

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة -



كلية الحقوق
قسم: القانون الخاص

الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون

تخصص: قانون أعمال

إشراف الأستاذ الدكتور

بوذراع بلقاسم

من إعداد الطالبة

بوحلايس إلهام

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. قموح عبد المجيد
مشرفا ومقررا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. بوذراع بلقاسم
عضوا مناقشا	جامعة عبد الحميد مهري - قسنطينة 2	أستاذ التعليم العالي	أ.د. شرابي عبد العزيز
عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د. رحال أحمد
عضوا مناقشا	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	أستاذ محاضر "أ"	د. قريمس عبد الحق
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	أستاذة محاضرة "أ"	د. بن عبد القادر زهرة

شكر وعرفان

عرفانا بالجميل أتقدم بأصدق عبارات الشكر والامتنان إلى
الأستاذ المشرف الدكتور "بوذراع بلقاسم" على قبوله الإشراف
على هذا العمل وعلى حسن نصحه و توجيهه سائلة الله أن يبارك له
في عمره وأن يمتعته بموفور الصحة والعافية، وأن يجزيه خير الجزاء.
كما أتقدم بشكري الجزيل إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة
على كل المجموعات المبذولة في سبيل مناقشة هذا العمل وتقويمه
فلمن مني فائق الشكر والاحترام.

Liste des principales abréviations

Ed : édition

Coll : collectif

Dispo/site : disponible sur le site

Sous/dir : sous direction

Fasc : fascicule

Art : Article

Comm : commentaire

Cass : cassation

P.U.F : presse universitaire de france

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

T.P.C.E : Tribunal de première instance des communautés européennes

T.F.U.E : Traité sur le fonctionnement de l'union européenne

A.J.D.A : Actualité juridique de droit administratif

R.J.D.A : Revue de jurisprudence de droit des affaires

R.T.DCom : Revue trimestrielle de droit commercial

R.J.C : Revue de jurisprudence commerciale.

IDARA : Revue de l'école Nationale d'administration

AJ pénal : Actualité juridique de droit pénal.

هفتکده

مقدمة:

برزت السياسات التدخلية للدولة في المجال الاقتصادي على مستوى الدول الليبرالية بعد الحرب العالمية الثانية لإصلاح ما خلفته من انعكاسات سلبية على الصعيد الاجتماعي، حيث ظهر دور جديد للدولة، أُستبدل فيه مصطلح " الحرية" المرتبط بالرأسمالية بمصطلح المساواة أو " الرفاهية" في تعبير عن ضرورة تدخل الدولة لتأمين الرفاهية للفرد.

فتولت الدولة من خلال مؤسساتها العمومية دور المنتج والممون والموزع والناقل بخصوص مختلف القطاعات الإستراتيجية.

فلم تسمح هذه السياسات ببروز "السوق" كمنظومة حقيقية للمنافسة؛ لأن هذه الأخيرة تفرض وجود اقتصاد يتمتع فيه الخواص بحرية المبادرة وممارسة الأنشطة الاقتصادية وفق الآليات الطبيعية للعرض والطلب، ودون تدخل مركزي من السلطة.

إلا أن هذا الوضع لم يستمر؛ حيث شهدت سنوات السبعينات والثمانينات إصلاحات عميقة في الدول الليبرالية أمثال بريطانيا، فرنسا، إسبانيا، كندا، الو.م.أ. الخ، كان سببها ضعف القطاع العام والحاجة إلى مكمل أو بديل.

فكانت هذه التطورات الدولية ذات صدى على البلدان النامية، ومنها الجزائر، التي انتقلت إليها موجة الإصلاحات الاقتصادية، غير أن هذه المؤثرات الخارجية لم تكن الدافع الوحيد للقيام بهذه الإصلاحات، بل أن عوامل داخلية هامة، كان لها الأثر الكبير في تسريع القيام بها.

حيث كشفت الأزمة البترولية لعام 1986 عن فشل سياسة التسيير الاقتصادي القائمة أساسا على الربح النفطي، وما نتج عنها من تهميش لدور المؤسسة العمومية الاقتصادية، واعتبارها أداة تسيير مركزي، عوض النظر إليها ككيان اقتصادي منتج وفعال.

لذلك، فإن جل المحاولات الأولية لتفادي الانعكاسات السلبية لهذه الأزمة، قد تركزت في إطار إصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية عن طريق ضمان قدر من الاستقلالية لها إزاء

السلطة المركزية ؛ وهو ما جسده القانون رقم 88-01⁽¹⁾، الذي سبقته، في الواقع، بعض الإجراءات كان الهدف منها إعادة هيكلة المؤسسات العمومية⁽²⁾.

غير أن هذه الإجراءات قد فشلت في تحقيق النتائج المرجوة لأسباب متعددة تلتف حول غياب رؤية واضحة لتجسيد استقلالية حقيقية للمؤسسات ، فبدأ التركيز على الجانب القانوني أكثر من الجانب الاقتصادي والمالي، وهو ما استدعى إصلاحات أكثر كفاءة لتحقيق نقلة نوعية للاقتصاد الجزائري، من خلال التوجه إلى اقتصاد السوق.

ولأن القانون هو الإطار المنظم لمختلف التوجهات الجديدة، فإن تغيير هذه التوجهات يستدعي تغييرات جذرية في المنظومة القانونية، تكون قادرة على استيعابها.

وفعلا فقد تعددت النصوص القانونية التي تولت مهمة تأهيل الاقتصاد الجزائري لخوض مرحلة جديدة تظهر فيها "السوق" كمنظومة حقيقية باعتبارها السبيل الوحيد لتحقيق الفعالية الاقتصادية ، ومع ذلك، فإن الحديث عن دور للسوق في هذه المرحلة أمر مبالغ فيه؛ فالأمر لا يعدو أن يكون إرساء لقواعد نظام جديد ، يحتاج إلى محيط متكامل ،قانوني، اقتصادي وسياسي يصب ضمن هذا الهدف.

فعلى الصعيد السياسي ،كرس دستور 1989 تعددية الممارسة السياسية ، أما على الصعيد القانوني ،فقد استدعى الأمر إصدار النصوص ذات البعد التأسيسي كمرحلة أولى ، في حين تأجل صدور النصوص المتخصصة أو القطاعية .

ومن بين النصوص التأسيسية التي ظهرت في بداية التسعينات، صدر سنة 1990 قانون النقد والقرض⁽³⁾ ؛ باعتبار المجال المصرفي عصب الحياة الاقتصادية وقوامها، ليتوالى بعد ذلك إصدار نصوص أخرى لا تقل أهمية على غرار الأمر المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية⁽⁴⁾، وذلك على إثر الاتفاقيتين المبرمتين مع صندوق النقد الدولي سنتي 1994 و 1995 فيما عرف ببرنامج التعديل الهيكلي.

(1) القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 2 لسنة 1988.

(2) المرسوم رقم 80-242 المؤرخ في 4 أكتوبر 1980 يتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، ج.ر عدد 41 لسنة 1980.

(3) القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 16 لسنة 1990.

(4) الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج.ر عدد 48 لسنة 1995.

وفي السياق ذاته، صدر أول قانون جزائري يتعلق بالمنافسة بموجب الأمر 95-06⁽¹⁾، بعدما ظهرت ملامحه ضمن القانون 89-12 الخاص بالأسعار⁽²⁾، هذا الأخير تضمن بعض السلوكيات غير الشرعية، أصبحت ضمن الأمر 95-06 ممارسات منافية للمنافسة، على غرار التعسف في وضعية الهيمنة⁽³⁾. ولقد كان صدور قانون ينظم المنافسة في تلك الفترة أمرا منطقيا باعتبار هذه الأخيرة النتيجة الطبيعية والمتوقعة لأي عملية خوصصة أو انفتاح.

ومع ذلك، فإن الأمر 95-06 قد ظهرت على مستواه العديد من النفاؤص؛ فمن ناحية لم يخصص المشرع هذا النص لقواعد المنافسة فقط، بل جمعها مع القواعد الخاصة بالممارسات التجارية، وهو ما لم يسمح بظهوره كقانون لحماية السوق، ومن ناحية ثانية، لم يتوسع في الممارسات المنافسة للمنافسة، وكذا في إجراءات متابعتها من قبل مجلس منافسة .

يضاف إلى ذلك أن الأمر 95-06 لم يستوعب بعض الأحكام كعلاقة مجلس المنافسة مع الهيئات الضابطة القطاعية ، لتأخر ظهور العدد الأكبر من هذه الأخيرة على صدوره ،حيث ترافق إنشاء معظمها مع فتح العديد من المرافق الشبكاتية منذ مطلع الألفية الثالثة ،كما أن استمرار خضوع العديد من الأنشطة الاقتصادية الإستراتيجية لاحتكار الدولة من جهة ، ومن جهة ثانية غياب المناخ الملائم لإنجاز استثمارات خاصة بسبب اضطراب الوضع الأمني لم يسمح بتطبيق أحكام الأمر 95-06.

كل هذه العوامل فرضت إعادة النظر في الأمر 95-06 ،وان كان العامل الأهم على الإطلاق هو توقيع الجزائر اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي سنة 2002، ومفاوضات المتواصلة بشأن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، وبالفعل أصدر المشرع سنة 2003 الأمر 03-03⁽⁴⁾ المتعلق بالمنافسة، والذي ألغى الأمر 95-06 بصفة كلية.

وقد كشف اقتراح مشروع الأمر 03-03 عن الرغبة في "إعطاء السوق دورها الحقيقي وتكريس طابعها التنافسي"⁽⁵⁾ ؛ وهو ما ظهر من خلال توسيع دائرة الممارسات المنافسة

(1) الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 9 لسنة 1995 (ملغى).

(2) القانون رقم 89-12 المؤرخ في 5 جويلية 1989 يتعلق بالأسعار، ج.ر عدد 29 لسنة 1989 (ملغى).

(3) المادة 27 من القانون 89-12 المتعلق بالأسعار.

(4) الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 لسنة 2003 المعدل والمنتم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 11 لسنة 2008 وبالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر عدد 46 لسنة 2010.

(5) Avant projet de loi relative à la concurrence, Ministère du commerce, Mars 2003.

للمنافسة وفصل قواعد المنافسة عن تلك الخاصة بالممارسات التجارية⁽¹⁾ وتعزيز صلاحيات مجلس المنافسة ومحاولة ضبط العلاقة بينه وبين الهيئات الضابطة القطاعية، وبرز بذلك قانون المنافسة كتشريع يراد منه تجسيد حماية قانونية للسوق من مختلف التجاوزات التي تعرقل السير الطبيعي لقواعد المنافسة؛ والتي قد تحدث بفعل تعدد المؤسسات الناشطة في السوق وطموح كل منها في بلوغ حدّ الهيمنة، ولقد وسع المشرع من دائرة الممارسات المنافسة للمنافسة لتشمل الاتفاقات المنافية للمنافسة والتعسف في وضعيتي الهيمنة والتبعية الاقتصادية وممارسة أسعار مخفضة بشكل تعسفي والممارسات الاستثنائية .

ومع ذلك، فإن قانون المنافسة قد راعى حدود الطموح المشروع المرتبط بعالم الأعمال على غرار قوانين المنافسة في العالم، والتي تجعل الهيمنة مثلاً عملاً مشروعاً؛ كونه يصب في هذا الطموح، إلا أنه قد يتحول عن مشروعيته هذه في حالة ما إذا ارتبط بالتعسف، وهنا يأتي دور قانون المنافسة ليجسد حماية قانونية للسوق نتيجة عدم قدرة هذه الأخيرة على حماية نفسها بنفسها، على عكس ما كان يعتقد الاقتصاديون الكلاسيك .

ذلك أن الحاجة إلى تدخل القاعدة القانونية في السوق، قد ظهرت أساساً على إثر فشل نظرية "اليد الخفية" التي نادى بها آدم سميث، والتي تجعل من السوق كياناً قادراً على حماية نفسه بنفسه، كما تجعل من الحرية المطلقة السبيل الوحيد لتحقيق التوازن في السوق بطريقة طبيعية، ودونما حاجة إلى تدخل القاعدة القانونية لينكشف واقع آخر مفاده " أن الكثير من المنافسة يقتل المنافسة"، وأن السوق بإمكانها أن تتأثر من بعض الممارسات المرتكبة، ما يستدعي وضع قواعد قانونية خاصة لحمايتها.

وبذلك شكلت السوق مفهوماً محورياً ضمن قانون المنافسة، وفرضت أن يتمتع هذا الأخير ببعض المزايا، تجعله قادر على القيام بمهمة حمايتها، فوصف قانون المنافسة بأنه قانون مرن و متطور، وإن كانت درجة هذه المزايا تختلف باختلاف الدول.

و تظهر مرونة قانون المنافسة من خلال صياغة القاعدة القانونية في حد ذاتها صياغة واسعة حتى تستوعب السوق ككيان ديناميكي ومجموع السلوكيات الحاصلة في إطاره، أما عن كونه قانون متطور، فذلك لارتباطه بالنشاط الاقتصادي وبمختلف التطورات التي تحصل على صعيده،

(1) القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 لسنة 2004 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-10 المؤرخ في 25 أوت 2010، ج.ر عدد 46 لسنة 2010.

وباختلاف درجة الحرية الاقتصادية؛ حيث أن التشريعات المتعلقة بالمنافسة عموماً تمتد جذورها إلى أحكام القانون الأمريكي "Sherman Antitrust Act"، الصادر سنة 1890، والذي يعتبر أول نص يتعلق بالمنافسة، إلا أن مختلف التطورات الحاصلة تجعل قواعد المنافسة تتطور في الدولة ذاتها، كما تجعلها تختلف من دولة إلى أخرى وفق اختلاف السياسات الاقتصادية ودرجة النمو، كما يوصف قانون المنافسة أيضاً بأنه قانون غائي؛ كونه يتجاوز حماية السوق كهدف مباشر إلى غاية أكبر هي تحقيق الفعالية الاقتصادية .

هذه الخصائص تجعل من موضوع الحماية القانونية للسوق ضمن قواعد المنافسة موضوعاً جديراً بالدراسة، وذو أهمية بالغة على المستويين النظري والعملي :

- حيث تبرز أهمية الموضوع على المستوى النظري من خلال انتماء قانون المنافسة إلى قانون الأعمال ، هذا الفرع القانوني الذي يكتسب أهمية نظرية هامة ، كونه يتميز باتساع مضمونه وبمنهجية خاصة، جعلته يتجاوز حدود القانون التجاري الذي لم تعد قواعده تستوعب عالم الأعمال، فأثارت بذلك مواضيعه شهية الباحثين وفرضت قواعده الدراسة والتحليل لما تميزت به من خصوصية عن القواعد الكلاسيكية من سرعة ومرونة واحترافية تحقيقاً للفعالية، وعلى رأس هذه القواعد تشكل القواعد الخاصة بحماية السوق التي تضمنها قانون المنافسة أهمية بالغة، كون السوق هي المجال الطبيعي للأعمال هذه الأخيرة تمثل عالماً من الصراع التنافسي من الوارد جداً أن ترتكب فيه العديد من التجاوزات الذي تمس بهذه الأخيرة ، فأهمية الموضوع تظهر من خلال خصوصية هذه الحماية القانونية في استيعاب أشكال هذه التجاوزات التي لا يمكن حصرها، من ناحية، ومراعاة بعض الاعتبارات المتمثلة في عدم تقييد حرية التنافس من ناحية ثانية، كما تظهر أهمية الموضوع أيضاً من خلال كون قواعد حماية السوق تشكل المثال الأبرز للعلاقة بين القانون والاقتصاد، والتي تظهر من خلال تأثير العديد من المفاهيم الاقتصادية في هذه القواعد، وكذا من خلال تأثير تطبيق هذه القواعد بمدى تجسيد مبدأ الحرية الاقتصادية، ورغم أن قواعد المنافسة بشكل عام كانت محل دراسات وبحوث أكاديمية، إلا أن ارتباط هذه القواعد بمجال الأعمال يجعلها ذات طبيعة متجددة ، سواء من خلال التعديلات المتتالية لها، أو من خلال اختلاف القراءات والتفسيرات بشأنها، كما تأتي أهمية الموضوع كذلك من خلال خصوصية الطرح الذي يقوم عليه ، والمتمثل في فصل الرقابة السابقة للسوق عن الرقابة اللاحقة له، بحيث تشكل هذه الأخيرة وحدها قواعد الحماية القانونية.

-أما على المستوى العملي، فتبرز أهمية الموضوع في أن قواعد السوق تشكل محل اهتمام فئات متعددة من الأشخاص، سواء أكانوا باحثين أو متعاملين أو حتى الهيئات المتدخلة لتطبيق هذه القواعد وعلى رأسها مجلس المنافسة وكذا الهيئات القضائية، ما يجعل كل هؤلاء معينين بمختلف الدراسات ذات العلاقة بهذه القواعد، خاصة وأنه يلاحظ على صعيد الواقع قلة الاحتراز بشأن قواعد المنافسة من قبل المؤسسات الناشطة مقارنة بقواعد أخرى، وظهور العديد من التجاوزات في بعض القطاعات كقطاع التجارة الخارجية مثلا من قبيل ظهور وضعيات احتكار واستغلالها تعسفا من خلال إبرام عقود استثنائية أو اقتسام للأسواق، وفي الواقع، تبرز أهمية الموضوع في هذا الوقت بالذات وأكثر من أي وقت مضى، بالنظر إلى الأزمة الاقتصادية الحالية و بروز إرادة لإنعاش المجال الاقتصادي، وما ينتج عنه من تفعيل لمشاركة الخواص الأمر الذي يفعل تطبيق قواعد السوق، ويجعل من الحديث عن هذه القواعد ذو جدوى على الصعيد العملي.

أهمية جعلت المشرع الجزائري يُبدي اهتماما بالغا بشأن قواعد حماية السوق، يظهر من خلال تدخله بغرض إعادة النظر في هذه القواعد -كلما استدعى الأمر ذلك- بما يتماشى والتطورات الحاصلة أو بما يتلاءم ومقتضيات الشراكة الاقتصادية مع المنظمات ذات البعد الدولي أو الإقليمي، هذه التدخلات ظهرت على مستوى القواعد الموضوعية من خلال توسيع نطاق تطبيق قواعد المنافسة كما حدث سنة 2008 بمدّ أحكام قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، وعلى مستوى القواعد الإجرائية عن طريق محاولة تفعيل اختصاص مجلس المنافسة في متابعة الممارسات المنافية للمنافسة، بما يبرز جليا وجود إرادة حقيقة لتفعيل قانون المنافسة، ولكن هل كان لهذا الاهتمام الأثر الكافي في تجسيد فعالية القواعد القانونية لحماية السوق؟ أم أن الاهتمام بتفعيل هذه القواعد يرتبط بمدى فعليتها أي مدى تناسبها مع الواقع ومع ما هو موجود من أحكام ذات أثر على تطبيقها؟

وإذا كان هذا الطرح يمثل إشكالا محوريا، فإن موضوع حماية السوق يثير العديد من الإشكالات أو التساؤلات الفرعية تتمثل فيما يلي:

- كيف تبرز مظاهر تطويع القواعد القانونية المتميزة بالمنطقية والمعيارية حتى تتسجم مع السوق ككيان ديناميكي يصعب احتواؤه ضمن أطر محددة وقادرة على تحقيق مهمة حمايتها؟
- إلى أي مدى ضمن قانون المنافسة مسألة التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة للمؤسسات الناشطة في السوق؟

-هل يمكن القول، في ظل وجود بعض الأحكام التي تبدو أنها تصب في إطار حماية المؤسسات ذات القوة الاقتصادية المتواضعة في السوق إزاء المؤسسات القوية، بأن قانون المنافسة يتجه شيئاً فشيئاً من حماية السوق إلى حماية المؤسسات، وهل من تأثير لذلك على حماية السوق ؟

إن معالجة موضوع الحماية القانونية للسوق ، قد حتم علينا الرجوع إلى أحكام ذات علاقة بفروع قانونية متعددة، سيما قواعد القانون الإداري وقواعد الإجراءات المدنية والإدارية ، وذلك نتيجة امتداد قواعد السوق إلى الأشخاص العمومية والصفقات العمومية ونتيجة تطبيق القواعد العامة بخصوص بعض المسائل الإجرائية، وما يطرحه كل ذلك من إشكالات بسبب عدم إمكان تطبيقها بصفة آلية لعدم انسجامها مع بعض الأحكام ضمن قانون المنافسة، وبسبب ما يكتنف هذه الأخيرة من غموض من جهة ثانية ، كما يظهر موضوع الحماية القانونية للسوق ، باعتبار قانون المنافسة قانوناً اقتصادياً ذو علاقة بعلم الاقتصاد ، وهم ما حتم أيضاً الاستناد إلى العديد من المفاهيم الاقتصادية لتوظيفها ضمن الحدود الضرورية ، وهنا بالذات تكمن الصعوبة في تناول الموضوع .

إن تناول مختلف الأحكام المتعلقة بموضوع دراستنا هذه، قد قادنا إلى توظيف مناهج متعددة وبدرجات متفاوتة، المنهج التحليلي والمنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي؛ إذ اعتمدنا بالأساس المنهج التحليلي الذي يناسب الموضوع، وذلك بخصوص الوقوف على البعد الذي توخاه المشرع من خلال بعض النصوص وبالتالي كيفية تطبيقها، والوقوف على ما يعترئها من نقائص، كما اعتمدنا المنهج الوصفي بخصوص الأحكام المتعلقة بمضمون الممارسات المنافسة للمنافسة وبعض المفاهيم الواردة ضمن الأمر 03-03، أما المنهج الاستقرائي، فيظهر اعتماده من خلال تجميعنا بعض الأحكام للتوصل إلى نتيجة ما وكذا من خلال استقراء تطور بعض القواعد من ناحية الزمن نتيجة إعادة النظر فيها .

ونظراً لقصور الممارسة العملية في تطبيق قواعد الحماية القانونية للسوق في الجزائر، فإننا اعتمدنا، في هذه الدراسة، على اجتهادات هيئات المنافسة الأجنبية، سيما الفرنسية والأوروبية، خاصة في ظل تقارب الأحكام القانونية الخاصة بالمنافسة بشكل عام، على أن يكون ذلك على سبيل الاستتارة دون أن يرقى إلى مستوى المقارنة.

إن معالجة إشكالية البحث المطروحة سابقاً قد فرضت علينا البحث عن مدى متانة الأساس الذي تقوم عليه الحماية القانونية للسوق، الأمر الذي يضمن تطبيقاً فعالاً لها من ناحية،

ثم الحديث عن تجسيد هذه الحماية عن طريق قواعد تحدد الممارسات المسيئة للسوق، وتتصدى لمتابعتها، وهذا ما قادنا إلى اتباع خطة ثنائية من بايين : نتناول في الباب الأول الأساس الذي تقوم عليه هذه الحماية من خلال منطلقاتها ومقوماتها، على أن نخصص الباب الثاني للحديث عن تجسيد هذه الحماية من خلال الممارسات التي تشكل مضمونا لها و من خلال الآليات التي تتحقق بواسطتها، وذلك على النحو التالي :

الباب الأول : أساس الحماية القانونية للسوق.

الباب الثاني : تجسيد الحماية القانونية للسوق.

المباج الأول

أساس الحماية القانونية للسوق

الباب الأول: أساس الحماية القانونية للسوق

من المعلوم أن القاعدة القانونية لا تنطلق من فراغ ، بل تأتي استجابة لمقتضيات معينة وتحققا لغايات محددة ، وحتى تحقق هذه القاعدة الأهداف المرجوة منها ينبغي أن يراعى عند وضعها ضرورة امتدادها ضمن مجال واسع يسمح باستيعاب كل الوضعيات المحتملة.

إن وضع التشريع المتعلق بالمنافسة، قد كان على إثر انتهاج حرية التجارة والصناعة ؛ والتي تعد حرية المنافسة جزءا لا يتجزأ منها ؛ذلك أن تعدد القائمين بالنشاط الاقتصادي الواحد من شأنه أن يسفر عن جنوح المنافسة عن مسارها الطبيعي والمشروع ، وتبعاً لذلك ، فإن ممارسة الحرية الاقتصادية لا بد أن تخضع لضوابط معينة تجدد مبرراتها ضمن مقتضيات " النظام العام الاقتصادي" .

غير أن وجود تراجع في مبادئ الحرية الاقتصادية ، من شأنه أن يؤثر على قواعد حماية السوق؛ التي تصبح نومدلول افتراضي وليس واقعي، كما أن النظام العام الاقتصادي الذي تنتمي إليه قواعد المنافسة لا يزال مدلوله في طور التكوين ويطرح العديد من التساؤلات بخصوصه ، هذا فضلا عن ضرورة مراعاته عدم مساس قواعد هجرية الخواص في ممارسة الأنشطة الاقتصادية ، حيث تصبح المسألة هي مسألة توازن بين مصلحة عامة ومصالح خاصة.

ومن ناحية ثانية، فإن طبيعة النشاط الاقتصادي وحركية السوق، قد فرضت تبني معيار مادي لتطبيق قانون المنافسة ، حيث يشكل هذا المعيار مقوما من مقومات حماية السوق؛ إذ ينتج عنه مد مجالها إلى كل الوضعيات التي يتوافر فيها نشاط اقتصادي بغض النظر عن طبيعة القائم به ؛ أي حتى لو كان من الأشخاص العمومية.

ومع ذلك، فإن تطبيق هذا المعيار يصطدم ببعض الاعتبارات المتعلقة بالسلطة العمومية والمرفق العام؛ حيث ينتج عنها تقييده أو إفراز إشكالات في تطبيقه تحتاج إلى حلول قانونية لم تستوعبها النصوص الواردة ضمن قانون المنافسة.

وتبعاً لذلك سوف نقوم ، من خلال هذا الباب الأول ، بالتطرق لمختلف هذه الأحكام من خلال فصلين متتاليين ؛ حيث نتناول في الفصل الأول منطلقات الحماية القانونية للسوق على أن نخصص الفصل الثاني من هذا الباب للحديث عن مقومات الحماية القانونية للسوق، والتي نتلخص في معيار النشاط الاقتصادي.

الفصل الأول : منطلقات الحماية القانونية للسوق

إن البحث في منطلقات الحماية القانونية للسوق، يهدف إلى إيجاد تأصيل لقواعد هذه الحماية، وذلك من خلال إيجاد أساس لها ، أو بعبارة أخرى الوقوف على السياق الذي ظهرت فيه هذه القواعد.

ورغم أن قواعد حماية السوق، ينظر إليها كقواعد مستقلة عن غيرها، تتميز بخصوصيتها إلا أن شمول خطابها كل مجالات النشاط الاقتصادي، يجعلها تتأثر بالأحكام الأخرى من ناحية اتساع أو ضيق مجال تطبيقها ؛ أو بعبارة أخرى كلما زاد كمّ الأحكام التي تقرر الحرية الاقتصادية، كلما اتسع مجال تطبيقها، والعكس صحيح.

هذا البعد الاقتصادي لقانون المنافسة جعل قواعده تحتل مكانة هامة ضمن قواعد النظام العام الاقتصادي ، بل أبعد من ذلك ، فإن التساؤل أصبح يدور حول مدى إمكان أن تشكل قواعد المنافسة نظاما قائما بذاته ضمن فكرة النظام العام الاقتصادي.

وتبعا لذلك، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مبدأ حرية التجارة والصناعة، باعتباره المعبر عن الحرية الاقتصادية وبما يحتويه من مبادئ فرعية ذات علاقة بموضوع الدراسة، على أن نخصص المبحث الثاني للحديث عن النظام العام الاقتصادي كفكرة انبثقت أساسا ، لخصوصيتها ، عن فكرة النظام العام الكلاسيكي.

المبحث الأول : مبدأ حرية التجارة والصناعة

تتشترك القواعد الخاصة بحماية السوق على مستوى قوانين المنافسة بصفة عامة في السياق الذي نشأت في إطاره، وهو الحرية الاقتصادية، والتي يوطرها مبدأ حرية التجارة والصناعة، ومع ذلك، فإن اختلاف درجات النمو من دولة إلى أخرى، واختلاف الأوضاع السياسية والاجتماعية تؤدي إلى بروز اختلافات في السياسات الاقتصادية المتبعة ، بل وتغيير في السياسة الاقتصادية المنتهجة في الدولة ذاتها بتغيير هذه الأوضاع.

وفي الواقع ، فإن مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر لم يتم اعتماده دفعة واحدة ، بل شهد مراحل عدة برز فيها المبدأ من خلال بعض النصوص قبل أن يتم تكريسه دستوريا سنة 1996، تكريس، في الواقع، لم يكسبه الحصانة إزاء الحد من المجال الذي يمارس فيه (المطلب الأول)، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن مكانة المبدأ خاصة على إثر تدخل المؤسس الدستوري

لتعزيز الضمان المتعلق به (المطلب الثاني)، أما بخصوص تطبيق المبدأ في مجال حماية السوق، فهو يظهر من خلال المبادئ المتفرعة عنه وذات العلاقة المباشرة بقواعد السوق (المطلب الثالث).

المطلب الأول : إرساء مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر

تم تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة⁽¹⁾⁽²⁾ في الجزائر بموجب المادة 37 من التعديل الدستوري لسنة 1996، غير أن هذا التكريس الدستوري لا يعد الإرساء الفعلي لمبدأ حرية التجارة والصناعة ضمن النظام القانوني الجزائري؛ إذ تبنت العديد من النصوص القانونية مبدأ حرية التجارة والصناعة قبل تكريسه بصفة دستورية، وذلك في الفترة من بداية التسعينات إلى غاية سنة 1996، أما الفترة التي تلت الاستقلال مباشرة، فقد تميزت بالغموض إزاء اعتماد مبدأ حرية التجارة والصناعة، تطبيقاً لإعلان استمرار العمل بالقوانين الفرنسية، ويمكن، في إطار إرساء مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، التمييز بين مراحل ثلاث: مرحلة إنكار المبدأ (فرع أول) ومرحلة الاعتراف الضمني به (فرع ثان)، ومرحلة التكريس الدستوري له (فرع ثالث).

الفرع الأول: مرحلة إنكار مبدأ حرية التجارة والصناعة

حققت الثورة الفرنسية لسنة 1789 نتائج هامة في تكريس مبادئ حقوق الإنسان والحرية الشخصية، التي أخذت من الناحية الاقتصادية مظهرها تجسد في حرية التجارة والصناعة، بالثورة على الأسلوب الإقطاعي ونفوذ الأقلية عن طريق فسخ المجال للمبادرة الفردية؛ لذلك يتم النظر إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة بأنه متمخض عن الثورة الفرنسية.

ومع ذلك، فهناك من يذهب إلى أن مبادئ الثورة الفرنسية الثلاث (أخوة، حرية، مساواة) قد لاقت صدى عميقاً نظراً "لمساعدة المناخ الاجتماعي الذي سادته النقد الفلسفي وسيادة الأفكار المشجعة على حرية المنافسة وترقيتها وتأسيس المدرسة الكلاسيكية بزعامة "آدم سميث"؛ التي اعتبرت النواة الأولى للنظام الرأسمالي"⁽³⁾.

(1) تم تعويض مصطلح التجارة والصناعة ضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 بمصطلح "الاستثمار والتجارة" وأثرنا اعتماد مصطلح "التجارة والصناعة" لاستقرار هذه التسمية ورواجها ضمن الفقه القانوني.

(2) حيث تم اعتماد المصطلح الجديد بموجب المادة 43 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 لسنة 2016.

(3) عبد الله ساقور، الاقتصاد السياسي، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 100.

كما لم يتنكر الاقتصاد الإسلامي للحرية الاقتصادية، واعتبرها موقفاً مبدئياً له، من خلال الاعتراف بدور السوق وحق ممارسة الأنشطة التجارية فيها، وهو ما يجعل مبدأ حرية التجارة والصناعة من خلال ما يحمله من مضمون معبر عن الحرية الفردية في المجال الاقتصادي يمتد إلى أبعد من الثورة الفرنسية.

ومع ذلك، فإن الحديث عن مبدأ حرية التجارة والصناعة من ناحية وجوده القانوني يعود إلى أعقاب الثورة الفرنسية، وتحديداً إلى سنة 1791 بصدور مرسوم Allarde في 2-17 مارس 1791؛ حيث جاء في نصوصه بأنه: "ابتداءً من الفاتح أبريل المقبل، يكون لكل شخص الحرية في ممارسة أي تجارة أو أي مهنة أو حرفة يراها"⁽¹⁾.

وبالتزامن مع هذا النص، صدر قانون Le chapelier في 14-17 جوان 1791؛ والذي أكد على أن محاربة كل أشكال التجمع لأشخاص يمارسون ذات المهنة أو الحرفة، يعد من القواعد الأساسية للدستور الفرنسي⁽²⁾.

ورغم أن الدستور الفرنسي لسنة 1958⁽³⁾ لم يشر بصفة صريحة إلى هذا المبدأ، إلا أن استقراره ضمن النظام القانوني الفرنسي قد تم الإجماع عليه، استناداً إلى إحالة دستور 1958 فيما يتعلق بحقوق وحرقات المواطن إلى إعلان الحقوق الصادر في 26 أوت 1789⁽⁴⁾، والذي أعطى مفهوماً واسعاً للحرية في كونها القدرة على فعل كل ما لا يضر الغير، كما اعتبر نص المادة الثانية منه حق الملكية من حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم.

ولقد كان لقرارات مجلس الدولة الفرنسي الدور الكبير في ترسيخ مبدأ حرية التجارة والصناعة، على غرار القرار الشهير Daudignac الصادر في 22 جوان 1921؛ إذ أكد من خلاله مجلس الدولة الفرنسي على أن: "الإدارة لا يمكنها أن تنتهك مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي يضمنه القانون"⁽⁵⁾.

(1) Frédéric Ingelaere, Droit public économique, Ellipses, Paris, 2007, p34.

(2) Pierre Delvolvé, Droit public de l'économie, DALLOZ, Paris, 1998, p107.

(3) Disponible sur site : www.conseil-constitutionnel.fr.

(4) المادتان الثانية (02) والرابعة (04) من إعلان الحقوق الصادر في 26 أوت 1789 والملحق بالدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل والمتمم.

(5) Frédéric Ingelaere, op.cit, p34.

أما عن ممارسة مبدأ حرية التجارة والصناعة، باعتباره من الحريات العامة، فتتم في ضوء التشريع، ولقد أحالت المادة 34 من دستور 1958 الفرنسي على التشريع دور تحديد القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة. وإذا كان مبدأ حرية التجارة والصناعة، قد طبق في الجزائر خلال الفترة الاستعمارية، فإن استمرار تواجده -في ظل الدولة الجزائرية- بعد ذلك قد أثار العديد من التساؤلات.

حيث أدى انسجام بعض الأحكام القانونية ضمن التشريع الجزائري مع مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة في تكريسه للحرية الفردية إلى القول بأن أحكام قانون 1791 قد اندمجت ضمن التشريع الجزائري، ومن قبيل هذه الأحكام، تلك التي تعترف بالملكية الخاصة وبحرية العمل وحرية التعاقد... إلخ، والتي يمكن اعتبارها اعترافاً ضمناً من المشرع بحرية التجارة والصناعة⁽¹⁾.

غير أن تتبع مسار نشأة وتطور مبدأ حرية التجارة والصناعة، يكشف ارتباطه بسياق معين يكرس الحرية الفردية التي تتادي بها المبادئ الليبرالية، ولا يمكن بالتالي إسقاطه على نظام يتميز بنظرية اقتصادية بدأت ملامحها قبل الاستقلال ترى في الحريات الفردية مظهراً من مظاهر استغلال الإنسان للإنسان، ما أدى إلى اعتبار مبدأ حرية التجارة والصناعة ذو وجود شكلي افتراضي لعدم إمكان إسقاطه على الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي في الجزائر⁽²⁾، وما نتج عنه من تقييد للمؤسسات الخاصة في مباشرة الأنشطة الاقتصادية، واعتبار حرية التجارة والصناعة حرية مشروطة⁽³⁾.

وفي الواقع، فإن هشاشة الرأي القائل بوجود مبدأ حرية التجارة والصناعة بعد الاستقلال تتكشف بالنظر إلى معطيات دستورية عطلت تطبيقه، وظروف واقعية أدت إلى انحساره.

فعلى الصعيد الدستوري، فإن دستور 1963⁽⁴⁾، قد أفصح عن الرغبة في تشييد ديمقراطية اشتراكية ومقاومة استغلال الإنسان في جميع أشكاله⁽⁵⁾، إضافة إلى عدم إشارته إلى أي مبدأ من

(1) محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2004-2005، ص39.

(2) «En porte à faux avec l'ordre social existant » : Mustapha Menouar, Droit de la concurrence, Berti, Alger, 2013, p 35

(3) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص39.

(4) الدستور الجزائري الصادر في 08 سبتمبر، 1963 متاح على الموقع : www.constitutionnet.org

(5) المادة العاشرة من دستور 1963.

مبادئ الحرية الاقتصادية ، وعليه يكون الإجماع حاصلًا على أن الاشتراكية تعد مظهرًا من مظاهر السيادة الوطنية⁽¹⁾.

وإذا سلمنا بذلك، فإنه يمكن القول بأن أحكام قانون 31 ديسمبر 1962 لم تجد تطبيقًا لها في الواقع، نتيجة استثنائها الأحكام التي تتعارض مع السيادة الوطنية، وتقييدها للقاضي والإدارة بمناسبة تطبيقهما لأي نص فرنسي بالحرص على عدم مساس هذا الأخير بالسيادة الداخلية أو الخارجية وبالممارسات الطبيعية للديمقراطية...⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك، فقد تم اعتبار بنود برنامج طرابلس، التي تم إدراجها ضمن الجريدة الرسمية لـ 26 أكتوبر 1962 غير منسجمة مع مبدأ حرية التجارة والصناعة ؛ كونها تنص صراحة على موقفها المعادي للهيمنة الأجنبية والليبرالية الاقتصادية.

أما على صعيد الواقع، فإن عدم استكمال البناء المؤسسي والتشريعي، قد أدى إلى عدم السماح بتجسيد بعض الأحكام ذات الطابع البراغماتي، إن صحَّ التعبير، والتي تهدف إلى الحصول على بعض رؤوس الأموال، فعلى سبيل المثال فإن قانون الاستثمارات لسنة 1963⁽³⁾، ورغم بعض الامتيازات التي جاء بها لفائدة الاستثمار الأجنبي إلا أنه لم يعرف تطبيقًا في الواقع.

وما لبث أن كرس قانون الاستثمارات لسنة 1966 نظام الرخصة المسبقة بالنسبة للاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية⁽⁴⁾.

وهكذا وصفا قانوني الاستثمارات لسنتي 1963 و1966 بتهميش القطاع الخاص، وحصرا إمكانية الحصول على رؤوس أموال أجنبية في المشاركة بأقلية الأسهم في رأس مال شركات الاقتصاد المختلط، التي يتم إنشاؤها بالشراكة مع المؤسسات العمومية الجزائرية⁽⁵⁾.

وهو ما أدى إلى تقزيم مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر بعد الاستقلال، وحتى مختلف النصوص التي جاءت منتصف الستينات وبداية السبعينات إلى أواخر الثمانينات، كلها قد

⁽¹⁾Zouiten Abderrezak, L'investissement en droit algérien, thèse de Doctorat en sciences, Faculté de droit, Université des frères Mentouri, Constantine, 2014-2015, p19.

⁽²⁾Loi n°62-157 du 31 Décembre 1962, tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 Décembre 1962, J.O.R.A n° 02 du 1962, Art 1 et 2.

⁽³⁾Loi n°63-277 du 26 Décembre 1963, portant code des investissements, J.O.R.A n° 53, du 1963.

⁽⁴⁾المادة الرابعة من الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، ج.ر عدد 80 لسنة 1966.

⁽⁵⁾Zouiten Abderrezak, thèse prec, p 20-21.

تماشت مع الخيار الاشتراكي، ومع الفكر الأحادي في المجال السياسي ؛ إذ تميزت هذه المرحلة باتخاذ العديد من الإجراءات والسياسات على رأسها سياسة التأميم واعتماد التخطيط، وهي سياسات لا تتسجم مع مبدأ حرية التجارة والصناعة.

كما كرست هذه النصوص احتكار الدولة للأنشطة الإستراتيجية، كالكهرباء والغاز⁽¹⁾ والبريد والمواصلات⁽²⁾ والتجارة الخارجية⁽³⁾.

وتوالت القيود الواردة على ممارسة النشاط الاستثماري، رغم صدور نصوص جديدة تتعلق بالاستثمار؛ حيث اشترط القانون 82-11⁽⁴⁾ الحصول على اعتماد مسبق إجباري قبل إنجاز أي مشروع استثمار بقصد الإنشاء أو التوسيعات الجديدة كما ورد في نص المادة 13 منه، بالإضافة إلى ربط مشاريع الاستثمارات الخاصة في إطار الأهداف والأولويات المحددة في المخططات الإنمائية الوطنية⁽⁵⁾.

ووفق ما اقتضته التوجهات الإيديولوجية وقف المشرع الجزائري من مبدأ حرية التجارة والصناعة موقفا معاديا أدى إلى تواضع مشاركة القطاع الخاص في الحياة الاقتصادية واحتكار المؤسسات العمومية للأنشطة الإستراتيجية وانعدام الحوافز للاستثمار في الأنشطة الثانوية، ليتم بعد ذلك الدخول في مرحلة جديدة، عبرت فيها بعض النصوص عن مبدأ حرية التجارة والصناعة.

الفرع الثاني : مرحلة الاعتراف الضمني بمبدأ حرية التجارة والصناعة

يظهر الاعتراف الضمني بمبدأ حرية التجارة والصناعة من خلال مجموع النصوص التي أقرت بعض الحرية الاقتصادية وفسحت المجال أمام المبادرة الخاصة ولو بصفة جزئية، فبعد القوانين الخاصة بالإصلاحات الاقتصادية لسنة 1988⁽⁶⁾ صدر في أكتوبر 1988 المرسوم رقم

(1) الأمر رقم 69-59 المؤرخ في 28 جويلية 1969، يتضمن حل مؤسسة كهرباء وغاز الجزائر وإحداث الشركة الوطنية للكهرباء والغاز، ج.ر عدد 65 لسنة 1969.

(2) الأمر رقم 75-89 المؤرخ في 30 ديسمبر 1975، يتضمن قانون البريد والمواصلات، ج.ر عدد 29 لسنة 1976.

(3) القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 جويلية 1988، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر عدد 29 لسنة 1988.

(4) القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982، يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج.ر عدد 34 لسنة 1982.

(5) المادة الرابعة من القانون 82-11.

(6) - القانون رقم 88-01، سبقت الإشارة إليه.

- القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 جانفي، يتعلق بالتخطيط، ج.ر عدد 02 لسنة 1988.

- القانون رقم 88-03 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتعلق بصناديق المساهمة، ج.ر عدد 02 لسنة 1988

- القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يعدل ويتم الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية.

= - القانون رقم 88-05 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يعدل ويتم القانون رقم 84-17 والمتعلق بقوانين المالية، ج.ر عدد 02 لسنة 1988.

88-201⁽¹⁾ الذي تضمن مادة وحيدة جاء فيها بأنه : "تلغى صراحة الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، التفرّد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار تسويق منتجات أو خدمات، وذلك ما لم تكن هناك أحكام تشريعية مخالفة".

ولقد صدر هذا المرسوم أياما قليلة بعد أحداث أكتوبر 1988 التي عبرت عن غضب الجهة الاجتماعية إزاء تدني مستوى المعيشة، فمثل هذا النص رد فعل سريع من السلطة لتطمين الشعب بوجود إرادة لإصلاح الأوضاع.

ومع ذلك، فإن القيمة القانونية لهذا النص لم تبلغ تحقيق الهدف المبتغى وراء تلك الأحداث، خاصة وأن مختلف الأنشطة الاحتكارية، سيما الإستراتيجية منها، كانت منظمة بموجب نصوص تشريعية -كما سبقت الإشارة إليه- ما جعل تطبيق هذا النص ينحصر ضمن مجال ضيق كالاستثمار في مجال العيادات الخاصة⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن مظاهر النظام الاشتراكي الذي حمله دستور 1970، قد أدى إلى التناقض بين مسعى هذه الأحكام وبين النص الأساسي للدولة⁽³⁾.

وهو ما عجل بميلاد دستور 1989 بروح تعددية لتجسيد القطيعة مع النظام السابق.

ولم يكرس دستور 1989 مبدأ حرية التجارة والصناعة، غير أنه تضمن بعض الأحكام التي تتسجم مع المبادرة الفردية ؛ حيث وخلافا لدستور 1976 الذي ينص على الملكية العمومية بصفة مطلقة، ميّز دستور 1989 بين الأملاك العمومية والأملاك الخاصة التابعة للدولة، هذه الأخيرة التي يمكن أن تكون موضوع ملكية خاصة.

وانسجاما مع هذه الأحكام الدستورية ، صدر القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ؛ والذي يعد تطورا تشريعيا هاما في إطار تجسيد مبدأ المبادرة الخاصة⁽⁴⁾.

- القانون رقم 88-06 المؤرخ في 12 جانفي 1988 يعدل ويتم القانون رقم 86-12 المتعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر عدد 02 لسنة 1988.

⁽¹⁾ المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرّد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج.ر عدد 42 لسنة 1988.

⁽²⁾ المرسوم رقم 88-204 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج ر عدد 42 لسنة 1988.

⁽³⁾ Rachid Zouaïmia, Droit de la régulation économique, Berté, Alger, 2006, p8.

⁽⁴⁾ القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر عدد 52 لسنة 1990.

وفي السياق ذاته، صدر قانون النقد والقرض رقم 90-10 ؛ والذي نص صراحة على إمكان الترخيص بإنشاء البنوك والمؤسسات المالية جزائرية أو أجنبية⁽¹⁾.

كما صدر سنة 1993 المرسوم التشريعي 93-12 الخاص بالاستثمارات، مترجما لإرادة المشرع الجزائري في جذب رؤوس الأموال الأجنبية ؛ حيث كرس مبدأ المساواة بين المستثمرين المحليين والأجانب، وتضمن العديد من الحوافز الضريبية والجمركية⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك ، فإن الأحكام الجديدة التي تضمنها قانون المالية التكميلي لسنة 1994 فيما يتعلق بالمؤسسة العمومية الاقتصادية تعد تدعيما لمبدأ حرية التجارة والصناعة كونها اتجهت في سياق تجسيد الخصوصية وانسحاب الدولة من النشاط الاقتصادي؛ حيث فتح النص المجال للمؤسسات العمومية للتنازل عن أصولها للأشخاص الطبيعيين والمعنويين من القطاع الخاص، وكذا الحق في فتح رأسمالها لمؤسسات القطاع الخاص⁽³⁾.

غير أن أهم ما ميز هذه المرحلة من مراحل إرساء مبدأ حرية التجارة والصناعة هو صدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ، وذلك لكونه النص الأكثر جرأة على الإطلاق في التعبير عن الحرية الاقتصادية بما حمله من مبدأي حرية المنافسة وحرية الأسعار ، فأعُتِبَ بمثابة الاعتراف الضمني بمبدأ حرية التجارة والصناعة قبل تكريسه بصفة دستورية .

ومع ذلك ورغم هذه النصوص، فلم تشهد هذه الفترة ، على صعيد الواقع، تغييرا ملموسا في المجال الاقتصادي سيما من ناحية النشاط الاستثماري، وذلك بسبب اضطراب الوضع الأمني الذي ميز تلك الفترة .

ومع ذلك لم يتم التراجع عن خيار السير نحو مبادئ الحرية الاقتصادية وتجسيدها من خلال النصوص الدستورية والتشريعية.

الفرع الثالث : مرحلة التكريس الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة

كرس دستور 1996 صراحة مبدأ حرية التجارة والصناعة بموجب المادة 37 بنصها على أن: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

(1) المادة 45 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض.

(2) المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمارات، ج.ر عدد 64 لسنة 1993.

(3) انظر المادتين 24 و25 من المرسوم التشريعي رقم 94-08 المؤرخ في 26 ماي 1994 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج ر عدد 33 لسنة 1994.

ويستمد التكريس الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة قيمته من كون الدستور يمثل القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

وإذا كانت الفترة التالية لدستور 1996 لم تشهد انتعاشا اقتصاديا ملموسا، إلا أن بداية الألفية الثالثة، قد شهدت بداية التكريس الفعلي لمبدأ حرية التجارة والصناعة، خاصة مع فتح بعض المرافق الشبكاتية للمنافسة، والتي كانت محتكرة بصفة كاملة من قبل الدولة.

حيث تم في هذا السياق، فتح قطاع الكهرباء والغاز⁽¹⁾ وقطاع الاتصالات⁽²⁾ وقطاع المناجم⁽³⁾ وقطاع المحروقات⁽⁴⁾، وتحرير قطاع التجارة الخارجية⁽⁵⁾... إلخ.

وشهدت هذه الفترة -في الواقع- انتعاشا من الناحية الاقتصادية وبروز مساهمة الخواص في الحياة الاقتصادية، خاصة في مجالات التجارة الخارجية، والاستثمار في مجال المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي شهدت انتشارا ملفتا للانتباه، سيما في إطار برنامج الدعم الموجه لفئة الشباب، كما ساعد استقرار الوضع الأمني على دفع عجلة الاقتصاد عموما.

ومع ذلك، فإن حصيلة قرابة ثلاثين سنة من التوجه نحو الحرية الاقتصادية تبدو ضئيلة تماما وليست في مستوى الطموح المراد تحقيقه، فرغم وجود مجموعة من النصوص التي حملت مبدأ حرية التجارة والصناعة، إلا أن هذه النصوص قد حملت من ناحية ثانية مجموعة من القيود يبلغ مداها أحيانا درجة تجعل من مسألة وجوده أمرا افتراضيا لا واقعا، هذا بالإضافة إلى عدم تغيير السياسة الاقتصادية للدولة في استمرار الاعتماد على الربيع النفطية، ما يجعلنا نتساءل عن مكانة مبدأ حرية التجارة والصناعة من خلال ما يحده من قيود، وأيضا من خلال قيمته القانونية، بعدما تدخل المؤسس الدستوري من جديد سنة 2016 ليعطي نفسا جديدا للمبدأ.

المطلب الثاني : مكانة مبدأ حرية التجارة والصناعة

يتعرض مبدأ حرية التجارة والصناعة للعديد من القيود، التي تجد أساسها ضمن اعتبارات شتى، كما يحد من هذا المبدأ، استمرار احتكار الدولة لبعض الأنشطة الاقتصادية احتكارا تاما أو

(1) القانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر عدد 08 لسنة 2002.

(2) القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 48 لسنة 2000.

(3) القانون رقم 10-01 المؤرخ في 3 جويلية 2001، يتضمن قانون المناجم، ج.ر عدد 35 لسنة 2001.

(4) القانون رقم 07-05 المؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 لسنة 2005.

(5) الأمر رقم 04-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج.ر عدد 43 لسنة 2003.

جزئياً (فرع أول) ، وإذا كان المؤسس الدستوري، قد تدخل سنة 2016 لتفعيل هذا المبدأ من خلال تعديل نص المادة 37، فكيف يمكن قراءة هذا التعديل الدستوري ؟ وما هي انعكاساته المحتملة على مبدأ حرية التجارة والصناعة ؟ (فرع ثان).

الفرع الأول : حدود مبدأ حرية التجارة والصناعة والقيود الواردة عليه

لم يتم إطلاق مبدأ حرية التجارة والصناعة من خلال نص المادة 37 من دستور 1996 المعدلة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016⁽¹⁾، بل استعمل المؤسس الدستوري عبارة "وتمارس في إطار القانون" والتي تجد مجالاً واسعاً من ناحية تطبيقها ؛ إذ يمكن أن تتدخل السلطة التشريعية والتنفيذية على حدّ سواء في تحديد النطاق الذي تمارس فيه حرية التجارة والصناعة.

ومن بين الاعتبارات التي بإمكانها أن تشكل أساساً للحد من مبدأ حرية التجارة والصناعة، تلك المتعلقة بالاحتكارات الطبيعية وتلك الخاصة بالأنشطة المقننة .

لقد ورد ضمن الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة(الملغى) وصفا للاحتكارات الطبيعية بأنها " حالات السوق أو النشاط التي تتميز بوجود عون اقتصادي واحد يستغل هذا السوق أو قطاع نشاط معين"⁽²⁾، حيث تظهر الاحتكارات الطبيعية أساساً بفعل إنشاء شبكات وبنية أساسية مرتفعة التكلفة، لاستغلال المورد الطبيعي ؛ بحيث يصعب وجود متعامل آخر يقوم بإنشاء بنية أساسية أخرى بنفس التكلفة المرتفعة⁽³⁾.

فالاحتكارات الطبيعية يكون منشؤها واقعيًا، أدت إليه ظروف أو طبيعة الخدمة أو السلعة، ولم تنشأ بفعل ممارسات غير مشروعة، وإنما نشأت بفعل القانون وتستمد مشروعيتها منه، لذلك فإنه يكون من المقبول أن تبقى هذه الأنشطة بعيدة عن مقتضيات المنافسة وتشكل بذلك قيوداً على مبدأ حرية التجارة والصناعة.

(1) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 لسنة 2016.

(2) الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من الأمر 95-06.

(3) أميرة عبد الغفار محمد أبو زيد، الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الاحتكارية، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، جانفي 2010، ص 290.

ومع ذلك، فإن مختلف التطورات التكنولوجية التي ظهرت منذ نهاية القرن العشرين قد أثرت على الاختكارات الطبيعية وغيرت النظرة بشأنها، وأدت إلى القبول بفكرة مفادها أن هذه الاختكارات الطبيعية لم تعد بمنأى عن المنافسة⁽¹⁾.

وإذا كانت مجموع الدول المتقدمة، قد اتجهت إلى تفكيك الاختكارات الطبيعية وخصصتها، فإن الدول النامية، على وجه الخصوص، قد تعاملت بنوع من الحذر إزاء خصصة هذه القطاعات، كون قرار الخصصة من أخطر القرارات التي قد يواجهها صناع القرار سيما بخصوص هذه القطاعات التي تمثل مرافق عامة ضرورية بالنسبة للمستهلك⁽²⁾، وهو ما أدى إلى مواصلة احتكار الدول ولو بصفة جزئية- بعض القطاعات رغم فتحها للمنافسة.

وبخصوص الجزائر فإنه يلاحظ جليا عدم تخلي الدولة عن الاختكارات الطبيعية بخصوص القطاعات الاستراتيجية، حتى تلك التي تم فتحها للمنافسة؛ حيث يمكننا في هذا السياق أن نعطي مثلا بارزا عن مرفق الكهرباء و الذي تم فتحه على المنافسة منذ سنة 2002، ولكن فيما يخص الإنتاج فحسب عن طريق بناء واستغلال المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء، في حين يبقى المتعامل التاريخي العمومي سونلغاز يمارس احتكارا طبيعيا في مجال نقل الكهرباء والغاز في السوق الداخلية⁽³⁾.

وإذا كان استمرار تدخل الدولة بخصوص الاختكارات الطبيعية يندرج في سياق ضمان الخدمة العمومية، فإنه وفي حالات عديدة من الممكن جدا أن تكون خصصة هذه الاختكارات أمرا أكثر جدوى، حيث تطرح مسألة تفكيك هذه الاختكارات نفسها بإلحاح مع حصول أزمات تزويد المستهلكين، وإذا واصلنا مع قطاع الكهرباء، فإن أزمة الانقطاع في الكهرباء التي حدثت صيف 2012 مثلا قد دفعت إلى الحديث عن ضرورة فتح سوق نقل الكهرباء.

أما بخصوص الأنشطة المقتنة، فلقد أشارت إليها صراحة المادة الثالثة من القانون رقم 09-16 المتعلق بالاستثمار⁽⁴⁾ بقولها: "تتجز الاستثمارات...في ظل احترام القوانين والتنظيمات، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقتنة...".

(1) نص التعليق الصادر عن لجنة التجارة الفيدرالية (الولايات المتحدة الأمريكية) المؤرخ في 1989/09/09، مشار إليه في: أميرة عبد الغفار، المرجع السابق، ص293.

(2) المرجع نفسه، ص293.

(3) المادة السادسة من القانون 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

(4) القانون رقم 09-16 المؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 لسنة 2016.

و لقد أوردت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 97-40⁽¹⁾ مفهوماً للأنشطة والمهن المقننة بقولها : "يعتبر في مفهوم هذا المرسوم، كمنشأ أو مهنة مقننة، كل نشاط أو مهنة، يخضعان للقيود في السجل التجاري، ويستوجبان بطبيعتهما وبمحتواهما وبمضمونهما، وبالوسائل الموضوعية حيّز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منهما".

وفي الواقع، فإن تقنين بعض الأنشطة أو المهن، يستند إلى اعتبارات عدة عبرت عنها المادة الثالثة من المرسوم السابق بوجود انشغالات أو مصالح أساسية تكون ذات علاقة بالنظام العام، أمن الممتلكات والأشخاص، حماية الصحة العمومية، حماية الخلق والآداب، حماية حقوق الخواص ومصالحهم المشروعة، حماية الثروات الطبيعية والممتلكات العمومية التي تُكون الثروة الوطنية، احترام البيئة والمناطق والمواقع المحمية والإطار المعيشي للسكان، حماية الاقتصاد الوطني.

ولقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 97-39⁽²⁾ المعدل والمتمم المتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري قائمة هذه الأنشطة، والتي تمس شتى المجالات كقطاع الخدمات (الوساطة العقارية، مؤسسات تعليم اللغات، النوادي الرياضية المحترفة، نقل الأشخاص... إلخ) وقطاع التجارة بالتجزئة (التجارة بالتجزئة لأنواع التبغ والجراند، السيارات القديمة... إلخ) وقطاع الاستيراد والتصدير (التجهيزات الحساسة الخاصة بالطرق، المعدات، قطع الغيار... إلخ).

وإذا كانت هذه الضوابط، تبدو مقبولة، وتجد أساسها ضمن مقتضيات مشروعة، إلا أن هناك العديد من القيود التي من شأنها أن تؤدي إلى تراجع بخصوص مبدأ التجارة والصناعة، ومنها القيود الواردة على حرية الاستثمار الأجنبي بصفة أساسية.

حيث، ورغم أن قانون الاستثمارات السابق لسنة 2001⁽³⁾ قد عزز مبدأ حرية الاستثمارات، إلا أن القيود التي تضمنها قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على وجه الخصوص، قد طرحت العديد من الشكوك حول ما تبقى من مبدأ حرية الاستثمار الأجنبي.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 جانفي 1997، يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري وتأطيرها، ج.ر عدد 5 لسنة 1997.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 97-39 المؤرخ في 18 جانفي 1997، يتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، ج.ر عدد 5 لسنة 1997.

(3) الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 47 لسنة 2001 المعدل والمتمم بالأمر رقم 08-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج.ر عدد 47 لسنة 2006.

إذ وصف قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بالمقيد للاستثمارات الأجنبية، وتتمثل أهم القيود التي حملها هذا النص في الشراكة الإجبارية مع الشريك الجزائري بنسبة 51% على الأقل، وكذا خضوع الاستثمارات الأجنبية لبعض الإجراءات الإدارية قبل إنجازها، والمتمثلة في التصريح المسبق لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار قبل إنجاز المشروع الاقتصادي لإنتاج السلع والخدمات، وكذا وجوب الدراسة المسبقة لمشاريع الاستثمار لدى المجلس الوطني للاستثمار⁽¹⁾.

كما أضاف قانون المالية التكميلي لسنة 2010، حق الشفاعة لفائدة الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽²⁾.

وإن كان قانون المالية لسنة 2014، قد اتجه إلى التخفيف نوعا ما من حدة هذه القيود عن طريق قصره الدراسة المسبقة على المشاريع المستفيدة من المزايا، فيما أعفى المشاريع الأخرى من هذه الدراسة⁽³⁾.

وهو الاتجاه الذي نلمسه أيضا من خلال قانون المالية لسنة 2016، الذي فتح المجال للتمويل الخارجي في حال الاستثمارات الإستراتيجية، ووفق دراسة تتم حالة بحالة، مع الإبقاء على شرط التمويل المحلي كأصل⁽⁴⁾.

وعموما ، فإن العديد من القيود لا تزال عائقا أمام الاستثمارات ، وطنية كانت أم أجنبية، وحتى قانون الاستثمار الجديد لسنة 2016⁽⁵⁾ لم يأت بجديد على مستوى القاعدة 49-51؛ التي ورغم عدم إدراجها ضمن القانون المتعلق بالاستثمار، فإنها لا تزال سارية المفعول من خلال نص المادة 66 من القانون 15-18 المتضمن قانون المالية لسنة 2016 ، ويبقى التساؤل مطروح في مدى توافر نية للتخفيف منها وتطبيقها قطاعيا حسب حساسية القطاعات ؟

(1) المواد 04 مكرر و04 مكرر من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم بأحكام الأمر 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر عدد 44 لسنة 2009.

(2) المادتين 04 مكرر و03 مكرر من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدلتين بالمادتين 46 و47 من الأمر 10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر عدد 49 لسنة 2010.

(3) المادة 9 مكرر 1 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدلة بالمادة 59 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر عدد 68 لسنة 2013.

(4) المادة 55 من القانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر عدد 72 لسنة 2015.

(5) القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 لسنة 2016 .

الفرع الثاني: مدى تفعيل الضمان الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة

بتوفر إرادة للقيام بإصلاحات شاملة في سياق أحداث دولية عربية، وفي ظل وجود رغبة في إرساء نموذج اقتصاد متنوع يخرج عن التبعية للريع النفطي، بعد بروز بوادر أزمة اقتصادية ثانية، تدخل المؤسس الدستوري الجزائري سنة 2016 بتعديل دستوري أولى عناية بالغة للجانب الاقتصادي وكشف عن الهدف في بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة⁽¹⁾.

ولقد ورد ضمن المادة 43 من القانون 01-16 المتضمن التعديل الدستوري، تعديلا لنص المادة 37؛ إذ ورد فيها بأن: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز، خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

إذن، وبعدما اعتمد المؤسس الدستوري ضمن النص السابق صياغة مقتضبة اقتضت على أن "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"⁽²⁾، يلاحظ اتجاهه من خلال هذا التعديل إلى توسيع النص المتعلق بمبدأ حرية التجارة والصناعة في إشارة واضحة للإعطاء بعد أكبر لهذا المبدأ، فهل فعلا يمكن اعتبار هذا التعديل بمثابة تفعيل للضمان الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة؟

في الواقع، فإن الإجابة عن هذا التساؤل تتأتى من خلال قراءة متأنية لهذا النص مكنتنا من إبداء الملاحظات التالية:

-تعويض مصطلح "الصناعة" بمصطلح "الاستثمار"، وهو ما من شأنه أن يعطي مجالا أوسع للمبدأ؛ إذ يعد مصطلح "الاستثمار" أوسع من مصطلح "الصناعة"، وبإمكانه أن يسع العديد من الأنشطة غير الصناعية، كالنشاط الفلاحي مثلا، وهو ما يتماشى والغاية المعلنة من هذا التعديل

(1) كما ورد في ديباجة الدستور.

(2) المادة 37 من دستور 1996.

الدستوري في شقه الاقتصادي والمتمثلة في تشجيع بناء اقتصاد متنوع يثمن قدرات البلد كلها الطبيعية والبشرية والعلمية كما جاء ضمن المادة التاسعة من النص المتضمن التعديل الدستوري.

ويبدو أن هذا التوجه يقصد منه بعث القطاع الفلاحي الذي تعول عليه الدولة كرهان لمرحلة جديدة، وهذا يتضح من خلال إقرار قاعدة دستورية تضمنها نص المادة 19 من التعديل الدستوري تقضي بحماية الدولة الأراضي الفلاحية، رغم وجود النصوص التشريعية المؤطرة للعقار الفلاحي.

- اعتماد مصطلحات تتلاءم مع اقتصاد السوق كمصطلح الأعمال ، الضبط، المنافسة، السوق في إشارة إلى معالم اقتصاد تنافسي.

- كما يبرز أيضا من خلال النص إشارة المؤسس الدستوري إلى التزام الدولة المساواة بين المؤسسات دون تمييز؛ وهو في الواقع ما يفترض أنه يصب ضمن التزام الدولة الحياد إزاء سياسة الدعم التي تشكل مساسا بمبدأ حرية المنافسة بطريقة غير مباشرة عن طريق تقوية حظوظ المنافسة بخصوص مؤسسات دون أخرى، ولاشك أن عدم التمييز المقصود يشمل المؤسسات الخاصة والعمومية والمتعاملين الوطنيين والأجانب على حد سواء.

- الارتقاء بالضمان الخاص بحماية المستهلك إلى مصاف الضمان الدستوري، وإدراجه ضمن النص الخاص بمبدأ حرية التجارة والصناعة إشارة واضحة إلى ضرورة مراعاة البعد الاجتماعي في ممارسة مختلف الحريات الاقتصادية، واعتباره غاية من الغايات الأساسية للحرية الاقتصادية.

- الارتقاء بمنظومة ضبط السوق إلى مصاف القواعد الدستورية، وهو ما من شأنه أن يضفي مشروعية أكبر على تدخل الهيئات الضابطة، وإن كان الملاحظ بهذا الخصوص عدم الإشارة إلى هذه الفئة من المؤسسات ضمن النص الدستوري، رغم اعتبارها جزءا من النظام المؤسسي للدولة، إذ من شأن ذلك أن يكسبها شرعية أكثر، خاصة إذ امتد الإشارة إلى استقلاليتها.

- تناقض الحكم الوارد ضمن الفقرة الأخيرة مع أحكام قانون المنافسة؛ إذ أن القانون لا يمنع الاحتكار، وإنما يمنع التعسف في الاحتكار والهيمنة حسب المادة السابعة من الأمر 03-03، كما سيأتي، وهو ما يطرح الإشكال حاليا بخصوص دستورية النص التشريعي في وجود هذا الحكم الدستوري .

- استعمال المشرع مصطلح "المنافسة النزيهة" بدل مصطلح "المنافسة الحرة" هذا الأخير هو الذي يتماشى مع قانون المنافسة؛ في حين أن مصطلح "المنافسة النزيهة" يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وعليه، يمكن القول أن هذا التعديل قد أضاف بعض الجديد الإيجابي، غير أنه يبقى ذو طابع شكلي إذا لم يظهر أثره من خلال تعديل النصوص التشريعية، والواقع أنه إذا أخذنا مثالا عن أولى النصوص التي صدرت على إثره وهو قانون تطوير الاستثمار مثلا يمكن القول أنه لم يكن في مستوى الجراءة المنتظرة خاصة فيما يتعلق بعدم التراجع عن القاعدة 49-51.

المطلب الثالث: المبادئ المتفرعة عن مبدأ حرية التجارة والصناعة

باعتباره مبدأ يعبر عن الحرية الاقتصادية بشكل عام، يتسع مبدأ حرية التجارة والصناعة، ليستوعب العديد من المبادئ التي تحمل مظهرا من مظاهر الحرية في ممارسة الأنشطة الاقتصادية. وبصدد دراسة يكون محورها "السوق"، وتكون غايتها الوقوف على النظام القانوني لحماية هذه الأخيرة، فإن الأمر يستدعي التركيز على المبادئ ذات الصلة المباشرة بحركية السوق، والتي تشكل منطلقا أساسيا للأحكام القانونية الخاصة بحمايته. وفي هذا الإطار يبرز مبدأ حرية المنافسة من جهة (فرع أول) و مبدأ حرية الأسعار من ناحية ثانية (فرع ثان)، كمبدأين يعبران عن النشاط التنافسي للسوق.

وإذا كان يبدو أن المبدأين متداخلان؛ بحيث يظهر كل منهما مقوما للآخر، إلا أنه في الواقع، فإن ثمة حدود فاصلة بينهما، وهو ما دفعنا إلى الحديث عنهما بشكل مستقل.

الفرع الأول: مبدأ المنافسة الحرة

يتخذ مبدأ المنافسة الحرة مكانة هامة ضمن الأنظمة القانونية لمختلف الدول، ولاشك أن هذا المبدأ، قد تأثر من حيث مضمونه بمختلف الأطروحات الاقتصادية التي أخذت أشكال المنافسة فيها حيزا هاما من الاهتمام، وهذا ما يؤدي بنا إلى محاولة الوقوف على مضمون هذا المبدأ من جهة (أولا) وعلى مكانته ضمن النظام القانوني من ناحية أخرى (ثانيا).

أولاً: مضمون مبدأ المنافسة الحرة

"قانون المنافسة منشؤه الاقتصاد وليس القانون" مقولة شائعة، تجد لها أساساً لها ضمن التأثيرات المختلفة التي أحدثتها مختلف نظريات التحليل الاقتصادي عبر العصور في نشأة التشريعات المتعلقة بالمنافسة ؛ سواء بطريقة مباشرة، عندما جسدت هذه التشريعات بعض الأفكار المنبثقة عن هذه النظريات، أو بطريقة سلبية، عندما مثلت هذه التشريعات رد فعل ضد الأفكار المتضمنة في هذه النظريات.

ولقد حاولت النظريات الاقتصادية المتعاقبة التأسيس لفكرة المنافسة الحرة، والتي شيئاً فشيئاً أصبح ينظر إليها كنظام اقتصادي، يجسده مبدأ حرية المنافسة، ويرتبط بمبدأ حرية التجارة والصناعة، وهو الأمر الذي أدى إلى أن مضمون مبدأ حرية المنافسة، لا ينظر إليه من خلال بعده الإيجابي، فحسب أي من حيث كونه الضوء الأخضر لحرية التنافس، ولكن أيضاً من خلال بعده السلبي، الذي تعكسه مختلف الضوابط التي تحكم هذا المبدأ، والذي يصبح بحد ذاته بعداً إيجابياً تحت تأثير مقولة أن : "المنافسة تقتل المنافسة".

إن فكرة المنافسة تطرح التساؤل بخصوص طبيعة العلاقة بين أمور ثلاثة: المنافسة، النشاط الاقتصادي، والحرية الاقتصادية.

فبخصوص العلاقة بين النشاط الاقتصادي والمنافسة، فإن ثمة حقيقة مفادها أن فكرة المنافسة ليست ملازمة بالضرورة لممارسة الأنشطة الاقتصادية ؛ على أساس أنه يمكن ممارسة النشاط الاقتصادي بعيداً عن المنافسة الحرة، وذلك عندما تتولى الدولة دوراً تدخلياً في مجمل الحياة الاقتصادية، أو عندما تحتكر نشاطاً اقتصادياً معيناً، ويبرز في ظل هذا الوضع مفهوماً للسوق من الناحية الاقتصادية، باعتباره المكان النظري الذي يلتقي فيه العرض والطلب حول منتج أو خدمة معينة، غير أن هذا المفهوم للسوق، يأخذ بعداً اجتماعياً أكثر منه اقتصادياً، يترجم في ضمان إشباع حاجيات المجتمع من سلع وخدمات.

أما عن العلاقة بين المنافسة وحرية الأنشطة الاقتصادية، فإنه يتصور توافر قدر من المنافسة، حتى في ظل غياب آلية خوصصة الأنشطة الاقتصادية، أو بعبارة أخرى، يمكن أن تنافس دون أن نخوصص، حتى وإن كان ذلك ضمن حدود ضيقة⁽¹⁾.

(1) قد يتعدد المتعاملون في قطاع عام، فتنشأ منافسة في القطاع، رغم عدم فتحه للمنافسة، كقطاع النقل الجوي الداخلي مثلا بين الخطوط الجوية الجزائرية والطاسيلي للطيران.

أما بشأن ارتباط "المنافسة" بالحرية"، فإنه لا خلاف يثور حول وجود علاقة متينة بين الأمرين؛ بحيث تشكل هذه الحرية سببا للمنافسة بين المتعاملين ؛ حيث يتم تعريف المنافسة بأنها : "الحالة التي تقوم فيها مواجهة حرة، كاملة، صادقة لجميع الفاعلين الاقتصاديين على صعيد العرض والطلب للسلع والخدمات وثمرات الإنتاج ورؤوس الأموال"⁽¹⁾.

إن ارتباط المنافسة بالحرية يظهر جليا من خلال تألف ظهور المنافسة مع رأسمالية السوق، بحيث أصبحت مرادفا لها ، " فعندما كان هناك مجتمع متركز تملك فيه الدولة كل وسائل الإنتاج، كان المنطق يحول دون حرية المبادرة وحتى عندما سادت الطوائف الحرفية في القرون الوسطى بأوروبا وترسخ نموذج المهن المنغلقة على نفسها غابت المنافسة والابتكار، ولكن مع بروز نظام حرية المعاملات برز مفهوم للمنافسة الحرة"⁽²⁾.

واقترن إثر ذلك، مبدأ حرية المنافسة بمبدأ حرية التجارة والصناعة ؛ طالما أن هذا الأخير يتجسد من خلال السماح للخواص بممارسة الأنشطة الاقتصادية في إطار نظام تنافسي، يجب ألا يتم اختراقه أو المساس به من السلطة العامة لا بطريقة مباشرة عن طريق الأوامر والتعليمات، ولا بطريقة غير مباشرة، عن طريق دعم بعض المؤسسات على حساب أخرى⁽³⁾.

غير أن النموذج الأمثل للنظام التنافسي، ومفهوم السوق التنافسية، قد أخذ مضمونا مختلفا، باختلاف المدارس الاقتصادية السائدة عبر العصور.

ففي ظل المدرسة الاقتصادية الكلاسيكية، بزعامة "آدم سميث"، ساد المفهوم الكلاسيكي للمنافسة الحرة والذي اعتمد مقارنة ديناميكية لمفهوم المنافسة، من خلال تكريس مفهوم "النظام الطبيعي"، والذي ترجمه "آدم سميث" في وجود "يد خفية"، توجه المصالح الخاصة في تضاربيها، وهي تحقق المصلحة العامة واعتقاده في وجود قوانين طبيعية تحكم النشاط الاقتصادي⁽⁴⁾.

وتميز الكلاسيكيون بنظرة "ماكرو اقتصادية"، تستوعب مفهوم الثروة ككل، من ناحية إنتاجها وتوزيعها وإنائها، إلا أن عدم الاهتمام بالبعد "الميكرواقتصادي"⁽⁵⁾ ؛ من خلال التركيز

(1) محمد نصر محمد، الحماية الدولية والجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة والاحتكار، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016، ص17.

(2) محمد المرغدي، المنافسة (أبعادها الاقتصادية والقانونية)، الجزء الأول، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية (REMALD)، الطبعة الأولى، المغرب، 2014، العدد 85، ص22.

(3) Pierre Delvolvé, Op.cit, p115.

(4) عبد الله ساقور، المرجع السابق، صص100-101.

(5) وهو ما يقابل مصطلحي "الاقتصادي الكلي" و"الاقتصاد الجزئي".

على السوق ككيان تمارس في إطاره المنافسة الحرة، قد أدى إلى سيادة نظرية "البقاء للأقوى" عن طريق إضعاف المؤسسات الأقل قوة وترجيح انسحابها من السوق، وهو ما ولد حالات الهيمنة و الاحتكار⁽¹⁾.

