³ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 128 - 129.

الجغرافي على مستوى الطريق السيار شرق غرب يمتد على مسافة تضاهي 1200 كلم تحتكره شركة عمومية هي نافطال، إذن فالدولة حينما قررت منح امتياز استغلال محطات الخدمات على مستوى الطريق السيار شرق غرب فهي بذلك رسمت حدود السوق الجغرافية لمحطات الخدمات من أقصى الحدود الشرقية إلى أقصى حدود الغربية و منعت الغير من الدخول إليه، كما يمكن أن نذكر إحتكار مؤسسة المياه و التطهير بوهران SEOR و هي شركة اسبانية جميع خدمات توزيع المياه و كذا التطهير على مستوى مدينة وهران على عكس مدن أخرى تحتكرها الجزائرية للمياه L'algérienne des EAUX.

5- الرسوم الجمركية و القيود غير الجمركية على المستويين الوطني و المحلي:

يمكن إدراج هذه الرسوم و القيود تحت بند العوائق القانونية المانعة من دخول السوق، فكلما زادت الرسوم الجمركية كلما انحسرت المنافسة داخل الحدود التي تسري عليها تلك الرسوم، فنكون عندئذ بصدد سوق وطنية أي قاصرة على المؤسسات الخاضعة للقانون الوطني.¹ فإذا ما أمكن إزالة تلك الرسوم نكون بصدد سوق عالمية و هو ما تسعى إليه منظمة التجارة العالمية.²

6- الحواجز اللغوية و التفضيلات الثقافية:

عند التحديد الجغرافي للسوق المعني لا يمكن تجاهل الحواجز اللغوية و الخصوصيات الثقافية لمناطق جغرافية معينة، فعلى سبيل المثال: اعتبر وزير الإقتصاد الفرنسي بخصوص قطاع الصحافة أن سوق قراءة المعلومات العامة و الأخبار السياسية يعتبر وطنيا بالنظر لأهمية اللغة و الخصوصية الثقافية و الحرص على أهمية متابعة الأخبار الوطنية³، كما اعتبرت اللجنة الأوروبية للمنافسة أن السوق الجغرافي للحقوق التجارية على مسابقة رابطة الأبطال الأوروبية لكرة القدم UEFA له امتداد على المستوى الوطني فقط بسبب العوامل الثقافية و أفضليات جمهور كل دولة.⁴

كما نجد أفضليات نابعة من العادات المحلية فكثيرا ما نصادف إرتباطا من قاطني منطقة معينة بالمنتجات المحلية لإقليمهم و لا يرون نتيجة لذلك بديلا لها من المنتجات المماثلة التي تجلب من مناطق أخرى، و في هذا الصدد سبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن أبدى رأيه بشأن تمسك سكان منطقة الألزاس بمنتج محلي الصنع حيث رأى أنه نظرا لإعتياد الناس على تفضيل إستخدام القرميد في

¹ عادة ما تضع الدول رسوم جمركية مرتفعة على بعض المنتجات حتى تمنع أو تقلص من استيرادها و هذا لحماية اقتصادها و كذا المنتج المحلي، و حتى لا تصبح سوقا لمنتجات دول أخرى.

² أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 298.

³ المرجع السابق ص 297-298.

⁴ Commission, Décision du 23 juillet 2003.

الإنشاءات السكنية في منطقة الأزراس فإن هذا المنتج لا يعد قابلاً للإحلال بالبلاطات الخرسانية في هذه المنطقة، بينما قد يكون ذلك ممكناً في مناطق أخرى.¹

الفصل الثاني:

معايير تحديد وضعية الهيمنة:

حتى نحكم على مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات أنها في وضعية هيمنة إقتصادية في سوق معين يتعين وضع معايير تكون دقيقة و كفيلة بإثبات ذلك و لعل كل من المشرعين و أحكام القضاء و كذا الفقه متفقون على أن هذه المعايير غير ثابتة و لا تقتصر في غالب الأحيان على معيار دون سواه إلا في حالات خاصة، و نجد من ضمن هذه المعايير الذي يكاد يلقي الإجماع معيار الحصة في السوق أو نصيب المؤسسة من السوق المعني هذا إضافة إلى معيار موانع الدخول إلى السوق فهذه الأخيرة ستكبح جماح أي منافس يريد الدخول إلى سوق واقع في هذه الحواجز بمختلف أنواعها سواء قانونية إقتصادية... إلخ.

علاوة عما سبق يثور التساؤل حول الوسائل التي تمكن مؤسسة ما من الوصول إلى وضعية الهيمنة فإذا كان الإجتهد و التفوق المالي يلعب دور في وصول المؤسسة إلى وضعية هيمنة، فهناك وسائل أخرى يلجأ إليها المشروع الراغب في السيطرة على سوق معين من أجل الوصول إلى الهيمنة الإقتصادية لعل أهم هذه الوسائل التجميعات الإقتصادية و حقوق الملكية الفكرية، على ضوء ما سبق فإن الدراسة ستتناول دلائل وجود المؤسسة في وضعية هيمنة في مبحث أول، و تخصص المبحث الثاني لدراسة الوسائل المؤدية إلى إنشاء وضعية الهيمنة.

المبحث الأول:

دلائل وجود المؤسسة في وضعية الهيمنة

عند البحث عن وجود مركز مهيم من عدمه عادة ما تستعين الهيئات المكلفة بالمنافسة بدلائل تكون كفيلة بإثبات تواجد المؤسسة في وضعية، و هذه الدلائل تنقسم في الغالب إلى نوعين: دلائل رئيسية و هي تمثل المؤشرات الكمية، و أخرى ثانوية أو مكملة و هي دائماً ما تكون كيفية أو نوعية، و سواء كانت الدلائل أو المؤشرات رئيسية أو مكملة فهي في الحالتين – حسب جانب من الفقه – تتجسد في صفات و مميزات يتمتع بها صاحب وضعية الهيمنة لا تتوافر لنظرائه في السوق المعتبرة قانوناً، هذه الخصائص و المميزات قد يكون مصدرها القانون أو يكون

AVIS 00 A - 11 du 06 juin 2000.¹

التفوق التكنولوجي و المعرفة الفنية، و قد تكون نتيجة التفوق المالي للمشروع المسيطر... إلخ.¹

و أرست مختلف التشريعات و كذا الأحكام القضائية المقارنة عدة معايير للحكم على مؤسسة بأنها حائزة لمركز مسيطر و يعد المعيار الكمي أهمها: و هو يستند إلى الحصة السوقية للمؤسسة و هو معيار يكاد يلقي الإجماع من قبل القضاء و الفقه على أهميته إذ يكفي لوحده في معظم الحالات للحكم على مشروع ما بأنه في وضعية هيمنة إقتصادية في السوق المعني لاسيما إذا كانت الحصة كبيرة.

و نجد إلى جانب المعيار الكمي معايير أخرى مكملة له مثل ما أشرنا التفوق التكنولوجي و المالي رقم الأعمال وجود شبكة توزيع متطورة، غير أن أهم هذه المعايير المكملة هو وجود موانع دخول للسوق الذي يمكن أن يتضمن حقوق الملكية الفكرية مثلا التي تشكل حاجزا أمام باقي المنافسين للمشروع للدخول إلى السوق المعني.

بناء على ما سبق سنتناول في هذا المبحث إرتفاع حصة المؤسسة في السوق في مطلب أول، و موانع دخول السوق في مطلب ثاني.

المطلب الأول:

إرتفاع حصة المؤسسة في السوق

يعد نصيب المؤسسة في سوق ما في حد ذاته مؤشرا مهما على ما تمتع به المؤسسة من قوة إحتكارية في هذا السوق²، و لهذا نرى أن هناك ارتباط وثيق بين حصة المؤسسة في السوق المعني و قوتها الإحتكارية، و يعد من الأهمية بما كان معرفة أنصبة المتنافسين في السوق، فإذا كانت المؤسسة حائزة لحصة مهمة بالمقارنة مع المؤسسات الأخرى فإن ذلك يعد قرينة تكشف عن وجود مركز مهيم.³

و تختلف الحصص من حيث الأهمية من سوق لأخرى كما أنها تختلف في نفس السوق، فالحصة الكبيرة لها دلالة واضحة على القوة السوقية للمؤسسة، في حين توجد حصص متوسطة تتوزج بين الكبيرة و الصغيرة، كما أن هناك حصص صغيرة لا تكاد تمثل شيئا في السوق المعنية، و يلاحظ أن حصة المؤسسة قد تعرف بعض التطورات خلال فترة من الزمن سواء الإرتفاع أو تراجع.

¹وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 85.

² عرفت المحكمة الأمريكية القوة الإحتكارية في السوق بأنها « القدرة على السيطرة على الأسعار في السوق المعنية و استبعاد المنافسة منها » أميرة عبد الغفار محمد بوزيد، الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الإحتكارية و حماية المنافسة، دراسة مقارنة بين القانون المصري و التشريعات الأمريكية المقابلة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2010 ص 78.

³ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الإحتكار ص 48 – 49.

و عليه سنتناول ضمن ثلاث فروع مقدار الحصة في السوق أولاً، ثم تطور الحصة السوقية في فرع ثان ثم أهمية تحديد الحصة في السوق في الفرع الثالث كما يلي:

الفرع الأول:

مقدار الحصة في السوق

بداية يثور التساؤل حول كيفية حساب مقدار الحصة في السوق أو الوسائل يعتد بها لقياس حجم الحصة، ثم تعرض أنواع الحصص.

أولاً: كيفية حساب الحصة في السوق

عادة ما تقاس الحصة في السوق بإتباع إحدى الطريقتين:
الأولى: تتمثل في حساب حجم المبيعات على أساس العدد أو القيمة¹، فحسب هذه الطريقة تعد المؤسسة الأكثر بيعة لمنتجاتها في مركز أفضل من مركز المؤسسات الأخرى الأقل بيعة، فإذا حققت المؤسسة مبيعات في حدود 20% فإن حصتها من السوق المعنية تكون 20%.

أما الطريقة الثانية تعتمد على المقدرة الإنتاجية للمؤسسة، فالمؤسسة الأكثر إنتاجاً تكون مقدرتها الاقتصادية أكبر من المؤسسة التي تنتج أقل، بالاستناد إلى هذه الطريقة فالمؤسسة التي تنتج 50% من حجم الإنتاج الكلي لسلعة أو منتج ما تكون حصتها في السوق 50%².

و نشاط الرأي الذي يميل إلى الأخذ بالطريقة الأولى لكونها الأكثر تعبيراً عن حقيقة المقدرة الاقتصادية الفعلية للمؤسسة في السوق المعنية³، فكلما كان حجم المبيعات كبيراً كلما دل ذلك على تمتع المؤسسة بقدر اقتصادي كبيرة من شأنها التأثير على السوق المعنية بشكل كبير⁴.

في حين أن الطريقة الثانية و التي تعتمد على القدرة الإنتاجية للمؤسسة لتحديد الحصة في السوق المعني لا تعبر عن حقيقة المقدرة الاقتصادية للمؤسسة، و يعود ذلك إلى أن هذه الأخيرة قد تنتج أكثر من حاجة السوق و تخفق (تفشل) في بيع و تسويق منتجاتها، و عليه لا يمكن أن نأخذ في الحسبان مجموع السلع غير المصرفة ضمن الحصة السوقية لهذه المؤسسة⁵.

¹ « La part de marché, C'est la partie des ventes totales d'un marché que réalise une entreprise » NICOLAS PETIT, OP CIT P 151 N 352.

² سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 89.

³ حسين الماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 97 .

⁴ سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 89.

⁵ حسين الماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 97.

إضافة إلى ما سبق يميل جانب كبير من الفقه إلى تفضيل الأخذ بمؤشر حجم المبيعات و ليس قيمة المبيعات عند حساب حصة المؤسسة من السوق¹، ونوضح ذلك من خلال المثال التالي لنفرض أن حجم مبيعات مؤسسة ما ألف وحدة من سلعة ما تمثل 50% من السوق، و في نفس الوقت يبلغ حجم مبيعات مؤسسة أخرى منافسة من نفس السلعة 500 وحدة تمثل 25% من السوق فإذا كان المشروع الأول يبيع إنتاجه بسعر الوحدة 100 دينار مثلاً، فيكون حينئذ إجمالي قيمة مبيعات مائة ألف دينار (100.000)، في الوقت الذي يبيع فيه منافسه الوحدة من السلعة بسعر 210 دينار فيكون إجمالي قيمة مبيعاته 105.000 دج (مائة و خمسة آلاف دينار جزائري) ففي هذا المثال يشير مؤشر نصيب المؤسسة من السوق من زاوية عدد المبيعات إلى احتلال المؤسسة الأولى لوضعية الهيمنة على السوق بمقدار حصة توازي 50% من إجمالي السوق، بالرغم من أن قيمة مبيعاتها مائة ألف دينار جزائري فقط، في حين أن المؤسسة الأخرى قيمة مبيعاتها مائة و خمسة آلاف دينار جزائري إلا أن حجم مبيعاتها لا يتعدى 25% من السوق. بينما إذا غيرنا و حسبنا مقدار الحصة بالأخذ بمؤشر قيمة المبيعات سيكون المشروع الثاني في مركز مسيطر و هذا راجع لإرتفاع قيمة مبيعاته إلى مائة و خمسة آلاف دج بالمقارنة مع المشروع الأول الذي لم تتجاوز قيمة مبيعاته مائة ألف دج بالرغم من كونه المسيطر فعليا على السوق المعترف، لذلك يعتبر مؤشر قيمة مبيعات المؤسسة في السوق غير معبر عن حقيقة الوضع في السوق المعني لكونه لا يعطي مقياساً دقيقاً لحصة المؤسسة من السوق.²

ثانياً: أنواع الحصص في السوق

تنقسم الحصص الى ثلاث انواع حصة كبيرة، متوسطة و صغيرة، على النحو التالي:

1- الحصة الكبيرة في السوق المعني:

و معناه أن تحوز المؤسسة حصة كبيرة في السوق المعني، و غني عن البيان أن حجم الحصة السوقية له أثر كبير سواء على هيكل السوق، أو على المتنافسين فيه، فيعتبر حجم الحصة في حد ذاته مصدر قوة، و يضمن بالتالي الحماية ضد المنافسة القوية.³

¹ أحمد عبد الرحمان الملحم – الإحتكار و الأفعال الإحتكارية – دراسة تطبيقية مقارنة في القانون الأمريكي و الأوربي و الكويتي – جامعة الكويت، 1997، ص. 65.

² عمر و محمد علي طاحون، تأثير الهيمنة الإقتصادية على التوازن العقدي، رسالة دكتوراه جامعة المنوفية كلية الحقوق جمهورية مصر، ص 204.

³ عمر محمد حماد، مرجع سابق ص 44.

هذه القوة تمنح المؤسسة القدرة على إعاقة المنافسة عن طريق زيادة الأسعار على سبيل المثال دون أن يكون لمنافسيها في تلك السوق إمكانية الحد من ذلك، بل أكثر من ذلك دون أن تخشى المؤسسة المهيمنة خسارة و فقد عملائها.
و يثور تساؤل حول نسبة الحصة في السوق التي تعتبر كافية للدلالة على أن مالكةا في وضعية هيمنة؟

تجدر الإشارة إلى أن هناك عدد من الدول من سن تشريعات تحدد نسبة معينة تعتبرها قرينة على تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للقانون الألماني الذي يعتبر المشروع في مركز مسيطر إذا تعدى نصيبه من السوق 33% طبقا لأحكام المادة 22 من قانون المنافسة الألماني¹، كما حددها المشرع المصري في المادة الخامسة من قانون حماية المنافسة و منع الإحتكار و جعلها تبدأ من 25%².

في حين تركت دول أخرى الأمر للهيئات المكلفة بالمنافسة و كذا القضاء لإرساء النسبة التي يراها ملائمة.

و لقد أولى القضاء الأوربي أهمية كبيرة لحجم الحصة التي تحوزها المؤسسة، و اعتبرها دليلا واضحا على تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة.

فبحسب إجتهد محكمة العدل الأوربية عند نظرها في قضية HOFFMANN-LAROCHE على الرغم من إختلاف الأهمية القانونية للحصة من سوق إلى آخر، إلا أن الحصة الكبيرة بحد ذاتها دون وجود الظروف الإستثنائية -دليل على المركز المسيطر و المشروع الذي يستحوذ على حصة كبيرة لبعض الوقت هو بموجب هذه الحصة في وضع مسيطر³»

و يتضح من قضاء المحكمة أن يتعين توافر شرطين للقول بأن الحصة الكبيرة في السوق قرينة على تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة.

الشرط الأول: عدم تواجد ظروف استثنائية تجعل من الحصة الكبيرة قليلة التأثير في السوق.

الشرط الثاني: إمتلاك الحصة لبعض الوقت في السوق.

غير أنه يعاب على هذا الحكم بالرغم من أهميته أنه لم يحدد مقدار الحصة الكبيرة، كما لم يشير إلى الوقت الذي يتعين أن يحتفظ فيه المشروع بهذه الحصة (الكبيرة) حتى يمكن الجزم بتحقق وضعية الهيمنة الإقتصادية، و ننوه إلى أن المحكمة الأوربية في دعوى LAROCHE رفضت عددا من العوامل و اعتبرتها عوامل غير جوهرية هي: إحتفاظ شركة LAROCHE بحصص عالية في السوق، و أن

¹ قانون المنافسة الألماني الصادر في 27 جويلية 1957 أشارت إليه لينا حسين زكي مرجع سابق ص 201.

² قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية المصري تحت رقم 2005/03.

³ HOFFMANN-LAROCHE. AFF 85/76.1979.

الشركة كانت تنتج كميات معتبرة من الفيتامينات و أنها كانت أكبر منتج للفيتامينات، بالمقابل احتفظت بعدد آخر من العوامل رأت أنها مهمة و تتمثل في:

1- التقنية الحديثة و التفوق التكنولوجي التي تتميز بها LAROCHE بالمقارنة مع منافسيها.

2- وجود شبكة مبيعات واسعة النطاق و على درجة عالية من التطور.

3- غياب المنافسة.

4- صعوبة الدخول للسوق بسبب التكاليف المالية الباهضة للإستثمار.¹

و في قرارات لاحقة لقرار LAROCHE حدت المحكمة الأوربية مقدار الحصة في السوق بـ 70% إلى 80% في قضية (HILTI/AG) مثلا و اعتبرت هذه النسبة دليلا واضحا على أن الشركة تتمتع بمركز مسيطر داخل السوق.²

و في قرار حديث يتعلق بشركة الإتصالات TELEFONICA اعتبرت المحكمة الأوربية أن حصة من 70 إلى 80% من السوق تشكل بحد ذاتها دليلا واضحا على وجود المؤسسة في وضعية هيمنة.³

أما القضاء الفرنسي اعتبر أن امتلاك شركة CANAL PLUS لنسبة 70% من سوق البث التلفزيوني المدفوع PAYANT يجعلها في وضعية هيمنة في السوق المعني.⁴

أما مجلس المنافسة الفرنسي اعتبر أن امتلاك إتحاد منتجي الجبن من علامة (ركفور) و كذا شركة CAVES حصة تزيد عن 73% من سوق هذا الجبن في حين يمتلك منافسيهم لحصص تتحصر ما بين 09% و 08% لا يدع مجالاً للشك في امتلاك الإتحاد لمركز مسيطر في هذه السوق⁵، كما توصل إلى أن حيازة شركة ROUSSEAU لحصة تزيد على 70 من سوق توفير الخدمات و المنتجات اللازمة لتعليم قيادة السيارة، يكفي للقول بتمتع هذه الشركة بمركز

¹ ولید عزت الدسوقي مرجع سابق ص 77.

² « Une part de marché de 70% à 80% constitue, en elle-même un indice clair de l'existence d'une position dominante » TPI. 12 D2C 1991 – HILTI AG/commission.

³ TUE. T-336/07. TELEFONICA, SA et TELEFONICA de ESPANA, SA contre commission 29 MARS 2012.

⁴ Cass. Com 30 MAI 2000 Bull cit. IV 112 « chaine de télévision à péage représentant plus de 70% des abonnés de télévision payante »

⁵ Conseil de la concurrence français 08 avril 2004, société des caves et des productions réunis de roquefort.

مسيطر في هذه السوق علما أن حصة أقرب منافسيه لا تتعدى 25% من السوق
المعتبرة قانونا.¹

أما القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية فقد حدد هذه النسبة في عدة دعاوى
عرضت عليه بنسبة 70% أو أكثر كحصة من السوق تكون كافية لإعتبار
المؤسسة في مركز إحتكار و تمتك بالتالي قوة احتكارية في السوق المعني² و نجد
من الأمثلة دعوى

STATES.V.PARAMOUNT PICTURES UNTEED

كانت حصة الشركة المذكورة تبلغ 70% من حجم السوق المعني فقضت المحكمة
الأمريكية العليا بأن هذه النسبة كافية للحكم بتحقيق المركز الإحتكاري، إذ يفترض
حسبها أن هذه الحصة تمكن التاجر أو الشركة من التحكم بالأسعار أو تقادي
المنافسة.³

في حين اعتبرت في دعوى أخرى تتعلق بـ USV ALIMINUM co.of AMERICA
أن نسبة 90% تعد قرينة قاطعة بأن الشركة المدعي عليها
محتكرة للسوق.⁴

أما التشريع الجزائري فقد مر بمرحلتين أساسيتين:

ففي ضل الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة أحال تحديد المعايير التي تبين أن
العون الإقتصادي (و هي التسمية المستعملة في الأمر المذكور للدلالة على
المؤسسة) إلى التنظيم - المادة 07 منه.

و فعلا صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 الذي حدد المقاييس التي تبين
أن العون الإقتصادي في وضعية هيمنة و ذلك من خلال المادة الثانية و قد كان
على رأس قائمة المقاييس «حصة السوق التي يحوزها العون الإقتصادي مقارنة
إلى الحصة التي يحوزها كل عون من الأعوان الإقتصاديين الآخرين الموجودين
في نفس السوق» إضافة إلى مقاييس أخرى تتعلق بالإمتيازات القانونية أو التقنية

¹ Conseil de la concurrence français 31MARS 2004, Relative des pratiques, mise en œuvre par la société codes rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles.

² أميرة عبد الغفار مرجع سابق ص 78.

³ UNITED STATES V.PARAMOUNT PICTURES ENC. 334 US 131 (1948) N° 79 , argued 09-11 February 1948 Decided 03Mai 1948
مرجع سابق ص 161.

⁴ USV ALIMINUM co.of AMERICA 148 F , 2d, 416 (2 aciR 1945). نفس الصفحة

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الإقتصادي في وضعية هيمنة و كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة (ج ر رقم 61) .

إمتيازات القرب الجغرافي المتوفرة لدى العون الإقتصادي و كذا العلاقات المالية أو التعاقدية التي تربط العون الإقتصادي مع غيره من الأعوان الإقتصاديين¹. و حددت المادة الرابعة من المرسوم السالف الذكر طريقة حساب الحصة في السوق و قد جاء في نص المادة « تحدد حصة السوق بالعلاقة بين أعمال العون الإقتصادي المعني و رقم أعمال جميع الأعوان الإقتصاديين الموجودين في نفس السوق² »

و قد استند مجلس المنافسة خلال هذه الفترة على معيار الحصة في السوق للقول بتوافر وضعية الهيمنة حيث عرضت عليه قضية تتعلق بالشركة الجزائرية للمعارض بناء على إخطار الشركة المغربية للمعارض الدولية، حيث اعتمد مجلس المنافسة في تكييفه لوضعية الهيمنة على معيار حصة الشركة في السوق و قد جاء في حيثيات القرار « اعتبارا أن انجاز 78% و 80% من الطلب الإجمالي للمعارضين خلال هذه الفترة من طرف الشركة المذكورة على سوق إنجاز الأقسام أثناء هذه الفترة... »³ يذكر أن المجلس سلط غرامة قدرها 53.250.000.00 دج على الشركة الجزائرية للمعارض.

أما المرحلة الثانية فقد عرفت صدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم هذه الأخير ألغى جميع النصوص السابقة بما فيها الأمر 06-95 و كذا المرسوم التنفيذي رقم 2000-315، أهم ما يمكن ملاحظته على هذا القانون أنه لم يحدد المقاييس أو المعايير التي يمكن الرجوع إليها للحكم على مؤسسة ما بأنها متواجدة في وضعية هيمنة إقتصادية، و يبدو أن المشرع مال إلى ترك الأمر لمجلس المنافسة و مختلف سلطات الضبط الإقتصادي للقيام بهذه المهمة.

وسبق لسلطة ضبط البريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية أن وضعت معايير محددة كفيلة بإثبات وضعية الهيمنة إتجاه شركة تعمل في مجال الهاتف النقال و المعروفة بإسم أوراسكوم تيليكوم الجزائر OTA.

و جاء في قرارها الحامل لرقم 06 أن العوامل التي تأخذ بعين الإعتبار هي إمتلاك مؤسسة OTA لحصة تجاوزت 50% السوق المعني في نهاية شهر ديسمبر 2006 إضافة إلى تفوقها تكنولوجي .

و قد جاءت حيثيات القرار كما يلي:

« حيث أن عدد المشتركين في مؤسسة OTA تجاوز في نهاية شهر ديسمبر 2006، عشرة ملايين، بالضبط حسب المعلومات المرسله من طرف المؤسسة إلى

¹ المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 314/2000.

² المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000.

³ القرار رقم 2000 ق 03 الصادر يوم 19 نوفمبر 2000 المتعلق بالإخطار الوارد من الشركة المغربية للمعارض الدولية ضد الشركة الجزائرية للمعارض.

مصالح سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية حوالي 10.530.826 مشترك.

حيث أن مؤسسة OTA تحوز مع نهاية شهر ديسمبر 2006 في سوق الهاتف المحمول الموجه للجمهور من نوع G S M، حصة تفوق 50% من عدد المشتركين.

حيث أنه بناء على ما سبق تعتبر مؤسسة OTA في وضعية قوة إقتصادية بالمفهوم المنصوص عليه في الأحكام التشريعية و التنظيمية سارية المفعول¹ و أهم ما يمكن ملاحظته على هذا القرار هو إعتماده بصفة شبه كلية على حصة مؤسسة OTA من حيث عدد المشتركين للقول بوجود المؤسسة في وضعية هيمنة إقتصادية.

أما مجلس المنافسة فقد أوكلت له المادة 34 من الأمر 03-03 العديد من الصلاحيات و التي من ضمنها «... سلطة إتخاذ القرار و الإقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني بهدف تشجيع و ضمان الضبط الفعال للسوق بأي وسيلة ملائمة أو إتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة و ترقيتها²» و يرى البعض أن المادة 34 أوكلت لمجلس المنافسة مهمة وضع المعايير التي يمكن الرجوع إليها للحكم على تواجد مؤسسة ما في وضعية هيمنة³، كما جاء في المادة 35 «بيدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة ذلك، و بيدي كل إقتراح في مجالات المنافسة»

وعلى ضوء هذه المادة أبدى مجلس المنافسة رأيه تبعا لطلب وزير التجارة حول قرينه إستغلال وضعية الهيمنة على مستوى سوق الإسمنت و قد تضمن الطلب مجموعة من الأسئلة تتعلق على وجه التحديد بالإشكالات التنافسية لسوق ذات طبيعة إحتكارية ثنائية، و وجود إستغلال وضعية الهيمنة من قبل مجمع LAFARGE، و مما جاء في رأي مجلس المنافسة

« هناك بعد إحتكاري ثنائي لسوق الإسمنت بين كل من مجمع «GICA» بنسبة 51% و مجمع «LAFARGE» بنسبة 36% و نسبة 13% بالنسبة

¹ Décision N°06/ S P / P C / ARPT du 06 février 2007 Décorant l'opérateur ORASCOM TELECOM ALGERIE en position dominante sur le marché de la téléphonie mobile au public de type G.S.M W.W.W.ARPT.DZ.

² المادة 34 من الأمر 03-03.

³ « IL s'ensuit qu'il appartient au conseil de la concurrence de fixer des critères de détermination de la position dominante d'une entreprise sur le marché en cause, une telle compétence peut être mise en œuvre en vertu des dispositions de l'article 34 de l'ordonnance de 2003 , R.ZOUAIMIA le droit de la concurrence OP CIT P 93.

للمستوردين. يتقاسم المجمعين السوق عن بعد في الحقيقة لا تبدو المعلومات المجمع على أرض الواقع كافية لجلب دلائل رسمية في حين وجود الموقف المهيم كما هو محدد في المادة (11) من الأمر رقم 03-03.....¹ «
أهم ما يمكن ملاحظته حول هذا الرأي أنه استند إلى حصة الشركات الناشطة في سوق الإسمنت حيث إعتبر أن كل من مجمع « GICA » الذي يجوز 51% و مجمع LAFARGE الحائز بدوره لنسبة 36% في مركز إحتكار ثنائي لسوق الإسمنت في الجزائر و هو يقصد بعبارة « مركز إحتكاري ثنائي » الهيمنة الجماعية، إذا مجلس المنافسة اعتبر الحصة في السوق معيارا مهما و لا يمكن تجاوزه لدراسة وضعية الهيمنة في السوق يتعين اللجوء إليه أو لا قبل أي معيار أخرى.

2- الحصة المتوسطة في السوق:

الحصة المتوسطة في السوق ليست بالحصة الكبيرة لدرجة تصل إلى 80% أو 90% و لا هي بالحصة الصغيرة لدرجة تصل 10% مثلا، إنما هي حصة لا تزيد عن 50% و

لا تقل عن 25% و قد سماها جانب من الفقه الأوربي المنطقة الرمادية ZONEGRISE

²في حين أن القضاء في الومأحد هذه النسبة ما بين 40% و 70% و أطلق عليه نسبة الشك³، و يتفق هذا الأخير مع نظيره الأوربي ممثلا في المحكمة الابتدائية أنه يجب أن نبحت في المؤشرات الثانوية على أنها مؤشرات رئيسية، و أن ننظر إلى الحصة في السوق على أنها مؤشر ثانوي⁴فعلى سبيل المثال من المؤشرات التي يجب النظر إليها قبل الرجوع إلى الحصة السوقية:

¹ رأي مجلس المنافسة رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013، و المتعلق بقريفة إستغلال الموقف المهيم على مستوى سوق الإسمنت تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، مجلس المنافسة النشرة الرسمية للمنافسة عدد 02، 2013، و ننوه إلى أن الإحالة إلى المادة 11 من الأمر 03-03 جاء غير في محله بإعتبار هذه المادة تتعلق بالتعسف في وضعية التبعية الإقتصادية، و كان على المجلس الإحالة إلى المادة 07 من الأمر 03-03.

² NICOLAS PETIT OP CIT P 289 N 779.

³ أميرة عبد الغفار مرجع سابق ص 79.

⁴ « Or dans une autre situation, lorsque la part détenue par l'entreprise est insuffisante (c'est -à- dire inférieure à 50%) ces éléments se condaire doivent être analysés à titre principale pour déterminer si l'entreprise est en situation de domination, ces éléments peuvent être qualifiés Valérie Fauré, OP CIT P 59 N 882.

قدرة المنتجين الجدد على دخول السوق المعني دون مواجهة عوائق، من قبيل ندرة المواد الخام أو عدم تمكنهم من الحصول عليها مثل المنتج الرئيسي وجود حقوق الملكية الفكرية مرتبطة بمثل هذا النوع من السلع.

القراءة المستقبلية للسوق مثل الحالة المالية للمنتج نفسه فإذا كان بعض المنتجين في حالة مالية متعثرة رغم امتلاكه لحصة كبيرة نسبيا في السوق تتعدى 70% فلا يمكن منطقيا تصور أنه يسيطر على السوق و يمتلك قوة احتكارية¹ فمثل هذه المؤشرات تكون المؤشر الرئيسي الذي على أساسه يمكن القول بقيام وضعية الهيمنة في حق مؤسسة ما من عدمه مع الإحتفاظ و الإستئناس دائما بحصة المؤسسة في السوق المعني.²

1- الحصة الصغيرة في السوق:

تعد الحصة الصغيرة دليلا واضحا على عدم حيازة المؤسسة لوضعية الهيمنة، فحصة تعادل أو تقل عن 10% في السوق المعني تعد قرينة على انعدام هذا المركز، و سبق لمحكمة العدل الأوروبية أن أكدت على هذا الأمر، فعلى سبيل المثال اعتبرت في قضية SABAI أنه نظريا لا يمكن لمؤسسة أن تكون في وضعية هيمنة مع امتلاكها لحصة تعادل 10% فقط في السوق المعنونة إلا إذا توافرت ظروف إستثنائية³، كما رأى مجلس المنافسة الفرنسي في قضية مؤسسة La Française de maintenance أنه على الرغم من المساعدات و الإعانات التي تستفيد منها المؤسسة من الشركة الأم إلا أن شركة La Française de maintenance لا تمتلك إلا حصة 10% من سوق الألعاب مما دفع بمجلس المنافسة إلى رفض مزاعم منافسيها بامتلاكها لمركز مسيطر في هذه السوق «مهما كانت الإمتيازات و التفضيلات التي تتمتع بها»⁴

سبق القول أنه يمكن لنسبة قليلة من حصة السوق المعنونة قانونا أن تكون دليلا على وجود مركز مسيطر بشرط توافر ظروف استثنائية و نجد في القضاء الأوربي بعض الأمثلة منها قرار TETRAPAK حيث أنه على الرغم من حيازة هذه المؤسسة 10% من سوق المنتج المعني إلا أن وجود حواجز لدخول منافسين جدد إلى هذه السوق و خاصة الحواجز التكنولوجية أدى بالمحكمة إلى

¹ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 79.

² سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 91 بند 41. « D'indices secondaires de domination » CJUE C.75/84 , SABA II et Metro contre commission 22 octobre 1986. ³

⁴ « Quels que soient par ailleurs les avantages ou les privilèges dont elle dispose » cite par claire mongouachon , ABUS de position dominante et secteur public, ARUYLANT , 2012 P 142 N 211.

اعتبار هذه الحواجز بمثابة ظروف خاصة منحت هذه المؤسسة القدرة على تقييد المنافسة على الرغم من ضعف حصتها.¹

الفرع الثاني:

تطور الحصة في السوق.

تفيد دراسة تطور الحصة في السوق المعتبرة في إثبات أو نفي قيام وضعية الهيمنة في حق مؤسسة ما فمعرفة نسبة هذه الحصة خلال فترة زمنية معينة سواء خلال فترة سابقة (في الماضي) أو بالعكس فترة مستقبلية، من خلال معطيات معينة و لاسيما في الأسواق التي تعرف حركة و نمو متسارعين، ترتيبا على ما سبق نتعرض ضمن نقطتين لتطور الحصة في الماضي في أولا، ثم تطور الحصة في المستقبل في ثانيا.

أولا: تطور الحصة في الماضي

جاء في إحدى الوثائق التوجيهية Documents d'orientations الصادر عن الإتحاد الأوروبي أنه "إذا كانت الحصة في السوق كبيرة و مملوكة منذ مدة طويلة فهذا عنصر يحتمل أن يشكل دليل أولي جدى على وجود وضعية الهيمنة، و في بعض الظروف إمكانية وقوع ممارسات تعسفية خطيرة"² و على النقيض من ذلك إذا أصبحت حصص مؤسسة ما في السوق بالتراجع فهذا يدل على أن هذه الأخيرة فقدت وضعية الهيمنة، فالمؤسسة التي لا تستطيع الحفاظ على مقدار ثابت لحصتها في السوق فهذا دليل على أنها لا تمتع بمركز مسيطر طالما كان بمقدور باقي المنافسين في السوق الدخول إليه و المنافسه فيه و الإستحواذ على حصص معتبرة، بما حاصله أن المؤسسة المعنية لا تستطيع التصرف باستقلال دون إعتبار لمنافسيها أو عملائها.³

و يعتقد جانب من الفقه أن فقدان المؤسسة لبعض حصصها في السوق لا يدل دائما على فقدان المؤسسة لمركزها الريادي في السوق لاسيما إذا كان السوق أصلا غير جذاب (مستقطب) Peu Attractif بالنسبة للمنافسين، و كانت حصص باقي المنافسين في السوق مشتتة (مبعثرة) بينهم، و يوضح المثال التالي هذه الوضعية: تعمل مؤسسة ABBOTT في مجال المواد الطبية المخدرة و كان لها إحتكار كامل في هذه السوق، و بدأت تأتيها تدريجيا منافسة من قبل الغير داخل هذه

¹ TAPI 06 OCTOBRE 1994 TETRA PACKII/ Commission affaire T.83/91.

² « Si la part de marché est élevée et détenue « longtemps » il est « très probable que cet élément constituera un premier indice sérieux de l'existence d'une position dominant et dans certaines, circonstances d'éventuels effets graves de pratiques abusives » cité par NICOLAS PETIT OP cit P 291 N 787.

³ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 87.

السوق، هذه المنافسة فرضت أسعار أقل من مؤسسة ABBOTT هذا الأمر دفع هذه الأخيرة إلى مراجعة أسعارها و جعلها مساوية للأسعار التي وضعها باقي المنافسين، و قد إعتبر تصرفها هذا تكيفا مع الوضع الجديد في السوق و ليس فقدان لقدرتها على التصرف بإستقلال إتجاه منافسيها، فبقيامها بإعادة النظر في أسعارها احتفظت بحصة جوهرية من الفائدة التي كانت تجنيها في السابق و ستحافظ على حصتها الكبيرة بالمقارنة مع باقي المنافسين.¹ في حين لا تشاطر هيئات مراقبة المنافسة هذا الرأي ففي قضية MICHELINTI لم تهتم المفوضية الأوروبية عند معاينة وضعية الهيمنة تراجع حصة شركة ميشلان في السوق بل اعتبرته عامل إضافي يدين الشركة، و أنه شجعها على القيام بممارسات تعسفية لحماية مصالحها.²

ثانيا: تطور الحصة في المستقبل

التطور المحتمل للحصة في السوق في المستقبل أمر مهم خاصة في الأسواق التي تعرق بسرعة الابتكارات مثل ألعاب الفيديو، الهاتف المحمول، الإعلام الألي... إلخ، كذلك الأمر بالنسبة للأسواق الموسمية Saisonnier مثل إنتاج و توزيع الأفلام السينمائية Prêt à porté. فيمكن لمؤسسة حائزة لـ 100% من السوق أن تفقد حصتها بسرعة، و هذا بالنظر لتقلبات السوق، و قد اعترفت المفوضية الأوروبية ضمنا بهذه الوضعية.³ و نجد في الوقت الحالي أن الإعلام و كذا المجتمع المدني بما يضمه من جمعيات سواء طبية وإجتماعية و دينية، أصبح يلعب دورا كبيرا في توجيه المستهلك نحو سلع، و منتجات معينة و بالعكس تغيير و جهته عن سلع أو منتجات بعينها مثل ما حدث مع منتجات الألبان الدنماركية حيث قامت حملة واسعة في معظم الدول الإسلامية لمقاطعة المنتجات الدنماركية – بعد نشر إحدى المجلات الدنماركية لصور مسيئة للرسول محمد عليه الصلاة و السلام.

هذه الحملة أدت إلى تراجع حصص و مداخيل الشركات الدنماركية إلى حدود قياسية خاصة في دول الخليج العربي، كذلك الأمر مع ما حدث لشركة فولسفاغن الألمانية في اليوم أ حيث أنه في 2015 اهتزت العالم بخبر فضيحة في أجهزة الإنذار عن التلوث في السيارات الحاملة لعلامة مصنع فولسفاغن حيث تبين أن هناك غش و أن هذه الأجهزة لا تعمل و لا تقوم بالتنبيه عن وجود مواد ملوثة

¹ CONS. CONC. Déc. N° 2001-D-23. 10 MAI Société ABBOTT et la marché des produits anesthésiques cité par Marie MALAURIE – Vignal, L'abus de position dominant L.G.D.J. 2002 P 68 N 99.

² Exemple cité par NICOLAS PETIT OP . CIT P 291 N 787.

³ Même ouvrage P 291 N 790.

صادرة عن هذه السيارات و هذا بهدف الإفلات من رقابة الأجهزة المختصة، تسبب هذا في تراجع الإقبال عن شراء سيارات مصنع فولسفاغن و بالتالي تراجع حصصها في مختلف الأسواق في العالم.

الفرع الثالث:

أهمية تحديد نسبة الحصة في السوق.

يذهب جانب من الفقه إلى عدم جدوى ربط حجم الحصة السوقية بنسبة معينة كمؤشر على امتلاك المؤسسة لوضعية هيمنة إقتصادية، في هذا الصدد ذكر حسين ماحي « أنه قد يكون من المستحسن عدم ربط حجم الحصة السوقية بنسبة معينة من السوق المعنية كمؤشر لتوافر المقدرة الإقتصادية للمشروع، إذ قد يكون حجم حصة المشروع صغير نسبيا حوالي 20% مثلا و مع ذلك يمارس المشروع تأثيره على السوق التنافسية، و من ثم يكون في وضع مسيطر من الناحية الواقعية، و يكون الأمر كذلك عندما تكون لهذه المشروع إمكانية تقليص الإنتاج و فرض أسعاره في نطاق جغرافي معين، و لا تقابل هذه الممارسات الإحتكارية من المشروع رغبة من جانب المتعاملين معه في توجيه طلبهم إلى عرض آخر مقدم من مشروع خارج هذا النطاق الجغرافي أو لا تقابل هذه الممارسات قدرة المشروع الأخر الموجود خارج النطاق الجغرافي في تلبية طلبات عملاء المشروع المحتكر¹»

كما اعتبر أن تحديد نسبة معينة قد يكون تحكيميا بمعنى أنه لا يراعي مقتضيات السوق فما يعد نسبة مهمة أو كبيرة في بعض الصناعات قد يكون متواضعا في أخرى مما يؤدي إلى خلافات واسعة عند تطبيقها في السوق، فلو فرضنا وجود ثلاث (03) متعاملين في صناعة الحديد و الصلب يحوز كل منهم النسبة التالية الأول 30% الثاني 45% و الثالث 25% فهذه النسب تعد عادية و لا تدل على هيمنة أي منهم على سوق الحديد و الصلب و هذا بالنظر للعدد القليل للمتعاملين في هذا السوق، في حين تعتبر النسب المذكورة أعلاه، كبيرة إذا ما تعلق الأمر بإنتاج المشروبات بمختلف أنواعها فهي تعتبر مهمة بالنظر للعدد الكبير للمنتجين في هذا النشاط.

في حين هناك من يرى أهمية تحديد نسبة الحصة في السوق من خلال نص تشريعي، و قد أبرز أنصار هذا الرأي المبررات التي تدعم ذلك و نذكر منها على وجه الخصوص ما يلي:

- تعكس نسبة الحصة في السوق درجة التدخل المرغوبة للدولة في الأسواق لتنظيمها، فكلما قلت النسبة المحددة في القانون دل ذلك على نية الدولة في التدخل

¹ حسين الماحي، حماية المنافسة مرجع سابق ص 99.

أكثر لتنظيم الأسواق، و على النقيض من ذلك كلما كانت النسبة كبيرة عكس رغبة الدولة في عدم التدخل لتنظيم الأسواق.¹

- إن تنظيم المنافسة من خلال القانون تعني تدخل الدولة في السوق و عدم ترك هذا الأخير يعمل بتلقائية مطلقة، فهدف التدخل هو السعي إلى التحقيق منفعة أكبر من منفعة عدم التدخل، و قد أصبح الإتجاه الحالي في الدول المتقدمة نحو تشجيع تدخل الدولة، و لكن بصورة إنتقائية حيث تترك التوازنات اليومية في السوق لآلية السوق المعروفة (العرض و الطلب)، في حيث التوازنات الإستراتيجية يجب أن تخضع لتدخل الدولة.²

- إن ارتفاع أو إنخفاض النسبة يعني تحديد طبيعة المشروعات التي يتم إدخالها تحت طائلة القانون، أو التي ستتأثر بالقانون، و يقصد بطبيعة المشروع حجمه، حجم الإنتاج عدد العمال التي يستوعبها المشروع، بمعنى أن ارتفاع النسب أو إنخفاضها يحدد مساحة التأثير بالقانون إقتصاديا و إجتماعيا.

إن ارتفاع أو انخفاض النسبة يعني الإقتراب من أو الإبتعاد عن التجارب في هذا المجال، و هو ما يعني القبول أو عدمالقبول من جانب المستثمرين الأجانب من الناحية، و من ناحية أخرى يدل أيضا على أن تقييم أجهزة الرقابة على المنافسة لأحوال المنافسة و مختلف الإندمجات (التجميعات) سيكون إلى حد ما متواضعا أو على الأقل متقاربا مع تقييم نظرائها من الأجهزة في الدول الأخرى أو مختلفا عنها تماما لاسيما في حالة الممارسات و الإندمجات التي تتجاوز أثارها حدود الدولة الواحدة، و التي تتطلب دراستها من جانب أكثر من دولة و خير مثال حالة إندماج الشركة البريطانية الأمريكية GILLET مع شركة WILKINSONSWORD حيث تم دراستها من جانب 14 جهاز منافسة في الوم.أ و الإتحاد الأوروبي.³

- إن حماية المنافسة لا تعني منع إختفاء أو أفول أحد المنافسين، فموت منافس لا يشكل في حد ذاته خطورة، و لكن المهم هو معرفة سبب هذا الأفول أو الإختفاء و هل هو بسبب تفضيل السوق لأحد المنافسين عن غيره لكفائته أم بسبب ممارسات غير المشروعة يقوم بها المنافس الآخر لديه نسبة سيطرة معينة.⁴

- إن سن نسبة معينة للسيطرة يشكل آلية فعالة في جهاز المنافسة لمباشرة ملاحقة المؤسسات التي تسيء إستغلال مركزها المهيم من خلال ممارسات تعسفية

¹ مغاوري شلبي مرجع سابق ص 304.

² محمد عوض رضوان، الإتجاهات الحديثة في تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي، دار النهضة العربية، جمهورية مصر، 2011 ص 95.

³ مغاوري شلبي مرجع سابق ص 355.

⁴ عبد الباسط وفا، سياسة تحطيم المشروعات من خلال أسعار و إنعكاساتها على الأسواق التنافسية، دار النهضة العربية جمهورية مصر 2001 ص 110

خاصة إذا كان هناك فرق كبير بين نصيب المؤسسة الأكبر في السوق و المؤسسة التي تليها مباشرة.

- إذا تم إلغاء نسبة الحصة السوقية من القانون، فإن محاولة المؤسسة المهيمنة لرفع الأسعار قصد تخفيف الأرباح أو خفض السعر لطرد المنافسين، أو قيامها بأي ممارسة من شأنها عرقلة المنافسة سوق لن تكون ملحوظة من قبل جهاز مراقبة المنافسة، خاصة في ضل وجود قاعدة بيانات ضعيفة عن هيكل السوق، و هو ما يؤدي في النهاية إلى إلحاق الضرر بالمستهلكين و المنتجين على حد سواء، إضافة إلى تأخر وصول الشكاوى إلى أجهزة الرقابة على المنافسة بعد أن تحقق المؤسسة المهيمنة أهدافها من وراء تلك الممارسات و هو ما يقتضى وجود مؤشرات لمراقبة سلوك الشركات المسيطرة.¹

و بعد أن رأينا أهمية الحصة في السوق كمعيار لمعرفة القوة السوقية للمؤسسة، ستعرض ضمن المطلب الثاني لموانع الدخول للسوق التي تعكس هيمنة و قوة المؤسسة .

المطلب الثاني:

موانع الدخول السوق

رأينا أن الحصة الكبيرة في السوق تعتبر لوحدها دليلا كافيا في أحيان كثيرة للقول بقيام وضعية الهيمنة في حق مؤسسة ما، و لكن هذه الأخيرة من أجل الحفاظ على حصتها في السوق و بالتالي مركزها المسيطر تعمل على حصر المنافسة بينها و بين المنافسين الموجودين بالفعل في السوق من ناحية، و منع دخول منافسين جدد من ناحية أخرى، و حتى تحقق المؤسسة هدفها، فإن تسعى جاهدة إلى استخدام الحواجز و العقبات بالقدر الذي يمكنها من الإفراط بالسوق و التصرف بالتالي باستقلالية عن بقية المنافسين، و نلاحظ هنا أن المؤسسة لا تتخلص فقط من منافسيها الحاليين (الموجودين الوقت الحاضر)، و لكن يتعين أن تتحرر من منافسة الآخرين في المستقبل القريب و نقصد المنافسين المحتملين²، و تتمثل هذه العوائق في مميزات قانونية تمنحها الدولة لهذه المؤسسة أو قد تكون مميزات تكنولوجية تتمتع بها المؤسسة و تمكنها من زيادة أسعارها بإستمرار دون جذب منافسين جدد أو حتى توسع المنافسين الموجودين³.

¹ مغاوري شلبي مرجع سابق ص 357.

² عمر محمد حماد مرجع سابق ص 55.

³ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة وضع الإحتكار مرجع سابق ص 54.

دراسة موانع الدخول إلى السوق، تقتضي أولاً تحديد مفهوم موانع الدخول إلى السوق الفرع الأول، ثم بيان أنواع هذه الموانع ضمن الفرع الثاني: و نختتم هذا المطلب بالتعرض للوظيفة الاقتصادية لموانع الدخول إلى السوق في الفرع الثالث.

الفرع الأول:

تعريف موانع الدخول إلى السوق

إهتم علماء الاقتصاد في الو.م.أ بتعريف موانع الدخول إلى السوق غير أنهم فشلوا في تحقيق إجماع بشأن وضع تعريف موحد لهذه الموانع، مما انعكس على أحكام القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية، فلقد عرفه الأستاذ BAIN بأنه «الأفضلية التي يتمتع بها البائعون الفعليين في صناعة ما على البائعين المحتملين دخولهم، و تنعكس تلك الأفضلية في مدى قيام البائعين الفعليين برفع أسعارهم فوق المستويات التنافسية بدون مهاجمة الشركات الجديدة لدخول الصناعة» و يعني BAIN بهذا التعريف أن وفرة حجم الإنتاج مع متطلبات رأس المال متنسقان بطريقة فعلية مع الأرباح العالية، لذا رأى أن الخصائص التركيبية للسوق تعتبر مانع للدخول¹.

في حين عارض الفقيه STIGLER فكرة متطلبات رأس المال ووفرة حجم الإنتاج كمانع من موانع دخول السوق، و قدم التعريف التالي «أنه تكلفة الإنتاج على بعض الإنتاج أو كل مستويات التي يجب أن تتحملها الشركات التي تسعى لدخول صناعة، و لكن لا تتحمل هذه التكاليف الشركات الموجودة بالفعل في الصناعة» فحسب هذا الفقيه إذا كان بين كل من الداخلين إلى السوق و الشركات الموجودة فعلاً تكافؤ و تماثل في الحصول على التكنولوجيا و المواد الأولية فإن متطلبات رأس المال ووفرة الإنتاج يعدان حينئذ من موانع الدخول².

و تعددت التعريفات بعد ذلك إلا أن معظمها تعد مستوحاة من تعريف الأستاذين BAIN et STIGLER، و انعكس هذا التضارب و الغموض على أحكام المحاكم الأمريكية، فنجد في قضية شركة الإتصالات لجنوب الباسفيك ضد شركة T.A.T استخدمت المحكمة اتجاه الأستاذ BAIN لتقرر أن الحاجة إلى رأس مال كبير يعتبر مانعاً هاماً للدخول إلى السوق.

¹ JS.BAIN « BARRIERS TO NEW COMPETITION », HARVARD UNIVER CITY pressé , CAMBRIDGE MA 1956 P 30. أشار إليه عمر محمد حماد

مرجع سابق ص 57.

² G.STIGLER « the organisation industrie » Université of Chicago pressé, Chicago

سابق ص 58. أشار إليه عمر محمد حماد مرجع

في حين أن محكمة أخرى في قضية شركة إكلند.أم.أف.جي ECHLIN.MF.G، استعانت بتعريف الأستاذ STIGLER للقول أنه لا توجد موانع للدخول في سوق تصليح محركات السيارات - مفحم السيارة (CARBURATEUR)-، و رأت لجنة التجارة الفيدرالية أنه في حالة عدم وجود مانع فإن الشركات الجديدة سوف تدخل السوق و تخفض أسعارها للمستويات التنافسية¹.

و يرى البعض أن المانع الذي يعتد به، و يقع تحت طائلة قوانين الإحتكار هو المانع الذي تضعه الشركة ذات المركز المسيطر أو المحتكرة للسوق عن عمد سعياً منها لتقوية و تدعيم مركزها المهيمن، و إقصاء المنافسين الموجودين في السوق، أو منع دخول منافسين محتملين (جدد) يقومون بتصنيع نفس المنتج، ولن يتحقق ذلك إلا بوضع عوائق من قبل صاحب المركز المسيطر²، ذلك لأن وجود عوائق لدخول منافسين تجعل التاجر الموجود في السوق صاحب تأثير بالغ و يقل هذا التأثير أو المقدرة الإقتصادية كلما كان دخول السوق سهلاً و في متناول المنافسين³.

و يوجد على النقيض من الفئة الأولى الموانع (الموانع المفتعلة) فئة أخرى تضم الموانع التي تكون راجعة إلى ظروف السوق نفسه، و كذلك الموانع القانونية التي يكون مصدرها تنظيمات قانونية، فهذه تعد موانع بطبيعتها فرضتها ظروف الحال. حتى و إن كانت هذه الموانع في حد ذاتها تعين الشركة المهيمنة على تقوية مركزها الإحتكاري.

فالفرق إذن بين الموانع المفتعلة (العمدية) و بين الموانع التي فرضتها ظروف السوق، إن هذه الأخيرة لا يمكن اعتبارها مقاومة للمنافسين في حين أن الفئة الأولى تعتبر مقاومة لأنها و جدت أصلاً من أجل هذا الأمر، و لا يخفى أن كلا الفئتين تخضعان لقانون المنافسة مهما كان مصدرها⁴.

و في ضل صعوبة وضع تعريف جامع بالنظر لإختلاف طبيعة كل سوق دأب جانب من الفقه على وصف الموانع كما يلي « موانع الدخول تشمل كل حاجز يجعل من الصعب على الشركات الجديدة أو التاجر دخول السوق سواء كانت هذه الموانع قانونية أو إقتصادية راجعة إلى فعل الشركة المحتكرة أو المسيطرة على السوق أو راجعة إلى هيكل السوق ذاته عموماً »⁵، بمعنى أن كل ما يجعل التاجر يتكبد تكاليف تفوق تلك التي يتكبدها التاجر الموجودين بالسوق تعد عوائق

¹ نفس المرجع ص 59.

² عمر محمد حماد مرجع سابق ص 60.

³ محمد سلمان الغريب، مرجع سابق ص 183.

⁴ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 60 - 61.

⁵ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 60.

للدخول، كما يعتبر كذلك عائقا كل شيء يجعل الدخول صعبا على التاجر الجديد مهما كان مصدر هذه العوائق.¹

و اقترح جانب من الفقه العربي تعريفا لموانع الدخول حيث عرفها بأنها « الحواجز و العوائق التي تضعها المنشأة ذات المركز المسيطر في السوق عن عمد، و ذلك لإقصاء المنافسين لها في السوق، أو منع دخول منافسين جدد لها من أجل الإنفراد بالسوق »²

و نعتقد أن هذا التعريف جاء معيبا لكونه أهمل دور الموانع التي يكون مصدرها القانون أو راجعة إلى ظروف السوق بالرغم من أهميتها و كثرتها بالمقارنة مع الموانع المفتعلة، و سنرى أن الهيئات المكلفة بالرقابة على المنافسة و كذا القضاء كليهما أدان التعسف و استغلال وضعية الهيمنة إذا كان المركز المسيطر يستند إلى موانع الدخول للحفاظ على مركزه و هذا مهما كان مصدر هذه الموانع سواء أكانت مفتعلة أو نتيجة لظروف السوق أو كان مصدره القانوني.

بعد أن تناولنا مفهوم موانع الدخول إلى السوق ضمن الفرع الأول، ندرس من خلال الفرع الموالي أنواع هذه الموانع.

الفرع الثاني:

أنواع موانع الدخول إلى السوق.

تتنوع موانع الدخول إلى السوق بحسب مصدرها فهناك موانع مصدرها القانون مثل حقوق الملكية الفكرية فتشكل نتيجة لذلك حاجز لدخول السوق المعني، كما نجد هناك موانع طبيعية في حالة إمتلاك مؤسسة أو مشروع ما لمادة أولية دون غيره من المشروعات، كذلك قد يلعب التطور التكنولوجي و القوة المالية للمؤسسة دورا بارزا في الحد من دخول السوق بالنسبة لباقي المتنافسين و هو ما يشكل مانعا إقتصاديا، إضافة إلى ما سبق هناك عوامل أخرى تساهم في عروف المستثمرين عن الدخول للسوق المعني مثل الإمتيازات الممنوحة للمتعامل الإقتصادي العمومي بناء على ما سبق سنتعرض إلى هذه الموانع تباعا.

أولا: الموانع القانونية:

تنقسم الموانع القانونية إلى فئتين، تضم الأولى الموانع التي تتطلب الحصول على تراخيص حكومية لممارسة نشاط معين في حين أن الفئة الثانية تتعلق بالسلع أو المنتجات المحمية بحق من حقوق الملكية الفكرية مثل براءة الإختراع.³

¹ محمد سلمان الغريب مرجع سابق ص 183 – 184.

² عمر محمد حماد مرجع سابق ص 60.

³ سماح منصور أبو المجد علي، حماية المستهلك في إطار سياسات المنافسة و منع الإحتكار. رسالة دكتوراه جامعة المنوفية كلية الحقوق جمهورية مصر سنة 2012 ص 86

بالنسبة للفئة الأولى فكل دولة نظامها الإقتصادي فكما كانت الدولة متفتحة على الآخر تركت الحرية للمؤسسات في ممارسة مختلف الأنشطة التجارية و الصناعية دون أن تتدخل بوضع قيود أو اشتراط تراخيص معينة، و على النقيض من ذلك كلما كانت الدولة متدخلة في النشاط الإقتصادي انعكس هذا الأمر على نشاط المؤسسات الناشطة في السوق، فيصبح ممارسة بعض الأنشطة التي تراها الدولة استراتيجية و حيوية خاضعة لتراخيص من الحكومة للولوج إلى هذا النشاط و قد يقتصر الترخيص على إقليم معين من الدولة كما قد يشمل كافة أنحاء البلد.¹

فعلى سبيل المثال في الجزائر تعتبر الحكومة بعض الأنشطة استراتيجية و لهذا منعت الخواص من القيام بهذه الأنشطة مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لنقل المسافرين عن طريق الطيران المدني (النقل الجوي) حيث تفضل الدولة الإستثمار لوحدها بممارسة هذا النشاط عن طريق شركات عمومية مثل الخطوط الجوية الجزائرية، كذلك الأمر بالنسبة للنقل البحري، نفس الشيء ينطبق على بعض الخدمات التي ضلت لفترة طويلة حكرا على مؤسسة عمومية واحدة هي إتصالات الجزائر هذه الأخيرة كانت لوحدها مهيمنة على قطاع الإتصالات حتى لقت بالمتعامل التاريخي في هذا المجال، فلقد قامت الحكومة بمنح ثلاث تراخيص لإستغلال خدمات الهاتف النقال لفائدة متعامين خواص هما أوراسكوم تيلكوم الجزائر (OTA) و الوطنية للإتصالات (المعروفة سابق بإسم نجمة و حاليا أوريدو) إضافة إلى شركة عمومية هي موبيليس و بهذا انتهى إحتكار إتصالات الجزائر، كذلك إستغلال الجيل الثالث المتعلق بخدمات الأنترنت عن طريق الهاتف النقال الذي ضلت الحكومة ترفض منح التراخيص لإستغلاله لعدة سنوات غير أن رضخت في الأخير و منحت التراخيص في الشهر ديسمبر 2013 للمتعاملين المذكورين أعلاه، كذلك الشأن بالنسبة لإستيراد الزيت و السكر الذي ضل محتكرا لفترة طويلة من طرف مجمع سفيتال و بدرجة أقل بكثير من قبل شركة عافية، إلا أن الحكومة قررت في سنة 2015 منح تراخيص لمتعاملين آخرين لإستيراد الزيت و السكر واضعة حد لإحتكار دام أكثر من 15 سنة.

أما بالنسبة للفئة الثانية فحيازة مؤسسة ما لحق من حقوق الملكية الفكرية سواء الصناعية أو الأدبية و الفنية شكل هو الآخر حاجز في وجه أي منافس آخر للدخول إلى السوق المعني لأنه من عادة الدول حماية براءات الإختراع و باقي حقوق الملكية الصناعية و الأدبية بواسطة تشريعات رادعة قد تصل إلى غرامات و تعويضات مالية كبيرة و هذا ما يؤدي إلى إنشاء أو تدعيم المركز المسيطر و نفور

¹ الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الإحتكارية بين الضمانات التقليدية و الضمانات المتخصصة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2013 ص 45.

باقي المنافسين من السوق المعني خشية إنتهاك هذه الحقوق (الملكية الصناعية أو الأدبية).

و من الأمثلة على أهمية هذه الحقوق، كمانع على دخول السوق المعني نذكر قضية HILTI التي تتعلق بحيازة هذه الأخيرة لبراءة إختراع، نجد أن المحكمة الأوربية بعد أن أشارت إلى حصول شركة HILTI على حصة تتراوح بين 70% إلى 80%، أضافت إليها عوامل أخرى ساهمت إلى حد كبير في تمتع الشركة بوضعية و الحفاظ عليها منها حصول الشركة على براءات الإختراع في سوق المسامير و الأدوات المصنعة بإعتبارها كانت حائزة على براءة إختراع لشرائط المسامير، هذا الأمر جعل من الصعب على أي من الشركات الأخرى إنتاج مثل هذه الشرائط دون إنتهاك حقوق شركة HILTI¹.

غير أن حق الملكية الفكرية لم يمنع محكمة العدل الأوربية في إعتباره تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة و هذا في ظروف استثنائية معينة²، و كان هذا بمناسبة النظر في قضية³ MAGILL و تتخلص وقائع هذه القضية في إشكالية مدى حق الدخول إلى ثمرة حق المؤلف من قبل منافسين، و هذه الثمرة هي عبارة عن معلومات موجودة في لائحة البرامج الثلاث التابعة لمحطات تلفزيونية BBC et ITB, RTE ، و قد إقترح MAGILL تقديم دليل برامج يضم معلومات متعلقة بالبرامج الخاصة بالقنوات الثلاث، و أن الوحيدة التي كانت تنشر هذا الدليل هي الجرائد اليومية، في حين إكتفت كل محطة بنشر دليل مصغر أسبوعيا لا يتضمن سوى معلومات حول البرامج المتعلقة بالمحطة فقط.

و لوحظ أنه من المستحيل على MAGILL تقديم دليل البرامج الذي ينوي طرحه في السوق بدون الرجوع إلى المعلومات (ثمرة حقوق المؤلف) التي تحوزها المحطات المذكورة، و ظهر جليا أن الطابع الضروري للرجوع إلى ثمرة المؤلف قد توافر بطريقة لا تقبل الشك، حيث أن ممارسة حق من حقوق الملكية الفكرية و التي من ضمنها حق المؤلف، يمكن أن يتيح المجال إلى ملاحظة إساءة في إستغلال وضعية الهيمنة و ذلك في ضل ظروف استثنائية.

و قد لاحظت المحكمة توفر ثلاث ظروف دفعتها إلى الحكم بأن المحطات الثلاث قد خالفت المادة 82 من الإتفاقية و ذلك عندما رفضت رجوع MAGILL إلى المعلومات الخاصة ببرامجها و تتمثل هذه الظروف في:

¹ TPI, 12 Décembre 1991 HILTI AG/COMMISSION, T30/89.

² « La cour de justice a précisé dans quelles circonstances exceptionnelles le refus de donner accès a un droit de propriété intellectuelle est susceptible de constituer un abus de position dominante » Mémento pratique, Français LEFEBVRE, op cit p 489 N 21665.

³ CJCE 6-4-1995. AFF 241/91 et 242. RTE et ITP-RJDA 8-9/95 N 1072.

- أن الرفض سيمنع من ظهور منتج جديد و الذي يوجد له طلب محتمل من جانب المستهلكين.
- أن الرفض لم يكن مبررا.
- و أخيرا فإن المحطات الثلاث حجزت لنفسها سوقا مشتقا من السوق الأصلي هذا السوق المشتق من الدليل الأسبوعي للبرامج و التي تنشر عادة برامج التلفزيون. مما أدى إلى إستبعاد المنافسة في هذه السوق (و قد اشترطت المحكمة أن يكون هذا الإستبعاد فعليا و أن تكون هذه السوق المشتقة محددة لطريقة جيدة).¹
- و يرى جانب من الفقه بحق أن النصوص القانونية هي الأكثر ضررا و أثرا من غيرها من العوائق الأخرى لدخول السوق و هذا لكونها تقيد التجارة و تضر بالعملاء²، حيث تجبرهم في بعض الأحيان على قبول سلع أو خدمات قد تكون أقل جودة من غيرها تعذر على أصحابها الدخول بسبب القوانين و التراخيص الحكومية اللازمة لمزاولة النشاط المعني.

ثانيا: الموانع الإقتصادية

سبق القول في تعريف الموانع لدخول السوق أنها قد تكون تكاليف إضافية يتحملها المستثمر الجديد لدخول السوق المعني، و أن هذه التكاليف تشكل حاجزا أمام تحقيق هدفه، فكلما كان الولوج إلى السوق مكلفا كلما أدى إلى نفور المنافسين، كذلك الوفرة المالية التي تحوزها المؤسسة قد تشكل حاجزا أمام الغير، فالشركة القوية ماليا بإمكانها مقاومة حرب الأسعار التي من المحتمل أن يشنها داخلون جدد للسوق قصد الظفر بحصص في السوق المعني، ففي قضية ASTRA ZENECA، أشارت اللجنة الأوروبية للمنافسة بمناسبة فحصها توافر وضعية الهيمنة من عدمها في حق شركة صناعة الأدوية إلى الأهمية التي من الممكن أن تلعبها القوة المالية لأي متعامل لحيازة وضعية الهيمنة، و في هذا السياق اعتبرت أن شركة ASTRA ZENECA تتمتع بإمكانيات مالية كبيرة بالمقارنة مع منافسيها في سوق الدواء خاصة المصنوع من مادة (ABASE) OMERPRAZOLE، إضافة إلى كون صناعته تتطلب الأموال لاسيما للدعاية و التسويق مما يشكل عائقا أمام المنافسين الراغبين الإستثمار في هذا المجال³ كما يلعب الإندماج العمودي (الرأسى) L'intégration verticale دورا كبيرا في وضع العقبات أمام المنافسين لدخول السوق، ففي دعوى

¹ أشار إلى حيثيات هذا الحكم بالتفصيل سامي عبد الباقي إساءة استغلال المركز المسيطر ... مرجع سابق 100-99 بند 46.

² عمر محمد حماد مرجع سابق ص 63.

³ CISION de la commission du 15 juin 2005, ASTARA ZENECA.éd

¹ UNITED.BRANDS حددت المحكمة عددا من العوائق لدخول سوق الموز و التي تمثلت في عوامل هامة تتمتع بها شركة (يوناييتد براندرز) للإحتفاظ بوضعها المسيطر و سياستها الإحتكارية، و أول هذه العوامل حسب ما جاء في حكم المحكمة الأوروبية:

هو تكامل الشركة و سيطرتها على مراحل الإنتاج من بداية الأبحاث حتى مراحل النضج و التوزيع لتجارة التجزئة، و سبق للمفوضية الأوروبية أن لاحظت أنه من الصعب و المكلف على أي شركة دخول السوق و تكرار هذه العوامل لكي تدخل إلى السوق على نطاق واسع مثل شركة (يوناييتد براندرز).

أما العائق الثاني هو الخبرة المكتسبة لدى الشركة و سيكون من الصعب لأي منافس آخر تكرار ما تقوم به الشركة من خدمات عمليات النضج و التوزيع و كذا كيف تتم ؟

في حين أن العائق الثالث تمثل في التمييز بين المنتجات في حملات الدعاية خاصة الدعاية الكبيرة التي قامت بها الشركة لعلامة (تشيكيتا)، فقد أثر ذلك إيجابيا على هذا المنتج بالذات، ما أدى إلى تفضيله على غيره من الموز الذي يعرضه المنافسون الآخرون، و هذا كان سيجعل الأمر مكلفا للغاية بالنسبة لهم إن أرادوا إستمالت العملاء إلى منتجهم كونه يتطلب استثمارات مكلفة للغاية من أجل تعزيز ماركاتهم (علاماتهم) للتنافس مع العلامة (تشيكيتا).²

و تلعب شهرة العلامة التجارية دورا كبيرا في تدعيم وضعية الهيمنة الإقتصادية³، فشهرة العلامة لدى العملاء تشكل حاجزا أمام المنافسين لدخول السوق و التوسع فيه كالجوء المؤسسة إلى إجراء الدعاية المركزة للسلعة التي تقوم ببيعها، لترسخ سمعة حسنة أو صفة مميزة لدى العملاء على الرغم من أنه ليس ثمة فوارق حقيقية بينها و بين السلع الأخرى، ففي قضية شركة INTEL ، رأت اللجنة الأوروبية أن هذه الشركة تستثمر خمس أضعاف (05) ما يستثمره أقرب منافس لها في السوق شركة AMD في مجال الدعاية و الإشهار، و بفضل هذه الإستثمارات القوية تمكنت INTEL من تكوين صورة لعلامة مميزة و قوية، مما يدفع إلى الإعتقاد أن منفذ التعليمات المبرمجة PPOCESSEUR المنتج من قبل INTEL يعتبر عنصر لا بديلعنه من قبل مصنعي أجهزة الكمبيوتر⁴، فنلاحظ من خلال هذه القضية أن شركة INTEL أحدثت فوارقات في السلعة في نظر العملاء من خلال الدعاية الكبيرة.

¹ CJUE.C 27/76. United Brands campan et United Brands continental. BV Contre 1 commission.

² أشار إلى هذه القضية بالتفصيل وليد عزت السوقي مرجع سابق ص 90.

³ محمد سلمان الغريب مرجع سابق ص 184.

⁴ DÉCISION de la commission du 13 Mai 2009, INTEL.

إضافة إلى الموانع الإقتصادية السابقة، فقد تشكل وفرة الإنتاج و استخدام التكنولوجيا الفائقة مانعا للدخول إلى السوق المعني، حيث قضت المحكمة العليا بالوم أفي قضية (ميكروسفت MICROSOFT) بمعاقبة هذه الأخيرة لأنها انتهكت قانون مكافحة الإحتكار عندما ربطت البراوز الباهضة الثمن بنظام الويندوز، و استندت المحكمة في حكمها إلى أن منافسي شركة ميكروسفت كان سيتوفر لديهم وقت أيسر للمنافسة و إكتساب سهم في السوق، و لن تكون هناك قضية مكافحة الإحتكارية إذا اكتفت ميكروسفت بربط البراوز ذات التقنية و الجودة العالية بنظام التشغيل الويندوز للعملاء فقط، و اعتبرت المحكمة أن المانع الحقيقي للدخول أمام المنافسين ليس في ربط البراوز بنظام التشغيل في حد ذاته، و لكن المانع أن العملاء قد حصلوا على البراوز عالي الجودة بدون أجر، لذلك رأت المحكمة أنه تم التأكيد على رفاهية العميل مع إستبعاد المنافسين لميكروسفت أي أنها تمت على حساب مصلحة هؤلاء المنافسين و أضرت بهم.¹

علاوة على ما سبق نجد أن إرتباط العملاء بعلامة معينة يجعل الأمر صعبا على أي منافس أخر جديد يريد دخول السوق لكون الأمر يتطلب نفقات إضافية قد تكون تكاليف باهضة لإقناع المستهلكين و حتى بائعي التجزئة بتغيير العلامة التي تعودوا على التعامل مع منتجاتها، و هذه النفقات الخاصة بالدعاية و الإشهار هي نفقات غير قابلة للإسترجاع.²

ففي قضية تتعلق بمشروع الإندماج بين كل من شركة كوكا كولا مع أورانجينا coca cola et Oranginal أكدت اللجنة الأوروبية « أن سمعة العلامة تلعب دورا أساسيا في زيادة المبيعات في مجال المشروبات الغازية بدون كحول (sans alcool)، و أن شركات مثل كوكا كولا و بيبسي نجحت في اجتذاب عملاءها بفضل استثمارات ضخمة مكنتها من الحفاظ على السمعة الطيبة لعلامتها، فدخول علامة جديدة يتطلب بسبب ذلك نفقات مرتفعة للدعاية و الترويج لإقناع العملاء المخلصين (fidèles) للتنازل عن علامات المشروبات الغازية بدون كحول التي تعودوا عليها، إضافة إلى وفاء العملاء إلى العلامات المعروفة، فالممون الجديد سيتلقى صعوبات كبيرة لإقناع تجار التجزئة بتغيير الممون و هذا ما يشكل عائق إضافي للدخول إلى السوق المعترف قانونا، فهذه النفقات الإضافية

¹ Dominik Armentano « Barriers to entry » posted on Wednesday , September 1

2000 ; 20 أشار إليه عمر محمد حماد مرجع سابق ص 63.

² « lorsque la marque permet de fidéliser la clientèle, le nouvel entrant doit faire un investissement commercial non recuperable considerable pour detourner le consommateur de cette marque c.MONGOUACHON, OP , CIT P 145 N 216.

للإشهار و الترويج هي نفقات ضائعة، و تزيد بصفة معتبرة من مخاطر الدخول إلى هذا السوق¹ .

و يفسر البعض إرتباط العملاء بعلامة أو منتج معين من الناحية الإقتصادية إلى أن المستهلك مرتبط ببعض المنتوجات التي تتوفر لديه معلومات حولها و يعرف خصائصها و مميزاتها، و أن تغيير هذه العادة يسبب لدى المستهلك نفورا فتغيير المنتج بالنسبة للمستهلك يفترض تكاليف إضافية، تسمى تكاليف التحويل، فالفرق بين المنتج القديم المعروف و الجديد المجهول بالنسبة إليه تساهم في وضع حاجز أمام المنافسين الجدد².

ثالثا: الموانع الطبيعية

يعتبر امتلاك مشروع واحد لمصادر المادة الأولية اللازمة لتصنيع السلعة محل السيطرة وسيلة فعالة في يد هذا المشروع لمنع دخول أي منافس جديد و الذي لن يتمكن من الحصول على المادة الأولية من مصدر آخر، وحتى لو نجح المنافسون في الحصول على هذه المواد من مصدر آخر، فلن تكون لديهم المقدرة على الدخول إلى السوق المعني لأن الأسعار التي يبيع بها المشروع المهيم طبيعيا لن تمكنهم من تحقيق الأرباح المرجوة، أو في أسوء الحالات عدم تحقيق أرباح. و من الأمثلة على المواد الأولية حيازة مؤسسة ما لمادة القطن و التي و التي تعتبر ضرورية في صناعة النسيج و الألبسة، أو احتكار مادة السكر المطلوبة في صناعة الحلويات بمختلف أنواعها.

فلو فرضنا المشروع المحتكر لمادة القطن يمتلك هو الآخر مصانع لصناعة النسيج و الملابس، فبالنسبة لهالبيع بأي ثمن لهذه السلع سيحقق له فائدة في حين أن المنافسين الآخرين و المجبرين على التعامل معه عليهم إما الرضوخ لطلباته من ناحية الأسعار التي قد يكون مبالغ فيها أو الخروج من السوق خاصة إذا كان المحتكر هو الأقرب إليهم جغرافيا لأن سعر القطن سيتم إحتسابه (إضافته) في قيمة السلعة بعد تحويلها فإذا كان هذا الثمن مبالغ فيه فسينعكس على الثمن النهائي للبيع، أما المحتكر فثمن السلعة بالنسبة إليه لا يحتسب ضمنه قيمة القطن لكونه المالك له، و عليه سيبيع بأقل من المنافسين له ما سيكبد هؤلاء لا محالة خسارة كبيرة لكونالمستهلكين يميلون إلى الأسعار المنخفضة في غالب الأحيان، فيعد هذا

COMMISSION européenne décision du 11 septembre 1997 N 98/327/ CE. ¹

« Lorsque le consommateur est attaché à un certain produit sur le quel il ² dispose d'information et dont il connaît les caractéristiques et les qualité, modifier cette habitude lui procure de désutilité, en effet changer de produits suppose pour le consommateur la différenciation entre les produits d'une entreprise connue et ceux de ses concurrents joue donc un rôle de barrières à l'entrée » c.mongouachon OP. CIT P 145 N 216.

التحكم في المادة الأولية بمثابة حاجز يمنع المنافسين للمشروع من المخاطرة بأموالهم في هذا السوق. كما تعتبر من الموانع الطبيعية تلك المرتبطة بتكاليف النقل و الرسوم الجمركية، وليبيان ذلك نفترض وجود مشروع ما ينشط في سوق معين و يتمتع بمركز مسيطر طبيعي في إنتاج سلعة ما، و في نفس الوقت يوجد بديل لهذه السلعة في سوق آخر، ففي هذه الحالة أيضا لن يتمكن المشروع الراغب في منافسة المشروع المهيم من دخول السوق المعتبرة قانونا، بفعل التكاليف المرتفعة لنقل السلعة و بفعل الرسوم الجمركية التي على المشروع دفعها، و إذا نجح هذا المشروع في الدخول فإن سيجد نفسه مضطرا إلى البيع بسعر أعلى عن السعر الذي يبيع به المشروع المتمتع بوضعية الهيمنة (الطبيعية) و ذلك لتغطية تكاليف النقل و الرسوم الجمركية.¹

رابعاً: الإمتيازات المرتبطة بصفة المتعامل العمومي

تلعب الإمتيازات المرتبطة بصفة المتعامل العمومي دورا كبيرا في جذب العملاء فالكل يميل إلى هؤلاء المتعاملين في مجال من المجالات، و سنرى أن تدخل الدولة عن طريق المتعاملين العموميين الذين يكونون في الغالب شركة أو مؤسسة ذات رأس مال مصدره المال العام، في بعض الأنشطة التي يعمل فيها الخواص، قد يساهم بصفة أساسية في نفور العملاء و تفضيلهم للمتعامل العمومي على حساب المتعامل الخاص، هذا الأمر أصبح يشكل حاجزا أمام المنافسين للمتعامل العمومي و ذلك بالنظر إلى السمعة الحسنة التي اكتسبها و كذا الخبرة الطويلة المكتسبة في كثير من الأحيان، إضافة إلى حيازة المتعامل العمومي على أفضلية الحصول على المعلومات مقارنة مع غيره من المنافسين له في السوق المعني، بناءا على ما سبق نتناول فيما يلي السمعة الحسنة للخدمة العمومية، ثم أولوية حصول المتعامل العمومي على المعلومات بصفتها امتيازات مرتبطة بصفة المتعامل العمومي.

أ: السمعة الحسنة للخدمة العمومية:

يتمتع المتعامل العمومي بسمعة طيبة لدى العملاء عند قيامه بالأنشطة التجارية، و هذا لإرتباطه أساسا بسمعة الخدمة العمومية، بالرغم من النقائص التي تشوب عمله في بعض الأحيان، حيث أن مجلس المنافسة الفرنسي اعتبر في رأي حول عمل مصلحة البريد أن « العملاء يعيرون عليه ثقل سيرها (البيروقراطية)، غياب

¹ عمر محمد حماد، مرجع سابق ص 64.

الحسي التجاري لدى الموظفين ، و نقص السرية في محلاتها، طوابير الإنتظار على مستوى الشباييك ¹ »

و لكن بالرغم من ذلك إلا أن المستهلكين النهائيين ينظرون إلى الطابع العمومي(المتعامل) على أنه عامل مطمئن، إضافة إلى إعتبرات تتعلق بالجدية، الثقة، و الأمان. ²

و يلاحظ أن هذا الإمتياز يجد مصدره على وجه الخصوص في القطاعات التي كانت تاريخيا خاضعة للإحتكار و هي حاليا طور التحرير و السماح للقطاع الخاص بالولوج إلى هذه القطاعات، فعلى سبيل المثال خلال فترة التسعينات و كذا بداية الألفية أقدمت الدولة الجزائرية على منح الإعتماد للخوائص للقيام بخدمة النقل الحضري على مستوى المدن الكبرى و دام هذا الوضع لعدة سنوات و عرف تراجع كبير للمتعاملين العموميين في هذا المجال، إلا أنه و مع الفوضى التي أحدثتها الخوائص لاسيما عدم إحترام التوقيت للإقلاع و كذا ملاً الحافلات عن آخرها و عدم احترام الزبائن (المسافرين)، و نظرا لشكاوى مستعملي هذه الحافلات اضطرت الدولة للتدخل و ذلك بإعادة المتعامل العمومي للقيام بخدمة النقل الحضري على مستوى المدن الكبرى هذا الأمر لقي استحسانا كبيرا لدى المواطنين و هناك إتجاه إلى إلغاء عمل الخوائص بخطوط النقل الحضرية.

و تلعب هذه الميزة أيضا دورا أساسيا لصالح الأنشطة المشتقة من النشاط الرئيسي الذي يقوم به المتعامل العمومي، ففي قرار صادر عن مجلس المنافسة الفرنسي بخصوص موقفه حول مدى مشروعية الدعم الذي تقدمه كل من GDF-EDF (كهرباء فرنسا و غاز فرنسا) لفائدة شركة CITELUM الفرع التابع لها في السوق الإنارة العمومية éclairage public ، و قد أجاب مجلس المنافسة بمجموعة من الأدلة النوعية (Qualitatifs) « أن الشهرة و الكفاءة التقنية التي تحوزها شركة EDF و إنتشار شبكتها الكهربائية من خلال مختلف المراكز التابعة لها، تشكل إمتيازات مرتبطة مباشرة بمهمة الخدمة العمومية لهذه الشركة EDF، و يذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى أبعد من ذلك حين اعتبر الإتفاقية المعنية تم التفاوض حولها و أنها ابرمت من قبل مراكز تابعة لكل من شركة EDF و GDF و أن هذه

¹ « Les clients lui reproche sa lourdeur de fonctionnement (bureaucratique) le manque de sens commercial de son personnel, le manque de confidentialités des locaux, les files d'attentes aux guichets » le conseil de concurrence français, avis 96-A-10.

² « Pour les consommateur finaux le caractère public peut être perçu comme un élément rassurant associé a des appréciations de sérieux de fiabilité ou sécurité » cons conçu , rapport annuel pour 2003, les monopoles public dans le jeu concurrentiel, la documentation français 2004 P82 cité par C.MONGOUACHON, OP . cit P143 N 214.

الأخيرة و بحكم شبه الإحتكار الذي تتمتعان به مثل شركة EDF التي تسيطر على توزيع الكهرباء و تضمن تسييره على المستوى المحلي، فهي على علاقة مستمرة و تفضيلية مع البلديات، و يرى المجلس المنافسة كذلك أن هذه المراكز (مثل CITELUM) تستفيد من شهرة و سمعة EDF في مجال توزيع الكهرباء، و أن هذه الميزات التي تتمتع بها هذه الأخيرة من شأنها أن تؤثر على إختيار البلديات لخدمات هذه المراكز و لاسيما البلديات المتوسطة و الصغيرة.¹ واستقر مجلس المنافسة الفرنسي على نفس الرأي بمناسبة استشارة أدلاها تتعلق بشروط تدخل المركز الوطني لصناعة السينما و الصورة المتحركة

Centre national de la cinématographie et de l'image animée (CNC).

و هذا في سوق تمويل السينما الرقمية من خلال إنشاء صندوق تشاركي (تعاوني)، و لاحظ المجلس أن المؤسسة العمومية الإدارية « تلعب دورا أساسيا في السوق في إطار مهامها المتعلقة بالمصلحة العامة » و خلص إلى أن علامة CNC ستفيد و لو ضمنا الصندوق التشاركي و ستمنحه إمتياز غير محسوس Immatériel و نفسي psychologique يمكن أن يكون حاسم في المنافسة المتعلقة بسوق تمويل السينما بالأجهزة الرقمية.²

كما أن إرتباط صفة المتعامل العمومي مع شبكة توزيع فعالة من شأنه أن يضع حاجزا أمام المنافسين للدخول إلى السوق المعني، و قد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في قرار صادر عنه أن فرنسا للإتصالات France TELECOM جعلت الدخول إلى سوق دليل الهاتف ANNUAIRE TELEPHONIQUE صعبا على باقي المتنافسين و هذا راجع لشهرة علامات Pages jaunes et pages blanche المرتبطة بصورة المتعامل العمومي.³

بعد أن رأينا الإمتياز الأول المرتبط بصفة المتعامل العمومي، نخرج على الإمتياز الثاني المتمثل في أولوية الحصول على المعلومات ضمن ثانيا.

ب: أولوية الحصول على المعلومات

من بين الدلائل الإضافية على وجود وضعية الهيمنة أو الإحتكار الأولوية في الحصول على المعلومات و لقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي⁴ « قائمة المشتركين

¹ CONS.CONC décision N00-D-47 DU NOV 2000 Relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale citelum sur le marché de l'éclairage électrique.

² Aut cons, AVIS. N 10-A-02 du 1^{er} février 2010 Relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma.

³ CONS.CONC, Décision N°02, D41 du 26 juin 2002 Relative au respect d'une injonction prononcé à l'encostre de la société frace télécom.

⁴ CONS-CONC, AVIS N00-A-03 du 22 Février 2000 relatif à l'acquisition de la société clemessy par les groupes EDF. COGEMA et siemens.

في الخدمة العمومية للكهرباء المنشأة و المسيرة من قبل EDF شركة كهرباء فرنسا بمناسبة قيامها بدورها كمحتكر طبيعي، و نظرا لطابعها الشامل و طبيعة المعلومات التقنية و المالية و التجارية التي تحويها، تمثل مصدر للمعلومات فهي ثمينة و في الوقت نفسه حصرية، و تمنح لشركة EDF خاصة في ظل الظروف الجديدة التي تشهد فتح السوق – إمتياز مهم على حساب منافسيها¹ و هذه الأفضلية في الولوج إلى المعلومات و الحصول عليها هي نتيجة طبيعية للجمع بين وظائف تنظيمية و تنافسية و هذا منح امتياز للعديد من المتعاملين العموميين عند دخولهم السوق.

و يعد هذا شائعا في أوروبا فالعديد من المتعاملين العموميين يقومون إضافة لنشاطاتهم الاقتصادية بوظيفة أخرى تشمل ضبط السوق، فنجد العديد من المؤسسات التي تسوق منتجات وخدمات تقوم أيضا بمهام تتعلق بالتنظيم والتعريف بمختلف المواصفات التقنية لهذه السلع والمنتجات على هذا السوق، مثل ما هو عليه الحال في الجزائر بالنسبة لشركة نافتال NAFTAL وهي مؤسسة عمومية (متعامل عمومي) تؤدي خدمة عمومية تتمثل في إنتاج و تسويق جميع أنواع الوقود (ممتاز – عادي – بدون رصاص – مازوت – سيرغاز زيوت المركبات ... الخ) فهي تقوم في نفس الوقت بالإنتاج و التوزيع وكذا التسويق لمصلحتها ، كما تقوم بالتسويق والبيع والتمويل في نفس الوقت لأصحاب محطات الخدمات الخواص، بحسب الشروط التي تفرضها هي عليهم لاسيما من حيث المعايير التقنية و الكميات الموزعة، أما الأسعار فتحدد من خلال قانون المالية ، علاوة كما سبق لشركة نافتال باعتبارها متعامل عمومي منحت لها الأولوية لفتح محطات الخدمات في الطرق الجديدة لا سيما الطريق السيار شرق غرب فهي تسوق الوقود بجميع أنواعه إضافة إلى خدمات أخرى تتمثل خصوصا في كراء محلات تجارية موجودة على مستوى محطات الخدمات.

وقد لاحظت المفوضية الأوروبية بخصوص مؤسسات الخدمات البريدية أن « هذا النشاط تنظيمي وفي نفس الوقت تجاري ،... وأن هناك هيئات تحدد أو على الأقل تأثر جوهريا في الخدمات المقدمة من قبل منافسيها » ويرى جانب من الفقه

¹ « EDF est actuellement seul détenteur d'une information globale à la fois nominative et statistique portant sur l'ensemble des consommateurs français d'électricité, éligible ce qui lui procure un avantage substantiel pour l'efficacité de sa prospection commerciale, qu'en particulier EDF dispose par ce fichier, de la connaissance des entreprises proches de l'éligibilité en raison soit de l'augmentation de la consommation d'électricité, soit de l'abaissement du seuil d'éligibilité, tandis que les autres fournisseurs d'électricité n'en disposent qu'à la publication par les autorités compétentes des listes des clients ayant accédé au marché concurrentiel » Recueil Lamy N 816 P 13 Cité par .c. Monguachon P 146 N 219 .

الفرنسي أن هذا راجع إلى أن المتعامل العمومي له الحرية لتحديد المعايير التقنية التي تجعله في مركز أفضل بالمقارنة مع منافسية¹.
ففي رأيه بخصوص المعلومات الملاحية التي توفرها مؤسسة SHOM رأى مجلس المنافسة الفرنسي أن خدمات طبوغرافية البحار HYDROGRAPHIE وعلم المحيطات

OCEANO GRAPHIE التي توفرها البحرية عن الطريق مؤسسة SHOM تعتبر خدمة عمومية فهي تشمل جمع، دراسة ونشر أو مراقبة نشر المعلومات الملاحية والتي تعد مهمة النشاط التجاري الخاص بطباعة المؤلفات التي تتناول موضوع الملاحة البحرية، فالترخيص لإعادة نشر المعلومات الملاحية تمنح من قبل مؤسسة SHOM مقابل رسوم تدفع من قبل الناشرين الخواص وهي تستند في ذلك إلى عدد البطاقات الموزعة حسب كل المنطقة، وكشف المنافس الرئيسي لمؤسسة SHOM أن هذا الالتزام (ونقصد دفع الرسم حسب عدد البطاقات الموزعة في كل منطقة) يمكن المؤسسة المذكورة من معرفة بدقه المناطق التي تعرف تطو (نمو) و بالتالي استخلاص كل الظروف الضرورية لإعادة تكييف البطاقات الخاصة به² إذن حيازه مؤسسة SHOM للمعلومات الخاصة بعدد البطاقات في كل منطقة يعتبر امتياز لهذه المؤسسة بالمقارنة مع باقي المنافسين لها في السوق المعني، وهذا بالنظر لصفقتها كمتعامل عمومي (مؤسسة تابعة للبحرية) ينفذ خدمة عمومية لصالح المهتمين بالملاحة البحرية.

بعد أن رأينا الأنواع المختلفة لموانع الدخول إلى السوق نتعرض ضمن الفرع الموالي إلى الوظيفة الاقتصادية لهذه الموانع.

الفرع الثالث:

الوظيفة الاقتصادية لموانع الدخول إلى السوق

لا شك في أن أي مشروع يهدف من وراء وضع الحواجز والعقبات أمام المنافسة له في السوق إلى تحقيق مجموعة من الأهداف وهذه الأخيرة هي في الحقيقة اقتصادية بالدرجة الأولى، فنجد أن للموانع وظائف اقتصادية محددة تتمثل على وجه التحديد في: تدعيم وضعية الهيمنة للمؤسسة إضافة إلى خلق تبعية اقتصادية، وسندرس كلتا الوظيفتين ضمن النقاط الموالية.

¹ C-MONGOUACHON, OP –CIT P 147 N 219.

² CONS-CONC. AVIS N 97-A-10 Du 25 Février 1997 Relatif à une demande d'avis présentée par le groupement des éditions et de la presse nautique portant sur des questions de concurrence du service hydrographie et océanographique.

أولاً: تدعيم وضعية الهيمنة الاقتصادية للمؤسسة

تتطلب بعض الصناعات تكاليف باهضة لهذا لا يكون بإمكان إلا المنشآت الكبيرة العمل و الاحتراف في هذه الصناعات ، وتحت هذه الظروف تمنع اقتصاديات الحجم الكبير المنشأة الأصغر حجماً من الدخول إلى السوق ، وتكوين سمعة لها ومن المنافسة بفعالية مع المنشأة الكبيرة¹، مثل ما هو عليه الحال في سوق السيارات فالشركات الكبيرة هي نفسها المسيطرة منذ أكثر من نصف قرن وحتى الشركات التي تفلس وتباع تشتريها شركة أخرى كبيرة ناشطة في سوق صناعة السيارات و خير مثال عندما قامت شركة فولسفاغن الألمانية بشراء شركة الإسبانية لصناعة السيارات تدعى SEAT مع احتفاظ هذه الأخيرة بنفس العلامة SEAT.

إضافة إلى أن تحكم شركة معينة في مورد رئيسي للدخول إلى صناعة معينة فذلك يحد من دخول منافسين جدد و يدعم بالتالي المركز المسيطر للمشروع المتحكم في هذا المورد الطبيعي، فعلى سبيل شركة الماس في جنوب إفريقيا و المسماة DE BEER COMPANY فهذه الأخيرة تمتلك غالباً حق التحكم في مناجم الماس في الكثير من دول العالم، فإمكانها أن تمنع أية منشأة من دخول صناعة إنتاج الماس، كذلك مقدرتها على رفع أسعار الماس في العالم لا يحدها سوى توافر أنواع أخرى من الجواهر أو الدرر البديلة.²

ثانياً: التبعية الاقتصادية

قد تؤدي موانع دخول السوق إلى إنشاء تبعية اقتصادية، وتفترض التبعية الاقتصادية وجود مؤسسة أو عدد من المؤسسات تتمتع بثقل تجاري و مالي كبير في السوق ما و تسيطر على مؤسسة ما لدرجة أن هذه الأخيرة لا يكون أمامها إلا رفض التعاقد بالشروط المفروضة عليها من قبل هذه المؤسسة أو تلك المؤسسات.³

جدير بالملاحظة أن وضعية التبعية قد تكون من جانب الموزع للمومن و التي تسمى عادة «بتبعية التموين» كما هو عليه الحال بالنسبة للمستهلكين في حالة خضوعهم أو تبعتهم لمؤسسة ما فإن هذا الأخير يتمتع بوضعية هيمنة و تنشأ هذه التبعية عندما ما لا يجد المستهلك أمامه من سبيل لطلب المنتج أو السلعة محل الهيمنة إما لإنعدام البديل لهذا المنتج أو تحكم المؤسسة المهيمنة في البنية الأساسية

1 عمر محمد حماد مرجع سابق ص 65.

2 نفس المرجع نفس الصفحة.

3 سامي عبد الباقي مرجع سابق ص 95.

اللازمة للإنتاج و عندئذ لا يكون أمام هذا المستهلك إلا الرجوع إلى المؤسسة المتحكمة في السوق المعنية لقضاء حاجاته من المنتج محل الهيمنة.¹ كما أن التبعية الاقتصادية لم تعد تقتصر على تبعية الموزع اتجاه الممون بل أيضا هناك تبعية الممون اتجاه الموزع و تكون هذه الحالة حينما تكون العلاقة التعاقدية مختلة لصالح الموزع، ذلك بالنظر لقوة الشراء التي يتمتع بها من خلال القدرات الواسعة التي تمكنه من التفاوض و فرض شروطه على الطرف الآخر و حدث هذا بفضل التمرکز في مجال التوزيع و ذلك بظهور مراكز الشراء الكبيرة CENTRALES d'achats فأصبح بإمكان هؤلاء ممارسة ضغوطات على المنتجين و كذا فرض الشروط عليهم.²

وقصد ضمان تحريك المنافسة في السوق الواقعة تحت هيمنة مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات تبنت المحاكم الأمريكية لأول مرة نظرية «التسهيلات الضرورية» فهذه النظرية يمكن أن تقود إلى إلزام المشروع المحتكر لهذه التسهيلات الضرورية إلى التعاون مع المشروعات التي تريد الدخول إلى السوق بدون تمييز بينها، و لا يهم إن كانت المؤسسة تابعة للقطاع العام أو مشروعا خاصا مكافا بإدارة مرفق عام.³

وذكر مجلس المنافسة الفرنسي خصائص التسهيلات الضرورية كما يلي:

- امتلاك مؤسسات الهيمنة التجهيزات الأساسية.
- استحالة امتلاك هذه التجهيزات أو التسهيلات من قبل المنافسين.
- الحاجة الماسة لإستعمال هذه التجهيزات من طرف المؤسسات المنافسة للمؤسسة المهيمنة التي تمتلك هذه التجهيزات بحيث تعتبر هذه الأخيرة شرط أساسي للممارسة نشاط إقتصادي تنافس به المؤسسة المهيمنة.
- أن تكون هناك إمكانية لإستعمال هذه التجهيزات من طرف المؤسسات المنافسة.⁴

و من الأمثلة نذكر:

امتلاك مشروع ما للقطن الخام، ففي هذه الحالة لا تستطيع مصانع إنتاج الخيوط أو إنتاج الأقمشة بدون الرجوع إلى هذا المشروع الحصول على المادة الخام و هو القطن.⁵

و نشير إلى أنه على الرغم من أهمية موانع الدخول إلى السوق في تكوين أو تدعيم وضعية الهيمنة إلا أنها غير كافية لوحدها للقول بقيام وضعية الهيمنة على خلاف

¹ محمد الشريف كتو: قانون المنافسة و الممارسات التجارية مرجع سابق ص 50.

² نفس المرجع.

³ سامي عبد الباقي إساءة إستغلال مرجع سابق ص 95.

⁴ جلال مسعد مرجع سابق ص 144-145.

⁵ سامي عبد الباقي إساءة إستغلال مرجع سابق ص 95.

الحصة في السوق – فلا نجد أبداً أي حكم قضائي أو قرار، أو رأي صادر عن هيئات المنافسة اكتفى فقط بوجود موانع الدخول للقول بتواجد مؤسسة ما في وضعية الهيمنة.

المبحث الثاني:

الوسائل المؤدية إلى إنشاء وضعية الهيمنة.

تختلف الوسائل التي تمكن مؤسسة ما من الوصول إلى وضعية الهيمنة الاقتصادية فإذا كان للكفاءة و التقدم التكنولوجي و القوة المالية للمؤسسة دور بارز في زيادة المؤسسة على نظيراتها المتواجدة بالسوق المعني، فإن هناك وسائل أخرى تساهم بشكل مباشر في إنشاء أو دعم و تقوية المركز المهيم للمؤسسة، و نجد أن من أهم هذه الوسائل التجميعات الاقتصادية هذه الأخيرة عرفت في الأونة الأخيرة توسعاً كبيراً في العديد من المجالات الاقتصادية بالنظر إلى الدفع و القوة الكبيرة التي تمنحها للمشروعات المشتركة في هذه التجميعات وصلت إلى حد الإحتكار في كثير من المجالات الأمر الذي دفع مختلف الدول إلى سن التشريعات الكفيلة بمراقبة هذه التجميعات و التدخل لمنعها عند الضرورة.

إضافة إلى الوسيلة الأولى نجد حقوق الملكية الفكرية و الصناعية كوسيلة ثانية لتبوء المؤسسة وضعية الهيمنة الاقتصادية فحيازة المؤسسة لبراءة إختراع على منتج معين لاسيما إذا كان الإختراع أكثر جودة و أقل تكلفة مما يملكه باقي المنافسين في السوق المعني، فعن طريق حقوق الملكية الفكرية و ما توفره من حماية ضد أي اعتداء ستتيج لصاحب هذا الحق الإستعانة بالقانون لرد كل اعتداء على حقوقه، فإحتكار استغلال حق من حقوق الملكية الفكرية أو الصناعية لمدة طويلة من شأنه خلق و تقوية المركز المهيم لمالك هذا الحق، و زيادة حصته في السوق المعني.

و على ضوء ما سبق نتناول ضمن المطلب الأول لتجميعات الاقتصادية، ثم حقوق الملكية الفكرية و الصناعية ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول:

التجميعات الاقتصادية.

يقوم النشاط الإقتصادي بين المؤسسات المختلفة على فكرة المنافسة المستمرة بهدف جذب أكبر عدد من العملاء، و تحقيق أكبر قدر ممكن من الحصة في السوق، و من ثم تحقيق معدلات كبيرة من الأرباح، و بالنظر إلى شدة المنافسة بين المؤسسات، إتجهت هذه الأخيرة إلى تكثف فيما بينها، من أجل تدعيم و تقوية

مراكزها التنافسية في السوق¹، و يرى البعض أن تجمع الشركات و تكتلها بأشكاله و صورته المختلفة و منها الإندماج (التجميع) أصبح سمة من سمات العصر الحديث فالمؤسسات الصغيرة و المتوسطة تجد نفسها مرغمة على قبول أحد أمرين إما التجمع مع شركة أو مجموعة من شركات، و إما الحكم على نفسها بالفناء نتيجة وجودها في ظروف منافسة غير متكافئة².
و لدراسة التجميعات الإقتصادية نعرض في فرع أول للأحكام العامة للتجميعات الإقتصادية، ثم الآثار غير التنافسية الناجمة عن التجميعات الإقتصادية.

الفرع الأول:

أحكام التجميعات الإقتصادية

نتعرض من خلال هذا الفرع إلى التعريف بالتجميعات الإقتصادية و كذا أنواعها إضافة إلى مختلف صورها و أشكالها.

أولاً: تعريف التجميعات الإقتصادية

تصدي المشرع الجزائري لتعريف التجميع من خلال المادة 15 من قانون المنافسة و التي تقابلها المادة L-430-1 من التقنين التجاري الفرنسي – كما يلي:
« يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

- 1- إندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.
- 2- حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة عن طريق أخذ أسهم رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى.
- 3- أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة³ .

و استعمل المشرع الأوربي مصطلح التركيز للدلالة على التجميع الذي استعمله المشرع الجزائري كترجمة لمصطلح اللغة الفرنسية CONCENTRATION و هناك من التشريعات العربية من يستعمل كلمة إندماج، و جاء في نص المادة الثالثة (03) من لائحة الإتحاد الأوربي رقم 139 لسنة 2004 الخاصة بالرقابة على التركيزات بين المشروعات (المؤسسات)، المعروفة بإسم التنظيم الأوربي

¹ أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 19.

² محمد صالح قائد الأرياني: اندماج الشركات كظاهرة مستحدثة – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي طبعة 2012 ص 17.

³ المادة 15 من الأمر 03 – 03.

للإندماجات إلى أن التركيز الإقتصادي يحدث « حين ينشأ تغير مستمر في السيطرة ناتج عن:

- أ- إندماج مؤسستين مستقلتين أو أكثر.
ب- الإستحواذ بواسطة شخص أو أكثر يسيطر بالفعل على مؤسسة واحدة على الأقل، أو من قبل مؤسسة واحدة أو أكثر سواء بشراء السندات المالية أو الأصول، سواء تم ذلك تعاقديا أو بأي طريقة أخرى، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة - على السيطرة جزئيا أو كليا على مشروع أو أكثر...¹ .

و نصت المادة الرابعة (04) من نفس اللائحة « و إنشاء مؤسسة مشتركة تقوم بصيغة مستمرة بجميع مهام مؤسسة إقتصادية مستقلة تشكل تجميع بالمعنى المذكور في الفقرة 01 النقطة ب ».²

كذلك بالنسبة للمشرع في الوم أ حيث اكتفت المادة السابعة من قانون كلايتون CLAYTON على حظر أي عملية إندماج أو إستحواذ إذا أدت أثارها إلى التقليل الجوهرى للمنافسة أو التهيئة لخلق حالة إحتكار و نصت المادة المذكورة على أنه « يحظر استحواذ شركة أو مؤسسة على كل أو بعض أسهم أو حصص أو موجودات شركة أو مؤسسة أخرى سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إذا كانت هذه السيطرة تؤدي إلى التقييد الجوهرى للمنافسة بين تلك الشركات أو المؤسسات أو في السوق بصفة عامة أو كان من مؤدى ذلك إحتمال تكوين إحتكار في مجال السلعة و في نطاق السوق الجغرافية » .

أهم ما يمكن ملاحظته على ما سبق أن كلا من المشرع الجزائري و كذا المشرع الأوربي و معهما نظيره في الوم أ لم يقدموا تعريف لعملية التجميع الإقتصادي (الإندماج) بل اكتفوا بوصف الحالات التي نكون أمامها في حالة تجميع إقتصادي، و هذا أمر منطقي لكون إعطاء التعريفات هي في الأساس مهمة الفقه لا التشريع، و قد وضع الفقه عدة تعاريف للتجميعات الإقتصادية، حيث عرفه البعض «

¹ Article 03-01 « 1- Une concentration est réputée réalisée l'orsqu' un changement durable du contrôle résulte :

A- De la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou

B- De l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participation au capital ou a chat d'élément d'actifs, contrat ou tout autre moyen ».

Article 04 « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1- point B ».

التركز ظاهرة إقتصادية تتسم بنمو حجم المشروعات من جهة و بإنخفاض عدد المشروعات التي تعمل في السوق من جهة أخرى»¹ كما عرفه آخرون « بأنه عقد بين شركتين قائمتين أو أكثر يتم بمقتضاه إما ضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى، فتنقضي الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، و تنتقل جميع حقوقها و إلتزاماتها إلى الشركة الدامجة التي تظل قائمة، أو أن يتم مزج شركتين أو أكثر، فتنقضي الشخصية المعنوية لجميع الشركات الداخلة في الإندماج و تنتقل جميع حقوقها و إلتزاماتها إلى شركة جديدة تؤسس بأموال الشركات المنقضية مع استمرار المشروع الإقتصادي للشركة أو الشركات التي إنقضت»²، في حين عرفه آخرون « التركيز الإقتصادي ينشأ بأي وسيلة تؤدي إلى إمتلاك السيطرة التي تخول صاحبها نفوذا حاسما على مشروع ما أو عدة مشروعات سواء تم ذلك بطريقة الإندماج أو الإستحواذ أو إقامة المشروعات المشتركة»³

1- أنواع التجميعات الإقتصادية:

وضع الفقه ثلاث تصنيفات للتجميعات الإقتصادية و هي تتمثل في التجميعات الأفقية، و التجميعات الرأسية و التجميعات المختلطة.

أ- التجميعات الأفقية:

يقصد بالتجميعات الأفقية عمليات الإندماج التي تتم بين أشخاص أو منشآت متنافسة تعمل في إنتاج السلع نفسها أو منتجات شبيهة، أو تقوم بتوزيع سلع أو تادية خدمات مشابهة أو بديلة عن بعضها البعض.⁴

و من ذلك اندماج شركات الأدوية مع بعضها، أو اندماج البنوك، و هنا يبدو جليا أن الشركات الراغبة في الإندماج غايتها مشتركة و إنتاجها واحد.⁵

فعلى سبيل المثال نذكر إندماج شركتي إنتاج الأدوية « جلاسكو ولكام » «سميثكلابنيكام» معلنين بذلك عن مولد أكبر عملاق عالمي في صناعة و الإنتاج الأدوية، كذلك الإعلان عن دمج مجموعة ماترا الفرنسية و مجموعة ماسا الألمانية للصناعات الجوية في عمليات إندماج تدعم الصناعات الجوية الأوروبية.⁶ و غالبا ما تلجأ المؤسسات إلى هذا النوع من التجميعات بغرض التخلص من المنافسة بين الشركات الناشطة في نفس السوق و يكون ذلك بإندماجها معا و هو

¹ لينا حسن زكي مرجع سابق ص 254.

² خالد حمد عابد العزمي الآثار القانونية لإندماج الشركات على حقوق الشركاء و الدائنين، رسالة لنيل درجة الدكتوراه جامعة القاهرة 2004، أشار إليها صالح قائد الأرياني مرجع سابق ص 23.

³ أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 19.

⁴ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 182.

⁵ محمد صالح قائد الأرياني مرجع سابق ص 35.

⁶ لينا حسن زكي مرجع سابق ص 246.

ما يؤدي بالضرورة إلى زيادة رأسمالها المؤسسة إضافة إلى الأيدي العاملة، و بالنتيجة زيادة نصيبها في السوق المعني و قوتها الإحتكارية.¹

ب- التجميعات الرأسية:

و يقصد بها إتحاد عدة مشروعات تعمل في مراحل إنتاج مختلفة من ذات الصناعة، من خلال إزدياد تركيز المشروع و امتداده ليشمل العمليات المغذية والمساعدة التي تمده بالمواد الأولية و المدخلات البسيطة²، كما عرفه آخر «بأنه إكتساب أو إستحواذ يتكون من شركتين تعملان في مراحل متتالية أو متتابعة من الإنتاج في سلسلة التوزيع³»

فيمكن أن يتجسد التجميع الرأسي من خلال إندماج مشروعين يقوم أحدهما بإنتاج السلعة في إحدى مراحل إنتاجها، بينما يقوم المشروع الآخر بإتمام إنتاج السلعة كمنتج نهائي، كما يمكن أن تتجسد في قيام المشروع الثاني بإنتاج منتج آخر لازم لتعبئة المنتج الأول الذي ينتجه المشروع الأول، كإندماج شركة لصناعة العطور مع شركة متخصصة في تصنيع زجاجات و عبوات العطور.⁴

و هناك العديد من الأمثلة نذكر منها: ما قامت به شركة جنرال موتورز الأمريكية المتخصصة في صناعة السيارات فهذه الأخيرة و بهدف التحكم في الكثير من خطوات عملية الإنتاج فهي تمتلك العديد من المنشآت التي تقوم بتوريد أجزائها بما في ذلك المصانع الكبيرة الخاصة بالأجهزة الكهربائية الموجودة بالسيارات، كما قامت إنتل ANTEL المختصة في صناعة الحواسيب حيث أصبحت تصنع « المازيورد » و هو أحد مكونات الحاسوب،

و قد كان هذا الأخير من الطرق التي حاول من خلالها العديد من المنافسين دخول إلى السوق صناعة الحواسيب إلا أن معظم محاولات هذه الشركات باءت بالفشل بسبب تدني الفوائد و الأرباح في حين تتمتع إنتل INTEL بالزيادات الفعلية في قيمة المبيعات تساوي 30%.

3- التجميعات المختلطة:

و هو عبارة عن إتحاد أو إندماج شركتين أو أكثر، كانت قبل الإتحاد تعمل في خطوط تجارة مختلفة أو عملت في أجزاء و مستويات مختلفة من الإنتاج و لم يكن هناك علاقة أو صلة تجارية فعلية بينها⁵، كما يقصد بالإندماجات المختلطة كذلك جميع أنواع الإندماجات (التجميعات) الأخرى التي قد لا تصنف على أنها أفقية أو رأسية.⁶

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 194.

² أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 192.

³ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 184.

⁴ لينا حسن زكي مرجع سابق ص 246.

⁵ جلال مسعد مرجع سابق ص 193.

⁶ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 185.

و الهدف من التجميع المختلط – الذي قد يضم إماشركتين أو أكثر ليست بينها علاقة – هو إنشاء إدارة جديدة أفضل و أقوى للمؤسسة المندمجة، و نلاحظ أن هناك صعوبة في تحديد السوق المعني في مثل هذه الحالات النادرة، و يذكر الفقه بعض الأمثلة عن حالة التجميع المختلط مثل تجميع مؤسستين تنتجان منتجات مختلفة و لكنها متكاملة (تكمل بعضها البعض) و هي في الغالب تستعمل من قبل نفس المستهلك في النهاية كدعامة (اليد الصناعية) الألعاب و ألعاب الفيديو (Consoles de jeux et jeux vidéo) أو منتجات مترابطة (CONNEXES) كالغاز و الكهرباء¹، ولا يثير التجميع المختلط على العموم أي إشكال بخصوص المنافسة غير أنه يمكن أن يؤدي إلى الحد من الخيارات أو إمكانية التفاوض للشركاء التجاريين.²

ثالثا: أشكال التجميعات الإقتصادية (صور)

على ضوء التعاريف التشريعية المذكورة أنفا، و لاسيما المادة 15 من قانون المنافسة الجزائري، نستخلص أن جل التعاريف إتفقت حول فكرة واحدة و هي وجود معيارين أساسيين لتحديد الأشكال التي تتجسد فيها التجميعات الإقتصادية، فينظر المعيار الأول إلى الوسائل التي تؤدي إلى إندماج المؤسسات و كذا تلك التجميعات التي من شأنها أن تؤدي إلى تكوين مؤسسات مشتركة، و من ناحية أخرى يركز المعيار الثاني على الهدف الذي يشمل كل التصرفات (سواء عقود أو حقوق ملكية، الإستغلال) التي يكون محلها أو ينتج عنها حدوث تأثير محسوس و نفوذ لمؤسسة على مؤسسة أخرى.³

و إذا أردنا التفصيل في ما ذكرناه نجد أن صور التجميعات تتمثل أساسا في الإندماج و كذا المؤسسات المشتركة إضافة إلى التجميع عن طريق ممارسة التأثير الملموس أو النفوذ الأكيد، غير أن مفهوم الإندماج قد يتسع ليشمل كل العمليات التي يمكن أن تؤدي إلى زيادة حجم الوحدات الإقتصادية، علاوة على ذلك فإن نقل سلطة الرقابة و السيطرة من مجموعة من المؤسسات الإقتصادية إلى واحدة منها تكون لها القدرة على فرض السياسية الإقتصادية المنتهجة على باقي المؤسسات

« concentration congloméra le : elle a lieu entre entreprise non concurrentes qui ne sont pas présentes sur les mêmes marchés amont on aval » Marie M Laurie – vignal, droit de la concurrence OP cit 311 N 719.

NICOLAS PETIT, OP cit P 415 N 12-13.¹

« Elle ne pose a priori de problème de concurrence mais le conglomérat peut ² réduire les alternatives ou capacités de négociation des partenaires commerciaux » marie M Laurie – vignal droit de la concurrence... op cit p 311 – N 719.

³ جلال مسعد مرجع سابق ص 194.

الأخرى يعتبر من قبيل التجميع¹، و تعد الشركة القابضة أحسن مثال على هذه الصورة.

بناء على ما سبق نتناول تباعا أهم أشكال التجميعات الإقتصادية كما يلي:

1- الإندماج:

يعتبر اندماج المشروعات من الوسائل القانونية التي تتيح تحقيق التركيز الإقتصادي و هذا بتجميع مختلف الشركات في شركة واحدة، و بالنظر إلى المزايا الإقتصادية العديدة لعملية الإندماج تشجع الدول هذه العمليات خاصة بين المشروعات الوطنية، فقد أنشأ في فرنسا معهد التنمية الصناعية (IDI) من أجل البحث عن أفضل السبل لتحويل الوحدات الإنتاجية متوسطة الحجم إلى وحدات أكبر بطريقة الإندماج حتى يمكنها مواجهة المنافسة على المستوى الدولي كما قامت وزارة الصناعة بإنشاء مكتب لتزويد الشركات المعنية بالمعلومات التي تفيد في تحقيق الإندماج.²

أ- تعريف الإندماج:

عرفه البعض على أنه : " إصطلاح قانوني له معنى متميز يدل على قيام شركة بضم شركة أو عدة شركات أخرى إليها او مزج شركتين أو أكثر و تكوين شركة جديدة"³.

و كما يعرف الإندماج بأنه التحام شركتين أو أكثر، إما باندماج إحدهما في الأخرى أو بتكوين شركة أو مشروع جديد تندمج فيه الشركات أو المشروعات القائمة⁴، كما عرفه آخرون بكونه « عملية تتضمن قيام شركة أو عدة شركات بنقل كافة موجوداتها إلى شركة أخرى قائمة يزيد رأسمالها بمقدار هذه الموجودات، أو إلى شركة جديدة بحيث تتحمل الشركة الدامجة أو الجديدة كافة خصوم الشركة المندمجة و تؤول الأسهم أو الحصص الجديدة التي تمثل هذه الموجودات إلى الشركات المندمجة⁵ » .

و للإندماج ثلاث صور تتمثل في الإندماج بطريق الضم أو الإبتلاع و الإندماج بطريق المزج أو تأسيس شركة جديدة إضافة إلى الإندماج بطريق الإنقسام.

أ- الإندماج بطريق الضم Fusion par absorption

¹ نفس المرجع.

² أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 67-68.

³ حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لإندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2016، ص. 23.

⁴ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 93.

⁵ أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 68-69.

و يقصد به فناء مشروع أو شركة أو أكثر في شركة أخرى قائمة، و يترتب عليه إنقضاء الشخصية القانونية للشركة أو المشروع المندمج، و اندماجها في الشركة الدامجة و التي تنتقل إليها حقوق و التزامات الشركة المندمجة.¹ و نشير في هذا السياق أن الإندماج بطريق الضم هو الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، إذ عادة ما لا تكون الشركتان المندمجتان على نفس القدر من الأهمية، فتبتلع الشركة الأقوى الشركة الأقل قوة و هذا نتيجة اختلاف القدرات المالية للشركات الداخلة في الإندماج فضلاً عن مزايا تتمتع بها هذه الصورة من الإندماج، على غرار أنها أيسر و أقل تكلفة للشركات الراغبة في الإندماج خلال للإندماج بطريق المزج هذا الأخير يتطلب وقتاً طويلاً و نفقات كبيرة لتأسيس الشركة الجديدة.²

ب- الإندماج بطريق المزج (التأسيس لشركة جديدة)

ينتج هذا الإندماج عندما تمتزج شركتان قائمتان أو أكثر امتزاجاً يؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية لكل منهما و إنتقال أصولهما و خصومهما إلى الشركة الجديدة و يترتب على هذا النوع من الإندماج فناء الشركات الداخلة و زوال شخصيتها المعنوية و ظهور شركة جديدة بشخصية معنوية جديدة تختلف عن شخصية الشركات الداخلة في الأندماج.³

و يختلف الإندماج بطريق الضم عن الإندماج بطريق المزج، و هذا لكون الضم لا يؤدي إلى زوال شخصية الشركة الضامة أو البالغة بل تظل مستمرة متمتعة بشخصيتها الاعتبارية عند تأسيسها و تعد في ذات الوقت خلفاً للشركات المندمجة و هذا بعكس الشركات المندمجة التي تزول شخصيتها المعنوية كما مر معنا، و تفقد بالتالي وجودها، أما الإندماج بطريق المزج فيؤدي إلى زوال و انحلال جميع الشخصيات المعنوية للشركات الراغبة في الإندماج و ظهور كيان قانوني جديد يكون هو المسؤول عن جميع التزامات الشركات المندمجة بإعتباره خلفاً عاماً لها.⁴

ج- الإندماج بطريق الإنقسام Fusion par scission

و يقصد به إنقسام ذمة شركة واحدة إلى قسمين أو أكثر و دمجها في شركتين قائمتين أو إنقسام ذمة أكثر من شركة إلى عدد من الأقسام لتنشأ عليها شركتان

¹ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 93.

² محمود صالح قائد الأرياني مرجع سابق ص 37-38.

³ جلال مسعد مرجع سابق ص 196.

⁴ عبد الوهاب عبد الله المعمري، اندماج الشركات متعددة الجنسيات، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب القانونية ص 314.

جديدتان أو أكثر، و يتمثل الغرض من هذه العملية في تحقيق التخصص في الإنتاج أو إعادة تنظيمه.¹

و قد نص المشرع الفرنسي على هذه الصور من الاندماج من خلال الفقرة الثانية المادة 371 من القانون التجاري « يمكن للشركة عن طريق الانقسام نقل ذمتها المالية إلى عدة شركات قائمة أو إلى عدة شركات جديدة » كما نص المشرع الجزائري هو الآخر على هذه الصورة من خلال المادة 744 من القانون التجاري « للشركة و لو في حالة تصفيتها أن تندمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج كما لها أن تقدم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريق الاندماج و الانفصال »²

2- المؤسسات المشتركة:

جاء النص على المؤسسة المشتركة باعتبارها إحدى وسائل التجميع من خلال الفقرة الثالثة المادة 15 من الأمر 03-03 حيث نصت هذه الأخيرة على أنه: « يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا: أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة » و قد عرف الفقه المؤسسة المشتركة على أنها المؤسسة التي يتم إنشائها من طرف مؤسستين أو مجموعتين متنافستين عادة من أجل تحقيق أهداف مشتركة في مجال البحث و التطوير و في مجال الإنتاج الصناعي و غالبا ما توضع هذه المؤسسة تحت رقابة الشركتين الأم بالتساوي حيث تمتلك كل شركة أم من الشركتين نصف أسهم المؤسسة المشتركة و كذا حقوق الانتخاب في جمعية المؤسسة المشتركة.³

جدير بالملاحظة أن المؤسسة المشتركة قد تؤسس مؤسسات متنافسة (تمارس نفس الأنشطة التجارية) أو غير متنافسة، و ينصب إهتمام الهيئات المكلفة بالرقابة على المشروعات المشتركة التي تضم منشآت متنافسة، بشرط أن يسفر المشروع عن إتخاذ إجراءات أو تصرفات مضادة للمنافسة، و يعود السبب في ذلك إلى أن الممارسة قد أكدت تحالف المنشآت غير المتنافسة لتكوين مشروع مشترك لم يتولد عنها أبدا أي تأثيرات مقيدة للمنافسة، في حين أن المؤسسة المشتركة التي تجمع متنافسين يملكون مجتمعين نصيب ضخم من حصة السوق و لأنشطتهم تأثير على

¹محمود صالح قائد الأرياني مرجع سابق ص 39.

« La scission est l'opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé entre plusieurs sociétés nouvelles ou existantes »

Mohamed SALAH, revue entreprise et commerce, n° 2 – 2006, edik, p.76.

² المادة 744 من الأمر 59/75 المعدل و المتمم المتضمن القانون التجاري.

³ جلال مسعد مرجع سابق ص 196.

الأسعار وحجم الإنتاج وكذا الأرباح يحمل عددا من المؤشرات واضحة الدالة على تحجيمه (تقييده) للمنافسة¹

و يشترط في المشروعات المشتركة كي تخضع للرقابة على التجميعات ما يلي:
1- أن تمتلك الشركات الأم الرقابة المشتركة على المشروع المشترك، فبحسب اللائحة الأوروبية المؤرخة في 16 أبريل 2008 « نكون أمام رقابة مشتركة عندما يكون للمؤسستين أو أكثر إمكانية إمكانية ممارسة نفوذ أكبر على مؤسسة أخرى » و يقصد بعبارة « نفوذ أكبر » سلطة (مكنة) تعطيل القرارات التي تحدد الإستراتيجية التجارية للمؤسسة بحيث يجب على المساهمين حتما الإتفاق على السياسة التجارية مؤسسة المشتركة فهم ملزمون بالتعاون و التنسيق² وهذا يقودنا إلى نتيجة حتمية و هو أنه لا يمكن لأحد الشركاء في المؤسسة المشتركة أن يتخذ بصفة منفردة القرارات الإستراتيجية دون أن يحتفظ الشركاء المساهمين الآخرين بحق المعارضة³. Droit de veto.

أ- تأسيس المؤسسة المشتركة للعمل بصفة دائمة:

يجب أن تقوم المؤسسة المشتركة بوظيفتها بصفة دائمة فإذا قامت بوظيفة محددة ضمن الأنشطة التجارية للشركات الأم كالقيام على سبيل المثال ببناء منشأة مهمة لصالح الشركات الأم ففي هذه الحالة لا تعتبر المؤسسة المشتركة ذات وظيفة كاملة⁴.

ب- القيام بوظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة:

يجب على المؤسسة المشتركة القيام بجميع وظائف مؤسسة مستقلة، و هو ما عبرت عنه اللجنة الأوروبية للمنافسة بفكرة المؤسسة الكاملة الممارسات L'entreprise de plein exercice⁵.

¹ أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 92.

² « il y à contrôle en commun lorsque deux ou plusieurs entreprises ou personnes ont la passibilité d'exercer une influence déterminante sur une entreprise » et « par influence déterminante on entend habituellement le pouvoir de bloquer les décision qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise » de telle manière que les actionnaires doivent nécessairement s'entendre sur la politique commerciale commune et sont appelés a collaborer » communication du 16 avril 2008 rectifiée.

³ جلال مسعد مرجع سابق ص 200 و 201.

⁴ André Décocq – Georges Décocq OP – CIT P 209 N 149.

⁵ R.ZOUIAMIA, le droit de la concurrence OP CIT P 155.

و ينبغي فهم هذه الفكرة من الجانب الوظيفي، فبحسب اللجنة الأوروبية يجب أن تكون الإستقلالية من الناحية الإقتصادية، فتضطلع المؤسسة بالقيام بالنشاط الإقتصادي المعني و الدخول في منافسة مع غيرها من المؤسسات الناشطة في نفس السوق المعني سواء تعلق بالمنتجات أو الخدمات¹

و ترى اللجنة الأوروبية أن من الأمور التي تدعم هذه الإستقلالية تمتع المؤسسة المشتركة بكل الوسائل المادية لاسيما المستخدمين و الإطارات الذين يتكفلون بالتسيير اليومي للمؤسسة، كما يتعين أن يكون لها موارد كافية على وجه الخصوص مالية و أصول مادية و معنوية و نعني حقوق الملكية الصناعية كبراءة الإختراع... إلخ فمثل هذه الموارد كفيلة بمساعدة هذه المؤسسة على القيام بنشاطها الإقتصادي الذي أنشئت لأجله² و نشير إلى المؤسسة المشتركة لا تعد كاملة الممارسة إذا قامت بوظيفة محددة ضمن مجموعة من الأنشطة التجارية للشركات الأم، دون الدخول إلى السوق، ففي هذه الحالة تعتبر المؤسسة مجرد مساعدة للأنشطة التجارية للشركات الأم، كأن تقوم مثلا بدور وكالة مبيعات، ففي هذه الحالة لا تعتبر المؤسسة المشتركة ذات ممارسة كاملة.³

و قد أخذ المشرع الجزائري بنظرية المؤسسة الكاملة الممارسة و جاء ذلك من خلال الفقرة الثالثة المادة 15 من قانون المنافسة «...تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة» و هذه المادة تعد مستلهمة من إجتهاادات اللجنة الأوروبية للمنافسة.

3-التجميع عن طريق ممارسة التأثير الملموس أو النفوذ الأكيد:

الحالة الثالثة من حالات التجميع الإقتصادي تتمثل في حصول أو استحواذ إحدى المؤسسات أو الشركات سواء بشكل مباشر أو غير مباشر على جزء من رأسمال مؤسسة أخرى، و قد يتم ذلك في صورة تنازل أو نقل جزئي للأسهم بالشراء أو بغيره، فيمكن ذلك الجزء الذي حصلت عليه المؤسسة المكتسبة، حقا في التصويت و إتخاذ القرار في المؤسسة أو الشركة الأخرى هذا الأمر سيؤدي بالنتيجة إلى تمتع الشركة حاملة أغلبية الأسهم لممارسة النفوذ و التأثير الملموس الأكيد و الدائم على نشاط المؤسسة المعنية.⁴ غير أن هذا النفوذ و التأثير قد يكون بوسيلة أخرى غير الإكتساب و الإستحواذ، فعلى سبيل المثال قد تكون نسبة 15% من رأسمال مؤسسة ما دليل ممارسة النفوذ و التأثير الملموس على قرارات المؤسسة المعنية من قبل صاحب هذه الأسهم و يمكن تصور هذه

¹ André et Georges Décocq OP CIT P 208 N 149.

² « pour ce faire, l'entreprise commune doit posséder un personnel d'encadrement se consacrant a ses activités quotidiennes et avoir accès a toutes les ressources nécessaires, en termes de financement de personnel et d'actifs (corporels et incorporel) pour exercer son activité de manière durable » N 09 la communication rectifiée du 19 avril 2008.

³ أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 94.

⁴ جلال مسعد مرجع سابق ص 202.

الحالة عند وجود مؤسسة تقوم بعرض كبير للبيع لسندات لفائدة الجمهور بحيث يصبح المساهم الجديد مالكا لحصة أقلية *Actionnaire minoritaire* في حين تكون باقي الأسهم متناثرة و مشتتة بين عدد كبير من المساهمين الصغار مع غياب هؤلاء الدائم عن مراقبة التسيير، مما يؤدي بالمساهم صاحب حصة الأقلية المذكور (15%) و بالرغم من ضعف مساهمته في رأسمال المؤسسة المعينة إلى ممارسة رقابة إقتصادية و نفوذ فعلي على هذه المؤسسة¹، في هذا الصدد قد تكون المراقبة بواسطة مؤسسة واحدة و يسمى في هذه الحالة « حصري » *exclusif* « كما يمكن أن تكون عن طريق مجموعة من المؤسسات المشتركة و تسمى بالمراقبة أو السيطرة الجماعية و من المقرر أن تفسر حالة شراء أو اكتساب الأصول و رأس المال بمدلولها الواسع، لتشمل اكتساب أي أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو الجمع بين إدارة أكثر من شركة، كل ذلك بهدف الهيمنة و تقييد المنافسة في السوق و إنشاء مركز مهيمن أو إحتكاري.²

أ- شروط ممارسة المراقبة أو النفوذ:

حتى نكون أمام تجميع عن طريق ممارسة المراقبة و النفوذ الأكيد يتعين توافر شرطين أساسيين و مجتمعين معا على التوالي:
- أن يكون النفوذ دائم و إستراتيجي:
أشار قانون المنافسة الجزائري صراحة إلى هذا الشرط حيث نصت المادة 16 الفقرة الأولى منه على « إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد و الدائم على نشاط مؤسسة... » كما أن اللائحة الأوربية لسنة 2004 ذكرت هذا الشرط « يتحقق التجميع عندما يحدث تغيير دائم للمراقبة ناتج... » في حين أن قانون المنافسة الفرنسي لم يتضمن ضمن أحكامه هذا الشرط، غير أن سلطات المنافسة في فرنسا تشترطه تلقائيا، فحسبها حتى يخضع التجميع في هذه الصورة لقواعد قانون المنافسة يجب أن يكون النفوذ و التأثير المحسوس دائم، لاسيما في حالة ممارسة النفوذ المشترك لكون هذا الأخير بطبيعته أقل إستقرار من ممارسة النفوذ الحصري أو الفردي، ويتم تقييم مدى توفر هذا الشرط وفقا لدراسة كل حالة على حدة، إضافة إلى ما سبق ينبغي أن يقع التأثير و النفوذ الدائم على سياسة المؤسسة المكتسبة، فيكفي أن يتعلق الأمر بمجرد ممارسة سلطة المعارضة على الخيارات المالية للمؤسسة المراقبة أو حول مسألة تعيين مديرها أو حتى حول إختيار نشاط المستقبل و بهذا تأخذ نصوص القانون الأوربي و كذا قرارات وزير الإقتصاد الفرنسي.

¹R.ZOUAIMIA, droit de la concurrence. OP CIT P 159.

² خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 97.

و نشير إلى أن قيام مستثمر ما بإكتساب حصة معتبرة من رأس مال شركة أو مؤسسة معينة ثم قام ببيع حصته للغير و من ثم الإنسحاب في خلال سنة واحدة لا يكون قد مارس نفوذا دائما و لا تأثيرا استراتيجيا لكون هذان المعياران مرتبطان.¹

- ضرورة إكتساب وسائل ممارسة النفوذ الأكيد:

إضافة إلى شرط النفوذ و التأثير الدائم، يتعين أن تمتلك المؤسسة أو المؤسسات وسائل لممارسة عملية النفوذ الأكيد على غيرها، فبدونها لا يمكن للمؤسسة القيام بعملية المراقبة و بالتالي التأثير الحاسم و قد اهتمت مختلف التشريعات لاسيما الأوربية الفرنسية و حتى المشرع الجزائري بذكر البعض من هذه الوسائل و ذلك بغرض السماح لسلطات المنافسة القيام بدورها الرقابي و التدخل عند الضرورة و لاسيما عندما يهدد هذا الشكل من التجميع المنافسة سواء إنشاء أو تدعيم مركز مهيمن أو إعاقاة المنافسة الفعلية في السوق المعني، و قد جاء النص على بعض هذه الوسائل من خلال المادة 16 الفقرتين 01 و 02 من قانون المنافسة الجزائري²

و نلاحظ أن هذه الوسائل ذكرت على سبيل المثال لا الحصر و يمكن أن يضاف إليها وسائل أخرى غير التي ذكرت بالمادة 16، و يؤيد هذا الرأي استعمال المشرع لعبارة « لاسيما » للدلالة على أنها بعض الأمثلة عن الوسائل الأكثر شيوعا في الحياة العملية: و قد جاء نص المادة 16 كما يلي:

« يقصد بالمراقبة... إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد و الدائم على نشاط مؤسسة لاسيما فيما يتعلق بما يأتي:

- 1- حقوق الملكية أو الإنتفاع على ممتلكات المؤسسة أو على جزء منها.
- 2- حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلاتها أو مداولاتها أو قراراتها »

و تتمثل وسائل ممارسة النفوذ الأكيد و التأثير الإستراتيجي في ما يلي:

- اكتساب حقوق ملكية على ممتلكات المؤسسة أو على جزء منها:

لا تطرح مسألة ممارسة النفوذ الأكبر عندما نكون أمام مساهم صاحب أغلبية الأسهم على مؤسسة ما فهذه الصفة تمنح صاحبها الحق في أغلبية الأصوات عند استعمال حقه في التصويت، كذلك الشأن بالنسبة لصاحب الأقلية في بعض الحالات الخاصة و ذلك عندما ينص القانون الداخلي للمؤسسة على ذلك، حيث يتمتع ببعض الإمتيازات من قبيل تعيين مسيري الشركة، حق الاعتراض على بعض المسائل الإستراتيجية مثل الإستثمارات ...، و قد تكون أسهم تلك الأقلية من النوع الممتاز التي تؤدي إلى حيازة أغلبية حقوق

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 203-204.

² الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

التصويت أو حقوق أخرى تمكنهم من تحديد السلوك التجاري الإستراتيجي للشركة مثل سلطة تعيين أكثر من نصف أعضاء مجلس الإدارة.¹ كما يمكن أن يمارس هذا النفوذ من قبل صاحب الأقلية في الأسهم في حالة تشتت و تناثر باقي الأسهم (La Dispersion) مثل حالة البيع الواسع للأسهم للجمهور و غياب هؤلاء عن التسيير و أثناء عمليات التصويت و إتخاذ القرارات الهامة للمؤسسة.² و ذكر القانون التجاري هذه الحالة ضمن أحكامها من خلال المادة 731 و اعتبر أن الشركة تعتبر مراقبة لشركة أخرى عندما:

« تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء من رأسمال لها يخول أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة لهذه الشركة عندما تملك وحدها أغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب إتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين. عندما تتحكم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعيات العامة لهذه الشركة.

تعتبر الشركة ممارسة لهذه الرقابة عندما تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء يتعدى 40% من حقوق التصويت و لا يجوز أي شريك آخر أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء أكثر من جزءها»³، يطلق المشرع الجزائري على الشركة التي تراقب شركة أو عدة شركات وفقا لما جاء في الفقرات السابقة تسمية الشركة القابضة.

- إكتساب حقوق الإنتفاع على ممتلكات المؤسسة:

و هي الصورة الثانية من صور اكتساب حقوق على ممتلكات مؤسسة ما، و هي تتمثل على وجه التحديد بامتلاك حقوق انتفاع على ممتلكات مؤسسة أو جزء منها يتم ذلك في حالة النزاع على أصول إستراتيجية مرتبطة في الغالب بمنتوج ذو شهرة عالمية، أو في حالة النزاع عن أحد الحقوق الأساسية للملكية الفكرية⁴، هذه الأخيرة سنتناولها بالتفصيل لاحقا ضمن المطلب الموالي من هذا المبحث.

- العلاقات التعاقدية:

في هذه الحالة يمنح العقد لأحد الأطراف (المؤسسات) التحكم في إدارة موارد الطرف الآخر و يكون هذا لمدة طويلة من الزمن دون إمكانية التراجع المسبق من قبل الطرف الذي تنازل عن حقوقه، كما هو عليه الحال بالنسبة لعقد التسيير Le contant de gérance و إيجار التسيير Location de gérance.⁵

¹ أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 86.

² ZOUAIMIA.R droit de la concurrence OP CIT 160.

³ الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1997 يعدل و يتم الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري ج ر عدد 77 سنة 1996.

⁴ جلال مسعد مرجع سابق ص 206.

⁵ « Dans ce cas, le contrant confère a l'une des parties la maitrise de la direction et des ressources de l'autre, et cela pour une durée très longue et sans possibilité

و من أهم تطبيقاتها عقد إمتياز التجاري و هو عبارة عن اتفاق يربط أحد الموردين بمجموعة من التجار يكونون الشبكة التوزيعية لمنتجاته، بحيث يقتصر ذلك المورد ببيع بضائع لصالحهم فقط دون غيرهم من التجار، في مقابل تحملهم مجموعة من الإلتزامات نظير ذلك القصر l'exclusivité ، و في هذا العقد يعمل التاجر المتعاقد (الحاصل على الإمتياز) في السوق المعني باسمه و لحسابه كتاجر مستقل، ويقوم بشراء المنتج من المورد ثم يعيد بيعه لحسابه، أما الإلتزامات التي تقع عليه، فهي تتمثل في الإلتزام بتكوين شبكة تسويقية تعطي كافة الإقليم التعاقدية ، أي الإقليم الجغرافي المحدد لنشاطه، إضافة إلى الإلتزام إلى إعداد مجموعة من رجال البيع المتميزين، الذين تتناسب مؤهلاتهم وقدراتهم مع اسم المنتج الذي سيتولون بيعه و استغلال شهرته، بالإضافة إلى إلتزامه بعدم شراء منتجات منافسة للمورد هو ما يعرف بشرط القصر La clause d'exclusivité، بحسب هذا الشرط يصبح المنتج هو المورد الوحيد أو الحصري للموزع، و في المقابل يصبح هذا الأخير الموزع الحصري للمنتج في الإقليم التعاقدية و هو ما يطلق عليه بشرط القصر المتبادل La clause d'exclusivité Réciproque¹

و على عكس ما يرى البعض من أن عقد الترخيص التجاري² Le contrat de franchise من العقود التي يمكن أن تتضمن إعتداء على المنافسة، فإن اللجنة الأوروبية اعتبرت أن هذا العقدا يمكن المؤسسة صاحبة الترخيص (المرخصة) أن تمارس أي نفوذ على المؤسسة الحاصلة على الترخيص Le franchisé لأن هذه الأخيرة تعمل لحسابها الخاص.³

الفرع الثاني:

الأثار غير التنافسية للتجميعات على المنافسة

تخضع معظم التشريعات عمليات التجميع للرقابة القبلية على وجه الخصوص قبل الترخيص بإتمام عملية التجميع و هذا بهدف حماية المنافسة ، فقد يؤدي التجميع إلى

de dénonciation anticipée par la partie qui a concédé ces droits, Ainsi en est – il de contrats de gestion de location – gérance » André et Georges Décocq, OP CIT P 199 N 142.

¹ لينا حسن زكي مرجع سابق ص 249-250.

² يقوم عقد الترخيص التجاري على تمتع المؤسسة لمرخص له باستخدام الاسم التجاري و كذلك استعمال المعرفة الفنية التي تمنحها إياها المؤسسة المرخصة حق استغلالها، كما تلتزم المؤسسة المانحة بتقديم المساعدة للحاصل على الترخيص و ذلك في مقابل الإتاوة التي تدفعها بالإضافة إلى مبلغ جزائي بدفع عند إبرام العقد.

³ André et Georges Décocq, OP. CIT P 199 N 142.

احتكار السوق أو القضاء على مؤسسات أخرى و ينتج عن ذلك إنعدام المنافسة¹، فالمنافسة الفعالة في السوق يمكن أن تعود على جمهور المستهلكين بفوائد عديدة، تظهر في صورة أسعار منخفضة و سلع أو منتجات أكثر جودة، و عليه فإن الرقابة على التجميعات تنصب على العمليات التي من شأنها الحد من هذه الفوائد، عن طريق زيادة القوة السوقية للمشروع لاسيما عندما تؤدي إلى إنشاء أو تقوية وضعية الهيمنة الاقتصادية، و هذا ما يميز إساءة استغلال وضعية الهيمنة عن معيار السيطرة (الهيمنة) كأداة لتقييم الآثار السلبية الناتجة عن عملية التركيز الإقتصادي ففي حالة إساءة إستغلال وضعية الهيمنة لا تعد حيازة المؤسسة المركز المهيمن في حد ذاته أمر محظورا أو غير مشروع و إنما تكمن المخالفة في إساءة استغلال هذا المركز، أما في حالة الرقابة على عمليات التجميع الإقتصادي بواسطة معيار الهيمنة فإن المحظور هو إنشاء أو تقوية وضعية الهيمنة في حد ذاته بغض النظر عن توفر حالات إساءة استخدام وضعية الهيمنة من عدمه².

و تتخذ الآثار غير التنافسية للتجميعات ثلاث صور فيمكن أن تكون الآثار السلبية تخص التجميعات الأفقية (أولاً)، كما تشمل الآثار غير التنافسية التجميعات العمودية (ثانياً)، إضافة إلى الآثار السلبية على المنافسة و التي تمس التجميعات المختلطة (ثالثاً).

أولاً: تقييم الآثار غير التنافسية للتجميعات الأفقية

سبق القول أن التجميعات الأفقية يقصد بها عمليات الاندماج التي تتم بين أشخاص أو منشآت متنافسة تعمل في إنتاج السلع نفسها أو منتجات شبيهة، أو تقوم بتوزيع سلع أو تادية خدمات متشابهة أو بديلة عن بعضها البعض³.

و تعتبر هذه الصورة من التجميع الأخطر على الإطلاق لكونها ستؤدي إلى زيادة مقدار حصة المؤسسة الجديدة و هذا بإضافة عدد الحصص إلى بعضها البعض بما حاصله ميلاد قوة سوقية تساهم بشكل مباشر في التقليل من حجم المنافسة على مستوى السوق المعني و هو يؤخذ صورة الأثر الإفرادي، كما يمكن أن تتم العملية بواسطة التواطؤ الضمني بين المؤسسات الناشطة في نفس السوق و ذلك عن طريق التنسيق فيما بينها.

1- الآثار غير المنسقة Les effets non coordonnés (أحادية الجانب)

و تشمل الآثار غير المنسقة مجموع الخسارة في رضاء جمهور المستهلكين الناتجة عن عملية التركيز بسبب تحرك الأسعار أو الكميات من جانب الأطراف المشاركة في العملية¹.

¹ أيت منصور كمال، مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري. إشكالية التوفيق بين المصالح؟ مداخلة لمقابلة بمناسبة انعقاد الملتقى الوطني حول « حرية المنافسة في القانون الجزائري » جامعة باجي

مخطار – عنابة يومي 03-04 أفريل 2013.

² أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 322.

³ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 182.

و يمكن فهم الآثار غير المنسقة من خلال إفتراض إندماج عدة و مؤسسات ناشطة في سوق معين، فإن عملية التجميع ستؤدي إلى تقليص أو الحد من المنافسة فيه بسبب غياب أحد المنافسين، و يمكن للكيان الجديد أن يلجأ إلى زيادة الأسعار أو تخفيض الإنتاج أو نوعيته، فهذا السلوك لم يكن مقبولاً قبل إتمام عملية التجميع لأنه من الممكن أن يتسبب في تخفيض حجم المبيعات لصالح المؤسسات المنافسة، و نلاحظ هنا أنه إذا كانت المؤسسات العضوة في الإندماج تمتلك ما حصصاً معتبرة كإمتلاك 80% من حصص السوق، فإذا بادرت هذه الأخيرة إلى رفع أسعارها فسوف لن تتأثر أرباحها لكون باقي المنافسين في السوق سيعجزون في الغالب عن توفير حاجيات السوق إذا أراد المستهلكون تغيير المنتج كرد فعل على رفع الأسعار بما حاصله زيادة أرباح المؤسسات العضوة في التجميع و على العكس من ذلك إذا كانت حصص المؤسسات العضوة في التجميع منخفضة بالمقارنة مع باقي المنافسين في السوق سيؤدي الأمر حتماً إلى خسارة أعضاء التجميع لأن أي زيادة في الأسعار أو تقليص في الإنتاج سيجعل المستهلكين يتجهون إلى منافسين آخرين.

و يعتبر تكوين أو تدعيم مركز مهيمن للمنشأة الجديدة أقصى حالات الآثار أحادية حدة، فهذه الوضعية ستمكنها من تثبيت الأسعار بغض النظر عن رد فعل المنافسين الآخرين أو حتى العملاء و الموردين.

و درجت أجهزة المنافسة على الإستعانة بمجموعة من المعايير يطلق عليها الأدلة التي تتساند فيما بينها لإثبات حدوث الضرر التنافسي الناتج عن الآثار أحادية الجانب، لاسيما إنشاء أو تعزيز المركز المسيطر و تشتمل هذه المعايير على ما يلي:

- 1- نصيب الحصة من السوق لأطراف العملية مقارنة بحصة باقي المنافسين، فكلما كان حجم الحصة السوقية للأعضاء في عملية التجميع أكبر من حصة المنافسين، كلما دل ذلك على أن التجميع سيؤدي لزيادة أكبر في القوة السوقية للأطراف المشاركة.²
- 2- طبيعة نشاط المؤسسات العضوة في التجميع و مدى إرتباطه ببعضه البعض، فكلما كانت لدى منتجات المشروعات المشاركة في العملية قابلية كبيرة للإستبدال فيما بينها كلما تضاعفت إحتتمالية أن يؤدي التجميع لنتائج ضارة للمنافسة.
- 3- مقدرة المنشأة الجديدة على عرقلة توسع المنافسين الآخرين و هذا عن طريق التحكم في مدخلات الإنتاج ووسائل التوزيع و كذا السيطرة على براءات الإختراع و العلامات التجارية أو التحكم في بنية تحتية معينة فضلاً عن القوة المالية للمنشأة الجديدة مقارنة بالمنافسين.

¹ أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 332.

² نفس المرجع ص 333.

4- مدى قرب العرض الخاص بأطراف العملية من طلب العملاء و مدى إمكانية إنتقال الطلب إلى عرض بديل فإذا قلت إمكانية إنتقال طلب المستهلكين بسبب زيادة التكلفة أو وجود حواجز للتوسع، كلما كان ذلك دليل على إعاقة التجميع لحرية المنافسة. و نشير إلى أنه يتعين وجود أكثر من معيار واحد من المعايير المذكورة إضافة إلى تساندها لإثبات توافر الضرر التنافسي فوجود معيار بمفرده لا يكفي للقول بتوافر الآثار أحادية الطرف.¹

و من تطبيقات اللجنة الأوروبية للمنافسة قضية شركة الطيران Ryan AIR/AER و LINGUS و هي تتعلق بخدمات النقل الجوي بسعر منخفض للمسافات القصيرة، حيث كانت كل من شركتي RAYAN AIR et AER LINGUS المتعاملين الرئيسيين للرحلات الجوية لمسافة قصيرة ذهابا و إيابا إلى إيرلندا وكانت هناك منافسة بينهما على هذا الخط الجوي، و بعد عملية التجميع أصبحت المنشأة الجديدة تستحوذ على قرابة 80% من مجموعة الرحلات الأوروبية من و إلى العاصمة الإيرلندا دبلن، و بعد تحقيق حول الرحلات الجوية التي كانت كل من RAYAN AIR et AER LINGUS في منافسة فيها توصلت اللجنة الأوروبية للمنافسة إلى أن الشركتين المذكورتين كانتا في منافسة مباشرة على 35 خط جوي من و إلى إيرلندا، و قد أدت عملية الإندماج إلى إحتكار 22 خط من الخطوط الجوية، أما بالنسبة لباقي الخطوط أدى الإندماج إلى تقليص الخيارات أمام المستهلكين كون المنشأة الجديدة تمتلك 60% من السوق المعني، هذا الأمر دفع اللجنة إلى حظر هذا الإندماج.²

ب- الآثار المنسقة Les effets coordonnés

قد تؤدي عملية التجميع إلى سعي الأطراف العضوة فيه إلى تنسيق سلوكهم التنافسي مع بعض أو مع باقي المنافسين الآخرين، بصورة تضر بحرية المنافسة في السوق المعنية، و الأكيد أن هذا التنسيق في الاستراتيجية التنافسية للمؤسسات العامة في السوق من شأنه تعزيز المخاوف حول الآثار غير التنافسية لهذا التنسيق.

و يعود الفضل إلى عالم الإقتصاد الأمريكي إدوارد شمبرلن EDWARD CHAMBERLIN

في وضع النظرية الإقتصادية التي تناولت فكرة الآثار المنسقة (سنة 1929)، و يستعرض شمبرلن هذه النظرية بأنه بإمكان إحتكار الأقلية أن يتحول في حالات خاصة إلى تنسيق ضمني ما بين المؤسسات الناشطة في السوق المعني بشكل يمس على وجه الخصوص الأسعار بدون إبرام إتفاق أو إتصال مباشر.

¹ نقلا عن أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 333-334.

² Décision de la commission du 27 juin 2007, RAYAN AIR / AER LINGUS.

و يضيف أنه لا يمكن لأي واحد من أعضاء إحتكار الأقلية أن يبادر إلى تبني استراتيجية منفردة بدون الرجوع أو التنسيق مع باقي المنافسين معه في السوق المعني، و هذا راجع لكونه يعلم جيدا أن أي تخفيض في أسعار منتجاته سيجلب حتما عملاء المنافسين له في السوق، كما أنه يعلم كذلك أن هذا الأمر سيؤدي إلى رد فعل من قبل باقي المنافسين الذي سيقومون باتخاذ إجراءات للحفاظ على عملائهم، قد تتمثل في تخفيض أسعارهم أسوة بما قام به الأول، و هذا الوضع لن يفيد حسب شميرلن- أي طرف كونه سيؤدي إلى انخفاض في الأسعار إضافة إلى الأرباح، كما لن يزيد حجم الحصة السوقية لأي طرف على حساب الآخر.¹

و لضبط هذه الحالة تستعين مختلف سلطات المنافسة بعدة معايير لإثبات توافر السيطرة المشتركة لعل أشهرها ما وضعته المفوضية الأوروبية في قضية شهيرة معروفة بإسم AIRTOURS.PLS

عام 2002، و تتخلص وقائع هذه القضية فيما يلي: قامت شركة الطيران AIRTOURS في شهر أفريل من عام 1999 بإعلان المفوضية الأوروبية عن رغبتها في الإستحواذ على مؤسسة أخرى منافسة تدعى FIRST CHOICE و كانت هذه الأخيرة إحدى المنافسين المباشرين للأولى في السوق البريطانية للرحلات الجزافية Les vacances à forfait لمسافات قصيرة و في حال تمت هذه العملية (التجميع) لن يبقى في السوق سوى ثلاثة من منظمي الرحلات (Les voyagistes) هي المؤسسة الراغبة في الإندماج (THMSON) (TOUR et THOMAS COOK) هؤلاء يمثل حجم نشاطهم 83% من حجم الحصة السوقية.

و من خلال دراسة طلب المؤسسة الراغبة في التجميع و كذا الإطلاع على ظروف السوق المعني توصلت اللجنة إلى أن هذا التجميع من الممكن أن يؤدي إلى قيام وضعية هيمنة جماعية في هذا السوق (الرحلات الجوية لمسافات قصيرة في السوق البريطانية)، و انتهت إلى رفض هذا التجميع.

و بعد الطعن الذي تقدمت به شركة AIRTOURS وضعت محكمة العدل الأوروبية ثلاثة شروط مجتمعة للقول بوجود الآثار المنسقة للتجميع تتمثل في أن:

1- كل عضو في إحتكار الأقلية يجب أن يكون له القدرة على معرفة سلوكيات باقي الأعضاء حتى يمكن التكيف (التأقلم) مع خطة عمل البقية و لا يتحقق ذلك إلا إذا كانت درجة شفافية السوق تسمح للمؤسسات العاملة فيه أن تراقب بعضها البعض، و نجد من العوامل الكفيلة في تحديد درجة شفافية السوق، مدى تجانس المنتجات و مدى توافر المعلومات الهامة ، و هي تخص أساسا الأسعار و حجم المبيعات إضافة إلى مدى وجود الصلات الهيكلية و الإقتصادية بين القلة المسيطرة.

¹ NICOLAS PETIT OP. CIT P 405 et 406 N1184-1185.

2- حتى تحقق السيطرة الجماعية أهدافنا و تتفادى خروج بعض المؤسسات عن الإستراتيجية الجماعية المرسومة أنفاً، تعتمد المؤسسات المنسقة إلى سن آلية لردع و معاينة المؤسسة المخالفة لبنود الإتفاق هذا ما يدفع المؤسسات إلى التفكير جيداً قبل الإقدام على أي سلوك مخالف، و يؤدي بها إلى الموازنة بدقة بين المكاسب الناتجة عن الإلتزام بإطار التنسيق و تلك الناتجة عن مخالفته.

3- عدم تأثر المؤسسات المنسقة بأي رد فعل يكون صادر عن المنافسين الموجودين أو المحتملين أو حتى قبل المستهلكين لمواجهة نتائج التنسيق الذي قديمس الأسعار أو حجم المعروض من المنتوجات ... إلخ، فإذا انتفت هذه القدرة (عدم التأثير برد فعل المنافسين) فلا يمكن إثبات وجود التواطأ الضمني.¹

ثانياً: الآثار غير التنافسية للتجميعات العمودية:

على خلاف التجميعات الأفقية فإن التجميعات العمودية كما مر معنا يقصد بها عمليات الإندماج التي تتم بين مؤسسات أو مشاريع تعمل في مستويات إنتاج مختلفة إلا أنها متكاملة يكمل بعضها البعض مثل اندماج شركات حلج القطن أو غزله أو نسجه و تصنيعه، و نلاحظ أن الشركات المذكورة تعمل في نشاط واحد هو تصنيع القطن و لكن في مجالات نشاط مختلفة فمنها من يعمل بالحلج²، و الثاني بالعزل أما الأخير يعمل بالنسج و التصنيع.³ و ليس للتجميعات الرأسية مبدئياً آثار ضارة بالمنافسة كونها لا تؤدي إلى زيادة مقدار الحصة السوقية للمؤسسات العضوة.⁴

غير أنها قد تثير مخاوف ، لما قد يترتب عليها من التقليل في قدرة المشروعات المنافسة على الولوج إلى الأسواق المعنية سواء على مستوى الإنتاج أو التوزيع، فعلى سبيل المثال إذا تمت عملية الإندماج ما بين مورد المواد الأولية الخام و المنتج النهائي للسلعة قد يؤدي ذلك إلى الحد من قدرة المنتجين الآخرين على الحصول على المواد الأولية اللازمة لإنتاج منتجاتهم و هو ما يسمى إعاقه المنبع

¹ TUE.T-342/99-AIRTOURS PLS contre commission.

² حلج القطن: ندفه حتى خلص الحب منه، و يسمى الشخص الذي يحترف هذه المهنة الحلج و يستخدم آلة تسمى المحلاج، المنجد في اللغة و الأعلام، الطبعة الثالثة و الأربعون (43) 2008 دار الشروق-بيروت لبنان.

³ محمود صالح قائد الأرياني مرجع سابق ص 35.

⁴ « La concentration verticale n'a pas , a priori d'impact sur la concurrence, car elle ne conduit pas à une addition de parts de marche » Maire Malaurie-Vignal, OP CIT P325 N 768.

و بالتالي غلق السوق كما هو الشأن لإندماج منتج للفيتامينات الضرورية لصناعة بعض الأدوية مع مصنع (أو مخبر) للأدوية.¹ كذلك عندما يسيطر المنتج على قنوات التوزيع الرئيسية فإنه يستطيع نتيجة لذلك الحد من قدرة منافسيه على توزيع منتجاتهم و هو ما يسمى بإعاققة المصب و تعتبر المفوضية الأوروبية أن التكامل الرأسي بين المشروعات قد يسمح لشركة ما تمتلك البنية التحتية المناسبة و كذا الدراية الفنية و التكنولوجيا بالسيطرة على منافذ الدخول إلى السوق و لعب دور حارس البوابة.² و سبق للمفوضية الأوروبية أن عرضت عليها قضية تتعلق بالإندماج الرأسي بين شركتي AOL/TIME WERNER، حيث كانت شركة AOL رائدة في مجال الدخول إلى الأنترنت ويشمل نشاطها كافة الدول الأوروبية، في حين أن شركة TIME WERNER تخصصت في إنتاج و توزيع المواد الموسيقية و السينمائية، و قد ابغت الشركتان المفوضية نيتها في الإندماج، و بعد فحص طلبهما توصلت إلى أنه من الممكن أن يؤدي لسيطرة المشروع الجديد على سوق التوزيع الموسيقى عبر شبكة الأنترنت الأمر الذي دفع المفوضية إلى موافقة المشروطة على عملية الإندماج.³

ثالثا: الآثار غير التنافسية للتجميعات المختلطة:

أشرنا سابقا إلى أن الإندماجات المختلطة هي إتحاد شركتين أو أكثر كانت تعمل في خطوط تجارة مختلفة و لم يكن هناك علاقة أو صلات تجارية فعلية بينها، كما اعتبرت اندماجات مختلطة كل الإندماجات الأخرى التي لا يمكن تصنيفها على أنها أفقية أو عمودية.

و لا تثير الإندماجات المختلطة هي الأخرى آثار غير تنافسية لكونها لن تساهم في زيارة الحصة السوقية للمنشأة الجديدة علاوة على أن أعضاء الإندماج يعملون في أنشطة تجارية أو صناعية مختلفة، و على الرغم من غياب العلاقات الأفقية أو العمودية (الرأسية) إلا أن تلك الإندماجات تثير بعض المخاوف من أضرارها غير التنافسية بسبب قدرتها على الجمع بين عدة عناصر مختلفة و لكنها مؤثرة مثل المنتجات التكميلية براءات الإختراع و حق المعرفة الفنية، كما قد يساهم التجميع المختلط في زيارة الموارد المالية لأحد أطرافه مما يسهل قدرته على توفير التمويل المالي، و هذا ما يثير مخاوف المفوضية الأوروبية من قدرة المشروعات

¹ CHRISTIAN GAVALDA-GILBERTPARLEANT-BENOIT LECOURT, Droit des affaires de l'union européenne LEXIS NEXIS, 7 éme édition 2015 P 481.N790.

² أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 338.

³ Décision de la commission du 11 septembre 2000, AOL/TIME WERNER.

المنضوية تحت هذه التجميعات المختلطة على الجمع بين التقنية الفنية و التمويل المالي.¹

و ترى المفوضية الأوروبية أن هذا التجميع يمكن أن يؤدي إلى نشأة ما يسمى « بأثر الرافعة L'effet de levier » و هو مصطلح معروف لدى علماء الاقتصاد و يقصد به مقدرة مؤسسة حائزة على وضعية هيمنة في سوق معين على توسيع حجم مبيعاتها إلى سوق ثان عن طريق القيام بعملية توأمة Jumelage فحسب هذه النظرية يكون هناك تأثير على المنافسة عندما تستخدم المنشأة المندمجة قوتها السوقية على المنتج محل السيطرة كرافعة Un levier للتوسع نحو منتجات أخرى.²

فتقوم على سبيل المثال بربط المنتج محل السيطرة المسمى المنتج الرابط Le produit liant

بشراء المنتج غير خاضع السيطرة المسمى المنتج المربوط Le produit lié و نكون أمام حالة التوأمة، كما يمكن أن تبيع المنتجين معا دون أن تترك للعميل الفرصة لإختيار أحدهما فقط

(Couplage pur)، أخيرا بإمكان المنشأة المندمجة ضبط جدول الأسعار بحيث يباع المنتجين معا (محل السيطرة و المنتج الثاني) بسعر أقل من سعرهما لو بيعا كل واحد منفردا كالإنقاص من سعر المنتج المربوط بالمقارنة مع سعره لو بيع منفردا (couplage mixte)³، و سيؤدي هذا الأمر مع مرور الوقت إلى استبعاد المشروعات المنافسة التي لا تمتلك نفس المقدرة، لكون العملاء حصلوا على منتجاتهم التي يريدونها إضافة إلى منتجات أخرى بأقل سعر، كما يرتبط تقييم الإندماجات المختلطة كذلك بما يعرف بمحفظة القوة Le pouvoir de portefeuille–L'effet de portefeuille و يقصد بها حيازة مؤسسة ما لمحفظة أو مجموعة من العلامات التجارية بما فيها العلامات

¹أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 338.

² « L'effet levier c'est la possibilité, pour une entreprise détenant une forte position dans un marché d'étendre des ventes sur un second marché, notamment par des pratiques de jumelage, dans cette théorie d'atteinte à la concurrence, l'entité fusionnée utilise son pouvoir de marché sur un produit comme un levier d'extension vers d'autres produits » N. Petit OP CIT P 415 N 1215.
IBID³

الشهيرة¹، كذلك مفهوم أثر التشكيلة L'effet de gamme و تعني به إجتماع (تواجد) مختلف الأنواع من المنتجات في نفس العرض.²

و عرضت على المفوضية الأوروبية قضية تناولت مفهوم محفظة القوة و هي تتعلق بقضية Guinness/Grand Métropolitain حيث أن كلتا الشركتين تعملان في سوق الإنتاج المشروبات الكحولية و كذا الجعة BIÈRE و كانت كل واحدة متخصصة في نوع معين من الكحول و اعتبرت اللجنة الأوروبية أن كل واحد من هذه الأنواع من المشروبات الكحولية يشكل سوق متفرع Sous-marché و مختلف عن الآخر، و أن القيام بجمع هذه المشروبات الكحولية في حيازة منشأة واحدة من شأنه أن يؤدي إلى بروز أثر الرافعة L'effet levier فبإمكان المنشأة الجديدة توسيع سيطرتها على بعض المشروبات الكحولية ليمتد ليشمل مشروبات كحولية أخرى.³

و وضعت اللجنة الأوروبية من خلال هذه القضية بعض الشروط للجوء إلى نظرية محفظة القوة لإثبات الآثار غير التنافسية للتجميعات المختلطة و تتمثل في ما يلي:

1- ضرورة توافر محفظة واسعة النطاق عبر امتلاك عدد من العلامات التجارية ذات الصلة أكبر مما لدى المشروعات المنافسة.

2- تواجد المشروع المعني في موقف سوقي أفضل من موقفاقي المنافسين له في السوق.

3- قوة طلب المستهلكين على منتجات المشروع المعني.

4- غياب القدرة الشرائية الموازية، بمعنى قدرة المشروع المعني على التصرف دون الإلتفات أو الخوف من ردود أفعال مستهلكيه بالإننتقال إلى المنتجات البديلة التي يعرضها باقي المنافسين.

5- صعوبة دخول المشروعات المنافسة إلى السوق، فكلما كانت حواجز الدخول أمام المشروعات المنافسة عالية، زادت الإستفادة من مزايا محفظة القوة و العكس صحيح.⁴

و بالرغم مما سبق التعرض له من أن التجميع أضحي وسيلة تستعملها المؤسسات لتدعيم أو إنشاء وضعية الهيمنة و الإستحواذ على المزيد من الحصص في السوق، غير أنها قد

¹ « L'effet de portefeuille provient de la détention par un même groupe d'un portefeuille de marques notoires dont des marques incontournables ».

² « L'effet de gamme résultent de l'addition de différents produits dans une même offres » Marie Malaurie – vignal, Droit de la concurrence interne et européen OP CIT P 325 La marge 1 et 2.

³ Décision de la commission du 15 octobre 1997. IV/M . 938. Guinness/ Grand Métropolitain.

⁴ نقلا عن أسامة فتحي عبادة مرجع سابق ص 340.

تكون بالعكس وسيلة لمواجهة السيطرة و الإحتكار، كما حدث في الدول الأوروبية لمواجهة سيطرة الشركات الأمريكية على أسواقها لاسيما في غرب أوروبا.¹ و بعد أن تعرضنا إلى التجميعات بإعتبارها وسيلة هامة لإنشاء أو تقوية المركز المهيمن نعرض إلى المطلب الثاني الذي يتعرض إلى حقوق الملكية الفكرية و الصناعية كوسيلة ثانية للوصول إلى وضعية الهيمنة.

المطلب الثاني:

حقوق الملكية الفكرية و الصناعية

أصبح الإبتكار و المنافسة عاملين مهمين من أجل تقدم أي مجتمع، و غنى عن البيان أن من عوامل الإزدهار و النمو الإقتصادي لأي دولة وجود نظام قانوني قوي و متكامل يحقق الحماية القانونية للمبتكرين على اختراعاتهم و حماية المشروعات المتنافسة من خطر التقليد أو السطو على عناصر الملكية يوجه عام، فحماية الملكية الفكرية تمثل إحدى وسائل التنمية التكنولوجية بإعتبار أن تلك الحماية تؤدي إلى المزيد من الإبداع و الإبتكار و تشجيع نقل التكنولوجيا و جذب الإستثمارات.²

و تنقسم حقوق الملكية الفكرية إلى فرعين رئيسيين و هما الملكية الصناعية و الملكية الأدبية و الفنية المتعلقة على العموم بحقوق المؤلف، و ستكتفي في هذه الدراسة بالتعرض لحقوق الملكية الصناعية بإعتبارها الأكثر أهمية في الحياة الإقتصادية المعاصرة كما أن لها علاقة وثيقة بالمنافسة في السوق، و تعرف حقوق الملكية الصناعية بأنها مجموعة الحقوق التي ترد على منقولات معنوية و ليس أشياء مادية، و تمنح صاحبها حق احتكار استغلالها أو استعمالها، و هذه الحقوق منها ما قد يكون موضوعه مبتكرات جديدة كبراءات الإختراع و الرسوم و النماذج الصناعية، و أخرى يكون الهدف منها تمييز المحل أو سلع و منتجات التاجر كالعلامة التجارية و الإسم التجاري³ و أجمع الفقه على تصنيف هذه الحقوق ضمن نطاق الحقوق المعنوية التي تتوسط بين الحق العيني و الحق الشخصي و لا تختلط بهما، كما أن لها إستقلالية خاصة تجعلها متميزة عن باقي أنواع الحقوق الأخرى.⁴

فالملكية الصناعية و التجارية تختلف عن الملكية العادية من حيث المحل و المدة، ففي الوقت الذي ترد الأولى على ابتكارات ذهنية و هي أشياء معنوية، نجد أن محل الثانية أشياء مادية، و من ناحية أخرى فإن الملكية الصناعية و التجارية هي ملكية مؤقتة

1 محمود صالح قائد الأرياني مرجع سابق ص 10.

2 عمر محمد حماد مرجع سابق ص 276.

3 سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الاعمال - وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 - دار النهضة العربية الطبعة الثانية 2003 - 2004 ص 358.

4 زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية - دراسة مقارنة - دار الحامد للنشر و التوزيع الأردن الطبعة الثانية 2007 ص 07.

محدودة بمدة معينة و هذا بخلاف الملكية العادية التي هي مؤبدة¹ و نشاط الرأى الذي ذهب إلى أن حقوق الملكية الصناعية الفكرية و ما تمنحه لمالكها من حق إحتكار و استغلال إضافة إلى منع الغير من التعدي على هذه الحقوق لا يعد في حد ذاته إساءة استغلال لوضعية الهيمنة، ولكن بدون إمتيازات حقوق الملكية الفكرية لم يكن في إمكان إبي مالك لهذه الحقوق أن يتعسف عند استغلاله للإحتكار الممنوح له، إذن حقوق الملكية الفكرية بوجه عام تلعب دورا محوريا في إنشاء وضعية الهيمنة، فهي التي ستسهل على المؤسسة المعنية القيام بممارسات منافية للمنافسة في السوق المعني². و لدراسة الدور الذي تلعبه حقوق الملكية الصناعية في إنشاء أو تدعيم وضعية الهيمنة و أثر ذلك على المنافسة نتعرض ضمن هذا المطلب إلى كل من براءة الإختراع و العلامة التجارية كل في فرع مستقل، حيث ستقتصر الدراسة عليهما فقط دون التعرض إلى الرسوم و النماذج الصناعية و الإسم التجاري لكون تأثيرها قليل على المنافسة بالمقارنة مع كل من البراءة و العلامة التجارية.

الفرع الأول:

براءة الإختراع

تعتبر براءة الإختراع بحق نواة أو جوهر حقوق الملكية الصناعية و هي ترتبط إرتباطا وثيقا بتطور الحضارة البشرية و التي عرفت في مختلف مراحل تطورها العديد من الإختراعات بدءا من إختراع النار إلى أن وصلت إلى إختراع الإنترنت³.

و بالنظر إلى أهمية براءة الإختراع في رقي و تقدم البشر، أصبحت حمايتها شرط أساس لوجودها، فحسب جانب من الفقه لا يمكن أن نتوقع أن يستمر الباحثون و لاسيما المؤسسات في القيام بالأبحاث دون التأكد أن الإبتكارات الناجمة عنها سوف لن يسطو عليها منافسوهم و يستغلونها، لذلك كان لابد من إيجاد نظام لحماية

¹ سامي عبد الباقي – قانون الأعمال – مرجع سابق ص 358.

² « L'exercice du droit de propriété intellectuelle ne constitue pas en lui-même l'exploitation abusive de la position dominante, mais sans le droit de propriété intellectuelle la pratique anticoncurrentielle n'aurait pu exister ou produire d'effet efficacement, le droit de propriété intellectuelle « joue un rôle dans le cadre de l'exploitation abusive » ou « contribue a une position dominante » etc le droit de la propriété intellectuelle crée une situation de fait qui permet à une entreprise de mettre en œuvre efficacement une pratique anticoncurrentielle sur le marché » Georges Décocq, regard sur le droit des abus de position dominante droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante. Publié sur le site web W.W.W.COUR DU CASSATION. FR.

³ عجة الجليلي، أزمتات حقوق الملكية الفكرية (أزمة حق أم أزمة قانون ، أم أزمة وصول إلى المعرفة)، دار الخلدونية طبعة 2012 ص 265.

الإختراعات، و ظهر نتيجة لذلك نظام براءة الإختراع سعت من خلاله القوى الإقتصادية العالمية للاهتمام بمجال الملكية الفكرية عموما و ذلك في سبيل الحفاظ على المحفزات للإبتكار الصناعية، و سنعرض من خلال هذا الفرع إلى تحديد مفهوم البراءة ضمن أولا، ثم حق إحتكار استغلال البراءة في نقطة ثانيا، و أخيرا حماية البراءة.

أولا: تعريف براءة الإختراع

يقصد ببراءة الإختراع « الشهادة التي تمنحها الدولة للمخترع و يكون له بمقتضاها حق إحتكار و إستغلال إختراعه ماليا لمدة محددة و بأوضاع معينة¹، كما عرفها آخرون بأنها» صك تصدره الدولة للمخترع الذي يستوفى إختراعه الشروط اللازمة لمنح براءة إختراع صحيحة يمكنه بموجبه أن يتمسك بالحماية التي يسبغها القانون على الإختراع²»

كما اعتبر جانب من الفقه أن براءة الإختراع «هي الوثيقة التي تسلمها المصلحة المختصة و التي تتضمن كشف أوصاف الإختراع حتى يتمكن المخترع من التمتع بإنجازه بصورة شرعية³»

و يرجع ظهور براءات الإختراع إلى القرنين الرابع و الخامس عشرة، حيث أثبتت مختلف الدراسات أن الملوك في أوربا إعتادوا على منح إمتيازات للمخترعين تخولهم إحتكار إستغلال إختراعاتهم لمدة كانت تختلف في كل حالة عن الأخرى، بل كان الأمر متروكا لمحض إرادة الملوك، سواء تعلق الأمر بمبدأ الحماية أو تحديد شروطها و أثارها، و كانت هذه الحماية إما في شكل إمتياز أو براءة غير أن كلاهما كان يرتب إحتكار لاستغلال الإختراع لمدة معينة⁴ بناء على التعاريف المذكورة أنفا يتبين أن القانون يعتبر براءة الإختراع و ما تخوله لصاحبها من إستئثار لإستغلالها يدل على أنه يعتبر الإختراع قيمة من القيم الإقتصادية التي يتعين تنظيم كيفية إستغلالها، و يستوجب القانون توافر جملة من الشروط الموضوعية لإمكان الحصول على براءة الإختراع، علاوة عن وجود توافر بعض الشروط الشكلية و هي تتعلق على الخصوص بإتخاذ الإجراءات اللازمة لإستصدار البراءة.

¹ سميحة القلوبوي الملكية الصناعية، دار النهضة العربية الطبعة العاشرة 2016 ص 55.
² حسام الدين الصغير، مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية المنامة - البحرين - 16 جوان 2004 ص 03، أشار إليه عمر محمد حماد مرجع سابق ص 282.

³ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري - الحقوق الفكرية - ابن خلدون للنشر و التوزيع الجزائر 2006 ص 16 .

⁴ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 283.

و تتمثل الشروط الموضوعية في ضرورة وجود إختراع و أن يتصف الإختراع بالجدة، و أن يكون قابلاً للتطبيق الصناعي، و يقصد بشرط وجود إختراع أن يتضمن هذا الأخير ابتداءً يضيف به المخترع قدراً إلى ما هو معروف من قبل، أو هو إيجاد لشيء جديد لم يكن موجوداً من قبل أو إكتشاف شيء و إبرازه في المجال الصناعي¹، و ينصرف معنى الجدة في الإختراع إلى عدم علم الغير بسر الإختراع قبل طلب البراءة عنه، فلا يكفي أن يكون الإختراع جديداً في موضوعه أو أن يقوم أساساً على فكرة إبتكار شيء، بل يجب أن يكون هذا الإحتكار الجديد غير معروف سره إلى الغير قبل طلب البراءة فإذا علم بسر الإختراع بعد التوصل إليه و قبل الحصول على البراءة أصبح هذا الإختراع ملكاً للمجتمع²، أما شرط القابلية للتطبيق الصناعي فنعني بها أن يكون الإختراع قابلاً للصنع أو الإستخدام في أي نوع من الصناعة³، مثل إختراع سلعة أو آلة أو مادة كيميائية معينة أو أي شيء ملموس يمكن الإستفادة به عملاً و تطبيقه في المجال الصناعي و إمكان إستغلاله إستغلالاً صناعياً⁴.

أما الشروط الشكلية فتتمثل على الخصوص في الطلب الذي يتعين أن يحتوي على مجموعة من البيانات إضافة إلى بعض الوثائق الإجبارية و لاسيما الرسوم الخاصة بالإيداع ... إلخ.

إضافة إلى وصف تفصيلي للإختراع، و بعد إستيفاء الطلب للشروط يتم تسليم البراءة للمودع.

و يترتب على الحصول على براءة الإختراع بصفة رسمية مجموعة من الآثار لعل أهمها الحق في إحتكار إستغلال البراءة وحده فيكون له نتيجة لذلك إستعمال الإختراع و استغلاله مالياً، و له في هذا الشأن ترخيص استغلال براءة إختراعه للغير أو المساهمة بها في شركة و بالتالي تمكينه من جني أرباح من وراء هذا الإستغلال، و تبعا لهذا الحق كذلك يترتب لفائدة صاحب البراءة الحق في حماية البراءة من أي تعرض أو تعدي يقع من قبل الغير في مقابل كشف سر الإختراع للمجتمع، غير أن حق إحتكار البراءة ترد عليه بعض البنود تحد من إطلاقه. و بعد أن عرضنا لمفهوم البراءة نتناول فيما يلي حق إحتكار إستغلال براءة الإختراع في ثانياً.

¹ هني محمد دويدار، نطاق إحتكار المعرفة بواسطة السرية دار الجامعة الجديدة للنشر - مصر - 1996 ص 101.

² سميحة القليوبي مرجع سابق ص 109 - 110.

³ فرحة زراوي، مرجع سابق ص 82.

⁴ سميحة القليوبي مرجع سابق ص 130.

ثانياً: حق إحتكار استغلال براءة الإختراع

تعتبر البراءة مكافأة يمنحها المجتمع للمخترع، و ذلك في شكل احتكار مؤقت لإستغلال الإبتكار أو الإختراع الذي يكون توصل إليه فالإختراع وليد عمل المخترع و ثمرة مجهوداته الذهنية، و عرفانا بهذا المجهود و الإنجاز المحقق يقوم المجتمع بمكافئة و منح حق استنثار مؤقت لإستغلال إختراعه وفقاً للشروط التي يقررها القانون، و ذلك مقابل قيام المخترع بالإفصاح عن الإختراع حتى يتمكن غيره من العاملين في الفن الصناعي من استغلاله و استعماله بعد إنقضاء فترة الإستنثار (الإحتكار) المقررة للمخترع.¹

و يثير موضوع إحتكار استغلال البراءة مجموعة من التساؤلات أهمها أصحاب الحق في استغلال البراءة، مضمون إحتكار الإستغلال.

أ – أصحاب الحق في استغلال براءة الإختراع:

الأصل أن يرجع الحق في البراءة على الإختراع إلى المخترع أو خلفه، و المخترع –إذا لم يثبت إغتصاب الإختراع – هو أول من قام بإيداع طلب البراءة أو أول من طالب بأقدم أولوية لمثل هذا الطلب.² غير أن الإشكال يثور عندما نكون أمام إختراع من قبل شخصين و هنا نفرق بين حالتين.

1- صاحب الحق في البراءة خارج أية علاقة تعاقدية:

مبدئياً يرجع الحق في البراءة عند إنجاز نفس الإختراع من قبل شخصين أو أكثر خارج العلاقة التعاقدية إلى أول مودع لكونه غالباً ما يكون هو المخترع الأول و الحقيقي و هذا ما جاء النص عليه من خلال المادة 13 من الأمر 07/2003.³ و يرد على هذا المبدأ استثناء، حيث أجاز المشرع الجزائري – أسوة بالمشرع الفرنسي – لمن حاز عن حسن نية عند تاريخ إيداع طلب البراءة أو تاريخ الأولوية المطالب به قانوناً، الإستمرار في صنع المنتج أو استخدام طريقة الصنع موضوع الإختراع المحمي قانوناً، أو كان قام بتحضيرات معتبرة قصد مباشرة هذا الصنع أو الإستخدام يرخص له الإستمرار في ذلك شريطة أن يكون حسن النية.⁴

2- صاحب الحق في البراءة في إطار علاقة تعاقدية:

¹ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 286 – 287.

² فرحة زراوي مرجع سابق ص 123.

³ الأمر رقم 07/2003 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءات الإختراع، ج.ر. عدد 44 المؤرخة في 23 جويلية 2003.

⁴ المادة 14 من الأمر رقم 07/2003.

و نعني بها الإختراعات التي تكون نتيجة تنفيذ التزامات تعاقدية، وغالبا ما تتخذ إما شكل عقد عمل يتضمن القيام بمهمة إختراعية تسند إليهم صراحة¹، إما أن ينجز إختراع من قبل شخص أو عدة أشخاص بناء على إتفاقية و ذلك بإستخدام تقنيات الهيئة المستخدمة أو وسائلها².

و تبعا لذلك يتحدد صاحب البراءة بالإستناد إلى وجود أو عدم وجود الإتفاق، فيمنح الحق في البراءة إلى المخترع إذا نص الإتفاق صراحة على ذلك³، أو إذا تنازلت الهيئة عن حقها، و خلافا لذلك يرجع الحق في البراءة إلى الهيئة إذا نص الإتفاق على ذلك⁴، أو بحكم القانون في حالة عدم وجود إتفاق⁵.

أما في حالة ما إذا كانت البراءة مملوكة لعدة أشخاص على الشيوخ سواء نتج الشيوخ بسبب وفاة صاحب البراءة و خلف ورثة و راءه، أو تنازل عن البراءة لفائدة أشخاص أو كانت البراءة نتيجة عقد مشترك بين عدة مخترعين، ففي هذه الحالة فإن الإتفاق هو الذي ينظم وسيلة الإستغلال فيما بينهم، و في حالة عدم الإتفاق يكون لكل منهم حق إحتكار إستغلال البراءة بمفرده كما لو كان هو وحده صاحب البراءة⁶.

ب- مضمون إحتكار الإستغلال:

تخول براءة الإختراع مالكها دون غيره الحق في إستغلال الإختراع بكافة الطرق الممكنة، نتيجة لذلك لا يجوز للغير التعرض لما لك البراءة في إستغلال الإختراع أيما كان وجه الإستغلال⁷.

و يقصد بإستغلال براءة الإختراع « الإفادة منه ماليا بالطرق و الوسائل التي يراها صاحب البراءة صالحة لذلك كإستعمال الشيء موضوع الإبتكار بصنعه أو طرحه للبيع أو منح ترخيص بإستغلاله للغير أو أي طريق آخر من طرق الإستغلال الممكنة و لا يقيد في ذلك سوى أن يكون إستغلاله للإختراع مشروعاً⁸. و عليه يشمل الإستغلال الحق في صنع المنتج موضوع البراءة و إستعماله، الحق في إستعمال طريقة الصنع موضوع الإيداع و تسويقها و استخدام المنتج

1 الفقرة الأولى من المادة 17 من الأمر 07/2003.

2 الفقرة الأولى من المادة 18 من الأمر 07/2003.

3 المادة 17 الفقرة الثالثة من الأمر 07/2003.

4 المادة 18 من الأمر 07/2003.

5 الفقرة 02 المادة 17 من الأمر 07/2003، لتفاصيل أكثر أنظر فرحة زراوي مرجع سابق ص 128 و ما بعدها.

6 سميحة القليوبي مرجع سابق ص 244.

7 هاني محمد دويدار مرجع سابق ص 145.

8 سميحة القليوبي مرجع سابق ص 244.

الناجم من مباشرة تطبيق الطريق و كذا تسويقه، و على العموم يكون له الحق في إستثمار إختراعه و كذلك منع الغير من استغلال إختراع دون رخصة¹.
و يعتبر حق الإستثمار بإستغلال براءة الإختراع المقابل الذي ينتظره المخترع نتيجة إفشائه سر إختراعه (و نقصد الوصف التفصيلي للإختراع) عند تقديم طلب الحصول على البراءة، وهذا تشجيعا للمخترعين حتى يبادروا إلى تقديم طلباتهم للحصول على البراءة حتى لا تبقى سرية لا يستفيد منها المجتمع²، و لتحقيق هذا الهدف يمنح القانون للمخترع و لفترة محدودة حقا إحتكاريا لاستغلال الإختراع، نتيجة لذلك أصبحت تشكل براءات الإختراعات بالنسبة للمصانع أهمية كبرى لأنها تعد قوام إنتاجها و رأسمالها الذي تستثمره و يعود عليها من وراءه الربح المطلوب³.

إذن يترتب على منح البراءة للمخترع هيمنة هذا الأخير على الإختراع موضوع البراءة فلا يملك سواه إستغلال الإختراع إلا بإذنه و يكون له وحده إختيار الوسيلة التي تزوق له في مباشرة حق الإستغلال و الإنتفاع فبإمكانه إنشاء مشروع لتصنيع إختراعه و تسويقه⁴، و هي حالة نادرة لاسيما إذا كان المخترع شخص طبيعي فإستثمار إي إختراع يتطلب في غالب الأحيان إمكانيات مادية و بشرية كبيرة عادة ما لا تتوفر لدى المخترع لاسيما المبتدأ، كما يستطيع تقديم براءة الإختراع كحصة في شركة و يخضع في هذه الحالة للأحكام العامة للشركات التجارية، في هذا الصدد إما أن يكون تقديم البراءة بصفة منفردة أي منح البراءة لوحدها، أو أثناء تقديم محل تجاري بإعتبارها عنصرا من عناصرها المعنوية، و يخضع في هاتين الحالتين للأحكام الخاصة بالتقديمات العينية، فضلا عن إجراءات الشهر، و يكون تقديم البراءة للشركة إما على سبيل الملكية و هي تأخذ حكم التنازل عن البراءة، و ترتب نفس أثارها و أهمها إنتقال ملكية البراءة من المقدم (صاحب البراءة) إلى الشركة⁵، كما يمكن أن تقدم البراءة على سبيل الإنتفاع و يترتب على ذلك أن ملكية البراءة لا تنتقل إلى الشركة و يكون لهذه الأخيرة الحق في الإستعمال و قبض ثمارها و هي عملية أشبه بالترخيص⁶.

كذلك يمكن لمالك البراءة أن يمنح للغير ترخيصا بإستغلال البراءة لمدة معينة مقابل مبلغ يتفق عليه الطرفان، و لكون براءة الإختراع عبارة عن مال منقول معنوي فهي تنطبق عليها العديد من العقود فبإمكان مالك البراءة التنازل عنها لفائدة الغير ، و هنا

¹ فرحة زراوي مرجع سابق ص 150-151.

² سميحة القليوبي مرجع سابق ص 206.

³ زينة غانم عبد الجبار الصغار مرجع سابق ص 87-88.

⁴ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 287.

⁵ فرحة زراوي مرجع سابق ص 150-151.

⁶ نفس المرجع ص 152.

نفرق بين ما إذا كان التنازل بمقابل و هنا نطبق عليها أحكام عقد بيع المنصوص عليها في القانون المدني، إما أن يكون هذا التنازل بدون مقابل و هنا نطبق عليها أحكام عقد الهبة و تخضع في هذه الحالة لأحكام قانون الأسرة إضافة إلى القانون المدني، كما يمكن رهن البراءة (رهن حيازي) قصد الحصول على أموال و في هذه الحالة تعتبر البراءة لضمان لسداد القرض.

ثالثا: حماية براءة الاختراع:

عني عن البيان أن براءة الاختراع سواء بقيت ملكيتها في يد صاحبها الأول (و نقصد المودع) أو انتقلت ملكيتها إلى الغير، فهي تمكن المالك من إستنفاد جميع وسائل الحماية المدنية و الجزائية التي من شأنها رد تعرض الغير لمالك البراءة في استغلاله الإستثنائي للاختراع¹.

هذه الحماية تكون وطنية كما قد تمتد لحماية دولية، ولا تعني هذه الأخيرة وجود براءة إختراع عالمية لأن الأصل أن نظام البراءات نظام إقليمي، غير أن هذا لا يمنع صاحب براءة وطنية أن يودع طلبا دوليا طبقا للإجراءات المنصوص عليها في إتفاقية واشنطن بشأن التعاون في مجال البراءات فعلى ضوء هذه الإتفاقية يتحول الطلب الدولي إلى طلبات وطنية متعددة و ليس إلى براءات و تقوم كل دولة بفحص الطلب على حدة مع الإشارة إلى أنها غير ملزمة أو مقيدة ببراءات دولة أخرى، و نذكر كذلك نظام براءات الأوربية الذي يعد نظاما إقليميا يغطي فقط دول الإتحاد الأوربي².

و تجدر الإشارة إلى أن صاحب البراءة قد يلجأ في بعض الأحيان إلى نوع خاص من الحماية لإخترعه يتمثل في اللجوء إلى الحماية المقررة للأسرار الصناعية و التجارية³.

كما هو الحال بالنسبة للشركة الأمريكية كوكاكولا المختصة في المشروبات الغازية هذه الأخيرة تحمي صيغة المنتج (مكونات المشروب الغازي) كسر تجاري منذ أكثر من مائة سنة، ولعل الحكمة من وراء تفضيل قانون الأسرار التجارية على براءة الخترع يرجع إلى أن قانون الأسرار التجارية الذي يوفر حماية أطول بالمقارنة مع تلك الممنوحة لبراءة الاختراع⁴.

1 هني محمد دويدار مرجع سابق ص 146.

2 عجة الجيلالي مرجع سابق ص 270.

3 تعرف الأسرار التجارية و الصناعية على أنها « تلك المعلومات السرية ذات القيمة الإقتصادية و التي يتخذ حائزها بشأنها تدابير جدية للمحافظة عليها » بوقميجة نجبية. المنافسة غير المشروعة في ميدان الملكية الفكرية برسالة دكتوراه جامعة الجزائر – 1 – كلية الحقوق- بن عكنون 2013-2014 ص 115.

4 عجة الجيلالي مرجع سابق ص 270.

و نتيجة للحق الإحتكاري (الإستثنائي) للبراءة و الحماية المقررة له يتمتع على الغير إستغلال الإختراع بأية وسيلة و هكذا لا يجوز للغير أن يستعمل هذا الإختراع أو يصنعه أو يقوم بإستغلاله و لو كان ذلك لغرض غير تجاري، إذن التعدي من قبل المنافسين يتخذ صور متعددة، فقد يكون بتقليده و ذلك بصنع نفس الشيء المخترع، أو محاكاته حتى لو لم تكن باتقان، و بيع إختراع مقلد ، أو بإستعماله دون إذن صاحبه، أو بالإدعاء بأن المنتج قد حصل على براءة إختراع، مما يؤدي إلى تضليل العميل حول المنتج¹، تبعا لهذا الحق يحق لصاحب البراءة متابعة قضائيا كل من ثبت قيامه بأي تصرف يشكل جنحة التقليد.

و يتسع مفهوم منح الغير ليشمل البراءة التي يكون موضوعها عملية تصنيعية فبموجب هذا الحظر يمنع على أي شخص الإستخدام الفعلي للطريقة (سواء تعلق الأمر بإختراعه طريقة جديدة أو إختراع تطبيق جديد لوسائل معروفة) دون موافقة صاحب البراءة و من صور إستخدام أو عرض للبيع أو الأستيراد².

رابعا: أثر براءة الإختراع على المنافسة:

يبدو للوهلة الأولى أن هناك تعارض ما بين قانون المنافسة و القانون المتعلق ببراءات الإختراع باعتباره جزءا من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية فهذا الأخير يسعى إلى منح أصحاب هذه الحقوق سلطة الإحتكار و الإستثنائها بها عكس قانون المنافسة الذي يمنع الإحتكار المطلق لكن في حقيقة الأمر فإن قانون المنافسة يسعى إلى تحقيق فرص أفضل لأصحاب حقوق الملكية الفكرية بإحداثه لتوازن ما بين مصلحة صاحب الحق الفكري و مصلحة السوق³، فمنح المخترع حق احتكار إستغلال إختراعه هو إستثناء على مبدأ تحريم (منع) الإحتكارات و هو إستثناء فرضته طبيعة الحق نفسه و أمثله حاجات المجتمع، و لقد قامت أغلب التشريعات الحديثة بتقنين هذا الحق رغبة في مكافأة المخترع و منحه فرصة ليسترد ما أنفقه من أموال و جهده في سبيل الوصول إلى الإختراع، و لدراسة أثر براءة الإختراع على المنافسة نتناول الموضوع من جهتين الأولى دور البراءة في تقوية المركز المهيم ، و في نقطة ثانية من حيث محدودية تأقيت حق احتكار إستغلال البراءة.

1- دور البراءة في تقوية المركز المهيم:

بداية نشير إلى أن براءات الإختراع و ماتمنحه من حق إشكار الإستغلال و كذا الحماية المقررة ساهمت بشكل في تدفق رؤوس الأموال و إيجاد حوافز متزايدة للإبتكار و إزدهار مختلف الأسواق، فلقد برهنت مختلف الدراسات و الإحصائيات

¹ محمد نصر محمد، الحماية الدولية و الجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة و الإحتكار، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع الطبعة الأولى 2016 ص 382.

² سميحة القليوبي مرجع سابق ص 247.

³ عجة الجيلالي مرجع سابق ص 201.

حول دور براءات الإختراع في زيادة أرباح الشركات، فنجد أن الشركات الحاصلة على براءات إختراع استطاعت تحقيق أرباح خيالية نتيجة لإستغلالها لبراءات الإختراع، وذكر الفقه بعض الأمثلة تذكر منها:

1- حصلت شركة أي بي أم (IBM) الأمريكية عام 2000 على حوالي 2800 براءة إختراع، و بذلك تصبح رائدة في هذا المجال على مستوى العالم للسنة الثامنة على التوالي، و تمتلك هذه الشركة كذلك أكثر من 19000 براءة إختراع بـ و.م.أ و 34000 براءة إختراع أخرى حول العالم، و وصل صافي أرباح ترخيص براءات الإختراع و كذا التقنيات التكنولوجيا في هذه الشركة لوحدها 1.5 مليار دولار أمريكي عام 2000.

2- أثبت الإحصائيات أن صناعة الأدوية باليوم.أ تخسر حوالي 500 مليون دولار أمريكي سنويا في الهند وحدها بسبب سوء حماية براءة الإختراع، في حين أن نفس الصناعة تحقق عائدات بنحو 36 مليار دولار أمريكي على مستوى العالم في صورة عائدات على براءات الإختراع و ترخيصات أخرى.¹

3- لوحظ زيادة الطلبات المقدمة لتسجيل براءات الإختراع بموجب معاهدة التعاون لبراءة الإختراع الخاصة بمنظمة الملكية الفكرية من 2600 طلب عام 1979 إلى 91000 طلب تقريبا في عام 2000.²

غير أنه و بالرغم من المزايا التي تحققها براءات الإختراع إلا أن إحتكار إستغلالها لمدة طويلة و الذي يعد في نظر كثيرين حماية صارمة تؤدي إلى ممارسة سيئة للإحتكار، و في ضل بعض الظروف فإن الإحتكار قد يؤدي إلى تراكم براءات الإختراع للمحافظة على الإحتكار، حيث أصبحت تتعمد الشركة التجارية التي تتمتع بقوة احتكارية في سوق مناسبة شراء حقوق استغلال كل براءات الإختراع التي تظهر في مجال نشاطها، و ذلك بغرض منع دخول منافسين جدد للسوق و لإحكام سيطرتها، على هذه السوق.³

هذا الأمر دفع الكثيرين إلى الإعتقاد بأن براءات الإختراع تجور على حقوق الإنسان الأساسية، و يرون أن براءات الإختراع تجور على حياة الإنسان، و على الأرجح سبب إعتراضهم على الحماية التي تمنحها براءات الإختراع لشركات الأدوية و التي تمكن لهذه الشركات من المبالغة في أسعار الأدوية إلى الحد الذي

¹ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 284-285.

² نفس المرجع.

³ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة مرجع سابق ص 61-62.

يجعلها في غير متناول السواد الأعظم من سكان العالم.¹ إضافة إلى ممارسات مست حتى عملاء هذه الشركات مثل بائعي التجزئة - و تقصد الصيدلة - و كذا المستشفيات، في هذا الصدد سبق للغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية² أن أيدت قرار محكمة استئناف باريس بخصوص قضية تتلخص وقائعها في أن مخابر SANDOZ (التي أصبحت تحمل اسم NOVARTIS ابتداء من 1997) كانت في وضعية هيمنة في سوق خاص بدواء يدعى CICLOSPORINE هذا الأخير كان يسوق تحت أسماء SANDIUMMUM et Nédral و كانت الشركة المذكورة حاصلة على براءة إختراع إضافة إلى رخصة صادرة عن وزارة الصحة بموجبها تتمتع الشركة بحقوق حصرية لتسويق و توزيع هذا الدواء، حيث أن هذا الدواء CICLOSPORINE LA كان يوصف للوقاية من الأعراض التي تصاحب زرع الأعضاء في جسم الإنسان، بحيث يمكن أن يقوم الجسم بلفظ - عدم تقبل - (REJET) هذه الأعضاء الجديدة كما هو عليه الحال بالنسبة لزراعة العظام، و مختلف الأعضاء مثل الكبد، الكلى ... إلخ، في تلك الفترة لم يكن هناك أي منافس لشركة SANDOZ، و كان يعتبر هذا الدواء بالنسبة للمستشفيات التي تقوم بعمليات زرع الأعضاء ذا طابع ضروري وإلزامي لا مفر منه.

ما بين سنوات 1994-1996 اقترحت مختبرات SANDOZ على 23 مؤسسة إستشفائية جامعة (CHU) تخفيض إجمالي في أسعار مشترياتها شرط أن تشتري هذه المستشفيات حصريا مع دواء LACICLOSPORINE مجموعة أخرى من الأدوية من صنع مختبرات SANDOZ، بالرغم من أن هذه الأدوية متوفرة لدى شركات أخرى لصنع الأدوية و بالتالي فهي خاضعة للمنافسة، و أن كل رفض لشراء كل أو بعض الأدوية المقترحة من قبل مخابر SANDOZ سينجر عنه حرمانا للمستشفى المعنى من التخفيض في القيمة الإجمالية للمشتريات و بطبيعة الحال الحرمان من دواء LA CICLOSPORINE، أهم ما يمكن استخلاصه من هذه القضية أن شركة SANDOZ استغلت حيازة براءة الإختراع على دواء LA CICLOSPORINE للقيام بإعاقة المنافسة في السوق المعني و تدعيم مركزها المهيم و ذلك من خلال الأتي:

1- استطاعت مخابر SANDOZ بفضل سياسة التخفيض في المبلغ الإجمالي لقيمة المبيعات و ربطها شراء كمية معينة من بعض الأدوية من إنتاجها للحصول على الدواء محل البراءة أن تحصل على التمويل الحصري لهذه المستشفيات.

¹ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 288-289.

² L'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 28 juin 2005
Rendu dans l'affaire NOVARTIS.

- 2- ساهمت هذه العملية في وضع حواجز أمام المشتريين للتزود من المنافسين الآخرين في هذا السوق، وبالتالي قلصت من حريتهم لإختيار بين المنافسين.
- 3- كما نتج عنها وضع موانع لدخول السوق من طرف باقي المنافسين سواء الموجودين أو المحتملين، و لو لا حصلوا لها على براءة الإختراع لما تمكنت من ذلك.

و بالنظر لما سبق تم إدانة مخابر SADOZ من قبل محكمة استئناف باريس – الغرفة التجارية¹ و أيدت هذا القرار محكمة النقض الفرنسية – الغرفة التجارية –

2-محدودية تأقيت حق إحتكار إستغلال البراءة:

سبق القول أن حق إحتكار إستغلال البراءة يمكن صاحبه من إستغلال البراءة ماليا بأي وسيلة تروق له، و أن هذا الحق يستتبع منع الغير من إستغلال البراءة بأي كيفية إلا بترخيص من صاحب البراءة، غير أن هذا الحق ليس مطلق بل ترد بعض القيود تحد منه بما يحقق مصلحة صاحب البراءة و كذا المجتمع، و تتمثل هذه القيود في تحديد مدة إحتكارية الإستغلال من حيث الزمان إضافة إلى الترخيص الإجباري لإستغلال البراءة في حالات محددة غير أن ما يهمننا بالدرجة الأولى هو القيد الأول لتعلقه بموضوع الدراسة.

حق إحتكار إستغلال البراءة ليس دائما و إنما محدد في الزمن فلا يمكن أن يبقى صاحب براءة محتكرا لها إلى الأبد لهذا سعت مختلف التشريعات إلى تحديد مدة الإحتكار، والهدف من ذلك هو مراعاة مصلحة المخترع من جهة و المجتمع من جهة أخرى، فنجد أن المخترع تتحقق مصلحته حين يحتكر إستغلال الإختراع مدة معينة سواء بنفسه أو عن طريق الغير مما يؤدي إلى جنيه عائدات من هذا الإستغلال تكون بديلا عن الجهود و النفقات و المصاريف التي تكبدها لإنجاز إختراعه فيكافئه المجتمع بإحتكار الإستغلال لمدة من الزمن للحصول على فوائد من إستثمار الإختراع.²

في حين أن المجتمع تكون مصلحته في زيادة عدد الإختراعات التي تساهم في التقدم الصناعي و التكنولوجي و كذا الإقتصادي، كما أنه بإنقضاء الأجل المحدد لإحتكار البراءة تسقط هذه الأخيرة في الملكية العامة و يمكن للغير الإستفادة منها دون الحاجة للحصول على ترخيص من صاحب البراءة.

و لقد حدد المشرع الجزائري مدة الحماية لبراءة الإختراع بعشرين سنة (20) تحسب من يوم إيداع الطلب.³

¹ C.A Paris 30 MARS 2004.

² فرحة زراوي مرجع سابق ص 133.

³ المادة 09 من الأمر رقم 07/03.

و يرى البعض بحق أن تحديد مدة الإحتكار يكون من دون جدوى في بعض الحالات، و يبررون هذا الموقف إلى أنه من عادة المخترعين ألا يكشفوا عن كافة جوانب الإختراع لاسيما تلك المتعلقة بمنهج الإبتكار و طريقه تصنيع المنتج، و يكون ذلك من أجل الإحتفاظ بإحتكار فعلي لإستغلال الإختراع حتى بعد نهاية مدة الحماية المقررة للإحتكار.¹

كما هناك فئة أخرى من المخترعين يعتقدون أن مدة الإحتكار القانوني قصيرة و أنها سوف لن تمكنهم من جني أرباح كبيرة و حينئذ يفضلون الإحتفاظ بسر الإختراع و استغلاله في إطار من الكتمان بدلا من الحصول على براءة الإختراع، و بالتالي ذبوع الإبتكار و الكشف عن أوصافه الفنية، و تتحول نتيجة لذلك السرية بالنسبة لهذه المشروعات- المحتكرة في صمت لاخترع ما -إلى جدار يحول دون توصل المشروعات المنافسة إلى فنون إنتاجية مقاربة أو أكثر تطورا من تلك التي تحوزها.²

و تستند هذه الفرضية على بطأ تطور الفنون الإنتاجية و بالتالي بطء معدلات إهلاكها التقني، بمعنى أن الغير سيستغرق وقتا طويلا قبل التوصل إلى نفس الإختراع، و هي فرضية تخالفها جميع شواهد التطور المطرد و السريع في خلق المعارف التكنولوجية، حتى أن البعض أصبح ينظر إلى أن المدة المقررة للإحتكار الناشئ عن البراءة أنها مدة طويلة في أحوال كثيرة، و أن عددا كبيرا نسبيا من براءات الإختراع يتم تركها بعد مدة قصيرة من الحصول عليها غالب ما تكون سبع سنوات بالتقريب.

غير أنه إذا كان في إمكان باقي المنافسين التوصل إلى مثل هذه الاختراعات في زمن قصير تبرز البراءة كوسيلة للحد من خطر الإنتشار السريع للمعارف التكنولوجية، فتتحول وظيفة براءات الإختراع من العمل على نشر المعارف إلى حماية الإحتكار القانوني، فلا يلجأ المخترع إلى طلب براءة الإختراع إلا إذا تيقن من إمكانية توصل منافسيه بسرعة إلى ذات المعرفة التكنولوجية فتكون بذلك البراءة مانعا قانونيا أمام باقي المشروعات المنافسة يحرمها من استغلال هذه المعرفة التي تتمظهر في الإختراع³، هذا التصرف يساهم في إنشاء مركز مهيم أو تقويته إذا كانت المؤسسة رائدة في السوق الذي تنتمي إليه براءة الإختراع.

¹ هاني محمد دويدار مرجع سابق ص 48-49.

² نفس المرجع ص 143.

³ نفس المرجع ص 144-145.

الفرع الثاني:

العلامة.

استخدمت العلامة منذ القدم من قبل التجار لتمييز منتجاتهم أو سلعهم و تسهيل تعرف الجمهور عليها، فقد عرفت أولا عند الرومان أين تعود الصناع و التجار على تمييز منتجاتهم بوضع أسمائهم أو أسماء من قام بصناعتها للفرقة بين هذه السلع و غيرها من السلع المماثلة.

ثم إنتشر استعمال العلامات التجارية خلال القرون الوسطى خاصة في فرنسا و إيطاليا حيث كان يسود نظام الطوائف هذا الأخير كان يفرض تمييز منتجات كل طائفة¹،

و يشهد العالم اليوم غزارة في الإنتاج تزداد يوما بعد يوم حتى أصبحت في الأسواق مئات السلع و الخدمات المتشابهة تتولى إشباع إحتياجات متماثلة، هذا الأمر دفع المنتجين و التجار إلى بذل جهودهم من أجل ابتكار علامة تكون مميزة تشير إلى بضاعتهم و تسهل على المستهلك معرفتها سواء من حيث المصدر و الجودة إلى درجة أن الخبراء إعتبروا العلامة مرتبطة بالإنسان المعاصر فهي – على حد تعبيرهم – « لا تفارقنا إطلاقا بداية من المقتنيات اليومية للمستهلك العادي و الحاملة للعلامات إلى العلاقات الإقتصادية الشائكة ذات البعد الدولي و التي ينصب موضوعها حول العلامة²»

لدراسة العلامة نتعرض في البداية لمفهوم العلامة، ثم ملكية العلامة، و أخيرا آثار ملكية العلامة.

أولا: مفهوم العلامة:

تتطلب دراسة مفهوم العلامة التجارية و الصناعية التعريف بالعلامة و كذا وظيفتها.

1- التعريف بالعلامة:

إهتم بتعريف العلامة جانب كبير من الفقه نذكر منها:

« يقصد بالعلامة التجارية أو الصناعية كل إشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة³»

كما عرفها آخر « هي دلالة تتصف بالتميز و الجدة و المشروعية و تتشكل من رسوم أو نقوش أو روائح أو أصوات أو ألوان أو أي مزيج من هذه الأشكال تهدف إلى تمييز

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 464-465.

² بوقميحة نجيبة، مرجع سابق ص 15.

³ سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 469.

المنتجات و البضائع و السلع و الخدمات، لتلافي المنافسة غير المشروعة في جذب العملاء، أو تقليد العلامة أو تزويرها أو الإعتداء عليها¹ في عرفها آخرون كما يلي « العلامة السمه المميزة التي يضعها التاجر على منتجات محله التجاري فهي علامة تجارية أو الصانع على المنتجات التي يقوم بصنعها فهي علامة مصنع قصد تمييزها عن المنتجات الأخرى المشابهة لها و المعروضة في السوق² » كذلك عرفت العلامة بأنها « كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة شعارا لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته، عن مثيلاتها التي يملكها الآخرون³»

أما بالنسبة للتشريع فلقد عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة الثانية من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات⁴ كما يلي « العلامات كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص و الأحرف و الأرقام و الرسومات أو الصور و الأشكال المميزة للسلع أو توضيبها و الألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع و خدمات غيره »

و يشترط في العلامة أيا كان شكلها أن تكون مميزة و يقصد بهذا الشرط أن تكون العلامة التجارية ذات شكل مميز خاص بها، و أن تتصف بطبيعة ذاتية تمنع اللبس بغيرها من العلامات و تجعل من السهولة تمييزها و معرفتها عن باقي المنافسين أكثر من ذلك يجب أن يكون التمييز حقيقيا.⁵

أما الشرط الثاني هو أن تكون العلامة جديدة و هو شرط موضوعي فالعلامة تجب أن تكون جديدة و غير مستعملة من قبل أو غير مسجلة من طرف الغير، فإذا سبق تسجيل و إيداع العلامة من طرف شخص معين إمتنع غيره عن استعمالها أو طلب تسجيلها لتمييز منتجات أو خدمات مماثلة⁶، و أخيرا يجب أن تكون العلامة غير مخالفة للنظام العام و الاخلاق الحسنة

¹ نعيم جميل صالح سلامة، المنافسة غير المشروعة في العلامة التجارية و أوجه حمايتها – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ط 2015 – ص 32.

² فرحة زراوي مرجع سابق ص 201.

³ وادي جمال، العلامة التجارية في التشريع الجزائري، مجلة دراسات قانونية العدد 03- أكتوبر 2002 ص 50.

⁴ الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات ج - ر مؤرخة في 23 يوليو 2003 عدد 44 ص 22.

⁵ نعيم جميل صالح سلامة مرجع سابق ص 72.

⁶ نواره حسين الملكية الصناعية في القانون الجزائري، الأمل للطباعة و النشر و التوزيع 2015، ص 51.

(الأدب العامة) حيث يعتبر هذا الشرط بديهي فلا يمكن قبول عبارة أو كلمة فجة أو صورة مخلة بالأداب كعلامة.¹

2- وظيفة العلامة التجارية:

تحتل العلامة التجارية مكانة مميزة بالمقارنة مع باقي حقوق الملكية الصناعية، و يعود ذلك إلى إنتشار إستعمال العلامة التجارية و علاقتها المباشرة بالتجارة و الصناعة و كذا الإقتصادي أكثر من باقي حقوق الملكية الصناعية الأخرى، حيث إزدادت المنافسة بين التجار و أصبح المستهلك يقوم بالشراء إعتقادا على نوعية المنتج أو الخدمة، هذا الأمر دفع التجار و الصناعيين إلى استخدام علامات تميز منتجاتهم عن غيرها، خشية لجوء الغير إلى القيام بمنافسة غير مشروعة للعلامة، و لهذا فالعلامة ليست سمة فقط توضع على المنتجات و الخدمات بل تؤدي مجموعة من الوظائف على مستوى التجارة و الصناعة نذكر البعض منها كما يلي:

أ- العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات و البضائع و الخدمات و رمز للثقة بها:

أ- 1: العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات و البضائع و الخدمات.

تحدد العلامة المصدر الشخصي للمنتجات أو البضائع أي المنتج (الصانع) لها، إضافة إلى أنها تحدد المصدر الإقليمي أي جهة الإنتاج.² فالعلامة تلعب دور المرشد أو الدليل الذي يعتمد عليه المستهلك للتمييز بسهولة بين المنتجات أو بضائع مماثلة أو متشابهة و هذا بالتعرف على مصدرها سواء البلد الذي صنعت فيه أو التاجر الذي يتولى تسويقها³، و بهذا أصبحت العلامة وسيلة ضمان لجمهور المستهلكين إذا أنها تضمن لهم أن المنتجات أو البضائع التي يقصدونها هي التي بين أيديهم، كما أنها بمثابة ضمان للصناعيين و التجار و كذا مقدمي الخدمات، فهي وسيلة من الوسائل التي يتميزون بها عن الآخرين في ميدان التعامل التجاري لكون العلامة تعطي المنتجات أو الخدمات أو البضائع ذاتيتها، و بالتالي تسهل على المستهلك التعرف على البضاعة و تمييزها عن مثيلاتها دون عناء.⁴

أ- 2: العلامة التجارية رمز للثقة بمصدر المنتجات و البضائع و الخدمات:

¹ فرحة زراوي، مرجع سابق ص 230.

² فالعلامة تلعب دور المرشد أو الدليل الذي يعتمد عليه المستهلك.

³ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 305.

⁴ نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 100-101.

تمثل العلامة نوعا معينا من الجودة لجذب العملاء إلى هذه المنتجات أو السلع و تفضيلها على غيرها، و يشعر المستهلكون بنوع من الإطمئنان و الثقة للسلع التي تحمل علامة تميزها عن من مثيلاتها التي لا تحمل أية إشارة أو علامة تميزها¹، فهي تعبر عن صفات المنتجات أو البضائع التي تميزها سواء من حيث النوع أو المرتبة أو الضمان أو طريقة التحضير ... إلخ.

و يقصد بالنوع: مجموعة خصائص المنتجات أو البضائع التي تمتاز بها عن خصائص منتجات أو بضائع أخرى مماثلة أو متشابهة، أما المرتبة فنعني بها درجة الجودة و الإتقان للمنتجات أو البضائع، و المقصود بالضمان هو تعهد الصانع أو التاجر بصلاحية المنتجات أو البضاعة أو بيان العناصر الداخلة في تركيبها.²

هذه الثقة بالمنتجات و البضائع تكون دافعا للعملاء لتفضيل هذه المنتجات عن غيرها، كما أنها تدفع صاحب العلامة إلى الحرص على الإبقاء على هذه السمعة الحسنة الراسخة في ذهن العملاء بل العمل على تدعيمها بالإتقان في صنع منتجاته و الحفاظ على جودتها، مما يؤدي إلى سهولة تصريف المنتجات أو البضائع أو الخدمات نتيجة لتلك الثقة.

و نشير في هذا السياق إلى أن مسألة ضمان الجودة التي تقدمها العلامة ليست ملزمة قانونا، حيث أن هذا الدور لا يتجاوز الأثر النفسي لدى جمهور المستهلكين³، نتيجة لذلك فالعلامة لا تمثل ضمانا لنوعية المنتجات.

ب-العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة و ضمانة أساسية لحماية المستهلكين:

ب- 1: العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة:

تعد العلامة التجارية إحدى أهم وسائل لنجاح المشروع الإقتصادي، لهذا اعتبرت وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة بين المنتجين شأنها شأن بقية حقوق الملكية الصناعية.⁴

فالعلامة تهدف إلى جذب العملاء و كذا المستهلكين، فهي على حسب جانب كبير من الفقه تؤدي وظيفة مزدوجة فهي من جهة تخدم مصلحة التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة كونها وسيلة هؤلاء لتمييز سلعهم أو بضائعهم أو خدماتهم عن غيرها

¹ سميحة القليوبي، مرجع سابق ص 469.

² نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 101.

³ « ...toutefois des produits de caractéristiques identiques ne constituent pas nécessairement des substitut parfaits, les produits de marque présentent ainsi souvent des caractéristiques technique identiques aux produits non marqués, pourtant les clients les perçoivent comme des substituas imparfaits, voire comme des produits insubstituables, ainsi il est difficile de prétendre que le parfum chanel N 05 est substituable avec marque de distributeur » NICOLAS PETIT. OP CIT P 278 N 571.

⁴ سميحة القليوبي مرجع سابق ص 470.

المماثلة أو المشابهة، فيصلون عن طريق العلامة إلى جمهور المستهلكين، و من جهة أخرى فهي تخدم جمهور المستهلكين، إذا أنها وسيلتهم للتعرف على السلع أو البضائع و الخدمات التي يفضلونها و تلقى عندهم قبولا أكثر من غيرها. علاوة عما سبق تعد العلامة وسيلة هامة من وسائل المنافسة المشروعة في مجال التعامل، فهي تقوم بدور كبير من أجل تحقيق العدالة بين المتعاملين في ميدان التجارة و الصناعة و الخدمات ليحوز كل منهم ثقة المستهلكين بقدر حرصه على تحسين منتجاته أو بضائعه أو خدماته و المحافظة على جودتها من أجل كسب الشهرة اللازمة لنجاح مشروعه الإقتصادي و إزدهاره.¹

و لنشير إلى أن التشريع الجزائري يعتبر كل من علامة السلعة و علامة الخدمة إلزامية لكل سلعة أو خدمة مقدمة²، و يذهب جانب من الفقه إلى القول أن هذه القاعدة ترمي إلى حماية المستهلك بحيث يصبح دور العلامة في هذه الحالة هو مراقبة مصدر المنتوجات و نوعيتها، في حين يختلف الوضع بالنسبة للتشريع هذا الأخير – حسب جانب من الفقه – يعتبر أن العلامة وسيلة للمنافسة.³

ب- 2: العلامة التجارية ضمانا أساسية لحماية المستهلكين:

تلعب العلامة التجارية دورا مهما في ضمان حقوق المستهلكين من الغش و الإحتيال حول مواصفات الصناعات أو البضائع أو الخدمات التي يتلقونها من يد الصناعيين أو التجار و كذا مقدمي الخدمات، فلا يخفي أن الأرباح الكثيرة التي تحققها ممارسة النشاط التجاري قد تغري بعض التجار إلى سلوك بعض صور الإحتيال و الغش في سبيل ترويج بضائعهم أو خدماتهم بإخفاء عيوبها، و من ثم إظهارها على غير حقيقتها، بهدف إستمالة القوة الشرائية للمستهلكين بصورة تضليلية، فأى محاولة و لتضليل المستهلكين عن طريق الغش و الإحتيال ستؤدي إلى قيام مسؤولية هؤلاء.⁴

ب- 3: العلامة التجارية وسيلة للإعلان عن السلع و الخدمات:

تعد العلامة التجارية إحدى أهم وسائل الإعلان عن السلع و الخدمات، فهي من أهم الوسائل التي يستعين بها التاجر أو مقدم الخدمة للإعلان عن سلعته أو منتجاته أو خدماته، إذ عن طريق الإعلان و الدعاية عن علامته يصل إلى أذهان الناس و يستثير إهتمامهم، وذلك عن طريق وسائل الدعاية المختلفة مثل الراديو و التلفاز و المجلات و الصحف إضافة إلى الدعاية عن طريق شبكة الأنترنت مما يساهم في تثبيت العلامة في أذهان الناس.