كما ظهرت أيضا المدرسة "النيوكلاسيكية" néo-classique التي تميز روادها⁽²⁾ بنظرة ميكرواقتصادية، تجسدت في البحث عن كيفية تحقيق التوازن الاقتصادي من خلال التركيز على "السوق" والربط بينها وبين المنافسة، معتبرين أن التوازن المنشود لا يتحقق إلا في إطار احترام قواعد اللعبة، التي يتم تحديدها من قبل السوق.

ونتيجة للأطروحات المقدمة من طرف المدرسة "النيوكلاسيكية"، ظهر مفهوم "المنافسة التامة" La concurrence pure et parfaite في الفكر الاقتصادي الكلاسيكي، كنموذج محبذ، لا يكون فيه لأي فاعل اقتصادي، قدرة أو سلطة، تمكنه من التأثير في مجريات السير العادي للسوق القائمة على آليات العرض والطلب.

ويقوم نموذج سوق "المنافسة التامة" على جملة من الشروط، تتمثل فيما يلي⁽³⁾ :

- 1- التعدد في جانبي العرض والطلب ؛ أي وجود عدد كبير من المتدخلين والمستهلكين في السوق.
- 2- اعتبار السلعة المنتجة بديلا كاملا لسلعة المنتجين الآخرين.
- 3- منحى الطلب الفردي على سلعة المنتج يكون لا نهائي المرنة.
- 4- حرية الدخول إلى الأسواق لعدم وجود عوائق.
- 5- توفر جميع المعلومات المطلوبة حول السلعة وسعرها وطريقة إنتاجها والتكاليف المرتبطة بها.

(1) محمد المرغدي، المرجع السابق، ص60.

(2) تأسست المدرسة النيوكلاسيكية في الاقتصاد سنة 1870، بزعامة : Léon Walras, Carl Menger، والذين قاموا بما يسمى بالثورة الحدية (la révolution marginaliste).
أنظر :

Stanley Jevor - Ejan Mackay, Stéphane Rousseau, Analyse économique du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, paris, 2008, p106, note : 1.

(3) حسين عمران، المنافسة والممارسات الاحتكارية بين المناخ التشريعي ومشاكل التطبيق، حماية المنافسة ومنع الاحتكار في المنطقة العربية (بحوث وأوراق عمل ملتقى "حماية المنافسة ومنع الاحتكار في ضوء التحولات بالمنطقة العربية"، بالتعاون مع الجامعة البريطانية في مصر BUE، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ديسمبر 2011، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2012، صص 24-25.

6- حرية انتقال عناصر الإنتاج من إنتاج سلعة إلى إنتاج أخرى.

إن هذه الخصائص لسوق المنافسة التامة تضمن ما يسمى « isolementstratégique »⁽¹⁾ ، بمعنى عدم قدرة أي متعامل ينتمي إلى السوق من التأثير بمعزل عن الآخرين في الأسعار على سبيل المثال ، أو ما تم وصفه بالوضعية التي يغيب فيها أي تفاعل واع بين الخيارات التي يقررها المتعاملون⁽¹⁾.

غير أن نظام "المنافسة التامة"، قد لاقى نقدا شديدا، ليس على أساس طبيعته المثالية، وغير الواقعية فحسب، بل لما يحمله أيضا من تناقضات ؛ إذ قد ينقلب من نظام ناجح للمنافسة إلى احتمال غياب كلي لأي نشاط تنافسي فعال، فعلى سبيل المثال، فإن سعر التوازن المطبق في هذا النظام Le prix d'équilibre من شأنه أن يؤدي إلى غياب هامش الربح لدى المؤسسات، وقد ينتهي الأمر إلى الإفلاس⁽²⁾ إضافة إلى ذلك، فإن التصور النيوكلاسيكي للمنافسة التامة، قد اتسم بالجمود والتجريد ؛ إذ يتم تحديد الشروط التي يتم فيها تحقيق التوازن الاقتصادي بطريقة مجردة، تعتمد على قواعد الرياضيات⁽³⁾.

كما أن منهج التحليل الاستاتيكي (Statique)، الذي انتهجه النيوكلاسيكيون، تماشيا مع فرضية أن كل الأشياء تبقى على حالها، من شأنها أن يكبح نزعة التطوير والتحسين والإبداع، التي هي جوهر المنافسة الحرة.

وفي الواقع، فإن التساؤل قد طرح بخصوص إمكان وجود سوق تجتمع فيها كل شروط أو خصائص المنافسة التامة، فإذا كانت محطات للبنزين مثلا القريبة الواحدة منها من الأخرى قدتشكل في مجموعها سوقا تتوافر فيها بعض شروط المنافسة التامة من قبيل تعدد البائعين والمشتريين، لكن أليس هناك احتمال أن ينشأ صراع تنافسي بينها يأخذ شكل إجراء خصومات بشأن الأسعار، فيظهر بذلك السعر كعنصر أساسي لرقابة استراتيجية من قبل المؤسسات بخصوص أرباحها⁽⁴⁾.

(1) Jean Gabszewcz, La concurrence imparfaite, éd La découverte, paris, 2003, p3.

(2) Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 2006, p32.

(3) حيث كان Walras يريد تأسيس النظرية الاقتصادية بشكل علمي والابتعاد عن الاقتصاد المعياري، وهذا ما أدى به إلى صياغة "التوازن العام" باستخدامه للرياضيات في إطار المنافسة التامة : عبد الله ساقور، المرجع السابق، ص120.

(4) Jean Gabszewcz, op.cit, p 3- 4.

يضاف إلى ذلك أن عوائق الدخول إلى السوق قد تتحقق من خلال توقي المؤسسات المتواجدة فيها دخول مؤسسات جديدة عن طريق بعض الممارسات من قبيل إقدام المؤسسات القديمة شراء المؤسسات الراغبة في الدخول إلى السوق قبل أن تصبح ناشطة بشكل حقيقي، أو عن طريق عدم ترك منافذ تمكن هذه المؤسسات من الوصول إلى الزبائن⁽¹⁾.

ورغم النقد الذي لاقاه نظام المنافسة التامة، إلا أن هناك من اتجه إلى القول، بأن هذا النظام قد وجد فيه قانون شيرمان الأمريكي سندا نظريا يبرر تدخل المشرع لتنظيم المنافسة وضرورة حماية الأسواق من شتى الاحتكارات⁽²⁾؛ وذلك كون قانون شيرمان قد وجه إليه النقد بدوره، بأنه قانون جاء لمواجهة مخاوف اجتماعية، قد ارتبطت بالتحول الصناعي الهائل، ومخاوف سياسية تتعلق بحرية المواطن أكثر من استناده إلى مبررات اقتصادية محضة.

ومع ذلك، فإن الإجماع يكاد يكون حاصلًا بين الاقتصاديين، حديثًا، على أن "نظام المنافسة التامة" يبقى نموذجًا نظريًا، ومرجعية حقيقية لوضعية مثالية تم تشبيهها بمعلم تاريخي (un monument théorique harmonieux et achevé)⁽³⁾، ومع ذلك، وعلى صعيد الواقع، فإنه من المتصور تحقق هذا النظام ضمن حدود ضيقة على مستوى بعض الأنشطة التي يتعدد فيها المتعاملون دون أن يرقى ليكون نموذجًا اقتصاديًا للسوق.

وبذلك فقدت نظرية المنافسة التامة قوتها ومصداقيتها كنظام للمنافسة الحرة، وتنبه عدد من المفكرين الاقتصاديين من "كامبردج" و"هارفارد"⁽⁴⁾ إلى ضرورة تجاوز الإطار النظري وتخفيف حدة نظرية المنافسة التامة.

وعلى إثر ذلك، تم الترويج لنظام المنافسة غير التامة، أو غير المكتملة La concurrence imparfaite باعتبارها نموذجًا وسطًا بين المنافسة التامة والاحتكار التام.

ويمكن في إطار المنافسة غير التامة، التمييز بين نوعين رئيسيين من المنافسة هما: المنافسة الاحتكارية واحتكار القلة.

(1) Jean Gabszewcz, op.cit, p4.

(2) Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Op.cit, p32.

(3) Jean Gabszewicz op.cit ,p4.

(4) تحديدا المفكر الاقتصادي الإيطالي (Pietro Sraffa) والاقتصادي الأمريكي (Edward Chamberlin).

ويرجع الفضل إلى بلورة نموذج "المنافسة الاحتكارية" إلى الاقتصادي الأمريكي "شامبرلين" من خلال تركيزه على ظواهر تمايز السلع ودور عملية الإشهار، وقد اعتبر أن سوق كل بائع في نظام المنافسة الحرة يتميز إلى حد ما عن سوق منافسيه⁽¹⁾.

أو بعبارة أخرى، أن المؤسسات تسعى إلى الوصول إلى وضعيات منافسة غير تامة، وتبذل جهدا في تحقيق ذلك؛ لأن تواجد أسواق ينشط بها عدد قليل من الفاعلين أو المتدخلين، يسمح للمؤسسة بتقديم منتجات أو خدمات تبدو متميزة عن منتجات غيرها، بما يؤهلها إلى تجاوز السعر الموحد الذي يفرضه نظام المنافسة التامة، والذي يعرف بـ price takers إلى سعر تحدده المؤسسة price makers⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق، فإن مقارنة شامبرلين، تقوم على الإستراتيجية الخاصة للمؤسسة، أو بعبارة أخرى، حرية هذه الأخيرة في المبادرة التي فقدتها تحت شروط المنافسة التامة، ويمتاز النموذج النظري الذي تصوره "شامبرلين" بتليين الصلابة الشكلية لنموذج المنافسة التامة⁽³⁾.

ويتميز نموذج المنافسة الاحتكارية بخصائص أجملها الاقتصاديون في :

- 1- تعدد المنتجين والبائعين وضآلة حصة كل واحد منهم بالنظر إلى مجموع السوق.
- 2- التمايز فيما بين السلع المتواجدة في السوق؛ بمعنى أنها بدائل غير كاملة لبعضها البعض.
- 3- سهولة الدخول إلى (أو الخروج من) السوق⁽⁴⁾.

ويعد نموذج المنافسة الاحتكارية، بخصائصه هذه النموذج المحبذ؛ والذي يتم السعي إلى تحقيقه من قبل التشريعات المتعلقة بالمنافسة، لآثاره الإيجابية على المنافسة من جهة، أين تسود روح التنافس والابتكار، ومن جهة ثانية بسبب مزاياه على المستهلك؛ إذ من شأن خاصية التبادلية التي يتميز بها هذا النموذج تنمية حق المستهلك في الاختيار.

ومع ذلك، فإن بعض المجالات، أو القطاعات الاقتصادية التي تتطلب تكنولوجيا عالية، أو استثمارات ضخمة، لا تتسجم مع نموذج المنافسة الاحتكارية، مما أدى إلى سيادة نموذج آخر، ضمن نظام المنافسة غير التامة وهو نموذج "احتكار القلة".

(1) محمد المرغدي، المرجع السابق، ص 79.

(2) Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Op.cit, p32 .

(3) محمد المرغدي، المرجع السابق، ص 79.

(4) محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 32-33.

ويشكل احتكار القلة بنية للسوق تتميز بالعدد المحدود من جهة العرض، يقابله تعدد في الطلب، ويعتبر هذا النموذج الشكل الأكثر تمثيلا لحالة المنافسة داخل القطاعات الاقتصادية الكبرى (السيارات، المعلوماتية... إلخ)⁽¹⁾.

ومن أهم شروط احتكار القلة : (2)

1- قلة عدد البائعين إلى حدّ يشعر فيه كل منهم بأثر تصرفات الآخر عليه.

2- وجود عقبات أمام دخول منتجين جدد، قد تتمثل في ضخامة رأس المال اللازم أو المعرفة التقنية الخاصة أو براءات الاختراع... إلخ.

3- تجانس أو اختلاف المنتجات، ولكنها تشكل بدائل جيدة لبعضها البعض.

ويتميز هذا النموذج بوجود اقتصاديات الحجم الكبير، وهو ما يمكّن من تخفيض متوسط تكلفة إنتاج الوحدة مع زيادة حجم الإنتاج، ما يؤدي إلى أنه إذا كان حجم السوق الكلي لا يتسع إلا لعدد من المنتجين، فإن الأعداد الزائدة من المنتجين، ستضطر إلى الخروج من السوق بسبب خسارتها⁽³⁾.

وهكذا بدأت المنافسة الحرة، تأخذ بعدا واقعيا على الصعيد النظري، يبتعد عن الجمود الذي ظهرت فيه أفكار فرضية المنافسة التامة، ولقد أدى انتشار التشريعات المتعلقة بالمنافسة والسوق إلى البحث عن الطريقة المثلى لاعتماد وتوظيف القواعد القانونية، بما يخدم المنافسة الحرة لتكتمل صورة مبدأ حرية المنافسة بين الواقعية التي يفرضها الاقتصاد أو الفكر الاقتصادي والمنطق المعيارى الذي تفرضه القواعد القانونية.

وفي هذا السياق، ظهر مصطلح المنافسة الواقعية *la concurrence praticable* لمن قبل رواد مدرسة هارفارد ؛ حيث أخذت المقاربة التي قامت عليها نظرية المنافسة الواقعية، طابعا تجريبيا، يعتمد أساسا على دراسة تركيبية الأسواق، فيما إذا كانت أسواق منافسة احتكارية، أو أسواق احتكار القلة... إلخ⁽⁴⁾.

(1) محمد المرغدي، المرجع السابق، ص 84-85.

(2) محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 34.

(3) المرجع نفسه، ص 35.

(4) Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Op.cit, p35 .

إن دراسة تركيبة السوق، حسب رواد هذه المدرسة، هي التي ستؤدي إلى تحديد درجة النشاط التنافسي فيها، وبالتالي الوصول إلى التطبيق السليم لقواعد القانون من أجل تصحيح الأوضاع غير القانونية، معتبرين أن تركيبة السوق هي التي تحدد سلوك المؤسسة وأدائها، وهو ما أدى بهم إلى اعتماد معيار ذو أبعاد ثلاثة (تركيبية - سلوك - أداء)⁽¹⁾ توصلوا من خلالها إلى وجود علاقة سببية بين درجة التركيز الاقتصادي للمؤسسة والقوة التي تتمتع بها في السوق.

إن تركيز رواد هذه المدرسة على دراسة تركيبة السوق، قد كان له الأثر الواضح على سياسات المنافسة، سيما في الو.م.أ سنوات الستينات والسبعينات ؛ حيث تم توظيف القواعد القانونية من أجل تشديد الرقابة على تركيبة السوق، والتي اتخذت على وجه الخصوص شكل الرقابة على عمليات التركيز الاقتصادي وكذا على السلوكات المؤدية إلى التقييد الرأسي للمنافسة من خلال الاتفاقات الرأسية⁽²⁾.

أما رواد مدرسة شيكاغو، فقد اعتمدوا مفهوما مغايرا ضمن نظرية *la concurrence contestable* من خلال مقارنة ليبرالية محضة، تحاكي في مضمونها نظرية "اليد الخفية" التي قامت عليها المدرسة الكلاسيكية حيث، وخلافا لنظرية "المنافسة الفعلية" التي تولي الاهتمام لدراسة تركيبة السوق فإن الطابع التنافسي للسوق، حسب رواد هذه المدرسة، يتم من خلال مرونتها ؛ حيث تظهر هذه المرونة من خلال كون المؤسسات الناشطة فيها، تواجه دائما تهديدا من منافسة محتملة من متدخلين جدد.

إن المقارنة التي تقوم عليها نظرية مدرسة "شيكاغو"، مقارنة تقوم على الفعالية الاقتصادية، بدل سلطة السوق، وهو ما يجعل من الاحتكار في نظر روادها حالة عادية وعابرة، ومن عمليات التركيز الاقتصادي نتيجة طبيعية للسير الديناميكي للمنافسة، وأن سهولة الدخول إلى السوق، تفرض على المؤسسات المتواجدة والمهيمنة اعتماد سعر تنافسي لتجنب قوة المنافسة المحتملة⁽³⁾.

وبناء على ذلك، فإن تدخل القانون في سير السوق لا بد أن يكون بطريقة حذرة، وهو ما يلخصه الاقتصادي Hayek في ضرورة إعطاء الثقة الكاملة في الأداء التنافسي للسوق بشكل يؤدي إلى جعل تدخل القانون بصفة آلية أمرا مرفوضا، حسب منطق هذه النظرية، التي تهدف -

(1) Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Op.cit, p35 .

(2) Michel Rioux, penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique, économie politique internationale (groupe de recherche sur l'intégration continentale), Université de Québec, Août 2001, p07, dispo/ site : www.unites.uquam.ca.

(3) Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Op.cit, p35 .

حسب البعض- إلى إسباغ بعض المرونة على القواعد الأمريكية المتضمنة في قانون الأنتيرست⁽¹⁾.

ورغم أن القواعد القانونية، تتسم بالطابع الواقعي المناقض للبعد النظري الذي يظهر من خلال الأفكار التي روجت لها مختلف مدارس التحليل الاقتصادي، إلا أنه لا يمكن إنكار أن ما حملته هذه النظريات من مبادئ وأفكار، قد أثرت في صياغة التشريعات المتعلقة بالمنافسة أو في نشاط هيئات المنافسة.

وهذا ما نتلمسه من خلال بعض الحقائق، منها استناد القضاء الأوروبي إلى نظرية "المنافسة الفعلية"، كمرجعية في القرار الشهير Métro، والذي اتجه بخصوصه إلى عدم وجود إساءة للسوق في نطاق عقد من عقود التوزيع، حيث وصف المجلس الأوروبي المنافسة المثالية بأنها "جرعة المنافسة الضرورية التي تسمح باحترام الضرورات الأساسية وتحقيق أهداف الاتفاقية الأوروبية في بناء سوق مشتركة"⁽²⁾، وهو ما يعني تطبيق قواعد المنافسة ضمن أضيق الحدود الممكنة ووفق ما تقتضيه الضرورة، وهو ما سمح بإعفاء العديد من السلوكيات من مجال الحظر القانوني.

وهو ما جعل أيضا نشاط الهيئات المكلفة بالمنافسة الفرنسية والأوروبية، تبتعد في تطبيق القواعد المتعلقة بالمنافسة عن التفسيرات الجامدة أو الضيقة للنصوص، وتتجه في تقدير مدى وجود الممارسة المنافية للمنافسة على تحليل دقيق للسوق المعنية، وهذا ما يدفعها إلى اعتماد أسلوب الدراسة القائم على حالة بحالة.

هذا، وإذا كانت المنافسة الحرة تشكل مضمونا لمبدأ حرية المنافسة، فهل اعتبار المنافسة الحرة غاية أو وسيلة من شأنه أن يؤثر على مكانة مبدأ حرية المنافسة ؟

ثانيا: مكانة مبدأ المنافسة الحرة

لقد بات الاعتراف بحرية التنافس والتزاحم أمرا مسلما به في كل الدول التي انتهجت نظام الاقتصاد الحر، غير أن أهمية المكانة التي يحتلها مبدأ حرية المنافسة قد تختلف باختلاف بعض

⁽¹⁾ Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Op.cit, p35 .

⁽²⁾ وعلى إثر هذا القرار أسس المجلس الأوروبي موقفا مفاده أن درجة المنافسة تختلف باختلاف المنتجات والخدمات المعنية وباختلاف التركيبة الاقتصادية للأسواق المعنية ، وهو ما يعد تطبيقا لقاعدة " المعقولة " la règle de raison وهو الموقف الذي يؤدي إلى إعفاء العديد من السلوكيات من مجال الحظر القانوني: www.doc-du- Arrêt Métro CJCE-25 octobre 1977 :juriste.com

المتغيرات، وعليه ، فإن تحديد مكانة هذا المبدأ تطرح العديد من التساؤلات، هل ينظر إلى حرية المنافسة على أنها وسيلة أم غاية في حد ذاتها؟ وإذا كانت المنافسة الحرة وسيلة، فإلى أي مدى ينبغي تحديد الغايات الأساسية من انتهاجها؟ وهل مكانة مبدأ حرية المنافسة يستمدّها من القيمة القانونية للقاعدة التي أقرته، أم أنها مستمدة من أهميته في الواقع، لتحقيق تطور نوعي للحياة الاقتصادية؟

وفي هذا الإطار، فإن مكانة مبدأ حرية المنافسة ترتبط ارتباطا وثيقا بطريقة النظر إلى المنافسة الحرة، وفيما إذا كانت هذه الأخيرة وسيلة أم غاية في حد ذاتها، حيث يظهر اتجاهان، بهذا الخصوص، أحدهما يعتبر المنافسة غاية، والآخر ينظر إليها على أنها وسيلة ضمن وسائل أخرى لتحقيق غايات أسمى.

إن اعتبار المنافسة غاية في حدّ ذاتها هو بعد تظهر فيه "غلبة الشحنة السياسية والإيديولوجية، وتظهر فيه المنافسة "عقيدة" لا بد من الانصياع لها وتمجيد لانتصار عالمي للنظام الرأسمالي" (1)

ولقد ساد هذا المفهوم في الو.م.أمع القوانين المضادة للاحتكار، والتي صدرت تحت تأثيرات سياسية واجتماعية تتلخص في "إيجاد جملة من السلطات المضادة التي تحول دون التسلط والتعسف الذي يمكن أن ينتج عن ممارسة السلطات المشروعة" (2) وحماية الحقوق الأساسية للمواطن، وعلى رأسها حقه في ممارسة النشاط الاقتصادي، ويمكن أن نلاحظ ذلك من خلال تحفظ قانون الأنتيتريست الأمريكي، بخصوص إيراد استثناءات بشأن الاتفاقات المنافية للمنافسة والاتجاه نحو حظرها ابتداء دون دراسة آثارها المحتملة على السوق (3).

أما بخصوص البعد الثاني، فهو الذي يجعل من المنافسة الحرة نظاما اقتصاديا، يضمن إرساؤه النجاح الاقتصادية ورفاهية المستهلكين.

ويظهر هذا المفهوم على مستوى التشريعين الأوروبي والفرنسي للمنافسة ؛ حيث يتم النظر إلى المنافسة على أنها وسيلة لتحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين، هذا الاتجاه

(1) محمد المرغدي ، المرجع السابق، ص21.

(2) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص22.

(3) Valérie Pironon, Droit de la concurrence, Lextenso, Paris, 2009, p17.

يقود إلى ضرورة ارتباط سياسة المنافسة بالسياسة الصناعية والتكنولوجية والتجارية، وحتى الاجتماعية⁽¹⁾.

ولقد أفصحت عن هذا الاتجاه العديد من المواقف للهيئات الأوروبية؛ حيث وفي تقريرها السنوي لسنة 1991، عبرت اللجنة الأوروبية عن أهداف المنافسة، حيث اعتبرتها العامل الأساسي للابتكار ولترقية الإنتاجية، معتبرة أن المنافسة توجد في قاعدة السياسات الموجهة للنمو الاقتصادي وتحقيق الرفاهية، وأن المنافسة لا تهدف فقط إلى إنتاجية جيدة ولكنها تسمح للمستهلك بالحصول على جزء عادل من هذه الزيادة⁽²⁾.

ويلاحظ، بهذا الخصوص، التركيز على المستهلك كأحد الأهداف الأساسية للمنافسة، وكتب أحدهم في سياق العلاقة بين حرية المنافسة ورفاهية المستهلكين بأن " المنافسة في السوق إذا ما تم تركها بآلياتها، فإنها سوف تؤدي إلى حماية المستهلك أكثر من كل الميكانيزمات الحكومية التي يتم فرضها على هذه السوق"⁽³⁾.

ومن جهته يؤثر المستهلك أيضا في حرية المنافسة؛ حيث عبرت اللجنة الأوروبية في رسالة موجهة إلى المستهلكين بالقول " ربما لستم مدركين جيدا ولكنكم فاعل حقيقي لتفعيل المنافسة بين المؤسسات".⁽⁴⁾

وهذا ما يؤدي إلى القول بأنه، وعلى الصعيد الأوروبي، فإن سياسة المنافسة تعد أداة أوروبية هامة تستعمل في الوقت ذاته لترقية التكامل الاقتصادي وتسمح بتوزيع أمثل للموارد.

ما يجعل أهداف المنافسة ليست فقط تنافسية، بل كل الاعتبارات المرتبطة بالتكامل بين اقتصاديات الدول الأعضاء وحماية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والمحافظة على الديمقراطية الاقتصادية وحماية المستهلكين لا بد أن تأخذ بها قواعد المنافسة⁽⁵⁾.

ومع ذلك، ورغم أن الرؤية تبدو واضحة بخصوص اعتبار المنافسة على الصعيد الأوروبي وسيلة وليست غاية، إلا أن التساؤل بخصوص الهدف من المنافسة قد طرح مجددا من قبل الفقه⁽¹⁾،

(1) Valérie Pironon, op.cit, p17.

(2) 20^{ème} Rapport Sur la politique de la concurrence, document officiel de la commission européenne, 1991, dipo/site : <http://ec.europa.eu> .

(3) Martine Behar, A quoi sert la concurrence, Concurrences, Revue des droit de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, N° 4- 2014, p760.

(4) Ibid .

(5) Martine Behar ,Art prec, p 760 .

حيث طرح السؤال على الشكل التالي: هل المنافسة مجرد وسيلة أو وعاء تجتمع فيه أدوات السياسة الاقتصادية (une boîte à outils de la politique économique) ؟ أم أنها أمر أساسي يتعلق بالطبيعة الديمقراطية للمجتمع الأوروبي؟

وهو ما يحتم، حسب هذا الموقف، على القانون الأوروبي أن ينظر إلى المنافسة على أنها عنصر أساسي من عناصر الهوية الأوروبية، الأمر الذي أدى إلى القول بضرورة إرساء سياسة جديدة للمنافسة تركز على اعتبار الأخيرة غاية في حد ذاتها وليست مجرد وسيلة؛ إذ تم وصف المنافسة بأنها الوضعية المرجوة، والتي يجب الوصول إليها ضمن مجتمع ديمقراطي، وهي حالة مرادفة للانفتاح، وللمساواة الحقيقية بين الفرص⁽²⁾.

وفي الواقع، فإن البحث عن كون المنافسة وسيلة أم غاية قد يظهر بأنه جدل فقهي عديم الفائدة العملية، إلا أنه في الواقع ذو أثر على الأحكام المتعلقة بالمنافسة وكيفية تفسيرها وتطبيقها، فعلى سبيل المثال، فإنه ينتج عن البعد الذي يعتبر المنافسة وسيلة لتحقيق غاية أنه إذا حصل تعارض بين الأهداف الاقتصادية والقواعد الخاصة بحظر الممارسات المنافية للمنافسة، فإنه يتم تعطيل هذه الأخيرة، لضمان تحقيق الأولى؛ حيث تشكل الاستثناءات الواردة على حظر الممارسات المنافية للمنافسة المثال الأبرز على ذلك، إذ تتم إزالة الحظر، رغم وجود أثر محتمل على السوق في سبيل تحقيق أهداف اقتصادية من قبيل التطور الاقتصادي والتقني، وهو ما لا يتصور في ظل نظام تكون فيه المنافسة غاية في حد ذاتها أين تسود الشدة والصرامة في سن وتطبيق القواعد المتعلقة بالمنافسة⁽³⁾.

ورغم أن الاتجاه السائد حالياً على مستوى جل التشريعات، هو الاتجاه الثاني، الذي يجعل من المنافسة نظاماً يتم من خلاله السعي إلى تحقيق أهداف اقتصادية، إلا أن هناك من يذهب إلى القول بأن المنافسة هي مفهوم مخادع، " قد يكون وجهه المباشر اقتصادياً محضاً، يسعى في سبيل الرفاهيتين الاقتصادية والاجتماعية، ولكن وجهه يخفي مرامي سياسية وإيديولوجية، خاصة عندما

(1) pierre-André Buigues , Guy Ganivet, Olivier Féget et Christophe Jamin, Entretien : le droit de la concurrence - Controverses autour des enjeux actuels du droit de la concurrence ,Cahier de droit de l'entreprise ,n°5,Septembre 2016, entretien 5 :www.lexis360.fr.

(2) Ibid.

(3) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص24.

تتخذ المنافسة ذريعة لتبرير عدد من عمليات الخوصصة من منطلقات سياسية وليست اقتصادية⁽¹⁾.

إن مكانة مبدأ حرية المنافسة، لاشك أنها تبدو ذات أهمية أكبر في إطار البعد الذي يجعل منها وسيلة لتحقيق الفعالية الاقتصادية؛ ذلك لأن هذه الحرية وكذا الضوابط التي تحكمها تكون واقعية وفعلية أكثر، لأن سياسة المنافسة - في ظل هذا البعد - ستعمل على إرساء التوازنات المطلوبة، وفي أقصى الحدود الممكنة بين مختلف المصالح المتعارضة، وبين شتى التناقضات المحتملة.

إن غاية قانون المنافسة في تحقيق الفعالية الاقتصادية تنطلق من حماية السوق، فتصبح هذه الحماية هدفا لقانون المنافسة، يراد من خلاله تحقيق غاية أكبر هي الفعالية الاقتصادية، فالسوق ليست بالحالة العفوية الطبيعية، بل هي حالة عابرة بإمكانها أن تختفي، وهو ما يبرر ضرورة حمايتها تحت طائلة الانغلاق على نفسها وبالتالي الاتجاه نحو الاحتكار التام أو احتكار القلة، وبالتالي اختفائها.⁽²⁾

وفي هذا السياق، ذهب التشريع الجزائري للمنافسة؛ حيث اعتبر المنافسة الحرة وسيلة وليست غاية، وذلك بصفة صريحة من خلال نص المادة الأولى من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي جاء فيها بأنه: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

فحسب النص السابق، يكون المشرع قد حدد غايتين لقانون المنافسة وهما الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين، وطالما وجد تكامل بين هاتين الغايتين، فإنه لا إشكال يطرح، غير أن تناقض الغايات هو الذي يثير الإشكالات بهذا الشأن.

فتحقيق الفعالية الاقتصادية يصب في مصلحة المستهلك، باعتباره المستفيد النهائي من أي تطور اقتصادي، ومع ذلك، فإن هذه الغاية أحيانا تتعارض مع مصلحة المستهلك، عندئذ يطرح

(1) محمد المرغدي، المرجع السابق، ص 21.

(2) pierre-André Buigues et Guy Ganivet et Olivier Féget et Christophe Jamin, Art prec.

الإشكال بخصوص ازدواجية الغايات التي يقوم عليها قانون المنافسة⁽¹⁾، فكيف يمكن تحديد الأولويات في هذه الحالة؟

لقد تعرضت ذهبت المحكمة الأوروبية لهذا الإشكال، فذهبت بهذا الخصوص إلى تفضيل مصلحة المستهلك، حيث أعتت اتفاقا يتعلق بسوق الأدوية في فرنسا من الحظر، واعتبرته بأنه غير مناف للمنافسة، لأنه يعد مفيدا للمستهلك لانعكاساته الإيجابية عليه، غير أن مجلس القضاء الأوروبي، قد سلك اتجاها مخالفا، حيث أكد أن قواعد المنافسة لا تهدف فقط إلى حماية مصلحة المتنافسين أو المستهلكين ولكن تهدف إلى حماية المنافسة في حد ذاتها⁽²⁾.

إذن يبدو أن ترجيح غاية على أخرى، ينتج عنه اختلاف في النتائج والقرارات، وهو ما يثير الحاجة إلى تحديد الغايات بدقة وحسب أولويتها، وهو الاعتبار الذي يبدو بأنه ليس في الحسبان بعد، سيما على مستوى الدول النامية أين يسود اقتباس الأحكام من مختلف الدول ذات التجربة الأسبق في مجال المنافسة وأحيانا كثيرة بطريقة عشوائية.

هذا، ويلاحظ عموما ازدياد المكانة التي أصبح يتخذها مبدأ حرية المنافسة في مختلف الدول التي اعتمدت اقتصاد السوق، بطريقة ملفتة للانتباه وإلى حد جعل التساؤل مطروحا حول ما إذا كان بالإمكان النظر إليه كمبدأ مستقل عن مبدأ حرية التجارة والصناعة.

وفي الواقع، فإن هذا التساؤل ليس حديثا؛ ذلك أن مسألة العلاقة بين مبدأ حرية المنافسة وحرية التجارة والصناعة، تمتد تاريخيا إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي خلال القرنين 19 و 20؛ ففي قرار قديم لمجلس قضاء Nancy سنة 1853 تم التأكيد على وجوب أن يتحدد مبدأ حرية التجارة والصناعة في ضوء مبدأ حرية المنافسة وليس العكس، وأن هذا الأخير هو الذي يوجه تحليل القاضي، ويعتبر مبدأ طبيعيا ينبغي تعميم استعماله⁽³⁾. وهو الموقف الذي سارت عليه عديد القرارات القضائية اللاحقة، والتي اعتمدت تحليلا بخصوص هذا الموقف، يستند إلى فكرة "السوق"؛ معتبرة أن مبدأ حرية التجارة، طالما أن وجوده، ارتبط بفكرة السوق، فيمكن، إذن تعويضه بمبدأ

(1) Jean Pascal Chazal, Thomas Picot, Dina Waked, L'ambivalence des finalités et des instruments techniques du droit de la concurrence, Cahiers du droit de l'entreprise, N°03, Mai 2013, entretien 3, document 1de 1,dispo/site : www.lexisnexis.fr.

(2) Jean Pascal Chazal, Thomas Picot, Dina Waked, Art prec.

(3) Marth Torre-Schaub, Essai sur la construction juridique de la catégorie de Marché, L.G.D.J, Paris, 2002, p81.

له صلة مباشرة بالسوق وهو مبدأ حرية المنافسة، ووفقا لذلك، أصبح مبدأ حرية التجارة يتحدد في ضوء مبدأ حرية المنافسة⁽¹⁾.

وحتى على صعيد الواقع، فإنه قد يتم توظيف المبدأين واستعمالهما للتعبير عن الشيء نفسه، حتى يبدو وكأن أحدهما يستغرق الآخر جزئيا ؛ ذلك لأن النشاطات التجارية والصناعية، لا تكون في الواقع حرة إذا لم تتحمل مخاطر المنافسة وتستفيد من مزاياها⁽²⁾.

لكن ورغم أن التساؤل، بخصوص العلاقة بين المبدأين لا يزال يطرح حاليا، إلا أنه لا يمكن الحديث عن مبدأ حرية المنافسة بمعزل عن مبدأ حرية التجارة والصناعة، فإذا كان مبدأ حرية المنافسة يرتبط ويتجسد حول "السوق" وقواعد سيرها، فإن مبدأ حرية التجارة والصناعة، يعبر عن نمط للحياة الاقتصادية بأكملها ويرتبط أساسا بالتحول في النمط الاقتصادي، مما يجعله يتجاوز ويستغرق مبدأ حرية المنافسة.

إن ما يؤكد هذا التصور هو اتجاه المؤسس الدستوري من خلال تعديل نص المادة 37 المتعلقة بمبدأ حرية التجارة والصناعة إلى تضمين هذا الأخير مبدأ حرية المنافسة ، كما سبقت الإشارة إليه، وعليه يكون مبدأ حرية المنافسة متفرعا عن مبدأ حرية التجارة والصناعة.

وفي سؤالنا السابق بخصوص أهمية مكانة مبدأ حرية المنافسة، وفيما إذا كان يستمد منها من الواقع أو من قيمة القاعدة القانونية التي أقرته، فإننا نعتقد أن طبيعة القاعدة القانونية التي تقرر المبدأ لها دون شك دور في تحديد أهمية مكانة مبدأ حرية المنافسة، حيث يلاحظ تطور بهذا الخصوص من خلال إشارة المؤسس الدستوري ضمن تعديل 2016 إلى مبدأ حرية المنافسة، الحكم الذي يعد دون شك تفعيل لهذا المبدأ والارتقاء به إلى مصاف القواعد الدستورية، إلا أنه، ومع ذلك، فإن محدودية مجال تطبيق المبدأ على صعيد الواقع يؤدي إلى بقاء مبدأ حرية المنافسة مبدءا صوريا؛ حيث لا يمكننا الوقوف على مدى فعالية القواعد القانونية المتعلقة بالسوق، إلا إذا كانت هذه الأخيرة فعلية.

وبدوره يرتبط مبدأ حرية المنافسة بمبدأ آخر هو مبدأ حرية الأسعار.

(1) Marth Torre-Schaub, Art prec, p 81 .

(2) Ibid .

الفرع الثاني: مبدأ حرية الأسعار

يرتبط مبدأ حرية الأسعار بمبدأ حرية المنافسة، ارتباطا وثيقا، فلا يمكن الحديث عن حرية المنافسة في غياب حرية الأسعار، كما يعد متفرعا عن مبدأ حرية التجارة والصناعة؛ إذ لا يمكن الحديث عن اقتصاد حرّ في ظل نظام أسعار منظمة.

ويقصد بحرية الأسعار، عدم تدخل الدولة لتحديد أسعار السلع والخدمات بصفة إدارية، وترك الأسعار حرة؛ أي خاضعة للآليات الطبيعية للعرض والطلب.

وعلى صعيد "السوق" تعتبر الأسعار أحد العناصر الأساسية المحددة للصراع التنافسي فيها، بحيث تعتبر المنافسة بالأسعار أحد أهم عناصر اللعبة التنافسية، من حيث كونها تدفع المتعاملين الاقتصاديين إلى الاستغلال الأمثل للموارد المسخرة بأقل تكلفة ممكنة⁽¹⁾.

أما عن كون مبدأ حرية الأسعار أحد منطلقات الحماية القانونية للسوق، فذلك لأن آلية السعر، كما يمكن أن تكون وسيلة تنافسية إيجابية، تحفز المؤسسات في سبيل بذل أقصى جهودها من أجل تحقيق أعلى المبيعات في السوق المعنية، وهو ما يعود بالفائدة على الفعالية الاقتصادية وعلى المستهلك، فانه يمكن أن تتحول إلى وسيلة تنافسية سلبية، تظهر في شكل ممارسات منافية للمنافسة، وتأخذ السمة الغالبة فيها شكل اتفاقات تحديد الأسعار، أو تعسف في وضعية هيمنة - كما سنرى ذلك لاحقا-.

ولقد عرف مبدأ حرية الأسعار في الجزائر تطورا تشريعيًا، ابتداء من سنة 1989 (أولا) هذا التطور التشريعي حمل العديد من القيود لمبدأ حرية الأسعار (ثانيا).

أولا: تطور نظام الأسعار في الجزائر

لم يكن من الممكن الحديث عن حرية الأسعار في الجزائر قبل القانون 89-12 المتعلق بالأسعار⁽²⁾؛ حيث كانت هذه الأخيرة تخضع لنظام التحديد الإداري لأسعار المنتجات والخدمات التي تقدمها المؤسسات العمومية تطبيقا للأمر 75-37 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار⁽³⁾.

(1) يتورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص105.

(2) القانون 89-12 المؤرخ في 5 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار.

(3) الأمر رقم 75-7 المؤرخ في 29 أبريل 1975 يتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار، ج.ر عدد 38 لسنة 1975.

ورغم الوسائل القانونية التي وفرتها الدولة بغرض مراقبة الأسعار الإدارية، إلا أن عوامل عديدة أدت إلى انفلات سيطرتها على الأسعار ومن أهمها "عجز المؤسسات العمومية عن تلبية جزء هام من الطلب وتكوّن مخزون هام من السلع لدى الوسطاء، مما أدى إلى نشأة سعر موازٍ في مقابل السعر الرسمي الذي كان مطبقاً من قبل القطاع العام"⁽¹⁾.

وشهدت هذه الفترة فوضى على مستوى أسعار السلع، كان سببها قلة العرض في مقابل زيادة الطلب، كما أثرت بعض سلوكيات المستهلكين أيضاً على تفاقم الأزمة، بسبب إقبالهم على اقتناء ما يفوق حاجياتهم رغبة في توفير مخزون لديهم من السلع.

ويمكن الحديث عن ميلاد مبدأ حرية الأسعار في الجزائر، ابتداءً من 1989 بصدور القانون 89-12، والذي أبقى على نظام الأسعار المقننة، ولكنه أحدث بجانبها نظام التصريح بالأسعار، كما أشارت إلى ذلك المادة 11 منه.

وحسب ما ورد في نص المادة 18 من القانون 89-12، فإنه: "... تخضع جميع السلع والخدمات التي تكون أسعارها غير مقننة لنظام التصريح بالأسعار".

ما يفيد أن نظام الأسعار المقننة يشكل، في ظل القانون 89-12، مبداء بخصوص الأسعار، فيما يشكل نظام الأسعار المصرح بها الاستثناء.

وفي سنة 1995 أفصح الأمر 95-06 صراحة عن مبدأ الأسعار الحرة، ضمن نص المادة الرابعة، معتبرا قواعد المنافسة المعيار الوحيد لتحديد أسعار السلع والخدمات المعروضة من قبل المؤسسات ومع ذلك، فإن مبدأ حرية الأسعار، قد تم تقييده ضمن الأمر 95-06؛ حيث ورد ضمن نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة إشارة إلى إمكان تقييد مبدأ حرية الأسعار بقولها: "... غير أنه، يمكن للدولة أن تقيّد المبادئ العامة لحرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 5 من هذا الأمر".

وبالرجوع إلى المادة الرابعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، يلاحظ أنه قد تم الإبقاء على النص القانوني نفسه، كما ورد ضمن الأمر 95-06 الملغى.

⁽¹⁾ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008، ص506.

وعلى مستوى صياغة هذا النص، يلاحظ اعتماد عبارة "تقييد"، وفيها من الحرص على تدخل الدولة لممارسة حقها في تقييد هذا المبدأ بما يكفي لخدمة المصلحة العامة وعلى رأسها مصلحة المستهلكين.

وبخصوص مصطلح "الدولة" الوارد ضمن هذا النص، فهو ينصرف إلى السلطة التنفيذية؛ التي يمكنها عن طريق سلطتها التنظيمية اتخاذ بعض الإجراءات التي من شأنها تقييد المبدأ العام لحرية الأسعار، للاعتبارات التي حددتها المادة الخامسة؛ ذلك أن الإدارة هي الأقدر على التجاوب مع متطلبات السرعة التي تقتضيها التدابير الخاصة بالأسعار، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإن تدخل السلطة التشريعية - إن اقتضى الحال ذلك - من أجل تقييد أي مبدأ من مبادئ الحرية الاقتصادية، لا يتطلب الإشارة إلى ذلك ضمن النص التشريعي الذي تضمن المبدأ العام⁽¹⁾.

أما عن فحوى الاستثناءات التي تضمنها نص المادة الخامسة من الأمر 03-03، فهي تتعلق بنوعين من الاستثناءات هما: تقييد أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع إستراتيجي واتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكارات الطبيعية.

فبخصوص الاستثناء الأول، فإن مصطلح "السلع والخدمات الإستراتيجية"، قد أثارت بعض التساؤلات بخصوص مضمونها وحدودها، وفي ظل عدم تحديد أي مفهوم للسلع والخدمات الإستراتيجية، فقد تم اعتباره معيارا شكليا؛ بمعنى أن يتم تحديدها من قبل النص التنظيمي الذي تضمن قائمة بهذه السلع والخدمات، وهي سلطة تقديرية ممنوحة لرئيس الحكومة⁽²⁾.

أما عن دور مجلس المنافسة بخصوص هذه الاستثناءات، فلقد أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من الأمر 03-03، قبل تعديلها وهو دور استشاري، وبالفعل فقد أفتى مجلس المنافسة في مختلف مشاريع النصوص التنظيمية المتعلقة بهذه الاستثناءات بآراء إيجابية.

ولقد تدخل المشرع من خلال تعديل الأمر 03-03 بالقانون رقم 10-05 بخصوص مبدأ حرية الأسعار، فكيف يمكن قراءة هذه التعديلات؟

(1) Mustapha Menouer, Op.cit, p42.

(2) Ibid.

إن قراءة نص المادتين الرابعة والخامسة من الأمر 03-03، والمعدلتين بموجب المادتين الثالثة والرابعة من القانون 05-10، تُمكن من القول أن المشرع قد أعاد ضبط مبدأ حرية الأسعار ؛ حيث تضمنت المادة الرابعة المبدأ العام، بتحديد بعض القواعد التي يتم على أساسها ممارسة مبدأ حرية الأسعار، في حين تضمن نص المادة الخامسة الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ.

وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة، نجد أن المشرع، لم يكتف بقواعد المنافسة كضابط لممارسة حرية الأسعار، بل أضاف مقتضيات "المنافسة الحرة والنزيهة" في إشارة إلى ضرورة احترام المؤسسات قواعد اللعبة التنافسية، وعدم استعمال آلية الأسعار من أجل التأثير في القواعد التي ينبغي أن يبنى عليها الصراع التنافسي.

أما عن القواعد التي تتم في إطارها ممارسة حرية الأسعار، فلقد ذكرت الفقرة الثانية من المادة الرابعة بأن تمارس هذه الحرية على أساس قواعد الإنصاف والشفافية، لاسيما فيما يتعلق بما يأتي:

- تركيبية أسعار نشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات واستيراد السلع لبيعها على حالها.
- هوامش الربح، فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها أو تأدية الخدمات.
- شفافية الممارسات التجارية.

وجدير بالذكر أن هذه القواعد ليست على سبيل الحصر، وإنما هي بمثابة أمثلة عن المعايير التي ينبغي أن تبنى عليها أسعار المنتجات والخدمات، ويلاحظ بهذا الخصوص تنوع المعايير المعتمد عليها من قبل المشرع بين تلك المتعلقة بتركيبية الأسعار وهوامش الربح، من جهة وتلك المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية، والتي تحيلنا إلى القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

لكن، ورغم اهتمام المشرع بشفافية الأسعار، إلا أنه في الواقع فإن العديد من التجاوزات تحدث على مستوى الأسعار، حيث لا يتم التصريح بالأسعار حتى مع وجود بعض الالتزامات ضمن القانون 02-04 كفرض نظام الفاتورة مثلا.

وإذا كان مبدأ حرية الأسعار، مبدأً يعبر عن روح الاقتصاد الحر، ويعد امتداداً لمبدأ حرية التجارة والصناعة، فإن التساؤل الذي يطرح، يتعلق بمدى حجية الاستثناءات التي أوردها المشرع على مبدأ حرية الأسعار من خلال التعديل الذي ورد ضمن القانون 10-05 ومدى تأثيرها في المبدأ العام الخاص بحرية الأسعار؟

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الأسعار

زيادة على الضوابط التي أوردها المشرع ضمن نص المادة الرابعة من الأمر 03-03، والمتعلقة بكيفية ممارسة مبدأ حرية الأسعار، أورد نص المادة الخامسة من الأمر 03-03 المعدلة بموجب المادة الرابعة من القانون 10-05 بعض الاستثناءات على مبدأ الأسعار الحرة.

وإذا كان مبدأ حرية الأسعار، باعتباره متفرعاً عن مبدأ حرية التجارة والصناعة، مكفول دستورياً، فإن هناك هامش مضمون لتدخل الدولة لمقتضيات معينة، قد يكون أساسها بعض الاعتبارات ذات البعد الاجتماعي، كحماية القدرة الشرائية للمستهلكين.

حيث أن تدخل الدولة من أجل تقييد مبدأ من مبادئ الحرية الاقتصادية، يجد تبريراً له في الخطورة التي يمكن أن تتجم عن هذه الحرية في ظل هشاشة النسيج الاقتصادي للدولة، ولمحدودية السوق التي لا تشكل بعد مجالاً ملائماً للصراع المتوازن بين العرض والطلب⁽¹⁾.

ومع ذلك، فإن القدر الواسع من الاستثناءات والقيود الواردة على هذه الحرية، يمكن، من ناحية ثانية، أن تحدّ من مجال المنافسة الحرة، التي تعد عماد الابتكار والإبداع، وهو ما سيعود على المدى الطويل بالسلب على المستهلك.

وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، نجد أن المشرع، قد أورد نوعين من الاستثناءات: يتعلق النوع الأول بالحالات العادية، وتهدف إلى المحافظة على استقرار أسعار السلع الضرورية، أما النوع الثاني منها فيتعلق بظروف استثنائية، يكون هدفها تفادي تأثيراتها السلبية على المستهلك، وتطبق هذه الاستثناءات في شكل تدابير تتخذ لهذا الشأن.

(1) الحسين بلحساني، قانون المنافسة وحرية الأسعار بين المؤثرات الخارجية والإكراهات الداخلية، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، العدد الثالث، 2003، ص46.

1- التدابير المرتبطة بالحالات العادية :

اتجه المشرع ضمن تعديل 2010 إلى اعتماد صيغ قانونية محددة، من أجل تقييد حرية الأسعار، وتتمثل هذه الصيغ في تحديد الأسعار، أو تحديد هوامش الربح أو تسقيفها أو التصديق عليها، وهو ما جاء ضمن نص المادة الرابعة من الأمر 03-03 المعدلة والمتممة.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الأمر 03-03، نجد المشرع قد حدد على سبيل المثال لا الحصر الأسباب الرئيسية التي يتم على أساسها اتخاذ هذه التدابير، وتتعلق هذه الأخيرة بـ:

- تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية أو ذات الاستهلاك الواسع في حالة اضطراب محسوس في السوق.

- مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك.

والملاحظ من خلال هذه الأسباب أن المشرع قد اعتمد صياغة جد واسعة، تمنح السلطة التنظيمية مجالاً واسعاً من التدخل من أجل تقييد مبدأ حرية الأسعار.

ومع ذلك، ومحاولة للتخفيف من حدة هذه القيود، فإن المشرع، قد جعل هذه التدابير تتخذ على أساس بعض الإجراءات المسبقة كاستشارة الجهات المعنية ، وهذا ما يقودنا إلى التساؤل بخصوص الجهات التي يمكنها أن تكون محل استشارة السلطة التنفيذية بهذا الخصوص ؟

إن النص السابق ، قد قد فرض ضرورة استشارة القطاعات المعنية في سبيل اتخاذ هذه التدابير، وهو ما يثير الغموض بخصوص المقصود بهذه القطاعات المعنية ؟، فإذا كان الأمر يتعلق بالوزارة التي يتبعها النشاط المعني بهذه التدابير ، فالأمر إذن لن يخرج عن إطار السلطة التنفيذية ، وإن كانت الفائدة من ذلك تظهر من خلال كون القطاع المعني هو الأقرب إلى النشاط ، إلا أنه وعلى صعيد ضمان الضرورة الملحة لتقييد مبدأ حرية الأسعار ، فإن ذلك يبدو دون فائدة.

وفي هذا الإطار، هناك من اتجه إلى التساؤل حول ما إذا كان من الممكن أن توسع دائرة القطاعات المعنية إلى الفاعلين الاقتصاديين؛ أي المؤسسات المنتمية إلى القطاع المعني وكذا إلى ممثلي المستهلكين نحو تطور هام في طريق الديمقراطية⁽¹⁾.

وهو ما نراه اقتراح في محله في ويتجه نحو ضبط تدخل الدولة لتقييد مبدأ حرية الأسعار ضمن الحدود الضرورية.

ومع ذلك، فإن توسيع الاستشارة إلى المؤسسات وممثلي المستهلكين لن تغني عن ضرورة استشارة الهيئة صاحبة الاختصاص، بهذا الشأن، فهل ضمن المشرع لمجلس المنافسة إبداء رأيه بخصوص هذه التدابير؟

إن الرجوع إلى أحكام القانون 10-05، يكشف لنا استبعاد المشرع هذه الاستشارة ضمن تعديل 2010، وهو اتجاه خطير، ذلك أن استبعاد إشراك الهيئة المختصة بالسوق من مجال التدابير التي تهدف إلى تقييد مبدأ حرية الأسعار من شأنه تهميش دور هذه الهيئة، ومساسا بالدور الضبطي لها⁽²⁾.

وعلى صعيد الواقع، فلقد اتخذت العديد من المراسيم التنفيذية في إطار الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الأسعار، سواء أكان ذلك قبل أو بعد تعديل 2010، ونذكر منها على سبيل المثال، المرسوم المتعلق بمادتي الزيت والسكر⁽³⁾، والذي صدر مباشرة بعد أحداث جانفي 2011، فيما عرف "بأزمة الزيت والسكر"، بالإضافة إلى مراسيم أخرى تتعلق

(1) Mustapha Menouer, Op.cit, p46.

(2) إلا إذا كان قصد المشرع هو أن تدخل مجلس المنافسة بهذا الخصوص مضمون من خلال ممارسته صلاحياته الاستشارية بمقتضى نص المادة 36 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 11-108 المؤرخ في 06 مارس 2011، يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، ج.ر عدد 15 لسنة 2011، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 16-87 المؤرخ في 01 مارس 2016، ج.ر عدد 13 لسنة 2016.

بأسعار الدقيق والخبز⁽¹⁾ والحليب المبستر⁽²⁾ والماء الصالح للشرب⁽³⁾، وخدمة نقل المسافرين عبر السكك الحديدية⁽⁴⁾ وسيارات الأجرة⁽⁵⁾... إلخ.

وأخيراً، وعلى صعيد تقييم هذه الاستثناءات، يمكن القول أنه على الرغم من وجهة الأسباب التي تقوم عليها، والتي تصب في إطار مصلحة المستهلك، ورغم طبيعة النصوص التي تتخذ في إطارها، وهي نصوص تنظيمية يمكن التدخل لتعديلها بسهولة حال تغير بعض الظروف ذات العلاقة بالأسعار، إلا أن مرونة هذه الأسباب وعموميتها من ناحية أخرى، من شأنها إعطاء مجال تدخل واسع للإدارة للتأثير على مبدأ حرية الأسعار.

وعلى صعيد الفعالية الاقتصادية، فلا شك أن اتجاه الدولة إلى دعم الأسعار سياسة غير محبذة باتفاق الخبراء الاقتصاديين، فحتى وإن أدى ذلك على المدى القصير إلى الحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك، إلا أنه وعلى المدى الطويل، سوف ينتج عن ذلك أزمات اقتصادية لا محالة يكون السبب الرئيسي فيها ظاهرة التضخم، وهو ما يدفع إلى القول بضرورة أن تتجه الدولة، في هذا الإطار، إلى دعم الإنتاج عوض أن تدعم الاستهلاك.

2- التدابير المرتبطة بالحالات الاستثنائية :

جاء في نص الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من الأمر 03-03 المعدلة قولها : "كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها، حسب الأشكال نفسها في حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر، لاسيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية".

(1) المرسوم التنفيذي رقم 96-132 المؤرخ في 13 أبريل 1996، يتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع، ج.ر عدد 23 لسنة 1996.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 01-50 المؤرخ في 12 فيفري 2001، يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر عدد 11 لسنة 2001 المعدل والمتمم بالمرسوم 16-65 المؤرخ في 16 فيفري 2016، ج.ر عدد 09 لسنة 2016.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 05-13 المؤرخ في 09 جانفي 2005، يحدد قواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به، ج.ر عدد 05 لسنة 2005.

(4) المرسوم التنفيذي رقم 98-269 المؤرخ في 29 أوت 1998، يتضمن تحيين تعريفات نقل المسافرين الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج.ر عدد 65 لسنة 1998.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 02-448 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002، يتعلق بالتعريفات القصوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة "طاكسي" ج.ر عدد 85 لسنة 2002.

يتضح من هذا النص الطابع الاستثنائي لهذا النوع من التدابير ؛ حيث تتخذ هذه الأخيرة لمواجهة ظروف غير عادية تعرضت لها السوق المعنية، نجم عنها ارتفاعا مفرطا للأسعار، وإما أن تتخذ لأسباب بنيوية تتعلق بمنطقة جغرافية معينة أو بحالة من حالات الاحتكار الطبيعي.

فبخصوص تعرض سوق ما من أسواق النشاطات إلى ظروف غير عادية ، فإن ذلك قد يكون بفعل أسباب متعددة ؛ فقد يكون ناتجا عن كارثة طبيعية معينة أو عن ظروف أمنية أدت إلى اختلال السير العادي داخل قطاع النشاط المعني، كما قد ينجم ذلك عن ارتفاع غير طبيعي لسعر المادة الأولية في الأسواق الدولية... إلخ.

كما قد تتجاوز أسباب ارتفاع الأسعار، الأسباب الخارجة عن إرادة المتعاملين، إلى أسباب مفتعلة للتأثير في الأسعار؛ إذ قد يكون الارتفاع مرتبطا بمناسبات معينة، كما يحدث تحديدا خلال شهر رمضان أو الأعياد الدينية الأخرى.

ولقد ورد ذكر الأسباب التي تؤدي إلى اتخاذ تدابير في مجال الأسعار على سبيل المثال، لا الحصر؛ إذ استعمل المشرع ضمن النص أعلاه عبارة "لاسيما" التي تفيد التخصيص دون الحصر.

وعليه، فإنه يمكن للدولة أن تواجه عن طريق هذه التدابير أي ارتفاع مفرط للأسعار، مهما كانت الأسباب التي أدت إلى هذه الوضعية، حتى ولو نشأت عن وضعية هيمنة تعسفت المؤسسة في استغلالها، وهو ما حدث ضمن "أزمة الزيت والسكر" مطلع 2011 عندما وجهت أصابع الاتهام لمؤسسة Cevital بتسببها في ارتفاع أسعار المادتين كنتيجة لهيمنتها على السوق⁽¹⁾، وهو ما أدى إلى تدخل الدولة عن طريق المرسوم التنفيذي 11-108 لتحديد السعر وهوامش الربح القصوى للمادتين.

أما عن الأسباب البنيوية، فهي تتعلق إما بقطاعات النشاط أو المناطق الجغرافية التي تشهد صعوبات مزمنة في التموين، وإما بالاحتكارات الطبيعية.

ومن ثمة، فإنه قد يتم تقييد مبدأ حرية الأسعار ضمن قطاعات أو مناطق جغرافية لم ترق بعد إلى مستوى السوق التي ينتظم فيها التموين، إما لبعدها أو وعورة مسالكها أو لعدم

⁽¹⁾ Mustapha Menouer, Op.cit, p46.

جاذبيتها⁽¹⁾ وتنطبق هذه الحالة على كثير من المناطق التي تنعدم فيها شبكة الطرقات مما يجعلها مناطق معزولة.

أما حالات الاحتكار الطبيعي، فهي تلك التي تنشأ نتيجة وجود متعامل وحيد في قطاع النشاط - كما سبق - ونظرا لأن هذه الوضعية تتميز بانعدام المنافسة أصلا، فإن الدولة تتدخل عن طريق هذه التدابير، لتعيد الأسعار إلى استقرارها في حال تعرض السوق إلى اضطراب.

ونتيجة للطابع الاستثنائي لهذه التدابير، فإن المشرع، وكما يبدو، من خلال نص الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من الأمر 03-03، قد قيد تدخل الإدارة بخصوص هذه التدابير بمجموعة من القيود، يمكن إجمالها في:

- ضرورة أن يكون الارتفاع مفرطاً وغير مبرر، وهو ما يعبر عن الطابع الاستثنائي لهذه التدابير.

- أن يستند هذا الارتفاع إلى أسباب جدية، وتبلغ حداً من الجسام.

- أن تتخذ هذه التدابير طابعاً مؤقتاً؛ باعتبارها مقررّة لمواجهة ظروف مؤقتة بطبيعتها، ومع ذلك، فإن المشرع لم يحدد حداً أقصى لهذه التدابير، كما كان عليه الحال ضمن النص السابق قبل تعديل 2010.

وفي الأخير يمكن القول أن الأهمية التي تكتسبها الأسعار على مستوى العلاقات بين المؤسسات من جهة ونتيجة لارتباطها المباشر بالمستهلك من ناحية ثانية، هي التي أدت إلى اهتمام التشريع المتعلق بالمنافسة بها، سواء من خلال حظر الممارسات التي تأخذ من الأسعار وسيلة للتعسف أو من خلال تدخل المشرع لتقييد مبدأ حرية الأسعار.

ورغم أن مراعاة البعد الاجتماعي أمر معمول به في مختلف الدول حتى المتقدمة منها، إلا أن المغالاة في الاستثناءات الخاصة بحرية الأسعار يؤدي إلى إفراغ المبدأ من محتواه.

ومع ذلك، فإن المنافسة لا تنعدم في حالة تسقيف الأسعار أو تحديدها؛ حيث تأخذ في الأولى شكل المنافسة فيما بين الحد الأدنى والأقصى، بينما تأخذ في الثانية شكل المنافسة عن طريق النوعية.

(1) الحسين بلحساني، المرجع السابق، ص 47.

المبحث الثاني: النظام العام الاقتصادي

يعبر النظام العام في مدلوله الواسع عن جملة المصالح الأساسية للمجتمع، ومن الطبيعي أن تشكل المصالح الاقتصادية أحد مفردات هذه المصالح، وهو ما يؤدي إلى اعتبار قواعد النظام العام الاقتصادي جزءا من قواعد النظام العام الكلاسيكي.

غير أن خصوصية القواعد المتعلقة بالجانب الاقتصادي قد أدت إلى نشأة " النظام العام الاقتصادي" كفكرة أخذت في التطور والاستقلالية عن قواعد النظام العام الكلاسيكي، حتى أصبحت محل اهتمام الباحثين، وأخذت حيزا هاما ضمن الفكر القانوني.

ولقد تعززت فكرة النظام العام الاقتصادي في إطار علاقة جديدة بين الدولة والاقتصاد، كانت نتيجة حدوث تطور لدور الدولة في الحياة الاقتصادية؛ فبعد ما كانت هذه الأخيرة جزءا من الوظيفة الإدارية للدولة، أصبحت مهمة يشترك فيها الخواص، بل قد يقتصر دور الدولة على إرساء التوازنات بين المصالح المتعارضة، بما يخدم مصلحة الجماعة.

وعليه، تندرج قواعد الحماية القانونية للسوق، التي تضمنها قانون المنافسة، باعتبارها قد نشأت في سياق العلاقة الجديدة للدولة بالاقتصاد، فهي لا تعدو إلا أن تكون جزءا من قواعد النظام العام الاقتصادي، إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار فكرة النظام العام الاقتصادي تشكل الأساس الذي انطلقت منه هذه القواعد، كونها تشكل تقييدا أو حدا من الحرية الفردية، وهو أمر غير مقبول في غياب مبرر يسمح بذلك.

إن الإحاطة بفكرة النظام العام الاقتصادي، أو محاولة تحديدها يتأتى من خلال الحديث عن كيفية نشأة الفكرة ودواعي انفصال النظام العام الاقتصادي عن النظام العام الكلاسيكي (المطلب الأول)، يضاف إلى ذلك أن عدم ثبات فكرة النظام العام بشكل عام، باعتباره مفهوما مرنا متطورا، جعل النظام العام الاقتصادي يعرف تطورا في مضمونه نتج عنه السير تدريجيا من نظام عام اقتصادي إلى أنظمة عامة اقتصادية، من أمثلة النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي، مما يستدعي تحديد موقع القواعد الخاصة بحماية السوق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نشأة فكرة النظام العام الاقتصادي

إن استقلالية فكرة النظام العام الاقتصادي عن النظام العام الكلاسيكي، لا تنفي أبدا حقيقة أن قواعد هذا النظام، قد نشأت في كنف النظام العام الكلاسيكي، ولا تختلف عن هذا الأخير من زاوية ما تمثله من ضوابط لممارسة الحرية الاقتصادية، ومن ناحية أخرى، فإن فكرة النظام العام الكلاسيكي ذاتها قد تأثرت بتطور العلاقة بين الدولة والاقتصاد، ما يجعل الحديث عن نشأة فكرة النظام العام الاقتصادي يقود لا محالة إلى الحديث عن فكرة النظام العام الكلاسيكي (فرع أول) لاستخلاص خصوصية النظام العام الاقتصادي (فرع ثان).

الفرع الأول: النظام العام وفق التصور الكلاسيكي

رغم الإجماع الحاصل حول صعوبة إيجاد مفهوم محدد لفكرة النظام العام، إلا أنه برزت العديد من المحاولات الفقهية التي أعطت وصفا للنظام العام، هذا الأخير الذي يتحدد أكثر من خلال ما يتميز به من خصائص (أولا)، كما أن تعلق النظام العام بالمصلحة العامة، قد أدى إلى شموله العديد من المجالات ضمن فروع القانون العام والقانون الخاص (ثانيا).

أولا: مفهوم النظام العام وخصائصه

لا يمكن الاستناد إلى ما كتب الفقه بخصوص النظام العام من أجل تحديد مفهوم لهذا الأخير، ومع ذلك، فإن مجمل ما عبر به الفقه عن النظام العام يبرز خصوصية الفكرة وأهميتها. وفي هذا السياق، كتب Henri des Roziers عن النظام العام بأنه: "مصطلح يمكن إدخاله في عداد المصطلحات الغامضة، التي لا تفيد شيئا معينا بذاته"⁽¹⁾، كما وصفه الفقيه Pascal، بأنه: "من المصطلحات التي تملأ الأذان دون العقول"⁽²⁾، وفي السياق ذاته، عبر الفقيه Pilon عن النظام العام بالقول: "أن البحث عن تعريف للنظام العام هي المغامرة على رمال متحركة"⁽³⁾، أما الفقيه Japiot فقد ذهب إلى القول بأن: "النظام العام يستمد جزءا من عظمته من الغموض الذي يحيط به"⁽⁴⁾، وكتب القاضي الإنجليزي Burrough عن النظام العام بأنه: "امتطاء حصان جامح تعجز عن معرفة الوجهة التي سيأخذك إليها"⁽⁵⁾.

(1) مشار إليه في: تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 276.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) مشار إليه في: بلهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص 380.

(4) مشار إليه في: بن معمر عوينات نجيب، النظام العام بين سلطة المشرع والتكليف القضائي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص 440.

(5) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وفي محاولات أخرى، في سبيل إيجاد مفهوم يلخص مضمون النظام العام، عرفه Philippe Malaurie بأنه: "حسن عمل المؤسسات الضرورية للجماعة"⁽¹⁾.

في حين ذهب الأستاذ السنهوري في وصفه للنظام العام بأنه: "الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتماشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة"⁽²⁾.

وقريب من هذا المفهوم، يذهب عدة فقهاء إلى تعريف النظام العام بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تعلو على المصلحة الفردية، وتهم المجتمع، سواء أدخلت تلك المصالح في المجال السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الخلقي، ولو لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي"⁽³⁾.

ويتميز النظام العام بعدة خصائص، يمكن إجمالها في طابعه السلبي وطابعه المادي وقواعده الأمرة، ومرونة قواعده.

ويظهر الطابع السلبي للنظام العام من خلال ارتباطه بالحرية الفردية التي يجيزها أو يضمنها القانون؛ وفي هذا الاتجاه ذهبت عديد قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، والتي اعتبرت أن تقييد الحرية الفردية يستمد مشروعيتها من مقتضيات الحفاظ على النظام العام.

وحتى على المستوى الأوروبي، أين يوصف القانون الأوروبي بإيلاء الأهمية للحرية الفردية، والاتجاه نحو كسر القيود، لم تهمل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، مقتضيات النظام العام في ضبط مختلف الحقوق والحرية الأساسية؛ حيث جاء في نصها الحادي عشر (11) المتعلق بحرية التجمع وتكوين الجمعيات بأنه: "لا تفرض على ممارسة هذه الحقوق أي قيود سوى ما ينص عليه القانون ويكون ضروريا في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي أو سلامة الجمهور... وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة أو الآداب العامة"⁽⁴⁾.

(1) مشار إليه في: عمارة مسعودة، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص 398.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000، ص 437.

(3) بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص 380.

(4) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان (مواثيق واتفاقيات)، متوفرة على الموقع: <http://anhri.net>

وعليه، يقتصر المفهوم التقليدي للنظام العام على بيان التصرفات التي لا يجوز إبرامها ؛ إذ تعد قاعدة المنع الأساس الذي يبنى عليه النظام العام، فقواعد النظام العام بالمفهوم التقليدي في الغالب متعلقة بمرحلة إبرام العقد، وفي ذلك دليل على الاتجاه نحو منع التصرفات حفاظا على النظام العام⁽¹⁾.

ومن ذلك ما ورد ضمن نصوص القانون المدني من بطلان مطلق للعقد لعدم مشروعية السبب بسبب مخالفته للنظام العام أو الآداب⁽²⁾.

ولكن شيئا فشيئا، تحول النظام العام إلى بديل إيجابي، يتمثل في أنه أساس التنظيم الاجتماعي ذاته، والضرورة الملحة للمجتمع⁽³⁾ ؛ إذ يكاد يكون الإجماع حاصلًا حول ضرورة نقل فكرة الجانب الإيجابي للنظام العام، فرغم ظهوره بمظهر المقيد للحريات الفردية، إلا أن المتمتع بشكل جيد، يجد أنه كلما ازدهرت فكرة النظام العام، كلما اتسعت دائرة الحريات، لأنه يعد حارسها الأمين⁽⁴⁾.

وهو ما ارتبط أساسا بالتطور الذي حصل في مفهوم النظام العام التقليدي، سيما ظهور ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي ؛ والذي أبرز في إطار جلي البعد الإيجابي للنظام العام، في أنه يهدف إلى تحديد ما يجب أن يتبعه الأفراد من تصرفات أو سلوكيات أيضا وليس ما يمتنعون عنه فحسب.

وبخصوص الطابع المادي للنظام العام، فقد اتجه الفقه التقليدي وعلى رأسه الفقيه "هوريو" إلى أن مضمون فكرة النظام العام الذي تحميه سلطة الضبط الإداري، ينبغي أن يكون ماديا ؛ أي يقتصر على العناصر التقليدية الثلاث للنظام العام⁽⁵⁾.

ولقد أشار المشرع الجزائري إلى هذه العناصر المادية للنظام العام، ضمن قانون البلدية⁽⁶⁾ حيث تمت الإشارة إلى بعض العناصر المادية للنظام العام والمتمثلة في السكنية العامة

(1) بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص381.

(2) المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

(3) يتورسي محمد، المرجع السابق، ص273.

(4) صايش عبد المالك، نظام عام واحد وتسميات متعددة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص706.

(5) فيصل نسيغة / رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق، العدد الخامس، جوان 2009، ص167.

(6) وتمثل هذه العناصر الثلاث في : الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة ؛ وقد أشار إليها القانون 10-11 المؤرخ في 22 جوان 2011 والمتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 لسنة 2011 ضمن المادة 88 بأن : "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت إشراف الوالي بما يأتي : - السهر على النظام والسكنية والنظافة العمومية".

والنظافة العمومية، كما وردت أيضا الإشارة إلى هذه العناصر ضمن قانون الولاية⁽¹⁾. ورغم كون العناصر المادية للنظام العام التقليدي مستقرة ضمن مختلف الأنظمة القانونية، إلا أن فكرة النظام العام، قد لازمتها فكرة أخرى، تمتزج بها أحيانا، وتعد مكملة لها حسب البعض⁽²⁾ وهي فكرة الآداب العامة، حتى أن المشرع يستعمل أحيانا المصطلحين للتدليل على الأمر ذاته، وهو ما يعد توسيعا لفكرة النظام العام⁽³⁾.

ودائما في إطار توسعة مجال النظام العام، يستأنس الفقه، بقضاء محكمة النقض الفرنسية؛ الذي ذهب إلى التأكيد على "أن السبب في العقد يكون محرما في الحالة التي يكون فيها مخالفا للنظام العام ولحسن الآداب العامة ولو لم يوجد نص قانوني يحرمه"⁽⁴⁾.

وهذا ما يؤدي إلى بروز خاصية أخرى للنظام العام وهي مرونته ؛ والتي تجعله يتجاوز حدود التشريع ؛ إذ يجد القاضي سلطة واسعة في تحديد ما يعدّ من النظام العام، وما لا يعد كذلك.

فقواعد النظام العام لا تقتضي حتما وجود نص قانوني، بل قد يتدخل القاضي ويتجاوز حدود تطبيق النصوص، إلى التدخل لخلق أحكام قانونية.

كما يمكن أن يتم ذلك من خلال الانطلاق من نص تشريعي ليفسره التفسير الملائم لروح عصره؛ حيث يكاد يكون القاضي مشرعا في هذه الدائرة المرنة⁽⁵⁾.

غير أن القاضي، وهو يخلق هذا الحل، إنما يستوحيه من قاعدة عامة استنبطها من جوهر القانون أو من صميم المبادئ العامة للقانون النابعة عن الفكرة العامة السائدة في الدولة⁽⁶⁾.

ثانيا: مجال النظام العام الكلاسيكي وهدفه

لا تتحدد قواعد النظام العام، ضمن روابط القانون العام فقط، كالقواعد الدستورية، والنظم الإدارية والمالية والحريات العامة، وأنظمة التقاضي والقوانين الجنائية... إلخ، بل تمتد أيضا إلى علاقات القانون الخاص، كالأحوال الشخصية والمعاملات المالية، باعتبار أن كثيرا من روابط

(1) القانون رقم 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، ج.ر. عدد 12 لسنة 2012، حيث ورد ضمن المادة 114 بأن :

"الوالي مسؤول على المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية"

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 437.

(3) كما ورد ضمن المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

(4) نقلا عن : تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 292.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 437.

(6) علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 273.

القانون الخاص تحقق مصلحة عامة، وتعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات بينهم.

ففي مجال القانون المدني، يتخذ من النظام العام معيارا لرسم الحدود بين ما يجب أن يخضع له الأفراد وما يجوز لهم الاتفاق على مخالفته، وتكون الغاية من ذلك، حماية الطرف الضعيف في العقد أو حماية الغير حسن النية. كما يعد القانون الدولي الخاص مجالا خصبا لقواعد النظام العام؛ إذ يعطل تطبيق القانون الأجنبي من قبل قاضي الدولة في حال مخالفته للنظام العام⁽¹⁾.

أما بخصوص الهدف من النظام العام، فإن الإجماع يكاد يكون حاصلا على مستوى الفقه القانوني حول اعتبار المصلحة العامة معيارا للنظام العام وهدفا له، فما يبرر القيود التي تفرضها قواعد النظام العام هي مقتضيات المصلحة العامة⁽²⁾.

إن ما يؤدي إلى الربط بين المصلحة العامة والنظام العام هو أنهما يشكلان قيودا في وجه الحريات الفردية، فلا يمكن مثلا استعمال مصطلحي المصلحة العامة والمنافسة، إلا للحديث عن علاقة متعارضة بين الأمرين، فإذا تم تغليب إحداهما، نتج عنه حتما تراجعاً للأخرى⁽³⁾.

أما عن مفهوم المصلحة العامة -في حدّ ذاته- فهو دون جدوى حسب الأستاذ Clamour إذا ما تمّ النظر إلى الغاية أو الوظيفة التي تسعى إلى تحقيقها ؛ بحيث تصبح الطريقة المثلى لتوظيف المصطلح أو الفكرة أكثر جدوى من مضمون الفكرة في حدّ ذاتها، وهو ما أدى إلى القول، بأنها فكرة يتم استعمالها دون إمكان تحديدها⁽⁴⁾.

ففي مجال العقود مثلا، أسفر عن توظيف فكرة المصلحة العامة، الاتجاه نحو التضييق من الحرية التعاقدية، والذي يعد دليلا على التغيير الذي عرفته القواعد المنظمة للعقد، لكن ليس في طبيعتها ؛ إذ تبقى دوما خاضعة للقانون الخاص، وإنما من حيث

(1) بن معمر عوينات نجيب، المرجع السابق، ص 447.

(2) "وأساس فكرة النظام العام هي المصلحة العامة، والتي تتضمن المصلحة الاجتماعية، والسياسية، والأدبية، والاقتصادية..." : محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى 1992، 1993، ص 218.

(3) Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence (Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché), Dalloz , Paris, 2006, p16.

(4) Ibid.

الهدف، الذي أصبح يخضع للقانون العام⁽¹⁾، وهو ما ولد مصطلح "عميمة العقد" (la publicisation du contrat) كتصور يعبر عن غزوقواعد القانون العام القانون الخاص، وذلك بغرض تحقيق هدف عام يفرض استعمال أحكام القانون العام لتطبيقها على موضوعات القانون الخاص، تماما كما يتم توظيف بعض تقنيات القانون الخاص من قبل القانون العام⁽²⁾.

وإذا كانت المصلحة العامة كفكرة إيديولوجية، هي فكرة ثابتة، إلا أنه، وعلى صعيد التوظيف القانوني للفكرة، فإن تحولات عميقة، قد عرفتها المصلحة العامة، يمكن إجمالها ضمن التغيرات التي عرفتها الدولة، والسير نحو تعدد الأنظمة القانونية، وإيجاد أشكال جديدة للشرعية في إطار الاتجاه نحو تفضيل قواعد القانون المرن (Soft Law) ونتج عن ذلك، أن أصبحت المصالح الخاصة من ملحقات أو مشتقات المصلحة العامة⁽³⁾.

وبذلك حدث اتساع في مفهوم المصلحة العامة، بفعل ما يسمى "بالظاهرة الجماعية" ؛ أي اعتبار بعض المصالح الخاصة تحوز على خاصية العموم، حينئذ تصبح المصلحة الجماعية المكونة من مجموع المصالح الفردية ترجمة للمصلحة العامة، كالتجمعات النقابية مثلا⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: انفصال فكرة النظام العام الاقتصادي عن النظام العام الكلاسيكي

لم تعد فكرة النظام العام الكلاسيكي، قادرة على استيعاب التطورات التي حصلت على مستوى الروابط القانونية، فانفصلت أنظمة عامة أخرى، عن النظام العام، وهو ما أدى إلى الحديث عن نظام عام متخصص.

ومن هنا تبلورت فكرة النظام العام الاقتصادي إثر التطور الذي حصل لدور الدولة في هذا المجال (أولا)، وتميز النظام العام الاقتصادي بخصائص ومضمون اختلف عن النظام العام الكلاسيكي (ثانيا) ، وبرزت في إطاره قواعد عديدة منها القواعد الخاصة بحماية السوق (ثالثا).

(1) فاضل خديجة، عميمة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص35، مع ملاحظة أن الأصح من الناحية الاصطلاحية هو مصطلح "العميمة وليس مصطلح العميمة"

(2) أحمد شرف الدين، فكرة القانون الاقتصادي، القاهرة، 1988، ص15.

(3) Guylain Clamour, Op.cit, p20.

(4) فاضل خديجة، المرجع السابق، ص42.

أولاً: مفهوم النظام العام الاقتصادي

إن من البديهيات التي ارتبطت بفكرة النظام العام وميزته عن غيره طابعه المرن المتغير؛ فلم يعرف النظام العام من حيث مضمونه استقراراً مكن من ضبطه، بل تغير بتغير المذهب الاجتماعي السائد.

فقد ارتبطت فكرة النظام العام في بداياتها بالثورة الفرنسية ومبادئها الراسخة وعلى رأسها مبدأ الحرية الفردية؛ إذ تلخص مفهوم النظام العام ضمن القانون الانتقالي للثورة الفرنسية من خلال مبادئ هذه الأخيرة ذاتها، وتم اعتبار كل مساس بهذه المبادئ مخالفاً للنظام العام⁽¹⁾.

وهو الموقف الذي تعزز بعد ذلك من خلال التقنين المدني الفرنسي، حيث برزت فيه الإرادة كعنصر أساسي في تكوين العقد، وهو ما أطلق عليه "مبدأ سلطان الإدارة"، الذي تقرر من خلاله ضرورة حماية الحرية الفردية وتقديسها وعدم تقييدها إلا بما كان يمثل خدمة للحرية الفردية ذاتها⁽²⁾.

فقد كان لمبدأ سلطان الإرادة، في ظل المذهب الاقتصادي الفردي للقرن الثامن عشر تأثيراً على مضمون النظام العام؛ حيث سادت فكرة العدالة التعاقدية، والتي لا يمكن أن تكون حسب هذا المذهب، محددة من الخارج، وبشكل موضوعي، بل الاتفاقيات بحد ذاتها وعن طريق اللعبة الحرة للعرض والطلب هي التي تخلق ما هو عادل، فالعدالة التعاقدية، واقع طبيعي تحدده المنافسة الحرة، مما يجعل أي تدخل في العقود الحرة بذريعة تصحيحها ادعاءً ظالماً⁽³⁾.

وهو ما أدى إلى استنتاج قاعدة مفادها الربط بين حدود النظام العام والحرية الفردية، وفي هذا الإطار، ذهب الأستاذ السنهوري إلى أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، فهذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تحميه إذا كان ضعيفاً ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً⁽⁴⁾.

غير أنه، وعلى ما يبدو، أن هذه القاعدة قد تجاوزها الزمن؛ ذلك أنه قد حصل تهذيب في فكرة الحرية ذاتها، فالليبرالية المتوحشة التي تطلق العنان للفرد لم يعد لها وجود، وعليه فإن سيادة

(1) عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 374.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

(مجد)، بيروت، الطبعة الثانية، 2008، ص 48.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 437.

مبادئ ليبرالية معتدلة، قد فرضت توازنا بين المصلحتين الخاصة والعامة كما أن حدوث تطور علمستوى مفهوم المصلحة العامة ذاتها، من شأنه أن يوسع من دائرة النظام العام حتى في ظل نظام الاقتصاد الحر، غاية ما في الأمر أن هذا الأخير قد ظهر بثوب جديد.

إن التطور الذي حصل في فكرة النظام العام، كان ناتجا عن فشل الحرية التعاقدية في تحقيق التوازن المطلوب، حيث أن طرفي العقد وفي أغلب الأحوال لا يتساويان من ناحية القوة الاقتصادية، فوجود طرف أقوى من الآخر قد أدى إلى فشل منطق العدالة التعاقدية⁽¹⁾.

وهذا ما يفيد أن الحديث عن تطور فكرة النظام العام الكلاسيكي هو حديث عن فكرة جديدة هي النظام العام الاقتصادي؛ إذ أن عدم التوازن في العلاقات التعاقدية ذو بعد اقتصادي، يتم تصحيحه عن طريق قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي-كما سنرى-

ومن ناحية ثانية، فإن تغير وظيفة الدولة، قد أثر في فكرة النظام العام، فاهتمام الدولة بالاقتصاد أدى إلى تنظيم العلاقات الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وتبادل واستهلاك، وضمان حرية السوق عن طريق تكريس قانون العرض والطلب⁽²⁾.

وكما هو الشأن بالنسبة للنظام العام الكلاسيكي، فإنه لم يتم الاتفاق حول مفهوم للنظام العام الاقتصادي، وإن كان هناك من اعتمد على مفهوم له من خلال الآثار المترتبة عليه؛ أي تقييد الحريات الفردية، بالقول هو "تقييد حريات الأفراد في تصرفاتهم القانونية" أو هو "إحلال إطار سلطوي محل التنظيم الحر للعلاقات التعاقدية، وذلك بهدف ترقية معيشة الجماعة وإشباع حاجات أفرادها"⁽³⁾.

وقد ذهب في ذلك أيضا George Ripert بأن "فكرة النظام العام تتسع لتشمل عنصرا جديدا هو النظام العام الاقتصادي، الذي يهدف إلى إشباع حاجات ملحة تتجاوز نطاق الهدوء والأمان، وتخول سلطات الضبط الحق في أن تضع في الاعتبار بعض الغايات الاقتصادية التي تعد متطلبات جديدة للنظام العام"⁽⁴⁾.

(1) عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص375.

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص181.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص399.

وترتبط على ذلك، شكلت فكرة النظام العام الاقتصادي، منطلقاً أساسياً لصياغة العديد من القواعد القانونية الرديعية، التي مست أنشطة اقتصادية ومالية مختلفة، واستدعتها مقتضيات اقتصادية كتنظيم المنافسة وحركة الصرف وعمليات التجارة الخارجية... إلخ.

وشيئاً فشيئاً أصبحت قواعد النظام العام الاقتصادي القواعد الأكثر اهتماماً من قبل الفقه القانوني، وأصبح ذو خصوصية من ناحية قواعده و يحتمل بدوره الانقسام.

ثانياً: خصائص النظام العام الاقتصادي وأقسامه

يتميز النظام العام الاقتصادي عن النظام العام الكلاسيكي ببعض الخصائص، يمكن إجمالها في بعده الإيجابي واستغراقه للقواعد الآمرة، والتأرجح بين إمكان تأثيره عدم إثارته من قبل القاضي دون تدخل من صاحب مصلحة.

فبخصوص البعد الإيجابي، وعلى خلاف النظام العام الكلاسيكي، الذي يظهر ذو بعد سلبي في اقتضائه على ممنوعات يجب احترامها، يظهر ضمن النظام العام الاقتصادي بعد إيجابي يتمثل في فرض سلوكات معينة واجبة الإلتباع؛ حيث تتدخل الدولة بنصوص قانونية دقيقة وتفرض سلوكاً معيناً في إطار علاقات التبادل الاقتصادية من إنتاج وتوزيع واستهلاك... إلخ⁽¹⁾.

أما عن طبيعة قواعد النظام العام الاقتصادي، فإن الحديث عن الطبيعة الآمرة لقواعده لم يعد مجدياً، لانتساع قواعده و امتدادها إلى القواعد المتعلقة بحماية مصلحة فردية هدفها تحقيق مصلحة جماعية، وهو ما أدى إلى استغراق كل القواعد ذات الطبيعة الآمرة من قبل النظام العام وليس العكس⁽²⁾.

أما بخصوص إثارة القاضي قواعد النظام العام الاقتصادي من تلقاء نفسه، فإنه ثمة فرق بين النظام العام التوجيهي الذي يتفق مع النظام العام الكلاسيكي في إمكان إثارته من قبل القاضي أو سلطة الضبط أو هيئة المنافسة، وبين النظام العام الحمائي الذي لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، بل عليه التقيد بمصلحة الطرف الجدير بالحماية في العقد⁽³⁾.

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 288.

(2) - بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص 387-388.

- وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأحكام المتعلقة بالنظام العام التوجيهي لا تختلف عموماً عن أحكام النظام العام الكلاسيكي من حيث عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها، بينما الأحكام المتعلقة بالنظام العام الحمائي، فقد تجوز مخالفتها لصالح الطرف الضعيف أي عن طريق الزيادة في الحقوق وليس عن طريق الإنقاص منها: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 289.

(3) بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص 389.

أما على صعيد أقسام النظام العام الاقتصادي، فقد اعتمد الفقيه Carbonnier⁽¹⁾ تصنيفاً في إطار النظام العام الاقتصادي، اعتمده بعد ذلك الفقه، يجعل من النظام العام الاقتصادي إما نظاماً عاماً حمائياً أو نظاماً عاماً توجيهياً.

فأحياناً تكون هناك حاجة لتوجيه الحياة الاقتصادية بما يخدم مصلحة الجماعة، فتجبر قواعد النظام العام الأفراد على المساهمة في غاية اقتصادية واجتماعية لا يرغبون فيها، وأحياناً أخرى يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء، فتوفر له قواعد النظام العام هذه الحماية⁽²⁾.

ويقصد بالنظام العام الحمائي، جملة القواعد التي تهدف إلى حماية فئة معينة في المجتمع، وفي إطار علاقة عقدية يراد بها حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة⁽³⁾.

فليس فقط المجتمع أو الجماعة، معنية بالحماية ضد اتفاقات الأفراد بواسطة النظام العام، ولكن، وفي حالات عديدة، فإن الفرد تجب حمايته من الاتفاقات التي يبرمها هو نفسه، وفي هذا مظهر خاص للنظام العام يتلخص في حماية الفرد من نفسه⁽⁴⁾.

ويمكن اعتبار التشريعات الخاصة بعلاقات العمل، وكذا القواعد الخاصة بحماية المستهلك من قواعد النظام العام الحمائي.

وعلى خلاف النظام العام الحمائي، فإن النظام العام التوجيهي، يهدف إلى توجيه العلاقات الاقتصادية من أجل ضمان تحقيق التوازنات المرغوبة، وهو تدخل مباشر في تنظيم المعاملات من أجل تحقيق مصلحة عامة⁽⁵⁾.

إن الاختلاف بين النوعين من النظام العام الاقتصادي، قد أدى إلى النظر إلى قواعد النظام العام الحمائي على أنها جزء من وظيفة النظام العام وفق تصوره الكلاسيكي، بل أنه يساهم في

(1) Jean Hauser-Jean-jacques Lemouland, Ordre public et bonnes mœurs, Répertoire du droit civil, Dalloz, janvier 2015, (actualisation : juin 2016), dispo/site : www.dalloz.fr.lama.univ-amu.fr.

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 281.

(3) سناح فطيمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، ص 447.

(4) بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص 384.

(5) سناح فطيمة، المرجع السابق، ص 415.

استقرار النظام العام الكلاسيكي، في حين أن قواعد النظام العام التوجيهي تختلف عن التصور الكلاسيكي للنظام العام في كونها غير مستقرة و تتبع السياسات الاقتصادية المنتهجة⁽¹⁾.

وبهذا المعنى، يبدو أن القواعد الخاصة بحماية السوق تندرج ضمن قواعد النظام العام التوجيهي، باعتبارها تندرج ضمن سياسة المنافسة الحرة، فهل من إجماع على ذلك؟

ثالثا: النظام العام الاقتصادي وقواعد حماية السوق

إن الهدف الأساسي لقانون المنافسة في فسخ المجال لآليات العرض والطلب، لضمان حسن آليات اقتصاد السوق وحرية الدخول إليها والتعامل وفق مقتضيات المنافسة الحرة، يجعل من مضمون النظام العام التوجيهي في أنه يهدف إلى تحقيق التوازنات المرغوبة مضمونا متوافقا ومنسجما مع أهداف الحماية القانونية للسوق التي تضمنها قانون المنافسة.

وفي إطار النظام العام، ذهب الفقيه Savatier إلى ضرورة التمييز بين القواعد ذات الطبيعة التقنية (techniques) والقواعد ذات الطبيعة المعيارية (éthiques)⁽²⁾، حيث تتسجم القواعد ذات الطبيعة المعيارية مع النظام العام الحمائي، الذي يبحث عن التوازن العقدي بين طرف قوي وآخر ضعيف، في حين غاية القواعد التقنية هي ترقية التطور، وهذا ما يمكن من رسم حدود قواعد المنافسة من خلال إبعاد القواعد ذات الطبيعة المعيارية؛ ذلك أن قانون المنافسة، يتكون من جملة الآليات أين يكون الهدف المباشر هو حماية السوق⁽³⁾. وهو الهدف الذي يتحقق من خلال قواعد تقنية.

أما عن هدف قانون المنافسة في حماية السوق، فإنه يظهر من خلال عدم اهتمامه بالعلاقة بين المتعاملين الاقتصاديين، ولا بالسياسات المنتهجة من قبل هذه المؤسسات في السوق إلا بالقدر الذي تحقق فيه الحماية الكافية للسوق.

ولكن ما مدى الاتفاق حول كون قواعد المنافسة تبتعد عن حماية المتعاقدين؟

استنادا إلى وجهة نظر مقابلة، فإن حماية السوق من مختلف العقبات التي يمكن أن تكون نتيجة للمنافسة، قد تأتي من حماية المتعاملين؛ لأنه وحسب النظريات الاقتصادية فإن أهم خطر بالنسبة للسوق هو الاحتكار، وحتى نحمي السوق لابد من حماية المتنافسين أو بعبارة أخرى أن

(1) Jean Hauser-Jean jacques Lemouland , Art prec .

(2) Anne - Sophie Choné , les abus de domination, Economica, Paris, 2010, p68.

(3) Ibid.

حماية السوق ،وان كانت هدفا يقوم عليه قانون المنافسة ،إلا أن تحقيقه يستوجب ضمان حماية للمتنافسين في السوق⁽¹⁾.

بل قد تكون سياسة المنافسة تهدف إلى حماية المتنافسين بغض النظر عن الفعالية الاقتصادية ؛وذلك يتحقق عندما يحاول المشرع حماية صغار المؤسسات في مواجهة المنتجين والأقطاب الكبرى من جهة ،وشبكات التوزيع من جهة أخرى.

وهذا في الواقع ما يتعارض مع وجهة نظر اقتصادية ترى أن عدم التمييز لا يعد شرطا لتحقيق الحركية الاقتصادية التي عبر عنها النص القانوني "بالفعالية الاقتصادية" ، بل أبعد من ذلك قد تكون هذه الآليات الموجهة لحماية صغار المتنافسين سببا لتثبيط المنافسة والتأثير على الحركية الاقتصادية، وهذا ما أدى إلى القول بأن قانون المنافسة يجب ألا يستعمل لتحقيق هذه السياسات ؛ إذ ينبغي تعويضه، في هذا الإطار، بسياسات أخرى للمقاربة من قبيل الدعمو الإعاناتوالتحفيزات الجبائية⁽²⁾.

إن اهتمام قانون المنافسة بالمتعاقدينفي إطار " النظام العام التنافسي"⁽³⁾ يطرح إشكالا يتعلق بكون هذا النظام التنافسي هو أحد مكونات النظام العام التوجيهي، هذا الأخير الذي له مهمة إحداث التوازن وليس مهمة حمائية، فهل يستقيم هذا مع ذلك ؟

إن هذه الإشكالات في الواقع ، قد أدت إلى الجرأة في الطرح ، وفي هذا الإطار ذهب الأستاذ Fabrice Riem إلى القول بأن استمرار اعتبار قواعد المنافسة جزء منالنظام العام الاقتصادي التوجيهي لم يعد واضحا، وذلك بسبب ربط قانون المنافسة بالعقد ، بحيث أضحى الحديث عن نظام عام تنظيمي أو نظام عام مختلط ضمن قانون المنافسة ؛ هذا الأخير الذي يحمي المتنافسين وقواعد المنافسة على حد سواء.⁽⁴⁾

وأبعد من ذلك ، فقد ذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى اعتبار التفرقة بين النظام العام الاقتصادي التوجيهي ، والنظام العام الاقتصادي الحمائي مسألة تقليدية ينبغي تجاوزها ،حيث لا يمكن الحديث عن سياسة توجيهية بل عن مبادئ ليبرالية يوطرها الضبط ،أما بخصوص النظام

(1) Anne- Sophie Choné , Op.cit, p68.

(2) Donnedieu de Vabres-Tranié et Christian Montet, Art prec ,p6.

(3) استعمل مصطلح النظام العام التنافسي من قبل الأستاذ pirovano واستعمله الفقه بعد ذلك: عيساوي عز الدين، المرجع السابق، 376.

(4) مشار إليه في : بن حملة سامي ، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة ، مداخلة في إطار الملتقى الدولي حول " القانون المدني بعد أربعين سنة" ، 24-25 أكتوبر 2016 ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، غير منشورة.

العام الحمائي، فهو لا يهدف إلى حماية مصالح فردية فحسب، بل يساهم في ضمان حسن سير السوق⁽¹⁾.

وفي الواقع، فإنه لا يمكن إنكار وجود بعض الأحكام ضمن قانون المنافسة ذات صلة بالعقد، من قبيل الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة والتي تتضمن تعديلا في العقود التي ترتبت عنها الممارسات المنافية للمنافسة، بما قد يخدم الطرف الأضعف اقتصاديا في العلاقة التعاقدية، كما تضمن قانون المنافسة أيضا بعض الأحكام التي تحقق نوعا من الحماية للمتنافس الأضعف من قبيل الأحكام الخاصة بالتبعية الاقتصادية، غير أن السؤال المطروح يتعلق بمدى كون هذه الأحكام يراد منها تحقيق التوازن العقدي أو حماية المتنافس الأضعف اقتصاديا؟

إن الإجابة عن السؤال السابق تكون حتما بالنفي؛ حيث تظهر حماية المتعاقدين هدفا بعيدا لقانون المنافسة، فالعلاقة غير مباشرة بينها وبين قانون المنافسة؛ ذلك أن الانشغال بإحداث التوازن العقدي بين الشركاء هي مسألة تخضع للنظام العام الاقتصادي، ولكن ليس للنظام العام التوجيهي.⁽²⁾

وباستقراء مختلف الأحكام الخاصة بالممارسات المنافية للمنافسة، نتلمس أثر الدافع من حظر هذه الممارسات، وهو المساس الفعلي أو المتوقع بالسوق، في حين يبدو التركيز على العلاقات التعاقدية مسألة ثانوية قد تدفع إليها حاجة حماية السوق، مما يجعلها مسألة عرضية أو غير مقصودة لذاتها.

فقد يتم التدخل لتنظيم العقد، ولكن يكون ذلك بغرض حماية السوق، ومن الأمثلة التي يمكن تقديمها في هذا المجال أنظمة الإعفاءات الأوروبية، التي تعد وسيلة لإعادة التوازن في العقود كنظام الإعفاءات في مجال توزيع السيارات⁽³⁾.

وحسب التعليمات الأوروبية المؤرخة في 2009/02/09، لا تكيف الممارسات المتعلقة بالأسعار بأنها ممارسات تعسفية إلا إذا كان الإخراج من السوق يتعلق بمنافس في ذات فعالية

⁽¹⁾ بوجمليين وليد، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس، 2015، ص42.

⁽²⁾ Anne - Sophie Choné , Op.cit, p69.

⁽³⁾ فعلى سبيل المثال لا يمكن للمنتج حسب أحكام هذا النظام أن يجبر مصلح السيارات المعتمد من استعمال قطع غيار من صنع المنتج، طالما أنه يمكن للمصلح الحصول على قطع غيار مناسبة وبأقل تكلفة : مختور دليلة، المرجع السابق، ص536.

وقوة المنافس مرتكب المخالفة، لأنه إذا كان ذو فعالية أقل، فلن يكون له تأثير في السوق⁽¹⁾، وهذا ما يعد تجاهلا واضحا لحماية المنافس الضعيف، والتركيز على حماية السوق ذاتها.

وأخيرا، يمكن القول أن العديد من الأحكام ضمن قانون المنافسة تصب في حماية المنافسين المتعاقدين، غير أن تزايد اهتمام قانون المنافسة بالمنافسين من شأنه أن يؤثر على هدف قانون المنافسة في حماية السوق، فهذا الهدف، في تصورنا، لا بد أن يبقى ذو خصوصية، أما فيما يخص المتعاقدين فهم يملكون سبلا أخرى تضمنتها قانون الممارسات التجارية أو قواعد المنافسة غير المشروعة.

المطلب الثاني : النظام العام الاقتصادي بين البعدين : التنافسي والضبطي

إن التمييز، في إطار النظام العام الاقتصادي، بين "النظام العام التنافسي" و"النظام العام الضبطي" ليس بالأمر السهل، خاصة في ظل غموض مفهوم "الضبط" في حد ذاته.

حيث، قد يتسع مفهوم "الضبط الاقتصادي" بطريقة يتجاوز فيها حدود "الضبط القطاعي" المرتبط بسلطات الضبط القطاعية، وفي هذه الحالة، قد لا تجدي مسألة تمييز قواعد المنافسة؛ لأنها تشكل مع غيرها مع غيرها من النصوص المنشئة لهذه الهيئات ما يشكل جملة "القواعد الضبطية".

إلا أن مفهوم "الضبط" قد يضيق، ليتدحد مجاله، بتلك القواعد التي تضمنتها نصوص خاصة ببعض قطاعات النشاط؛ والتي أنشأت سلطات ضبط قطاعية، تتولى مهمة تأهيل هذه القطاعات -التي كانت محل احتكار الدولة- للانفتاح نحو المنافسة.

ووفق هذا التصور، تختلف قواعد المنافسة عن قواعد الضبط القطاعي من ناحية الهدف الذي يقوم عليه كل منهما؛ ففي حين تهدف قواعد الضبط إلى خلق المنافسة، تهدف قواعد المنافسة إلى حماية السوق على الحالة التي تكون عليها عن طريق رقابة لاحقة يجسدها مجلس المنافسة.

ومع ذلك، فإن مسألة التمييز بين قواعد المنافسة وقواعد الضبط، ليست بهذه البساطة، وتطرح إشكالات قانونية ناجمة أساسا عن وجود عملية تسرب لبعض القواعد الضبطية إلى قانون المنافسة، من ناحية، ومن ناحية أخرى وجود قواعد خاصة بحماية السوق ضمن مختلف

⁽¹⁾ Anne- sophie Choné , op.cit ,p69.

النصوص، التي أنشأت الهيئات الضابطة القطاعية، حيث تتولى تنفيذها هذه الأخيرة مجلس المنافسة، وما يعقد من المسألة أكثر هو التقاف كل من "الضبط" و"المنافسة" حول "السوق".

كل ذلك، يؤدي بنا إلى الوقوف على مختلف الأحكام والتصورات التي تفيد في إيجاد تكييف واضح للعلاقة بين قانون المنافسة وقانون الضبط الاقتصادي، وذلك من خلال مفهوم الضبط الاقتصادي، في حد ذاته (فرع أول)، وكذا من منظور العلاقة بين مجلس المنافسة والهيئات الضابطة القطاعية من ناحية ثانية (فرع ثان).

الفرع الأول: قواعد المنافسة وقواعد الضبط من منظور مفهوم الضبط الاقتصادي

يعد ظهور مصطلح الضبط (Régulation) ضمن المجال القانوني حديث نسبياً؛ إذ أن المصطلح قد تم تداوله في المجالات العلمية والتقنية، وفي مجال العلوم الاجتماعية بصفة عامة، قبل اتساع مجاله ليتمد أيضاً إلى العلوم القانونية⁽¹⁾.

ويعبر الضبط في المجالين العلمي والتقني عن "جملة الميكانيزمات التي تسمح باستقرار وظيفة ما"⁽²⁾.

أما في العلوم الاجتماعية، فإن مصطلح "الضبط" يأخذ مفهوماً شاملاً؛ إذ يجمع جملة القواعد وكذا الهيئات التي تضمن الحياة في المجتمع عن طريق النظام العام والسلم الاجتماعي⁽³⁾.

وبهذا المعنى يظهر "الضبط" مهمة لتحقيق النظام العام، تتولاها السلطة العامة، بما تملكه من امتيازات تمكنها من إصدار القرارات، واتخاذ مختلف الإجراءات، والوصول إلى حدّ استخدام القوة المادية لتحقيق أهداف النظام العام.

وهو ما يعبر، ضمن القانون العام، عما يسمى "بالضبط الإداري"؛ الذي يعد مجموع الآليات التي تتدخل من خلالها الإدارة، للمحافظة على النظام العام، من خلال مدلولاته الثلاث، الصحة العامة، الأمن العام، والسكينة العامة.

(1) Romain Rambaud, L'institution juridique de régulation (recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique), L'harmattan, 2012, p24.

(2) Bertrand du Marais, Droit public de la régulation économique, presse de sciences po et Dalloz, paris ,2004, p483.

(3) Ibid.

وما لبث أن حدث إثراء لمفهوم "الضبط"، ضمن العلوم القانونية، نتيجة تغير علاقة الدولة بالاقتصاد ؛ إثر التحول في النموذج الاقتصادي من الاقتصادي المسير إلى الاقتصاد الحر ؛ والذي يشكل فيه السوق، حيزا هاما، أدى إلى تغير وظيفة الدولة من "متدخلة" في النشاط الاقتصادي إلى "ضابطة" له.

وأصبح بذلك مصطلح "الضبط" يحتل مجالا هاما ضمن القانون الاقتصادي، بل أضحى هو عماد القانون الاقتصادي وبرز مفهوم "الضبط الاقتصادي" كنظام ذو هدف اقتصادي، بأبعاد سياسية في كثير من الأحيان. وفي هذا السياق، اعتبر بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁾ أنه قد حصل - بفعل الضبط الاقتصادي- إثراء في مجال القانون الإداري، خاصة وأن الهيئات القائمة به، هي ذات طبيعة إدارية، وتمثل المصلحة العامة، فهو إذن اتجاه لا يقبل الاعتراف بقانون للضبط خارج الضبط الإداري.

غير أنه، وفي إطار السير نحو استقلالية فروع القانون ذات الطابع المتخصص، فإنه يمكن القول أن "الضبط الاقتصادي" يسير نحو استقلاليته عن القانون الإداري لتمييز أحكامه وتقنياته، وفي هذا الإطار أسست الأستاذة Marie-Annefrison-Roche لفكرة وجود فرع قانوني مستقل هو "قانون الضبط الاقتصادي"⁽²⁾ حيث وصفته بأنه (الضبط) موضوع لفرع قانوني.

وفي تصورنا أنه يمكن القبول بذلك فيما أنانفصال النظام العام الاقتصادي عن النظام العام الكلاسيكي ضرورة قد تم القبول بها، فلماذا إذن إنكار الاعتراف بضرورة انفصال الضبط الاقتصادي عن قواعد الضبط الإداري واعتباره فرعا قانونيا مستقلا طالما أن الضبط الاقتصادي يهدف إلى إرساء قواعد النظام العام الاقتصادي التي انفصلت بدورها عن قواعد النظام العام الكلاسيكي.

ومع ذلك، نعتقد أن استقلال وظيفة الضبط الاقتصادي عن وظيفة الضبط الإداري تبدو منطقية على المستوى القانوني المحض فحسب؛ وهو ما لا ينسجم مع الغاية من الضبط الاقتصادي التي لا تسلم من بعض الاعتبارات السياسية ترى في الضبط مجرد إطار لإضفاء المشروعية على تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، وهو ما يجعل منه جزءا من الوظيفة الإدارية.

(1) Romain Rambaud, Op.cit, p26.

(2) Marie- Anne frison- Roche, Définition du droit de la régulation économique in :les régulations économiques légitimité et efficacité, coll, volume 1 sous/dir Marie- Anne frison-roche ,2004 ,presses de sciences po et Dalloz ,paris 2004, p7 Note 1

وفي الواقع، فإن ما يعنينا، بخصوص قواعد السوق، هو تلك العلاقة بين قواعد الضبط وقواعد المنافسة، والتي تبرز من خلال العديد من الأحكام التي تجعل من قواعد المنافسة تبدو أحيانا بأنها "جزء" من قواعد الضبط (أولا)، فيما تظهر أحيانا أخرى بأنها متميزة عنه (ثانيا).

أولاً: اتساع "الضبط الاقتصادي" لقواعد المنافسة

قد تبدو قواعد المنافسة، جزء من منظومة قانونية هي "الضبط الاقتصادي"؛ وذلك في إطار مفهوم شامل لهذا الأخير من جهة، وفي إطار تضمين قانون المنافسة بعض الأحكام الضبطية، والتي تظهر خاصة من خلال بعض الصلاحيات الممنوحة لمجلس المنافسة من جهة ثانية.

1- المفهوم الواسع "للضبط الاقتصادي":

أدى غياب الإجماع حول مفهوم واحد "للضبط الاقتصادي" إلى سيادة بعض المفاهيم "للضبط الاقتصادي"، أعطت لهذا الأخير بعدا شموليا، يتسع لكل الأحكام ذات العلاقة بالسوق.

وفي هذا السياق، ميز الأستاذ Romain Rambaud⁽¹⁾ بين أصناف ثلاثة لمفهوم الضبط الاقتصادي، حيث يعبر صنفين منهما عن تصور عام للضبط الاقتصادي بإمكانه أن يشمل قواعد المنافسة، يتمثل هذان الصنفان في اعتبار الضبط شكلا جديدا للتنظيم، واعتباره وظيفة ذات نزعة اقتصادية، في حين يعبر الصنف الثالث، في تصورنا، عن استقلالية قواعد الضبط عن قواعد المنافسة، حيث يربط وظيفة الضبط "بالسلطات الإدارية المستقلة".

أ- الضبط شكل جديد للتنظيم:

ركّز جانب من الفقه، في إطار تأسيس نظرية موحدة للضبط الاقتصادي على تأثير الضبط الاقتصادي في طبيعة القاعدة القانونية في حدّ ذاتها؛ حيث وفق هذا التصور، فإن الضبط لا يجب أن ينحصر في إطار مهمة تقوم بها هيئات ضابطة، بل يتجاوز ذلك إلى اعتباره شكلا جديدا للمعيارية القانونية (une nouvelle forme de normativité)، فحسب الأستاذ Gérard Timsit فإن ولادة مفهوم كالضبط الاقتصادي يترجم من خلال الانتقال من قواعد عامة مجردة، جامدة إلى قواعد مرنة متطورة، تمتاز بتدخل المخاطبين بها في إعدادها⁽²⁾. وفي هذا

(1) Romain Rambaud, Op.cit, p24.

(2) Ibid, p25.

الإطار، وصفت الأستاذة Laurence Boy الضبط بأنه : "نظام معياري، يتوسط منطق الدولة ومنطق السوق".⁽¹⁾

وفي سياق اعتبار الضبط الاقتصادي شكلا جديدا للتنظيم ، حدد الفقيه Farjat بعض الخصائص المرتبطة بقانون الضبط الاقتصادي والتي أجملها في أنه قانون ذو طابع عملي أو واقعي (Empirique)، وأنه قانون غائي، وبأنه يقوم على التوازن بين المصالح المتعارضة، ليخلص إلى أنه قانون يوشك أن يتلاشى أمامه التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص⁽²⁾. كما يذهب Farjat إلى أن هناك اتجاه إلى إسباغ القانون بصبغة اجتماعية عن طريق نظام قانوني ضبطي يعد أسلوبا لنموذج اقتصادي هو "اقتصاد السوق" ونموذج سياسي هو الديمقراطية⁽³⁾.

كما تم في هذا الإطار أيضا وصف "الضبط الاقتصادي" "بمجموع العمليات التي تتألف من إعداد قواعد والإشراف على تطبيقها، وتوجيه التعليمات للمتدخلين، وتسوية المنازعات بينهم، عندما يعتبر هؤلاء أن النظام الخاص بهذه القواعد عاجز عن تحقيق ذلك"⁽⁴⁾.

ب- الضبط وظيفة ذو نزعة اقتصادية

وفي هذا السياق ، يرى الأستاذ Bertrand du marais أن الضبط يتلخص في "جملة التقنيات التي تسمح، بتحقيق التوازن الاقتصادي الأمثل للسوق، والذي لا تستطيع السوق تحقيقه بمفردها"⁽⁵⁾.

ويبرز من خلال هذا التعريف "التوازن الاقتصادي الأمثل"، الذي تبنته نظرية المنافسة التامة، كمرجع لدور الضبط الاقتصادي في "خلق المنافسة والمحافظة عليها"⁽⁶⁾.

وتبعاً لذلك، يظهر "الضبط الاقتصادي" من خلال إنشاء المنافسة عن طريق تشجيع دخول منافسين جدد إلى السوق وكذا المحافظة عليها أو حمايتها من خلال التصدي للمساس بالمنافسة في السوق، وخاصة من خلال التعسف في وضعيات الهيمنة.

(1) حيث تتصف معيارية السوق بالعفوية (Normativité spontanée)، بينما تتصف معيارية الدولة بالأمرية (Normativité imposée). فيعبر الضبط عن شكل جديد للمعيارية يتجاوز يتوسط معيارية السوق ومعيارية الدولة : وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس، 2015، ص35.

(2) Gérard Farjat, pour un droit économique, UPF, paris, 2004, p113.

(3) Ibid, p111.

(4) Jean Philippe Colson, Droit public économique, L.G.D.J, 4^{ème} édition, paris , 2008, p460.

(5) Bertrand du Marais, Op.cit, p483.

(6) Ibid.

إذن، وفق هذا التصور، يتسع مفهوم الضبط الاقتصادي، ليشمل أولاً تأطير السلوكيات في مرحلة أولى، بواسطة قواعد تحمي المصالح المشروعة، وفي مرحلة ثانية تطبيق العقوبة التي تضمنتها القاعدة عند الاقتضاء.

كما اعتمدت أيضاً بعض المفاهيم للضبط الاقتصادي على تلك التصورات التي ارتبطت بمصطلح الضبط في المجالات العلمية والتقنية، واعتبارها صالحة للتعبير عن الضبط في بعده الاقتصادي؛ وفي هذا الإطار، ذهب C. Champaud إلى وصف الضبط بأنه: "التأثير في نظام معقد عن طريق تنسيق التدخلات، بغرض الوصول إلى السير الصحيح والمنتظم"⁽¹⁾.

كما تم وصف الضبط أيضاً بأنه: "بوليس اقتصادي اقتضته ضرورة الانفتاح على المنافسة والمحافظة على هذه الأخيرة"⁽²⁾.

وعليه ووفقاً لهذه التصورات التي تبنت مفاهيم واسعة للضبط الاقتصادي، من ناحية كونه يهدف إلى خلق المنافسة وإرساء التوازنات بين مختلف المصالح المتعارضة والتصدي لمختلف التجاوزات التي تعرقل السير الحسن للسوق، فإن قواعد حماية السوق التي تضمنها قانون المنافسة تعد جزءاً من الضبط بمفهومه الشامل.

ويتعزز هذا الموقف خاصة عندما تظهر بعض الأحكام ضمن قانون المنافسة، تتميز بطابع ضبطي يظهر من خلال تدخل مسبق لقواعد المنافسة تستعمل في إطارها بعض أدوات الضبط الاقتصادي.

2- بعض القواعد الضبطية ضمن قانون المنافسة:

لطالما تمثل الحد الفاصل بين قانون المنافسة وقانون الضبط الاقتصادي في تدخل قانون الضبط الاقتصادي بصفة سابقة قبل دخول المتعاملين إلى السوق واستمرار وجوده بعد دخولهم السوق، بينما ينحصر دور قانون المنافسة في التدخل بصفة لاحقة على مستوى السوق، وبعد ارتكاب ممارسة من الممارسات المنافية للمنافسة، كما سنرى ذلك لاحقاً، ومع ذلك، فقد تضمن قانون المنافسة العديد من الأحكام التي تظهر من خلالها قواعد المنافسة ذات صبغة ضبطية من خلال تدخلها السابق للرقابة على بعض السلوكيات تفادياً لإضرارها بالسوق.

(1) Gérard Farjat, op cit, p111.

(2) Romain Rambaud, Op.cit, p28.

وتظهر هذه الأحكام -على وجه الخصوص- من خلال ما يلي :

أ- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي :

تعد عمليات التركيز الاقتصادي للمؤسسات الناشطة في سوق ما من أسواق السلع والخدمات، المثال الأوضح لممارسة مجلس المنافسة مهامها ذات بعد ضبطي، وبالرجوع إلى نص المادة 17 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، نجدها تنص على أنه : "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة، الذي يبت فيه في أجل ثلاثة (03) أشهر".

ويفيد هذا النص وجود تدخل مجلس المنافسة من أجل تحقيق رقابة على عمليات التركيز الاقتصادي في سوق ما، بصفة مسبقة ووقائية.

حيث يقصد بعبارة "كل تجميع" الواردة ضمن النص أعلاه، مشروع التجميع، الذي ترغب المؤسسات في تنفيذه، كما تدل عبارة "من شأنه المساس بالمنافسة" الطابع الوقائي لتدخل مجلس المنافسة بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي.

ويتحليل دقيق لموضوع الرقابة على عمليات التركيز الاقتصادي، نجدها تنصب على تركيبة السوق المعنية ؛ لأن عملية تركيز اقتصادي من شأنها خلق كيان جديد، لم يكن موجودا من قبل أو تفعيل السلطة السوقية لكيان موجود.

وإذا كان ترخيص مجلس المنافسة لا يتعلق بدخول مؤسسات جديدة إلى سوق النشاط المعني أو الخدمة، إلا أن تركيز المؤسسات الموجودة قوتها، يعد -في حد ذاته- مؤثرا في تركيبة هذه السوق من حيث التغيير في موازين القوى.

وهو ما يختلف عن هدف قواعد المنافسة التي تهدف - في العادة- إلى حماية السوق كما هي عليه، وتقترب من القواعد الضببية التي تهدف إلى الرقابة على المؤسسات، قبل دخولها السوق.

ب- الترخيص ببعض الممارسات المنافسة للمنافسة

ترد على ممارستي الاتفاقات المنافسة للمنافسة والتعسف في وضعية الهيمنة، الواردتان على التوالي بالمادتين السادسة والسابعة من الأمر 03-03 بعض الاستثناءات المبررة، تضمنتها المادة

التاسعة من الأمر 03-03، والتي تصب في إطار تحقيق مصلحة اقتصادية عامة - كما سيتم تفصيل ذلك لاحقاً، غير أن هذه الاستثناءات ليست ذات طابع عام، وإنما هي ذات طابع خاص؛ أي لا تطبق ابتداءً، وإنما تستوجب حصول الترخيص بشأنها من قبل مجلس المنافسة؛ إذ ورد ضمن الفقرة الثانية من المادة التاسعة القول بأنه: "لا تستفيد من هذا الحكم، سوى الاتفاقات والممارسات، التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة".

ج- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي رغم تجاوزها الحد القانوني:

في السياق ذاته، الذي ورد ضمن نص المادة التاسعة من الأمر 03-03؛ أي في سياق المصلحة الاقتصادية ورد ضمن المادة 21 مكرر من الأمر 03-03، المضافة بموجب المادة الثامنة من القانون 08-12، ما يفيد إمكان ترخيص مجلس المنافسة بالتجميعات التي يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير القدرات التنافسية للمؤسسات المعنية أو تساهم في تحسين التشغيل أو تساهم في تحسين الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

د- التصريح بعدم التدخل بخصوص بعض الممارسات :

ورد ضمن المادة الثامنة من الأمر 03-03 بأنه: "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية، واستناداً إلى المعلومات المقدمة له أن اتفاقاً ما أو عملاً مدبراً أو اتفاقية أو ممارسة، كما هي محددة في المادتين 6 و7 أعلاه لا تستدعي تدخله".

ويمارس مجلس المنافسة هذه الصلاحية، بموجب تصريح بعدم تدخله، بناء على طلب يقدمه المعني بالأمر⁽¹⁾.

وعلى العموم، فقد اعترف المشرع الجزائري لمجلس المنافسة صراحة بالمهمة الضبطية؛ حيث ورد ضمن نص المادة 34 من الأمر 03-03 بأنه: "يتمتع مجلس المنافسة... وضمن الضبط الفعال للسوق... أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وترقيتها...". وفي سبيل تحقيق مهمته الضبطية، زوّد المشرع مجلس المنافسة بسلطة تنظيمية، بموجب الفقرة الثانية من المادة 34 التي ورد فيها بأنه: "يمكن مجلس المنافسة اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 49 من هذا الأمر".

(1) حيث تم تحديد ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 يحدد كيفية الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج.ر عدد 35 لسنة 2005.

كما أشارت أيضا المادة 13 من المرسوم المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره⁽¹⁾ على أن: "يرسل المجلس إلى الوزير المكلف بالتجارة، القرارات التي يتخذها ولاسيما منها الأنظمة والتعليمات والمنشورات".

وبعبارة عن هذه الأحكام الضبطية المتعلقة بالتدخل المسبق لمجلس المنافسة، يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنقانون المنافسة، قد يأخذ أحيانا مهمة بناء السوق أو خلق المنافسة من خلال ما يسمى بنظرية "التسهيلات الأساسية"⁽²⁾ (La théorie des facilités essentielles) حيث ترتبط نظرية "التسهيلات الأساسية" بوضعية الهيمنة، وذلك عندما تسيطر المؤسسة المهيمنة على المواد الخام أو البنية الأساسية التي تمتلكها في هذا المجال ؛ بحيث لا تستطيع أي مؤسسة الدخول إلى السوق إلا باستخدام هذه البنية الأساسية⁽³⁾.

وتعتبر قوانين المنافسة عدم السماح للمنافس باستعمال هذه البنية الأساسية صورة من صور التعسف في الهيمنة، ورغم أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك صراحة، إلا أن اعتباره الحد من الدخول إلى السوق صورة من صور التعسف كافيا لشمول نظرية التسهيلات الأساسية.

كما أشار أيضا إلى ما يفيد حق المنافسين في الاستفادة من المزايا المرتبطة بالسوق على قدم المساواة من خلال تعريفه للضبط ضمن المادة الثالثة من الأمر 03-03 بقوله: "... وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها". وفي ذلك إشارة إلى نظرية التسهيلات الأساسية وبمقتضى هذا الحكم، يمكن لمجلس المنافسة أن يتدخل من أجل ضمان حق المؤسسة التي تريد الدخول إلى السوق المعنية، باستخدام البنية الأساسية التي تمتلكها المؤسسة المهيمنة.

وإضافة إلى هذه المهام الضبطية التي تقرّب قانون المنافسة من قانون الضبط ، تذهب الأستاذة Laurence Boy إلى أن مسألة الفصل بين قواعد المنافسة وقواعد الضبط الاقتصادي قد تم تجاوزها في ظل وجود بعض الأحكام التي تمس بالمعايير المعتمد عليها للفرقة بين النوعين من القواعد؛ ومن تلك الأحكام إعطاء مجلس المنافسة صلاحية تعديل العقد أو إعادة تنظيمه من

(1) المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر عدد 39 لسنة 2011 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 15-75 المؤرخ في 08 مارس 2015، ج.ر عدد 13 لسنة 2015.

(2) Marie -Anne Frison- Roche ,Ambition et efficacité de la régulation économique ,Revue de droit bancaire et financier N 6,Novembre 2010,Etude 34,dispo/ site :www.lexis360.fr.

(3) سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص-ص 174-175.

خلال آلية توجيه الأوامر⁽¹⁾، وهو ما تراه يقترب من الضبط ويختلف عن دور القاضي العادي الذي يتوقف عند تقرير بطلان العقود ومختلف الالتزامات التعاقدية المرتبطة بالممارسات المنافسة للمنافسة. وبالتالي من شأنه أن يساهم في بناء المنافسة⁽²⁾.

كما اعتبرت أيضا الإجراءات التفاوضية⁽³⁾ التي تضمنها قانون المنافسة اتجاها نحو تغليب منطق المرونة والتكيف اللتان تتميز بهما قواعد الضبط عن منطق القمع الذي يتميز به قانون المنافسة⁽⁴⁾ إلا أنه ورغم هذه التصورات والأحكام، إلا أن هناك موقف مناقض، تبرز من خلاله السمات التي تميز كلا النظامين التنافسي والضبطي، هذه التصورات نابعة أساسا من ارتباط مصطلح "الضبط"، بسلطات الضبط القطاعية، وتطور مفهومه في ظلها.

ثانيا: تميز قواعد المنافسة عن قواعد الضبط الاقتصادي

كما سبق ، فإنه من بين المفاهيم التي ارتبطت بالضبط الاقتصادي، تلك التي تربط الضبط الاقتصادي بوظيفة السلطات الإدارية المستقلة، وإذا كان مجلس المنافسة يكيف صراحة من قبل المشرع على أنه سلطة إدارية مستقلة، إلا أن مجمل التعاريف الواردة في هذا الإطار توحى بأن الأمر يقتصر على السلطات الضابطة القطاعية.

وفي هذا الإطار، وصفت الأستاذة Marie- Anne Frison-Roche الضبط بأنه: "جملة من الأدوات القانونية تهدف إلى تحقيق التوازنات والمحافظة عليها داخل قطاعات متخصصة، بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة أن تقوم بذلك بإمكانياتها الخاصة، هذا التوازن في العادة يكون بين أهداف اقتصادية وأهداف أخرى غير اقتصادية"⁽⁵⁾.

(1) سنأتي الإشارة إليها لاحقا، باعتبارها أحد أوجه التعسف إذا ما ارتبطت بالهيمنة.

(2) Laurence Boy, Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restriction à la concurrence, European University Institute, Badio Fiesolana, Italy, 2004, p8-9, dispo/ site : cadmus.eui.eu>bistream>handle>law.

(3) اعتمد المشرع الجزائري هذه الإجراءات ضمن نص المادة 60 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(4) Laurence Boy, Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restriction à la concurrence, Art prec, p9.

(5) Marie-Anne Frison- Roche, Le couple ex ante-ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, in : Les engagements dans les systèmes de régulation, volume 4, coll, sous/dir Marie-Anne frison-Roche, presses de sciences po et Dalloz, 2006, p 37.

وفي تعريف قريب من التعريف السابق، وصف Martine lombard الضبط بأنه: "مهمة السلطة العمومية والتي تهدف إلى إيجاد توافق بين أهداف ذات قيمة اقتصادية وغير اقتصادية"⁽¹⁾.

وفي الواقع ، فإن الوقوف على الحدود الفاصلة بين النظامين التنافسي والضبطي، يتأتى من خلال البحث عن الاختلافات الجوهرية بينهما، والتي تظهر من خلال اختلاف الأهداف التي يسعى إليها كل منهما، واختلاف الوسائل المنتهجة وطريقة التحليل التي يعتمدها كل منهما.

- فعلى صعيد الأهداف، يقوم قانون المنافسة على حماية السوق، عن طريق ضمان عدم عرقلة المنافسة أو الحد منها من قبل المؤسسات، بارتكابهم الممارسات المنافية للمنافسة، في حين يقوم قانون الضبط الاقتصادي على خلق أو بناء المنافسة وإرساء التوازنات في القطاعات التي لا يمكن أن تحدث توازنتها دون تدخل من الخارج⁽²⁾.

أو بعبارة أخرى يهدف الضبط إلى خلق منافسة في قطاعات غير مفتوحة على المنافسة، وفي العادة تشكل مرافق عمومية تقليدية، تحتكرها الدولة عن طريق متعامل عمومي تاريخي، فيكون هدف القواعد الضبطية هو خلق سوق تنافسية بين الأعوان الجدد في السوق من جهة والمتعامل العمومي التاريخي من ناحية ثانية، وبين هؤلاء فيما بينهم⁽³⁾.

وتبعاً لذلك، فإن قانون المنافسة يهدف إلى إرساء مبدأ المنافسة، بينما يهدف قانون الضبط إلى إنشاء نوع من التوازن والمحافظة عليه بين مبدأ المنافسة من جهة وبين أهداف أخرى غير تنافسية من جهة أخرى، وذلك ضمن القطاعات الاقتصادية التي لا تستطيع إنشاء المنافسة والمحافظة عليها بمفردها، أما عن الأهداف غير التنافسية فقد تتمثل في مقتضيات المرفق العام على سبيل المثال⁽⁴⁾.

- أما من ناحية الاعتبارات التي يقوم عليها كلا النظامين، فإن قواعد الضبط الاقتصادي، تلتقي بخصوصها عدة اعتبارات : قانونية، اقتصادية وسياسية، في حين أن هذه الأخيرة تغيب، بصدد تطبيق قواعد المنافسة التي تحكمها اعتبارات قانونية محضة وفق معطيات اقتصادية.

(1) Romain Rambaud ,op.cit, p29.

(2) Marie Anne Frison Roche et Marie Stéphane Payet, Op.cit, p26.

(3) عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث، ص27.

(4) Marie-Anne Frison-Roche, Définition du droit de la régulation économique ,volume4, coll,sous/dir Marie-AnneFrison-Roche,preses de sciences po et Dalloz,2006 , p13.

وهذا يعود إلى كون محل الضبط أساسا قطاعا كان خاضعا لاحتكار الدولة وفتح تدريجيا نحو المنافسة، وهو ما أدى إلى وصف الضبط بأنه : "أسلوب بديل عن التدخل المباشر للدولة المقالوة" أو "صورة لإعادة تأسيس شرعية تدخل الدولة بإتباع أساليب جديدة"⁽¹⁾.

- أما من ناحية شكل أو طريقة التدخل، فإن قانون المنافسة يتدخل بشكل أفقي أو عام عن طريق مدّ مجال اختصاصه ليشمل كل قطاعات النشاط، في حين يتحدد مجال قانون الضبط بشكل رأسي أو قطاعي خاص بقطاع معين بذاته.

وذلك في إطار ارتباط واضح لقانون الضبط بالسلطات الضابطة القطاعية، فرغم اتجاه بعض الفقه إلى اعتبار ارتباط مفهوم الضبط بهذه الهيئات مسألة ظرفية قد تجاوزها الزمن⁽²⁾، إلا أنه لا أحد يستطيع الإنكار من ناحية التأصيل التاريخي للمصطلح أن مفهوم الضبط ذو الأصل الأمريكي قد ارتبط ظهوره وتحدد مضمونه مع لجان الضبط المستقلة (Indépendant regulatory commissions) في الو.م.أ منذ سنة 1889⁽³⁾.

- ومن ناحية ثانية، فإن قواعد المنافسة، تتدخل بصفة لاحقة (ex post) عن طريق مجلس المنافسة حتى يضع حدًا للممارسات المنافية للمنافسة، بينما تمارس هيئات الضبط القطاعية تدخلها بصفة مسبقة (ex ante) عن طريق منح الرخص أو التصريحات المسبقة لممارسة النشاط المعني.

- كما يختلف النظامان من ناحية طريقة التحليل المنتهجة؛ ففي حين ينتهج مجلس المنافسة في تطبيقه قواعد المنافسة على طريقة تحليل موضوعي (Objectif) يقوم على تقدير تأثير الممارسة المرتكبة على السوق المعنية، تنتهج هيئة الضبط القطاعية طريقة تحليل ذاتي (Subjectif)⁽⁴⁾.

- أما من ناحية المنهج الذي يتبعه كل منهما، فيقوم مجلس المنافسة بتحديد دقيق للسوق المعنية في كل مرة تعرض عليه قضية تتعلق بممارسة محظورة، أما السوق بالنسبة لتدخل الهيئة القطاعية فهي محددة بصفة مسبقة .

(1) Rachid Zouaïmia, Droit de la régulation économique, Berti, Alger, 2006, p16.

(2) Bertrand du Marais, Op.cit, p497.

(3) وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص10.

(4) Bertrand du Marais, Op.cit, p49.

- ومن ناحية مواجهة الإساءة إلى السوق، يوصف قانون المنافسة بأنه ذو طابع عقابي ؛ إذ يكون تدخل قواعد المنافسة، عموماً، هو توقيع العقوبات الإدارية المنصوص عليها في هذا القانون، بينما يتميز قانون الضبط بأنه ذو طابع وقائي ؛ حيث لا تلجأ الهيئات الضابطة إلى العقوبة إلا كحل نهائي عند فشل الحلول الأخرى.

وعموماً وفي إطار التمييز بين قانون المنافسة وقانون الضبط الاقتصادي تم وصف قانون المنافسة بأنه قانون عام، معالج، دائم ومتناسق ، بمعنى أنه يهتم بعموم النشاط الاقتصادي، ويتدخل عموماً بطريقة لاحقة لمعالجة الانتهاكات الحاصلة، ولا يتميز بالطرفية، ويطبق بطريقة موحدة، وعلى النقيض من ذلك ، يظهر قانون الضبط الاقتصادي بأنه قانون خبير، وقائي، مؤقت ولا متناسق⁽¹⁾.

ثالثاً: موقف القانون الجزائري إزاء مدلول "الضبط الاقتصادي"

لم يتجاهل القانون الجزائري مصطلح "الضبط"؛ حيث تمتوظيف المصطلح ضمن بعض النصوص ذات الطابع الاقتصادي دون أن يتم تحديد مفهوم خاص به، وفي الواقع، فإنه يمكننا في إطار استعراض تطور موقف القانون الجزائري إزاء مصطلح "الضبط الاقتصادي" أن نميز بين مراحل ثلاث:

-مرحلة أولى تم خلالها استعمال المصطلح استعمالاً عفويًا؛ إذ لم يأخذ المصطلح الدلالة و الأبعاد ذاتيهما اللتان استدعتا نشأته واستعماله، وارتبطت هذه المرحلة بفترة ما قبل التسعينات، أي قبل أن يظهر مصطلح الضبط من خلال بعده المؤسساتي الذي جسده سلطات الضبط الاقتصادي، وهوما أدى إلى استعمال المصطلح للدلالة على التنظيم خلال هذه الفترة التي لم يتجسد خلالها بعد الانفتاح الاقتصادي الذي لم تظهر ملامحها إلا سنوات التسعينات، ولقد تم إحصاء بعض النصوص التي استعملت مصطلح الضبط خلال هذه الفترة⁽²⁾، على غرار القانون رقم 88-02⁽³⁾، كما يلاحظ أيضاً خلال هذه المرحلة استعمال مصطلح الضبط الاقتصادي (régulation) ضمن النسخة الفرنسية بخصوص بعض النصوص القانونية، في حين لم يتم استعمال المصطلح المقابل له

⁽¹⁾Sabine Naugès , L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle, AJDA, Dalloz , 2007, p672.

⁽²⁾ وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، المرجع السابق، ص27.

⁽³⁾ القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 جانفي 1988 يتعلق بالتخطيط، ج ر عدد 02 لسنة 1988، حيث استعمل هذا النص مصطلح ضبط الوتيرة الاقتصادية ضمن الباب الثالث منه فجعل من ضبط الوتيرة الاقتصادية هدفاً للتخطيط الوطني وهو من يحدد أبعادها وأدواتها .

"الضبط" ضمن النسخة العربية كما هو حال المرسوم رقم 83-436⁽¹⁾ في حين استعملت نصوص أخرى مصطلح (régulation) ضمن النسخة الفرنسية ولكن تمت ترجمته ضمن النسخة العربية بمصطلح التنظيم لا الضبط كالقانون 89-12 المتعلق بالأسعار⁽²⁾.

-أما المرحلة الثانية، فهي تلك التي ارتبطت بإنشاء سلطات الضبط الاقتصادي، حيث ربط المشرع مصطلح الضبط بالهيئات الضابطة في المجال الاقتصادي، وكان ذلك بمناسبة إنشاء أول سلطة ضابطة في الجزائر وهي المجلس الأعلى للإعلام، ليتم استعمال المصطلح بخصوص تنصيب سلطات الضبط على رأس المرافق الشبكاتية التي تم فتحها على المنافسة على غرار قطاع البريد والمواصلات وقطاع الكهرباء والغاز كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

-أما المرحلة الثالثة بخصوص موقف القانون الجزائرياء مفهوم الضبط، فتظهر من خلال اتجاه المشرع إلى إيراد تعريف للضبط ضمن قانون المنافسة، وذلك على إثر تعديل الأمر 03-03 بموجب القانون 08-12، فما هو فحوى هذا المفهوم؟ وكيف يمكن قراءة الأبعاد التي أرادها المشرع الجزائري للضبط الاقتصادي؟

ورد ضمن البند (هـ) من المادة الثالثة من الأمر 03-03 المعدلة والمتممة بالمادة الثالثة من القانون 08-12 تعريفاً للضبط "في ضوء قانون المنافسة بأنه: "كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها، وذلك طبقاً لأحكام هذا الأمر".

وفي الواقع، فإن قراءتنا للنص تمكنا بداية من القول أن المشرع، قد اتجهت إرادته إلى تعريف "الضبط" تعريفاً شكلياً؛ حيث عبر المشرع عن الضبط في أنه "كل إجراء"، دون تحديد لطبيعة هذا الإجراء، وإن كان قد حدد بعض الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، والتي يمكن قراءتها على الشكل التالي:

(1) décret n 83-436 du 9 juillet 1983 portant réaménagement des statuts de l'office des légumes d'Algérie (OFLA) et dénomination nouvelle d'entreprise nationale d'approvisionnement et de **régulation** en fruits et légumes (ENAFILA).

(2) المادة الأولى من القانون 89-12 المتعلق بالأسعار السالف الذكر.

- تدعيم وضمان توازن قوى السوق وحرية المنافسة : يعد مصطلح "التوازن" مصطلحا دالا على الضبط الاقتصادي ؛ حيث ارتبط أساسا بفتح بعض المرافق العمومية نحو المنافسة، وما اقتضاه ذلك من تحقيق التوازن بين المتعامل العمومي والمتعاملين الجدد وذلك في ظل القوة التي يتمتع بها المتعامل العمومي إزاء المتعاملين الآخرين، وهو الأمر الذي سيؤدي إلى انتعاش المنافسة في القطاع المعني.

- رفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إلى السوق : وترتبط هذه القيود عادة بوضعيات الهيمنة؛ ذلك أن وجود متعامل مهيم من شأنه أن يؤدي إلى إقامة حواجز تمنع الدخول إلى السوق وسيورها المرن، فتعمل الهيئة الضابطة بمقتضى صلاحيتها المتعددة برفع هذه القيود من أجل تحقيق المرونة في الدخول إلى السوق.

- ضمان التوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق : فإذا كان تقسيم السوق المعنية بين المتعاملين، يعد أمرا مرفوضا، ومنافيا لقواعد المنافسة الحرة، التي تقتضي السماح للمتعاملين بتحقيق طموحهم المشروع في بلوغ حدّ الهيمنة على السوق، فإن عدم تكافؤ الفرص يفرض تدخل الهيئة الضابطة، ويحدث ذلك أساسا عندما يمتلك متعامل مهيم البنية الأساسية للنشاط المعني أو تكون المؤسسة المهيمنة في الوقت ذاته المورد الوحيد للمادة الخام مثلا.

إن هذه الأهداف التي ذكرها المشرع، لم ترد على سبيل الحصر، وإنما وردت على سبيل التخصيص، باعتبارها أهدافا أساسية يسعى الضبط الاقتصادي إلى تحقيقها.

كما تتكشف أيضا من، خلال النص، إرادة المشرع في توسيع نطاق الضبط، ليشمل من الناحية العضوية كل هيئة عمومية؛ أي سواء أكانت تندرج ضمن الهيئات الضابطة القطاعية، أو تمثلت في مجلس المنافسة، أو أي هيئة عمومية أخرى غير مستقلة.

وفي الواقع، إذا أردنا إجراء تقييم لهذا التعريف، فإنه يمكننا الوقوف على بعض الملاحظات يمكن إجمالها فيما يلي:

- يلاحظ من خلال هذا المفهوم للضبط خلط المشرع الجزائري بين الضبط والتنظيم عندما وسع من مجال الهيئات التي تقوم به، ولم يحصرها في الهيئات الضابطة المستقلة، مما يطرح التساؤل بخصوص مدى اعتبار الضبط شكلا من أشكال التنظيم أو العكس؟

وفي هذا الصدد استعرضت الأستاذة Marie-Anne Frison-Roche العلاقة بين الضبط والتنظيم من خلال مقارنة أجرتها بين المصطلحين الفرنسي *régulation* والانجليزي *regulation*؛ حيث يعبر المصطلح الانجليزي *regulation* عن التنظيم *réglementation*، بمعنى أنه يضم كل أنواع تدخل السلطات العمومية، والتي تأخذ شكل التنظيم⁽¹⁾.

ولقد عبرت الأستاذة عن العلاقة بين التنظيم والضبط بعبارة *les faux amis*، لأنه وبالنظر إلى سلطات الضبط فهي لا تحوز كلها اختصاصا تنظيميا وهو ما يؤدي إلي إمكان أن تضبط دون ضرورة وجود سلطة تنظيم، وفي الوقت ذاته قد يشكل التنظيم أداة للضبط عندما تتمتع الهيئة الضابطة باختصاص تنظيمي⁽²⁾.

وعليه، فالضبط وفق المصطلح الفرنسي لا يعبر عن التنظيم الاقتصادي، والذي يوافق المصطلح الانجليزي *régulation*، ولكنه يوافق *regulatory systems*، والذي يعبر عن مجموع الأحكام والهيئات الموكل إليها القيام بمهام هذا النموذج الجديد للسياسة العمومية⁽³⁾.

فكان ينبغي في تصورنا أن يتفادى المشرع هذا الخلط، خصوصا وأن المصطلح يعبر عن مرحلة جديدة أخذت فيها الدولة دورا جديدا ميزه أسلوب الضبط الاقتصادي وأخذت من خلاله وصف الدولة الضابطة.

الملاحظات، يمكن إجمالها فيما يلي:

نرى قصورا في هذا التعريف من ناحية كونه لم يعبر عن حقيقة الوظيفة الضبطية كوظيفة جديدة للدولة، ما دفع إلى القول بقصور هذا التعريف واقتصره على البعد الاقتصادي على خلاف ما تقدمه قوانين الضبط القطاعية من مفاهيم وظيفية للضبط الاقتصادي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Marie- Anne Frison- Roche, Définition du droit de la régulation économique, in : Les régulations économiques légitimité et efficacité, op.cit, p 14.

⁽²⁾ Marie- Anne Frison- Roche, Définition du droit de la régulation économique, Art prec, p 14.

⁽³⁾ Ibid.

⁽⁴⁾ وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، المرجع السابق، ص 32.

مع التنويه إلى حقيقة مفادها أن هذا المفهوم للضبط الاقتصادي يظل محصورا في ضوء قانون المنافسة، بمعنى أنه ليس هناك ما يمنع من إيراد بعض النصوص القطاعية مفهوما خاصا للضبط الاقتصادي يتماشى وخصوصية الضبط القطاعي، وهو ما دفع إلى القول بقصور هذا التعريف واقتصاره على البعد الاقتصادي على خلاف ما تقدمه قوانين الضبط القطاعية من مفاهيم وظيفية للضبط الاقتصادي⁽¹⁾.

مع أننا نعتقد أن هذا التعريف، وإن كان يعبر عن أهداف اقتصادية تتماشى وهدف قانون المنافسة في تحقيق حماية قانونية للسوق، إلا أنه ينطوي في الوقت ذاته على مهمة وظيفية تجسد هذه الأهداف الاقتصادية.

أما من زاوية العلاقة بين قواعد المنافسة وقواعد الضبط الاقتصادي، فإن هذا التعريف يمثل اتجاها صريحا من المشرع نحو اعتبار قواعد المنافسة وقواعد الضبط الاقتصادي وحدة واحدة، تجسد سياسة المنافسة في معنى متكامل ومتناسق، وتصب في إطار النظام العام الاقتصادي التوجيهي، والابتعاد عن حصر مفهوم الضبط في بعده القطاعي، وما يعزز هذا الموقف تعبير المؤسس الدستوري ضمن نص المادة 37 من الدستور بعد تعديل 2016 عن الضبط في إطار سياسة عامة للمنافسة من خلال قوله: "... تكفل الدولة ضبط السوق".

وفي الواقع، فإنه لا يمكن لأحد أن ينكر البعد التكاملي في العلاقة بين قانون المنافسة والضبط القطاعي، حيث يبدو هذا الأخير بمثابة المفعّل لتطبيق قانون المنافسة؛ ذلك أن قواعد المنافسة قد تكفي وحدها في حال توافر كل أبجديات الاقتصاد الحر الكامل والفعال، أما في الحالة العكسية فإن الأمر يتطلب مرافقة أولا بواسطة قانون الضبط لتحقيق الانفتاح المطلوب في سوق ما.

حيث أن الحاجة إلى قواعد الضبط بصفة مبدئية قبل قواعد المنافسة مرده عوامل تتمثل في مقتضيات الانتقال من تنظيم احتكاري إلى تنظيم تنافسي، والذي يقوم على فرض التزامات خاصة على المتعاملين التاريخيين بطريقة تسمح بدخول متنافسين جدد⁽²⁾، هذا بالإضافة إلى عوامل تقنية تتعلق

(1) وليد بوجملي، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، المرجع السابق، ص32.

(2) Philippe Choné, Droit de la concurrence régulation sectorielle entre ex ante et ex post, in: Les engagements dans les systèmes de régulation, op.cit, p71.

بوجود خصائص غير تنافسية في السوق كالاحتكار الطبيعي، بالإضافة إلى وجود عامل سياسي يتعلق بتحديد مفهوم المرفق العام في إطار المنافسة⁽¹⁾.

غير أن موقفا كهذا ، ليس بوسعه -في نظرنا- إذابة الفروق بين قواعد المنافسة وقواعد الضبط، خاصة تلك المتعلقة بالاعتبارات التي تقوم عليها كل منهما، كما أن الحديث عن سياسة عامة للمنافسة تشمل كل ما له علاقة بالسوق، لا يغني عن رسم حدود فاصلة بين قواعد المنافسة وقواعد الضبط طبقاً لمبدأ التخصص، فهل يمكن رسم هذه الحدود في ضوء تحديد الاختصاصات العائدة لكل من مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية ؟

الفرع الثاني: قواعد المنافسة وقواعد الضبط من منظور العلاقة بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية

كان انتشار سلطات الضبط القطاعية على رأس المرافق العمومية الشبكاتية التي عرفت انفتاحاً نحو المنافسة أحد الأسباب التي أدت إلى إعادة النظر في قانون المنافسة المتضمن في الأمر 06-95 الملغى بموجب الأمر 03-03، وذلك إثر إلحاح مجلس المنافسة من خلال تقاريره المتتالية⁽²⁾، ورغم تواضع أدائه على ضرورة ضبط العلاقة بين هذه الهيئات وبين مجلس المنافسة، تقادياً لما يمكن أن يحصل من تداخل للاختصاصات بينهما، ولم يتسع الأمر 06-95 لاستيعاب هذه العلاقة لسبق إصداره زمنياً على انتشار هذا النوع من الهيئات.

إن مهمة ضبط العلاقة بين مجلس المنافسة وهيئات الضبط القطاعية، قد أسندت إلى قانون المنافسة ولم تسند إلى النصوص المنشئة لهذه الهيئات ؛ وهذا يرجع إلى الصفة الشمولية التي يتميز بها قانون المنافسة عن هذه النصوص، التي حتى وإن أسندت لها هذه المهمة، فإنه لن يكون بوسعها وضع تأطير موحد لهذه العلاقة، باعتبارها نصوصاً خاصة، تتصرف أحكام كل منها إلى قطاع محدد تتولى تأطيره.

وشكلت هذه العلاقة في حدّ ذاتها محل اهتمام الباحثين، وأفرزت نشوء مصطلح "الضبط البيئي" (L'interrégulation)، وتحدد أهدافه في : "إيجاد روابط بين أشكال مختلفة من الضبط،

(1) وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، المرجع السابق، ص 85 .

(2) سيما التقرير السنوي لسنة 2000 الصادر بمداولة مؤرخة سنة 2011، غير منشور.

تضمن تدخلات منسجمة للهيئات التي تتولى الضبط وقادرة على توفير إجابات تتماشى والإشكالات المعقدة التي تفرزها المرحلة الانتقالية من الاقتصاد المسير إلى اقتصاد السوق⁽¹⁾.

إن اختلاف المهام المنوطة بكل من مجلس المنافسة من جهة وسلطات الضبط القطاعية من جهة ثانية، يوحي بأنه هناك تنابعا منطقيا للمهام المتعلقة بهما، فعندما تنتهي مهمة السلطات القطاعية في نقل القطاع المعني من حالة الاحتكار إلى حالة المنافسة، يأتي دور مجلس المنافسة ليفرض قواعد النظام التنافسي عن طريق حماية السوق من مختلف الممارسات المنافية للمنافسة⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن الطابع التقني، الذي يميز المهام العائدة لهيئات الضبط القطاعية يؤكد على الاختلاف بينها وبين مجلس المنافسة.

ومع ذلك، فإن النصوص الخاصة بالقطاعات المسندة إلى رقابة هيئات الضبط، تمنح أحيانا هذه الأخيرة، بعض الاختصاصات التي تعود في الأصل لمجلس المنافسة، وباعتبار هذا الأخير معنيا إزاء هذه القطاعات ولا يمكن أن يكون محايدا من منطلق اختصاصه العام، فإن ذلك حتما سوف يطرح إشكالات تتعلق بتنازع محتمل في الاختصاصات بينهما، فما هي مظاهر هذا التنازع؟ وما هي التصورات الممكنة للحلول القادرة على تقادي هذه الإشكالات، خاصة في ظل عدم كفاية الأحكام الراهنة والواردة ضمن قانون المنافسة على القيام لذلك؟

في الواقع، فإن التنازع في الاختصاص بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعي يظهر على مستوى الممارسات المنافية للمنافسة (أولا)، وكذا على مستوى عمليات التركيز الاقتصادي (ثانيا).

أولا: على مستوى الممارسات المنافية للمنافسة:

حيث تشكل بعض الأحكام الواردة ضمن النصوص المنشئة لبعض الهيئات القطاعية، تنازعا محتملا في الاختصاص بينها وبين مجلس المنافسة فيما يخص التصدي للممارسات المنافية للمنافسة.

(1) Rachid Zouaïmia, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Belkeise, Alger, 2010, p192.

(2) Rachid Zouaïmia, L'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien, Idara (Revue de l'école nationale d'administration, volume 17 n°1 – 2007, n°33, p36).

ومن ذلك ما ورد مثلا ضمن المادة 13 من القانون 03-2000 المتعلق بالبريد والموصلات السلكية واللاسلكية، بأن: "تتولى سلطة الضبط المهام الآتية: - السهر على وجود منافسة فعلية ومشروعة في سوقي البريد والموصلات السلكية واللاسلكية، باتخاذ التدابير الضرورية لترقية أو استعادة المنافسة في هاتين السوقين...".

وتطبيقا لذلك، تدخلت سلطة ضبط البريد والموصلات بصدد بعض الممارسات المنافسة للمنافسة؛ حيث وبموجب قرار صادر عنها سنة 2007، قامت بمعاينة أوراسكوم تيليكوم الجزائر (OTA) بسبب ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين⁽¹⁾.

حيث، واستنادا إلى النص السابق، فإن استعادة المنافسة في سوقي البريد والموصلات يؤهل سلطة الضبط، معاينة الممارسات المنافسة للمنافسة، كما هي محددة ضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁾، ويزداد هذا الدور، خاصة في ظل التطور الذي يشهده القطاع، لاسيما في مجال المنافسة والذي شهد ظهور فاعلين جدد، وظهور أشكال تفاعل جديدة بين مختلف المتعاملين ومقدمي الخدمات⁽³⁾.

كما تضمن الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات أحكاما صريحة تفيد اختصاص لجنة الإشراف على التأمينات بمعاينة الممارسات المنافسة للمنافسة؛ حيث تضمنت المادة 248 مكرر 1 حكما يقضي بمعاينة شركات التأمين و/أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين التي تخالف الأحكام القانونية المتعلقة بالمنافسة بغرامة لا يتجاوز مبلغها 10٪ من مبلغ الصفقة⁽⁴⁾.

وهو ما يعد تدخلا في اختصاص مجلس المنافسة، وإن كان يبدو أن المشرع من خلال النص السابق قد أراد تدارك مسألة تنازع الاختصاص باستهلاله نص المادة بعبارة: "بغض النظر عن العقوبات التي يمكن أن تتعرض لها...."، إلا أن الإشكال يكمن في أن المجلس لا يمكنه أن يعاقب مؤسسة على ممارسة منافسة عوقبت بشأنها من قبل هيئة الضبط تماشيا مع المبدأ العام المتمثل في عدم جواز معاقبة الشخص بعقوبتين على الفعل الواحد.

(1) Rachid Zouaïmia, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Op.cit, p204.

(2) Ibid.

(3) كما جاء في قرار سلطة ضبط البريد والموصلات رقم 37/أ.خ/رم/س ض ب م/2016 المؤرخ في 2016/03/21 المتضمن نظام التحكيم الخاص بسلطة الضبط للبريد والموصلات، منشور على الموقع: www.artp.dz.