¹ نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 103-104.

² المادة 03 الفقرة الأولى من الأمر رقم 2003-06.

³ فرحة زراوي، مرجع سابق ص 204.

⁴ نعيم جميل صالح ص 104-105.

لذلك أصبحت المشروعات الإقتصادية بأنواعها تستشير وكالات الدعاية و الإعلان فيما يتعلق بتكوين العلامة ووسائل إستعمالها في الدعاية للمنتجات، و بالنظر لأهمية ذلك أصبحت مؤسسات الدعاية و الإعلان، التسويق تراعي في تكوين العلامة إعتبرات معينة بهدف جلب إنتباه المستهلك كأن تكون العلامة ذات منظر جميل و جذاب أو مكونة من كلمة بسيطة ذات وقع موسيقي تلفت إنتباه المستهلك و تجد عنده إستحسانا لها.¹

ثانيا: ملكية العلامة:

عرفت إكتساب العلامة ثلاثة أنظمة قانونية هي النظام الفرنسي والنظام الألماني و النظام المختلط.

1- النظام الفرنسي (القديم):

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي القديم و تقصد القانون المؤرخ في 23 جوان 1857 يتبين أن هذا الأخير كان يؤخذ بنظام أسبقية الإستعمال، فحسب هذا النظام يعتبر أول مستعمل للعلامة مالكا لها، فالحصول على الحق في العلامة لا يتطلب في الأصل إجراء أو تصرفا معينا، و إنما يتطلب فقط حيازة سابقة للعلامة يترتب عليها حق الإستعمال.

و الإستعمال الذي يترتب عليه نشوء الحق في العلامة هو استعمال العلامة استعمالا جديا و ظاهرا في تمييز المنتجات و البضائع²، بناء على ما سبق إذا فرض و قام أحدهم بإستعمال علامة ما إستعمالا ظاهرا و عاما و بادر آخر إلى تسجيلها قبل الأول (صاحب أول استعمال) لتمييز نفس النوع من البضائع و المنتجات، فوفقا لهذا النظام تكون الأفضلية لمن ثبت إستعماله للعلامة التجارية قبل الآخر، و إثبات إستعمال العلامة التجارية واقعة مادية يكون لصاحب الشأن إثباتها بكافة طرق الإثبات³ كأن يثبت إستعمالها على الفواتير و الإعلانات أو على المنتجات... إلخ.

و من مزايا هذا النظام أن صاحب العلامة الذي يستعملها و يهمل في تسجيلها يكون بمأمن من الإعتداء على علامته من منافس أخرى، أما من الآثار السلبية لهذا النظام أنه يؤدي إلى تشجيع أصحاب العلامات على إهمال تسجيلها، و يؤدي أيضا إلى حصول منازعات متعددة على ملكية العلامة التجارية.⁴

¹ نفس المرجع ص 106-107.

² نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 109.

³ سميحة القليوبي مرجع سابق ص 557.

⁴ نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 108.

من الدول التي تؤخذ بهذا النظام الولايات المتحدة الأمريكية و كندا إضافة إلى التشريع المصري¹، و نشير إلى أن المشرع الفرنسي عدل عن هذا النظام بعد إصدار القانون رقم 64-1360 المؤرخ في 13 ديسمبر 1964.

2- النظام الألماني:

يأخذ هذا النظام بالتسجيل، و يقصد به استيفاء إجراءات إدارية يظهر الموعد بواسطتها إرادته في إمتلاك علامة معينة قصد تمييز منتجاته أو خدماته.² فبحسب هذا النظام لا يترتب على استعمال العلامة غير المسجلة كسب حق لمن له أولوية الإستعمال، حتى لو أثبت الغير أنه الأسبق في استعماله للعلامة بشكل ظاهر و مستمر، أي أن هذا النظام يأخذ بالشكل مجردا و يتجاهل الحقيقة (الواقع)³ من مزايا هذا النظام أن التسجيل يمنح صاحبه قرينة على استعمالها على الأقل من تاريخ التسجيل و بالتالي يجعل صاحبه في مركز أقوى ممن يدعى العكس فهو يلقي عبئ الإثبات على من يدعى خلاف الظاهر (خلاف ما تم تسجيله)⁴، كما أنه يضع حد للمنازعات التي تنشأ حول ملكية العلامة التجارية بما أنه الحق يتقرر وفقا لهذا النظام لمن قام بالتسجيل أولا، و هو ما يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية.

و من عيوب هذا النظام أنه يهدر حقوق مالك العلامة الذي يقوم باستعمالها و لم يسجلها أولا، حيث أنه قد يفاجأ بتسجيلها من قبل منافس آخر كما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمنافسة المشروعة.⁵

و قد أخذ المشرع الجزائري بنظام تسجيل العلامة كسبب لكسب الملكية، و جاء في نص الفقرة الأولى المادة السادسة من الأمر 2003 – 06 « ما عادا في حالة انتهاك الحق، فإن العلامة ملك للشخص الأول الذي استوفى الشروط المحددة لصحة الإيداع أو الشخص الذي أثبت أقدم أولوية لإيداعه في مفهوم إتفاقية باريس ... » إلا أن الحق المخول عن عملية التسجيل مرتبط بالإستعمال أو تغليفها، و ينبغي كذلك أن تكون على صلة بالخدمات المعرفة بالعلامة.⁶

3- النظام المختلط:

¹ « و يحق لمن كان أسبق إلى إستعمال العلامة من سجلت بإسمه الطعن ببطان التسجيل خلال خمس سوات المذكورة... » الفقرة الثانية من المادة 65 القانون رقم 82 لسنة 2002 المتعلق بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري.

² فرحة زراوي مرجع سابق ص 239-204.

³ نعيم جميل صالح، مرجع سابق ص 111.

⁴ سميحة القليوبي مرجع سابق ص 556 – وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 174.

⁵ نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 112.

⁶ فرحة زراوي مرجع سابق ص 241.

يتبنى هذا النظام حلا وسطا، بين النظامين السابقين ، فهذا النظام بأخذ بالإيداع و التسجيل ذي الأثر المنشأ المؤجل، و بمقتضاه تكون أسبقية الإستعمال هي أساس حق ملكية العلامة، و يقتصر أثر التسجيل في ضل هذا النظام على مجرد تقرير هذا الحق، و مرور فترة زمنية محددة على التسجيل دون منازعة من قبل الغير يصبح التسجيل منشأ للحق في ملكية العلامة التجارية، و هذا تفادي لأي نزاع لاحق، و يظهر من خلال هذا النظام أنه حاول تجنب الإنتقادات التي وجهت للنظامين السابقين و الأخذ بإيجابيات كل نظام، و من الدول التي تعمل بهذا النظام نذكر المملكة المتحدة و كذا اسبانيا.¹

ثالثا: إحتكار العلامة كأثر مترتب على اكتساب ملكية العلامة:

إذا ما توافرت في العلامة التجارية الشروط المذكورة أنفا من جدة و تميز و كذا المشروعية، و ثم تسجيلها من قبل صاحبها وفقا للشروط و الإجراءات المحددة قانونا، ترتب عن ذلك تمتع مالك العلامة بحق مانع على العلامة و هو حق ملكيتها، و هذا الأخير يتفرع إلى حقين كبيرين، الأول هو الحق على العلامة باعتبارها قيمة مالية « حق إحتكار » و الثاني حق صاحب العلامة أن يمنع الغير من الإعتداء عليها و استعمالها، و سنكتفي بدراسة حق إحتكار العلامة بإعتباره جوهر الدراسة، و نشير عند الإقتضاء إلى الحق في منع الغير من استعمال كوسيلة من وسائل تقييد المنافسة و تدعيم و تقوية المركز المهيم.

1- مضمون حق إحتكار العلامة :

يترتب على اكتساب ملكية العلامة التجارية أن يصبح لمالكها حق إحتكار استغلالها دون غيره و هذا لتمييز المنتجات و السلع التي يرى صاحبها تمييزها عن غيرها المتشابهة لها.

و مضمون حق إحتكار العلامة يتمثل في أنه يمكن مالك العلامة من منع الغير من استيراد أو استخدام أو بيع أو توزيع المنتجات محل تمييز هذه العلامة، فعلى هذا الأساس لا يحق لغير مالك العلامة التعامل على المنتجات التي تستخدم العلامة قصد تمييزها بأي نوع من أنواع التعامل إلا عن طريق مالك العلامة، و يعد ذلك نتيجة طبيعية للحق الإستثنائي الذي ترتبه ملكية العلامة.²

و يتوسع حق مالك العلامة ليشمل حقه في التنازل عن ملكية العلامة، و هكذا يحق لصاحب العلامة التنازل عنها مجانا أو بمقابل كما يمكنه التنازل كليا أو جزئيا، فيعد التنازل كليا في حالة عدم وجود قيد أو شرط فيما يخص المنتجات أو الخدمات التي تنطبق عليها العلامة أو كيفية إستغلالها، و يعد التنازل جزئيا إذا كانت

¹ نعيم جميل سلامة مرجع سابق ص 112-113.

² سميحة القليوبي مرجع سابق ص 559.

العلامة تخص عدة منتجات أو خدمات و لا يتنازل صاحبها إلا على البعض منها، و تعتبر عملية التنازل صحيحة متى روعيت و احترمت الشروط الموضوعية و الشكالية بصحة العقود و على الخصوص عقد البيع.¹ و يمكن لمالك العلامة أن يمنح رخصة لإستغلال العلامة و تقصد بهذا الأخير العقد الذي يخول بموجبه صاحب العلامة لغيره بإستعمال العلامة خلال مدة معينة في مقابل أجر معلوم مع بقاء صاحب العلامة محتفظا بملكيته.² و نشير إلى أن منح حق إمتياز الإستغلال إما أن يتعلق بكافة المنتجات أو الخدمات التي تشملها العلامة أو البعض منها فقط³، كما يمكن تحديد الإقليم الذي يسمح بإستعمال العلامة في نطاقه.⁴

علاوة عما سبق يمكن أن تقدم العلامة كإسهام في شركة سواء كانت قائمة أو عن طريق التأسيس و تعتبر في هذه الحالة حصة عينية و تخضع للأحكام العامة المنصوص عليها في الشركات التجارية و يحوز تقديمها إما على سبيل الملكية و تسري عليها أحكام عقد البيع، و إما على سبيل الإنتفاع و تطبق عليها في هذه الحالة أحكام عقد الإيجار كما أن العلامة قد تكون موضوع رهن سواء باعتبارها عنصرا من عناصر المحل التجاري و في هذه الحالة على الأطراف المتعاقدة ذكر رهن العلامة بصفة منفصلة عن المحل التجاري، مع التأكد على أنه مهما كانت طريقة رهن العلامة يجب أن يتم تسجيلها في دفتر العلامات.⁵

2- خصائص حق احتكار العلامة:

ترتبط المؤسسة أو الشركة مع العلامة التجارية إرتباطا وثيقا فالعلامة التجارية تتميز بمجموعة من الخصائص تجعلها متميزة عن غيرها من حقوق الملكية الفكرية لاسيما من حيث مدة احتكار العلامة غير محددة بمدة زمنية، و كذا الإمكانية الممنوح للغير لإستعمال نفس العلامة دون إنتهاك حقوق صاحب العلامة الأصلية، و كذلك محدودية أثر التسجيل في نطاق إقليمي معين دون سواه، و ترتيبا على ما سبق نتعرض فيما يلي لكل خاصة على حدة.

أ- حق إحتكار العلامة حق دائم:

على عكس جميع حقوق الملكية الفكرية الأخرى يتميز حق إحتكار العلامة أنه دائم أي غير محدد بمدة زمنية محددة ينقضي معها حق صاحب العلامة في استغلالها و

¹ فرحة زراوي، مرجع سابق ص 250-251.

² نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 126.

³ المادة 16 من الأمر رقم 2003-06.

⁴ فرحة زراوي مرجع سابق ص 252.

⁵ فرحة زراوي مرجع سابق ص 253-254.

منع الغير من استعمالها أو استغلالها إلا بإذنه، و هكذا يمكن لصاحب العلامة إعادة تسجيلها بعد إنقضاء عشرة سنوات، « يمكن تجديد التسجيل لفترات متتالية تقدر بـ 10 سنوات... »¹، و يرجع السبب في ذلك إلى أن العلامة تكتسب شهرة و تزداد قيمتها بمرور الزمن مما يبرر استمرار الإحتفاظ بها رمزا لمنتجات أو خدمات صاحبها.

كذلك الشأن بالنسبة للعلامة الدولية – و نقصد العلامة التي تتعدى شهرتها حدود الدولة الواحدة – فيعتبر حق الإحتكار فيها حقا دائما يتمتع به صاحب العلامة و خلفه العام أو الخاص طالما أنه يقوم بتجديد التسجيل في نهاية السنة الأخيرة من مدة التسجيل وفقا لإتفاقية مدريد أو برتوكول مدريد.² أهم ما يمكن ملاحظته على هذه الخاصية أنها تتعلق بالعلامات دون غيرها من حقوق الملكية الفكرية الأخرى مثل براءات الإختراع.

ب- حق احتكار العلامة حق نسبي:

يعتبر حق احتكار العلامة حقا نسبيا و نعني بذلك أنه حتى لو أمكن صاحب العلامة منع غيره من استعمال العلامة على منتجات مماثلة أو مشابهة، فليس له أن يمنع غيره من استعمال ذات العلامة على منتجات مختلفة³، فالعبرة إذن هي استعمال العلامة على منتجات أو سلع مشابهة.

و بالتالي إذا قدم طلب تسجيل العلامة التجارية نفسها فلا يجوز لصاحب العلامة الأولى أن يعترض على هذا التسجيل ما دامت السلع و المنتجات المحددة في طلب تسجيل العلامة الثانية مغايرة للسلع و المنتجات المحددة في العلامة التجارية الأصلية (الأولى)⁴ (الخاصة بالسيارات الفاخرة) و هكذا يمكن إتخاذ علامة مرسيدس التمييز نوع من الأحذية، و لكن لا يجوز إتخاذها علامة لتمييز العجلات البخارية (الدراجات) و ذلك لوجود تشابه و تماثل بين السلعتين مما قد يؤدي إلى خلط و إلتباس لدى الجمهور.⁵

أما النسبية من حيث الزمان يقصد بها أنه يمكن استعمال علامة سبق إستعمالها من قبل شخص آخر ثم ترك هذا الإستعمال فترة طويلة أو إنتهت مدة الحماية القانونية المترتبة على التسجيل دون أن يبادر إلى تقديم طلب تجديد تسجيل العلامة.⁶

1 الفقرة 02 المادة 05 من الأمر 2003 - 06.

2 عمر محمد حماد مرجع سابق ص 312.

3 وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 175.

4 نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 83.

5 نفس المرجع ص 86.

6 عمر محمد حماد مرجع سابق ص 313.

نتيجة لذلك يجوز استخدام علامة متروكة أو مشطوبة و يعد استخدامها في هذه الحالة جديداً و صالح لإستخدامها لتمييز منتجات معينة حتى و لو كانت من المنتجات ذاتها التي سبق استعمال تلك العلامة لتمييزها.¹

إضافة إلى ما سبق ليس لصاحب العلامة حق إحتكار لون معين دخل ضمن تكوين العلامة و لا رسم أو رمز معين من عناصرها و بإمكان الغير إستعمال عنصر أو أكثر من عناصرها، و لكن لا يجوز للغير إستخدام مجموعة العناصر أو الألوان التي تكون العلامة.²

ج- حق احتكار العلامة حق إقليمي:

إذا ما سجلت علامة في دولة ما رتب التسجيل أثره في حدود إقليم الدولة التي سجلت فيها العلامة، فيحتكر المالك استعمالها في نطاق هذا الإقليم فقط و لا يمتد إحتكاره خارج إقليم الدولة.³

نتيجة للحق الإقليمي لا يستطيع التاجر المنافس إستعمال ذات العلامة التجارية في مجال إستعمالها على منتجات أو سلع متشابهة و هذا يرجع إلى أن المنتجات التي تحمل العلامة يتصور بيعها داخل إقليم الدولة بأكمله.⁴

أما في حالة استخدام العلامات الأجنبية داخل إقليم دولة أخرى، فإن هذا الإستخدام جائز، إذا لم تكن العلامة مسجلة في الدولة الأخرى (المستقبلية) أو إذا لم تكن العلامة مسجلة دولياً أو إذا لم تكن العلامة مشهورة.⁵

3- إحتكار العلامة كوسيلة لتدعيم المركز المهيمن:

تعرضنا في ما سبق إلى الإحتكار القانوني و رأينا أن هذا النوع من الإحتكار يعتمد في وجوده على أساس قانوني أو لائحي أو على مرسوم أو قرار إلى نحو ذلك، و مر معنا أن الإحتكار القانوني يمكن أن يظهر في مجال حقول الملكية الصناعية كبراءات الإختراع و العلامات التجارية، حيث تعطى أصحابها حقوقاً قاصرة الإستخدام و مقصورة من حيث المدة و نوع السلعة مما يترتب عنه الإمتناع على أي مشروع آخر في السوق الإنتفاع بها.⁶

¹ نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 91.

² وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 175.

³ عمر حماد مرجع سابق ص 314.

⁴ سميحة القليوبي مرجع سابق ص 508.

⁵ نعيم جميل صالح مرجع سابق ص 88.

⁶ خليل فيكتور تادرس مرجع سابق ص 15.

فعلى هذا الأساس لا يمكن منع أو تقييد صاحب العلامة التجارية عند استعمال علامته فهو حر في ذلك طالما إنترم مقتصيات النظام العام و الأداب العامة السائدة في الدولة.¹

جدير بالإشارة إلى أنه حتى لو أدى استعمال تلك العلامة إلى إحداث أضرار بعملية المنافسة فإن هذه الإساءة تعتبر مبررة²، فصاحب العلامة ابتكرها قصد إستغلال و استثمارها و هذا يؤدي به إلى التصادم مع غيره في السوق المعني لاسيما أولئك الراغبين في الحصول على العلامة بالنظر لقيمتها و سمعتها لدى المستهلك و كثرة الطلب عليها مما يجعل صاحبها في مركز مسيطر في هذا الصدد قد يعمد مالك العلامة إلى انتهاج إستراتيجية خاصة لتسويق العلامة فهو يسعى دائماً للحفاظ على سمعة العلامة و زيادة شهرتها و قيمتها التجارية إضافة إلى الرغبة بالطبع في جذب عملاء جدد لزيادة الأرباح بحيث يحاول استغلال العلامة بأكبر قد ممكن، فلو فرضنا أن مالك لعلامة معروفة مختصة في الألبسة يشترط على التاجر الذي يريد شراء البضاعة الحاملة لعلامته أن يكون محله التجاري يقع بمنطقة تجارية راقية كمركز تجاري مشهور مثلاً، أو أن يشترط أن تكون مساحة المحل كبيرة و واجهته مصنوعة من الزجاج زيادة على الأضواء و أن يكون واسعاً و مكوناً من طابقين ... إلى غير ذلك من الشروط، فلو تقدم عدة تجار بغرض إبرام صفقات تجارية مع صاحب العلامة و قام هذا الأخير بقبول إبرام صفقات مع بعض التجار و رفض البعض الآخر لعدم توفر الشروط التي طلبها، فهنا لا يعتبر تصرفه (رفض التعامل) إساءة لاستغلال مركزه المهيمن بل تعتبر إساءة مبررة إقتضتها اعتبارات موضوعية يراها صاحب العلامة ضرورية للحفاظ على سمعة و مكانه العلامة و لا تؤدي إلى تدعيم و تقوية المركز المسيطر.

غير أنه في بعض الحالات قد يعمد صاحب العلامة إلى استعمال حق إحتكار العلامة من أجل تعزيز مركزه المهيمن في السوق بطريقة في ذاتها غير مشروعة و ذلك عن طريق فرض مجموعة من الشروط التقييدية على موزعي، المنتجات التي تحمل علامته التجارية و من صورته عقد ترتيبات تعامل حصرية من أجل إستبعاد إستيراد سلع أجنبية أو تقاسم أسواق.³

أ- إستنفاد الحقوق لصاحب الحق في العلامة:

يقصد بتقييد استيراد السلع أنه بإمكان مالك العلامة أن يسعى إلى منع واردات المنتج الذي يحمل نفس علامته التجارية و أن يمنع أي شخص آخر غير موزعه من الإستيراد «الواردات الموازية»، كما يمنع استيراد منتجات مماثلة تحمل نفس

¹ عمر محمد حماد مرجع سابق ص 315.

² وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 157.

³ وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 175-176.

علامته التجارية، و تنافس منتجاته الخاصة، و قد يصل به الأمر إلى إستخدام علامات تجارية مختلفة لنفس المنتج في بلدان مختلفة و بذلك يمنع الواردات من بلد إلى آخر.¹

في هذا السياق سبق للجنة اليابانية للتجارة المشروعة أن حققت في دعوى شركة « أولدبار »

و خلصت إلى عدم مشروعية فعل الشركة حيث اعتبرت أنها قيدت عملية التجارية بفرضها قيودا على موزعيها بعدم توزيع نوع معين من المشروبات الكحولية تنتجه بسبب إستيرادهم لنفس النوع من الكحول (حامل للعلامة ذاتها) من مصادر أخرى وبيعه بأقل من السعر العادي للشركة، و استحدثت هذه الشركة علامة خاصة توضع على مادة التغليف و يوردها وكالاتها، الهدف منها إكتشاف أي موزع لا يتقيد بشروطها.²

و لوضع حد لمثل هذه التصرفات التي تضر بالمنافسة و تدعم المركز المسيطر أخذت بعض التشريعات بما يعرف بمبدأ « إستنفاد الحقوق لصاحب الحق في العلامة » و يقصد بهذا المبدأ سقوط حق مالك العلامة التجارية في منع الغير من إستيراد أو استخدام أو بيع المنتجات أو البضائع محل العلامة التجارية إذا أثبت طرح هذه المنتجات أو توزيعها أو كان بناء على منحه لأحد الأشخاص في التصنيع أو البيع.³

و الإستنفاد EXHAUSTION بهذا المعنى ليس إنقضاء لحقوق صاحب العلامة أو مساسا بها، بل يجد مبرره أن صاحب العلامة نفسه قد سمح بتصنيع أو توزيع المنتجات محل العلامة المحمية سواء في السوق أو أسواق أخرى، فلا جدوى إذا من حرمانه الغير داخل الدولة من هذا التعامل على العلامة، و يرى جانب من الفقه أن الحكمة من تمتع صاحب العلامة بإحتكار إستيراد المنتجات أو البضائع محل الحماية يصبح دون سبب و غير منطقي كونه هو نفسه سمح بطرح هذه المنتجات أو السلع في دولة أخرى، و يطلق على ذلك الإستنفاد الوطني لحقوق مالك العلامة في الحق وحده في إحتكار إستيرادها.⁴

ب- إستغلال العلامة لتفتيت السوق:

علاوة عما سبق قد يسعى صاحب العلامة لإستغلال إحتكاره لها في تفتيت السوق عندما يتعلق الأمر باستخدام علامتين تجاريتين مختلفتين لنفس المنتج في بلدان مختلفة⁵، بمعنى أن صاحب العلامة التجارية قد يبتكر علامة أخرى لنفس المنتج الحامل للعلامة الأولى الأصلية و يقوم بتسجيله و لكن في دولة أخرى فيصبح هناك علامتين الأولى المسجلة في البلد الأصلي و علامة ثانية مسجلة في الدولة الأخرى، بالرغم من أن كلا العلامتين

1 عمر محمد حماد مرجع سابق ص 315.

2 مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية – القانون النموذجي بشأن المنافسة – سلسلة دراسات الأنتكاد بشأن قضايا المنافسة – جنيف 2000 ص 47 – 48.

3 سميحة القليوبي مرجع سابق ص 560.

4 نفس المرجع ص 561.

5 وليد عزت الدسوقي مرجع سابق ص 176.

تخصان منتجا أو سلعة واحدة، و سبق أن عرضت أمام القضاء قضية مماثلة، حيث تقدمت شركة (CENTRA , FARM.B.V) ضد شركة (AMERICANHOME .) (PRODUCTS) إدعت الشركة أنه يحق لها كمستورد مواز أن تبيع دون ترخيص في دولة هولندا أقراص « أوكسازيباموم » تحت الإسم التجاري « SERESTA » و التي منشأها شركة المنتجات المنزلية الأمريكية و التي عرضت للبيع بالمملكة المتحدة تحت اسم « SERENID.D » و هذا راجع إلى أن العقارين متطابقين (أي لا يفرق بينهما سوى الإسم) و قد توصلت المحكمة الى ان هذا الحق يمكن ان يشكل قييدا على عملية التجارية إذا ما ثبت أنه تم الأخذ به بغرض تجزئة السوق أو فرض أسعار مبالغة فيها.¹

أشار إلى هذه القضية وليد عزت الدسوقي CASE. 3/78 : (1978) ECR – 1823 – 10/10/1978
مرجع سابق ص 176- 177.

الباب الثاني:

مظاهر التعسف و اجراءات متابعته.

ذكرنا فيما سبق أنّ وضعية الهيمنة ليست محظورة في ذاتها، فكل مؤسسة تصل إلى تلك الوضعية بفضل كفاءتها وجهدها وتفوقها على غيرها، فلا تثريب عليها إذا تمكّنت من الحصول على حصة كبيرة في السوق المعني، غير أنّ المحذور هو أن ترتكب المؤسسة المهيمنة ممارسة مقيدة للمنافسة مستغلة ذلك المركز الذي وصلت إليه للاحتفاظ بمركزها في السوق أو تدعيمه، وذلك عن طريق إراحة منافسيها سواء المتواجدين في السوق أو المحتمل دخولهم إلى السوق المعنبر، وقد تدخلت مختلف التشريعات لحظر تلك الممارسات، فمنها المشرّع الجزائري الذي حظر بدوره التعسف في استغلال وضعية الهيمنة واعتبره من الممارسات المقيدة للمنافسة، وذكر بعض صوره.

ولم يكتفي المشرّع بتعداد صور التعسف وخطرها، بل حرص على وضع سلطة إدارية مستقلة مكلفة بضبط السوق وحماية المنافسة وقمع التعسف باعتباره من الممارسات المقيدة للمنافسة، تتمثل في مجلس المنافسة الذي خوّله الأمر 03-03 ونصوصه التطبيقية مهمة ضبط المنافسة في السوق والسهر على حسن سيره، ومنحه من أجل القيام بذلك آليات قانونية تساعده لأداء مهامه.

ترتيباً على ما سبق، تمّ تقسيم هذا الباب إلى فصلين، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: حظر التعسف في وضعية الهيمنة.

الفصل الثاني: متابعة التعسف في وضعية الهيمنة.

الفصل الأول

حظر التعسف في وضعية الهيمنة

قد تصل المؤسسة إلى وضعية هيمنة على السوق بفضل مهارتها وتفوقها التقني على غيرها من المؤسسات بسبب امتلاكها براءة اختراع منتج ما، أو حيازتها لعلامة تجارية مشهورة، وفي سبيل الحفاظ على مركزها في السوق المعني، قد تلجأ إلى ممارسات تعدّ منافية للمنافسة ومنها التعسف في وضعية

الهيمنة، هذا المفهوم الذي عجز عن تعريفه المشرع الذي سكت من ذلك، ومعه القضاء والفقه، إلا ما ندر.

ويتخذ التعسف في وضعية الهيمنة عدّة صور ذكر المشرع البعض منها ورتّب على إرتكابها العقوبات المناسبة، غير أنّه عاد ووضع قيود على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة في حالة توافر ظروف معينة.

ويضم هذا الفصل مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: ماهية الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة.

المبحث الثاني: الممارسات المجسدة للتعسف في وضعية الهيمنة.

المبحث الأول

ماهية الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة

لم تضع معظم التشريعات المنظمة لحماية المنافسة تعريفاً لمفهوم التعسف في وضعية الهيمنة، وإنّما اقتصر على ذكر بعض الممارسات التي تشكل تعسفاً، حيث نشير في هذا السياق إلى أنّ البعض يستعمل عبارة "تعسف" مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للتشريع الأوروبي والفرنسي وكذا المشرع الجزائري، في حين يفضل آخرون عبارة "إساءة استخدام أو استغلال" للدلالة على فكرة التعسف مثل المشرع المصري. وعليه، سنستعين بكليهما خلال دراسة هذا الفصل، كما يثير فكرة التعسف مسألة إثباته، وكذا تمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة.

بناءً على ما سبق، سنتناول بالدراسة ضمن مطلبين:

- المفهوم القانوني للتعسف في المطلب الأول.
- إثبات التعسف في وضعية الهيمنة وتمييزها عن غيرها من المفاهيم المشابهة ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول

المفهوم القانوني للتعسف

من المتفق عليه أنّ وضعية الهيمنة مشروعة وبإمكان أيّ مؤسسة أن ترتقي إليها ولكن بإتباع وسائل مشروعة.

وفي هذا المعنى، جاء في تقرير لمجلس المنافسة الجزائري: «وضعية الهيمنة ليست في حدّ ذاتها منافية للمنافسة، فهي لم تحظر بموجب الأمر المتعلق بالمنافسة الذي يشكل النص الأساسي، حيث تتمحور حوله مجمل إجراءات المنافسة بالنسبة لكل قطاعات النشاط. وبالمقابل، فإنّ التعسف في وضعية الهيمنة ينال من المنافسة ومن هذا الباب وبهدف حماية المنافسة من أيّ مساس، فإنّ الأمر المتعلق بالمنافسة نص على حظره والمعاقبة عليه»¹.

إذن، وصول المؤسسة إلى مركز مسيطر بفضل مهارتها التجارية الفائقة أو براءة الاختراع التي تحوزها، أو أنّ السوق لا يحتمل إلاّ مؤسسة واحدة بالنظر لطبيعة السلعة أو الخدمة مثل المحتكر الطبيعي. ففي هذه الحالة لا يمكن وصم المؤسسة بأيّة مخالفة لأنّ المنافسة في السوق تتطلب ذلك².

في حين، أنّ لجوء المؤسسة المهيمنة إلى ممارسات أو تصرفات منافية للمنافسة بقصد الحفاظ على وضعيتها في السوق أو تعزيزها يعدّ تعسفاً من منظور قانون المنافسة، و قصد الإحاطة بمفهوم التعسف في وضعية الهيمنة. سيتطلب الأمر التعرّض إلى تعريفه في فرع أول، ثم ندرس التأصيل القانوني لفكرة التعسف في وضعية الهيمنة في محاولة للتعمّق في الجذور القانونية لهذا المفهوم في فرع ثان.

الفرع الأول

تعريف التعسف في استغلال وضعية الهيمنة

ذكرنا سابقاً أنّ فكرة التعسف في وضعية الهيمنة لم ينل حظها من التعريف، سواء من قبل المشرّع أو الفقه أو القضاء، وللاطلاع على موقف هؤلاء، سنخرج على كلّ فئة من هؤلاء ضمن فقرة مستقلة كما يلي:

أولاً- تعريف المشرّع:

سنتناول موقف المشرّع في كلّ من القانون الأوروبي ومعه الفرنسي، ثم موقف نظيره في ال.م.أ، وأخيراً المشرّع الجزائري.

¹ مجلس المنافسة: تقرير النشاط السنوي، 2002، ص.15.

² جاسم محمد الراشد، مظاهر السلوك الاحتكاري وآليات مكافحته في القانونين الكويتي والمصري، منشورات جامعة الكويت، 2016، ص.96.

1- موقف المشرع الأوروبي:

لم يعرف المشرع الأوروبي التعسف في وضعية الهيمنة، حيث نصت المادة 102 معاهدة إدارة أنشطة الإتحاد الأوروبي (TFUE) على أنه: «يُعدّ متعارض مع السوق الداخلي (سوق الإتحاد الأوروبي)، وممنوعا بالقدر الذي من شأنه الإضرار بالتجارة بين الدول الأعضاء قيام مؤسسة أو مجموعة مؤسسات، الاستغلال بطريقة تعسفية لوضعية الهيمنة في السوق المشتركة أو في جزء جوهري منها.

هذه الممارسات التعسفية يمكن أن تتمثل على الأخص في:

1. فرض بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، الشراء أو البيع أو شروط أخرى غير عادلة للصفقات.
 2. تحديد الإنتاج، منافذ التسويق أو التطوير التقني الضار بالمستهلكين.
 3. تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.
 4. إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية»¹.
- في حين أنه بالنسبة للتشريع الفرنسي، يعتبر مصطلح التعسف أو إساءة استغلال وضعية الهيمنة حديث الاستعمال بالمقارنة مع غيره من التشريعات الأوروبية كالتشريع الألماني مثلا².

¹ « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats».

² المادة 22 من القانون المنظم للمنافسة، الصادر في 27 يوليو 1957.

حيث، لم يتعرض لفكرة المركز المهيمن أو التعسف فيه، فقد نصت المادة 59 مكرر الفقرة 02 من المرسوم رقم 45-1483 المؤرخ في 30/06/1945 على أنه: «تعدّ محظورة في نفس الشروط أنشطة مؤسسة أو مجموعة مؤسسات حائزة في السوق الداخلي لمركز مسيطر يتميز بوضعية احتكار أو تجميع واضح للقوة الاقتصادية عندما يكون هدف هذه الأنشطة، أو يمكن أن يكون له أثر في إعاقة السير العادي للسوق»¹.

وتحليل عبارة «في نفس الشروط» إلى الفقرة الأولى من المادة 59 مكرر، وهي تتعلق بالاتفاقات التي تعتبر محظورة ولاسيما إذا كان من شأنها منع خفض أسعار البيع أو شجعت على ارتفاع مصطنع للأسعار.

وبصدور قانون المنافسة رقم 77-806 المؤرخ في 17/07/1977، نقلت النصوص الخاصة بوضعية الهيمنة وإساءة استغلال المركز المهيمن من المادة 59 من المرسوم الصادر سنة 1945-المذكور آنفاً-، والتي تمّ إدماج المادة 03 من قانون 1963 فيها²، إلى المادة 50 من قانون 1977، وتوسع مضمون الحظر ليصبح شاملاً، إضافة للسوق الداخلية جزء جوهرية من هذا السوق³.

ولم يظهر مصطلح التعسف (الإساءة) في التشريع الفرنسي إلاّ مع صدور الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، المؤرخ في الفاتح ديسمبر 1986، وذلك من خلال المادة الثامنة منه (08)⁴.

ونصت هذه المادة على نوعين من التعسف وهما: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة سواءً في السوق الداخلي أو في جزء جوهرية منه، وحالة التعسف

¹ « Sont prohibées, dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou une concentration manifeste de la puissance économique lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normale du marché », l'article 59 BIS. Al. 02 de l'ordonnance N°45-1483 du 30 juin 1945.

² Loi de finances N°63-628 du 2 juillet 1963.

³ خليل فيكتور فادرس، المرجع السابق، ص.118-119.

⁴ «Il faudra attendre l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour que la notions d'abus apparaisse dans le texte», Anne SHOPHIE CHONE, les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence, economica, 2010, N°236, p.163.

في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وتم دمج هذا الأمر بعد ذلك ضمن أحكام القانون التجاري الفرنسي في الكتاب الخامس تحت عنوان "حرية الأسعار والمنافسة".

ووضعت المادة الثامنة من الأمر المؤرخ في 1986 في المادة L-420 الفقرة الثانية من القانون التجاري الفرنسي¹، ونصت هذه الأخيرة على أنه: «يحظر وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة L-420 الاستغلال التعسفي الصادر عن مؤسسة أو تجمع مؤسسات لوضعه المسيطر على السوق الداخلي أو جزء جوهري لذلك السوق، ويكون الاستغلال تعسفيا- بصفة خاصة- في حالات رفض البيع، والبيوع المرتبطة، والتمييز في شروط البيع وقطع أو إنهاء العلاقات التجارية القائمة»².

يتضح من خلال النصوص المذكورة أنّ كلا من التشريع الفرنسي والأوروبي لم يتعرضا إلى تعريف التعسف أو إساءة استغلال وضعية الهيمنة، فكلّ من المادة L-420 -02 من القانون التجاري الفرنسي وكذا المادة 12 من معاهدة إدارة أنشطة الإتحاد الأوروبي TFUE- المعروفة بمعاهدة روما- لم تشر لا من قريب أو من بعيد إلى أيّ تعريف لهذا المفهوم، واكتفتا فقط بذكر بعض الأمثلة لممارسات تعدّ تعسفية إذا قام بها المشروع المسيطر تعدّ تجسيدا للتعسف³.

2- موقف المشرّع في الولايات المتحدة الأمريكية:

ذكرنا أنّ الو.م.أ عرفت قانونان أساسيان لحماية المنافسة هما:

أولا: قانون شيرمان لمكافحة الاحتكار SHARMAN ACT لسنة 1890 (المعدل)، وهو قانون فيدرالي يتضمن نصوصا لحماية حرية التجارة والمنافسة

¹ André et Georges Décocq, op.cit, N°02, p.17.

² « Est prohibée, dans les mêmes conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées », Article L420-2 alinéa 1^{er} du code de commerce, op.cit.

³ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.107-108.

من أيّ تعاقبات أو تكتلات أو تواطئات خصوصاً ما يتعلق بتكوين الاحتكارات أو التواطؤ لتكوينها¹.

ومن أبرز مواد هذا القانون المادة الأولى التي نصت على أنه: «يعدّ غير مشروع كلّ عقد أو تجمع أو شركة يأخذ شكل ترست أو أيّ شكل آخر أو أيّ اتفاق وذلك من أجل تقييد المبادلات أو المقايضات أو التجارة والتي تجري سواء فيما بين الولايات المختلفة أو بينها وبين الدول الأجنبية الأخرى»².

كما نصت المادة الثانية من نفس القانون على أنه: «كلّ شخص يحتكر أو يحاول أن يحتكر أو يشارك في تجمع أو اتفاق مع شخص واحد أو عدّة أشخاص، وذلك من أجل احتكار جزء من المبادلات أو التجارة تجري فيما بين الولايات أو بينها وبين الدول الأجنبية يعدّ مرتكباً لجريمة.. يعاقب...»³.

ثانياً: قانون كلايتون عام 1914: تمّ إصدار هذا القانون عندما اتّضح للمحاكم الأمريكية القصور الذي يشوب قانون شيرمان، حيث جاء لتكملة وزيادة قدرة قانون شيرمان في التحكم في ممارسات العمل الضارة من قبل الاتحادات التجارية، بحيث أضافت تعديلات هامة لقوانين مكافحة الاحتكار⁴.

ومن أبرز مواد هذا القانون المادة الأولى التي حظرت الممارسات الاحتكارية التي تقوم على التمييز في أسعار البيع أو الشراء للمنتجات المتماثلة من ناحية النوع، كم حظرت المادة الثانية من ذات القانون الممارسات الاحتكارية التي تقوم على البيع أو التأجير لأشخاص معينين دون غيرهم، في حين أنّ المادة السابعة حظرت الممارسات الاحتكارية التي تسعى إلى الاستحواذ على أسهم الشركات

¹ عدنان باقي لطيف، المرجع السابق، ص.105.

² «Every contract combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the serval states, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal..... shall be punished...».

³ « Every person who shall monopolize or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons to monopolize any part of trade or commerce among the serval states, or with foreign nations, shall be jeered guilty of a felony... shall be punished....».

⁴ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.241.

المساهمة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو موجدات أي شخص بهدف الاحتكار والسيطرة على جانب معين من التجارة¹.

وباستقراء النصوص المذكورة، نجد أنّ المشرّع الأمريكي هو الآخر لم يكلف نفسه عناء وضع تعريف لمفهوم إساءة استغلال المركز الاحتكاري (أو الاحتكار المحظور)، واكتفى كمنظرائه في التشريع الأوروبي بتقديم أمثلة عن ممارسات تعدّ احتكارًا محظورًا وهي تتعلق على سبيل المثال في التمييز في الأسعار والتمييز في المعاملة مع عملاء المشروع المحتكر.

3- موقف المشرّع الجزائري:

اعترف المشرّع الجزائري بحرية الفرد في التملك، وجاء ذلك من خلال دستور 1989، ولاسيما المادة 49 منه التي نصت على أنّه: «أنّ الملكية الخاصة مضمونة»، وهذا النص أبان عن نيّة الدولة في إرساء نظام اقتصادي حر قائم على حرية المنافسة، وترك المجال للفرد قصد المساهمة في بناء الاقتصاد الوطني بعيدًا عن الاقتصاد الموجه الذي أثبت فشله.

وفي سبيل تكييف المنظومة القانونية الجزائرية مع التحوّلات الاقتصادية الجديدة التي أعلن عن ميلادها دستور 1989، باشرت الجزائر مجموعة من الإصلاحات الاقتصادية والتي من ضمنها تعيين النصوص القانونية لتتلاءم مع التحوّلات الجديدة، علاوة على سن قوانين جديدة لتساير هذا التوجه، ومن أهم النصوص التي صدرت آنذاك القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 يونيو 1989 المتعلق بالأسعار²، حيث يعدّ أول قانون يهتم بالمنافسة في الجزائر بالرغم من أنّه لم يذكر ذلك صراحةً، إلّا أنّه بالإطلاع على مضمونه نلمس نيّة المشرّع في وضع معايير التنافس المشروع ورسم بيئته القانونية³.

وجاء في الباب الرابع من هذا القانون تحت عنوان: "القواعد المتعلقة بالممارسات التجارية"، وتحديدًا المادة 27 منه: «يعتبر لا شرعيًا كلّ تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو جزء منه، كما يعتبر لا شرعيًا:

¹ سامي عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 109-110.

² القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 يوليو 1989 المتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية، العدد 29، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 1989 (ملغى).

³ لعور بدر، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2013/2014، ص. 60.

- رفض البيع بدون مبرر شرعي؛
- البيع التمييزي أو المشروع؛
- البيع المشروط بكمية محدودة، كل منتج معروض على نظر الجمهور يعتبر معروضا للبيع».

ويعدّ هذا أول قانون في الجزائر يظهر من خلاله مصطلح التعسف الناتج عن وضعية هيمنة على السوق الذي اعتبر غير مشروع¹.

ونلاحظ أنّ المشرّع ذكر من خلال هذا النص بعض الأمثلة التي تعدّ من صور التعسف في وضعية الهيمنة.

واستمر العمل بهذا القانون لمدة ستة (06) سنوات، ليقوم المشرّع الجزائري في جانفي 1995 بوضع أول نص يهتم فقط بتنظيم المنافسة الحرة ترقيتها وتحديد قواعد حمايتها، وهذا بإصداره الأمر 06-95 الذي ألغي بموجب المادة 95 منه جميع الحكام المخالفة له ولاسيما القانون رقم 12-89 المتعلق بالأسعار، وبدا وضحا أنّ هذا الأمر تأثر أساسا وبشكل بالغ بالأمر الفرنسي رقم 1243-89 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة².

وتناول الأمر 06-95 التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة من خلال الفصل الثاني المعنون بـ "ممارسة التعسف والمعاملات المنافسة للمنافسة"، حيث جاء في المادة لسابعة منه: «يمنع كلّ تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو احتكار له و على جزء منه يتجسد في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي وكذلك احتباس مخزون من المنتوجات في محلات أو في أيّ مكان آخر مصرّح به أو غير مصرّح به؛
- البيع المتلازم أو التمييزي؛
- بيع المشروط باقتناء كمية دنيا؛
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى؛
- قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير شرعية؛

¹ صبايحي ربيعة، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 02/ 2010، ص.105؛ لعور بدر، المرجع السابق، ص.61.
² بختة موالك، المرجع السابق، ص.22.

- كل عمل من شأنه أن يحدّ أو يلغي منافع المنافسة في السوق.
تحدد عن طريق التنظيم المقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف»¹.

وتطبيقاً لأحكام المادة السابعة الفقرة الأخيرة صدر المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 الذي يحدد المقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة- سالف الذكر- حين وضع من خلال المادة الخامسة منه مجموعة من المقاييس تعتبر تعسفاً في وضعية الهيمنة على سوق أو جزء منه، وقد نصت هذه المادة على أنه: «يعتبر تعسفاً في وضعية الهيمنة على سوق أو على جزء منه كلّ فعل يرتكبه عون اقتصادي في وضعية هيمنة على السوق المعنية يستجيب على الخصوص للمقاييس الآتية:

- المناورات التي تهدف إلى مراقبة الدخول إلى السوق أو سيرها؛
- المساس المتوقع أو الفعلي بالمنافسة؛
- غياب حل بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية»².

ولم يعمر الأمر 06-95 طويلاً، حيث تمّ العمل به ثماني (08) سنوات فقط، ليتم إلغائه ويحل محله الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، هذا الأخير ألغى العمل بالباب الأول (الأحكام العامة) والباب الثاني (مبادئ المنافسة) والباب الثالث (مجلس المنافسة)، كما ألغى العمل بالمرسوم التنفيذي 314-2000- المذكور أعلاه- بموجب المادة 73 منه.

واستحدثت مقاييس جديدة لممارسة التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه تختلف كلياً عن المقاييس المعتمدة في ظلّ الأمر 06-95 بعد أن تحولت المقاييس المذكورة بالمادة السابعة من الأمر 06-95 إلى مقاييس التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية لمؤسسة³.

بالمقابل، استحدثت مقاييس جديدة للتعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق، من خلال المادة السابعة من الأمر رقم 03-03، وقد جاء نص المادة كما

¹ المادة 07 من الأمر 06-95، يتعلق بالمنافسة (ملغى).

² المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000.

³ المادة 11 من الأمر 03-03.

يلي: «يحظر كلّ تعسّف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها؛
 - تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني؛
 - اقتسام الأسواق أو مصادر التموين؛
 - عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها؛
 - تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين ممّا يحرمهم من منافع المنافسة؛
 - إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية»¹.
- وتثير المادة السابعة من الأمر 03-03 مجموعة من الملاحظات لعلّ أهمّها:

أ- أنهالم تتضمن تعريفاً للتعسّف في وضعية الهيمنة، بل اكتفت بذكر بعض صوره.

ب- كان المشرّع الجزائري في ظلّ الأمر 06-95 يصنّف التعسّف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق في خانة الممنوعات، حيث استعمل مصطلح "يمنع"²، في حين عدّل عن هذا واستعمل لفظ "يحظر" وذلك بمناسبة صدور الأمر رقم 03-03، وهو موقف صائب وينسجم مع ما هو سائد في التشريعات المقارنة لاسيما الأوروبية³، كذلك المشرّع المصري⁴، إضافة إلى القانون النموذجي بشأن المنافسة سلسلة دراسات الأونتكاك بشأن قضايا قانون وسياسة المنافسة⁵. غير أن المشرّع الجزائري تدخل مؤخرا و استخدم المنع يدل الحظر، و كان ذلك بمناسبة التعديل الدستوري الاخير في مارس 2016، فقد نصت الفقرة الاخيرة من المادة 43 منه : " يمنع القانون الاحتكار..."⁶. و هنا يثور التساؤل هل يقصد المشرّع

1 المادة 07 من الأمر رقم 03-03.

2 المادة 07 من الأمر رقم 06-95.

3 المادة 102 من معاهدة إدارة أنشطة الإتحاد الأوروبي (TFUE)، المرجع السابق.

4 المادة 02 من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، المرجع السابق.

5 الفصل الرابع- أولا- من القانون النموذجي بشأن المنافسة.

6 القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن المبادرة بتعديل الدستور، ج.ر. 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

الاحتكار المطلق الذي يشمل كل حصص السوق، أم الاحتكار النسبي و الذي هو عبارة عن هيمنة على السوق، مع العلم أن الاحتكار المطلق قد يكون حتمية و لا مفر منه مثل الاحتكار الطبيعي بالنسبة لبعض الانشطة الاستراتيجية و التي لا تحتل الا مؤسسة واحدة بالنظر لطبيعة النشاط مثل السكك الحديدية و الموانئ و المطارات...، كما أن الجزائر معروفة بتكريسها للاحتكار في عدة مجالات قطاعات مثل ماهو عليه بالنسبة لشركة نافطال او سونلغاز...، و نعتقد أن هذا التعديل لم يكن في محله لأن الاحتكار كما هو متفق عليه قضاء و فقها، ليس محظورا في ذاته بل التعسف في استغلال المركز الاحتكاري هو المحظور.

ج- كما استعمل المشرع كلمة "قصد" تمهيداً لذكر حالات التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار له، في حين أنه استعمل باللغة الفرنسية عبارة «TENDANT'A» والتي ترجمتها إلى اللغة العربية "ترمي إلى...- تصبو إلى.."، ففي الوقت الذي ينصرف معنى كلمة "قصد" إلى نيّة الفاعل أو مرتكب مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق وهو أمر يجانب الصواب- وفيه نظر- لأنه سيؤدي إلى إفلات المؤسسة من العقاب لمجرد التذرع بعدم وجود "نيّة أو قصد" عند الإقدام على ارتكاب السلوك المجرم بموجب المادة السابعة من الأمر رقم 03-03¹، بينما ينصرف معنى كلمة «TENDANT'A» إلى الآثار المترتبة عن الممارسات بغض النظر عن نيّة مرتكبها²، وهو الأصوب والمعمول به في أغلب التشريعات المقارنة -كما سيأتي معنا- ويبدو أن الترجمة من اللغة الفرنسية إلى العربية كانت خاطئة، على اعتبار أن النص الأصلي بالنسبة للتشريع الجزائري غالبا ما يكون محرراً باللغة الفرنسية أو منقولاً عنها.

د- كما نسجل أن المشرع الجزائري في ظلّ الأمر 06-95، ولاسيما المادة السابعة منه كان «يمنع كلّ تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه»، حيث لفظ له تعود دائما على السوق، على عكس ما هو عليه الوضع في الأمر رقم 03-03 وعلى وجه التحديد المادة السابعة منه، فهذه الأخيرة صيغت عباراتها بلغة ركيكة لم تراعي قواعد النحو والصرف، التي تحكم اللغة العربية، فقد نصت المادة المذكورة على أنه: «يحظر كلّ تعسف ناتج عن وضعية

¹ منصور داوود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015، ص.33.

² مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص.96.

هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها...»، أين استخدم المشرع كلمة "لها" والتي ينصرف معناها بحسب سياق نص المادة إلى الهيمنة على السوق، في حين أنّ المفروض أن يستخدم لفظ "له"، هذا الأخير ينصرف معناه إلى السوق وحده الخاضع سواء لوضعية هيمنة أو احتكار¹. كما أنّ عبارة "أو على جزء منها" ليس لها أيّ معنى أو مدلول، على العكس من ذلك لو استعمل المشرع عبارة "أو على جزء منه" التي تتعلق بجزء من السوق، بالمقارنة بين الأمر 06-95 والأمر 03-03، تستخلص أنّ العبارة المستعملة في الأمر 06-95 أسلم لغويًا، وتؤدي المعنى الذي قصده ويريده المشرع، بالمقابل تعتبر العبارة المذكورة بالمادة السابعة من الأمر 03-03 قاصرة وتحتاج إلى إعادة صياغة.

ه- تعتبر الحالات المذكورة ضمن المادة السابعة من الأمر رقم 03-03 مجرد أمثلة عن حالات تعدّد تعسفًا في استغلال وضعية هيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه، و يمكن إضافة حالات أخرى غير مذكورة بالنص، غير أننا نستغرب عدم استعمال المشرع لعبارة تدل على أنّ هذه الحالات مجرد أمثل وليس على سبيل الحصر، في حين أنّ المادة السادسة من نص الأمر رقم 03-03 عندما ذكرت حالات الاتفاقات المحظورة استعمل المشرع عبارة "لاسيما" وهي عبارة تستعمل عادةً للدلالة على أنّ ما سيتم ذكره ليس على سبيل الحصر، بل يشمل أمثلة أخرى لم يذكرها النص، كذلك التشريعات المقارنة استعملت دائما عبارة تدل على نفس الأمر ومنها التشريع الفرنسي استخدم عبارة «Peuvent notamment consister»² وهي نفسها المستخدمة في الاتفاقية الأوروبية³، الجدير بالذكر أنّه، في ظلّ الأمر رقم 06-95 خصوصا الفقرة الأخيرة من المادة السابعة (07) استعمل المشرع العبارة التالية: «كلّ عمل من شأنه أن يحدّ أو يلغي منافع المنافسة في السوق»، وهي عبارة توحي أنّ الممارسات التعسفية المذكورة ليست واردة على سبيل الحصر، في حين النص الحالي وبعد ذكر الممارسات التعسفية من خلال المادة السابعة منه لم يردفها بالعبارة المذكورة آنفا، وقد ذهب البعض إلى أنّ هذا يعطي الانطباع أنّ الممارسات المذكورة وردت على سبيل الحصر وليس على

¹ لعور بدرّة، المرجع السابق، ص. 61-62.

² Article L-420-02.

³ Article 102 TFUE.

سبيل المثال، وذلك يعتبر تضييقاً من مجال تطبيق المادة السابعة من الأمر 03-03.¹⁰³

و- الحالات المنصوص عليها من خلال المادة السابعة والمتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة هي نفسها المذكورة في متن المادة السادسة الخاصة بالاتفاقات المحظورة، باستثناء الحالة الأخيرة (السابعة)، في حين لا يمكن أن تنطبق كلّ هذه الحالات على كلّ الاتفاقات المقيدة للمنافسة والتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية في نفس الوقت، ونذكر على وجه التحديد حالتني اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل²، والتي تنطبق على الاتفاقات المحظورة لكون الاقتسام يتطلب حتما وجود طرفين متساويين من حيث القوة الاقتصادية كما هو عليه الحال في الاتفاقات المحظورة، في حين أنّ التعسف في وضعية الهيمنة من الممارسات الانفرادية التي تتطلب وجود طرف واحد فقط، ونعتقد أنّه من السليم استبدال كلمة "اقتسام" بكلمة "تقسيم السوق" باعتباره أنّ التقسيم قد يقوم به طرف واحد فقط هو صاحب المركز المهيمن.

ز- رأينا ضمن الفقرة السابقة أنّ المشرّع أدرج نفس الحالات المذكورة في المادة السادسة، ضمن أحكام المادة السابعة، بينما استثنى الفقرة الأخيرة (السابعة) والمتعلقة «السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة»³، وهذا بالرغم من أنّ تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العامة لا يقتصر على الاتفاقات المقيدة للمنافسة، بل يطبق أيضا في مجال التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، شريطة ألا يدخل تصرف الإدارة ضمن ممارسة امتيازات السلطة العامة وتسيير الدومين العام⁴. فالسلطات العامة عليها أن تتلافى وتحذر من خلق وضعيات احتكار أو هيمنة على السوق، تتنافى مع المنافسة وذلك بمناسبة العقود الإدارية التي تبرمها مع الأعوان الاقتصاديين⁵، وعليه يستحسن إضافة نفس مضمون الفقرة السابعة من المادة 06 من الأمر رقم 03-03 إلى

1 كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.180.

2 مختور دليلة، المرجع السابق، ص.95.

3 المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

4 مختور دليلة، المرجع السابق، ص.95.

5 محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2010، ص.77.

المادة السابعة من ذاك الأمر، حتى يمكن معاقبة أيّ تعسّف في استغلال وضعيّة الهيمنة من قبل هؤلاء.

وبتفحص النصوص التشريعية المذكورة سواء الأوروبي والفرنسي والأمريكي، إضافة إلى التشريع الجزائري، نجد أنّ ثمة تشابهاً كبيراً بين التشريع الأوروبي ومعه الفرنسي إضافة إلى الجزائري، وهذا راجع إلى أنّ هذا الأخير استلهم أحكام قانون المنافسة من الأولى، ونلاحظ أنّ التشريعات المذكورة تحدثت جميعها عن ممارسات تتعلق بالأسعار والتمييز بين البائعين والمشتريين، تتشابه مراكزهم التجارية في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل، فيما بين المؤسسات الناشطة في السوق المعني، علاوةً على تعليق إبرام العقود والاتفاقات المختلفة على شروط قبول بعض الالتزامات أو منتجات غير مرتبطة بمحل هذه الاتفاقات¹.

أمّا التشريع الأمريكي، فمن خلال المادتين الأولى والثانية من قانون شيرمان على وجه التحديد، فقد قام في بعض الأحيان بتحريم لجوء بعض المؤسسات إلى أفعال أو تصرفات يكون من شأنها تكوين احتكارات، وبالتالي السيطرة على السوق، ونجده نتيجة لذلك يراقب الاندماجات وغيرها من الطرق المؤدية إلى تكوين الاحتكارات مراقبة دقيقة ويتدخل لمنعها إذا كان من شأنها تكوين احتكار².

وبالمقارنة بين كلّ من التشريع الأوروبي والفرنسي وكذا الجزائري وبين التشريع الأمريكي، نلاحظ أنّ هذا الأخير يعتبر مجرد التواجد في وضعيّة احتكار في بعض الحالات جريمة بغض النظر عن القيام بممارسات احتكارية من عدمه، بينما التشريعات الأوروبية والفرنسي ومعهم الجزائري، لا تحظر تواجد المؤسسة المعنية في وضعيّة هيمنة أو مركز احتكاري في السوق المعني، بل تحظر القيام بممارسات تعسّفية لوضعيّة الهيمنة³.

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.108-109.

² محمد عباس محمد عبد الرحمان سليم، حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014، ص.163.

³ «En cela, le droit de l'union Européenne, se distingue apparemment très nettement du droit des États-Unis d'Amérique qui parvient dans certains cas à condamner la seule acquisition d'une position dominante... le droit Américain (V. not SHERMAN ACT, art.2) condamne le simple fait de monopoliser ou de tenter de monopoliser tout ou partie des échanges, la structure même du marché est ainsi considérée comme affectée par le simple fait de la domination»،

واتفقت التشريعات المذكورة أعلاه في أنها لم تعطي تعريفاً لمفهوم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة واكتفت بسرد بعض الأمثلة عن الممارسات الشائعة والتي اتفق على أنها من أكبر الصور شيوعاً للتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية كما هو عليه بالنسبة للتمييز في الأسعار وكذا التمييز في المعاملة اتجاه الشركاء التجاريين، و أصبح التشريع الجزائري متفقاً مع نظيره الأمريكي بعد أن أصبح الاحتكار ممنوعاً بموجب الدستور بغض النظر عن ارتكاب ممارسات تعسفية من عدمه¹.

ثانياً- التعريف القضائي والفقه:

في ظل غياب أيّ تعريف تشريعي لمفهوم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، اجتهد القضاء خاصة في وضع تعريف لهذا المفهوم، وقد تطورت اجتهادات القضاء مع مرور الوقت ولم يكتفي بالتعريف الذي وضعه في بداية الأمر في حين، أن الفقه لم يهتم كثيراً بوضع تعريف للتعسف في وضعية الهيمنة- إلا ما ندر- وعليه نتناول ضمن النقطة الثانية تعريف القضاء ثم تعريف الفقه على النحو التالي:

1- تعريف القضاء:

سنركز من خلال هذا العنصر على اجتهادات القضاء الأوروبي الذي يمتاز بغزارة الأحكام التي تعرضت لمفهوم التعسف في وضعية الهيمنة، كما أنها تنطبق إلى حدّ كبير مع ما هو سائد في التشريع الجزائري، على اعتبار أنه مقتبس عن التشريع الأوروبي والاجتهادات القضائية الأوروبية.

بدايةً نشير إلى أن مفهوم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة في ظلّ القضاء الأوروبي مرّ بمرحلتين أساسيتين: ففي بداية الأمر أخذت محكمة العدل الأوروبية بما أطلق عليه الفقه مفهوم التعسف الهيكلي، ثم تطور هذا المفهوم إلى التعسف السلوكي، ولكلا المفهومين مميزات وخصائص، وعليه نتعرض لكلّ مفهوم على حدة.

Christian GAVALDA, Gibert PARCELEANI, Benoit LECOURT, op.cit, N°427, P.669-670.

¹ الفقرة الأخيرة من المادة 43 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم.

أ- التعسف السلوكي: L'abus de structure

بحسب هذا الاجتهاد القضائي يعتبر التعسف الهيكلي مفهوم موضوعيا يستهدف (Vise) كل الممارسات المؤسسة المهيمنة والتي من شأنها المساس بهيكل وبنية المنافسة، وهذا يؤدي إلى حظر بعض الممارسات لسبب أنها تؤدي إلى إفساد المنافسة¹.

وضع هذا المفهوم لأول مرة بمناسبة قرار شهير صدر عن محكمة العدل الأوروبية يعرف باسم CONTINENTAL CAN، الذي خلص إلى أن مجرد إعاقة المنافسة إجمالاً في السوق المعني يشكل تعسفاً، مهما كانت الوسائل المستخدمة في هذا الخصوص، بما في ذلك التغيير في البنية التنافسية للسوق².

وجاء في قرار CONTINENTAL CAN: «واقعة قيام مؤسسة بتعزيز (تدعيم) وضعية الهيمنة إلى درجة أن مستوى الهيمنة أدى إلى المساس المحسوس بالمنافسة، بمعنى أنه لم يبق سوى المؤسسات التابعة في تصرفاتهم للمؤسسة المهيمنة (يشكل تعسفاً)»³.

ونشير في هذا السياق إلى أن هذه القضية تتعلق بقيام شركة CONTINENTAL CAN، المهيمنة على سوق التغليف المعدني L'emballage métallique، ومواد التغليف بالورق أو البلاستيك Matériaux d'emballage en papier et en plastique، وكذا آلات صنع واستعمال هذه التغليفات، بالاستحواذ على أجهزة الرقابة في مؤسسات أخرى منافسة ناشطة في نفس السوق المعني، واعتبرت المفوضية الأوروبية للمنافسة أن

¹ «L'abus de structure est objectif et vise toute pratique d'une entreprise dominante qui porte atteinte à la concurrence ce qui conduit à interdire per se certaines pratiques au seul motif qu'elles faussent la concurrence », M. Malaurie VIGNAL, l'abus de position dominante, op.cit, N°126, p.82.

² André et Georges DECOCQ, op.cit, N°282, p.396.

³ «Le fait par une entreprise en position dominante de renforcer cette position, ou point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes dans leur comportement de l'entreprise dominante», C.J.C.E, 21 février 1973, Continental Can/ commission.

هذا الأمر يجعله واقعاً تحت طائلة المادة 86 (102) حالياً من الاتفاقية الأوروبية (روما) TFUE¹، وهو القرار الذي أيدته محكمة العدل الأوروبية.

الجدير بالذكر، أنّ مثل هذا الحكم أصبح حالياً من دون جدوى على اعتبار أنّ ممارسة النفوذ عن طريق المراقبة على أجهزة المؤسسة أصبح خاضعاً لأحكام التجمعات الاقتصادية وليس للتعسف في استغلال وضعيّة الهيمنة.

إذاً على ضوء هذا المفهوم، تنشأ إعاقة المنافسة لمجرد سيطرة المؤسسة على السوق، ولهذا تعتبر بعض الممارسات مشروعة إذا صدرت عن مؤسسات صغيرة أو متوسطة لا تتحكم في السوق المعتبرة قانوناً، في حين أنّ نفس الممارسات تعدّ محظورة إذا ما صدرت عن مؤسسة في وضعيّة الهيمنة على السوق المعني، وذلك لأنّ إعاقة المنافسة في تلك الحالة تنشأ عن مجرد سيطرة المؤسسة على السوق².

فالتصرفات تعتبر محظورة أو بالعكس مشروعة على ضوء وضعيّة ومكانة المؤسسة في السوق المعني³.

ونجد في القضاء الأوروبي العديد من الأمثلة لعلّ أهمّها قضية شركة ميشلان Michelin⁴، حيث أدانت المحكمة الأوروبية قيام شركة ميشلان بمنح تخفيضات (خصوم) الوفاء Les remises de fidélités لفائدة بائعي العجلات، والذي يعدّ تصرفاً مشروعاً إذا قام به باقي المنافسين لشركة ميشلان، ويعود السبب إلى أنّ شركة ميشلان تتواجد في وضعيّة هيمنة في سوق العجلات المطاطية Les pneus.

¹ Décision de la commission du 09 décembre 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité «Affaire IV/26811-EUROPE EMBALLAGE CORPORATION».

² لينا حسن ذكي، المرجع السابق، ص.215.

³ «... Des comportements d'entreprises que l'on pourrait considérer comme légitimes dans un contexte extérieur à la domination deviennent abusifs en raison de la domination et des effets qu'il emportent sur la structure de la concurrence», Cyril NOURISSAT, Blandine DE CLAVIERE-BORNNAMOUR, droit de la concurrence, libertés de circulation, droit de l'Union- droit interne, DALLOZ, 4^{eme} édition, N°348, p.326.

⁴ C.J.C.E, Arrêt du 09 novembre 1983, affaire 322/81, MICHELIN/Commission.

دائماً في ظلّ مفهوم التعسف الهيكلي الذي يضع على عاتق المؤسسة المهيمنة مسؤولية خاصة تتمثل في عدم المساس بالمنافسة في السوق الأوروبية المشتركة عن طريق تصرفاتها، وهذا بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى وصول المؤسسة إلى وضعية الهيمنة¹.

وشبهه جانب من الفقه المؤسسة المهيمنة بحيوان الفيل المتواجد في مخزن للخزف الصيني، فأيّة حركة يقوم بها الفيل مهما كانت بسيطة ستسبب أضراراً، وهذا راجع- بطبيعة الحال- إلى حجمه الكبير².

انتقد مفهوم التعسف الهيكلي الذي أقرّه حكم CONTINENTAL CAN، وراه منتقدوه أنّ تطبيق هذا المسلك في تعريف التعسف في وضعية الهيمنة سيؤدي إلى حظر مجرد الحفاظ على وضعية الهيمنة أو تدعيمها، فالخطر يكمن في حظر وضعية الهيمنة في حد ذاتها وليس التعسف في استغلالها³.

ب- التعسف السلوكي: Abus de comportement

نظراً للانتقادات الكثيرة التي طالت مفهوم التعسف الهيكلي والذي يُدين المؤسسة لمجرد حيازتها لوضعية الهيمنة، قام القضاء الأوروبي بإدراج عامل شخصي في تعريف التعسف يتمثل في شرط السلوك Condition de comportement، كان ذلك بمناسبة قضية مشهورة تعرف باسم .HOFFMANN- LAROCHE

¹ «L'entreprise voit peser sur une obligation particulière de vigilance à l'égard de la structure de concurrence plus précisément le juge communautaire à considéré qu'indépendamment des causes de sa position dominante, il incombait à l'entité visée une responsabilité particulière, de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun... en précisent que l'obligation s'applique indépendamment des raisons pour les quelles l'entreprise est en position dominante»، C. MONGOUACHON, op.cit, N°145, p.105.

² «Osons ici une métaphore animalière l'opérateur dominant serait comparable à un éléphant dans un magasin de porcelaine, occasionnant des dégâts au moindre de ses mouvements même de faible amplitude, en raison tout simplement de sa grande taille»، Nicolas PETIT, op.cit, N°840, p.306.

³ «Le seul renforcement de la position dominante était constitutif d'abus, le danger était alors d'interdire la seule position dominante et non plus son abus»، A. CHONE, op.cit, N°235, p.162.

وفقا لهذا المفهوم، نكون أمام وضعية التعسف عند سعي المؤسسة وراء الحصول على ميزة لا تسمح المنافسة الفعلية بالحصول عليها¹، وبعبارة أخرى تحقيق المشروع (المؤسسة) المتمتع بمركز مسيطر لمنافع من عملائه أو المتعاملين معه ما كان ليحققها في ظل المنافسة الحرة².

وذهبت محكمة العدل الأوروبية بمناسبة نظرها في قضية HOFFMANN- LAROCHE المذكورة أعلاه: «إساءة استغلال المركز المسيطر هي فكرة موضوعية تتعلق بالتصرفات التي تقوم بها المؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة والتي يكون من شأنها التأثير على بنيان أو تركيبية السوق...، بشكل يؤدي إلى إضعاف أو إعاقة المنافسة أو منع نموها وذلك باستخدام وسائل تختلف عن تلك الوسائل المستخدمة في ظل المنافسة العادية والتي من شأنها إعاقة المحافظة على المنافسة أو نموها في السوق»³.

وتأثر القضاء الأوروبي من خلال مفهوم التعسف السلوكي بأطروحات المدرسة الألمانية الأوردو-ليبرالية Ordo- Libérales. هذه الأخيرة تعتبر أن جميع المؤسسات ليست لديها أية رغبة في الحفاظ على المنافسة في السوق المعني، بالعكس تهدف إلى القيام بتدابير غير تنافسية من شأنها الإضرار بمنافسيها، زيادةً على ذلك، فهذه المؤسسات وبالنظر إلى حجمها الكبير تكون وحدها قادرة على القيام بتصرفات يعجز المنافسين عن مجاراتها⁴.

¹ جلال مسعد، المرجع السابق، ص.141.

² أسامة حسنين عبيد، السياسة الجنائية في مواجهة الممارسات الاحتكارية الضارة- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2016، ص.118.

³ «La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui est de nature à influencer la structure d'un marché ou à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché de développement de cette concurrence», C.J.C.E, HOFFMANN LAROCHE, 13/09/1979.

⁴ «Cette jurisprudence met davantage l'accent sur le comportement que sur la structure du marché pour expliquer l'interdiction de certaines pratiques d'entreprise dominantes, elle se rapproche des thèses ordo-libérales Allemandes, qui partais du postulat que les entreprises n'ont aucune incitation à maintenir la concurrence, bien au contraire, elle seraient naturellement promptes à prendre

ويثور التساؤل بشأن الوسائل أو الأعمال التي تقوم بها المؤسسة والتي تختلف عن تلك المستخدمة في ظل المنافسة العادية؟ بتعبير آخر، متى يعتبر سلوك المؤسسة المهيمنة غير طبيعي

?Un comportement anormale

يرى جانب من الفقه أنه يتعين للحكم على سلوك المؤسسة المهيمنة يختلف عن تلك الأعمال التي يقوم بها التاجر العادي في ظل ظروف طبيعية للمنافسة، النظر فيما إذا كان الفعل الذي قام به التاجر صاحب المركز المسيطر يعتبر ردة فعل طبيعية لحقه في المنافسة، أي أن هذا العمل من الممكن أن يقوم به أي تاجر في ظل الظروف العادية للمنافسة¹.

و هكذا لا يمكن سلب المؤسسة حقها في الدفاع عن مصالحها حتى لو اقتضى الحال استعمال بعض العدوانية وذلك لمواجهة ظهور منافس جديد أو لمجابهة تصرفات باقي المنافسين في السوق التي تهدف إلى الاستحواذ على مزيد من الحصص، وجاء في قرار صادر عن محكمة العدل الأوروبية يتعلق بـ UNITEDBRANDS: «وجود وضعية الهيمنة لا يحرم المؤسسة الحائزة لها من الحفاظ على مصالحها الخاصة عندما تصبح مهددة، هذه المؤسسة لها الخيار بالقدر المعقول الذي يتناسب مع الأفعال التي تعتبرها كافية لحماية مصالحها...»².

وهذا يؤدي بنا إلى نتيجة مهمة فهي أنه كلما تجاوزت المؤسسة المهيمنة في سلوكها الحدّ الضروري الذي تحمي به مصالحها كلما كنا أمام وضعية التعسف³.

des mesure anticoncurrentielle afin de chasser leurs rivales du marché, de plus en raison de leur grande taille ces entreprises seraient seules en mesures d'adopter certains comportements que les entreprise concurrentes ne seraient pas capable de répliquer», Nicolas PETIT, op.cit, N°843, p.307.

¹ أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.156-157.
² «L'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position de préserver ses propres intérêts lorsque ceux-ci sont menacés (...) et cette entreprise à la faculté dans une mesure raisonnable de proportionnée, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts », C.J.C.E, 14 décembre 1979, United Brands.

³ «La doctrine a pu avancer que l'anormalité du comportement se trouve caractérisée lorsque l'acte commis par l'entreprise dominante outrepassé ce qui est nécessaire à la protection de ses intérêts légitimes», C. MONGOUACHON, op.cit, N°144, p.103.

وينبغي أن يُوضع في الاعتبار- عند تقدير طبيعة العمل المنسوب لصاحب المركز المسيطر- العادات التجارية في السوق لتقدير مدى كون العمل رد فعل طبيعية للحق في المنافسة¹، فعلى سبيل المثال، يعتبر مشروعًا و منسجمًا مع العادات التجارية قيام المؤسسة لحماية مصالحها الشخصية بالانتشار في السوق واستمالة عملاء جدد، كما يمكنها الاكتفاء ذاتيًا والقيام بالإنتاج بنفسها إذا كانت حائزة لوسائل الإنتاج وبالتالي الاستغناء عن الشراء من مموليها السابقين²، تحسين نوعية منتوجاتها وخدماتها، تعزيز قدراتها لترقية منتوجاتها، تقديم منتوجات جديدة، وبعبارة أخرى، منتوجات مبتكرة، تطوير خدمات مرافقة للبيع مثل خدمات ما بعد البيع³.

رافق مفهوم التعسف السلوكي مفهوم المنافسة بالاستحقاق Concurrence par les mérites الذي وضعته المدرسة الأوردو-ليبرالية Ordo- Libérales، حيث كانت هذه الأخيرة تفرق بين المنافسة بالاستحقاق عن المنافسة بالإقصاء (الإبعاد) par l'exclusion، وتشمل الفئة الأولى السلوكات الحميدة التي تتبناها المؤسسات قصد جعل منتوجاتها أكثر جاذبية في نظر المستهلكين، على سبيل المثال، خفض أسعارها أو تحسين النوعية، في حين تستهدف الفئة الثانية- المنافسة بالإقصاء- السلوكات المشينة التي ترمي إلى إبعاد المنافسين بدل سعي المؤسسة المهيمنة لتحسين كفاءتها الذاتية⁴، هذه الفئة الأخيرة هي التي يستوجب محاربتها وتوقيع الجزاء على من سبب فيها.

أمّا الموقف في الجزائر، فقد عرف مجلس المنافسة التعسف في وضعية الهيمنة بمناسبة إدلاءه برأيه الذي تقدم به بخصوص مدى احترام قواعد المنافسة في سوق الإسمنت من قبل مجموعة LAFARGE، حيث جاء في رأي المجلس:

¹ أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.157.
² C. GAVALDA et les autres, op.cit, N°711, p.442.
³ C. MONGOUACHON, op.cit, p.104, la marche.
⁴«La première catégorie inclut les "bons" comportement que les entreprises adoptent pour rendre leur produit plus attractifs auprès des consommateurs, par exemple, elles baissent leurs prix ou améliorent la qualité, la seconde vise les "mauvais" comportement qui visent à éliminer les concurrent autrement qu'en améliorant ses propres performances»، M. MALAURIE- VIGNAL, Droit de la concurrence, op.cit, N°531, p.236.

«إنّ استغلال الموقف المهيمن هو استغلال تعسّفي لسلطة سوق موافق للوضع المهيمن والذي يحوز على هدف أو لأجل منع وتقييد أو تحريف لعبة المنافسة»¹.

وهو تعريف بالرغم من أنّه مقتضب و وجيز إلاّ أنّه يدلّ على تأثر مجلس المنافسة الجزائر بتعريف القضاء الأوروبي للتعسف الذي جاء في قرار HOFFMANN LAROCHE، ويظهر ذلك من خلال عبارة «والذي يحوز على هدف أو لأجل منع وتقييد أو تحريف لعبة المنافسة». أي أنه أخذ بالتعسف السلوكي الذي يراقب سلوكيات المؤسسة المهيمنة.

2- تعريف الفقه:

إزاء غياب تعريف تشريعي لمفهوم التعسف، وعدم استقرار التفسير القضائي، كان من المتصور أن يتصدى الفقه لذلك بوضع مختلف التعاريف أو المفاهيم التي من شأنها تحديد مفهوم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة بصفة دقيقة، غير أنّ الفقه عزف عن القيام بهذا الدور واكتفى في غالب الأحيان بالتفسير الذي وضعته محكمة العدل الأوروبية مع تناوله بالبحث لاستخلاص بعض عناصر الإساءة (التعسف)، وفي أحسن الأحوال كان الفقه يقوم بوصف التعسف في استغلال وضعية الهيمنة بدل وضع تعريف لها.

فيما يلي، نذكر بعض التعاريف الفقهية التي اجتهد أصحابها في وضعها كلّ بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها للتعسف.

«الإساءة فكرة موضوعية تتعلق بالتصرفات التي يقوم بها المشروع (المؤسسة) المسيطر، والتي يكون من شأنها التأثير على بنيان أو تركيبة السوق، بشكل يؤدي إلى إضعاف أو إعاقة المنافسة أو منع نموّها، وذلك باستخدام وسائل تختلف عن تلك الوسائل المستخدمة في ظلّ المنافسة العادية أو في ظلّ الظروف الطبيعية للسوق»²، وهو تعريف متأثر بمفهوم التعسف الذي وضعته محكمة العدل الأوروبية في حكم HOFFMANN LAROCHE.

كما عرّفه آخر: «يقصد بعبارة إساءة استعمال مركز قوة سوقية مسيطر تلك الممارسات المانعة للمنافسة التي قد يباشرها كيان اقتصادي مسيطر في سوق ما بقصد تعظيم أرباحه واستبعاد منافسيه باستخدام وسائل عدّة، نظرًا لما يتمتع به من

¹ رأي مجلس المنافسة رقم 2013/01، المرجع السابق.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.248.

قوة اقتصادية في سبيل المحافظة على مركزه الاقتصادي المتميز أو لتعزيز هذا المركز وصولاً للانفراد بالسوق المعنية»¹.

في حين ذهب آخر إلى أن: «مفهوم إساءة (التعسف) استعمال المركز المسيطر: يشير إلى الممارسات التجارية المعوقة للمنافسة، التي قد تُباشرها شركة مهيمنة من أجل المحافظة على وضعها في السوق أو تعزيزه»².

أما الفقه الجزائري فلم نجد سوى بعض التعاريف القليلة منها:

عرّفه الدكتور "رشيد زوايمية" على أنه: «التعسف في وضعية الهيمنة يعتبر مبدئياً من الممارسات الانفرادية الصادرة عن عون اقتصادي الذي يستخدم مركز القوة الذي يتمتع به في السوق لخلقه بهدف إقصاء منافسيه أو لأجل منع دخول منافسين جدد»³.

«يتمثل التعسف في استخدام وضعية الهيمنة من طرف العون الاقتصادي أو المؤسسة الاقتصادية حينما تقوم بعمل من الأعمال المحددة بإعاقاة المسار الطبيعي للنشاط الاقتصادي في السوق»⁴.

ويذكر الفقه أن التعسف في استغلال وضعية الهيمنة يمكن أن يحدث من جانب مركز مهيم فردي أو من مركز مهيم جماعي سواء بسواء، غير أنه في حالة حدوث التعسف من المركز المسيطر الجماعي، فإنه لا يشترط أن يقع التعسف من كل المؤسسات الحائزة على المركز المسيطر، بل يكفي أن يصدر

¹ أحمد عبد الرؤوف الضبع، الاتفاقات غير المشروعة في ضوء أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2015، ص.72.

² عبد الناصر فتحي الجلوي محمد، الاحتكار المحظور وتأثيره على حرية التجارة- دراسة قانونية مقارنة- بين قوانين مكافحة الاحتكار الأمريكية وقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، دار النهضة العربية، طبعة 2008، ص.351.

³ «Les abus de position dominante sont en principe des pratiques unilatérales imputable à un agent économique qui use de sa position de force sur un marché pour le verrouiller, pour évincer ses concurrents ou pour empêcher l'arrivée de nouveaux entrants», Rachid ZOUAIAMIA, La dualité des pratiques de dominance en droit de la concurrence, Etudes de droit, mélanges en hommage à Abdallah BENHA MORE, Université Aboubakr Belkaid de Tlemcen, 2013, p.167.

⁴ كتو محمد الشريف، حماية المنافسة من الممارسات المنافية للمنافسة، المرجع السابق، ص.63.

التعسف من أحدها¹، مع إقامة الدليل- بطبيعة الحال- على أنّ هذا التعسف صادر عن تلك المؤسسة يمثل أحد مظاهر السيطرة الجماعية².

ومن ثمّ، فإنّ التعسف في استغلال المركز المسيطر الجماعي يمكن أن تكون نتيجة تصرفات جماعية، كما يمكن أن تتجسد في تصرفات فردية تصدر عن أحد المؤسسات المسيطرة جماعياً.

الفرع الثاني

التأصيل القانوني لمفهوم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة

ذكرنا أنّ معظم التشريعات المنظمة للمنافسة لم تضع تعريفاً لفكرة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، بل اقتصر على تقديم بعض صور للممارسات التي تشكل تعسفاً، ويرجع ذلك إلى أنّ الإساءة أو التعسف كمفهوم مجرد، غامض بطبيعته وهو يفترض نتيجة ذلك أنّ ثمة قواعد ومعايير تميّز الاستخدام عن سوء الاستخدام، لذا ذهب جانب من الفقه إلى أنّه من الصعوبة صياغة مفهوم نظري عام يشمل جوانب إساءة استعمال السلطة الاقتصادية³.

ولم يركن الفقه إلى هذا الرأي، وحاول البحث عن تأصيل قانوني لفكرة التعسف حتى يسهل التعرّف على ما يمكن اعتباره إساءة ولم يرد ذكره في القانون⁴، ويذهب هذا الاتجاه إلى الاعتقاد أنّه من المتصور رد فكرة الإساءة إلى عدد من الأنظمة القانونية، فإذا نظرنا إلى المركز الذي يتمتع به المشروع المسيطر، فبالإمكان تأسيس التصرفات المجسدة للتعسف على وجود عقد من عقود الإذعان، أمّا إذا نظرنا إلى التعسف من ناحية ضحيتها، فإننا يمكن أن نكيّف

¹ «... De plus, dans le cadre d'une position collective, l'abus ne soit pas être nécessairement le fait de toutes les entreprises en question, dans ce cas l'abus peut être le fait de comportement commun ou individuels», V. FAURE, op.cit, N°930, p616.

² عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.215.

³ مصطفى منير، جرائم إساءة استعمال السلطة الاقتصادية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1992، ص.40.

⁴ على اعتبار أنّ ما تمّ ذكره في متن النصوص القانونية من صور التعسف لا يعدو أن يكون أمثلة وردت على سبيل الحصر، ويمكن أن تتسع القائمة لتشمل ممارسات أخرى غير منصوص عليها من خلال تشريعات المنافسة.

التعسف (الإساءة) على أنها استغلال يُعيب الإرادة¹، في حين إذا نظرنا إليها من زاوية استعمال الحق فنكون أمام التعسف في استعمال هذا الحق.

وعليه، سنتعرض بالدراسة التأصيلي النظري لمخالفة التعسف (إساءة) في استغلال وضعية الهيمنة وذلك في ضوء ثلاث نظريات: الأولى الاستغلال باعتباره عيباً في الرضا، الثانية عقد الإذعان، وأخيراً التعسف في استعمال الحق.

أولاً: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة والاستغلال باعتباره عيباً في الرضا:

1- مفهومه:

تناول التقنين المدني الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الرضا من خلال المادة 90 التي نصت فقرتها الأولى على ما يلي:

«1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة، مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر قد استغل طيشاً بيتاً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد.

2- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلاّ كانت غير مقبولة.

3- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن»².

ويعرّف الاستغلال على أنّه: «عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف أو المرض أو نقص التجربة التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت تفاوتاً غير مألوف»³، كما عرّفه آخر: «الاستغلال لغةً هو الانتفاع من الغير بدون حق، أمّا اصطلاحاً فهو استغلال

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص. 126-127.

² الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر، العدد 78، السنة 12 المعدل والمتمم.

³ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص. 255.

الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعترى المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض»¹.

2- شروط تحقق الاستغلال:

يتضح من الفقرة الأولى من المادة 90 من التقنين المدني وكذا من التعاريف المذكورة أعلاه، أنه يشترط لقيام الاستغلال الذي يُعيب الإرادة توافر عنصرين أساسيين:

- العنصر المادي للاستغلال.
- العنصر النفسي للاستغلال.
- أ- العنصر المادي للاستغلال:

يتحقق هذا العنصر كما تبين المادة 01/90 من ق.م.ج إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وهذا معناه أن يكون الاختلال في التعاقد اختلالاً فادحاً أو فاحشاً أي شاداً عن العادة المألوفة²، فجوهر الاستغلال هو التفاوت الكبير في الأخذ والعطاء، أمّا عدم التناسب اليسير فلا يعتد به، لأنّ الاعتماد به قد يؤدي إلى أن تصبح غالبية التصرفات مُعيبة إذ يندر أن تتكافأ الالتزامات تماماً³.

ب- العنصر النفسي للاستغلال:

للعنصر النفسي مظهران؛ يتمثل المظهر الأول في الضعف النفسي الذي يعترى المتعاقد المغبون، ويتمثل المظهر الثاني في استغلال المتعاقد معه لهذا

¹ علي فيلالي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر، 2008، ص.203.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.257.

³ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هوم، 2009، ص.100.

الضعف¹، ولا بدّ أن يكون الضعف النفسي واحداً من أمرين طيش بيّن² أو هوى جامع³.

زيادةً على الضعف النفسي، تشترط أحكام المادة 01/90 أن يكون العاقد ضحية الاستغلال قد تعاقد تحت تأثير الطيش البيّن أو الهوى الجامح، بمعنى أن يكون هذا الهوى أو ذلك الطيش دافعاً إلى التعاقد⁴، كما يجب أن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد قصد الحصول على فائدة، لذا يتعيّن أن تكون عملية استغلال الضعف النفسي تمّت بعلم المتعاقد المستفيد بالضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون، وأن تنصرف إرادته إلى استغلال هذا الطرف بقصد الحصول على فائدة⁵.

3- جزاء الاستغلال:

- البطلان.
- الإنقاص.

4- مقارنة بين الاستغلال باعتباره عيباً في الرضا وبين إساءة استغلال وضعية الهيمنة:

أ- أوجه الشبه:

يتفق كلّ من الاستغلال والتعسف في وضعية الهيمنة في وجود استغلال وضع على طرف من قبل الآخر، نتيجة لاستغلاله ضعف أحد الأطراف في مواجهة الآخر، كذلك حصول أحد الأطراف على منفعة مادية أو أدبية نتيجة ضعف الطرف الآخر، علاوةً على ما يوفره القانون من حماية للطرف الأخير

¹ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.208.

² الطيش البيّن: "هو الخفة الزائدة والتسرع الذي يصحبه التهور وعدم التصبر وما ينجز عنه من عدم الاكتراث بالعواقب وسوء النتائج"، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.258.

³ الهوى الجامح: "هو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبيين ما هو في صالحه سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء بحيث لا قبل لصاحبه بدفعه أي لا يستطيع أن يكبح جماحه"، محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.96.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.259.

⁵ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.211.

(ضحية الاستغلال)، وهذا بتمكينه من حق رفع دعوى أمام القضاء، أو الجهة المؤهلة قانوناً لإزالة هذا الاستغلال¹.

ب- أوجه الاختلاف:

تتميز مخالفة إساءة استخدام المركز المسيطر في ضرورة تمتع الشخص المسيطر بمركز مسيطر أو احتكاري²، سواء كان بسبب الاحتكار القانوني أو الفعلي، وبفضل هذا المركز يستطيع استغلال الطرف الآخر الذي لا يشترط أن يكون به ضعف معين، إذ أنّ الضعف الذي قد يوصم به هو عدم تعادله، من حيث المقدرة التفاوضية مع الطرف الآخر³، وهو ما يُعرف بالهيمنة الاقتصادية للمؤسسة.

وجدير بالذكر، أنّ مصطلح الهيمنة الاقتصادية يطلق على ما يملكه أحد طرفي العقد من قوة اقتصادية غير متكافئة تمنحه سلطة فرض إرادته على الطرف الآخر وقت إبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه، بحيث لا يكون هذا الطرف الآخر قادراً على المناقشة⁴.

في حين، أنّ الاستغلال باعتباره عيباً في الرضا، يتطلب وجود طرف عادي ليست له أية ميزة أو أفضلية وهو المُستغل، وطرف يُعاني من ضعف معين- على النحو الذي أشرنا إليه آنفاً- يعطي الطرف الأول مكنة الاستغلال⁵.

إضافة إلى أنّ الاستغلال المعيار فيه شخصي الأمر الذي يتنافى مع فكرة التعسف في وضعية الهيمنة التي هي فكرة موضوعية تركز على التصرفات التي يقوم بها المشروع المسيطر ولا شأن لها بنوايا هذا الأخير، كما أنّ الاستغلال لا يتصور إلا بالنسبة للتصرفات القانونية (العقود) بينما الممارسات التي تجسد التعسف لا تنحصر في التصرفات القانونية، بل يمكن أن تحدث دون أن يبرم أيّ عقد⁶ مثل رفض التعامل مع الطرف الآخر أو تخفيض الأسعار إلى ما دون التكلفة

1 عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.180.

2 وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.44.

3 عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.180.

4 عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.71.

5 وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.45.

6 سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.127.

وهي ممارسات تضر بالمنافسين أو المنافسة في السوق ويستفيد منها- مؤقتا- العملاء¹.

علاوة على ذلك، لا تتطلب إساءة استغلال وضعية الهيمنة غبناً فاحشاً في الأداءات المتقابلة للأطراف، بينما ذلك أساسي وهو الشرط الأول- كما رأينا- في الاستغلال الذي يُعيب الرضا².

أما بالنسبة لمدة التقادم في التعسف في وضعية الهيمنة، فهي تختلف عن مدة التقادم في الاستغلال، حيث تكون في الأولى محددة بثلاث (03) سنوات³، في حين تكون في الثانية مدة التقادم بمضي سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة⁴.

وغنى عن البيان، أنّ الهدف الأساسي الذي يرمي المشرّع إلى تحقيقه من وراء حظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة هو المحافظة على المنافسة في السوق أو منع إعاقة تطورها، وبالمقابل نجد أنّ الهدف الأساسي من إعمال نظرية الاستغلال باعتباره عيباً في الرضا هو حماية الطرف الضعيف في التعاقد⁵، هذا الأخير يمكنه أن يطلب إبطال العقد، بينما لا يمكن ذلك في حالة التعسف في وضعية الهيمنة⁶، كما هو الشأن بالنسبة لرفض التعامل حيث لا يوجد أصلاً عقد حتى يمكن تقديم دعوى لإبطاله.

ثانياً: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة وعقد الإذعان:

مثلاً كان تطور النظم الاقتصادية سبباً في ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، فقد أدى التطور المستمر لتلك النظم الاقتصادية وظهور المؤسسات الصناعية والاقتصادية الكبرى إلى اختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية المختلفة، فوجد

¹ عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.181.

² عبد الرحمن الملحم، المرجع نفسه، ص.181.

³ تنص المادة 04/44 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة على أنه: «لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوي التي تجاوزت مدتها ثلاث (03) سنوات إذا لم يحدث بشأنها أيّ بحث أو معاينة أو عقوبة».

⁴ المادة 02/90 من التقنين المدني الجزائري.

⁵ «En droit de la concurrence l'abus se déduit du préjudice subi par le marché en droit des contrats, il sera caractérisé à partir du préjudice subi par le contractant », Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°550, p.361.

⁶ عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.182.

طرف قوي متسلط يملك عناصر القوة الاقتصادية التي تمكّنه من الهيمنة، وطرف آخر لا طاقة له لمناقشة ما يُمليه عليه الطرف المسلط، فتقلص نتيجة لذلك دور التفاوض وظهرت عقود الإذعان¹، ولدراسة عقد الإذعان، سنتناول بإيجاز تعريفه ثم خصائصه لنخلص للفرقة بينه والتعسف في وضعية الهيمنة.

1- تعريف عقد الإذعان:

نظم المشرّع الجزائري أحكام عقد الإذعان من خلال المادة 70 من القانون المدني والتي تنص على أنّه: «يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل المناقشة فيها»، ونلاحظ أنّ المشرّع لم يعرف عقد الإذعان، لذا سنستعين بالفقه لتحديد مفهومه.

عرّف جانب من الفقه عقد الإذعان: «هو ذلك العقد الذي يعدّ فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة»².

كما عرّفه آخر: «هو عقد يملّي فيه المتعاقد شروطاً على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلاّ رفض العقد أو قبوله، ويتميّز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادةً إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي»³.

فعقد الإذعان إذا يتضمن شروطاً موضوعية مُسبقاً من أحد المتعاقدين- الطرف القوي أو المسيطر- الذي ينفرد بوضع شروطه وبنوده، ولا يملك المتعاقد الآخر مساومتها أو مناقشتها أو على الأقل مناقشة الشروط أو البنود الرئيسية (التفاوض حولها)، بحيث لا يكون له إلاّ أن يقبل هذه الشروط جملة أو يرفضها

¹ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.115.

² لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

³ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.72-73.

كلها، وهو بذلك يذعن (أي يرضخ أو ينضم) لمشئئة الطرف القوي، لأنّ المسألة تتعلق بسلعة ضرورية أو خدمة أساسية لا غنى عنها للمستهلكين¹.

2- خصائص عقد الإذعان:

اتفق الفقهاء على أنّ عقد الإذعان يتميز بالخصائص التالية:

- يتعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة مثل التعاقد مع شركات الكهرباء، الغاز، المياه، شركات التأمين... الخ².
- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل سيطرته عليها تجعل المنافسة فيها محدودة³. أمّا إذا لم يتوافر الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلطة أو الخدمة فلا نكون بصدد عقد الإذعان⁴.
- أن يصدر الإيجاب إلى كافة الجمهور عن طريق عرض السلعة أو الخدمة على جمهور المستهلكين أو المنتفعين⁵، وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، ويكون هذا الإيجاب بات ونهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الإيجاب (التراجع عنه) عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد وإلا قامت مسؤوليته⁶.

- القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة التي وضعها الموجب (المحتكر) ولا يقبل المساومة أو المناقشة أو التفاوض بشأنها⁷، وجاء في المادة 70 من القانون المدني الجزائري ما يفيد ذلك، حيث نصت على أنّه: «يحصل القبول في عقد الإذعان من القانون المدني الجزائري بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها». ويرى البعض- بحق- أنّ

1 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.190.

2 لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص.59.

3 وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.43.

4 حسني محمود عبد الدائم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.40.

5 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.190.

6 لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص.61.

7 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.190.

القول بالتسليم في عقد الإذعان يفيد رضاء نسبيًا للطرف المذعن، لكونه قبل العقد وليس له حل آخر¹.

بعد أن تعرضنا لمفهوم عقد الإذعان إضافةً إلى خصائص هذا العقد، ندرس فيما يلي أهم أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين التعسف في وضعية الهيمنة.

3- مقارنة بين التعسف في استغلال وضعية الهيمنة وعقد الإذعان: أ- أوجه الشبه:

تتفق كلٌّ من مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة مع عقد الإذعان في أنّ كلاهما يُفترض وجود احتكار قانوني أو فعلي على منتج معين، سواء أكانت سلعة أم خدمة².

كما أنّ كليهما يمتازان بوجود طرف قوي له هيمنة اقتصادية وطرف ثاني ضعيف مُرغم على قبول الشروط التي يفرضها الطرف القوي، حيث أنّ القوة التي يخطى بها المحتكر أو المذعن هي التي تجعله يتسلط في شروطه التعاقدية في مواجهة المستهلك ناظرًا لمصلحته أولاً وأخيراً دونما اعتبار للطرف الآخر الضعيف الذي لا يجد بديلاً مناسباً سوى الرضوخ والاستسلام دون قيد أو شرط³، إضافةً إلى أنّ العقود المبرمة مع الغير سواء في حالة التعسف في وضعية الهيمنة أو عقد الإذعان تتضمن شروطاً تعسفية نتيجة عدم التساوي في المقدرة التفاوضية أثناء التعاقد⁴.

هذا الاختلال في العدل التعاقدية كنتيجة للهيمنة الاقتصادية لأحد طرفي العقد جعل المشرّع يتدخل لحماية الطرف الضعيف الذي قد يكون تاجرًا أو مستهلكًا، حيث حوّل لهذا الأخير طلب تعديل تلك الشروط بالزيادة أو بالنقصان أو الإغفاء منها كليًا بالقدر الذي يرفع عنه إحافها⁵.

ب- أوجه الاختلاف:

¹ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص.74.
² عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.184.
³ الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية بين الضمانات التقليدية والضمانات المتخصصة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2013، ص.97.
⁴ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.46؛ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.115-116.
⁵ عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.184.

إنّ التصرفات التي تجسد الإساءة لا تنحصر فقط في إبرام العقود، بل إنّه يعدّ مثلاً إساءة لاستغلال المركز المسيطر الامتناع عن إبرام صفقات بيع أو شراء منتج مع أيّ شخص وقف التعامل معه على نحو يؤدي إلى الحدّ من حرّيته في دخول السوق أو الخروج منه في أيّ وقت، كذلك الأمر بالنسبة للتمييز بين بائعين أو مشتريين في أسعار البيع أو الشراء¹.

وهذا ما لا نجده في عقود الإذعان الذي ينحصر في إبرام العقود فقط أين يُعامل الكافة على قدم المساواة، وكما جاء في الإيجاب الذي تقدم به الطرف الذاعن، هذا الأخير بصفته محتكر للخدمة أو السلعة لا يستطيع التحلّل من العقد برفض التعاقد مع شخص قابل لهذه الشروط وإلاّ قامت مسؤوليته العقدية²، فلا يمكن تصور عقد إذعان من دون وجود عقد.

تتميز مخالفة التعسف في استغلال وضعيّة الهيمنة عن عقد الإذعان في أنّ الأولى لا تتطلب أن يرد الاحتكار على منتج من الضروريات الأولية للناس³، بل قد تتعلق بسلعة تعتبر من الكماليات مثل الهواتف النقّالة، الكمبيوتر المحمول، على عكس عقد الإذعان الذي يجب أن يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات سواء للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين مثل الكهرباء، المياه، شركات التأمين..

إنّ عقد الإذعان هو عقد صحيح طالما أنّه انعقد بإرادتين سليمتين خاليتين من العيوب، هما إرادة الموجب والقابل⁴، ولقد اعتبر القانون المدني الجزائري عقد الإذعان عقداً حقيقياً في المادة 70 من ق.م.ج، وأنّ التفاوت في مركز الطرفين إنّما هو تفاوت اقتصادي لا قانوني لا أثر له في قيام التراضي ووجود العقد الذي يخضع للقواعد العامة التي تنظم بقية العقود⁵، فإذا تضمن عقد الإذعان شروط تعسّفية أو جائزة جاز للقاضي وفقاً للمادة 111 ق.م.ج التّدخل قصد التوفيق بين مصالح الأطراف المعنية ورفع الشدّة عن الطرف المذعن أو الضعيف في العلاقة العقدية، وذلك بتعديل أو إلغاء بعض هذه الشروط- لا غير- بما يتفق مع العدل والقانون⁶، في حين أنّ التصرفات المجسدة للإساءة يجوز للقضاء الحكم ببطلانها،

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.126.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.190.

³ محمد سلمان الغريب، المرجع السابق، ص.237.

⁴ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.128.

⁵ حاج العربي، المرجع السابق، ص.191.

⁶ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.192.

وعلى ذلك رأى البعض أنّ هذا التكييف (ونقصد اعتبار التعسف في وضعية الهيمنة من صور عقود الإذعان) نعجز به عن تفسير الجزاء الذي نصت عليه القوانين المنظمة للمنافسة وهو بطلان الممارسات الاحتكارية التي تنطوي على إساءة (تعسف)¹.

كذلك يعتبر كلّ عقد إذعان يتضمن لشروط تعسفية هو بمثابة إساءة في استغلال المركز المسيطر مثل تضمين العقود المبرمة مع الغير شروطاً لصالح المحتكر لا تتفق والعادات التجارية وما كان بمقدور المحتكر تضمينها تلك الشروط لو كانت هناك منافسة فعّالة من تجار آخرين، بينما ليست كلّ إساءة في استغلال المركز المهيمن عقد إذعان، ويتّضح أنّ المركز المهيمن أشمل نطاقاً من عقد الإذعان، و سنت القوانين من أجل تمكين كلّ ذي مصلحة من اللجوء إلى الجهة المختصة- المكلفة بحماية المنافسة- مطالباً إياه بتعديل سلوك الشخص المستغل للمركز المسيطر².

علاوةً عمّا سبق، فإنّ حظر التعسف وإن كان من أجل إغاثة الطرف الضعيف في التعامل كما هو الشأن في عقود الإذعان، فإنّ الهدف الأساسي من حظر إساءة استغلال وضعية الهيمنة هو المحافظة على المنافسة في السوق وعدم إعاقة نموّها³.

نخلص ممّا سبق، إلى أنّ التعسف في استغلال وضعية الهيمنة لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان، وذلك راجع لاختلاف الغرض منهما بالنسبة إلى المحتكر وكذا لعدم تطابق خصائص وأحكام كلّ منهما.

ثالثاً: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة والتعسف في استعمال الحق:

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات القانونية التي جاءت بها القوانين الحديثة مع بداية القرن العشرين انطلاقاً من مفهوم فكرة الحق بعد أن أصبحت الحقوق مقيدة نسبياً لا يستعملها صاحبها كما يشاء.

وكان ذلك نتيجة لما تميّز به المذهب الفردي الذي كان يتطرق في تقديس الفرد ويجعله محور التشريع وغايته، كذلك الشأن بالنسبة للمذهب الاجتماعي الذي

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.192.

² عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.186.

³ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.47.

على عكس الأوّل كرّس الجماعة على حساب الفرد وممتلكاته واعتبر الحق من الجماعة وللجماعة، وأدّى ذلك إلى إنكار للفرد وكيانه الذاتي ومصالحته¹.

من أجل ذلك يذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة في مجموعها مذهباً وسطاً بين النزعتين المتطرفتين يتخذ مظهره في النظرية المعروفة باسم "نظرية التعسف في استعمال الحق"، فهذه النظرية تقيّم التوازن بين صالح الفرد من جهة وصالح الجماعة من جهة ثانية، فلا تلغي فكرة الحق وتقرّ لصاحبه بحرية استعماله بما يعود عليه من نفع، غير أنّها تقيّد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق إلى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة، فتضع نتيجة لذلك رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال²، وسنتعرض ضمن هذه الفقرة إلى تنظيم التعسف في استعمال الحق، ثم معاييرها، ونختتمها بمقارنة بين التعسف في استعمال الحق والتعسف في وضعية الهيمنة.

1- تنظيم التعسف في استعمال الحق:

نظّم المشرّع الجزائري مسألة التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام القسم الأوّل المتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية بالفصل الثالث بعنوان: الفعل المستحق للتعويض، حيث جاء في نص المادة 124 مكرر منه: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة»³.

2- معايير التعسف في استعمال الحق:

نشير في البداية إلى أنّ المشرّع يعتبر المعايير المذكورة في المادة 124 مكرر مدني واردة على سبيل المثال، وذلك لاستعماله عبارة تفيد هذا المعنى، وهي لاسيما في الحالات الآتية: وعليه سندرس هذه الحالات تباعاً:

أ- قصد الإضرار بالغير:

¹ تبوب فاطمة الزهراء المولودة رابحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016، ص.25.

² حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2014، ص.688.

³ المادة 124 مكرر من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم خاصة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005.

إذا كان استعمال الحق يضرّ بالغير، وكان هذا الاستعمال لا يعود بأية مصلحة والحال كذلك يعدّ تعسفاً في استعمال الحق، فيكون بذلك قد فقد تحقيق غايته (تحقيق مصلحة) لأنّ شرعية الحقوق وغايتها هي تحقيق المصالح، وليست الإضرار بالغير ذلك لأنّها لا تعدّو وأن تكون وسائل لتحقيق الحاجات والمطالب¹، والبحث عن نيّة الإضرار بالغير مسألة نفسية يستخلصها القاضي من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها، أي أن تخلف المصلحة لديه قرينة على قصد إحداث الضرر، والمعيار هنا ذاتي أو شخصي، ومثل ذلك من يقيم في عقاره جداراً بغية حجب الضوء عن جاره².

ب- عدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير:

وهو معيار مادي قوامه الموازنة بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، فتقوم مسؤولية صاحب الحق إذا كانت المصلحة المقصودة قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع الضرر الناشئ للغير (المادة 02/124 مكرر)³، وواضح أنّ هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكلّ حالة⁴، ومن أمثلة هذه الصورة من صور التعسف من يهدم حائط ملكاً له دون عذر قويّ إذا كان جاره يستتر ملكه بالحائط المهدم.

ج- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

وهي الصورة الثالثة من صور التعسف، حيث تتحقق عند قيام صاحب الحق بتحقيق مصلحة غير مشروعة، ذلك أنّ الحقوق- كما هو متفق عليه- لم تقرر لتحقيق هذا النوع من المصالح وإنّما لتحقيق مصلحة مشروعة لذويها، وعلى ذلك فمن ينحرف باستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة يعدّ متعسفاً في استعمال حقه⁵، وتكون المصلحة غير مشروعية إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون أو متعارضاً مع النظام العام والآداب العامة، ويجب في هذه الحالة

¹ شوقي السيّد، التعسف في استعمال الحق، دار الشروق، طبعة 2008، ص.297.

² محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص.319.

³ تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.43.

⁴ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص.708.

⁵ شوقي السيّد، المرجع السابق، ص.301.

أن يقدر انحراف الشخص الذي يستعمل حقه بسلوك الرجل العادي الذي لا يسعى إلى الحصول على مصلحة غير مشروعة تحت ستار استعمال الحقوق¹، وبناءً على هذا المعيار يعتبر متعسفاً في استعمال حقه المالك الذي يُطالب بإخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته إلى السكن فيه بعد محاولته زيادة الأجرة فوق المعقول أو إخفاقه في ذلك.

ويبدو واضحاً أنّ هذا المعيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق، ولعلّ صفة الموضوعية هي التي تجعله مفضلاً لدى بعض الفقهاء².

وعلى ضوء ما سبق بيانه، هل يمكن اعتبار الممارسات التي تقوم بها المؤسسة المتواجدة في مركز مهيمن وتشكل تعسفاً في استغلال المركز المهيمن تعسفاً من جانب هذه المؤسسة في استعمال حَقّها.

للإجابة على هذا التساؤل سنجري- كما جرت العادة- مقارنة بين كلّ من التعسّف في استعمال الحقّ من جهة والتعسّف في استغلال وضعية الهيمنة من جهة ثانية.