(4) الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 لسنة 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم رقم 04-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر عدد 15 لسنة 2006.

وإذا كان تدخل هيئات الضبط القطاعية بصفة لاحقة لمتابعة الممارسات المنافسة للمنافسة تثير حتما مسألة تنازع الاختصاص بينها وبين مجلس المنافسة، فإن حالات أخرى تثير التساؤل بخصوص تنازع الاختصاص تتعلق بوجود تدخل المسبق لهذه الهيئات بغرض إجراء رقابة مسبقة على الممارسات المنافسة للمنافسة؟

وتتعلق هذه الحالة بقطاع التأمينات؛ حيث تمارس سلطة ضبط القطاع الرقابة المسبقة على بعض الاتفاقات التي تبرم بين شركات التأمين، والتي ينطبق عليها التكييف القانوني للاتفاقات المنافسة للمنافسة الواردة ضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، حيث ورد في نص المادة 228 من الأمر 07-95، بأنه: "عندما تقوم شركات التأمين، بإبرام أي اتفاق، يخص التعريفات أو الشروط العامة والخاصة للعقود أو التنظيم المهني أو المنافسة أو التسيير المالي، يتعين على موقعي هذا الاتفاق، تبليغه مسبقاً إلى إدارة الرقابة قبل وضعه حيز التنفيذ، تحت طائلة البطلان".

فهذا الاتجاه يناقض في مضمونه أحكام قانون المنافسة التي لا تتدخل في السوق إلا عند وجود شبهة عرقلة المنافسة دون أن تخضع أي نوع من الاتفاقات لإجراء الرقابة المسبقة إلا إذا كان ذلك في إطار الاستفادة من الاستثناءات التي تضمنها نص المادة التاسعة، وافترض مساسها بالمنافسة.

كما تضمن أيضا القانون رقم 01-02، الخاص بالكهرباء وتوزيع الغاز، العديد من النصوص التي أشارت إلى دور سلطة الضبط في السهر على ضمان السير التنافسي والشفاف لسوق الكهرباء والغاز لفائدة المستهلكين والمتعاملين⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، ورد ضمن المادة 115 من القانون رقم 01-02 بأن: "تقوم اللجنة في إطار المهام المنصوص عليها في المادة 114 أعلاه، بما يأتي: ".....التأكد من عدم وجود وضعية مهيمنة، يمارسها متدخلون آخرون على تسيير مسير المنظومة ومسير السوق..."، وهو ما يفيد، وجود تدخل وقائي من قبل الهيئة ضد نشوء تعسف في وضعيات الهيمنة في سوقي الكهرباء والغاز، رغم ما يملكه مجلس المنافسة من حق التدخل التلقائي في حال وجود واحدة من الممارسات المنافسة للمنافسة .

وعليه، وطالما أن مجلس المنافسة لا يتدخل في هذه الحالات - بصفة مسبقة فإنه لا مجال للحديث عن احتمال تنازع الاختصاص بينه وبين الهيئات القطاعية الضابطة، وإنما أحكام كهذه

(1) المادة 113 من القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

تدخل في إطار التكامل بين النوعين من الهيئات في هذا المجال، وتأخذ حكم النص الخاص الذي بإمكانه أن يقيد النص العام بما يتناسب والقطاع المعني.

غير أنه ومع ذلك، فإن تصادما محتملا قد يحدث بين الهيئتين الضابطة ومجلس المنافسة في الحالة التي ترخص فيها الهيئة الضابطة مثلا باتفاق بين مؤسسات تأمين يرى فيه المجلس بأنه معرقل للمنافسة، ويتدخل بما يملكه من حق في الإخطار الذاتي لمتابعته، سيما وأن مجلس المنافسة غير مجبر في هذه الحالة بالرأي الذي تصدره هيئة الضبط تطبيقا لأحكام المادة 39 من الأمر 03-03 في هذا الشأن من ناحية ومن ناحية ثانية، فإنه لا استثناءات عن الممارسات المنافية للمنافسة ضمن الأمر 03-03 خارج الضوابط التي تضمنها نص المادة التاسعة منه، كما سيأتي لاحقا.

ثانيا: على مستوى عمليات التركيز الاقتصادي

شأنها شأن الممارسات المنافية للمنافسة، تثير الرقابة على عمليات التركيز الاقتصادي إشكالات تتعلق بتنازع الاختصاص بين مجلس المنافسة والهيئات الضابطة القطاعية؛ إذ أعطت بعض النصوص الخاصة بهذه الهيئات حق ممارسة الرقابة المسبقة بخصوص هذه العمليات.

ومن ذلك، ما ورد ضمن نص المادة 115 من القانون 01-02، المتعلق بالكهرباء والغاز، بأن تقوم اللجنة بـ "إبداء الرأي المسبق في عمليات تكتل المؤسسات أو فرض الرقابة على مؤسسة كهربائية واحدة أو أكثر من طرف مؤسسة أخرى، تمارس النشاطات المذكورة في المادة الأولى أعلاه...".

والأمر نفسه بخصوص لجنة الإشراف على التأمينات؛ إذ تنص المادة 230 من القانون 07-95 على أن يخضع لموافقة اللجنة، كل إجراء يهدف إلى تجميع شركات التأمين و/أو إعادة التأمين في شكل تمركز أو دمج لهذه الشركات، وكذا كل تجمع لشركات السمسرة في مجال التأمين في شكل تمركز أو دمج، على أن ينشر مشروع التركيز في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي يوميتين من الصحافة الوطنية.

ثالثا: ضبط العلاقة بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية

تنبه المشرع ضمن الأمر 03-03 المعدل والمتمم إلى مسألة التنازع بين تدخل مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية، ومع ذلك فقد اتجه إلى محاولة ضبط العلاقة بين الهيئتين من ذلك ما ورد ضمن المادة 39؛ حيث جاء فيها بأنه: "عندما ترفع قضية أمام مجلس المنافسة، تتعلق بقطاع نشاط، يدخل ضمن اختصاص سلطة ضبط، فإن المجلس يرسل فوراً نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء الرأي في مدة أقصاها ثلاثون (30) يوماً.

يقوم مجلس المنافسة، في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط".

كما جاء أيضاً في نص المادة 50 في فقرتها الثالثة بأنه: "يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة سلطة ضبط بالتنسيق مع مصالح السلطة المعنية".

وعليه، ودون أدنى شك، فإن مجلس المنافسة، يمثل السلطة صاحبة الاختصاص العام، ويملك الصلاحية الكاملة لمباشرة اختصاصه في أي قطاع من قطاعات النشاط الاقتصادي، فيما يقتصر دور هيئات الضبط القطاعية، وفق النصوص السابقة، على تقديم الخبرة، خاصة في المسائل ذات الطابع التقني، وهو ما يفرض على هيئات الضبط، تبعاً لذلك، أن تقرّ عدم اختصاصها في حال عرضت عليها قضية بمتابعة الممارسات المناهضة للمنافسة، أما بخصوص مصير القضية، فإنه لا يمكننا أن نستند إلى الحل القائم على إمكان إخطار الهيئة الضابطة نفسها مجلس المنافسة وفق مقتضيات المادة 44 من الأمر 03-03؛ حيث هناك من اتجه إلى إسقاط فئة "الهيئات الاقتصادية والمالية" التي أوردها المشرع ضمن المادة 44 على الهيئات القطاعية، كونها تشكل إدارة اقتصادية⁽¹⁾، وهو ما لا يبدو مقنعاً في تصورنا - كما سنرى لاحقاً -

وعليه، يمكن القول، أنه في الحالات التي تتكامل فيها مهام كل من مجلس المنافسة، وهيئات الضبط القطاعية، بمقتضى التفاهم حول مفهومي السوق والمنافسة، فإن الأمر لا يستدعي البحث عن حلول قانونية، لأن العلاقة بينهما في هذه الحالات، سوف تخضع إلى تلك الأحكام التي تضمنتها المواد القانونية السابقة، والتي تدور حول علاقات التعاون والتنسيق والتشاور، والتي تبدو كافية في هذا السياق.

(1) Rachid Zouaïmia, L'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien, Art prec, p43.

أما الحالات التي تتداخل أو تتنازع فيها الاختصاصات بين مجلس المنافسة والهيئات الضابطة القطاعية، فإن الأمر يحتاج حولا قانونية واضحة ودقيقة، خاصة في ظل غياب حكم يلزم الهيئات القطاعية بالإقرار بعدم اختصاصها ولا على مجلس المنافسة بإحالة القضية التي تندرج في إطار قطاع موضوع تحت رقابة سلطة ضبط على هذه الأخيرة أو الوقوف موقفا سلبيا إزاءها.

وفي ظل تغليب نظرة قانونية منطقية، يمكن القبول بترجيح اختصاص مجلس المنافسة في هذا الإطار باعتباره السلطة صاحبة الاختصاص العام، واستبعاد تدخل الهيئات الضابطة القطاعية وحصر مهمتها في تزويد المجلس بالرأي الذي يساعده في اتخاذ القرار المناسب، وذلك للاعتبارات التالية:

- توحيد الاجتهاد بخصوص القضايا المتعلقة بالمنافسة، وضمان عدم تضارب القرارات بشأنها بين مجلس المنافسة وهيئات الضبط القطاعية خاصة في ظل اختلاف أهداف و منهجية كل منهما.

- ضمان الأمن القانوني للمؤسسات والمتعاملين، وإزالة المخاوف المتعلقة بوجودهم في مواجهة أمام هيئتين بخصوص القضية ذاتها.

- أن غياب أحكام خاصة بمضمون الممارسات المنافسة للمنافسة ضمن النصوص المنشئة للهيئات القطاعية من قبيل مفهوم وضعية الهيمنة مثلا أو مضمون الاتفاقات المنافسة للمنافسة، أو أحكام المنافسة بشكل عام، يؤدي إلى استناد هيئات الضبط القطاعية إلى قانون المنافسة، فلماذا إذن لا يترك الأمر لمجلس المنافسة باعتباره سلطة المنافسة دون منازع.

- وجود إمكانية لإشراك هيئات الضبط القطاعية في حماية السوق ضمن القطاع المعني عن طريق وجوب استشارتها من قبل مجلس المنافسة تفند كل الاعتبارات المتعلقة بقرب هيئة الضبط من قطاع النشاط المعني وإحاطتها بكل المسائل المتعلقة به.

وفي ظل هذه الاعتبارات، فإننا نرى ضرورة اختصاص مجلس المنافسة حصريا بقواعد حماية السوق اللاحقة والمباشرة وعدم إقحام الهيئات القطاعية في هذا المجال، وتقيدها بوظيفتها الرقابية الضبطية التي لا يمكن إنكارها على مجلس المنافسة أيضا في إطار ما يقتضيه تصحيح الاختلالات التي تضر بالمنافسة بشكل عام.

أما بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي، فإننا نرى أنه يستحسن إسناد مهمة الرقابة بشأنها فيما يخص القطاعات الخاضعة لإشراف سلطات الضبط إلى هذه الأخيرة، كون عمليات

التركيز الاقتصادي أو الرقابة عليها تتميز بطابع تقني، وتقوم على اعتبارات سياسية أحيانا، وتخضع القرارات الصادرة بشأنها إلى رقابة القضاء الإداري⁽¹⁾، كل ذلك يجعلها ذات طبيعة ضبطية.

إذن، وبشكل عام، يمكن القول أن اختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها كل من قواعد المنافسة وقواعد الضبط، يؤدي إلى استقلالية النظام العام التنافسي عن النظام العام الضبطي، رغم انتمائهما إلى النظام العام التوجيهي كأحد تفرعات النظام العام الاقتصادي بشكل عام، والذي يظل منطلقا أساسيا للحماية القانونية للسوق.

(1) الفقرة الثالثة من المادة 19 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

الفصل الثاني: مقومات الحماية القانونية للسوق (المعيار المادي)

تماشياً مع البعد الاقتصادي للسوق، والذي يظهر من خلال قيامها على آليات العرض والطلب على منتج أو خدمة معينة، اعتمد المشرع الجزائري بخصوص الحماية القانونية لهذا الكيان على معيار مادي، يتمثلي مداحكام قانون المنافسة إلى كل الأنشطة الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وخدمات بغض النظر عن طبيعة الشخص القائم بهذا النشاط.

وكنتيجة لذلك، فان قانون المنافسة يمتد لمخاطبة كل من يقوم بأحد أوجه النشاط الاقتصادي، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وسواء أكان هذا الأخير من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص.

كما يمتد تطبيقه إلى كل متدخل في السوق، حتى ولو لم ينطبق عليه وصف "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة، من قبيل المنظمات المهنية، مهما كان شكلها أو هدفها، وذلك حتى لا تفلت العديد من الممارسات من أحكام قانون المنافسة.

ومع ذلك، ترد على معيار النشاط الاقتصادي بعض الاستثناءات والقيود، تتمثل في مدّ مجال الحماية القانونية للسوق، لتشمل غير الأنشطة الاقتصادية، كالصفقات العمومية، وتقييد خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة بعدم إعاقة مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

وعليه، سوف نقوم بدراسة المعيار المادي ، باعتباره مقوما للحماية القانونية للسوق، من خلال مبحثين ، نتناول في الأول المبحث الأول تحديد مدلوله ومختلف المفاهيم التي ترتبط به على أن نتطرق في المبحث الثاني إلى نتائج تطبيق هذا المعيار والاستثناءات الواردة عليه .

المبحث الأول: مدلول المعيار المادي والمفاهيم المرتبطة به

إن تحديد مدلول المعيار المادي كأساس لتحديد مجال الحماية القانونية للسوق، ينطلق من تحديد العناصر التي يقوم عليها المعيار المادي من ناحية كونه يعبر عن النشاط الاقتصادي بمعناه الواسع ؛ أي بما يشمله من نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وبما يتميز به عن غيره (المطلب الأول)، ويرتبط المعيار المادي بمفاهيم أساسية ضمن قانون المنافسة وهما مفهوم "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة، والذي يتحدد من خلال النشاط الاقتصادي، وكذا مفهوم "السوق" كمجال للنشاط الاقتصادي ومحل للحماية القانونية التي جاء بها قانون المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدلول معيار المادي: (النشاط الاقتصادي)

إذا كان المعيار المادي يبدو حاسماً في تحديد مجال تطبيق المنافسة، وبالتبعية مجال الحماية القانونية للسوق، إلا أن تطبيقه يتطلب شيئاً من الدقة، من حيث وجوب تحديد عناصر "النشاط الاقتصادي" في حد ذاته من جهة (فرع أول)، والبحث عن معايير تميزه عما قد يشتبه به من نشاطات من ناحية أخرى من جهة ثانية (فرع ثان).

الفرع الأول: عناصر النشاط الاقتصادي (الإنتاج، التوزيع، الخدمات)

لقد حددت المادة الثانية من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمعدلة بموجب المادة الثانية من القانون 05-10 مجال تطبيق قانون المنافسة بقولها: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

- نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري..."

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد اتجه إلى شرح عناصر النشاط الاقتصادي والمتمثلة في الإنتاج والتوزيع والخدمات، بعدما كان النص السابق يقصر على ذكر عناصر النشاط الاقتصادي من إنتاج، وتوزيع، وخدمات دون إعطاء أمثلة عنها.

إن إشارة النص السابق إلى نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات دون تحديد المقصود بهذه المفاهيم في ضوء قانون المنافسة، يدل على انصراف قصد المشرع اعتماد المفاهيم الاقتصادية لهذه المصطلحات.

ووفق تعريف اقتصادي، يوصف الإنتاج بأنه: "خلق المنفعة من حيث لم يكن لها وجود من قبل، أو إضافة منفعة إلى شيء يحتوي قدراً معيناً منها؛ أي هو ذلك النشاط الإنساني الهادف لتكثيف الموارد الطبيعية حسب الحاجات البشرية"⁽¹⁾.

(1) عبد الله ساقور، المرجع السابق، ص16.

أما التوزيع فهو : "المرحلة التي تلي مرحلة إنتاج السلع والحاجيات، انطلاقاً من وقت وضعها في السوق إلى تسلمها من طرف المستهلك النهائي، وتشمل مختلف النشاطات والأعمال التي تؤمن للمشتريين توفير البضائع والخدمات"⁽¹⁾.

أما الخدمة فهي: "النظير غير المادي للسلعة، وتتمثل في إحداث تغيير في المستهلك نفسه أو تغيير في ممتلكاته أو تغيير في أصوله غير الملموسة"⁽²⁾.

ورغم كون هذه النشاطات ذات طبيعة اقتصادية، إلا أنه كان يفضل، في تقديرنا، أن يتم تحديد مفهوم خاص لها في ضوء قانون المنافسة، سواء أكان ذلك على مستوى الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة أو حتى عن طريق إيراد نص تنظيمي يتضمن هذه المفاهيم، وذلك كون الأمر يتعلق بامتداد الأحكام القانونية المتعلقة بالمنافسة إلى هذه النشاطات، مما يستدعي تحديدها بصفة دقيقة.

وفي الواقع، فإن مسألة اعتماد مفاهيم لبعض المصطلحات ضمن النص القانوني ليس بمسألة جديدة؛ إذ عادة ما تتضمن التشريعات ذات الطابع الاقتصادي بشكل عام بعض المفاهيم فعلى سبيل المثال، أورد المشرع ضمن القانون رقم 03-09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽³⁾ مفهوما للإنتاج من خلال حصر العمليات التي يتضمنها؛ حيث جاء في المادة الثالثة منه بأن الإنتاج هو: "العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتكريب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه، وهذا قبل تسويقه الأول".

كما أورد النص ذاته تعريفا للخدمة بأنها: "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة".

وتجدر الإشارة، بهذا الخصوص، إلى أن المشرع قد استأنس بشأن عناصر النشاط الاقتصادي بالمرسوم 97-39 المتضمن مدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري⁽⁴⁾؛ حيث وبموجب المادة الثالثة منه: "تجمع مدونة النشاطات الاقتصادية النشاطات الاقتصادية المهيكلة بقطاعات نشاطات مقسمة إلى مجموعات، ومجموعات فرعية لنشاطات

(1) عبد الله ساقور، المرجع السابق، ص 17.

(2) المرجع نفسه، ص 18.

(3) القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 لسنة 2009.

(4) المرسوم السابق الإشارة إليه: انظر ص 23 من هذا البحث.

متجانسة تميّز نشاطات إنتاج السلع ، ونشاطات الخدمات، ونشاطات التجارة الخارجية ونشاطات تجارة الجملة والتجزئة." (1)

إذن، وتبعاً لنص المادة الثانية من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإن كل الأنشطة الاقتصادية تكون معنية بقانون المنافسة؛ سواء تعلقت بالقطاع الزراعي، أو الصناعي أو الخدماتي، ومهما اختلفت القطاعات بين الطاقة والمناجم والاتصالات والإعلام والنقل والبنوك... إلخ.

ومع ذلك، فقد أشار المشرع الجزائري في مستهل نص المادة الثانية السابق إلى إمكانية وجود أحكام تقضي بخروج بعض الأنشطة ذات الطابع الاقتصادي عن مبدأ الخضوع لقانون المنافسة.

ويلاحظ بهذا الخصوص تشدد مجلس المنافسة الفرنسي في هذا الحكم ؛ حيث جاء في تقريره السنوي لسنة 1991 أنه : "في غياب أحكام تشريعية صريحة، فإنه لا يمكن إعفاء أي مؤسسة تقوم بنشاط اقتصادي من الخضوع لقواعد قانون المنافسة"⁽²⁾، وهو الحكم الذي يمنع أي تأويل بخصوصه، وكان يفضل، في تصورنا، اعتماد المشرع الجزائري هذه الصياغة.

إن التعديل الذي جاء به القانون 05-10 لنص المادة الثانية يثير التساؤل بخصوص مدى اتجاه المشرع نحو توسيع مجال تطبيق هذا النص ؟

لقد حددت المذكرة التقديمية للقانون 05-10 هدف هذا التعديل وهو : "... توسيع مجال تطبيق النص الساري المفعول إلى فئات من الأعوان الاقتصاديين، لاسيما منهم الذين ينشطون في قطاعات الإنتاج والتوزيع والفلاحين (الفلاحون، المربون، الوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبتاعو اللحوم بالجملة) وفي قطاع الصيد البحري وكذا في استيراد السلع لإعادة بيعها على حالها..."⁽³⁾.

غير أن الرجوع إلى نص المادة الثانية من جهة، وكذا الرجوع إلى التعريفات المذكورة سابقا بشأن الإنتاج والتوزيع والخدمات، يؤكد لنا بأن النشاطات التي أوردها نص المادة الثانية هي نشاطات ذات طابع اقتصادي لا تخرج عن كونها نشاطات إنتاج أو توزيع أو خدمات، مما يؤدي

(1) وتجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى أن القيد في السجل التجاري قد يمتد إلى أنشطة لا تكون ذات طبيعة تجارية، وإلى أشخاص لا تكتسب صفة التاجر، كالأنشطة الحرفية مثلا، والتجمعات ذات المصلحة الاقتصادية.

(2) Marie- Chantal BoutardLabarde- Guy Ganivet, Droit de la concurrence, L.G.D.J, Paris, 1994, p16, Note :2.

(3) المذكرة التقديمية للقانون 05-10 منشورة على موقع وزارة التجارة : www.mincommerce.dz.

بنا إلى القول بأن ذكر هذه الأنشطة من قبل المشرع لم يأت بجديد فيما يخص مجال امتداد قانون المنافسة، وبالتالي مجال حماية السوق، فهل هناك دوافع أدت بالمشرع إلى ذكر هذه الأنشطة بالتفصيل؟

و للإجابة نقول بأن هناك أسباب واقعية أدت إلى هذا المسلك، يمكن إجمالها في نقطتين هما :

- تزايد حجم هذه الأنشطة في الواقع، وارتباطها بسلع وخدمات إستراتيجية بالنسبة لتموين واستقرار السوق، كما هو حال نشاطات الاستيراد مثلا والذي "سادت أولويته على الإنتاج، كون السوق الجزائرية أصبحت سوقا جذابة، تتوفر على سيولة وحاملة لطلب كبير في سياق دولي من الإحباط الشامل على مستوى الأسواق الدولية"⁽¹⁾.

- محاولة لفت انتباه القارئ بهذه الأنشطة إلى امتداد قانون المنافسة إليهم في حال ارتكابهم واحدة من الممارسات المنافية للمنافسة.

هذا، بالإضافة إلى دوافع تصب في محاولات تقريب نصوص قانون المنافسة مما هو موجود في الواقع العملي وإظهارها كنصوص قادرة على الاستجابة لمقتضيات القدرة الشرائية للمستهلك وحمايته من شتى أنواع المضاربات.

وفي تصورنا، فإن اتجاه المشرع إلى تعديل نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الأمر 03-03، هو من قبيل التزيّد الذي لا طائل من ورائه من الناحية القانونية، وليس من شأنه التأثير على المعيار المادي الذي اعتمده المشرع، وأن اكتفاء المشرع بعبارة الإنتاج والتوزيع والخدمات، كان كافيا لامتداد قانون المنافسة إلى تلك الأنشطة التي فصلّ النص في ذكرها.

والواقع أن هذا الاتجاه يدل على نقص الوعي لدى المؤسسات بشأن مخاطبتهم بأحكام قانون المنافسة يدفع المشرع إلى التدخل في كل مرة من أجل التأكيد على امتدادا قانون المنافسة إليهم، وهو ما حدث أيضا سنة 2008⁽²⁾، عندما تدخل المشرع لذكر أنشطة "الاستيراد" إلى جانب أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات.

(1) تصريح لوزير المالية الأسبق كريم جودي حول قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة صوت الأحرار، 12 أوت 2009.

(2) المادة الثانية من القانون رقم 12-08 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

وذلك، رغم أن أنشطة الاستيراد لا تخرج عن كونها نشاطا توزيعيا، فيما تحمله من إدخال بضاعة من دولة أجنبية بغرض إعادة بيعها في السوق الداخلية.

كما أن مجلس المنافسة الجزائري قد أقر باختصاصه بشأن قضايا تتعلق بأنشطة الاستيراد في ظل الأمر 06-95 الملغى، رغم أن هذا الأخير لم يشر إلى نشاط الاستيراد ضمن مجال تطبيقه⁽¹⁾.

وإذا كانت عناصر النشاط الاقتصادي تتمثل في الإنتاج والتوزيع والخدمات، فإن النشاط الاقتصادي كمعيار لتطبيق قانون المنافسة يقتضي وجود علاقة بين عرض وطلب على منتج أو خدمة في سوق معينة، فعلاقة العرض والطلب هي آليات السوق، ولو لا وجود هذه الآليات لما تولد احتمال ارتكاب ممارسات منافية للمنافسة، وبما أن علاقة العرض والطلب تتطلب وجود طالب وعارض، فإن قانون المنافسة يخاطب الطرف الذي يقدم العرض لأنه المعني بممارسة النشاط الاقتصادي، ذلك لأن من يمثل الطلب في السوق لا يمارس بالضرورة نشاطا اقتصاديا.

إلا أن هذه القرينة، في الواقع، ليست قاطعة؛ ذلك أن الطرف الذي يمثل الطلب، قد يمارس نشاطا اقتصاديا مؤثرا في السوق، وقد تنتج عنه ممارسات معرقة للمنافسة فيها.

وفي هذا الصدد، فإن الفقه الفرنسي⁽²⁾، وتأثرا بأحكام القضاء قد ميز بين حالتين هما: الحالة التي يمثل فيها الطالب مستهلكا، والحالة التي لا يكون فيها الطالب مستهلكا نهائيا، ففي الحالة التي يكون فيها الطالب مستهلكا نهائيا، فهو يقتني ما يشبع حاجياته، ولا يمكنه بهذا الشكل أن يؤثر في السوق بأن يعرقل المنافسة فيها، أما دخل الطالب في هذه العلاقة الاقتصادية لاقتناء حاجات مهنته، فهو يمارس بذلك نشاطا اقتصاديا قد يؤثر سلبا في السوق.

وفي السياق ذاته، قرر الاجتهاد القضائي الأوروبي، بأن مشتري السلعة لا يمارس نشاطا اقتصاديا، إلا إذا قام بعرضها في السوق، أما إذا اشتراها لأغراض اجتماعية محضة أو لاستعمالها في نشاط آخر فهو لا يمارس نشاطا اقتصاديا، ولو كانت الكمية المباعة كمية كبيرة⁽³⁾.

(1) مثلا القرار رقم 99 ق 04 الصادر يوم 05 ديسمبر 1999 المتعلق بإخطار شركة "فارانال" ضد عدد من المستوردين، غير منشور.

(2) Marie- Chantal BoutardLabarde - Guy Ganivet, op.cit, p22.

(3) Marie Malaurie - Vignal, Droit de la concurrence interne et communautaire, Armand Colin, 3^{ème} éd paris, 2005, p52.

وفي الواقع، فإن هذا الموقف، في اعتقادنا، يتوافق مع الاتجاه العام للمشرع الجزائري؛ حيث أنه وقياساً على قانون حماية المستهلك وقمع الغش، نجد أن المشرع قد أقصى الشخص الذي يقتني السلعة أو الخدمة لأغراض مهنية من الحماية القانونية وقصرها على من يقتنيهما لأغراض شخصية⁽¹⁾، بعدما كان في ظل القانون السابق⁽²⁾ يوسع الحماية القانونية إلى ما يسمى بالمستهلك الوسيط أيضاً⁽³⁾.

وهو الحكم الذي يمكن إسقاطه على قانون المنافسة؛ فإذا كان من يمثل الطلب في السوق يقصد بذلك القيام بنشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات، فهو لا محالة يتساوى مع غيره من المؤسسات القائمة بالنشاط ذاته أمام قانون المنافسة، أما إذا كان يقصد تلبية حاجاته الشخصية، فهو غير معني بخطاب قانون المنافسة، لأنه ليس من شأن ذلك التأثير في السوق.

الفرع الثاني: تمييز النشاط الاقتصادي عن غيره من الأنشطة

إذا كان المعيار المادي يركز على "النشاط الاقتصادي"، فإن هذا الأخير بمقوماته الثلاث (إنتاج، توزيع، خدمات)، قد يشتهر ببعض الأنشطة التي تتوفر فيها هذه العمليات الثلاث، الأمر الذي يؤدي إلى شبهة تطابق بين مفهوم "النشاط الاقتصادي" كمعيار لتطبيق قانون المنافسة، وبين بعض المفاهيم الأخرى المستقرة في النظام القانوني، كمفهوم "العمل التجاري" وكذا مدى إمكان أن يمتد مفهوم "النشاط الاقتصادي" -بهذه المقومات- ليشمل بعض الأنشطة ذات البعد الاجتماعي. وعليه يصبح تمييز "النشاط الاقتصادي" عن غيره من الأنشطة ضرورة ملحة، كونه يشكل عاملاً مؤثراً في مجال الحماية القانونية للسوق اتساعاً وضيقاً.

وعليه، سوف نتناول من خلال هذا الفرع تمييز "النشاط الاقتصادي" عن "العمل التجاري" من ناحية (أولاً)، وتمييزه عن النشاط الاجتماعي من ناحية أخرى (ثانياً).

أولاً: تمييز النشاط الاقتصادي عن العمل التجاري

يتميز العمل التجاري، مهما كان نوعه، بحسب الموضوع، بحسب الشكل أو بالتبعية بميزة هامة وهي هدف تحقيق الربح، فلا مجال للحديث عن عمل تجاري دون وجود هذا الهدف، والذي

(1) المادة الثالثة من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(2) القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06 لسنة 1989 (ملغى).

(3) في الواقع، فإن مصطلح "الوسيط"، قد ورد ذكره بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش؛ التي عرفت المستهلك بأنه: "كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي...": المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 5 لسنة 1990.

يعدّ أساس التجارة، ومن جهة أخرى، يتمحور العمل التجاري على إحدى النشاطات المكونة للنشاط الاقتصادي" وهي الإنتاج والتوزيع والخدمات ؛ حيث جاء في نص المادة الثانية من القانون التجاري⁽¹⁾ أنه : "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه :

- كل مقاوله للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح.

- كل مقاوله للتوريد أو الخدمات...".

وعليه، يعد العمل التجاري جزءا من "النشاط الاقتصادي" بمفهومه الشامل، ويكون تبعا لذلك معنيا بقانون المنافسة.

ومع ذلك، فإنه "علينا أن نفرق -في هذا الشأن- بين العمل التجاري، الذي ينشأ عنه تأثير على السوق، والذي يكون معنيا بخطاب قانون المنافسة، وبين النزاع التجاري الحاصل بين تاجرين بخصوص منافسة غير مشروعة مثلا.

وهذا ما أدى بمجلس المنافسة في ظل الأمر 95-06 إلى رفض عديد الإخطارات التي تتعلق بمنافسة غير مشروعة، معللا رفضه، بأن النزاع محل الإخطار، يكتسي طابعا تجاريا، وأن المنافسة غير المشروعة لا تدخل ضمن اختصاص قانون المنافسة، وبالتبعية ضمن اختصاص المجلس، إلا إذا كانت تشكل ممارسة منافية للمنافسة⁽²⁾.

إن ما يدفعنا إلى التمييز بين النشاط الاقتصادي والعمل التجاري هو "تحقيق الربح"؛ حيث يشترك كل من العمل التجاري والنشاط الاقتصادي في تحقيق الربح، ومع ذلك، فإن الفاصل بينهما هو أن العمل التجاري يهدف أساسا أو يقوم على تحقيق الربح، بينما لا يهدف "النشاط الاقتصادي" بالضرورة إلى تحقيق الربح، وإن كان من الممكن أن يحقق أرباحا بصفة عرضية، وبذلك يتعدى دائرة العمل التجاري، ويكون مشمولا بخطاب قانون المنافسة، وهو ما يعد ضمانا لتوسيع الحماية القانونية للسوق.

وعليه، فإن ما يمكن أن نجزم به، في هذا الصدد، هو أن كل ما هو تجاري وفق أحكام القانون التجاري يدخل ضمن زمرة النشاطات المعنية بخطاب قانون المنافسة، نظرا لما يمكن أن

(1) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 101 لسنة 1975، المعدل والمتمم.
(2) نذكر على سبيل المثال القرار رقم 2000 ق01 الصادر يوم 19 نوفمبر 2000، حيث تتعلق القضية بنزاع بين "وكالة ميلي للسفر" وشركة "زناتة للسفر" على إثر قيام الأخيرة بفتح مكتبها في العمارة ذاتها التي تمارس فيها السيدة ميلي نشاطها، مما أدى بها إلى تقديم إخطار أمام مجلس المنافسة، إلا أن الأخير قرر عدم اختصاصه ميررا قراره بأن النزاع لا يشكل عائقا للمنافسة الحرة ما عدا إذا ثبت أنه يحتل وضعية هيمنة في السوق ويقوم بممارسات معينة لإقصاء الغير منها". غير منشور.

ينتج عن هذا النشاط من ممارسات منافية للمنافسة، ومع ذلك، فإن العكس غير صحيح؛ أي أنه لا يشترط أن يأخذ النشاط طابعا تجاريا حتى يكون معنيا بأحكام قانون المنافسة؛ ذلك أن هذا الأخير يقوم على هدف إحداث التوازن داخل السوق وحمايتها من شتى أنواع الممارسات التي قد تمس بها.

وتأسيسا على ذلك، فإن مجلس المنافسة، لا يبحث في تجارية العمل محل الممارسة المنافسة للمنافسة، بل يقتصر على البحث حول ما إذا كان النشاط المعني، يمثل نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات، وما يمكن أن ينتج عنه من مساس بالمنافسة في السوق.

ذلك أن جوهر النشاط الاقتصادي هو "التبادل الاقتصادي"، سواءهدف إلى الربح أم لم يهدف إلى ذلك، وإذا كان هدف تحقيق الربح هو أساس العمل التجاري، فإن غياب هذا الهدف لا يعطل تطبيق قانون المنافسة.⁽¹⁾

وفي هذا الاتجاه ذهب قديما الاجتهاد الفرنسي؛ حيث أدانت محكمة النقض الفرنسية الاتفاقات التي تم إبرامها بين نقابات المنتجين الزراعيين، باعتبارها اتفاقات تضمنت شروطا مقيدة للمنافسة، وذلك رغم أن النشاط الزراعي يعتبر تاريخيا نشاطا مدنيا⁽²⁾.

كما اعتبر القضاء الفرنسي أن الاتفاق المبرم بين أصحاب منابع المياه وعملائهم موزعي المياه المعدنية اتفاقا محضورا كونه يتضمن شروطا مقيدة للمنافسة، رغم أن الاتفاق لم يكن تجاريا من جانب مالكي حقوق الانتفاع على منابع المياه⁽³⁾.

كما تجاوز القضاء الأوروبي أيضا معيار تحقيق الربح من أجل تطبيق أحكام اتفاقية روما؛ إذ ذهبت محكمة العدل الأوروبية إلى القول بأنه:

«Le seul fait que (la personne morale en cause) ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas l'activité qu'elle exerce sa nature économique...

⁽¹⁾ André Décoq- Georges Décoq, Droit de la concurrence interne et communautaire, L.G.D.J, Paris, 2004, p52.

⁽²⁾ لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص61.

⁽³⁾ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

dès lors (qu') elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer »⁽¹⁾.

ولقد سلك المشرع الجزائري المسلك ذاته بخصوص تطبيق قانون المنافسة؛ حيث حدد مفهوم النشاط الاقتصادي بالإشارة إلى عناصره دون الإشارة إلى الطبيعة التجارية للنشاط، ووسع من مجال قانون المنافسة إلى تجمعات غير ربحية - كما سنرى ذلك لاحقاً -.

ثانياً: تمييز النشاط الاقتصادي عن النشاط الاجتماعي

إن التوأمة بين ما هو اقتصادي وما هو اجتماعي معمول بها في العديد من المستويات، فغالباً ما نسمع عن مجالس اقتصادية واجتماعية تؤسس على سبيل الاستشارة أو في شكل لجان متخصصة لدى هيئات أو سلطات عمومية وطنية ولدى منظمات دولية⁽²⁾، بحيث يفترن في العادة النشاط الاقتصادي بالنشاط الاجتماعي.

وعلى صعيد قانون المنافسة، هل يشمل مفهوم "النشاط الاقتصادي" تلك الأنشطة ذات الأهداف الاجتماعية أم أنها تخرج، بطبيعتها، عن مجال تطبيق هذا القانون؟

بداية، فإن المقصود بالأنشطة ذات الأهداف الاجتماعية، في هذا المقام، هي الخدمات الاجتماعية بمعناها الضيق، والتي تنصرف إلى الحماية الاجتماعية.

إن شمول مفهوم "النشاط الاقتصادي" كمعيار لاختصاص قانون المنافسة، أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات، يؤدي إلى إمكان امتداد هذا القانون إلى الأنشطة التي تقوم بها هيئات التأمين الاجتماعي طالما أن هذه الأنشطة هي خدمات تقدمها هذه الهيئات باسم الدولة إلى مختلف المستفيدين من أنظمة الضمان الاجتماعي، وطالما أن "الخدمة" هي أحد مقومات "النشاط الاقتصادي" دون اعتبار لطبيعة الشخص القائم بها، وبما أن معيار الربح ليس محل اعتبار عند تطبيق قانون المنافسة، فإن هذا كله يقود إلى القول بأن هذه الأنشطة معنية بخطاب قانون المنافسة في حال حصول واحدة من الممارسات المنافسة للمنافسة في إطار القيام بها.

⁽¹⁾ C-244/94-FFSA du 16 Novembre 1995, dispo/site : Curia.europa.eu.

⁽²⁾ محفوظ لعشب، الوجيز في القانون الاقتصادي (النظرية العامة وتطبيقاتها في الجزائر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 16.

لكن رغم أن "الخدمة" هي أحد مفردات النشاط الاقتصادي، إلا أن اعتبارات عديدة، تؤدي إلى إخراج الخدمات التي تقدمها هيئات الضمان الاجتماعي من دائرة "النشاط الاقتصادي" وبالتبعية من مجال تطبيق قانون المنافسة.

ويمكن إجمال هذا الاعتبار فيما يأتي:

- أن الهيئات التي تمارس هذه الأنشطة، إنما تمارس نشاطا اجتماعيا محضا، مؤسسا على مبدأ "التضامن الاجتماعي"، وهو ما يبتعد عن أساس النشاط الاقتصادي، المتمثل في القيام بمبادلات اقتصادية، تترجم في صيغة عرض وطلب حول منتجات وخدمات في سوق معينة وفق مقابل يتحدد بسعر السوق⁽¹⁾.

- أن هذه الأنظمة هي أنظمة إجبارية؛ حيث تلزم التشريعات المتعلقة بها كافة الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون نشاطا مهنيا، بالتسجيل والانتساب لدى هيئات الضمان الاجتماعي⁽²⁾، كما يجب على المؤسسات المستخدمة التصريح بالمستخدمين لديها، تحت طائلة التعرض لعقوبات تقررها النصوص المتعلقة بها⁽³⁾.

- أن هذه الأنظمة هي أنظمة تساهمية؛ حيث أن الاقتطاعات، تكون من العوائد المهنية؛ أي اشتراك أطراف التأمينات الاجتماعية، بمن فيهم الأشخاص أو الهيئات المستخدمة وكذا العمال أو المهنيين في تمويل هيئات الضمان الاجتماعي، وذلك بتحديد مسبق لمبلغ الاشتراكات وطبيعة الخدمات؛ والتي تكون موحدة بالنسبة لجميع المستفيدين، وهو الأمر الذي يحول دون تأثير هؤلاء المستفيدين على مواردها أو أعبائها⁽⁴⁾.

كما يضيف بعض الفقه الفرنسي⁽⁵⁾، اعتبارا آخر، يجد له موقعا ضمن قانون المنافسة الأوروبي، يستند هذا الاعتبار إلى الطبيعة القانونية للهيئات المقدمة لهذه الخدمات الاجتماعية، والتي لا تأخذ طبيعة "المؤسسة" وفق قانون المنافسة، طالما أن مهامها ذات طبيعة اجتماعية محضة.

(1) وذلك دون الحديث عن غياب تحقيق الربح، والذي قلنا بأنه ليس معيارا لتحديد مفهوم النشاط الاقتصادي في قانون المنافسة.
(2) المادة التاسعة من القانون رقم 83-14 المؤرخ في 02 جويلية 1983، يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 28 لسنة 1983.
(3) المادة 13 من القانون رقم 83-14 المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، المعدل والمتمم.

(4) André Décoq- Georges Décoq, Op.cit, p75.

(5) Ibid, p74.

إن موقف استبعاد نشاطات التأمين الاجتماعي من مجال تطبيق قانون المنافسة إعمالاً للمعيار المادي، كان موقفاً موحداً بين الهيئات القضائية الفرنسية ومجلس المنافسة؛ حيث جاءت العديد من قرارات هذه الهيئات تصب في هذا الاتجاه، وإن اختلفت من حيث الصياغة والتسبيب؛ ففي حين استندت بعض هذه القرارات إلى الطبيعة الخاصة لأنشطة التأمين الاجتماعي، استند البعض الآخر إلى الطبيعة القانونية للهيئات القائمة بهذه الأنشطة.

حيث، وبموجب إخطار تقدمت به الكونفدرالية الأوروبية للدفاع عن العمال غير الأجراء (C.E.D.T.I) أمام مجلس المنافسة الفرنسي ضد صناديق التقاعد الفرنسية الثلاث للعمال غير الأجراء، والخاصة بالتجار والحرفيين والزراعيين، ادعت الكونفدرالية الأوروبية بوجود ممارسات تعسف في وضعيات الهيمنة، تقوم بها هذه الهيئات، تتعارض مع أحكام اتفاقية روما، وأرادت استصدار ترخيص من مجلس المنافسة الفرنسي من أجل إخطار المحكمة الأوروبية بخصوص هذه الممارسات، غير أن مجلس المنافسة الفرنسي، أصدر قراراً بعدم قبول الإخطار مستنداً في ذلك إلى الطبيعة الخاصة لأنظمة التأمين الاجتماعي، والتي تبتعد عن أي هدف تجاري أو اقتصادي⁽¹⁾.

وبخصوص قضية أخرى، تتعلق بممارسات منسوبة إلى الصندوق الوطني للمنح العائلية (C.N.A.F)، أصدر مجلس المنافسة الفرنسي⁽²⁾ -بشأنها- قراراً برفض الإخطار، وهو القرار الذي أيده مجلس قضاء باريس، ولقد استند مجلس المنافسة في قراره هذا إلى الطبيعة القانونية للهيئة المعنية والتي وضعها في خانة الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري⁽³⁾.

وهو في الواقع الموقف نفسه الذي سار عليه القضاء الأوروبي، ففي القرار الشهير (poucet et pistre)⁽⁴⁾، رفض مجلس قضاء الاتحاد الأوروبي أي ادعاء بوجود هيمنة أو

⁽¹⁾ «Considérant que (l'organic), la (cancava), la (M.S.A) assurent la gestion des régimes spéciaux du service public de la sécurité sociale applicables respectivement aux commerçants, aux artisans, et aux membres des professions agricoles, que la filiation à ces régimes est obligatoire et que les taux de cotisation, ainsi que les prestations qu'ils délivrent sont fixés par des textes législatifs et réglementaires, que dans ce cadre, ces organismes exercent une mission exclusive de toute activité commerciale, économique ou spéculative»: Décision n° 93-D-20 du 08 Juin 1993 relative à la saisine présentée par la confédération européenne de défense des travailleurs indépendants (C.E.D.T.I) : [www. autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr).

⁽²⁾ Décision n° 10-D-24 du 28 Juillet 2010 relative à pratiques mise en œuvre par la Caisse Nationale des Allocations Familiales, [www. autoritedelaconurrence.fr](http://www.autoritedelaconurrence.fr).

⁽³⁾ «la (C.N.A.F) constitue un établissement public national à caractère administratif, qui a notamment pour rôle d'assurer le financement de l'ensemble des régimes de prestations familiales ». Cour d'appel de Paris, Arrêt du 27 Janvier 2011, n15,2010/17496.

⁽⁴⁾ C-160/91poucet- pistre du 17 Février 1993 : Curia.Europa.eu.

احتكار تتعلق بالضمان الاجتماعي، مستبعدا الأنظمة الإجبارية للتأمين الاجتماعي من مجال تطبيق قانون المنافسة، معتبرا أن الهيئات القائمة بها لا تأخذ وصف "المؤسسة" حسب قانون المنافسة.

وقد اعتمد مجلس قضاء الاتحاد الأوروبي في القرار المذكور، ومن أجل نفي صفة "المؤسسة" عن هذه الهيئات على بعدين هما : البعد الاجتماعي المحض لهذه الأنشطة، ومبدأ "التضامن" الذي تخضع له هذه الهيئات كأساس للقيام بهذه الخدمات، منشأ بذلك فئة جديدة من الهيئات لم تتضمنها المواد 85، 86، 90 من اتفاقية روما⁽¹⁾.

كما اعتمد القضاء الأوروبي للتمييز بين ما هو اجتماعي وما هو اقتصادي على ما أطلق عليه الفقه معيار الاحتمالية (le critère de potentialité)، والذي مفاده أن النشاط يكيف بأنه نشاط اقتصادي متى كان من الممكن ممارسته من قبل مؤسسة خاصة، أي حتى ولو لم يمارس بصفة فعلية⁽²⁾.

إن الاعتبارات السابقة، والتي أدت إلى إخراج خدمات التأمين الاجتماعي من مفهوم "السوق" لا بد أن تتوفر بصفة تراكمية ؛ ذلك أن الهدف الاجتماعي وحده، قد لا يكون حاسما لاستبعاد هذه الخدمات من مجال تطبيق قانون المنافسة.

وترتبيا على ذلك، إذا كان الانضمام إلى هذه الأنظمة اختياريا، خاضعا لإرادة الشخص وتعددت الهيئات المقدمة لمثل هذه الخدمات الاجتماعية وتنوعت طبيعة هذه الخدمات، وكانت هذه الهيئات خاضعة في قيامها بهذه الأنشطة لأحكام اتفاقية وليس لأحكام تشريعية أو تنظيمية، فإن ذلك لا يمنع من امتداد قانون المنافسة إلى هذه الأنشطة في حال أحدثت تأثيرا سلبيا في السوق المعنية.

وهو الاتجاه الذي سلكه كل من مجلس المنافسة الفرنسي ومجلس قضاء باريس، بخصوص ممارسات تتعلق باتفاقات منافية في مجال التعويض التكميلي للتأمين الصحي.

⁽¹⁾ «... qu'à coté des entreprises privées, des entreprises publiques, et entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général des articles 85, 86 et 90, il existe des entités particulières gérant un régime légal obligatoire de sécurité sociale, il s'agit d'entités auxquelles les règles concurrentielles n'ont pas vocation à s'appliquer ».

⁽²⁾ Christine Shurmans, Xavier Taton, Alexia Autenne, Actualité du droit de la concurrence, Bruylant, Bruxelles, 2007, p163.

وتتلخص الوقائع في أن وزير الاقتصاد الفرنسي، تقدم بإخطار أمام مجلس المنافسة الفرنسي ضد "الفدرالية الوطنية للتعاضديات الفرنسية F.N.M.E، والتي تضم 85% من التعاضديات الناشطة في مجال التأمين الصحي التكميلي، حيث تم -في إطار هذه الفيدرالية- توقيع التعاضديات المنضمة إليها ميثاق تعاون، تضمن بعض البنود، تعتبر بتطبيق قانون المنافسة، اتفاقات منافية للمنافسة، كشرط عدم المنافسة واقتسام الحصص في السوق... إلخ، ورغم أن الفيدرالية تمسكت في دفاعها بأن الممارسات التي تمت في إطارها لا تعدو كونها ممارسات تهدف إلى تنظيم هذا النشاط الاجتماعي بعيدا عن أي هدف لتحقيق الربح، إلا أن مجلس المنافسة الفرنسي وبعد تحليل للوقائع، انتهى إلى القول بأن قطاع التعويض التكميلي للتأمين الصحي لا يخرج عن مجال تطبيق قانون المنافسة، وبشكل خدمة وفق مفهوم المادة 1-410 L من التقنين التجاري، مستأنسا في قراره أيضا إلى اجتهاد لمحكمة استئناف باريس رفض من خلاله الاستناد إلى غياب هدف تحقيق الربح من أجل تطبيق قانون المنافسة، بما يؤدي إلى إخراج بعض الأنشطة المؤثرة في السوق من خطاب هذا القانون⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك، تم اعتبار أنظمة التأمين التكميلية أنشطة اقتصادية، وأن الهيئات التي تمارسه تشكل سوقا تنافسية مع شركات التأمين؛ وذلك كون الأداءات متناسبة مع حجم الاشتراكات المدفوعة والنتائج الاستثمارية التي تجربها الهيئة القائمة على الإدارة وفقا لمبدأ العائد الرأسمالي، وهي عناصر للنشاط الاقتصادي، حتى ولو تم إدارته بواسطة هيئة أو مؤسسة غير تجارية⁽²⁾.

وعليه، فإن التمييز بين أنشطة التأمين الاجتماعي الإجباري والتأمين الاختياري التكميلي أمام قانون المنافسة، يجد مبرره فيما يمكن أن يقع في إطار التأمين التكميلي من ممارسات منافية للمنافسة نظرا لتعدد الهيئات القائمة به واحتمال قيام منافسة بينها وعدم وجود نظام موحد تخضع له.

ومن خلال ما سبق، نصل إلى نتيجة مفادها أن البعد الاجتماعي للنشاط، قد لا ينزع عنه طبيعته الاقتصادية في حال توافر على إحدى مقومات النشاط الاقتصادي، ويكون بذلك معينا بتطبيق قانون المنافسة، كلما أحدث تأثيرا سلبيا في السوق.

⁽¹⁾ Décision n° 01-D-55 du 21 Septembre 2001 relative à des pratiques mise en œuvre sur le marché de remboursement complémentaires à l'assurance maladie : www.autoritedelaconcurrence.fr.

⁽²⁾ حسين الماحي، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، 2007، ص117.

غير أن اعتماد معيار "النشاط الاقتصادي" من أجل تحديد مجال الحماية القانونية للسوق، وإن كان يجد أساسه في الطبيعة الاقتصادية لقانون المنافسة ويبدو بذلك معيارا منطقيًا، فإنه يمتاز في الوقت ذاته بالصعوبة في تحديد مفهومه بدقة، هذه الصعوبة ناتجة عن ضرورة وضع حدود قانونية لمجال ذو أبعاد اقتصادية وهو السوق⁽¹⁾، الأمر الذي يفتح المجال واسعًا أمام الهيئات المختصة بتطبيق قانون المنافسة من أجل الوقوف على الطبيعة الاقتصادية للنشاط المعني، ويجعلها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة، في هذا الإطار، ويفرض إجراء دراسة دقيقة للسوق المعنية. كل هذه الصعوبات في تحديد النشاط الاقتصادي دفعت إلى اعتبار النشاط الاقتصادي كمعيار لتطبيق قانون المنافسة مفهومًا متمردها عن أي حصر أو تصور⁽²⁾.

المطلب الثاني: مفهوم "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة

"المؤسسة" هي من المصطلحات التي استحدثها المشرع الجزائري ضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة؛ حيث استعمل الأمر 95-06 الملغى، مصطلح "العون الاقتصادي"، وذلك بالنسبة للأحكام الخاصة بالمنافسة والأسعار وبالنسبة للأحكام المتعلقة بالممارسات التجارية على حد سواء، أما بعد فصل النصين بموجب الأمر 03-03، استبدل المشرع مصطلح "العون الاقتصادي" بمصطلح "المؤسسة". ويعتبر مصطلح "المؤسسة" -في الواقع- الأكثر تعبيرًا عن مرحلة أكثر تفتحًا على المنافسة الاقتصادية، والتصور الذي يعكس شمول قانون المنافسة عالم الأعمال ككل.

وبدوره يثير مفهوم "المؤسسة" العديد من الإشكالات الناجمة أساسًا عن الاختلاف بين الأهداف القانونية والاقتصادية بخصوص إرساء مفهوم جامع للمؤسسة في نظر قانون المنافسة. وعليه، فإن تحديد مفهوم "المؤسسة" لا يتوقف عند المعايير التشريعية التي حددها قانون المنافسة (فرع أول)، بل يتجاوزها إلى بعض المعايير القضائية التي أفرزتها الممارسة العملية (فرع ثان).

⁽¹⁾ Elsa Bernard, "L'activité économique", un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, Revue internationale de droit économique, n°0/2009, p353.

⁽²⁾ Elsa Bernard, Art prec, p353.

الفرع الأول: المعايير التشريعية لتحديد مفهوم "المؤسسة"

يمكن تحديد هذه المعايير، بالرجوع إلى التعريف التشريعي للمؤسسة، الذي تضمنه نص المادة الثالثة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة؛ إذ ورد ضمن البند (أ) بأنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد".

ووفقا لهذا التعريف، فإن "المؤسسة" في قانون المنافسة، تتحدد من خلال معيار "النشاط الاقتصادي" من جهة (أولا) ومعيار "التكرار" من ناحية ثانية (ثانيا).

أولا: معيار "النشاط الاقتصادي"

إن مصطلح "المؤسسة" لم تستحدثه قوانين المنافسة، بل يعد مفهوما كلاسيكيا عرف في ظل الأنظمة الاشتراكية والرأسمالية على حد سواء، وبالرغم من أن التشريعات لم تهتم بتعريف "المؤسسة"، إلا أن الاقتصاديين اهتموا بفكرة "المؤسسة"، باعتبارها فكرة اقتصادية، وفي هذا الإطار، اتجه البعض إلى تعريفها بأنها: "خلية أساسية للنشاط الاقتصادي وممارسة دائمة لنشاط وتنظيم موجه نحو الإنتاج الاقتصادي، وهي ليست فقط مجموعة أموال يمكن حصرها، بل تنظيم ديناميكي كوحدة مستقلة لها ذاتيتها، والتي لا يمكن أن تدرك إلا بالقيام بنشاط وليس القيام بعمل منفرد... ومن الأهمية بمكان أن تكون لها هدف وغاية هي الإنتاج الاقتصادي"⁽¹⁾.

كما عرفها البعض الآخر بأنها: "الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادي"⁽²⁾.

وإذا كان مفهوم "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة، يتفق مع التعريفات السابقة حول موضوعها وهو "النشاط الاقتصادي"، غير أنه يتفرد من حيث كونه لا يستدعي تنظيما معينا ولا يشترط تجميعا للعناصر المادية والبشرية، بل يمتد لجعل المؤسسة شخصا طبيعيا.

ولقد سلك القضاء الأوروبي اتجاها موسعا لتعريف "المؤسسة" من وجهة نظر قانون المنافسة تعريفا ارتكز على نشاط المؤسسة وهو النشاط الاقتصادي دون النظر إلى شكلها؛ حيث؛ وفي قرار صادر عن القضاء الأوروبي في 12/07/1984 جاء فيه بأن:

(1) أسامة فتحي عبادة يوسف، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2011، ص28، هامش رقم (1).
(2) المرجع نفسه، ص27.

«La notion d'entreprise placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique cette unité est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales»⁽¹⁾.

كما تأثر بهذا المسلك، القضاء الفرنسي ومجلس المنافسة الفرنسي⁽²⁾؛ حيث أجمعت العديد من القرارات على امتداد مفهوم المؤسسة -في نظر قانون المنافسة- إلى كل كيان (entité) يمارس نشاطا اقتصاديا، بغض النظر عن نظامه القانوني وطبيعته أو طريقة تمويله⁽³⁾.

فحسب هذه التعريفات، فإن مفهوم المؤسسة ككيان فاعل في السوق، لا يتحدد من وجهة نظر قانون المنافسة، بالاختصار على المعايير القانونية البحتة، أين يتم اعتماد أشكال قانونية محددة، وإنما يتم بشأنه تغليب المعيار الاقتصادي.

وفقا لهذا المعيار، يتسع مفهوم "المؤسسة" ليشمل مختلف الصور المنصوص عليها ضمن نصوص متنوعة، كالقانون التجاري أو المدني وغيرها، ويشمل بذلك سائر الشركات والتنظيمات والتجمعات ومختلف الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي تمارس نشاطا اقتصاديا، بغض النظر عن طبيعتها وشكلها، وعمّا إذا كان وجودها قانونيا أو فعليا، وإن كان من أنشأها أو يسيطر عليها من الأشخاص الخاصة أو العمومية.

إن الاتجاه نحو تغليب الاعتبار الاقتصادي على الاعتبار القانوني، والذي سار وفقه القضاء الأوروبي والفرنسي، ينتج عنه مراعاة الوحدة الاقتصادية لتكييف كيان ما على أنه "مؤسسة" حتى في غياب الوحدة القانونية، وينتج عن ذلك، أنه في حال تعدد الأشخاص المشاركة في الممارسة المحظورة من الناحية القانونية، فإنها قد تشكل مجتمعة "مؤسسة" في نظر قانون المنافسة، وهو ما ذهب إليه القضاء الأوروبي في قرار hydroterm⁽⁴⁾؛ أين اعتبر اتفاقا منافيا للمنافسة، ذلك الذي أبرم بين شركة hydroterm كشخص معنوي من جهة، وشخص

(1) Valérie Pironon, op .cit, p36.

(2) « L'entité économique ne coïncide pas forcément avec l'entité juridique », le rapport du conseil de la concurrence pour 1996, cité par : Linda Arcelin, droit de la concurrence (les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire), P.V.R, 2009, p36.

(3) Ibid.

(4) Valérie Pironon, Op.cit, p36.

طبيعيوشركتين مختلفتين من جهة أخرى، حيث كان هذا الشخص الطبيعي يمارس سيطرة عليهما، وذهب القضاء إلى اعتبار اجتماع شخصين معنويين وشخص طبيعي بمثابة "مؤسسة" من وجهة نظر قانون المنافسة.

وتماشيا مع سياق تغليب الجانب المادي على الجانب العضوي للمؤسسة، اتجه الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الأخذ بمبدأ "الاستمرارية الاقتصادية" للمؤسسة ؛ والذي يفيد إمكان متابعة ومعاينة الكيان الجديد الذي حل محل "المؤسسة" إذا تغير شكل هذه الأخيرة أو تمت إعادة هيكلتها.

ويترتب على ذلك أنه في حالة اندماج شركة مثلا مع أخرى، فإن المتابعة بسبب الممارسة المحظورة تكون في مواجهة الشركة الدامجة تطبيقا لمبدأ الاستمرارية الاقتصادية للمؤسسة، هو ما يؤدي إلى عدم تهرب المؤسسة المرتكبة للمخالفات من العقوبة عن طريق اللجوء إلى آلية الاندماج أما في الحالة التي تتوقف فيها "المؤسسة" عن ممارسة جزء من نشاطها الذي ارتكبت في إطاره المخالفة، لكنها استمرت "كمؤسسة"، فإنها تسأل عن هذه الممارسات، أما في حالة التوقيف الكلي للنشاط، فإن المؤسسة التي حلت محلها تتحمل المسؤولية عن المخالفات وتوجه إليها مختلف الإخطارات⁽¹⁾.

أما في حالة تصفية الشركة، فإن إجراءات المتابعة تتخذ في مواجهتها -في هذا الشأن- كشخص معنوي لاستمرار شخصيتها المعنوية لمقتضيات التصفية، كما تنص عليه القواعد العامة -في هذا الإطار-⁽²⁾.

إلا أنه ورغم أن مجلس المنافسة الفرنسي، قد أكد على هذا الحل في تقريره السنوي لسنة 1993، إلا أنه وفي قرار يتعلق بممارسات ارتكبت من طرف شركة في حالة تصفية قضائية، سلك المجلس منحى آخر ؛ حيث قرر ألاوجه للمتابعة، مستندا في ذلك إلى حالة التصفية⁽³⁾ دون أن يتم الطعن في هذا القرار.

⁽¹⁾ Marie – Chantal BoutardLabarde, Le droit de la concurrence face aux « cession d' entreprise », in Restructuration d'entreprise et droit de la concurrence, Acte de la journée d'étude, L.G.D.J, paris, 1993.

⁽²⁾ Marie – Chantal BoutardLabarde – Guy Ganivet, Op.cit, p14.

⁽³⁾ Décision n° 93-D-38 du 05 Octobre 1993 relative à une saisine d'office du conseil de la concurrence portrait sur un clause du protocole d'accord liant la société pour la promotion de la presse régionale à ses distributeurs : www.Autoritedelaconurrence.fr.

ولاشك أن مبدأ "الاستمرارية الاقتصادية" للمؤسسة، يتماشى مع المعيار المادي لتطبيق قانون المنافسة ويوسع من مجال الحماية القانونية للسوق التي تركز على الآثار السلبية للنشاط على السوق بعيدا عن بعض القيود القانونية التي قد تحد من تطبيق قانون المنافسة، باعتباره قانونا يتم فيه تغليب الواقعية الاقتصادية لتجاوز بعض الشكليات القانونية⁽¹⁾.

ومع ذلك، فإن هناك بعض المبادئ القانونية التي قد يتم المساس بها من خلال اتباع هذا المنهج، فإذا سلمنا بتغليب الواقعية الاقتصادية ضمانا لتوسيع الحماية القانونية، فإنه، ومن ناحية ثانية يكون من غير المقبول المساس بمبدأ "شخصية العقوبة".

وهو ما جعل الفقه الفرنسي، يحاول إيجاد مبررات لتطبيق معيار "الاستمرارية الاقتصادية" أو أحكام تخفف من حدتها، ومن قبيل ذلك أنه في حالة استمرار وجود الشخص الذي كان يستغل المؤسسة وقت ارتكاب المخالفات، فإن الإجراءات تتم في مواجهته، أما في حالة زواله، فإنه يطبق مبدأ الاستمرارية الاقتصادية⁽²⁾.

وفي السياق ذاته، تم تبرير مبدأ "الاستمرارية الاقتصادية"، بالنظر إلى النتائج الاقتصادية المحققة من وراء النشاط محل الممارسات المحظورة؛ ذلك أن الشخص الذي حل محل المؤسسة مرتكبة الممارسات المحظورة هو المستفيد النهائي من الأرباح المحققة بواسطة هذه الممارسات⁽³⁾ ومع ذلك، فإنه يلاحظ وجود تردد كبير على مستوى الفقه والقضاء الأوروبيين بخصوص القبول التام بفكرة "الاستمرارية الاقتصادية" للمؤسسة التي، وإن وجدت صداها في البعد الاقتصادي لقانون المنافسة، إلا أن بعض الصعوبات تكتنف تحقيق هذا المبدأ.

وفي هذا الإطار، ذهب القضاء الأوروبي إلى التأكيد على أنه إذا كان مصطلح "المؤسسة" في قانون المنافسة لا يطابق مصطلح "الشركة" بما تمثله من شخص معنوي، إلا أن تحديد شخص معنوي، تتم في مواجهته الإجراءات هو شرط لازم من أجل تنفيذ القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية في هذا الشأن⁽⁴⁾.

(1) «De plus en plus, l'économie bouscule le juridique, lui impose sa loi, le façonne à son image», L.Jausserand, cité par : Linda Arcelin, L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, Litec, Paris, 2003, p467.

(2) Valérie Pironon, Op.cit, p39.

(3) Ibid.

(4) Idem.

إن الرجوع إلى التعريف التشريعي للمؤسسة الوارد في نص المادة الثالثة السابق الإشارة إليه، يكشف عن إرادة المشرع الجزائري في أخذ مسلك مخالف لما ذهب إليه القضاء الفرنسي والأوروبي بشأن تعريف المؤسسة.

فإذا كان المشرع الجزائري قد عرف المؤسسة من خلال معيار النشاط الاقتصادي، إلا أنه لم يهمل الاعتبار القانوني -بهذا الخصوص-، حين انطلق في تعريفه للمؤسسة من الشخص، بقوله: "كل شخص طبيعي أو معنوي".

ونعتقد أن سلوك المشرع الجزائري هذا المسلك في تعريف "المؤسسة" لن يمس بالمعيار المادي المعتمد من قبله من أجل تطبيق قانون المنافسة، وإنما أراد الأخذ بالمعيار القانوني إلى جانب المعيار المادي من أجل تفادي تلك الإشكالات المتعلقة بإسناد المسؤولية، فوجود ممارسات محظورة، يستدعي بالضرورة وجود متابعة وتوقيع عقوبة، وهو ما يصعب تحقيقه في غياب شخص طبيعي أو معنوي.

ودليل تمسك المشرع الجزائري بالمعيار المادي يبدو من خلال توسيع مجال خطاب قانون المنافسة كل الأشخاص، بغض النظر عما إذا كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، عموميين أم خواص⁽¹⁾، متى كان هؤلاء جهات فاعلة ومؤثرة في أسواق السلع والخدمات.

لكن وفي المقابل، فإن ارتكاز المشرع على الجانب القانوني، قد لا ينسجم مع المنطق الاقتصادي الذي يقوم عليه قانون المنافسة من أجل مدّ مجال الحماية القانونية للسوق.

ولا يقتصر الأمر على ممارسة النشاط الاقتصادي من أجل اكتساب صفة "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة، بل لابد من توافر معيار التكرار.

ثانيا: معيار التكرار

بالرجوع إلى التعريف التشريعي للمؤسسة الوارد ضمن نص المادة الثالثة من الأمر 03-03، نجد أن المشرع الجزائري، قد اعتمد في تعريفه للمؤسسة على معيار التكرار من خلال قوله: "يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات".

(1) مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناء المتعلق بممارسة مهام المرفق العام أو صلاحيات السلطة العمومية كما سيأتي لاحقا.

إن معيار تكرار النشاط الاقتصادي في تعريف المؤسسة أمر لا مفر منه، ذلك أن النشاط الاقتصادي يتطلب رصد إمكانات مادية، وهذا ما يقتضي القيام به بصفة دائمة أي بصفة أصلية، وهذا ما أدى إلى استناد التعاريف المختلفة للمؤسسة على معيار التكرار.

وفي هذا الإطار، ذهب الفقه إلى تعريف المشروع أو المؤسسة بأنها: "التكرار المهني للعمل استنادا إلى تنظيم سابق"⁽¹⁾.

غير أنه إذا كان تكرار النشاط الاقتصادي شرطا لازما لاكتساب صفة "المؤسسة" وفق قانون المنافسة، فإن السؤال المطروح، هل توافر صفة المؤسسة شرطا لازما بدوره لتطبيق قانون المنافسة؟

إن الحقيقة التي يجب التنويه إليها -في هذا المقام- هي أن معيار التكرار، وإن كان شرطا لازما لتكييف الشخص على أنه مؤسسة، فإن صفة "المؤسسة" ليست شرطا لازما لتطبيق قانون المنافسة؛ إذ قد يتسع قانون المنافسة من ناحية تطبيقه إلى أشخاص لا يتوافر فيهم بالضرورة وصف المؤسسة متى أحدثت تأثيرا سلبيا في السوق كالمنظمات المهنية مثلا.

الفرع الثاني: المعايير القضائية لتحديد مفهوم "المؤسسة"

وتتلخص هذه المعايير -في الواقع- في معيار واحد ذو صلة بمعيار النشاط الاقتصادي، اعتمده الهيئات القضائية الأوروبية وأيده الاجتهاد والفقه الفرنسيين، كونه يتناسب مع القيام بالأنشطة الاقتصادية وهو معيار الاستقلالية الاقتصادية للمؤسسة.

حيث وتماشيا مع المعيار المادي، تم ترجيح الاستقلالية الاقتصادية للمؤسسة على الاستقلالية القانونية، وتظهر الاستقلالية الاقتصادية للمؤسسة من خلال تمتعها بكامل الحرية في وضع إستراتيجيتها التجارية في السوق.

إن الحديث عن الاستقلالية الاقتصادية للمؤسسة، يطرح على وجه الخصوص بشأن العلاقة بين الشركة التابعة والشركة الأم (أولا)، وكذا بشأن إمكانية وجود استقلالية للممثل التجاري للمؤسسة (ثانيا).

(1) أسامة فتحي عبادة يوسف، المرجع السابق، ص 28

أولاً: الاستقلالية الاقتصادية للشركة التابعة

إن الانفصال التام بين الشخصية الاعتبارية للشركة التابعة والشركة الأم، وما ينتج عنها من استقلال في الذمة المالية، قد لا يكون أمراً كافياً لاعتبار الشركة الوليدة مستقلة اقتصادياً عن الشركة الأم.

ولقد اعتمد القضاء الأوروبي والفرنسي على معيار الاستقلالية الاقتصادية للمؤسسة ؛ حيث أفصحت العديد من القرارات على أن تمتع المؤسسة التابعة بشخصية قانونية مستقلة غير كاف لاستبعاد تبعيتها للمؤسسة الأم بخصوص سلوكياتها في السوق ؛ ذلك أن المؤسسة التابعة، وإن كانت شخصاً قانونياً مستقلاً، ولكنها لا تحدد سياساتها في السوق إلا في حدود التعليمات التي تتلقاها من المؤسسة الأم، ففي واحدة من القضايا، اعتبرت المحكمة الأوروبية أن الشركة التي تحوز 100% من رأسمال الشركة الوليدة تمارس -لا محالة- تأثيراً بالغ الأهمية بالنسبة لسلوكها في السوق، بل تعد بمثابة مؤسسة واحدة حسب أحكام المادة 81 من اتفاقية روما، ما جعل المؤسسة الأم مسؤولة عن المخالفات المرتكبة من المؤسسة الوليدة⁽¹⁾.

ومع ذلك ذهبت اللجنة الأوروبية في عدد من القضايا إلى أن حيازة رأسمال الشركة التابعة بنسبة 100% تعد قرينة على تبعيتها للشركة الأم، إلا أنها بسيطة، قابلة لإثبات العكس، حيث ينبغي للقول بوجود تبعية توافر جملة من المؤشرات المكتملة، كعلم الشركة الأم بمشاركة الشركة التابعة في الاتفاق المنافي للمنافسة، أو الدور الإيجابي للمسيرين المشتركين في الممارسة المحظورة... الخ⁽²⁾

وقد أشار مجلس المنافسة الفرنسي إلى مضمون الاستقلالية الاقتصادية حين أدان شركة France Télécom لارتكابها ممارسات احتكارية تشكل تعسفاً في استغلال وضعيتها الهيمنة ؛ حيث أكد على أنه لا تعد "مؤسسة" طبقاً لأحكام قانون المنافسة إلا الوحدة التي تتمتع باستقلالية تسمح لها بوضع إستراتيجيتها التجارية والمالية والفنية وتكون متحررة من أية رقابة، معتبراً المجلس

⁽¹⁾ Le TPICE note ainsi que ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale, mais le fait qu'elles constituent une seule et même entreprise qui habilite la mission à adresser la décision imposent des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés : Linda Arcelin, Imputation de l'infraction et prescription : les enjeux de la notion d'entreprise en droit de la concurrence, Revue lamy de droit de la concurrence, juillet/septembre 2009, n° 20, p 24-26.

⁽²⁾ George décoq, La Responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés-Mères du fait de leurs filiales, R Jcom ,Lexis Nexis, juillet/Aout 2007- n° 4, p 293.

أن الشركة France Télécom Mobiles لم تقدم أي دليل يفيد أن الهياكل المسيرة تتمتع بكامل الحرية في تحديد الإستراتيجية الصناعية والمالية والتجارية⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى، تتعلق بوجود اتفاق مناف للمنافسة بين شركتي Yamaha Motor France et MBK اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن انتماء الشركتين لمجمع واحد هو Yamaha Motor Europe يمنع من القول بإمكان وجود اتفاق محظور بينهما لغياب تطابق إرادتين مستقلتين من الناحية الاقتصادية ؛ حيث أن المجمع ككل يمثل وحدة اقتصادية واحدة، وأن الشركتين تتبعان السياسة التجارية للمؤسسة الأم، والتي تلزمهما بتنفيذها، وكان من بين ما استدلت به المجلس على انعدام الاستقلالية الاقتصادية للشركتين هو وجود مسير واحد لهما وهو رئيس الشركة الأم⁽²⁾، كما اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أيضا بخصوص المسؤول عن الاتفاق المحظور الشركة الأم أو الفرع، إلى أن الكيان المذكور في الاتفاق هو المسؤول، إلا إذا أثبت ضلوع الشركة الأم في مشاركة الفرع في الاتفاق كمشاركة عضو مجلس إدارة الشركة الأم في الاجتماعات التي ناقشت الاتفاق بصفته ممثلا للفرع⁽³⁾.

إن الاستقلالية الاقتصادية للمؤسسة، يجب النظر إليها كمعيار مستقل عن المعايير الأخرى، وتبعاً لذلك ذهب الفقه والقضاء الفرنسيين إلى القول بإمكان وجود استقلالية اقتصادية للمؤسسة التي لا تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، وذلك متى ثبت أن المؤسسة الأم، قد فوضت مسيري هذا الفرع مهمة تحديد إستراتيجيته الخاصة بكل حرية دون الحاجة إلى الرجوع إليها، وأن هذه المؤسسة تلتزم بعدم تدخلها بحيث يمكن للفرع التعاقد بكل حرية وإبرام الصفقات الخاصة به وتمويل التزاماته، وهذا ما يفرض تمتع الفرع بإمكانات مادية تمكنه من تحقيق ذلك⁽⁴⁾.

فالعبارة إذن في التمتع بوصف "المؤسسة" هي الاستقلالية الاقتصادية، أما الاستقلالية القانونية المتمثلة في وجود شخصية معنوية، فلا تعد معياراً حاسماً في هذه الحالة أين يصبح الأهم هو سلوك المؤسسة في السوق⁽⁵⁾.

(1) Décision n° 04-D-48 du 14 Octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom : www.autoritedelaconurrence.fr.

(2) Décision n° 06-D-26 du 15 Décembre 2006 relative à la saisine des sociétés lamy Moto et Moto ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et M.B.K : www.autoritedelaconurrence.fr.

(3) حسين الماحي، المرجع السابق، ص125.

(4) Linda Arcelin, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, Op.cit, p46.

(5) Catherine Grynfolgel, Droit communautaire de la concurrence, L.G.D.J, 3^{ème} édition, Paris, 2008, p21.

غير أن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه بالطريقة نفسها بخصوص قانون المنافسة الجزائري، الذي اعتمد في تحديد مفهوم "المؤسسة" على المعيار القانوني، الذي يفترض وجود شخص طبيعي أو معنوي، وبالتالي لا يمكن أن تعوض الاستقلالية الاقتصادية مهما وجدت الاستقلالية القانونية، وهو ما يؤدي إلى تضيق الحماية القانونية للسوق عن طريق عدم إمكان متابعة بعض الممارسات التي تتم في إطار كيانات لا تتمتع بالشخصية المعنوية، كتجمع الشركات مثلا والاضطرار إلى اتخاذ إجراءات المتابعة إزاء الشركة الأم⁽¹⁾.

ثانيا: استقلالية الوكيل التجاري للمؤسسة

في العادة، فإن الوكيل التجاري الذي يرتبط بعقد مع مؤسسة ما لا يتمتع من الناحية الاقتصادية بأية استقلالية تسمح له بوضع سياسته التجارية والفنية الخاصة به، ومع ذلك، فإن تمتع هذا الوكيل باستقلالية اقتصادية أمر وارد، ويتعين في هذه الحالة - على المؤسسة التي تدعي مسؤولية ممثلها إثبات استقلالية هذا الأخير.

إن الاستقلالية الاقتصادية للكون التجاري، يجب أن يتم النظر إليها بالنسبة لكامل سوق الخدمات، وتظهر هذه الاستقلالية من خلال تحمل المخاطر المالية.

وفي هذا الإطار، ذهب مجلس المنافسة الفرنسي في قرار له صادر سنة 2001 إلى أنه أيا كانت الأهمية المعطاة لتفويض السلطة للوكالة المحلية، فإن هذه الأخيرة لا ينطبق عليها وصف "المؤسسة" إلا إذا ثبت بأن مسؤول هذه الوكالة ليس أجيرا، وأنه معفى من الناحية العقدية والفعلية من التعليمات التي تصدر من الشركة الأم ومن رقابتها، وأنه يملك كامل حريته في التعاقد ويملك قراره في سياسته الاستثمارية وإدارته للعاملين⁽²⁾.

كما وضعت اللجنة الأوروبية سنة 2000 بعض المعايير الاستدلالية التي لا يمكن وفقها اعتبار الوكيل التجاري "مؤسسة" في نظر قانون المنافسة، ومن هذه المعايير ألا يكون الوكيل مساهما في نفقات التمويل أو شراء المواد والخدمات، بما فيها نفقات النقل، وغير متحمل لخدمات ما بعد البيع وغير مستثمر في معدات أو محلات أو في تكوين المستخدمين، وإذا كان لا يتحمل أية مسؤولية في مواجهة الغير بالنسبة للأضرار الحاصلة بخصوص المواد المباعة... إلخ⁽³⁾.

(1) تمت الإشارة إلى تجمع الشركات ضمن نص المادة 732 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري .

(2) حسين الماحي، المرجع السابق، ص127.

(3) Linda Arcelin, Droit de la concurrence (les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, Op.cit, p47.

المطلب الثالث: مفهوم "السوق" ضمن قانون المنافسة

لقد حظي مفهوم "السوق" بأهمية بالغة من قبل الفقه الاقتصادي، الذي وصفه بمجال التعبير عن قيم السلع والخدمات المتداولة بواسطة الأسعار المطبقة في أي جزء من أجزائه متأثرة ببعضها البعض، أو هو مجال تبادل السلع والخدمات بواسطة الأسعار⁽¹⁾.

كما اهتمت قوانين المنافسة في العالم وكذا الهيئات القضائية وهيئات المنافسة بإعطاء مفهوم "السوق" متناسب مع دورها ضمن قانون المنافسة، ليس لكونها محلا للحماية فحسب، ولكن باعتبارها أيضا وسيلة تحليلية هامة تقاس على أساسها الممارسات المحظورة؛ سواء من حيث وجودها أو من حيث درجة تأثيرها.

وإذا كانت هذه التعاريف لم تبتعد عن تعريف الاقتصاديين للسوق من حيث موضوعها (السلع والخدمات)، إلا أنها اهتمت أكثر بتحديد المعايير التي يمكن في ضوءها رسم حدود سوق معينة من أجل التحقق من مدى وجود المخالفة، وبالتالي تطبيق القواعد الخاصة بالحماية.

ويفرض التطرق إلى مفهوم "السوق" تناول تعريفها وأهمية تحديد مجالها (فرع أول)، وكذا معايير تقديرها بالنظر إلى السلع والخدمات التي تعتبر بديلة فيما بينها والنطاق الجغرافي الذي يتم فيه عرض هذه السلع والخدمات (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف السوق المعنية وأهمية تحديدها

آثر المشرع الجزائري أن يورد تعريفا للسوق ضمن قانون المنافسة، متأثرا بالتعريفات التي أفرزها القضاء الفرنسي والأوروبي (أولا)، ويكتسي مفهوم السوق أهمية بالغة في تقدير الممارسات المنافية للمنافسة، وإن كانت هذه الأهمية تختلف من ممارسة إلى أخرى (ثانيا).

أولا: تعريف السوق المعنية

لقد تقاربت التعاريف التي انتهجتها الهيئات القضائية بخصوص السوق، ففي تعريف للمحكمة العليا في الوم.أ، ورد فيه أن: "السوق تتألف من منتجات يمكن استبدالها ببعضها البعض على نحو معقول؛ وذلك للأغراض التي تنتج من أجلها، السعر، الاستخدام والنوعية"⁽²⁾.

⁽¹⁾ Stanley Jevor, Mackay Ejan, Stéphane Rousseau, op.cit, p81.

⁽²⁾ القانون النموذجي بشأن المنافسة: سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا قانون وسياسة المنافسة (الأمم المتحدة) منشور على الموقع: www.unctad.org.

وفي تعريف آخر لمجلس المنافسة الفرنسي، ورد فيه بأن : "السوق ،في نظر قانون المنافسة، هي المكان الذي يلتقي فيه العرض والطلب حول منتج أو خدمة معينة، أما السوق الجغرافية، فهي الإقليم الذي تعرض فيه المؤسسات السلع والخدمات المعنية وأين تكون شروط المنافسة كافية ومتجانسة"⁽¹⁾.

كما عرفت اللجنة الأوروبية للمنافسة سوق المنتجات بقولها: "السلع و/أو الخدمات التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية بسبب خصائصها وأسعارها والاستعمال الموجهة له"⁽²⁾.

ولقد تأثرت التشريعات العربية عموماً بهذا الاتجاه لتعريف السوق في قانون المنافسة، فعلى سبيل المثال، عرف المشرع المصري "السوق المعنية" في المادة الثالثة من القانون رقم 03 لسنة 2005 المعدل والمتمم والمتعلق بحماية المنافسة وقمع الممارسات الاحتكارية بأنها: "... السوق التي تقوم على عنصرين هما: المنتجات المعنية و النطاق الجغرافي، ويقصد بالمنتجات المعنية تلك التي يعد كل منها بديلاً عملياً وموضوعياً عن الآخر... ،وبعني النطاق الجغرافي منطقة جغرافية تتجانس فيها ظروف التنافس..."⁽³⁾.

وما تجدر الإشارة إليه بشأن "السوق" وفق قانون المنافسة، هو أن العديد من الأوصاف، قد استعملت ،في هذا الصدد، خاصة من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي ؛ الذي أفرز العديد من التسميات، والتي لم تؤثر -في الواقع- في تعريف السوق ولا في مجاله، مثل السوق "المرجعية"⁽⁴⁾ أو السوق "المعنية" أو السوق "ذات الصلة"⁽⁵⁾ أو السوق "الملائمة"، إلا أن مصطلح "السوق المعنية" كان الأكثر شيوعاً، وهو في نظرنا، الأكثر تعبيراً عن المعنى المقصود، وهو تمييز سوق بذاته عن باقي الأسواق، وقد أخذت به أغلب التشريعات، وأخذ به أيضاً المشرع الجزائري.

ولقد سبق الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في إعطاء مفهوم للسوق ضمن قانون المنافسة المرسوم رقم 2000-314 المتعلق بتحديد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة ؛ حيث تم تعريف السوق بأنها : "يقصد بالسوق أو جزء من السوق المرجعي، لتحديد

(1) Conseil de la concurrence français (Rapport annuel 2000) : www.autoritedelaconurrence.fr.

(2) Communication de la commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence : journal officiel C372 du 09/10/1997.

(3) القانون رقم 3 لسنة 2005 بشأن المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية : متاح على الموقع : www.wipo.int

(4) تم استعمال مصطلح "السوق المرجعي" بموجب المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج.ر عدد 61 لسنة 2000.

(5) تم استعمال هذا المصطلح بموجب القانون النموذجي بشأن المنافسة، المصدر السابق.

وضعية الهيمنة ؛ السلع والخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي والسلع والخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المنافسون في نفس المنطقة الجغرافية⁽¹⁾.

ويصدر الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، تم تبني تعريفا للسوق بموجب المادة الثالثة، طابق في محتواه ما ذهب إليه مختلف التعاريف السابقة؛ إذ جاء فيها بأنها : "كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك ماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية".

فوفقا لهذا التعريف، يتم تحديد السوق من خلال مجموعة من البدائل القريبة للمنتج الذي تورده المؤسسة الذي يكون سلوكها موضع تحقيق.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن المشرع، قد استعمل في تعريفه للسوق، بعض المصطلحات التي استعملها ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، كمصطلح "المستهلك" و"السلعة" و"الخدمة"، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل بخصوص مدى التطابق في المعنى المقصود من كل منهما ؟

فبخصوص استعمال مصطلح "المستهلك"، يمكن القول بأن هذا المصطلح، في هذا المقام ، ينصرف إلى المعنى العام له ؛ والذي يشمل كل مقتن للسلعة أو الخدمة، وليس إلى معناه الخاص الوارد ضمن قانون حماية المستهلك، والذي يتحدد في المستهلك النهائي دون المستهلك الوسيط، وهو الحكم الذي لا ينطبق، لا محالة بخصوص حماية السوق، التي تشمل كل عمليات تبادل السلع والخدمات. وعليه، وتقاديا لأي لبس، قد يحصل -بهذا الشأن-، نعتقد أنه كان من الأفضل أن يستعيز المشرع بلفظ "المستعمل" أو "المتعامل"، وهو الاتجاه الذي اعتمده بخصوص المرسوم 314-2000 السابق الإشارة إليه ؛ حين استعمل مصطلحي "المتعاملون أو المنافسون"، وهو المعنى الذي ينصرف إلى كل من يتعامل في هذه السوق، سواء أكان محترفا أو غير محترف.

(1) المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة.

وفي الواقع ، فإن هذا الموقف يتوافق مع ما قلناه سابقا بخصوص امتداد قانون المنافسة إلى الشخص الذي يمثل الطلب في السوق المعنية؛ حيث وكما يكون معنيا بخطاب قانون المنافسة، فإنه يكون أيضا محل اعتبار بخصوص تقدير مدى قابلية العرض للإبدال.

أما بخصوص مصطلح "السلعة"، فلقد عرفها المشرع ضمن المادة الثالثة من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنها : "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا"⁽¹⁾.

ويبدو أن هذا التعريف يتوافق مع ما ابتغاه المشرع من توسيع لمجال الحماية القانونية للسوق لتشمل كل عمليات التبادل، فالسلعة وفقا لهذا النص هي الشيء المادي الذي يصلح لأن يكون موضوع تبادل (عرض وطلب) دون أن يشترط فيها المقابل، كما يمكن أن تكون هذه السلعة ثمرة نشاط غير صناعي ؛ إذ تشمل كل ما يمكن أن يعرض في حالته الأولى، كالمنتج الزراعي والحيواني، وكذا المواد الأولية المستخرجة قبل تحويلها، كما تشمل الأشياء المادية الجديدة أو المستعملة، كما لا يشترط أن تكون هذه السلعة من إنتاج محلي، فيمكن أن تكون مستوردة.

أما بشأن مصطلح "الخدمة"، والتي عرفتھا المادة الثالثة من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش كما سبقت الإشارة إليه، فإنها: "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة...".

ونعتقد أن هناك بعض الاختلاف بين المقصود بالخدمة ضمن قانون حماية المستهلك والمقصود بها ضمن قانون المنافسة ؛ فإذا كان قانون حماية المستهلك يستثني تسليم السلعة معتبرا في ذلك أن الخدمات ما بعد البيع، تكون ملحقة بعقد البيع⁽²⁾، فإن قانون المنافسة، يمتد ليشمل هذا النوع من الخدمات، طالما أنه يمكن أن تحصل في إطارها ممارسات منافية للمنافسة، كأن تتضمن هذه الخدمات تمييزا بين المتعاملين مرتبطا بوضعية تبعية اقتصادية مثلا.

أما ما يتوافق مع قانون المنافسة، فهو امتداد مفهوم الخدمة، ليشمل كل عمل يقدم للغير؛ سواء كان عضليا أو ماليا أو فكريا دون ضرورة ارتباطه بمقابل.

(1) وتجدر الإشارة هنا، إلى أن المشرع ضمن قانون حماية المستهلك، قد ميز بين مفهومي السلعة والمنتج حيث يشمل هذا الأخير كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا (المادة الثالثة من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش).
(2) بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي (قانون المنافسة، القانون المدني، القانون الجزائري، القانون الإداري) ، دار هومة، الجزائر، 2012، ص57.

ثانياً: أهمية تحديد "السوق المعنية"

إن تحديد مجال السوق المعنية، مهمة تقع على مجلس المنافسة من أجل التحقق من الممارسات المدعى بها. وإذا كان واقع التخصص يفرض أن تختص كل مؤسسة بنشاط اقتصادي معين، وبصدد منتج محدد، فوجب حينئذ تحديد السوق التي تنشط فيها المؤسسة المشتكى منها بغرض تحديد حجم نشاطها بالنسبة إلى نشاط باقي المؤسسات التي تعرض منتوجاتها أو خدماتها في السوق ذاتها.

ومع أهمية تحديد "السوق المعنية" بالنسبة لكامل الممارسات المنافسة للمنافسة وكذا عمليات التركيز الاقتصادي بشكل عام، إلا أن الفقه عموماً يذهب إلى اعتبار تحديد السوق المعنية تفاوت أهميته من ممارسة إلى أخرى.

حيث يظهر تحديد السوق، كضرورة ملحة، بصدد ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة؛ لأن الوصول إلى هذه الممارسة، يتم في ضوء التحقق مما إذا كانت المؤسسة المعنية في وضعية هيمنة في هذه السوق أم لا، ويكون بذلك حجم نشاط هذه المؤسسة مرجعاً من أجل الوقوف على هذه الوضعية، فكلما كان مجال هذه السوق ضيقاً، كلما رجحت إمكانية كون المؤسسة مهيمنة، وكلما كانت المؤسسة مهيمنة، كلما زاد احتمال اعتبار ممارستها تعسفية، بخلاف إذا كانت هذه الممارسات، قد ارتكبت من طرف مؤسسة لا تحوز وضعية هيمنة⁽¹⁾.

إلا أنه يلاحظ أن مسألة تحديد السوق المعنية تبدو ضرورية وبالدرجة ذاتها من الأهمية بخصوص كل الممارسات المنافسة للمنافسة، فعلى سبيل المثال، وإذا كانت ممارسة من قبيل الاتفاقات المنافسة للمنافسة يبدو تحديد السوق بخصوصها ليس على الدرجة ذاتها من الأهمية مقارنة بممارسة التعسف في الهيمنة مثلاً، فإن العديد من الأحكام تسير عكس هذا التصور، وكمثال على ذلك، فإن العديد من الأنظمة الأوروبية كالنظام رقم 210/330 المؤرخ في 20 أبريل 2010 المتعلق بالاتفاقات الرأسية، قد استثنى من الحظر، تلك الاتفاقات الحاصلة بين المؤسسات، والتي لم تتجاوز عتبة معينة، أو بعبارة أخرى نصيباً معيناً من السوق، وهو ما يستدعي تحديداً مسبقاً للسوق المعنية⁽²⁾.

(1) Pascal Lehuédé, Droit de la concurrence, Bréal, Paris, 2012, p33.

(2) Ibid.

ونظرا لأهمية تحديد السوق المعنية، فقد انصب اهتمام التشريعات وهيئات المنافسة على تحديد المعايير التي يتم على أساسها تحديد نطاق سوق ما من أسواق السلع والخدمات.

الفرع الثاني: تحديد السوق المعنية

إن مفهوم السوق المعنية، يشمل مجالها السلعي ؛ والذي يقصد به مجموع السلع والخدمات البديلة أو ما يسمي بالبعد السلعي (أولا)، كما يشمل أيضا النطاق الجغرافي الذي تمارس فيه العملية التبادلية للسلع والخدمات المعنية أو ما يسمى بالبعد الجغرافي (ثانيا) ، وعليه سوف نتناول ، من خلال هذا الجزء من البحث - كلا من هذين المجالين

أولا: البعد السلعي للسوق

إن تصورا مقبولا لتحديد السوق المعنية، ينطلق من غاية تصب في توسيع مجال تطبيق الأحكام القانونية الخاصة بالمنافسة، ويقوم على اعتبار أن الحد المادي للسوق لا يتحدد بالنظر إلى السلع والخدمات المعنية فحسب، بل يتجاوزها إلى السلع والخدمات البديلة ؛ أي تلك التي يعدّ كل منها بديلا عمليا وموضوعيا للآخر، وهذا ما يفرض على الهيئة المختصة التزام المرونة الكافية واستخدام أدوات التحليل الاقتصادي، التي يتم على أساسها تفسير العديد من المفاهيم المرتبطة بالسوق. ويتم تحديد المعنية بالنظر إلى عدة عوامل تتعلق بمميزات السلعة أو الخدمة وأسعارها وأوجه استعمالها وسلوك المستهلكين... إلخ⁽¹⁾.

1- عوامل تقدير قابلية الطلب للإبدال

إن "النشاط الاقتصادي"، كمعيار لتطبيق قانون المنافسة، يستلزم -وكما سبق بيانه- وجود تبادل اقتصادي، أو بعبارة أخرى وجود عرض وطلب حول سلعة أو خدمة معينة، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في مستهل تعريفه للسوق، بقوله في نص المادة الثالثة : "كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة".

ومؤدى ذلك أن فرضية وجود ممارسات ضارة بالسوق، تستلزم أن تكون السلع والخدمات المعنية بهذه الممارسات محل تبادل، فإذا كانت السلعة أو الخدمة غير معروضة للاستهلاك، بل

⁽¹⁾ يلاحظ أن المشرع لم يذكر هذه العوامل على سبيل الحصر، وإنما على سبيل الاستدلال، كما أن عباراتها تحمل تفسيرات واسعة الدلالة.

مخصصة للاستخدام الخاص للمؤسسة مثلا، فإننا لا نكون بصدد سوق تنافسية لتلك السلعة أو الخدمة⁽¹⁾.

كما قد لا يكون السعر معبرا عن توازن قوى العرض والطلب، كما في حالة التسعير الجبري لبعض السلع والخدمات، ومع ذلك، فهذا لا يعني عدم وجود سوق لهذه السلع والخدمات المسعرة جبريا بالمعنى المقصود في قانون المنافسة⁽²⁾.

أ- مميزات السلعة أو الخدمة

يقصد بمميزات السلعة أو الخدمة، كل ما يمكن أن يميزها عن غيرها، ولا يقتصر ذلك على الصفات الخارجية فحسب، بل يمتد أيضا إلى خصائصها الطبيعية والفنية وتركيباتها الكيميائية... إلخ.

وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي بأن دواء التخدير Isoflurane، يمثل سوقا منفصلة عن أدوية التخدير الأخرى، وهذا راجع إلى خصائصه الكيميائية، التي أدت إلى كثرة استعماله في المستشفيات ورفعت من درجة الإلحاح عليه من قبل الأطباء، وبالتالي لا يمكن أن يشكل سوقا واحدة مع غيره من المنتجات الموجهة للاستعمال ذاته⁽³⁾.

كما قد يكون المظهر الخارجي واللّمس الفنيّة المتفردة لمنتج ما عاملا حاسما لاعتبارها سوقا منفصلة عن غيرها، وفي هذا السياق، ذهب مجلس المنافسة الفرنسي في قضية تتعلق بممارسات قامت بها شركة Mattel إلى اعتبار الدمية Barbie مختلفة عن باقي الدمى، كونها تتميز بصفات خاصة؛ إذ تبرز صورة امرأة كاملة الأثوثة وتحيط بها أشياءها الخاصة من ملابس وإكسسوارات وأثاث... إلخ، وهذا ما أدى بمجلس المنافسة الفرنسي إلى اعتبارها سوقا مستقلة عن سوق الدمى الأخرى (Poupées poupons)⁽⁴⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن مكونات بعض المنتجات أو طريقة تصنيعها، قد تجعلها غير قابلة للإحلال بغيرها؛ حيث ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى اعتبار جبن الروكفور "Requefort"

(1) Alain Guidj, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, Litec, 2^{ème} édition, Paris, 2006, p52.

(2) فالعديد من السلع والخدمات المسعرة جبريا تخضع لمنافسة؛ حيث أن المنافسة في هذه الحالة لا تكون حول السعر، وإنما حول عناصر أخرى سيما نوعية المنتج أو الخدمة.

(3) Décision n° 01-D-23 du 10 Mai 2010, relative aux pratiques de la société Abbott sur le marché de produit anesthésique : www.autoritedelaconcurrence.fr.

(4) Décision n° 99-D-45 du 30 Juin 1999, relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet : www.autoritedelaconcurrence.fr.

متميزا بطريقة صنع، تجعله يختلف عن الأجيان الأخرى، ويشكل بذلك سوقا مستقلة، وهو القرار الذي أيده القضاء الفرنسي⁽¹⁾.

كما أن خدمة ما، قد تصبح غير قابلة للاستبدال بغيرها، وتشكل سوقا مستقلة، بسبب الشروط التقنية الخاصة باستخدامها، وفي هذا السياق، ذهب مجلس المنافسة التونسي مثلا إلى اعتبار سوق الدعاية والإشهار عبر سيارات الأجرة من نوع "التاكسي الفردي"، تتميز عن بقية أسواق الدعاية والإشهار بتنوع وسائل البث الاشهاري المعتمدة وبنفاذها إلى الشريحة المستهدفة وكذا باختلاف التقنيات المستعملة لإيصال الرسالة الاشهارية⁽²⁾.

كما أن البث عن طريق القمر الاصطناعي، بما يتطلبه من شروط تقنية لمباشرته، لا يشكل سوقا واحدة مع خدمة البث عن طريق الموجات الكهرومغناطيسية⁽³⁾.

ب- وظيفة المنتج أو الخدمة

إن تطابق الحاجات المراد إشباعها من خلال منتج ما، يعد مؤشرا أيضا على إمكانية استبداله بغيره، وعلى هذا الأساس، تم اعتبار الطائرة والقطار السريع (T.G.V) في الاتجاه Paris - Lyon - بمثابة خدمتين بديلتين، كونهما تؤديان الغرض نفسه، رغم اختلافهما الواضح من الناحيتين الشكلية والتقنية⁽⁴⁾.

ج- الأسعار

تعد الأسعار وسيلة هامة كذلك لتحديد "السوق النوعية"؛ حيث أن وجود فارق كبير ودائم بين أسعار منتجات تبدو بأنها متماثلة، يعتبر مؤشرا على عدم قابليتها للحلول فيما بينها، وبالتالي عدم انتمائها إلى سوق واحدة، ومع ذلك، فقد يصعب الاستناد إلى معيار السعر بصفة منفردة لتحديد السوق النوعية.

⁽¹⁾ Marie Malaurie- Vignal, Le marché du Requefort constitue en lui-même un marché pertinent, Revue (contrats, concurrence, consommation) n°03, Mars 2006, comm 47, p1.

⁽²⁾ قرار صادر عن مجلس المنافسة التونسي بتاريخ 13 ديسمبر 2007، يتعلق بسوق الإشهار، منشور على الموقع: www.arbruleoflaw.org>tun>jurisprudence

⁽³⁾ حسين الماحي، المرجع السابق، ص 25.

⁽⁴⁾ Marie-Anne Frison - Roche - Sébastien Boufils, Les grands questions du droit économique (introduction et documents), PUF, Paris, 2005, p387.

د - سلوك طالبي المنتج

تعد وجهة نظر المستهلكين أهم عامل في تحديد درجة قابلية المنتجات للاستبدال، وغالبا ما يرتبط طابع التفضيل بخصائص المنتج الفنية، وصورته، وسعره، ومدى الانجذاب لعلامة معينة⁽¹⁾.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن المقصود بسلوك المستهلك، كمقياس لتحديد سوق منتج ما لا يقصد منه ذلك السلوك الذي يستند إلى عوامل موضوعية (كالاختلاف في خصائص المنتج أو التقنيات أو طريقة العرض... إلخ)، وإنما يقصد به ذلك الذي يكون نتيجة عوامل شخصية محضة.

وفي هذا الإطار اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن مبيد كلورات الصوديوم منتجا غير قابل للإبدال بغيره من المبيدات، رغم عدم الاختلاف بينه وبين غيره من المبيدات، سواء من الناحية الوظيفية أو من ناحية الأسعار، ذلك أن سلوك المستهلكين يتجه إلى اعتباره سوقا مستقلة عن سوق المبيدات الأخرى⁽²⁾.

هـ - مميزات العرض

تعد إستراتيجية التسويق والتوزيع التي تنتهجها مؤسسة ما في تمييز منتجاتها مؤشرا هاما في تحديد نطاق "السوق المعنية"، كونها تساهم في ترقية أو شهرة العلامة المعنية، وبالتالي عدم قابلية المنتج للإبدال بغيره من المنتجات المشابهة، ففي قضية تتعلق بعلامة Adidas، ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى اعتبار المنتج محل العلامة يمثل سوقا مستقلة للأحذية الرياضية نظرا للسياسة التسويقية الخاصة التي تنتهجها المؤسسة بالتعاقد مع النوادي المحترفة من أجل عرض منتجاتها في إطار عقود الرعاية (Le contrat d'parrainage)⁽³⁾ كما ذهب أيضا إلى اعتبار سوق بيع الكتب عن طريق النوادي سوقا مستقلة عن سوق بيع الكتب مباشرة إلى الجمهور⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ خليل فيكتور تاذرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام وقوانين المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 2007، ص 66.

⁽²⁾ Décision n° 00-D-85 du 20 Mars 2001, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution du chlorate de soude : www.autoritedelaconurrence.fr.

⁽³⁾ Décision n° 97-D-72, relative à une saisine présentée par la société Reebok France à l'encontre des sociétés Adidas : www.autoritedelaconurrence.fr.

⁽⁴⁾ Conseil de la concurrence français (Rapport annuel 2001), dispo/site : www.autoritedelaconurrence.fr.

و- خضوع المنتج لتنظيم قانوني

من العوامل المؤثرة في تحديد السوق المعنية، خضوع المنتج أو الخدمة لتنظيم قانوني يجعلها موضوع طلب خاص من الأفراد، يختلف عن الطلب الموجه لغيرها من المنتجات، التي قد تبدو بديلة لها، ويتعلق هذا التنظيم الخاص، سواء بطريقة صناعة أو استخدام المنتج أو شروط الدخول إلى الخدمة.

ولقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي، أن الأنواع المختلفة للمساعد الميكانيكية، وإن كانت تؤدي الحاجة ذاتها المراد إشباعها (الصعود)، إلا أن ذلك لا يعد كافيا للجزم بقابلية إحلالها فيما بينها ؛ ذلك أن إنشاء البعض منها من قبيل Les téléportées يخضع لتنظيم خاص، يتضمن أحكاما صارمة، تتعلق بالأمن والصيانة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى أن التبادلية قد لا تتحقق على مستوى الطلب ، وإنما على مستوى العرض، حيث ينتج ما يسمى بالعرض المرن؛ وقد تتحقق هذه الحالة عندما يكون بإمكان منتجين آخرين توفير المنتج المحتكر كرد فعل على زيادة الأسعار مثلا ، وبالتالي ، فإن هؤلاء مع قدرتهم على إيجاد بديل من جانب العرض يكون من الواجب تضمينهم في السوق البديلة⁽²⁾.

2- المناهج المعتمدة من قبل هيئات المنافسة من أجل تحديد "السوق المعنية"

إن دقة مهمة تحديد "السوق المعنية"، قد دفعت بهيئات المنافسة الفرنسية، الأوروبية والأمريكية إلى اعتماد العديد من المناهج التي تعتمد من أجل تقدير درجة تبادلة المنتجات، إما على المقارنة بين المنتجين المعنيين من حيث تطور الأسعار أو على دراسة تحليلية كاملة للسوق.

ولقد ميّز الفقه⁽³⁾ في هذا الشأن بين المنهج الوصفي (descriptive) والمنهج الأمريكي (SSNIP) والمنهج الاقتصادي (économétrique).

حيث يقوم المنهج الوصفي على تحليل نقاط التشابه والاختلاف بين المنتجات المعنية من أجل تقدير مدى تبادليتها ؛ أي أنه يقوم على أساس اختلاف أو تشابه الغرض أو الشكل الخارجي

⁽¹⁾ Avis n°01-A-02 du 13 Février 2001 relative à l'acquisition du groupe Poma par la société leitner : www.autoritedelaconurrence.fr.

⁽²⁾ عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص47.

⁽³⁾ Marie Malaurie -Vignal, Op.cit, p126.

أو المواصفات التقنية أو غيرها من العناصر الخارجية، وتطبيقا لهذا المنهج تم اعتبار سوق الطائرات الجديدة مثلا، تشكل سوقا مستقلة عن سوق الطائرات المستعملة⁽¹⁾.

إلا أنه ورغم منطقية المنهج الوصفي، إلا أن نتائجه تبقى سطحية ؛ فسلوك المستهلك، قد يتجه اتجاهها مناقضا تماما، عندما يوجه اختياره من سلعة إلى أخرى، رغم اختلاف الغرض أو الحاجة، فقد يقدم طفل مثلا على توزيع ما حصله بمناسبة عيد الميلاد على شراء اللعب أو بعض الوسائل الرياضية أو حتى بعض الأجهزة الإلكترونية، فيمكن في هذه الحالة- اعتبار أن مجال المنافسة قد اتسع ليشكل "سوقا لوسائل الترفيه"، فرغم اختلاف الحاجات المراد إشباعها من وراء هذه المنتجات المختلفة، إلا أن المستهلك قد اعتبرها تبادلية ، فقد يعدل عن ذلك وينجذب بسبب انخفاض الأسعار لنوع معين من المنتجات⁽²⁾.

ولقد اتجهت هيئات المنافسة الأمريكية إلى اعتماد منهج تحليلي سمي بفحص SSNIP⁽³⁾ واعتمده بعد ذلك هيئات المنافسة الأوروبية⁽⁴⁾.

ويقوم فحص SSNIP على مقارنة مفادها أنه كلما أثر رفع أو خفض إحدى المؤسسات لأسعار منتجاتها أو خدماتها على حجم مبيعات مؤسسة أو مؤسسات أخرى، كلما كان ذلك دليلا كافيا على أن المؤسستين أو مجموعة المؤسسات المعنية في وضعية تنافس، وبالتالي تمثلان سوقا واحدة⁽⁵⁾.

غير أن هيئات المنافسة، قد اشترطت أمورا في هذا الرفع، حتى يؤخذ بعين الاعتبار كمقياس لتحديد السوق ؛ حيث اشترطت أن يكون رفع السعر طفيفا وغير مبالغ فيه، لأن المبالغة تؤدي إلى النظر إلى المنتج على أنه غير قابل للاستبدال، واقترحت نسبة معينة تتراوح بين 5% و10% وأن يكون هذا الرفع لمدة كافية لا تقل عن السنة⁽⁶⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن العمل بفحص (SSNIP)، لا يمكن إلا في حالة كون الرفع المعني يخص السوق التنافسية لا السوق الاحتكارية.

(1) Pierre Arhel, Concentrations, Encyclopédie, Rép-com, Dalloz, Avril 2005, p30.

(2) Marie-Anne Frison - Roche - Sébastien Boufils, Op.cit, p385.

(3) Small but significant not transitory increase in price.

(4) Marie Malaurie - Vignal, Op.cit, p127.

(5) Pierre Arhel, Op.cit, p30.

(6) Marie Malaurie - Vignal, Op.cit, p127.

ورغم أهمية هذا المنهج، إلا أن تطبيقه، قد أسفر عن العديد من السلبيات، أهمها طول مدة دراسة السوق وعدم صحة المعلومات المدلى بها من قبل المتعاملين بخصوص الأسعار، وأخيرا قصور استعمال هذا المنهج في بعض الحالات، كتحديد ما إذا كانت المؤسسة في وضعية هيمنة؛ حيث يشترط للوصول إلى ذلك تحديد السوق المعنية أولا، في حين أن تطبيق فحص (SSNIP)، يقتضي أولا معرفة ما إذا كانت المؤسسة مهيمنة أم لا، وهذا ما دفع الهيئات الأمريكية للمنافسة إلى قصر استعمال هذا المنهج على عمليات التركيز الاقتصادي⁽¹⁾.

وفي الأخير، يمكن القول، أن الهيئات الخاصة بالمنافسة، ومن أجل تطبيق قواعد هذه الأخيرة، لا تنقيد بمنهج واحد، وإنما تسير تبعا للغاية المرجوة من قانون المنافسة، وهي ردع الممارسات المؤثرة في توازن السوق، كما يلاحظ أن عوامل تحديد السوق النوعية تتعلق في مجملها بدراسة سلوك المستهلكين، الذي يبقى محور تتعلق بالسوق.

ثانيا: البعد الجغرافي للسوق

إن البعد الجغرافي للسوق، يعبر عن حدود المنطقة التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية؛ والتي يمكن أن تكون كل إقليم الدولة، كما يمكن أن تنحصر في منطقة جديقة، كما يمكن أن تمتد لتكون سوق عالمية.

إن تحديد السوق بمنطقة جغرافية معينة، يتم بتحليل سلوك المستهلكين، والذي يرتبط بتلك المنطقة بالذات، وإما لأنها المنطقة التي يمكن للمستهلكين طلب التزود بالمنتج أو الخدمة في نطاقها.

وإذا كانت الهيئات المختصة بالمنافسة، تفسر السوق الجغرافية بالمنطقة الجغرافية، سواء أكانت ذات حدود ضيقة أو واسعة، فإن المؤسسات المشتكى منها، تتمسك دوماً بحدود الإقليم الوطني ككل، وتعتبره الأساس الوحيد لتحديد مجال السوق الجغرافية.

ولقد عبّر المشرع الجزائري عن النطاق الجغرافية للسوق، ضمن نص المادة الثالثة بالمنطقة الجغرافية، تعبيرا عن أي رقعة جغرافية، تعرض فيها السلع والخدمات المعنية؛ بحيث تتجانس فيها ظروف التنافس.

(1) بن وطاس إيمان، المرجع السابق، ص 63.

ولقد أخذ مجلس المنافسة الجزائري، بهذا الموقف في ظل الأمر 95-06 في القضية المتعلقة بالممارسات التي قامت بها المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس) ؛ حيث حدد المجلس وضعية هيمنتها، آخذاً في الحسبان إلى جانب مكانتها على الصعيد الوطني، حصتها في السوق المحلية (وهي المنطقة الغربية للبلاد)⁽¹⁾.

غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام - يتعلق بالعوامل المؤثرة في البعد الجغرافي لسوق سلعة أو خدمة؟

لقد أشار - في هذا الصدد - مجلس المنافسة الفرنسي إلى بعض العوامل المؤثرة في تحديد البعد الجغرافي لسوق سلعة أو خدمة معينة معينة، وتتمثل هذه العوامل أساساً فيما يلي:

- تكاليف النقل :

تعد تكاليف نقل المنتج إحدى العوامل الهامة التي تؤثر في الحدود الجغرافية لسوق سلعة معينة ؛ ذلك أن المسافات التي يقطعها المنتجون، تؤدي إلى زيادة معتبرة في سعر المنتج، نتيجة زيادة تكاليف النقل على ثمنه الحقيقي، وقد تؤثر في هذا العامل بعض الأمور الأخرى، كبعض العوامل الطبيعية، وفي هذا السياق، اعتبر مجلس المنافسة والقضاء الفرنسيين وحدات القرميد والأسقف الجاهزة، المصنوعة بمنطقة (الألزاس) غير قابلة للاستبدال غيرها، نتيجة الزيادة الحتمية لتكلفة النقل على ثمن المنتج⁽²⁾.

- الخصائص الطبيعية للمنتج :

إن الخصائص الطبيعية للمنتجات، وكما تؤثر في السوق النوعية، فهي تؤثر أيضاً في السوق الجغرافية ؛ حيث أن هذه الطبيعة أو الخواص، تفرض استخدامه في المنطقة ذاتها التي يصنع فيها، وفي هذا ذهب الاجتهاد الفرنسي إلى أن الخرسانة الجاهزة للاستخدام الفوري (le béton prêt à l'emploi) تمثل سوقاً مستقلة، نتيجة استحالة نقلها إلى مسافات بعيدة دون أن تفقد بعض خصائصها المتعلقة بدرجة حرارتها أو رطوبتها التي تبقىها صالحة للاستخدام⁽³⁾.

⁽¹⁾ القرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس) ، غير منشور.

⁽²⁾ Marie Malaurie - Vignal, Op.cit, p123.

⁽³⁾ Ibid.

- سلوكيات طالبي المنتج :

إن بعض الاعتبارات الشخصية، قد تحد من نطاق السوق الجغرافية، فقد يرتبط المستهلكون في منطقة معينة، ولأسباب تملئها العادات المحلية، بمنتج محلي ما، ولا يرون له بديلا من المنتجات التي تبدو في نظر الغير بديلا جيدا، ولقد ذهب مجلس المنافسة الفرنسي في رأي له إلى القول بأن اعتياد الناس في منطقة الألزاس على استعمال القرميد في أسقف منازلهم، يجعل من هذا المنتج في هذه المنطقة غير قابل للاستبدال بالبلاطات الإسمنتية⁽¹⁾.

- المسافات التي يقطعها المستهلكون :

قد يكون أيضا للمسافات البعيدة التي يجب أن يقطعها المستهلكون للتزود بمنتج ما أثرا في تحديد السوق الجغرافية، خاصة إذا ارتبط ذلك بحالة شبكة الطرق ومدى جاذبية نقاط البيع... إلخ. وعليه، فإن النطاق الجغرافي للسوق، قد يضيق وقد يتسع ليصير دوليا، ونتيجة لذلك، فقد يطرح الإشكال بخصوص مدى امتداد قواعد الحماية القانونية للسوق للممارسات التي تقع في دولة أخرى وتحدث آثارها في الدولة المعنية.

ولمواجهة هذا الإشكال، لجأ مجلس المنافسة الفرنسي إلى أسلوب مستمد من فقه الآثار، وتطبيقا لذلك، ينعقد الاختصاص لسطات أي دولة، اعتبرت نفسها متضررة من ممارسات منافية للمنافسة أيا كان مصدر هذه الممارسات⁽²⁾.

ولا شك أن رغبة أي دولة في حماية أسواقها الداخلية من أثر الممارسات الضارة بالسوق، سوف يدفعها إلى تبني هذا الموقف، الذي يتناسب مع الغاية من قواعد حماية السوق، وهي التصدي للأثر السلبي للممارسات المنافية للمنافسة.

وفي الواقع، فإن الإشكالات التي تطرح بخصوص تحديد السوق المعنية في الاقتصاديات الهشة كالاقتصاد الجزائري، تكون ناتجة عن وجود أسواق موازية، تصعب من مهمة مجلس المنافسة في تحديد النسبة التي تحوزها كل مؤسسة من السوق المعنية للوصول إلى تقدير مدى وجود وضعية هيمنة مثلا.

(1) Avis n°99-A-09 relatif à l'acquisition par les sociétés Koramic et vienerberger des sociétés Migeon SA et Bisch SNC à la sociétés Keramic holding AG laufen : www.autoritedelaconurrence.fr.

(2) حسين الماحي، المرجع السابق، ص39.

المبحث الثاني: نتائج أعمال المعيار المادي ونطاق تجاوزه

إن اتساع مضمون المعيار المادي، يؤدي إلى اتساع دائرة الأشخاص المعنية بخطاب قانون المنافسة، ليصبح كل من يقوم بنشاط اقتصادي من قبيل الإنتاج و التوزيع أو الخدمات مخاطبا بأحكام هذا القانون بغض النظر عما إذا كان شخصا من أشخاص القانون الخاص أو شخصا من أشخاص القانون العام. وهو في الواقع أمر منطقي، طالما أن النشاط الاقتصادي، أصبح يتميز بمشاركة القطاعين العام والخاص⁽¹⁾.

وأمام مفهوم السوق، الذي يتسع-كما رأينا- إلى السلع والخدمات المماثلة أو التعويضية، والخاضعة إلى قانون العرض والطلب، تأخذ الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مظهرا تنافسيا في إطار السوق المعنية.

وهكذا، فإن خضوع المشرع لمنطق السوق عند تجسيده لنطاق تطبيق الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة هو الذي أدى إلى مدّ مجال خطاب قانون المنافسة إلى الأشخاص العمومية والجمعيات والمنظمات المهنية ؛ حيث ورد ضمن نص المادة الثانية من الأمر 03-03 : ".... وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية...".

ومع ذلك، فإن مخاطبة الأشخاص العمومية -تحديدا- بأحكام قانون المنافسة كان ولا يزال محل إشكالات قانونية، حتى في الدول الأسبق تجربة في اعتماد قوانين المنافسة.

هذه الإشكالات -أساسا- إلى أن الأشخاص العمومية المعنية بالخضوع لقانون المنافسة، قد تكون مكلفة بمهام مرفق عام أو تمارس صلاحيات السلطة العمومية ، وطالما أن ممارسة صلاحيات السلطة العمومية وأداء مهام المرفق العام، مهمتان تسندان بحسب الأصل- إلى أشخاص عمومية، فإن التساؤل يثور بخصوص حدود خضوع هؤلاء لقانون المنافسة⁽²⁾-في هذه الحالة- خاصة عندما يوجد ارتباط واضح بين هذين الاعتبارين (السلطة العمومية والمرفق العام) وبين النشاط الاقتصادي المعني.

وبالمقابل، لما يفرزه المعيار المادي من نتائج، فإن المشرع، ومن خلال تعديله للأمر 03-03 بموجب القانون 05-10، قد أورد حكما، من شأنه تجاوز المعيار المادي، عن طريق مد

⁽¹⁾ حيث أصبح الاقتصاد الحديث يوصف "بالاقتصاد المختلط"، وهو الذي يختلط فيه التدخل الحكومي مع الحرية الاقتصادية، أو بعبارة أخرى تمتزج فيه المبادرة الفردية وحق الملكية الخاصة مع المسؤولية العامة للدولة عن الرفاهية الاجتماعية: حسين عمران، النظريات الاقتصادية، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، القاهرة، (د.س.ن)، ص76.

⁽²⁾ خاصة في ظل استعمال المشرع الجزائري عبارة "الأليعيق" ضمن نص المادة الثانية، كما سنرى لاحقا.

مجال تطبيق قانون المنافسة إلى غير الأنشطة الاقتصادية، غير أن المشرع حصر هذا الخروج عن المعيار المادي في الصفقات العمومية، وهو ما يطرح التساؤل بخصوص انسجام هذا الحكم مع منطق المعيار المادي.

وتبعاً لما تقدم، سوف نحاول من خلال هذا المبحث- معالجة مختلف الإشكالات المطروحة، من خلال ما توصل إليه الاجتهاد الفرنسي-على وجه الخصوص-(¹)، سواء على مستوى مجلس المنافسة أو على مستوى مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسيين، وذلك من خلال نتائج أعمال المعيار المادي (المطلب الأول)، وكذا من خلال الحديث عن نطاق تجاوز هذا المعيار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نتائج أعمال المعيار المادي (انعكاسات المعيار المادي على مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص)

يفرز تطبيق المعيار المادي، امتداد قانون المنافسة إلى كافة الأشخاص التي تقوم بنشاط اقتصادي مؤثر في السوق، بغض النظر عن طبيعتها (خاصة أو عمومية)، وبغض النظر عن هدفها (تهدف أولاً إلى تحقيق الربح)، وبغض النظر عما إذا كان ينطبق عليها وصف "المؤسسة" في نظر قانون المنافسة أو كانت مجردة من هذه الصفة.

وهو ما يسفر عن امتداد قانون المنافسة إلى الأشخاص العمومية (الفرع الأول) وإلى الجمعيات (الفرع الثاني) وإلى المنظمات المهنية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة

لا إشكال يطرح بشأن خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة عندما تظهر بثوب المتعاملين الخواص؛ إذ تعامل في هذه الحالة معاملة الخواص، تكريساً لمبدأ المساواة أمام قانون المنافسة، غير أنه، وعندما تمارس صلاحيات السلطة العمومية أو تقوم بمهمة المرفق العام، فإن التساؤل عندئذ يطرح بخصوص مدى استبعادها بصفة كلية من دائرة الأشخاص المعنية بخطاب قانون المنافسة.

(¹) وهذا يعود فضلاً عن انعدام الاجتهاد الوطني في هذا الإطار، إلى مسابرة المشرع الجزائري ما توصل إليه الاجتهاد الفرنسي من أجل تطوير الأحكام المتعلقة بمجال تطبيق قانون المنافسة.

وهو ما يحتم الحديث عن خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة تكريسا لمبدأ المساواة أمام قانون المنافسة (أولا)، ثم الحديث عن مدى خضوع هذه الأشخاص إلى قانون المنافسة عند ممارسة صلاحيات السلطة العمومية أو أداء مهام المرفق العام (ثانيا).

أولا: خضوع الأشخاص العمومية لقواعد المنافسة تكريسا لمبدأ المساواة أمام قانون المنافسة

يقتضي الحديث عن مبدأ المساواة أمام قانون المنافسة، تحديد مضمون هذا المبدأ من ناحية، وما يسفر عنه تطبيقه من ناحية ثانية.

1- مضمون مبدأ المساواة أمام قانون المنافسة

إن مبدأ المساواة أمام قانون المنافسة، لا يعدو إلا أن يكون ترجمة لمبدأ المساواة أمام القانون كمبدأ دستوري عام⁽¹⁾.

وإذا كان هذا المبدأ لا يظهر بالأهمية نفسها، عندما يتعلق الأمر بأشخاص متكافئة من ناحية قوتها، فإن أهميته تظهر بصفة أوضح، عندما يتعلق الأمر بأشخاص ذات مراكز قوى متفاوتة، ما يثير مسألة في غاية الخطورة، وهي السموّ على القانون، الذي يتناقض مع الرغبة في إرساء دولة القانون.

وفي الواقع، فإن المعيار المادي، كما تضمنه نص المادة الثانية من الأمر 03-03 يعد -في حدّ ذاته- منظويا على مبدأ المساواة أمام القانون، كونه لا يأخذ بصفة الشخص القائم بالنشاط، ويعبر عن المقولة الشهيرة "Même fait, même droit"⁽²⁾.

ولقد تبنى المشرع الجزائري موقفا واضحا إزاء هذا المبدأ منذ إصداره لأول نص يتعلق بالمنافسة سنة 1995 ؛ إذ لم يتوان عن إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في حال قيامها بالأنشطة الاقتصادية ذاتها التي يقوم بها الخواص، والخاضعة لقانون المنافسة والمتمثلة في أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات⁽³⁾.

(1) وزيادة على كونه مبدعا عاما فقد كرسه المؤسس الدستوري كمبدأ خاص في إطار الحرية الاقتصادية بقوله ضمن نص المادة 37 المعدلة: "...وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز".

(2) Olivier Guézou, Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics, Groupe Moniteur, Janvier 2006, mise à jour n°45, p4 : www.cnrs.fr

(3) ورد في المادة الثانية من الأمر 06-95 الملغى بأنه : "يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون أو الجمعيات".

ودائماً في سياق الخلفية الدستورية لمبدأ المساواة أمام قانون المنافسة، فإن تساؤلاً مشروعاً يطرح بهذا الصدد، يتمثل في مدى اعتبار مبدأ المساواة أمام قانون المنافسة، نتيجة منطقية لمبدأ حرية التجارة والصناعة، أم على العكس تماماً أي أن مبدأ حرية التجارة والصناعة يرفض مبدأ المساواة، كونه ينكر التدخل العمومي في النشاط الاقتصادي من أساسه ؟

وفي الواقع، فإن هذا التساؤل، قد كان نتيجة وجود تحوّر في مفهوم مبدأ حرية التجارة والصناعة ضمن النظام الفرنسي، أفرز تغييراً في النظرة إلى مدى شرعية تدخل الأشخاص العمومية في اللعبة التنافسية، وبالتالي مدى منطقية خضوعهم لقانون المنافسة.

حيث، وبموجب تصور كلاسيكي لمفهوم مبدأ حرية التجارة والصناعة، أفرزه موقف مجلس الدولة الفرنسي، فإنه يستثني -من حيث الأصل- الأشخاص العموميون من تقديم سلع وخدمات في سوق مفتوحة على المنافسة ؛ إذ ورد في قرار صادر عن المجلس سنة 1930، بأن : "إنشاء المؤسسات ذات الطابع التجاري، تظل -كقاعدة عامة- مقصورة على المبادرة الخاصة"⁽¹⁾.

ولقد وجد هذا التصور أساسه، ضمن ما يقتضيه تقسيم المهام بين الإدارة والخواص ؛ حيث تتكفل الإدارة بالمهام التي لا يكون بمقدور الخواص القيام بها، وبالمقابل، فإنها تلتزم -من جهتها-، بعدم مزاحمة الخواص في المسائل المتعلقة بتقديم المنتجات والخدمات الضرورية لإشباع حاجات الأفراد.

وفي إطار إضفاء الشرعية على هذا الموقف، اتجه البعض إلى الكشف عن حقيقة مبدأ حرية التجارة والصناعة ؛ إذ ذهب محافظ الحكومة Detton سنة 1934 إلى القول بأنه : "إذا كانت أحكام مرسوم Allarde"⁽²⁾، تفسر من ظاهر النص بأنها تسمح للأشخاص العمومية، كالخواص ممارسة التجارة، لكن هذا لا يمنع من القول بوجود حقيقة مفادها أن ممارسة نشاط تجاري من قبل شخص عمومي، يحمل خطر إعاقة استعمال هذه الحرية من قبل الخواص بصفة كلية أو جزئية، وهذا ما يمكن من القول، بأن هذا المرسوم، إنما يقوم على أساس قصر إنشاء المؤسسة التجارية على المبادرة الخاصة"⁽³⁾.

⁽¹⁾ Stéphane Destours, La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence, Litec, Paris, 2000, p28-29.

⁽²⁾ وهو المرسوم الذي جسد الوجود القانوني لمبدأ حرية التجارة والصناعة سنة 1791، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

⁽³⁾ Guylain Clamour, Op.cit, p 75-76.

وإلى وقت قريب، تمّ التمسك بهذا الموقف من قبل بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁾، الذي أسس لمبدأ "عدم المنافسة" واعتبره المعبر الحقيقي عن مبدأ حرية التجارة والصناعة، مبررا ذلك، بأن التدخل العمومي المباشر، يظهر بمثابة منافسة غير مشروعة (une concurrence déloyale).

غير أن هناك من اتجه اتجاها مناقضا ؛ إذا اعتبر التفسير السابق لمبدأ حرية التجارة والصناعة، تكريسا لفكر "مونتيكيو"، الذي تجسده مقولة بأنه يمنع على الحاكم ممارسة التجارة (Le prince ne doit pas faire le commerce)⁽²⁾، في حين هناك من اعتبره تفسير بريتوري prétorienne لمبدأ حرية التجارة والصناعة⁽³⁾.

ومع ذلك، فإن هذا الحكم، قد عرف بعض المرونة في تطبيقه ؛ حيث أصبح بإمكان القانون أن يكلف شخصا عموميا بمهمة ذات طابع اقتصادي⁽⁴⁾، غير أن ذلك قد ارتبط بضرورة توافر بعض الظروف أو الشروط.

حيث، وفي البداية، ساد الاتجاه بإمكان قيام الأشخاص العمومية بإنشاء مؤسسات ذات طابع تجاري لغرض مرفق عمومي، غير أنه تم الاستناد -في هذا الإطار- إلى نظرية وجود ظروف خاصة من حيث الزمان والمكان (des circonstances particulière de temps et de lieu)، حيث يكون تدخلها (الأشخاص العمومية) مبررا -حينئذ- بالمصلحة العامة⁽⁵⁾.

وفي مرحلة أخرى تمّ القبول بفكرة التدخل العمومي لكن بصفة تكميلية لا أصلية، حيث اعترف مجلس الدولة بإمكان أن يأخذ هذا التدخل شكل نشاطات تكميلية تضاف إلى مرفق أساسي (موجود من قبل) ؛ وفي هذا الإطار تمّ التأكيد على مشروعية إنشاء محطة خدمات للغسل والصيانة والتشحيم، حيث تكون ملحقة لحظيرة سيارات موجودة من قبل، بمعنى أنه لم يتم إنشاؤها بصفة أصلية⁽⁶⁾.

واستمر قبول قيام الأشخاص العمومية بالأنشطة الاقتصادية، بعد ذلك ؛ حيث وفي تطور هام على هذا الصعيد، استند مجلس الدولة الفرنسي إلى معيار المصلحة العامة من أجل تبرير

(1) Didier Linotte : Cité par : Guylain Clamour, Op.cit, p76.

(2) Stéphane Destours, Op.cit, p28.

(3) "Le principe de non -concurrence, résulterait en réalité d'une interprétation prétorienne de la liberté du commerce et de l'industrie" : Sophie Nicinski, droit public de la concurrence, L.G.D.J, Paris,2005, p41.

(4) Stéphane Destours, Op.cit, p28.

(5) Ibid, p29.

(6) CE. Sect.18 Décembre 1959, Delansorme : www.revuegénéraldudroit.eu/blog/décision/coseil-d'état.

توسيع نشاط مرفق عمومي، ففي قضية تتعلق بمد مجال نشاط مخبزة عسكرية إلى السجون المتواجدة في المنطقة، فيما تم إقصاء المؤسسات الخاصة، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي، أن مبدأ حرية التجارة والصناعة لا يعد عائقاً أمام تدخل الأشخاص العمومية لإشباع الحاجات المتعلقة بمراقبتها، وذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، ويأتي هذا التأكيد من المجلس، في ظل وجود حقيقة تتعلق باستعمال هذه المؤسسة وسائل متعلقة بالدومين العام⁽¹⁾.

غير أنه، وإذا كان هذا الموقف من القضاء الإداري الفرنسي، يعزز التدخل العمومي في النشاط الاقتصادي، إلا أنه لم يكن موقفاً ثابتاً؛ إذ جاءت العديد من القرارات بعد ذلك، تقيد من مجال هذا التدخل، وتستند إلى عجز المبادرة الخاصة كشرط لهذا التدخل؛ إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي بموجب قرار صادر في 4 جويلية 1984؛ بإلغاء قرار إداري يوسع من مجال التدخل العمومي، بخصوص مرفق مسير من قبل جماعة محلية، بسبب غياب الشرط المتعلق بقصور القطاع الخاص في هذا المجال⁽²⁾.

ومن ناحية ثانية، فقد أخضع القضاء الفرنسي التدخل العمومي في النشاط الاقتصادي إلى مبدأ آخر هو "مبدأ التخصص"؛ حيث ذهب مجلس الدولة إلى التأكيد على أنه لا يمكن لشركة للاقتصاد المختلط أنشئت لهيئة إقليم معين، أن تتدخل خارج حدود هذا الإقليم⁽³⁾.

كما أكدت محكمة باريس الإدارية بموجب حكم صادر سنة 1994، بأن الهيئات العمومية، إدارية كانت أو ذات طابع صناعي وتجاري، لا يمكن لها أن تخرج عن الموضوع أو النشاط أو الهدف المحدد ضمن القواعد التي أنشأتها⁽⁴⁾.

وعموماً، استقر، بعد ذلك، القضاء الفرنسي على مشروعية تدخل الأشخاص العمومية؛ إذ وبموجب رأي شهير صادر في 8 نوفمبر 2000 (Avis Société Jean-Louis Bernard Consultants) ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول، بأنه: "لا وجود لأي نص أو مبدأ يمنع الشخص العمومي لسبب يعود إلى طبيعته أن يترشح في إطار صفقة عمومية أو في إطار عقد من عقود تفويض المرفق العمومي"⁽⁵⁾.

(1) Stéphane Destours, Op.cit, p30.

(2) Ibid, p29, note : 91.

(3) Idem, p31.

(4) Idem.

(5) Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, Op.cit, p42.

وبذلك حصل تقارب واضح بين التدخل العمومي وقواعد المنافسة، وتم تجاوز مسألة منع دخول الأشخاص العمومية إلى السوق، ولم يبق إلا مبدأ المساواة في شروط المنافسة بين الأشخاص العمومية والخاصة⁽¹⁾.

وهو ما عبر عنه الفقه بتراجع مبدأ عدم المنافسة بين المتعاملين العموميين والخواص لصالح مبدأ المساواة أمام المنافسة، أو ما يسمى بالمنافسة المتكافئة (Le principe d'égalité concurrence)⁽²⁾ ومع ذلك، فإن موقف القضاء الإداري الفرنسي، قد سادته عدم الجزم إزاء موضوع التدخل العمومي في المجال الاقتصادي؛ حيث وإذا كان رأي Société Jean – Louis Bernard قد أصبح يتم الاستناد إليه في كل مرة من ناحية مضمونة المتمثل في عدم وجود ما يمنع الأشخاص العمومية لسبب يرجع إلى طبيعتها من التدخل في السوق، إلا أن بعض القرارات التي صدرت لاحقاً، والتي اعتمده كمرجع، قد أضافت إلى جانب ما تضمنه هذا الرأي، ضرورة رقابة مدى احترام مبدأ حرية التجارة والصناعة، أو بعبارة أخرى ضرورة ممارسة النشاط الاقتصادي من قبل الأشخاص العمومية ضمن الحدود المتعلقة بمبدأ حرية التجارة والصناعة⁽³⁾.

وهو ما أدى إلى القول بأن مقتضيات المنافسة المتكافئة تأتي في المرتبة الثانية؛ أي بعدما يتأكد انتظام التدخل العمومي، وموقف كهذا في الواقع، يعد تراجعاً لمبدأ المنافسة المتكافئة ويتأكد هذا التراجع مع وجود موقفاً آخر يذهب إلى وجود تفسير في غير محله للرأي المذكور من البداية⁽⁴⁾.

ومع ذلك، فإن القول بعدم قبول التدخل العمومي في النشاط الاقتصادي أمر مبالغ فيه، فلا نكران في أي دولة في العالم لهذا التدخل، وإن كان ذلك يختلف من حيث حدوده ومداه وطريقته من دولة إلى أخرى، وأن يكون في ظل اقتصاد السوق وفق مبادئ الشفافية التي تسمح للقطاع الخاص أن يحقق أهدافه أيضاً.

إذن وبخصوص التساؤل المطروح في البداية عن علاقة مبدأ المساواة بمبدأ حرية التجارة والصناعة، فإنه يمكن القول أن مبدأ المساواة لا يبدو مناقضاً لمبدأ حرية التجارة والصناعة، عندما يتم تجاوز النظرة الكلاسيكية لهذا الأخير على أنه ينكر التدخل العمومي في النشاط الاقتصادي

(1) Pierre Delvolvé, Op.cit, p12.

(2) Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, Op.cit, p42.

(3) Ibid, p44.

(4) Idem.

إلى تصور أكثر اتساعاً، يتلخص في عدم تقييد الخواص من ناحية، وعدم إنكار التدخل العمومي من ناحية ثانية.

ووفقاً لمفهوم معاكس تماماً كان نتيجة تغير العلاقة بين الدولة والاقتصاد، يتم النظر إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة، بأنه يتيح للمبادرة الخاصة ممارسة النشاط الاقتصادي، على أن يتم ذلك في حدود القانون، وهو التصور الذي ينسجم مع مضمون حرية التجارة والصناعة، كما تم إرساؤه في الجزائر.

ووفقاً للتصورين السابقين، إذن، يصبح مبدأ المساواة إما ضماناً للتدخل العمومي أو ضماناً للمتعاملين الخواص، وفي الحالتين يتساوى المتعاملون العموميون والخواص أمام قانون المنافسة -بحسب الأصل-.

وهو ما أوصلنا إلى أنه ثمة حدود فاصلة بين مبدأ المساواة أمام المنافسة ومبدأ المنافسة المتكافئة.

ووجه الاختلاف يكمن في أن المنافسة المتكافئة تعبر عن المجال المتاح للأشخاص العمومية لممارسة الأنشطة الاقتصادية، أما المساواة أمام المنافسة، فيعبر عما يفرضه التواجد في السوق لأي متدخل، سواء أكان عمومياً أو خاصاً من امتداد خطاب قانون المنافسة إليه، والتصدي للممارسات التي بإمكانها أن تلحق الضرر بالسوق المعنية.

وبهذا المعنى، فإن مبدأ المنافسة المتكافئة، يقابله مبدأ عدم المنافسة، بينما مبدأ المساواة أمام المنافسة، فيقابله التمييز بين المتعاملين تجاه قواعد المنافسة.

ووفقاً لهذا الفارق، فإن مبدأ المساواة هو المبدأ الذي له علاقة مباشرة بالحماية القانونية للسوق التي تتجسد من خلال التصدي للأثر السلبي الناجم عن بعض السلوكيات على توازن سوق ما من أسواق السلع أو الخدمات، حتى لو أرتكبت هذه السلوكيات من قبل شخص عمومي.

ومع ذلك، فإنه لا يمكن إنكار الارتباط الحاصل بين المبدأين (المنافسة المتكافئة والمساواة أمام المنافسة) باعتبار أن مبدأ المساواة، لن يكون له معنى، ولن يجد له تطبيقاً في الواقع في غياب منافسة متكافئة⁽¹⁾.

(1) ودليل ذلك أن مبدأ المساواة يعطل إعماله، عندما يتدخل القانون ليرتب استثناءات مبررة على مبدأ حرية المنافسة.

2- تطبيق مبدأ المساواة أمام قانون المنافسة

يسفر تطبيق مبدأ لمساواة أمام قانون المنافسة، عن تطبيق قانون المنافسة على المتعاملين العموميين بالشكل ذاته الذي يطبق به على الخواص، في حال ارتكابهم واحدة من الممارسات المنافية للمنافسة.

ورغم الممارسة المتواضعة لمجلس المنافسة الجزائري، إلا أنه قد أكد من خلال بعض القرارات، سيما تلك الصادرة في ظل الأمر 95-06 عن امتداد قانون المنافسة إلى الأشخاص العمومية، وتعرضهم لأحكامه العقابية في حال ارتكابهم واحدة من الممارسات المنافية للمنافسة⁽¹⁾.

كما أدان المجلس سابقا، بعض المؤسسات العمومية بسبب ارتكابها ممارسات تم تكييفها على أنها ممارسات منافية للمنافسة، كإدانة المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية ENIE وحدة سيدي بلعباس بسبب ارتكابها ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة⁽²⁾، وكذا إدانة الشركة الجزائرية للمعارض والتصدير SAFEX بسبب تعسفها في وضعية الهيمنة أيضا⁽³⁾.

كما صدرت عن مجلس المنافسة الفرنسي العديد من القرارات التي تدين أشخاصا عمومية؛ حيث أدان المجلس مؤسسة بلدية ذات طابع صناعي وتجاري (une régie municipale) بسبب اتفاق محظور بينهما وبين مدربي رياضة ski تضمن لهم الأفضلية في استغلال المصاعد الميكانيكية⁽⁴⁾.

كما أدان مجلس المنافسة الفرنسي أيضا مؤسسة كهرباء فرنسا EDF، بسبب تعسفها في وضعية الهيمنة، تجسد من خلال العرض الذي قدمته هذه المؤسسة المهيمنة بخصوص الإنارة العمومية، والذي ظهر من خلاله خفضا للأسعار بطريقة مصطنعة⁽⁵⁾.

(1) على سبيل المثال : القرار رقم 99 ق 03 الصادر يوم 17 أكتوبر 1999 المتعلق بإسناد صفقة عمومية لإنجاز مقر مديرية البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية بأدرار، غير منشور ؛ حيث بالرغم من إقرار المجلس عدم اختصاصه إلا أنه أكد على مخاطبة الأشخاص العموميين بقانون المنافسة.

(2) القرار رقم 99 ق 01 الصادر يوم 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (ENIE)، منشور على الموقع: www.conseil-concurrence.dz

(3) كما ورد في التقرير السنوي لمجلس المنافسة لسنة 2000، غير منشور.

(4) Décision n° 91-D-07 du 19 Février 1991 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'enseignement du SKI : www.autoritedelaconcurrence.fr.

(5) Décision n° 00-D-47 du 22 Novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF sur le marché de l'éclairage public : www.autoritedelaconcurrence.fr.

كما أدان مجلس المنافسة الفرنسي أيضا مجموعة Décaux بسبب التعسف في السوق المعنية⁽¹⁾، كما أدان أيضا المؤسسة العمومية SNCF لمشاركتها في اتفاق حول الأسعار⁽²⁾.

ويخصوص استغلال مؤسسة ما احتكارها القانوني، أكد مجلس المنافسة الفرنسي، ضمن القرار الخاص بمؤسسة EDF -السابق الإشارة إليه- على أن المتعامل العمومي الذي يحوز وضعية هيمنة على سوق ما في إطار احتكار قانوني، وإذا كان يمكنه اللوج إلى سوق أخرى تنتمي إلى قطاع تنافسي، فإن ذلك مشروط بالألا يتعسف ويقيد دخول منافسين إلى هذه السوق، باستعمال وسائل أخرى، غير تلك التي تقتضيها المنافسة بالأفضلية، من قبيل مثلا توظيفه الموارد المتحصلة من نشاطه الاحتكاري للتعسف في السوق الأخرى، كأن يبيع بأسعار منخفضة عن سعر التكلفة⁽³⁾.

وتعد نظرية التسهيلات الأساسية -التي سبق الإشارة إليها-⁽⁴⁾ من الأحكام التي واجهت بها التشريعات المتعلقة بالمنافسة استغلال الوضع الاحتكاري على العموم بما فيه الاحتكار الطبيعي أو القانوني، كما عرفت تطبيقا واسعا من قبل القضاء الفرنسي؛ حيث أوجبت محكمة استئناف باريس على المؤسسة الموزعة للمياه في إطار تفويض مرفق المياه الصالحة للشرب بأن تلتزم بعرض سعر بيع بالجملة للمياه، وأن يتم تقديره بطريقة موضوعية، وأن تلتزم الشفافية في ذلك، وتبتعد عن الممارسات التمييزية، وذلك على اعتبار أن المؤسسة المعنية موزعة للمياه الصالحة للشرب وتعد -في الوقت ذاته- مالكة لمصنع معالجة المياه، ما يمكنها من استغلال هذه الوضعية⁽⁵⁾.

حيث، وفي ظل ما تتمتع به الأشخاص العمومية من امتيازات، فإن خطر تعسفها في وضعية الهيمنة يزداد، نتيجة توظيفها لهذه الامتيازات لارتكاب ممارسات محظورة.

وفي هذا الإطار، يتم التمييز بين نوعين من الامتيازات؛ يتمثل النوع الأول في تلك ذات العلاقة بالنظام القانوني للشخص العمومي، أما النوع الثاني، فيظهر من خلال العلاقة بالدولة⁽⁶⁾.

(1) Décision n° 04-D-32 du 8 Juillet 2004 relative à la saisine de la société « More group France » contre les pratiques du groupe « Décaux » : www.autoritedelaconcurrence.fr.

(2) Mohamed Abouelaziz, Le secteur public à l'épreuve de la concurrence, Bouregreg, Rabat, 2012, p89.

(3) Décision n° 00-D-47 prec.

(4) أنظر ص 75 من هذا البحث.

(5) Christophe Cabanes, Benoit Neveu, Droit de la concurrence dans les contrats publics, le Moniteur, Paris, 2008, p90.

(6) Christophe Cabanes, Benoit Neveu, op.cit, p90.

حيث يتحقق النوع الأول من الامتيازات من خلال مثلا الاحتكارات القانونية، والتي تدفع الشخص العمومي إلى خفض المصطنع للأسعار كصورة من صور التعسف في وضعية الهيمنة مثلا، وهو ما يرتبط أساسا بالقطاعات الشبكاتية⁽¹⁾.

أما النوع الثاني من الامتيازات، والمتمثل في العلاقة مع الدولة، فإنه قد يظهر من خلال الإعانة المالية للدولة مثلا⁽²⁾.

وفعلا، وعلى صعيد الواقع، يلاحظ أن الدولة وعندما يتعلق الأمر بمؤسساتها العمومية، فهي عادة تركز التحيز وعدم الحياد، وهو ما يلاحظ جليا من خلال سوق الاتصالات والنشاط المصرفي وقطاع التأمينات⁽³⁾.

وقد ترتجل السلطات العمومية لاتخاذ أي قرارات تصب في مصلحة القطاع العام بدعوى المصلحة العامة على حساب قواعد المنافسة والسوق، من ذلك مثلا تعليمة رئيس الحكومة سنة 2004 والمتعلقة بضرورة إيداع المؤسسات العمومية أموالها لدى البنوك الخاصة.

وإذا كان خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة عندما تظهر في السوق مجردة من مهام السلطة العمومية أو المرفق العام تثير بعض الإشكالات في الواقع، فإن حجم هذه الأخيرة يتضاعف حينما تظهر في السوق بثوب السلطة العمومية أو أداء مهام المرفق العام.

ثانيا: مدى خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في حال ممارستها لصلاحيات السلطة العمومية أو قيامها بمهام المرفق العام

قد يبدو أن صلاحيات السلطة العمومية وحتى المرفق العام من خلال مدلولهما وارتباطهما بالمصلحة العامة، يخرجان عن مجال خطاب قانون المنافسة بصفة مطلقة، إلا أن اتساع مدلول السوق وامتداد آثار أي تصرف إليها وإمكان نشأة نشاط اقتصادي بمقتضى عمل إداري هو الذي ولد التساؤل عن مدى خضوع الأشخاص العمومية في هذه الحالة لقانون المنافسة.

⁽¹⁾ Christophe Cabanes, Benoit Neveu, op.cit, p90.

⁽²⁾ Ibid, p79.

⁽³⁾ منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية، 2015-2016، ص73.

فرغم أن هذين المقتضيين قد تمت مراعاتهما من قبل التشريعات المتعلقة بالمنافسة في مختلف الدول، إلا أن الممارسة قد كشفت عن احتمال أن يكونا مصدرا أو تتم في إطارهما ممارسات ضارة بالسوق.

وتأسيسا على ذلك، سوف نحاول من خلال هذه النقطة من الدراسة، التطرق إلى مضمون صلاحيات السلطة العمومية و المرفق العام ثم الحديث عن حدود إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في إطار ممارستها صلاحيات السلطة العمومية أو أداء مهام المرفق العام من خلال ما استقر عليه القضاء الفرنسي في هذا الإطار، لنخرج في الأخير على موقف المشرع الجزائري من مسألة إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في حال قيامها بهذه الصلاحيات.

1- مضمون صلاحيات السلطة العمومية ومهام المرفق العام

يثير مفهوم السلطة العمومية كميّار يحد من تطبيق قانون المنافسة إشكالات عديدة، تتعلق أساسا بغياب تصور واضح أو معنى محدد لتصرفات السلطة العمومية، يمكن استثنائها بسهولة من مجال تطبيق قانون المنافسة، فالمصطلح يبدو -كمعيّار- فضفاضاً، ويثير الشكوك حول اعتباره استثناء على إطلاقه.

وعلى العموم، فإن السلطة العمومية، تجمع ثلاث مهام أساسية، تتمثل في:⁽¹⁾

- تحديد القواعد العامة الواجب احترامها.

- ضمان تحقيق المصلحة العامة.

- سلطة الإجبار والتي تمثل تعدياً مشروعاً.

وتشكل المصلحة العامة حيز الزاوية للسلطة العمومية، وتجد العديد من الأحكام التي تحد من تطبيق قواعد المنافسة مبررها في المصلحة العامة.

ولقد اعتمد الفقه الإداري على معيار السلطة العمومية لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري، فكلما وجد مظهر من مظاهر السلطة العمومية، كلما اكتسى العمل طبيعة إدارية.

⁽¹⁾ Mohamed Abouelaziz, Op.cit, p85.

وهو ما جعل مفهوم السلطة العمومية يبدو غريبا عن قانون المنافسة، باعتبار هذا الأخير قانونا يتمحور حول مفهوم السوق، وأدى بالتشريع أو القضاء إلى استبعاد الأعمال التي تدخل في نطاق هذه الصلاحية من خطاب قانون المنافسة، غير أن إمكان تأثيرها على السوق هو الذي أدى إلى طرح التساؤل حول إمكان مدّ خطاب أحكام هذا القانون إليها وكيف يتم تطبيقه في حال كان الجواب بالإيجاب.

أما بخصوص المرفق العام، فهو النشاط الذي تضطلع به الدولة أو تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة⁽¹⁾.

وهو إذن بهذا المعنى يشترك مع معيار السلطة العمومية من ناحية الهدف المتمثل في تحقيق المصلحة العامة.

ويقوم المرفق العام على مبادئ الاستمرارية، المساواة والتكيف.

فبخصوص مبدأ الاستمرارية (استمرارية المرفق العام)، فيقصد به أن يتم ضمان استمرار المرفق العام على المستوى الجغرافي والزمني، وهو ما تم اعتباره -من زاوية السوق- مبدءا معيقا؛ لأنه لا يسمح للأشخاص القائمة به أن تتمتع بمساحة من الحرية والاستقلالية في اتخاذ القرار، ففي حين تركز المؤسسات الخاصة على الربح المحقق من خلال القيام بنشاط اقتصادي ما، قبل القيام به، فإن الأشخاص المكلفة بتحقيق مرفق عام لا تقوم بهذه المعادلة، وإنما يركز هدفها على ضمان مبدأ استمرارية المرفق العام⁽²⁾.

أما بخصوص مبدأ المساواة في الاستفادة من خدمات المرفق العام، فإنه قد يكون عائقا بدوره في وجه المتعامل العمومي، لأنه يجعله في وضعية أقل من منافسيه الخواص في السوق المعني، حيث يمتلكون كل الحرية في تحديد الأسعار واختيار العلاقات التجارية المناسبة⁽³⁾.

وأخيرا، فإن مبدأ التكيف، يفرض على القائمين بمهمة المرفق العام قدرا من المرونة، والتماشي مع احتياجات المرتفعين.

هذه الالتزامات المفروضة على المرفق العام، هي التي تؤدي إلى القبول بوجود بعض التجاوزات لقواعد المنافسة، فيما يبقى الخطاب بقانون المنافسة هو الأصل.

⁽¹⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص233.

⁽²⁾ Mohamed Abouelaziz, Op.cit, p180.

⁽³⁾ Ibid, p181.

وهو ما يؤدي بنا إلى التساؤل عن حدود إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في إطار صلاحيات السلطة العمومية وأداء مهام المرفق العام ؟

2- حدود خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في إطار صلاحيات السلطة العمومية المرتبطة بوظيفة المرفق العام وفق ما استقر عليه القضاء الفرنسي⁽¹⁾

طرحت مسألة إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة⁽²⁾ في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العمومية المرتبطة بالمرفق العام، في فرنسا لأول مرة، بخصوص قضية La ville de Pamiers، وتدور وقائع القضية حول مرفق توزيع المياه ؛ حيث أن المجلس البلدي لمدينة Pamiers الفرنسية وعندما قرر إعادة تنظيم مرفق توزيع المياه في البلدية المعنية، قد قام من جهة بفسخ عقد الامتياز الممنوح لشركة SAEDE منذ 1924، ومن جهة أخرى أبرم عقدا لمصلحة La société Lyonnaise des Eaux، وهو ما دفع شركة SAEDE إلى رفع إخطار أمام مجلس المنافسة مدعية بوجود ممارسة منافية للمنافسة، تتمثل في اتفاق محظور بين المجلس البلدي وشركة Lyonnaise des Eaux، مطالبة بإلغاء العقد واتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة لوقف تنفيذه، مستندة في ذلك إلى أحكام الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار، وتحديد المادة السابعة منه.