3- مقارنة بين التعسّف في استغلال وضعية الهيمنة مع التعسّف في استعمال الحقّ: أ- أوجه الشبه:

مال غالبية الفقه العربي إلى تأصيل الإساءة (التعسّف) في وضعية الهيمنة على أنّها تعسّف في استعمال الحقّ، وراح يقدم حججه التي تدعم موقفه، ونذكر منها:

- تتفق إساءة استغلال المركز المسيطر مع التعسّف في استعمال الحقّ في أنّ كليهما ينطبقان على الخطأ العقدي³، والخطأ التقصيري، وتتمثل إساءة استغلال المركز المسيطر في مجال الخطأ التقصيري في الحدّ من الإنتاج أو البيع بأقل من سعر التكلفة، أمّا الخطأ العقدي فيمكن أن يتمثل في التمييز في التعامل بين

¹ ثوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.45.

² حسن كبيرة، المرجع السابق، ص.710.

³ نشير إلى أنّ المشرّع الجزائري بمناسبة تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، حسم مسألة تأصيل التعسّف في استعمال الحقّ بحيث اعتبر شكلاً ومضموناً مجرد تطبيقاً من تطبيقات الخطأ التقصيري، وبالتالي لا تنطبق على الخطأ العقدي لأكثر تفصيل راجع: ثوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.40 وما بعدها.

المتساوين أو تضمين العقد شروطاً لصالح المحتكر لا تتفق والعادات التجارية، كذلك الأمر بالنسبة للتعسف في استعمال الحق، فالخطأ يثور بصدد العقود على سبيل المثال فصل العامل بسبب مباشرته نشاطاً نقابياً أو- كما مر معنا- إقامة دعوى قضائية بغرض إخلاء المستأجر للعين المؤجرة بحجة الحاجة إليها، في حين أنّ الغرض الحقيقي هو رغبة المستأجر في رفع الأجرة، و بصدد الخطأ التصويري كمن يتعمق في الحفر في أرض يملكها من أجل تهديد بناء جاره¹.

- إذا كان عدم التعسف في استعمال الحق ينطبق على جميع الحقوق، فإنّ عدم إساءة استغلال المركز المسيطر تنطبق هي الأخرى على كلّ الحقوق بغض النظر عن تكييفها، سواء أكانت عينية أو شخصية أو معنوية، ونذكر هنا عدم إساءة استغلال حق الملكية على السلع، وممارسة حق التصرف فيها بالبيع بأسعار دون حد التكلفة بالنسبة للحقوق العينية، ومن مثل الثانية عدم تضمين العقود المبرمة مع الغير شروطاً تعسفية، أمّا الحقوق المعنوية مثل إساءة استغلال العلامة التجارية أو براءة الاختراع أو غيرها من الحقوق، علاوةً على أنّ التعسف ينطبق على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل شأنها شأن التعسف في استعمال الحق².

ويثور التساؤل حول الحق الذي تعسف المسيطر في ممارسة؟

يذهب جانب من الفقه العربي إلى أنّ الحق الذي يتعسف المحتكر في ممارسته هو الحق في العمل، ويرى أنّه لا يجوز للتاجر صاحب المركز الاحتكاري التعسف في استعمال حقه المتمثل في ممارسة العمل التجاري، وذلك بان ينحرف بالحق عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية³، ومثاله رفع الأسعار غير المعقول أو غير المبرر ممّا ينطوي على التعسف في استعمال الحق لأنّه يعدّ انحراف بالحق عن وظيفته الاجتماعية أو تخفيض الأسعار إلى ما دون

¹ عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.192-193؛ محمد سلمان الغريب، المرجع السابق، ص.240.

² عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.193.

³ «جاء بهذا المعيار العميد جسران JOSSRAND الذي يرى في الحقوق وظائف اجتماعية فغايتها مرسومة ومحددة بحيث يعدّ متعسفاً في استعمال حقه من يهدف إلى تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة أياً كانت المصلحة الشخصية التي يهدف إليها من جراء استعمال الحق»، لأكثر تفصيل راجع: شوقي السيد، المرجع السابق، ص.157 وما بعدها.

سعر التكلفة انحرافاً بالحق عن الغرض منه وهو تحقيق الأرباح إلى البيع بالخسارة بنية الإضرار بالغير أو بالمنافسة¹.

ب- أوجه الاختلاف:

بالرغم من التشابه في بعض المواضع بين كل من التعسف في وضعية الهيمنة ومفهوم التعسف في استعمال الحق فإنهما مختلفان ومتميزان عن بعضهما البعض، فإذا نظرنا إلى معايير التعسف- المذكورة آنفاً- ومدى تطابقها مع التعسف في وضعية الهيمنة يتوصل إلى الآتي:

بالنسبة للصورة الأولى والمتعلقة بنية الإضرار بالغير، فهذه الأخيرة لا تنطبق على الممارسات التي تشكل تعسفاً في استغلال وضعية الهيمنة، وذلك راجع إلى أن فكرة التعسف هي فكرة موضوعية تنصب على التصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة وما إذا كان من شأنها الإضرار بالمنافسة من عدمه بغض النظر عن نية المؤسسة المسيطرة وما إذا كانت ترمي من وراء هذه التصرفات (الممارسات) إلى الإضرار بالغير من عدمه².

أما بخصوص الصورة الثانية، ونقصد عدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير، فهي وإن كانت لا تنظر إلى أية دوافع شخصية لدى صاحب الحق، بل تركز على الجانب الموضوعي، وذلك بالقيام بموازنة بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، فإذا كانت هذه المصلحة تتوارى في أهميتها وراء الضرر الذي سيصيب الغير، قام التعسف وثبتت المسؤولية، فهذه الصورة لا تنطبق هي الأخرى على الممارسات الاحتكارية التي تشكل تعسفاً، وذلك لأن الإساءة (التعسف) إنما ترتكبها المؤسسة المسيطرة ضد السوق بإعاقة المنافسة أو تقييدها أو حتى تعطيلها كلية بداخله³.

¹ عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص. 191؛ محمد سلمان الغريب، المرجع السابق، ص. 239-240.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص. 48.

³ وليد عزت دسوقي، المرجع السابق، ص. 48.

في حين، أنّ الأولى موجهة إلى شخص معين سواء كان شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطاً تجارياً أولاً.

وأخيراً صورة عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها، هذه الأخيرة ذهب جانب من الفقه العربي إلى اعتبارها كصورة من صور التعسف متحققة في جانب المؤسسة المهيمنة، وبرر ذلك أنّ هذه الأخيرة ترمي من وراء ما تقوم به من ممارسات احتكارية تشكل إساءة استغلال لمركزها المسيطر إلى الاستئثار بالسوق ومنع دخول منافسين إليه، ومن ثمّ تحقيق أرباح، ما كان ليستطيع أن يحققها لو أنّه لم يحم بمثل هذا التعسف، وخلص هذا الرأي على أنّ المؤسسة المسيطرة تقصد من استعماله لحقه الوصول إلى غاية لا يقرّها القانون¹.

ويبدو واضحاً أنّ هذا الاتجاه في الفقه العربي قد جانب الصواب وذلك راجع إلى أنّ التعسف بمفهوم قانون المنافسة ليس هو التعسف في استعمال الحق المعروف في القانون المدني، حتى لو أمكن تطبيق كليهما على نفس الموقف².

وميّز جانب من الفقه الفرنسي بين التعسف في استغلال وضعية الهيمنة والتعسف في استعمال الحق من خلال التعريف التالي: «يعرف التعسف في الهيمنة على أنّه الاستغلال المفرط (المبالغ فيه) لمركز فعلي، في حين أنّ التعسف في استعمال الحق مرتبط بالاستغلال المفرط لحق»³.

فوفقاً للفقه الفرنسي إذا ليس هناك تطابق بين إساءة استغلال وضعية الهيمنة والتعسف في استعمال الحق، إذ تفترض النظرية الأخيرة (التعسف في استعمال الحق) حيازة المتعسف لميزة قانونية يصدق عليها معنى الحق، خلافاً للمركز المسيطر الذي لا يعدّ حقاً من الأساس بقدر ما هو مركز فعلي أو واقعي اكتسبه المشروع دون أن يسبغ عليه معنى الحق⁴.

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.129؛ وليد عزت دسوقي، المرجع السابق، ص.49.

² «L'abus au sens du droit de la concurrence n'est pas l'abus du droit même si les deux notions peuvent parfois s'appliquer à la même situation», M. MALAURIE- VIGNAL, L'abus de position dominante, op.cit, N°123, p.8.

³ «L'abus de domination se définit comme l'exploitation excessive d'une situation de fait, alors que l'abus de droit correspond à l'exploitation excessive d'un droit», Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°117, p.82.

⁴ أسامة حسنين عبيد، المرجع السابق، ص.115.

علاوةً عمّا سبق، نجد أنّه في غياب وضعية الهيمنة يكون استعمال الحق مشروعاً، بينما في حالة تواجد المؤسسة في مركز مسيطر (مهيمن) نفس الاستعمال يصبح غير مشروع، ويختلف الأمر بالنسبة للتعسف في استعمال الحق الذي يُوحي باستعمال غير مشروع للحق بغض النظر عن المركز الذي يحتله مرتكب التعسف، في حين التعسف في وضعية الهيمنة يتعلق بتجاوز حدود الحق *Un dépassement de droit*¹، إذن وضعية الهيمنة تضيق من امتداد الحق².

واقترح البعض اختباراً لتكييف الواقعة وإصباح الوصف القانوني عليها، سواء التعسف في استغلال وضعية الهيمنة أو التعسف في استعمال الحق، فبحسب هذا الاختبار يتعيّن علينا البحث ما إذا كان صاحب الممارسة في وضعية هيمنة فهل كان سيعاقب؟ فإذا كانت الإجابة بنعم، فنكون بذلك أمام التعسف في وضعية الهيمنة وليس التعسف في استعمال الحق³، فعن طريق هذا الاختبار بإمكاننا التمييز بين التعسف في وضعية الهيمنة والتعسف في استعمال الحق كما صعب علينا معرفة طبيعة التصرف الذي سلكه الشخص.

«Ainsi comme le précise M. Courtier. La situation de position dominante n'est pas un droit mais un fait, or il est indispensable pour que l'on puisse parler d'abus de droit qu'il existe au préalable une prérogative juridique susceptible d'être qualifiée de droit puisqu'il faut que l'abus soit le fruit, la conséquence rendu possible par la position dominante », Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°114, p.82.

¹ «Le terme abus de droit recouvre deux situations distinctes, le dépassement de droit et abus de droit proprement dit... il y'a dépassement du droit lorsque son titulaire exerce un pouvoir qui lui refuse (... construire sur le terrain d'autrui) en revanche l'abus de droit se situe dans le cadre de prérogatives conférées par le droit, l'abus stricto sensu sanctionne la façon dont est exercé une prérogative dont l'existence est préalablement reconnue le dépassement de droit sanctionne l'absence de droit où le dépassement de droit le fait d'exercer une prérogative dont l'existence de principe est déniée », Georges DECOCQ, op.cit, p.4-5.

²«L'abus de domination est une notion bien différente, en l'absence de domination l'utilisation du droit est licite, en situation de domination la même utilisation du devient illicite... alors que l'abus de droit révèle un usage illicite du droit, l'abus de domination correspond à un dépassement du droit, en effet la situation de domination a restreint l'étendue du droit », Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°119, p.84-85.

³Même ouvrage, N°119, p.85.

ولهذا، يعتبر التعسف في وضعية الهيمنة معوق من معوقات المنافسة، أو تجاوز في حدود الحرية المتاحة لمباشرة النشاط الاقتصادي والصناعي، ويقع هذا السلوك تحت طائلة التجريم طالما كان من شأنه أو آثاره أن يحدّ من نطاق المنافسة أو يلحق بها ضرراً¹، على عكس التعسف في استعمال الحق، الذي لا يعني إلا من كان ضحية لهذا التعسف سواء كان يمارس نشاطاً اقتصادياً أو تجارياً أم شخصاً عادياً طبيعياً أو معنوياً.

ونخلص ممّا سبق، إلى أنّ كلّ من التعسف في وضعية الهيمنة وكذا التعسف في استعمال الحق بالرغم من انطباقهما على العديد من الوقائع إلاّ أنّهما مختلفان لاختلاف الغرض منهما، فإذا كان هدف نظرية التعسف في استعمال الحق حماية ضحية التعسف، فإنّ الأولى مفهوم أوسع وهو حماية المنافسة في السوق.

نتيجة لما سبق ذكره، من صعوبة وضع مفهوم دقيق لفكرة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، يعتقد جانب من الفقه أنّه من غير الممكن وضع مفهوم دقيق للتعسف، كما أنّ عدم وضوحه لا يعتبر موطن ضعف بل بالعكس يعدّ مصدر قوته، بحيث أصبح يشكل خاصية تشمل الحد الأقصى لوضعيّات تجاوز، بل وتضمّ الإفراط وعدم المساواة العقدية وعدم التناسب و من الخطأ وضع مفهوم دقيق لأنّ التجربة أثبتت أنّ وضع قائمة مفصلة للممارسات المقيدة للمنافسة أضرت بفاعلية هذه التدابير الرامية لحماية المنافسة وهذا راجع إلى التلاعب والتحايل على القانون للإفلات من العقاب².

¹ أسامة حسنين عبيد، المرجع السابق، ص.115.

² «Le caractère imprécis de l'abus n'est une faiblesse mais une force, l'erreur serait de vouloir définir trop strictement les termes du contrôle... l'expérience l'a démontré en effet si on réfère au droit de la concurrence plus particulièrement au droit des pratiques restrictives on constate que la spécificité des incriminations et leur caractère détaillé ont nui à l'efficacité dispositif en rendant possible de stratégies opportunistes de contournement des prohibitions ... le caractère imprécis de l'abus présentes l'avantage d'englober un maximum de situation dépassant mais incluant l'excès le déséquilibre contractuel ou la disproportion », Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°550, p.363- 364.

المطلب الثاني

إثبات التعسف في وضعية الهيمنة وتمييزه عن غيرها من المفاهيم المشابهة
التعسف في وضعية الهيمنة- كما ذكرنا- مفهوم غير دقيق ويحتمل عدّة تأويلات، لذا يقع على من يدعي وجود التعسف إثبات هذا الأخير وذلك بالاستناد إلى عدّة دلائل قصد وضع حدّ له، كما أنّه مفهوم قد يتشابه مع غيره من الممارسات المفيدة للمنافسة ممّا يتعيّن ضبط أهمّ الفروقات وأوجه الاختلاف بين التعسف في وضعية الهيمنة وتلك المفاهيم المشابهة.

على ضوء ما سبق، سنتعرض ضمن هذا المطلب إلى:

- إثبات التعسف في استغلال وضعية الهيمنة (الفرع الأول).
- تمييز التعسف في وضعية الهيمنة عن غيرها من المفاهيم المشابهة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثبات التعسف في استغلال وضعية الهيمنة

نتناول من خلال هذا الفرع كيفية إثبات التعسف من حيث أنّه ذو طابع موضوعي يركّز على تصرفات المؤسسة ولا يهتم بنواياه، كما لا يشترط إثبات وقوع مساس فعلي بالمنافسة، إضافة إلى عدم اشتراط إثبات علاقة النسبية بين التعسف ووضعية الهيمنة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: التعسف ذو طابع موضوعي:

ذهب غالبية الفقه إلى أنّ فكرة التعسف في وضعية الهيمنة فكرة موضوعية تركز على تصرفات المؤسسة المسيئة ولا تفتش عن النوايا، ومن ثمّ لا تستطيع هذه المؤسسة أن تدعي أنّه لم تكن لديها النية أو القصد في الإضرار بالمنافسة وذلك للإفلات من العقاب المقرر لقانون للتعسف¹، حيث أنّ هذا العقاب يتقرّر

¹ «Il est indifférent aux intentions des opérateurs, ces derniers ne peuvent échapper à une condamnation en établissant qu'ils n'avaient pas eu l'intention de fausser le marché ou qu'ils ne l'ont pas fait exprès», M. MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, op.cit, N°123, p.80.

عندما يرتكب المشروع المسيطر تصرفاً يجسد التعسف حتى ولو أثبت أنه لم يكن لديه قصد تعطيل أو منع المنافسة¹.

إذاً فكرة التعسف بالنظر لطابعها الموضوعي لا يؤثر في وجودها من الناحية القانونية توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها، فالإساءة إساءة سواء كانت عمداً أم عن طريق الخطأ، وبالتالي فإنّ لا مجال للبحث عن خطأ أو توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها من عدمه ونحن بصدد بحث التعسف في استغلال المركز المسيطر².

يعتبر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة من الجرائم الاقتصادية التي جاءت نتيجة تدخل الدولة في تنظيم و رقابة النشاط الاقتصادي في الدولة، حيث تعرف الجريمة الاقتصادية على أنها: " كل فعل ضار او امتناع عن فعل محددو يكون للفعل او الامتناع مظهر خارجي يخل بالنظام الاقتصادي و الانمائيللدولة و بأهداف سياستها الاقتصادية، و يكون ذلك محظورا قانونا و له عقاب و يقوم بذلك انسان (مؤسسة) أهل لتحمل المسؤولية الجنائية"³.

و بالنظر للدور الذي اصبحت تقوم به الدولة في الوقت الحاضر بانتهاجها السياسة الاقتصادية الحمائية و هو نظام قائم على الحرية الاقتصادية و فيه لا تتصدى الدولة للظواهر الاقتصادية، بل تتركها تحدث اثارها الطبيعي، و لا تتدخل في النشاط الاقتصادي إلا اذا لجأت المؤسسة الناشطة الى أساليب مصطنعة لتحويل المجرى العادي للحوادث الاقتصادية و التي منها التعسف في استغلال وضعية الهيمنة⁴.

وأكد القضاء الأوروبي ذلك من خلال قرار Continental Can وجاء في إحدى حيثياته: «واقعة قيام مؤسسة بتعزيز وضعية الهيمنة إلى درجة... أن حرية

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.112-113.

² « L'abus est une notion objective, qui ne requiert pas la preuve d'une faute, ou d'un élément intentionnel », V. Fauré, op.cit, N°930, p.616.

عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.215.

³ محمد علي سويلم، القانون الجنائي الاقتصادي الأحكام الموضوعية و الجوانب الاجرائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2015، ص. 120.

⁴ مقني بن عمار، مفهوم الجريمة الاقتصادية في القانون المقارن، مجلة دراسات قانونية، العدد 11، ماي 2011، ص. 51.

التصرف لدى المستهلك في السوق أصبحت مرهونة يعد تعسفا...» «... حتى خارج أيّ خطأ» «ومهما كانت الوسائل أو السبل المستعملة في هذا الشأن»¹.

بالرغم من عدم اشتراط توافر عنصر القصد أو النية للإضرار بالمنافسة، فإن ذلك لا يمنع من أخذها بعين الاعتبار عند البحث عن التعسف في وضعية الهيمنة²، و في هذه الحالة لا يوجد ما يمنع أن يبادر يدعي وجود ممارسة منافية للمنافسة، تتمثل في التعسف في وضعية الهيمنة، الى اثبات ذلك بالنظر الى سلوكيات العون الاقتصادي، و التي يكون هدفها الوحيد تضيق المنافسة او اقصاء المنافسين³، وهذا ما قامت به اللجنة الأوروبية للمنافسة في قضية ميكروسفت⁴، فقد استندت اللجنة على عناصر تكشف على نية الشركة الإضرار بالمنافسة، ولاسيما من خلال خطاب ألقاه مالك الشركة "بيل غيتس" Bill Gates في شهر فيفري 1997 بخصوص قوة الشراء التي تتمتع بها ميكروسفت، ونذكر بعض ما جاء في الخطاب: «ما نحاول القيام به حاليا هو استخدام المراقبة التي نمارسها على مؤمن الخدمات (Serveurs) لتحضير قواعد سلوك جديدة هدفها إقصاء كل من SUN et ORACLE بشكل خاص، فيما نعمل مع صانعي الكمبيوتر الشخصي PC و [WISE]، وكذلك مع آخرين، اليوم لا أدري إن كنا سنبلغ ذلك أم لا، لكن هذا ما نجتهد للقيام به»⁵.

¹ «CJUE. EUROPE EMBALLAGE CORPORATION et CONTINENTAL CAN COMPANY contre commission. Préc.....

² «L'intention joue un rôle pour la preuve de la stratégie anticoncurrentielle sans affirmer que la démonstration d'une volonté d'éviction des concurrents suffit constituer la pratique, la preuve directe selon laquelle l'entreprise poursuit un plan d'élimination des concurrents sera un indice significatif du caractère anticoncurrentiel de son comportement», Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°256, p.181.

³ شايب بوزيان، الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية و الادارية، المركز الجامعي أحمد زبانه غليزان، العدد 08، جوان 2017، ص. 87.

⁴ Décision de la commission 24 mai 2004 MICROSOFT.

⁵ « [C] E. que nous tentons actuellement de faire est d'utiliser le contrôle que nous exerçons sur les serveurs pour élaborer de nouveaux protocoles et exclure Sun et oracle spécifiquement tandis que nous travaillons avec des fabricants de PC et [WISE], ainsi que d'autre, aujourd'hui, je ne sais si nous y parviendrons ou non, mais c'est ce que nous nous efforçons de faire». cité par N.PETIT ; op.cit, p.313 ; n 864.

كما استندت اللجنة الأوروبية للمنافسة على قصد الإقرار بالمنافسة، في حالات تتعلق بممارسات تديسية تهدف إلى خداع بعض الهيئات، منها ما قامت به شركة الأدوية ASTRA ZEZECA، حيث أدانت اللجنة الأوروبية الشركة المذكورة بغرامة مالية قدرها ستين (60) مليون أورو بسبب قيامها بتقديم معلومات كاذبة إلى عدّة هيئات وطنية مكلفة بالبراءات على المستوى الأوروبي، هذا ما مكّنها من الحصول بصفة غير شرعية على حماية موسعة لأحد أشهر الأدوية التي تنتجها الشركة والمعروفة بـLE LOSEC، وهذا بفضل الشهادات التكميلية للحماية Certificats complémentaires de protection.¹

وتوسعت اللجنة الأوروبية للمنافسة أكثر عندما اعتبرت أنه بالإمكان الإطلاع على مختلف وثائق المؤسسة المهيمنة لمعرفة إستراتيجياتها في العمل وبالتالي الإطلاع على أهدافها من خلال هذه الوثائق، وذلك لأنه من عادة المؤسسات، سواء المهيمنة أو غيرها، القيام بإعداد تقارير ودراسات عن السوق العاملة به، إضافة إلى وثائق قد تكون انتقامية عندما تتعلق بمنافسي المؤسسة، وهذا أمر عادي، بل أنه مرغوب كون المنافسة في اقتصاد السوق قبل كلّ شيء هي حالة حرب تجارية.²

¹ «Si la démonstration du caractère délibéré du comportement de nature à tromper les autorités publiques n'est pas nécessaire aux fins de l'identification d'un abus de positions dominante, celui-ci n'en constitue pas moins également un élément pertinent pouvant, le cas échéant, être pris en considération par la commission, la circonstance invoquée par les requérante, que la notion d'abus de position dominante à un contenu objectif et n'implique pas l'intention de nuire, ne conduit pas à considérer que l'intention de recouvrir de pratiques étrangères à la concurrence par les mérites est en toutes hypothèses dénuée de pertinence, celle-ci pouvant toujours être prise en compte au soutien d'une conclusion selon laquelle, l'entreprise concernée a commis un abus de position dominante quand bien même une telle conclusion devrait en premier lieu reposer sur la constatations objective d'une mise en œuvre matérielle du comportement abusif », Décision de la commission du 15 juin 2005, ASTRA ZENECA.

² «Dans toutes les entreprises dominante comme non dominante, les équipes commerciales rédigent des documents vindicatifs lorsqu'il est question de leurs concurrents, et comme l'avait justement remarqué aux États-Unis le juge POSNER dans l'affaire Olympia, cela est normal et même souhaitable, car la concurrence en économie de marché, n'est- ce pas avant tout en état de guerre commerciale », N. PETIT, op.cit, N°869, p.314.

وجاء في إحدى الوثائق التوجيهية أنه بالإمكان إثبات نية الإضرار بالمنافسة من خلال: «الوثائق الداخلية التي تحتوي على الأدلة المباشرة على إستراتيجية هادفة إلى إبعاد المنافسين مثل خطة مفصلة حول القيام ببعض الممارسات بحيث تقصي (تزيح) منافسي، تمنع من الدخول إلى سوق أو تفادي بروز سوق، أو أيضا أدلة تهديد ملموسة على تدابير للإقصاء»¹.

ويرى البعض من الفقه أنه يجب تجنب اعتبار كل وثيقة عدائية اتجاه المنافسين بمثابة دليل على قصد الإضرار بالمنافسة، وبالتالي تعسفاً، وهذا لا يعني أن هذه الوثائق ليست لها أية قيمة، بل هناك كثير من الوثائق الداخلية قد تكشف عن معلومات حول إستراتيجيتها، فالاستعانة بها يمكن هيئات المراقبة من استنباط نية الإضرار بالمنافسة².

أما بالنسبة لموقف مجلس المنافسة، فقد سار على نفس نهج اللجنة الأوروبية للمنافسة، ففي قضية القناة التلفزيونية الفرنسية Canal Plus أخذ بعين الاعتبار عنصر الإرادة لتحديد موقفه من وجود التعسف من عدمه في تصرفات القناة التلفزيونية، حيث اعتبر أن Canal Plus لم تكن لها الإرادة لإبعاد منافستها المجموعة التلفزيونية TPS، وبذلك يكون مجلس المنافسة قد اعتبر العنصر المعنوي دليلاً على الطابع غير التنافسي للممارسة³.

بخصوص الوضع في الجزائر، تستغرب المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري، فقد استعمل بموجب المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة

¹ «Document internes contenant des preuves directs d'une stratégie visant à évincer les concurrents, comme un plan détaillé de se livrer à certaines pratiques de manière à évincer un concurrent d'empêcher l'entrée sur un marché ou de prévenir l'émergence d'un marché ou encore de preuve de menaces concrètes de mesure d'éviction », cité par, N. PETIT, op.cit, N°867, p.314.

² «Il faut se garder d'interpréter tout document hostile aux concurrents comme une preuve d'intention anticoncurrentielle et partant d'abus, ce n'est pas dire toutefois que de tels documents n'ont aucune valeur, sous réserves d'être précis, concordants et suffisamment nombreux les documents internes d'une entreprise apportant des informations sur sa stratégie, il sont donc suivie d'aider les autorités de contrôle a formuler un scénario d'atteinte à la concurrence », N. PETIT, op.cit, N°870, p.314.

³CONS- CONC. 18 mars 2005, N°05- D- 13 pratiques mises en œuvre par le groupe Canal+ dans le secteur de la télévision à péage.

في متن المادة السابعة منه عندما تعرض للتعسف في وضعية الهيمنة مصطلح "قصد" وهي عبارة عادةً ما تستعمل في القانون الجزائي وتستخدم خاصةً في الجرائم العمدية¹، ويبدو من ظاهر النص أنّ المشرّع الجزائري أعطى أهمية لنية مرتكب المخالفة²، حيث أنّ الأخذ بهذا الرأي سيلقي على كاهل المدعي عبئ إثبات ارتكاب التعسف في وضعية الهيمنة، وهي مسألة قد تكون صعبة، كما سيمنح للمؤسسة المتعسفة هامش كبير للمناورة بغرض التهريب من المسؤولية، وذلك بإثبات أنّ تصرفها لم يكن عن قصد أو نية الإضرار بالمنافسة، هذا لو حدثت بالفعل آثار سلبية على المنافسة في السوق المعني نتيجة لذلك السلوك.

ونعتقد أنّ عبارة عن "قصد" التي جاء ذكرها بنص المادة السابعة من الأمر 03-03 هي ترجمة غير دقيقة بل خاطئة في هذا الموضع بالذات، لأنّها كانت ترجمة لعبارة TENDANTA والتي ترجمتها السليمة هي: ترمي إلى أو تهدف إلى، تصبو إلى، هذه المترادفات تنظر إلى الآثار المترتبة عن الممارسة، على عكس الأولى التي أعطت أهمية للنية في تقييد المنافسة³.

علاوةً عمّا سبق، فالمشرّع الجزائري معروف عنه تأثره من خلال قانون المنافسة بالتشريع الأوروبي وكذا اجتهادات القضاء هناك، فإذا كان هذا يعتبر التعسف مفهوماً موضوعياً لا يلتفت إلى نية مرتكب التعسف وظروفه الشخصية، إلاّ إذا كانت ظاهرة لا يمكن تجاهل وجودها، فلا تعتقد أنّ التشريع الجزائري سيخرج عن ذلك المسلك ويعطي الجانب المعنوي (القصد) - وهو من العناصر الشخصية التي تحتاج إلى إثبات اتجاه النية إلى ارتكاب مخالفة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة- مساحة أو دور أكبر ممّا يستحق، وهكذا تبقى مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة مفهوم موضوعي، نتيجة لذلك يجب أن يأخذ مفهوم القصد بمفهومه العام⁴، ونقصد بذلك ألا نخرج عن القصد (العام) الذي يشمل الإرادة والعلم دون تخصيص.

¹ «القصد الجنائي هو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بارتكابها كما يتطلبها القانون»، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هوم، الطبعة السابعة، 2008، ص.106.

² مختور دليّة، المرجع السابق، ص.96.

³ مختور دليّة، المرجع نفسه، ص.96.

⁴ تامر محمد صالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة- دراسة مقارنة- القسم الأوّل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 04، السنة 31 ديسمبر 2015، ص.511.

ثانياً: عدم اشتراط المساس الفعلي بالمنافسة:

بحسب ما ستقرّ عليه اجتهاد القضاء الأوروبي لا يشترط أن يقع الإضرار فعلاً بالمنافسة نتيجة السلوك التعسّفي للمؤسسة المهيمنة، بل يكفي أن يكون من الممكن أن تضرّ الممارسة بالتجارة¹.

ولهذا اعتبرت الممارسة الرامية إلى إقصاء منافس والتي لم تحقق الهدف المنشود من قبل المؤسسة المهيمنة (وتعني إقصاء المنافس) محظورة على أساس المادة 102 من الاتفاقية الأوروبية TFUE، فما يهم وفقاً للاجتهاد الأوروبي دائماً أن يكون من شأن سلوك المؤسسة المهيمنة «موضوعياً من طبيعته، تقييد المنافسة» «ومن طبيعته أو قد يؤدي إلى ذلك الأثر»². في نفس السياق فقد تطور التشريع الفرنسي و أصبح يرى أنه من غير الضروري ان يكون هناك مساس فعلي بالمنافسة في السوق لتوقيع الجزاء على تلك الممارسات التعسفية الصادرة عن المؤسسة المهيمنة³.

ويبدو جلياً صواب هذا الموقف، وذلك راجع إلى أنّه سيكون من غير المناسب انتظار حتى يتضرر بنيان المنافسة فعلاً، ثم نتدخل لوقف التعسف الصادر عن المؤسسة المهيمنة بسبب صعوبة تدارك أو إصلاح الأضرار اللاحقة بالمنافسة، فعلى سبيل المثال كيف يمكن إلزام المؤسسة المهيمنة بخفض حجم الحصة في السوق والتي حصلت عليها بطريقة تعسّفية، وهذا ما يبرر التدّخل القبلي Ex ante لهيئات المراقبة وذلك قبل أن تتحقق آثار التعسف⁴.

«القصء العام و يتمثل في انصراف إرادة الجاني نحو القيام بفعل وهو يعمل أنّ القانون ينهى عنه»، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص.109.

¹ «Le simple objet anticoncurrentiel suffit à caractériser la condition d'atteinte au marché sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'effet concret réellement produit», Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°241, p.167.

² «Tend a restreindre la concurrence, ou qu'elle est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet», TUE- T- 203/2001- Manufacture Française des pneumatiques, MICHELIN contre commission 30 septembre 2003.

³ « la législation française a développé une repression des abus de domination d'une manière autonome par rapport au droit de la concurrence, la condition d'affectation du n'est plus nécessaire pour sanctionner ces comportements ». François XAVIER TESTU, contrat d'affaires, dalloz, 2010-2011, p. 41, n. 13.20.

⁴ «A l'évidence, il ya de bonnes raisons à un tel principe, il serait d'abord inopportun d'attendre que la structure de concurrence ait effectivement été

كذلك يمكن لممارسة تعسفية لا يكون لها آثار غير تنافسية ظاهرة ولكن تؤدي إلى آثار مستترة (خفية)، على سبيل المثال ثني منافسين آخرين عن الدخول إلى السوق المعني¹.

وعند تحديد ما إذا كانت الإساءة تتضمن احتمال الإضرار بالتجارة أم لا فإنه يجب الأخذ في الاعتبار أن يكون هذا الاحتمال ناتجاً عن الإساءة نفسها وليس عن عوامل قانونية أو وقائع لا علاقة لها بالممارسة الاحتكارية، على سبيل المثال وجود عوائق طبيعية أو قانونية تؤدي إلى إحداث مثل هذه الأضرار، أكثر من ذلك يجب أن يكون لهذه الإساءة تأثير على المجرى العادي للمبادلات التجارية وبوجود هذا التأثير عندما يترتب على الإساءة (التعسف) توجيه المبادلات التجارية في اتجاه لم تكن لتسير فيه لو لم ترتكب الإساءة².

علاوةً على ما سبق، يهدف قانون المنافسة إلى حماية المنافسة والمحافظة عليها في السوق ليست مهمته حماية مصالح المنافسين كل على حدة، ولهذا يُقال أن قانون المنافسة يحمي المنافسة ولا يحمي المنافسين³.

نتيجة لذلك، فمجلس المنافسة باعتباره حام النظام العام الاقتصادي مهمته ليست لعب دور الحَكَم المكلف بحل المنازعات بين المؤسسات، فمحور اهتمامه المنافسة، وليس المنافسين، لهذا لا تعتبر الممارسات التعسفية من اختصاصه إلاّ

abimée, avant d'envisager une intervention publique sur le marché, en sait en effet combien il est difficile, en pratique de réparer ex post les atteintes à la concurrence, pour ne prendre qu'un exemple, comment enjoindre à l'opérateur dominant de désinvestir la part de marché abusivement captée, cette considération pratique justifie à elle seule que les autorités de contrôle soient en mesure d'intervenir ex ante, c'est-à-dire avant que ne se concrétisent les effets d'un abus », N. PETIT, op.cit, N°878, p.315.

¹ Même ouvrage, N. PETIT, op.cit, N°874, p.315.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.142.

³ «C'est l'atteinte au marché en général qui doit être caractérisée, non le préjudice causé à chaque concurrent pris isolément, le propos est cohérent des lors que le droit de la concurrence, selon une formule maintes fois répétée, protège la concurrence non les concurrents», Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°238, p.165.

إذا كان هدفها أو من شأنها تقييد المنافسة، وفي حالة العكس يكون على المؤسسات ضحية ممارسات المؤسسة المهيمنة اللجوء لطرح النزاع أمام المحاكم¹.

ويثور التساؤل حول متى يعتبر التأثير الحال أو المحتمل على المنافسة ملموساً أو محسوساً، وبعبارة أخرى، ما هي الشدة المطلوبة لاعتبار الممارسة المرتكبة من قبل المؤسسة المهيمنة مساساً محسوساً بالمنافسة؟.

في هذا الشأن، يتعين القيام بدراسة إجمالية للسوق المعني من حيث مقدار الحصة التي تحوزها المؤسسة المهيمنة ورقم أعمالها²، كذلك درجة الهيمنة، طبيعة وجسامة التصرفات التعسفية، وكذا درجة المنافسة المتبقية في السوق، ولهذا يكون أمام مجلس المنافسة الاعتماد على مجموعة من المؤشرات التي من شأنها أن تحدد تأثير النشاطات المقيدة لمنافسة ومن بينها نشير إلى حجم الخيار وتنوع المنتجات، الجودة والابتكار، إضافة إلى الانعكاسات على مستوى الأسعار بالنسبة للمستهلكين³.

غير أنه توجد حالات لا يكون فيها ضرورياً إثبات الطابع المحسوس للمساس بالمنافسة، حيث أنها تكون مفترضة وهي يتعلق بالتسهيلات الضرورية وهي- كما مر معنا- من الاجتهادات التي جاء بها القضاء في الوم.أ وكان ذلك لأول مرة في سنة 1912.

ويقصد بهذه النظرية افتراض وجود عدة مؤسسات يستحيل عليها الدخول إلى السوق بسبب احتكار بنية أساسية أو مادة أولية أو خدمة أساسية من طرف مؤسسة مهيمنة مع غياب البديل المناسب لهذه المادة أو هذه البنية أو الخدمة الأساسية وارتفاع تكاليف امتلاكها، وعندئذ لا يكون أمام هذه المؤسسات الجديدة حتى تتمكن من الدخول إلى السوق وممارسة أنشطتها سوى اللجوء إلى المؤسسة المهيمنة

¹ «En effet, le conseil de la concurrence n'est pas un arbitre chargé de résoudre des litiges entre entreprises, il s'agit du gardien de l'ordre public économique et marché concurrentiel, l'accent est mis sur la concurrence plutôt que sur les concurrents particulier, c'est pourquoi les pratiques abusives ne relèvent de sa compétence que si elle ont un objet ou effet restrictif de concurrence, dans le cas contraire, il appartient au entreprise victime de soulever le litige devant les tribunaux», R. ZOUAIMIA, la dualité des pratiques de dominance en droit Algérien de la concurrence, op.cit, p.173.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.143.

³ R. ZOUAIMIA, la dualité des pratiques de dominance...., op.cit, p.174.

والمحتكرة لهذه البنية الأساسية¹، ومن أمثلة ذلك امتلاك خطوط السكة الحديدية، المطارات، مادة خام كالقطن، ويكمن التعسف- المفترض- في هذه الحالة في عدم قدرة المؤسسة المهيمنة الحفاظ على وضعها المسيطر إلا من خلال رفض ومنع الغير من استعمال البنية الأساسية أو المادة الخام التي تحتاجها للدخول إلى السوق ومنافسة المؤسسة المهيمنة وهذا ما أقرّه مجلس المنافسة الفرنسي في سنة 2005².

وتوسّعت اللجنة الأوروبية للمنافسة في مفهوم مساس التعسف الصادر عن المؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة التي أصبحت تشمل الأضرار اللاحقة بالمستهلكين *Préjudice causé aux consommateurs*، فقد قامت لجنة المنافسة باستبدال شرط المساس بالمنافسة في السوق بشرط المساس بالمتعاقدين (المستهلك) بحيث أصبحت تعاقب على كلّ مساس أو انتهاك يقع مباشرة على المصلحة الخاصة للمستهلك بدون أن يكون هناك تقييد للمنافسة، وبذلك تكون اللجنة الأوروبية قد توسّعت في مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة³.

وكان ذلك بمناسبة قرار يتعلق ببيع تذاكر لحضور مباريات كأس العالم لكرة القدم سنة 1998⁴، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنّ لجنة التنظيم الفرنسية *Le comite Français d'organisation (CFO)*، المكلفة ببيع تذاكر الدخول لمباريات كأس العالم المنظمة آنذاك بفرنسا، فضلت (*Favoriser*) الجمهور الفرنسي على حساب الأجانب عندما قامت بالبيع المباشر للتذاكر، وكانت اللجنة المكلفة ببيع التذاكر قد اشترطت تقديم عنوان بريدي يقع داخل فرنسا، وهذا ما جعل حجز التذاكر عملية صعبة على المقيمين خارج فرنسا (الأجانب)، وتكمن الصعوبة في هذه الحالة في انعدام البديل بسبب غياب المنافسين حتى لو تعلّق الأمر بمنافسين محتملين للجنة التنظيم الفرنسية (*CFO*)، ففي هذه الوضعية لا يوجد أيّ تأثير على المنافسة في السوق المعني، كما أنّ لجنة التنظيم لن تجني أيّ فائدة من هذه الممارسة، كلّ ما هناك أنّ مجرد مساس بمصالح المستهلكين الأجانب الذين سيجدون صعوبة كبيرة للحصول على التذاكر، ومع ذلك رأت اللجنة الأوروبية للمنافسة أنّه: «يمكن بصفة صحيحة تطبيق المادة 82 من

¹ جلال مسعد، المرجع السابق، ص.144.

² CONS- CONC. Décision N°05-D-59- du 7 novembre 2005, rapport annuel du conseil de concurrence pour l'année 2005, p.280.

³ Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°239, p.165.

⁴ COMM. CE. Déc. 2000/12/CE. 20 juillet 1999, coupe du monde de football.

الاتفاقية (102 حالياً)، عند الاقتضاء، في حالات يكون تصرف مؤسسة ما مهيمنة، تسبب في ضرر مباشر لمصالح المستهلكين، بالرغم من غياب أي أثر على بنية المنافسة»¹.

رأينا أنّ الممارسات الاحتكارية الصادرة عن المؤسسة المهيمنة يكون من شأنها منع أو تقييد أو تعطيل المنافسة إذا ثبت أنّ هذه الممارسات تشكل أو تجسد إساءة استغلال المركز المهيمن، ولكن هذا الافتراض غير مطلق ويقبل بالتالي إثبات العكس، فقد توصل القضاء في العديد من القضايا إلى أنّه ليس كلّ تعسف في استغلال المركز المسيطر تؤدي حتماً إلى تقييد أو منع المنافسة². ونذكر من هذه القضايا ما توصلت إليه محكمة استئناف باريس (غرفة المنافسة) في قضية تتلخص وقائعها في أنّ شركات EPR et SPR واللذان يعملان في مجال الصحافة والإعلام، وتتمتع بمركز مسيطر في السوق المعني وكانت مجموع الشركات هذه قد رفضت إدخال بعض أوامر بنشر بعض المعلومات الصادرة عن وكالة إعلانات تعتبر أحد فروع المنافس الرئيسي لهذه الشركات، وخلصت المحكمة إلى أنّ هذا الرفض يشكل إساءة لاستغلال المركز المسيطر، ولكنها إساءة لا تؤدي إلى منع أو تقييد أو تعطيل المنافسة، وذلك لأنّ الأمر بإدخال بعض المعلومات لا يشكل إلاّ 02% من حجم أعمال الشاكين إضافةً إلى أنّه يوجد في السوق المعني قانوناً وكالات إعلان أخرى بإمكانها تلبية وتنفيذ الطلب المرفوض، أي أنّ هناك بديل بإمكانه القيام بذلك³.

وفي نفس السياق، رفضت محكمة استئناف باريس معاقبة شركة ميكروسفت، كون التعسف الذي ارتكبه لم يترتب عليه تقييد أو منع المنافسة، أمّا بالنسبة لوقائع القضية فهي تتعلق بشكوى قدمت إلى مجلس المنافسة من شركة DIGITECHNIC ضدّ الممارسات التي قامت بها شركة ميكروسفت بعد رفضها الترخيص للشاكية باستغلال برنامج PACK OFFICE PRO. وقد

¹ «L'article 82 peut être correctement appliqué, s'il ya lieu aux situations dans laquelle le comportement d'une entreprise dominante cause un préjudice immédiat aux intérêts des consommateurs malgré l'absence de tout effet sur la structure de la concurrence», COMM. CE., déc. 2000/12/CE. 20 juillet 1999, coupe du monde de football.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.144.

³ C.A. Paris, 3 mai 1990, société SORCHEPER ;

أشار إليه، سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع نفسه، ص.146-147.

اعتبرت الشركة DIGITECHNIC (الشاكية) هذا الرفض وكذا التوزيع الانتقائي لهذا البرنامج بمثابة تعسف في استغلال المركز المهيمن الذي تتمتع به شركة ميكروسفت، وقد توصلت محكمة استئناف باريس، إلى أنّ الممارسات المدعى بها لا تشكل إساءة لاستغلال المركز المهيمن، لأنها تؤدي إلى تقييد أو منع المنافسة في سوق بيع الحاسبات الآلية، وبررت محكمة استئناف باريس قرارها بأنّ عدم حصول الشركة المدّعية على البرنامج لم يؤثر على رقم مبيعاتها الذي لم يختلف كثيراً عن رقم مبيعات الشركات التي حصلت على البرنامج، وذلك راجع إلى أنّ هناك من العملاء من لا يطلب هذه الخاصية¹.

نتيجة لذلك، ذهب البعض إلى أنّه إذا كان وقوع إساءة لاستغلال المركز المسيطر يعدّ قرينة أنّ هذه الإساءة (التعسف) ستؤدي إلى تقييد أو منع المنافسة أو تعطيلها. فإنّ هذه القرينة ليست قاطعة بل قرينة بسيطة يمكن دحضها وإثبات عكسها، ويكون إثبات العكس بإقامة الدليل مثلاً على وجود بدائل للخدمة أو المنتج محل السيطرة لدى منافسين آخرين، كذلك أنّ عدم الحصول على هذا المنتج أو تلك الخدمة لن يؤثر على رقم الأعمال الإجمالي للمؤسسة طالبة الخدمة أو المنتج، وبعبارة أخرى، يتعيّن إثبات غياب أية آثار سلبية للتعسف يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بالمنافسة².

أما الوضع بالنسبة للجزائر فنعتقد أن مجلس المنافسة يشترط أن يكون هناك مساس فعلي بالمنافسة في السوق بمعنى تقييد أو إعاقة المنافسة فيه و ليس مجرد احتمال حدوث ذلك، و جاء في إحدى القرارات الصادرة عنه مؤخراً، بخصوص شكوى تقدمت بها إحدى المؤسسات ضد شركة لافارج الجزائر المختصة في صناعة و تسويق الإسمنت بعد اتهامها باستغلال مركزها المهيمن و ذلك عن طريق رفض التعامل مع المؤسسة الشاكية، جاء في هذا القرار ما يفيد أن مجلس المنافسة الجزائري لا يعتد إلا بالمساس الفعلي بالمنافسة في السوق المعني حيث جاء في إحدى حيثيات القرار " في الموضوع: عدم التأسيس نظراً لما يأتي: ... عدم المساس بالمنافسة.

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص. 147-148.

² نفس المرجع، ص. 148.

عدم تضرر السوق اذ لم يعرف أي تذبذب أو اختلال في التموين بمادة الاسمنت أو ارتفاع في سعرها في منطقة النشاط المعنية خلال هذه الفترة".

للاشارة انتهت هذه القضية الصلح بين الطرفين¹.

ثالثاً: الارتباط بين التعسف ووضعية الهيمنة:

وفقاً لأحكام المادة السابعة من الأمر 03-03: «يحظر كلّ تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها...»، وكذلك نصت المادة 102 من الاتفاقية الأوروبية على أنه: «يعدّ متعارضاً... وممنوعاً... الاستغلال بطريقة تعسفية لوضعية الهيمنة في السوق»²، القراءة الحرفية سواء لنص المادة السابعة من قانون المنافسة الجزائري أو المادة 102 من الاتفاقية الأوروبية توحى بما لا يدع مجالاً للشك بضرورة وجود ارتباط ما بين وضعية الهيمنة والتعسف وهي نفس قراءة المحكمة الأوروبية والتي عبّرت عنها بمناسبة قضية TETRAPACK، حيث اعتبرت المحكمة «أنّ تطبيق المادة 102 يفترض سلفاً وجود ارتباط بين وضعية الهيمنة والسلوك المزعوم أنه تعسفي»³.

ويثور التساؤل حول طبيعة العلاقة بين التعسف ووضعية الهيمنة؟

أكدت محكمة العدل الأوروبية من البداية أنه بالرغم من أنّ حيازة وضعية هيمنة يعتبر عنصراً ضرورياً لتطبيق أحكام المادة 102، فهي لا تفرض إثبات وجود علاقة سببية بين وضعية الهيمنة والتعسف، فبإمكان المؤسسة نتيجة لذلك التعسف في استغلال وضعية الهيمنة من دون أن تستخدم بالضرورة القوة السوقية التي تتوفر عليها، فتقوم بممارسات تجارية في وسع باقي المؤسسات غير المسيطرة تبنيها في تصرفاتها⁴.

¹ القرار رقم 2016/01، الصادر عن مجلس المنافسة في جلسة منعقدة يوم 18 ماي 2016، القضية رقم 2013/51.

² L'article 102 TFUE.

³ «L'application de l'article [102] présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif», TUET.83/91 TETRA PAK !! International SA contre commission.

⁴ «... [La cour] elle n'impose pas la démonstration d'un lien causal entre la position dominante et l'abus une entreprise peut abuser de sa position dominante sans nécessairement utilise le pouvoir de marché que celle-ci lui confère mais en

وذهب جانب كبير من الفقه الأوروبي خاصة على ضوء ما توصل إليه القضاء هناك إلى عدم اشتراط توافر علاقة السببية بين وضعية الهيمنة والتعسف وذلك على الرغم- كما ذكرنا- أنّ التعسف لا يمكن أن يصدر إلاّ من مؤسسة متواجدة في وضعية الهيمنة¹.

نشير هنا إلى أنّ مفهوم ارتباط وضعية الهيمنة بالتعسف لا يشمل بالضرورة السوق المعني فقط- أي الخاضع لوضعية هيمنة- Le marché dominé- بل يتّوسع ليشمل الأسواق المجاورة له²، وهذا ما استقرت عليه كلّ من اللجنة الأوروبية للمنافسة وكذا القضاء الأوروبي، ففي قضية AZKO أدانت اللجنة الأوروبية وأيدتها محكمة العدل الأوروبية منتج مهيمن على سوق- فوق أكسيد Peroxydes- بسبب ممارسات تتعلق بالأسعار الإفتراضية Les prix prédateurs قامت بها المؤسسة المذكورة في سوق غير خاضع لسيطرتها Marché non dominé هو سوق مكملات الفريئة Les additifs de farine، حيث أقصت أحد منافسيها في هذا السوق، وكانت المؤسسة المهيمنة تأمل كذلك في أن تتخلى المؤسسة المقصاة عن منافستها في السوق الأصلي (الخاضع لوضعية الهيمنة)، وهذا بهدف الاحتفاظ بسيطرتها عليه³، كما أدانت كلّ من لجنة المنافسة ومحكمة العدل الأوروبية منتج مهيمن على سوق صفائح الجبس Les plaques de plâtre بعد أن قام بمنح عملائه امتيازات لاسيما تسليم تفضيلي Livraison Prioritaire في سوق للجبس غير خاضع لسيطرتها- والذي كان في حالة ندرة لهذه المادة- مقابل حصول (المنتج المهيمن) على الحق الحضري في شراء منتجاته في السوق الأصلي (الخاضع لوضعية الهيمنة). فالمؤسسة المهيمنة تكون

se livrant à des pratiques commerciales que pourraient également adopter des entreprises non dominantes », N. Petit, op.cit, N°897, p.322.

¹ «L'abus ne peut émaner que d'une entreprise dominante mais il n'ya pas exiger une causalité entre la situation de domination et l'abus invoqué », C-GAVALDA et les autres, op.cit, N°704, p.440.

² «... s'il faut bien un lien, le marché sur lequel intervient l'abus ne doit pas nécessairement être celui ou l'entreprise détient une position dominante », N. PETIT, op.cit, N°900, p.322.

³ CDUE. C- 62/86, AZKO chemie BV contre commission 3 juillet 1991.

بذلك قد قامت بممارسة تعسفية- التسليم التفصيلي- في سوق ثان غير خاضع لسيطرتها، بهدف حماية وضعيتها كمؤسسة مهيمنة في السوق الأصلي¹.

بالنظر لهاتين القضيتين المذكورتين نلاحظ أنّ العلاقة بين التعسف ووضعية الهيمنة تتمثل في محاولة ربط التعسف بوضعية الهيمنة، ولذلك نقوم بمعاينة إذا كانا يشتركان في إستراتيجية واحدة منافية للمنافسة، في هذه الحالة يتطلب الأمر حماية أو تعزيز (تدعيم) وضعية الهيمنة عن طريق التعسف².

الفرع الثاني

تمييز التعسف في وضعية الهيمنة عن غيره من المفاهيم المشابهة

تتشابه وضعية الهيمنة مع بعض المفاهيم ولاسيما تلك التي تصنف ضمن فئة الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث أنّ هذا التصنيف قد يجعل البعض يلتبس عليه الأمر ويعتقد أنّها متشابهة، ونقتصر في دراستنا هذه على ممارستين مقيدتين للمنافسة وهما الاتفاقات المحظورة والتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، حيث أنّ كلاهما يتشابهان في عدّة جوانب مع التعسف في وضعية الهيمنة، غير أنّهما يختلفان عنها من جوانب أخرى.

ترتيباً على ما سبق، نتناول تمييز التعسف في وضعية الهيمنة عن الاتفاقات المحظورة (أولاً) ثم تمييز التعسف في وضعية الهيمنة عن التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية (ثانياً).

أولاً: تمييز التعسف في وضعية الهيمنة عن الاتفاقات المحظورة:

ندرس من خلال هذا العنصر الأحكام العامة للاتفاقات المحظورة ثم التفرقة بينها وبين التعسف في وضعية الهيمنة.

1- الأحكام العامة للاتفاقات المحظورة:

¹ Décision de la commission du décembre 1988, BPB industries PLC- TFUE, T-65/89 BPB, Industries PLC et British GYPSUM LTD contre commission 1^{er} avril 1993.

² «Au regard de ces deux affaires, le lien entre abus et position dominante consiste à tenter de rattacher l'abus à la position dominante, examinant, s'ils forment partie d'une stratégie anticoncurrentielle, d'ensemble en l'espèce, ils s'agissaient de protéger ou d'élever pas l'abus une position dominante existante», N. PETIT, op.cit, N°903, p.322.

الاتفاقات المحظورة كغيرها من الممارسات المقيدة للمنافسة لها أحكامها الخاصة التي تتميز بها لاسيما من حيث تعريفها أو أنواعها، علاوة على شروطها، والتي سنتناولها بإيجاز وبالقدر الذي يفيد في دراسة موضوع الرسالة.

أ-تعريف الاتفاقات المحظورة:

لم يتصدى المشرع الجزائري لتعريف الاتفاق المحظور، واكتفى بسرد الحالات التي تكون فيها الاتفاقات محظورة، وكذا الشروط الواجب توافرها، وهذا ما يظهر من خلال نص المادة السادسة من الأمر 03-03 المنظم للمنافسة المعدل والمتمم والتي نصها كما يلي: «تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري معه لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات»¹

ولقد تمّ نقل هذا النص حرفياً من التشريع الفرنسي وذلك من خلال المادة L420-1 من القانون التجاري، ويلاحظ على صياغة النصين أنّها جاءت عامة تشمل الأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، مع اشتراط أن يكون هدفها الحاضر أو المستقبلي منافي للمنافسة، ويفهم ذلك من نص القانون نفسه عندما استخدم عبارة «عندما تهدف أو يمكن أن تهدف...»، وبمفهوم المخالفة، فالاتفاقيات التي لا تهدف إلى تقييد المنافسة لا تدخل في إطار الحظر،

¹ المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

وهذا يعدّ تأكيداً لمبدأ أنّ الاتفاقات الاقتصادية لا تشكل مساساً بالمنافسة في حدّ ذاتها¹.

واعتبر أنّ التعريف التشريعي للاتفاقات المنافسة للمنافسة ليس على أساس خصائصها وإنّما على أساس أهدافها وغايتها².

وبالنظر لعدم وجود تعريف تشريعي لمفهوم الاتفاقات المقيّدة للمنافسة، نتعرض لبعض التعاريف التي اجتهد الفقه في وضعها، فقد عرضها أحدهم: «يقصد بالاتفاقات المقيّدة للمنافسة؛ كلّ تنسيق في السلوك بين مشروعين أو أكثر، أو شخصية من الأشخاص المعنوية أو الطبيعية أو أكثر، أو أيّ عقد أو اتفاق- ضمني أو صريح- يرتبط بالنشاط الاقتصادي، أيّاً كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق، إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة من شأنها أن تمتع أو تقيد أو تحدّ من المنافسة، سواء من خلال تحديد حجم الإنتاج في السوق أو التقسيم الجغرافي لذلك السوق، أو تحديد الائتمان، بشكل مفتعل، لا يرجع إلى آليات العرض والطلب الحقيقيين أو تمييز بعض العملاء على البعض الآخر»³.

كما عرّفه آخر هو «اتفاق بين مجموعة من التجار المستقلين (أي اثنان أو أكثر ليس ثمة رابطة تبعية بينهم) متنافسة (أي تقوم بعمل تجاري متماثل أو متشابه ويعملون على مستوى واحد في السوق أي تجار تجزئة أو تجار جملة أو منتجون) على تنظيم أو تفادي المنافسة القائمة بينهم أو المحتملة سواء بينهم أو من الغير»⁴.

في حين يرى آخر «هو الاتفاق أو التفاهم الصريح أو الضمني بين المؤسسات التي تنشط في سوق معينة على تنسيق جهودها بغرض تنظيم المنافسة

¹ تواتي محند شريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006/2005، ص.15.

² «La définition de l'entente est une définition téléologique puisqu'elle n'est pas définie par ses caractéristiques propres mais par les buts qu'elle produit », Sid Lakhdar Mohamed Rachid, Le dispositif légal relatif à la concurrence, présentation générale, la lettre juridique N°22, septembre 1996, p.4.

أشار إليه، تواتي محند شريف، المرجع السابق، ص.15.

³ ياسر سيّد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص.16.

⁴ جاسم محمد الراشد، المرجع السابق، ص.144.

فيما بينها، بما يؤدي إلى عرقلة السير الطبيعي لقانون العرض والطلب في السوق¹.

أ- أنواعها:

الاتفاقات يمكن أن تخصّ أعواناً اقتصاديين أو مؤسسات متواجدة في نفس المستوى من الإنتاج والتسويق (الاتفاقات الأفقية)، كما تتم في مستويات مختلفة (الاتفاقات العمومية).

- الاتفاقات الأفقية:

ويقصد بها تلك الاتفاقات التي تتم بين مجموعة من المتعاملين مستقلين فيما بينهم، أي أنه ليس ثمة علاقة تبعية فيما بينهم، ويقومون بنشاط اقتصادي مماثل ويعملون على مستوى واحد في السوق²، كما تعرّف: «الاتفاقيات (الاتفاقات) التي تتم بين مشروعين أو عدّة مشروعات تقف جميعاً على قدم المساواة أو على المستوى نفسه في العملية الاقتصادية كالاتفاقيات التي تتم بين عدّة مشروعات كلّ منها تقوم بإنتاج السلعة نفسها أو كلّ منهم يتولى توزيع المنتج نفسه»³.

ومن أمثلتها بيع سيارات من طراز متشابه، فبدل أن تقوم المؤسسات الناشطة في هذا السوق بمنافسة بعضها البعض، بإمكانهم (سواء كانوا صنّاع أو موزعين) تحديد الأسعار التي تضمن لهم أكبر نسبة من الأرباح، وعليه يتفق أعضاء المجموعة على توزيع السوق فيما بينهم، وإقصاء المؤسسات التي ليست في الاتفاق، وذلك من خلال عرض سلعهم بأسعار رمزية تهدف إلى إبعاد منافسين آخرين من السوق⁴.

- الاتفاقات العمودية:

1 محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، المرجع السابق، ص.35.
2 تيور سي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، المرجع السابق، ص.191.
3 معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص.137.
4 مزغيش عبير، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيّدة للمنافسة والتجمعات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية: 2016/2015، ص.102.

يقصد بها تلك الاتفاقات التي تجمع بين مشروعين (مؤسستين) أو أكثر يقف كلّ منهما على مستوى مختلف من العملية الاقتصادية، كالاتفاقات التي تتم بين منتج لإحدى السلع من جهة وموزع السلعة التي يُنتجها الأول من جهة أخرى، أو بين منتج السلعة وعدّة موزعين، أو بين مجموعة منتجين من جهة ومجموعة موزعين من جهة أخرى¹.

ويعتبر هذا النوع من الاتفاقات محظوراً كونه سيتأثر لاحقاً على السوق، فالاتفاقات العمودية تجد مرجعيتها في سلسلة الإنتاج والتوزيع وذلك من خلال الحركة العمودية للبضائع التي تنطلق من منتج المواد الأولية (الخام) إلى المستهلك مروراً بالصانع والموزع، فبواسطة الاتفاقات العمودية سيتم فرض سعر بيع معين على الموزع، هذا الأمر لن يسمح له بتحديد هامش ربحه، وهو ما يشكل مساس بحرية تحديد الأسعار في السوق².

ج- شروط حظر الاتفاقات غير المشروعة:

نستنتج من التعاريف التي سبق وأن ذكرناها أنّ الاتفاقات تقتضي تطابق إرادتين فأكثر على القيام بتصرّف له هدف أو أثر مخلّ بالمنافسة، إضافة إلى وجود الاتفاق، فضلاً عن عرقلة الاتفاق للمنافسة وتقييدها.

ج-1: أطراف الاتفاق:

يقصد بأطراف الاتفاق المقيد للمنافسة «المشروعات (المؤسسات) التي اتحدت إرادتها معاً بقصد تحريف المنافسة في السوق، رغبةً منها في تحقيق أرباح غير مشروعة، ودون النظر إلى الأضرار التي يمكن أن تقع على الاقتصاد الوطني تنجم عن ذلك الاتفاق»³.

غنى عن البيان أنّ وجود الاتفاق المقيد للمنافسة يقتضي بالضرورة تعدد الأطراف، فلا يمكن تصور أن تتفق المؤسسة أو المتعامل الاقتصادي مع نفسه. ونجد أنّ أطراف الاتفاق قد تكون مؤسسات خاصة سواء كانت أشخاص طبيعية أو معنوية أو مؤسسات عمومية.

¹ لينا حسن زكي، المرجع السابق، ص.78.

² تيور سي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، المرجع السابق، ص.191-192.

³ لينا حسن زكي، المرجع السابق، ص.73.

- الأشخاص الخاصة:

بالرجوع إلى أحكام المادة السادسة من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، نلاحظ أنها جاءت عامة، فتحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات دون تحديد صفة الشخص الذي تصدر عنه ودون تحديد طبيعته القانونية، فأطراف الاتفاق المقيد بالمنافسة هي المؤسسة¹.

نتيجة لذلك، يمكن أن يكون أطراف الاتفاق أشخاصاً طبيعياً سواء أكان منتجاً، ممولاً، موزعاً أو مقدم خدمات... الخ، كما قد يكون شخصاً معنوياً في شكل مؤسسة خاصة².

وعرّف المشرع الجزائري المؤسسة الخاصة كما يلي: «المؤسسة كلّ شخص طبيعي أو معنوي أياً كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد»³.

ومن خلال تعديل المادة 02 من الأمر 03-03 بموجب القانون 08-12⁴، أدرج المشرع فئات أخرى ضمن نص هذه المادة، حيث أضافت عبارة «الجمعيات والاتحادات المهنية أياً كان قانونها الأساسي أو شكلها أو موضوعها...».

وبذلك، فقانون المنافسة يطبق بصفة عامة على المؤسسة بغض النظر عن طبيعتها، ولا يهم إذا كانت تتخذ صفة تاجر، كما لا اشتراط تسجيلها في السجل التجاري ولا يهم إذا كانت في شكل حرفي أو مهنة حرة⁵ أو جمعية تُدافع عن حقوق فئة معينة، فقانون المنافسة بهذه الصفة يُطبق على المؤسسة ليس بالنظر إلى طبيعتها بل بالنظر إلى نشاطها الاقتصادي، هذا الأخير يعتبر المعيار الأساسي المعتمد لتكييف الكيان على أنه مؤسسة خاضعة لقانون المنافسة⁶.

¹ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.23.

² نفس المرجع.

³ المادة 03/أ من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ تمّ تعديل وإتمامها عن طريق المادة رقم 03 من القانون رقم 08-12.

⁵ تواتي محند شريف، المرجع السابق، ص.20.

⁶ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.23.

- الأشخاص العامة:

لا يخضع للحظر القانوني على الاتفاقات الأشخاص الخاصة فقط بل يمتد الحظر كذلك ليطبق على الأشخاص العامة، فعندما يمارس الشخص المعنوي العمومي بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات وكذا الاستيراد، ولا يتصرف كصاحب امتياز وسلطة، ففي هذه الحال تطبق عليه أحكام قانون المنافسة كغيره من الأشخاص الخاصة، مثل النشاط الاقتصادي الذي تقوم به المؤسسات العمومية الاقتصادية، هذه الأخيرة لا تطرأ بشأنه إشكالات، في حين أنّ الشخص العام الإداري الذي يمارس نشاطاً إدارياً، نميّز بين احتمالين:

الاحتمال الأول، أن يتدخل الشخص العام الإداري خارج إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة، وأداء مهام المرفق العام مثلاً، يكون تدخله كمنتج أو موزع أو مقدم خدمات هنا نطبق عليه قانون المنافسة.

أما الاحتمال الثاني، إذا باشر الشخص العام الإداري النشاط الاقتصادي وتصرف باعتباره مكلف بإدارة المرفق العام، وأنه صاحب سلطة عامة، فهذا الاحتمال لا يخضع لأحكام قانون المنافسة بل يطبق عليه القانون الإداري كونه المختص بحكم نشاط الإدارة العامة¹.

- تعدد الأطراف واستقلاليتها:

ميزة الاتفاق أنّه ممارسة جماعية مقيدة للمنافسة، لذلك لا يمكن تصور اتفاق مقيد للمنافسة إن لم يكن هناك عنصر تعدد الأطراف²، وينطبق ذلك على الاتفاقات الثنائية أو متعددة الأطراف، فالاتفاق لا يتحقق بوجود مجموعة من الممارسات الفردية المستقلة، إذ يشترط لقيام هذا الفعل تنسيق السلوك بين المؤسسات أو التحالف بينهم بنية سلوك سياسة اقتصادية غايتها تقييد المنافسة³.

نتيجة لذلك، نجد أنّ بعض صور الاتفاقات تخرج عن نطاق تطبيق الاتفاق المحظور، نذكر منها:

¹ عبير مزغيش، المرجع السابق، ص.113.

² مختور دليّة، المرجع السابق، ص.17.

³ لعور بدرّة، المرجع السابق، ص.22.

■ الاتفاق المبرم بين الوكيل والموكل لأن نشاط الموكل يعتبر امتداد لنشاط الوكيل.

■ الاتفاق المبرم بين مؤسسات تابعة للمجموعة نفسها لا يعتبر كأصل عام اتفاق محظور، حيث أنه بالرغم من الشركة الفرع تتمتع بشخصية معنوية متميزة عن الشركة الأم ومميزة أيضا عن الشركات الأخرى التابعة للشركة الأصل، تبقى تحت هيمنة الشركة الأم ولا تتمتع بالاستقلالية في اتخاذ قرارات اقتصادية حتى وإن كانت لها استقلالية قانونية، فليس باستطاعتها التعبير عن إرادتها المستقلة لأنها تابعة للشركة الأم، وتستأثر هذه الأخيرة لوحدها بسلطة اتخاذ القرارات¹.

- سلامة رضا أطراف الاتفاق:

تنطبق على الاتفاق الأحكام العامة المعروفة في القانون المدني²، مع مراعاة الخصوصية التي تقتضيها قواعد قانون المنافسة، لذلك حتى تعتبر المؤسسة طرفا في اتفاق مقيد للمنافسة يجب أن تقرر بمحض إرادتها ودون ضغوطات الانضمام إلى الاتفاق المحظور وبترتيب الآثار المترتبة عنه، ونقصد الآثار المقيدة للمنافسة³، فيجب أن يكون الاتفاق ناتج عن رضا صريح كامل خالي من عيوب الإرادة ونعني الغلط الإكراه والتدليس⁴، لذلك لا يمكن اعتبار المؤسسة متواطئة إذا كانت مكرهة على إبرام الاتفاق بسبب استغلال الطرف الآخر لوضعيتها الحرجة، فتسلب حرية الاختيار، خشية فقدان وضعيتها التجارية⁵، ومن صور الإكراه الذي يُعيب رضا احد طرفي الاتفاق المشاركة في الاتفاق تحت التهديد بالمقاطعة التجارية مثلا⁶، ويعتبر الرضا في هذه الحالة سبباً للإعفاء من المسؤولية⁷.

ج-2: وجود الاتفاق:

يعتبر الاتفاق قائماً صحيحاً بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وخلوه من العيوب (الإرادة)، ولا يهم بعد ذلك الشكل الذي قد يتخذه الاتفاق، سواء أكان صريحاً أو ضمناً مكتوباً أو شفهيّاً أو حتى عمل مُدبر أو ترتيبات أو تفاهات، ونلاحظ أنّ

¹ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.18.

² المواد 81 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

³ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.19.

⁴ تواتي محند شريف، المرجع السابق، ص.25.

⁵ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.19.

⁶ عبير مزغيش، المرجع السابق، ص.315.

⁷ جلال مسعد، المرجع السابق، ص.49.

بعض صور الاتفاق قد تطرح صعوبات كثيرة لاسيما بالنسبة لإثبات الاتفاقات الضمنية والأعمال المدبرة.

ونلاحظ أنّ صياغة المادة السادسة من الأمر رقم 03-03 جاءت عامة، ويرى البعض بحق أنّ الصياغة العامة لنص المادة المذكورة مسلك مقصود من قبل المشرّع الجزائري، ذلك لأنّ وسائل التفاهم التي تستعملها المؤسسات الاقتصادية للسيطرة على الأسواق تتميز بالتعدّد والنمو وكذا التطور، لذا كان من الطبيعي أن تكون النصوص التي تواجه هذه الحالات ذات طبيعة مرنة وواسعة¹.

ج-3: تقييد الاتفاق للمنافسة:

طبقاً لأحكام المادة السادسة من الأمر رقم 03-03 لا يعتبر الاتفاق محظوراً إلاّ إذا نتج عن قيامه عرقلة حرية المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها وهكذا جاء نص المادة المذكورة كما يلي: «تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة...»، ونلاحظ أنّ المشرّع توسع في مفهوم تقييد المنافسة ليشمل جميع الأفعال التي من شأنها ألاّ تسمح للأعوان الاقتصاديين بممارسة المنافسة الحرة في سوق ما، حيث اعتمد المشرّع على معيار الهدف لتقرير الحظر على الاتفاقات، ولا يهم إن كان الاتفاق قد تجسد فعلاً في الميدان أم لا، ودون الاهتمام كذلك بما إذا كان الهدف الذي قصد أطراف الاتفاق إنجازه قد تحقق أم لا².

وتتوفر قرينة مخالفة للاتفاق للمنافسة عندما يُبرم الاتفاق من طرف المهنيين الذين يفترض فيهم العلم بالآثار المتوقعة التي ستترتب عن الممارسات المرتكبة، أمّا في حالة غياب اتفاقات صريحة تكشف عن انصراف نية الأطراف وعزمها على المساس بالمنافسة، يتم اللجوء إلى المؤشرات والدلائل التي تسمح باستخلاص هذا القصد وكذا النية، ونشير في هذا السياق إلى أنّ هناك ممارسة لا تقبل بطبيعتها إثبات العكس ونعني بها الممارسات التي تعتبر ممنوعة بذاتها مثل اتفاقات تحديد الأسعار³.

¹ محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.105.
² بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومه، 2012، ص.113.
³ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، المرجع السابق، ص.41.

وأورد المشرّع الجزائري من خلال المادة السادسة من الأمر رقم 03-03 جملة من الأفعال (الممارسات) التي يتوافر فيها شرط تقييد المنافسة وهي المذكورة- على سبيل المثال لا الحصر- وتتمثل في:

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.
- إخضاع إبرام العقود من الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية¹.
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة².

2- التفرقة بين الاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة:

بالرغم من كلا الاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة يعدان من الممارسات المقيدة للمنافسة، بالنظر لآثارهما السلبية على السوق المعني³، إضافة إلى انطباق نفس النصوص المتضمنة الجزاءات عند إتيان أحدهما⁴، فضلاً عن ورود استثناءات عن حظر أحدهما في حالة توافر شروط معينة⁵، إلا أنّهما يختلفان في عدّة أوجه لعل أهمّها:

- تفترض الاتفاقات المقيدة للمنافسة وجود طرفين على الأقل، في حين أنّ التعسف في استغلال وضعية الهيمنة قد يقع نتيجة ممارسة أحادية تقوم بها مؤسسة

¹ المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

² تمّ إضافة هذه الحالة بموجب المادة رقم 05 من القانون رقم 12-08.

³ المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ المادة 56 من الأمر رقم 03-03.

⁵ المادة 05 من الأمر رقم 03-03.

واحدة كما قد تصدر من طرف عدد من المؤسسات¹، و هو ما يعرف بالهيمنة الجماعية.

- كما تكمن التفرقة الجوهرية بين الاتفاقات المحظورة من جهة وإساءة استغلال وضعية الهيمنة من جهة أخرى بالرغم من أنّ كلاهما من الممارسات المقيّدة للمنافسة التي تخلق لأصحابها قدراً من السيطرة على السوق (القوة السوقية)، إلا أنّهما يختلفان أساساً في الطبيعة المستقلة لأطراف الاتفاقات المحظورة كشرط لازم تحققه لوجود الاتفاق، على خلاف الحال في ممارسات التعسف في وضعية الهيمنة لاسيما في صورته الجماعية،- فقد مر معنا- أنّ أحد أهمّ شروط تحقق الاتفاق المقيّد للمنافسة هو تمتع كلّ طرف من أطرافه بالاستقلالية المالية والإدارية عن الطرف الآخر، تلك الاستقلالية التي تؤهله لأن يكون طرفاً في الاتفاق حتى لو لم يتمتع بالشخصية القانونية، فالاستقلالية شرط لا غنى عنه وتعتبر من أبعديات الاتفاق بشكل عام، أمّا إذا انتفت تلك الاستقلالية لا يمكن التقرير بوجود الاتفاق المحظور، في حين أنّ التعسف في وضعية الهيمنة حتى في صورتها الجماعية، فهي تفترض في هذه الصورة بالذات انتفاء الاستقلالية- المذكورة أعلاه- فيما بين أطرافه الذين يجب أن يشكّلوا كتلة واحدة ويكونوا بالتالي مرتبطين ويعاملهم القانون معاملة الشخص الواحد².

- الحالات المنصوص عليها بموجب المادة 06 والمتعلقة بالاتفاقات المحظورة المقيّدة للمنافسة تلك المنصوص عليها بموجب المادة 07 الخاصة بالتعسف في وضعية الهيمنة باستثناء الفقرة 07 والأخيرة والمتعلقة بالسماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات، غير أنّ هذه الحالات لا يمكن أن تنطبق على كلّ من الاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة، لاسيما فيما يتعلق بحالة اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل³.

- كما لاحظ البعض أنّ السياسة التشريعية في التعامل مع كل من الممارستين متباينة بل مختلفة، فإذا كان تمتع أحد الأشخاص بمركز مسيطر في السوق هو أمر في حدّ ذاته مشروع وغير مجرم طالما لم يسيء (يتعسف) هذا الشخص استعمال هذا المركز بشكل يضرّ بالمنافسة، فإنّ هذا الأمر لا ينطبق بنفس البساطة على

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استقلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.121.

² أحمد عبد الرؤوف الضبع، المرجع السابق، ص.78.

³ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.95.

الاتفاقات المحظورة، فنجد أنّ القانون في شأن التعسف في استغلال وضعية الهيمنة قد تطلب نشاطاً لاحقاً على تمتع الشخص بهذا المركز حتى يمكن أن يخضع سلوكه للتجريم والجزاء، يتمثل هذا النشاط في السلوك الإيجابي أو السلبي الذي قد ترتكبه المؤسسة وفقاً لنص المادة 07 من الأمر رقم 03-03، على خلاف ذلك، بالنسبة للاتفاقات فإنّ النشاط الإيجابي الذي تأتيه المؤسسة المعنية سواء أكانت شخص طبيعى أو معنوي، عام أو خاص، هو إقدامه بإرادته السليمة على الاتفاق أو التواطؤ مع غيره بقصد الإضرار بالمنافسة، فالمشروع لم يجرم وضعاً قائماً من العدم وهو مجرد وجود الشخص في السوق وتمتعه بصفة الشخص المتنافس، بل جرّم سلوكه المتمثل في إقدامه على التواطؤ والاتفاق على الإضرار بالمنافسة¹.

ثانياً: التمييز بين التعسف في وضعية الهيمنة والتعسف في التبعية الاقتصادية:

أدى تركيز رؤوس الأموال ووسائل الإنتاج في الاقتصاد الحديث إلى ظهور تفاوت شديد في النفوذ الاقتصادي، ليس فقط بين المشروعات الاقتصادية والأفراد، بل أيضاً فيما بين هذه المشروعات ذاتها.

وعلاوة على أثر هذه الظاهرة على صعيد المنافسة التجارية، أفرزت روابط عقدية تنسم بالتبعية الاقتصادية بين مؤسسات مستقلة قانوناً، بحيث يصبح النشاط الذي يُزاوله أحد العاقدين تابعاً من الناحية الاقتصادية للنشاط الذي يُباشره المتعاقد الآخر مما يجعل الطرف الأوّل في مركز الطرف الضعيف في العقد².

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن معيار هذه التبعية الاقتصادية، أي الشروط اللازمة لقيامها، وسنتعرف قبلها على مدلول فكرة التبعية الاقتصادية، ولنختم هذه النقطة بالتعرّض للتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية كلّ هذا تحت عنوان: الأحكام العامة لوضعية التبعية الاقتصادية، ثم ندرس في نقطة ثانية التفرقة بين كلّ من مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة، والتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

1- الأحكام العامة لوضعية التبعية الاقتصادية:

¹ أحمد عبد الرؤوف الضبع، المرجع السابق، ص. 78-79.

² محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص. 143.

نتناول من خلال هذه النقطة فكرة التبعية الاقتصادية من حيث تحديد مفهومها ثم المعايير التي يستدلّ من خلالها على قيام حالة التبعية الاقتصادية، ونختتم هذه النقطة بالتعرّض للاستغلال التعسّفي لوضعية التبعية الاقتصادية من خلال المفهوم، وكذا المساس بالمنافسة.

أ- فكرة التبعية الاقتصادية:

بدايةً نشير إلى أنّ فكرة مخالفة التعسّف في وضعية التبعية الاقتصادية مخالفة حديثة نسبياً بالمقارنة مع التعسّف في وضعية الهيمنة أو الاتفاقات المحظورة، وتعود نشأتها إلى ظهور مراكز الشراء الكبيرة والمتكونة في العادة من عدّة محلات، وهي تتميز بقوتها الاقتصادية¹.

ولكي تتحقق مخالفة التعسّف في وضعية التبعية الاقتصادية يجب توافر مجموعة من الشروط والمتمثلة أساساً في وجود المؤسسة في وضعية تبعية اقتصادية، وأن يكون هناك تعسّف ناتج عن هذه الوضعية، وأن يؤدي هذا التعسّف إلى الإخلال بالمنافسة.

أ-1: تواجد المؤسسة في وضعية تبعية اقتصادية:

حتى يتمّ إدانة مؤسسة ما بالتعسّف في وضعية التبعية الاقتصادية يقتضي الأمر وقبل كلّ شيء التحقق من وجود المؤسسة في وضعية التبعية الاقتصادية وعليه سيتمّ التعريف بوضعية التبعية الاقتصادية، ثم نتناول المعايير التي تسمح بالقول بتواجد المؤسسة في هذه الوضعية من عدمها.

- تعريف التبعية الاقتصادية:

تصدى المشرّع الجزائري لتعريف وضعية التبعية الاقتصادية حيث عرّفها على أنّها: «هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا

¹ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.115.

أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبوناً أو مموناً»¹.

وعرّفها جانب من الفقه هي: «غياب الحل والاختيار الكافي لأحد الشركاء والأعوان الاقتصاديين، بصفته موزعاً في علاقته بمنتج أو ممون، ونظراً لرقم الأعمال الذي يحققه في معاملاته مع هذا المنتج أو الممّون أو لعلامته المشهورة أو حصة المنتج أو الممّون من السوق، فتجد الممّون نفسه مضطراً للعمل مع هؤلاء لأنّه غير قادر على التعامل مع منتج أو ممّون آخر»².

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنّ وضعية التبعية الاقتصادية تصف تلك الوضعية التي تجعل مؤسسة ما مضطرة للخضوع للالتزامات التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى متعاملة معها، لأجل ضمان مواصلة علاقتها التجارية لاستحالة التموين بمواد بديلة وفي ظروف مماثلة من مؤسسة أخرى منافسة³.

تجدر الإشارة إلى أنّ حالة التبعية الاقتصادية لا تنشأ إلاّ بمناسبة العلاقة الاقتصادية الرأسية (الأفقية) التي تنشأ بين مؤسسات تقف عند مستويين مختلفين من العملية الاقتصادية كالعلاقة بين منتج أو عدّة منتجين من ناحية وبين موزع أو أكثر من ناحية أخرى، أين تنشأ حالة التبعية الاقتصادية من المنتج أو المورد وموزعين أو بالعكس من الموزع لمورديه، في حين أنّه لا يمكن تصور وجود حالة التبعية بمناسبة العلاقات الاقتصادية الأفقية، أي العلاقات التي يمكن أن تنشأ بين متنافسين على نفس المستوى من العملية الإنتاجية أو التسويقية⁴.

نستنتج من خلال التعاريف المذكورة، أنّ العناصر المكونة لوضعية التبعية الاقتصادية تتمثل في وجود علاقة تعاقدية إضافة إلى أهمية هذه العلاقة التعاقدية بالنسبة للتابع وكذا استمرارية وانتظام العلاقة التعاقدية.

- وجود رابطة عقدية:

إنّ التبعية الاقتصادية المقصودة هنا هي تلك التي يمكن أن ترتب آثار قانونية، وهي لا تتحقق إلاّ إذا ثبت وجود رابطة عقدية بين ذوي الشأن، فالقاعدة

¹ المادة 03 الفقرة د من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.
² جلال مسعد مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص.15.
³ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.115.
⁴ لينا حسن زكي، المرجع السابق، ص.227.

إذن أنّ أيّ شخص يُفيد من وجود عقد ما أو بالعكس يضر من زواله، لا يمكن اعتباره تابعاً من الناحية الاقتصادية إلاّ إذا كان طرفاً في هذا العقد، فعلى سبيل المثال في اتفاقات توزيع المنتجات والخدمات كعقد الامتياز التجاري، يعتمد عمال الموزع اقتصادياً على المنتج مانح الامتياز، باعتبار أنّ الصفقات التي يعقدها باستمرار مع الموزع تسمح لهذا الأخير بمواصلة نشاطه، ومن ثمّ الاحتفاظ بعماله، غير أنّ هؤلاء العمال لا تربطهم علاقة قانونية ما بالمنتج، فلو فرضنا أنّ عقد الامتياز تمّ إلغائه، فإنّ الموزع وحده هو الذي بإمكانه الرجوع على المنتج متمسكاً بتبعيته الاقتصادية المباشرة التي تولدت من علاقتهما العقدية¹.

- أهمية العلاقة التعاقدية بالنسبة للبائع:

والمقصود بهذا الشرط أن يكون نشاط الطرف التابع يعتمد من حيث وجوده أو استمراره على وجود الروابط العقدية وبقائها، بحيث يشكل إنهاء هذه الروابط خطراً بالغاً يستتبع توقفه عن مزاولة نشاطه أو إعاقته على نحو شديد².

وتقدير أهمية هذه التبعية يقتضي النظر في مدى أهمية الفائدة التي يتحصل عليها المتعامل من جرّاء تلك العلاقة التعاقدية، فتحسب نتيجة لذلك درجة التبعية عدلاً ونقداً بطريقة موضوعية وذلك بالاستناد إلى الدفاتر التجارية والمحاسبية التي يمسكها المتعامل الاقتصادي. فأهمية الربح هي معيار تحديد درجة التبعية الاقتصادية، وعليه إذا ما ثبت أنّ للمؤسسة ربحاً نتيجة لعلاقة تعاقدية أخرى غير الأولى التي جعلها في وضعية تبعية اقتصادية فلا تستحق هذه الأخيرة الحماية، فكلّ متعامل له نشاط ثانوي يحقق قدر من الربح لا يمكن اعتباره في وضعية تبعية اقتصادية³. ففي نزاع بين شركة شل SHELL وبعض محطات بيع الوقود، تمسّكت الشركة بأنّ أنشطة هذه المحطات لم تقتصر على بيع الوقود، وإنّما تشمل أيضاً الاتجار في منتجات عديدة لم تقم بتزويدها بها، فضلاً عن إدارة وتشغيل مراكز ضخمة لتقديم الخدمات، تشمل إصلاح وغسيل وتشحيم السيارات، وأنّ عائد هذه الأنشطة الموازية لبيع الوقود كان يمثل حوالي 40% من العائد السنوي الإجمالي لهذه المحطات، ونتيجة لذلك قضت محكمة استئناف باريس بأنّ شروط

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص.150.

² نفس المرجع، ص.151.

³ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.116.

البيع المصحوب بشرط القصر لم تكن متوافرة (أي أنّ التبعية الاقتصادية ليست قائمة)¹.

- انتظام العلاقة العقدية واستمرارها:

يجب لتحقيق التبعية الاقتصادية أن تتصف الروابط العقدية بين الطرفين بالدوام والاستمرار، على نحو يجعل نشاط الطرف التابع يدور في فلك هذه الروابط ويرتبط بها، فلا تنشأ هذه التبعية إذا كانت الرابطة العقدية تنسم بطابع مؤقت أو عرضي ولو أثمرت أرباحاً طائلة²، كأن يقوم متعامل وبصفة عرضية بشراء كلّ إنتاج صانع معين أو معظمه، دون أن يتم تجديد العقد، عكس ما إذا تمّ الاتفاق على شراء كلّ أو معظم الإنتاج لمدة معينة³.

وترجع أسباب تواجد المؤسسة في وضعية التبعية إلى أربع أسباب، وضعها الاجتهاد القضائي الألماني بالنظر إلى توافرها وتكرارها في معظم الحالات، وهي تتمثل في:

- التبعية الاقتصادية بسبب ندرة المنتج.
- التبعية الاقتصادية بسبب علاقة العمل.
- التبعية الاقتصادية لجودة السلعة.
- التبعية الاقتصادية بسبب قدرة الشراء.⁴

ب- المعايير التي يستدلّ من خلالها على قيام حالة التبعية الاقتصادية:

تحكم حالة التبعية الاقتصادية معايير معينة وفقاً للشكل الذي تتخذه حالة التبعية، فهي تقوم على شكلين؛ أولهما تبعية الموزع للمورد الذي يتزود منه، وثانيهما تبعية المورد للموزع. وعليه، سنتناول بالدراسة هذين الشكلين من التبعية الاقتصادية.

¹ CA. Paris, 14 juin 1982.

² محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص.154.

³ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.117.

⁴ نفس المرجع، ص.117 وما بعدها.

ب-1: معايير تبعية الموزع للممّون:

ومؤدى هذه الحالة تبعية موزع أو بائع السلعة أو متلقي الخدمة لمورد أو منتج السلعة أو مقدم الخدمة في السوق المعني¹، ويظهر هذا الشكل من التبعية الاقتصادية من خلال الامتيازات الاقتصادية التي يملكها الممّون، والتي تدفعه إلى قبول شروط ممّونه بسبب افتقاد غيره من الممّون لهذه الامتيازات².

ونشير في هذا السياق إلى أنه ليس من المهم أن نثبت وضعية الهيمنة للممّون في السوق لأنه قد يقع أن تحوز مؤسسة لحصّة ضعيفة في السوق، ومع ذلك ترتبط بها مؤسسة أخرى، بسبب شهرة العلامة التجارية التي تحوزها أو غياب منتجات بديلة لها. استقرّ الاجتهاد القضائي على أربعة معايير للقول بتبعية الموزع للممّون، وتتمثل هذه المعايير في:

- شهرة العلامة التجارية.
- حصة السوق التي يحوزها الممّون.
- حصة الممّون في رقم أعمال الموزع.
- غياب الحل البديل أو المعادل.

ب-2: معايير تبعية الممّون للموزع "تبعية الشراء":

لا تخص التبعية الاقتصادية تبعية الموزع للمورد، بل يمكن تصور في الوقت الحالي تبعية الممّون (المورد) للموزع، وتحدث هذه الحالة حينما تكون العلاقة التعاقدية مُختلة لصالح الموزع على حساب الممّون، وذلك راجع لقوة الشراء التي يتمتع بها من خلال القدرات الواسعة التي يمتلكها في التفاوض والغرض³.

وتتجسد حالة التبعية الاقتصادية بين المورد وعملائه عادةً في مراكز الشراء العملاقة، والتي تقوم بتجميع منتجات الموردين في مراكز كبيرة للبيع، يتعامل معها أعداد ضخمة من المستهلكين، هذا ما يجعلها في مركز قويّ بالنسبة

¹ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص.45.

² عبيد مزغيش، المرجع السابق، ص.149.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.192.

للموردين الذين يودون بلا شك الاستفادة من تلك الأعداد الهائلة من المستهلكين الذين يقبلون على هذه الأسواق لاقتناء مختلف حاجاتهم الاستهلاكية¹.

ويعود السبب الجوهرى لتبعية الموردين لهذه المراكز إلى الشروط التي تفرضها عليها والتي أحياناً ما تكون جائرة عليهم، أو تكون محل مغالاة².

ونجد أنّ معايير تقدير التبعية الاقتصادية للممّون اتجاه الموزع لا تختلف كثيراً عن حالة تبعية الموزع للممّون، وتتمثل هذه المعايير:

- حصة رقم الأعمال المحققة من طرف الممّون مع الموزع.
- دور الموزع في تسويق منتجات الممّون.
- العوامل المؤدية إلى تركيز بيع منتجات الممّون لدى الموزع.
- غياب الحل البديل.

ج- الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية:

لا يعدّ تواجد مؤسسة ما في حالة تبعية اقتصادية لمؤسسة معينة مجرماً في الأصل، بل يتعيّن أن يكون هناك استغلال تعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية من جانب المؤسسة المتبوعة سواء كانت من جانب الموزع أو الممّون.

فالممارسات التعسفية الناتجة عن حالة التبعية الاقتصادية لا تكون محظورة إلاّ إذا كان لها غرض أو أن يؤدي إلى إعاقة المنافسة أو تقييدها أو تزييفها، كالممارسات الرامية إلى القضاء على مؤسسة مثلاً³.

وعليه، سنتناول تيّاعاً الأعمال التي تمثل استغلالاً تعسفيّاً لوضعية التبعية الاقتصادية، ثمّ الإخلال بقواعد المنافسة في السوق.

ج-1: الممارسات التي تمثل استغلالاً تعسفيّاً لوضعية التبعية الاقتصادية:

ذكر المشرّع الجزائري الممارسات (الصور) التي يعتبر اقترافها من قبل مؤسسة متبوعة تعسفاً في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية من خلال نص

¹ لينا حسن زكي، المرجع السابق، ص.233.

² خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص.49.

³ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، المرجع السابق، ص.52.

المادة 11 من الأمر رقم 03-03 الفقرة 02 والتي نصها: «يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي.
- البيع المتلازم أو التمييزي.
- البيع المشروط باقتناء كمية دُنّية.
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.

كلّ عمل من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق»¹.

أهمّ ما يمكن ملاحظته حول مضمون هذه المادة:

- الحالات المذكورة جاءت على سبيل المثال لا الحصر.
- يغلب على هذه الممارسات عقد البيع².
- تقترب بعض الصور من حالات واردة في القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية لاسيما المواد 15، 17، 18 منه³.

ج-2: الإخلال بقواعد المنافسة في السوق:

نص المشرّع الجزائري بموجب المادة 11 الفقرة الأولى من الأمر المتعلق بالمنافسة: «يحظر على كلّ مؤسسة التعسف في استغلال وضعيّة التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبوناً أو مموّناً، إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة»⁴.

فبحسب نص هذه المادة يقتضي حظر التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية النظر في وجود الإخلال بالمنافسة من عدمه، فضلاً عن النظر في مدى تأثير هذه الممارسة المرتكبة على حرية المنافسة، وهنا لا يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار سوى المساس «الحساس Sensible» لإمكانية الحكم على ممارسة أنها مقيّدة

¹ المادة 02/11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

² لعور بدرّة، المرجع السابق، ص. 101.

³ قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، العدد 14، السنة 2004.

⁴ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

للمنافسة، وبالتالي يجب تحديد درجة الإخلال الذي لم يصل إلى «عتبة الحساسية» حتى تفلت المؤسسة المعنية من المتابعة¹.

والجدير بالذكر، أنّ تحديد أثر التصرفات الصادرة عن المؤسسة في وضعية التبعية الاقتصادية لا تتمّ إلاّ بدراسة السوق المعني كما هو عليه الحال بالنسبة لباقي الممارسات المقيّدة للمنافسة².

وهو دور يضطلع به مجلس المنافسة سواء من حيث دراسة السوق المعني و ممارسة سلطته الواسعة لتحديد عتبة الحساسية عند النظر في كلّ قضية³، علاوة على البحث عن وجود علاقة سببية بين الممارسة الصادرة عن المؤسسة والمساس الذي يلحق بالمنافسة في السوق، فلا يمكن اعتبار الممارسة محظورة ما لم ينتج عنها إخلال بالسير العادي للسوق⁴.

2- التفرقة بين التعسف في التبعية الاقتصادية والتعسف في وضعية الهيمنة:

بالرغم من أنّ كلا من التعسف في وضعية الهيمنة والتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية يصدران عن طرف يتمتع بقوة اقتصادية معتبرة تجعله في مركز قوة بالمقارنة مع الغير الذي يتعامل معه، إلاّ أنّها يختلفان في جملة من الأمور أهمّها:

- إنّ المؤسسة في حالة تواجدها في وضعية الهيمنة فهي تسيطر على سوق منتجات معينة، في حين أنّه في حالة وضعية التبعية الاقتصادية فإنّ الهيمنة تنصبّ على مؤسسة معينة من المؤسسات الناشطة في سوق ما وليس على سوق منتجات محددة⁵.

- كما يكمن الاختلاف الجوهرى بين الممارستين في الطابع النسبي للقوة التي تتمتع بها المؤسسة في وضعية التبعية الاقتصادية، ففي هذه الحالة لا عبرة لمكانة المؤسسة في السوق، بل فقط بالنظر إلى علاقة القوة والسيطرة التي

¹ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.132.

² كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، المرجع السابق، ص.53.

³ ZOUAIMIA. R, Le droit de la concurrence, op.cit, p.112.

⁴ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.132.

⁵ «L'article L-420-2 distingue désormais le cas de l'entreprise qui domine un marché du cas dans lequel elle domine un partenaire commercial», D. Brault, op.cit, N°850, p.383.

سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.122-123.

تمارسها إحدى المؤسسات على الأخرى، فهي إذاً قائمة بمجرد توافر إمكانية فرض أحد الأطراف المتعاقدة على الطرف الآخر شروطاً مُجحفة، لا يكون أمام هذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف خيار آخر سوى تقبلها لاستحالة الاستغناء عن المتعاقد صاحب القوة والسيطرة، بينما في وضعية الهيمنة يشترط الهيمنة على سوق منتجات معينة أو على الأقل جزء منه، فالمؤسسة المسيطرة تتمتع بقوة مطلقة إزاء منافسيها وليس بقوة نسبية كما هو عليه الحال بالنسبة لوضعية التبعية الاقتصادية¹.

- على خلاف وضعية الهيمنة التي يمكن أن تكون جماعية (Une domination collective)، فإنّ حالة التبعية الاقتصادية لا تكون إلاً فردية، بمعنى أنّ المؤسسة المتواجدة في وضعية تبعية اقتصادية (المتبوعة) تكون فقط مؤسسة فردية².

- حتى تقوم وضعية التبعية الاقتصادية وبالتالي التعسف فيها يتعيّن أن يكون هناك تعامل سابق بين المؤسستين التابعة والمتبوعة، أي ضرورة قيام علاقات تجارية سابقة بينهما، فمخالفة التعسف في التبعية الاقتصادية لا تقوم إلاً بين مؤسسات يوجد بينها رابطة عقدية منتظمة ومستمرة، ففي حالة عدم وجود تعامل سابق بين المؤسستين أو أنها تتعامل معها لأول مرة لا نكون أمام مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية³، على عكس التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، هذه الأخيرة يمكن أن تعتبر المخالفة قائمة وتُدان المؤسسة حتى ولو لم يقع تعامل أصلاً بين المؤسستين مثلما هو عليه الحال لصورة: «إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية»⁴. أو رفض التعامل.

- يعتبر التعسف في وضعية التبعية تعسفاً سلوكياً يقتضي ارتكاب المؤسسة المتبوعة المتواجدة في وضعية التبعية الاقتصادية لخطأ، فعنصر الخطأ ضروري

¹ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.129-130.

² «A la différence de l'abus de position dominante, il n'ya pas de dépendance économique collective en vers un groupe d'entreprises», M. Malaurie- Vignal, Droit de la concurrence entere et Européen, op.cit, N°577, p.256.

³ ZOUAIMIA. R, La dualité des pratiques de dominance en droit de la concurrence, op.cit, p.180.

⁴ المادة 06/07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

في هذه المخالفة، كذلك للعوامل الذاتية دوراً بارزاً في هذه المخالفة. أمّا التعسف في وضعية الهيمنة، فهي مخالفة موضوعية لا تهتم غالباً بالدوافع الشخصية¹.

- إذا كان المساس بالمنافسة في السوق المعني يكفي وحده لقيام مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة، فإنّ مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية تقتضي إلى جانب شرط المساس بالمنافسة توافر شرط آخر مستقل يتمثل في الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية².

- حتى تقوم قرينة على وجود تبعية اقتصادية يتوجب أن تتوافر معايير كثيرة للقول بوجود هذه التبعية، غير أنّه ليس من الضروري أن تتوافر جميع هذه المعايير، بل يكفي أن يتوافر عدد معتبر منها، وهذا عكس وضعية الهيمنة التي يمكن أن تقوم حتى مع توفر معيار واحد وهو معيار السيطرة على السوق³.

- لا تقوم وضعية التبعية الاقتصادية إلاّ بين مؤسسات عاملة في مستويات مختلفة من العملية الاقتصادية كالمنتج أو الممّون من جهة والموزع من جهة أخرى، في حين أنّ التعسف في وضعية الهيمنة يمكن أن يكون صادراً عن مؤسسة تعمل في نشاط اقتصادي مماثل أو كما يمكن أن يصدر التعسف عن مؤسسة تعمل في مستوى مختلف عن المؤسسة المتضررة من مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة، وهكذا لا تكون مخالفة التعسف في التبعية الاقتصادية إلاّ بين مؤسسات تقف عند مستويين مختلفين من العملية الاقتصادية كالعلاقة بين المنتج أو عدّة منتجين من ناحية وبين موزع أو أكثر من ناحية أخرى (العلاقات الاقتصادية الرأسية)⁴.

في حين أنّ التعسف في وضعية الهيمنة يمكن أن تنشأ بين مؤسسات عاملة في مستوى واحد من العملية الإنتاجية (أفقية) أو بين مؤسسات تعمل في مستويين مختلفين من العملية الإنتاجية (رأسية) كما هو عليه الحال بالنسبة للتبعية الاقتصادية.

¹ «Il s'agit ici de punir un acteur du marché de sa faute au contraire de l'abus de position dominante... il faut un véritable manquement à une règle de conduite l'abus et donc de nature subjective », Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°261, p.184.

² Ibid.

³ M. Malaurie- Vignal, Droit de la concurrence entere et Européen, op.cit, N°577, p.255.

⁴ لنا حسن زكي، المرجع السابق، ص.227.

بعد أن تعرفنا على مفهوم التعسف فيوضعية الهيمنة ضمن المبحث الأول نتعرض ضمن المبحث الموالي للمراسات المجسدة للتعسف في وضعية الهيمنة.

المبحث الثاني

الممارسات المجسدة للتعسف في وضعية الهيمنة

ذكرنا أنّ المركز المهيمن ليس محظوراً في حدّ ذاته، فقد تصل المؤسسة المهيمنة إلى هذا الوضع بفضل خبرتها التجارية أو تميّز منتجاتها أو عن طريق حيازتها لبراءة اختراع أو علامة تجارية مشهورة، غير أنّ المحظور على المؤسسة المهيمنة التعسف وإساءة استغلال هذه الوضعية، ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ فكرة التعسف في استغلال الوضع المهيمن لا تتعلق بطبيعة تكوينه بل ترتبط بالأفعال والتصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة، ومدى تأثير تلك الممارسات على إعاقة المنافسة أو منع نموها أو حتى تدميرها، و يفرق الفقه الغربي ما بين التعسف الذي يؤدي الى وضع او خلق موانع للدخول أو إقصاء المنافسين من السوق المعني، و بين التعسف الذي تستغل من خلاله المؤسسة المهيمنة قوتها الاقتصادية¹، ذكرت مختلف التشريعات بعض صور التعسف واعتبرتها مخالفة تستوجب توقيع الجزاء.

غير أنّ هذه التشريعات المنظمة للمنافسة أوردت بعض الاستثناءات تُبيح بعض أوجه التعسف بالنظر لاعتبارات معينة. لدراسة ذلك سنتناول فيما يلي:
صور الممارسات التعسفية في مطلب أول، ثم القيود الواردة على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة في مطلب ثان.

¹ « en ce qui concerne l'abus de position dominante, il convient de distinguer entre les abus qui créent des barrières à l'entrer ou iliminent des concurrents(entraves abusive à l'entrée) et les abus par lesquels l'entreprise dominante exploite sa puissance économique », Laurence IDOT, droit communautaire de la concurrece, le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 C E, BRUYLANT, 2004, p.292 n 73.

المطلب الأول

صور الممارسات التعسفية

تناولت مختلف التشريعات المقارنة وحذى حذوها المشرع الجزائري بعض صور الممارسات التي تشكل تعسفاً في استغلال وضعيه الهيمنة، ويمكن رد الممارسات التي تصدر عن صاحب المركز المسيطر وتمثل تعسفاً في استغلال وضعيه الهيمنة إلى طائفتين اثنتين:

الطائفة الأولى تتمثل في تصرفات وممارسات احتكارية تبحث من خلالها المؤسسة إلى إقصاء منافسيها الحاليين من السوق وإعاقة تطورهم أو منع دخول منافسين جدد، بهدف الحصول على مركز احتكاري لتتمكن بعدها من استغلاله في رفع الاسعار و الانقاص من الخيار الموجودة للمنتوج المقترح للمستهلك، أما الطائفة الثانية فهي الاستغلال المباشر لقوتها السوقية ضد شركائها وعملائها عن طريق التعسف في استغلال وضعيه الهيمنة¹.

ونجد أنّ هذه الممارسات التعسفية تتخذ عدة صور، فقد تستهدف نظام الاسعار في السوق أو تقوم على أساس التعامل وعلاقة المؤسسة المهيمنة بغيرها من المؤسسات الأخرى، كما أنّ هناك ممارسات تستهدف السوق بالدرجة الأولى، وبالنظر إلى تعدد هذه الممارسات سيتم التركيز من خلال هذه الدراسة على الممارسات التعسفية التي ذكرها المشرع الجزائري.

وبناءً على ما تقدم، سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتعرض في الأول على الممارسات التعسفية المتعلقة بالأسعار، ثم الممارسات التعسفية على أساس التعامل (فرع ثان)، ونختم بالممارسات التعسفية على أساس السوق (فرع ثالث).

¹ «La notion d'abus de position dominante englobe deux types de pratique abusives, d'un côté, l'entreprise peut chercher à évincer du marché ses concurrents actuels. A ralentir leur développement ou à empêcher des concurrents potentiels d'entrer sur le marché, le but est d'acquérir une position monopolistique dont elle pourra ensuite profiter en augmentant ses prix et en diminuant le choix et la qualité des produit proposés au consommateur. Ces pratiques constituent des abus "d'éviction" de l'autre côté, l'entreprise peut exploiter directement son pouvoir de marché a l'encontre de ses partenaires commerciaux ou de ses clients, pratiquant un abus d'exploitation», Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°93, p.62-63.

الفرع الأول

الممارسات التعسفية المتعلقة بالأسعار

غنى عن البيان أنّ السعر يعدّ أقوى وسيلة فعّالة في المنافسة، وعادةً ما يستعين بها صاحب المركز المسيطر من أجل الحفاظ على قوته الاحتكارية في السوق وكذا اكتساب أكبر نصيب ممكن للحصص في السوق المعني بهدف رفع أرقام مبيعاته والوصول إلى أكبر ربح ممكن، وتتخذ هذه الممارسة صورتين؛ الأولى التسعير العدواني (الاختلالي)، والصورة الثانية التسعير التمييزي، ولكلّ مفهومه وخصائصه، وشروطه مختلفة. وعليه، سندرس ضمن هذا الفرع، التسعير العدواني (أولاً)، ثم التسعير التمييزي (ثانياً).

أولاً: التسعير العدواني (الاختلالي): Le prix prédateur

نتعرض من خلاله الى تعريف التسعير العدواني و العناصر المكونة له، ثم اثبات تحققه.

1- تعريفه:

تعددت التسميات التي أطلقت على التسعير العدواني، فهي تسمى كذلك التسعير الاختلالي والتسعير الافتراضي، إلا أنّ الترجمة الصحيحة لكلمة Prédateur هي الاختلالي، وتعدّ هذه الممارسة من أخطر الممارسات الماسة بالأسعار والذي يلجأ إليه صاحب المركز المهيمن بهدف القضاء على منافسيه تمهيداً لانفراده بالسوق، وعرّف البعض التسعير العدواني: «قيام منشأ تجارية تستهدف إقصاء منشأة أخرى أو أكثر من نشاط معين، أو تثبيط همّة منافس محتمل يحاول دخول السوق بفرض أسعار منخفضة جداً- ربما أقل من سعر التكلفة- وإطلاق إنتاج غزير من منتج معين للأسواق لفترة مؤقتة تتمكن بعدها من استبعاد المنافسين وفرض أسعار مرتفعة غير قابلة للمنافسة تعويضها عن الخسائر التي تكبّتها خلال فترة ذلك التسعير المصطنع»¹.

كما عرّفه آخر بأنه: «التسعير بأقل من سعر التكلفة بقصد تدمير المنافسة والتخلّص من المنافسين في محاولة إحداث سعر مرتفع عن السعر السائد وصولاً

¹ حسين محمد فتحي، المرجع السابق، ص.12.

إلى احتكار هذه السوق»¹، ويعرّفه آخر بأنّه: «قيام الشركة ببيع أحد المنتجات بسعر منخفض جداً بهدف استبعاد المنافسين خارج السوق أو عمل عائقاً لدخول السوق بالنسبة للمنافسين الجدد والمحمّل دخولهم السوق»².

أمّا تعريفه من وجهة نظر علم الاقتصاد، فنجد أنّ الفقيه BENZON وصف هذه الممارسة «بأنّها اقتراح سعر أدنى من ذلك السعر الذي يتحقق معه هدف تعظيم الأرباح (سعر منخفض بمقدار أقلّ من الأسعار التي تحدد في حالة افتراض غياب إرادة التحطيم)، بغرض استبعاد (كلي أو جزئي) للمنافسين الحاليين، أو تثبيط هم المنافسين الاحتماليين في الدخول في السوق»³.

من خلال التعاريف المذكورة آنفاً، يمكن لنا استنتاج الأهداف التي تسعى المؤسسة المهيمنة إلى تحقيقها من وراء انتهاج سياسة التسعير العدوانية، ومن أهمّها:

أ. امتلاك وضع مسيطر على السوق يتميّز تماماً عن الذي كان سائداً قبل ممارسة سياسة تحطيم الأسعار، هذا الوضع المختلف سيُمكن معه بسهولة تعويض الخسائر التي لحقت بالمؤسسة المهاجمة خلال مرحلة التسعير العدوانية، وذلك عن طريق رفع غير معتاد في الأسعار.