غير أن مجلس المنافسة، وبموجب قرار صادر في 17 ماي 1988، رفض الإخطار معللا ذلك بأن القضية تخرج عن مجال اختصاصه الذي يتحدد بأنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات، حسب نص المادة 53 من أمر 1986، معتبرا أن مداولة مجلس بلدي تقرر بموجبها منح الامتياز لمصلحة مؤسسة ما، لا تدخل في زمرة أنشطة الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات⁽³⁾.

غير أن محكمة استئناف باريس، وبموجب قرار صادر بخصوص الطعن المقدم إليها من طرف SAEDE، قد تبنت تحليلا مناقضا لما ذهب إليه مجلس المنافسة، مفاده أن توجيه بلدية Pamiers الدعوة لعدة مؤسسات متخصصة من أجل اختيار المؤسسة التي تسند إليها مهمة توزيع

⁽¹⁾ تجدر الإشارة إلى أنه في فرنسا يجمع الفقه في هذا الإطار- بين المرفق العام والسلطة العمومية، كعيارين متلازمين على عكس المشرع الجزائري الذي يستعمل المعيارين بصفة تناوبية.

⁽²⁾ تنص المادة 53 من أمر 1986 التي أصبحت حاليا : L410-1 من القانون التجاري الفرنسي على ما يلي :

« Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

⁽³⁾ Gilles Mathieu, Application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 –pratiques indissociables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, AJDA , Dalloz , 30 Juin 1998, p996.

المياه، يجعل البلدية قد مارست تأثيرا على السوق، وهو ما دفعها إلى أخذ الإجراءات المؤقتة اللازمة لوقف تنفيذ العقد⁽¹⁾.

أما محكمة التنازع الفرنسية⁽²⁾، فقد خالفت محكمة استئناف باريس، مستندة إلى أحكام المادة 53 من أمر 1986 التي تقضي بأن هذا الأخير لا يطبق على الأشخاص العمومية، إلا إذا قامت بأنشطة إنتاج أو توزيع أو خدمات، مضيعة أن تنظيم مرفق عمومي من قبل مجلس بلدي لا يشكل نشاطا من هذا القبيل⁽³⁾.

وهذا ما يدل بوضوح على أن محكمة التنازع الفرنسية، قد اعتمدت تفسيراً حرفياً لنص المادة 53 من أمر 1986⁽⁴⁾ دون أن تنتهج موقفاً يقوم على العلاقة المباشرة بين التصرف القانوني المعني والآثار السلبية التي تلحق بالسوق المعنية.

حيث وإذا كان التصرف المعني لا يشكل بذاته نشاطاً اقتصادياً، إلا أنه السبب المباشر في القيام بالنشاط الاقتصادي المؤثر في السوق.

كما أن محكمة التنازع، ومن ناحية ثانية، قد أقرت اختصاص القاضي الإداري، وهو ما اعتبره بعض الفقه قراراً غير سليم، فمن جهة ترفض المحكمة اختصاص مجلس المنافسة والقضاء العادي، ومن ناحية ثانية تقرر تطبيق قانون المنافسة ولكن من طرف القضاء الإداري⁽⁵⁾.

وعلى العموم، فإن القضاء الإداري الفرنسي لم ينتهج موقفاً جريئاً إزاء تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية عندما تمارس مهامها في إطار السلطة العامة أو المرفق العمومي إلا مع القرار الخاص بالفيدرالية الفرنسية لشركات التأمين (Fédération Française des sociétés d'assurances)؛ حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي سنة 1996 مراقبة مشروعية عقد إداري بخصوص انتهاك القواعد الأوروبية للمنافسة⁽⁶⁾.

إن الشكوك المثارة حول سلامة محكمة التنازع الفرنسية بخصوص قضية Ville de Pamiers والنقد الموجه إليها من قبل الفقه، قد أدّى إلى تجاهل مجلس المنافسة الفرنسي اجتهاد

(1) Gilles Mathieu, Art prec, p996.

(2) وهذا بعدما عارضت الإدارة اختصاص محكمة استئناف باريس أمام محكمة التنازع الفرنسية.

(3) Gilles Mathieu, Artprec, p996.

(4) René Galene, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, EFE, Paris, 1995, p55.

(5) André Décoq, Georges Décoq, Op.cit, p56.

(6) Mohamed Abouelaziz, op cit, p 123.

محكمة التنازع ؛ حيث أقر اختصاصه بخصوص قضية مطارات باريس (ADP)، رغم الطابع الإداري للتصرف موضوع النزاع والمتمثل في قرار ADP المتعلق برفض طلب شركة TATEuropean Airlines فتح خط جديد بالمحطة، متجاهلا -في ذلك- الدفع بعدم الاختصاص الذي قدمته ADP، ولقد برر مجلس المنافسة اختصاصه، بأن هذا القرار، قد أُتخذ لممارسة نشاط ذو طابع اقتصادي⁽¹⁾.

وبهذا، يكون المجلس، قد تجاوز اعتبارات السلطة العمومية المرتبطة بهذا التصرف، ويكون بذلك أقر اختصاصه للحكم على قرار إداري وليس فقط على سلوك معين بمناسبة هذا التصرف.

وهو ما تمّ اعتباره تدخلا في صميم القرار الإداري⁽²⁾ تحت مسمى الرقابة على التعسف في الهيمنة⁽³⁾. وهو ما يعد مخالفا، لما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، بخصوص قضية Million et Marais في 03 نوفمبر 1997 ؛ إذ طبق مجلس الدولة أحكام قانون المنافسة عند نظره مدى مشروعية العقد المبرم في إطار المرفق العام للجناز⁽⁴⁾، وأُعتبرت المرة الأولى التي يطبق فيها القاضي الإداري أحكام قانون المنافسة⁽⁵⁾، وهذا ما أدى بالفقه إلى اعتبار قرار Million et Marais القرار الذي تم على إثره إدراج قانون المنافسة في إطار " الشرعية الإدارية" ؛ حيث أُعتبرت المرة الأولى التي يطبق فيها القاضي الإداري الفرنسي قانون المنافسة بصورة مباشرة على الأعمال الإدارية⁽⁶⁾.

كما اعتمد القضاء-بهذا الخصوص- نظرية "التعسف التلقائي" (L'abus de position dominante automatique) ومقتضاها ألا يبحث القاضي الإداري عن سلوك المؤسسة في السوق، وإنما يتوقف دوره عند البحث عما إذا كان التصرف الإداري نفسه من شأنه وضع المؤسسة في حالة هيمنة؛ إذ يعتبر تعسفا تلقائيا في هذه الحالة⁽⁷⁾.

(1) Décision n°98-D-34 du 2 Juin 1998 : www.autoritedelaconurrence.fr.

(2) « Le conseil de la concurrence franchit ici le pas qui le porte au cœur même de l'acte administratif » : Nicolas Charbit, *l'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique ?*, RTD com., Janvier/Mars, 2004, n°1, p52.

(3) André décoq, Georges décoq, Op.cit, p56, note : 14.

(4) www.conseil_etat.fr/décision-avis-publication.

(5) Nicolas Charbit, Art prec, p53.

(6) Emmanuel Glaser, *L'application du droit de la concurrence par les juridictions administratives et les juridictions financière*, Actes de colloque sur le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et centre pierre Mendès France, Paris, Octobre 2006, p39, dispo/site:avocats-afac.org.

(7) Ibid.

غير أن محكمة التنازع الفرنسية، وبخصوص قضية مطارات باريس، التي نظر فيها مجلس المنافسة، قد أصدرت قرارا بتاريخ 18 أكتوبر 1999، ربطت فيه بين الاختصاص والموضوع وجسدت معادلة مفادها، أن اعتبار التصرف المعني يندرج في إطار صلاحيات السلطة العمومية، يقضي بالضرورة اختصاص القضاء الإداري، وعلى العكس فإن اعتبار التصرف نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات يؤدي إلى اختصاص مجلس المنافسة تحت رقابة القضاء العادي، وتطبق آليا أحكام قانون المنافسة⁽¹⁾.

وعليه، اعتبرت المحكمة أن قرارات ADP التي قامت بتجميع أنشطة مجموعة فرنسا للطيران ورفض طلب شركة European Airlines فتح خطوط جديدة هي قرارات متعلقة بتسيير الدومين العام، وتتدرج في إطار صلاحيات السلطة العمومية، وأن الممارسات المتعلقة بتلك القرارات تعتبر غير منفصلة عن ممارسة صلاحيات السلطة العمومية، وتكون من اختصاص القضاء الإداري، في حين أن الممارسات الصادرة عن ADP المتمثلة في إجبار TAT EUROPEAN AIRLINES على الخدمات التي تقدمها، فإنها تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة، وبالتالي تعتبر ممارسات منفصلة عن مراقبة مشروعية القرار الإداري، وتخضع بالتالي لمجلس المنافسة⁽²⁾.

وهو ما يعد تطبيقا لنظرية الأعمال المنفصلة (Le critère de détachabilité)، التي استقر عليها بعد ذلك القضاء الفرنسي -عموما-.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي، قد واصل موقفه المتخذ بخصوص قضية Million et Marais، وذلك في قضية EDA ضد مطارات Orly et de Roissy-Charles de Gaule، سنة 1999، أين ذهب إلى القول بأنه إذا كان يعود إلى السلطة الإدارية مهمة تسيير الدومين العام في إطار المصلحة العامة، فإن هذا يفرض، من ناحية ثانية أن تؤخذ بعين الاعتبار إذا تعلق الأمر بنشاط اقتصادي، مختلف المبادئ والقواعد، سيما مبدأ حرية التجارة والصناعة أو أمر 1 ديسمبر 1986، ويتعين على القاضي الإداري عندما ينظر في شرعية هذه القرارات أن يقدر مدى أخذ هذه القرارات بعين الاعتبار مجموع هذه المبادئ ومدى ضمان تطبيقها السليم⁽³⁾.

(1) André décoq, Georges décoq, p56.

(2) Tribunal des conflits, du 18 octobre 1999,dispo/site : www.legifrance.gouv.fr.

(3) Nicolas Charbit, Artprec, p53.

كما تضمن القرار الصادر عن مجلس الدولة ضرورة استشارة مجلس المنافسة بخصوص المسائل المرتبطة بالسوق، على أساس عدم التخصص النوعي للقاضي الإداري، في هذا النوع من المسائل.

وهو ما دفع إلى القول بوجود تناقض في التحليل الذي انتهجه مجلس الدولة الفرنسي -بهذا الخصوص- ؛ حيث من جهة قد اعتمد مفهوما واسعا لصلاحيات السلطة العمومية، ومن ناحية ثانية، فإنه استعان بمجلس المنافسة وهو ما يعد إقرارا منه بوجود حاجة إلى تدخل مجلس المنافسة، باعتباره الهيئة الأكثر تخصصا، ويزداد الأمر صعوبة خاصة في ظل عدم إلزامية الرأي الذي يقدمه مجلس المنافسة⁽¹⁾.

وهكذا، تؤكد تطبيق قانون المنافسة على مختلف القرارات الإدارية المتخذة في إطار المرفق العام أو في إطار استغلال الدومين العام.

أما بخصوص القرارات ذات الطابع التنظيمي، فقد ذهب مجلس المنافسة الفرنسي -في هذا الإطار- إلى نفي اختصاصه في تقدير مدى ملاءمة قرار إداري اتخذ في إطار صلاحيات السلطة العمومية من قبيل مرسوم والأعمال التحضيرية الخاصة به لقواعد المنافسة⁽²⁾.

كما ذهبت محكمة التنازع الفرنسية إلى أن وضع أحكام تنظيمية من قبل الرابطة الوطنية لكرة القدم، يدخل في نطاق ممارسة السلطة العمومية، ولا يشكل نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات⁽³⁾.

غير أنه، وبموجب رأي صادر له سنة 2000 لم يستبعد مجلس الدولة الفرنسي خضوع القرارات التنظيمية لقانون المنافسة ؛ حيث ذهب إلى القول، بأنه طالما أن ممارسة صلاحيات الضبط الإداري، يمكن أن يكون له علاقة بأنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات، وإذا كانت الهيئة الإدارية، تقوم -في هذا الإطار- بحماية النظام العام، وفي حالات أخرى المحافظة على المصالح الخاصة، فإن ذلك لا يعفيها من الأخذ في الحسبان مبدأ حرية التجارة والصناعة وقواعد المنافسة، ويتعين على القاضي الإداري تقدير مدى شرعية إجراءات الضبط الإداري⁽⁴⁾.

(1) André décoq, Georges décoq, Op.cit, p58.

(2) Mohamed Abouelaziz, Op.cit, p91.

(3) André décoq, Georges décoq, Op.cit, p59.

(4) Nicolas Charbit, Art prec , p53.

وهكذا، فإن الأعمال الصادرة عن الأشخاص العمومية في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العمومية لا تستثنى بشكل مطلق من الخضوع لقانون المنافسة، حتى وإذا كان تطبيق هذا الأخير يقتصر على القواعد الموضوعية الخاصة به دون القواعد الإجرائية وعلى رأسها اختصاص مجلس المنافسة.

ولقد استقر القضاء الفرنسي -عموما- بشأن مسألة تنازع الاختصاص بين القاضي الإداري ومجلس المنافسة تحت رقابة القضاء العادي على معيار الأعمال المنفصلة، التي اعتمدها محكمة التنازع الفرنسية في قرارها المتعلق بقضية ADP و TAT European Airlines، السابق الحديث عنه.

ومن ناحية ثانية، فإن مجلس المنافسة الفرنسي، قد طبق بدوره معيار الأعمال المنفصلة؛ حيث ذهب في إحدى قراراته إلى اعتبار شركة كهرباء فرنسا EDF متعسفة في استغلال وضعيتها الهيمنة وأكد -في هذا السياق- على انفصال الأنشطة المجسدة للتعسف عن العقود الإدارية التي أبرمتها الهيئة مع المنتجين المستقلين للكهرباء⁽¹⁾.

ولقد أيدت محكمة استئناف باريس قرار مجلس المنافسة، موضحة التصرفات التي باشرتها EDF بوصفها سلطة عمومية وبين الممارسات التعسفية والمتمثلة في : التعديل المفاجئ لمدة عقود الشراء، فرض شروط وأعباء مالية إضافية للاشتراك في شبكة التوزيع المحتكرة من قبلها... إلخ).

وقد خلصت المحكمة إلى أن هذه التصرفات، لم تقم بها EDF بوصفها سلطة عامة، بل بوصفها مؤسسة تمارس أنشطة اقتصادية، وتهدف من ورائها إلى منع دخول منافسين جدد إلى سوق إنتاج وتوزيع الكهرباء في فرنسا⁽²⁾.

وفي الإطار ذاته ذهب مجلس المنافسة التونسي أيضا في قرار له يتعلق بالديوان الوطني للزيت إلى أن : "القرار الذي تمنح بموجبه إحدى السلطات الإدارية إلى مؤسسة اقتصادية معينة حق القيام بخدمة لفائدة الإدارة أو الذي ترفض بمقتضاه التعاقد مع أحد الأطراف لا يمثل نشاطا اقتصاديا يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بل ممارسة لصلاحيات إدارية منفصلة عن

(1) سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص-ص 217-218.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

النشاط الاقتصادي في حدّ ذاته حتى وإن كانت تستهدفه أو تتعلق به، وبالضرورة فإن ممارسة السلطة يجب تمييزها عن ممارسة النشاط الاقتصادي⁽¹⁾.

وهكذا، فإن معيار "الأعمال المنفصلة" وإن كان يبدو بأنه يضمن تدخلا للهيئة المكلفة بالمنافسة بخصوص ممارسات اشتهت تدخلها مع أعمال إدارية واكتسابها هذه الصفة، إلا أنه -في الواقع- يتيح مجالاً أوسع لتدخل القضاء الإداري، في حين يقتصر اختصاص مجلس المنافسة على الأعمال المنفصلة بطريقة واضحة؛ بمعنى أنه حتى ولو ثبت وجود ممارسة منافية للمنافسة، ولكنها غير قابلة للانفصال عن القرار الإداري، فإن الاختصاص لا ينعقد لمجلس المنافسة ولكن ينعقد للقاضي الإداري، الذي ينظر في مدى مشروعية هذا القرار في ضوء أحكام المنافسة وهو ما يطرح التساؤل بخصوص مدى إمكان القاضي الإداري الإحاطة بأحكام قانون المنافسة ذات المضمون الاقتصادي؟ وكيف يمكن تطبيقها في الواقع عند تواجد صعوبة في الفصل بين العاملين، وكيف لمجلس المنافسة أن يقرر الاتصال أو الانفصال؟ خاصة وأن الإخطارات يحتمل أن توجه إليه ابتداء وفي أغلب الحالات وليس للقضاء الإداري.

ولذلك، فإنه -وفي تصورنا- أن القضاء الإداري إما أن يدقق -في هذه الحالة- في الأحكام المتعلقة بقانون المنافسة ويقتصر على الأخذ بالعموميات وإما أنه يستشير مجلس المنافسة ويأخذ بهذا الرأي كما ورد من المجلس.

ورغم الإشكالات التي يطرحها معيار "الأعمال المنفصلة"، إلا أنه لا وجود لبديل عنه في الوقت الحالي، وهو ما أدى إلى اعتماده من قبل القضاء وفقه المنافسة وهيئاتها في العديد من الدول.

وإذا كان القضاء والفقهاء الفرنسيين هما اللذان كرسا الاستثناء المتعلق بصلاحيات السلطة العمومية ومهام المرفق العام، فإن المشرع الجزائري، قد آثر أن ينص صراحة على هذين المقتضيين ضمن نص المادة الثانية من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، فكيف يمكن قراءة موقف المشرع الجزائري في هذا الإطار؟

(1) معتز القرقرري، نجلاء عبد الدائم، تعليق على قرار مجلس المنافسة عدد 2001/2 المؤرخ في 19 ديسمبر 2002، دراسات قانونية، مجلة كلية الحقوق بصفافس، العدد 16، لسنة 2009، ص 174.

3- موقف المشرع الجزائري من مسألة خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في إطار صلاحيات السلطة العمومية أو أداء مهام المرفق العام

باعتباره نصا يتعلق بمجال تطبيق أحكام المنافسة، كان نص المادة الثانية من الأمر المتعلق بالمنافسة محلا لتعديلات متتالية، فبالرجوع إلى الأمر 95-06 الملغى، نجد أن المشرع قد أخضع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة دون الإشارة إلى الاستثناء المتعلق بامتيازات السلطة العمومية أو المرفق العام، غير أن التساؤل بخصوص عدم وجود هذه الاستثناءات، يمكن الإجابة عنه بأن ذلك يعد من باب التحصيل الحاصل أن يوجد قيد على تطبيق قانون المنافسة يتمثل في هذه الاعتبارات دونما حاجة إلى وجود نص بذلك، وهوما طبقها القضاء الفرنسي رغم غياب نص بذلك.

ومع ذلك، فقد تدخل المشرع ضمن نص المادة الثانية ومن خلال الأمر 03-03، حتى ينص بصفة صريحة على استثناء صلاحيات السلطة العمومية والمرفق العام؛ حيث ورد أنه: "... إذا كانت لا تتدرج ضمن ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام".

وبهذا يكون المشرع قد حدد موقفه إزاء أعمال السلطة العمومية والمرفق العام، ويتم استثناءها -بذلك- من الخضوع لقواعد المنافسة.

غير أن ما يلفت الانتباه -بهذا الخصوص- أن المشرع قد أعاد صياغة نص المادة الثانية من خلال تدخله لتعديل الأمر 03-03 سنة 2008 بموجب القانون 08-12؛ حيث تقادى المشرع صيغة الإطلاق من خلال العبارة "إذا كانت لا تتدرج" واستعاض عنها بعبارة: "ألا يعيق"؛ حيث ورد ضمن نص الفقرة الثانية بأنه: "... غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية".

وعلى العموم يمكننا -من خلال هذا النص- الوقوف على الملاحظات التالية:

- سير المشرع في اتجاه مراعاة اعتبارات السلطة العمومية والمرفق العام عند تطبيق قانون المنافسة وهو الاتجاه الذي تسير عليه جل التشريعات المتعلقة بالمنافسة؛ بما يفيد أنه كلما تعارض تطبيق قواعد المنافسة مع هذه الاعتبارات كانت الأولوية لهذه الأخيرة على حساب قواعد المنافسة.

- أن المشرع قد سبق أداء مهام المرفق العام عن ممارسة صلاحيات السلطة العمومية من خلال تدخله سنة 2008، ويبدو أن ذلك ليس من باب الصدفة وإنما لكونه المجال الأكثر عرضة لارتكاب الممارسات المنافية للمنافسة من قبل الأشخاص العمومية، وهي إشارة أيضا إلى ضرورة احترام هذا المقتضى المتعلق بالمرفق العام عند تطبيق قواعد المنافسة.

أما بخصوص مسألة الاختصاص بنظر المنازعات -في هذه الحالة-، فإن مجلس المنافسة الجزائري قد طبق ضمنا- فيما يبدو- معيار الأعمال المنفصلة؛ حيث ذهب في قرار له صادر بتاريخ 21 ديسمبر 2016 إلى رفض الإخطار المقدم من قبل شركة "أشكيم" 23 على أساس خروج موضوعه عن مجال اختصاصه المحدد بالممارسات المنافية للمنافسة، مشيرا في الوقت ذاته إلى اختصاص القضاء الإداري بموضوع الإخطار المتعلق بظروف إسناد صفقة عمومية⁽¹⁾.

وهكذا، وكخلاصة عامة لتطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية، نستطيع القول بأنه لا حصانة -من حيث المبدأ- لهؤلاء ضد مخاطبة قانون المنافسة، عندما يمارسون الأنشطة ذاتها التي يمارسها الخواص، بل وحتى وعندما يمارس هؤلاء أعمالا في إطار المرفق العام ويمارسه صلاحيات السلطة العمومية فهم مدعوون لاحترام قانون المنافسة تحت طائلة تعرض قراراتهم للإلغاء لعدم المشروعية.

وبهذا المعنى، فإنه لا ضرورة لإيجاد تصنيف للأشخاص العمومية الخاضعة لقانون المنافسة، طالما أن الأمر يرتبط بوجود علاقة بالسوق، أي بنشاط اقتصادي أيا كان نوعه.

ويبقى خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة محل جدل متواصل⁽²⁾ نتيجة الإشكالات التي يطرحها على الصعيدين القانوني والميداني.

(1) وتتلخص وقائع القضية في أن شركة "أشكيم" 23 الناشطة في مجال الطباعة والنشر والإشهار قدمت إخطارا أمام مجلس المنافسة ضد بلدية باب الواد بالجزائر العاصمة ادعت فيه عدم احترام الأخيرة أحكام المرسوم 15-247 بأن خططت أثناء جميع مراحل إبرام الصفقة من أجل منحها لشركة معينة بداية من تحضير دفتر الشروط إلى غاية المنح النهائي للصفقة ونتيجة ذلك لم تتمكن الشاكية من تحضير عرضها وإيداعه في الأجل المحدد والذي اعتبرته قصيرا جدا وعدم إجابة طلبها في تمديده: قرار منشور على الموقع: www.conseil-concurrence.dz

(2) « Le conseil d'état Tessier, affirmait en 1906 : « jamais la puissance publique et ses agents, sauf en ce qui concerne la gestion du domaine privé, n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers, car toujours mêle une idée de puissance publique impliquant l'exercice de pouvoirs exceptionnels et exorbitants du droit commun : cité par : Claire Mongouachon, Abus de position dominante et secteur public (L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics), Bruylant, Bruxelles, 2012, p39.

الفرع الثاني: امتداد قانون المنافسة إلى الجمعيات

ورد تعريف الجمعية ضمن القانون رقم 06-12 المتعلق بالجمعيات⁽¹⁾؛ حيث جاء في المادة الثانية (02) منه بأنه: "تعتبر الجمعية في مفهوم هذا القانون، تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة .

ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعاً ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لاسيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والترابي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني...".

إذن، ووفق هذا التعريف، تعد الجمعيات أشخاصاً معنوية من القانون الخاص، تنشأ لغرض معين دون أن تهدف إلى تحقيق الربح، وبهذا المعنى، يبدو أن العمل الجمعي، غير ذا صلة بالنشاط الاقتصادي.

لكن، وبما أن قانون المنافسة، قد انتهج المعيار المادي لتطبيقه، وبما أن غرض تحقيق الربح⁽²⁾، ليس ذو أهمية لتطبيق قانون المنافسة، فإن الجمعيات، وعلى اختلاف أهدافها، متى زولت نشاطاً اقتصادياً من قبيل الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، فإنها تخاطب بأحكام قانون المنافسة، إذا أحدثت سلوكياتها تأثيراً في السوق، ولا يمكنها أن تتذرع بهدفها غير الربحي للتصل من أحكام قانون المنافسة.

وفي هذا الإطار، أكد مجلس المنافسة التونسي بخصوص قضية تتعلق بممارسات مدعى بها من قبل الغرفة النقابية الوطنية لمؤسسات الدراسات والاستشارات والتكوين ضد جمعية المبادلات والاستشارات التقنية الدولية ECTI، على أن طبيعة المدعى عليها كجمعية ذات هدف غير ربحي، لا تحول دون اختصاص مجلس المنافسة، كلما ثبت أنها تتقاضى مقابلاً لخدماتها، دون الوقوف عند طبيعة ذلك المقابل وكونه لا يغطي كافة المصاريف، متجاوزاً بذلك الدفع الذي تمسكت به الجمعية المذكورة، والذي يستند إلى الهدف الاستشاري غير الربحي لنشاطها⁽³⁾.

(1) القانون رقم 06-12 المؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر عدد 02 لسنة 2012.

(2) يختلف تحقيق الربح كغرض لإنشاء الشخص المعنوي عن تحقيق أرباح فعلاً، لأن غياب هذا الهدف لا يمنع من إمكانية تحصيل أرباح، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

(3) ملحق التقرير السنوي الحادي عشر لسنة 2007، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، عدد 16 لسنة 2009، تونس، 2009، ص19.

يضاف إلى ذلك، أن الجمعية، بإمكانها أن تأخذ وصف "المؤسسة" في ضوء قانون المنافسة، إذا مارست نشاطها الاقتصادي على سبيل الدوام.

وعلى صعيد الواقع، فإن حاجة الجمعيات إلى تدعيم أو تعزيز مواردها، يدفعانها إلى ممارسة أنشطة، تتنافس فيما مع المؤسسات في سوق ما من أسواق السلع والخدمات، دون أن يكون لأعضائها الحق في اقتسام هذه الموارد⁽¹⁾.

وإذا كان لا يحدث إلا ناذرا أن تحتل جمعية وضعية هيمنة على سوق ما، وبالتالي استبعاد تعسفها في هذه الوضعية، فإن ارتكابها بعض الممارسات الأخرى، يبقى متصور كمشاركتها كطرف في اتفاق منافي للمنافسة مثلا.

إن الهدف غير الربحي للجمعية، هو الذي دفع المشرع الجزائري إلى التأكيد على إخضاعها لأحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ضمن نص المادة الثانية منه ؛ لذلك وإذا كان خضوعها لقانون ليس استثناءً، بل يعد تجسيدا للمعيار المادي، إلا أنه يبقى ذو خصوصية، باعتبارها ليست مؤسسات اقتصادية تسعى إلى تحقيق الربح.

وأبعد من ذلك، فقد يمتد تطبيق قانون المنافسة إلى الأوقاف رغم تعارض هدفها المتمثل في البر والإحسان مع المنافسة في المجال الاقتصادي⁽²⁾، وذلك متى جسد هذا الوقف ممارسة نشاط اقتصادي من قبيل الإنتاج والتوزيع والخدمات، أو بمعنى آخر متى تدخل في السوق المعنية، وهو أمر جد وارد في ظل وجود أوقاف تتعلق برصد أموال لممارسة نشاط من هذا القبيل.

الفرع الثالث: امتداد قانون المنافسة إلى المنظمات المهنية

لم يشر المشرع الجزائري إلى امتداد قانون المنافسة إلى المنظمات المهنية، بموجب الأمر 03-03، عند صدوره سنة 2003، كما لم يتم النص عليه خلال الأمر 06-95 -الملغى- المتعلق بالمنافسة، غير أنه، وفي سنة 2008، أدرج المشرع الجزائري هذا الحكم من خلال القانون 12-08 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ؛ حيث جاء في نص المادة الثانية : "تطبق أحكام هذا الأمر والاتحادات المهنية، أيا كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها".

(1) ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في الحقوق (القانون العام) ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، السنة الجامعية : 2009-2010، ص331.

(2) ديباش سهيلة، المرجع السابق، ص332 .

ولقد حافظ القانون 10-05 عند تعديله لنص المادة الثانية من الأمر 03-03 على هذا الحكم، غير أنه استبدل مصطلح "الاتحادات المهنية" بمصطلح "المنظمات المهنية".

وفي الواقع، فإن مصطلح التنظيم المهني مصطلح واسع، حيث يمكن أن يتخذ عدة أشكال من قبيل الجمعيات المهنية والنقابات والاتحادات المهنية والفيدراليات... إلخ، وعليه، يبدو بأن تدخل المشرع باستعمال مصطلح التنظيم المهني كان مقصودا منه توسيع نطاق الخضوع لقانون المنافسة⁽¹⁾.

ومن حيث الأصل، فإن التجمعات المهنية، التي تحترم الأهداف التي أنشئت في إطارها، فإنها لا تمارس نشاطا اقتصاديا، حتى وإن كان موضوعها هو الدفاع عن مصالح أعضائها، والتي يفترض أنها مؤسسات في مفهوم قانون المنافسة⁽²⁾.

ولقد ذهب القضاء الأوروبي في هذا الاتجاه، حين أكد على أن الاتفاقيات الجماعية المبرمة بحسن نية بين الشركاء الاجتماعيين، والمتعلقة بموضوعات ذات صلة بالاتفاقية في حد ذاتها، كالأجور وشروط العمل، والتي ليس من شأنها المساس بالسوق، تبقى بعيدة عن أحكام قانون المنافسة⁽³⁾.

كما أكد مجلس المنافسة الفرنسي، وبمفهوم المخالفة للاجتهاد الأوروبي، بأنه يمكن تطبيق قانون المنافسة على ذات الاتفاقيات الجماعية، متى كانت تهدف إلى المساس مباشرة بالعلاقات بين الأعضاء والغير، فيما يتعلق بالزبائن والمومنين والمنافسين والمستهلكين، ويكون من شأنها المساس بالمنافسة⁽⁴⁾.

وهو الموقف الذي انتهجه مجلس المنافسة الجزائري بخصوص رأي له على إثر استشارته من قبل جمعية ممثلي شركات السيارات ووكلائهم المعتمدين في الجزائر؛ حيث ورغم تأكيده على سلامة الأحكام القانونية الخاصة بالجمعية وقانونها الداخلي من أي عوامل قد تشجع على ممارسات منافية للمنافسة، وبالتالي عدم وجود مبرر لتخوفها من أحكام قانون المنافسة، إلا أنه أكد

⁽¹⁾ Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, Document soumis par la délégation de France au groupe de travail n°3 du comité de la concurrence, Organisation de Coopération et de développement économiques, 5 Octobre 2007, p2, www.autoritedelaconcurrence.fr.

⁽²⁾ André décoq, Georges décoq, Op.cit, p77.

⁽³⁾ Ibid.

⁽⁴⁾ Idem.

على إمكان أن يشكل التنظيم المهني مجالا هاما لمثل هذه الممارسات ،محددا توصيات بهذا الخصوص وجهها للجمعية المذكورة⁽¹⁾.

ويمكن أن تتم الإساءة إلى السوق على مستوى التنظيم المهني خاصة من خلال الاتفاقات المنافية للمنافسة، كما سنرى ذلك لاحقا ،لكن هذا لا يعني اقتصار تطبيق قانون المنافسة على المنظمات المهنية على الأحكام الخاصة بالاتفاقيات فقط .

وعليه، يكون إفصاح المشرع الجزائري عن إرادته في مد مجال خطاب قانون المنافسة إلى هذه التنظيمات هو التصدي للممارسات التي يمكن أن تنشأ في ظلها أو تتخذها المؤسسات غطاء لها للتأثير على المنافسة في السوق المعنية.

ولقد أكدت الدراسات على إحصاء العديد من الممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة من قبل المنظمات المهنية، وهو ما ينبئ بالخطر على المنافسة، الذي قد يتأتى من خلال هذه التنظيمات⁽²⁾.

وهذا ما جعل الهيئات المتعلقة بالمنافسة تركز على الممارسات المرتكبة في هذه التنظيمات المهنية ؛ وفي هذا الإطار اعتبرت الهيئات القضائية الأوروبية، بخصوص قضية تتعلق بتنظيم (règlement) إلزامي للإعلام يتعلق بالخبراء المحاسبين، يهدف إلى ضمان جودة الخدمات المقدمة في هذا القطاع أن التنظيم المطبق من تنظيم مهني يمثل تقييدا للمنافسة الممنوع بموجب المادة (101) من اتفاقية سير الاتحاد الأوروبي (TFUE)، كونه يؤدي إلى إقصاء منافسين خارجين عن هذا التنظيم من الدخول إلى السوق⁽³⁾.

المطلب الثاني: نطاق تجاوز المعيار المادي (تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية)

في تطور نوعي خاص بمجال تطبيق قانون المنافسة من حيث النشاطات، اتجه المشرع الجزائري، من خلال القانون 12-08، المعدل للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة إلى إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ؛ إذ ورد نص المادة الثانية منه بأن : "تطبق أحكام هذا الأمر على :

⁽¹⁾ التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014 ، ص34: منشور على الموقع: conseil-concurrence.dz. www.

⁽²⁾ Aspect pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, Art, prec, p2.

⁽³⁾ Georges Décoq, un règlement édicté par un ordre professionnel tombe-t-il sous le coup de la prohibition des ententes ? Revue de jurisprudence commerciale(RJC), Mai - Juin, 2013, n°03, p209.

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...⁽¹⁾.

ورغم أن وجهة المبررات المتعلقة بإخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ليست محل خلاف أو جدل، إلا أن ذلك لا يفي، ما يمكن أن يوّده هذا الحكم من إشكالات متعلقة أساسا بمدى انسجام الطبيعة القانونية للصفقات العمومية مع قانون المنافسة (فرع أول) وعن المجال الذي يطبقه هذا الحكم (فرع ثان).

الفرع الأول: مدى انسجام الطبيعة القانونية للصفقات العمومية مع قانون المنافسة

حتى وإن كانت الصفقة العمومية ليست في حد ذاتها نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات، إلا أن ثمة رابط مباشر بينها وبين قانون المنافسة، ويظهر ذلك من خلال ارتباطها بمبدأ المنافسة والتقاء عرض وطلب بخصوصها.

أولاً: مفهوم الصفقة العمومية وارتباطها بمبدأ المنافسة

لم يورد المشرع ضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مفهوما خاصا للصفقة العمومية في ضوء قانون المنافسة، وهو ما يفرض اللجوء إلى التعريف الوارد ضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وفي هذا الإطار، فقد نصت المادة الثانية من المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽²⁾ بأن: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

أما بخصوص الطبيعة الإدارية لعقد الصفقة العمومية، فإن الفقه الإداري عموما، يتفق على إضفاء الصبغة الإدارية على هذا العقد، ليس استنادا إلى المعيار العضوي⁽³⁾، وإنما بالاستناد إلى

(1) مع الإشارة إلى أن هذه الصياغة، هي كما وردت في تعديل 2010، حيث طرأ على هذا النص تعديلا طفيفا من حيث الصياغة.

(2) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50 لسنة 2015.

(3) إذ يمكن أن تنصرف الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية إلى أشخاص القانون الخاص، كما ورد ضمن نص المادة السادسة من المرسوم 15-247 بتطبيقه على: "المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري...".

معايير موضوعية تتلخص في معيار الشروط الاستثنائية ومعيار المرفق العام، وذلك رغم أن القضاء الإداري الجزائري يتمسك عموماً بالمعيار العضوي⁽¹⁾.

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن مجرد إخضاع إبرام العقد إلى التنظيم الخاص بالصفقات العمومية لا يعد قرينة على أنه عقد إداري؛ إذ يشترط أن تتوفر ضمن الإطار التعاقدى شروط استثنائية (غير مألوفة) وأن يشارك المتعاقد في مرفق عام⁽²⁾، وإن كان معيار المرفق العام قد تم تجاوزه لأنه ليس بالضرورة أن يأخذ كل عقد يكون موضوعه تنفيذ مرفق عام طبيعة إدارية وعلى العكس ليست كل العقود التي تقوم بها أشخاص عمومية ذات طبيعة إدارية، وهو ما يؤدي إلى استبدال مصطلح العقود الادارية بمصطلح العقود العامة.

هذه الطبيعة القانونية للصفقة العمومية، قد أدت إلى استبعاد المشرع الجزائري إخضاعها لقانون المنافسة في بادئ الأمر؛ حيث لم يشر الأمر الملغى (95-06) إلى الصفقات العمومية ضمن نص المادة الثانية منه.

ومع ذلك، فإن نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر 95-06 قد ورد فيه بأنه: "ويطبق أيضاً على كل العقود والاتفاقيات والتسويات أو الاتفاقات التي يقصد بها إنجاز نشاطات إنتاج و/أو توزيع سلع وخدمات".

وهو ما يمكن أن تتم قراءته بأنه حكم يمكن أن يتضمن الصفقات العمومية، باعتبار هذه الأخيرة عقود يقصد بها إنجاز نشاطات اقتصادية.

غير أن الممارسة العملية لمجلس المنافسة في ظل الأمر 95-06 الملغى، قد كشفت عن استبعاد الصفقات العمومية من دائرة خطاب قانون المنافسة؛ إذ صرح المجلس بعدم قبوله الإخطارات المقدمة من أعوان اقتصادية، كان موضوعها الصفقات العمومية؛ حيث ادّعت هذه الأعوان مقدمة العروض وجود شبهة التمييز بين العارضين من قبل الهيئة المتعاقدة، وقد علل مجلس المنافسة عدم قبوله هذه الإخطارات، بأن عملية إسناد صفقة والظروف المحيطة بها، لا تشكل نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات⁽³⁾.

(1) حيث جاء في قراره رقم 003889 الصادر بتاريخ 2002/11/05 بأن: "القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري": مشار إليه في: بوهران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص91.

(2) Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, Berti, Alger, 2007, p59.

(3) على سبيل المثال:- القرار رقم 99 ق03 الصادر يوم 17 أكتوبر 1999 المتعلق بإسناد صفقة عمومية لإنجاز مقر مديرية البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية بأدرار، منشور على الموقع: www.conseil-concurrence.dz

ولعل ما دفع الأعوان الاقتصادية إلى الادعاء أمام مجلس المنافسة هو ارتباط الصفقات العمومية بمبدأ أساسي هو مبدأ المنافسة في إبرام الصفقة كضمان للشفافية، فهل يعد هذا المبدأ حقيقة مبررا لتطبيق قانون المنافسة ؟

في الحقيقة، فإن هناك فرق واضح بين مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية؛ والذي يعد مبدأ من مبادئ إبرام هذه الأخيرة وبين إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة.

حيث يعبر مبدأ المساواة في إبرام الصفقات العمومية، عن ضمان الشفافية وعدم التمييز بين مقدمي العروض وتقييم هذه الأخيرة على أسس موضوعية للتأكد من مدى مطابقتها لدفتر الشروط، والتوصل إلى اختيار أفضل عرض، بينما يهدف تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية أساسا إلى التصدي للممارسات التي تحدث في إطار إبرام الصفقات والتي تعد منافية للمنافسة.

وتأسيسا على ذلك، فإن الفرق واضح بين مبدأ المنافسة وتطبيق قانون المنافسة ؛ حيث يهدف الأول إلى تحقيق منافسة مشروعة بين المتعاملين في إطار الصفقات وعدم التمييز بينهم على أسس غير موضوعية، في حين يهدف تطبيق قانون المنافسة إلى تحقيق حماية قانونية للسوق ذاتها من أثر الممارسات المنافية للمنافسة.

ومع ذلك، فإن كلا الحكمين يصب في إطار تحقيق مصلحة عامة، إلا أن مضمون هذه المصلحة يختلف؛ حيث يصب مبدأ المنافسة في ضمان حسن إنفاق المال العام، بينما يحقق تطبيق قانون المنافسة الوصول إلى الفعالية الاقتصادية.

ورغم الفروقات الواضحة بين مبدأ المنافسة وتطبيق قانون المنافسة، إلا أن مبدأ المنافسة، كما تضمنه التنظيم الخاص بالصفقات العمومية، يجسد بطريقة ضمنية بعض أحكام قانون المنافسة.

حيث ورد ضمن المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 بأنه و "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وهو ما يصب في إطار مقتضيات قانون المنافسة ؛ حيث أن حرية الوصول إلى الطلبات العمومية مضمون بعدم وجود عوائق تمنع الدخول إلى السوق أو الخروج منها بكل حرية من قبل المتعاملين⁽¹⁾.

ثانيا: ارتباط الصفة العمومية بنشاط اقتصادي

إذا كانت الصفة العمومية، في حد ذاتها، عقدا فإن موضوعها ليس ببعيد عن قانون المنافسة؛ كونه يمثل نشاطا اقتصاديا.

فبالرجوع إلى نص المادة الثانية من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، نجده قد حدد الأنشطة التي تكون محلا للصفة العمومية، وهي إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والقيام بالدراسات، ولا تخرج هذه الأنشطة عن نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات الخاضعة لقانون المنافسة، ومن ناحية ثانية يأخذ المتعامل المترشح للصفة وصف "مؤسسة" وبقالمفهوم الوارد ضمن قانون المنافسة.

غير أن ثمة قيد بخصوص تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية يتعلق بشكل هذه الأخيرة ؛ إذ وبالرجوع إلى نص المادة الثانية من الأمر 03-03 المعدلة والمتممة، نجدها قد قصرت تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية عندما تأخذ هذه الأخيرة شكل المناقصة⁽²⁾؛ وهو أمر منطقي، طالما أن إجراء التراضي يتمثل في تخصيص الصفة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة⁽³⁾.

الفرع الثاني: مجال تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

إن سؤالا هاما، يطرح بخصوص تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، يتمثل في مدى اقتصار هذا الحكم على الممارسات المخلة بالمنافسة المرتكبة من قبل المترشحين العارضين، أو امتداده إلى الحالات التي يتدخل فيها المشتري العمومي أو تكون له علاقة بالممارسات المرتكبة في إطار الصفة العمومية ؟

⁽¹⁾ Sophie Nisinski, Droit public de la concurrence, op cit, p55.

⁽²⁾ وتجدر الإشارة إلى أن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الحالي، المتضمن بالمرسوم 15-247 قد تخطى عن أسلوب "المناقصة" وعوضه بإجراء "طلب العروض"، وهذا ما ورد في نص المادة 39 منه، وإن كان الأمر لا يعدو أن يكون تغييرا في المصطلحات.

⁽³⁾ حسب ما ورد في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

وعليه، فإن الحديث عن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية يقود إلى الحديث عن الممارسات المرتكبة من قبل العارضين المترشحين (أولا) ثم الحديث عن مدى امتداده إلى المشتري العمومي (ثانيا).

أولا: الممارسات المرتكبة من قبل العارضين المترشحين للصفقة

إن مبرر إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، يجد أساسه في حجم الممارسات المرجح ارتكابها في إطار إبرامها.⁽¹⁾

وإذا قلنا سابقا أن حكم إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ذو نطاق واسع، إلا أن طبيعة الصفقة العمومية، جعلت بعض الممارسات مرجح ارتكابها أكثر من غيرها؛ حيث تعد الاتفاقات المنافية للمنافسة الممارسة الأكثر شيوعا في مجال الصفقات العمومية، في حين أن ارتكاب ممارسات أخرى يبقى أقل شيوعا.

ففي مجال الاتفاقات المنافية للمنافسة، يمكن أن تأخذ الممارسة شكل تبادل للمعلومات بين المترشحين في إطار الصفقة، ما من شأنه أن يؤدي إلى المساس بمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات ومن ثمة المساس بالسوق، كما سنرى ذلك لاحقا.

غير أن سؤالا يطرح بخصوص تطبيق قانون المنافسة في إطار الاتفاقات المنافية للمنافسة، يدور حول مدى قصد المشرع من حكم إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة حصرها في إطار المادة السادسة من الأمر 03-03 المتعلقة بالاتفاقات المحظورة، على أساس أن نص المادة المذكورة، قد تضمن بندا خاصا بالصفقات العمومية⁽²⁾، دون أن تتم الإشارة إلى الصفقات العمومية في أي ممارسة أخرى منافية للمنافسة؟

في الواقع، فإن الرجوع إلى نص المادة الثانية من الأمر 03-03 يمكننا من القول أن المشرع لم يقصد قصر حكم تطبيق قانون المنافسة على الاتفاقات المنافية للمنافسة التي ترتكب في إطار الصفقات العمومية، على أساس أن نص المادة الثانية يمثل المجال الذي يطبق فيه

(1) وقد دعا رئيس مجلس المنافسة عمارة زيتوني المؤسسات بإخطار المجلس بالاتفاقات المشبوهة في مجال الصفقات العمومية والتي أكد على وجودها خاصة في مجال الأشغال العمومية والأدوية : www.radiologie.dz:16/12/2015 ونحن نتساءل -في هذا المقام- عن عدم تدخل المجلس بنفسه ما دام يملك إمكانية الإخطار الذاتي ووقف على وجود مثل هذه الممارسات.

(2) المادة السادسة من الأمر 03-03 المعدلة بالمادة الخامسة من القانون 12-08 : "تحظر ... - السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

قانون المنافسة، ولو كان قصد المشرع يتجه إلى قصر تطبيقه بخصوص الاتفاقات المحظورة، لكان اكتفى بالبند الوارد ضمن نص المادة السادسة.

أما بخصوص ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة، فإنها غالباً ما تتعلق في مجال الصفقات العمومية بممارسات تقوم بها أشخاص عمومية، في حين تقل ممارستها في الحالة التي يكون فيها العارض من الخواص.⁽¹⁾

وفي هذا الإطار، ورغم أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على القبول بظهور الشخص العمومي كمرشح في إطار صفقة عمومية أو في إطار عقد من عقود تفويض المرفق العام، كما سبق التطرق إليه، فإنه أكد من ناحية أخرى على مبدأ المساواة في هذا الإطار - بين المتعاملين العموميين والخواص.

وبالرجوع إلى رأي Jean - Louis - Bernard الذي سبقت الإشارة إليه⁽²⁾، فإن مجلس الدولة، اعتبر أن مبدأ حرية المنافسة، يمنع منح صفقة لشخص عمومي لا يقدم عرضه ضمن الشروط نفسها التي تقدم بها المؤسسات الخاصة عروضها.

واشترط حتى يعتبر منح صفقة لشخص عمومي مشروعاً، ضرورة توافر ثلاثة شروط، وهي أن يكون السعر محددًا بالنظر إلى مجموع النفقات المباشرة وغير المباشرة، وألا تكون المؤسسة قد استفادت لتحديد السعر من أي مزايا تستفيد منها في إطار مهمتها في تسيير مرفق عام، وأن تثبت ذلك بوثائق محاسبية عند الضرورة⁽³⁾.

وعلى صعيد الواقع، فالفوارق، ستكون حتماً واضحة ومعتبرة بين مؤسسة صغيرة ذات طابع حرفي مثلاً ومؤسسة ضخمة عند تواجدهما في السوق ذاتها⁽⁴⁾، مما يجعل هذه المساواة مسألة افتراضية.

وقد كشفت الممارسة العملية لمجلس المنافسة الفرنسي عن ارتباط التعسف بالهيمنة في إطار الصفقات العمومية - أساساً - بمتعاملي القطاعات الشبكاتية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Catherine Bergeal, Federic Lenica, Op.cit, p222.

⁽²⁾ أنظر ص 139-140 من هذا البحث.

⁽³⁾ Olivier Guézou, Art prec, p15-16.

⁽⁴⁾ Cristophe Cabanes, Benoit Neveu, Op.cit, p76.

⁽⁵⁾ Ibid.

ولقد سبق لنا الحديث عن الامتيازات التي يتمتع بها الشخص العمومي -في هذا الإطار- والتي تجعله يتعسف في هيمنته على السوق المعنية⁽¹⁾.

أما عندما يكون المترشح من الخواص، فإن التعسف في وضعية الهيمنة يمكن أن يتحقق في حالات مختلفة، كوجود عقد مناولة مثلا⁽²⁾، ويحدث ذلك في الحالة التي يستغل فيها صاحب الصفقة وضعه المهيمن على جزء هام من سوق الصفقات العمومية بصفة تعسفية لاختيار المتعاقدين معه من الباطن على أساس فرض شروط من قبيل سعر تقديم خدمة أو هامش ربح تجاري يقل عن الثمن الذي تم على أساسه إبرام الصفقة، حيث يقوم عن طريق هذا السلوك بتوسيع هامش ربحه على حساب المتعاقدين من الباطن⁽³⁾، ولكن الأهم بالنسبة إلينا هو تضرر سوق الصفقات جراء هذه الممارسة؛ والذي يظهر من خلال الحد من الدخول إلى السوق بإقصاء المتنافسين الآخرين عن طريق إضعاف حظوظهم.

كما يمكن أن يقود تجمع المؤسسات في إطار الصفقات العمومية إلى إنشاء وضع مهيمن واستغلاله تعسفيا⁽⁴⁾.

أما بخصوص ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين في إطار الصفقات العمومية، فإن اتجاها تبنته محكمة استئناف باريس، يفرق بهذا الشأن، بين قصد المصلحة المتعاقدة إشباع حاجياتها هي وبين إشباع الحاجات العمومية، حيث ذهبت في إحدى القضايا إلى القول بأن الهيئة العمومية المعنية قد تدخلت لتفويض المرفق العام من أجل إشباع حاجيات السكان في الجماعة المحلية المعنية، وليس بغرض إشباع حاجياتها هي، وهو ما يجعلها تفتقد صفة "المستهلك النهائي"، في حين أن هذه الممارسة المنافية تتم إزاء المستهلكين⁽⁵⁾.

إن السؤال الذي يطرح، بهذا الخصوص، يتمثل في مدى أخذ التنظيم الخاص بالصفقات العمومية لحقيقة احتمال وجود ممارسات منافية تتم في إطار إبرام هذه الأخيرة؟

فعلا، حاول التنظيم الخاص بالصفقات العمومية لسنة 2015 الظهور كتتنظيم متكامل بمراعاته العديد من الأحكام وعلى رأسها القواعد المتعلقة بالمنافسة؛ حيث أشار صراحة إلى بعض

(1) انظر ص 139-140 من هذا البحث.

(2) حيث ورد ضمن المادة 57 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية بأن: "كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى حسب الشروط المذكورة في هذه المادة".

(3) الجبلاي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 79، 2008، ص 85.

(4) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) Catherine Bergeal, Federic Lenica, Op.cit, p222.

الممارسات كالتعسف في وضعية الهيمنة والبيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، وأبقى المجال مفتوحا لشمول الخطاب باقي الممارسات.

حيث ورد ضمن المادة 72 من المرسوم 15-247 إمكان أن تقترح لجنة تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة: "...رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت".

والى جانب ذلك يوحي التنظيم بوجود إشارة إلى ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي والتي أوردها نص المادة 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة؛ إذ ورد ضمن المادة 72 من المرسوم 15-247 إمكان أن ترفض المصلحة المتعاقدة عرض المتعاملا لاقتصادي المختار مؤقتا إذا كان عرضه المالي الإجمالي أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع أسعار، و ذلك طبعاً في حال عدم إقتناعها بالتبريرات المقدمة من قبله.

والواقع أن ما يثير التساؤل هو وجود تناقض في الأحكام؛ حيث أن ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي، كما وردت ضمن قانون المنافسة، تتم ممارستها إزاء المستهلكين، في حين لا تمثل المصلحة المتعاقدة مستهلكا نهائيا، وهو ما يُيقى التساؤل مطروح بخصوص قصد المرسوم 15-247 إعطاءها مفهوما مغايرا لما تضمنه قانون المنافسة؟

وخلصة القول أن موقف الإدارة -في حالة وجود ممارسة منافية لمنافسة- يقتصر على قيامها بالالتزامات المتعلقة بالرقابة المفروضة عليها في إطار التنظيم الخاص بالصفقات العمومية، دون أن تتصدى لمتابعة الممارسات المنافسة⁽¹⁾ للمنافسة التي يبقى فيها مجلس المنافسة هو صاحب الاختصاص، طالما أن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بنص عام يشمل القواعد الموضوعية وكذا قواعد الاختصاص.

وعموما تعبر الأحكام التي تضمنها النص التنظيم الخاص بالصفقات العمومية عن وجود تأثير واضح لقواعد المنافسة على التنظيم الخاص بالصفقات العمومية لتصبح العلاقة التأثيرية متبادلة بين النصيين.

⁽¹⁾ وإن كان بإمكانها القيام بذلك بطريقة غير مباشرة عن طريق رفض عروض المؤسسات المعنية متى علمت بهذه الممارسات، كما ورد ضمن المادة 72 من المرسوم 15-247.

أما بخصوص المؤسسات المتضررة ، فإن قرارا صادرا عن محكمة النقض الفرنسية سنة 2014 مفاده اختصاص القضاء الإداري بالطلبات الخاصة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها إزاء هذه الممارسات في اتجاه نحو توحيد الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية (1)، وهو ما نراه اتجاها صائبا، خاصة وأن مجلس المنافسة منزوع عنه الاختصاص بتعويض المتضررين.

ثانيا: وجود علاقة للمشتري العمومي بالممارسات المرتكبة في إطار الصفقات العمومية

في البداية، فإن سؤالا هاما يطرح بخصوص علاقة المشتري العمومي بالممارسات المنافية للمنافسة، يتمثل في هل قصد المشرع الجزائري مدّ أحكام قانون المنافسة في على الصفقات العمومية إلى تلك الممارسات التي يكون المشتري العمومي على علاقة بها ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي الرجوع إلى نص المادة الثانية من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، وبالرجوع إلى هذا الأخير ، يمكن القول أن هناك العديد من الأحكام التي تفيد وجود قصد من المشرع لشمول أحكام قانون المنافسة كل الوضعيات التي يمكن أن تنشأ عنها ممارسات منافية للمنافسة في إطار الصفقات العمومية ، ويمكن إجمال هذه الأحكام في أمرين :

الأمر الأول يتعلق بالصياغة ذاتها التي ورد بها النص؛ إذ استعمل المشرع عبارة "... تطبق أحكام هذا الأمر على... الصفقات العمومية"، ولم يستعمل عبارة "تطبق أحكام هذا الأمر في إطار الصفقات العمومية"، وهو ما يفيد أن الأمر لا يقتصر على الممارسات المرتكبة بين المتعاملين الاقتصاديين في إطار الصفقة العمومية، وإنما يمتد مداه إلى الحالات التي يتدخل فيها المشتري العمومي.

أما الأمر الثاني، فهو أن المشرع قد ذكر القيد المتعلق بصلاحيات السلطة العمومية وأداء مهام المرفق العام بعد البند المتعلق بحكم إخضاع الصفقات العمومية، وهو دليل آخر على أن الأمر يتجاوز الممارسات المرتكبة بين المتعاملين، إذ لو كان القصد هو الاقتصار على الممارسات التي تتم بين المتعاملين من قبيل تبادل للمعلومات مثلا فأين يكون مجال السلطة العمومية والمرفق العام في هذه الحالة.

(1) George Berlioz, Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, A.J.D.A, 2015, p352.

ومع ذلك، فإن هذا التفسير لا يعدو أن يكون تفسيراً وفق الصياغة التي ورد بها النص، في حين أن التوجه الذي سار حذوه مجلس المنافسة الجزائري هو حصر تدخله في إطار الصفقات العمومية في الممارسات التي تتم بين المتعاملين، وهذا ما يتضح جلياً من خلال قضية أشكيم 23-السابق ذكرها⁽¹⁾، في حين أن الممارسات التي يثبت تورط الإدارة فيها فيعود الاختصاص فيها للقاضي الإداري، سواء أكان الأمر يتعلق بقرار أو عقد إداريين.

وعموماً، فإن تطبيق أحكام قانون المنافسة، بهذا الخصوص، يثير العديد من الإشكالات، فإذا كانت الأطراف التي تمثل مجموع العروض تأخذ مفهوم "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة ولا إشكال في خضوعها لأحكامه، فإن الطرف الذي يمثل الطلب وهو المشتري العمومي، يمثل المصلحة المتعاقدة.

وهي المسألة التي فصل فيها القضاة الأوربي والفرنسي باعتماد معيار النشاط الاقتصادي وتأسيساً على ذلك، فإن المشتري العمومي إذا كان يمارس نشاطاً اقتصادياً، أو بعبارة أخرى، إذا كان إبرام الصفقة من أجل تقديم سلع وخدمات في إطار نشاط اقتصادي، ففي هذه الحالة، فإن المشتري العمومي يخضع لقانون المنافسة، أما إذا كان ذلك بغرض إشباع حاجات المشتري العمومي نفسه، ففي هذه الحالة لا يخضع لقانون المنافسة⁽²⁾.

وإذا كانت عملية الشراء، تبدو نهائية في حد ذاتها، فإن الطابع الاقتصادي للعملية، يبدو من خلال الاستعمال اللاحق لمحل العملية وما إذا كان يأخذ طابعاً اقتصادياً أم لا⁽³⁾.

ولقد استقر مجلس المنافسة الفرنسي من خلال عدة قرارات على اعتبار قرار اختيار المشتري العمومي المتعاقد معه، لا يدخل ضمن نطاق تطبيق قانون المنافسة، لأنه لا يشكل نشاطاً اقتصادياً⁽⁴⁾.

غير أنه، إذا كان هذا الاتجاه، يتوافق مع ما قلناه سابقاً، عند دراستنا لمفهوم النشاط الاقتصادي، من أن الشخص الذي يمثل العرض هو محل الاعتبار عند النظر في ممارسته النشاط الاقتصادي، لأن من يمثل الطلب يمارس حقه في حرية اختيار المتعاقد، طالما كان مستهلكاً نهائياً، فإن الخصوصية التي تميز بها الصفقة العمومية، تجعل هذا الموقف تضييقاً

⁽¹⁾ انظر ص 151 من هذا البحث.

⁽²⁾ Olivier Guézou, Art, prec, p5.

⁽³⁾ Ibid.

⁽⁴⁾ Décision n°93-D-25 du 15 Juin 1993, Décision n°05-D-04 du 17 Février 2005: www.autoritedelaconurrence.f

لمجال تطبيق المنافسة ؛ إذ ورغم أن الصفقة قد تكون في إطار تلبية حاجات المشتري العمومي، فإن أهمية الصفقة في حد ذاتها - من شأنه أن يؤثر في السوق موضوع الصفقة.

يضاف إلى ذلك، أن مسألة التمييز بين ما تقتنيه الهيئة المتعاقدة لحاجاتها النهائية وبين ما يوظف في إطار نشاط اقتصادي، قد تبدو صعبة في بعض الحالات.

فإذا كان حق الاختيار، مضمون وحر للمصلحة المتعاقدة، فإن الظروف المحيطة بهذا الاختيار، يجب أن تكون محل معاينة⁽¹⁾.

وحتما، فإن اختيار الإدارة، الذي يساهم في تعزيز ممارسة منافية، يكون غير مشروع، لكن لا بد أن تكون هناك علاقة كافية ومعقولة بين قرار اختيار المتعاقد والممارسة⁽²⁾.

وعليه، فإن ارتكزت الممارسة على تغليب المصلحة المتعاقدة بشأن عرض معين، فإن ذلك من شأنه أن يؤثر على اختيارها، فإذا علمت المصلحة المتعاقدة، بأن المؤسسات المترشحة ليست مستقلة وأنها مشاركة في اتفاق لتقديم العرض مثلا، فلا بد عليها أن ترفض العروض، وإلا اعتبر قرار منحها الصفقة غير مشروع⁽³⁾.

ففي هذه الحالة، فإن المصلحة المتعاقدة لم تساهم في الممارسة المنافية للمنافسة، غير أن سكوتها - رغم توفر العلم لديها - يعد تأييدا منها لهذه الممارسة وتعزيزا لآثارها السلبية⁽⁴⁾.

وإذا كانت الحالة السابقة تعبر عن مشاركة المصلحة المتعاقدة في الممارسة المرتكبة - بطريقة سلبية إن صح التعبير -، فإنه وبالمقابل، قد يحدث أن تشارك المصلحة المتعاقدة في ترتيب ممارسة منافية للمنافسة.

وقد يأخذ ذلك أشكالا متعددة، من قبيل تحديد عدد الترشحات بطريقة مبالغ فيها، أو اشتراط خصائص تقنية تتجاوز المقاييس المعمول بها، والتي لا يمكن ضمانها إلا من قبل عدد قليل من المؤسسات⁽⁵⁾.

(1) Alain Guidj, Op.cit, p54.

(2) ibid.

(3) Olivier Guézou, Art prec, p13.

(4) Ibid.

(5) Sophie Nicinski, Droit public des affaires, Monchrestien et Lextenso, Paris, 2009, p237.

وعليه، يمكن اعتبار مختلف القرارات المتخذة وأيضا العقد في حد ذاته قد خرق بطريقة غير مباشرة قواعد المنافسة.⁽¹⁾

حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي المصلحة المتعاقدة قد رتبت اتفاقا منافيا للمنافسة، حينما استدعت المؤسسات لتقديم عروض وهمية توهي بوجود دعوة للمنافسة⁽²⁾، كما اعتبر أيضا المجلس الفرنسي رابطة كرة القدم المحترفة (LFP) مساهمة في تعسف قناة canal plus كونها منحتها صلاحيات حصرية لحقوق بث مباريات رابطة الأبطال الأولى، وهو ما من شأنه تقييد المنافسة في سوق بث مباريات كرة القدم⁽³⁾.

إلا أنه ورغم وقوف الهيئات المختصة بالمنافسة على هذه الممارسات وكشف تورط المصلحة المتعاقدة في كثير من الأحيان، فإن إشكالات عديدة تطرح، بإمكانها أن تحد من مقتضيات هذا الحكم خاصة ما تعلق منها بالهيئة المختصة بالنظر فيها.

ومن ناحية ثانية، فإنه حتى في الحالات التي يثبت فيها تواطؤ الإدارة، قد لا يتأتى للمجلس النطق بالعقوبات التي تضمنها قانون المنافسة في هذه الحالة على جماعة إقليمية مثلا، بل وحتى في مواجهة المؤسسة المتعاقد معها في بعض الأحيان⁽⁴⁾

الفرع الثاني: حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

حسب ما ورد ضمن المادة الثانية من الأمر 03-03، يخضع حكم تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية إلى القيد الوارد على تطبيقه على الأشخاص العمومية، والمتعلق بامتيازات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام .

والواقع أن الفصل في مختلف الإشكالات المترتبة على هذا القيد ، كما رأينا بخصوص الأشخاص المعنوية، يستند أيضا إلى نظرية الأعمال المنفصلة والمتصلة .

⁽¹⁾Sophie Nicinski, Droit public des affaires, Monchrestien et Lextenso, Paris, 2009, p237.

⁽²⁾Olivier Guézou, Art prec, p15.

⁽³⁾ Décision n°03-MC-01 du 23 Janvier 2003, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS : www.autoritedelaconurrence.fr.

⁽⁴⁾ رغم وقوفه على وجود ممارسة الاتفاقات المحظورة، لم يتأت لمجلس المنافسة الفرنسي النطق بالعقوبة وجاء في القرار رقم : 91-D-13 :

« ... Mais considérant qu'en l'espèce l'initiative de cette opération a été le fait de la municipalité et que, dans ces conditions il ne saurait ... être infligé de sanction aux entreprises susmentionnées... ».

و تأسيا على ذلك، ينزع الاختصاص عن مجلس المنافسة وينعقد للقاضي الإداري بخصوص النظر في مدى شرعية قرار منح الصفقة أو الوقوف على سلامة العقد الإداري في حد ذاته وعموما كل الممارسات المرتبطة بالشروط التي يتم في إطارها تحديد الأعمال موضوع الصفقات، وذلك لاتصال كل هذه الأعمال بالسلطة العامة.

في حين أن مختلف الممارسات التي لا تتعلق بتنظيم الصفقة، وإنما تتعلق بسلوكات تمت بين المتعاملين من قبيل الاتفاقات المنافية للمنافسة، فإنها لا تخرج بطبيعتها عن اختصاص مجلس المنافسة، تبعا للمعيار المادي المنتهج لتطبيق قانون المنافسة وحتى المعيار العضوي باعتبار هؤلاء يمثلون مؤسسات في نظر قانون المنافسة.

غير أن ما يثير التساؤل بطريقة أكبر بخصوص مسألة الاختصاص في إطار الصفقات العمومية هو تلك الأعمال التي تتدخل فيها المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري ، نتيجة اختلاف التعامل مع هذه المؤسسات من قبل التنظيمات المتعاقبة الخاصة بالصفقات العمومية، وهو ما ينعكس حتما على الأحكام الخاصة بالمنافسة، وبالرجوع إلى المرسوم الحالي المتعلق بالصفقات العمومية ، نلاحظ ازدواجية في التعامل مع هذا النوع من المؤسسات ؛حيث يمكنها أن تأخذ وصف المصلحة المتعاقدة، كما يمكنها أن تأخذ وصف التعامل الاقتصادي.

حيث تأخذ هذه المؤسسات وصف المصلحة المتعاقدة عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، وذلك حسب ما ورد ضمن المادة السادسة من المرسوم 15-247، وعليه ، وتطبيقا لمعيار " الأموال العامة" ، فإن الاختصاص يؤول للقضاء الإداري ولا اختصاص لمجلس المنافسة في هذه الحالة.

كما أن هذه المؤسسات لا تخضع للتنظيم الخاص بالصفقات العمومية ولا لقانون المنافسة عندما تكلف بإنجاز نشاط لا يكون خاضعا للمنافسة ؛ كما ورد ضمن المادة السابعة من المرسوم الخاص بالصفقات العمومية.

غير أنه في الحالة التي لا تأخذ فيها المؤسسة ذات الطابع الصناعي والتجاري وصف المصلحة المتعاقدة ، وإنما وصف التعامل الاقتصادي ، أي عندما تمارس نشاطا خاضعا للمنافسة حيث يكون الغرض تجاريا محضا ، فإن الاختصاص هنا يؤول إلى مجلس المنافسة في حال وجود ممارسة منافية للمنافسة .

وبالنظر إلى الأحكام الواردة ضمن قانون المنافسة⁽¹⁾ ، فإنهد قد يشكل تفعيلًا للحماية القانونية للسوق أعمال الحكم المتعلقة بفرض غرامة على الشخص الطبيعي الذي ساهم في ممارسة منافسة للمنافسة ، ويمكن أن يتمثل في إطار الصفقات العمومية في كل موظف أو مسؤول في إطار إبرام الصفقات العمومية على مستوى المصلحة المعنية.

وفي ظل هذه الإشكالات وعدم تمتع مجلس المنافسة الجزائري بالخبرة الكافية وكذا صعوبة إثبات الممارسات التي تتم على مستوى الصفقات العمومية، فإننا نعتقد أن المهمة ستكون ثقيلة على مجلس المنافسة، ونظرًا لحساسية مجال الصفقات العمومية في حد ذاته، لما يرتبط به من قضايا الفساد، فإننا نعتقد أن مجلس المنافسة الجزائري عليه أن يغلب منطق السوق إزاء كل هذه الاعتبارات حتى يستحق أن يكون سلطة حقيقية للسوق.

خلاصة الباب الأول:

إن نظام الحماية القانونية للسوق -كما رأينا- قد انطلق من نظرية اقتصادية ذات بعد ليبرالي، اختزلها مبدأ حرية التجارة والصناعة، الذي بدأت ملامحه منذ أواخر الثمانينات، آخذًا مضمونها، تلخص في فسخ المجال للمبادرة الخاصة، للقيام بمختلف الأنشطة الاقتصادية التي كانت محتكرة من قبل مؤسسات القطاع العام.

وتقوية للضمان، أكسب المؤسس الدستوري هذا المبدأ قيمة دستورية، من خلال تضمين دستور 1996 نصًا صريحًا يضمن حرية التجارة والصناعة ويرسم حدود ممارستها في إطار القانون، وتكيفت المنظومة التشريعية مع ما يستدعيه التوجه الجديد.

ومع ذلك، لاحظنا سيادة المنهج القائم على السير خطوة إلى الأمام والتراجع خطوتين إلى الوراء، بما يفيد عدم الاستمرارية في السير نحو إرساء معالم اقتصاد السوق، ولقد رأينا كيف يجد المشرع من خلال قوانين المالية (السببية) سبيلًا للتدخل من أجل تعطيل بعض الأحكام التي تضمنتها بعض النصوص المؤطرة، كقوانين الاستثمار أو التجارة الخارجية. وهو ما يطرح خطر انعدام الأمن القانوني، فيما يتعلق بجملة النصوص الانفتاحية، ويجعل بالتالي نظام الحماية القانونية للسوق مفرغ من محتواه.

(1) المادة 57 من الأمر 03-03 .

وبما أن الحرية الاقتصادية تقضي -لا محالة- إلى تجاوزات على مستوى السوق، فإنه لا بد من وجود ضابط يعد مبررا لنظام حماية للسوق، قد تراه المؤسسات في السوق تضيقا على حريتها، لذلك، فلقد تمحورت قواعد حماية السوق على فكرة النظام العام الاقتصادي التي تحدد هويتها بقيام هذا النظام على بواعث المصلحة العامة.

وبما أن أشكال التنظيم الاقتصادي تتعدد وتختلف بتعدد الأنشطة الاقتصادية ذاتها واختلاف أهميتها، أصبحت فكرة النظام العام الاقتصادي فكرة مرنة فضفاضة، تتسع لأنظمة اقتصادية بدورها، ورغم أننا وقفنا على اختلاف كل من قواعد الضبط وقواعد المنافسة في إطار النظام العام الاقتصادي التوجيهي من حيث هدف كل منهما، إلا أننا لاحظنا كيف أن المشرع يتجاوز هذه المسألة، وينظر إليهما كوحدة واحدة في إطار سياسة عامة للمنافسة، وذلك من خلال تعريفه للضبط، وإن كان هذا الموقف مقبولا من هذه الناحية، إلا أنه لا يقضي على الحدود والفوارق الموجودة بين النظامين، كما لا يحل إشكال التنازع المحتمل في الاختصاص بين مجلس المنافسة والهيئات الضابطة القطاعية، بنوعيه الإيجابي والسلبي.

كما أن منطق السوق، قد فرض أن يتم اعتماد معيار مادي من أجل تطبيق قانون المنافسة؛ إذ يعد هذا المعيار مقوما لنظام الحماية القانونية للسوق، ويفرز هذا المعيار اتساع مجال تطبيق قانون المنافسة، بحيث يطبق على الأشخاص العمومية والجمعيات والمنظمات المهنية، غير أن ذلك لا يخلو من إشكالات تتعلق بالاختصاص القضائي، نتيجة تمسك القضاء الإداري بالمعيار العضوي ونتيجة ارتباط النشاط الاقتصادي بأعمال السلطة العامة في بعض الحالات.

ومدًا لمجال الحماية القانونية للسوق، أخضع المشرع الجزائري الصفقات العمومية لقانون المنافسة باعتبارها عقود ذات علاقة بنشاط اقتصادي، ما يجعل تأثيرها السلبي على سوق النشاط المعني أمرا واردة غير أن هذا الحكم يرتبط بالعديد من الإشكالات المتعلقة بالإثبات والاختصاص خاصة عندما يكون المشتري العمومي ذو علاقة بالممارسة المرتكبة في إطار الصفقة العمومية، ما يفرض على مجلس المنافسة التمتع بالاستقلالية الكاملة وكذا بالخبرة الواسعة والدراسة الدقيقة للإخطارات المقدمة.

المباج الثاني

تجسيد الحماية القانونية للسوق

الباب الثاني: تجسيد الحماية القانونية للسوق

إن الحديث عن حماية قانونية للسوق يفترض، لا محالة، وجود خطر يتهدها ؛ إذ لا يمكن الحديث عن حماية دون وجود ضرر متوقع ، وترتبط الأعمال بالمال، وهو ما يجعلها مجالا خصبا للعديد من السلوكيات التي تحيد عن قواعد المنافسة رغبة في تحقيق الثراء ، ويتعزز افتراض وجود هذا النوع من السلوكيات في ظل مشهد جديد أصبح يتميز باقتران المال بالسلطة، ليصبح بلوغ الهيمنة على السوق والمحافظة على هذه الوضعية وغيرها من الممارسات السبيل الوحيد لتحقيق هذا الطموح ، وفي المقابل ، وفي ظل الاقتصاديات الهشة، أين لا وجود لبارونات الاقتصاد، فإن خطر السلوكيات المنافية للمنافسة يتأتى من القطاع العام ، وهو ما يقيد كذلك الحركية الاقتصادية، وتبرز الحاجة أيضا إلى مواجهة هذه السلوكيات.

وعليه ولمواجهة كل ما يمكن أن يترتب من سلوكيات فقد جسد المشرع الحماية القانونية للسوق من خلال حظر عدد من الممارسات، وفي الواقع، فإن ديناميكية السوق، قد أثرت في صياغة الأحكام والقواعد الخاصة بهذه الحماية ؛ إذ نتج عن ذلك تعدد الأشكال والصور التي تتخذها في محاول لاستيعاب مختلف السلوكيات والممارسات الضارة بالسوق، كما نتج عن ذلك أيضا إرساء أحكام خاصة لمتابعة مختلف هذه السلوكيات والممارسات.

فعلى صعيد الصور التي تتخذها هذه الحماية، فإن الأمر قد اقتضى حماية السوق من أثر الممارسات المنافية للمنافسة إلى حماية السوق أيضا من أثر بعض الكيانات الناشئة في السوق المعنية ، عن طريق التصدي أيضا لعمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة ؛ أي تلك التي أنجزت بدون حصولها على ترخيص من مجلس المنافسة.

أما على صعيد الأحكام الخاصة بالمتابعة، وضمانا للسرعة في الإجراءات والمرونة في التقدير والتخصص في الموضوع، فقد تم انتهاج أسلوب "إزالة التجريم" بخصوص السلوكيات والممارسات الضارة بالسوق، وإنشاء مجلس للمنافسة، أعطي وصف السلطة الإدارية المستقلة ، و أوكلت له مهمة متابعة مختلف هذه الممارسات والسلوكيات وتوقيع العقوبات المنصوص عليها ضمن قانون المنافسة.

وتبعاً لذلك، نتناول هذا الباب من خلال فصلين، نتناول في الفصل الأول أشكال الحماية القانونية للسوق، على أن نخصص الفصل الثاني للحديث عن آليات الحماية القانونية للسوق.

الفصل الأول: أشكال الحماية القانونية للسوق

اقتضى نظام الحماية القانونية للسوق، أن يتم توسيع قواعد هذه الحماية إلى كل التصرفات والسلوكات التي من شأنها ترتيب آثار سلبية في السوق المعنية، تتعكس سلبا على درجة الفعالية الاقتصادية كغاية يسعى إليها قانون المنافسة.