ب. تحقيق وضع احتكاري على منطقة جغرافية معينة من السوق، ما يمكنها لاحقاً من رفع الأسعار في تلك المنطقة من السوق، مع التمهيد لبسط السيطرة على منطقة جغرافية أخرى من خلال التصدير استخداماً لسياسة الإغراق.

ج. استعراض المقدرة المالية للمؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة، وإظهار قدرتها على خوض حروب الأسعار.

د. العمل على التخلص من المنافسين سواء الحاليين أو المحتملين، مع الاستحواذ على حصصهم بالنسبة للمنافسين المتواجدين في السوق المعني حتى تضمن عدم عودتهم مرة أخرى إلى السوق⁴.

ونشير إلى أنّ المشرّع الجزائري اعتبر البيع بأقل من سعر التكلفة (وهي حالة تنطبق على التسعير العدوانية) ممارسة منافية للمنافسة قائمة بذاتها تعتبر

¹ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص118.

² عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص151.

³ أشار إليه، عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص12.

⁴ تامر صالح، المرجع السابق، ص556.

محظورة بصرف النظر عما إذا كان العون الاقتصادي يتمتع بوضعية هيمنة على السوق أم لا، وأفرد المشرع لها المادة 12 من الأمر رقم 03-03 ولم يدرجهم ضمن المادة 07 من نفس الأمر، وقد نصت المادة 12 على أنه: «يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول في السوق»، ونلاحظ أنّ الحظر لا يخص فقط أصحاب المراكز المسيطرة بل يطبق على الأعوان الاقتصاديين مهما كانت قوتهم ومراكزهم ولكن بشرط أن تكون من شأن البيع بأقل من سعر التكلفة عرقلة عمل قواعد المنافسة في السوق، وتقصد- قواعد عمل السوق- قانون العرض والطلب¹.

ويعتبر هذا المسلك منتقداً، فحتى لو سلمنا نظرياً بإمكانية قيام العون الاقتصادي مهما كانت مكانته الاقتصادية بارتكاب ممارسة التسعير العدوانية- البيع بسعر مخفض-، إلا أنه عملياً لا يتحقق ذلك إلا إذا كان ورائه عون اقتصادي يملك قوة اقتصادية تسمح له من امتصاص الخسارة التي تترتب عليه نتيجة هذا البيع².

ويذهب البعض إلى أنّ المركز المهيمن يزود صاحبه بإمكانية إنجاح سياسة التحطيم وتحقيق أهدافها على أن يفسر المقصود بالسيطرة بمفهوم واسع وهو يشمل:

- النفوذ السوقي: فالحصص التي يحوزها المشروع المهاجم (المؤسسة) في السوق تمنحه قدرة و نفوذاً مالياً تعضد (تسند) عملية التحطيم.
- النفوذ المالي: قد لا تكون المؤسسة مسيطرة على حصص السوق، ولكنها تستطيع أن تتسلح بالوسائل المالية اللازمة لتمويل حرب الأسعار³.

وينسجم هذا الموقف مع رأي محكمة العدل الأوروبية، هذه الأخيرة تربط بين ممارسة سياسة الإضرار بالمنافسين من خلال الأسعار، وتوفير وضع مسيطر أو اتفاق كارتل بين عدد من المؤسسات لذلك فهي تشترط ضرورة توفر ذلك انطلاقاً

¹ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.175.

² نفس المرجع.

³ عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص.45-46.

من أعمالها لقاعدة المعقولية عند محاربة ممارسة الإضرار بالمنافسين عن طريق الأسعار، فهي لا تعاقب المؤسسة التي تتبنى هذه الممارسة طالما لم يكن لها نفوذ حقيقي في السوق¹.

بالنظر للاعتبارات سابقة الذكر، يستحسن أن يتم إدماج المادة 12 من الأمر رقم 03-03 ضمن فقرات المادة 07 من نفس الأمر، واعتبارها إحدى الممارسات التعسفية التي لا تصدر إلا عن صاحب مركز مهيمن.

2- العناصر المكونة للتسعير العدوانى:

تسعى تشريعات المنافسة إلى وضع معيار واضح وخاص للفصل بين ممارسة تخفيض الأسعار في إطار المنافسة المشروعة وسياسة تخفيض الأسعار من أجل الإضرار بالمنافسة كممارسة مقيدة للمنافسة، ولا تهتم تشريعات المنافسة بمستويات الأسعار في الأسواق ولا تسعى إلى تحديدها وإنما تحظر أن يتم عرض وبيع المنتجات بسعر يضر بالمنافسة، ومن المتفق عليه أن ممارسة الإضرار بالمنافسة من خلال الأسعار العدوانية تتكون من عنصرين:

أ- البيع بسعر أقل من مستوى معين:

وهو أن تقوم المؤسسة التي تتبنى ممارسة الإضرار بالمنافسة من خلال الأسعار ببيع منتجاتها بأسعار تقل عن تكلفة إنتاجها، واعتبرت التشريعات المعنية بالمنافسة أن المقصود بتكلفة الإنتاج يشير إلى التكلفة المتوسطة المتغيرة، وقد تم الاعتماد على هذا المعيار في أحكام القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك في الإتحاد الأوروبي لتأكيد أو نفي تبني المؤسسة لسياسة سعرية ضارة بالمنافسين كونه لا توجد أيّ فائدة تجنيها المؤسسة المهيمنة في البيع بسعر منخفض سوى استهداف استبعاد المنافسين من السوق المعني².

ب- إثبات نية المؤسسة المهاجمة للإضرار بالمنافسين:

حيث لا يكفي أن تقوم المؤسسة بتبني سعر ضار بالمنافسين، بل لابد أن يكون تبني المؤسسة لهذا السعر بغرض الإضرار بالمنافسين الآخرين³، لأنه كما

¹ مغاوري شلبي علي، المرجع السابق، ص.155-156.

² مغاوري شلبي علي، المرجع السابق، ص.152.

³ نفس المرجع؛ عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص.49.

هو معلوم ليس كل بيع منخفض يعدّ تعسفاً في استغلال وضعية الهيمنة- كما سيأتي بيانه- ضمن النقطة الموالية من خلال إثبات تحقق التسعير العدواني.

3- إثبات تحقق التسعير العدواني (الاختلافي):

إنّ الفرق بين التسعير العدواني والبيع بسعر منخفض هو ضرورة توافر نية الإضرار بالمنافسين، غير أنّ إثبات النية ليس بالأمر الهين باعتبار أنها لا تعدّ شيء مادي ملموس بل هي شيء معنوي مستقر في كيان المؤسسة المتعسفة في وضعية الهيمنة، ومن أجل ذلك اقترح البعض معايير كفيّلة بإثبات وجود التسعير العدواني، وقد انقسمت هذه الآراء إلى رأيين كما يلي:

أ- معيار النية:

يعتمد هذا الرأي على معيار النية لمعرفة هل يعدّ التسعير عدوانياً أم لا؟، فوفقاً لهذا الرأي يجب أن يصل انخفاض السعر إلى درجة كبيرة تعكس بوضوح نية المؤسسة في تدمير منافسيها¹، وهو المعيار نفسه الذي كان القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يعتمد لمعرفة إذا كان التسعير عدوانياً أم لا، ويبدو ذلك واضحاً من خلال قرار محكمة الاستئناف عام 1989 في قضية A.A. POULTRY FARMS. INC ROSE ACRE FARMS، وتتعلق هذه القضية بمعركة التسعير بين منتجي البيض، وقد أدركت المحكمة أنّ أسعار المدعى عليه كانت تحت سعر التكلفة الكلي وأقل من معدلها وتكاليفها المتعددة "البديلة" لفترة من الزمن، أكثر من ذلك فإنّ قاعدة بيانات التكلفة رافقتها التعليقات التنفيذية والتي تدلّ على وجود نية تسعير عدواني، وجاء في أشهر التعليقات عبارة «سوف نقوم بطردكم من التجارة وأن ما تبقى لكم أيام معدودات»².

غير أنّه ليس كلّ انخفاض في السعر يعدّ مؤشراً على التسعير العدواني، فقد يكون ذلك دليلاً على أنّ المؤسسة أكثر كفاءة عن غيرها من المؤسسات المنافسة لذلك تطلب القضاء معيار النية العدوانية³.

ونظراً لوجود ممارسات سعرية عديدة تشهدها الأسواق التنافسية تقع أسفل تكلفة الإنتاج، ومع ذلك يتعذر إدخالها تحت لواء سياسة التحطيم، لكونها تتسم

¹ حسين محمد فتحي، المرجع السابق، ص.13.

² عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.155-156.

³ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.122-123.

بحسن نيّة، فقد اعتمد الفقه على إرادة أو نيّة التحطيم كفيصل جوهري بين ما يسمى بالممارسة العدوانية والممارسة البريئة حسب التفصيل التالي:

الممارسة العدوانية: Pratique agressive -

هذه الممارسة يكون لديها باعت إستراتيجي طويل ومتعمد هو استبعاد المنافس (الحالي أو المحتمل) أو الحد من نشاطه.

أمّا الممارسة البريئة: Pratique innocente -

هذه الأخيرة تنتج عن هدف تعظيم المكاسب الذي يقف خلف قرارات المنافسين، فطبقاً للعبة المنافسة المشروعة التي تشهدها الأسواق قد تلجأ المؤسسات- بالمنافسة مع غيرها- إلى تخفيض أسعارها بغرض تحقيق مكاسب حالة ناتجة مثلاً عن زيادة حجم المبيعات أو نتيجة قدرتها على خفض تكاليف الإنتاج لسبب ما (كالتعامل مع مورد يبيع بسعر أقل، أو الاستثمار في تكنولوجيا جديدة من شأنها أن تساهم في تكاليف الإنتاج، أو ممارسة العملية الإنتاجية في مناطق قريبة من تواجد المواد الخام أو اليد العاملة الرخيصة)¹.

فضلاً عن ذلك، قد تلجأ هذه الشركات إلى أسلوب خفض الأسعار إثر الإعلان عن سلع أو خدمات جديدة معينة، فعادةً ما تقترن بسعر تشجيعي منخفض لا يقصد منه تحطيم الشركات المنافسة الأخرى بل الغرض منه هو تعريف المنتج محل البحث بسرعة كبيرة وعلى أكبر عدد من المستهلكين.

غير أنّ البعض رفض معيار النيّة للحكم على التسعير أنّه عدواني أم لا، ذلك لأنّ معظم الأسعار المنخفضة أسعار تنافسية وليست مقيدة للمنافسة، حيث أنّ كلّ شركة ترغب في زيادة أرباحها وزيادة نصيبها في السوق تلجأ إلى سياسة تخفيض الأسعار²، علاوةً على أنّ هذا المعيار فضفاض، وقد يفضي إلى تحكّيات عديدة من قبل السلطات المكلفة بقمع الممارسات المنافسة للمنافسة، كما أنّه يورد قيوداً غير مبررة على حرية المنافسين في تحديد الأسعار³، زيادة عن إنقاص الرفاهية

¹ عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص.41-42.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.123.

³ عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص.43.

الحالة لجمهور المستهلكين من التمتع بسياسات السعر المنخفض الذي قد تحجم عنها الشركات خشية المسؤولية¹.

ومن ثمّ كان لابدّ من الاعتماد على معايير موضوعية للتمييز بيت التسعير العدوانى والتسعير التنافسي، واقترح جانب آخر من الفقه معيار متوسط التكلفة المتغيرة.

ب- معيار متوسط التكلفة:

نظرا للعيوب التي شابت معيار النيّة، أقترح معيار ثانٍ أكثر موضوعية ويستند إلى العلاقة بين نفقات الشركات وأسعارها، وكان ذلك بمناسبة نشر الأستاذين Philip AREEDA et Donald TURNER مقالا شهيراً عام 1957 الذي يمثل عمدة الاختبارات التي أجريت لتحديد السعر الأدنى الذي يجوز أن تمارسه المؤسسات في السوق، وقد اعتمد هذا الاختبار على فكرة التضحية العمدية (Sacrifice délibéré)، فبحسب هذا الاختبار سياسة الأسعار التي تقل عن التكلفة الحديثة يفترض أنها عدوانية (اختلالية)².

وقبل نشر هذه الاختبارات كان الفكر الاقتصادي الأمريكي- باعتباره رائداً في مجال هذه الدراسات- قد بدأ أولى هذه البحوث مع بداية الخمسينات من القرن العشرين بمحاولة اقتراح معيار يتميز في آن واحد بالتحديد والوضوح والمنطقية من خلال التركيز على سعر تكلفة الإنتاج Coût de revient لأنّ تحديد سعر البيع أسفل سعر التكلفة يثير الشكوك في نوايا هذه المؤسسة³.

وحددت قاعدة AREEDA et TURNER المقصود بالبيع أسفل تكلفة الإنتاج بادئ الأمر بالبيع أدنى من التكلفة الحديثة، ويرى الكاتبان أنّنا لا نكون أمام

¹ «Il ne faut pas sanctionner trop aisément des entreprises, même dominantes qui pratiquent des prix au risque de favoriser maintien d'entreprises inefficaces et d'inciter les entreprises à ne pas faire bénéficier les consommateurs de gain d'efficience, car les entreprises auraient peut être accusées de prédiation », M. Malaurie- Vignal, Droit de la concurrence, op.cit, N°546, p.243.

² «A cet effet, les professeurs AREEDA et TURNER ont proposé dans un célèbre article un test reposant sur l'idée de "sacrifice délibéré", selon ce test, une politique de prix inférieur au coût marginal doit être présumée prédatrice », N. Petit, op.cit, N°939, p.334.

³ عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص.31-32.

عملية تحطيم الأسعار طالما أن المؤسسة تتبنى سعراً يقع أعلى تكلفة الإنتاج، في حين توجد قرينة على تبني تلك العملية متى كانت الأسعار المحددة أدنى من التكلفة الحدية في الأجل القصير *Coût marginal de court terme* على أساس أنه لا يمكن أن نتصور وجود مؤسسة تواصل إنتاجها بسعر يكون أدنى من التكلفة الحدية في الأجل القصير على الأقل إن لم تكن تحركها دوافع إستراتيجية معينة، فبغير استهداف تعظيم الأرباح المستقبلية- بعد إزاحة منافسيه من السوق- يكون تحديد الأسعار في مستوى أقل من تلك التكلفة ليس له معنى¹.

غير أن الصعوبة في حساب التكلفة الحدية جعلت *AREEDA et TURNER* يعدلان عن هذا المؤشر، واستبداله باستخدام مؤشر التكلفة المتوسطة المتغيرة في الأجل القصير *Coût variable moyen de court terme* كمؤشر على التكلفة الحدية في الأجل القصير، وعرف البعض معيار متوسط التكلفة المتغيرة على أنه: «يعني مجموعة التكاليف التي تكبدتها الشركة من مستلزمات إنتاج و مواد أولية والتي تتغير بحسب حجم الإنتاج مقسوماً على عدد وحداته»²، فإذا كانت الشركة قد خفضت أسعار لحد ذلك المتوسط أو أعلى منه، فإن ذلك يقطع بأنها لم تقصد سوى المنافسة والتفوق، أما لو نزلت بالأسعار لحد أقل من ذلك المتوسط لمنتج معين اعتبر ذلك بمثابة بيع بالخسارة يعكس تسعيراً عدوانياً لاشك فيه³، واعتبر هذا المعيار موضوعياً على عكس المعيار النية الذي له طابع شخصي، كما أنه يؤدي إلى إدانة المؤسسة تلقائياً⁴.

واستعان القضاء الأوروبي بمعيار متوسط التكلفة المتغيرة الذي جاء به *AREEDA et TURNER* خلال نظره في قضية معروفة هي قضية *AKZO* حيث أن هذه الأخيرة كان لها مركز مهيم في سوق البروكسيديات العضوية، وكانت حددت سعر يقع أدنى التكلفة المتوسطة المتغيرة، رغبة في استبعاد شركة *ECS* التي كانت منافستها في هذا السوق، وقامت بغرض الوصول إلى هدفها بعرض سعر منخفض على عملاء هذه الشركة (*ECS*) في حين استمر عملائها الأصليون في التعامل

¹ نفس المرجع، ص.33.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.123-124.

³ حسين محمد فتحي، المرجع السابق، ص.13-14.

⁴ «Cette mesure est de nature objective le prix inferieur à la moyenne des coûts variable est réputé prédateur, l'utilisation de ce test même à une qualification perse», A. CHONE, op.cit, N°243, p.169.

بالسعر العادي (من دون تخفيض)، وتبيّن للمفوضية الأوروبية أنّ الشركة المدعى عليها انتهجت سلوكاً ينتهك المادة 86 من المعاهدة الأوروبية (المادة 102 حالياً) عن طريق الإساءة إلى العملاء، وأيضاً تأمين سحب الدعم من سوق البروكسيديات بعد أن اتبعت سياسة انتقائية *Une pratique sélective* والتسعير بأسعار أقل من التكلفة لعدد من القطاعات من أجل استبعاد المنافسة، وأيدت محكمة العدل الأوروبية ما توصلت إليه المفوضية الأوروبية¹.

ج- الرأي الحديث: احتمال تعويض الخسارة الناتجة عن البيع بأسعار اختلالية:

ذهب رأي حديث إلى أنّ التسعير الاختلالي (العدواني) المحلي صعب حدوثه عملياً إن لم يكن مستحيلاً، حيث إنّ الممارس للتسعير العدواني يجب أن يحرز مركزاً مسيطراً بالسوق من خلال إبعاده لمنافسين موجودين ومنعه للمنافسين الجدد من دخول هذا السوق حتى يستطيع تعويض الخسائر التي تكبدها في فترة السلوك العدواني، غير أنّ هذا الأمر ليس سهلاً، لأنّه حينما يخرج المنافسين من السوق فإنّ هذا يعني أنّ عوائق الخروج من هذا السوق تكون منخفضة ممّا يسمح لمنافسين جدد بالدخول إلى السوق وقت رفعه لأسعار منتجاته ويحلون بالتالي محل المنافسين القدامى لأنّ المنافس يعلم جيّداً أنّ المسعر العدواني لن يستطيع تخفيض أسعاره إلى الأبد²، ومن ثمّ يتعذر عليه تعويض خسائره التي تكبدها أثناء فترة السلوك العدواني بعد انفراده بالسوق³.

لذلك يعتبر هذا الرأي أنّ الأرباح من التسعير العدواني غير مؤكدة، حيث لا يجب على الممارس للتسعير العدواني طرد المنافسين المحليين فقط من هذا السوق وإنّما أيضاً يجب عليه طرد المنافسين الأجانب خارج هذا السوق، غير أنّ طرد كلّ المنافسين احتمال ضعيف وهذا ما يجعل محاولته السيطرة على السوق المعني بدون جدوى، كما أنّ وجود المنافسة بين صاحب السلوك العدواني وهؤلاء المنافسين الآخرين احتمال ضعيف، وعليه فإنّ من ينجح فقط هو صاحب المركز

¹ CJUE-C-62/86, AKZO Chemie BV contre commission 3 juillet 1991.

² عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.157.

³ «... En effet en l'absence de barrière de nouveaux entrants peuvent aisément pénétrer le marché au moment où l'opérateur dominant remonte ses prix au terme de la stratégie de prédation, le prédateur n'aura ainsi pas les moyens de profiter de sa nouvelle position monopolistique puisque de nouveaux entrants viendront la contester», A. CHONE, op.cit, N°243, p.169.

المهيمن الذي يمارس التسعير العدواني عندما يتواطأ مع بعض هؤلاء المنافسين وصولاً لاحتكار القلّة¹.

غير أنّ الواقع يؤكد أنّ احتمال تعويض المؤسسة المهيمنة للخسارة الناجمة عن البيع بأسعار اختلالية هو أمر محتمل بدرجة كبيرة، ذلك أنّ هذه الأسعار الاختلالية أدت إلى إبعاد المنافسين للمؤسسة عن السوق المعني هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّ هذه الممارسة الاختلالية تشكل عائقاً يمنع دخول أيّ منافس آخر²، زيادةً على أنّ المؤسسة المهيمنة على السوق المعني لن تقدم على المخاطرة بالبيع بسعر أقل من التكلفة وتحمل الخسارة إلاّ إذا كانت واثقة من قدرتها سواء الحالية من خلال قوتها المالية على تحمّل الخسائر اللاحقة بها وتدارك ما لحقها من خسائر وما فاتها من ربح، لذا نجد أنّ من يقوم بالتسعير الاختلالي يكون دائماً صاحب مركز مهيمن وله نفوذ سوقي ومالي، ويرى البعض أنّه لا يتصور تحقيق ذلك إلاّ إذا كانت المؤسسة مهيأة أصلاً بوضع مهيمن- أو على الأقل- بوزن نسبي محل اعتبار في السوق الذي يمارس فيه عملية التحطيم فبدون ذلك تصبح الأرباح المستقبلية للتحطيم ضعيفة و/أو تكلفة مراحل التحطيم أكثر ارتفاعاً ممّا يفقد سياسة التحطيم- التسعير العدواني- فاعليتها³.

نظراً للاعتبارات السابقة رأى جانب من علماء الاقتصاد أنّ المعيار المعتمد على سقف السعر يعدّ غير كافٍ لوحده وأنّه يتعيّن أن يسنده معيار مكمل كفيل بتغطية عيوبه، وتم اقتراح معيار احتمال تعويض الخسارة الناتجة عن البيع بأسعار اختلالية، فهذا المعيار بإمكانه أن يفرق بين ما يعدّ إستراتيجية عدوانية، وإستراتيجية تجارية عادية⁴.

اختلف موقف القضاء، بشأن المعيار المكمل- تعويض الخسارة- فقد ألزم القضاة الأمريكيين تقديم الدليل على إمكانية تعويض الخسائر لتطبيق القسم الثاني من قانون شرمان، وكان ذلك بمناسبة قرار BROOKE Groupe الذي أضاف إلى

¹ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار، المرجع السابق، ص.119.

² عمرو محمد طاحون، المرجع السابق، ص.182.

³ عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص.44.

⁴ Anne SOPHIE CHONE, op.cit, N°243, p.169.

الشرطين المطلوبين سابقا (ونقصد القدرة على الاحتكار ونية إعاقة المنافسة) شرط ثالث هو إمكانية تعويض الخسائر الناتجة عن البيع بأسعار اختلالية¹.

كذلك الشأن بالنسبة لمجلس المنافسة الفرنسي، هذا الأخير أصبح هو الآخر يستلزم إمكانية تعويض الخسائر للقول بوجود ممارسة للسعر العدواني، وجاء في أحد قراراته: «إنَّ إمكانية تعويض الخسائر بعد اختفاء أو ضعف Affaiblissement المنافسين هي التي تبين لماذا هيئات المنافسة التي هدفها حماية رفاهية Le bien être المستهلك النهائي تحظر التسعير الاختلالي إذا كان المستهلك يستفيد في المدى القريب من الأسعار الاختلالية المنخفضة، سيُعاني لاحقا، من أسعار أكثر ارتفاعاً أو اختيار أقل (محدود) في الفترة اللاحقة للتسعير العدواني»².

في حين، أنَّ القضاء الأوروبي كان موقفه مختلفا حيث رفض ربط إمكانية تعويض الخسائر الناجمة عن الأسعار الاختلالية بوجود التسعير الاختلالي، ومن القضايا المهمة التي عرضت على القضاء قضية France télécom³، حيث تمَّ تغريم الشركة France télécom بسبب مشاركتها في سياسة التسعير الاختلالي الطارد للمنافسين في سوق الدخول للإنترنت على السرعة (في فرنسا)، وقد نظرت المحكمة فيما إذا كان ينبغي على المفوضية إثبات أنَّ الشركة قادرة على تعويض الخسائر التي تتحملها في مرحلة التسعير بأقل من التكلفة الحدية.

ولقد أوضحت المحكمة أنَّ تعويض الخسائر منفصل تماما عن دراسة هذا النوع من التسعير⁴، كما تبَّنت المحكمة فكرة أنَّ الشركات ذات الوضع المسيطر لا يعقل أن تقلل المنافسة طويلة الأجل من خلال فكرة تعويض خسائرها لاسيما أنه من السهل عليها دخول السوق المعني، وأضافت المحكمة أنَّ ظروف المنافسة في

¹ Même ouvrage ;

عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.157.

² CONS- CONC, N07 D-39-22 nov. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route, Paris, Londres.

³ TUET- 340/03, France télécom SA contre commission.

⁴ «Il ne ressort pas de la jurisprudence de la cour que la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application par une entreprise en position dominante de prix inférieur à un certain niveau de coût constitue une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une telle politique de prix », CJCE. C-202/07, p. France télécom contre commission, 2 avril 2009.

سوق الإنترنت عالي السرعة في فرنسا يختلف عن تلك التي تناولتها المحاكم في حالات سابقة، حيث أنّ حواجز الدخول إلى هذه الأسواق أقل، والنمو أقوى، والموقف التنافسي غير متجدد، وهناك العديد من الدخلاء الجدد والمحتملين للمنافسة، ولذلك رأت المحكمة أنّ المفوضية الأوروبية كانت مخطئة عندما استمرت في إثبات أنّه من الضروري تبني فكرة تعويض الخسائر للشركات¹.

ثانياً: البيع التمييزي:

تقتضي حرية التعاقد في إطار مبدأ سلطان الإرادة أن يشترك المتعاقدان في وضع شروط التعاقد وفقاً لما تسفر عنه نتيجة المفاوضات السابقة على إبرام العقد، وعلى الرغم من أهمية التفاوض في مجال العقود بصفة عامة، والعقود التجارية بصفة خاصة، إلا أنّ اعتبارات العدالة التعاقدية والمساواة بين الأعوان الاقتصاديين تسمو فوق مبدأ حرية التعاقد، فحصول المورد أو الموزع على سعر تمييزي من صاحب المركز المسيطر بفضل براءته وذكائه في المفاوضات بالمقارنة مع غيره الأقل براءة وكفاءة في التفاوض، لاشك سيخل بمبدأ المساواة بين هذا المتعاقد وغيره من المتعاقدين مع صاحب المركز المهيمن²، كما أنّه يضع بعض الأعوان الاقتصاديين ضحية التمييز في التعامل في مراكز تنافسية سيئة³.

لذا حرصت تشريعات حماية المنافسة على حظر قيام العون الاقتصادي المهيمن على السوق المعني من التمييز بين عملائه (بائعين أو مشتريين) الذين تتشابه مراكزهم التجارية سواء كان هذا التمييز في أسعار البيع أو في شروط التعامل.

ولدراسة البيع التمييزي نتعرف في البداية على مفهومه وعوامل نجاحه ثم شروطه بعدها أنواعه لنختم بالبيع التمييزي المبرر.

1- مفهوم البيع التمييزي وعوامل نجاحه:

أ- مفهوم البيع التمييزي:

¹ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.283.

² عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.178.

³ أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.167.

عرّفه أحدهم: «هو بيع سلعتين متماثلتين من حيث الجودة أو الدرجة أو النوع بأسعار مختلفة بصرف النظر عن تماثل النفقات أو اختلافها»¹، كما عرّفه آخر: «فرض أسعار مختلفة على مشتريين مختلفين، فالبايع يميز في السعر بفرض سعر منخفض لمشتريين في سوق معين بينما يحتفظ بأسعار مرتفعة لكل المشتريين خارج هذه المنطقة»².

كما عرّفه بأنه: «بيع منتجين متطابقين من حيث الجودة أو الدرجة أو النوع والخدمات المتماثلة بأسعار مختلفة من نفس البائع»³.

أهم ما يمكن ملاحظته على هذه التعاريف أنها جاءت قاصرة كونها ركزت فقط على السعر التمييزي وأهملت المعاملة التمييزية بالرغم أنها تعدّ من ضمن الممارسات التي ورد ذكرها صراحةً في مختلف التشريعات المنظمة للمنافسة ومنها التشريع المصري، حيث نص على أنه: «يحظر على كلّ من تكون له السيطرة على سوق معينة... التمييز بين بائعين أو مشتريين تتشابه مراكزهم التجارية في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل»⁴.

وكذا المادة 102 من الاتفاقية الأوروبية: «تطبيق شروط مختلفة في إبرام العقود المتماثلة مع الغير...».

كذلك الشأن بالنسبة للتشريع الجزائري حيث نصت المادة 07 الفقرة 05 على أنه: «تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين ممّا يحرمهم من منافع المنافسة...»⁵.

ونعتقد أنّ المشرّع وفق صياغة هذه المادة التي جاءت بصفة العموم ولم تحدد أيّ تمييز بعينه سواء التمييز في السعر و/أو في المعاملة، وهكذا تنطبق هذه المادة على جميع صور التمييز دون تحديد كون التمييز قد يصل في بعض الحالات إلى التمييز بسبب جنسية العملاء⁶، ومن بين القرارات المهمة الصادرة في هذا الشأن

¹ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.129.
² شذى كامل نعمة، إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق المعنية (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة السادسة، العدد الثالث، 2014، ث.308.
³ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "القانون النموذجي للمنافسة"، المرجع السابق، ص.45.
⁴ المادة 08 الفقرة هـ من القانون رقم 2005/03 المتعلق بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.
⁵ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁶ «... La commission a pu interdire discrimination basées sur la nationalité de telle pratique violent non seulement l'article 102 TFUE mais aussi l'article 18 TFUE»، N. Petit, op.cit, N°1067, p.370.

عن المفوضية الأوروبية قرار يتعلق بمطار بروكسل الوطني، حيث كان التشريع البلجيكي يمنح تخفيضات على أتاوى هبوط الطائرات، ظاهرياً يبدو أنّ هذه التخفيضات مفتوحة لجميع شركات الطيران وبإمكانهم الاستفادة منها، غير أنّ القانون البلجيكي تطلب عتبة معينة للاستفادة من هذه التخفيضات، حيث أنّ بحساب هذه العتبة فهي لا يمكن أن تنطبق سوى على المتعامل الوطني شركة ، هذه الأخيرة وحدها بإمكانها الاستفادة من هذه SABENA الطيران الوطنية الخدمة، نتيجة لذلك أدانت المفوضية الأوروبية هذا القانون و اعتبرته تعسفا عن طريق التمييز على أساس جنسية العملاء¹.

والحكمة في حظر البيع التمييزي هو وجود محاباة لمشتري أو عميل على حساب مشتريين أو عملاء آخرين مطلوب تقييد منافستهم في الأسواق²، لأنّ التعامل غير المتساوي (التمييزي) يضع العملاء الذين وقع الإجحاف عليهم في مراكز تنافسية ضعيفة³.

ويمكن فهم واستيعاب البيع التمييزي من خلال المثال التالي: لو باع تاجر جملة أخشاب بسعر يتضمن مصاريف التسليم بغض النظر عن تواجد المشتري على بُعد عشرة أميال أو خمسين ميلا، هنا السعر تمييزي لأنّ تكلفة البائع ستكون أكبر بالنسبة للمشتري الثاني الأبعد في الوقت الذي ستكون فيه عوائد البيع أقل، وبالعكس تلك العوائد أكثر للمشتري الأقرب حيث ستقل تكلفة النقل وتزيد عوائد البيع⁴، ففي هذا المثال نلاحظ أنّه وقع إجحاف في حق المشتري الأقرب الذي تحمّل نفس مصاريف النقل التي تحمّلها المشتري الأبعد.

ب- عوامل نجاح البيع التمييزي:

ذكر الفقه بعض العوامل التي من شأنها إنجاح البيع التمييزي وجعله ممكناً ومربحاً وهي على وجه الخصوص:

- ضرورة امتلاك القائم بالبيع التمييزي لمركز مهيم أو احتكاري، ففي ظلّ المنافسة لا يقوى على فرض أكثر من سعر للسلعة الواحدة، حيث ينصرف عنه

¹ Décision de la commission du 28 juin 1995 COMP/95.364, Aéroport de Bruxelles national.

² حسين محمد فتحي، المرجع السابق، ص.29.

³ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.279.

⁴ حسين محمد فتحي، المرجع السابق، ص.29.

المستهلكون لغيره، أمّا في ظلّ الحالات الاحتكارية فلا يترك المستهلكين المؤسسة المهيمنة لتميزه في السعر.

- تعذر إعادة بيع السلعة بعد شرائها من السوق ذات السعر المنخفض في السوق الثاني ذات السعر المرتفع، فلو فرضنا إمكانية بعض المنافسين على القيام بذلك فإنهم يفسدون على المحكر سياسته، حيث لن يقدم أحد على شراء السلعة بسعر مرتفع وهي في متناوله بسعر أدنى، علاوةً على أنّ تدفق السلعة بين السوقين سوف يعمل على توحيد السعر فيهما، ومن العوامل المساعدة على تحقيق هذا الشرط:

- ارتفاع تكلفة النقل بين السوقين بما يفوق الفرق بين السعرين.
 - وجود حواجز جمركية تمنع إعادة بيع السلع من سوق أجنبية.
- حتى يكون التمييز مريحاً فلا بدّ من اختلاف مرونة الطلب في السوقين حتى يمكن للمحكر أن يبيع بسعر مرتفع في السوق ذات الطلب قليل المرونة، وبسعر منخفض في السوق التي تتميز بالطلب كبير المرونة¹.

2- شروط البيع التمييزي:

حتى تكون أمام البيع التمييزي لا بدّ من توافر جملة من الشروط وهي ثلاث، وذلك على النحو التالي:

أ- التمييز:

يعتبر التمييز تفاوتاً للمزايا الممنوحة للمتعاملين مع صاحب المركز المهيمن بالرغم من تشابه مراكزهم التجارية، وكان التشريع الفرنسي بموجب المادة رقم 1/36 من مرسوم سنة 1986 المتعلق بحماية المنافسة يحظر على أيّ مؤسسة اقتصادية تكون في وضعية هيمنة من أن تختص أيّ عميل بمعاملة متميزة سواء في الأسعار أو مواعيد الدفع أو شروط البيع أو الشراء، إذا لم يكن لها ما يبررها من مقابل حقيقي².

في هذا السياق نشير إلى أنّ «المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية اعتبرت أنّ التمييز يشمل فقط المنتجات المادية المحسوسة (Tangible) والتي تكون مثلاً

¹ عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص. 142-143.

² عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص. 179.

سلع أو بضائع أو آلات أو أيّ صنف من أصناف الملكية الشخصية، وصرّحت المحاكم هناك أنّ السلع غير المادية أو الخدمات لا تعتبر بضائع»¹.

وذكرت المحاكم ومجلس التجارة الفيدرالي بعض أنواع من المنتجات التي تعتبر سلع غير محسوسة أو غير مادية (Intangible) ومنها إعلانات الصحف والمجلات، وبث الإرسال التلفزيوني وإعلانات المذياع وخدمة نقل المسافرين والملكية العقارية وخدمات الأخبار وتراخيص البراءة التأمين وتقديم خدمات القنوات التلفزيونية والخدمات الطبية². بينما لا يميّز القضاء الأوروبي ما بين الأشياء المادية المحسوسة وبين المنتجات التي تعتبر غير مادية أو غير محسوسة، فعلى سبيل سبق أن أقرّت محكمة العدل الأوروبية القرار الصادر عن اللجنة الأوروبية والذي كانت قد أيّدهت أيضاً محكمة درجة أولى، وذلك فيما توصلت إليه من إدانة مطار باريس بارتكابه إساءة لاستغلال مركزه المهيمن بسبب قيامه بفرض ضرائب وإتاوات على شركة ALPHA FLIGHT أكثر ارتفاعاً من تلك المفروضة على أحد فروع شركة طيران فرنسا³، ونلاحظ أنّ التمييز يتعلق بخدمة وهو شيء غير مادي.

ب- أن يتعلق بنفس نوع المنتج وجودته:

إنّ اختلاف الأسعار لا يقع تحت طائلة القانون ما لم تكن البضائع المُباعة لمشتريين مختلفين تنتمي لنفس النوع والجودة، غني عن البيان أنّ الأمر يتعلق بالموصفات المادية للبضائع وهو ما يقتضي ضرورة أن تكون أسعارهم متطابقة⁴، وبمفهوم المخالفة، فإنّ البائعين الذين يفرضون أسعار مختلفة لبضائع غير متماثلة في الدرجة والجودة لا تنطبق عليهم هذه الممارسة التعسفية، ووفقاً لقانون روبنسون باتمان (الو.م.أ) لكي يتم تقرير ما إذا كانت البضائع متماثلة في الدرجة والجودة هناك تساؤلين يجب الإجابة عليهما:

الأوّل: هل البضائع مادياً أو فعلياً متماثلة أو متطابقة؟

¹ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.307.

² نفس المرجع.

³ CJCE. 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, C/ commission et ALF FLIGHT services SAS Aff. C- 82/01.

⁴ عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.145.

لو أنّ الإجابة بـ"نعم" سوف تعتبر متماثلة في الدرجة والجودة حتى ولو أنها بيعت بموجب ماركات (علامات) أو أسماء مختلفة ولديها تفضيل لدى العملاء أو رائجة.

الثاني: هل البضائع لديها اختلافات مادية ظاهرة تؤثر على استخدام المستهلك أو تفضيله لها أو على رواجها؟

لو أنّ الإجابة بـ"نعم"، هذه البضائع من المحتمل ألا تكون متماثلة في الدرجة والجودة حتى ولو أنّ الاختلافات المادية أو الفعلية بسيطة وليس لها تأثير على تكاليف أو حسابات أو نفقات البائع، فعلى هذا الأساس التي لديها اختلافات طبيعية لا تعتبر متماثلة في الدرجة والجودة، فالاختلافات الطبيعية تعتبر اختلافات بغض النظر عن حجمها، فهي لا تكون مجرد ديكور أو صورة أو تغيير زائف أو وهمي¹.

ومن القضايا التي عرضت على مجلس التجارة الفيدرالي نزاع يعرف باسم UNIVERSAL- RUNDLE CORP، حيث تبين لمجلس التجارة الفيدرالي أنّ شركة RUNDLE CORP باعت أحواض الاستحمام إلى شركة SEARS بسعر منخفض عن الذي باعت به لباقي عملاءها، والذي كانوا متنافسين مع SEARS، فقد وجد المجلس أنّ أحواض الاستحمام التي بيعت إلى شركة SEARS لم تكن متماثلة في الدرجة والجودة لأحواض الاستحمام التي بيعت للآخرين وأنّه على الرّغم من أنّ كلا المنتجين صنعا من نفس المادة وبنفس الطريقة، إلا أنّ أحواض الاستحمام التي بيعت لمنافسي شركة BEARS عموماً كانت لديها بعض الاختلافات تمثلت في أنها كانت مرتفعة 1 بوصة بالإضافة إلى 2,3/4 بوصة عرض، و3/4 بوصة ارتفاع في مستوى المياه وامتداد اتساع أمامي بشكل 6,1/2، بالإضافة إلى موضعين لصابون الاستحمام، ولمّا كانت هذه المميزات غير موجودة في المنتج الذي بيع بشركة BEARS، استنتج المجلس أنّه كان هناك اختلافات طبيعية ظاهرة بين المنتجين الأمر الذي أظهر تفضيل العميل لمنتج عميل آخر، وبالتالي لم يجد أيّ مخالفات في بيع أحواض الاستحمام استناداً على تمييز في السعر².

¹ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.305-308.

² FTC. V. Universal- Runodle Corp, 387 US 244 (1967);

أشار إليه، فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.306.

ج- أن يكون التمييز بين عميلين متشابهين في المركز التجاري:

للجزم بوجود تمييز بين عمليتين تجاريتين للمؤسسة صاحب الممارسات التمييزية، يجب أن يكون هذان العميلان متماثلين في المركز التجاري بالنسبة للمؤسسة صاحبة التمييز حتى يمكن لأحدهما أن يعترض على التمييز.

ويثور التساؤل متى تعتبر العمليتين متشابهين في المركز التجاري؟

حتى نكون أمام عمليتين متشابهتين في المركز التجاري لابد من مراعاة ما

يلي:

- انتماء العملاء إلى نفس الفئة أو الصنف؛ كأن يتعلق الأمر بتجار التجزئة، موزعين، مراكز الشراء النقابات، الجمعيات¹.

- أن يكون البيع التمييزي تم بين بيعين كاملين متعاصرين، حيث يتعين أن يكون بيعين مكتملين؛ والبيع المكتمل هو البيع الفعلي. أما الإدعاء بوجود تمييز سعري نتيجة اختلاف السعر الذي دفع في بيع حقيقي كامل وآخر مجرد عرض سعر فقط لا يعتد به، فالقانون يطبق عندما تكون البضائع بيعت إلى اثنين أو أكثر من المشترين بأسعار مختلفة.

أما ضرورة أن يكون البيع متزامن (متعاصر) فنعني به حتمية أن يكون البيع متقارب في الوقت بشكل معقول²، وهذا راجع لاحتمال تشابه ظروف البيع نتيجة لذلك لا يمكن لعميل اشترى بضاعة قبل شهرين أن يدعي التمييز في السعر والمعاملة، كون الظروف قد تكون تغيرت خلال تلك الفترة لصالح العميل الآخر الذي استفاد من البيع التمييزي، وذلك مع مراعاة بطبيعة الحالة طبيعة المنتج وشروط البيع.

وسبق لمجلس المنافسة الجزائر أن عرضت عليه قضية تتعلق بالممارسات التمييزية التي كانت تقوم بها المؤسسة الوطنية للصناعة الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، حيث جاء في بعض حيثيات القرار ما يلي: «حول استعمال بعض مخازن المؤسسة المشتكى منها من قبل بعض الزبائن.

¹ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.180.

² فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.299-301.

اعتباراً أنه يستفاد من معاينات المحققين أنّ المؤسسة المشتكى منها تضع مخازنها تحت تصرف بعض الزبائن دون الآخرين.

اعتباراً أنّ مثل هذا الامتياز يسمح للمستفيدين به، تقليص مصاريف التخزين، بل ربما بتفاديها كليةً.

اعتباراً أنّ تصرف المؤسسة المذكورة على هذا النحو يعدّ تمييزاً في شروط التسليم.

- حول الكميات المسلمة:

اعتباراً أنّ يُعاب على المؤسسة المشتكى منها التمييز بين الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم إذ لا تستجيب لطلبات البعض بحجة عدم توفر المنتجات وتسليم البعض الآخر كميات تفوق طلباتهم....

لكن اعتباراً أنه يستخلص من تفحص طلبات البضاعة المودعة سنة 1996 ومقارنتها مع الكميات المسلمة فعلاً لبعض الزبائن أنّ كلا من السيدين "بن يونس ميلود" و"موساوي بوبكر" قد استفادا بحصص تفوق بكثير حصص باقي الزبائن من حيث الحجم.....

- حول التمييز في كيفية الدفع:

اعتباراً أنه يستخلص من أوراق الملف أنّ الطرف المشتكى منه أقرّ لفائدة الزبائن كفيات دفع يتم بموجبها تسديد 30% من المبلغ الإجمالي عند رفع المنتجات.

لكن اعتباراً أنه يتبيّن من أوراق الملف أنه إذا كان جلّ الزبائن يسددون النسبة المذكورة أعلاه، فإنّ هناك من الزبائن من يستفيد عند أول دفع بنسبة أقل بكثير حيث لا تتعدى 19% من المبلغ الإجمالي....

- حول تخفيضات الأسعار:

اعتباراً أنه يستفاد من معاينات المحققين أنّ المؤسسة المشتكى منها تمنح الزبائن الذين يقتنون كميات هامة من المنتجات تخفيضات معتبرة....

لكن اعتباراً أنّ ما يُعاب على المؤسسات ليس توخي سياسة تجارية معينة ولكن تطبيقها بصفة انتقائية، وذلك نتيجة تفضيل بعض الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم ممّا يجعلهم يحصلون على تخفيضات لا يُستهان بها¹.

للعلم فقد تمّ إدانة المؤسسة المشتكى منها بغرامة مالية قدرها (4348560,00 د.ج)، فضلاً عن إلزامها بالكف عن الممارسات المشار إليها آنفاً.

وأهم ما يمكن ملاحظته حول هذا القرار أنّ جميع شروط البيع التمييزي متوفرة، فلقد كان هناك تمييز واضح من حيث المعاملة بين المتعاملين الاقتصاديين الذين كانوا في نفس المركز التجاري وذلك باعتبارهم ينتمون لفئة تجار التجزئة، كذلك هناك أكثر من بيع تمّ فعلاً وفي نفس الفترة (متزامن)، حيث جاء في أحد حيثيات هذا القرار:

«اعتباراً أنّه يتجلى من الوثائق الملحقة بالملف أنّ المسمى "شريفي" الذي أودع طلبات يومي 6 جانفي و17 أفريل 1996 لاقتناء خمسين تلفاز (50) وسبعامئة هوائية (700) أشعر بعدم توفرها، بينما أستجيب لطلبات المسمى "منصوري بوبكر" من نفس المنتجات».

كما أنّ البيع التمييزي يتعلق بنفس البضائع من حيث النوع والجودة (أجهزة تلفاز والهوائيات).

أمّا التمييز يتمظهر في الممارسات التالية:

- التمييز بين الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم.
- التمييز في كيفية الدفع: البعض يدفع 30% من المبلغ الإجمالي عند رفع المنتجات، في حين يدفع آخرون 19% من المبلغ الإجمالي (القسط الأول).
- تفضيل بعض الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم ممّا يُتيح لهم الحصول على تخفيضات في الأسعار لا يستهان بها.

3- أنواع البيع التمييزي:

يتخذ التمييز في السعر إحدى صورتين، فإمّا أن يتم على أساس المناطق الجغرافية المختلفة أو على أساس المستهلكين.

¹ قرار رقم 99 ف01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس).

أ- التمييز على أساس المستهلكين:

في هذه الصورة يقوم المحتكر بممارسة التمييز في السعر ببيع السلعة نفسها بأسعار مختلفة في السوق ذاتها إلى مستهلكين مختلفين، وقد يكون باعته في ذلك المحافظة على نصيبه في السوق من خلال المحافظة على عملائه أو زيادة هذا النصيب من خلال اجتذاب مستهلكين جدد¹، والواقع أنّ المميز في هذه الحالة أنّه يُحابي مستهلكين على حساب مستهلكين آخرين عندما يدفع بعض المستهلكين سعراً أقل لنفس السلعة التي يشتريها مستهلكون آخرون من صاحب المركز المهيمن نفسه، حيث يدفع هؤلاء سعراً أعلى لشراء تلك السلعة.

ويثور التساؤل حول كيفية إثبات التمييز في السعر على أساس المستهلكين في السوق ذاتها؟

وتعدّ هذه المسألة صعبة للغاية، بحيث يتعيّن على المشتري الذي لم يُحابي في هذه الحالة إثبات وجود تنافس بينه وبين المنافس الذي تمت محاباته، وأنّ الهدف من اختلاف الأسعار هو خلق احتكار أو تدعيم مركز مسيطر من طرف البائع المميز للسعر².

ففي قضية شركة AKZO-CHEMIE B.V ضدّ الوكالة الحكومية، قضت محكمة العدل الأوروبية بمسؤولية شركة AKZO لإتباعها سياسة التمييز في السعر دون مبرر، ليس من أجل المنافسة الحرة وإنّما من أجل القضاء على منافسيها وأهمّها ESC، حينما خفضت سعر الدقيق لمستهلكي شركة ESC بحيث أصبح أقل من متوسط سعر التكلفة، وذلك على عكس الأسعار المعروضة على مستهلكيها، والتي كانت أكبر من متوسط سعر التكلفة، فاستنتجت المحكمة أنّ هذا التمييز لم يكن غرضه سوى القضاء على الشركة المدّعية والاستحواذ على عملائها³.

وفي قضية أخرى، قامت المفوضية الأوروبية بتغريم شركة السكر الايرلندية وهي شركة تتمتع بمركز مسيطر في سوق السكر في ايرلندا، وذلك لإساءتها استغلال مركز المسيطر في سوق السكر الايرلندي، وكان قرار اللجنة مبنياً على أنّ الشركة المدعى عليها سعت لتقييد المنافسة من واردات السكر الفرنسي وكذلك

¹ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.132.

² نفس المرجع.

³ CJUE-C-62/86, AKZO chemie B.V contre commission 03 juillet 1991.

السكر الوارد من شمال إيرلندا عن طريق التمييز في سعر البيع بوضعها سعر أقل بالنسبة لمستهلكي السكر الوارد من فرنسا، واحتفاظها بمعدل أسعار مرتفع لمستهلكيها مما سبب أضرار بالغة بمنافسيها¹.

ب- التمييز على أساس المناطق الجغرافية:

تكون في صورة التمييز على أساس المناطق عندما يلجأ صاحب المركز المهيمن إلى بيع السلعة نفسها في أسواق مختلفة بأسعار مختلفة، فقد تكون الأسواق داخل الحدود الوطنية للدولة، وقد تكون خارج الحدود الوطنية لها.

ففي حالة ممارسة المحتكر السعر التمييزي داخل الحدود الوطنية، فهو يقوم بتقسيم السوق إلى عدة أسواق، حيث يبيع السلعة نفسها في هذه الأسواق بأسعار مختلفة وغالبا ما يلجأ المحتكر إلى ممارسة هذا الشكل من التمييز في السعر بهدف التخلّص من المنافسين أو منافس ما، وبهذا فهو يقترب من التسعير العدواني، إلاّ أنّه ليس عدوانيا طالما أنّ أسعاره عند متوسط التكلفة المتغيرة، كما قد يهدف إلى الاستحواذ على أكبر قدر ممكن من الحصص في السوق أو حتى منع المنافسين الجدد من دخول هذا السوق.

كما يمكن أن يلجأ المحتكر إلى ممارسة التمييز في السعر خارج الحدود الوطنية، وذلك بالقيام ببيع السلعة نفسها التي يبيعها داخل حدوده الوطنية بأسعار أعلى بكثير ممّا يبيعه بها في دولة أخرى، ويطلق على هذه الصورة من التمييز في السعر بالتسعير التمييزي الدولي².

ومن القضايا التي عرضت على القضاء الأوروبي قضية UNITED BRANDS، وهي قضية تتعلق ببيع الموزع المحتكر بسعر تمييزي في مناطق جغرافية مختلفة، فقد قامت شركة UNITED BRANDS ببيع الموز الحامل لعلامة CHIQUITA بأسعار مرتفعة لعملائها في ألمانيا والدانمرك وهولندا بالمقارنة مع الأسعار التي فرضتها على عملائها في إيرلندا، وأقرّت محكمة العدل الأوروبية ما توصلت إليه المفوضية الأوروبية والتي اعتبرت هذه الممارسة خرقاً للمادة 102 من الاتفاقية الأوروبية وإدانتها، واعتبرت كلّ من المفوضية الأوروبية ومعها محكمة أول درجة وكذا محكمة العدل الأوروبية أنّ شركة UNITED BRANDS

¹ أشار إليه، عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.148-149.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.129-130.

حاولت بطريقة متعمدة تقسيم السوق الأوروبي على أساس الحدود الوطنية لاسيما من خلال إلزام عملائها بعدم إعادة بيع الموز الأخضر، ونشير إلى أنّ محكمة العدل الأوروبية ألغت قرار المفوضية الأوروبية لاعتبارات أخرى¹.

4- البيع التمييزي المبرر (المسموح):

رأينا أنّه يشترط لوجود بيع تمييزي أن يكون هناك تمييز بين المتعاملين (الشركاء التجاريين)، غير أنّه لا يعدّ كلّ تمييز محظوراً بالضرورة، حيث أنّ الممارسة العملية دلت على أنّ منح المؤسسة المهيمنة لمعاملة تمييزية لأحد عملائها أو بعضهم قد يكون له ما يبرره ومن ثمّ يكون في إطار مشروع، ولا خلاف أنّ البيع التمييزي يكون مبرراً إذا كان له مقابل أو عوض حقيقي.

إنّ العوض الذي يبرر البيع التمييزي وخصوصاً التمييز السعري قد يكون ذا طابع كمي، ومثال ذلك أن يتعهد موزع بسحب كمية معينة من منتجات المورد، وفي المقابل بمنحه المورد سعراً تمييزياً أقل من السعر المحدد لباقي الموزعين، مع الإشارة أنّ السعر التمييزي مرتبط بالمقابل الكمي الذي يجب أن يستفيد منه كلّ موزع يصل بحجم تعاملاته مع المؤسسة المهيمنة إلى ذات القدر الذي حققه الموزع المستفيد من التمييز².

وقد يكون مقابل السعر التمييزي ذا طابع نوعي (كفي)، ويتحقق هذا المقابل على سبيل المثال في الحالات التي يتم فيها البيع مرفوقاً بخدمات ما بعد البيع Service après vente (المساعدة المستمرة)، ففي هذه الحالة يتحصل الموزع على المنتج بسعر تمييزي، وفي المقابل يقوم هو (الموزع) بالالتزام بإزاء الزبائن بخدمات الصيانة لمدة معينة، ويعفى البائع (المنتج) من هذا الالتزام، ويحدث هذا الأمر كثيراً لاسيما في قطاع بيع السيارات والأجهزة الكهربائية المعمرة³.

عموماً، يتعيّن أن يكون المقابل حقيقياً حتى يكون السعر التمييزي مشروعاً، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنّ السعر التمييزي الذي تمّ منحه

¹ CJCE. 11 février 1978, United Brands.

² عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.182.

³ نفس المرجع.

لأحد الموردين يعدّ عملاً غير مشروع وليس له ما يبرره لعدم وجود المقابل الحقيقي له¹.

قد يسمح القانون صراحةً بالتمييز نتيجة الاختلاف في تكلفة التصنيع، أو البيع أو التوزيع أو تغير الظروف مثل انتهاء موسم البضائع والأغذية، كذلك يكون هذا التمييز نتيجة ركود السوق وقلة الطلب على السلعة، فيقوم المنتج بتخفيض الثمن²، إضافة إلى السلعة المعرضة للتلف وقرب انتهاء صلاحيتها، فلا مانع من خفض سعرها وبيعها بسعر تمييزي³.

ومن المبررات المقبولة قانوناً لمنح سعر تمييزي لأحد العملاء أو بعضهم، أن يكون التمييز متعلقاً بتسويق المنتج أو الخدمة المعنية، وهو ما يعرف بالسعر التمييزي بهدف تنمية المبيعات على أن تكون هذه الأخيرة محددة من حيث الزمان والمكان، كما لا يوجد ما يمنع المؤسسة من ممارسة سعر تمييزي كوسيلة لإيجاد مكان لها في سوق مغلق ليس فيه تنافس⁴.

ونشير إلى حالة خاصة وهي تتعلق بالخصومات Les remises التي تمنحها المؤسسة المهيمنة عادةً لعملائها القدامى سواء موزعين أو تجار تجزئة، وتحرم العملاء الجدد منها بالرغم من تشابه مراكزهم التجارية. فهذه الممارسة من شأنها دفع العملاء الجدد إلى الانسحاب من السوق لعدم قدرتهم على منافسة العملاء القدامى المتمتعين بالخصم، ولكن على الرغم من ذلك لا يعدّ هذا السعر التمييزي (غير العادل) ممارسة محظورة⁵.

فقد جرت العادة أن يقوم المنتجون بمنح التجار والموزعين الذين يتعاملون معهم بصفة مستمرة خصومات في الأسعار اعترافاً منهم بفضل هؤلاء التجار كعملاء دائمين، ولذلك يطلق على هذه الخصومات بخصومات الوفاء Les remises

¹ Cass. Com. 27 janvier 1998, Pff-1-7-1998-78, p.25.

² تامر صالح، المرجع السابق، ص.559.

³ عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.159.

⁴ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.182.

⁵ «... En clair, la normalité n'appelle pas toujours l'égalité », Christian Gavalda et les autres, op.cit, N°07, p.44.

de fidélités، وتعدّ هذه الخصومات مشروعة طالما أنّها تمنح لكافة الموزعين أو التجار المتمتعين بذات درجة الاستمرارية في التعامل مع المؤسسة المهيمنة¹.

الفرع الثاني

الممارسات التعسّفية على أساس التعامل

في سبيل الحفاظ على وضعية الهيمنة وتدعيمها، تقترب المؤسسة المهيمنة بعض الممارسات التعسّفية على أساس التعامل مع شركائها التجاريين، هؤلاء يصبحون ضحية هذه الممارسات ولعلّ أهمها رفض التعامل في حالة عدم الانصياع لشروط المؤسسة المحكرة، كذلك تطبيق شروط تعاقدية ثانوية لا علاقة لها بطبيعة العقد الذي ترغب المؤسسة الراغبة في إبرامه مع صاحب المركز المسيطر.

وبناءً عليه، سوف نتناول فيما يلي:

- رفض التعامل (أولاً).
- البيع المرتبط (ثانياً).

أولاً: رفض التعامل:

الأصل في المعاملات التجارية حرية كلّ مؤسسة تجارية في التعامل مع من تريد تتعامل معه من المؤسسات الأخرى طالما كان ذلك في إطار النصوص القانونية ووفقاً للعادات والأعراف التجارية السائدة، وفي المقابل لها حق رفض التعامل مع من لا تريد التعامل معه.

غير أنّ الوضع يختلف إذا صدر الرفض عن مؤسسة حائزة لوضعية هيمنة على مستوى سوق ما، فعادةً ما تكون هذه المؤسسة في موقف قوي فيما يتعلق بالمنتجات أو الخدمات التي تقدمها للمستهلكين والعملاء، وتكون تلك المنتجات أو الخدمات ذات أهمية بالنسبة للعملاء الذين يرغبون الحصول عليها، ويعتبر إلزام أية مؤسسة أو هيئة بالتعامل مع عميل انتهاكاً لحريتها التجارية، وكان يجب على قانون المنافسة تحديد الظروف الاستثنائية التي يتدخل فيها القانون في الحرية التي تتمتع بها هذه المؤسسات أو الهيئات².

¹ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.182.

² وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.301.

ولدراسة رفض التعامل نتعرض إلى مفهومه وشروطه ثم رفض التعامل المبرر.

1- مفهوم رفض التعامل:

يعتبر رفض التعامل أو وقفه صورة من صور الممارسات غير المشروعة التي تجسد التعسف في استغلال المركز المهيمن الذي تحوزه المؤسسة، فرفض التعامل بهذه الصورة هو سلوك سابق على إبرام العقد، غير أنه من المتصور أن يتم قبول التعامل ثم تبادل المؤسسة المهيمنة إلى وقف التعامل أثناء سريان العقد بتعبير رفض التعامل فليس في المعنى اللغوي أو الاصطلاحي ما يمنع ذلك¹.

ويرى البعض أنّ رفض التعامل هو شكل من أشكال المقاطعة التي لا تتم بفعل أو حركة مادية بل من خلال موقف سلبي برفض التعامل يتخذ من قبل كيان (متعامل) تجاري ضدّ آخرين².

ونكون أمام رفض التعامل غير المشروع متى كان هدف المؤسسة المهيمنة هو خلق احتكار جديد أو المحافظة وتدعيم مركز مهيمن قائم في السوق المعني، بالإضافة إلى وجوب أن يكون هذا الرفض مؤثراً وفعالاً، بحيث يؤثر على المنافسة ويقيدّها، ولن ينجح هذا إلا إذا كانت هذه المؤسسة الراضة للتعامل تحتكر أو تسيطر على منتج أو خدمة مهمة وأساسية للشركات والمؤسسات الأخرى³.

وقد توسع القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية في مفهوم رفض التعامل وقسمه إلى صنفين؛ رفض التعامل الفردي، ورفض التعامل الجماعي أو المنسق، فبالنسبة لرفض التعامل الفردي أو أحادي الجانب فهو «ذلك الرفض الذي يتم من جانب طرف واحد، فهو يتم متى قرر شخص مفرد أو مشروع تجاري ألا يشتري أو يبيع من واحد أو أكثر من المستهلكين أو المزودين (الممونين)»⁴، أمّا رفض التعامل الجماعي (المنسق) فيعرّف بأنه: «اتفاق بين شخصين أو أكثر على قطع التعامل مع آخرين أو التعامل معهم فقط بشروط معينة»⁵.

¹ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.217.

² محمد فتحي الجلوي، المرجع السابق، ص.86.

³ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.138-139.

⁴ محمد فتحي الجلوي، المرجع السابق، ص.219.

⁵ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.219.

ورفض التعامل قد يتم على المستوى الأفقي أو على المستوى الرأسى، فاتفاقات رفض التعامل الأفقية تتم بين شركتين أو أكثر تعمل على ذات المستوى التجاري في تركيبة السوق ضد منافس أو ممون أو عميل، في حين رفض التعامل على المستوى الرأسى، يتم عندما يرفض المنتج أو مورد لسلعة أو خدمة ما الدخول أو الاستمرار في علاقة تجارية مع عميل محتمل أو عميل حالى¹.

ونلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يتعرض صراحةً من خلال الأمر 03-03 إلى رفض التعامل كممارسة تشكل تعسفاً في استغلال وضعية، ويمكن استخلاصها بصفة غير مباشرة من أحكام المادة السابعة الفقرة الأولى التي نصها: «الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها»²، في حين أنّه نص على هذه الممارسة صراحةً في ظل الأمر رقم 06-95، وذلك من خلال المادة السابعة الفقرة الخامسة التي كان نصها: «يمنع كلّ تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو احتكار له أو على جزء منه يتجسد في:

- قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير شرعية»³، للإشارة فقد تمّ نقل مضمون المادة السابعة من الأمر 06-95 إلى المادة الحادية عشر (11) من الأمر 03-03، المتعلقة بالتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

وترمي المؤسسة من وراء ممارسة رفض التعامل تحقيق جملة من الأهداف وهي على وجه الخصوص:

- إقصاء أو تأديب أحد المنافسين المشاكسين.
- معاقبة من لا يلتزم بعادات وتقاليد السوق أو من يخفض أسعاره حتى يصرف عملاء التجار الآخرين عنهم.
- حجب المواد الأولية عن المنافس أو قطع قنوات التوزيع لمصلحة صاحب المركز المهيمن.

¹ محمد فتحي الجلوي، المرجع السابق، ص.87؛ عمرو محمد علي طاحون، المرجع السابق، ص.218.

² الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

³ الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة- ملغى-.

- وقد يكون رفض التعامل مع التجار الصغار من أجل السيطرة عليهم أو إخراجهم من السوق بشراء ما يخصهم من حصة في السوق¹.

2- شروط رفض التعامل التعسفي:

هناك شروط قاسية للقول بوجود رفض التعامل المجسد للتعسف في وضعية الهيمنة، وتتمثل هذه الشروط في:

أ- أن يتعلق رفض التعامل بمورد (Ressource) ضروري للدخول إلى سوق المصبّ

Le marché AVAL، ويجب أن يأخذ مفهوم مورد بالمعنى الواسع فيمكن أن يتعلق الرفض بتوريد جميع أنواع الأموال (Les biens)، بنى تحتية ضرورية، معلومة أو منتج تحوز المؤسسة المهيمنة على حقوق حصرية لاستغلاله بسبب تمتعها بحقوق الملكية الفكرية².

ويفترض هذا الشرط بالنسبة للبنية التحتية الأساسية أن يكون الحائز في حالة احتكار أو وضعية هيمنة، وأن يكون الدخول أو المرور على البنية التحتية ضروري لممارسة النشاط الاقتصادي المنافس في السوق وأن يتعذر على المنافسين الحصول على بنى تحتية مماثلة بشروط اقتصادية معقولة، ويمكن أن تتعلق البنية التحتية على سبيل المثال بموانئ مطارات، قاعدة معلومات... الخ³.

وهي تتعلق على العموم بالمتعاملين العموميين.

ب- إذا أدى الرفض إلى استبعاد المنافسة من السوق: لا يكون الرفض تعسفياً إلا إذا كان مؤثراً وفعالاً بحيث يؤثر على المنافسة في السوق المعني

¹ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.327.

² «La notion de "ressource" doit être comprise de manière large le refus peut porter sur la fourniture de tous types de biens, sur une infrastructure essentielle. Une information ou un produit sur lequel l'entreprise détient un droit de propriété intellectuelle », A. CHONE, op.cit, N°2, p.176.

³ Sophie NICINSKI, Droit public des affaires- LGDJ. lex tenso-, Edition 4ème édition, N°896, p.498.

ويقتدها¹. فإقصاء أحد المنافسين من السوق أو قصر المنافسة وإعاقة وتقويض حرية التجارة².

ونشير إلى أنّ الرفض التعسفي يمكن أن يصدر في السوق الذي تحوز فيها المؤسسة وضعية هيمنة أو في سوق ثانٍ مشتق (Dérivé)³.

ج- إذا كان الرفض غير مبرر بأسباب موضوعية: فلا يجوز للمؤسسة المهيمنة أن تبرر الرفض بقيامها بتغيير سياستها التجارية أو التوزيعية، ولكن يجب أن ينظر إلى هذا الرفض في ضوء ظروف السوق المعتمدة قانوناً، ومن ثمّ إذا أمكن الحصول على بديل المنتج أو الخدمة محل السيطرة من منافس آخر فلا نكون أمام رفض البيع من جانب المؤسسة المهيمنة، وبالتالي ليس هناك تعسف في استغلال مركزها المهيمن⁴.

وينطبق الأمر على وقف التموين Cessation d'approvisionnement بدون مبرر، فقد اعتبر تعسفاً الامتناع عن تموين موزع بسبب قيام هذا الأخير بتصرف أثار استياء الممون⁵، كما اعتبر أنّ مؤسسة مهيمنة لا يمكن أن ترفض الاستمرار في تموين موزع بذريعة قيامه بتوزيع منتجات منافسة⁶، فلا يمكن لأحد أن يطبق العدالة بنفسه⁷.

ومن القضايا التي عرضت على محكمة العدل الأوروبية وطبقت الشروط المذكورة أعلاه، قضية شركة COMMERCIAL SOLVENTS⁸، حيث كانت كلّ من شركة INTITUTO وشركة COMMERCIAL SOLVENTS المنتجين المسيطرين لعدد من المنتجات الكيميائية الوسيطة (INTRANT)، ومنها مادة "نيترو بروتين" و"أمينو بيوتانول" (Aminobutanol) والتي كانت تستخدم لصناعة "الايثا هيببوتول" (L'ethambutol)، الذي يستخدم كعقار مضاد لمرض السل، ومن عملاء

¹ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.139.

² خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص.128.

³ M. MALAURIE Vignal, L'abus de position dominante, op.cit, N°197, p.119.

⁴ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.166.

⁵ CJCE. 14 février 1978, United Brands, op.cit.

⁶ CJCE. 2 mars 1994, off. C-53/92, HILTI.

⁷ «Nul ne se fait justice à soi même», M. MALAURIE Vignal, L'abus de position dominante, op.cit, N°197, p.119.

⁸CJCE. C-6/73 INSTITUTO CHEMIOTE RAPICO/ TALIANO et Commercial SOLVENTS entelle commission, 6 mars 1974.

شركة COMMERCIAL SOLVENTS شركة ZOJA SPA والذي استخدم المنتجات الوسيطة لإنتاج (L'ethambutol)، وقد حاولت شركة ZOJA طلب المزيد من المنتجات الوسيطة، إلا أنّ الشركة الأولى رفضت وبررت ذلك أنّ المنتجات محل الطلب غير متاحة، وتبيّن فيما بعد أنّ سبب هذا الرفض المقنع هو أنّ شركة COMMERCIAL SOLVENTS قررت البدء في تصنيع هذه المشتقات ممّا يعني دخولها في منافسة مباشرة مع عملائها السابقين ومنهم شركة ZOJA SPA، واعتبرت محكمة العدل الأوروبية في قرارها أنّ الشركة المسيطرة على المواد الخام والتي تستهدف استخدامها لتصنيع المشتقات الخاصة بها فقط، وترفض أن تمدّ بها عملائها الذين هم أنفسهم مصنّعون لهذه المشتقات الخاصة، وبالتالي يكون هناك مخاطر بإلغاء المنافسة من جانب العملاء وهذا يعتبر تعسفاً في استغلال الوضع المسيطر للشركة بالمعنى المقصود في المادة 86 (حالياً 102)¹.

ثالثاً: رفض التعامل المبرر:

لا يعتبر رفض التعامل من حيث المبدأ هو سلوكاً غير مشروع، بل قد يجد ما يبرره وذلك على النحو التالي:

- إذا أمكن للمؤسسة المهيمنة ضحية رفض التعامل: التزوّد من نفس المنتج محل الطلب من منتج آخر فلا نكون أمام رفض التعامل المحظور، شرط أن يحمل المنتج البديل نفس الخصائص التي تبحث عنها المؤسسة، ونعني تجانس المنتجات، فعلى سبيل المثال، لا يوجد تجانس بين سلعة لها شهرة مع أخرى بديلة ولكنها غير معروفة²، وهذا راجع لاختلاف نظرة المستهلك إلى السلعتين.
- قد يكون لرفض البيع أو التوريد بالمنتج أو الخدمة ما يبرره كذلك، كما لو كان يتجاوز تلبية طلب البيع المقدم إليه قدرته الإنتاجية بسبب عدم وجود مخزون لديه³، أو كان غير كاف لتلبية طلب عميل جديد⁴.

¹ «Le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui dans le but de les réserver à son propre production des services, en refuse la fourniture à un client lui-même producteur de ces dérivés au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client exploite sa position dominante d'une façon abusive au sens de l'article 102 ».

² M. MALAURIE Vignal, L'abus de position dominante, op.cit, N°200, p.120

³ Déc. N2001-D-70-CON-CONC, 24 oct. 2001.

⁴ خليل فيكتور ثادرس، المرجع السابق، ص.127.

- كما نجد في بعض القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية الأوروبية التي اعتبرت أنه في حالة ندرة للمنتوج المطلوب يمكن للمورد أن ينتهج سياسة انتقائية للعملاء، أو أن يعامل زبون عرضي occasionnel معاملة غير تفضيلية moins favorable بالمقارنة مع عملائه التقليديين¹، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى أنّ الزبون الجديد لا يمكن له أن يطمع في معاملة مماثلة لتلك التي يتمتع بها العميل الوفي (القديم) عندما يكون العرض (المنتج) غير كافٍ².

- كذلك، لا يعدّ فسخ العقد محظوراً، فلا يوجد ما يمنع صاحب المركز المهيمن من فسخ العقد ورفض الاستمرار في التمويل إذا لم يكن هدفه إقصاء شريكه من السوق، فقطع العلاقات التجارية المفاجئ يعتبر نزاعاً تجارياً صرفاً لا تختص بنظره هيئات المنافسة³.

- وذكر المشرّع المصري صورة أخرى تتعلق بعدم قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد⁴، ويمكن تصور هذه الحالة مثلاً إذا كانت القدرة المالية للعميل لا تسمح له بشراء المنتج المطلوب لاسيما من حيث الكمية وشروط الدفع في الآجال.

- إذا كان الرفض لا يعدل أو يمس من هيكل المنافسة في السوق، وذلك إذا كان بمقدور الغير التزود والحصول على المنتج من موردين آخرين، بأن كان هناك مصدر آخر من الممكن الالتجاء إليه كبديل للسلعة المعنية⁵.

- كما يميّز الفقه بين الامتناع عن التعامل أو رفض التعامل وحالة المقاطعة Boycott، فالمقاطعة تحمل ذات المعنى من حيث امتناع مجموعة من المنشآت التجارية عن التعامل مع منشأة أو عدّة منشآت أخرى، غير أنّ الاختلاف بين الحالتين يكمن في الباعث الدافع على رفض التعامل، فالدافع في حالة الامتناع عن التعامل هو اقتصادي ويتمثل في عرقلة المنافسة، أمّا في الثانية (المقاطعة) فهو

¹ CJCE. 29 juin 1978, aff. 77/77- BP NEDERLAND TIPCE, 1^{er} avril 1993, BPB. Industries, aff. T-65/89.

² COMM. CE. Déc. 18 juillet 1998, British sugar cit par : M. MALAURIE Vignal, L'abus de position dominante, op.cit, N°203, p.121.

³ Même ouvrage, N°203, p.121.

⁴ المادة 13 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الاحتكار المصري، المرجع السابق.

⁵ خليل فيكتور ثادرس، المرجع السابق، ص.128.

سياسي لا دخل لقوانين تنظيم المنافسة بشأنه، لاسيما أنّ المقاطعتين قد يتمتعون بحماية نصوص دستورية تكون لها الأولوية في التطبيق على قوانين المنافسة¹.
وخاصة لما ذكر يتعيّن النظر إلى نيّة المؤسسة المهيمنة من رفض البيع أو التعامل، وما إذا كان غرضه مشروعاً أو غير مشروع، كإقصاء احد المنافسين من السوق أو قصر المنافسة وإعاقة وتقويض حرية التجارة².

ثانياً: البيع المرتبط (الشروط التعاقدية الثانوية التي لا علاقة لها بطبيعة العقد):

ويعبر عن هذه الممارسة التعسّفية كذلك بمفهوم البيع المتلازم وهي إحدى الممارسات التي تسعى من خلالها المؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة على منتج معين في سوق ما إلى مدى سيطرتها من المنتج الأول المسيطر عليه إلى منتج آخر يكون عادةً أبداً حركة وخاصة تلك التي تخضع لمنافسة أكبر من منتجات مماثلة (بديلة)، فيستغل صاحب المركز المهيمن سيطرته على المنتج المطلوب ليفرض كشرط لقبول بيع هذا المنتج قبول منتجات أخرى لا يريد هذا العميل، ولدراسة البيع المرتبط نتناول مفهومه، ثم شروطه وأخيراً البيع المرتبط المبرر.

1- مفهوم البيع المرتبط:

عرّفت المحكمة العليا الأمريكية البيع المرتبط بأنّه: «اتفاق بين اثنين (بائع ومشتري) لبيع منتج يسمى "المنتج الرابط" بشرط قيام المشتري بشراء منتج آخر مختلف عنه ولا يحتاجه المشتري يسمى المنتج المربوط، أو على الأقل يتعهّد المشتري بالألا يشتري هذا المنتج من بائع آخر»³.

كما عرّف جانب من الفقه اتفاقات الربط (البيع المرتبط) أنّها تعني «أن يفرض البائع على المشتري شرطاً بمقتضاه يقبل المشتري عند شرائه للمنتج "أ" الذي يرغب في شرائه أن يشتري معه المنتج "ب" بصرف النظر عن كونه يرغب في شرائه أو لا»⁴.

¹ مهند إبراهيم علي فندي، التنظيم القانوني لمناهضة الاحتكار، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مجلد 9، السنة الثانية عشرة، عدد 33، سنة 2007، ص.80.

² خليل فيكتور ثادرس، المرجع السابق، ص.128.

³ NOTHERN Pacific, R.Y.V. United States 356 U.51.8 (1958).

أشار إليه، فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.106.

⁴ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.147.

وعرّفها آخر: «هو محاولة ربط بيع المنتج أو تقديم الخدمة المعنية بشراء منتجات أخرى، فيقرن بيع المنتج أو الخدمة محل الطلب بشراء المنتجات الأخرى ومن شأن هذه الالتزامات أو المنتجات المعلق عليها إبرام العقد أنها ليست مرتبطة لا بطبيعتها او بموجب الاستخدام التجاري لها بمحل التعامل الأصلي»¹.

فعلى ضوء هذه التعاريف نكون أمام ممارسة البيع المرتبط عند إقدام البائع على رفض بيع المنتج المرغوب من قبل المشتري والذي يكون محل سيطرة من طرف البائع إلا بشرط قبول شراء منتج آخر لا يرغب فيه المشتري ولا علاقة له بالمنتج الأول، فيسمى المنتج المرغوب فيه بالمنتج الرابط *Le produit liant*، والمنتج غير المرغوب فيه والذي يشترط البائع شرائه مقابل الحصول على المنتج الأول بالمنتج المربوط *Le produit lié*، ويتحقق البيع المتلازم حينما تبيع المؤسسة المهيمنة كلا من المنتجين- الرابط والمربوط- معاً، كما يمكن أن يتحقق أيضاً في حالة قيام الطرف المسيطر ببيع المنتج الرابط للمشتري ويلزمه في ذات الوقت بشراء المنتج المربوط من طرف ثالث يحدد بمعرفته². إضافة إلى ما سبق يلاحظ أنّ البيع المرتبط قد يكون مظهراً من مظاهر إساءة استخدام المركز المسيطر في مرحلة تكوين العقد إذا كان على هيئة شرط تعسفي في العقد، وفي ذات الوقت يمكن أن تكون تلك الترتيبات الرابطة على هيئة سلوك غير مشروع في مرحلة تنفيذ العقد خاصة في حالة ما إذا كان الطرف المتعاقد مع صاحب المركز المهيمن في حاجة ماسة إلى المنتج الرابط فيمارس عليه هذا الأخير نفوذه ويفرض عليه المنتج المربوط والذي تكون رغبة المشتري نحوه بطبيعة الحال قليلة أو منعدمة³.

والبيع المتلازم لا يحتاج لإثباته أن يكون مجسداً في عقد واضح، فعلاوة على أنّه بالإمكان استنتاجه من العقد إذا وجد، يمكن أيضاً استخلاصه من سياسة تسعير خاصة والتي يقدم بها المنتج المطلوب بسعر منخفض فقط إذا تمّ الشراء مع المنتج غير المطلوب، وغنى عن البيان أنّ البائع فقط هو القادر على فرض البيع المرتبط أمّا المشتري فلا يمكنه ذلك⁴.

¹ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص.131.

² عمرو محمد طاحون، المرجع السابق، ص.222.

³ نفس المرجع، ص.223.

⁴ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.108.

وبسبب الآثار الضارة على المنافسة الناتجة عن هذه الممارسة، فقد حظرت قوانين المنافسة تعليق شراء منتج على شراء منتج آخر، فنجد أنّ قوانين مكافحة الاحتكار في الولايات المتحدة الأمريكية حظرت هذه الممارسة من خلال ثلاثة قوانين ولكن بصورة غير مباشرة وذلك بموجب المادة الأولى من قانون شيرمان الذي عدّها من ضمن الاتفاقات التي من شأنها إعاقة المنافسة، وكذلك المادة الثالثة من قانون كلايتون، وأخيرا بموجب المادة الخامسة من قانون مجلس التجارة الفيدرالي لعام 1994¹. كذلك الشأن بالنسبة للتشريع الأوروبي بمقتضى المادة 102 من اتفاقية الإتحاد الأوروبي (TFUE) الذي اعتبر ربط الالتزامات الأصلية مع أخرى لا علاقة لها من قبيل إساءة استغلال المركز المسيطر.

ونص المشرّع الجزائري هو الآخر على هذه الممارسة من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 07 من الأمر رقم 03-03 التي نصها: «... إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية».

يتضح أنّ كلّ من القانون الأوروبي ونظيره الجزائري لم تحظر هذه الاتفاقات إذا كانت واردة على سلع فقط، وإنما يمتد الحظر كذلك إذا كانت واردة على خدمات أيضا، حيث جاءت النصوص عامة منصّبة على تعليق إبرام عقد أو اتفاق ولم تخصص ما هي هذه العقود أو الاتفاقات، إضافة إلى أنّ هذه القوانين قصرت نطاق الحظر متى مارسته مؤسسة تتمتع بقوة احتكارية في السوق².

2- شروط البيع المرتبط:

حتى نكون أمام البيع المرتبط المحظور يتعيّن توافر جملة من الشروط، وتتمثل فيما يلي:

أ- وجود منتجين متميزين في الطبيعة:

يتطلب هذا الشرط إثبات أنّ المنتجات الرابطة والمربوطة هي في الحقيقة خدمات أو منتجات متميزة عن بعضها البعض، ويثور التساؤل هنا متى يعتبر المنتجين متميزين أو منفصلين؟

¹ شذى كامل نعمة، المرجع السابق، ص.313.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.150.

إجابة على هذا التساؤل: يرى البعض أنّ المنتجات منفصلين متى أمكن استخدام أحدهما بدون حاجة إلى الآخر حتى لو كان استخدامهما معاً أفضل أو كان ذات علاقة مثل سيارة وخدمة استبدال إطاراتها فهما يعتبران منفصلان ومتميزان¹.

غير أنّ الحدّ الفاصل بين المنتجات المنفصلة (المتميزة) وغير المنفصلة ليس بالأمر الهين، فهو يختلف من حالة لأخرى ويعتبر بحثاً صعباً، والمعيار الأساسي الذي استندت إليه المحاكم الأمريكية خاصة هو معيار يركّز على وجود طلب كافي لشراء المنتج المربوط منفصلاً عن طلب شراء المنتج الرابط، فبحسب هذا المعيار يجب أن نكون أمام سوقين مختلفين؛ سوق يكفي لبيع المنتج الرابط وسوق آخر لبيع المنتج المربوط، بعبارة أخرى أن يكون هناك إمكانية لبيع كلّ منتج على حدى في سوق منفصل².

واستخدمت المحاكم الأمريكية العديد من الاختبارات لكي تتأكد من انفصال المنتجين من عدمه، ونذكر منها:

- فحص وظائف المنتجات، وطبيعة سوق المنتج، وطلب العميل على المنتجات والتبريرات التجارية لارتباط المنتجات³.

ب- القوة الاقتصادية الكافية:

يعدّ هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توافرها في العقد الرابط، فيجب أن يكون لدى البائع قوة اقتصادية كافية في سوق المنتج المربوط، ولاشك أنّ القوة الاقتصادية لا يمتلكها إلاّ من كان في وضعية هيمنة على سوق المنتج الرابط (المطلوب من المشتري)، فالطرف القويّ (المسيطر) يستخدم البيع المتلازم مستغلاً في ذلك القوة المكتسبة من كونه مسيطر على سوق المنتجات أو الخدمات الرابطة، وذلك بغرض زيادة المبيعات من المنتج أو الخدمة المربوطة الذي تكون رغبة المشتري فيه- بطبيعة الحال- أقل من رغبته في السلعة الرابطة⁴.

فإن لم يكن للبائع تلك القوة الاقتصادية التي يستمدّها من مركزه المهيمن على سوق المنتج الرابط لوجود منتجات أخرى بديلة، فسوف يستمر المشترون في

¹ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.109-110.

² عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.179.

³ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.110.

⁴ عمرو محمد طاحون، المرجع السابق، ص.223.

اللجوء إلى مصادر أخرى للمنتجات الرابطة، ومن ثم تكون كلّ محاولة للربط ليس لها تأثير يذكر¹.

ج- الإِجبار:

يوجد الإِجبار عندما يتم إجبار المشتري على شراء منتجات إضافية من البائع دون غيره وذلك ل يتمتع البائع بالقوة التسويقية في سوق المنتجات الرابطة وليس رغبة المشتري في شراء المنتجات بأكملها²، وبذلك فحرية المشتري في اختيار المنتج المربوط من مصادر أخرى في السوق تكون مقيدة فهو يفقد حرّيته في اختيارها من التجار المنافسين، ولا يكون اختياره- نتيجة لذلك- للسلعة المربوطة بسبب جودتها أو انخفاض سعرها، ولكن بسبب حاجته للسلعة الرابطة³، مع الإشارة إلى أنه إذا وجد الاختيار لدى المشتري لشراء المنتج المربوط من أيّ مكان فلا نكون حينئذ أمام إجبار منافي للمنافسة⁴.

د- إعاقة المنافسة في السوق المربوطة:

يجب أن تؤثر هذه الممارسة على السوق بحيث يترتب عليها ضرر حقيقي للمنافسة، إذ أنّ إجبار المشتري على شراء المنتج المرتبط من البائع الرابط يترتب عليه عدم شرائه لهذا المنتج المرتبط من البائعين الآخرين وهو ما يؤدي إلى خروجهم من هذا السوق، بالإضافة إلى عزوف المنافسين الجدد عن دخول هذا السوق⁵.

ويذهب جانب من الفقه إلى أنّ البيع المرتبط يحدث أثّرين منافيين للمنافسة، فهو من جهة أولى يشكل خطر لاستغلال مُنافي للمنافسة يمس المشتريين، فالعميل المستهلك يجد نفسه أمام منتج لا يريد وفي بعض الأحيان ليس له أيّ علاقة مع المنتج الذي يرغب في الحصول عليه، ومن جهة أخرى، فالبيع المرتبط سيؤدي إلى إخراج باقي المنافسين وذلك لأنّ مع كلّ وحدة من المنتج الرابط تباع ستباع وحدة أخرى من المنتج المربوط وهذا سيؤدي إلى مد المركز المهيمن من سوق المنتج الرابط Le produit liant إلى سوق المنتج المربوط Le produit lié.

¹ عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.181.

² نفس المرجع، ص.180.

³ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.107.

⁴ عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.180.

⁵ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.152-153.

و هنا نكون أمام ما يعرف بـ "أثر الرافعة" L'effet de levier، ممّا يؤدي إلى القضاء على المنافسين في السوق الثاني (سوق المنتج المربوط)، علاوةً على حماية نفسه من المنافسين الجدد¹.

ويثور التساؤل عن موقف المشتري باعتباره طرفاً في البيع المرتبط الذي تسبب في إعاقة وتقييد المنافسة؟

بالرغم من أنّ المشتري يعدّ طرفاً أساسياً في البيع المتلازم (المرتبط)، إلاّ أنّه لم يكن يهدف إلى ذلك التقييد، بل بالعكس فقد وقع عليه إكراه- كما ذكرنا- على شراء المنتج الإضافي (المرتبط) الذي لا يرغب في شرائه، وأنّه لو لا حاجته إلى المنتج الرابط لما أقدم على شراء المنتج المرتبط².

ومن القضايا التي عرضت على اللجنة الأوروبية للمنافسة قضية TETRA PAK³، وهي مجموعة متخصصة في المعدات اللازمة لتغليف المنتجات الغذائية السائلة أو شبه السائلة في علب، وأنشطتها تتألف في تصنيع علب الكرتون والآلات للتعبئة، في عام 1983 استخدمت 90% من الكرتون لتغليف الحليب ومنتجات الألبان الأخرى، وفي عام 1987 استخدمت حوالي 79% حصة سوقية وما يقرب من 16% من كرتون لعلب عصير الفواكه، وابتكرت شركة TETRA PAK آلة تصنع علب الكرتون المعّم وتقوم بتعبئة الحليب أو العصير به وذلك مكّن من استخدامه على مدة ستة أشهر، ولم تسمح شركة TETRA PAK ببيع آلة تعبئة الحليب أو العصير ما لم تستخدم العلب الكرتونية العائدة إليها مستندة على حق الملكية.

وقد تضمنت الاتفاقات بين TETRA PAK وعملائها عدّة شروط منها:

- التزام العميل بإبلاغ TETRA PAK في حالة التوصل لأيّة تحسينات أو تقنيات أو تعديلات على المعدّات أو علب الكرتون مع اعتبارها مالكة لحقوق الملكية الفكرية.
- حق الشركة في مراقبة وتفقد طريقة استخدام العلب.
- منح TETRA PAK جميع أعمال الصيانة والإصلاح للأجهزة.

¹ N. Petit, op.cit, N°1073-1074, p.371-372.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، المرجع السابق، ص.150.

³ COMM. CE. 26-7-1988, aff. «TETRA PAK».

- حصول الشركة على حق الحصري لتوريد قطع غيار الآلات واعتمادها على مقياس متحرك لتغطية آية رسوم مقدمة للمساعدة الفنية.

وقد وجدت المفوضية الأوروبية TETRA PAK في وضع مسيطر داخل السوق لحيازتها حصة سوقية كبيرة نتيجة لذلك أمرت الشركة المذكورة بان توقف سلوكها التعسفي، واتخاذ سلسلة من الإجراءات لفتح أسواقها¹.

وفي قضية HILTI مثال على البيع المرتبط، حيث كانت شركة HILTI مختصة في صناعة المنتجات الموجهة لتثبيت المواد La fixation des matériaux مثل مسدسات التثبيت Les pistolets de le scellement، الشاحن Chargeur، الخرطوش Cartouche، والمسامير، وحاولت شركة HILTI إقصاء منافسيها من صانعي المسامير (المستقلين) الموجهة للاستعمال عن طريق مسدسات التثبيت المصنوعة من قبل شركة HILTI، حيث قامت بممارسة البيع المرتبط وذلك من خلال رفض الشركة المذكورة تزويد الموزعين بالشاحن Chargeur عندما لا تتضمن الطلبية شراء المسامير المصنعة من طرف شركة HILTI، فكان هدفها هو ربط شراء مسدسات التثبيت وكذا الشاحن والذي تمتع فيه بمركز مسيطر- بسبب الحماية التي توفرها براءة الاختراع- بشراء هؤلاء الموزعين لخرطوش ومسامير من صنع شركة HILTI والتي لم تكن هذه الأخيرة تتمتع ببراءة الاختراع فيها، كما أنها كانت تواجه منافسة من باقي الناشطين في هذا السوق، ونتيجة لذلك اعتبرت اللجنة الأوروبية هذه الممارسات تعسفية، وتبنت قرار أدانت من خلالها شركة HILTI بمقتضى المادة 102 وأيدت المحكمة الأوروبية² ومحكمة العدل الأوروبية قرار اللجنة³.

وسبق لمجلس المنافسة الجزائري أن عرضت عليه قضية تتعلق بالبيع المرتبط، تخص ممارسات أقدمت عليها الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، وقد جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم ما يلي:

«البيع المشروط:

¹ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.287.

² TUE-T- 30/89, HILTI AG contre commission 12 décembre 1991.

³ CJUE. C-53/92, PHILTI AG contre commission 02 mars 1991.

اعتباراً أنّ الشركة المشتكى منها تخضع بيع السجائر لاقتناء منتوجات أخرى وتبرر تصرفها بالصعوبات التي تواجهها في تسويق هذه المنتوجات وبحرصها على تحسين وضعيتها المالية والحفاظ على مناصب العمل.

لكن حتى على فرض أنّ الصعوبات المحتج بها تؤثر سلباً على سير الشركة، فإنها مع ذلك لا تبرر هذه الممارسة في نظر قانون المنافسة لاسيما أنها تحتل موقع هيمنة على السوق بدرجة يستحال معها إيجاد بدائل لمنتوجاتها.

اعتباراً والحال هذه أنّ الممارسة التي أقدمت الشركة على ارتكابها تشكل في حدّ ذاتها تعسّف في استغلال وضعيّة الهيمنة والاحتكار....».

وأمر مجلس المنافسة الشركة المذكورة بالكفّ عن هذه الممارسة وغيرها، وسلّط عليها غرامة مالية قدرها 786.000 د.ج.¹

3- البيع المرتبط المبرر:

يذهب جانب من الفقه إلى أنّ البيع المرتبط ليست له دائماً آثار ضارة بالمنافسة في السوق المعني، وذلك لأنّ الاحتكار في السوق المربوطة نادراً ما يحدث، إضافة إلى أنّ العديد من البيوع المترابطة غالباً ما تعود بالنفع على المستهلك لأنّ جمع المبيعات تؤدي إلى خفض كلي في الأسعار.²

كما أنّ الارتباط قد يكون ضرورياً بحكم الاستعمال³ مثلما هو عليه الحال مثلاً بالنسبة للأحذية والرباط *Les chaussures et Lacets*، وقد يكون أحدهما مفيداً حال استعماله مع المنتج المرتبط به أو يساهم في السير الحسن للمنتجات المُباعة، مثل استعمال خراطيش الحبر *Cartouche d'encre* غير مناسبة في آلة الطباعة *Imprimante*، يمكن أن يضرّ هذه الآلة وينعكس ذلك على سمعة الشركة المصنّعة لآلة الطباعة، فيستحسن شراء خراطيش الحبر من نفس منتج أو موزع آلة الطباعة، لكون هذا المنتج المربوط معدّ أصلاً للتشغيل في آلة الطباعة المُباعة.⁴

¹ القرار رقم 98 ف3 الصادرة عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت.

² تامر صالح، المرجع السابق، ص.561.

³ عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص.177.

⁴ N. Petit, op.cit, N°1073-1083, p.374-375.

ثالثاً: الممارسات الهادفة إلى الاستئثار بالعملاء والموردين:

في سعيه إلى تعزيز مركزه يلجأ صاحب المركز المهيمن إلى ممارسات تعسفية يهدف من خلالها إلى الاستئثار بالعملاء والموردين وذلك على حساب باقي المنافسين له مما يؤدي إلى إقصاء وإزاحة هؤلاء، وبالتالي الإضرار بالمنافسة وعرقلتها في السوق المعني، وفي سبيل ذلك فهو يلجأ إلى إحدى وسيلتين: الأولى تتمثل في إلزام المشتري أو العملاء بطريقة أو بأخرى بالتعامل معه وحده دون غيره، أمّا الوسيلة الثانية فتكمن في منح هؤلاء العملاء تخفيضات لإغرائهم بالتعامل معه وحده، و سنتعرض لكلا الممارستين كما يلي:

1- إلزام المورد بعدم التعامل مع منافس:

ويقصد بهذه الوسيلة إلزام الموردين بعدم التعامل مع شخص منافس للشخص المسيطر أو تخفيض حجم التعامل معه، إلى الحدّ الذي يُفضي إلى إخرجه من السوق أو منع المنافسين المحتملين من الدخول إلى السوق¹. ويعرّفها آخر بأنّها: «الاتفاقات التي يوافق فيها مشتري على شراء منتجات أو خدمات ولفترة محددة من الوقت- على سبيل القصر والحصر- من بائع معين أيضاً تأخذ شكل اتفاق يحظر على المشتري الشراء من مزودين منافسين»².

وأوضحت اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري المقصود بعدم التعامل الذي هو امتناع المورد عن التعامل مع الشخص المنافس بصورة كلية أو تخفيض حجم التعامل معه إلى الحد الذي يؤدي إلى إخرجه من السوق أو إلى منع المنافسين المحتملين من الدخول إلى السوق³.

ويكون المورد في هذه الحالة تابعاً لعميله نظراً لقوة العميل الاقتصادية بالمقارنة مع القدرة الاقتصادية للمورد، ففي هذه الحالة يتم فرض شروط تعاقدية جائرة على العملاء، فهي تقيّد حرية المشتري (العميل)، فهو من جهة يقبل شروطاً

¹ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.335.

² فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.123.

³ المادة 13 الفقرة "ط" من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، المرجع السابق.

ما كان ليقبلها في حالة تمتعه بالاستقلالية¹، ومن جهة ثانية تقيّد حرّيته في البحث عن مصادر تمويل بديلة للتزويد².

ونشير إلى أنّ الحظر ينطبق كذلك على الشروط الحصرية بالبيع، فتعدّ هي الأخرى تعسفاً في استغلال وضعيّة الهيمنة و ذلك لأنها تحدث نفس الأثر المترتب على الحصرية بالشراء من تقييد المنافسة أو منعها في السوق المعني³.

ومن اجتهادات المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في دعوى Federal trade commission, V. Motion picture advertising service co، حيث كان عمل المدعي عليها محصوراً في إنتاج وتوزيع أفلام دعائية، وقد ورد في كلّ العقود التي أبرمتها مع عارضي الأفلام شرطاً يقضي بإلزام مالك قاعة السينما بعدم عرض أفلام تعود إلى شركات أخرى منافسة، وكانت المدعى عليها تشكل أكبر منتج لهذه الأفلام في السوق وأبرمت عقود احتوت على ذلك الشرط مع ما يقارب 40% من دور العرض وذلك لمدة تتراوح بين السنة إلى خمس سنوات، وذهب حكم المحكمة العليا إلى أنّ عقد التعامل الحصري مقيد للمنافسة بشكل غير معقول ويميل إلى الاحتكار، وينطوي على منافسة غير مشروعة، كما أنّ شرط التعامل الحصري قد يؤدي إلى إقصاء منافسين من السوق⁴.

كما قررت محكمة النقض الفرنسية أنّ الممارسات التي ارتكبتها شركة Canal Plus والتي تحوز على مركز مسيطر في سوق البث التلفزيوني للأفلام الفرنسية الحديثة وكذا سوق التلفزيون المدفوع مسبقاً، تعدّ ممارسات تجسد إساءة استغلال المركز المسيطر، تمنع قيام سوق جديد، وهذا المنع تولد عن الحقوق الحصرية التي تتمتع بها هذه الشركة والتي بموجبها منعت بعض المنافسين في السوق المعني من حق بث هذه الأفلام السينمائية الفرنسية الحديثة والهدف من هذا

¹ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.335.

² فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.123.

³ سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر، ص.177.

⁴ أشار إلى هذا الحكم، وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.336.

المنع هو غلق السوق في مواجهة بعض المنافسين، وذلك للوصول إلى احتكار واستئثار بالعملاء¹.

كذلك ما قرره مجلس المنافسة من أنّ الممارسات التي تقوم بها شركة TDF (Télédiffusion de France)، والتي تتمتع بمركز مسيطر في مجال البث التلفزيوني في مواجهة شركة EMETTEL، تعدّ ممارسة مجسدة لإساءة استغلال مركزها المسيطر، وتمثلت هذه الممارسات في قيام الشركة المسيطرة بإبرام عقود مع بعض المقاطعات (Collectivités) تتعلق بإنشاء واستغلال وصيانة محطات البث التلفزيوني، وكانت هذه العقود قد منحت حقوقاً حصريّة إلى الشركة المسيطرة، وقررت أنّ البث عبر هذه المحطات لا يكون إلاّ من خلال هذه الشركة واستغلال لمثل هذه الشروط المجحفة، فقد تمسكت الشركة المهيمنة بضرورة إخلاء المعدات التي أقامت المقاطعات في نفس الموقع الذي تحتكر استغلاله الشركة، واستبدال هذه المعدات بمعدات من إنتاجها هي، وقد قرر مجلس المنافسة معاقبة الشركة المسيطرة إساءتها استغلال مركزها المسيطر².

وعلى الرّغم من الأثر التقييدي على المنافسة بسبب هذه القيود، إلاّ أنّ المحاكم الأمريكية ذهبت إلى أنّه قد يكون لها بعض المنافع للمشتري، فهذا الأخير سيضمن التزويد بشكل دائم طوال فترة العقد، ويتجنب ارتفاعات الأسعار وبالتالي يوفر التكاليف، كما أنّه بالنسبة للبائع تتمثل المنافع في التخفيض وبشكل كبير في مصاريف البيع وتوفير الحماية ضدّ تقلبات الأسعار، وتمكّنه من التنبؤ بأحوال السوق، وأخيراً قد تعود على المستهلك بعض المنافع بسبب التوفير في التكلفة التي حصل عليها كلّ من البائع والمشتري والذي قد ينعكس على سعر السلعة النهائي³.

ولا يعدّ تعسفاً في استخدام وضعيّة الهيمنة قيام صاحب المركز المهيمن بإنشاء شبكة توزيع لا يتعامل ولا يبيع إلاّ إلى هذه الشبكة، ويمتنع عن إمداد العملاء من غير أعضاء هذه الشبكة بما يحتاجونه من منتجات أو خدمات يهيمن

¹ Arrêt de la cour de cassation (ch. Commercial, financière et économique), 30 mai 2000.

² CONS. CONC, Décision N 99-D-14, du 23 février 1999, relative à des pratiques mises en œuvre par la société télédiffusion de France (TDF);

أشار إليه، سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، ص.179.

³ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.123.

على سوقها، شرط أن يتم اختيار أعضاء شبكة التوزيع بناءً على معايير موضوعية يتم تطبيقها على كلّ الموزعين دون تمييز¹.

2- الخصومات التسعيرية:

كما يطلق عليها التخفيضات أو الحسومات Les remises وهي عبارة عن خصومات تمنح للعملاء لمكافئتهم لأدائهم وشرائهم بشكل معين.

والشكل المعتاد للخصومات هي أن يمنح العميل خصومات إذا تعدت مشترياته حداً معيناً في فترة زمنية محددة، ويكون هذا الخصم إما على جميع المشتريات (خصومات بأثر رجعي) أو على المشتريات المتعدية للحدّ المطلوب (خصومات تزايدية)، وهي- كما ذكرنا- تستخدم من قبل الشركات لتشجيع الطلبات وجذب العملاء وإفادة المستهلكين، وميزتها أنها يمكن التوصل من خلالها إلى هذه لنتائج دون الحاجة إلى التضحية من قبل الشركات المسيطرة².

وبعد منح مثل هذه التخفيضات من جانب المؤسسة المهيمنة وفقاً للقوانين الأوروبية والفرنسية من قبيل الممارسات الاحتكارية المجسدة لإساءة استغلال المركز المسيطر، ولكن بشرط أن يكون الهدف منها دفع المستهلكين إلى التعامل مع المؤسسة المهيمنة وحدها، فإذا غاب هذا الهدف فإنّ هذه التخفيضات لا يكون لها أثر في إعاقة المنافسة³.

وتتنوّع أشكال هذه التخفيضات، ومن أمثلتها:

- عند قيام المؤسسة المهيمنة بتقرير تخفيضات لصالح العملاء الذين يحققون رقم مشتريات معين خلال مدة معينة، ويسمى هذا النظام بالتخفيضات الهادفة (Rabais d'objectif)، وتعتبر هذه التخفيضات تعسفاً في استغلال المركز المهيمن متى تقرر لعملاء محددين تصل مشترياتهم إلى رقم معين، في حين لا تعدّ ممارسة تعسفية إذا منحت لكلّ العملاء تبعاً لكميات التي يشتريها كلّ عميل، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة العدل أنّ هذه التخفيضات لا تمثل مخالفة إلا إذا كان الهدف منها الاستئثار بالعملاء ودفعهم إلى التعامل مع المؤسسة المهيمنة، ولذلك

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، ص.177.

² وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.284.

³ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، ص.182.

أطلق عليها البعض التخفيضات المرتبطة بهدف استمالة وجذب العملاء للشراء واحتكار التعامل معهم¹.

- ويتخذ الشكل الثاني صورة قيام المؤسسة المهيمنة بحساب رقم الأعمال الذي تمّ تحقيقه في سنة ما، ثم يقرر بعد ذلك معدل من التخفيضات تمنح لبعض العملاء، ويرتبط هذا المعدل برقم الأعمال المحقق، فكلما ارتفع هذا الأخير كلما ارتفع معه معدل التخفيضات، ويطلق على هذا النظام اسم نظام التخفيضات الكمية (Rabais quantitatifs) المرتبطة برقم الأعمال².

ويخفي التخفيض الكمي ممارسة تعسّفية في داخله، حيث يطبق وفق شروط موجهة بغرض كسب ولاء زبائن على حساب المنافسين، على سبيل المثال غياب الأسعار المتناسقة التي تأخذ بعين الاعتبار الكميات المشتراة يشكل تعسفا إذا كان مصدره مؤسسة مهيمنة³.

وتطبيقاً لذلك قرر مجلس المنافسة الفرنسي معاقبة هيئة البريد الفرنسية التي أبرمت عقوداً مع عملاء محددين تسمى بعقود grands comptes بموجبها تمنح هيئة البريد بعض التخفيضات إلى عملاء محددين عندما يتعدى رقم أعمالها معدلاً معيناً وتتناسب هذه التخفيضات طردياً مع حجم رقم الأعمال⁴.

ونشير في هذا السياق إلى أنّه إذا كانت التخفيضات الهادفة (Rabais d'objectif) يجب أن ترتبط بهدف جذب العملاء إلى الشراء من المؤسسة المهيمنة وحدها، فإنّ محكمة العدل الأوروبية تشترط في الحالة الأخرى التخفيضات الكمية، حتى تشكل تعسفاً في وضعية الهيمنة، غياب المقابل الاقتصادي المبرر لمنحها (Une contre partie économiquement justifiée)، وهو نفس الموقف الذي تبناه مجلس المنافسة الفرنسي⁵.

¹ نفس المرجع، ص.183؛ جلال مسعد، المرجع السابق، ص.156.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، ص.184.

³ مقدم توفيق، علاج الممارسات المقيدة للمنافسة- التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة في مجال الاتصالات، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011، ص.145-146.

⁴ CONS. CONC. Décision N° 04-65 du 30 novembre 2004, Relative à des pratiques mises en œuvre par la poste dans le cadre de son contrat commercial.

⁵ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، ص.184.

الفرع الثالث

الممارسات التعسفية على أساس السوق

وتضم هذه الممارسات الحد من الدخول إلى السوق (أولاً)، وخفض كمية الإنتاج أو الحد من الأسواق أو التطور الفني إضراراً بالعملاء (ثانياً)، تقسيم السوق (ثالثاً).

أولاً: الحد من الدخول إلى السوق:

من الممارسات التي قد يلجأ إليها صاحب المركز المهيمن في سبيل الحفاظ على مركزه في السوق المعني أو تدعيمه، زيادة الحواجز التي تحدّ أو تعترض دخول منافسين جدد إلى السوق، ممّا يحول دون دخول هؤلاء المنافسين إلى السوق من دون تكبّد مشقة قد تُثنيهم عن المغامرة في دخول السوق، ونص المشرّع الجزائري على هذه الممارسة وعدّها من صور التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، حيث نص على أنّ: «يحظر كلّ تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق قصد:

الحد من الدخول إلى السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها...»¹.

أمّا بالنسبة للحواجز التي تعترض أو تحدّ من الدخول إلى السوق أو ممارسة النشاطات التجارية، فهي تشير حسب جانب من الفقه إلى عدد من العوامل التي قد تمنع وتُعيق دخول متعاملين جدد إلى صناعة ما حتى في الحالات التي تحقق فيها الشركات العاملة أرباحاً مفرطة².

وهناك نوعين من الحواجز: حواجز هيكلية وأخرى سلوكية.

وتنشأ الحواجز الهيكلية من خصائص الصناعة الأساسية مثل التكنولوجيا والتكاليف والطلب على السلعة، والحواجز التي تعترض الدخول تنشأ عن الممايزة بين المنتجات، ومزايا التكلفة المطلقة التي تستفيد منها الشركات القائمة، إضافة إلى وفورات الإنتاج، فمثلاً الممايزة في المنتجات تتيح مزايا للشركات القائمة لأنّه سيكون على الداخلين الجدد التغلب على مشكلة وفرة دخول العلامات التجارية للمنتجات القائمة، كذلك الأمر بالنسبة لمزايا التكلفة المطلقة والتي تعني أنّ

¹ الفقرة 01 من المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
² فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.368.

الداخليين الجدد سيدخلون السوق مع تكبّد تكاليف أعلى لكلّ وحدة من وحدات الإنتاج والذي يكون راجع ربما لتواضع مستوى تقدمهم التكنولوجي، في حين أنّ وفرات الحجم فتقيّد عدد الشركات التي يمكن أن تعمل على أساس حد أدنى من التكاليف في سوق ذات حجم معين¹.

وتشير الحواجز السلوكية إلى سلوك الشركات القائمة، فهذه الأخيرة يمكن أن تتصرف على نحو يؤدي إلى زيادة حدّة الحواجز الهيكلية التي تعترض الدخول أو أنها تهدد بالانتقام من الداخليين الجدد إذا ما دخلوا بالفعل، كما قد تشمل أيضاً أنواع السلوك الاستباقي، فعلى سبيل المثال أن تستثمر الشركة القائمة استثماراً مفرطاً في الطاقة من أجل تهديد بإشعال حرب أسعار في حالة ما إذا حدث دخول بالفعل، أو الاستحداث المصطنع لعلامات تجارية ومنتجات جديدة من أجل الحدّ من إمكانية التقليد².

ثانياً: خفض كمية الإنتاج أو الحدّ من الأسواق أو التطور الفني إضراراً بالعملاء:

للمستهلكين مصلحة أساسية في تحقيق وفرة السلع والمنتجات، وتتحقق هذه المصلحة عندما يمكن شراء سلعة من الأسواق، غير أنّه في بعض الأحيان يُعاني السوق من نقص في السلع والمنتجات إمّا بسبب ظروف استثنائية كالحروب والأزمات، وإمّا لمحاولة البعض التأثير على قوى العرض والطلب عن طريق تقييد عمليات التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع أو التسويق للسلع أو الخدمات³، الأمر الذي دفع المشرّع إلى التدخل وسن تشريع يحظر بعض الأنشطة والاتفاقات الهادفة إلى تقييد المنافسة عن طريق عمليات التصنيع أو التوزيع أو التسويق، ونجد أنّ قانون المنافسة الجزائري نص على أنّه: «.... يحظر....»

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق والاستثمارات أو التطور التقني....»⁴.

ونلاحظ أنّ المشرّع حظر مجرد تقييد المنافسة عن طريق تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق والاستثمارات أو التطور التقني وليس الامتناع، فالامتناع عن الإنتاج أو غلق منافذ التسويق أو وقف الاستثمارات والتطور التقني هو أمر

¹ القانون النموذجي بشأن المنافسة الصادر عن هيئة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، سنة 2000، ص.41.

² نفس المرجع، ص.41؛ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.368-369.

³ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.374.

⁴ الفقرة 02 من المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلقة بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

واضح وسهل الإثبات، أمّا مجرد التقييد من الممكن أن ينطوي على سلوك خفيّ من جانب المؤسسات المتنافسة، ولذا حظر القانون هذه الممارسات.

ومن المعروف أنّ المنافسة تعمل على تعظيم الفائض الجماعي، فهي تزيد من الفاعلية (أو الكفاءة) التخصيصية (بمعنى تجميع الموارد وتوجيهها نحو إنتاج السلع التي تستجيب بدرجة أكبر لرغبات المستهلكين)، كما تعمل على تطبيق الابتكارات والمساهمة في تطويرها وهو ما يطلق عليه بالفاعلية الديناميكية¹.

في حين، تكون للاتفاقات المقيدة لعمليات التصنيع أو التوزيع أو التسويق أو الحد من توزيع الخدمات أو نوعها أو حجمها أو وضع شروط أو قيود على توفيرها آثار عكسية، وتؤدي إلى تعسف من جانب المنتجين والمشروعات الإنتاجية الكبرى على حساب رفاهية المستهلك Le bien être du consommateur من حيث الكميات المنتجة، في ظلّ هذه الظروف ستكون أدنى من تلك المنتجة في سوق تنافسية، فضلاً عن أنّ الأسعار السائدة تكون أكثر ارتفاعاً²، مع الإشارة أنّ الإساءة تظهر بشكل واضح كلما قلّت مرونة المنتج لأنّ المنتج الذي يحظى بالمرونة لا يشجع التاجر (المؤسسة) على خفض كمية إنتاجه فهو بذلك يؤدي إلى انصراف العملاء إلى المنتجات البديلة³.

من ناحية أخرى، فإنّ صاحب المركز المهيمن ونتيجة عدم وجود منافسة فعّالة نحوه في السوق، قد يتقاعس عن تطوير عمله أو رفع فاعليته أو الأخذ بالأساليب الفنية الجديدة التي يستحدثها التطور العلمي، وقد يؤدي ذلك بالعملاء إلى أداء مقابل مرتفع للخدمات أو السلع القديمة التي تقدمها المؤسسة المهيمنة، وعلى ذلك يعتبر رفض الأخذ بالأساليب العلمية الحديثة والممكنة والتي تضطر العميل إلى دفع ثمن أعلى تعتبر كذلك من قبيل التعسف في استغلال المركز المهيمن⁴.

ونجد من القضايا التي عرضت على القضاء الأوروبي قضية «Klaus HOFNER and Fritz ELESER, C. MACROTRON GMBH» حيث حصلت وكالة العمل الألمانية على احتكار قانوني يتعلق بإيجاد فرص توظيف المديرين، إلاّ أنّه من الناحية العملية كانت هناك وكالات خاصة تقدم هذه

¹ عبد الباسط وفاء، المرجع السابق، ص.03.

² وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.375.

³ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.367.

⁴ أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والأفعال الاحتكارية، المرجع السابق، ص.166.

الخدمة، ولما كانت الوكالة الألمانية غير قادرة على تقديم خدمات مرضية أو فعّالة، فقد اعتبرت أنها قد أساءت استغلال مركزها المسيطر عندما منعت الوكالات الخاصة من تقديم الخدمات إلى سوق العمل¹.

غير أنه قد يستند الحد من الإنتاج أو عدم الأخذ بالتطور الفني الحديث إلى أسباب مشروعة مما ينتفي معها مخالفة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، مثل القوة القاهرة التي تحدّ من الإنتاج أو الإضراب الذي يعطل العمل أو توقعات صاحب المؤسسة بناءً على أسباب معقولة أنّ الطلب سينخفض في المستقبل القريب².

ثالثاً: تقسيم السوق:

وتتحقق هذه الممارسة عندما يتفق المتنافسون على ممارسة العمل التجاري من قبل كلّ منافس ضمن الجزء المحدد له فقط، وهذا الجزء من السوق يمثل احتكاراً لهذا المتنافس ويخدم المصالح التجارية له حصراً دون بقية التجار (المتعاملين) الذي يتمتع كلّ منهم أيضاً بذات المركز الاحتكاري في جزء من السوق³.

وتعتبر هذه الاتفاقات أساساً اتفاقات بعدم مزاحمة الغير «لأن أبيع في جزئك من السوق إن أنت لم تبع في جزئي أنا من السوق»⁴.

ويتخذ هذا الاتفاق ثلاثة أشكال رئيسية وهي:

1. تقاسم الأسواق على أساس الإقليم الجغرافي.
2. تقاسم الأسواق على أساس الزبائن.
3. تقاسم الأسواق على أساس تحديد السلع المنتجة من قبل كلّ مؤسسة.

1- تقاسم الأسواق على أساس الإقليم الجغرافي:

¹ AFF- C 41/90/23, Avril 1991.

² وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.377؛ أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص.166-167.

³ مهند إبراهيم علي فندي، المرجع السابق، ص.77.

⁴ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.363.

ونكون أمام هذه الصورة عندما يتفق المنتجون أو الموردون لنفس السلعة على أن يختص كلّ منهم بجزء من السوق على نحو يكون لكلّ منهم الحق الحصري في توريد إلى الجزء المتفق عليه (العائد له) من السوق¹، مع الأخذ في الاعتبار ألا يبيع أيّ منهما إلى عملاء خارج الإقليم، ولا إلى عملاء قد يبيعون بدورهم المنتجات في منطقة أخرى من الإقليم².

وحتى يضمن المنتجون أو الموردون تطبيق الاتفاق يلجئون إلى وضع علامات تجارية مختلفة على ذات السلعة، بحيث يختص كلّ منهم بعلامة خاصة محمية قانوناً، وبالتالي يمكن تطبيق الاتفاق على تقاسم الأسواق من خلال منح ترخيص استثنائي مثلاً في إنتاج أو توريد السلع بحسب المناطق الجغرافية المتفق عليها³.

2- تقاسم الأسواق على أساس الزبائن (العملاء):

وتتحقق هذه الحالة عندما يشترط المورد على البائع أو الموزع أن يبيع إلى فئة معينة من العملاء مثل تجار التجزئة فقط⁴، وأسباب هذا التقسيم (للعملاء) هي رغبة المنتج في المحافظة على سمعة وجودة المنتجات أو ترويجها، أو أنّ المورد قد يرغب في أن يحتفظ لنفسه بمبيعات الجملة إلى كبار المستثمرين مثل بيع السيارات إلى مستعملي أساطيل السيارات أو البيع إلى الجهات الحكومية (مثل الوزارات)، وقد يستهدف تقاسم العملاء قصر المبيعات النهائية على منافذ معينة، كتجار التجزئة المعتمدين الذين يلبون شروطاً معينة⁵.

كما تتحقق كذلك عندما تلجأ المؤسسة المسيطرة إلى التمييز بين العملاء، بحيث تباع السلعة مثلاً بسعر منخفض إلى فئة معينة من المستهلكين (ذات الطلب المرن)، بينما تقوم برفع الثمن الذي تباع به السلعة إلى باقي الفئات (ذات الطلب غير المرن)، وهكذا يقسم السوق إلى مجموعة من الأسواق الجزئية تبعا لدرجة

¹ مهند إبراهيم علي فندي، المرجع السابق، ص.77.

² فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.369.

³ مهند إبراهيم علي فندي، المرجع السابق، ص.77.

⁴ فتحي الجلوي محمد، المرجع السابق، ص.369.

⁵ تامر صالح، المرجع السابق، ص.568.

مرونة الطلب، مثال ذلك بيع السكر أو اللين أو القطن بثمن منخفض للأغراض الصناعية والتجارية، وبثمن مرتفع للأغراض المنزلية¹.

3- تقاسم الأسواق على أساس تحديد نوع السلعة:

ويتم ذلك من خلال الاتفاق على توحيد صنف السلع المختلفة من حيث المواصفات الفنية وغيرها من أجل ضمان فرض الأسعار التي يرغبها الموردون، أو من خلال اختصاص كل منتج بإنتاج سلعة ذات مواصفات مغايرة لتلك التي ينتجها آخرون من أجل تقسيم السوق، وبالتالي فرض الأسعار على نحو يحقق مصالح جميع الأعضاء في الاتفاق، من خلال تقييد المنافسة، على سبيل المثال اتفاق دُور نشر على أن يختص كل منهم بطباعة أو نشر نوعية محددة من الكتب²، مع الإشارة إلى أن بقية السلع تخضع لحرية المنافسة³.

وعلى العموم يكون تقسيم السوق على أساس الإقليم أو العملاء من قبل صاحب المركز المهيمن الغرض منه عزل أسواق بعينها عن بعضها البعض، وبذلك يمارسون تسعيراً متميزاً وفقاً للمستوى الذي يمكن أن يتحمّله كل سوق، وفضلاً عن ذلك غالباً ما تستهدف نظم التوزيع الانتقائي منع إعادة البيع عن طريق التصدير خارج الإقليم المحدد خشية المنافسة السعرية في مناطق تحدد فيها الأسعار عند أعلى مستوى⁴.

ونظراً لخطورة هذه الممارسة على المنافسة، فقد حظرها المشرع الجزائري وذلك من خلال قانون المنافسة «يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على سوق أو احتكار لها...»

- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين...»⁵.

ونلاحظ أنّ المشرع الجزائري استعمل عبارة "اقتسام الأسواق"، فعبارة اقتسام هي أقرب للاتفاقات المحظورة منه إلى التعسف في وضعية الهيمنة «فاقتسام الأسواق» يُوحى أنّ هناك على الأقل طرفين بصدد التفاهم على اقتسام السوق، وهو أمر لا ينطبق على من يحوز مركز مهيمن في السوق الذي يفترض

¹ وليد عزت الدسوقي، المرجع السابق، ص.331.

² مهند إبراهيم علي فندي، المرجع السابق، ص.78.

³ تامر صالح، المرجع السابق، ص.568.

⁴ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، المرجع السابق، ص.42.

⁵ الفقرة الثالثة من المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

أن يكون هو صاحب الكلمة في السوق أو أنه هو من يفرض شروطه على غيره من المنافسين له في السوق والذي يفترض أنهم غير مساويين له في القوة الاقتصادية والمكانة في السوق، وتعتقد أنه من الأصوب استبدال كلمة "اقتسام" بكلمة "تقسيم" لتصبح العبارة كالتالي "تقسيم الأسواق"، الذي يمكن لمؤسسة مسيطرة أن تقوم به لوحدها دون استشارة بقية المنافسين لها في السوق المعني.

جدير بالذكر أن هذه الممارسة (اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل) سبق أن ذكرها المشرع ضمن صور الاتفاقات المحظورة في الفقرة الثالثة من المادة 06 من الأمر رقم 03-03، حيث استعمل المشرع نفس العبارة.

المطلب الثاني

القيود الواردة على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة

تضمنت مختلف القوانين المنظمة للمنافسة ما يفيد أن الحظر الواقع على الممارسات المنافية للمنافسة ليس مطلقاً أو جامداً، بل ترد عليه استثناءات عديدة لاشك أن هدفها الأساسي هو ألا يكون الحظر عائقاً أمام التطور الاقتصادي أو التقني، وقد أراد المشرع بذلك أن يأخذ بعين الاعتبار حركية وتعقد الواقع الاقتصادي التي لا تتماشى دائماً مع المبادئ والنصوص القانونية التي قد تتصف بالجمود والثبات¹.

وذكر المشرع الجزائري هذه الاستثناءات من خلال المادة التاسعة من قانون المنافسة والتي نصها: «لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له.

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، ولا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي تكون محل ترخيص من مجلس المنافسة»، هذه المادة تقابل المادة العاشرة من قانون حرية الأسعار والمنافسة الفرنسي، والتي أصبحت المادة L420-4 من القانون التجاري، وعلى عكس المشرع الفرنسي انفرد المشرع الجزائري بالنص على قيد آخر يرد على

¹ كـتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.141.

الحظر والمتمثل في التصريح بعدم التدخل الذي جاء النص عليه من خلال المادة الثامنة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

ترتibia على ما سبق نتناول الاستثناءات الواردة على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة في فرع أول، و التصريح بعدم التدخل ضمن فرع ثاني.

الفرع الأول

الإعفاء (الاستثناء) الناتج عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له

ذكرنا أنّ الحظر الوارد على التعسف في وضعية الهيمنة يرد عليه استثناء نصت عليه المادة التاسعة من قانون المنافسة الجزائري: «لا تخضع لأحكام المادتين 06 و 07 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له»¹، فمن خلال هذه المادة يمكن تبرير الاتفاق أو الممارسة المقيدة للمنافسة، وبالتالي يخرج من دائرة التجريم ليصبح مشروعاً، إذا كان التصرف نتيجة لتطبيق نص تشريعي أو تنص تنظيمي، مع ملاحظة أنّ الإعفاء يخصّ فقط الاتفاقات المحظورة الواردة بالمادة 06 والتعسف في وضعية الهيمنة المذكورة في نص المادة 07 من قانون المنافسة الجزائري، في حين أنّ مخالفة التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين المشار إليها في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة غير معنية بتطبيق أحكام المادة 09، بالرغم من أنّ ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعدّ من الممارسات التعسفية التي لا تصدر إلاّ عن مؤسسة حائز لوضعية هيمنة.

لتطبيق هذا الاستثناء (الإعفاء) هناك شروط يجب مراعاتها، تتمثل فيما يلي:

1- وجود نص تشريعي أو تنظيمي يُبرر الممارسة المقيدة للمنافسة:

يتطلب هذا الشرط أن يكون النص المبرر للممارسات المقيدة للمنافسة، ولاسيما التعسف في وضعية الهيمنة، ذو طبيعة تشريعية كالتشريع العادي، التشريع العضوي، وهي بطبيعة الحال تصدر عن السلطة التشريعية، أو أن يكون

¹ المادة 09 من الأمر 03-03.

النص القانوني صادر في شكل مرسوم رئاسي من طرف رئيس الجمهورية¹، أو في شكل نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً لنص تشريعي.

ويقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان أي المؤسسة التي تمثل الشعب²، وتستمد السلطة التشريعية هذه الصلاحية من المادة 112 من الدستور: «يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله سيادة إعداد القوانين والتصويت عليها».

أما الأوامر الرئاسية، فهي الصلاحية التي حوّلتها الدستور من خلال المادة 142 من الدستور لرئيس الجمهورية للتشريع عن طريق الأوامر الرئاسية، وذلك في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية.

بالنسبة للنص التنظيمي أو التنظيمات التنفيذية (اللوائح في القانون المصري)، فهي عبارة عن قواعد قانونية مكتوبة تضعها السلطة التنفيذية ممثل في شخص الوزير الأول³ وهي ترمي إلى تحديد كيفية تطبيق القانون أي التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، فهي تتولى تحديد المسائل التفصيلية التي لم يتناولها القانون وهذا بغرض تطبيقه، وغنى عن البيان أنّ هذا الاختصاص أو هذه الصلاحيات تمثل الوظيفة الأصلية والتقليدية للسلطة التنفيذية التي تتولى اتخاذ التدابير اللازمة لتطبيق القانون، وفي كثير من الأحيان ينص القانون صراحةً على أنّ كفاءات تطبيقه تحدد عن طريق التنظيم .

ويتمّ عادةً العمل بالإعفاء الناجم عن نص قانوني في بعض حالات الأزمة والتي تتطلب تدخل السلطات العمومية بغرض ضبط السوق، وهناك العديد من التدابير التي من شأنها إحداث آثار مقيّدة للمنافسة مثل وضع برنامج توقعي على

¹ نصت المادة 142 من الدستور الجزائري على ما يلي: «لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية...»، صدر الدستور الحالي في 28 نوفمبر 1996، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، الجريدة الرسمية، عدد 76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

² علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، طبعة 2010، ص.216.

³ تنص الفقرة 02 من المادة 99 من الدستور الجزائري: «..... 2- يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات».

حسب منافذ التسويق، تحديد حجم الإنتاج، وضع قيود لدخول متعاملين جدد، تثبيت أسعار بيع المواد الأولية¹.

ويطبق الإعفاء (الاستثناء) الممنوح بموجب نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له بطريقة صارمة *D'une façon restrictive*، وذلك بالتفسير الحرفي والضيق للنص والابتعاد عن التأويل أو البحث عن نية المشرع، وهذا راجع إلى أنّ القواعد التي ترخص بمثل هذه الممارسات ستحدّ من الحق في حرية التصرف، والتي يتفرع منها مبدأ حرية المنافسة الحرة، لهذا السبب تشدّد مجلس المنافسة الفرنسي عند تطبيق هذا الاستثناء، حيث اعتبر أنّ الممارسة أو الاتفاق لكي يرخص به يجب أن يكون نتيجة دعوى بسيطة، لذلك نادراً ما تتحقق هذه الوضعية بالرغم من أنّ العديد من المؤسسات تمسكت بهذا الاستثناء لتبرير ممارساتها المقيدة للمنافسة².

كذلك الشأن بالنسبة للنص التنظيمي الذي اتخذ تطبيقاً لقانون، فهو لا يتعلق بجميع التنظيمات الصادرة عن السلطة التنفيذية مثل المناشير والتعليمات والأوامر والمتحركات، بل يخص فقط النصوص التنظيمية التي تتضمن كفاءات تطبيق قانون أو أمر رئاسي *Ordonnance* ولهذا يتعيّن على مجلس المنافسة دراسة كلّ حالة على حدة وأن يكون تفسيره لهذه النصوص بكيفية ضيقة *Restrictive*، ولقد اعتبرت سلطة المنافسة الفرنسية في اجتهاداتها أنّ القرار الوزاري المتخذ تطبيقاً لمرسوم (وليس نص تشريعي) لا يمكن أن يبرر ممارسة منافية للمنافسة³.

ويجب أن يكون تفسير النص الذي يقرر الاستثناء وبالتالي الإعفاء من الحظر مفهوماً في إطار محدد مثلاً بالنسبة للمنشور الإداري فيجب - حتى نعتبره تبرير للتعسف في وضعية الهيمنة - أن يكون تفسيراً رسمياً *Formel* للتشريع الساري المفعول⁴، وهكذا لا يمكن على سبيل المثال التمسك ببروتوكول توقيع بين نقابة وفدرالية وجمعية رياضية ووزير الشباب والرياضة كون هذا البروتوكول لا يعتبر نصاً ذا طابع تنظيمي⁵.

¹ ZOUAIMIA. R, Le droit de la concurrence, op.cit, p.140.

² مختور دليّة، المرجع السابق، ص.42.

³ ZOUAIMIA. R, Le droit de la concurrence, op.cit, p.140.

⁴ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.143.

⁵ CONS. CONC, déc. N 94-D-40-28 juin 1994;

أخيراً يجب أن يكون النص القانوني الذي يتمسك به أصحاب الممارسة المقيدة للمنافسة، لتبرير تعسفهم سابقاً عن صدور تلك الممارسة، فلا يمكن أن يطبق نص قانوني أورد إعفاء لممارسة منافية للمنافسة- مثل التعسف في وضعية الهيمنة- بأثر رجعي *Rétroactive* لتصبح تلك الممارسة مشروعة، كذلك الأمر بالنسبة للإقرار (*La confirmation*) التشريعي أو التنظيمي اللاحق لارتكاب الممارسة، فلا يمكن أن يؤدي إلى استبعاد تطبيق الجزاء على من تسبب فيها، على الأقل الفترة السابقة على دخول النص التشريعي أو التنظيمي حيّز التنفيذ¹.

2- أن تكون الممارسة المرتكبة نتيجة حتمية وضرورية لنص تشريعي أو تنظيمي:

يجب أن تكون الممارسة المرتكبة نتيجة مباشرة وضرورية للالتزام قانوني أنشأه النص التشريعي أو التنظيمي، فهناك علاقة سببية مباشرة بين النص القانوني أو التنظيمي والممارسة المنافية للمنافسة².

فوفقاً لهذا الشرط يتعيّن أن يكون النص القانوني أو التنظيمي قد وضع قاعدة تنزع صفة عدم المشروعية عن الممارسة المرتكبة وتجعلها مستثناة من تطبيق قانون المنافسة، وهذا يتطلب بدون شك أن يكون النص الذي يتمسك به صاحب الممارسة لتبرير سلوكه واضحاً لا لبس فيه، بمعنى ألا يختلف حوله بقراءات قانونية متعارضة أو متناقضة، فوضوح النص القانوني وصراحته من أهمّ السمات التي يجب أن يكون عليها النص القانوني القاضي بإعفاء ممارسة معينة من تطبيق الأحكام الردعية لقانون المنافسة، ولهذا اعتبر من دون جدوى التمسك بالمبررات التالية:

- إذا لم يتخذ النص التنظيمي مباشرة لتطبيق نص قانوني.
- التذرع بإطلاع الإدارة الوصية على هذه الممارسة.
- حصول تشجيعات *Incitations des encouragements* موافقات عن جهات إدارية مثل التعليمات التي تصدرها الإدارة العامة للطرق في فرنسا إلى إتحاد صانعي الأدوات العاكسة للضوء المثبتة على جانبي الطريق والتي وافقت بموجبها

أشار إليه، كتو محمد الشريف، نفس المرجع.

¹ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.41.

² نفس المرجع.

على الممارسات التي يقوم بها الإتحاد بهدف بسط نوع من الرقابة والتحكم في سوق هذه المنتجات¹.

- بالاعتماد على تفسير روح القانون أو افتراض ممارسة مقيدة للمنافسة أنها مفيدة².

إذن العلاقة المباشرة بين الممارسة المحظورة والنص القانوني أو التنظيمي هي التي تؤدي إلى استفادة الممارسة من هذا الاستثناء، فهي كما يعبر عنها الفقه نتيجة حتمية *Conséquence inéluctable* للنص القانوني الذي يبرر ذلك السلوك³، واستقر القضاء الفرنسي على أنّ أحكام الفقرة الأولى من المادة L420-4 من القانون التجاري لا تطبق إلا إذا كانت الممارسات أو الاتفاقات التي من شأنها تقيّد المنافسة نتيجة مباشرة ولازمة لتطبيق النص التشريعي أو التنظيمي⁴، فإذا لم تكن الإساءة (التعسف) كذلك، بل وقعت نتيجة اعتناق تفسير واسع للنص كإعمال التفسير بناءً على روح القانون فإنّها لا تكون إساءة معفاة وإنما محظورة وتقع تحت طائلة قانون المنافسة⁵.

ويثور التساؤل حول المتعامل العمومي ومدى استفادته من امتيازات خاصة من حيث المعاملة بالمقارنة مع المتعاملين الخواص؟.

يرى جانب كبير من الفقه أنّ المتعامل العمومي لا يمكن له أن يستفيد من معاملة خاصة أو رحيمة فهو سيكون على قدم المساواة مع المتعاملين الخواص

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.200.

² «C'est en vain que les parties tentent de faire justifier des pratiques anticoncurrentielles:

- Par un texte réglementaire qui ne serait pas directement pris pour l'application d'une loi;

- Par la connaissance qu'une administration de tutelle avait de ces pratiques;

- Par les encouragements ou incitations qu'elle y'avait apportés;

- Par l'esprit d'un texte qui sans y craindre vraiment induirait des pratiques anticoncurrentielles ou les présumerait bénéfiques », D. Brault, op.cit, N°653, p.306.

³ مختور دليّة، المرجع السابق، ص.42.

⁴ Décision N01-D-55 du 21 septembre 2001, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de remboursement complémentaire à l'assurance maladie.

⁵ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.200.

عند تطبيق أحكام قانون المنافسة بما فيها التفسير الضيق والصارم للنصوص القانونية والتنظيمية التي يتمسك بها لتبرير سلوكه التعسفي¹.

3- دور هيئات المنافسة في تفسير هذه النصوص:

الأکید أنّ التمسك بنص مُعفى من تطبيق أحكام قانون المنافسة عند ارتكاب ممارسة منافية لأحكامه لن يترك في متناول المتعاملين التجاريين، بل يخضع دائماً لرقابة مجلس المنافسة عندنا أو سلطة المنافسة L'autorité de la concurrence في فرنسا.

فمجلس المنافسة هو من يضطلع بهذا الدور وله في ذلك سلطة واسعة، ويكون ذلك بدراسة كلّ حالة على حدة مع ضرورة التقيد بالتفسير الضيق للنص القانوني أو التنظيمي².

وتساؤل البعض حول صلاحية سلطة المنافسة في فرنسا في إبداء رأيها حول مدى مشروعية النص القانوني المعفى من تطبيق أحكام قانون المنافسة.

ويرى البعض أنّ مجلس المنافسة (سلطة المنافسة في فرنسا) باعتباره سلطة إدارية مستقلة وليس هيئة قضائية يمنع عليه تنصيب نفسه قاضياً للمشروعية وإبداء رأيه حول مدى مشروعية النص القانوني القاضي بالإعفاء من تطبيق أحكام قانون المنافسة أو حتى عن طريق إقامة دعوى أمام القضاء³.

غير أنّ هذا لا يمنع مجلس المنافسة من بسط رقابته على مدى انطباق النص القانوني المعفى على الممارسة المرتكبة من عدمه⁴، وذلك عن طريق البحث عن وجود العلاقة المباشرة بين الممارسة المحظورة والنص القانوني.

¹ «Aujourd'hui encore cette possibilité d'exemption ne fait pas l'objet d'une interprétation différente à l'égard des opérateurs publics, ceux-ci ne bénéficient pas d'une application plus clémente par rapport à leurs homologues privés », Mongowachon, op.cit, N°929, p.55.

² ZOUAIMIA. R, Le droit de la concurrence, op.cit, p.140.

³ «Le statut d'autorité administrative et non juridictionnelle du conseil de la concurrence lui interdit de se faire juge de la légalité d'un tel texte, en tous cas par voie d'action », D. Brault, op.cit, N°658, p.308.

⁴ «Il lui appartient en effet de vérifier si de telles pratiques sont couvertes par les dispositions de l'ordonnance, et si le texte législatif ou réglementaire prévoit

ثانياً: الإغفاء الناجم عن المساهمة في التقدم الاقتصادي أو التقني:

ورد ذكر هذا الاستثناء من خلال الفقرة 01 من المادة L420-1 من التقنين التجاري الفرنسي والتي تقضي بأنه: «لا تخضع لأحكام المادتين L420-1 و L420-2 الممارسات المقيدة للمنافسة إذا افلح أصحابها في إثبات أنها تستهدف وتسهم في التقدم الاقتصادي وكانت تلك الممارسات توفر للمتعاملين جزء عادلاً من التقدم الناتج عنها، ودون أن تمنح المؤسسة المستفيدة إمكانية إقصاء المؤسسات الأخرى عن المنافسة في نصيب جوهرى من سوق المنتجات المعنية»، وهي تقابل المادة التاسعة من قانون المنافسة الجزائري¹.

ويهدف المشرع عموماً من وراء قواعد المنافسة، إلى ضمان تحقيق أمرين أساسيين في نفس الوقت:

- يتمثل الأول في إيجاد تلاؤم أفضل للإنتاج مع الاحتياجات؛
- ويتمثل الثاني في استخدام أحسن للموارد من أجل إشباع حاجيات المستهلكين، ويتعذر في بعض الظروف تحقيق الأهداف السابقة إلا عن طريق الممارسات المنافية للمنافسة، ولهذا من أجل أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار تلك الجوانب الإيجابية لهذه الممارسات، يُجيز تلك الممارسات ويغض الطرف عنها لكونها تتفق مع المصلحة العامة وذلك لفترة معينة نتيجة لذلك يصبح التعسف في وضعية الهيمنة مبرر بواسطة القانون لأنه يساهم في التقدم الاقتصادي ويمحو عنه الطابع المنافي للمنافسة².
- وللحكم على ممارسة ما أنها تساهم في التقدم الاقتصادي أم لا، يجب توافر مجموعة من الشروط للاحتجاج به، إضافة إلى بحث مسألة عبء إثبات التقدم الاقتصادي.

1- شروط التقدم الاقتصادي:

قسّم جانب من الفقه شروط التقدم الاقتصادي إلى صنفين، شروط ذات طابع إيجابي، وشروط ذات طابع سلبي³.

expressément une telle exemption», ZOUAIMIA. R, Le droit de la concurrence, op.cit, p.141.

¹ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة، المرجع السابق، ص.145.

³ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.201.

أ- الشروط ذات الطابع الإيجابي:

وهي تشمل شرط تحقيق التقدم الاقتصادي، واستفادة المستهلكين استفادة عادلة من ثمرة هذا التقدم.

أ-1: تحقيق التقدم الاقتصادي:

يكون الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة مبرر ومغفياً من توقيع الجزاء، إذا كان من شأنه تحقيق تقدم اقتصادي، ويرى البعض إلى أنّ المشرع لم يسُن هذا الإعفاء إلاّ لإدراكه أنّ القواعد المنظمة للمنافسة لا تنظر إلى المنافسة كهدف في حدّ ذاته، وإنّما تراها وسيلة لتحقيق الكفاية والفعالية الاقتصادية¹. فهدف قانون المنافسة باعتباره أحد أهم القوانين التي يقوم عليها القانون الاقتصادي بالدرجة الأولى تحقيق المصلحة العامة، فإذا كان من شأن الممارسات التعسفية الصادرة عن مؤسسة محتكرة أن تؤدي إلى تحقيق نمو اقتصادي يُفيد المجتمع ككلّ فلا مجال أن تسلط العقوبة على مرتكبيها شريطة ألاّ تؤدي إلى استبعاد المنافسة كليةً من السوق².

في نفس السياق، وحتى يكون التقدم الاقتصادي المدعى به سبباً لإباحة عرقلة وتقييد المنافسة يتطلب الأمر أن يكون ملموساً وإيجابياً وكافياً، وذلك على النحو التالي:

- أن يكون التقدم الاقتصادي ملموساً: بالنظر إلى الآثار الخطيرة التي من الممكن أن يحدثها إعفاء المؤسسة المهيمنة من الحظر على التعسف تحت ذريعة تحقيق تقدم اقتصادي، يجب أن تكون النتائج التي تترتب عن الدراسة الاقتصادية للممارسة أن تبين أنّ المساهمة في التقدم الاقتصادي بلغت درجة ملموسة، ولا يكفي أن يكون للممارسة المعنية غرض يرمي إلى تحقيق ذلك التقدم بأن كان مثلاً في صورة مشروع لم ينفذ بعد³، فالعبرة إذن ليست بالنوايا بل بالتجسيد الفعلي للتقدم الاقتصادي على أرض الواقع.

- يجب أن تكون النتائج المترتبة عن الدراسة الاقتصادية للاتفاق إيجابية: فلا يكفي أن ترمي الممارسات إلى مجرد تجسيد أو تجنب عراقيل معينة، لأنّ التقدم

¹ جلال مسعد، المرجع السابق، ص.178.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.202.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.149.

الاقتصادي يوجد عندما يوجد تجديد كتغيير أنماط معينة وأوضاع سابقة أي تغيير من الحسن إلى الأحسن وهكذا.

- يجب أن يكون التقدم الاقتصادي الناتج عن الاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة كافيًا: لا يخفى أنّ إباحة التعسف في وضعية الهيمنة بسبب تحقيق التقدم الاقتصادي سيكون له عواقب سلبية على المنافسة لذا يجب أن تكون الفوائد التي يمكن جنيها من التطور الاقتصادي تفوق المساوى التي ترتبها الممارسات المنافسة على المنافسة¹.

- تحسين الإنتاجية:

فلا عقاب ولا حظر على الممارسات التعسفية التي يكون من شأنها خفض أسعار سلعة أو منتج ما، وتحسين ظروف توزيعه تقديم خدمات جديدة للمنتجين أو الموزعين، تنمية الطلب على هذه السلعة، تخفيض مصاريف النقل أو التخزين أو الشحن أو التفريغ أو التوزيع².

ولتحقيق تحسين الإنتاجية لابدّ من تقليل الفرق بين الكمية المنتجة والعمل المبذول والنفقات التي صرفت، كما يمكن تحقيقها بتخفيض النفقات العامة³.

وفي قضية تتلخص وقائعها في وجود مجموعة من الشركات تتمتع بمركز مسيطر في مجال إنتاج الغاز السائل، هذه المجموعة أساءت استغلال مركزها المسيطر، وتمثلت الإساءة في إلزامها الشركات الموزعة باستخدام أنابيب من إنتاجها هي دون استخدام أنابيب غاز كانت تستعمل من الشركات الموزعة من قبل، فاعتبرت الإساءة في هذه الحالة مبررة لأنّ من شأنها تخفيض نفقات التوزيع وتحقيق أمان أكبر لصالح الموزعين والمستهلكين⁴.

- تحسين ظروف السوق:

تعفى من الحظر الممارسات الاحتكارية التي تؤدي إلى تنمية الصادرات وتحسين الخدمات المقدمة إلى العملاء مثل تقديم وسائل دفع جديدة أو تسهيل الحصول على ضمانات بنكية أو فتح اعتمادات بنكية وغيرها من وسائل الدفع⁵.

¹ نفس المرجع.

² سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.202.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.146.

⁴ CONS- CONC. 4 juin 1991, N 91-D-29, Secteur de la distribution du GPL.

⁵ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.203.

- تحسين التشغيل:

يعتبر عنصر تحسين التشغيل عنصراً حديثاً أضافه المشرع الفرنسي بمقتضى القانون رقم 2001-420 الصادر في 15 ماي 2001 المتعلق بـ «Nouvelle régulation économique»، والذي اعتبر أنّ استهداف خلق فرص عمل أو دعم فرص العمل القائمة مندرجاً ضمن التقدم الاقتصادي¹.

ولقى هذا الموقف إشادة من قبل الفقه الفرنسي، حيث اعتبر هذا الأخير أنّ المشرع وسع من مفهوم التقدم الاقتصادي الذي لم يعد يشمل الجانب الاقتصادي فحسب، بل أصبح يضمّ الجانب الاجتماعي².

وأشارت المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري لهذا العنصر: «يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنّها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل...»³.

إذن، فالممارسات التعسفية تعدّ مستثناة من تطبيق الحظر إنّ هي ساهمت في خلق وظائف جديدة أو حافظت على الوظائف الموجودة، فما فائدة التطور الاقتصادي الذي لا يخلق فرص عمل جديدة أو يساهم في التخفيف من حجم البطالة.

أ-2: حصول المستهلكين على نصيب عادل من الفائدة التي تتولد عن التقدم الاقتصادي:

يعتبر التقدم الاقتصادي مبرراً إذا حصل المستهلكون على نصيب عادل من الفائدة التي تنتج عن التقدم الاقتصادي، ونكون أمام هذه الحال عندما يترتب على الممارسات الاحتكارية تخفيض في الأسعار أو الحد من ارتفاعها إذا كانت في

¹ حسين الماحي عبده، حظر إساءة استخدام الوضع المسيطر منع الاحتكار التعسفي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد الثالث والثلاثون، أبريل 2003، ص.216.

² «La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de saluer cette réforme comme le reflet d'une avancée de la logique sociale dans cette charte de la concurrence qu'est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », Mongowachon, op.cit, N°934, p.555.

³ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

تساعد مستمر، أو عندما يترتب عليها تحسين جودة المنتجات أو تحسين ظروف تسويقها أو توزيعها أو تحسين خدمة ما بعد البيع¹.

وعليه، فاستثناء الممارسات من المنع لا يسمح به إلا إذا كان التقدم الاقتصادي المستند إليه يقيد الجماعة في مجملها دون أن يكون حكراً على المؤسسات التي أوجدته².

وفي هذا الصدد، قرر مجلس المنافسة الفرنسي في قضية شركة La société de déménagement DAMACO عدم إمكانية إفادة الشركة بأحكام المادة 02/10 لأن الممارسات التي اتهمت بها عادت بالفائدة على مساهمي الشركة فقط دون مستعملي خدماتها³.

ب- الشروط ذات الطابع السلبي:

فإذا أمكن تحقيق هذا التقدم بسلوك طريق آخر غير هذه الممارسات، فإن هذه الأخيرة تقع تحت طائلة القانون واستحق بالتالي مرتكبيها العقاب، فعلى سبيل المثال لا يمكن لمؤسسة ما القيام بممارسات تعسفية مقيدة للمنافسة تسهم في تحقيق التقدم الاقتصادي إذا كانت هذه المؤسسة تمتلك تكنولوجيا متقدمة أو إذا كانت تمتلك قدرة تنافسية ضخمة تمكّنها من تحقيق هذا التقدم بدون اللجوء إلى القيام بممارسات تعسفية ضارة بالمنافسة⁴.

1- عدم القضاء كليةً على المنافسين في السوق:

يجب ألا تؤدي الممارسة إلى القضاء على المنافسة في جزء جوهري من السوق، فالتطور الاقتصادي يمكن أن يبرر شيئاً من تقييد المنافسة، ولكن لا يقبل أبداً القضاء عليها⁵.

وللوقوف على ما إذا كانت الممارسة الاحتكارية تؤدي إلى تقدم اقتصادي وفي نفس الوقت لا تستبعد المنافسة بشكل كلي، يكون من الضروري إجراء مقارنة وموازنة بين الأضرار التي تلحقها تلك الممارسات بالمنافسة، وبين التقدم

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.204.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.149.

³ CONS. CONC. 30 juin 1993, N93-D-27, société DAMACO;

أشار إليه، كتو محمد الشريف، المرجع نفسه.

⁴ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص.205.

⁵ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.156.

الاقتصادي الذي تحقق، فإذا زاد حجم التقدم الاقتصادي على الأضرار التي تترتب عنها حتى وإن كانت على المدى البعيد عُدت هذه الممارسات إلى استبعاد المنافسة كليا من السوق المحددة قانوناً¹.

ولم يتعرض التشريع الجزائري المتعلق بالمنافسة إلى هذا الشرط عكس التشريع الفرنسي الذي أكد عليه بعد أن نص صراحةً في المادة 2, L420-4-1 من التقنين التجاري، حيث قضى مجلس المنافسة الفرنسي أنه يجب التماس التقدم الاقتصادي على المدى البعيد وليس القريب، فإذا أثبت مرتكبي الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة أن التقدم الناجم عنها سوف يكون له وقع ومدى بعيد سيستفيدون من الإعفاء من العقوبة واستبعاد تطبيق القانون على ممارساتهم التعسفية².

2- إثبات التقدم الاقتصادي الذي تضمنته الممارسات:

القاعدة العامة في الإثبات- كما هو متفق عليه- أن البيّنة على من ادّعى، وما يمكن ملاحظته بالنسبة للنشر الجزائري، فإذا هذا الأخير ومن خلال الفقرة الثانية من المادة 09 جعل عين الإثبات على عاتق أصحاب هذه الممارسات والاتفاقات وذلك أثناء إبلاغ مجلس المنافسة بها عند نص الأمر 03-03 على أنه: «يرخص بالاتفاقات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي...».

كذلك الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي نص صراحةً على أن عين الإثبات يقع على مرتكب الممارسة المنافية للمنافسة.

«Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique.... » alinéa 2 article L420 code de commerce Français».

ويكون على مرتكبي هذه الممارسات إثبات أن الممارسات تتضمن فوائد اقتصادية وأنّها كافية لتعويض ما أحدثته الممارسات من أضرار بالمنافسة³.

وُشير في الأخير إلى أن هذا الإثبات يكون أمام مجلس المنافسة الجزائري طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 09 من الأمر رقم 03-03¹.

¹ سامي عبد الباقي، إساءة استغلال المركز المسيطر، المرجع السابق، ص. 206.

² جلال مسعد، المرجع السابق، ص 181.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 148.

الفرع الثاني

التصريح بعدم التدّخل

إضافةً إلى الاستثناءات التي جاء بها المشرّع الجزائري من خلال المادة التاسعة من قانون المنافسة، أورد المشرّع قيداً آخر على الحظر من ارتكاب الممارسات الاحتكارية، وذلك من خلال المادة الثامنة التي نصها: «يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناءً على طلب المؤسسات المعنية واستناداً إلى المعلومات المقدمة له، أنّ اتفاقاً أو عملاً مديراً أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و7 أعلاه لا تستدعي تدخلاً...»

تحدد كفاءات تقديم الاستفادة من أحكام المادة السابقة بموجب مرسوم².

وبالتمعّن في نص هذه المادة نلاحظ أنّ المشرّع قد منح للمتعاملين في السوق إمكانية تقديم طلب مسبق بغرض الحصول على تصريح بعدم التدخّل من مجلس المنافسة بالرغم من ارتكاب إحدى الممارسات المنصوص عليها من خلال المادة 6 و7 وهي تتعلق بالاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة، وأحال تحديد كفاءات تقديم الاستفادة من أحكام المادة 08 من قانون المنافسة إلى التنظيم³.

وفعلاً صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخّل يخص الاتفاقات ووضعية الهيمنة⁴، وتناول هذا المرسوم تضامين الحصول على التصريح بعدم التدخّل وذلك من خلال تعريفه، والأشخاص المؤهلة لتقديم طلب التصريح وكذا كفاءات تقديم الطلب ودراسة بناءً على ما سبق، سندرس من خلال هذا الفرع إجراءات الحصول على التصريح بعدم التدخّل (أولاً)، ثم نتعرض لأوجه الاختلاف بين الاستثناء الواردة بالمادة التاسعة من قانون المنافسة وبين التصريح بعدم التدخّل المنصوص عليه من خلال المادة الثامنة من نفس القانون (ثانياً).

¹ «لا يستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كان محل ترخيص من مجلس المنافسة».

² الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

³ أنظر الفقرة 02 من المادة 08 من الأمر رقم 03-03.

⁴ الجريدة الرسمية رقم 35 لسنة 2005، ص.....

تناول المرسوم التنفيذي رقم 05-175 أحكاماً تفصيلية للتصريح بعدم التدخل، وعلى ضوء أحكام هذا المرسوم، سنتناول تعريف التصريح بعدم التدخل، الأشخاص المؤهلين لتقديم الطلب لنختم بالبث في الطلب.

أولاً: ماهية التصريح بعدم التدخل:

قصد الإحاطة بمفهوم التصريح بعدم التدخل يتعين التصريح لتعريفه وكذا الهدف منه زيادة على الأشخاص المؤهلين لتقديمه.

أ- تعريف التصريح بعدم التدخل:

عرّفت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 05-75 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق بأنه: «تصريح يسلمه مجلس المنافسة بناءً على طلب المؤسسات المعنية، يُلاحظ المجلس بموجب عدم وجود داعٍ لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و7 من الأمر رقم 03-03...».

ونشير إلى أنّ القانون الجزائري تأثر بما توصل إليه الإتحاد هذا الأخير كان قد صدر عن مجلس الوزراء اللائحة رقم 17-62 المؤرخة في 06 فيفري 1962، والذي دخل حيّز التنفيذ في 13 مارس 1962، ونصت المادة الثانية من هذه اللائحة على أنّ طلبات الشهادة السلبية *Les demandes d'attestation négative* هو نظام يطبق على التعسف في وضعية الهيمنة، ويعتبر الإتحاد الأوروبي أنّ الدوافع في تقديم هذا الطلب هي إثبات أنّ الحالة التي بُلغت بها اللجنة الأوروبية للمنافسة تفلت من تطبيق المادة 85 فقرة 01 أو المادة 86: «المتعلقتان على التوالي بالاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة»¹.

ويبدو أنّ المشرّع الجزائري قد تأثر بالتشريع الأوروبي، والذي كرّس هذا الإجراء في الحالات التي تكون فيها الممارسات قد تؤثر على المنافسة، لكن بصورة لا تستدعي متابعة العون الاقتصادي، كذلك تنطبق هذه الحالة عندما تعجز المؤسسة المعنية على تكييف الممارسة التي تريد القيام بها، فلا يمكننا نتيجة لذلك

¹ قوسم غالبية، المرجع السابق، ص.75.

الحكم على الممارسة أنها محظورة أم لا، فهذا يتدخل مجلي المنافسة لإبداء رأيه حول سلامة الممارسات من عدمها¹.

ولهذا يعتبر تدخل مجلس المنافسة أنه إجراء وقائي كونه لا يتدخل إلا بناءً على طلب المؤسسات المعنية وفقاً لما نصت عليه المادة الثامنة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة².

ونلاحظ من خلال عنوان النص التنظيمي أنه أشار من خلال العنوان إلى أنه يهدف إلى تحديد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، فالنص المذكور لم يُوفق في العبارات المستعملة عند استخدامه عبارة "الاتفاقات ووضعية الهيمنة على اللتان لا تعدان محظورة إلا إذا اقترنتا بممارسات معنية، وما يهمننا هنا هو وضعية الهيمنة، فقد سبق أن رأينا أنها غير محظورة في ذاتها بل أنّ المحذور هو التعسف في استغلالها، وذلك بإثبات سلوك أو ممارسة تنبئ عن التعسف في وضعية الهيمنة والذي ذكرت بعض صوره من خلال المادة 07 من قانون المنافسة، وكان يجب أن يُصاغ عنوان الرسوم التنفيذي رقم 05-175 كما يلي: «المحدد لكفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة على السوق»، وذلك حتى ينسجم مع نص المادة الثامنة من الأمر رقم 03-03 وكذا مضمون النص التنظيمي نفسه.

ب- الهدف من التصريح:

يهدف هذا الإجراء بحسب بعض الدارسين إلى إتاحة الفرصة أمام المؤسسات الناشطة في السوق الجزائري إلى الاستفادة من الخبرة المادية لمجلس المنافسة، وذلك بالنظر لتزايد تعقيد قواعد نظم المنافسة وقطاع الأعمال بصفة خاصة، إضافةً إلى عدم إلمام المؤسسات العاملة في السوق بهذه القواعد التنظيمية، علاوةً على مساهمة هذا الإجراء في خفض عدد الملفات وبالتالي النزاعات المعروضة على طاولة مجلس المنافسة، فتقديم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل، سيُمكن لا محالة المؤسسات المعنية من تجنب الوقوع في مخالفة قانون المنافسة وتطبيق أحكام الردعية، كما سيؤدي إلى الكفّ عن تقديم الشكاوى ضدّ هذه

¹ نفس المرجع.

² مختور دليّة، المرجع السابق، ص.111.

المؤسسات من قبل غيرها من المنافسين في السوق المعني أو من قبل مجلس المنافسة من تلقاء نفسه¹.

ج- الأشخاص المؤهلون لتقديم الطلب:

نصت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 75 على أنه: «تقدم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل المؤسسة أو المؤسسات المعنية.

كما يمكن أن يقدمه ممثلو هذه المؤسسات الذين يجب أن يستظهروا تفويضاً مكتوباً يبيّن صفة التمثيل المخوّلة لهم»².

ونلاحظ على صياغة هذه المادة أنها جاءت غير دقيقة ويكتنفها الخلط في استعمال المصطلحات، فنجد النص التنظيمي في الفقرة الأولى من المادة الثالثة يُصرّح بأنّ تقديم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل يقدم من قبل المؤسسة أو المؤسسات المعنية، ثم يعود في الفقرة الثانية ويصرّح أنّ نفس الطلب يمكن أن يقدمه ممثلو هذه المؤسسات الذين يستظهروا تفويضاً مكتوباً يبيّن صفة التمثيل المخوّلة لهم.

حيث أنّ النص أخلط بين المؤسسة كشخص طبيعي والمؤسسة كشخص معنوي، ولم يفرق بينهما، فإذا كانت المؤسسة ممثلة في شخص طبيعي فبإمكان هذا الأخير تقديم الطلب بنفسه، وتفويض غيره للقيام بذلك عن طريق تفويض مكتوب يبيّن صفة التمثيل المخوّلة له، في حين أنّ المؤسسة كشخص معنوي، فكونها شخص اعتباري ليس له وجود مادي ملموس فلا يمكن نتيجة لذلك أن يقدم الطلب بنفسه، بل يتعيّن أن يقدمه وجوباً من ينوب عنه قانوناً مثل المدير أو الممثل القانوني، فكان على النص التطبيقي أن يفرق ما بين المؤسسة التي تتمثل في شخص طبيعي وأخرى التي هي عبارة عن شخص معنوي. بناءً على ما سبق، فالطلب يمكن أن يقدم من أحد الأشخاص الآتية:

- من الشخص الطبيعي سواء قدم الطلب بنفسه أو عن طريق تفويض غيره كتابياً لإثبات صفة التمثيل أمام مجلس المنافسة لإيداع ملف التصريح بعدم التدخل.

¹ لعور بدرة، المرجع السابق، ص. 74-75.

² المادة 03 المرسوم التنفيذي 05-175.

- من الشخص المعنوي، هذا الأخير ينوب عنه دائماً من يعبر عن إرادته سواء أكان مسيراً أو مديراً أو ممثلاً قانونياً أو شخص طبيعى آخر فوضته الجمعية العامة القيام بذلك، كما هو الشأن بالنسبة للشركات التجارية، مع إجرامية استظهار ما يثبت صفة التمثيل لإيداع ملف التصريح بعدم التدخل.
- بالنسبة للمؤسسات الأجنبية أو ممثليها المفوضين بالإضافة إلى ما ذكر آنفاً عليهم أن يبينوا عنواناً في الجزائر¹.

1- تقديم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل:

يمرّ طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل بمراحل دقيقة أشار إليها بوضوح المرسوم التنفيذي رقم 05-175، فتبدأ بتكوين الملف الذي يشتمل على وثائق محددة، ثم إيداع الملف لدى مجلس المنافسة لتختتم العملية بدراسة الملف والبت في الطلب على النحو التالي:

أ- تكوين الملف المتعلق بطلب الحصول على التصريح بعدم التدخل:

وفقاً لأحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يتكون الملف من الوثائق التالية:

1-1: طلب مؤرخ وموقع من المؤسسات المعنية أو ممثليهم المفوضين قانوناً حسب النموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي المذكور آنفاً:

ويتمثل الطلب على المعلومات التالية:

- هوية صاحب الطلب: هذا البيان يجب أن يوضح ما يلي:
 - بيان تسمية أو عنوان الشركة والشكل القانوني والعنوان الكامل للمؤسسة.
 - إذا تمّ تقديم الطلب من ممثل عن المؤسسة يجب بيان اسم الممثل ولقبه وعنوانه وصفته مع إرفاق الطلب بسند التوكيل.
 - بيان عنوانه بالجزائر، وهو يخص المؤسسات الأجنبية.
- هوية المشاركين الآخرين: وهو يخص حالة تعدد الأطراف المودعة للطلب وهي تتعلق على الأرجح بالاتفاقات المحظورة.
- موضوع الطلب: إذا كان يتعلق باتفاق أو بوضعية هيمنة.

¹ الفقرة 03 من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-75، المرجع السابق.

يجب أن يُرفق الطلب بتصريح الموقعين يحمل الصيغة الواردة في المرسوم رقم 175-05 والتي نصّها: «يصرّح الموقعين أدناه أنّ المعلومات المقدمة أعلاه وكذلك المعلومات المقدمة في جميع الوثائق والمستندات المرفقة بالطلب صحيحة ومطابقة للواقع وأنّ التقديرات والأرقام والتوقعات تمّ بيانها وتقديمها بالطريقة الأقرب إلى الحقيقة، واطلعوا على أحكام المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424هـ الموافق لـ19 يوليو سنة 2003م والمتعلق بالمنافسة»¹.

ثم يختتم الطلب بذكر المكان والتاريخ وكذا التوقيع والصنف وتفادياً لأيّ تصريح كاذب أو مخالف للحقيقة قد يُدلى به الموقعين أو أحدهم أحال المرسوم التنفيذي إلى المادة 59 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة²، وبالإطلاع على مضمون المادة 59 يتبيّن أنّ مجلس المنافسة بإمكانه إقرار غرامة لا تتجاوز 800.000 د.ج بناءً على تقرير المقرر، ضدّ المؤسسات التي تتعمّد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تتهاون في تقديمها، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحدّدة من قبل المقرر³.

أ-2: استمارة معلومات ترفق بالطلب عنوانها "استمارة معلومات للحصول على التصريح بعدم التدخل":

بالرجوع إلى الملحق الثاني من المرسوم والذي تضمن نموذج استمارة المعلومات المذكورة أعلاه، نجد أنها تتضمن ثلاثة عناصر مهمّة وهي:

العنصر الأوّل: المعطيات المتعلقة بالمؤسسة أو المؤسسات المشاركة في الطلب: ويشمل هذا العنصر:

- **وضعية المؤسسة أو المؤسسات في السوق، ويتمّ من خلالها التعرّف على وجود ارتباط للمؤسسة حسب مفهوم المادة 16⁴ من الأمر رقم 03-03 في حالة**

¹ البند رقم 03 من الملحق الأوّل المتعلق بطلب الحصول على التصريح بعدم التدخل صادر عن مجلس المنافسة طبقاً لأحكام المادة 08 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

² أنظر آخر الملحق الأوّل المذكور أعلاه.

³ المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁴ تنص المادة 16 من الأمر 03-03 على أنّه: «يقصد بالمراقبة المذكورة... المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة...».

الإيجاب، بمعنى وجود هذه الارتباطات تبين التسمية أو عنوان الشركة كاملاً لكل مؤسسة وحصيلتها المالية الأخيرة.

- رقم الأعمال: تحديد رقم الأعمال المحقق خلال السنة المالية السابقة في السوق لكل مؤسسة في حالة التعدد، وعند الاقتضاء في الأسواق الخارجية وبيان رقم الأعمال المحقق لكل مؤسسة بخصوص السلع والخدمات المعنية بالطلب.

العنصر الثاني: السوق المعنية:

ويوضح من خلال هذا العنصر ما يلي:

- طبيعة السلع أو الخدمات المعنية بالطلب، وتشمل بيان السلع والخدمات البديلة، بيان إن كانت السلع خاضعة لتنظيم خاص، بيان إن كان استيراد السلع والخدمات حراً.
- أسماء وعناوين المؤسسات الموجودة في نفس السوق، وتشمل هذه الأخيرة: بيان التسهيلات أو الصعوبات المتعلقة بدخول السوق، بيان أسماء وعناوين الزبائن الموجودين في نفس السوق، إضافة إلى بيان البعد الجغرافي.

العنصر الثالث: دوافع الطلب: ويتضمن:

- بيان المزايا التي تستفيد منها المؤسسات المعنية بالطلب.
- تحديد مدة الطلب.
- بيان الأسباب التي يمكن أن يمس فيها موضوع الطلب بقواعد المنافسة.
- بيان الأسباب التي لا يهدف تصرف المؤسسة أو المؤسسات المعنية إلى عرقلة حرية المنافسة في نفس السوق، أو الحد منها أو تعطيلها.
- بيان مزايا الطلب التي يمكن أن ينعكس على المنافسة وعلى المستعملين والمستهلكين.

أ-3: إثبات الصلاحيات المخولة للشخص أو الأشخاص المفوضين الذين يقدمون طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل:

وهو يتعلق بحالة تقديم الطلب من قبل ممثل شخص معنوي أو من غير الشخص الطبيعي المعني بالأمر.

أ-4: نسخة مصادق على مطابقتها للأصل من القانون الأساسي للمؤسسة أو المؤسسات الأطراف في طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل.

أ-5: نسخ من الحصائل المالية (BILANS) الثلاث الأخيرة ومصادق عليها من محافظ الحسابات أو نسخة واحدة من حصيد السنة الأخيرة إذا كان تأسيس المؤسسة أو المؤسسات المعنية لا يتجاوز ثلاث (03) سنوات.

مع الإشارة إلى إمكانية تقديم ملف واحد إذا كان الطلب مشتركاً¹.

ب- إيداع الملف:

بحسب أحكام المادة الخامسة ولاسيما الفقرة الثانية: «يُودع ملف طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل لدى الأمانة العامة لمجلس المنافسة مقابل وصل استلام، أو يرسل إليه بواسطة إرسال موسى عليه²، وحسب نص المادة الخامسة الفقرة الأولى: «يرسل الملف المذكور بالمادة 04 أعلاه في خمس (05) نسخ، ويجب أن تكون الوثائق المرفقة بالطلب نسخاً أصلية، أو يجب أن يكون مصادقاً على مطابقتها للأصول إذا كانت نسخاً مصورة»، ويحمل وصل الاستلام عند إيداع الطلب رقم تسجيل الطلب المقدم³.

ج- البث في الطلب:

طبقاً لأحكام المادة السادسة من المرسوم التنفيذي المكور آنفاً، يمكن المقرر أثناء دراسة الملف أن يطلب من المؤسسة المعنية أو ممثليها المفوضين إطلاعهم بمعلومات أو مستندات إضافية يراها ضرورية، غير أنّ هذا لا يمنع أن تطلب المؤسسات المعنية أو ممثلوها المفوضون بأن تكون بعض المعلومات أو بعض المستندات المقدمة محمية بسر الأعمال Couverts par le secret des affaires، ففي هذه الحالة يجب أن ترسل أو تودع المعلومات أو المستندات بصفة منفصلة ويجب أن تحمل فوق كلّ صفحة من عبارة "سرية الأعمال"⁴.

ويُعاب على النص التنظيمي أنّه لم يتضمن أيّ ميعاد لدراسة الملف من قبل المقرر ولا أيّ ميعاد للردّ على

¹ المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المرجع السابق.

² المادة 02/05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المرجع السابق.

³ الفقرة الأخيرة من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المرجع السابق.

⁴ المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المرجع السابق.

وفي حالة صدور قرار يرفض الطلب بإمكان المؤسسة أو المؤسسات المعنية اللجوء إلى تقديم طعن أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة الغرفة التجارية طبقاً للمادة 63 من الأمر 03-03.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التصريح بعدم التدخل والاستثناءات الواردة بالمادة التاسعة من الأمر رقم 03-03:

يعتبر كلّ من التصريح بعدم التدخل والاستثناءات الواردة بالمادة التاسعة من الأمر رقم 03-03 (الإعفاء الناتج عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي والتعسف الذي من شأنه تحقيق تقدم اقتصادي، من الأسباب التي تزيل عن الممارسة¹ المرتكبة من قبل المؤسسة المهيمنة صفة التجريم، وهذا قد يُوحى بأنهما متشابهان في حين أنّهما مختلفان من عدّة نواحي، نذكر منها:

- في حالة تقديم طلب التصريح بعدم التدخل يلاحظ مجلس المنافسة أنّ الممارسة التي عرضت عليه (مثلاً وضعية الهيمنة) لا تتوفر فيها شروط معاقبتها أي الشروط المنصوص عليها ضدّ أحكام قانون المنافسة، فهو يستنتج أنّ الاتفاقات والتعسف في وضعية الهيمنة تحدّ من المنافسة لكن دون أن يكون لها أثر محسوس في السوق، وعلى التدقيقي من ذلك فإنّ مجلس المنافسة يُعاين توفر شروط معاقبة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، ومع ذلك يُعفي المؤسسة من توقيع الجزاء، بالنظر إلى أنّ مزايا هذه الممارسات تتعدى الآثار السلبية التي تنجم عنها²، ويقع على عاتق المؤسسة المدعيّة- المتمسكة بتطبيق الإعفاء- إثبات المزايا وأنها تتفوق على الآثار السلبية.

- عند تطبيق أحكام المادة الثامنة (08) من قانون المنافسة، يمنح مجلس المنافسة تصريحاً بعدم التدخل، أمّا عند تطبيق المادة التاسعة من نفس القانون فهو يقدم ترخيصاً³.

- اعتبر التصريح بعدم التدخل كإجراء وقائي وبيداغوجي، لأنّ تقديم الطلب أمام مجلس المنافسة ودراسته سيمكّن المؤسسات التي تخشى الإخلال بقواعد المنافسة أن تطلب من المجلس أن يُبدي رأيه وينظر في مدى مشروعية الممارسة الصادرة عن المؤسسة وبالتالي منح التصريح بعدم التدخل إذا رأى لذلك

¹ قوسم غالبية، المرجع السابق، ص.79.

² جلال مسعد، المرجع السابق، ص.247.

³ مختور دليلة، المرجع السابق، ص.112.

ضرورة¹. أمّا بالنسبة للإعفاءات المنصوص عليها في المادة التاسعة (09)، فالضرر اللاحق بالمنافسة أكيد وليس محل شك لاسيما بالنسبة للإعفاء الناتج عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، أمّا الإعفاء الناتج عن التقدم الاقتصادي وإن كان الضرر اللاحق بالمنافسة أكيداً إلا أنّ مزايا التي يحققها تطغى على آثاره السلبية.

- نظم المشرّع أحكام الحصول على التصريح بعدم التدخل بصفة دقيقة ولاسيما من حيث الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على التصريح مثل الوثائق المطلوبة وشكل الطلب ودراسته والملحقات التي تضمنت جميع البيانات التي يتعيّن مراعاتها، وكان ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 05-175 سالف الذكر، في أنّ المشرّع اكتفى بالنسبة للاستثناءات المنصوص عليها من خلال المادة التاسعة بعبارة: «لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة»²، دون أن يُحيل إلى نص تنظيمي يحدد كيفية تطبيق هذا النص.

ونلاحظ أنّه بالرغم من كلّ هذه الاختلافات إلا أنّهما يتفقان بشأن السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها مجلس المنافسة للبت سواء في الترخيص الوارد في المادة التاسعة من الأمر المتعلق بالمنافسة أو بالنسبة للتصريح بعدم التدخل.

وسيق لمجلس المنافسة الجزائري أن عرضت عليه بهذا الخصوص قضية واحدة أي ما يعادل 05% من مجموع الإحالات³.

وفضّل مجلس المنافسة تسميتها الشهادة السلبية بدل طلب التصريح بعدم التدخل⁴، وهي تتعلق بطلب تقدمت به شركة ASTRA فرع FIAT تفرض تسليم شهادة سلبية⁵، حيث أنّ مجلس المنافسة بعد توصله بذلك الطلب خلص إلى أنّ: «الأمر يتعلق بصفقة عمومية تمّ الحصول عليها من قبل الشركة ASTRA من منطلق دراسة مقارنة لعطاءات الأسعار، وحيث لجنة الصفقات لدى ENAGEO اشترطت قبل التوقيع على عقد شراء المركبات الصناعية تسليم "أسترا"

¹ نفس المرجع.

² المادة 02/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

³ مجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة 2015 رقم 06، ص.44.

⁴ هي الترجمة الدقيقة و السليمة لعبارة «Attestation Négative» الواردة في الأمر رقم 03-03 باللغة الفرنسية.

⁵ قضية رقم 20/2013 المتضمنة طلب تسليم شهادة سلبية من قبل شركة ASTRA فرع مجموعة FIAT، النشرة الرسمية للمنافسة 2015 رقم 06، ص.39-47.

ASTRA لشهادة السلبية بالمعنى الذي تنص عليه المادة 08 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم الخاص بالمنافسة والمرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لطرق الحصول على شهادة السلبية الخاصة بالتفاهات ووضعية المهيمن على السوق،

بعد ملاحظة أنّ النصين المذكورين أعلاه لا ينطبقان على هذه الحالة (صفقة عمومية)، وملاحظة أنّ المتقدم إلى عرض عمومي للعطاء لا يمكن أن يخضع إلاّ لبنود وشروط دفتر الشروط التي أعطيت له، فإنّ مجمع المجلس أعلن قانونياً أنّ طلب شهادة السلبية المطلوبة من طرف "أسترا" ASTRA من مجلس المنافسة غير مؤسس قانوناً».

الفصل الثاني:

متابعة التعسف في وضعية الهيمنة

التعسف في وضعية الهيمنة باعتباره من الممارسات المقيدة للمنافسة يخضع للمتابعة الإدارية التي تتم أمام مجلس المنافسة، هذا الأخير أو كل له المشرع مهمة معاينة هذه المخالفة و تسليط العقاب على مرتكبيها متى توفرت شروط ذلك. ووضع المشرع مجموعة من الإجراءات التي يتعين احترامها من قبل المجلس و الأطراف و التي تشكل ضمانا لسلامة قراراته و عدالتها. هذه الإجراءات تبدأ بمرحلة الإخطار الذي يتلقاه المجلس من قبل أشخاص مؤهلين ذكرهم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وفق أشكال معينة، ثم بعد تلقي الإخطار تبدأ مرحلة التحقيق في موضوع الإخطار من قبل المقرر الذي يعينه مجلس المنافسة فيقوم بجملة من التحريات و التحقيقات و تلقي تصريحات الأطراف و الإطلاع على وثائقهم و مستنداتهم و كذا دفوعهم ليخلص إلى إعداد تقريره الأول الذي يعقبه تقرير المأخذ الذي يرسل إلى الأطراف لإبداء دفوعهم و ملاحظاتهم عند الإقتضاء ثم يحال الملف إلى المجلس للبت فيه و إصدار قرار بشأنه مراعيًا في ذلك مجموعة من الإجراءات من حيث النصاب القانوني للأعضاء الحاضرين إضافة إلى المداولة و هكذا، تم بعد إصدار قراره يكون هذا الأخير قابلا للطعن أمام القضاء العادي ممثلا في الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، وقرار الغرفة قابل هو الآخر للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، و ذلك بإتباع الإجراءات المنصوص عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و لدراسة المتابعة الإدارية الموكلة للمجلس المنافسة ارتأينا تقسيم هذا الفصل إل مبحثين.

الأول: إختصاص في مجلس المنافسة في مباشرة المتابعة الإدارية .
الثاني: البث في القضايا المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة.

المبحث الأول:

إختصاص مجلس المنافسة في مباشرة المتابعة الإدارية

أناط المشرع بمجلس المنافسة سلطة مباشرة المتابعة الإدارية ضد مرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة باعتبارها إحدى للممارسات المقيدة للمنافسة، و نظم أحكام المتابعة الإدارية و قسمها إلى عدة مراحل، و هي مرحلة الإخطار و التي يتم عن طريقها تحريك المتابعة الإدارية ضد مرتكب مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة، ثم تليها مرحلة التحقيق التي يقوم بها أشخاص مؤهلون وفق إجراءات

محددة ، و سنتعرض ضمن هذا المبحث إلى إخطار مجلس المنافسة (المطلب الأول) ثم التحقيق (في مطلب ثان).

المطلب الأول:

إخطار مجلس المنافسة

الإخطار هو إعلام مجلس المنافسة بوقائع معينة، كأن تتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة من أجل إتخاذ الاجراءات الضرورية التي يخولها له القانون.¹ يعد الإخطار بمثابة الوسيلة التي وضعها المشرع بيد من يدعى وجود ممارسة منافية للمنافسة لاسماع صوته لمجلس المنافسة ليتحرك هذا الأخير مستخدما الصلاحيات التي منحها له القانون المنافسة قصد وقف هذه الممارسات و توقيع الجزاء عل مرتكبها ، و إن كان البعض قد عاب على المشرع استخدام عبارة " إخطار " تعبير عن عرض القضية أمام مجلس المنافسة ، و عدم إستعماله عبارة " إدعاء " لاسيما و أن مصطلح " إخطار " مع أنه يبدو مناسباً في حالة الإحالة من قبل الوزير المكلف بالتجارة، أو بعض الهيئات الأخرى، فإن مصطلح " الإدعاء " يصلح أكثر للمؤسسات المتضررة من النزاع بصفة مباشرة، كون هذه الأخيرة ستكون في وضع المشتكي، في حين كلمة " إخطار " لا تنسجم مع هذه الحالة.

من جهة ثانية فإن المشرع لم يتردد في إستعمال مصطلحات تعبر أكثر عن وجود إدعاء منها عن وجود إخطار، من هذه المصطلحات نذكر مثلاً: الطلبات، الشكاوى، الدعوى، و العرائض.²

و لدراسة الإخطار سنتعرض إلى الأشخاص المؤهلين لتقديم الإخطار ثم شكل الإخطار،

شروط قبول الإخطار و آثار الإخطار، و ذلك على النحو التالي:

أولاً: الأشخاص المؤهلين لتقديم الإخطار:

نصت الفقرة الأولى المادة 44 من قانون المنافسة

¹ عيساوي محمد، القانون الاجرائي للمنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005/2004، ص. 75.

²لعويجي عبد الله، بوخروية حمزة ، اختصاصات مجلس المنافسة الجزائري، مداخلة أقيمت بمنافسة انعقاد الملتقى الوطني. حرية المنافسة في القانون الجزائري يومي 3-4 أبريل 2013 جامعة باجي مختار – عنابة – كلية الحقوق و العلوم السياسية.

" يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس منافسة، و يمكن المجلس أن ينظر القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك" و نصت الفقرة الثانية من المادة 35 التي أشارت إليها المادة 44 أعلاه " يمكن أن يستشير أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية و الهيئات الاقتصادية و المالية و المؤسسات و الجمعيات المهنية و النقابية و كذا جمعيات المستهلكين¹" على ضوء المادتين المذكورتين أنفا يمكننا أن نستخلص أن الأشخاص الذي يحق لهم تقديم الإخطار محددتين على سبيل الحصر، و لا يمكن نتيجة لذلك لشخص من غير المذكورين في هاته المواد تقديم الإخطار أمام مجلس، و تنحصر هذه الأشخاص في: الوزير المكلف بالتجارة و مجلس المنافسة من تلقاء نفسه، أو بإخطار من المؤسسات أو الهيئات المذكورة في المواد 01/44 و 02/35 و هي الجماعات المحلية و الهيئات الاقتصادية و المالية و المؤسسات و الجمعيات المهنية و النقابية إضافة إلى جمعيات المستهلكين. و عليه نتناول هؤلاء الأشخاص تباعا:

1- وزير التجارة:

باعتبار وزير التجارة عضوا للحكومة و مكلف بالسهر على حماية النشاط التجاري و حماية المنافسة في السوق خوله المشرع تقديم الإخطار و ذلك لحماية النظام العام الاقتصادي من أي تهديدات تمسه لاسيما باتيان ممارسات منافية للمنافسة، و منها التعسف في وضعية الهيمنة، و قد اكدت على ذلك المادة 44 الفقرة الأولى من قانون المنافسة، علاوة على المرسوم التنفيذي رقم 02-454-المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة المعدل و المتمم، ووفقا لهذا المرسوم التنفيذي تتمثل بعض مهام وزير التجارة حسب المادة الرابعة في:

- " اقتراح كل اجراء من شأنه تعزيز قواعد و شروط ممارسة منافسة سليمة و نزيهة في سوق السلع و الخدمات.

- ينظم الملاحظة الدائمة للسوق و يقوم بتحليل هيكله و يعاين الممارسات غير الشرعية الهادفة إلى إفساد المنافسة الحرة و يضع حدا لها بالتنسيق مع الهيئات العامة²"، و التي من ضمها مجلس المنافسة.

¹الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مرجع سابق.

²المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي 11-04 المؤرخ في 9 يناير 2011 الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2011، و بموجب للمرسوم التنفيذي رقم 14-18 المؤرخ في 21 يناير 2014 الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 2014.

أما في فرنسا فقد خول التشريع الفرنسي للوزير المكلف بالإقتصاد سلطة إخطار سلطة المنافسة، و يتم هذا الاخطار عادة بعد قيام المحققين التابعين لوزارة الاقتصاد بالتحقيق في ممارسة منافية للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة، و يقوم المدير العام للمنافسة و الاستهلاك و قمع الغش، بإجراء الاخطار عن طريق رسالة يحررها و يوقعها بالنيابة عن وزير الاقتصاد و بتفويض منه¹، و نشير بأن الوزير المكلف بالاقتصاد مؤهل لاخطار سلطة المنافسة الفرنسية بناء على المادة L.462-5 من التقنين التجاري الفرنسي.

2- مجلس المنافسة من تلقاء نفسه:

يمكن لمجلس المنافسة أن يبادر بالإخطار من تلقاء نفسه كما عبرت عنه المادة 44 من قانون المنافسة² و هو ما يطلق عليه بالإخطار التلقائي أو الذاتي، إذا بإمكان مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط المنافسة في السوق أن يخطر نفسه بنفسه بشأن الوقائع التي يقدر أنها تمس بالمنافسة، دون أن ينتظر ذلك من أحد الأشخاص أو الهيئات المخولة قانونا إخطاره بشأنها³، و حسب البعض فإن الإخطار التلقائي سيمكن مجلس المنافسة من إحباط و إفشال فرضية إنسحاب مقدم الإخطار أثناء دراسة الوقائع، و هذا يضمن للمجلس مواصلة فحص الإخطار، و هذا يحقق مراقبة أحد القطاعات الاقتصادية⁴ و نشير في نفس السياق إلى أن مجلس المنافسة غير ملزم بتعليل قراره بالإخطار التلقائي، و لا تبيان الأسباب و الدوافع التي جعلته يتخذ هذا القرار، و عدم تعليله لا يعد مساسا بقواعد الإنصاف التي تقتضيها المحاكمة العادلة، هذا ما توصلت إليه محكمة إستئناف باريس⁵.

3- المؤسسات:

يمكن لأي مؤسسة أن تخطر مجلس المنافسة عن الممارسات الصادرة عن مؤسسة في وضعية هيمنة، و التي تهدف أو يمكن أن ينجم عنها إخراجها من السوق أو منعها من الفوز بصفقة عمومية⁶.

نشير إلى أنه لم يكن للمؤسسات حق الإخطار قبل صدور أمر 01 ديسمبر 1986 في فرنسا، فقد كانت المؤسسات سابقا تستر وراء جمعيات المستهلكين التي كان

¹ جلال مسعد، المرجع السابق، ص. 321.

² " ... و يمكن لمجلس المنافسة أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه " الفقرة الأولى المادة 44 من الأمر 03-03 مرجع سابق.

³ لعلور بدر، مرجع سابق ص 338.

⁴ كنو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق ص 279.

⁵ لعلور بدر، مرجع سابق ص 338.

⁶ جلال مسعد مرجع سابق ص 323.

لها حق إخطار لجنة المنافسة و ذلك للإبلاغ عن ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة.¹

و ينبغي التوضيح أن مفهوم المؤسسات لا يتعلق فقط بالمؤسسة المشكلة في الصورة شركة، بل يمتد إلى المؤسسات الفردية، نتيجة لذلك فإن عبارة المؤسسات الواردة في المادة 01/44 لا تستبعد الأشخاص الطبيعية من فئة الأشخاص المؤهلين لتقديم الإخطار أمام مجلس المنافسة² و من إجتهادات مجلس المنافسة في هذا الشأن نجد قضية تتعلق ب استغلال وضعية المهيمن المجسدة ببيع تمييزي و التي كان قد رفعها المدعو " سليمان مجيد " الذي كان يمارس نشاط توزيع المياه المعدنية، ضد شركة " إيفري " المختصة في إنتاج و تسويق المياه المعدنية، و تم إدانة الشركة المذكورة بغرامة مالية، و هذا يدل على أن مجلس المنافسة قبل الإخطار بالرغم من أنه قدم من قبل شخص طبيعي المتمثل في المدعو " سليمان مجيد"³.

4- الجماعات المحلية:

لم يوضح قانون المنافسة المقصود بالجماعات المحلية، غير أننا نعتقد أن الجماعات المحلية يقصد بها الولاية و البلدية على حد سواء، و أوكل قانون المنافسة لهذه الجماعات المحلية مهمة إخطار بأي انتهاك أو ممارسة منافية للمنافسة، و يرجع ذلك أن الجماعات المحلية عادة ما تقوم بالإعلان عن صفقات عمومية التي يحكمها كما نعلم قانون الصفقات العمومية⁴، هذا الأخير حذر هو الآخر من ممارسات منافية للمنافسة لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة.

5- الهيئات المالية و الإقتصادية:

يقصد بالهيئات الإقتصادية مجموعة سلطات الضبط القطاعية في كل من المجال الإقتصادية و المالي، بالإضافة إلى المؤسسات المالية – المصارف – حيث يمكن لهذه الهيئات إخطار المجلس المنافسة إذا ثبت لديها وقوع ممارسات مقيدة للمنافسة ارتكبت في واحد من القطاعين.⁵

6- الجمعيات المهنية و النقابية:

و تضم الجمعيات النقابية و المهنية فئة معينة تمارس نشاط إقتصادي و تدافع عن مصالح الفئة التي تعمل في ذلك النشاط، الجمعيات النقابية أو مهنية للصيادين، أو

¹ كتو محمد شريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق ص 278 – 279.

² نفس المرجع.

³ قضية 25/2003 بتاريخ 21 أفريل 2003، سليمان مجيد ضد شركة إيفري، منشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 6 لسنة 2015 ص 46.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام - ج ر مؤرخة في 20/01/2015.

⁵ جلال مسعد مرجع سابق ص 323.

الصيداللة، أو التجار سواء الجملة أو التجزئة المستوردين و الصناعيين... إلخ، فقانون المنافسة قد خول هذه الجمعيات و بالنظر لدفاعها عن مصلحة أعضائها أن تقدم إخطار إلى مجلس المنافسة كل ما هددت ممارسة معينة المنافسة في السوق المعني.

7- جمعيات المستهلكين:

لا يمكن تجاهل الدور الكبير الذي أصبحت تقوم به جمعيات حماية المستهلكين في الوقت الحالي في كشف الممارسات المنافية للمنافسة في السوق، و ذلك بالنظر إلى العمل الكبير الذي تقوم به الميدان و احتكاكها المباشر مع الفاعلين في السوق و كذا مع جمهور المستهلكين، علاوة على الحملات التي تقوم بها من حين لآخر بهدف توعية المستهلك و كشف كل تلاعب في السوق، لهذا ضمها المشرع إلى الفئات المؤهلة لتقديم الإخطار أمام مجلس المنافسة، حتى أنها كما مر معنا – أسبق من حيث الصلاحية تقديم الإخطار من المؤسسات.¹

ثانيا: خصائص الإخطار:

يمتاز الإخطار بخاصتين، الأولى: الإخطار يكون مكتوبا، أما الثانية أنه إختياري.

1- الطابع المكتوب للإخطار:

أهم خاصية يتميز بها الإخطار أنه يكون مكتوبا و لا يقبل بالتالي الإخطار الشفهي، و يجد هذا سنده في المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم و سير مجلس المنافسة، الذي نص من خلال المادة الثامنة منه " يخطر المجلس بعريضة مكتوبة ترسل إلى رئيس المجلس.

تحدد كليات إخطار المجلس بموجب نظامه الداخلي"²

و عملا بأحكام من المرسوم التنفيذي رقم 11 – 241 صدر عن مجلس المنافسة القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.³

و على ضوء كل من المرسوم التنفيذي 11-241 النظام الداخلي لمجلس المنافسة سنحدد الجهة المنوط بها تلقي الإخطار – و بيانات الإخطار.

أ- الجهة المنوط بها تلقي الإخطار:

بحسب أحكام المادة الثامنة من المرسوم 11-241 يتم إخطار المجلس بعريضة مكتوبة ترسل إلى رئيس المجلس المنافسة، و وفقا للمادة السابعة من النظام الداخلي: يجب ايداع الإخطارات المنصوص عليها في المادتين 35 فقرة 2 و 44

¹ كـتـو محمد الشريف الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق 279.

² المرسوم التنفيذي رقم 11 – 241 المؤرخ في 10 يوليو سنة 2011 يحدد تنظيم و سير مجلس المنافسة معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 15-79 المؤرخ في 8 مارس سنة 2015 ج ر عدد 39 لسنة 2011.

³ انظر النشرة الرسمية للمنافسة رقم 03-2014 ص 4-12.

من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، أو إرسالها عن طريق رسالة مضمونة مع وصل استلام إلى مجلس المنافسة في أربع نسخ. و يتم إيداع الإخطارات على مستوى مكتب النظام العام لمجلس المنافسة، الأمانة العامة طوال أيام الدوام الرسمي. مع الإشارة إلى أن الطلب يجب أن يوجه دائماً إلى رئيس المجلس.¹

ب-بيانات الإخطار:

تكفلت المادة الثامنة من النظام الداخلي بذكر بعض البيانات التي يتعين أن يحتويها الإخطار و التي جاءت كما يلي:

-صفة و مصلحة صاحب الشكوى:

نلاحظ أن مجلس المنافسة قد إستعمل لفظ "شكوى" بدل "إخطار" المذكورة في الأمر 03-03 و المرسوم التنفيذي رقم 11-241، و هو أمر يثير التساؤل!، و بالنسبة لصفة صاحب الشكوى فهي لا تثير أي لبس كون صاحب الشكوى يجب عليه أن يثبت فقط أنه أحد الأشخاص المذكورين على سبيل الحصر سواء في المادة 44 أو الفقرة الثانية من المادة 35.

في حين أن مصلحة صاحب الشكوى قد تثير صعوبة لاسيما بالنسبة للجماعات المحلية.

-تحديد أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، التي تدعى صاحب الشكوى أنه تم خرقها.

فإذا تعلقت الممارسة المنافسة للمنافسية بالتعسف في وضعية الهيمنة فعلى الشاكي، ذكر أحكام المادة السابعة من الأمر 03-03، علاوة على ذكر صورة التعسف الصادر عن مؤسسة مثلا رفض البيع أو البيع المرتبط و هكذا، و لا يخفى أن على صاحب الإخطار أن يثبت أن الممارسة صادرة عن مؤسسة في وضعية هيمنة. علاوة على ذكر صورة التعسف الصادر عن مؤسسة مثلا رفض البيع أو البيع المرتبط و هكذا.

-عرض الوقائع التي تميز هذا الإنتهاك و الظروف الأخرى ذات الصلة لاسيما التي لها علاقة بالقطاع و المنطقة الجغرافية المعنية و المنتجات و الخدمات

¹ يجب إيداع الطلبات الأراء و الإخطارات المنصوص عليها في المادتين 35 فقرة 2 و 44 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل و المتمم، المتعلق بالمنافسة، أو إرسالها عن طريق رسالة مضمونة مع وصل بالاستلام إلى مجلس المنافسة في أربعة (04) نسخ إلى العنوان التالي: مجلس المنافسة الى السيد: رئيس مجلس المنافسة 42 و 44 شارع محمد بلوزداد وزارة العمل، الطابق الثامن - الجزائر.

يجب ايداع طلبات الأراء و الإخطارات على مستوى مكتب النظام العام لمجلس المنافسة، الأمانة العامة طوال أيام الدوام الرسمي، بين الساعة 9:00 صباحا و 16:00 مساءً

المتأثرة و الشركات المعنية و أيضا السياق القانوني و الإقتصادي ذو الصلة، في فرنسا صدر قرار مؤرخ في 30 مارس 2009 يتضمن النظام الداخلي لسلطة المنافسة، و طبقا لأحكام المواد 9 و 10 منه، يجب أن يعرض الاخطار المدعي الوقائع التي تمثل الخرق المدعى به، و كذا باقي الظروف المفيدة لتقييمه مع تحديد القطاع و الاقليم المعني، المنتوجات أو الخدمات التي تم المساس بها، المؤسسات المعنية أو المحتوى القانوني أو الاقتصادي المرجعي¹

- هوية و عناوين الشركات أو الجمعيات التي يسند إليها صاحب الشكوى هذه الخروق، في حالة ما إذا كان بإستطاعته تحديد هويتها، و يتعلق هذا البيان بالتعريف بالمشتكى منه من حيث هويته سواء كان شخص طبيعى معنوي. عام أو خاص جمعية أو شركة تجارية و هو بيان غير إجباري فإذا تعذر على الشاكي تحديد هوية المشتكى منه فلا يؤدي ذلك إلى عدم قبول الإخطار.

- ضرورة توقيع الإخطار:

كما ألزمت المادة 19 من القانون الداخلي الأطراف بتوقيع الإخطارات المودعة لدى مجلس المنافسة، و يمكن أن يوقع الأخطار سواء من قبل الممثل الذي فوضوه، أو المحامي الذي تم تحديده كموطن مخاطر، كما نصت المادة على أنه " يجب توكيل الممثل بموجب إتفاقية موقعه من قبل الموكل و الوكيل، أو بواسطة عقد توثيقي، في حين أعفت المحامى من أي توكيل طبقا للمادة 06 من القانون 07-13 المنظم لمهنة المحاماة².

- ذكر عنوان صاحب الإخطار (الشكوى)

في الحقيقة لم يذكر النظام الداخلي صراحة بيان العنوان في الإخطار و إنما يمكن إستنتاجه ضمنا من أحكام المادة 20 من النظام الداخلي التي نصها " كل مراسلات المجلس نحو أي طرف ترسل إلى مقراتهم الإجتماعية أو إلى العناوين المشار إليها في الإخطار أو إلى الموطن المختار طبقا للمادة 27 إذ يتعين على أي طرف أو ممثل مفوض أو المحامى الذي انتخب لديه الموطن، أن يبلغ المجلس فورا بأن تغيير في العنوان، تحت طائلة عدم التذرع بهذا التغيير مستقبلا " فعلى ضوء هذه المادة، يمكننا أن نستنتج ضمنا أن الإخطار يتضمن عنوان صاحب الإخطار، و هو بيان مهم و لا يمكن تجاهله.

¹ Autorité de concurrence décision 30 mars 2009, portant adoption du règlement interieur de l'autorité de la concurrence.

أشار اليه: قوسم غالبية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص. 297.

² المادة 19 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة مرجع سابق.

و نشير إلى أنه في الحالة التي يكون فيها الإخطار مرفقا بوثائق ملحقة به، بهدف الوقوف على الوقائع و العناصر المفيدة الأخرى التي تسمح بتقييمها، ألزمت المادة التاسعة من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، بأن تكون هذه الوثائق مسبقة بجدول إرسال un Bordereau يتضمن رقم كل وثيقة موضوعها و عنوانها أو طبيعتها و عدد الصفحات التي تتضمنها.

كما يجب أن تكون هذه الوثائق الملحقة مرتبة وفق رقم متسلسل ، كما يجب تقديم جدول الإرسال والوثائق الملحقة في أربعة (04) نسخ¹ وفي الأخير بعد إستقاء جميع البيانات المذكورة ، يتم تسجيل الإخطار و الوثائق الملحقة به من قبل مديرية الإجراءات، و توسم بطابع يدل على تاريخ إستلامها أو إيداعها ، ويقابل التسجيل منح وصل إستلام من قبل مديرية الإجراءات ، يتضمن وصل إستلام تاريخ التسجيل ، رقم القضية وموضوعها ، والتي يجب على الأطراف ذكرها في جميع مراسلاتهم لاحقاً².

أما بالنسبة لسلطة المنافسة في فرنسا، فعملاً بأحكام المواد R.463-1 و R.463-2 من التقنين التجاري الفرنسي و المعدلة بموجب الأمر 1161-2008 المؤرخ في 13 نوفمبر 2008، يتم إخطار سلطة المنافسة الفرنسية عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الإشعار بالاستلام أو عن طريق إيداعها لدى مكتب الإجراءات، و التي يمكن أن تكون مرفقة بوثائق ملحقة، و يتعين إيداع الإخطار في أربعة نسخ و يشمل جملة من البيانات و هي: موضوع الإخطار و النصوص القانونية سواء الوطنية أو نصوص الاتحاد الأوروبي، و التي يستند عليها المخطر دعماً لطلبه، علاوة على أسماء و القاب، الشكل الاجتماعي، النشاط و العنوان، المقر الاجتماعي للطالب.

2- الطابع الإختياري للإخطار:

يثور التساؤل حول مدى إلزامية الإخطار، أو بمعنى آخر هل الإخطار إجباري لوضع حد لممارسة منافية للمنافسة و لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة، أم يمكن لمن يدعى وجود الممارسة التعسفية سلوك طريق آخر لوقف هذه الممارسة؟، بالنظر إلى النصوص القانونية و على وجه التحديد قانون المنافسة لا يعد الإخطار السبيل الوحيد بل يمكن للضحية اللجوء مباشرة للقضاء أو استخدام الطريقتين معاً، و عليه نتناول من خلال الفقرة التالية مبدأ الإختيار ثم القيود الواردة عليه.

¹المادة 09 من نظام الداخلي لمجلس المنافسة .
²المادة 11 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

أ- مبدأ الإختيار الحر بين إخطار مجلس المنافسة و رفع الدعوى أمام القضاء:

1- الأساس القانوني لحرية الإختيار:

بإستقراء مختلف النصوص القانونية المنظمة للإخطار و لاسيما الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة أو المرسوم التنفيذي 11-241 يمكننا أن نستنتج أن الإخطار ليس إجراء ملزما لوقف الممارسات المنافية للمنافسة و التي من ضمنها التعسف في وضعية الهيمنة.

و يظهر مبدأ حرية الإختيار جليا من خلال الأحكام المادة 48 من قانون المنافسة الجزائر التي نصها " يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مفيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به " ¹

فلاحظ أن هذه المادة تنص على مبدأ الإختيار، و هذا يدل أن مجلس المنافسة لا يملك إختصاصا حصريا في النظر في الممارسات المنافية للممارسة ².

إضافة إلى أن صياغة مواد الأمر 03-03 جاءت في صيغة قواعد قانونية غير أمره، تستهل غالبا بكلمة " يمكن " و التي جاءت في أغلب المواد (30-34-35-37-41-43) علاوة على المادة 44 المذكورة أعلاه، و نعتقد أن هذا قد يضعف من القوه الملزمة لنصوصه و الأمر الذي سيأثر على فعالية مجلس المنافسة في أداء دوره.

بناء على ما سبق تملك المحاكم صلاحية النظر في المنازعات المتعلقة بارتكاب ممارسات منافية للمنافسة، و لا يمكنها نتيجة لذلك الدفع بعدم الإختصاص النوعي بل عليها الفصل في النزاع.

أ- 2- نتائج مبدأ الإختيار:

تترتب على مبدأ الإختيار بين عرض النزاع أمام مجلس المنافسة أو المحاكم نتائج هامة نذكر منها:

- لا أحد ينكر حق الضحية في الإختيار بين سلوك طريق المحاكم أو تقديم إخطار مجلس المنافسة لوضع حد للممارسات المنافية للمنافسية، غير أن هذا المبدأ قد يضر بالضحية أكثر مما ينفعها و ذلك بالنظر إلى تعقد الإجراءات الخاصة بالممارسات المنافية للمنافسة ³.

- إذا تم عرض النزاع في أن واحد أمام جهة قضائية و أمام مجلس المنافسة، فإن الجهة القضائية غير ملزمة بوقف النظر في النزاع بل تستمر في ذلك إلى نهاية

¹ الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مرجع سابق .

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق ص 284.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق ص 284.

المطاف اللهم إذا تنازل الأطراف، و كما أنها غير ملزمة بطلب رأي مجلس المنافسة كون المادة 38 من الأمر 03-03 جعلت طلب رأي المجلس جوازي و غير ملزم، فضلا على أنها غير مرتبطة بالقرار الذي أصدره المجلس عندما يكون بث في وقائع مماثلة فإمكانها إصدار حكم مخالف¹.

- بالنسبة للقرارات التي يمكن أن تصدر في نفس النزاع، قد تؤدي إلى مخاطر هامة بسبب التعارض الذي يمكن أن يحدث بينها، لان معالجة مجلس المنافسة للنزاع المتعلق بالمنافسة يعتمد أكثر على طرح الإقتصادي الذي شمل دراسة السوق و ظروفه مرونة العرض و الطلب، القوة الإقتصادية للمشكو منه، فإن المحاكم تحرص أكثر على تطبيق المبادئ القانونية السارية في هذا المجال² مثل قواعد الإثبات المعروفة في القانون المدني.

أ- 3- القيود الواردة على مبدأ الإختيار:

ترد على مبدأ حرية الإختيار بين التقدم بإخطار أمام مجلس المنافسة أو رفع دعوى أمام القضاء مجموعة من القيود تحد من مدى تلك الحرية و تشمل هذه القيود.

- بالنسبة للقادم:

-يختلف أجل التقادم الدعوى بين الحالتين، فيخضع التقادم أمام مجلس المنافسة إلى التقادم الثلاثي أي مرور ثلاث سنوات³، في حين أنه 15 سنة بالنسبة لرفع الدعوى أمام المحاكم.

نشير إلى أنه في سنة 2014 تم تعديل المادة 7-462 L من التقنين التجاري الفرنسي بموجب نص المادة 02 من القانون رقم 2014-344 المؤرخ في 17 مارس 2014 المتعلق بالمستهلك، حيث اضاف فقرة الى نص المادة المذكورة و التي أصبحت : " يؤدي افتتاح المتابعة أمام كل من سلطة المنافسة و سلطة المنافسة لدولة اخرى عضو في الاتحاد الاوروبي او افتتاحها أمام اللجنة الاوروبية الى انقطاع مدة التقادم". و هذا النص ليس له نص مماثل في التشريع الجزائري⁴

- من جهة أخرى يجب أن يراعى المضرور مدى السلطات كل من مجلس المنافسة، و المحاكم، فمجلس المنافسة لا يملك أن يحكم بالتعويض لمصلحة المضرور من الممارسات المقيدة للمنافسة، في حين أن المحاكم بإمكانها تقدير قيمة التعويض المناسب لفائدة المضرور⁵.

¹قوسم غالية، مرجع سابق ص 98.

²لعور بدره مرجع سابق ص 337.

³ المادة 44 الفقرة 4 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم و السالف الذكر.

⁴ قوسم غالية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 303.

⁵قوسم غالية، مرجع سابق ص 99.

و عليه يتعين على الضحية أن يتصرف على حسب الهدف الذي يصبو إلى تحقيقه، سواء كان يقصد توقي الممارسات المنافسة للمنافسة، أم يقصد طلب تعويض لقاء الأضرار التي سببتها له تلك الممارسات أو هو يقصد فقط إصدار قرارات تتضمن عقوبات ضد مرتكبي تلك الممارسات.¹

ثالثا: مرحلة قبول الإخطار :

الإخطار كغيره من التصرفات القانونية الذي يرغب صاحبها في إحداث أثر قانوني يتطلب جملة من الشروط نص عليها القانون، وبعد استيفائها تحدث تلك الآثار المتوخاة، و عليه نتناول تباعا الشروط اللازمة لقبول الإخطار، و يليه مآل الإخطار.

1- الشروط اللازمة لقبول الإخطار:

حدد المشرع الجزائري هذه الشروط من خلال المادة 44 من الأمر 03-03، و بالاطلاع على مضمونها يمكن أن تحدد هذه الشروط كما يلي:

أ- إختصاص مجلس المنافسة:

- يجب أن تكون الممارسات محل الإخطار داخلة ضمن إختصاص مجلس المنافسة، و يعد الإختصاص في هذه الحالة شبيه بالإختصاص النوعي المعروف في الإجراءات المدنية و الإدارية مثل الإختصاص النوعي للقضاء الإستعجالي أو القضايا الإجتماعية.... إلخ، فلقد حدد قانون المنافسة مجال إختصاص المجلس بالمنافسة بدقة و لا يحتاج إلى أي اجتهاد، و ذلك من خلال المادتين: 02 و 44 من الأمر 03-03.

-حيث تنص المادة الثانية " نطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:
نشاطات الإنتاج ... و نشاطات التوزيع ... و نشاطات الخدمات ... و تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية و جمعيات و منظمات مهنية ..."
غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة "². تقابل هذه المادة نص المادة L. 410-1 من التقنين التجاري الفرنسي.

في حين نصت المادة 02/44 " ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات و الأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه، أو تستند على المادة 09 أعلاه"³
باستقراء هاذين النصين القانونيين يمكننا استخلاص الملاحظات التالية:

¹كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق ص 285.

²المادة 02 من الأمر 03-03 مرجع سابق.

³المادة 02/ 44 من الأمر 03-03 مرجع سابق.

- يمتنع على مجلس المنافسة النظر في قضية معروضة أمامه بواسطة إخطار إذا لم تكن من ضمن الإختصاصات لمخوله له، كأن يتعلق الأمر بالممارسات التجارية غير النزيهة و التي يختص بها القضاء العادي حصريا.¹

- مجلس المنافسة غير مقيد بالتكليف الذي يرفع به الإخطار كأن يزعم مقدم الإخطار أن التصرف يعد تعسفا في وضعية الهيمنة في حين يرى المجلس غير ذلك بناء على دراسة الإخطار و عليه يصدر قرار معللا بعدم الإختصاص كأن يتعلق الأمر بممارسة تجارية أو عقد تجاري، و جاء في تقرير صادر عن مجلس المنافسة " على ذكر المدعين لوقائع لا تدرج ضمن إختصاصات مجلس المنافسة يتعلق الأمر بإخطار مرتبطة بخرق بنود تعاقدية من إختصاص المحاكم التجارية أو بممارسة تجارية مخادعة نص عليها قانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.."

ب- حيازة الصفة لتقديم الإخطار:

لم ينص المشرع من خلال الأمر 03-03 و لا المراسيم المنظمة صراحة على شرط الصفة لتقديم الإخطار، إلا أنه ذكرها ضمنا من خلال تحديده الأشخاص المخول لهم إخطار مجلس المنافسة.³

و استنادا إلى نص المادة 01/44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإن من يملك الصفة في تقديم الإخطار أمام مجلس المنافسة هم الأشخاص الآتي ذكرهم:

-الوزير المكلف بالتجارة.

- مجلس المنافسة من تلقاء نفسه.

- المؤسسات.

- الجماعات المحلية.

- الهيئات الإقتصادية و المالية.

- الجمعيات المهنية و النقابية.

و عليه فالامضاء الموجود في عريضة الإخطار، يجب أن يكون صاحبه مخول رسميا من طرف الجهات التي يمثلها للقيام بهذه المهمة، و يمكن أن يتبين ذلك من محتوى النظام الداخلي للمؤسسات الاقتصادية أو القانون الأساسي للجمعية أو الشركة التجارية⁴ و تقديم تفويض من قبل الجمعية العامة بالنسبة للشركات التجارية، وذلك تحت طائلة عدم قبول الإخطار.

¹تنص المادة 60 الفقرة الأولى من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التجارية على ما يلي: " تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لإختصاص الجهات القضائية"

²المنشور الرسمية للمنافسة رقم 6 لسنة 2015 ص 46.

³لعمور بدرة مرجع سابق ص 339.

⁴قوسم غالبية مرجع سابق ص 104.

و ثار إشكال حول الوقت الذي يتعين فيه توفر الصفة هل هو عند وقوع الممارسة المنافسة للمنافسة أو لحظة إيداع الإخطار لدى مجلس المنافسة، و توصل مجلس المنافسة الفرنسي بأن الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 يستوجب أن تكون صفة التقاضي متوفرة عند تقديم الإخطار¹، و أيدت في ذلك محكمة استئناف باريس بحكم صادر بتاريخ 23 فيفري 1989.

ج- المصلحة:

ذكر المشرع الجزائري صراحة شرط المصلحة في مضمون المادة 01/44 و عندما نص " أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر إذا كانت لها مصلحة في ذلك " إذن فالمصلحة شرط ضروري و لازم في من يعتزم إخطار مجلس المنافسة حول ممارسات منافية للمنافسة و حيث أنه لا دعوى بدون مصلحة² كما ما هو متفق عليه في قانون الإجراءات المدنية.

و نصت المادة L.462-8 من التقنين التجاري الفرنسي صراحة على عدم قبول الإخطار عند غياب المصلحة لرفع الدعوى عند صاحب الإخطار³

و لكن لم يبين للأسف المشرع المقصود بالمصلحة هل هي ذاتها المعروفة و المشتركة للدعاء أمام الجهات القضائية، و المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية أم أنها ذات طابع خاص.

و قد ذهب بعض الدارسين إلى أن خصوصية قانون المنافسة و مرونته من أجل خدمة المنافسة و ترقيتها، تبعده عن المعايير التقليدية المتضمنة سواء ضمن نصوص التقنين التجاري أو المدني، مما يؤدي به إلى توسيع مجال المفاهيم التي تعبر عنه و بالنتيجة القواعد التي تحكمه.

و على عكس ما يعتقد البعض فإن شرط المصلحة المذكور في الأمر 03-03 لا يتضمن المصلحة الخاصة المباشرة من النزاع فحسب، بل تتوسع لتشمل المصلحة العامة، باعتبار الهيئات المذكورة ليست قائمة على تحقيق مصلحة خاصة بقدر ما هي في خدمة الصالح العام، فمثلا هدف جمعية حماية المستهلك من إخطار مجلس المنافسة حول ممارسة منافية للمنافسة كأن تكون التعسف في وضعية الهيمنة، هو الرغبة في حماية المستهلك بصفة عامة⁴ و كذلك إذا طبقنا المعايير المعروفة التي تتمسك بالمصلحة الخاصة المباشرة فيعطل عمل الهيئات الموكلة لها الإخطار لكونها ستجد نفسها مجبرة على تبرير وجود مصلحة خاصة لديها من إيداع الإخطار و هذا سيؤدي لا محالة إلى غزوف هذه الهيئات عن التحرك لفضح أي ممارسة منافية للمنافسة.

¹ أشار إليه كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق ص 291.

² لعور بدرة مرجع سابق ص 340.

³ قوسم الغالية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 313.

⁴ مزغيش عيبر مرجع سابق ص 285.

أما بالنسبة وزير التجارة و مجلس المنافسة فهما غير معينين بإثبات شرط المصلحة الخاصة، لكون وزير التجارة من مهامه الدفاع عن النظام العام الإقتصادي ، و كذلك الشأن بالنسبة لمجلس المنافسة الذي مهمته هي ضمان السير الحسن للسوق، و بالتالي فهما معنيان دائما بما يقع من ممارسات مقيدة للمنافسة.¹

د- توفر العناصر المقنعة بما فيه الكفاية:

ورد هذا الشرط من خلال الفقرة الثالثة من المادة 44 من الأمر 03-03 و التي نصها " يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعاه بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية"

و قد أكد القانون الداخلي لمجلس المنافسة على هذا الشرط من خلال المادة الثامنة و كذا التاسعة.

- بالنسبة لعملية الأولى و المتعلقة بالبيانات التي يتعين أن يتضمنها الإخطار فقد نص من خلال هذه المادة " يتضمن موضوع الإخطارات المذكورة في المادة 44 الفقرة 2.

- عرض الوقائع التي تميز هذا الانتهاك و الظروف الأخرى ذات الصلة لاسيما التي لها علاقة بالقطاع و المنطقة الجغرافية و المنتجات و الخدمات المتأثرة و الشركة المعنية و أيضا السياق القانوني و الإقتصادي ذو الصلة.

- هوية و عناوين الشركات أو الجمعيات التي يسند لها صاحب الشكوى هذه الخروق ، في حالة ما إذا كان باستطاعته تحديد هويتها"²

أما المادة 09 تنص " في حالة أن يكون الإخطار مرفقا بالوثائق الملحقة بهدف الوقوف على الوقائع و العناصر المفيدة الأخرى التي تسمح بتقييمها "³، فعلى ضوء هذه النصوص يثبت لنا أن فكرة العناصر المقنعة بما فيه الكفاية يقصد بها تدعيم عريضة الإخطار ببعض العناصر الكفيلة بإثبات وجود ممارسة من شأنها أن تمس المنافسة الحرة⁴، فنكون حينئذ أمام الطابع الجدي للإخطار الذي قد يفسر بوجود قرائن يعرضها المدعي توحى بوجود الممارسة المدعى بوجودها حقا، و ليس مجرد تخمينات أو افتراضات من قبل المدعي، لا يمكن أن تشكل عناصر مقنعة و لا يمكن أن تجعل المجلس يعتقد بإرتكاب المؤسسات المعنية تصرفات يمكن أن تشكل ممارسات مقيدة للمنافسة.⁵

¹ مز غيش عبيير، المرجع السابق، ص. 285.

² المادة 08 من القانون الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري.

³ المادة 09 من القانون الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري.

⁴ كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافية للمنافسة مرجع سابق ص 212.

⁵ لعويجي ع، بوخروية ج، مرجع سابق ص 18.

فإذ ما كنا بصدد التعسف في وضعية الهيمنة مثلا فعلى الشاكي أن يثبت أن المشكو منه في مركز مهيمن و ذلك بإثبات حيازته لحصة كبيرة في السوق أو امتلاكه براءة اختراع أو أنه متعامل عمومي له احتكار طبيعي أو قانوني ... الخ، و أن يحدد السوق الجغرافي و المنتجات المعنية بالممارسات الاحتكارية ، كما عليه أن يثبت أنه قام سواء بإحدى الممارسات المنصوص عليها من خلال المادة السابعة من قانون المنافسة الجزائريمثل البيع التمييزي أو رفض البيع، تقسيم الأسواق ... إلخ أو إثبات أن الممارسة تعد تعسفا في استغلال المركز المسيطر بالنظر إلى أنه ما كان ليرتكبها لولا ذلك المركز الإقتصادي القوي.

و يعتبر هذا الشرط صعبا لاسيما بالنسبة للأشخاص التي ليس لها الإمكانيات الكافية للقيام بالتحقيقات اللازمة من أجل جمع عناصر الإثبات التي تقنع مجلس المنافسة¹، و ذلك على عكس وزارة التجارة، فهذه الأخيرة تمتلك وسائل التحري و الكشف عن وضعية الهيمنة.

و بهدف التخفيف من صرامة هذا الشرط فقد اعتبرت محكمة إستئناف باريس أنه يتوجب على أي طرف يخطر مجلس المنافسة الإستدلال بعناصر كفيلة باظهار حقيقة الممارسات أو على الأقل ذكر كل ما من شأنه أن يدل أو يوصل إليها، و علق البعض على هذا القرار أن ما يجب إثباته ليس بالضرورة هي حقيقة الوقائع التي تم التبليغ عنها و لكن ما يحتمل أن يكون ممارسات منافية للمنافسة.²

و مهما يكن من أمر فإنه يقع على المجلس وحده تقدير مدى جدية النزاع و توافر عناصر مقنعة ، أو تقرير عدم القبول اذا لم تتوافر تلت العناصر.³

هـ - عدم تقادم الوقائع المبلغ عنها:

نصت المادة 4/44 من قانون المنافسة الجزائري "لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (03) سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة ."

و يستفاد من هذه المادة أنه يشترط كي ينظر مجلس المنافسة في الإخطار المقدم إليه ألا تكون الممارسات المنافية للمنافسة - محل الشكوى - قد تجاوزت ثلاث سنوات دون أن يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة.

و لم يشر المشرع ضمن المادة 44 إلى تاريخ بداية حساب الأجل (03 سنوات)، و قد ميز مجلس المنافسة الفرنسي بين الممارسات المقيدة للمنافسة ذات الطابع الفوري و الممارسات ذات الطابع المستمر، علما أن القاعدة المطبقة و هي مستمدة

¹ لعور بدرة ص 340.

² كتو محمد الشريف الممارسات المنافية مرجع سابق ص 293.

³ لعويجي .ع، بوخروبة جمرجع سابق ص18.

من قانون الإجراءات الجزائية- تقضي بالبدء في الحساب بعد ارتكاب الوقائع المبلغ عنها.