وترتبا على ذلك، فإن قواعد هذه الحماية، يمتد تطبيقها إلى مختلف الممارسات المنافسة للمنافسة، وكذا إلى عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة؛ بحيث تشكل الممارسات المنافسة للمنافسة مجالا للحماية القانونية للسوق من أثر السلوكات الضارة لها، في حين تشكل عمليات التركيز الاقتصادي غير المرخص بها مجالا لحماية السوق من الآثار الناجمة عن كيانات أو هياكل اقتصادية من شأنها الإخلال بتوازنات السوق.

وهذا ما يقتضي الحديث عن الحماية القانونية للسوق من الممارسات المنافسة للمنافسة (حماية السوق من سلوكات ضارة) ضمن المبحث الأول، ثم الحديث ضمن المبحث الثاني عن الحماية القانونية للسوق من عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة (حماية السوق من كيانات غير مشروعة).

المبحث الأول: الحماية القانونية للسوق من الممارسات المنافسة للمنافسة⁽¹⁾: (الحماية من سلوكات غير مشروعة)

في إطار مبدأ حرية المنافسة وأطماع المؤسسات الاقتصادية في السيطرة على الأسواق الناشطة فيها، وتحقيق أقصى درجات الربح، قد يحدث أن تحيد هذه المؤسسات عن ضوابط هذه الحرية، وترتكب بعض السلوكات التي تضر بالعملية التنافسية في السوق المعنية، لذلك اهتمت التشريعات المتعلقة بالمنافسة، بدءًا من القانون الأمريكي Sherman Act، الذي -وكما ذكرنا سابقا- تمتد إليه جذور قوانين المنافسة بالتصدي لمختلف هذه السلوكات.

(1) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، قد استعمل مصطلح "الممارسات المقيدة للمنافسة" ضمن الأمر 03-03، بعدما كان ضمن الأمر 95-06 الملغى يستعمل مصطلح الممارسات المنافسة للمنافسة على غرار المشرع الفرنسي، الذي يستعمل مصطلح "الممارسات المنافسة للمنافسة" بصدد القواعد المتعلقة بالسوق، بينما يستعمل مصطلح الممارسات المقيدة (les pratiques restrictives) بشأن تلك المخالفات المحظورة ابتداءً أو لطبيعتها بغض النظر عن أثرها، والتي تقابل في القانون الجزائري تلك الممارسات التي تضمنها القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تختلف بشكل واضح عن الممارسات المنافسة للمنافسة، سواء من ناحية الهدف أو الاختصاص بشأنها. ولقد آثرنا استعمال مصطلح "الممارسات المنافسة للمنافسة" عوض مصطلح "الممارسات المقيدة للمنافسة"، كونها الأكثر تعبيراً عن المساس بالسوق، وتفادياً لحصول أي لبس بخصوص الفصل بين القواعد الخاصة بالمنافسة وتلك الخاصة بنزاهة الممارسات التجارية.

ولقد تدخل المشرع الجزائري، بموجب الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، لتحديد جملة هذه الممارسات ؛ حيث تضمنها الفصل الثاني من الباب الثاني منه، تحت تسمية "الممارسات المقيدة للمنافسة".

وإذا كانت هذه الممارسات تتفق من ناحية الهدف من حظرها، إلا أنها تختلف من ناحية مضمونها ؛ إذ قد تصدر هذه السلوكيات بصفة انفرادية، كما قد تأخذ بعدا ثنائيا أو جماعيا، وكما تتم هذه الممارسات بين مؤسسات متنافسة، فإنه يحتمل حدوثها بين مؤسسات غير متنافسة أو إزاء مؤسسات غير منافسة.

ولقد حصر المشرع هذه الممارسات ضمن خمسة أنواع، وهي - كما وردت ضمن الأمر 03-03 : الاتفاقات المنافية للمنافسة - التعسف في وضعية الهيمنة - التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية - ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين والممارسات الاستثنائية، وسوف نفضل في أحكام هذه الممارسات ضمن هذا الجزء من البحث، غير أنه، ونظرا لوجود قواسم مشتركة بين هذه الممارسات وتقاديا للتكرار فقد ابتعدنا عن تناول كل ممارسة بفردها وبكل أحكامها ، بل آثرنا تناول أحكام هذه الممارسات من خلال الحديث عن العنصر المادي في تقديرها (المطلب الأول)، ثم الحديث عن استناد تقديرها على معيار التأثير في السوق (المطلب الثاني) ، كما رأينا أنه من الضرورة الحديث عن الاستثناءات التي أوردها المشرع على حظر هذه الممارسات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: العنصر المادي في تقدير الممارسات المنافية للمنافسة

إن طبيعة النشاط الاقتصادي، المتميز بالحركية والاتساع، قد أدى إلى استحالة تحديد الممارسات المتعلقة به، وبالتبعية حصر السلوكيات التي بإمكانها أن تشكل فعلا مخلا بقواعد المنافسة، وتأخذ تكييف الممارسة المنافية للمنافسة.

وهو ما أدى إلى اتجاه المشرع إلى اعتماد مضمون واسع للعنصر المادي أو الشكلي الذي تقوم على أساسه المخالفات المتعلقة بالمنافسة.

(1) وقبل ذلك الأمر 95-06 الملغى.

وفي الواقع، فإن هذا الموقف، ليس نهجا استبقه قانون المنافسة، وإنما يدخل ضمن نتائج تأثير النشاط الاقتصادي أو الاقتصاد على وجه العموم على القانون وعلى صياغة القاعدة القانونية في حد ذاتها.

وبالرجوع إلى النصوص التي تضمنت الممارسات المنافية للمنافسة ضمن الأمر 03-03، نلاحظ جليا اتجاه المشرع إلى اعتماد صياغة مرنة واسعة، والابتعاد عن حصر السلوكات المكونة للمخالفات.

ويأخذ اتساع العنصر الشكلي في الممارسات المنافية للمنافسة أبعادا متعددة من قبيل تعدد الأشكال التي تتخذها الممارسة المنافية للمنافسة وتعدد الصور التي تظهر بها هذه الممارسة.

وعليه سوف نتناول من خلال هذا المطلب اتساع مضمون الاتفاقات المنافية للمنافسة (فرع أول)، وتعدد الصور الناجمة عن القوة الاقتصادية (فرع ثان)، واتساع مضمون الممارسات الاستثنائية (فرع ثالث).

الفرع الأول: اتساع مضمون الاتفاقات المنافية للمنافسة

في زمن نشهد فيه تطورا اقتصاديا هائلا، يصبح الحديث عن تبادل التجارب والخبرات والقانون بين المؤسسات والاستفادة من مختلف التقنيات أمرا واقعا وضروريا، ما يستدعي اللجوء إلى الاتفاقات والبروتوكولات والتحالفات بين مختلف المؤسسات.

ولاشك في مشروعية هذه الاتفاقات في ضوء مشروعية هدفها في تحقيق تطور على مستوى كفاءة المؤسسات وتحسين أدائها، ومع ذلك، فإن التعاون بين هذه المؤسسات الاقتصادية، قد يتخذ وجها سلبيا، يتمثل في عقد اتفاقات تؤثر في السوق، وتمس بقواعد المنافسة الحرة.

وهذا ما أدى بالمشرع إلى اعتبار الاتفاقات من هذا القبيل محظورة من وجهة نظر قانون المنافسة وصنّفها على رأس الممارسات المنافية للمنافسة.

حيث تناول المشرع هذه الممارسة ضمن نص المادة السادسة من الأمر 03-03 المتممة بموجب المادة الخامسة من القانون رقم 08-12، ويمتد خطر هذه الممارسة لأول مرة في الحقيقة- إلى القانون رقم 89-12 (الملغى) المتعلق بالأسعار⁽¹⁾.

(1) المادة 26 من القانون 89-12 المتعلق بالأسعار.

وبالرجوع إلى نص المادة السادسة من الأمر 03-03، نجد أن المشرع الجزائري، قد اعتمد صياغة مرنة، عندما أدرج في نطاق هذه الاتفاقات، كل أشكال التواطؤات المحتملة ؛ حيث ورد قوله : "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 منه، عندما ترمي إلى :".

ويظهر اتساع مضمون الاتفاقات المنافية للمنافسة من خلال اعتماد المشرع مفهوم واسع لها (أولاً)، ومن خلال تعدد الأشكال التي تتخذها (ثانياً)، وكذا من خلال مرونة إثباتها (ثالثاً).

أولاً: مفهوم الاتفاقات المنافية للمنافسة

على خلاف ممارسات أخرى من قبيل وضعية الهيمنة أو وضعية التبعية الاقتصادية، تغاضى المشرع الجزائري عن إعطاء مفهوم محدد للاتفاقات المنافية للمنافسة ؛ حيث اقتصر نص المادة السادسة من الأمر 03-03 على إيراد صياغة واسعة تتعلق بقاعدة حظر هذه الممارسات ؛ إذ تمتد لتشمل أشكالاً متعددة للسلوكات التي يمكن أن تدخل في نطاق الاتفاقات المحظورة ضمن قانون المنافسة.

وهو الموقف ذاته، الذي انتهجه كل من المشرعين الفرنسي والأوروبي إزاء مفهوم الاتفاقات المنافية للمنافسة، ما أدى بالفقه إلى محاولة إيجاد تعريف يستوعب مضمون الاتفاقات المنافية للمنافسة.

وفي هذا الإطار، تم وصف الاتفاق المنافي للمنافسة بأنه "كل اتحاد للإرادات بين مؤسسات مستقلة بما يكفي عن بعضها البعض، وقادرة على تقرير سلوكاتها في السوق بطريقة منفردة"⁽¹⁾.

وفي تعريف مستتب من مختلف النصوص التشريعية المتعلقة بحظر الاتفاقات المنافية للمنافسة، تم وصفها بأنها : "كل تنسيق في السلوك بين المشروعات أو أي عقد اتفاق ضمني أو صريح، وأياً كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق، إذا كان محله، أو كانت الآثار المترتبة عليه من شأنها أن تمنع أو تقيد أو تحرف المنافسة"⁽²⁾.

⁽¹⁾ Marie Chantal Boutard- Labard - Guy Ganivet, Op.cit, p37.

⁽²⁾ لينا حسين زكي، المرجع السابق، ص41.

وفي الواقع، فإن مختلف المحاولات الفقهية لتعريف الاتفاقات المنافية للمنافسة، قد انطلقت في مجملها من المفهوم الذي تم إرساؤه من قبل لجنة المنافسة الفرنسية منذ 1980 ؛ والتي ضمنت الاتفاق المنافي للمنافسة كل : "الاتفاقات التي تفترض اتحادا في الإيرادات، مهما كان شكل هذه الاتفاقات، بل وحتى تلك التي لا تتخذ شكلا معينا، فإن وجود اتحاد إيرادات أشخاص طبيعيين أو معنويين مستقلين قانونيا⁽¹⁾ أو اقتصاديا، يعدّ شرطا ضروريا لكل إدانة⁽²⁾ .

وحتى بعد دخول أمر الفاتح من ديسمبر 1986 حيز التطبيق وإنشاء مجلس المنافسة الفرنسي، فلم يخرج هذا الأخير عن مضمون التعريف السابق الذي أوردته لجنة المنافسة الفرنسية ؛ حيث وصف الاتفاق المنافي للمنافسة بأنه : "الاتفاق بين عدة متعاملين اقتصاديين من أجل تحيد سلوكاتهم في السوق، عوض تقرير إستراتيجياتهم التجارية بصفة مستقلة"⁽³⁾ .

وهكذا، ومن خلال التعاريف السابقة، يبرز شرط اتحاد الإيرادات المستقلة كشرط جوهري وأساسي لاعتبار وجود اتفاق من وجهة نظر قانون المنافسة.

وفي الوقت ذاته، يبرز اتحاد الإيرادات كخاصية، تتميز بها الاتفاقات المنافية للمنافسة عن غيرها من الممارسات الأخرى التي تضمنها قانون المنافسة، والتي تقوم من خلال إرادة منفردة، تتخذ من خلالها مؤسسة ما سلوكا معينا في سوق من أسواق الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات⁽⁴⁾ .

وتماشيا مع توسيع مفهوم الاتفاق، فإن اتحاد الإيرادات، لا يشترط لتوافره وجود عقد بمفهوم قانون العقود أو قرارا يتخذ بصفة مشتركة بين الأطراف المعنية ؛ إذ يكفي وجود انضمام عن وعي وإدراك إلى سلوك جماعي⁽⁵⁾ .

ولقد تشدد مجلس المنافسة والقضاء الفرنسيين في بداية الأمر بخصوص مضمون الشرط المتعلق باتحاد الإيرادات ؛ إذ رفض مجلس المنافسة الفرنسي، اعتبار الشروط العامة للبيع التي

(1) تجدر الإشارة إلى أن الموقف الذي استقر عليها القضاء الفرنسي والأوروبي، قد غلب الاستقلالية الاقتصادية على الاستقلالية القانونية في تعريفه للمؤسسة ضمن قانون المنافسة، أنظر : ص.... من هذا البحث.

(2) Marie Chantal Boutard- Labard – Guy Ganivet, Op.cit, p37.

(3) Autorité de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles, les compétences contentieuses, Mars 2009, www.autoriteconcurrence.fr.

(4) ومع ذلك، فإنه من المتصور أن تنشأ وضعية هيمنة جماعية -واقعية- عن وجود اتفاق سابق بين المؤسسات المعنية، وفي هذا الإطار، أكد القضاء الأوروبي في إحدى القضايا على إمكان أن يكون اتفاقا ما دليلا على وجود وضعية هيمنة جماعية، أنظر القرار :

CJCE, 16 Mars 2000disponible sur site : eur-lex.europa.eu

(5) Marie Chantal Boutard - Labard - Guy Ganivet, Op.cit, p38.

يضعها المورد ويقبلها الموزع من قبيل الاتفاقات المحظورة، وهو الموقف ذاته الذي انتهجته محكمة استئناف باريس⁽¹⁾.

وذلك على خلاف القضاء الأوروبي الذي اعتمد مفهوما موسعا لاتحاد الإيرادات ؛ حيث اعتبر أن بعض التدابير المتخذة من قبل الصانع على أنها تصرفات انفرادية، تشكل في واقع الأمر اتفاقات منافية للمنافسة، وذلك كونها تدخل في إطار علاقات تجارية مستمرة مع موزعين، وتم قبولها ضمنا من قبل هؤلاء ، وهو ما يعد كافيا للقول بوجود اتفاق من وجهة نظر قانون المنافسة⁽²⁾.

كما أكد القضاء الأوروبي على أن العديد من السلوكيات أحادية الجانب ظاهريا، تندرج في الحقيقة في إطار التواطؤ، غير أنه اشترط بخصوص الشروط العامة للبيع أن تكون مقبولة -على الأقل ضمنا- من جانب الموزعين أعضاء الشبكة⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك، اعتبر أن قيام المورد بإرسال نشرة إعلامية إلى موزعيه، تتعلق بحفظ حقوقه كمؤلف على منتجاته يشكل سلوكا انفراديا محضا⁽⁴⁾.

وعليه، فإن الممارسات المتخذة من جانب واحد، والتي لم يتم قبولها بصفة صريحة أو ضمنية، تبقى بعيدة عن الحظر المتعلق بالاتفاقات المنافية للمنافسة.

وفي هذا الإطار، رفض مجلس المنافسة الفرنسي إدانة ممارسة سعر مفروض على أساس أحكام الاتفاقات المنافية للمنافسة، طالما هذه الممارسة تمت بمبادرة فردية من قبل المورد ولم يتم احترامها من قبل الموزعين⁽⁵⁾.

وعلى ما يبدو أن مجلس المنافسة الجزائري وعلى غرار المجلس الفرنسي لم يأخذ موقفا متشددا بخصوص الشروط العامة للبيع، حيث لم يعتبرها اتفاقات منافية ابتداء، وهذا ما يمكننا استخلاصه من رأي قدمه مجلس المنافسة لجمعية على إثر استشارته من قبل جمعية ممثلي

(1) Marie Chantal Boutard - Labard - Guy Ganivet - Emmanuel Claudel - Valerie Michel - Amsellem - Jérémie Vialens, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J, Paris, 2008, p71.

(2) Ibid.

(3) ج. ريبير، ر. روبلو، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد I (التجار، محاكم التجارة، الملكية الصناعية، المنافسة)، ترجمة قاضي منصور، (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع)، الطبعة الثانية، بيروت، 2011، ص840.

(4) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) Décision n°03-D-66 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Renault et le groupement des concessionnaires Renault dans le secteur de la distribution automobile :www .autoritedelaconcurrence.fr

شركات السيارات ووكلائهم المعتمدين في الجزائر ؛ حيث أكد على سلامة الأحكام القانونية الخاصة بالجمعية وقانونها الداخلي وشروط البيع من أي عوامل قد تشجع على ممارسات منافية للمنافسة، وبالتالي عدم وجود مبرر لتخوفها من أحكام قانون المنافسة⁽¹⁾.

وعليه يبقى بعيدا عن الأحكام الخاصة بالاتفاقات كل تصرف انفرادي لا يثبت فيه اتحاد الإيرادات، وفي هذا الإطار رفض مجلس المنافسة الفرنسي إخطارا يتضمن ادعاء بوجود اتفاق مناف للمنافسة بسبب وجود عناصر تؤكد على أن مؤسسات التأمين المشتكى منها، تقرر بصفة انفرادية ووفقا لكل حالة مستوى الضمان الذي تحدده، بالنظر إلى المخاطر المغطاة⁽²⁾.

كما أن شرط اتحاد الإيرادات، لا يتحقق في حالات التوازي في السلوك الناجم عن تلاقي قرارات اتخذت من قبل المؤسسات المعنية بصفة انفرادية، ولكنها تفاعلت في السياق ذاته ؛ حيث لا يكون التماثل في السلوك -في هذه الحالة- ناتجا عن اتحاد الإيرادات، وإنما عن قرارات مستقلة⁽³⁾.

ولا يمكن الحديث عن شرط اتحاد الإيرادات في غياب وجود استقلالية للمؤسسات المعنية إزاء بعضها البعض من الناحية الاقتصادية ؛ إذ أن الحديث عن اتحاد الإيرادات يفرض تمتع المؤسسات أطراف الاتفاق بهذه الاستقلالية، وإلا فإنه يتم النظر إليها على أنها وحدة اقتصادية وأن سلوكها في السوق من صميم إستراتيجية هذه الوحدة الاقتصادية⁽⁴⁾.

وبخصوص شرط اتحاد الإيرادات، فإن تساؤلا جديا، تم طرحه على مستوى الفقه، يتعلق بمدى الأخذ بنظرية عيوب الإرادة ؟

فرغم أن الاتفاقات المحظورة ضمن قانون المنافسة، لا تخضع -حتما- لأحكام قانون العقود، بل تتجاوز هذه الأحكام تماشيا مع ما تقتضيه حماية السوق، إلا أن الفقه والقضاء وهيئات المنافسة الفرنسية والأوروبية، قد استقروا على وجوب ألا تكون إرادة إحدى المؤسسات أطراف الاتفاق معيبة.

(1) رأي سبقت الإشارة إليه : أنظر ص 152 من هذا البحث.

(2) Décision n°16-D-19 du 13 Septembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'installation et de la maintenance d'extincteurs portatifs : www.autoritedelaconurrence.fr

(3) Marie Chantal Boutard - Labard - Guy Ganivet - Emmanuel Claudel - Valérie Michel - Amsellem-Jérémy Vialens, Op.cit, p74 .

(4) سبقت الإشارة إلى هذه النقطة عند الحديث عن مفهوم "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة : أنظر : ص وما بعدها 112 من هذا البحث.

ذلك أن اشتراط اتحاد الإرادات، يحمل -في حدّ ذاته- دلالة على ضرورة أن تكون هذه الإرادات حرة في تعبيرها عن السلوك الذي ترتضيه، وألا تكون خاضعة لأي نوع من أنواع الإكراه. ومع ذلك، فإن الهيئات الفرنسية، قد تشددت كثيرا في هذه المسألة ؛ حيث أوجبت أن يتم تقدير حالة وجود ضغوطات دفعت المؤسسة المعنية إلى الاتفاق المنافي للمنافسة، ضمن أضيق الحدود الممكنة.

وقد اعتمدت بهذا الخصوص شرط الإكراه الذي لا يمكن للمؤسسة دفعه أو تقاويه (Une *contrainte irrésistible*)⁽¹⁾، وتأسيسا على ذلك، ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى أن هناك مجال لتطبيق أحكام الاتفاقات المنافية للمنافسة، طالما وجدت أو توافرت إمكانية دفع الإكراه الممارس على الطرف المعني، ما يؤدي إلى عدم إعفائه من الخطاب بأحكام قانون المنافسة⁽²⁾.

وأكثر من ذلك، فقد تم اعتبار التهديدات الصادرة من الصانع إزاء موزعيه باحترام القواعد الموضوعية من قبله تحت طائلة الإقصاء أو ما شابه من قبيل الاتفاقات المحظورة إذا تمت في إطار مراقبة منتظمة لسلوكات الموزعين من قبل الصانع، وعلى العكس، فإنه، وفي غياب هذه المراقبة، فإن السياسة المعتمدة من قبل الصانع إزاء موزعيه، تعتبر تصرفا انفراديا⁽³⁾.

ومع ذلك، فإن هيئة المنافسة الفرنسية، قد أخذت بعين الاعتبار هذه التهديدات أثناء النطق بالعقوبة ؛ حيث ذهبت في قرار لها إلى أن قبول شركة Coca-Cola رفع الأسعار، لم يتم إلا تحت الضغوطات الممارسة عليها، والتهديد بالمقاطعة التجارية⁽⁴⁾.

وفي الواقع، يندرج اعتبار عيب ما في الإرادة نافيا لوجود اتفاق مناف للمنافسة، ضمن اتجاه القبول بفكرة "الإكراه الاقتصادي" كعيب من عيوب الإرادة ؛ حيث بمجرد أن تخضع إحدى الإرادتين للإكراه الاقتصادي تنتفي إمكانية وجود اتفاق مناف للمنافسة.

وهو، في الواقع ، اتجاه نحو تأثير قانون المنافسة على الأحكام العامة ؛ إذ أصبح المفهوم الكلاسيكي للإكراه كعيب من عيوب الإرادة قاصرا عن الإلمام ببعض السلوكات، وأصبح الإكراه،

(1) Marie Chantal Boutard - Labard - Guy Ganivet, Op.cit, p42.

(2) Marie Chantal Boutard - Labard - Guy Ganivet - Emmanuel Claudel - Valérie Michel - Amsellem-Jérémie Vialens, Op.cit, p79.

(3) Ibid.

(4) Décision n°95-D-59 du 19 septembre 1995 relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des organisations professionnelles de débitants de boissons : www.autoritedelaconcurrence.fr.

يتعدى كونه ماديا أو معنويا، ليشمل كل تصرف يهدف إلى انتهاز الفرصة واستغلال حالة الضعف التي يتواجد بها أحد أطراف الاتفاق⁽¹⁾.

كما تتعدم الإرادة الحرة في عقد اتفاقات منافية للمنافسة، عندما تكون الممارسة المنافسة هي النتيجة الضرورية لإجراء إداري ما⁽²⁾.

غير أن مجلس المنافسة الفرنسي، قد ذهب إلى اعتبار أن مجرد كون الممارسة محل تشجيع من قبل السلطات العمومية ليس من شأنه إعفاء الأطراف المشاركة في الاتفاق من المتابعة⁽³⁾.

وتطبيقا للقواعد العامة، فإنه يتم تقدير عيب الإرادة، عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي إزاء الشخص الطبيعي الذي يمثله.

وفي هذا الإطار رفض مجلس المنافسة الفرنسي، الادعاء الصادر من قبل مؤسسة شاركت في اتفاق مناف للمنافسة، غير أنها ادّعت بوجود خطأ مهني من قبل الشخص الطبيعي، وبالتالي غياب شرط اتحاد الإيرادات بغرض عرقلة المنافسة⁽⁴⁾.

وفي الواقع، فإن هذا الاتجاه، يصب في تفعيل الحماية القانونية للسوق؛ ذلك أن أغلب المؤسسات على مستوى الأسواق هي أشخاص معنوية، ولو تم فتح إمكانية نسبة الخطأ إلى الشخص الطبيعي لدرء العقوبة عن الشخص المعنوي، لأفلتت العديد من المخالفات من المتابعة؛ لأن كل المؤسسات سوف تتذرع حينئذ بخطأ الشخص الطبيعي الذي أبرم الاتفاق أو شارك فيه.

وعلى صعيد آخر، يتعلق بأطراف الاتفاق المنافي للمنافسة، استقرار القضاء الفرنسي على ضرورة أن يأخذ أحد أطراف الاتفاق -على الأقل- صفة "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة، أو بعبارة أخرى أن يكون أحد الأطراف متعاملا فعّالا في السوق (un acteur actif sur de) (marché)⁽⁵⁾.

(1) مفيد الفارسي، تأثير قانون المنافسة على قانون الالتزامات والعقود، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، دار النشر "الجسور"، وجدة، العدد السابع، 2003، صص 84-85.

(2) Marie Chantal Boutard - Labard - Guy Ganivet - Emmanuel Claudel - Valérie Michel - Amsellem-Jérémy Vialens, Op.cit, p82.

(3) Ibid.

(4) Pratique de l'autorité de la concurrence, 2011, : www.autoritedelaconcurrence.fr.

(5) Marie Chantal Boutard - Labard - Guy Ganivet - Emmanuel Claudel - Valérie Michel - Amsellem-Jérémy Vialens, Op.cit, p64, Note :19.

وهو الموقف الذي رفضه في بداية الأمر مجلس المنافسة الفرنسي ؛ الذي أخذ بالصياغة الواسعة لنص المادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي، المطابقة في صياغتها للمادة السادسة من الأمر 03-03 ؛ حيث أدان تبعا لذلك اتفاقا بين نقابات عمالية، رغم أنها لا تعد مؤسسات بمفهوم قانون المنافسة ، و ذلك بحكم امتداد قانون المنافسة إليها ، ونتيجة كون الاتفاق يهدف إلى المساس بالمنافسة في السوق.

وفي الواقع، فإن الأخذ بمنطق الأثر المترتب على السوق المعنية، هو الذي ينبغي أن يكون محل اعتبار عند تقدير مدى وجود اتفاق مناف للمنافسة وعدم تقييده بصفة الأطراف المشاركة فيه.

وأخيرا، يبدو بأن الاتفاقات المنافية للمنافسة، تقوم أساسا على شرط اتحاد الإرادات، الذي ينبغي على الهيئة المكلفة بالمنافسة أن تلتزم الحذر الشديد في تقدير وجوده، وألا تتساق وراء مختلف الادعاءات التي قد تستند إليها المؤسسات المعنية لدرء العقوبة عنها من خلال نفي وجود هذا الشرط.

كما أن شرط اتحاد الإرادات قد يظهر من خلال العديد من الأشكال التي تتم بواسطتها الاتفاقات المنافية للمنافسة.

ثانيا: تعدد الأشكال التي تتخذها الاتفاقات المنافية للمنافسة

يبدو جليا من صياغة نص المادة السادسة من الأمر 03-03 والتي وردت بصياغة قريبة من تلك التي ورد بها النص الفرنسي 1-420 L أن المشرع، قد اتجهت إرادته إلى تغليب الآثار التي يمكن أن تتجم عن الممارسة المنافية للمنافسة على حساب الشكل أو الصيغة التي يتخذها هذا الاتفاق، وذلك عند تقدير مدى وجود هذه الاتفاقات المحظورة⁽¹⁾.

ذلك أن صيغ السلوكات المؤثرة في السوق وأشكال التفاهم بين المؤسسات لا يمكن حصرها أو تحديدها، وبالتالي فإن تقييدها بشكل قانوني معين من شأنه أن يكبل عمل هيئات المنافسة عند البحث في مدى وجود هذه الممارسة، ويؤدي إلى إفلات العديد من السلوكات.

⁽¹⁾ حيث أن المشرع الجزائري لم يستعمل عبارة "مهما كان شكلها" أو "أيا كانت"، ومع ذلك، فإن الصياغة في حد ذاتها توحى بوجود مرونة في تقدير الاتفاقات المحظورة.

وتبعاً لذلك مدّ المشرع مجال الاتفاقات المنافية للمنافسة لتشمل تلك التي تتخذ أو تظهر ضمن شكل قانوني معين، وكذا تلك التي لا تتخذ شكلاً قانونياً معيناً، كما تتخذ هذه الاتفاقات على صعيد العلاقة بين أطرافها شكل اتفاقات أفقية أو رأسية.

1- الاتفاقات التي تتخذ شكلاً قانونياً

بالرجوع إلى التأصيل القانوني لمصطلح "الاتفاق" ضمن الشريعة العامة، فإننا نجد أنه يطابق مصطلح "العقد"، وفي مجال الاتفاقات المنافية للمنافسة، فإن الاتفاقات التي تتجسد في صيغة قانونية، لا تنحصر في العقود المبرمة بين المؤسسات بهدف تنسيق إستراتيجياتها، وإن كانت هذه العقود محل اعتبار في تقدير الاتفاق المحظور، إلا أنها ليست الصيغة الوحيدة التي تتم بها هذه الاتفاقات.

حيث كشفت الممارسة العملية لهيئات المنافسة الفرنسية والأوروبية عن وجود صيغ قانونية لاتفاقات تتم في إطار منظم من قبيل تنظيم مهني أو نقابي... إلخ، ومن ثمة، فإن الاتفاقات التي تتخذ شكلاً قانونياً، تتمثل في الاتفاقات التعاقدية والعضوية.

أ- الاتفاقات التعاقدية :

عرف الفقيه L.Vogel الاتفاق التعاقدية (L'accord) بأنه : "اتحاد إرادات يتنازل في إطاره أحد المشاركين على الأقل عن استقلالية سلوكاته في السوق"⁽¹⁾.

وفي الواقع، فإن هذا التعريف، لا يختلف عن تعريف الاتفاقات بشكل عام من حيث كونه يستند إلى اتحاد الإرادات، وإذا كان العقد يتميز بترتيب التزامات قانونية على طرفيه، أو على أحد الطرفين، فإن ترتيب التزامات قانونية من قبل الاتفاق المنافي للمنافسة، لا يعد -حسب الفقه- شرطاً أساسياً، وبهذا الأثر يتميز الاتفاق المنافي للمنافسة عن "العقد" ضمن النظرية العامة للالتزامات في أنه لا يشترط فيه بالضرورة أن يكون منشئاً للالتزامات⁽²⁾.

(1) Citée par : Valérie Pironon, op cit, p55.

(2) Ibid.

فإذا كان من المنتصور أن يتم الاتفاق المنافي للمنافسة ابتداءً في شكل عقد، إلا أنه وفي العادة- فإن الاتفاق المنافي للمنافسة، يكون من خلال بنود يتضمنها اتفاق تعاون، يتجسد في شكل خطابات النوايا أو بروتوكولات تعاون⁽¹⁾.

ولعل من أبرز الصور التي تأخذها الاتفاقات التعاقدية، تلك التي تتم في إطار عقود التوزيع (عقد البيع الحصري، عقد التموين الحصري، عقد التوزيع الانتقائي...)⁽²⁾.

حيث لم تتوان هيئات المنافسة في إعطاء وصف الاتفاق المنافي للمنافسة للعديد من السلوكات التي تتخذ في إطار هذه العقود ، ففي قضية حدثت في فرنسا تتعلق بمنتجات تجميل ، تم وضع نظام توزيع من قبل الصناع وتم بموجبه قصر بيع أحد منتجات التجميل على الصيدليات وهو ما أدى بغيرهم من التجار (بائعي العطور، المراكز التجارية... إلخ) إلى إخطار مجلس المنافسة على أساس رفض التموين، وقد تم تبرير إخطارهم بأن هذه المنتجات لا تعد أدوية حتى يتم قصرها على الصيدليات، وهو ما أدى بالمجلس إلى اعتبار الشروط الحصرية المبرمة من قبل الصناع و الصيدليات، تشكل اتفاقية تدخل ضمن الحظر الوارد في المادة السابعة من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986، باعتباره يحد من المنافسة بالأسعار، وهو القرار الذي أيدته محكمة استئناف باريس وكذا المحكمة العليا⁽³⁾.

ومع ذلك، فإن موقفا ملفتا للانتباه، قد انتهجه القضاء الفرنسي بخصوص حصرية التوزيع، يدل على وجود تطور في موقف القضاء، خاصة، إزاء العقود ذات الحصرية ، ففي قضية "Orange" سنة 2008 اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن شرط الحصرية في عقد توزيع يعدّ منافيا للمنافسة، وقرر على إثر ذلك إجراءات تحفظية، تهدف إلى وضع حدّ لاستئثار Orange بتوزيع les Iphones⁽⁴⁾، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس.

غير أن محكمة النقض، قد ذهبت إلى وجوب أن يتم تقدير مدى مطابقة عقود التوزيع لقانون المنافسة في ضوء تحليل دقيق، وألا يُكتفى -في ذلك- بالنظر في مدى توافر الشروط الخاصة بالحصرية، واعتبرت محكمة النقض أن القضية أكثر تعقيدا، وأن قضاة الموضوع لم

(1) وقد تكون هذه الاتفاقات سرية كالاتفاقات التي تتم بين رجال الأعمال، وفي العادة في إطار شراكة بين مؤسستين من دولتين مختلفتين من قبيل اتفاقات الجنتلمان : معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 ، ص 141.

(2) سنعود لاحقا للحديث عن هذه العقود.

(3) Rapport annuel du conseil de la concurrence français de 1987 : www.autoritedelaconcurrence.fr

(4) Decision n 08-MC-01 du 17 decembre 2008 relative a des pratiques mise en œuvre dans la distribution des i Phones : www.autoritedelaconcurrence.fr

يراقبوا بخصوص هذه القضية ما إذا كان وجود منافسين نهائيين ل iPhones من شأنه أن يمكن متعاملي الهاتف المحمول المنافسين ل orange اقترح عروض بإمكانها أن تنافس تلك المقترحة من قبل orange مع iPhones⁽¹⁾.

وقبل بعد ذلك المجلس باتفاق Apple و Orange، وبالاتفاقات المتضمنة شروطا خاصة بالحصرية بالأخص تلك التي تحدد مدتها بثلاثة أشهر كحد أقصى⁽²⁾.

كما تعد أيضا الشروط العامة للبيع مظهرا شائعا بالنسبة للاتفاقات التعاقدية ؛ حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي، أن الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، والذي فرضته شركة Philips على زبائنها، يدخل في إطار شروط البيع المقبولة صراحة أو ضمنا من قبل الموزعين، وهو ما يشكل اتفاقا منافيا للمنافسة، ورفض المجلس على إثر ذلك ادعاء الشركة بأنها تصرفات انفرادية من جانبها، كونها تشكل اتفاقية بين الممون والموزعين من خلال الشبكة التوزيعية⁽³⁾.

إن هذا الاتجاه يتوافق مع امتداد أحكام الاتفاقات إلى تلك التي تتم بصفة ضمنية ، فليس من الضروري أن تكون صريحة، وهو الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري ضمن المادة السادسة بقوله: "... والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية...".

كما تأخذ الاتفاقات التعاقدية أيضا شكل "الكارتلات" وهي اتفاقات أفقية، تؤدي إلى اتحاد مؤسسات اقتصادية لمدة طويلة، وتشكل أخطر أشكال الاتفاقات المنافية للمنافسة ، كما سنرى ذلك لاحقا-.

وإذا كان الاتفاق التعاقدي، يكون غالبا في شكل شرط تعاقدي، فإنه من المتصور أن يكون هذا الاتفاق ، في حد ذاته، موضوعا للعقد المبرم، من قبيل اتفاقات تبرم خصيصا لاقتسام الأسواق وتحديد الأسعار... إلخ، وإن كان ذلك أصبح لا يتم بشكل علني، خاصة في الدول التي يوجد بها تطبيق فعال لقواعد المنافسة، إذ تخشى المؤسسات في هذه الحالة متابعتها من قبل هيئة المنافسة.

(1) Cass /16fevrier2010/ n 09-11968 09-65440 : www.legifrance.gouv.fr

(2) Fourgoux et Associes, droit de la concurrence et contrats de distribution, quelles contraintes ? dispo/sur :www.Avocats-fourgoux.com

(3) Jean Bernard Blaise, Droit des affaires : commerçants-concurrence-distribution, L.G.D.Jet Delta, Paris,1999 , p390.

وإذا كان "العقد" يمكن أن يكون مكتوباً، فإنه، ومن باب أولى، أن يكون الاتفاق المنافي للمنافسة شفهيًا، غير أنه تجدر الإشارة، بهذا الصدد، إلى وجود فارق بين الاتفاق الضمني والاتفاق الشفهي؛ إذ من الممكن أن يكون الاتفاق الشفهي صريحاً، في حين أن الاتفاق الضمني هو القبول ضمنياً بالسياسة الطرف الآخر للاتفاق.

كما أنه من المتصور أن ينشأ الاتفاق بمقتضى اتفاقية، قد أنشئت بصفة جماعية منذ البداية، أو بناء على اتفاق ثنائي، انضمت إليه بعد ذلك أطراف أخرى، سواء بتوقيع هذه الاتفاقية أو بتنفيذها⁽¹⁾، ونعتقد، بهذا الخصوص أن لفظ "الاتفاقيات" التي ألحقها المشرع بلفظ "الاتفاقات" ضمن نص المادة السادسة قد قصد بها الطابع الجماعي للاتفاق المحظور.

ب- الاتفاقات العضوية :

ويظهر هذا النوع من الاتفاقات لاسيما بشأن الاتفاقات المبرمة في إطار منظمات مهنية (نقابات، اتحادات مهنية... إلخ) أو شركات الأشخاص والأموال أو مجموعات الشراء، كما يمكن أن يأخذ الاتفاق ظاهرياً شكل تجمع ذي مصلحة اقتصادية⁽²⁾.

وفي الواقع فإن الاتفاقات العضوية، يمكن أن تشكل في الوقت الحالي نسبة هامة من الاتفاقات المنافية للمنافسة، بسبب القوة التي يشكلها التكتل في الدفاع عن المصلحة المشتركة من جهة، ومن ناحية ثانية، فإن هذه التنظيمات، تعتبر غطاءً حقيقياً للاتفاقات المخلة بالمنافسة.

وفي هذا الإطار، ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى اعتبار التجمع ذي المصلحة الاقتصادية، الذي تهدف من خلاله المؤسسات المعنية إلى مجرد الدفاع عن مصالح مشتركة، لا يشكل في حد ذاته اتفاقاً منافياً للمنافسة، ومع ذلك، فإنه يجب البحث عما إذا كان هذا الهيكل التنظيمي لم يستعمل كغطاء لممارسات منافية للمنافسة؛ حيث يمكن أن يأخذ شكل اتفاق محظور⁽³⁾.

وقد يكون العقد نفسه المنشئ للتجمع هو الذي تضمن الاتفاق المنافي للمنافسة، وقد استقر قضاء هيئات المنافسة الفرنسية على توقيع الجزاءات على الأطراف المشاركة باعتبارها أطرافاً في الاتفاق؛ حيث ذهبت اللجنة الفرنسية للمنافسة سابقاً إلى اعتبار كل من العقد الذي أنشئ بموجبه

⁽¹⁾ Véronique Selinsky, Ententes illicites, juris- classeur concurrence et consommation, cote : 05, 1992, Lexis Nexis, p1.

⁽²⁾ Véronique Selinsky, Art Prec, p1.

⁽³⁾ Conseil de la concurrence, rapport annuel, 1998 : www.autoritedelaconcurrence.fr.

التجمع ذي المصلحة الاقتصادية وكذا النظام الداخلي يشكلان عائقا أمام الممارسة الحرة للمنافسة⁽¹⁾.

أما في إطار التنظيمات المهنية، فإن ما يصدر عنها، يعبر عن الإرادة الجماعية لأعضائها، فإذا اتجهت هذه الإرادة إلى المساس بالمنافسة، فإنها تقع في الحظر الخاص بالاتفاقات المنافية للمنافسة.

وتأخذ الاتفاقات في إطار التنظيمات المهنية، إما شكل اتفاقات حول الأسعار، والتي تتعلق عادة بالمهن الحرة والحرفيين، حيثأدان مجلس المنافسة الفرنسي سنة 2004، فيدرالية الخبازين، بسبب توجيه تعليمات لأعضائها تتعلق بسعر الخبز، كما أدان نقابة سيارات الأجرة بمرسيليا، بسبب تحديدها للأسعار⁽²⁾.

كما يمكن أن تتخذ الاتفاقات في إطار التنظيمات المهنية شكل اتفاقات المقاطعة، حيث أدان مجلس المنافسة الفرنسي تنظيما مهنيا بسبب دعوته لمقاطعة مموني تعاونية من قبل نقابة تجار التجزئة⁽³⁾.

كما يمكن أن تتخذ هذه الاتفاقات شكل رفض طلب الانضمام إلى التنظيم المعني⁽⁴⁾.

2- الاتفاقات التي لا تتخذ شكلا قانونيا

اتجه المشرع الجزائري -كما سبق- من خلال صياغة نص المادة السادسة إلى اعتماد صياغة واسعة، تضمنت مضمونا واسعا، للاتفاقات المنافية للمنافسة. فإلى جانب مصطلحي "الاتفاقات" و"الاتفاقيات"، اتجه المشرع إلى اعتماد مصطلح "الأعمال المدبرة".

وإذا كان لفظ "الاتفاق" يجد له تأصيلا قانونيا، بكونه يعبر عن اتحاد إرادتين أو أكثر، فن مصطلح "العمل المدبر" يرتبط بسلوكات مادية محضة.

(1) ولقد شكلت قضية "مونتيليمار" سنة 1980 المثال الأبرز على اختلاط العقد بالاتفاق المنافي للمنافسة، وتتمثل وقائع القضية في تكوين تجمع ذو مصلحة اقتصادية بين منتجي النوجا في إقليم مونتيليمار، يتضمن امتناعهم الإنتاج والتوزيع لمصلحة الغير وكذا الامتناع عن استغلال كل الطاقات الإنتاجية، وقد اعتبرت المفوضية الفرنسية آنذاك كلا من العقد واللائحة التنفيذية والآثار المترتبة عليهما يشكلان عائقا أمام المنافسة في السوق: لينا حسين زكي، المرجع السابق، ص 85.

(2) Décision n 04-D-07 du 11 Mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département : www.autoritedelaconurrence.fr

-Décision n 06-D-30 du 18 octobre 2006 relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur des taxis à Marseille : www.autoritedelaconurrence.fr

(3) Décision n 03-D-68 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mise en œuvre par le centre national des professions de l'Automobile : www.autoritedelaconurrence.fr

(4) Aspect pro et anticoncurrentielles ,Artprec,p 4-5

لذلك، فإن هذا النوع من الاتفاقات المنافية للمنافسة، يعد المثال الأبرز على ضرورة تجاوز بعض الضوابط القانونية من أجل مد مجال الحماية القانونية للسوق، باعتبار هذه الأخيرة مسرحا محتملا للعديد من السلوكات والممارسات التي لا تستوعبها المعايير القانونية كالعقد.

ولقد ساهم القضاء الأوروبي كثيرا في إرساء معالم "العمل المدبر" كاتفاق مناف للمنافسة؛ حيث ذهبت محكمة العدل الأوروبية إلى إيراد تعريف للعمل المدبر إثر قضية *Matière colorante* سنة 1972 بأنه: "شكل من التنسيق بين المؤسسات في السلوكات، يؤدي إلى تعاون عملي بينها يهدد المنافسة، دون أن يكون ناتجا عن تنفيذ اتفاقية بالمعنى القانوني لها".⁽¹⁾

ومن خلال هذا التعريف، يبدو أن القضاء الأوروبي قد أخذ بالأثر المترتب عن هذه الممارسة بعيدا عن الشكل الذي تتخذه.

إن استقراء مختلف التعريفات التي أوردها الفقه بشأن الأعمال المدبرة، تدل على أن هناك خصوصية لهذه الأخيرة، ما مكننا من طرح التساؤل التالي: هل العمل المدبر يغيب فيه اتحاد الإرادات؟.

وللإجابة يمكن القول أن العمل المدبر شأنه شأن باقي أنواع الاتفاقات يتوافر على اتحاد في الإرادات، غاية ما في الأمر أن هذا الشرط يبدو فيه مختلفا، حيث يتحقق بفعل وجود إرادة مشتركة للقيام بالسلوك ذاته، ويظهر من خلال إقدام مؤسسة ما على سلوك وهي متأكدة أن باقي المؤسسات ستنتهج هذا السلوك⁽²⁾.

ونظرا لالتساع مفهوم العمل المدبر، فإنه لا يمكن حصر الصور التي يتخذها، ومع ذلك، يشكل التوازي في السلوك الصادر من قبل المؤسسات (*Le parallélisme de comportements*) الشكل الغالب الذي يتخذه هذا النوع من الاتفاقات.

وفي الواقع، فإن التوازي في السلوك "كصورة للاتفاقات المنافية للمنافسة يمتد وجودها إلى سنة 1946 حيث اعتمدها القضاء الأمريكي بصفة واضحة من خلال قضية *American Tabaco*، وتتمثل الوقائع في أن شركات السجائر الثلاث في أمريكا، قد انتهجت سلوكا واضحا في توحيد أسعار البيع في فترة زمنية تمتد من 1923-1928، كما طبقت

⁽¹⁾Jean Bernard blaise, *Ententes*, Répertoire de droit européen, Janvier 2016, Actualisation : Avril 2016, p 167 :www.dalloz.fr.lama.univ

⁽²⁾ Ibid.

الشركات الثلاث النسبة المئوية نفسها بخصوص الزيادة في الأسعار، كما تم إثبات التوازي في السلوك عن طريق التطابق في أسقف الأسعار التي كانت تفرضها الشركات الثلاث على التجار المتعاملين⁽¹⁾.

ولقد قرر القضاء الأمريكي على إثر ذلك إدانة المخالفة معتبرا أن إثبات هذه الأخيرة، لا يستلزم وجود عقد أو شكل محدد، وإنما يكفي إثباته استنادا لسلوكيات معنية، تتبعها المؤسسات المعنية.

أما على الصعيد الأوروبي، فقد ظهر التماثل في السلوك من خلال القرار Matière colorante السابق، حيث ذهبت اللجنة الأوروبية إلى وجود تماثل في السلوك يظهر من خلال وجود تطابق في الرفع في الأسعار، بالإضافة إلى وجود اجتماعات تبادل المعلومات بين المنتجين⁽²⁾.

ما يفيد أن التماثل العفوي في السلوك، لا يمكن اعتباره من قبيل الممارسات المحظورة، إذا لم يقترن بمؤشرات أخرى تجعله لا يقبل تأويلا آخر بخلاف وحدة الهدف بشأن عرقلة المنافسة.

أما مجلس المنافسة والقضاء الفرنسيين، فقد تشددا في بداية الأمر بخصوص تماثل السلوك؛ ففي قرار له صادر سنة 2007، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن الإعلام من جانب واحد من قبل تعاونية حول أسعارها لمنافسيها وإتباع هؤلاء هذه الأسعار، لا يعد كافيا في غياب مؤشرات إضافية للقول بوجود اتفاق مناف للمنافسة بين هؤلاء المتعاملين⁽³⁾.

وعلى العكس من ذلك، اعتبر المجلس أن تماثل السلوك يبدو واضحا، بخصوص قضية تتعلق برفض مجموعة من المؤسسات الممونة تموين موزع، كونه يمارس تجارة أخرى بالموازاة⁽⁴⁾.

كما أن بعض التوازي في السلوك، قد يكون ناتجا عن طبيعة المنافسة في السوق، ويحدث ذلك على وجه الخصوص في سوق احتكار القلة؛ حيث يكون الغرض من ذلك، إحداث توازن للقوى، ويكون تبادل المعلومات ناتجا عن السوق ذاتها بسبب استقرارها، وبسبب قلة المتعاملين فيها.

(1) معين فندي الشناق، المرجع السابق، صص 146-148.

(2) Daniel Mainguy, Jean Louis Respaud, Malo depincé, Droit de la concurrence, Lexis Nexis et Litec, Paris, 2010, p185.

(3) Ibid.

(4) Idem.

وفي هذا الإطار، ذهب مجلس المنافسة الفرنسي في قرار صادر سنة 2005 إلى إدانة ممارسة تبادل معلومات في سوق احتكار القلة، وذلك على إثر ريبورتاج إذاعته حصة ضمن قناة تلفزيونية، كشفت عن اجتماع المسؤولين التجاريين لسنة مؤسسات، حيث كشف عن وجود تبادل للمعلومات من شأنه توجيه السياسات والإستراتيجيات والحد من استقلالية كل منها في اتخاذ القرارات⁽¹⁾.

وعلى العكس من ذلك، يمكن أن ينشأ تماثلا في السلوك، بسبب وجود مؤسسة في وضعية هيمنة ؛ إذ يمكن لسلوكاتها أن تستفز غيرها من المؤسسات الصغيرة أو الأقل قوة، دون أن تصل إلى مستوى الاتفاق، كما يمكن أن يكون التماثل في السلوك، ناتجا عن قرارات انفرادية مستقلة، تتخذ لمواجهة تقلبات السوق، أو كرد فعل على تصرف عدواني من قبل أحد المتعاملين⁽²⁾.

3- الاتفاقات الأفقية والاتفاقات الرأسية

إذا كانت الاتفاقات على صعيد الشكل القانوني تنقسم إلى اتفاقات تتخذ شكلا قانونيا وأخرى لا تتخذ شكلا قانونيا، فإنه وعلى صعيد شكلها الاقتصادي، فإنه يمكن التمييز بين الاتفاقات الأفقية والاتفاقات الرأسية.

أ- الاتفاقات الأفقية :

يقصد بهذا النوع من الاتفاقات، تلك التي تتم بين مؤسسات، تنتج سلعا متشابهة أو متجانسة في نفس السوق للحد من الإنتاج أو لتحديد الأسعار عند مستويات تعكس إرادة المتحالفين ولا تعكس قوى العرض والطلب الحقيقية في السوق⁽³⁾.

أو هو : "الاتفاق بين المتنافسين حول الطريقة المتبعة للتنافس بينهم"⁽⁴⁾.

وعموما يقصد بالاتفاقات الأفقية، تلك التي تم بين مؤسسات متنافسة، سواء أكانت على صعيد الإنتاج أو التوزيع.

(1) Rapport annuel, 2005 : www.autoritedelaconurrence.fr.

(2) Daniel Mainguy, Jean Louis Respaud, Malo depincé, Op.cit, p247.

(3) مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004-2005، ص43.

(4) عبد الرحمن ملحم.... مشار إليه في : محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص87.

وتعد الاتفاقات الأفقية الشكل الغالب، الذي تتخذه الاتفاقات المنافسة للمنافسة، بل والشكل الطبيعي لها، وتشكل "الكارتلات" أحد أهم أوجه الاتفاقات الأفقية، ومن أقوى الاتفاقات الأفقية وأخطرها، خاصة عندما تتخذ هذه الأخيرة بعدا دوليا⁽¹⁾.

ب- الاتفاقات الرأسية :

وهي تلك الترتيبات، التي تتم بين مؤسسات، تقع في مواقع مختلفة من سلسلة الإنتاج والتوزيع والتي يكون لها تأثير على المنافسة كونها، تمنع المؤسسات من النفاذ إلى شبكات التوزيع⁽²⁾.

إن أهم ما يميز الاتفاقات الرأسية هو ترتيبها من قبل أطراف غير متنافسة، على خلاف الاتفاقات الأفقية التي تتم بين مؤسسات متنافسة في السوق.

ولقد كان القضاء الأوروبي سباقا في تبني حظر الاتفاقات الرأسية، إذ لم يفرق -بهذا الشأن- بين الاتفاقات الرأسية والأفقية، وذهب بخصوص قضية تتعلق بمنح استئثار إقليمي لأحد الموزعين بأنه ذلك يخالف أحكام اتفاقية روما⁽³⁾.

ومن جهتها، ذهبت المحكمة العليا الفرنسية في اتجاه توسيع الرقابة على الشروط المتعلقة باختيار تجار التجزئة les revendeurs.

وعموما تبرز الاتفاقات الرأسية من خلال ممارسات شتى من أبرزها تحديد المنتج حدا أدنى للسعر لا يجوز النزول عنه أو حدا أعلى لا يجوز تجاوزه، بل أبعد من ذلك وفي اتجاه نحو تشديد الرقابة في نطاق الاتفاقات المنافسة للمنافسة، فقد تم اعتبار السعر المنصوح به من قبيل الاتفاق المنافس للمنافسة، حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن نشر بائعي العطور أسعار بيع منصوح بها، وتطبيقها من قبل تجار التجزئة تشكل اتفاقا منافيا للمنافسة⁽⁴⁾.

(1) وتزداد هذه الخطورة، عندما تبقى هذه الاتفاقات بعيدة عن المتابعة، بسبب عدم تضمين قوانين المنافسة أحكاما لمتابعة الاتفاقات المبرمة خارج الدولة، حتى وإن كانت ذات تأثير سلبي في الداخل :

Véronique Sélinsky, Mondialisation et ententes injustifiables, Actes de colloque, université de Bourgogne, Litec, et Lexis Nexis, 2008, p359.

(2) مغاوري شلبي علي، المرجع السابق، ص45.

(3) Marie Anne Frison Roche - Marie Stéphane Payet, Op.cit, p191.

(4) Jean – Louis Fourgoux, Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? Contrats concurrence – consommation, n°12, Décembre 2006, 26, p4.

ولم يتساهل بعد ذلك كل من مجلس المنافسة والقضاء الفرنسيين في متابعة الاتفاقات الرأسية المنافسة للمنافسة ؛ حيث قرر مجلس المنافسة الفرنسي فرض غرامات ضدّ ثلاث شبكات أو سلاسل وطنية خاصة بتوزيع العطور عالية الجودة⁽¹⁾.

ويتعلق موضوع الاتفاقيات الرأسية على وجه العموم بشرط القصر؛ حيث يتجسد هذا الأخير من خلال صيغ متعددة تعبر في مجملها عن حصر التعامل بشكل عام ، سواء أكان ذلك على الصعيد الجغرافي أو على صعيد العملاء؛ حيث يمكن أن يتضمن :

- الحصرية الإقليمية : وهو اتفاق يمنع الموزعين من البيع خارج مناطق جغرافية محددة مسبقا⁽²⁾.
- قصر التعامل : والذي يأخذ وجهين : إما التزام الموزع المنتج بقصر بيع منتجاته على موزع واحد دون الآخرين، ما يؤدي إلى إقصاء باقي الموزعين من دخول السوق.
- دفع مبالغ معينة أو تقديم حوافز في صورة أسعار منخفضة، مقابل الامتناع عن توزيع منتجات المؤسسات المنافسة⁽³⁾.
- انتقاء شبكات توزيع خاصة من أجل تصريف المنتجات عالية الجودة... إلخ⁽⁴⁾.

كما يمكن أيضا أن يدخل في إطار الاتفاقات الرأسية بعض البنود التقييدية المتضمنة في بعض العقود أو البيوع، كعقد الامتياز التجاري والبيوع المتلازمة⁽⁵⁾، كونها تؤثر على الحرية في المنافسة، رغم أنها لا تزال موضوع جدل على مستوى الفقه والقضاء وهيئات المنافسة.

ولاشك أن المشرع الجزائري، وباعتماده صياغة مرنة واسعة لنص المادة السادسة من الأمر 03-03، قد أهدم بذلك أي مانع يحول دون مدّ الخطاب للاتفاقات الرأسية ؛ إذ ذكر المشرع أن عرقلة المنافسة أو الإخلال بها يكون في نفس السوق أو في جزء جوهري منها-كما سنرى لاحقا-.

(1) Communiqués : 14 Mars 2006 : ententes verticales dans le secteur de la parfumerie de luxe : www.autoritedelaconcurrence.fr.

(2) مغاوري شلبي علي، المرجع السابق، ص45.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 24 جانفي 2015، ص52.

(5) المرجع نفسه، ص45.

ثالثاً: مرونة إثبات الاتفاقات المنافية للمنافسة :

إن توافر أدلة مادية على وجود اتفاقات صريحة منافية للمنافسة، لا يطرح إشكالا بخصوص إثبات هذه المخالفات، لأن المؤسسات المعنية، لن يكون حينئذ بوسعها درء المخالفات المنسوبة إليها، إلا بوجود أدلة أقوى من تلك المقدمة أمام هيئة المنافسة، كما أن هيئة المنافسة لن تجد إشكالا في توقيع العقوبات المناسبة للممارسات المرتكبة.

وقياسا على ما ورد من أحكام متعلقة بالإثبات ضمن المادة 30 من القانون التجاري، فإنه يتصور أن تتمثل هذه الأدلة المادية في سندات رسمية أو عرفية أو فاتورة مقبولة أو بالرسائل أو بدفاتر الطرفين أو بالبينة....

وعموما يمكن أن تشكل أي وسيلة مادية تقدمها مؤسسات متضررة أخرى دليلا على وجود مثل هذه الممارسات.

وقد يتمثل الدليل المادي على وجود اتفاق مناف للمنافسة في محاضر التحقيق التي يقوم بها المقرر أو المقررون، ويحدث هذا بخصوص الإخطار الذاتي الذي يقوم به مجلس المنافسة.⁽¹⁾

غير أن غياب هذه الأدلة المادية، يؤدي إلى البحث عن أدلة أخرى لإثبات الاتفاق المنافي للمنافسة، وتنتج هذه الوضعية أساسا بخصوص الأعمال المدبرة.

حيث يتميز الإثبات -في هذه الحالة- بقدر من المرونة تتجلى من خلال الأخذ بالقرائن، ناهيك عن بعض الأدلة المباشرة للإثبات.

وقد اعتمدت هيئات المنافسة الفرنسية والأوروبية، وفي ظل غياب دليل شكلي مادي، للإثبات على الإثبات عن طريق مجموعة من المؤشرات (des faisceaux d'indices)، حيث يركز هذا الإثبات على معاينة مؤشرات خطيرة، دقيقة ومتوافقة.⁽²⁾

أما عن مضمون هذه المؤشرات، فإنها تختلف وتتعدد بين تسجيل المكالمات والحوارات والمناقشات، والمشاركة في العديد من الاجتماعات التحضيرية، هذا، وقد تم اعتبار الرفع المتوازي

(1) بن يسعد عذراء ، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، السنة الجامعية 2015-2016 ، 228.

(2) Daniel Mainguy, Jean Louis Respaud, Malo depincé, Op.cit, p247.

في الأسعار الذي تقوم به المؤسسات المعنية وفي تواريخ متقاربة قرينة على وجود اتفاق محظور.⁽¹⁾

وقد طبق مجلس المنافسة الفرنسي هذا المنهج بتطبيق العديد من القرائن والمؤشرات (لقاءات قمة بين المسيرين - نظام المقاصة بين المؤسسات... الخ).⁽²⁾

ويتعامل القضاء الأوروبي بشيء من التساهل بخصوص إثبات الأعمال المدبرة مقارنة بالقضاء الفرنسي؛ حيث اعتبر أن المشاركة غير الفعالة في اجتماع واحد لمؤسسة ما، أين يكون موضوع الاتفاق مطروحا، كافيا لاعتبارها مشاركة في هذا الاتفاق، على خلاف القضاء الفرنسي الذي اشترط عدم الاكتفاء بوجود اجتماع واحد، بل لابد لإثبات العمل المدبر إما المشاركة في اجتماعات لاحقة أخرى لها نفس الموضوع المنافي للمنافسة، وإما أن يظهر من خلال انضمام المؤسسة المعنية إلى وضع جماعي خارج الاجتماع المعني⁽³⁾.

وعلى العموم يلاحظ عدم استقرار مجلس المنافسة الفرنسي بخصوص إثبات الاتفاق المنافي للمنافسة، فأحيانا يتأثر بمسلك القضاء الأوروبي ويتساهل بخصوص مسألة الإثبات وأحيانا أخرى يتحفظ بخصوص إثبات الاتفاق المنافي للمنافسة؛ حيث ذهب في إحدى القضايا إلى إدانة شركتين تنتميان إلى سوق خميرة الخبز، بسبب وجود تواز في السلوك ظهر من خلال سلوكيات متشابهة بخصوص الأسعار؛ إذ اعتبر المجلس أن غياب تفسير آخر مقبول وغياب وجود مصلحة فردية للمؤسسة من خلال هذا السلوك يمثل دليلا كافيا على وجود اتفاق مناف للمنافسة، في حين رفضت كل من محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الاستناد إلى هذه القرينة للتدليل على وجود اتفاق مناف للمنافسة⁽⁴⁾.

أما في قضية *les roulements à billes et assimilés*، فقد تشدد المجلس بخصوص الإثبات، معتبرا أن توازي السلوك لا يكفي وحده لإثبات وجود اتفاق مناف للمنافسة، لأنه قد يكون ناتجا عن شروط تتعلق بتركيبة السوق، وأنه لا بد من توافر مؤشرات أخرى للقول بوجود اتفاق محظور.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ Daniel Mainguy, Jean Louis Respaud, Malo depincé, Op.cit, p247.

⁽²⁾ Analyse de la jurisprudence (pacte de non agression entre entreprise sur certains marchés), 2005. www.autoritedelaconurrence.fr.

⁽³⁾ Marie Anne Frison Roche - Marie Stéphane Payet, Op.cit, p160.

⁽⁴⁾ Ibid, p163, Note :03.

⁽⁵⁾ Emmanuelle Claudel, Ententes anticoncurrentielles, preuve, RTDcom, Dalloz, 2003, p 496.

حيث أن الاقتداء بالأسعار قد يبرر بواقع هيكل وتركيب السوق وشروط التمويل والتوزيع المماثلة، لذلك فالاتفاق الضمني لا يقوم إلا عندما لا يمكن تفسير التماثل في السلوك بشرط سير السوق التي تنتمي إليها المؤسسة.⁽¹⁾

وعلى العموم، فإن غياب الدليل على وجود اتفاق مناف للمنافسة يبقي الممارسة بعيدة عن المتابعة حتى في حال وجودها، وفي تصريحاته المتتالية شدد رئيس مجلس المنافسة الجزائري على ضرورة إخطار المؤسسات في السوق بالاتفاقات المنافية للمنافسة كلما توفر لديها الدليل على ذلك، معترفاً في الوقت ذاته بوجود اتفاقات لا يمكن متابعتها بسبب غياب الدليل، سيما في إطار الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: تعدد صور القوة الاقتصادية

على خلاف الاتفاقات المنافية للمنافسة، التي لا يرتبط ارتكابها بضرورة التمتع بقوة اقتصادية في السوق، تظهر بعض الممارسات المنافية للمنافسة على أنها ترجمة لقوة اقتصادية محوزة من قبل المؤسسة.

غير أن القوة الاقتصادية المقصودة -في هذا المقام- تختلف درجاتها من ممارسة إلى أخرى من الممارسات المعنية؛ حيث تعبر هذه القوة بخصوص وضعية الهيمنة عن سلطة سوقية تتمتع بها المؤسسة المهيمنة (أولاً)، أما بخصوص وضعية التبعية الاقتصادية، فتعبر هذه القوة عن قوة تأثير نسبية للمؤسسة (ثانياً)؛ أي إزاء بعض شركائها، وليس بالنظر إلى كامل السوق⁽²⁾، أما بالنسبة لممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي، فتتحصّر هذه القوة أو تترجم من خلال قدرة المؤسسة في عرقلة مؤسسة أخرى منافسة لها (ثالثاً).

أولاً: وضعية الهيمنة

قد تصل مؤسسة ما إلى اكتساب قوة اقتصادية هامة في السوق المعنية، وإذا كان ذلك يعد من قبيل الطموح المشروع الذي لا تنكره التشريعات المتعلقة بالمنافسة على اختلاف مصادرها، والذي يشكل جوهر المنافسة الاقتصادية، إلا أن توظيف المؤسسة المهيمنة لهذه السلطة في التأثير السلبي في السوق هو الذي تحظره قوانين المنافسة، وعليه، فإن تقدير وجود هذه الممارسة المنافية ينطلق أولاً من تقدير مدى وجود المؤسسة المعنية في وضعية هيمنة اقتصادية.

(1) بن يسعد عذراء، المرجع السابق، ص 232.

(2) حيث يتم التمييز - في هذا الإطار - بين مصطلحي (la domination absolue) و (la domination relative).

1- مفهوم وضعية الهيمنة⁽¹⁾

شأنها شأن بعض المصطلحات الأخرى، أورد المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة من الأمر (03-03) في البند (ج) مفهوما لوضعية الهيمنة بأنها : "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها".

ولقد كان القضاء الأوروبي سباقا في تعريف وضعية الهيمنة، تعريفا طابق في محتواه، ذلك التعريف الذي استقر عليه كل من مجلس المنافسة والقضاء الفرنسيين وأخذ به كذلك المشرع الجزائري ضمن نص المادة الثالثة السابق.

ويمتد تعريف القضاء الأوروبي لوضعية الهيمنة إلى القرار United Brands الصادر في 14 فيفري 1978 ؛ حيث جاء فيه بأن الهيمنة هي : "سلطة اقتصادية محوزة من قبل مؤسسة، تعطىها إمكانية وضع حواجز أمام منافسة فعلية في السوق المعنية، وإمكانية القيام بتصرفات منفردة إزاء منافسيها ، زبائنها وإزاء المستهلكين"⁽²⁾.

والتعريف ذاته، قد أكدته بعد ذلك محكمة العدل الأوروبية في القرار Hoffman la Roche الصادر سنة 1979.

وفي تعريف أورده مجلس المنافسة الفرنسي سنة 1987، تم وصف وضعية الهيمنة بأنها : "الحالة التي تجرد فيها مؤسسة أو مجموعة مؤسسات غيرها من المؤسسات المتواجدة في السوق ذاتها من المنافسة"⁽³⁾، غير أن مجلس المنافسة والقضاء الفرنسيين ما فتئا أن استقرا على تعريف الهيمنة من خلال التصرفات المنفردة للمؤسسة في السوق ؛ أي المعيار الذي أخذ به القضاء الأوروبي.

ويقصد بالتصرفات المنفردة ، بهذا الخصوص، استقلالية المؤسسة في سلوكاتها؛ حيث أنه من المنطقي أن تراعي أي مؤسسة ردود أفعال غيرها من الشركاء أو المنافسين في السوق في حال اتخاذها سلوكا ما من قبيل رفع الأسعار، وهو الأمر الذي لا يكون ضروريا عندما تكون

⁽¹⁾ رغم أنه سبق اعتماد هذه الممارسة ضمن قانون الأسعار لسنة 1989 والأمر الملغى 06-95، إلا أنه لم يتضمن أي منهما تعريفا لوضعية الهيمنة.

⁽²⁾ Antoine Masson, Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel (théorie, exercices et éléments de méthodologie), Larcier, 2^{ème} éd, 2009, p510.

⁽³⁾ Marie Chantal, Boutard Labarde - Guy Ganivet, Op.cit, p71-92.

المؤسسة مهيمنة، حيث تتجاوز آثار المنافسة، ولا تصبح معنية بها، وهذا ما يعطيها الاستقلالية الكاملة في سلوكاتها إزاء منافسيها وزبائنها وممونيها.

وقد تم التمييز في إطار مفهوم الهيمنة بين تصورين : الأول تصور جامد (Statique)، مرتبط أساسا بالحصص في السوق، والآخر ديناميكي (Dynamique)، يقوم على تقدير وضعية الهيمنة في ضوء جملة من المؤشرات (Un faisceau d'indices)⁽¹⁾.

ولقد أصبح المنهج الديناميكي هو المحبذ، سيما من قبل الهيئات القضائية الأوروبية، وذلك بعد اعتبار مؤشر حصة السوق ليس دليلا قاطعا على وجود أو غياب وضعية الهيمنة⁽²⁾.

لكن، ورغم ذلك، فإن معيار حصة السوق لم يفقد مكانته في تقدير وضعية الهيمنة من قبل هيئات المنافسة.

كما ساد أيضا بخصوص مفهوم الهيمنة، ذلك المفهوم الذي اعتمده المشرع الألماني، والذي استعمل بخصوص تعريف الهيمنة مصطلح الوضعية الممتازة (La situation de prépondérance) ؛ حيث اعتبر أن المؤسسة التي تقدم سلعا أو خدمات في السوق، تعد في وضعية هيمنة عندما تمتاز على منافسيها⁽³⁾، وهذا بغرض إيجاد مدلول واسع، إلى أبعد الحدود، لوضعية الهيمنة. ولقد أثر مصطلح الوضعية الممتازة (la situation de prépondérance) في الفقه الفرنسي⁽⁴⁾ الذي استعمل المصطلح لوصف وضعية الهيمنة.

ويبدو أنه لا تعارض من ناحية المضمون والنتيجة بين التعريف الذي انتهجه القضاء الأوروبي والتعريف الوارد ضمن التشريع الألماني ؛ ذلك أن التعريف الذي تبناه القضاء الأوروبي، يمثل دلالة على وجود مظهر مؤثر من قبل المؤسسة المعنية في السوق وفي الوقت ذاته يمكنها من تفادي تأثير المنافسين على قوتها في السوق.

⁽¹⁾ Anne-Sophie Choné, Op.cit, p150.

- حيث يميز في إطار الدراسة الاقتصادية بين نموذجين هما النموذج الستاتيكي أو الساكن، والنموذج الديناميكي، ففي حين تقوم الدراسة الاقتصادية الديناميكية على افتراض ظروف أو مدلولات معينة تأخذها على علاتها بحيث تحاول هذه الدراسة أن تتعمق في بحث التعديلات السوقية المترتبة على هذه المدلولات أو التغيرات والتي تطرأ عليها على مدار الوقت، تقوم دراسة الاقتصاد الستاتيكي على افتراض ثبات هذه المدلولات، فلا تأخذ عنصر الوقت في الاعتبار: حسين عمران، النظريات الاقتصادية، الجزء الثاني، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1987، ص 14.

⁽²⁾ Anne-Sophie chone ,op.cit ,p150.

⁽³⁾ Marie Laval, A propos de la notion de position dominante en droit europeen, Allemand et francis , dispo/site : www.blog.U-paris10.fr

⁽⁴⁾ Voir : - Michel Pédamon, Op.cit, p428.
- Sophie Choné, Op.cit, p149.

وتختلف وضعية الهيمنة عن الاحتكار في أنها لا تفترض غياب المنافسة بشكل كامل، وإنما تجعل المؤسسة المهيمنة في وضعية اتخاذ قرارات من شأنها التأثير في الشروط التي تمكن من تطور المنافسة⁽¹⁾.

2- معايير تقدير وضعية الهيمنة

تتزوج هيئات المنافسة عموما بين المعايير الكمية والمعايير النوعية في تقدير وضعية الهيمنة⁽²⁾ :

أ- المعايير الكمية :

إن ترجيح اعتماد المنهج الديناميكي من أجل تحديد وضعية الهيمنة، لم يغن هيئات المنافسة على اعتماد المعيار الكمي من أجل تقدير هذه الوضعية .

وتشكل حصة المؤسسة في السوق المعيار الأهم من بين المعايير الكمية، ويقصد بحصة السوق كمعيار لتقدير الهيمنة، حجم المبيعات أو المشتريات التي تحققها المؤسسة في السوق خلال مدة زمنية معينة⁽³⁾.

أما ربط حصة السوق بالقدرة الإنتاجية للمؤسسة، فهو معيار غير محبذ ؛ ذلك أن المؤسسة، قد تنتج أكثر من حاجة السوق، ولكنها تُخفق في بيع بعض السلع⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة ، بهذا الخصوص ، إلى أن وضعية الاحتكار معنية أيضا بالحظر الوارد ضمن نص المادة السابعة ، متى ارتبطت بالتعسف، حيث ذكر المشرع : "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها...".

وعلى خلاف البحث في وضعية الهيمنة، فإن المؤسسة عندما تحوز احتكارا قانونيا أو واقعيًا، فإنه لن يكون هناك إشكال لدى هيئات المنافسة ؛ إذ أن حالة الاحتكار ، تكون أوضح كون المؤسسة تسيطر على السوق بشكل كلي.

⁽¹⁾ Antoine Masson, Op.cit, p510.

⁽²⁾ وذلك بخصوص القوانين التي لا تعتمد المعايير العددية.
⁽³⁾ ورد في المادة الرابعة من المرسوم 314-2000 السابق بأن : "تحدد حصة السوق بالعلاقة بين رقم أعمال العون الاقتصادي المعني ورقم أعمال جميع الأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق"، كما اعتمد مجلس المنافسة الجزائري في قضية (ENIE) السابق الإشارة إليها على معيار رقم الأعمال لتحديد وضعية الهيمنة.
⁽⁴⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص85، هامش 36.

وفي هذا الإطار أدان مجلس المنافسة الجزائري الشركة الوطنية للتبغ والكبريت بسبب تعسفها في وضعية احتكار النشاط التبغي، حيث وصف المجلس الشركة بأنها " تضطلع دون سواها بتموين السوق بهذه المنتوجات."⁽¹⁾

وبخصوصاً لأخذ بالمعايير الكمية لتقدير الهيمنة ، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن حيازة مجموعة مؤسسات للصحافة، حصة سوقية تقدر بـ 92% في السوق الجهوية لبيع المساحات الإعلانية في الصحافة اليومية، يمثل مؤشراً كافياً على وضعية الهيمنة⁽²⁾.

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية مديرية الأرصاد الجوية في فرنسا في وضعية هيمنة، نتيجة امتلاكها حصة تصل إلى 97% من إجمالي سوق الخدمات المتعلقة بالأرصاد الجوية⁽³⁾.

وقديماً تم اعتبار مؤسسة France loisir في وضعية هيمنة على سوق بيع الكتب من قبل النوادي ؛ حيث وصلت حصتها إلى 70% من المبيعات، وتعززت هذه الوضعية بفعل صعوبة الدخول إلى السوق المقترنة أساساً بالاستثمارات الضرورية في هذا المجال⁽⁴⁾.

وفي الواقع، فإن الفقه في فرنسا قد رأى ضرورة عدم الاكتفاء بالمعايير الكمية واعتبرها غير كافية لوحدها لتقدير وضعية الهيمنة، وارتأى ضرورة النظر إلى مؤشرات أخرى، من قبيل عدد المنافسين الآخرين، وقوتهم الاقتصادية وعلاقاتهم... إلخ⁽⁵⁾.

وهذا ما يبدو ضرورياً سيما في الحالة التي تمتلك فيها المؤسسة حصة متوسطة في السوق المعنية، حيث يبدو في هذه الحالة أعمال مؤشرات أخرى أمراً ضرورياً.

وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن حصة 50% التي تحوزها مؤسسة Orange، غير كافية لتحديد وضعية الهيمنة، على أساس أن المنافسين الآخرين يحوزان حصة سوقية دالة (significant)⁽⁶⁾ وعلى العكس من ذلك، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن حصة

⁽¹⁾ قرار رقم 98 ق 03 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998، منشور على الموقع: www.conseil-concurrence.dz

⁽²⁾ Décision n°05-D-44 du 21 Juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe la provence dans le secteur de la publicité dans la presse quotidienne régionale à marseille : www.autoritedelaconurrence.fr

⁽³⁾ Michel Pédamon, Op.cit, p 428.

⁽⁴⁾ Jurisclasseur, concurrence, consommation, fasc 315 : abus de domination, cote : 08, 1992, p3.