بالنسبة للممارسات الفورية أو الوقتية في ظرف زمن محدد و في تاريخ محدد مثل يوم محدد، يبدأ حساب مدة التقادم من اليوم الذي يلي مباشرة تاريخ ارتكاب الممارسة المقيدة للمنافسة مثلا بالنسبة للممارسات المرتبطة بمنح الصفقات العمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات من اليوم التالي لإرساء الصفقة¹. و هي تنطبق على رفض البيع و الذي يبدأ حساب التقادم فيه من اليوم الموالي لرفض البيع أو التعاقد.

و يقصد بالممارسات المقيدة للمنافسة ذات الطابع المستمر تلك الممارسات التي يمتد وقت ارتكابها سواء بإعادة ارتكابها بشكل مستمر، أو رغبة أصحابها الاستمرار في ارتكابها، و ذلك بهدف تقييد المنافسة، يبدأ حساب أجل التقادم في هذه الحالة من اليوم الذي توقفت و انتهت فيه الممارسة² مثل ممارسة الاسعار الاختلالية أو الافتراضية فهي تعد ممارسة مستمرة طالما أن الأسعار بقيت دون سعر التكلفة و بمجرد رفعها يبدأ حساب أجل التقادم.

و نلاحظ من خلال القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة أنه عادة ما يذكر في حيثياته أن الإخطار قد رفع في أجل 03 سنوات، بمعنى أن الوقائع الواردة في عريضة الإخطار لم تتقادم³، و يبدو أن مجلس المنافسة قد تأثر بالقاضي الجزائي هذه الأخير لا يخلو أي حكم من أحكامه من الإشارة إلى أن الوقائع لم تتقادم. بعد عرضنا الشروط اللازمة لقبول مجلس المنافسة و فحص الإخطار، نتناول فيما يلي:

مآل الإخطار.

2- مآل الإخطار:

بعد تلقي مجلس المنافسة للإخطار و فحصه من حيث توفره على الشروط اللازمة لصحته، تبدأ مرحلة تقرير مصير الإخطار من حيث قبوله أو عدم قبوله، و عليه ندرس من خلال هذه النقطة كلتا الحالتين:

أ- حالات عدم قبول الإخطار:

يؤدي تخلف الشروط المذكورة بالمادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة إلى عدم قبول الإخطار، للتذكير هذه الشروط تتمثل في: إختصاص مجلس المنافسة بنظر الإدعاء توافر الصفة و المصلحة في مقدم الإخطار - تقديم أدلة كافية لإقناع المجلس - ألا تكون الدعوى قد تقادمت، و أكد مجلس المنافسة على هذه الشروط

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 335.

² جلال مسعد مرجع سابق ص 335.

³ كتو محمد شريف، الممارسات المنافية مرجع سابق الهامش رقم 01 ص 288.

و أنها تؤدي إلى عدم القبول الإخطار حيث جاء في إحدى تعليقاته "و هناك نوع آخر من القرارات وهي:

-عدم القبول بسبب عدم الفائدة (و يقصد المصلحة) أو بسبب صفة التحرك أو إذا كانت الوقائع المذكورة متقدمة (التقدم) أو بعيدة عن إختصاصه(عدم إختصاص).

- قرارات الرفض إذا كانت الوقائع غير مدعمة بعناصر إثبات كافية¹ نلاحظ أنه في الفقرة الثانية عبر عنها بقرارات الرفض في حين أن المشرع الجزائري استعمل بها كلمة عبارة عدم قبول.

و يتعين على مجلس المنافسة في حالة عدم قبول الإخطار التصريح بذلك بموجب قرار معلل²، و يجب أن يبلغ قرار عدم قبول الإخطار إلى المعني بالأمر قصد تمكينه من ممارسة حقه في الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة الذي يفصل في المواد التجارية³.

و نذكر بهذا الخصوص أحد اجتهادات مجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014 حيث جاء في الجزء الخامس من النشرة الرسمية للمنافسة وتحت عنوان كبير استنتاجات و عنوان فرعي:

قرارات عدم القبول:

"...يحدد قانون المنافسة حالة عدم القبول بغياب مصلحة أو صفة التحرك، بسبب تقادم الوقائع المذكورة أو إذا كانت نفس هذه الوقائع المذكورة ليست من اختصاص مجلس المنافسة.

تأسست القرارات الأربعة (04) بعدم القبول و التي اتخذتها المجلس في سنة 2014 على ذكر المدعين لوقائع لا تندرج ضمن إختصاصات مجلس المنافسة، يتعلق الأمر بأخطاء مرتبطة بخرق بنود تعاقدية من إختصاص المحاكم التجارية، أو ممارسات التجارية مخادعة نص عليها قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و القانون رقم 06-10 المؤرخ في 05 أوت 2010 المعدل و المتمم لهذا الأخير، أي يقع ضمن المصالح المختصة لدى الوزارة المكلفة بالتجارة⁴.

في حين أنه في فرنسا سمحت الفقرات من 2 إلى 5 من المادة 8-462 L من التقنين التجاري الفرنسي لسلطة المنافسة رفض الإخطار بقرار معلل في أربعة حالات هي:

¹النشرة الرسمية للمنافسة رقم 06 لسنة 2015 ص 36.

² " يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معطل بعدم قبول الإخطار " أما الفقرة 03 المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

³ المادة 1/63 من الامر 03-03 المعلق بالمنافسة المعدل و المتمم مرجع سابق.

⁴ النشرة الرسمية للمنافسة رقم 6 لسنة 2015 ص 46.

- عندما تلاحظ أن الوقائع المثارة ليست مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية.
- إذا أمكن دراسة و معالجة تلك الوقائع من قبل الوزير المكلف بالاقتصاد عملاً بالمادة 9-464.L من التقنين التجاري الفرنسي.
- عندما تكون على علم بأن هناك سلطة منافسة وطنية لدولة أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي أو اللجنة الأوروبية سبق أن عالجت الأفعال (الممارسات) نفسها الخاضعة لأحكام المواد 81 و 82 (حالياً المواد 101 و 102).
- إذا تم اعلام سلطة المنافسة الفرنسية أن سلطة المنافسة لدولة عضو في الاتحاد الأوروبي تعالج الأفعال ذاتها الخاصة للأحكام المذكورة.¹

ب- حالات قبول الإخطار:

إذا توفرت الشروط المطلوب قانوناً لقبول الإخطار أدى ذلك إلى حدوث الأثار التالية:

- التصريح بقبول الإخطار.
- تعيين مقرر لمباشرة التحقيق و فتح المجال للتقدم بالتدابير التحفظية:

ب- 1- التصريح بقبول الإخطار:

على خلاف التصريح بعدم القبول أين صرح المشرع بضرورة التصريح بعدم قبول الإخطار و ذلك من خلال المادة 03/44، سكت المشرع بخصوص التصريح في حالة قبول الإخطار، و لذلك تعتبر مداولة المجلس بمثابة إجراء كاشف عن قبول الإخطار.²

و عند قبول المجلس للإخطار فإنه يقوم بما يلي:

- في حالة الإخطارات التي تخص نفس الموضوع، فإن لمجلس المنافسة جمعها في مقرر واحد بهدف تسهيل الإجراءات و عدم تكرارها.

- في حالة تفرع الإخطار إلى عدة مواضيع، فإن مجلس المنافسة يملك حق تقسيمها إلى عدة قضايا بهدف القيام بإجراءات منفصلة.³

- إذا قامت الجهة أو الجهات المخطرة بسحب إخطاراتها فإن مجلس المنافسة يمكن أن يحفظ الملف أو يخطر نفسه تلقائياً، إذا قدر أن الوقائع المبلغة إلى علمه مهمة و خطيرة، فمهمة المجلس ليست الفصل في نزاع بين طرفين بل تتمثل في السهر على السير الحسن للسوق.⁴

ب- 2- التدابير التحفظية:

¹ قوسم الغالية، أطروحة الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 317.

² قوسم غالية مرجع سابق ص107.

³ مزغيش عيبر مرجع سابق ص 295.

⁴ كتو محمد الشريف الممارسات المناقبة مرجع سابق ص 296.

احيانا تضطر ظروف الحال مجلس المنافسة و قبل الوصول إلى اصدار القرار المناسب في القضية، اتخاذ بعض التدابير الاولية تعتبر بمثابة حل وقائي يمنع تفاقم المخالفة¹ كأن تتجسد في التعسف في وضعية الهيمنة في صورة رفض البيع مثلا. و نشير إلى أن هذا الإجراء يعتبر مستحدثا في الأمر 03-03 المعدل و المتمم، و قد نصت عليه المادة 46 منه حيث جاء فيها " يمكن مجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسة أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة". على ضوء نص هذه المادة يمكننا استخلاص الشروط اللازمة للتدابير المؤقتة و التي تشمل:

ضرورة تلقي مجلس المنافسة طلبا بهذا الخصوص اضافة لتوافر حالة الإستعجال، علاوة على ألا تتجاوز هذه التدابير طابعها المؤقت.

ب-2-1- طلب إتخاذ التدابير المؤقتة:

يجب أن يقدم الطلب بخصوص اتخاذ التدابير المؤقتة من قبل الأشخاص الذين ذكرتهم المادة 46 و هما الوزير المكلف بالتجارة، و المدعي و يشمل هذا الأخير حتما كل الأشخاص الذين يمكنهم تقديم الإخطار إلى المجلس²، و نلاحظ أن المشرع استثنى مجلس المنافسة من إمكانية تقديم طلب اتخاذ التدابير المؤقتة بالرغم من الدور الكبير الذي يمكن القيام به في سبيل ضبط السوق و الحفاظ على المنافسة و توقيع الجزاء عند الضرورة.

و ذكر النظام الداخلي لمجلس المنافسة كيفية تقديم الطلب و بعض البيانات التي يتعين أن يحولها الطلب:

- تقدم طلبات التدابير المؤقتة في وثيقة منفصلة عن تلك المتعلقة بالإخطار، و التي تعتبر ملحقة لها

- كما يتعين أن تحتوي التوضيحات و الدوافع التي يجب أن تتضمنها على الأقل البيانات التالية:

- الإشارة إلى مرجع رقم تعريف الإخطار، عندما يكون قد منح لها رقم مسبق.
- الملاحظات المؤسسة للسلوكيات التي يمكنها أن تشكل ممارسات مقيدة للمنافسة.
- الملاحظات التي تدي إلى المساس بشكل خطير و فوري بالمصالح المذكورة في المادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.
- وصف التدابير المؤقتة المطلوبة.

¹ لعويجي ع. بوخروية ح. مرجع سابق ص 19.

² انظر المادة 01/44 و المادة 02/35 من الأمر 03-03.

كما ألزم النظام الداخلي أن تقدم الطلبات في اربع نسخ.¹
ب-2-2- وجود حالة إستعجال:

يجب أن تتضمن الممارسة موضوع الإدعاء الأصلي تأثير خطيرا و مباشرا على المصلحة الإقتصادية العامة، أو ألحقت ضررا بمصالح المؤسسة المدعية، أو لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن اصلاحه، و نلاحظ أن المشرع و بخصوص حالة الإستعجال قد أخذ بمعيار الضرر المحتمل الذي عبر عنه بالضرر المحقق، فهذا الأخير ليس الضرر الواقع، إذا أن الأمر في هذه الحالة لا يتعلق بإزالة ضرر و إنما بتفادي هذا الضرر الوشيك الذي يعتبر نتيجة حتمية لارتكاب الممارسة المنافية للمنافسة²، إذا لم يتم وقفها بواسطة التدابير المؤقتة.

و لم يتعرض النص لعبئ الإثبات، إلا أنه يبدو من المنطقي أن يقع على عاتق المدعى (صاحب الإدعاء الاصلي)، الذي يقع عليه إثبات وجود علاقة سببية مباشرة بين الممارسة المقيدة للمنافسة والضرر الممكن الوقوع.³

الطابع المؤقت للتدابير المؤقتة:

و عبر عنها المشرع من خلال المادة 46 بنصه " ... اتخاذا تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق ... "4، وضع النظام الداخلي لمجلس المنافسة على عاتق المدعى (مقدم طلب اتخاذ التدابير المؤقتة) " وصف التدابير المؤقتة المطلوبة "5

بمعنى أنه على المدعى أن يقترح التدابير المؤقتة التي يراها كفيلة بوقوع الضرر المحقق، إذا التدابير المؤقتة يجب أن تكون ضمن الحدود التي تضمن عدم وقوع الضرر و من دون أن تلحق الضرر بالمؤسسة المطلوب اتخاذ هذه التدابير ضدها ، حتى لا تتحول من وسيلة لابعاد الضرر المحقق بالمؤسسة المدعية إلى وسيلة لإلحاق الضرر بمؤسسة أخرى.

و كما تكون هذه التدابير محدودة من حيث أثارها فيجب أن تكون كذلك من حيث مدتها حيث يتم إتخاذها لمدة تكفي لتفادي الضرر.⁶

و نشير في الأخير إلى أنه بالإمكان الطعن في التدابير المؤقتة خلال عشرين (20) يوما و ذلك أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة الفاصل في المواد التجارية.⁷ مع العلم أن الطعن لا يوقف التنفيذ.

¹ المادة 12 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة مرجع سابق.

² لعويجي. بوخروبة ح مرجع سابق ص 21.

³ نفس المرجع.

⁴ المادة 46 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁵ بند 04 الفقرة 02 المادة 12 من القانون الداخلي لمجلس المنافسة مرجع سابق.

⁶ لعويجي ع. بوخروبة ح، مرجع سابق ص 22.

⁷ المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مرجع سابق.

المطلب الثاني :

التحقيق في الاستغلال التعسفي الوضعية الهيمنة

بمجرد قبول الاخطار تنتهي المرحلة الاجرائية الاولى من الإجراءات التي تسبق انعقاد جلسة مجلس المنافسة، لتليها المرحلة الإجرائية الثانية المتمثلة في التحقيق، و التي يقوم من خلالها مجلس المنافسة بدوره في إثبات الوقائع و الممارسات المنافسة للمنافسة و التي كانت موضوع الشكوى من خلال الإخطار. و لقد أفرد الأمر 03-03 فصلا كاملا لإجراءات التحقيق و هو الفصل الذي جاء تحت عنوان إجراءات التحقيق من المواد 50 إلى 55، و نلاحظ أن هذا الفصل من اكثر الفصول استقرارا منذ قرار الامر 03-03، حيث لم تلحقه تعديلات باستثناء المادة 50 منه.¹

ونشير في هـذا السياق إلى أن المشرع الجزائري قد تمم الأمر 03-03 بموجب القانون 12-08 بالمادة 49 مكرر.

و هي مادة جاءت لتحديد الاشخاص المخولون بالتحقيق و كان على المشرع أن يدرجها في الفصل الثالث المتعلق بإجراءات التحقيق الا انه أدرجها ضمن الفصل الثاني المتعلق بصلاحيات مجلس المنافسة، و في ذلك خلط و تشتيت للمواد المتعلقة بإجراءات التحقيق.²

كما جاء النظام الداخلي ببعض المواد ضمن الفصل الثالث منه المعنون " القواعد المتعلقة بإجراءات التحقيق"، و نعتقد أن المواد 24-25-26 لم تأتي بجديد يخص التحقيق لكون المادة 50 تكلفت بجميع الأمور التي تناولتها هذه المواد، ما عدا المادة 26 و الخاصة بالاستعانة بخبير أو أكثر.³

و يمر التحقيق عبر مراحل معينة حددها المشرع ضمن الأمر 03-03 بدقة وشملا بتنظيم محكم، على خلاف ما كان عليه الوضع في ظل الأمر السابق رقم 06-95، و ذلك من خلال التمييز بين مرحلتين من التحقيق، مرحلة التحريات الأولية، (الفرع الأول)، و مرحلة التحقيق الحضورى (الفرع الثاني).

¹ لعور بدرة مرجع سابق ص 345.

² انظر المادة 49 مكرر من الأمر 03-03.

³ " عندما يقرر رئيس مجلس المنافسة اللجوء إلى خبير أو أكثر، يجعلهم يوقعون مسبقا على تصريح شرقي يشهدون فيه أنهم ليسوا في وضعية تصارب المصالح، مع الأخذ في الاعتبار لهوية أطراف القضية و إلزامهم باحترام سرية التحقيق أو مختلف الأشغال بغض النظر عن طبيعتها" المادة 26 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

الفرع الأول:

مرحلة التحريات الأولية (التحقيق الأولي)

تعد مرحلة التحريات الأولية، المرحلة التي يتم فيها البحث و الكشف عن مختلف الأدلة التي تساعد على إثبات الممارسات المنافسة للمنافسة – و منها التعسف في وضعية الهيمنة محل التحقيق.¹ و تتطلب مرحلة التحريات الأولية تظافر جهود أشخاص مؤهلة لمباشرة التحريات اللازمة (أولاً)، من خلال ما تتمتع به من سلطات، و ما يقع عليها من التزامات (ثانياً).

أولاً: الأشخاص المؤهلة لمباشرة التحريات:

بداية نشير إلى أن المشرع الجزائري في ظل الأمر 95-06 قام بتعداد صريح و مباشر لأصناف المحققين في مجال المنافسة وذلك من خلال نص المادة 78 منه التي جاءت كما يلي: " علاوة على ضباط و أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الاجراءات الجزائية، يؤهل للقيام بالتحقيقات الاقتصادية المتعلقة بتطبيق هذا الامر و معاينة مخالفة أحكامه، الموظفون الأتي ذكرهم: -أعوان الادارة المكلفون بالتحقيقات الاقتصادية و المنافسة و الأسعار و الجودة و قمع الغش.

- المقررون التابعون لمجلس المنافسة تطبيقاً لأحكام المادة 31 من هذا الأمر.
- يمكن تأهيل الأعوان المصنفين في الدرجة 14 على الأقل الذي يعملون بالوزارة المكلفة بالتجارة".

في حين أن الأمر 03-03 جاء خال من التعداد الصريح للأشخاص المكلفين بالتحقيق، فكانت المادة 01/50 من الامر 03-03 قبل تعديلها بموجب القانون 12-08 تشير إلى أن المكلف باجراء بالممارسات المقيدة للمنافسة هو مقرر مجلس المنافسة و قد نصت الفقرة الأولى من المادة 50 " يحقق المقرر في الطلبات و الشكاوى المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة التي أسندها اليه رئيس مجلس المنافسة"

أما بعد تعديل المادة المذكورة بموجب القانون رقم 12-08 فقد تدارك المشرع الأمر و أصبح المقرر العام و المقررون إضافة إلى فئات أخرى، المقرر العام و المقررون الآخرون هم المكلفون بالتحقيق في القضايا التي يسندها اليهم رئيس

¹ كحال سلمى مجلس المنافسة و ضبط النشاط الإقتصادي مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق جامعة امحمد بوفرة بومرداس السنة الجامعية 2009 – 2010 ص 137.

مجلس المنافسة " يحقق المقرر العام و المقررون في القضايا التي يسندها اليهم رئيس مجلس المنافسة " 1

و على عكس ما يظهر من خلال نص هذه المادة التي توحى بأن المقرر العام و المقررون هم وحدهم الذين لهم إختصاص في القيام بالتحريات في المجال الممارسات المقيدة للمنافسة، غير أنه بالرجوع إلى الامر 03-03 نجد مواد أخرى أوكلت الأشخاص الآخرين مهمة القيام بالتحقيقات الأولية و هذه المواد هي: المادة 34 الفقرتين 2 و 3 المادة 49 مكرر، على أساس هذه المواد يمكننا أن سنتخلص الأشخاص المؤهلون للقيام بالتحقيقات (التحريات الأولية) و ذلك على النحو التالي:
- المقرر العام و المقررون لدى المجلس المنافسة:

و يعين المقرر العام و المقررون الخمسة (05) بموجب مرسوم رئاسي، و يجب أن يكون المقرر العام و كذا المقررون حائزين على الأقل على شهادة الليسانس أو شهادة جامعية ممتثلة و خبرة مهنية مدتها خمسة سنوات (05) على الأقل تتلائم مع المهام المخولة لهم طبقا لامر 03-03 المتعلق بالمنافسة².

و يكون إتصال المقرر العام و المقررين بالقضايا محل التحقيق عن طريق تكليف من رئيس مجلس المنافسة³، حيث يقوم هذا الأخير بارسال الاخطارات فور تسجيلها إلى المقرر العام من أجل التحقيق باعتباره المكلف بتأمين التنسيق و المتابعة و الإشراف على المقررين⁴.
ضباط و أعوان الشرطة القضائية :

و هو الأشخاص الذين حددتهم المادة 15 الأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم⁵.

-المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة:

التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة و الذين حددهم المرسوم التنفيذي رقم 02/145⁶.

-الأعوان المعينون التابعة لمصالح الإدارة الجبائية:

(المواد 62 إلى 72 من قانون المالية 01-21)⁷

-الخبراء و اعوان المصالح المكلفة بالتحقيقات الإقتصادية:

1 المادة 01/50 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة معدلة بموجب المادة 25 من القانون رقم 08-12.

2 الفقرة 1 و 2 من المادة 26 من 03-03 مرجع سابق.

3 المادة 01/50 من الامر 03-03، المادة 24 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

4 المادة 24 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

5 الأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1966.

6 المرسوم التنفيذي رقم 02/145 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 المحدد لصلاحيات وزير التجارة، الجريدة الرسمية عدد 85 لسنة 2002.

7 القانون رقم 01/21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 الجريدة الرسمية عدد 79 لسنة 2001 اشار اليه لعور بكرة مرجع سابق ص 346.

رخصت المادة 34 من الامر 03-03 ولاسيما 2 و 3 المعدلة لمجلس المنافسة الاستعانة بخبير أو أي شخص¹ يمكنه تقديم معلومات و تفيد التحقيق في وجود ممارسة منافية للمنافسة من عدمه كما بإمكان المجلس طلب ذلك من مصلحة التحقيقات الاقتصادية التابعة لوزارة التجارة، و قد نصت المادة 2/34 و 3 " يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو سيمنع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات له.

كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة اجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه"²

-الجهات القضائية:

نصت على ذلك المادة 02/38 " تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناء على طلبه، المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة اليه"، إذا رأى المجلس المنافسة أن الجهات القضائية تحوز محاضر أو تقارير تحقيق ذات صلة بالوقائع المطروحة أمامه فبإمكانه طبقا للمادة 02/38 أن يطلب من الجهة القضائية التي تحوزها تمكينه من تلك المحاضر أو تقارير التحقيق حتى يتسنى له تدعيم إجراءات التحقيق بالأدلة التي تحويها، و لا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير إلى الفقرة الرابعة من المادة 50 التي جاء نصها " يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعه تحت رقابة سلطة ضبط بالتنسيق مع مصالح السلطة المعنية " و هي تقصد التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعه تحت رقابة سلطة ضبط كما هو الشأن بالنسبة لقطاع البريد و المواصلات و الكهرباء و الغاز، غير أن تطبيق نص هذه المادة ليس بالامر الهين، و يرجع ذلك حسب بعض الدراسات إلى أن العلاقة الوظيفية بين مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية تتميز بالغموض، و هو غموض ناتج عن تقاسم أهداف مشتركة، فمجلس المنافسة مكلف بمهمة رقابة السوق و حمايتها من الممارسات المقيدة للمنافسة، و هي نفس المهام التي تتولاها سلطات الضبط في مجال اختصاصها القطاعي.³

من خلال النصوص السابقة نستخلص ان هناك تعددا في الاعوان الذين لهم اختصاص في مجال التحري عن الممارسات المنافية للمنافسة، و هؤلاء المحققون يمكن أن ينتمو إلى مجلس المنافسة (المقر العام و المقرون الخمسة)، كما يمكن

²الأمر 03-03 المتعلقة بالمنافسة مرجع سابق.

³ وليد بوجملين، قانون الضبط الإقتصادي في الجزائر. دار بلقيس 2015 – ص 384.

أن يكونو من خارج مجلس المنافسة كما هو الشأن بالنسبة لأعوان المصالح المكلفة بالتحقيقات الإقتصادية.¹

أما بخصوص القانون الفرنسي فقد مر بمرحلتين:

- الأول قبل صدور الأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 2008 حيز التنفيذ و المتعلق بتحديث ضبط المنافسة، حيث كان بإمكان الموظفين المؤهلين من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد فقط اجراء التحقيقات المتعلقة بالمنافسة، في حين ان مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) لا يتمتع بمصلحة التحقيقات الخاصة ب هالا من خلال المقررين.

- أما المرحلة الثانية التي تبدأ من صدور الأمر المذكور انفا، تم ذكر فئات الأعوان المؤهلين لاجراءات التحقيقات المتعلقة بالمنافسة في المادة 1-450 L من التقنين التجاري الفرنسي، و الذين نص عليهم الفقرات 01 و 02 منه و يتعلق الأمر ب: أعوانمصالح التحقيق لسلطة المنافسة المؤهلين لهذا الغرض من قبل المقرر العام لاجراء كل تحقيق ضروري لتطبيق أحكام القسم II من الكتاب الرابع من التقنين التجاري الفرنسي، و الموظفون المؤهلون لهذا الغرض من قبل الوزير المكلف بالاقتصاد.²

ثانيا: سلطات و التزامات المحققين:

قصد أداء مهامهم على أحسن وجه منح المشرع المقررين سلطات واسعة للكشف عن وجود ممارسات منافية للمنافسة، بالمقابل وضع على عاتقهم جملة من الإلتزامات تشكل ضمانات لحماية حقوق الأطراف المعنية بالتحقيق.

1-سلطات المقررين:

يتمتع المقرر العام و المقررون الخمسة بسلطات واسعة نصت عليها المواد 51 و 53 من الامر 03-03 و نلاحظ أن هذه المواد ذكرت فقط المقرر العام و كذا المقررين و لم تشر لباقي الفئات المؤهلة للتحقيق مثل ضباط الشرطة القضائية و المستخدمين المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون لوزارة التجارة...إلخ.

و على ضوء المادتين 51 و 53 نستنتج أن سلطات المقررين تتمثل في:

- فحص و استلام الوثائق، و حجز المستندات الضرورية لاجراء التحقيق:

نصت على هذه السلطات المادة 51 الفقرة 1 و 2 من الأمر 03-03 و التي جاءت على النحو التالي: " يمكن المقرر القيام بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني.

¹ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري مرجع سابق ص 304.

² قوسم الغالية، أطروحة الدكتوراه، المرجع السابق، ص.361.

و يمكن أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت و مهما تكن طبيعتها و حجز المستندات التي تساعد على أداء مهامه، و تضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير أو ترجع في نهاية التقرير¹

و نلاحظ أن المقرر في مجال التحقيق عن الممارسات المناهضة للمنافسية و لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة يتمتع بسلطة الحصول على كل الوثائق و المستندات حيثما وجدت و مهما كانت طبيعتها، حيث أن النص جاء عاما و لم تحدد طبيعة الوثائق و المستندات محل التحقيق، و وصل اتساع هذه السلطات إلى عدم إمكانية الاحتجاج أمام المقرر بالسر المهني.²

و قد منح المشرع الفرنسي للمحققين سلطات أخرى تتعلق بإمكانية نسخ الوثائق و المستندات المحصل عليها.

- طلب كل المعلومات الضرورية في التحقيق:

و جاء النص عليها من خلال الفقرة الثالثة من المادة 51 " يمكن أن يطلب المقرر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه من أي مؤسسة أو أي شخص آخر، و يحدد الاجال التي يجب أن تسلم له فيها هذه المعلومات"³

كما منح المشرع المقرر إمكانية طلب كل المعلومات الضرورية و التي تساعد في إنجاز التحقيق كأن تكون المعلومات المتعلقة برقم الاعمال المحقق خلال السنة المالية و السابقة، المسائل المالية لسنوات سابقة ... إلخ.

و ما يلاحظ من خلال نص المادة 51 من الامر 03-03 أن المشرع لم يدرج ضمنها سلطات المقرر في إمكانية الدخول إلى المحلات التجارية و الأماكن الخاصة و غيرها خلافا للأمر 06/95 الذي نص على ذلك من خلال المادة 4.01/81

- سلطة الإستماع:

يكون للمقرر الحق في الإستماع إلى أي شخص يرى فائدة في الاستماع إلى أقواله، و ذلك بقصد تكملة و توضيح المعلومات المتعلقة بالوقائع محل التحقيق، و نشير في هذا السياق إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع و التي تشمل على الأقل تحرير محضر و إمكانية الاستعانة بمستشار.⁵

¹ المادة 1/51 و2 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة مرجع سابق.

² كحال سلمى مرجع سابق ص 141-142.

³ الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ للموظفين المشار إليهم في المادة 78 أعلاه حرية الدخول إلى المحلات التجارية و المكاتب و الملحقات و أماكن الشحن التخزين، و بصفة عامة أي مكان بإستثناء المحلات السكنية" المادة 01/81 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (ملغى).

⁵ كحال سلمى، مرجع سابق ص 142.

و ذلك ما اكدت عليه المادة 53 من الامر رقم 03-03 التي نصها " تكون جلسات الاستماع التي قام بها المقرر، عند الإقتضاء ، محررة في محضر يوقعه الأشخاص الذين استمع اليهم، و في حالة رفضهم التوقيع يثبت ذلك في المحضر. يمكن الذين يستمع اليهم الاستعانة بمستشار "

- الأكد أن دور المقررين يكون أكبر في الإخطار المباشر الذي تقدمه المؤسسات و الهيئات المختلفة، حيث سيكون التحقيق في هذه الحالة معمقا و كثيفا، نظرا لعدم وجود الامكانيات الكافية لدى مقدمي هذا النوع من الإخطارات، إضافة لانعدام السلطة للقيام بالتحقيقات في القضايا موضوع الإخطار، و على النقيض ستكون مهمتهم أقل عناء في الإخطار الوزاري بالنظر للامكانيات التي تحوزها مصالح هذه الأخيرة.¹

يميز التشريع الفرنسي بين التحريات العادية أو التحريات غير القمعية، و بين التحريات تحت رقابة القضاء أو القمعية، و يقصد بالاولى تلك التحريات التي تتم دون اكرام المؤسسة المعنية على الرضوخ لها، لهذا تم تسميتها بالتحقيقات غير القمعية²، وجاء النص عليها ضمن المادة 3-450 L من التقنين التجاري الفرنسي، في حين أن التحريات القمعية تتمثل في تلك التحريات التي تسمح للمقرر أو للمحققين الدخول الى كل الأماكن، و لو كانت خاصة، و طلب كل وثيقة مهما كانت طبيعتها بما فيها الأجندة الشخصية لمدير المؤسسة مثلا، و يمتد ذلك الى امكانية التفتيش حتى داخل الخزائن³، و هذا ما نص عليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 4-450 L من التقنين التجاري الفرنسي. و ما يمكن ملاحظته ان التشريع الجزائري يعد أقل صرامة من نظيره الفرنسي.

2- التزامات المحققين:

يترتب على عاتق المقررين في مجال المنافسة مجموعة من الإلتزامات، تتعلق أساسا باعداد محاضر عن المعاينات التي يمكن أن يجروها، تقارير تكون خلاصة للتحريات و المعاينات التي قاموا بمباشرتها.

أ-الالتزام بتحرير محاضر:

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يتعرض صراحة للالتزام بتحرير محضر المعاينة، ضمن الأحكام الأمر 03-03 ، على خلاف ما كان عليه الوضع في ظل الامر 06-95 و لاسيما النظام الداخلي لمجلس المنافسة أنذاك الذي نص من خلال

¹ مز غيش عبيد مرجع سابق ص 300.

² جلال مسعد، المرجع السابق، ص. 284.

³ قوسم غالية، اطروحة الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 371.

المادة 21 منه " يحرر المقرر بمجرد إنتهاء التحقيق تقريراً أولياً أو يعد محضراً حسب الحالة، يوقعه و يرسله إلى مجلس المنافسة"¹
إلا انه يمكننا استخلاص ذلك من أحكام المادة 04/49 و ذلك عندما أحالت هذه الاخيرة كفيات مراقبة و معاينة المخالفات المنصوص عليها بموجب الامر 03-03-03 لنفس الشروط و الأشكال التي تم تحديدها في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.²
فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 55 من القانون المذكور " تثبت المخالفات للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون في محاضر ... "
إذن يقع على عاتق المقررين التزام بتحرير محاضر تثبت من خلالها المخالفات المرتبطة بالممارسات المنافية للمنافسة و لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة، و يعرف المحضر بأنه " وثيقة مكتوبة بمعرفة أحد الموظفين المختصين بكتابته يتضمن إثبات واقعة تحقق كاتبه من وقوعها و يدخل البحث عنها في نطاق إختصاصه".³

و بينت المادة 56 من القانون 02-04 البيانات التي يجب أن يشتملها المحضر، حيث يجب أن يتضمن بيان هوية وصفة الموظف الذي قام بالتحقيق، كذلك بيان تاريخ و ساعة كتابة المحضر، إضافة إلى البيانات السابقة فإنه يجب أن يتضمن المحضر هوية مرتكب المخالفة أو الأشخاص المعنيين بالتحقيقات و نشاطهم و عناوينهم⁴، و هذه البيانات مهمة كونها تساهم في تحديد الشخص الذي سوف تسند إليه ارتكاب الممارسات المنافية للمنافسة، تثبت المخالفات في محاضر تبين - دون شطب أو إضافة أو قيد في الهوامش-، تواريخ و أماكن التحقيقات المنجزة و المعايينات المسجلة (المادة 56).

تكون المحاضر المحررة تحت طائلة البطلان إذا لم توقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفة.(2/57)

- يجب أن يبين في المحضر أن مرتكب المخالفة قد تم إعلامه بمكان و تاريخ تحريره و تم إبلاغه بضرورة الحضور أثناء التحرير.
و عندما يتم تحريره بحضور مرتكب المخالفة يوقعه هذا الأخير.

¹ مرسوم رئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17 جانفي 1996. يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة ج ر عدد 05 الصادرة في 17 جانفي 1996. (الملغى)

² قانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (ج ر عدد 41 مؤرخة في 27/06/2004) معدل و متمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010 (ج ر 46 مؤرخة في 18/08/2010).

³ خديجي أحمد قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق و العلوم السياسية 2016 ص 277.

⁴ نفس المرجع ص 277-278.

أما عند تحرير المخالفة في غياب المعني أو في حالة حضوره ورفضه التوقيع يقيد ذلك في المحضر .

ويجب أن تحرر المحاضر في ظرف ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ نهاية التحقيق (المادة 1/57)¹

- و يثور التساؤل حول حجية المحاضر المحررة وفقا لأحكام القانون 02-04. فإن محاضر التحقيق التي تنجز تطبيقا لأحكام هذا القانون تكون لها حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير.²

ب-الالتزام بتحرير تقارير:

يعتبر تحرير التقارير المتعلقة بالتحقيق الثاني التزام يقع على عاتق المقرر نصت عليه المادة 52 من الامر 03-03 " ...يحرر المقرر تقريرا أوليا ... " و هي مادة تدل على وجود نوعين من التقارير التي يلتزم المقرر بتحريرها و يفهم ذلك من عبارة " تقريرا أوليا" و ما دام هناك تقرير أولي فلا بد من وجود تقرير نهائي (ختامي)³، و بناء على ما سبق سنتناول كل من التقرير الأولي ثم نتبعه بالتقرير النهائي.

ب-1: التقرير الأولي:

و هو عبارة عن وثيقة توضيحية استخلاصية لمجموعة التحريات التي قام بها المقرر و المأخذ المسجلة من قبله و تحليل للأسواق التي ارتكبت فيها الممارسات محل التحقيق، كما أنها تحليل شامل لعناصر الإثبات المحصل عليه، و يعد أمر تحريرها مهمة حصرية بالمقرر وحده⁴ خلافا للمحاضر التي يمكن أن يحررها عدة أشخاص ذكرتهم المادة 49 مكرر من الامر 03-03.

و يبلغ رئيس مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية و إلى الوزير المكلف بالتجارة و كذا إلى جميع الأطراف ذات المصلحة الذين يمكنهم إيداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز ثلاث (3) أشهر.⁵

ب-2: التقرير النهائي:

وفقا للمادة 54 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة فإن المقرر عند إختتام التحقيق يقوم بإعداد تقرير نهائي أو اختامي معلل، يتم إيداعه لدى مجلس المنافسة مديريةية

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص الجزء الثاني، الطبعة الخامسة عشرة دار هومة، الجزائر 2014 ص 304-305.

² " مع مراعاة أحكام المواد من 214 إلى 219 من قانون الاجراءات الجزائية و كذا أحكام المادتين 56 و 57 من هذا القانون، تكون للمحاضر و تقارير التحقيق حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير " المادة 58 من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

³ لعمور بدرة، مرجع سابق ص 349.

⁴ كحال سلمى، مرجع سابق ص 141.

⁵ المادة 52 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم.

الإجراءات و متابعة الملفات و المنازعات¹ ، و يعتبر هذا التقرير الوثيقة الوحيدة التي توجه المآخذ للأطراف المعنيين.² و حسب المادة 54 من الامر 03-03 يتضمن التقرير النهائي المآخذ المسجلة، و مرجع المخالفات المرتكبة و إقتراح القرار، عند الإقتضاء إقتراح تدابير تنظيمية طبقا للأحكام المادة 37 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة. و طبقا لأحكام 55 من الامر 03-03 يبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير النهائي إلى الاطراف و إلى الوزير المكلف بالتجارة، الذين يمكنهم إيداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين كما يحدد لهم تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية، و مراعاة كذلك لحقوق الدفاع سمح المشرع للأطراف أن يطلعوا على الملاحظات المكتوبة التي يمكن أن يبديها باقي الاطراف و ذلك قبل 15 يوما من تاريخ الجلسة، كما أجاز للمقرر إيداء رأيه في الملاحظات المحتملة التي أبداها الأطراف و لم يتضمن الامر 03-03 ما يشير إلى القيمة القانونية لهذه التقارير أو حجيتها.

ج- مقارنة بين المحاضر و التقارير:

تعتبر كل من المحاضر أو التقارير إجراءات جوهرية في التحقيقات التي يجربها المقررون غير أن هذا لا يمنع من وجود إختلافات جوهرية بينهما نذكر منها:
-يقوم بتحرير المحاضر عدة أشخاص مؤهلين لذلك نصت على معظمهم المادة 49 مكرر من الأمر 03-03 كل في مجال إختصاصه، في حين أن التقارير سواء (الأولي و النهائي) فهو إختصاص حصري و أصيل للمقررين (المقرر العام و المقررين الخمسة) و يستفاد ذلك من أحكام المادة 52 " يحرر المقررا تقرير أوليا ... " و كذا المادة 54 " يقوم المقرر عند إختتام التحقيق بإيداع تقرير معطل ..."³

- يتم تحرير المحاضر، بمناسبة كل فعل أو بحث أو تحري معاينة، سماع الأشخاص أو الحجز، و من البيانات الإلزامية محضر التاريخ و المكان و التوقيع من قبل من حرره، إضافة إلى أن ميعاد تحريره قصير في حين التقرير فتعتبر وثائق شاملة و جامعة لكل الإجراءات التي مر عليها التحقيق، تتضمن الأفعال التي تم معاينتها و تكييفها وفقا لاحكام قانون المنافسة، و ترفق دائما بهذه التقارير المحاضر التي تم تحريرها بمناسبة التحقيق.⁴

¹المادة 01/03 من المرسوم التنفيذي رقم 11- 41 الذي يحدد تنظيم و سير المنافسة المعدل و المتمم مرجع سابق.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 324.

³ الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم.

⁴ تواتي محند شريف مرجع سابق ص 101.

الفرع الثاني:

التحقيق الحضوري:

تعتبر مرحلة التحقيق الحضوري عبارة عن الضمانات مقدمة إلى الأطراف المعنية بالقضية المرفوعة أمام مجلس المنافسة يختص المقرر (سواء العام أو أحد المقررين الخمسة) بها لوحده. و تبدأ هذه المرحلة بتبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية كي تبدي ملاحظاتها عليها (أولاً).

لتتواصل بإعداد تقرير نهائي من طرف المقرر، الذي يتم تبليغه بدوره إلى الأطراف المعنية لإبداء ملاحظاتها عليه (ثانياً) و تنتهي بانعقاد جلسة مجلس المنافسة للفصل في القضية.

أولاً: تبليغ المآخذ:

نصت المادة 52 من الامر رقم 03-03 على " يحرر المقرر تقريراً أولياً يتضمن عرض الوقائع و كذا المآخذ المسجلة، و يبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية، و إلى الوزير المكلف بالتجارة و كذا إلى جميع الأطراف ذات المصلحة، الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر" و نشير إلى أن مبدأ تبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية و غيرها إجراء جديد ، لم يكن معمولاً به في ظل الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة.

1- مبدأ تبليغ المآخذ:

بعد إنتهاء المقرر من تحرياته الاولية بشأن الممارسات المشتكى منها، يكون أمام إحتمالين:الأول عدم المتابعة إجراءات التحقيق لعدم توافر أدلة تثبت حظر تلك الممارسات بمفهوم قانون المنافسة ويقوم بإعلام رئيس مجلس المنافسة و يكون ذلك برأي مغل (مبرر)، و في هذا السياق نصت الفقرة الثانية من المادة 50 "إذا أرتأوا (المقرر العام و المقررون) عدم قبولها طبقاً للأحكام المادة 44 من هذا الأمر، فإنهم يعلمو بذلك رئيس مجلس المنافسة برأي مغل"¹. أما الإحتمال الثاني فهو ثبوت قيام المشتكى منه بممارسات منافية للمنافسية، و لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة.

ففي هذه الحالة يقوم المقرر بتحرير تقرير أولى يتضمن صياغة المآخذ الموجهة إلى الأطراف المعنية بالقضية محل التحقيق. أ-اختصاص المقرر بصياغة وثيقة تبليغ المآخذ:

¹ الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مرجع سابق.

إن صياغة وثيقة المآخذ يدخل قي مهام المقرر الحصرية و لا ينازعه في ذلك أحد، و قد نصت المادة 52 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة على " يحرر المقرر تقريراً أولياً يتضمن عرض الوقائع و كذا المآخذ المسجلة ضد المؤسسات المتهمة".

و تسجيل المآخذ – كما هو معلوم – من طرف المقرر يأتي كنتيجة لتحليل مجموع الوثائق الموضوعة تحت تصرفه و فحصها بعناية و دقة، و هي تشمل الوثائق التي جمعها أثناء التحري إضافة إلى الوثائق المرفقة بعرائض الإخطار.¹

ب-محتوى تبليغ المآخذ:

يثور التساؤل حول مدى وجود شروط شكلية و موضوعية لوثيقة تبليغ المآخذ؟
- القواعد الشكلية:

يعد أمر تحديد محتوى وثيقة تبليغ المآخذ متروك للسلطة التقديرية للمقرر و لرئيس مجلس المنافسة فيما يخص الشكل، و ذلك راجع إلى عدم وجود أية قواعد خاصة مفروضة لتحريره، و مع ذلك يمكن أن تشمل وثيقة تبليغ المآخذ البيانات التالية:

التذكير بأصحاب و موضوع الإخطار، وصف السوق المعنية و الممارسات المقصودة مع الإحالة إلى وثائق ملف الموضوع تحت تصرف الأطراف للاطلاع عليه، تكييف الممارسات المرتكبة، مع ذكر كل مآخذ تمسك به المقرر و تعيين الأشخاص المعنية به²

مع التذكير أن الممارسات لا يجب أن تخرج عن تلك الواردة بالمادة 44 الفقرة 02.³

أما بالنسبة للغة التي تكتب بها وثيقة تبليغ المآخذ فلا يوجد نص صريح ذلك غير أننا بالاطلاع على النظام الداخلي لمجلس المنافسة الصادر سنة 2013 نلاحظ أنه جاءت المادة 21 التي نصها " يجب تقديم أي وثيقة و مستند أمام المجلس باللغة العربية أو إرفاقها بترجمة رسمية وفقاً للأحكام المادة 08 الفقرة 02 من القانون 08-09 المتضمن للإجراءات المدنية و الإدارية"⁴ فعلى ضوء هذه المادة التي تلزم الاطراف بتقديم أي مستند أو وثيقة باللغة العربية أو ارفاقها بترجمة رسمية، فإذا كان الاطراف ملزمين باستخدام اللغة العربية إذا وثيقة تبليغ المآخذ يتعين أن تكون محررة باللغة العربية.

-القواعد الموضوعية:

¹كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 312.

²قوسم غالية مرجع سابق ص 121.

³ " ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات و الأعمال إليه تدخل ضمن إطار المواد 6، 7، 10، 11، 12 ..."

⁴القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

يجب أن تكون المآخذ واضحة و دقيقة بما فيه الكفاية¹ بمعنى ألا تحتل أي تأويل يثير اللبس أو الشك في مضمونها أو في من وجهت ضده هذه المآخذ، و يمكن في هذا السياق للمقرر أن يمد نطاق تحقيقه إلى وقائع لم يرد ذكرها في رسالة الإخطار، غير أنه لا يمكن لوثيقة واحدة لتبليغ المآخذ أن تضم ممارسات تدور في الأسواق مختلفة².

- كما أن المقرر لا يكون مقيدا بنتائج تحقيقات الإدارة و لا بتكليف الأطراف صاحبة الإخطار، و هكذا بإمكانه الإعتماد على وقائع لم تذكر في عريضة الإخطار، كما له أن يستمر في التحقيق بالرغم من مطالبة ضحايا الممارسات المقيدة للمنافسة بعدم متابعة القضية، زيادة على أن المقرر بإمكانه تكملة المآخذ الأولية بمآخذ إضافية، بشرط أن يمنح للأطراف المعنية بتبليغ المآخذ أجلا جديدا لإبداء ملاحظاتها حول تلك المآخذ الإضافية³.

2- الأطراف المعنية بالتبليغ:

نصت المادة 52 من الامر 03-03 " ...و يبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية، و إلى الوزير المكلف بالتجارة " باستقراء هذه المادة يمكن حصر الأطراف المعنية بالتبليغ فيما يلي:

- صاحب الإخطار باعتباره المحرك الأول للقضية عن طريق الإخطار.
- الوزير المكلف بالتجارة.
- الأشخاص الذين يفترض إسناد الممارسة أو الممارسات المنافسة إليهم ، و الذي يكونون في موضع مشتبه بهم.
- جميع الأطراف الذين لهم مصلحة.

و لم يحدد المشرع المقصود بالفئة الأخير (الذين لهم مصلحة) و ذهب البعض إلى اعتبارها الأطراف غير المرتكية للممارسات المقيدة للمنافسة لكن لها مصلحة في النزاع أمام مجلس المنافسة⁴، مثل سلطة الضبط المختصة عندما يقدم إخطار يعني بشكل مباشر نشاط تشرف على رقابته و ضبطه سلطة الضبط المعنية فيكون لهذه الأخيرة مصلحة في تلقي نسخة من وثيقة تبليغ المآخذ و ذلك لإبداء ملاحظاتها.

و لم يتعرض الفصل الثالث –المتضمن إجراءات التحقيق- من الأمر 03-03 إلى كيفية التبليغ و اكتفى بالتصريح أن رئيس مجلس المنافسة هو المختص بالقيام بالتبليغ دون أن يبين كيف يتم ذلك. هل يتم عن طريق البريد أم بواسطة المحضر القضائي.

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 356.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 314.

³ كحال سلمى مرجع سابق ص 148.

⁴ المرجع نفسه ص 149.

و نعتقد أن تبليغ المآخذ بالنظر إلى أهميته يجب أن يكون عن طريق محضر قضائي، و يجد هذا الموقف سنده في المادة 1/47 الأمر 03-03 و التي تم تعديلها بموجب القانون 12/08 و هي تنص على أنه " تبليغ القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة إلى الاطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي، و ترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة " ¹

فهذه المادة حتى و إن كانت تنص صراحة على تبليغ فقط القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة فليس هناك ما يمنع أن تشمل تبليغ المآخذ بالنظر إلى المزايا التي سيحققها ذلك و التي منها:

- ضمان وصول وثيقة تبليغ المآخذ في أجل أقل بالمقارنة مع الرسالة التي تمر عبر مصلحة البريد.

- لايمكن للأطراف الاحتجاج بعدم وصول الوثيقة.

3- الإطلاع على الملف و تقديم الملاحظات:

بعد تبليغ وثيقة المآخذ و احتراماً لحقوق الدفاع كفل المشرع للأطراف المبلغة إمكانية تقديم ملاحظاتهم حول التقرير الاولي الذي يتضمن مجموع المآخذ، كما منحهم الحق في الإطلاع على ملف الدعوى.

أ- الإطلاع على الملف:

تنص الفقرة الثانية من المادة 30 من أمر 03-03 " للأطراف المعنية و ممثل الوزير المكلف بالتجارة حق الإطلاع على الملف و الحصول على نسخة منه". حتى تتمكن الاطراف المعنية بتبليغ وثيقة المآخذ من إيداء ملاحظات حول وثيقة المآخذ كفل لها المشرع حق الاطلاع على الملف و الحصول على نسخة من عند الحاجة.

و أوضح النظام الداخلي لمجلس المنافسة كيفية الاطلاع على الوثائق و ذلك من خلال القسم الثاني المعنون تفحص الملف و استرجاع الوثائق - حيث نصت المادة 01/28 " الإطلاع على الملفات المذكورة في المادة 30، الفقرة 3 من الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، يمكن أن يكون خلال أيام الدوام الرسمي من الساعة التاسعة صباحاً إلى منتصف النهار و بين الساعة الواحدة إلى الساعة الرابعة زوالاً" ²

على ضوء الفقرة الاولي من المادة 28 يمكننا أن نستنتج أن مواقيت الاطلاع تكون على النحو التالي:

- الاطلاع على الملفات يكون خلال أيام الدوام الرسمي أي من يوم الأحد إلى الخميس.

¹ نظر تعديل المادة 47 عن طريق المادة رقم 22 من القانون رقم 12/08.

² القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

التوقيت يكون بين الساعة التاسعة صباحا إلى منتصف النهار – و بين الساعة الواحدة إلى الساعة الرابعة زوالا.
أما بخصوص كيفية الاطلاع على الملفات فقد أوضحت الفقرة الثالثة من المادة 28

1

الإجراءات الواجب إتباعها حين نصت:
" يتم الإطلاع على النحو التالي:

- ينبغي على الأطراف أو محاميها أخذ موعد مسبق مع مديرية الإجراءات و متابعة الملفات.

- ينبغي على المحامين الحضور في الموعد المحدد مرفقين بوثائق تثبت تمثيلهم لمصالح موكلهم، ما عدا الحالات أين تكون أرسلت مسبقا إلى المجلس أين يكون الممثلين قد قامو بإصدار مذكرات، ووثائق إثباتية أو ملاحظات تتضمن إختيار موطن.

- يتم الإطلاع بحضور عون مديرية الإجراءات و متابعة الملفات يسمح للطرف المعنى أو لمحامييه بالاطلاع على الملف كاملا بإستثناء المعلومات، الوثائق أو جزء منها التي تكون محل إجراء حماية سر الأعمال اتجاه هذا الطرف.

- يمكن لممثل الوزير المكلف بالتجارة الحصول على نسخة من الوثائق أو جزء منها.

- يمكن للأطراف المعنية أو محاميهم تصوير نسخة من جميع الوثائق أو أجزاء منها على نفقتهم الخاصة"

من خلال نص المادة 03/28 يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

- الإطلاع على الملف سواء من قبل الاطراف أو محاميهم لا يكون إلا بعد أخذ موعد مسبق يقدم طلب تحديد موعد الاطلاع على الملف أمام مديرية الإجراءات و متابعة الملفات، كما يجب عليهم إثبات صفتهم إذا لم يسبق لهم ذلك.

- يتم الإطلاع على الملف بحضور عون مديرية الإجراءات و متابعة الملف، و ليس المقر الذي أعد التقرير الأولي و يرجع ذلك على الأرجح لكون هذا العمل روتيني و يقوم به موظف فقط، نشير في هذا السياق إلى من مهام مديرية الإجراءات و متابعة الملفات و المنازعات.

- " اعداد الملفات و متابعتها في جميع مراحل الإجراءات على مستوى المجلس و الجهات القضائية " 2.

1 القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

2 الفقرة الثالثة من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم و سير مجلس المنافسة المعدل و المتمم.

- بإمكان الاطراف المعنية أو محاميهم الحصول على نسخ من جميع الوثائق أو اجزاء منها و لكن على نفقتهم الخاصة.
في حين أعفى ممثل الوزير المكلف بالتجارة من دفع نفقات نسخ الوثائق.
و يثير الإطلاع على الملف إشكالية تعارضه مع قاعدة سرية الأعمال و سرية المعلومات.

و جاء المشرع يحل وسط و ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 03/30 من الامر 03-03 التي حاولت التوفيق بين حق الاطلاع على الملف و سرية الأعمال فقد نصت " يمكن للرئيس بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية رفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس بسرية المهنة، في هذه الحالة تسحب المستندات أو الوثائق من الملف، و لا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة مؤسسا على المستندات أو الوثائق المسحوبة من الملف"

و جاء التأكيد من خلال القانون الداخلي لاسيما المادة 02/28 التي تنص " غير أنه يمكن للرئيس أن يرفض و بناء على طلب مكتوب ومعلل من الاطراف رفض تسليم الوثائق التي تكون محل سر الأعمال، في هذه الحالة، تسحب هذه الوثائق من الملف و لا يمكن استخدامها كعنصر تقدير في هذا القرار الذي يصدر عن المجلس"

أهم ما يمكن ملاحظته على هاتين المادتين هو أن 03/30 منحت الرئيس إمكانية المبادرة برفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس بسرية المهنة، بينما حصرت المادة 02/28 من النظام الداخلي ذلك على الأطراف و ذلك بتقديم طلب مكتوب و معلل يبين الأسباب التي دفعت هذا الطرف إلى تقديمه، و يبدو أن المادة 02/28 من النظام الداخلي هي الأصوب و هذا راجع إلى أن الأطراف المعنية هي الأدرى بالمعلومات و البيانات التي تعد سرية، كما أنها تهدف دائما لحماية مصالحها من الغير، في حين أن الرئيس مجلس المنافسة ليست له أي دراية بسرية الأعمال أو مصلحة حتى يبادر برفض تقديم هذه الوثائق أو المستندات.

و انتقد البعض¹ المادة 03/30 من الأمر 03-03: فحسب هذا الرأي إذا كان مجلس المنافسة لا يعتمد على المستندات المسحوبة من الملف بحجة أنها من الأسرار المهنية، لماذا خول المقرر سلطة تحقيق موسعه إلى درجة عدم الإحتجاج أمامه بالسر المهني.²

ب- إبداء الملاحظات:

بعد اطلاع الأطراف على الملف المودع لدى مديرية الإجراءات و متابعة الملفات فضلا على مضمون وثيقة تبليغ المأخذ، يحق للأطراف إبداء ملاحظات بشأنها

¹العور بدرة مرجع سابق ص 355.

² المادة 01/51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق مرجع سابق.

كرد فعل، و يكون بتقديم دفوع أو أدلة إثبات أو نفي تدعم مركزهم أو بالعكس تدين أطراف القضية أو غيرهم و قد حدد المادة 52 السالفة الذكر أجل 03 أشهر كي تقدم هذه الملاحظات من قبل وجهة حق لهم المأخذ غير أن المشرع لم يحدد الأجل الذي يبدأ من خلال حساب بداية الأجل لتقديم الملاحظات المكتوبة.

ثانيا: التقرير النهائي للمقرر:

بعد إنقضاء مهلة 03 أشهر المحددة للأطراف لإبداء ملاحظاتهم حول وثيقة تبليغ المأخذ يشرع المقرر في المرحلة الموالية من إجراءات التحقيق و ذلك بإعداد مقرر ختامي معلل يتم تبليغه بعد تحريره إلى الأطراف محددة لتبدي كذلك ملاحظاتها بشأنه.

1- طبيعة التقرير النهائي (الختامي):

ذهب بعض الدارسين إلى أن التقرير يأتي كنتيجة للعمل المعمق و الطويل، الذي قام به المقرر من أجل سرد عملية التحقيق¹، فمن خلاله يقوم المقرر بالتعرض لجميع مراحل التحقيق انطلاقا من الإخطار و الاطراف المعنية به إلى الوقائع و كذا وثيقة تبليغ المأخذ، و الوثائق و المستندات التي اطلع عليه و استند إليها، إضافة إلى الملاحظات التي أبداها الأطراف المبلغة بمناسبة إطلاعهم على وثيقة تبليغ المأخذ، لذلك يعتبر التقرير بمثابة الركيزة الأساسية التي يستند عليها المجلس لاتخاذ قراره و النطق بالحكم²، و جاء النص على التقرير النهائي من خلال المادة 54 من الامر رقم 03-03 " يقوم المقرر عند إختتام التحقيق بإيداع تقرير معلل لدى مجلس المنافسة يتضمن المأخذ المسجلة، و مرجع المخالفات المرتكبة و إقتراح القرار، و كذا اقتراح تدابير تنظيمية طبقا لاحكام المادة 37 أعلاه".

2- القواعد المنظمة للتقرير:

يشترط في التقرير أن يتوفر على بعض الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية.

أ- **الشروط الشكلية:** يجب أن يتوفر التقرير على بعض الشروط الشكلية وهي:

- **عرض الوقائع:** و يستخلصها المقرر على العموم من خلال الإخطار و مذكرات باقي الأطراف.

- **المأخذ المسجلة:** و يمكن أن نشبهها بالاتهامات المعروفة في القانون الجزائي، فهي عبارة عن تهم يوجهها المقرر إلى أحد أطراف القضية مثل المشتكى منه في الاخطار أو غيره أثبت التحقيق الموسع توأطئه في إرتكاب الممارسة المنافسة للمنافسة كأن يتعلق بارتكاب التعسف في وضعية الهيمنة من خلال أصحاب مركز مسيطر جماعي.

¹ كتو محمد الشريف الممارسات المنافسة للمنافسة مرجع سابق ص 324.

² جلال مسعد مرجع سابق ص 366.

- **مرجع المخالفات**، لم يوضح المشرع المقصود بها غير أننا بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية الذي استعمل عبارة « La référence au infractions commises » ترجح أن يقصد بها ذكر النص القانوني الذي يحكم الممارسات المنافسة للمنافسة كأن يتعلق مثلا بوضعية التعسف في وضعية الهيمنة فيجب على المقرر الإشارة إلى المادة السابعة من الأمر 03-03 . فإذا كيف الممارسة على أنها البيع التمييزي فيجب عليه ذكر الفقرة، الخامسة من المادة السابعة.¹

- **عرض ملاحظات الأطراف**: التي سبق أن أدلى بها الأطراف المبلغين بوثيقة تبليغ المآخذ و التي كما سنرى يمكن أن تؤثر على محتوى التقرير النهائي فيقوم المقرر بعرضها بالتقرير كونها تتضمن دفوع الاطراف و رأيهم في المآخذ و هذا عملا بمبدأ الوجاهية كحق من حقوق الدفاع.

ب- القواعد الموضوعية للتقرير النهائي:

إن المآخذ التي تمسك بها في النهاية المقرر ليست بالضرورة هي التي عرضها في وثيقة تبليغ المآخذ، لأن المقرر يكون قد تراجع عن بعضها بعد إطلاعه على ملاحظات الأطراف، علاوة على حصوله على عناصر إثبات جديدة أثناء تحقيقه، غير أنه لا يمكن للتقرير أن يتضمن مآخذ جديدة.²

كما لا يمكن أن يتضمن التقرير النهائي مآخذ جديدة لم تكن محل تبليغ للأطراف و لم تبد هذه الأخيرة ملاحظات بشأنها، و إذا أراد المقرر إضافة مآخذ جديدة يجب عليه تبليغ الاطراف بالمآخذ الجديدة لامكانية الرد عليها و من ثم تحرير تقرير بشأنها.³

و هذا يعد أحد الضمانات الممنوحة للاطراف و التي من ضمنها حقهم في احترام الطابع الحضورى و الوجاهى للعملية.⁴

- في نفس السياق نلاحظ أن موقف المقرر لا يمكن أن يلزم مجلس المنافسة، لأنه قد يحدث في أحيان كثيرة أن يكون لمجلس المنافسة تقييم مختلف عن تقييم المقرر و لا يتمسك بالتالي بالمآخذ التي اعتمدها المقرر، لكن لا يمكن للمجلس أن يتمسك بمآخذ في مواجهة طرف معين إذا لم يكن هذا الاخير قد تلقى التقرير.

و يثور التساؤل حول المهلة التي يتعين خلالها على المقرر تحرير التقرير النهائي، بمعنى آخر ما هو الاجل الممنوح للمقرر لكتابة تقريره؟.

في الواقع لا توجد أي مهلة يتقيد بها المقرر لإعداد تقريره فقد يأخذ المقرر وقتا أطول من الاجل الممنوح للأطراف لإبداء ملاحظاتهم و يرجع سبب ذلك لطبيعة

¹ " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة ...

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مماجرهم من منافع المنافسة "

² كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافسة للمنافسة مرجع سابق ص 324.

³ كحال سلمى مرجع سابق ص 151.

⁴ قوسم غالبية، مرجع سابق ص 128.

عمل المقرر الذي يقتضي منه تحليل و دراسة مجمل الاجراءات و واجب الإجابة على الملاحظات المدلى بها بمناسبة الرد على تبليغ المآخذ و هو عمل دقيق يحتاج إلى تركيز ووقت، ونشير هنا إلى المقرر غير ملزم بالإجابة على كل حجج و دفوع الأطراف الواردة في مذكراتهم و ملاحظاتهم.¹

3- الأطراف المعنية بتبليغ التقرير النهائي:

نصت المادة 01/55 على أنه " يبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير إلى الأطراف المعنية و إلى الوزير المكلف بالتجارة ... " و على ضوء هذا النص تتمثل الأطراف التي يبلغها رئيس مجلس المنافسة بالتقرير النهائي في ما يلي:

- **الأطراف المعنية:** و هي تشمل صاحب الإخطار بإعتباره المحرك الأول للقضية عن طريق الإخطار إضافة إلى الأشخاص الذين تسند اليهم الممارسة المنافسة للمنافسة و الذين يحتلون موقع المشتبه فيهم.²

- الوزير المكلف بالتجارة:

و نلاحظ أن المادة 01/55 لم تذكر الأطراف ذوا المصلحة الذين يعدون ضمن الأشخاص المعنيين بتبليغ التقرير النهائي، بالرغم من اعتبارهم معنيين بالتبليغ فيما يخص التقرير الأولي.³

4- ملاحظات الأطراف:

طبقا لأحكام المادة 55 من الامر 03-03 " يبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير إلى الاطراف المعنية و إلى الوزير المكلف بالتجارة و الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين.

و يحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية.

يمكن أن تطلع الأطراف على الملاحظات المكتوبة المذكورة في الفقرة الاولى أعلاه، قبل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الجلسة.

يمكن المقرر إبداء رأيه في الملاحظات المحتملة المكتوبة المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه"

كما هو الشأن بالنسبة للتقرير الأولي، فالأطراف مدعوون لتقديم ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين من تبليغهم بالتقرير النهائي.

و هذه الملاحظات تعتبر بمثابة رد دفاعي لما ورد ضدها من مآخذ في التقرير النهائي.⁴

و يلاحظ أنه خلافا لإجراء الذي تبلغ فيه المآخذ (عندما يفتح ملف يوضع للاطلاع عليه من قبل الأطراف مع إمكانية أخذ نسخ)، فإنه في هذه المرحلة لا يكون هناك

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 366.

² لعور بدره مرجع سابق ص 352.

³ المادة 52 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة مرجع سابق.

⁴ كحال سلمى مرجع سابق ص 152.

ملف، لأن كل الوثائق التي اعتمد عليها المقرر لتأسيس المآخذ النهائية ترفق وجوبا مع التقرير، و نشير إلى أن الأطراف غير ملزمين بتكرار الملاحظات التي سبق أن أدلوا بمناسبة اطلاعهم على التقرير الأولى (وثيقة تبليغ المآخذ) فهم أحرار أن يبدو ملاحظات جديدة و مغايرة للأولى.¹

و مكن المشرع الأطراف من الإطلاع على الملاحظات المكتوبة التي أبدأها غيرهم، و ذلك خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الجلسة² و هو أمر غير مسموح به بالنسبة للملاحظات المكتوبة التي أبدأها الأطراف عند الإطلاع على وثيقة تبليغ المآخذ، و يمكن كذلك المقرر أن يبدي رأيه في الملاحظات المحتملة المكتوبة التي أبدأها الأطراف و هنا نلاحظ أن المشرع منح المقرر " إبداء رأيه في الملاحظات المكتوبة"³ على عكس الأطراف الذين لهم فقط حق الإطلاع و إبداء ملاحظاتهم حول التقرير النهائي و ليس إبداء الرأي حول الملاحظات المكتوبة لبعضهم البعض.

و تضع ملاحظات و مذكرات الأطراف حول المآخذ النهائية المسجلة في التقرير النهائي خاتمة لإجراء التحقيق، ليتم بعدها إعداد ملف كامل الملف للقضية يتم إرساله إلى مجلس المنافسة، يرسل على الأرجح إلى مديرية الإجراءات و متابعة الملفات هذه الأخيرة من صلاحياتها " تسيير المنازعات و متابعتها في القضايا التي يعالجها المجلس.

- تحضير جلسات المجلس⁴

و يتشكل الملف من مجموع الأوراق من عرائض و مذكرات الرد على التقرير علاوة على ملاحظات الأطراف، و عليه يتم إحالتها ليأتي دور مجلس المنافسة للفصل في القضية.

المبحث الثاني: البث في القضايا المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة

بعد انتهاء التحقيق بإيداع المقرر تقريره الختامي لدى مجلس المنافسة، تبدأ المرحلة الموالية و هي البث في الملف من قبل أعضاء مجلس المنافسة و هذا بدوره يمر عبر عدة مراحل حددها قانون المنافسة و النصوص التنظيمية، لينتهي الأمر بصور قرار عن مجلس المنافسة يكون قابل للطعن أمام الجهة القضائية المختصة.

¹ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 326.

² الفقرة الثانية المادة 55 من الأمر 03-03 المتعلق المرجع سابق.

³ الفقرة الثالثة المادة 55 من الأمر 03-03 المتعلق المرجع سابق.

⁴ الفقرات 3-4-5 من المادة الثالثة من المرسوم التنفيذية رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم و سير مجلس المنافسة.

و سيتم من خلال هذا المبحث التعرض لجلسات مجلس المنافسة ضمن مطلب أول، ثم الطعن في قرارات مجلس المنافسة في مطلب ثان.

المطلب الأول: جلسات مجلس المنافسة

نظم المشرع الجزائري من خلال الأمر 03-03 القواعد المنظمة لجلسات مجلس المنافسة، كما جاء النظام الداخلي للمجلس الذي تعرض بالتفصيل للأمر، و سيتم دراسة هذا المطلب ضمن ثلاثة فرع، قواعد سير الجلسات في أولاً، و نظام المدوالات في نقطة ثانية، و ثالثاً قرارات مجلس المنافسة ثم العقوبات المقررة للتعسف في وضعية الهيمنة في فرع رابع.

الفرع الأول:

قواعد سير الجلسات

و نتعرض من خلالها إلى :

- تنظيم الجلسات.
- حقوق الأطراف المعنية.
- سرية الجلسات.
- انعقاد الجلسات.

أولاً: تنظيم الجلسات:

أو كل المشرع رئيس مجلس المنافسة مسؤولية الاشراف على أعمال مجلس المنافسة، و يخلف نائبه في حالة غيابه أو حدوث مانع له¹. و أوضحت المادة 31 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة طبيعة هذه المهام بنصها " يضبط رئيس المجلس الرزنامة التاريخ و ساعة الجلسات ... " فيقع على رئيس مجلس المنافسة تحديد جدول أعمال كل جلسة (الرزنامة) وكذا تحديد تاريخ و ساعة انعقاد الجلسات.

كما يتم إرسال الدعوة لحضور الجلسات للأطراف المعنية و ممثل الوزير المكلف بالتجارة من قبل رئيس مجلس المنافسة كذلك.

و نشير الدعوة الموجهة إلى هؤلاء إلى :

- رقم القضية المعنية.
- موضوع القضية المعنية.
- تاريخ و مكان و ساعة الجلسة².

¹ " يشرف على أعمال مجلس المنافسة الرئيس أو نائب الرئيس أو نائب الرئيس الذي يخلفه في حالة غيابه أو حدوث ضائع له " الفقرة الأولى من المادة 28 من الأمر رقم 03-03 المتعلق مرجع.

² المادة 32 من القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

في حين يتكفل مدير الإجراءات و متابعة الملفات بإرسال الرزنامة calendrier إلى نواب الرؤساء و الأعضاء و المقرر العام و ممثل الوزير المكلف بالتجارة واحد و عشرين (21) يوما قبل انعقاد الجلسة.¹

و بحسب المادة 01/33 من النظام الداخلي للمجلس و يبلغ ملف القضية أيضا إلى أعضاء المجلس و ممثل الوزير المكلف بالتجارة، في أجل لا يقل عن واحد و عشرين (21) يوما عن التاريخ المقرر لإنعقاد الجلسة، و نلاحظ أن الأطراف الأخرى (مثل صاحب الإخطار و الشكو منه) غير معنيين بتبليغ الملف.

و أورد النظام الداخلي حالة خاصة و هي عندما قيام أحد أطراف القضية بإرسال وثيقة ما بين تاريخ هذا الإرسال. المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 33 من النظام الداخلي للمجلس. و الأجل المنصوص عليه في المادة 19 قبل ثمانية (أيام من تاريخ الجلسة) من النظام الداخلي، و يتعين في هذه الحالة أن ترسل الوثيقة فوراً بأي وسيلة كانت إلى أعضاء المجلس و ممثل الوزير المكلف بالتجارة² و نلاحظ أن المادة 19 المذكورة أعلاه لم تتضمن أي أجل و بالتالي ليست لها أي علاقة و الإحالة هنا خاطئة، و نعتقد أن الأجل المقصود من خلالها هو ذلك المنصوص عليه في المادة 31 أيالفترة الممتدة من تاريخ إرسال الرزنامة المتضمنة لتاريخ و ساعة الجلسات، و بين تاريخ انعقاد الجلسة.³ و يبدو أن مجلس المنافسة أراد بذلك الحفاظ على نفس التاريخ الذي سنعقد فيه جلسة المجلس و ألا يتعطل ذلك بسبب الوثيقة المرسلة.

ثانيا: حقوق الأطراف المعنية:

فضلا على الحقوق الممنوحة للأطراف أثناء سير التحقيق منحهم المشرع حقوقا أخرى بمناسبة تنظيم سير الإجراءات مجلس المنافسة و هي تتمثل خصوصا في:

1- حق حضور الجلسات:

يحق للأطراف المعنية بالقضية حضور جلسات مجلس المنافسة طبقا للمادة 01/30 من الأمر 03-03 و ذلك عندما نصت " يستمع مجلس المنافسة حضوريا إلى الأطراف المعنية في القضايا المرفوعة إليه "

و تضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة ما يفيد حق الأطراف المعنية بحضور الجلسات وذلك من خلال المادة 34 منه بنصها " يجب على الأطراف الراغبة في حضور الجلسة أن تعلم رئيس المجلس في أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة مع تحديد أسمائهم و صفاتهم " و تثير هذه المادة الملاحظات التالية:

¹ المادة 31 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

² الفقرة الثامنة من المادة 33 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

³ المادة 31 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

- ربط النظام الداخلي حضور الأطراف الجلسة بضرورة إعلام رئيس المجلس في أجل لا يتجاوز 8 أيام من تاريخ الجلسة، و هنا نتساءل هل لفظ " الأطراف " المذكور بالمادة 32 من النظام الداخلي ينصرف معناه إلى صاحب الإخطار و المشتكى منه أم لا، فإذا كانت الأطراف قد وجهت لها الدعوى لحضور الجلسة فلماذا قيدها النظام الداخلي بإعلام رئيس المجلس عن حضورها بالرغم من أنها أصلا مدعوة للحضور بإعتبارها معنية بالقضية.
و حضور لا يعد أمر غريبا.

- الزم النظام الداخلي الأطراف الراغبة في الحضور بتحديد أسمائهم و صفاتهم، و هو أمر منطقي يتعلق خصوصا بممثلي الأطراف المعنية و لاسيما المحامين أو الأشخاص الذين أختاروهم للحضور بدلا عنهم¹.

- يجب أن يكون إعلام مجلس المنافسة بالرغبة في حضور الجلسة عن طريق طلب خطي و ليس شفاهة و ذلك لأن المادة 34 استعملت عبارات دالة على ذلك منها " يجب على الأطراف أن تعلم رئيس المجلس في أجل مع تحديد أسمائهم و صفاتهم"²

2- الحق في تمثيلهم:

نصت المادة 30فقرة 02 من الامر 03-03 على أنه:

" ... و يمكن أن تعين هذه الأطراف ممثلا عنها أو تحضر مع محاميها أو مع أي شخص تختاره"

يستفاد من هذا النص، أنه يمكن للأطراف أن لا تحضر شخصيا إلى جلسة المجلس و تعين من ينوب عنها، و هي تخص مثلا حالة الشركات فبإمكان هذه الأخيرة أن ينوب عنها المسير، أو الممثل القانوني أو من تفوضه الجمعية العامة للشركة... الخ"، كما هو شأن بالنسبة لحضور المحامي للدفاع عن مصالح موكله، أو حضور شخص يختاره أحد الاطراف يكون له دراية بالنشاط الإقتصادي المعني.

3- الحق في الاستماع اليها:

طبقا للمادة 30 الفقرة 01 " يستمع مجلس المنافسة حضوريا إلى الأطراف المعنية في القضايا المرفوعة اليه و التي يجب أن تقدم مذكرة بذلك، و يمكن أن تعين هذه الأطراف ممثلا عنها أو تحضر مع محاميها أو مع أي شخص تختاره"
إذن تتمتع الأطراف المعنية بحق الاستماع اليها، غير أن النظام الداخلي قيد ذلك بتقديم طلب حيث نصت المادة 34 " يجب على الأطراف الراغبة في أن يستمع إليها خلال الجلسة أن تقدم طلبا طبقا للاشكال المنصوص عليها في الفقرة أعلاه ."

¹ طبقا للمادة 01/30 من الامر 03-03 المتعلق مرجع.

² النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

فعلى ضوء هذه المادة يتعين على من يرغب في التدخل أثناء انعقاد جلسة مجلس المنافسة أن يبادر إلى تقديم طلب يعبر من خلاله عن نيته في التدخل و إسماع صوته أمام أعضاء مجلس المنافسة، و يكون تقديم الطلب بنفس الكيفيات المذكورة بالفقرة الاولى من المادة 34 من النظام الداخلي للمجلس أي أن يتم إعلام رئيس المجلس بذلك في أجل 8 أيام من تاريخ الجلسة مع تحديد أسماء وصفات من سيقوم بالتدخل أمام مجلس المنافسة.

و يكون تدخل هؤلاء الأطراف شفاهة و يستخلص ذلك من عبارة " يستمع مجلس المنافسة حضوريا إلى الأطراف " ، و نلاحظ أن التدخل الاطراف شفاهة لا يعني عن تقديم مذكرة بذلك « présenter un mémoire » و هي الزامية لأن المشرع استعمل و " التي يجب عليها تقديم مذكرة بذلك " ¹ و نشير هنا إلى أن إستماع مجلس المنافسة يتسع ليشمل ممثلي الأطراف أو محاميها أو أي شخص تختاره و هذا يستفاد من آخر الفقرة الأولى من المادة 30 من الأمر رقم 03-03.

4- الحق في الإطلاع على ملف القضية:

نصت على هذا الحق المادة 30 الفقرة 02 كما يلي:
" للأطراف المعنية و ممثل الوزير المكلف بالتجارة حق الإطلاع على الملف و الحصول على نسخة منه" ²

إذا حق الإطلاع على الملف ثابت للأطراف المعنية في حين نتساؤل عن جدوى إدراج ممثل الوزير المكلف بالتجارة ضمن الاشخاص المعنيين بذلك بالرغم أن الملف يبلغ تلقائيا اليه (ممثل الوزير التجارة) من قبل رئيس مجلس المنافسة قبل 21 يوما من التاريخ المحدد للجلسة للجلسة طبقا للمادة 01/33 من النظام الالداخلي لمجلس المنافسة.

و عاد المشرع مرة أخرى و قيد حق الإطلاع بذريعة عدم المساس بسرية المهنية فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 30 حيث نصت " غير أنه يمكن الرئيس، بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية، رفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس سر المهنة، و في هذه الحالة تسحب هذه المستندات أو الوثائق من الملف، و لا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة مؤسسا على المستندات أو الوثائق المسحوبة من الملف"

¹المادة 01/30 من الأمر رقم 03-03 متعلق قانوني.

² الأمر رقم 03-03 المتعلق .

ثالثا: سرية الجلسات:

تكون جلسات مجلس المنافسة سرية حسب ما نصت عليه المادة 28 الفقرة 03 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الذي جاء فيها " جلسات مجلس المنافسة ليست علنية "

و تعني أن الجلسة سرية أنها تتم من دون حضور الجمهور و يقتصر الحضور على الاطراف المعنية بالقضية، و هذا بخلاف ما كان عليه الأمر في ظل الأمر رقم 95-06 الذي كان ينص على علنية الجلسات بموجب المادة 43 الفقرة 03. غير أننا نلاحظ أن المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم و سير مجلس المنافسة قد جاء بحكم معايير و ذلك عندما نصت المادة 10 الفقرة الاولى منه على " يمكن أن يدرس المجلس الملفات المعروضة في إطار لجان مصغر قبل دراستها في جلسة علنية "

و هو كما يبدو و تناقض واضح بين النصين، ضمن جهة تكون الجلسة سرية بحكم المادة 03/28، و من جهة أخر الجلسة علنية حسب المادة 01/10 من المرسوم رقم 11-241¹ ، و عليه ينبغي أن يتدخل المشرع ليكون هناك إنسجام بين النص القانوني و النصوص المتخذة لتطبيقه (النصوص التنظيمية).

رابعا: إنعقاد الجلسات:

حتى تصح جلسات مجلس المنافسة أورد المشرع جملة من التدابير التي يتعين مراعاتها، و كان الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة يعاني من نقص شديد في الاحكام التي تنظم و تحدد قواعد إنعقاد جلسات مجلس المنافسة إلى غاية صدور القانون الداخلي لمجلس المنافسة هذا الاخير سد الكثير من الثغرات التي كان يعاني منها الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة و هو أمر يستحق الثناء، و ستناول من خلاله هذه النقطة : النصاب القانوني لصحة جلسات مجلس المنافسة، إدارة الجلسات، و الشروط الواجب توافرها في الاعضاء تعليق جلسات مجلس المنافسة و أخيرا تحرير المحاضر.

1- النصاب القانوني:

لكي تصح جلسات مجلس المنافسة لابد من توافر النصاب القانوني لإنعقاد حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 28 من الأمر رقم 03-03 المتعلق على أنه " لا تصح الجلسات مجلس المنافسة إلا بحضور ثمانية أعضاء منه على الأقل " و نشر في هذا السياق إلى أن مجلس المنافسة يتكون من إثني عشر (12) عضوا² و عليه في حالة عدم اكتمال النصاب القانوني الذي يعادل ثلثي (3/2) أعضاء مجلس المنافسة فإن جلساته تصبح باطلة¹.

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 369.

² انظر المادة 24 الفقرة الاولى من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

و لقد أورد النظام الداخلي لمجلس استثناء بخصوص غياب عضو ما، فإضمان إنعقاد جلسات هيئة مجلس المنافسة بانتظام فقد نصت المادة 37 على " فسيتم قبول وكالة تمثيلا الأعضاء لزملائهم من نفس الفئة في حدود وكالة واحد لكل عضو " و من ثم يمكن لأي عضو أحسن بعدم مقدرته على المشاركة في جلسات مجلس المنافسة أن يوكل غيره ليحل محله، بشرط أن لا يحوز الوكيل إلا وكالة واحدة فقط لكل عضو²

2 - الشروط الواجب توافرها في العضو المشارك في الجلسة:

وقد نصت عليها المادة 29 من الامر 03-03 و هي كما يلي:
- يجب ألا يكون للعضو المشارك في المداولة علاقة مصلحة تتعلق بالقضية موضوع الجلسة.
- يجب ألا تجمع العضو المشارك و أحد أطراف القضية صلة قرابة حتى لدرجة الرابعة.
- يجب الا يكون العضو المشارك قد مثل أو يمثل احد اطراف القضية.

- يلتزم أعضاء المجلس بالسر المهني.
- عدم ممارسة أي نشاط مهني آخر يتنافى مع وظيفة عضو مجلس المنافسة.³

3-إدارة الجلسات:

وفقا للمادة 36 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة تعود إدارة جلسات مجلس المنافسة إلى رئيسه أو نائبه الذي يحل محله في حالة غيابه أو وجود مانع يحول دون حضوره، وقد حدد المادة 36 المذكورة الصلاحيات المخولة للرئيس و ذلك على نحو التالي:

- يقوم رئيس مجلس المنافسة بافتتاح الجلسة.
- تسيير المناقشات و ذلك باستخدام حقه في منح الكلمة للأطراف و الذي يتم على حسب الترتيب التالي: المقرر و المقررين، المقرر العام، ممثل الوزير المكلف بالتجارة ، ثم الأطراف المعنية ، و ممثلوها إذا كان حاضرين.
- يمكن الرئيس منح الكلمة للأعضاء الذين يريدون التدخل.
- كما يقوم بضبط النظام أثناء انعقاد الجلسات فقد تقع أثناء انعقاد الجلسة بعد الامور التي تخل بالسير العادي للجلسة كرفع الصوت أو عدم احترام الدور في أخذ الكلمة فيتدخل الرئيس لفرض النظام و هو دور شبيه بقاضي الحكم عند رئاسة الجلسة.

4- تعليق جلسات مجلس المنافسة:

¹ مز غيش عبير مرجع سابق ص 314.
² المادة 37 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.
³ كحال سلمى مرجع سابق ص 158.

من بين الأمور الجديدة التي جاء بها النظام الداخلي هو إمكانية تعليق جلسات مجلس المنافسة، فقد نصت المادة 38 منه " يمكن للرئيس تعليق الجلسة في جميع الحالات التي يبدو له فيها هذا التعليق مناسباً بعد أخذ رأي أعضاء المجلس، في حالة ما إذا كان الهدف من التعليق هو السماح لطرف ما يتقدم ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، يقوم الرئيس بتحديد أجل مناسب لذلك، يتم إرسال المستند منذ تسلمه إلى أعضاء التشكيلة الذين حضروا كذلك إلى المقرر العام أو المقرر الذي حقق في القضية و إلى الأطراف الأخرى و إلى ممثل الوزير المكلف بالتجارة "

فالهدف المتوخى من تعليق جلسة مجلس المنافسة هو السماح لطرف ما بتقديم ملاحظات ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، و قرار تعليق الجلسة لا يتخذه الرئيس بمفرده بل يجب عليه أخذ رأي أعضاء المجلس – المشاركين في الجلسة – و يقوم الرئيس بتحديد أجل مناسب لتقديم تلك الملاحظات الكتابية أو الوثائق ... إلخ، و بمجرد تسلمه لها يرسلها إلى أعضاء التشكيلة الذين حضروا إضافة إلى المقرر العام أو المقرر الذي حقق في القضية علاوة على الأطراف الأخرى و كذا إلى ممثل الوزير المكلف بالتجارة¹.

و لا شك أن تحديد أجل من قبل الرئيس لتقديم الملاحظات هدفه الزام ذلك الطرف بالاسراع في ذلك حتى لا يتراخى في القيام بذلك لاسيما إذا كان من طلب تعليق الجلسة هو الطرف المنسوب له الممارسات المناهضة للمنافسة، فبقاء الجلسة معلقة لوقت طويل لن يفيد القضية بل يعطل الفصل فيها.

5- تحرير المحاضر:

بما أن الامر يتعلق بجلسة رسمية يحضرها أطراف بناء على دعوات رسمية إضافة إلى احترام إجراءات معنية، فيجب أن يتم تدوين كل ذلك من خلال محضر رسمي، و قد تكفل النظام الداخلي لمجلس المنافسة بتبيين، البيانات التي يجب أن يحويها و كذا الشخص المؤهل لكتابتها و سنوضح ذلك كما يلي:

أ- محرر المحضر:

بحسب المادة 39 الفقرة الأولى تحرر المحاضر الرسمية من قبل كاتب الجلسة، تحت مسؤولية مدير الاجراءات و متابعة الملف.

ب- بيانات المحضر:

وفقاً لاحكام المادة 39 الفقرة الثانية:

تشير المحاضر إلى:

- رقم و موضوع القضية المعنية.

¹المادة 38 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

- تاريخ الجلسة.
- ساعة بداية و نهاية الجلسة، و عند الإقتضاء ساعة تعليقها و إعادة استئنافها.
- التشكيلة التي فحصت القضية أسماء و ألقاب رئيس الجلسة و كذا الأعضاء الذين حضروا الجلسة.
- أسماء و القاب المقرر العام و/أو المقررين المشاركين في الجلسة.
- الأسماء الكاملة للأفراد الذين قدموا تعليقات نيابة عن الاطراف المعنية بالقضية.
- الحوادث إن وقعت أثناء الجلسة أو أي عنصر آخر يقرر رئيس الجلسة تدوينه في المحضر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف المعنية .
- في حالة ما سمح للمقرر أو مجموعة من المقررين استخدام أجهزة الاعلام الالي أو وسائل عرض أخرى ، فإن الدعائم يجب أن تلحق بمحضر الجلسة، ما عدا في حالة تقديم نسخة ورقية إلى الاطراف أثناء الجلسة.
- يتم توقيع المحضر من قبل الرئيس و كاتب الجلسة، أما في حالة وجود مانع بالنسبة لكاتب الجلسة، يتم توقيع المحضر من طرف مدير الاجراءات و متابعة الملفات.
- و نشير في الاخير إلى أن الاحتفاظ بالمحاضر مهمة تقع على عاتق مديرية الاجراءات و متابعة الملفات.¹

الفرع الثاني: نظام المداولات:

بعد إنعقاد جلسة مجلس المنافسة بحضور أعضاء مجلس المنافسة، و ممثل الوزير المكلف بالتجارة، المقرر العام و المقررين، و الأطراف المعنية و ممثليهم ، ينسحب أعضاء مجلس المنافسة للتداول بخصوص القضية التي دارت المناقشة حولها في حضورهم و سندرس من خلال هذا الفرع، النصاب القانوني و الأعضاء المشاركين في المداولات نظام التصويت.

1-النصاب القانوني:

بحسب المادة 28 الفقرة 2 من الامر 03-03 " لا تصح جلسات مجلس المنافسة إلا بحضور ثمانية 8 أعضاء على الأقل " فعلى ضوء هذه المادة يشترط لصحة مداولات مجلس المنافسة حضور ثمانية أعضاء، مع العلم أن مجلس المنافسة يتكون من اثني عشر عضو(12) ² ، و هو

¹ المادة 39 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة مرجع.

² تنص المادة 24 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة " يتكون مجلس المنافسة من اثني عشر(12) عضوا ينتمون إلى الفئات الآتية:

- النصاب القانوني- الاعضاء المعنيين بالمشاركة في المداولات.
- نظام التصويت .

ما يعادل 3/2 من أعضائه على الأقل و الا اعتبرت باطلة لعدم اكتمال النصاب القانوني في حالة نقص عدد الأعضاء الحاضرين عن ثمانية.

2-الأعضاء المعنيين بالمشاركة في المداولات:

يحضرها نفس أعضاء مجلس المنافسة الذين سبق لهم أن حضروا مناقشات القضية خلال إنعقاد جلسة الإستماع الى الاطراف المعنية.

- كما يحضر المداولة كذلك المقرر العام و المقررين إضافة إلى ممثل الوزير المكلف بالتجارة، دون أن يكون لهم الحق في التصويت¹ ، و لاحظنا أن بعض الدارسين يضيفون إلى هؤلاء الفئات المسموح لها بالحضور إلى المداولة الامين العام لمجلس المنافسة²، و نعتقد أن هذا الأخير غير معني بالحضور لكونه ليس له أي علاقة بالقضايا كما أن مهامه إدارية محضى مثل متابعة المسار المهني للموظفين، الإنضباط في أوقات العمل بالنسبة للاداريين، فضلا عن أن من يقوم بمهمة كاتب الجلسة عون تابع لمديرية الاجراءات و متابعة الملفات و بالتالي حضور الأمين العام للمجلس غير ضروري و لم نجد في القانون الداخلي لمجلس المنافسة ما يشير إلى دور الامين العام بمجلس في ما يخص متابعة القضايا.

3- نظام التصويت:

نشير بداية إلى أن المداولة تتم في جلسة مغلقة³ و يشرف الرئيس الجلسة على المناقشات كون بعض القضايا قد تختلف وجوهات نظر أعضاء مجلس المنافسة حولها و اقترح النظام الداخلي حلا كفيلا بالخروج بالقرار المناسب عند إختلاف الأعضاء حول اتخاذ قرار حول قضية ما، و ذلك عن طريق التصويت برفع اليد أو ورقة سرية التصويت⁴

غير أن تطبيق هذا المادة يصطدم بأحكام المادة 28 الفقرة 03 من الامر 03-03 التي تنص " تتخذ قرارات مجلس المنافسة بالأغلبية البسيطة، و في حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا" ، فإذا كانت جلسات مجلس المنافسة لا تصح إلا بحضور ثمانية أعضاء على أقل فهنا يطرح التساؤل هل الأعضاء الثمانية الحاضرين يحسب الرئيس معهم بمعنى 07 أعضاء من مجلس المنافسة زائدة رئيس المجلس، أم 08 أعضاء زائد الرئيس، و هل يشارك أصلا الرئيس في التصويت و تظهر أهمية هذا التساؤل عند إجراء التصويت فإذا كان عدد الأعضاء المقصود في الفقرة 02 من المادة 28 هو 8 إضافة الرئيس.

فهنا لا يوجد إشكال، إذا تساوى عدد الموافقين مع المعارضين يرجع صوت الرئيس، في حين يثور الاشكال بالنسبة للحالة الثانية، فإذا كان العدد الأدنى لصحة

¹تنص المادة 26 الفقرة 1 و 3 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة

² جلال مسعد مرجع سابق ص 371، كحال سلمى مرجع سابق ص 159.

³ المادة 40 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

⁴ المادة 40 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

جلسات المجلس ثمانية بما فيهم الرئيس (يحسب مع ثمانية أعضاء) فهذا يطرح الإشكال، فإذا كان الرئيس لا يشارك في التصويت فهذا عدد المصوتين سيكون 07 و بالتالي أقل من النصاب القانوني و بذلك تكون المداولة باطلّة، و نلاحظ أن المشرع استعمل عبارة أغلبية بسيطة و هي عبارة زائدة و في غير محلها لأن المشرع يشترط بموجب المادة 02/28 من الامر 03-03 حضور ثمانية أعضاء على الأقل من أعضاء مجلس المنافسة لصحة جلساته، و هو ما يعني تقريبا حضور أغلبية أعضاء المجلس، و بالتالي لا يتعلق الامر بأغلبية بسيطة.¹ و نشير في الأخير إلى أنه في حالة ورقة سرية التصويت غير المعبر عنها أو الامتناع عن التصويت لا يؤخذان بعين الاعتبار عند احتساب الأغلبية.² و يختتم إجراء إجراء المداولة ، باصدار مجلس المنافسة لقراره الذي يبلغ لاحقا إلى الاطراف المعنية ، و هو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

الفرع الثالث:

قرارات مجلس المنافسة :

بعد تداول أعضاء مجلس المنافسة يصدر المجلس قراره بشأن القضية التي عرضت أمامه ، هذه القرارات الصادرة تستوجب وضعها حيز التنفيذ.

أولاً: إصدار القرارات:

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة إتخاذ القرار بأية وسيلة ملائمة، في كل عمل أو تدابير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة.³ و تتنوع القرارات الصادرة من مجلس المنافسة بتنوع موضوعات القضايا المطروحة عليه و الذي ينعكس على الحكم الذي سيتخذه المجلس لاحقاً، مع مراعاة شروط معينة يتعين توافرها في تلك القرارات.

1-أنواع القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة:

يمكن تصنيف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة و لاسيما تلك الصادرة في الممارسات المنافسة للمنافسة وفق التصنيف التالي:

- قرارات الحفظ:

يؤدي قرارا الحفظ إلى وضع حد للمتابعة و يتم بموجبه حفظ القضية بسبب تنازل صاحب الإخطار عن إدعاءاته أو وفاته.⁴

¹ لعور بدرة مرجع سابق ص 363.

² المادة 40 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

³ المادة 01/43 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ كحال سلمى مرجع سابق ص 162.

قرارات إنتفاء وجه الدعوى:

و هو قرار يصدر عندما لا يؤدي التحقيق إلى إثبات وجود ممارسات منافية للمنافسة¹، و استعمل مجلس المنافسة للتعبير عنه عبارة " قرارات البراءة من متابعة الإجراء "و دائما حسب المجلس يصدر هذا القرار " إذا كانت الوقائع لا تثبت، بعد التحقيق وجود ممارسات محظورة من قبل التشريع الخاص بالمنافسة"²

قرار عدم القبول:

تنص المادة 44 فقرة 3 منالامر 03-03على أنه:

"يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار مغلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقننة بما فيه كفاية"

و يمكن للمجلس أن يصدر قرار بعد قبول الإخطار، لانعدام شرطي الصفة و المصلحة في صاحبه، و ذلك بأن قدم ممثلي مؤهل قانونا للقيام بذلك.³ و ذكر المجلس المنافسة " عدم القبول بسبب عدم الفائدة و يقصد المصلحة – أو بسبب صفة التحرك إذا كانت الوقائع المذكورة متقدمة – التقادم- أو بعيدة عن اختصاصه "⁴

قرار تعليق الفصل في القضية:

و يتخذ هذا القرار حينما يتطلب الأمر إجراء تحقيق تكميلي أو في حالة انتظار حكم المحكمة التي تكون قد اخطرت هي الأخرى بنفس الوقائع.⁵ فإذا ما تبين لمجلس المنافسة بعد تفحصه لملف القضية، أن العناصر المشكلة للملف لا تسمح له بالإلمام بشكل جيد بكل الممارسات و الوقائع الواردة في عريضة الإخطار يكون له أن يصدر قراره بتعليق الفصل في القضية و إحالتها مرة أخرى كلها أو جزء منها على التحقيق، و هو ما يسمى " بالتحقيق التكميلي " ما دام أن التحقيق الأول لم يكن كافيا للبت في القضية.⁶ و عبر عنه مجلس المنافسة بـ " قرارات إيقاف الاعلان عن الحكم" و بحسب المجلس يتم إتخاذ هذا القرار بسبب اعادة التحقيق أو في انتظار التحقيق.⁷

1 كـتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 333.

2 النشرة الرسمية للمنافسة 2015 رقم 6 ص 36.

3 كحال سلمى مرجع سابق ص 163.

4 النشرة الرسمية للمنافسة 2015 رقم 6 ص 36.

5 كـتو محمد الشريف ، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 333.

6 كحال سلمى مرجع سابق ص 163.

7 النشرة الرسمية للمنافسة 2015 رقم 6 ص 36.

القرار التنازعي:

يعتبر هذا القرار مظهرا من مظاهر سلطة القمع التي يتمتع بها مجلس المنافسة في مجال القمع و ردع كل أنواع الممارسات المقيدة للمنافسة، و هو يتضمن مجموع العقوبات التي يحكم بها المجلس على مرتكبي الممارسات المفيدة للمنافسة، مثل الغرامات ، الأوامر، و الإجراءات المؤقتة¹.

قرار قبول او رفض:

طبقا للنص المادة 46 من الامر 03-03 يكون لكل من المدعي – صاحب الاخطار

و الوزير المكلف بالتجارة تقديم الطلب إلى مجلس المنافسة بغرض إتخاذ تدابير مؤقتة - إجراءات تحفظية – من شأنها وقف الممارسات المفيدة للمنافسة.

2-الشروط الواجب توافرها في قرارات مجلس المنافسة:

يجب على قرارات مجلس المنافسة مراعاة شروط شكلية و أخرى موضوعية و ذلك كما يلي:

- من حيث الشكل:

حسب المادة 41 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة² يتعين أن يكون كل قرار محل نسخة أصلية تحرر في نسخة واحدة، و يعطي لها رمز يتطابق مع طبيعة القضية و رقمها التسلسلي.

و يجب أن تتضمن النسخة الأصلية للقرارات إسم و لقب الاعضاء، اسم و لقب المقرر العام أو المقررين الذين حضروا الجلسة، و توقع القرارات من قبل رئيس و كاتب الجلسة، أما اذا تعذر على كاتب الجلسة التوقيع بسبب وجود مانع، يتم توقيعها من قبل مدير الاجراءات و متابعة الملفات.

بحسب المادة 02/41 من النظام الداخلي دائما يتم الاحتفاظ بالمحاضر بالنسخة الاصلية للقرارات من قبل مدير الاجراءات و متابعة الملفات، و نلاحظ هنا أن النظام الداخلي استعمل " لفظ " " محاضر " بدل " نسخة أصلية " في حين استعمل في النص باللغة الفرنسية كلمة " Les minutes " و هي نفسها الكلمة التي استعملها في الفقرة الاولى من المادة 41 من النظام الداخلي (باللغة الفرنسية) ، و نعتقد أن استعمال كلمة "محاضر" ليست في محلها لأن النص يتعلق بتحرير النسخ الأصلية للقرارات الصادرة عن المجلس المنافسة أما كلمة "محاضر" فهي توحى " بمحضر الجلسة" لا القرار الصادر عن أعضاء مجلس بعد المداولة.

- يجب أن تكون القرارات معللة:

¹ كحال سلمى مرجع سابق ص 163.

²القرار رقم 01 المؤرخ في 24-07-2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

تعتبر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة ، قرارات ادارية إنفرادية يترتب عليها آثار غير مرغوب فيها يشترط أن تكون معللة. و يجد هذا الشرط – تعليل القرارات – مبرره في أن هذه القرارات ستخضع لاحقا عند الطعن بالاستئناف لرقابة الجهة القضائية المختصة بالفصل الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، حيث أن الرقابة ستصب حول تكييف الوقائع و مدى تطبيق القانون إضافة إلى مدى ملائمة العقوبة المحكوم بها من قبل مجلس المنافسة هذا الامر يقتضى تسبب القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة لاسيما قرارات التنازعية منها، خاصة تلك المتضمنة تطبيق عقوبات مالية تتطلب تعليل كيفية تحديد قيمتها.¹

- أن تكون محدودة بالوقائع:

يجب أن تكون القرارات محدودة بالوقائع التي تم التبليغ عنها و بالمأخذ المسجلة في تقارير المقرر و التي تم تبليغها للأطراف المعنية بالقضية و مناقشتها أثناء الجلسة.²

فلا يمكن أن يستند القرار على وقائع لم تذكر ضمن المأخذ المسجلة في تقرير المقرر، و لم يتم تبليغها لأحد الأطراف. و كذلك الشأن بالنسبة للمأخذ أو الوقائع التي لم يتح للأطراف الحاضرة: سواء الأطراف المعنية أو أعضاء مجلس المنافسة – مناقشتها علنيا و إبداء ملاحظات حولها.³

- أن تبين أجل الطعون و بعض البيانات الأخرى:

وفقا لاحكام المادة 47 الفقرة 2 من الامر رقم 03-03 " يجب أن تبين هذه القرارات، تحت طائلة البطلان، أجل الطعن و كذلك أسماء و صفات و عناوين الأطراف التي بلغت اليها " و نلاحظ أن البيانات المذكورة بالمادة 47 الفقرة من النظام العام لان المشرع رتب البطلان على أي قرار يخلو من احدى هذه البيانات، و عادة ما يذكر مجلس المنافسة ضمن قراراته هذه البيانات من خلال المادة الثانية التي تنص: يبلغ هذا القرار إلى كل من:
المادة الثالثة: و يستعمل العبارة التالية " يكون هذا القرار قابلا للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية من قبل الاطراف المعنية أو من طرف الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداءا من تاريخ استلامه "4

¹ كحال سلمى، مرجع سابق ص 165.

² نفس المرجع ص 166.

³ المادة 36 الفقرات 2-43 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ انظر على سبيل المثال القرار رقم 2016/01 الصادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 18 مايو 2016، القضية رقم 2013/51، بين الشركة ذ م م إماكور SARLIMACOR و شركة الاسهم

ثانيا: تنفيذ القرارات :

تعتبر قرارات الصادرة عن مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات التجارية و لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة واجبة التنفيذ، حيث لا يترتب على الطعن فيها أمام القضاء أي أثر موقف¹، و تمر عملية تنفيذها بمرحلتين هما:

أ- تبليغ القرارات إلى الاطراف المعنية:

تنص المادة 47 الفقرة 01 من الامر 03-03 على أنه:
" تبليغ القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة إلى الاطراف المعنية لتنفيذها، عن طريق المحضر القضائي و ترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة "
نلاحظ أن المادة 01/47 حددت الأشخاص المؤهلين للتبليغ بالقرارات الصادرة عنه مجلس المنافسة و هي على التوالي الأطراف المعنية و الوزير المكلف بالتجارة، فبالنسبة للفئة الاولى، فالأطراف المعنية تتمثل في المدعى أو صاحب الإخطار، و المدعى عليه أو المنسوب اليه ارتكاب ممارسة منافية للمنافسة الطرف كالتعسف في وضعية الهيمنة، و قد حدد المشرع وسيلة التبليغ و هي المحضر القضائي على عكس ما كان عليه الوضع قبل تعديل المادة 47 بموجب القانون رقم 08-12، حيث كان في السابق يتم التبليغ " بواسطة إرسال موصى عليه مع إشعار بالاستلام"²

إذن يكون التبليغ باطلا و لا يعتد به في حساب أجل الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر – الغرفة التجارية – إذا تم عن طريق وسيلة أخرى غير المحضر القضائي.

على عكس الفئة الثانية و نقصد الوزير المكلف بالتجارة فهذا الاخير يتم تبليغه بالقرار عن طريق رسالة يتم تبليغها على الارجح بالوسائل الإدارية المعروفة أي عن طريق مصلحة البريد لدى الوزارة التجارية.

و نشير هنا إلى أن الجهة التي توكل لها مهمة إرسال رسالة التبليغ هي مديرية الإجراءات و متابعة الملفات و المنازعات حيث أن من صلاحيتها " معالجة كل البريد ، بما فيها الإخطارات"³

و إبتداءا من تاريخ استلام القرار يبدأ حساب أجل الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة – الغرفة التجارية – و تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المفيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل

لا خارج LA FARGE6SPA ALGERIE ، متاح على موقع مجلس المنافسة الجزائر W.W.W .CONGER – CONCURRENCE

¹ المادة 63 الفقرتين 1 و 3 من الامر رقم 03-03 .

² تم تعديلها عن طريق المادة رقم 22 من القانون رقم 08-12.

³ المادة 03 الفقرة 01 البند 2 من المرسوم للتنفيذ رقم 11-241 المحدد لتنظيم و سير مجلس المنافسة المعدل و المتمم.

في المواد التجارية، من قبل الاطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا إبتداء من تاريخ استلام القرار " ¹

2- نشر القرارات في النشرة الرسمية للمنافسة:

بمقتضى المادة 49 من الامر 03-03 " ينشر مجلس المنافسة القرارات الصادرة عنه و عن مجلس قضاء الجزائر، و عن المحكمة العليا و كذا مجلس الدولة و المتعلقة بالمنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة "

و قد صدر التنفيذي رقم 11-242 الذي تضمن إنشاء النشرة الرسمية الرسمية للمنافسة و تنص المادة الرابعة الفقرة 01 من هذا المرسوم " تنشر في النشرة الرسمية للمنافسة على الخصوص: قرارات و آراء مجلس المنافسة ... " ²

كما أكد على ذلك النظام الداخلي لمجلس المنافسة من خلال المادة 42 منه التي نصها " تنشر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة ... "

على ضوء هذه النصوص القانونية نلاحظ مدى الأهمية التي يعطيها المشرع لعملية نشر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، غير أنه يعاب على هذه النصوص تعدد الجهات الجهات المكلفة بعملية النشر، فإذا كان الامر 03-03 يوكل هذه المهمة للوزير المكلف بالتجارة من خلال المادة 49 ، فالمرسوم التنفيذي رقم 11-242 المتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة سالف الذكر و كذا النظام الداخلي لمجلس المنافسة منح هذه الصلاحية لمجلس المنافسة على اعتبار أن هذا الأخير هو من يتحكم فعليا في النشرة الرسمية للمنافسة طبقا للمواد 2 و 3 و 4 من المرسوم التنفيذي 11-242. ³

فضلا عن نشر القرارات في النشرة الرسمية للمنافسة، نشر القرارات الصادرة عنه في الموقع الالكتروني لمجلس المنافسة ⁴ ، و هو ما ساهم كثيرا في الإطلاع على مختلف القرارات التي فصل فيها المجلس ابتداء من بداية عمل المجلس من جديد سنة 2013 و هو أمر يستحق التنويه و العرفان.

و يمكن نشر مستخرجات Des extraits من هذه القرارات و كل المعلومات الأخرى عبر أية وسائط إعلامية أخرى. ⁵

¹ المادة 63 الفقرة 01 من الامر رقم 03-03.

² مرسوم التنفيذي رقم 11-242 مؤرخ في 10 جويلية 2011 يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة و يحدد مضمونها و كذا كفاءات إعدادها . ج ر عدد 39 لسنة 2011.

³ تنص المادة 2 من المرسوم 11-242 " تنشأ نشرة رسمية للمنافسة – يعدها و يطبعها و ينشرها مجلس المنافسة "

المادة 03 " بعد مجلس المنافسة النشرة الرسمية للمنافسة و يطبعها و ينشرها ... "

تنص المادة 42 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

⁴ " تنشر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة و على الموقع الالكتروني لمجلس المنافسة "

⁵ المادة 42 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

الفرع الرابع:

العقوبات المقررة للتعسف في وضعية الهيمنة:

إذا ثبت لدى أعضاء مجلس المنافسة ارتكاب المشتكى منه لممارسات التعسف في استغلال وضعية الهيمنة ، فقد خوله المشرع صلاحية إصدار عقوبات مالية، حيث نصت المادة 56 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الامر، بغرامة لا تفوق 12 % من مبلغ رقم الأعمال من غير المرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح.

و إذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) " ¹ و تتميز العقوبات الصادرة مجلس المنافسة بخصوصيات تنفرد بها، كما يتم اتخاذها وفقا لمعايير معينة، غير أن صلاحيات مجلس المنافسة في فرض العقوبات تنقيد في حالات محددة.

1- خصائص العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة:

تتميز العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة بأنها عقوبات مالية، علاوة على تحويل مجلس المنافسة إتخاذها على غرار الجهات القضائية هذا الأمر لا يفقد هذا العقوبات صفة العقوبة الإدارية.

أ- العقوبات الصادرة عن المجلس عقوبات مالية:

تتميز هذه العقوبات بأنها عبارة عن غرامات مالية، و نجد أن القانون الجزائري يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال غير الرسوم المحقق في الجزائر، أو بغرامة مالية تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات ، و إذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين (6.000.000 دج). ² إذن مجلس المنافسة ليس له توقيع عقوبات ذات طابع جزائي كالعقوبات السالبة للحرية مثل: الحبس أو عقوبة الحبس مع وقف التنفيذ، لان هذه الأخيرة من إختصاص الجهات القضائية الجزائية وحدها. ³

ب- العقوبات الصادرة عن المجلس ذات طابع إداري:

¹ معدلة عن طريق المادة 26 من القانون رقم 12-08.

² المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

³ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة مرجع سابق.

أثار منح مجلس المنافسة سلطة توقيع العقاب جدلا كبيرا ذلك أن منح هذه الصلاحية من شأنه أن يضع مجلس المنافسة على قدم المساواة مع الجهات القضائية مع التأكد على أن توقيع العقاب يعد إختصاصا أصيلا للمحاكم. غير أن المجلس الدستوري في فرنسا حسم الأمر .

- حيث أعتبر مجلس المنافسة جهازا إداريا و ليس قضائيا، و الغرامات التي يتخذها ذات طابع إداري بدورها.¹

و كذلك الشأن للقانون الجزائري الذي اعتبر مجلس المنافسة " سلطة إدارية مستقلة " ² ، لذا فإن العقوبات التي يصدرها تكتسي طابعا إداريا أيضا.

2- معايير تقدير العقوبات المالية:

وضع المشرع جملة من المعايير يتعين على مجلس المنافسة مراعاتها عند إصدار العقوبة ضد المؤسسة المدانة بارتكاب تعسف في وضعية الهيمنة، كما وضح مقدار العقوبة المالية و كيفية حسابه على حسب كل حالة على حده.

أ- **تعليل العقوبات المالية:**

نصت المادة 62 مكرر 1 من الأمر رقم 03-03 " تقرر العقوبات المنصوص عليها في أحكام المواد من 56 إلى 62 من هذا الأمر، من قبل مجلس المنافسة على أساس معايير متعلقة، لاسيما بخطورة الممارسة المرتكبة، و الضرر الذي لحق بالاقتصاد، و الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة، و مدى تعاون المؤسسات المتهمة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية و أهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق " ³

نلاحظ أن المشرع استخدم مصطلح يفيد أن المعايير المذكورة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، و يكون بالتالي لمجلس المنافسة سلطة تقديرية للاستعانة بمعايير أخرى عند الإقتضاء.

و على ضوء المادة 62 مكررا من الأمر 03-03 يجب مراعاة مراعاة المعايير التالية عند

تقدير العقوبات المالية.

- **خطورة الممارسة المرتكبة:**

تقدر جسامة أو خطورة الممارسة المرتكبة بالنظر إلى الأثار السلبية التي تخلفها خاصة على الإقتصاد، و على مجموع المؤسسات المنافسة الناشطة في السوق أو

¹ نفس المرجع ص 352.

² المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم و سير مجلس المنافسة المعدل و المتمم مرجع سابق .

³ المادة رقم 30 من القانون رقم رقم 08-12.

المحتمل دخولها إليه،¹ و بالنسبة لمجلس المنافسة الفرنسي فإن المقاطعة التجارية أو الاستبعاد من السوق تعتبر ممارسات خطيرة بطبيعتها و هي من أخطر الممارسات التي تحول دون السير العادي للسوق، كما يؤخذ بعين الاعتبار كل الظروف التي أحاطة بتنفيذ هذه الممارسات كحالة الندرة في المنتج مثلا، فيعتبر من الظروف المشددة قدم الممارسات و طول مدتها و إتساع نطاقها، و يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير العقوبة أيضا سلوك مرتكبي الممارسات المنافية للمنافسة و تغلظ عليهم العقوبة إذا كان لهؤلاء نية و قصد تقييد المنافسة.²

- حجم الضرر الذي يلحق بالاقتصاد:

يقصد بهذا المعيار تأثير الممارسات المقيدة للمنافسة على سير الأسواق المعنية و يدخل في قياس حجم الضرر عدة عناصر مثل: مدة الممارسات، أثار الممارسات على الأسعار و مواصفات السوق المعني ...³، إضافة إلى عدد المؤسسات المعنية بالممارسات المقيدة للمنافسة خاصة إذا نفذت هذه الأخيرة من طرف مؤسسات متواجدة في وضعية هيمنة على السوق، علاوة على رقم أعمال هذه المؤسسات الذي تم تحقيقه بفضل ارتكاب هذه الممارسات.⁴

و نشير إلى أن الاعتماد فقط على الضرر اللاحق بالاقتصاد وحده و لا يلتفت إلى الضرر الذي أصاب إحدى المؤسسات العاملة في السوق المعني، لان المصلحة المحمية تفوق المصلحة الخاصة، و تتعداها الى مصلحة العامة و التي هي حماية النظام العام الإقتصادي، و لكن مع ذلك لا يلتزم مجلس المنافسة بتحديد بدقة حجم الضرر الذي أصاب الإقتصاد الوطني، و إنما يكتفي فقط بالإشارة إلى العناصر التي اعتمد عليها لتقدير النتائج الإقتصادية السلبية للضرر.⁵

- الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة:

لاشك أنه لمعرفة قيمة الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي الممارسة المنافية للمنافسة، سيتطلب عملا كبيرا من طرف المقرر المكلف بالملف، و ذلك بالرجوع إلى رقم الأعمال و الوثائق المحاسبية ... إلخ و يتجه رأي إلى الجزم بأن المشرع يهدف من وراء إدراج هذا المعيار إلى اعتماد التوافق الطردي بين قيمة الفوائد التي جناها مرتكبو هذه الممارسات و العقوبة التي ستطبق عليهم⁶ ، بحيث أنه كلما كانت الفائدة كبيرة يفترض أن الممارسة المرتكبة استغلت السوق و تمادت في

¹ لعور بدره مرجع سابق ص 378.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة مرجع سابق ص 354.

³ جلال مسعد مرجع سابق ص 394.

⁴ جلال مسعد مرجع سابق ص 394.

⁵ لعور بدره مرجع سابق ص 379.

⁶ لعور بدره مرجع سابق ص 379.

التعسف، و هنا يكون لمجلس المنافسة أن يسلط العقوبة التي تناسب مع الفائدة غير المشروعة التي حصلت عليها تلك المؤسسة المهيمنة.

- مدى تعاون المؤسسات المتهمه مع مجلس المنافسة:

يبدو أن مجلس المنافسة يريد من خلال هذا المعيار إستمالة مرتكبي هذه الممارسات المناهية للمنافسة قصد التعاون مع مجلس المنافسة بهدف تسهيل مهمته عند التحقيق في الاخطارات الموجه له، و يتم إغراء هؤلاء عن طريق تخفيض العقوبة أو الإعفاء منها نهائيا و في هذا السياق نصت المادة 60 من الأمر رقم 03-03 على ما يلي " يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة اليها أثناء التحقيق في القضية و تتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها و تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر "

في حين حرم قانون المنافسة مرتكبي هذه الممارسات من الاستفادة من أحكام الفقرة 01 من المادة 60 إذا كان هؤلاء في حالة العود و مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة.¹

- أهمية وضعية المؤسسة المعينة في السوق:

أولى المشرع أهمية كبيرة لوضعية المؤسسة المعينة في السوق المعتبرة، فإذا كانت المؤسسة في وضعية هيمنة و حائزة على حصة كبيرة في السوق، فالأكيد أن استغلالها لمركزها المهيمن سيأثر لا محال على السوق المعتبر قانونا، و ذلك بالنظر إلى مكانتها في تلك السوق و القوة السوقية التي تتمتع بها. و يزداد الأمر سوءا كلما كانت باقي المؤسسات ضعيفة سواء بمفردها أو مجتمعة نتيجة

لامتلاكها حصص صغيرة في السوق المعني لامتكنها من الرد على الممارسات التعسفية المؤسسة المهيمنة.

فإذا كانت وضعية الهيمنة غير محظورة في ذاتها فالتعسف في استغلالها يعد محظورا، فكلما كانت المؤسسة مسيطرة على جزء جوهري من السوق أثر ذلك على العقوبة التي ستسلط على المؤسسة المهيمنة فأهمية المؤسسة المعينة في السوق المعني تعد ظرفا مشددا للعقوبة التي سيصدرها مجلس المنافسة.

ب- مقدار الغرامة المالية:

لا تعتبر الغرامة المالية تعويضا بل تعد عقوبة، و بناء عليه فهي تفرض على نحو يقدره المشرعو تتسم العقوبات المالية بحسب سلطات المنافسة بطبيعة مزدوجة قمعية و وقائية، و لهذا السبب يجب أن تكون العقوبة ردعية بما فيه الكفاية بحيث يجب أن يتجاوز مبلغها الأرباح المحصل عليها من وراء ارتكاب الممارسات

¹ الفقرة 2 من المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

المنافية للمنافسة لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة أو تلك المنتظرة من خلال إقتراف هذه الممارسات.¹

و نجد أن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم قد حدد مقدار الغرامة المالية كعقوبة تسلط على مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث يختلف هذا المقدار من حالة إلى أخرى و ذلك كما يلي:

أ- الفاعل الأصلي:

طبقا للمادة 56 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة فإن قيمة الغرامة يتم تحديدها بالنظر إلى وجود رقم أعمال من عدمه لدى مرتكب تلك الممارسة و ذلك على حسب التفصيل التالي:

- إذا كان مرتكب الممارسة المنافسة للمنافسة يملك رقم أعمال محدد و معروف ، فإنه يعاقب دائما بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات على ألا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000 دج).²

- المساهم:

إضافة إلى معاقبة الفاعل الأصلي سلط المشرع عقوبة على من ساهم في ارتكاب هذه الممارسات، فقرر بموجب المادة 57 من الامر 03-03 غرامة مالية قدرها مليوني دينار 2.000.000 دج على كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة إحتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة، و في تنفيذها كما هي محددة في قانون المنافسة، و بذلك يمكن لمجلس المنافسة مواجهة التواطؤ الذي يصدر من طرف أشخاص طبيعية، و نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع لم يكتف فقط بالمعيار المادي الذي يقتضي المساهمة الشخصية، و إنما أضاف أيضا المعيار المعنوي الذي يتمثل في صفة الاحتيال التي تصاحب هذه المساهمة.³

- يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ ثمانمائة ألف دينار 800.000 دج ضد المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تنهون في تقديمها أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الاجل المحددة من قبل المقرر.⁴

و يمكن أيضا لمجلس المنافسة، أن يحكم بغرامة لا تقل عنه مائة ألف دينار 100.000 دج عن كل يوم تأخير في تقديم تلك المعلومات.⁵

¹ جلال مسعد مرجع سابق ص 385.

² المادة 56 من الأمر 03-03 المعدلة عن طريق المادة رقم 26 من القانون رقم 12-08.

³ لعويجي . ع بوخروبة ج. مرجع سابق ص 27.

⁴ المادة 59 الفقرة 01 من الامر 03-03 المتعلق معدلة عن طريق المادة رقم من القانون رقم 12-/08.

⁵ المادة 59 الفقرة 02 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

و بالرغم من أهمية هذه العقوبات لمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة. و منها التعسف في وضعية الهيمنة، فإن الأمر 03-03 جاء بجديد في هذا المجال بما تضمنته المادة 60 منه ، يتمثل في السلطة الممنوحة لمجلس المنافسة لتقرير تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية و تتعاون في الاسراع بالتحقيق فيها، و تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

و يرى البعض بحق أن حكم هذه المادة في غاية الأهمية من حيث كونه يعطى فرصة للمؤسسات المرتكبة للمخالفات المتعلقة بالمنافسة لتصحيح وضعيتها و تقادي العقوبات التي يمكن أن تلحقها و التي قد تؤدي إلى إقصائها من العملية التنافسية، كما أن هذه الإضافة تبدو مفيدة من حيث كونها تشكل بديلا عن توقف و شل نشاط المؤسسة التي ارتكبت المخالفة عن طريق توقيع العقاب أو على الأقل بديلا على هذا النشاط.

علاوة عما سبق تبدو أهمية هذا الحكم في أن المشرع لم يتفاضى عن وجود المخالفة الماسة بالمنافسة و لا عن مسؤولية مرتكبيها ، بل جعل من الاعتراف بوجود المخالفة من قبل المجلس و كذا من قبل المؤسسة المسؤولة عنها شرطا ضروريا للاستفادة من حكم هذا النص، و الغرض من اقرار هذا النص حسب اقتراح مشروع القانون المتعلق بالمنافسة هو محاولة تجاوز الطابع المتشدد في اقرار العقوبة الذي ميز الامر 06-95 و ذلك عن طريق تخفيض قيمتها أو إلغائها تماما¹.

3- حدود صلاحيات مجلس المنافسة في فرض العقوبات

بالرغم من الصلاحيات الواسعة التي منحها المشرع لمجلس المنافسة بغرض ضبط السوق و قمع الممارسات المنافية للمنافسة حفاظا على النظام العام الاقتصادي²، إلا أن هناك حدود ينبغي على مجلس المنافسة احترامها و عدم تجاوزها، حيث لا يعود الإختصاص فيها إلى المجلس، ذلك بالرغم من كونها ترتبط بالممارسات المقيدة للمنافسة، و هي تتعلق أساسا بحالتين هما:

- إبطال الإتفاقات و العقود.

- طلبات التعويض.

أ- إبطال الاتفاقات و العقود:

¹ لعوجي.ع بوخروبة. ج مرجع سابق ص 27-28.

² المادة 34 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة معدلة عن طريق المادة رقم 18 من القانون رقم 08-

نصت المادة 13 من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم " دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 اعلاه " و يستفاد من قراءة هذه المادة أنه كلما كان محل اتفاق أو اي التزام أو شرط تعاقدي منافي للمنافسة يعتبر باطلا.

و يطبق البطلان على جميع الممارسات المنافية للمنافسة دون قيد، و تلغى نتيجة لذلك جميع الشروط التعاقدية المكونة لاتفاق أو تعسف في الهيمنة أو غيرهما من الممارسات الواردة في المادة السالفة الذكر، بشرط ألا تكون معفاة أو مستثناة بموجب المادتين 8 و 9 من الأمر 03-03 ، إذ لا تعد حينئذ ممارسات محظورة لاحكام الواردة في المادتين 6 و 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة¹ ، للتذكير تتعلق المادتين 8 و 9 على التوالي بالتصريح بعدم التدخل بخصوص الإتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق و الإتفاقات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له، و كذا الممارسات التي تؤدي إلى تطور اقتصادي و تقني.

و طرح إشكالية يتعلق بإختصاص مجلس المنافسة في إبطال هذه الإتفاقات، و إذا كان غير مختص ما هي الجهة صاحبة الإختصاص في تقرير البطلان. بالرجوع إلى الإختصاصات التقليدية للهيئات القضائية فإنه يعود إختصاص إبطال الإتفاقات أو الالتزامات إلى القاضي المدني، حين نصت المادة 12 من التقنيين المدني إلى الجزائي أنه " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، و للمحكمة أن تقتضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالاجازة " 2

في حين الإتفاقات و الإلتزامات بين التجار يختص بتقرير البطلان فيها القاضي التجاري بإعتباره عملا تجاريا.³

خلاصة القول أن إبطال هذا الإلتزام أو الشرط التعاقدية لا يمكن أن يقوم به مجلس المنافسة أو مجلس قضاء الجزائر الفاصل في الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة⁴ إذ يكتفيان بإخطار و كشف الطابع المناهض للمنافسة في التصرف أو الشرط، و في المقابل لا تمتلك الهيئات القضائية إصدار عقوبات مالية ضد مرتكبي الممارسات المنافية للمنافسة بإعتبار ذلك يعود لإختصاصات مجلس المنافسة.⁵

1 كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة مرجع سابق ص 357.

2 أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

3 لعويجي ع. بوخروبة ح. مرجع سابق ص 12.

4 طبقا لقا إم إ يمكن للمجلس أن يفصل في طلبات الجديدة.

5 كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية مرجع سابق ص 358.

ب- طلبات التعويض عن الأضرار التي سببتها الممارسات المناهضة للمنافسة:
نصت المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة " يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به "

نلاحظ أن هذه المادة أوكلت صراحة إلى الهيئات القضائية صلاحية الفصل في طلبات التعويض عن الممارسات المناهضة للمنافسة، و يثور التساؤل حول طبيعة المسؤولية التي يبنني على أساسها الحق في طلب التعويض؟ هل هي مسؤولية عقدية أم هي مسؤولية تقصيرية؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي الرجوع إلى الشريعة العامة المتمثلة التقنين المدني الجزائري، فوفقا للمادة 124 منه المعدلة بموجب القانون 05-10 التي مضمونها " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " ¹

و نشير إلى أن هذه المادة تابعة للقسم الأول المتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، الفصل الثالث المتعلق بالعمل المستحق للتعويض – التقنين المدني الجزائري.

و بناءا عليه المسؤولية التي يتم على أساسها المطالبة بالتعويض من طرف من يرى نفسه متضررا من الممارسات المناهضة للمنافسة، هي المسؤولية التقصيرية، هذه الأخيرة كانت في السابق يتحملها الشخص لاخلاله بالتزام قانوني بسبب خطأ أو إهمال أو تقصير منه، أما في الوقت الحاضر، لم تعد هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ، بل تستند إلى فكرة تحمل التبعة ، فالعبرة بالضرر الذي أصاب الضحية بغض النظر عن ارتكاب خطأ أو تقصير المسؤول، و عليه فالضرر في قانون المنافسة مشروع إذا كان نتيجة منافسة تحترم قواعد السوق و أحكام قانون المنافسة، أما إذا كانت نتيجة خرق تلك القواعد، فإن الضرر في هذه الحالة يصبح غير مشروع و ينشأ عنه الحق في المطالبة بالتعويض. ²

غني عن البيان أن عبئ إثبات الضرر يقع على من رفع دعوى لمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم جراء ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة، و يعتبر قرار مجلس المنافسة الذي يدين مرتكب الممارسات المناهضة للمنافسة و يسلب عليه الغرامة المالية كافيا لإثبات وجود الخطأ و ما على رافع دعوى المطالبة بالتعويض سوى إثبات علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

¹ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني.

² مز غيش عبيير مرجع سابق ص 354.

- أما أصحاب الحق في طلب التعويض، فالبرجوع إلى المادة 48 سالفه الذكر، نجد أنها جاءت بصفة العموم و وسعت من دائرة الأشخاص الذي يحق لهم رفع دعوى المطالبة بالتعويض، حيث تشمل كل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان شخص معنوي عام أو خاص، شرط أن يعتبر هؤلاء - حسب تعبير المادة 48 دائماً - أنفسهم متضررين من تلك الممارسات المقيدة للمنافسة، و ينطبق هذا على جمعيات حماية المستهلك¹.

و في الأخير نشير إلى أن دعوى التعويض تسقط بمضى 15 سنة يبدأ سريانها ابتداءً من يوم وقوع الفعل الضار، و ذلك طبقاً لاحكام المادة 133 من التقنين المدني الجزائري التي نصها " تسقط دعوى التعويض بإنقضاء خمسة عشر (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار "

بعد صدور قرار مجلس المنافسة في القضية المتعلقة بالممارسات النافية للمنافسة و لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة، تبدأ سريان ميعاد الطعن في قرار المجلس الذي قد لا يرضى به أحد الاطراف المعنية، و هو ستناول أحكامه ضمن المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

الطعن في قرارات مجلس المنافسة

كفل المشرع للأطراف المعنية بقرارات مجلس المنافسة الطعن في تلك القرارات أمام الجهات القضائية في حالة عدم رضاهم عن منطوقها، و لاشك أن هذا يعد ضمان لحق المتقاضين في الطعن ضد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة التي يروا فيها إجحافاً في حقهم.

و قد نظم الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة موضوع الطعن في قرارات مجلس المنافسة ضمن الفصل الخامس تحت عنوان " إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة "

حيث نظم أحكامه بشكل محكم.

و تثير مسألة الطعن في قرارات مجلس المنافسة مجموعة من الإشكالات التي يتعين التعرض لها بالدراسة و البيان، و هي تشمل على الخصوص.

أحكام الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة (فرع أول) سلطات الهيئات القضائية المختصة (فرع ثان).

¹ نفس المرجع ص 354-355.

الفرع الأول:

أحكام الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة.

تنص المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة " تكون القرارات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام القرار. برفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه من هذا الأمر في أجل 20 عشرين يوما " على ضوء المادة 63 من الأمر 03-03 يمكننا استخلاص أحكام الطعن في قرارات مجلس المنافسة.

فقد اختلفت الاختصاصات في نظر الطعن الى الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، (أولا)، كما بينت إجراءات الطعن (ثانيا)، والآثار المترتبة على تقديم الطعن (ثالثا)، ترتيبا على ماسبق سنتعرض لكل نقطة على حدة على النحو التالي:

أولا: الجهة القضائية المختصة بالفصل في الطعن

لا يمكن لوظيفة الضبط التي يقوم بها مجلس المنافسة أن تكون قانونية و شرعية، إلا إذا كانت خاضعة لمبدأ المشروعية و الرقابة القضائية، و بالتالي لضمان قيام مجلس المنافسة بوظيفته في إطار الشرعية القانونية، و لمواجهة سلطة توقيع العقاب التي يتمتع بها، كان لابد من وضع ضمانات قانونية كفيلة بحماية حقوق الأطراف المعنية بالقرار الصادر عن مجلس المنافسة، غير أن المشرع و بدل أن يمنح الاختصاص رقابة قرارات مجلس المنافسة للقاضي الإداري ممثلا مجلس الدولة، على اعتبار أن الأمر يتعلق بقرارات صادرة عن سلطة إدارية مستقلة، استحدثت اختصاص جديد للقاضي العادي في مجال المنافسة يتعلق بمنح القاضي العادي ولاية النظر في منازعات قرارات مجلس المنافسة¹ ، بناء على ما سبق نتناول ضمن هذا الفرع مبررات منح اختصاص النظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة لصالح القاضي العادي، و موقف المشرع الجزائري من ذلك.

1- مبررات منح اختصاص للقاضي العادي:

رغم أن المبدأ القاضي بأن مجلس الدولة يعد صاحب اختصاص إستثنائي و مانع في النظر في المنازعات الإدارية، إضافة إلى مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية و القضاء العادي أين يكون للإدارة قاضيها الطبيعي، إلا أن المشرع تدخل لتقرير

¹ زموش فرحات، المتابعة القضائية للعبء الإقتصادي المخالف لقواعد قانون المنافسة مداخله بمناسبة، ملتقى حرية المنافسة في التشريع الجزائري 28 ماي 2013، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو ص 44-45.

عكس ذلك، بأن منح الإختصاص للقاضي العادي للنظر في منازعات قرارات مجلس المنافسة، و كان موقفه دستوريا و ذلك بالاستناد إلى مبدأ حسن سير العدالة، زيادة على مبررات أخرى.¹

أ- مبدأ حسن سير العدالة:

على اعتبار أن مجلس المنافسة هيئة إدارية مستقلة كان من الطبيعي أن يختص القضاء الإداري ينظر جميع منازعات التي تثار بشأن قرارات مجلس المنافسة، غير أن المشرع قبل و بصفة استثنائية أن ينظر القاضي العادي في الطعون ضد العقوبات الصادرة عن المجلس، و كان المشرع الفرنسي هو السباق إلى تكريس هذا الإستثناء، و كان قبل ذلك النص الأصلي للامر الصادر في 1986 يوكل هذا الاختصاص لمجلس الدولة، و غير أن الحكومة الفرنسية عدلت عن هذا الاتجاه و أرادت أن يكون الطعن من إختصاص القاضي العادي ممثلا في محكمة إستئناف باريس، غرفة المنافسة، و ليس القاضي الاداري، حيث تم تقديم دفع من طرف مجموعة من النواب بشأن هذا النقل في الاختصاص أمام المجلس الدستوري، و اعتبر هذا الأخير أنه في اطار تنفيذ توزيع إختصاصات عن طريق تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات الادارية و القضائية " إذا كان تطبيق نص معين أو تنظيم خاص يسمح بإثارة منازعات مختلفة تتفرق بين جهات قضائية عادية و إدارية ، ضمن المستحسن بالنسبة للمشرع و لهدف حسن سير إدارة العدالة أن يوجد الإختصاص القضائي في نظام واحد و هو مختص أساسا² و سيؤدي هذا إلى توحيد كل ما يتعلق بتفسير و تطبيق قانون المنافسة، و يقضي بالمقابل على ما قد يحدثه توزيع الإختصاص بشأنها من تضارب الأحكام، الأمر الذي من شأن أن يكون له بالغ الضرر على المتقاضين و هذا ما يرمي المجلس الدستوري الفرنسي الى تفاديه.³

و نجد أنه في فرنسا منذ صدور قانون 6 جويلية 1987، أصبحت الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة تقدم أمام محكمة لإستئناف باريس، غرفة المنافسة، و يعد نقل الاختصاص تجسيدا لمبدأ حسن سير العدالة، و ذلك بضم جميع المنازعات المتعلقة بالمنافسة تحت رقابة هيئة قضائية واحدة، مما يؤدي إلى تفادي تشتت منازعات الممارسات المنافسة للمنافسة في أنظمة قضائية مختلفة، حتى لا نكون أمام أحكام قضائية متعارضة، رغم أنها تتعلق بنفس الوقائع كون هذه الأخيرة يمكن أن تخضع لتقديرين مختلفين، تقدير القضاء الإداري يتم أمام مجلس المنافسة و مجلس الدولة، و تقدير القضاء العادي يتم أمام المحكمة، محكمة الاستئناف و

¹ موساوي طريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتييزي وزو 9-2011 ص 63-64.

² قوسم غالية، مرجع سابق ص 157.

³ موساوي طريفة مرجع سابق ص 65.

محكمة النقض، و لذا من المستحسن أن يتم إخضاع الوقائع التي هي من نفس الطبيعة – الممارسات المنافسة للمنافسة – الى اخطر بها مجلس المنافسة أو محكمة عادية في نهاية المطاف إلى نفس القاضي أي محكمة النقض التي تفصل في قرارات الهيئات القضائية العادية مما يؤدي إلى توحيد مجمل قانون المنافسة.¹ و الجدير بالإشارة أن مبدأ حسن سير العدالة لم يعد منحصرًا في المفهوم التقليدي الذي يعني السرعة في التقاضي، تكوين القضاة، إنشاء مختلف الأجهزة القضائية و حسن تنظيم إدارة العدالة، بل أصبح نتيجة للتطور يهدف إلى البحث عن الهيئات القضائية الأكثر ملائمة للنظر في مثل هذه القضايا.²

ب- مبررات أخرى لمنح الإختصاص للقاضي العادي:

من أهم الحجج المقدمة لتبرير ضرورة لمنح الإختصاص النظر في منازعات قرارات مجلس المنافسة، هناك مبرر وضع قانون المنافسة تحت السلطة الكاملة لقاضيه الطبيعي، و مرد هذه الفكرة إلى أنه مادامت الممارسات المنافسة للمنافسة تثير في الأساس منازعات تدور رحاها بين مؤسسات و متعاملين إقتصاديين من الخواص، و لذا كان من الطبيعي أن يكون القاضي العادي هو المختص بالفصل في المنازعات التي موضوعها مصالح خاصة، مما يؤدي إلى تحقيق التناسق و الانسجام بين الطبيعة الحقيقية لنزاع المنافسة و القاضي الطبيعي الملائم له³ ، و انتقدت هذه الحجة من طرف المعارضين لمنح الإختصاص للقضاء العادي على أساس أن مجلس المنافسة لا يتدخل فقط لحماية المصالح الفردية مثل حقوق المستهلكين و المؤسسات المتضررة، بل يتدخل أيضا من أجل المحافظة على المصالح الجماعية و نقصد الإقتصاد العام⁴، و هو نقد على قد كبير من الصواب، لانه من المستحيل أن ينحصر دور مجلس المنافسة في حماية المصالح الفردية فقط دون المصالح الجماعية، لان كل واحد يؤثر على الآخر سلبا أو إيجابا، فأى إخلال بالمصالح الجماعية أكيد أنه سيؤدي إلى المساس بالمصالح الفردية و العكس صحيح.⁵

و يضيف مبررا آخر مفاده أن من ميزات القضاء الإداري أنه قضاء عسير و طويل مقارنة مع القضاء العادي، و هو يشكل خطر على قانون المنافسة، هذا الأخير يعتبر قانونا مرنا يتطلب الإسراع في الفصل في المنازعات المتعلقة به، علاوة على أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري لا تتناسب مع مراقبة القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، فمن المعروف أن مهمة القاضي الإداري

¹ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 336.

² موساوي ظريفة مرجع سابق ص 66.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع سابق ص 336.

⁴ نفس المرجع ص 336.

⁵ موساوي ظريفة، مرجع سابق ص 68.

تتخصر سواء في التأييد أو الإلغاء فهو لا يملك سلطة تعديل قرارات مجلس المنافسة عكس القاضي العادي، نتيجة لذلك من الأفضل إسناد هذه المهمة للقاضي العادي بالنظر إلى السلطات الواسعة الممنوحة عند النظر في الفصل في النزاعات، كما أن القاضي الإداري يصعب عليه تحليل الآثار الاقتصادية لتصرف معين، رغم أن القانون الاقتصادي يتطلب ذلك، لاسيما وأن قضايا و نزاعات قانون المنافسة تعتبر قضايا شائكة ومعقدة، و تدور حول ممارسات و سلوكات يصعب الجزم بضررها أو نفعها على الإقتصاد الأمر الذي يقتضي إجراء حوصلة إقتصادية حولها، و لهذا يجب أن تسند إلى قضاء متجانس.¹

2- موقف المشرع الجزائري:

لم يتردد المشرع الجزائري في الأخذ بموقف نظيره الفرنسي حيث منح سلطة الفصل في منازعات القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة إلى القضاء العادي ممثلا في الغرفة لتجارية التابعة لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، و تم نص على ذلك من خلال المادة 01/63 من الامر 03-03 كما يلي " تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة الذي يفصل في المواد التجارية"، و يثير موقف المشرع الجزائري بخصوص منح الإختصاص للفصل في منازعات قرارات مجلس المنافسة بعض الإشكالات، لاسيما حول مدى دستورية عملية نقل الإختصاص في النظام القانوني الجزائري، و كذا طبيعة الطعن المرفوع أمام الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر العاصمة.

أ- مدى دستورية عملية نقل الإختصاص في النظام القانوني الجزائري:

على إعتبار أن " مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة ... " ² كان يبدو من البديهي أن يعود إختصاص النظر في الطعون ضد قراراته إلى مجلس المنافسة كغيره من قرارات السلطات الإدارية المستقلة الموجودة في الجزائر حسب ما نصت عليه أحكام القانون العضوي رقم 01-98 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله حين نص هذا الأخير " يفصل مجلس الدولة ابتدائيا و نهائيا في:
- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية ... " ³

¹ المرجع نفسه ص 69.

² المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم و سير مجلس مجلس المنافسة المعدل و المتمم.

³ المادة 09 الفقرة 01 من القانون العضوي رقم 01/98 يتعلق بإختصاصات مجلس الدولة و تنظيمية و عمله - ج ر عدد 37، صادرة في 1 جوان 1998.

في حين أن المشرع نقل ذلك الإختصاص في النظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة من (القاضي الإداري إلى القاضي العادي)، غير أن الإشكال الذي يثور هو أن نقل الإختصاص تم بموجب قانون عادي في حين أن إختصاصات مجلس الدولة تم تحديدها بموجب قانون عضوي، مما يعد مخالفة صريحة لقانون عضوي بموجب قانون عادي، فيظهر أن المشرع الجزائري تجاهل مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يبين مرتبة القواعد القانونية، فنجد في أعلى الهرم الدستور، يليه القوانين العضوية، و بعدها القوانين العادية، و سبق المجلس الدستوري أن أكد ضرورة احترام مركز القانون العضوي، و ذلك بمناسبة تقديره لمدى مطابقة القانون الداخلي للمجلس الشعبي الوطني مع الدستور، حيث جاء في احد حيثيات الرأي الذي أبداه بهذا الخصوص " اعتبارا أن كلا من مجال تدخل القانون العادي و مجال تدخل القانون العضوي محددان على التوالي في المادة 122 و 123 و الأحكام الأخرى من الدستور، و أن المؤسس الدستوري أقر لكليهما إجراءات مختلفة كون القانون العضوي، على عكس القانون العادي، تتم المصادقة عليه وفق أحكام الفقرتين 2 و 3 من المادة 123 من الدستور بالأغلبية المطلقة للنواب، و يخضع صدوره وجوبا لمراقبة مطابقتة للدستور.

و اعتبارا أن التوزيع الدستوري لإختصاص بين ما يدخل في مجال القانون العضوي و ما يدخل في مجال القانون العادي و إخضاعهما لإجراءات مصادقة مختلفة تستمد من مبدأ تدرج النصوص في مجال النظام القانوني الداخلي الذي يقضي بأن القانوني العضوي بحكم مركزه في هذا النظام، و القانون العادي لا يمكن أن يتدخل أي منهما إلا في المجال وفق الإجراءات التي حددها و أقرها لهما الدستور مما يستنتج أن المجلس الشعبي الوطني لا يمكنه أن يخضع حكما أو أحكاما من مجال القانون العادي لنفس إجراءات المصادقة التي يخضع لها القانون العضوي" ¹

هكذا يكرس المجلس الدستوري، سمو القانون العضوي على القانون العادي، فوحده القانون العضوي بإمكانه وضع استثناءات للإختصاص الأساسي أو المبدئي لمجلس الدولة، بهذا فالقانون العادي الذي يعدل جوهر قانون عضوي يمكن الطعن في عدم دستوريته ²، كما هو الشأن مع المادة 01/63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

ب- طبيعة الطعن:

¹ المجلس الدستوري رأي رقم 10/ ر ن د/ م د/ 200 مؤرخ في 13 ماي 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور - ج ر عدد 46 الصادرة في 30 جويلية 2000.
² ما ديو ليلي، تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المالي، جامعة بجاية كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية أيام 23-24 ماي ص 277.

مر معنا أن المشرع الجزائري كرس مبدأ الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة – بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة و كان ذلك من خلال المادة 63 من الامر رقم 03-03 " تكون قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية ... " من خلال هذا النص نجد أن المشرع يؤكد الطابع الإستثنائي للطعن في قرارات مجلس المنافسة، إذا أسند إختصاص الفصل في الطعون المرفوعة ضد قراراته لمجلس قضاء الجزائر العاصمة (الغرفة التجارية)، و نلاحظ أن المشرع استعمل من خلال الأمر 03-03 مصطلح الطعن " فقط في حين أنه في ضل الأمر 06-95 كان استعمل

مصطلح استئناف و ذلك كما يلي " تكون مقررات مجلس المنافسة قابلة للطعن فيها بالإستئناف أمام المجلس القضائي لمدينة الجزائر الفاصل في المواد التجارية"

1

و بالمقارنة بين النصين نستخلص أن المشرع الجزائري تراجع عن اعتبار الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة استئناف و هو موقف صائب ، نتيجة لذلك فالغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة تنظر في القضية بصفة ابتدائية و نهائية و ليس بصفتها قاضي الدرجة الثانية، و لهذا شبهها البعض بالقضاء الإداري، لأن مجلس المنافسة ليس هيئة قضائية – أصدرت حكما في الدرجة الأولى – فلا يقدم الإستئناف إلا ضد الأحكام القضائية، سواء تعلق الأمر بمنازعة مدينة أو إدارية.²

إذن يمكن اعتبار الطعن المرفوع أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة الغرفة التجارية ذا طابع خاص، شبيه بالطعون التي ترفع ضد القرارات الصادرة عن الهيئات الإدارية، غير أن الإختلاف بينهما يكمن في أن النظر في هذه الطعون يكون من قبل القاضي العادي، و لهذا اعتبر كل من الفقه و التشريع الفرنسيين أن محكمة استئناف باريس – غرفة المنافسة : هيئة قضاء إداري.³

ثانيا: إجراءات الطعن:

يمر الطعن في قرارات مجلس المنافسة بمراحل متتالية يتعين على صاحب المصلحة مراعاتها و هي إجراءات نص عليها الامر 03-03، و سنتناول هذه الإجراءات من خلال دراسة أصحاب الحق في تقديم الطعن، و أجال تقديم الطعن ثم مباشرة إجراءات الطعن.

1- أصحاب الحق في الطعن:

1 المادة 25 الفقرة 02 من الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة – ملغى -

2 ما ديو ليلي، مرجع سابق ص 278.

3 نفس المرجع.

تنص المادة من الأمر 03-03 "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن من قبل الاطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة ..."

على ضوء هذه المادة يمكن أن يرفع الطعن، كل من أطراف القضية الذين تضرروا من قرارات مجلس المنافسة، سواء بسبب العقوبات الإدارية التي يصدرها أو الإجراءات الوقائية، أو المتضررين من رفض الإخطار أو قرار انتقاء وجه الدعوى، كما يمكن للمتدخلين الإنضماميين الطعن في قرارات مجلس المنافسة . وهم كل أشخاص لم يكن طرفا في القضية لكن تضرر من قرارات مجلس المنافسة، فهؤلاء ما عليهم سوى التدخل في الدعوى في أية مرحلة من مراحل الإجراء طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

و يضاف إلى هؤلاء الأطراف (المعنية) ¹ حق الوزير المكلف بالتجارة في تقديم طعن أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة بإعتباره طرفا أصليا في النزاع.

2- أجال تقديم الطعن:

طبقا لنص المادة 63 دائما فإن أجال الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر تكون كما يلي:

- يكون الطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة في أجل لا يتجاوز شهر واحد ابتداء من تاريخ إستلام القرار و نقصد من يوم التبليغ، هذا الميعاد الذي يجب أن يتضمنه القرار المبلغ نفسه، حيث يعتبر ذلك شرطا جوهريا لصحة القرار ² و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 47 من الامر 03-03، الذي رتب البطلان على تخلف هذا البيان (أجل الطعن) في متن القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة و يقوم الى تبليغ قرارات مجلس المنافسة عن طريق المحضر القضائي ³.

- أما بالنسبة للإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فيكون الطعن في أجل عشرين يوما (20)، و قد انتقد هذا الميعاد و اعتبر أنه طويل بعد أن كان ثمانية أيام في السابق ⁴ و هذا ما يثير التساؤل حول مدى فعالية قرارات مجلس المنافسة بسبب الإطالة العشوائية لمواعيد الطعن لاسيما بالنسبة للإجراءات المؤقتة ⁵، كما لم يوضح المشرع

¹ بزغيش بوبكر، خصوصية إجراءات الطعن في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني حول السلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المالي، جامعة بجاية ألام 23-24 ماي 2007 ص 308.

² لعويجي -ع- بوخروبة ج، مرجع سابق ص 31.

³ "يجب أن تبين هذه القرارات تحت طائلة البطلان أجل الطعن" المادة 47 الفقرة 02 من الأمر 03-03.

⁴ عدلت المادة 63 من الامر رقم 03-03 عن طريق المادة رقم 31 من القانون رقم 08-12.

⁵ موساوي ظريفة، مرجع سابق ص 79.

التاريخ الذي يبدأ منه احتساب مدة 20 يوماً، غير أن الراجح أنها تبدأ من يوم تبليغ القرار.¹

3- مباشرة إجراءات الطعن:

طبقاً لأحكام المادة 64 من الأمر رقم 03-03 " يرفع الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر ضد قرارات مجلس المنافسة من قبل أطراف القضية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية" يستفاد من هذه المادة أن إجراءات الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة تخضع للأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية² النص الساري المفعول و سيتم تناوله من خلال التعرض لبيانات عريضة الطعن، و تسجيلها، و الأطراف المعنية بالتبليغ بعريضة الطعن ثم اصناف الطعون في قرارات مجلس المنافسة.

أ- بيانات عريضة الطعن:

بما أن الأمر 03-03 أحال إلى قانون الإجراءات المدنية لمعرفة إجراءات الطعن سنستعين إذن بالقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاستخراج بيانات عريضة الطعن.

نصت المادة 540 منه على البيانات التي يجب أن تحتويها عريضة الاستئناف (الطعن) تحت طائلة عدم قبولها شكلاً و هي كما يلي:

- الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المستأنف، و بالنسبة للطعن في قرارات مجلس المنافسة - يعتبر مجلس المنافسة الجهة المصدرة للقرار محل الطعن.

- اسم و لقب و موطن المستأنف (الطاعن).

- اسم و لقب و موطن المستأنف عليه (المطعون ضده) فإن لم يكن له موطن معروف فأخر موطن له.

- عرض موجز للوقائع و الطلبات و الأوجه التي أسس عليها الاستئناف (الطعن) .

- الإشارة إلى طبيعة و تسمية الشخص المعنوي و مقره الإجتماعي و صفة ممثله القانوني.

- ختم و توقيع المحامي و عنوانه المهني، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

إضافة إلى البيانات الواجب توافرها في عريضة الطعن ألزمت المادة 541 من ق إ م إ إرفاق العريضة الاستئناف بنسخة من مطابقة لأصل الحكم المستأنف، و في

حالة الطعن في قرارات مجلس المنافسة، يجب أن يرفق الطعن في قرارات مجلس المنافسة بنسخة مطابقة للأصل للقرار الصادر عن مجلس المنافسة (القرار

المطعون فيه).

¹ مز غيش عبير مرجع سابق ص 331.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ح ر عدد 21 لسنة 2008.

- نشير إلى أنه يجب على الأطراف المعنية التمثيل وجوبا بمحامى تحت طائلة عدم قبول الإستئناف (الطعن)، في حين تعفى الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذلك الصيغة الإدارية (مثل مجلس المنافسة) معفاة من التمثيل الوجوبي بمحام.¹

ب- تسجيل الطعن:

بناء على المادة 539 قانون الاجراءات المدنية و الإدارية برفع الإستئناف (الطعن) بعريضة تودع بأمانة ضبط مجلس قضاء الجزائر العاصمة. تقيّد العريضة حالاً في سجل خاص، مرقم و مؤشر عليه من قبل رئيس المجلس القضائي تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم رقم القضية و تاريخ الجلسة.

و يقوم أمين الضبط بتسجيل رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ عريضة الإستئناف لتبلغ لاحقا للأطراف.

و يجب أن تسجل القضية في اختصاص الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر حسب أحكام المادة 63 من الأمر رقم 03-03، و هو اختصاص نوعي لا يقبل مخالفته تحت طائلة عدم قبول العريضة لعدم الإختصاص النوعي، إذا سجلت في القضية مثلا في غرفة أخرى مثل الغرفة المدنية أو العقارية، و يثيره القاضي تلقائيا و لو تفاضى عنه الخصوم.²

ج: تبليغ الطعن:

وفقا لأحكام المادة 65 من الأمر رقم 03-03، بمجرد الطعن، ترسل نسخة منه إلى رئيس مجلس المنافسة و إلى الوزير المكلف بالتجارة عندما لا يكون هذا الأخير طرفا في القضية.

و نستغرب مضمون هذه المادة على اعتبارا أن وزير التجارة بعد طرفا أصليا في جميع القضايا المرفوعة أمام مجلس المنافسة و يتم ابلاغه بجميع القضايا المرفوعة أمام المجلس لإيداء رأيه و ملاحظاته، و يبدو أن المادة 65 تفرق بين حالة الإخطار الصادر عن الوزير التجارة، و كذا الإخطار الواردة من الغير مثل المتضرر من الممارسة المفيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة.

نلاحظ أن المادة 65 لم تبين من هو الذي يقع عليه إرسال نسخة من عريضة الطعن في قرارات مجلس المنافسة إلى هذا الأخير و كذا إلى الوزير المكلف بالتجارة، غير أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على اعتبار أن المشرع أحال إلى أحكامه بموجب المادة 64 من الامر 03-03، نجد أن المادة

¹ المادة 538 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
² نص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"

542 ألزمت المستأنف الذي له نفس مركز الطاعن في قرارات مجلس المنافسة القيام بتبليغ عريضة الطعن إلى المطعون ضدهم. و من الضمانات التي يمنحها ق إ م إ للأطراف ضرورة "مراعاة أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد لأول جلسة"¹

كما يجب على المستأنف (الطاعن) طبقا للمادة 01/542 إحضار نسخة من محاضر التبليغ الرسمي في أول جلسة. و غني عن البيان أن التبليغ الرسمي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي طبقا للمادة 406 الفقرة 01 من ق إ م إ ونصت المادة 407 من نفس القانون على بيانات محضر التبليغ الرسمي.

د- أصناف الطعون في قرارات مجلس المنافسة:

تختلف أصناف الطعون في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بشأن التصرفات المقيدة للمنافسة بحسب وقت تقديمها و كذا من يقدمها و ذلك على النحو التالي:

- الطعن الرئيسي:

تنص المادة 1/63 من الامر 03-03 على أنه "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام القرار" يتعلق الطعن المذكور بالمادة 01/63 بقرارات المجلس المتعلقة (الموضوع) بالمضمون كالقرار بعدم قبول الإخطار و عدم متابعة الإجراءات و تسليط العقوبات و توجيه الأوامر إلى المعنيين بالأمر.²

في هذا السياق يتعين على صاحب الطعن الرئيسي أن يحترم الإجراءات المنصوص عليها على التوالي ضمن الأمر 03-03 لاسيما من حيث احترام أجل الطعن، و الجهة القضائية التي يرفع أمامها الطعن³ إضافة إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لاسيما المواد 539-540-541-542 سالف الذكر.⁴

¹ المادة 539 الفقرة 05 من ق إ م إ.

² لخضاري أعمار إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المالي جامعة عبد الرحمان سيرة بجاية أيام 23-24 ماي 2007 ص 257.

³ المادة 63 الفقرة 01 من الأم 03-03.

⁴ القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

و نشير إلى أن المشرع لم يستعمل عبارة الطعن الرئيسي صراحة ضمن المادة 63 غير أنه ذكرها في عدة مواضع منها المادة 69 منه.¹

بناء على ما سبق يمكننا استنباط خصائص الطعن الرئيسي كما يلي:
- يتميز بأنه طعن مباشر يوجه ضد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بشأن الممارسات المقيدة للمنافسة.
- أنه طعن مستقل غير مرتبط بطعون أخرى.
- يراعي صاحب الطعن الرئيسي جميع الإجراءات المنصوص عليها في كل من الأمر 03-03 و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاسيما من حيث أجال الطعن و الجهة المختصة و بيانات العريضة تحت طائلة عدم قبول الطعن.
- **الطعن الفرعي:**

تنص المادة 337 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:
" يجوز للمستأنف عليه، استئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة
"...."

و إذا كان الطعن قرارات مجلس المنافسة لا يعتبر إستئنافا لكون مجلس المنافسة ليس بهيئة قضائية و إنما هو سلطة إدارية مستقلة، فإن هذه المادة يمكن اعتبارها أساسا لتقديم طعن فرعي أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة في مقابل الطعن الرئيسي، و لا يمكن نتيجة لذلك تقديم هذا الطعن إلا إذا قدم الطعن الرئيسي، و يسمح بتقديم طلب الطعن الفرعي للأطراف المعنية أو الوزير المكلف بالتجارة. و يتميز الطعن الفرعي بالخصائص التالية:

- أنه طعن مرتبط بالطعن الرئيسي و بالتالي فهو طعن غير مستقل.
- يقدم من طرف المطعون ضده الذي بلغ بالطعن الرئيسي.
- لا يقبل الطعن الفرعي إذا كان الطعن الرئيسي غير مقبول طبقا للمادة 337 الفقرة 02.²

- يترتب عن التنازل عن الطعن الرئيسي عدم قبول الطعن الفرعي إذا كان وقع بعد التنازل طبقا للفقرة 03 للمادة 337 من ق إ م إ.³

- **اللاحق التلقائي:**

و قد نص الأمر رقم 03-03 على أنه "يمكن الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة و الذين ليسوا أطرافا في الطعن، التدخل في الدعوى، أو أن يلحقوا بها في أية مرحلة"⁴ من مراحل الإجراء الجاري طبقا لأحكام قانون الإجراءات

¹ تنص المادة 69 الفقرة 01 " ... يودع صاحب الطعن الرئيسي ... ".

² " لايقبل الإستئناف الفرعي إذا كان الإستئناف الأصلي غير مقبول "

³ " يترتب عن التنازل في الاستئناف الأصلي عدم قبول الإستئناف الفرعي إذا وقع بعد ذلك ".

⁴ المادة 68 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

المدنية و قد تضمن هذا النص نوعين من الطعون هما التدخل الإرادي في الدعوى و الإلحاق التلقائي.

- الإلحاق التلقائي:

على حسب المادة 07 من المرسوم الفرنسي الصادر في 19 أكتوبر 1967 فإن الإلحاق التلقائي يمكن أن يصدر من الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف أو نائبه و يخص الأشخاص الآخرين المعنيين أمام مجلس المنافسة بأي طعن بصورة إرادية.¹

و الأطراف المعنية بالالحاق التلقائي يمكن أن تكون:

- صاحب الإخطار غير الوزير المكلف بالإقتصاد، و ذلك عندما يكون مقرر مجلس المنافسة قد استجاب لطلباته على حساب الطرف الذي قدم الطعن الرئيسي.
- الأشخاص الذين سلطت عليهم عقوبات من طرف مجلس المنافسة لكن لم يقدموا طعنا رئيسيا و لا فرعيا.

- الأشخاص الذين وجهت اليهم مأخذ لكن لم يتمسك بها مجلس المنافسة أو لم تكن موضوع معاقبة من قبل المجلس.²

و تهدف هذه الإمكانية الإجرائية إلى جعل القرار القضائي الذي سيتخذ فيما بعد، يحتج به في مواجهة كافة الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تمس حقوقهم بالقرار الذي سيتخذ فيما بعد حتى و لو لم يكونوا أطرافا متخاصمة أمام مجلس المنافسة.³

- التدخل الإرادي:

وفقا للأمر 03-03 " يمكن الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة و الذين ليسوا أطرافا في الطعن التدخل في الدعوى " ⁴، كما هو الشأن بالنسبة للإلحاق التلقائي فإن التدخل الإرادي يسمح به للإطراف المعنية أمام مجلس المنافسة التي لم تقدم طعنا أمام مجلس قضاء الجزائر و هم نفس الأشخاص المذكورين في الفقرة الخاصة بالإلحاق التلقائي⁵، و قد نظم المشرع الجزائر التدخل الإختياري من خلال المواد 196-197-198 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثالثا : الآثار المترتبة على تقديم الطعن.

تنص المادة 63 الفقرة 03 من الأمر رقم 03-03 " لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة، غير أنه يمكن

¹ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع ص 341.

² المرجع نفسه.

³ لخضاري أعمر، مرجع سابق ص 261.

⁴ المادة 68 رقم رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁵ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة مرجع ص 342.

رئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 اعلاه الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف او الوقائع الخطيرة"¹ يستفاد من هذا النص ان الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة و لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة لا يترتب عليه أثر موقف لقرارات المجلس، غير أنه يمكن استثناءا وقف التنفيذ و ذلك مرهون بتوفر شروط محددة .

1- الاثر غير الموقف للطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة .

وفقا لأحكام المادة 63 الفقرة 03 "لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي اثر موقف لقرارات مجلس المنافسة". اذن القاعدة العامة هي القوة التنفيذية للقرارات الادارية الصادرة عن مختلف سلطات الضبط الادارية ومن ضمنها مجلس المنافسة ، و يعود ذلك لتمتعها بقرينة المشروعية و امتياز الاولوية ، ما يعني عدم جواز اخضاعها لمبدأ وقف التنفيذ ، فالطعن فيها بالإلغاء ليس له أثر موقف².

ونقصد بالأثر غير الموقف للطعن أن القرار الصادر عن مجلس المنافسة باعتباره سلطة ادارية مستقلة واجب النفاذ بمجرد صدوره أي أن المجلس بإمكانه الشروع في تنفيذ القرارات الصادرة عنه مثل تحصيل الغرامات المحكوم بها ، اتخاذ التدابير المؤقتة تحصيل الغرامات التهديدية و غيرها ، دون ان يؤثر الطعن في هذه الامكانية او يعيقها، وذلك على عكس الاستئناف في المواد المدنية اين يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي³.

وقاعدة الأثر غير الموقف للطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة باعتبار سلطة ادارية مستقلة تجد مبرراتها في ان الادارة تمسك سلطة القيام بنفسها بتنفيذ القرارات التي تتخذها دون حاجة الى استئذان القضاء حتى عندما يكون تنفيذ القرار للمحافظة على مصلحة الغير ، أما التبرير الثاني يتمثل في مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية و الادارية في حين الثالث يستند الى اعتبارات عملية ، فعادة ما تسعى الادارة الى تحقيق الصالح العام الذي يفترض فيه الضرورة و الاستعجال ، فيكون من غير المقبول ان تؤدي المصالح الفردية الى عرقلة⁴.

1- معدلة عن طريق المادة رقم 31 من القانون رقم 08-12

2 موساوي ظريفة ، مرجع سابق ص 90.

3 تنص المادة 323 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية "يتوقف تنفيذ الحكم خلال الطعن العادي كما يتوقف بسبب ممارسته"

4 فتحي وردية ، مرجع سابق ص 328.

غير أنه اذا كان الاصل هو النفاذ الا أنه ورد عليه استثناء يقضي بضرورة الاخذ بوقف تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة و ذلك بناء على شروط و مبررات مقنعة , وهو ما نتعرض له من خلال النقطة التالية :

2- وقف تنفيذ القرارات كاستثناء على قاعدة الأثر الواقف للطعن :

ينص الأمر 03-03: "لا يترتب على الطعن ... أي أثر موقوف لقرارات مجلس المنافسة, غير انه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر في اجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما, أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادة 45-46 اعلاه, الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة."¹ على ضوء هذه المادة يمكن شل القوة التنفيذية للقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة في شأن الممارسة المقيدة للمنافسة , ويكون ذلك عن طريق تقديم طلب أمام رئيس مجلس قضاء الجزائر يقدم في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ تقديم الطعن في قرارات مجلس المنافسة, وقد انتقد مسلك المشرع الجزائري كونه لم يراعي التلازم ما بين الاصل (قاضي الموضوع) و الفرع (قاضي الاستعجال أي قاضي وقف التنفيذ) وذلك عندما جعل الفصل في الموضوع من اختصاص القضاء التجاري في حين الفصل في طلب وقف التنفيذ اناط به الى رئيس مجلس قضاء الجزائر.²

و التدابير التي تشير اليها الفقرة 03 من المادة 63 و المنصوص عليها في المادتين 45-46 تتعلق بالأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة , والتي ترمي الى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة و العقوبات المالية المسلطة عند عدم تطبيق هذه الاوامر, و تشمل ايضا التدابير المؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة . جدير بالذكر أن وقف التنفيذ يكون خاضعا للسلطة التقديرية لرئيس مجلس قضاء الجزائر، حيث يكون لهذا الاخير سلطة تقدير الظروف و الوقائع الخطيرة لتحديد مدى توفرها من عدمه ضبطا للاختصاص وتقديرا للأمر بوقف التنفيذ.³

الفرع الثاني:

سلطات الهيئة القضائية المختصة بالفصل في الطعن.

ان تحويل الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة ولاية النظر في منازعات قرارات مجلس المنافسة ,يجعل تنظر في القضية بصفة ابتدائية و نهائية وليس كدرجة ثانية ,فالطعن ضد قرارات مجلس المنافسة يجعل من الغرفة

¹ المادة 63 الفقرة 03 من الامر 03-03 المعدلة عن طريق المادة رقم 31 من القانون رقم 08-12 .
² هديلي أحمد , سلطات القضاء في شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة ,الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في مجال الاقتصادي والمالي , جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ايام 23-24 ماي 2007 ص 292 .

³ موساوي ظريفة , مرجع سابق ص 91 .

التجارية لمجلس قضاء الجزائر تباشر السلطات المتخولة لها قانونا عند النظر في هذه الطعون ,تقرر نتيجة لذلك اما الغاء القرار المطعون فيه (أولا) او تعديله او تأييده (ثانيا).

أولا : إلغاء القرار المطعون فيه .

تتخذ قرارات مجلس المنافسة باعتبارها قرارات ادارية فردية , ضمن امتيازات السلطة العامة , فرغم كون الغرفة التجارية للمجلس هي هيئة قضائية عادية , الا أنها تستخدم تقنيات الرقابة التي يستعملها القاضي الاداري¹ . فهي تراقب مدى شرعية هذه القرارات، و تتمتع بسلطة مراقبة هذه القرارات , و الوسائل المستعملة في اطار هذه المراقبة لا تختلف عن الوسائل المستعملة في اطار الطعون من أجل تجاوز السلطة في القانون الاداري.

فالمجلس التجاري لمجلس قضاء الجزائر تراقب ما يلي :

1- الرقابة على الشرعية الخارجية لقرارات مجلس المنافسة المطعون فيها أمامها والتي تشمل :

2- تراقب مدى احترام مجلس المنافسة لاختصاصاته التي خولها له القانون

- تراقب مدى احترام المجلس لمبادئ المواجهة و حقوق الدفاع وقواعد المحاكمة العادلة ,وكذا احترام القواعد الشكلية المتعلقة بقراراته وخاصة فيما يتعلق بسبب تلك القرارات بكيفية تسمح بممارسة هذه الرقابة² .

- الرقابة على الشرعية الداخلية لقرارات المطعون فيها :

- يبحث القاضي عن مدى تطبيق مجلس المنافسة للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون المنافسة³

- تراقب إذا كان مجلس المنافسة كيف الوقائع تكييفها صحيحا ولم يرتكب خطأ في تقدير الوقائع و تطبيق القانون ولا سيما فيما يتعلق بتحقيق مبدأ التناسب و الملائمة بين الفعل المرتكب و العقوبة المسلطة⁴

في حالة ما اذا كان سبب الالغاء يتعلق بالإجراء بكامله و يمس بحقوق الدفاع او يؤدي الى إفراغ الملف و ذلك بإبعاد عناصر الإثبات ففي هذه الحالات فان قرار الغرفة التجارية القاضي بالإلغاء يضع حدا للمتابعات .

في الحالة العكسية فإن الغرفة التجارية تنظر من جديد في القضية من ناحية الوقائع و القانون⁵ .

1- ليلي ماديو، مرجع سابق ص278.

2- لخضاري أعمر , مرجع سابق ص265.

3- ليلي ماديو، مرجع سابق ص278.

4- لخضاري أعمر , مرجع سابق ص265.

5- زموش فرحات, مرجع سابق ص47.

ثانيا: تعديل القرار المطعون فيه او تأييده:

علاوة على سلطة الإلغاء المخولة للقاضي العادي يملك هذا الاخير صلاحية تعديل القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة في النزاعات الخاصة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما له تأييد تلك القرارات، و ذلك على النحو التالي :

1- تعديل القرار المطعون فيه .

من المتعارف عليه أن القاضي العادي يتمتع بسلطات أوسع من تلك المخولة للقاضي الاداري , فهو لا يكتفي بإلغاء القرار غير مشروع , بل يتدخل مستعملا اختصاصه الذاتي لتعديل القرار سواء بتخفيضه أو تشديده وفقا لمقتضيات القضية¹.

ويكون نتيجة لذلك الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر سلطة تعديل قرار مجلس المنافسة او مراجعته أو تغييره فهي تتجاوز مجرد التعبير عن رأيها حول الشرعية و تمارس سلطاتها حتى بعد إلغاء القرار , حيث يمكن لها القيام بما يلي :

- تعديل العقوبات المالية المتخذة من طرف مجلس المنافسة².
- الامر يوضع حد الإخلال بالمنافسة الذي عانيت وجوده .
- أن تأمر بإلغاء الاجراءات التحفظية التي أمر بها مجلس المنافسة أو تعديلها .
- يمكن لها ان تأمر بالإجراءات التحفظية (التدابير المؤقتة) التي سبق للمجلس أن رفضها³.

وبالرجوع الى تجربة قاضي محكمة استئناف باريس بشأن تعديل قرارات مجلس المنافسة , نجده عادة ما يلجأ الى خفض العقوبة التي قررها المجلس , بدون ان يضطر الى تسبب ذلك , كما يقوم احيانا اخرى بمضاعفة العقوبة المقررة , فعلى سبيل المثال بمناسبة فصله في طعن ضد قرار مجلس المنافسة في 2009/01/11 , اعتبر عدم احترام اوامر المجلس بمثابة ممارسة خطيرة تستوجب الجزاء , مما دفعه الى فرض ضعف العقوبة المقررة، والتي للإشارة كانت تقدر ب 20 مليون أورو⁴.

ويمكن الإشارة في هذا السياق الى ان تعديل قرار مجلس المنافسة المتعلق بالأوجه للمتابعة المتخذ دون تبليغ الاطراف , قد احواله محكمة استئناف باريس الى مجلس المنافسة للفصل فيه من جديد⁵.

1- أشار اليه موساوي ظريفة , مرجع سابق ص106.

2- لخضاري أعمر , مرجع سابق ص266.

3- كتو محمد الشريف الممارسات المنافسة, مرجع سابق ص345.

4- موساوي ظريفة , مرجع سابق ص 110.

5- كتو محمد الشريف الممارسات المنافسة, مرجع سابق ص345.

غير ان القاضي العادي لا يستطيع التشديد في العقوبات الا في حالة الطعن المقدم من قبل الطرف المخطر للمجلس او من قبل الوزير المختص¹.

2- تأييد القرار المطعون فيه :

ان القاضي و هو يراقب منازعات القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة و يتبين له أن الطعن غير مؤسس , وأن المجلس قد اصدر قراره مسببا و مبني على أسس قانونية غير مشوب بعيب يجعله قابل للإلغاء , فانه يصدر قراره بتأييد القرار المطعون فيه .

وبالتالي في حالة تأييده الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر لقرار مجلس المنافسة , فيكون للطاعن الخيار بين تنفيذ قرار مجلس المنافسة أو الطعن بالنقض ضد قرار الغرفة التجارية أمام محكمة العليا وفقا للإجراءات الواردة في القواعد العامة².

1- لخضاري أعمر , مرجع سابق ص266.

2 بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة، الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة و ضبط السوق جامعة 8 ماي 1945 قالمة يومي 16 و 17 مارس 2015. ص 07.

الخاتمة:

من خلال دراسة التعسّف في الاستغلال المركز الاحتكاري، يتبيّن لنا مدى خطورة هذه الممارسة على المنافسة، هذه الأخيرة لا تعتبر هدفاً في حدّ ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي تمكين المتعاملين الناشطين في السوق من العمل بحرية ودون عوائق أو موانع تقيّد المنافسة في السوق. وهو ما سيعود بالفائدة على الاقتصاد الوطني بصفة عامة وعلى مصالح جمهور المستهلكين بصفة خاصة، إنّ المركز المهيمن ليس محظوراً في ذاته ولكن المحظور هو التعسّف في استغلال هذا المركز، وانطلاقاً من هاتين الفكرتين صدرت مختلف التشريعات التي تحكم وتضبط المركز المهيمن مثل القانون الأمريكي الأوروبي وبطبيعة الحال القانون الجزائري.

ولأنّ المركز المسيطر هو عبارة عن سلطة أو مكنة تتمتع بها مؤسسة ما نتيجة قدرتها الاقتصادية الكبيرة، تمنحها إمكانية تعطيل قيام منافسة فعلية داخل السوق المعتبرة قانوناً، فيكون لصاحب المركز المسيطر التصرف باستقلالية عن منافسيه دون أن يكثرث أو يلتفت لردود أفعالهم، وغنى عن البيان أنّ هذه الهيمنة التي تكتسبها مؤسسة ما في السوق المعني لا تقع بغتة أو تتولد صدفة (نتيجة ظروف عابرة مر بها السوق، وكانت في صالح المؤسسة)، بل هي سيطرة تتولد وتأتي دائماً من قوة اقتصادية تتمتع بها المؤسسة.

ومرّ معنا أنّ تواجد مؤسسة ما في وضعية هيمنة من عدمه ليس له معيار ثابت وحازم بالإمكان الاعتماد عليه للجزم بتمتع المؤسسة بوضعية الهيمنة أو الاحتكار، لذلك يعتمد الأمر بصفة أساسية على ظروف الواقع، فالمركز المسيطر هو حالة واقعية تختلف من حالة إلى أخرى، وهذا لا يمنع من وجود عدد من المعايير والمؤشرات التي يستعان بها لاستخلاص وجود المركز المهيمن من عدمه، لعلّ أهمّها حيازة المؤسسة لحصة كبيرة في السوق المعتبر قانوناً، فكلما كانت هذه الحصة كبيرة كلما كان ذلك قرينة على وجود المركز المهيمن، وعلى النقيض كلّما كان الحصة صغيرة أو متواضعة كلّما كان ذلك دليلاً على غياب مثل هذا المركز.

مع الإشارة إلى إمكانية الاعتماد على مؤشرات أخرى مساعدة، مثل وجود موانع للدخول إلى السوق.

فإذا كانت وضعية الهيمنة ليست محظورة في ذاتها، فإنّ التعسّف في استغلالها هو المحظور. فالتعسّف يعتمد في وجوده على حيازة المؤسسة لمركز مهيم وبدوونها لا تكون أمام ممارسة منافية للمنافسة، لهذا تلقى على عاتق المتمتع بها مسؤولية خاصة بعدم إعاقة المنافسة أو تقييدها بارتكاب ممارسات تتجاوز حدود المنافسة العادية والطبيعية، وذلك إذا كان هدفها أو الأثر المترتب عليها هو القضاء على المنافسين الحاليين أو المحتملين، أو الحصول على منافع أو امتيازات غير مبررة.

ويتميّز التعسّف في استغلال المركز الاحتكاري أو المهيم بكونه مخالفة، لا يتصور اقترافها إلا من قبل مؤسسة تتمتع بمركز مهيم في سوق جغرافية وسوق منتجات محددتين، فقانون المنافسة يُسلط العقاب أو الجزاء على الممارسات التعسّفية الصادرة عن مؤسسة في وضعية الهيمنة، في حين أنّه لا عقاب على نفس الممارسات متى صدرت عن مؤسسة لا تتمتع بوضعية الهيمنة، اعتبار التعسّف مخالفة موضوعية يقتضي النظر فقط إلى تصرفات وممارسات المؤسسة المهيمنة بغض النظر عن نواياها أو دوافعها، سواء اتجهت إلى الإضرار بباقي المنافسين أم لا، غير أنّه لا يجب أن تسلب المؤسسة المهيمنة حقّها في الدفاع عن مصالحها الشرعية متى وقع إخلال أو تعدي على تلك الحقوق، وهكذا بإمكانها خفض أسعارها بالمقارنة مع باقي المنافسين أو اختيار عملاء تتعامل معهم دون البقية شرط ألا يكون هدفها إقصاء المنافسين والافراد بالسوق، ويتعيّن على المؤسسة المهيمنة إثبات أنّ ردّ فعلها كان طبيعياً وليس استغلالاً للمركز التي تتمتع به ويكون بطبيعة الحال لمجلس المنافسة السلطة التقديرية الحكم على تصرفها.

ومن خلال دراسة قانون المنافسة الجزائري ومقارنته بالتشريعات الأجنبية، لاسيما الأوروبية الفرنسية وكذا الولايات المتحدة الأمريكية يمكننا أن نلاحظ مدى تأثر التشريع الجزائري بهذه التشريعات لاسيما الفرنسي منها، فنجد أنّ هناك تطابق في العديد من الأحكام المتعلقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة مثل صور التعسّف الاستثنائية التي ترد على مبدأ الحظر، إضافة إلى الدور الذي يُناط به مجلس المنافسة من حيث الإخطار والتحقيق كما تأثر بشكل خاص بطرق الطعن

في قرارات مجلس المنافسة التي أوكلها لمجلس قضاء الجزائر العاصمة الغرفة التجارية، أي أحال الطعن للقضاء العادي بدل القضاء الإداري بالرغم من أنّ مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة، وهذا أسوة بالمشروع الفرنسي.

ولا يخلو الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة من النقائص بخصوص التعسّف في وضعية الهيمنة، تحتاج إلى إعادة نظر أو صياغة حتى تحقق الهدف الذي ينشده المشروع من سنّها، ويعتبر التعسّف مخالفة موضوعية لا تهتم بنوايا مرتكب الممارسة وهذا أمر متفق عليه، وقد استعمل المشروع الجزائري من خلال المادة السابعة من الأمر رقم 03-03 لفظ "قصد" وهي عبارة تحتاج إلى إعادة صياغة حتى تتلاءم مع المعنى المقصود. فالكلمة المذكورة تُوحى بأنّ التعسّف مخالفة عمدية في حين أنّها مخالفة موضوعية باتفاق الفقه والقضاء، وعليه يتعيّن استبدالها بكلمة "ترمي إلى أو تصبو إلى".

كما نلاحظ أنّ المادة السابعة من الأمر 03-03 صيغت عبارات الفقرة الأولى منها بطريقة (ركيكة) لا تراعي قواعد النحو والصرف عندما استعمل عبارة «يحظر كلّ تعسّف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها»، والأصوب هو «يحظر كلّ تعسّف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه»، لأنّ السوق وحده الخاضع سواء لوضعية الهيمنة أو الاحتكار، لا يوجد في نص المادة السابعة ما يدلّ على أنّ حالات التعسّف في وضعية الهيمنة المذكورة هي مجرد أمثلة وأنّ التعسّف يمكن أن يتجسد في ممارسات أخرى لم ينص عليها المشروع ممّا يتعيّن معه إدراج عبارة تدلّ على ذلك حتى لا تكون هناك ذريعة للتهرّب من المسؤولية عند اقتراف ممارسة مجسدة للتعسّف في وضعية الهيمنة غير مذكورة في النص القانوني مثل التخفيضات السعرية غير المبررة.

كما اعتبر المشروع الجزائري البيع بأسعار مخفضة ممارسة منافية للمنافسة ومخالفة مستقلة بذاتها بالرغم من أنها تعدّ من الممارسات التعسّفية التي لا تصدر إلاّ عن مؤسسة مهيمنة التي بإمكانها مقاومة الخسائر الناتجة عن البيع بسعر منخفض عكس باقي المؤسسات التي لا تتحمل ذلك، ممّا يتعيّن معه إدراج هذه المادة ضمن المادة السابعة. هناك ممارسة اعتبرها المشروع من صور الممارسات التعسّفية ونقصد اقتسام الأسواق أو مصادر التموين وهي ممارسة تنطبق على

الاتفاقات المحظورة ولا شأن لها بالمركز المهيمن كونها تتطلب لتحقيقها وجود على الأقل طرفين متساويين في المركز أو القوة الاقتصادية وهو أمر لا ينطبق على صاحب المركز المهيمن، لذا نرى من الضروري إلغائها من نص المادة السابعة، أو استبدال كلمة "اقتسام" بكلمة "تقسيم" حتى تنسجم مع نص المادة السابعة.

فضلاً عما سبق، فالتحقيق على مستوى مجلس المنافسة يستغرق فترة طويلة وهذا راجع إلى عدم إدراج آجال يكون على مجلس احترامها عند الشروع في إجراء التحقيق، مما يفوت على ضحايا هذه الممارسات الفائدة من تقديم الإخطار، كما تعتبر العقوبات المنصوص عليها ضمن قانون المنافسة متواضعة، فهي عبارة عن غرامات بمبالغ ضئيلة تطبق على استحياء لأنّ الأمر 03-03 منح المجلس إمكانية عدم الحكم بها وعليه يتعيّن تجسيد العقوبات المالية حتى تكون رادعة، ويجب عدم التساهل مع الشركات الأجنبية والتعامل بجدية مع الإخطارات الصادرة ضدها، خاصة وأنّ هذه الشركات تحاول بثتى الطرق احتكار السوق الوطني، ولهذا يجب على مجلس المنافسة أن يسلّط عليها جزاءات كلما ثبت لديه ارتكابها لممارسات مجسّدة للتعسّف في استغلال وضعيّة الهيمنة وألا يلتفت إلى تهديداتها بنقل نشاطها من السوق الوطني إلى الخارج. علاوةً على وجوب معاملة الشركات العمومية على قدم المساواة مع الشركات الخاصة حتى يطمئن الناشطون في القطاع الخاص ولا يحس بالمعاملة التمييزية بينه وبين المؤسسات العمومية، ويجب أن تكون لدى مجلس المنافسة قاعدة بيانات لتحليل السوق مع القيام بتكوين متخصصين في مجال التعامل مع قضايا حماية المنافسة.

قائمة المراجع و المصادر:

المنجد في اللغة و الأعلام، الطبعة الثالثة و الأربعون (43) 2008 دار الشروق- بيروت لبنان

قائمة الكتب :

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص الجزء الثاني، الطبعة الخامسة عشرة دار هومة، الجزائر 2014.
- 2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومه، الطبعة السابعة، 2008.
- 3- أحمد عبد الرحمان الملحم، الإحتكار و الافعال الإحتكارية – دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي و الأوربي و الكويتي مطبوعات جامعة الكويت 1997 .
- 4- أحمد فتحي سرور، العالم الجديد بين الاقتصاد والسياسة والقانون، دار الشروق، مصر، 2005.
- 5- أحمد محمد محرز الحفقي، المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي (الصناعة- التجارة- الخدمات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
- 6- أسامة حسنين عبيد، السياسة الجنائية في مواجهة الممارسات الاحتكارية الضارة- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2016.
- 7- أسامة فتحي عبادة النظام القانوني لعمليات التركيز الإقتصادي في قانون المنافسة (دراسة تحليلية مقارنة) دار الفكر و القانون المنصوص جمهورية مصر العربية طبعة 2014.
- 8- أسامة محمد الفولي - مجدي محمود شهاب، أساسيات الإقتصادية السياسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية طبعة 1988 .
- 9- أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية طبعة 2008 .
- 10- أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق و الاحتكار من الوجهة القانونية – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية طبعة 2006 .
- 11- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015.
- 12- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومه، 2012.
- 13- تبوب فاطمة الزهراء المولودة رابحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016.

- 14- **تيورسي محمد**، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة طبعة 2013.
- 15- **جاسم محمد الراشد**، مظاهر السلوك الاحتكاري وآليات مكافحته في القانونين الكويتي والمصري، منشورات جامعة الكويت، 2016.
- 16- **جوزف نخلة سماحة**، المزاحمة غير المشروعة- دراسة قانونية مقارنة-، مؤسسة عزّ الدين للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1991.
- 17- **حازم حسن الجمل**، الحماية القانونية للتجارة من الممارسات غير المشروعة، دار الفكر و القانون - جمهورية مصر طبعة 2012 .
- 18- **حسام الدين عبد الغني الصغير**، النظام القانوني لاندماج الشركات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
- 19- **حسن كيرة**، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2014.
- 20- **حسني محمود عبد الدايم**، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 21- **حسين ماحي**، حماية المنافسة دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 03 لسنة 2005 و لائحته التنفيذية، الناشر المكتبة العصرية الطبعة الأولى .
- 22- **حسين محمد فتحي**، الممارسات الإحتكارية و التحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة و المنافسة - دراسة لنظام الأنترست في النموذج الأمريكي ، دار النهضة العربية، 1998.
- 23- **خليل فيكتور تادرس**، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، طبعة 2007.
- 24- **زينب حسن علي - سوزي عدلي ناشد**: مبادئ علم الإقتصاد دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004 .
- 25- **زينة غانم عبد الجبار الصفار**، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية - دراسة مقارنة - دار الحامد للنشر و التوزيع الأردن الطبعة الثانية 2007 .
- 26- **سامي عبد الباقي أبو صالح**، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية - دار النهضة العربية - طبعة 2011-2012
- 27- **سامي عبد الباقي أبو صالح**، قانون الاعمال - وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 - دار النهضة العربية الطبعة الثانية 2003 - 2004 .
- 28- **سميحة القليوبي**، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية الطبعة العاشرة 2016.

- 29- **شوقي السيد**، التعسف في استعمال الحق، دار الشروق، طبعة 2008.
- 30- **عبد الباسط وفا**، سياسة تحطيم المشروعات من خلال أسعار و إنعكاساتها على الأسواق التنافسية، دار النهضة العربية جمهورية مصر 2001 .
- 31- **عبد الناصر فتحي الجلوي محمد**، الاحتكار المحظور وتأثيره على حرية التجارة- دراسة قانونية مقارنة- بين قوانين مكافحة الاحتكار الأمريكية وقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، دار النهضة العربية، طبعة 2008.
- 32- **عبد الوهاب عبد الله المعمرى**، اندماج الشركات متعددة الجنسيات، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب القانونية .
- 33- **عجة الجيلالي**، أزمات حقوق الملكية الفكرية (أزمة حق أم أزمة قانون ، أم أزمة وصول إلى المعرفة)، دار الخلدونية طبعة 2012 .
- 34- **عدنان باقي لطيف**، التنظيم القانوني للمنافسة، ومنع الممارسات الاحتكارية – دراسة المقارنة – دار الكتب القانونية مصر – الإمارات طبعة 2012 .
- 35- **علي فيلالي**، الالتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر، 2008.
- 36- **علي فيلالي**، مقدمة في القانون، موفم للنشر، طبعة 2010.
- 37- **فرحة زراوي صالح**، الكامل في القانون التجاري – الحقوق الفكرية – ابن خلدون للنشر و التوزيع الجزائر 2006.
- 38- **قدري عبد الفتاح الشهاوي**، شرح قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية و لائحته التنفيذية. وشرح قانون حماية المستهلك و مذكرته الإيضاحية في التشريع المصري العربي- الأجنبي- دراسة مقارنة – دار النهضة العربية الطبعة الأولى 2006.
- 39- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 40- **لينا حسن زكي**، قانون حماية المنافسة و منع الإحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي و الأوروبي، المكتبة العالمية للنشر و التوزيع، مصر، 2015.
- 41- **مجد أنور حامد علي**، المنافسة و الاحتكار في ضل الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية طبعة 2008.
- 42- **محمد إبراهيم أبو شادي**، حماية المنافسة و مكافحة الاحتكار في الاقتصاد المصري – دراسة مقارنة بين التشريعين المصري و الأمريكي – دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2009 .
- 43- **محمد الشريف كتو**، قانون المنافسة و الممارسات التجارية منشورات بغداد طبعة 2010

- 44- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
- 45- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 46- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه، 2009.
- 47- محمد سلمان الغريب، الاحتكار و المنافسة غير المشروعة ، دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2004 حي 156.
- 48- محمد صالح قائد الأرياني، اندماج الشركات كظاهرة مستحدثة – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي طبعة 2012 .
- 49- محمد علي سويلم، القانون الجنائي الاقتصادي الأحكام الموضوعية و الجوانب الاجرائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2015.
- 50- محمد عوض رضوان، الإتجاهات الحديثة في تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي، دار النهضة العربية، جمهورية مصر، 2011
- 51- محمد نصر محمد، الحماية الدولية و الجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة و الإحتكار، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع الطبعة الأولى 2016 .
- 52- مصطفى منير، جرائم إساءة استعمال السلطة الاقتصادية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1992.
- 53- المعتصم بالله الغرياني، محمد سالم أبو الفرج، القانون التجاري القطري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.
- 54- معين فندی الشناق، الإحتكار و الممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة و الإتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن الطبعة الأولى 2010 .
- 55- مغاوري على شلبي ، حماية المنافسة و منح الإحتكار بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2004-2005.
- 56- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، القانون النموذجي بشأن المنافسة، سلسلة الاونتاكاد بشأن قانون و سياسة المنافسة، جونييف، 2000.
- 57- ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني – النشاط الإداري – الناشر لباد الطبعة الأولى 2004.
- 58- نعيم جميل صالح سلامة، المنافسة غير المشروعة في العلامة التجارية و أوجه حمايتها – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ط 2015 .

- 59- نوارة حسين، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، الأمل للطباعة و النشر و التوزيع 2015.
- 60- هاني محمد دويدار، نطاق إحتكار المعرفة بواسطة السرية دار الجامعة الجديدة للنشر - مصر - 1996 .
- 61- هشام جاد، الإحتكار سهم في قلب المسيرة الاقتصادية، مكتبة الاسرة، د.ب.ن، 2002.
- 62- الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الإحتكارية بين الضمانات التقليدية و الضمانات المتخصصة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2013.
- 63- وليد بوجملين، قانون الضبط الإقتصادي في الجزائر. دار بلقيس 2015.
- 64- ياسر السيد الحديدي، عقد الفرانشيز التجاري، في ضوء تشريعات المنافسة و منع الممارسات الإحتكارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- المدخلات والملتقيات الدراسية :**
1. أيت منصور كمال، مراقبة التجميعات الإقتصادية في القانون الجزائري. إشكالية التوفيق بين المصالح؟ مداخلة ملقاة بمناسبة انعقاد الملتقى الوطني حول « حرية المنافسة في القانون الجزائري » جامعة باجي مختار - عنابة يومي 03-04 أبريل 2013
2. بزغيش بوبكر، خصوصية إجراءات الطعن في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني حول السلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المالي، جامعة بجاية ألام 23-24 ماي 2007 ص 308.
3. بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة، الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة و ضبط السوق جامعة 8 ماي 1945 قالمة يومي 16 و 17 مارس 2015.
4. زموش فرحات، المتابعة القضائية للعون الإقتصادي المخالف لقواعد قانون المنافسة مداخلة بمناسبة، ملتقى حرية المنافسة في التشريع الجزائري 28 ماي 2013، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو ص 44-45.
5. كسال سامية، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة، الملتقى الوطني حول: "حرية المنافسة في القانون الجزائري"، يومي 03-04 أبريل 2013، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

6. **لخضاري أعمار**، إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المالي جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية أيام 23-24 ماي 2007 ص 257.

7. **لعويجي عبد الله**، **بوخروبة حمزة** ، اختصاصات مجلس المنافسة الجزائري، مداخلة أقيمت بمناسبة انعقاد الملتقى الوطني. حرية المنافسة في القانون الجزائري يومي 3-4 أفريل 2013 جامعة باجي مختار – عنابة – كلية الحقوق و العلوم السياسية.

8. **ماديو ليلي**، تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المالي، جامعة بجاية كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية أيام 23-24 ماي 2007 .

9. **هديلي أحمد** ، سلطات القضاء في شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي و المالي ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية أيام 23-24 ماي 2007 ص 292 .
المقالات :

1. **أحمد عبد الرحمان الملحم** ، الإحتكار و الأفعال الإحتكارية، مجلة القانون و الإقتصاد جامعة القاهرة العدد 63 السنة 1993.

2. **بتيت أحمد، مدات جمال**، جودة المنتج كمصدر للميزة التنافسية في سوق احتكار القلة، مجلة أكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية العدد 13 جانفي 2015.

3. **بخته موالك**، التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 11 جمادي الأولى عام 1424 هـ الموافق ل19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول)، مجلة حوليات الجزائر، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2004، العدد 1.

4. **حسين الماحي عبده**، حظر إساءة استخدام الوضع المسيطر منع الاحتكار التعسفي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، جمهورية مصر، العدد الثالث والثلاثون، أبريل 2003.

5. **شايب بوزيان**، الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية و الادارية، المركز الجامعي أحمد زبانه غليزان، العدد 08، جوان 2017.

6. **شذى كامل نعمة**، إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق المعنية (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، كلية القانون، السنة السادسة، العدد الثالث، 2014.

7. **صبايحي ربيعة**، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2010.
8. **عبد الحكيم جمعة**، الإحتكار في مصر و تأثيره على النشاط الإقتصادي في مصر، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية جامعة عين الشمس العدد الثاني، السنة التاسعة و الأربعون، يوليو 2008
9. **محمد الشريف كتو**، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الادارة، عدد 23، سنة 2000.
10. **محمد الشريف كتو**، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2010،
11. **محمد صالح**، الحماية الجنائية للحق في المنافسة- دراسة مقارنة- القسم الأول، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 04، السنة 31 ديسمبر 2015، ص.511.
12. **مقتي بن عمار**، مفهوم الجريمة الاقتصادية في القانون المقارن، مجلة دراسات قانونية، العدد 11، ماي 2011.
13. **منصوري الزين**، دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق- حالة الجزائر-، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد 11، جوان 2012، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
14. **مهند إبراهيم علي فندي**، التنظيم القانوني لمناهضة الاحتكار، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مجلد 9، السنة الثانية عشرة، عدد 33، سنة 2007.
15. **ناصر مراد**، الاصلاحات الاقتصادية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 02، 2010.
16. **وادي جمال**، العلامة التجارية في التشريع الجزائري، مجلة دراسات قانونية العدد 03- أكتوبر 2002 .

الرسائل والمذكرات :

أولاً: رسائل الدكتوراه:

1. **أحمد عبد الرؤوف الضبع**، الاتفاقات غير المشروعة في ضوء أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2015.

2. أميرة عبد الغفار محمد بوزيد، الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الإحتكارية و حماية المنافسة، دراسة مقارنة بين القانون المصري و التشريعات الأمريكية المقابلة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2010
3. بوقميجة نجبية، المنافسة غير المشروعة في ميدان الملكية الفكرية، رسالة دكتوراه جامعة الجزائر – 1 – كلية الحقوق- بن عكنون 2013-2014
4. تيورسي محمد، قواعد المنافسة و النظام العام الإقتصادي – دراسة مقارنة – رسالة شهادة الدكتوراه – جامعة أبو بكر بلقايد – بتلمسان – كلية الحقوق – 2010 – 2011.
5. جاسم محمد ياسين عبد الله الراشد، مظاهر السلوك الإحتكاري و آليات مكافحته في القانونين الكويتي و المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2011 .
6. جلال مسعد ، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية رسالة دكتوراه جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق 2012.
7. خديجي أحمد، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق و العلوم السياسية 2016 .
8. سماح منصور أبو المجد على، حماية المستهلك في إطار سياسات المنافسة و منح الإحتكار – رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية كلية الحقوق، جمهورية مصر العربية سنة 2012
9. عمرو محمد على طاحون، تأثير الهيمنة الإقتصادية على التوازن العقدي، رسالة دكتوراه جامعة المنوفية كلية الحقوق جمهورية .
10. قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015/2016.
11. كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2004-2005.
12. لعور بدرة، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2013/2014.
13. لينا حسن ذكي، الممارسات المفيدة للمنافسة و الوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان كلية الحقوق 2004.

14. محمد عباس محمد عبد الرحمان سليم، حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014.
15. مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015
16. مزغيش عبير، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجمعات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية: 2016/2015.
17. منصور داوود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.
18. وليد عزت الدسوقي عشري الجلاد، الوضع المسيطر في قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة المنوفية 2013 جمهورية مصر العربية.
ثانيا: مذكرات الماجستير:

- 1- تواتي محند شريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006/2005.
- 2- جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.
- 3- كحال سلمى، مجلس المنافسة و ضبط النشاط الإقتصادي مذكرة لنيل ماجستير، كلية الحقوق جامعة محمد بوقرة بومرداس السنة الجامعية 2009 – 2010 .
- 4- مقدم توفيق، علاج الممارسات المقيدة للمنافسة- التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة في مجال الاتصالات، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011/2010،
- 5- موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو 2011.

رابعاً: النصوص القانونية:

1- الدستور:

- 1- دستور 1989 المنشور بمقتضى المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989، ج.ر عدد 9 الصادرة بتاريخ 01 مارس 1989، ص. 234.(الملغى).

2- الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1996 بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 بتاريخ 07 ديسمبر 1996، ج.ر. عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، ص. 06. المتمم بالقانون رقم 02-05 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر. عدد 25، صادرة بتاريخ 14 أبريل 2002؛ و المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر. عدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016، ص. 3.

2- النصوص التشريعية:

1- القانون 89-12 المؤرخ 05 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار (الملغى)، ج.ر. عدد 29، الصادرة بتاريخ 19 جويلية 1989، ص. 757.
2- القانون العضوي رقم 98/01 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمية و عمله - ج ر عدد 37، صادرة في 1 جوان 1998.

3- القانون رقم 01/21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 الجريدة الرسمية عدد 79 لسنة 2001
4- القانون 01-18 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 والمتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر. العدد 77، المؤرخة في 15 ديسمبر 2001، ص. 04.
5- القانون 04/02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. عدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، ص. 03، المعدل و المتمم
6- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر. عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، ص. 3.
7- القانون 10/06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر. عدد 46، الصادرة ب 18 غشت 2010، ص. 11.

8- الأمر 66/155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، الذي يتضمن الإجراءات الجزائية، المعدل و المتمم، ج.ر. عدد 48، الصادرة بتاريخ 10/06/1966، ص. 622.
9- الأمر رقم 66-156، الصادر بتاريخ المؤرخ في 8 يونيو 1966، و المتضمن قانون العقوبات، ج.ر. عدد 49، بتاريخ 11 يونيو 1966، ص. 702، المعدل و المتمم بموجب القانون 90/15 المؤرخ في 14 يوليو 1990، ج.ر. رقم 29، الصادرة بتاريخ 18/07/1990، ص. 954.
10- الأمر رقم 67 - 130 المؤرخ في 22 جويلية 1967 المتضمن تنظيم النقل البري، و لاسيما المادة 27 منه، ج ر رقم 63 ص 937.

- 11-الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر. عدد 78 الصادرة بتاريخ 30/09/1975، ص. 990، المعدل و المتمم.
- 12-الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر. عدد 101، الصادرة بتاريخ 19/12/1975، ص. 1306. المعدل و المتمم.
- 13- الأمر رقم 76 – 28 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إنشاء الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية لاسيما المادة 03 منه: ج ر رقم 26 ص 375.
- 14-الأمر 06/95 المؤرخ 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة (الملغى) ، ج.ر. عدد 09 الصادرة بتاريخ 22 فيفري 1995، ص. 13.
- 15-الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1997 يعدل و يتم الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري ج ر عدد 77 سنة 1996.
- 16-الأمر 03/03 المؤرخ 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، ص. 25، المعدل و المتمم بموجب القانون 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر. رقم 36 الصادرة في 02 يوليو 2008؛ و القانون 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر. عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غشت، 2010، ص. 10.
- 17-الأمر 06/2003 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالعلامات، ج.ر. عدد 44، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003، ص.22.
- 18-الأمر رقم 07/2003 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، ج.ر. عدد 44 المؤرخة في 23 جويلية 2003.
- 4- النصوص التنظيمية:**

- 1-المرسوم رئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17 جانفي 1996.يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة ج ر عدد 05 الصادرة في 17 جانفي 1996. (الملغى)
- 2-المرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام - ج ر مؤرخة في 20/01/2015.
- 3- المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر. عدد 05، صادرة ب 31 أكتوبر 1990، ص. 202.
- 4- المرسوم التنفيذي 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة و كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة (الملغى)، ج.ر. عدد 61 الصادرة بتاريخ 18 أكتوبر 2000، ص. 15.
- 5-المرسوم التنفيذي رقم 02/145 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 المحدد لصلاحيات وزير التجارة، الجريدة الرسمية عدد 85 لسنة 2002.

6-المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي 11-04 المؤرخ في 9 يناير 2011 الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2011، و بموجب للمرسوم التنفيذي رقم 14-18 المؤرخ في 21 يناير 2014 الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 2014.

7-المرسوم التنفيذي رقم 04-331 المؤرخ في 18 أكتوبر 2004 المتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية و استيرادها و توزيعها ج ر 2004/66.

8-المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل يخص الاتفاقات ووضعية الهيمنة.

9 -المرسوم التنفيذي 05/219 المؤرخ في 22 جوان 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر. عدد 43، الصادرة بتاريخ 2005/06/22، ص. 05.

10-المرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر. عدد 56، صادرة في 11 سبتمبر 2006، ص 16.

11-المرسوم التنفيذي 11-09 المؤرخ في 20 يناير 2011، المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها و عملها، ج.ر. 04، مؤرخة في 23 يناير 2011، ص. 06.

12-المرسوم التنفيذي رقم 11-242 مؤرخ في 10 جويلية 2011 يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة و يحدد مضمونها و كذا كيفيات إعدادها . ج ر عدد 39 لسنة 2011.

13-المرسوم التنفيذي رقم 11 – 241 المؤرخ في 10 يوليو سنة 2011 يحدد تنظيم و سير مجلس المنافسة معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 15-79 المؤرخ في 8 مارس سنة 2015 ج ر عدد 39 لسنة 2011.

خامسا: قرارات مجلس المنافسة الجزائري.

1- القرار رقم 98 ف3 الصادرة عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت.

2- قرار رقم 99 ف01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس).

3- قرار رقم 2000 ق 03 الصادر يوم 19 نوفمبر 2000 المتعلق بالإخطار الوارد من الشركة المغربية للمعارض الدولية ضد الشركة الجزائرية للمعارض.

- 4 قضية رقم 20/2013 المتضمنة طلب تسليم شهادة سلبية من قبل شركة ASTRA فرع مجموعة FIAT، النشرة الرسمية للمنافسة 2015 رقم 06، ص.39-47.
- 5 رأي رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، النشرة الرسمية للمنافسة عدد 02، 2013.

قائمة المراجع بالفرنسية:

- 1- **André DECOCQ et Georges DECOCQ**, droit de la concurrence , 5^{ème} édition , L.G.D.J, lextenso éditions, Paris, 2012.
- 2- **Anne SHOPHIE CHONE**, les abus de domination, essai en droit des contrats et en droit de la concurrence, economica, Paris, 2010.
- 3- **CHRISTIAN GAVALDA-GILBERTPARLEANT-BENOIT LECOURT**, Droit des affaires de l'union européenne LEXIS NEXIS, 7^{ème} édition, Paris, 2015 .
- 4- **claire mongouachon** , ABUS de position dominante et secteur public, ARUYLANT, Bruxelles, 2012.
- 5- **Cyril NOURISSAT, Blandine DE CLAVIERE- BORNNAMOUR**, droit de la concurrence, libertés de circulation, droit de l'Union- droit interne, DALLOZ, 4^{ème} édition, Paris.
- 6- **Domimique Brault**, politique et pratique du droit de la concurrence en France, L.G.D.J 2004.
- 7- **François Xavier TESTU**, contrats d'affaires, Dalloz, , Paris 2010-2011.
- 8- **Georges Décocq**, regard sur le droit des abus de position dominante droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante. Publié sur le site web W.W.W.COUR DU CASSATION. FR.
- 9- **Gérard CORNU**, vocabulaire juridique, quadrige/puf, 9eme édition, 2011.

- 10- **Laurence IDOT**, droit communautaire de la concurrence le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE, Bruylant, 2004.
- 11- **Marie Malaurie-Vignal** : L'abus de position dominante L.G.D.J. Paris, 2002.
- 12- **Marie. Malaurie-vignal** droit de la concurrence interne et européen sirey 6^{eme} édition, Paris, 2014.
- 13- **Mémento pratique francis lefebvre**, concurrence consommation, Paris, 2013-2014
- 14- **MENOUER Mustapha**, droit de la concurrence, Berti édition, Alger, 2013.
- 15- **Mustapha ABDELKRIM**, l'accord d'association algérie-ue : l'insertion des règles de concurrence, revue de droit, université du Kuweit, n° 2 ; volume 37, juin 2013.
- 16- **Nicolas PETIT**, droit européen de la concurrence, lextenso édition, Paris, France, 2013.
- 17- **Rachid ZOUAIAMIA**, La dualité des pratiques de dominance en droit de la concurrence, Etudes de droit, mélanges en hommage à Abdallah BENHAMOU, Université Aboubakr Belkaid de Tlemcen, 2013.
- 18- **Sid Lakhdar Mohamed Rachid**, Le dispositif légal relatif à la concurrence, présentation générale, la lettre juridique N°22, septembre 1996.
- 19- **Sophie NICINSKI**, Droit public des affaires- LGDJ. les tenso-, Edition 4^{eme} Paris, édition.
- 20- **Valérie Fauré** : L'apport du tribunal de première instance des communautés européennes au droit communautaire de la concurrence. DALLOZ , 2005.

- **Articles** :

- 1- Mohamed SALAH , les liens structurels des sociétés commerciales par les fusion et les scissions : une réglementation obsolète, revue entreprise et commerce, n 2 , 2006, EDIK.
 - 2- **Rachid ZOUAIMIA** La Délégation Conventiennelle de servis public au profit de personnes privées, Revues IDARA volume 29 N 01-2011 .
 - 3- **Rachid ZOUAIMIA**, le droit de la concurrence, BELKEISE Edition 2012.
- **sites internet :**

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://www.economie.gouv.fr>

<http://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>

<http://www.juricaf.org>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

<https://www.doc-du-juriste.com>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

www.denigrement-difinitionetsunctionarticle2.html

www.larousse.fr

	الفهرس:
1	مقدمة:
10	الباب الأول أحكام المركز المهيمن.
	الفصل الأول.....
10	مفهوم وضعية الهيمنة.....
	المبحث الأول:
11	تعريف المركز المهيمن
	المطلب الأول:
12	تعريف المركز المهيمن
	الفرع الأول:
12	موقف التشريعات المقارنة من تعريف المركز المهيمن
12	أولاً: موقف المشرع الأمريكي و القضاء من تعريف القوة الإحتكارية.
15	ثانياً: موقف المشرع الأوربي و القضاء من تعريف المركز المهيمن:
17	ثالثاً: موقف التشريع المصري من تعريف المركز المسيطر.....
	الفرع الثاني:
19	موقف المشرع الجزائري من تعريف المركز المهيمن.
19	أولاً: التعريف.....
19	ثانياً: تحديد معنى المركز المسيطر على ضوء بعض الإعتبارات.....
	الفرع الثالث:
23	تمييز وضعية الهيمنة عن غيرها من المفاهيم المشابهة.....
23	أولاً: الإحتكار و وضعية الهيمنة:.....
26	ثانياً: إحتكار القلة و وضعية الهيمنة.....
30	ثالثاً: وضعية الهيمنة و التجميعات الإقتصادية.....
	المطلب الثاني:
31	أشكال المركز المهيمن.
	الفرع الأول:
31	أنواع المركز المسيطر من زاوية مصدر السيطرة.
31	أولاً: المركز المهيمن القانوني: الإحتكار القانوني.....
34	ثانياً: المركز المهيمن الفعلي: الإحتكار الفعلي.....

- 35 ثالثا: المركز المهيمن الطبيعي: الإحتكار الطبيعي
- الفرع الثاني:
- 36 من زاوية الشخص المستحوذ على السيطرة:
- 37 أولا: المركز المهيمن الفردي:
- 38 ثانيا: المركز المهيمن الجماعي:
- المبحث الثاني : محددات المركز المهيمن (السوق المرجعي)
- 48 المطلب الأول : سوق السلع و الخدمات
- الفرع الأول :
- 50 المعايير المستخدمة لقياس درجة التبادل
- 50 أولا: مرونة الطلب
- 56 ثانيا: مرونة العرض
- 56 1: مفهومه:
- 57 2: معايير تحديد مرونة العرض:
- المطلب الثاني :
- 59 السوق الجغرافية.
- الفرع الأول:
- 60 تعريف السوق الجغرافية.
- الفرع الثاني :
- 61 العوامل المساعدة في تحديد تجانس ظروف المنافسة
- الفصل الثاني:
- 66 معايير تحديد وضعية الهيمنة:
- المبحث الأول:
- 66 دلائل وجود المؤسسة في وضعية الهيمنة
- المطلب الأول:
- 67 ارتفاع حصة المؤسسة في السوق
- الفرع الأول:
- 68 مقدار الحصة في السوق
- 68 أولا: كيفية حساب الحصة في السوق
- 69 ثانيا: أنواع الحصص في السوق
- الفرع الثاني:

77	تطور الحصاة في السوق.
77	أولاً: تطور الحصاة في الماضي.
78	ثانياً: تطور الحصاة في المستقبل.
	الفرع الثالث:
79	أهمية تحديد نسبة الحصاة في السوق.
	المطلب الثاني:
81	موانع الدخول السوق.
	الفرع الأول:
82	تعريف موانع الدخول إلى السوق.
	الفرع الثاني:
84	أنواع موانع الدخول إلى السوق.
84	أولاً: الموانع القانونية:
87	ثانياً: الموانع الإقتصادية:
90	ثالثاً: الموانع الطبيعية:
91	رابعاً: الإمتيازات المرتبطة بصفة المتعامل العمومي
91	أ: السمعة الحسنة للخدمة العمومية:
93	ب: أولوية الحصول على المعلومات.
	الفرع الثالث:
95	الوظيفة الإقتصادية لموانع الدخول إلى السوق.
96	أولاً: تدعيم وضعية الهيمنة الإقتصادية للمؤسسة.
96	ثانياً: التبعية الإقتصادية.
	المبحث الثاني:
98	الوسائل المؤدية إلى إنشاء وضعية الهيمنة.
	المطلب الأول:
98	التجميعات الإقتصادية.
	الفرع الأول:
99	أحكام التجميعات الإقتصادية.
99	أولاً: تعريف التجميعات الإقتصادية.
103	ثالثاً: أشكال التجميعات الإقتصادية (صور)
	الفرع الثاني:

112الأثار غير التنافسية للتجميعات على المنافسة
113أولاً: تقييم الأثار غير التنافسية للتجميعات الأفقية
117ثانياً: الأثار غير التنافسية للتجميعات العمودية:
118ثالثاً: الأثار غير التنافسية للتجميعات المختلطة:
المطلب الثاني:
121حقوق الفكرية و الصناعية
الفرع الأول:
122براءة الإختراع
123أولاً: تعريف براءة الإختراع
125ثانياً: حق إحتكار استغلال براءة الإختراع
128ثالثاً: حماية براءة الإختراع:
129رابعاً: أثر براءة الإختراع على المنافسة:
الفرع الثاني:
134العلامة
134أولاً: مفهوم العلامة:
139ثانياً: ملكية العلامة:
141ثالثاً: إحتكار العلامة كأثر مترتب على اكتساب ملكية العلامة:
الباب الثاني:
148مظاهر التعسف و اجراءات متابعته
الفصل الأول
148حظر التعسف في وضعية الهيمنة
المبحث الأول
149ماهية الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة
149المطلب الأول:المفهوم القانوني للتعسف
الفرع الأول
150تعريف التعسف في استغلال وضعية الهيمنة
150أولاً- تعريف المشرع:
163ثانياً- التعريف القضائي والفقهي:
الفرع الثاني
172التأصيل القانوني لمفهوم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة

أولاً: التعسّف في استغلال وضعيّة الهيمنة والاستغلال باعتباره عيباً في الرضا:	173
ثانياً: التعسّف في استغلال وضعيّة الهيمنة وعقد الإذعان:	177
ثالثاً: التعسّف في استغلال وضعيّة الهيمنة والتعسّف في استعمال الحق:	182
المطلب الثاني	
إثبات التعسّف في وضعيّة الهيمنة وتمييزه عن غيرها من المفاهيم المشابهة ..	191
الفرع الأول	
إثبات التعسّف في استغلال وضعيّة الهيمنة	191
أولاً: التعسّف ذو طابع موضوعي:	191
ثانياً: عدم اشتراط المساس الفعلي بالمنافسة:	197
ثالثاً: الارتباط بين التعسّف ووضعيّة الهيمنة:	203
الفرع الثاني	
تمييز التعسّف في وضعيّة الهيمنة عن غيره من المفاهيم المشابهة	205
أولاً: تمييز التعسّف في وضعيّة الهيمنة عن الاتفاقات المحظورة:	205
ثانياً: التمييز بين التعسّف في وضعيّة الهيمنة والتعسّف في التبعية الاقتصادية:	216
المبحث الثاني	
الممارسات المجسدة للتعسّف في وضعيّة الهيمنة	227
المطلب الأول	
صور الممارسات التعسّفية	228
الفرع الأول	
الممارسات التعسّفية المتعلقة بالأسعار	229
أولاً: التسعير العدواني (الاختلالي):	229
ثانياً: البيع التمييزي:	240
الفرع الثاني	
الممارسات التعسّفية على أساس التعامل	253
أولاً: رفض التعامل:	253
ثالثاً: رفض التعامل المبرر:	258
ثانياً: البيع المرتبط (الشروط التعاقدية الثانوية التي لا علاقة لها بطبيعة العقد):	260

268	ثالثاً: الممارسات الهادفة إلى الاستئثار بالعملاء والموردين:
	الفرع الثالث
273	الممارسات التعسفية على أساس السوق
273	أولاً: الحد من الدخول إلى السوق:
	ثانياً: خفض كمية الإنتاج أو الحد من الأسواق أو التطور الفني إضراراً بالعملاء:
274
276	ثالثاً: تقسيم السوق:
	المطلب الثاني
279	القيود الواردة على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة
	الفرع الأول
280	الإعفاء (الاستثناء) الناتج عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له
286	ثانياً: الإعفاء الناجم عن المساهمة في التقدم الاقتصادي أو التقني:
	الفرع الثاني
292	التصريح بعدم التدخل
293	أولاً: ماهية التصريح بعدم التدخل:
	ثانياً: أوجه الاختلاف بين التصريح بعدم التدخل والاستثناءات الواردة بالمادة
300	التاسعة من الأمر رقم 03-03:
	الفصل الثاني:
303	متابعة التعسف في وضعية الهيمنة
	المبحث الأول:
303	إختصاص مجلس المنافسة في مباشرة المتابعة الإدارية
	المطلب الأول:
304	إخطار مجلس المنافسة
304	أولاً: الأشخاص المؤهلين لتقديم الإخطار:
308	ثانياً: خصائص الإخطار:
314	ثالثاً: مرحلة قبول الإخطار :
	المطلب الثاني:
324	التحقيق في الاستغلال التعسفي الوضعية الهيمنة
	الفرع الأول:
325	مرحلة التحريات الأولية (التحقيق الأولي)

- 325 أولاً: الأشخاص المؤهلة لمباشرة التحريات:
- 328 ثانياً: سلطات و التزامات المحققين:
- الفرع الثاني:
- 334 التحقيق الحضورى:
- 334 أولاً: تبليغ المأخذ:
- 340 ثانياً: التقرير النهائى للمقرر:
- 343 المبحث الثانى: البث فى القضايا المتعلقة بالتعسف فى وضعية الهيمنة
- 344 المطلب الأول: جلسات مجلس المنافسة
- الفرع الأول:
- 344 قواعد سير الجلسات
- 344 أولاً: تنظيم الجلسات:
- 345 ثانياً: حقوق الأطراف المعنية:
- 348 ثالثاً: سرية الجلسات:
- 348 رابعاً: انعقاد الجلسات:
- 351 الفرع الثانى: نظام المداولات:
- الفرع الثالث:
- 353 قرارات مجلس المنافسة :
- 353 أولاً: إصدار القرارات:
- 357 ثانياً: تنفيذ القرارات :
- 359 الفرع الرابع:
- 359 العقوبات المقررة للتعسف فى وضعية الهيمنة:
- المطلب الثانى:
- 367 الطعن فى قرارات مجلس المنافسة
- الفرع الأول:
- 368 أحكام الطعن فى القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة
- 368 أولاً: الجهة القضائية المختصة بالفصل فى الطعن
- 373 ثانياً: إجراءات الطعن:
- 379 ثالثاً : الآثار المترتبة على تقديم الطعن.
- الفرع الثانى:
- 381 سلطات الهيئة القضائية المختصة بالفصل فى الطعن.

382	أولا : إلغاء القرار المطعون فيه
383	ثانيا: تعديل القرار المطعون فيه او تأييده:.....
385	الخاتمة:.....
389	قائمة المراجع :.....
404	الفهرس:.....