⁽⁵⁾ Christian Gavalda, Abus de position dominante sur le marché de la vente des livres par clubs, recueil Dalloz, 1990, p523, p2 sur 6.

⁽⁶⁾ Décision n°07-D-37 du 7 novembre 2007 relative à une saisine de l'association de défense, d'éducation et d'information de consommateur à l'encontre de groupe France télécom : www.autoritedelaconurrence.fr

سوقية تقدر بـ 53%، تحوزها مؤسستان تشكلان مجعما ماليا في سوق المساحات الإشهارية في وضعية هيمنة باعتبار أن المنافس الوحيد، لا يمثل سوى 28% من السوق⁽¹⁾.

وهو الموقف الذي استقر عليه القضاء الأوروبي ؛ حيث أكد على أنه عندما يتعلق الأمر بحصة متوسطة في السوق، فإنه يجب النظر في المؤشرات الثانوية على أنها مؤشرات رئيسية، والنظر إلى حصة السوق على أنها مؤشر ثانوي، وتوافر هذه المؤشرات جميعا يمكن من القول بأن حصة في السوق بين 40% و 45% تكفي للقول بوجود وضع مهيم⁽²⁾.

أما عن طبيعة هذه المؤشرات، فتتعلق بحواجز تمنع الدخول إلى السوق.

وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن مؤسسة مختصة في أغذية الكلاب الملكية حائزة لوضع مهيم رغم حيازتها حصة تقارب 40% من السوق، وذلك بسبب شهرة علامتها والتواجد الجغرافي الواسع والعقود الحصرية مع البيطرة والحصص الضعيفة في السوق التي يحوزها منافسوها⁽³⁾.

وفي قضية أخرى، اعتبر المجلس، اتحاد منتجي الجبن ومؤسسة Caves حائزان لوضع مهيم بامتلاك 70% من السوق، ولكن أيضا بسبب اعتبار مؤسسة Caves الممون الرئيسي بالمادة الأولية والمالك الأساسي لأقبية إنتاج هذا النوع من الجبن⁽⁴⁾.

وعليه، فقد تمتلك المؤسسة حصة كبيرة، ومع ذلك لا تتمتع بمركز مسيطر، إذا ظهر منتج آخر جديد أو قدرات إنتاجية وتكنولوجية كبيرة.

وعلى خلاف الحصة الكبيرة والمتوسطة، فإن حيازة حصة ضعيفة في السوق، تعد دليلا على استبعاد أي إمكانية للهيمنة، وقد ذهب القضاء الأوروبي -في هذا الإطار- إلى أن الحصص في السوق بين 5 و 10% تستبعد كقاعدة عامة وجود وضع مهيم⁽⁵⁾.

(1) Jurisclasseur, concurrence, consommation, fasc 315 : abus de domination, cote : 08, 1992, p3.

(2) ريبير روبلو، المرجع السابق، ص861.

(3) Décision n°04-D-72 du 21 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Philips dans le secteur de la téléphonie résidentielle : www.autoritedelaconurrence.fr

(4) Décision n°04-D-13 du 08 Avril 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des caves des producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pate persillée : www.autoritedelaconurrence.fr

(5) ريبير روبلو، المرجع السابق، ص861.

ب- المعايير النوعية :

ليس هناك تصنيف واضح للمعايير النوعية التي يتم الاستناد إليها لتقدير وضعية الهيمنة، ومع ذلك، فإنه يمكن الوقوف على عدة معايير تتعلق أو ترتبط بالتقدم التكنولوجي وشهرة العلامة التجارية وسلوك المؤسسة في السوق وعموما مدى وجود حواجز تتعلق بالدخول إلى السوق⁽¹⁾... إلخ.

فقد تتحقق وضعية الهيمنة في السوق، بسبب شهرة العلامة التجارية لمؤسسة ما، حيث وفي قرار لوزير الاقتصاد الفرنسي صادر في 3 ماي 2000 متعلق بمشروع تركيز اقتصادي، اعتبر أن شهرة علامة مؤسسة Sara lee تشكل حاجزا هاما أمام اختراق السوق المعنية⁽²⁾، كما تعد المزايا التنافسية التي تتمتع بها المؤسسة المهيمنة، من قبيل امتلاكها لتكنولوجيا متقدمة، تستخدمها في الإنتاج والتسويق أو امتلاك براءة اختراع أو حقا من حقوق الملكية الفكرية مؤشرا نوعيا على وجود وضعية هيمنة.

وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن France Télécom الحائزة لحصّة 49% من السوق، ليست في وضعية هيمنة، بسبب عدم تماشيها مع الابتكارات التجارية في هذه السوق⁽³⁾، وعلى العكس من ذلك، فإنه وفي سوق يتميز بتطور تكنولوجي هام، فإن الحصّة السوقية لا تعد مؤشرا على أساس أن تحديد السوق المعنية يعد في غاية الصعوبة⁽⁴⁾.

كما يعد أيضا استغلال مؤسسة ما للمزايا العائدة إليها بمقتضى هيمنتها على سوق معينة في إطار سوق أخرى، مؤشرا على الوضع المهيمن، كونه يمكنها من فرض سياستها إزاء منافسيها في هذه السوق⁽⁵⁾.

(1) وقد قسم الفقه هذه الموانع إلى قانونية واقتصادية وطبيعية : فالموانع القانونية تظهر من خلال النصوص القانونية التي تجعل الاستثمار في السوق أمرا صعبا، بينما الموانع الاقتصادية، فتتمثل في استخدام التكنولوجيا الفائقة، ففي قضية (microsoft)، قضت المحكمة العليا في الوم.أ بإدانة المؤسسة، عندما ربطت البراوز الباهظة الثمن بنظام الويندوز، حيث تمثل المانع في حصول العملاء على البراوز عالي الجودة دون مقابل، أما الموانع الطبيعية، فهي تلك المرتبطة بتكلفة النقل مثلا... إلخ : عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص ص 40-38.

(2) Georges décoq, André décoq, Op.cit, p143.

(3) Décision n°04-D-22 du 21 Juin 2004 relative à une saisine sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel : www.autoritedelaconurrence.fr.

(4) Décision n°04-D-54 du 8 Novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple computer : www.autoritedelaconurrence.fr.

(5) Jurisclasseur, concurrence, consommation, fasc 315 : abus de domination, cote : 08, 1992, p3.

كما يمكن أن تتمثل هذه المؤشرات في حواجز واقعية أو فعلية للدخول إلى السوق، تمنح للمؤسسة المعنية مزايا تنافسية هامة -كما سبق-.

وعلى رأس المزايا التي يمكن أن تخلق أو تدعم هيمنة المؤسسة في سوق ما هي امتلاكها لمنشآت أساسية للدخول إلى السوق تشكل حاجزا أمام دخول مؤسسات أخرى في حال عدم وجود تسهيلات من هذه المؤسسة.

وفي سؤال يتعلق بموقف المشرع الجزائري إزاء المعايير الخاصة بتقدير وضعية الهيمنة، يمكن القول أن المشرع الجزائري، قد اعتمد في ظل الأمر الملغى 95-06 مقاييس لتحديد وضعية الهيمنة⁽¹⁾، جمع فيها بين المعايير الكمية (حصة السوق) وكذا المعايير النوعية (الامتيازات القانونية أو التقنية... إلخ)، وبعد إلغاء هذه المقاييس، فإنه حتما يتمتع مجلس المنافسة بسلطة تقديرية واسعة في هذا الإطار من أجل تقدير وضعية الهيمنة، وهو في هذا الإطار -لاشك- سوف يجمع بين المعايير الكمية والنوعية.

ومن خلال التجربة المتواضعة لمجلس المنافسة الجزائري، نجده قد طبق المعيارين العددي والنوعي، ففي قضية مؤسسة ENIE، اعتمد مجلس المنافسة في تقدير وضعية الهيمنة على معيار كمي، بالدرجة الأولى، حيث قام ليستنتج هذه الوضعية بمقارنة رقم أعمال المؤسسة مع حجم المبيعات في السوق المعنية، ومع ذلك، فقد أكد المجلس أن هذه الحصة السوقية كانت بفعل نوعية الأجهزة التي تنتجها المؤسسة المذكورة، والتي يفضلها المستهلكون نتيجة جودتها وتوفر قطع الغيار وخدمات ما بعد البيع... إلخ⁽²⁾.

3- أشكال الهيمنة

لم يشر المشرع الجزائري، إلا إلى شكل واحد للهيمنة، وهي هيمنة مؤسسة ما على السوق، في حين اعتمد المشرع الفرنسي⁽³⁾ والأوروبي فكرة الهيمنة الجماعية.

(1) أنظر المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314، المصدر السابق.

(2) سبقت الإشارة إليه: أنظر ص 138 الهامش رقم 2 من هذا البحث.

(3) Article D.420-2 alinéa 1 du code de commerce : « est prohibée, ..., l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises... ».

أ- الهيمنة الفردية:

وهي الصادرة عن مؤسسة ما عن طريق سلوك منفرد أي بإرادة منفردة وهو -في الواقع- المعنى الشائع الذي تنصرف إليه مفهوم الهيمنة.

ب- الهيمنة الجماعية:

أثيرت مسألة الهيمنة الجماعية على مستوى القضاء الأوروبي، بخصوص قضية *verre plat* سنة 1992، أين اعتبرت اللجنة الأوروبية ثلاث شركات إيطالية مختصة في صنع الزجاج المسطح في وضعية هيمنة جماعية بحيازتها لـ 80% من الإنتاج.

وقد ذهب القضاء الأوروبي إلى أنه يمكن أن تتحول مجموعة مؤسسات إلى مركز هيمنة جماعية، إذا كانت هذه المؤسسات تمتلك مجتمعة بحكم العلاقة الهيكلية أو العقدية التي تربط بينها، ويفضل التنسيق والتكامل الذي تنتهجه، القدرة على تبني موقف موحد تجاه السوق، تستطيع فرضه على منافسيها⁽¹⁾.

ونتيجة لوجود إرادات مشتركة، فإنه ثمة علاقة بين الهيمنة الجماعية والاتفاق، حيث يمكن أن يكون هذا الأخير عنصر إثبات للهيمنة الجماعية، كونه يترجم العلاقة المفروضة بين المشاركين في الوضع الجماعي المهيمن⁽²⁾.

ومع ذلك، فإن صعوبة إثبات الاتفاق، لا يمنع أبدا من القول بوجود وضع مهيم جماعي؛ إذ يكفي لإثبات وضعية هيمنة جماعية إثبات وجود عوامل للاشتراك أو روابط دائمة⁽³⁾.

ولقد اعتبرت اللجنة الأوروبية أن حيازة جزء هام من السوق، خاصة في حالة وجود سوق احتكار القلة، يمثل في غياب دليل كافي لإثبات العكس، مؤشرا هاما على وجود وضعية هيمنة جماعية، واعتبرت أن عملية التركيز الاقتصادي من شأنها أن تؤدي إلى اجتماع حصتي

⁽¹⁾ أبو بكر مهم، التعسف في استغلال الوضع المهيمن على ضوء قانون المنافسة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 16، ماي 2009، ص54.

⁽²⁾ Marie Anne Frison Roche – Marie Stéphane Payet, Op.cit, p159.

⁽³⁾ "...l'existence d'une position dominante collective peut donc résulter de la nature et des termes d'un accord, de la manière de sa mise en œuvre et, partant, des liens ou facteurs de corrélation entre entreprises qui en résultent. Toutefois, l'existence d'un accord ou d'autres liens juridiques n'est pas indispensable à la constatation qu'il existe une position dominante collective..." : CJCE 16 Mars 2000, compagnie maritime belge/ commission des communautés européennes, dispo/site :eur-lex.europa.eu

المؤسستين المعنيتين بما يشكل 70% من السوق، وأن الفرق بين هذه الحصة وتلك المحوزة من قبل المنافسين كافية وحدها للقول بوجود خطر إنشاء وضعية هيمنة جماعية⁽¹⁾.

إن تغاضي المشرع الجزائري عن الإشارة إلى الهيمنة الجماعية وعدم إمكان مدّ النص الحالي إلى شمولها لا ينفى الإمكانية الفعلية في نشأة وضعية هيمنة جماعية، وتعسف المؤسسات المعنية في استغلالها، سيما ضمن سوق تتميز باحتكار القلة؛ إذ قد يؤدي تكافؤ القوى بين المؤسسات فيها التوجه نحو وضع مهيمن جماعي واستغلاله تعسفيا.

لذلك كان على المشرع -في تقديرنا- وتوسيعا لمجال الحماية القانونية للسوق مدّ أحكام الهيمنة ليشمل صورة الهيمنة الجماعية.

ثانيا: وضعية التبعية الاقتصادية

إذا كانت وضعية الهيمنة، تعبر عن علاقة بين المؤسسة والسوق المعنية، فإن وضعية التبعية الاقتصادية يتم قياسها بشكل نسبي بالنظر إلى العلاقة بين مؤسسة وأخرى، باعتبار هذه الأخيرة شريكا اقتصاديا للأولى.

ولقد آثر المشرع الجزائري تعريف وضعية التبعية الاقتصادية من خلال الأمر 03-03 وضمنها شكلين هما تبعية الموزع للممون، وتبعية الممون لعملية.

1- مفهوم وضعية التبعية الاقتصادية

ورد ضمن البند (د) من المادة الثالثة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة تعريفا لوضعية التبعية الاقتصادية بأنها: "العلاقة التجارية، التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا".

فوفقا لهذا التعريف، فإن مفهوم التبعية الاقتصادية، يتحدد بالنظر إلى وجود علاقة تجارية بين مؤسستين تترجم تبعية إحداهما للأخرى، وانعدام الحل البديل عن هذه التبعية.

⁽¹⁾ Georges décoq, André décoq, Op.cit, p152.

أ- وجود علاقة تجارية بين مؤسستين :

رغم أن نطاق تطبيق قانون المنافسة يتجاوز مفهوم العمل التجاري إلى النشاط الاقتصادي بشكل عام - كما سبق - إلا أن المشرع قد ربط أو عرف وضعية التبعية الاقتصادية بوجود علاقة تجارية بين مؤسستين.

لذلك، وبداية فإن أطراف هذه العلاقة تتحدد بين مؤسستين، تنطبق عليهما المعايير الخاصة بتعريف "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة، وذلك يحمل دلالة مفادها أن وضعية التبعية الاقتصادية لا يكون محلها إطلاقا العلاقات بين المؤسسات والمستهلكين⁽¹⁾.

وفي الواقع، فإن "العلاقة التجارية" التي عبر عنها النص، تثير التساؤل بخصوص مجالها بمعنى هل الأمر يفترض علاقة مستمرة أم مجرد علاقة عرضية أو عابرة؟

وفي هذا الإطار أكد الفقه الفرنسي على ضرورة التوجه نحو تضيق نطاق تطبيق الأحكام الخاصة بالتبعية الاقتصادية وقصرها على الحالات التي توجد فيها علاقات تجارية سابقة بين مؤسستين⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، لا يمكن مثلا اعتبار رفض الموزع التعاقد مع أحد المومنين، الذين لم يسبق له التعامل معه بمثابة تعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، حتى ولو بدا هذا الرفض غير مشروع أو لحق هذا المومون ضررا بسبب هذا الرفض⁽³⁾.

ونعتقد أن هذا الاتجاه الذي أراد أن يسلكه المشرع الجزائري؛ وذلك للأسباب التالية :

- أن استعمال المشرع عبارة "العلاقة التجارية" بصيغة التعريف، يوحي إلى وجود علاقة سابقة دائمة مستقرة بعيدة عن التعامل الظرفي أو العرضي.

- أن المشرع قد أكد أن هذه العلاقة تتم في إطار تعاقدية، تمثل فيه إحدى المؤسسات الزبون، وتمثل المؤسسة الأخرى المومون.

- أن مدلول "التبعية" في حد ذاتها يؤكد على وجود علاقة سابقة بين المؤسستين.

⁽¹⁾ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة : منشور على الموقع : univ-biskra.dz/fac/droit/revues

⁽²⁾ Jurisclasseur, concurrence, consommation, fasc 315, cote : 08, 1992, exploitation abusive de la dépendance économique d'autrui, p1.

⁽³⁾ Ibid.

أما عن صور هذه العلاقة التجارية أو أساسها، فإنه يتصور -في هذا الإطار- أن تكون بناء على عقد من عقود التوزيع أو التموين.

وتبعاً لذلك، فإن العلاقات التبعية، تنتجاً عن وجود علاقة تعاقدية، وأن تتميز هذه العلاقة بالاستمرارية.

ومع ذلك، فإنه لا يمكن الادعاء بوجود تبعية اقتصادية لمؤسسة تجاه أخرى دون أن يتأكد غياب حل بديل يمكن أن تتخذه المؤسسة التابعة يغيها عن الخضوع للشروط التي تفرضها عليها المؤسسة المتبوعة.

ب- انعدام الحل البديل :

عبرت المادة الثالثة في البند (د) عن هذا الشرط في تعريفها لوضعية التبعية الاقتصادية بانعدام "الحل البديل المقارن"، والذي يعد إذن، شرطاً جوهرياً لإمكان القول بوجود وضعية تبعية اقتصادية.

أما عن فحوى هذا الشرط، فهو أن يكون بوسع المؤسسة التابعة أن تجد المنافذ الملائمة لمواصلة نشاطها الاقتصادي في حال رفضت الرضوخ للشروط التي تملها عليها المؤسسة المتبوعة.

أو بعبارة أخرى، يتمثل الحل البديل في أن تتمتع المؤسسة التابعة بحرية ممارسة نشاطها الاقتصادي بشكل طبيعي على الرغم من كونها في علاقة تجارية مع شريك اقتصادي⁽¹⁾.

ولقد آثر المشرع الجزائري اعتماد هذا الشرط بخصوص وضعية التبعية الاقتصادية على خلاف المشرع الفرنسي الذي تخلى عن هذا الشرط بعد تعديله لنص المادة 2-420 L. من القانون التجاري الفرنسي⁽²⁾.

ومع ذلك، ورغم إلغاء المشرع الفرنسي لهذا الشرط، إلا أنه لوحظ استمرار اعتماده من قبل سلطة المنافسة والقضاء الفرنسيين لتقدير وضعية التبعية الاقتصادية.

(1) لينا حسين زكي، المرجع السابق، ص 237.

(2) وذلك بموجب قانون 15 ماي 2001 المتعلق بالأحكام الجديدة للضبط الاقتصادي، وعموماً فإن التخلي عن هذا الشرط، كما جاء في المناقشات التي تمت على مستوى البرلمان، يجسد رغبة المشرع الفرنسي في حماية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من آثار هذه الممارسة المنافية للمنافسة.

وحتى على مستوى الفقه، فإن هذا الشرط يعد جوهريا (consubstantiel) للتبعية الاقتصادية؛ إذ لا يمكن عمليا تقديرها في غياب هذا الشرط، أو بعبارة أخرى، فإن توفر حل بديل، يحول دون تبعية مؤسسة لأخرى⁽¹⁾.

ويعبر الاجتهاد الأوروبي عن شرط عدم وجود حل بديل "بالشريك الإجمالي" أو المفروض والذي يتمثل في المؤسسة المتبوعة، بمعنى أن تصبح هذه الأخيرة شريكا إجباريا للمؤسسة التابعة⁽²⁾.

أما المشرع الألماني، والذي كان سباقا في حظر هذه الممارسة، فقد اعتمد بخصوص "انعدام الحل البديل" معيارا مزدوجا، يقوم على البحث عن مدى وجود بدائل أخرى، غير تلك التي ترتبط بها المؤسسة التابعة (absence d'alternative suffisante) من جهة ومن جهة ثانية مدى كون البحث عن هذه البدائل ليس مرهقا بالنسبة للمؤسسة التابعة (absence d'alternative supportable)⁽³⁾.

ولقد طبق مجلس المنافسة الفرنسي في قضية SONY المعيار المزدوج الذي تبناه المشرع الألماني بخصوص غياب الحل البديل، حيث عبر عنه بغياب ظروف تقنية معادلة وغياب بديل غير مرهق⁽⁴⁾.

ونتصور بأن المرونة أو التشدد في مضمون غياب الحل البديل، يرتبط أساسا بدرجة الانفتاح الاقتصادي وبعوض السياسات التي ترغب الدولة في تجسيدها.

فإذا كانت سياسة الدولة، تهدف إلى تدعيم المؤسسات ذات الحجم المتواضع، فإن إلغاء هذا الشرط لتقدير وضعية التبعية يكون مفيدا، حيث يخفف على هذه المؤسسات التي تتعرض للاستغلال بسبب تبعيتها عبء إثبات الممارسة المدعى بها.

أما إذا كانت درجة الانفتاح الاقتصادي كبيرة، فإن التمسك بهذا الشرط من شأنه التأثير في حرية المؤسسات المتبوعة في فسح علاقاتها التجارية، وهو ما يعد في الوقت ذاته تثبيطا لحرية المنافسة. وعموما، يميز الفقه بين عدة أسباب للتبعية الاقتصادية هي⁽⁵⁾:

(1) Anne-sophie Choné, Op.cit, p154.

(2) Marie - Anne Frison Roche – Marie Stéphane Payet, Op.cit, p133 .

(3) Anne -Sophie Choné, Op.cit, p154, Note : 04.

(4) Ibid.

(5) Pascal Lehuédé, Op.cit, p102-103.

- التبعية بسبب الملاءمة : وتتحقق في حال كفاءة الممون العالية.
- التبعية بسبب قوة الشراء : وتتحقق في حال مراكز الشراء العملاقة (قوة التوزيع).
- التبعية بسبب علاقات الأعمال : وتتحقق في حال التعامل مع شريك تجاري لمدة طويلة، حيث يتم رصد استثمارات هامة لهذا الغرض.
- التبعية بسبب الندرة : أي ندرة المنتجات البديلة أو انعدامها.

2- أشكال التبعية الاقتصادية

وتتلخص في شكلين هما: تبعية الموزع للممون وتبعية الممون لعميله.

أ- تبعية الموزع للممون :

وتسمى التبعية -في هذه الحالة- بتبعية التموين (dépendance d'approvisionnement) وتتحقق في حال وجود ممون في وضعية كفاءة عالية، تؤدي إلى تبعية الموزع له.

أما فيما يتعلق بمؤشرات وجود الممون في وضعية كفاءة بالنسبة للموزع، بما يسمح بالقول بوجود وضعية تبعية اقتصادية، فقد استقر الفقه والاجتهاد الفرنسيين على اعتماد بعض المؤشرات، والتي يجب أن تكون متزامنة من ناحية وجودها، ويمكن إجمالها، فيما يلي :

-شهرة العلامة التجارية للممون :

إن شهرة العلامة التجارية للمنتج العائد للممون، تعبر عن صعوبة أو استحالة وجود منتجات بديلة عنها في السوق المعنية، الأمر الذي يجبر الموزع على الخضوع للشروط التي يفرضها عليه هذا الممون.

وهذا لا يتحقق إلا في الحالة التي يكون فيها هذا الممون حائزا لسلطة أو قوة في السوق المعنية، وفي هذا الإطار يقع على هيئة المنافسة أن تتحرى عن مدى وجود إمكانية الحل البديل، والذي يتمثل ، في هذه الحالة ، في وجود منتج لممون آخر ذو علامة لا تقل شهرة عن علامة المنتج العائد للممون المتبوع.

وفي هذا الإطار قضى مجلس المنافسة الفرنسي بعدم وجود الموزع في وضعية تبعية رغم شهرة المنتج، وذلك بسبب وجود علامات ذات شهرة معادلة لشهرة علامة الممون في السوق المعنية⁽¹⁾.

- أهمية نصيب الممون من السوق :

تفترض تبعية الموزع أن يحوز الممون نصيبا هاما من السوق المعنية ؛ حيث تجد هيئة المنافسة نفسها مجبرة وهي بصدد البحث عن التبعية الاقتصادية- أن تبحث عن مدى أهمية حصة المؤسسة المشتكى منها من السوق، ذلك أن حياة هذه المؤسسة لنصيب هام من السوق يعبر عن إمكان تأثيرها في دخول أو بقاء منافسين آخرين في السوق المعنية، وهو ما يعد مؤثرا قويا للقول بصعوبة أو استحالة إيجاد حلول بديلة.

واعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في قضية SONY السابق الإشارة إليها أن تراجع نصيب المؤسسة من السوق المعنية في الفترة من 1997-2000 يعد شاهدا على إمكان إيجاد علامات بديلة في السوق المعنية.

-أهمية نصيب الممون من رقم أعمال الموزع:

يفترض هذا الشرط أن يكون رقم الأعمال الذي يحققه الموزع مع الممون ذو نسبة عالية لإمكان القول بوجود تبعية اقتصادية، غير أن ذلك يفترض أن يكون رقم الأعمال الذي حققه الموزع مع الممون، حاسما، فإذا حدث وأن تراجع رقم أعمال الموزع مع الممون، في حين لم يتراجع رقم أعماله الإجمالي، فهذا يدل على غياب وضعية التبعية الاقتصادية لوجود حلول بديلة⁽²⁾.

ومن جهة ثانية، يجب البحث عن سبب أهمية نصيب الممون من رقم أعمال الموزع، فإذا كان ناتجا عن خياراته المتعلقة بإستراتيجيته التجارية، فتبعيته للممون آنذاك، تكون إرادية وليست إجبارية، كما قرر مجلس المنافسة الفرنسي بخصوص قضية SONY⁽³⁾.

(1) Décision n°01-D-49 du 31 Août 2001, relative à une saisine et une demande de mesures conservatoires présentées par la société de la concurrence concernant la société Sony : www.autoritedelaconcurrence.fr.

(2) Marie- Anne Frison Roche - Marie Stéphane Payet, Op.cit, p135.

(3) Ibid.

ب- تبعية الممون للعميل :

إذا كانت تبعية الموزع للممون تبدو ذات أهمية بالغة، كونها تحد من قدرة الموزع على التزود بالمنتجات المعنية، فإن الحالة العكسية ؛ أي تبعية الممون للموزع أو لعميله لا تقل أهمية عن الأولى، حيث ظهرت واتسعت أهميتها بظهور مراكز الشراء العملاقة التي كان لها الدور في قلب موازين القوى بين الموردين والموزعين ؛ حيث تقوم هذه المراكز بتجميع منتجات الموردين في مراكز ضخمة للبيع يتعامل معها أعداد هائلة من المستهلكين، ما يجعلها محط اهتمام الموردين، وقد تلجأ إلى فرض شروط تعاقدية جائرة على عملائها من المنتجين يكون مفروضا عليهم تنفيذها⁽¹⁾.

ويستدل على وجود تبعية الممون للعميل من خلال معايير استقر عليها الفقه والاجتهاد الفرنسيين، تشبه إلى حد كبير تلك المعايير الخاصة بتبعية للموزع، حيث تتمثل على وجه الخصوص في أهمية نصيب الموزع في رقم أعمال الممون ؛ حيث يجب أن يكون نصيبا هاما يترجم علاقة التبعية الاقتصادية بينهما، بالإضافة إلى مدى أهمية مركز الموزع في تسويق المنتجات المعنية، والأسباب المؤدية إلى تركيز الممون ببيع منتجاته لدى الموزع، وفيما إذا كانت ناتجة عن أسباب موضوعية أو أمور شخصية، متعلقة بخيارات الممون، بالإضافة إلى غياب الحل البديل، الذي يعد معيارا حاسما لتقدير وضعية التبعية الاقتصادية بشكليها⁽²⁾.

هذا، ولقد حدد مجلس المنافسة الفرنسي بعض العناصر التي تساهم في تقدير معيار الحل البديل، وكذا تركيز الممون ببيع منتجاته لدى الموزع، وتتمثل على وجه الخصوص في ضعف الموارد المالية للممون ومحدودية شهرة علامته التجارية ومدى أهمية علاقة الشراكة التي تربطه مع الموزع، بالإضافة إلى المصاريف المتعلقة بنقل المنتجات المعنية⁽³⁾.

وفي الواقع، فإن هذه الحالة وإن كانت تجد لها تطبيقا في بلدان أكثر تطورا، حيث تسود فيها قوة التوزيع، فإن وجودها في الجزائر يبقى محدودا لمحدودية القدرة الاقتصادية للموزعين وانعدام أو نقص المراكز الكبرى للتوزيع⁽⁴⁾، وحتى وإن وجدت هذه المساحات، فهي لا ترقى إلى

(1) لينا حسين زكي، المرجع السابق، ص234.

(2) Marie Anne Frison Roche – Marie Stéphane Payet, Op.cit, p139.

(3) Ibid p140-144.

(4) رغم ظهور بعض المساحات الكبرى للتوزيع من أمثلتها : CevitalNumidis, UnoAfricanoArdis, SCC Bab : Ezzouar, Family Shop, Galaxy...

المستوى المطلوب تحقيقه، ويعود نقص هذه المراكز بالأساس إلى وجود أسواق موازية ومشاكل التمويل، إضافة إلى ما يتطلبه ذلك من وجود مساحات كبرى، والتي يقل عددها في المناطق العمرانية، وارتفاع أسعارها إن وجدت، وهو ما يؤدي إلى فشل هذه المشاريع⁽¹⁾.

ثالثا: عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة

حظر المشرع الجزائري ضمن المادة 12 من الأمر 03-03 عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين بشكل تعسفي.

ويتمثل العنصر المادي لهذه الممارسة في عرض أو ممارسة البيع بشكل منخفض.

أما عن مضمون السعر المنخفض، فقد أشارت إليه المادة 12 بقولها : "... مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق...".

وتبعاً لذلك، فإنه يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد اتجهت إرادته إلى توسيع نطاق هذه الممارسة من حيث مضمونها؛ إذ لم يستعمل المشرع عبارة "أقل من سعر التكلفة"، وإنما استعمل عبارة "مقارنة بتكاليف الإنتاج والتوزيع...".

وهذا ما ينبئ عن عدول المشرع عن البيع بالخسارة، الذي تضمنه الأمر الملغى 95-06، والذي يعبر عن البيع بأقل من سعر التكلفة، وعليه، يعتبر بيعاً بسعر مخفض، عندما يكون هذا السعر غير متناسب مع معدل التكلفة المتغيرة، دون أن تكون هناك حاجة لإثبات أي عنصر إضافي⁽²⁾، ما يؤدي إلى تصور قيام الممارسة في حالة البيع بنفس سعر التكلفة.

وبتعبير نص المادة 12 من الأمر 03-03، فإن الأمر يقتصر على البيع، بمعنى أن الأمر لا يتعلق بإعادة البيع أو البيع بعد التحويل، حيث أن الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، يخرج

- ولقد فرض المرسوم التنفيذي رقم 12-112 في المادة 42 منه على هذه المراكز ضرورة تحقيق نسبة 60% من رقم أعمالها لتسويق منتجات وطنية : المرسوم رقم 12-112 المؤرخ في 6 مارس 2012، حدد شروط وكيفيات إنشاء وتنظيم الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية، ج ر عدد 15 لسنة 2012.

⁽¹⁾ Le marché de la grande distribution est à un niveau embryonnaire : Economie/dossier, dispo/ site : <http://www.liberte-algerie.com>.

⁽²⁾ ويقصد بمعيار التكلفة المتغيرة مجموع التكاليف، والتي تتغير بحسب حجم الإنتاج مقسوماً على عدد وحداته، فإذا كانت المؤسسة قد خفضت أسعارها إلى ذلك المتوسط أو أعلى منه، فإن ذلك يعد نافياً لوجود إساءة، وإنما يدخل ضمن الصراع التنافسي المشروع، أما إذا اعتمدت المؤسسة سعراً أقل من متوسط التكلفة المتغيرة، فإن ذلك يعد دليلاً كافياً على وجود تخفيض تعسفي، وبخصوص المشرع الجزائري، فيبدو أنه قصد عدم التقيد بالبحث عن وجود خسارة بالضرورة، وفي ذلك توسيع لمجال الحماية : أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 123، 124.

عن نطاق النص المتعلق بهذه الممارسة كونه يتعلق بممارسة تعسفية ناتجة عن وضعية تبعية اقتصادية.

وعليه، فإن هذه الممارسة تتعلق بالبيع الممارسة من قبل صانعي المنتجات أو محولها، وليس إعادة البيع على الحالة⁽¹⁾، وهو ما أشار إليه النص الفرنسي صراحة L.420-5, al.3، على خلاف النص الجزائري، الذي لم يشر إلى ذلك.

أما بخصوص التساؤل، عما إذا كان الخدمات مشمولة بخطاب هذا النص، فإنه يمكن القول أنه إذا أخذنا بالمعنى أو المدلول الحرفي للنص التشريعي، فإننا سوف نستبعد ذلك على أساس استعمال المشرع صراحة مصطلح "البيع"، وكان بإمكانه أن يذكر في سياق النص تأدية الخدمات أيضا، يضاف إلى ذلك أن مصطلحات (الإنتاج والتحويل والتسويق) ترتبط بالمنتجات دون الخدمات.

أما إذا نظرنا إلى الممارسة من ناحية السياق من حظرها، وهي تجسيد حماية كافية للسوق، لأمكننا القول بإمكان تجاوز هيئة المنافسة للمعنى الحرفي للنص وتطبيقه أيضا على الخدمات.

ولقد فسّر الفقه الفرنسي "البيع" الوارد ضمن نص المادة L.420-5, al.3 بالمعنى الواسع، أو بعبارة أخرى، قد تتجاوز معناه القانوني المرتبط بعقد البيع إلى معناه الاقتصادي، الذي يشمل أداء أو تأدية الخدمة⁽²⁾.

وهو ما طبقه مجلس المنافسة الفرنسي أيضا حينما أعطى تفسيرا للبيع يتجاوز المنتجات إلى تأدية الخدمات⁽³⁾.

ودائما بخصوص نطاق الممارسة، فإن المشرع الجزائري قد تجاوز ممارسة البيع بسعر مخفض إلى مجرد عرضها؛ أي عرض أسعار بيع مخفضة؛ بمعنى أنه قد ساوى -بهذا الخصوص- بين العرض الذي يعتبر إيجابا صادرا عن المؤسسة المعنية وبين انعقاد العقد الذي تتم به العملية (البيع)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Daniel Mainguy – Jean Louis Respaud – Malo Depincé, Op.cit, p296

⁽²⁾ Marie Anne Frison Roche – Marie Stéphane Payet, Op.cit, p233.

⁽³⁾ Décision n°96-D-01 du 27 Novembre 1996, relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transport sanitaire : www.autoritedelaconcurrence.fr.

⁽⁴⁾ لعور بدرة، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين وفقا لقانون المنافسة، منشور على الموقع : univ-biskra.dz/fac/droit/revues.

وهو ما يعد توسيعا لمجال هذه الممارسة، حيث يعد العرض من قبيل الترويج، الذي يستهدف جلب الزبائن وإغرائهم بأسعار منخفضة مقارنة بأسعار السلع المماثلة أو التعويضية.

وعلى خلاف الممارسات المنافسة الأخرى، فإن المشرع، قد حدد القيام بهذه الممارسة إزاء المستهلكين ولا تتم في العلاقات بين المؤسسات، غير أن الضرر يلحق مؤسسة أو أحد منتوجاتها.

أما عن صفة "المستهلك"، في هذا الإطار، فإن المقصود حتما هو المستهلك النهائي، وبهذا الصدد، رفض مجلس المنافسة الفرنسي الإخطار الموجه ضد العرض المقدم من مؤسسة SDFI، والذي ادعت فيه نقابة مستعملي شبكات المياه، بممارسة المؤسسة المعنية أسعارا منخفضة بشكل تعسفي، معتبرا أن الممارسة إنما تتم في مواجهة المستهلكين، وأن البلدية لا يمكن اعتبارها مستهلكا، كونها لا تهدف من خلال الصفقة المعنية إلى إشباع حاجاتها الخاصة⁽¹⁾.

إلا أن الإشارة إلى المستهلك ضمن أحكام ممارسة أو عرض أسعار بيع مخفضة لا يفسر إطلاقا على أن الهدف من حظر الممارسة هو حماية المستهلك بسبب وضعية الضعف التي يتواجد بها - وإن كانت ستعكس عليه- وإنما الغاية هو حماية السوق، ولفظ المستهلك في هذه الحالة يتحدد اقتصاديا (من الناحية الاقتصادية وليس من الناحية القانونية).

أما عن نفقات الإنتاج والتحويل والتسويق، فإنه يتم احتسابها وفق المناهج أو الطرق المحاسبية وتتضمن النفقات المتغيرة والنفقات الثابتة⁽²⁾.

ويدخل ضمن التكاليف المتعلقة بالتسويق بشكل ضروري كل النفقات أو الالتزامات الناتجة عن الأحكام التشريعية والتنظيمية المرتبطة بأمن المنتج⁽³⁾.

الفرع الثالث: الممارسات الاستثنائية

تفرد المشرع الجزائري على خلاف باقي المشرعين بحظر الممارسات الاستثنائية، والتي عبر عنها ضمن نص المادة العاشرة من الأمر 03-03 المعدلة بموجب المادة السادسة من القانون 08-12 بالاستثناء بممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة بقوله: "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستثناء في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر".

(1) Rachid Zouaïmia, Le droit de la concurrence, Op.cit, p17.

(2) Daniel Mainguy – Jean Louis Respaud – Malo Depincé, Op.cit, p296.

(3) Ibid.

وفي الواقع، فإن المشرع قد اعتمد لأول مرة هذه الممارسة ضمن الأمر 03-03 ، وكانت تقتصر قبل تعديل 2008 على نشاط التوزيع، حيث تضمنت عقود الشراء الاستثنائية التي تسمح باحتكار التوزيع في السوق.

ومن قراءة نص المادة العاشرة، يلاحظ اتجاه المشرع نحو توسيع نطاق هذه الممارسة من حيث الأشكال التي يمكن أن تتحقق بها ؛ حيث لم تعد مقصورة على تلك السلوكات التي تترجم في صورة عقد، وإنما تتجاوز ذلك لتتم في إطار صيغ متعددة كالأعمال والممارسات، سواء كانت مرتبطة بعقد أو كانت بمعزل عن أي عقد.

ويبدو أن المشرع، قد أراد إضفاء نوع من المرونة على النص من خلال الاتجاه نحو مصطلح "الاستثناء" عوض مصطلح "الاحتكار".

وفي الواقع ، فإن هذا المصطلح يطرح صعوبة في تحديد مضمونه، وتظهر هذه الصعوبة من خلال أمرين ، الأمر الأول هو أن "الاستثناء" ليس بمصطلح قانوني ولا حتى بمصطلح اقتصادي ، والأمر الثاني هو أن المشرع لم يتجه ، في ظل هذا الغموض، إلى إيراد مفهوم محدد له ، وإذا كان من غير الممكن حصر السلوكات والأعمال التي يتم بها الاستثناء، فإنه ، وبالمقابل هناك بعض أنواع العقود التي يتحقق بها، وهي عموماً تلك التي تتضمن حصرية في التعامل، ومن أهمها:

- عقد الترخيص التجاري (الفرانشيز) :

في غياب تأطير تشريعي لعقد الترخيص التجاري في الجزائر⁽¹⁾، يتحتم علينا الرجوع إلى استخلاص مضمون هذا العقد من خلال التعاريف المختلفة له ، فعلى مستوى التشريع مثلاً يتم عادة الاستناد إلى التعريف الوارد ضمن قانون Doubin الفرنسي الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1989 والمتعلق بتطوير المؤسسات التجارية والحرفية؛ حيث أوردت المادة الأولى منه مفهوماً لعقد الفرانشيز من خلال الالتزامات المترتبة على الطرفين، إلا أنه تم إدماجها بعد ذلك ضمن نصوص القانون التجاري الفرنسي⁽²⁾.

⁽¹⁾ فرغم إعداد قانون خاص بتنظيم عقد الفرانشيز ، إلا أنه تم العدول عن إصدار هذا القانون وبقي التساؤل مطروح عن السبب من وراء ذلك ، خاصة في ظل الانتشار الملمت لهذا النوع من العقود سيما على مستوى الخدمات 184.

⁽²⁾ Art. L330 du code du commerce : « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial ,une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivités pou l'exercice de son activité ,est tenu, préalablement à la signature de tout contrat

ولم تبتعد التعريفات الفقهية لعقد الفرانشيز عن إيراد أهم الالتزامات المرتبطة به ؛حيث ورد بأنه:"اتفاق يمنح بموجبه الفرانشيزر إلى الفرانشيزي لقاء بدل مادي مباشر أو غير مباشر،حق استثمار مجموعة من حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية المتعلقة بالاسم التجاري،العلامات التجارية،الماركات،المعرفة العلمية وغيرها،بحيث تكون هذه الحقوق مخصصة للاستثمار من أجل إعادة بيع منتجات أو خدمات لمستهلكين نهائين وفقا للنظام الذي طوره الفرانشيزر وبدعم مستمر منه متمثل في المساعدة التقنية طيلة مدة العقد."⁽¹⁾

إن ما يطرح مسألة علاقة هذا العقد بنص المادة العاشرة هو بنود القصر التي يتميز بها عقد الفرانشيز، والتي تطابق مفهوم "الاستثمار" الوارد ضمن نص المادة العاشرة.

حيث يتم بناءً على هذا البند تحديد النطاق الجغرافي وكذا المدة الزمنية التي يمنح خلالها حق توزيع سلع أو خدمات معينة، وبالتالي عدم السماح بتكليف شخص آخر في السوق المعنية⁽²⁾.

- عقد الامتياز التجاري :

وهو اتفاق يربط أحد الموردين بمجموعة من التجار، يكونون الشبكة التوزيعية لمنتجاته، حيث يقصر ذلك على المورد تعامله معهم فقط دون غيرهم، على أن يلتزموا بجملة من الالتزامات مقابل ذلك القصر⁽³⁾.

ولقد ورد ضمن المادة السادسة من المرسوم التنفيذي 07-390 الإشارة إلى ضرورة مطابقة عقد الامتياز في نشاط تسويق السيارات، لأحكام المادة العاشرة الخاصة بالممارسات الاستثنائية⁽⁴⁾.

- عقود التوزيع الحصرية والانتقائية :

وعقد التوزيع الحصري هو : "الاتفاق الذي بموجبه يضع المنتج أو الصانع قيда على الموزع أو من قبل الأعلى مرتبة على الأدنى مرتبة، مضمونه أو محله الاقتصار في التعامل مع

= conclu dans l'intérêt commun des deux parties ,de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères ,qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

⁽¹⁾ لبنى عمر المسقاوي ، عقد الفرانشيز (دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2012 ، ص 18.

⁽²⁾ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، المرجع السابق، ص184.

⁽³⁾ لينا حسين زكي، المرجع السابق، ص234.

⁽⁴⁾ المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 07-390 المؤرخ في 12 ديسمبر سنة 2007، يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة، ج ر عدد 78 لسنة 2007 : "يجب أن يكون عقد الامتياز الذي يربط الوكيل بالموكل مطابقا لأحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما، لاسيما المادة العاشرة من الأمر 03-03....".

بعضهم البعض، بخصوص سلعة معينة، في منطقة جغرافية معينة وخلال فترة زمنية محددة، دون أن يكون أيًا منهم تابعًا أو نائبًا عن الآخر⁽¹⁾.

أما عقد التوزيع الانتقائي، فهو العقد الذي بمقتضاه يقوم الممون بانتقاء الموزعين وقصر التعامل معهم نظرا للطبيعة الخاصة لمنتجاته، والتي تتطلب شروطا خاصة، فيمن يصلح لتولي عملية التسويق⁽²⁾.

(1) معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص 111.
(2) لينا حسين زكي، المرجع السابق، ص ص 250-251.

المطلب الثاني: ارتباط الممارسات المنافسة للمنافسة بمعيار التأثير في السوق

إن اعتبار "السوق" محورا أساسيا لقانون المنافسة، واعتبار حمايته موضوعا لهذا القانون، يؤدي إلى جعل مختلف الأحكام الخاصة بالممارسات المنافسة للمنافسة تصب في هذا الهدف، وتبعاً لذلك، فإن حظر الممارسات المنافسة للمنافسة، يقوم على ما تتضمنه هذه الممارسات من تأثيرات سلبية على المنافسة في السوق.

غير أن اختلاف طبيعة هذه الممارسات من واحدة إلى أخرى، يجعلها تختلف، سواء من حيث درجة تأثيرها أو من حيث الصور التي تعكس هذا التأثير في السوق.

وباستعراض الممارسات المنافسة للمنافسة، نجد أن المشرع قد ربط بعضها بالتعسف، والذي تمارسه المؤسسة بغرض التأثير السلبي في السوق (فرع أول)، في حين استغنى عن معيار التعسف بخصوص بعض الممارسات التي يتحقق تأثيرها السلبي في السوق من خلال موضوعها أو أثرها (فرع ثان)، وتتشرك الطائفتين من الممارسات في ضرورة وجود تأثير ملموس للمنافسة في السوق المعنية (فرع ثالث).

الفرع الأول: ارتباط التأثير في السوق "بالتعسف"

ربط المشرع الجزائري حظر بعض الممارسات المنافسة للمنافسة بفكرة التعسف، بمعنى ألا يتم اعتبارها محظورة إلا عندما تقترن بالتعسف الممارس من قبل المؤسسات القائمة بها، هذا التعسف من شأنه أن يلحق آثارا سلبية بالمسار الطبيعي للنشاط الاقتصادي في السوق.

وقبل استعراض هذه الممارسات أو مضمون التعسف بصدها، ارتأينا الحديث عن مدلول هذا "التعسف" ضمن قانون المنافسة (أولاً)، لنعرج بعد ذلك إلى الحديث عن الممارسات التعسفية المرتبطة بالهيمنة (ثالثاً)، والصور التعسفية المرتبطة بوضعية التبعية الاقتصادية (رابعاً)، والتعسف المرتبط بعرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة (خامساً).

أولاً: مدلول "التعسف" ضمن قانون المنافسة :

إن "التعسف" مصطلح مستقر ضمن النظام القانوني الجزائري؛ حيث استعمل المشرع المصطلح ضمن القانون المدني وربطه باستعمال الحق، غير أن استعماله ضمن قانون المنافسة يطرح التساؤل عن مدى كون "التعسف" ضمن قانون المنافسة، أو بالأحرى المرتبط بالممارسات

المنافسة للمنافسة يعد تجسيدا للمفهوم الكلاسيكي للتعسف في استعمال الحق أم يعبر عن وجه أو مظهر جديد وذو بعد خاص ؟

يقتضي " التعسف " الاستناد إلى حق أو مصلحة مشروعة، وفي هذا السياق تناول المشرع ضمن التقنين المدني⁽¹⁾ فكرة التعسف في استعمال الحق ، حيث يظهر من خلال الاستغلال التعسفي لحق من الحقوق ، وعليه أفلا يتعلق "التعسف" ضمن قانون المنافسة بدوره بإساءة استغلال حق من الحقوق ؟

في الواقع، فإن هذا التساؤل يبدو منطقيًا إذا اعتمدنا تحليلاً مفاده أن المشرع ضمن قانون المنافسة قد ربط التعسف بوضعية مشروعة تنتج أو تعبر عن القوة الاقتصادية، فهذه الأخيرة ليست محظورة لذاتها، ومع ذلك فإن التساؤل يطرح مجدداً بخصوص كون القوة الاقتصادية المحوزة من المؤسسة هي حق من الحقوق ؟ وفي الواقع، فإن بلوغ المؤسسة درجة الهيمنة أو درجة من القوة الاقتصادية تجعلها متبوعة من غيرها لا يجسد حقاً من الحقوق، وإنما يعبر عن حالة يجيزها القانون ولا يحميها لذاتها.

ومع ذلك، فإنه إذا لم يكن من الممكن اعتبار القوة الاقتصادية للمؤسسة من قبيل الهيمنة أو التبعية حقاً من الحقوق ، إلا أنها تعبر أو تستند في مشروعيتها إلى حق آخر هو المعنى بالحماية القانونية ألا وهو "الحق في المنافسة"⁽²⁾، فهذا الأخير هو وحده الذي يمكن مؤسسة ما من بلوغ حد الهيمنة أو القوة الاقتصادية.

والملاحظ بشأن التعسف في استعمال الحق أن المشرع ضمن القانون المدني ، قد حدد أشكالاً للتعسف⁽³⁾ وفي هذا الإطار اعتبر الفقه أن التعسف ضمن قانون المنافسة، يمكن أن يتخذ شكلاً من أشكال التعسف في استعمال الحق التي نص عليها القانون المدني وهو عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها.⁽⁴⁾

وذلك لأن المؤسسة في السوق، إنما تريد من خلال ما تقوم به من ممارسات تعسفية تحقيق مصلحة غير مشروعة تتمثل في إقصاء أو استغلال منافسيها أو شركائها.

(1) المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري .

(2) تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 120.

(3) سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 129.

(4) تتمثل هذه الأشكال ، والواردة على سبيل المثال لا الحصر، حسب المادة 124 مكرر فيما يلي :

- 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.

ومع ذلك، فإن هناك من يرى أن "التعسف" في إطار قانون المنافسة يبتعد عن اعتباره استعمالاً فاحشاً لصلاحيات قانونية (الحق)، بل النظر إليه على أنه استغلالاً مفرطاً لحالة واقعية، لا يحميها القانون، بل يجيزها⁽¹⁾.

حيث أن الممارسة ذاتها، قد يتم النظر إليها نظرة مزدوجة، فإذا أخذنا صورة تعسفية مرتبطة بوضعية التبعية الاقتصادية من قبيل رفض البيع مثلاً، فإن هذه الأخيرة لا تأخذ الصفة التعسفية إذا صدرت من قبل مؤسسة ليست في وضعية تبعية؛ فهذه الوضعية هي التي أضفت على الممارسة الطابع التعسفي لها.

وهذا ما أدى إلى اعتبار مصطلح "التعسف" ضمن الممارسات المنافية للمنافسة، مصطلحاً غير ملائم لقانون المنافسة؛ لأن الممارسات المعنية، لا تكون دائماً تعسفية إذا تمت ممارستها من قبل مؤسسة لا توجد في وضعية قوة اقتصادية⁽²⁾.

على أنه، وإذا كانت القوة الاقتصادية تعد صدر التعسف، فإنه "لا يجب أن يرتبط تقدير هذا الأخير -ضمن قانون المنافسة- بقصد الإضرار.

فالمشرع من خلال حظره الممارسات المنافية للمنافسة، لا يبحث، في ذلك، عن نوايا المؤسسة المهيمنة أو المتبوعة، وعن مدى توافر قصد إضرارها بالمنافسة أو بغيرها من المتنافسين، وإنما، اتجهت إرادته إلى حظر التصرفات التي يمكن أن تنشأ عنها إساءة للسوق.

أو بعبارة أخرى، فإن فكرة "التعسف" ضمن قانون المنافسة هي فكرة تناسب حماية السوق وما تقتضيه من تحديد مخالفات موضوعية، لا تجد إزاءها المؤسسات المعنية بارتكابها منفاً تدرء من خلاله الأفعال المنسوبة إليها من قبيل غياب نية أو قصد الإساءة.

وبهذا، إذن يتميز التعسف ضمن قانون المنافسة عن التعسف في استعمال الحق، خاصة بعدما استند المشرع بخصوص التعسف في استعمال الحق إلى نظرية "الخطأ"، بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، حيث ورد ضمن المادة 124 مكرر بأنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما....".

⁽¹⁾ Anne-Sophie Choné, Op.cit, p82.

⁽²⁾ أبو بكر مهم، التعسف في استعمال الوضع المهيمن على ضوء قانون المنافسة، المرجع السابق، ص61.

وبهذا الحكم يختلف التعسف في إطار الممارسات المنافسة للمنافسة عن معناه ضمن القانون المدني، في كون الممارسات المنافسة للمنافسة مخالقات موضوعية لا تستند إطلاقاً إلى فكرة " الخطأ " .

غير أنه إذا عدنا إلى نص المادة السابعة من الأمر 03-03، نجد أن المشرع الجزائري، قد استعمل بخصوص الممارسات التعسفية المرتبطة بالهيمنة مصطلح "قصد"... وهو ما يمكن أن يؤدي إلى حصول لبس يتعلق بمدى الاستناد إلى قصد المؤسسات المهنية.

وبخصوص هذا التساؤل، يمكن القول أن المشرع، قد أراد بهذا المصطلح، التعبير عن موقفه إزاء المعيار المعتمد لتقدير التعسف، وفيما إذا كان هذا الأخير يستند إلى معيار شخصي سلوكي أم إلى معيار موضوعي هيكلي، وذلك بخصوص وضعية الهيمنة تحديداً.

وتأتي خلفية هذا الموقف على إثر اتجاه المشرع الجزائري إلى تغليب المعيار الشخصي للتعسف بدل المعيار الموضوعي.

حيث تبنت هيئات المنافسة الأوروبية والفرنسية مفهوماً مزدوجاً للتعسف، ينصرف إلى تعسف السلوكات وتعسف الهياكل.

وينتج تعسف الهياكل (Abus de structure) عن إتباع المؤسسة المهيمنة إستراتيجية سوقية، تمكّنها من تقوية وضعيتها في السوق، بحيث تصل إلى حد معين يؤدي إلى إضعاف أو إعاقة المنافسة، وهو ما يجعل الإدانة تتم آلياً (perse)⁽¹⁾.

في حين يعبر تعسف السلوكات أو تعسف النتائج (Abus de comportement) عن المزايا التي تحصل عليها المؤسسة المهيمنة جراء السلوكات التي تتخذها وضعيتها في السوق، والتيلم تكن لتحصل عليها باتباع السلوكات المعروفة في ظل المنافسة العادية، أو في ظل الظروف الطبيعية للسوق.⁽²⁾

وفي هذا الإطار طبق القضاء الأوروبي في قضية continental can مفهوماً موضوعياً للتعسف يعتبر أن مجرد الحصول على تقوية وضعية هيمنة، يعتبر تعسفاً، وأدانت المحكمة

(1) Marie Chantal BoutardLabarde-Guy Ganivet, Op.cit, p78.

(2) Ibid.

الأوروبية الهيمنة على أساس التعسف الذي ظهر من خلال شراء أسهم منافس لتفادي المنافسة معه⁽¹⁾.

غير أن الهيئات القضائية الأوروبية قد تفتنت أخيرا إلى جمود نظرية "تعسف الهياكل"، وبموجب تعليمتها الصادرة في 03 ديسمبر 2008، اعتبرت اللجنة الأوروبية أن أحكام التعسف في الهيمنة، لا تهدف إلى حماية المنافسين، بل إلى حماية المنافسة، وعليه، فإنه في حالة كون المنافسين أقل فعالية من المؤسسة المهيمنة، فإن إبعادهم قد يكون نتيجة قواعد طبيعية وعادية للمنافسة وليس ناتجا عن استغلال الوضع المهيمن تعسفا⁽²⁾، وإن كان هذا الموقف، في الواقع، قد تبنته محكمة العدل الأوروبية قبل تعليمة 2008، وذلك بخصوص قضية Hoffman la Roche⁽³⁾.

وفي الواقع، فإن تعسف الهياكل، وإن كان يبدو بأنه يتماشى ظاهريا مع حماية السوق، إلا أنه في الحقيقة، يبدو أنه يسير في اتجاه المنافسة التامة عن طريق مواجهة وضعيات الهيمنة دون ضرورة اقتزائها بالإساءة، وهو ما لا يصب في الفعالية الاقتصادية، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى الأخذ بالمعيار الشخصي للتعسف.

وأخيرا يمكن القول أنه من الضروري -في نظرنا- النظر إلى مفهوم "التعسف" وإلى قواعد المنافسة عموما بصفة مستقلة ووفق خصوصياتها، دون البحث عن إيجاد تأصيل لها ضمن القواعد العامة، لأن أحكام المنافسة قد ظهرت في سياق تحول اقتصادي أثر على طبيعة القاعدة القانونية وأكسبها بعض المرونة، مما يؤدي إلى إفلات العديد من الأحكام من بعض المفاهيم الكلاسيكية المعروفة.

⁽¹⁾ أبو بكر مهم، الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن على ضوء قانون المنافسة، المرجع السابق، ص65.

⁽²⁾ Valérie Pironon, Op.cit, p87.

⁽³⁾ CJCE, 13 Février 1979, Hoffman la Roche : Laurence Boy, L'abus de pouvoir de marché, contrôle de la domination ou protection de la concurrence, Revue internationale de droit économique, 2015/1, p27.

ثانيا: الممارسات التعسفية المرتبطة بوضعية الهيمنة :

على خلاف سابقه⁽¹⁾، لم يتضمن الأمر 03-03 الصور التعسفية التي ترتبط بوضعية الهيمنة ؛ حيث اكتفت المادة السابعة بالإشارة إلى بعض الممارسات التعسفية، واستعملت في ذلك - صياغة عامة، بإمكانها أن تتسع للعديد من الصور التي يتحقق من خلالها التعسف. ورغم عدم استعمال المشرع عبارة تفيد التمثيل، فإن صياغة النص تدل على الاتجاه نحو التمثيل لا الحصر.

ولقد تم التمييز، بهذا الصدد، بين الممارسات التعسفية الإقصائية (Les abus d'exclusion) والممارسات التعسفية الاستغلالية (Les abus d'exploitation)⁽²⁾.

1- الممارسات التعسفية الإقصائية :

وفي هذا النوع الأول من الممارسات التعسفية، تقوم المؤسسة المهيمنة بممارسات تهدف إلى تقليص السلطة السوقية التي يتمتع بها منافسوها في السوق المعنية أو محاولة غلق هذه السوق، ومنع دخول منافسين جدد. وتعتبر الممارسات الواردة ضمن المطء الأولى والثانية والثالثة والرابعة من المادة السابعة عن الممارسات الإقصائية وتتمثل في :

- 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⁽³⁾.

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق، بالنتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار لانخفاضها ويمكن أن تميز في هذا الصدد- بين الممارسات التالية :

(1) حيث ورد ضمن المادة السابعة من الأمر 06-95 (الملغى) بأنه : "يمنع كل تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو احتكار له أو على جزء منه يتجسد في : - رفض البيع دون مبرر شرعي، البيع المتلازم أو التمييزي... إلخ".

(2) Classification citée par : Valérie Pironon, Op.cit, p87.

(3) وفي الواقع، يثير هذا البند المتعلق باقتسام الأسواق إشكالا بخصوص اعتماده كممارسة تعسفية مرتبطة بالهيمنة، خاصة في ظل عدم اعتماد المشرع الهيمنة الجماعية - كما سبق-.

أ- الممارسات المتعلقة بالأسعار :

وعبر عنها نص المادة السابعة بالقول : "عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق، بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها".

وتعبّر المنافسة بالأسعار عن أحد أوجه المنافسة الشرسة بين المؤسسات، إلا أنه أحيانا تحيد المؤسسات عن المنافسة ، ويتحول السعر التنافسي إلى سعر عدواني و عندما يتعلق الأمر بمؤسسة مهيمنة، فإن هذه المنافسة قد تتحول إلى ممارسة تعسفية، وتأخذ هذه الأخيرة أحد وجهين : الرفع المصطنع للسعر، والخفض المصطنع للسعر⁽¹⁾.

-الرفع المصطنع للأسعار :

اعتمدت الهيئات القضائية الأوروبية، من أجل وضع معيار لهذه الممارسة التعسفية على مصطلح "السعر المفرط التعسفي" (le prix excessif abusif)، بحيث تم تعريفه بأنه : "ذلك السعر الذي لا يتناسب مع القيمة الاقتصادية للمنتج أو الخدمة المقدمة، وينقصه تبرير موضوعي"⁽²⁾.

ويتحفظ الاقتصاديون أحيانا إزاء عدم مشروعية هذه الممارسة، إذ يعتبرون الرفع في السعر أمرا مشروعاً من قبل مؤسسة مهيمنة، فطالما أن وضعية الهيمنة ناتجة عن كفاءة تتمتع بها المؤسسة، فإنه من المقبول أن تتمتع هذه الأخيرة بمختلف المزايا المرتبطة بهذه الوضعية ومنها الحق في ممارسة أسعار مرتفعة عن الأسعار السائدة في السوق⁽³⁾.

وعليه، فإنه ينبغي حتى يُشكل الرفع ممارسة تعسفية أن يثبت تدخلا مفتعلا من المؤسسة المهيمنة بخصوص الأسعار أو عدم تركها للآليات الطبيعية للسوق والمتغيرات الموضوعية من قبيل ارتفاع أسعار المواد الخام... إلخ

(1) ولقد تجاهل المشرع الجزائري، صورة ثالثة، قد يتم انتهاجها من قبل المؤسسة المهيمنة وهي تثبيت الأسعار، أي الحفاظ عليها في مستوى معين اصطناعيا وفي هذا الإطار، ذهب مجلس المنافسة التونسي إلى اعتبار مؤسسة عمومية عاملة في قطاع الشحوم المعدنية، متعسفة في وضعها المهيمن بسبب تجميد أسعار بيع منتجاتها وقد استند المجلس في ذلك إلى : عدم مراعاة الكلفة الحقيقية للمواد الأولية، عدم احتساب نسبة الهلاك المحتملة ضمن عناصر كلفة الإنتاج وإتباع سياسة تجارية تهدف إلى تأمين النقل المجاني لفائدة الشركات البترولية مع منحها تخفيضات إضافية ذات بال، ولقد تؤكد لمجلس المنافسة أن المؤسسة بسبب وضعها المهيمن أمكنها تحمل الخسارة الناجمة عن هذه السلوكات : مجلس المنافسة التونسي، التقرير السنوي الحادي عشر لسنة 2007، الجزء الأول، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، 2009، ص76.

(2) Hugues Calvet, Gilda de Muizou, Prix excessif, faut-il intervenir ou laisser faire, Revue Lamy de la concurrence, Octobre – Décembre 2011, n°29, p92.

(3) Ibid.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المؤسسة المهيمنة قد لا يكون في مصلحتها أحيانا الرفع في الأسعار، ويكون الأمر كذلك عندما لا ينتج عن الهيمنة حواجز تمنع الدخول إلى السوق وطالما توفر احتمال دخول منافسين أقوياء إلى السوق فإن المؤسسة المهيمنة لا يكون في صالحها أن ترفع من أسعارها، بل من مصلحتها اعتماد أسعار تنافسية حتى لا تثير رغبة مؤسسات أخرى في الدخول إلى السوق، ويحدث هذا في الواقع عندما يكون مصدر الهيمنة هو الحصة السوقية وليس كفاءة تكنولوجية مثلا.⁽¹⁾

- **الخفض المصطنع للأسعار** : يعتبر الخفض في الأسعار من الممارسات الإقصائية الخطيرة جدا، ويعود السبب في ذلك إلى صعوبة التمييز بشأنه بين الحالات المشروعة والحالات العدوانية. حيث كان القضاء الأمريكي يرفض عدّ التسعير عدوانيا لمجرد انخفاض السعر، لأنه قد يعبر عن كفاءة المؤسسة، وبذلك تطلب القضاء معيار النية العدوانية، إلا أنه تم رفض معيار النية، بعد ذلك، واستلزم الأمر الاستناد إلى معايير موضوعية، فتم اعتماد معيار "متوسط التكلفة المتغيرة"⁽²⁾

ويتم حاليا من أجل اعتبار السعر مخفضا بطريقة اصطناعية، الاستناد إلى بعض المؤشرات، تتمثل في⁽³⁾ :

- أن تكون المؤسسة في وضعية هيمنة.

- غياب مبرر موضوعي لخفض الأسعار من قبيل تغيير السياسة الإنتاجية أو التسويقية....

- إذا كان عرض السعر المخفض عرضا مؤقتا.

وتجدر الإشارة إلى الاختلاف بين الخفض المصطنع للأسعار كممارسة تعسفية مرتبطة بالهيمنة وممارسة أو عرض أسعار بيع مخفضة التي تضمنتها المادة 12 من الأمر 03-03، ويمكن إجمال الفروق بينهما فيما يلي :

- أن عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة لا تستلزم وجود وضعية هيمنة على السوق.

(1) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 228.

(2) أمل محمد شلبي، المرجع السابق، ص 122.

(3) محمد المرغدي، المرجع السابق، ص 347.

- أن ممارسة أسعار بيع مخفضة تتم تعسفا إزاء المستهلكين، بينما التعسف بخفض الأسعار المرتبط بالهيمنة يتم إزاء المستهلكين والمحترفين.

ب- مراقبة أسعار إعادة البيع:

إن مراقبة الأسعار والهوامش تجاه الموزعين، قد يشكل تعسفا في الهيمنة، فقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنه من قبيل التعسف في وضعية الهيمنة ممارسات الممون الخاصة بالتدخل في السياسة التجارية لموزعيه أو تجار الجملة، عن طريق تحديد معايير تطور أسعار إعادة البيع ومستوى الهوامش المضمونة عند التوزيع⁽¹⁾.

ج- التعسف عن طريق منع التسهيلات الأساسية

يعد التعسف عن طريق منع التسهيلات الأساسية (Les facilités essentielles)، مظهرا من مظاهر الحد من الدخول إلى السوق، ويتحقق ذلك في الحالة التي تمتلك فيها المؤسسة المهيمنة أو تتحكم في التسهيلات الضرورية لدخول سوقا ما، من قبيل حقوق الملكية الصناعية مثلا، أو البنية الأساسية... إلخ⁽²⁾.

وفي قضية تتعلق بتسهيلات أساسية تتعلق بالبرنامج المشترك للصحافة، اعتبر مجلس قضاء باريس أن رفض المؤسسة المهيمنة دخول المدعية في هذا البرنامج يشكل ممارسة محظورة وفقا لأحكام المادة 2-420 L من القانون التجاري المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة⁽³⁾.

غير أن محكمة النقض الفرنسية، قد تشددت بخصوص نظرية التسهيلات الأساسية، ونقضت القرار، معتبرة أن المؤسسة المدعية، استطاعت إيجاد حل بديل وأن التسهيلات، تكون ضرورية، عندما لا يمكن إيجاد بديل في ظروف اقتصادية معقولة.

وعلى إثر هذه القضية طرح الفقه التساؤل، بخصوص ما إذا كانت هيئات المنافسة والقضاء، سوف ترجح الاعتبارات الخاصة بحرية المنافسة على حساب حقوق الملكية الفكرية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Juris-Classeur, Fasc, 315, cote : 8, 1992, Artpréc, p2.

⁽²⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص195.

⁽³⁾ Marie Malaurie – Vignal, La cour de cassation retient une conception restrictive de la théorie des installations essentielles, contrats concurrence-consommation, n°11, Novembre 2005, comm, 190.Fasc : 315, p2.

⁽⁴⁾ Ibid.

ويرتبط التعسف بالتسهيلات الأساسية على صعيد الواقع، خصوصا بالحالة التي يكون فيها المهيمن متعاملا عموميا حيث لا يكون حينئذ عوامل المنافسة بينه وبين الخواص متكافئة.

وقد ترتبط التسهيلات الأساسية بوجود حق استغلال تجاري تسيء المؤسسة المهيمنة استغلاله، فتؤثر بذلك في السوق المعنية، وفي هذا الإطار، قام جهاز حماية المنافسة المصري بإحالة رئيس الاتحاد الإفريقي لكرة القدم للنيابة العامة على إثر إساءة استخدام وضعه المسيطر في أسلوب ونظام منح حقوق البث المتعلقة ببطولات كرة القدم، والذي يملك وحده حق استغلاله التجاري، حيث قام بمنحها لشركة " لا جاردير سبورتس" دون طرحها للشركات الأخرى، وخالف بذلك قواعد المنافسة الحرة⁽¹⁾.

د- التعسف عن طريق مراقبة العمليات الإنتاجية والتسويقية :

فقد يحدث أن تتدخل مؤسسة مهيمنة في الآليات الطبيعية للعرض والطلب، من أجل إحداث تأثير فيها عن طريق صيغ متعددة من أمثلة تقليص الإنتاج أو مراقبة معدلاته بما يخدم المؤسسة عن طريق التأثير في الأسعار؛ حيث تميل هذه الأخيرة إلى الارتفاع نتيجة قلة العرض في مقابل زيادة في الطلب.

كما اعتبر أيضا المشرع مراقبة منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني من قبيل الممارسات التعسفية وقد ترتبط هذه الممارسات بمنع تسهيلات أساسية، عندما تكون المؤسسة المهيمنة متعاملا عموميا على وجه الخصوص يحوز هيمنة باعتبار المتعامل التاريخي في القطاع المفتوح على المنافسة.

أما بخصوص اقتسام الأسواق، أو مصادر التمويل الواردة ضمن المطء الثالثة من المادة السابعة، فلا شك أنها تقترض وضعها جماعيا وليس فرديا من قبيل الهيمنة، فهل يعتبر اعتمادها قبولا ضمنيا من المشرع بوضعية الهيمنة الجماعية أم أنها لا تعد وأن تكون سهوا من المشرع، لأن الممارسات ذاتها معتمدة بخصوص الاتفاقات المنافية للمنافسة.

وعلى العموم لا يمكن حصر مختلف الممارسات التعسفية التي تأخذها وضعية الهيمنة، لذلك يقع على مجلس المنافسة التحقق من مدى اعتبار الممارسة تعسفية بناء على تحليل دقيق للسوق ومعطياتها، وسلوك المؤسسة ضمن مدة زمنية معقولة وكافية.

(1) قضية منشورة على موقع مجلس المنافسة: www.conseil-concurrence.dz

2- الممارسات التعسفية الاستغلالية:

على خلاف الممارسات التعسفية الاقصائية، التي لا تفترض وجود علاقات تجارية سابقة على الممارسات، وتتم على مستوى أفقي، يهدف إلى المساس بالمنافسين الموجودين أو المحتملين، تفترض الممارسات التعسفية الاستغلالية وجود علاقات سابقة، وهو ما يستنتج من اعتماد المشرع مصطلح "الشركاء"، لذلك فهي تتم على مستوى رأسي إزاء الممونين أو الموزعين.

وتثير الممارسات التعسفية الاستغلالية -في الواقع- إشكالات أو تساؤلات تتعلق بمدى تأثيرها في السوق من ناحية ومن ناحية ثانية مدى ارتباطها بوضعية التبعية الاقتصادية ؟

فبخصوص التساؤل الأول، فإن هذه الممارسات وإن كانت تبدو بأنها تشكل حماية للمتعاملين جزاء سلوكات المؤسسة المهيمنة وبعيدة عن حماية السوق، إلا أنها في حقيقتها تشكل حماية للسوق، كونها تهدف إلى تفادي التأثيرات التي يكمن أن تلحق بالسوق أو بجزء منها -كما سنرى لاحقاً-.

أما بخصوص ارتباط هذه الممارسات بوضعية التبعية التي توجد بها المؤسسة إزاء شركائها، فإنه وإن كان ذلك أمراً وارداً في إطار التداخل الواضح بين الممارسات المنافسة للمنافسة وعدم وضوح الحدود بينها في مطلق الأحوال، إلا أن الاختلاف يكمن في أن الممارسات الاستغلالية في إطار الهيمنة ربما لا تفترض علاقة تجارية دائمة أو متكررة، وإنما يكفي فيها تعاملات تجارية، حتى وإن اقتصر الأمر على تعامل عرضي أو مؤقت، أما بخصوص استعمال المشرع مصطلح "الشركاء" فمن أجل تمييز هذه الممارسات عن تلك التي تتم إزاء المنافسين.

وإذا نظرنا إلى هذه الممارسات، فنجد أن المشرع قد اعتمدها ضمن المطتين الخامسة والسادسة من المادة السابقة من الأمر 03-03 ؛ حيث عبر عنها ب :

- 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.

وبقراءة مضمون هذه الممارسات، نجد أنه يمكن تصنيفها إلى تلك المتضمنة تطبيق شروط غير متكافئة وتلك المتضمنة شروطا غير مبررة.

فبالنسبة للشروط غير المتكافئة تجاه الشركاء، فإن هذه الممارسات، تتسع لصور متعددة من التمييز بين المتعاملين رغم تشابه مراكزهم التجارية، سواء كان هذا التمييز متعلقا بالأسعار أو بشروط البيع أو الشراء أو شروط التعامل أو مساعدات مفرطة حيث يكون من شأن هذا التمييز، حرمان بعض المتعاملين من منافع المنافسة، عن طريق إضعاف قدراتهم التنافسية في السوق.

وفي هذا الإطار، أدان مجلس المنافسة الجزائري شركة "إيفري" بسبب التعسف في استغلال الوضع المهيمن الذي تجسد في بيع تمييزي، كان معمولا به عند ارتكاب المخالفات⁽¹⁾.

كما أدان قبل ذلك مؤسسة "ENIE" بسبب تعسفها المتمثل في تمييزها بين الزبائن، ارتكز حول التمييز في الكميات المسلمة والتخفيضات في الأسعار واستعمال مخازنها وتمييز في كيفية الدفع...⁽²⁾

كما أقرت محكمة العدل الأوروبية القرار الصادر من اللجنة الأوروبية والمتعلق بإدانة شركة مطارات باريس لتعسفها في وضعية الهيمنة، بسبب قيامها بفرض ضرائب وإتاوات على شركة Alpha Flight أكثر ارتفاعا من تلك المفروضة على أحد فروع شركة طيران فرنسا.⁽³⁾

ومع ذلك، فإن بعض الممارسات التي تبدو تعسفية، قد تكون مجرد أساليب طبيعية للمنافسة، وبذلك تخرج هذه السلوكات عن الحظر وترتبط بالممارسات الطبيعية للمنافسة، حتى وإن تضمنت بعض التمييز الظاهر، فعلى سبيل المثال فقد تم اعتبار تخفيضات الوفاء ممارسة طبيعية للمنافسة، ولا يمكن اعتباره ممارسة أو سلوكا منافيا للمنافسة.⁽⁴⁾

(1) التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2014 منشور على الموقع: www.conseil-concurrence.dz.

(2) القرار السابق الإشارة إليه.

(3) سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص190.

(4) Georges Décoq, Un nouveau produit de luxe : La croquette sèche pour chiens, contrats concurrence consommation, Lexis Nexis, n°6, Juin 2006, comm.114,

إلا أن هذا الموقف، يجب اتخاذه بحذر ؛ حيث ذهب القضاء في فرنسا إلى أن هذه التخفيضات، لا بد أن ينظر إليها ضمن تحليل شامل للوضع ؛ إذ يجب أن تكون ضمن حدود معقولة، وأن تكون مبررة اقتصاديا، وألا تكون الفوارق كبيرة وواضحة⁽¹⁾.

أما في حالة عدم توافر هذه المعطيات، فإن هذه التخفيضات تبدو بأنها مانحة لامتيازات جوهرية لبعض الشركاء، وهو ما يمكن أن يشكل عائقا أمام الدخول إلى السوق.

أما بالنسبة للشروط غير المبررة، فيمكن القول أنها تلك الممارسات التي تنتهجها المؤسسة المهيمنة بغرض فرض شروطها على شركائها ؛ حيث تكون هذه الشروط بعيدة عن مقتضيات العلاقة التجارية بينهما وإنما يكون الغرض منها أو الأثر المترتب عليها المساس بالممارسة العادية للمنافسة.

وفي هذا الإطار، اعتبرت اللجنة الأوروبية أن ربط بيع برنامج Windows ببيع برنامج Windows Media Player تعسفا في وضعية الهيمنة ممارس من طرف شركة ميكروسوفت، نتيجة عدم وجود علاقة طبيعية بين المنتجين لوجود طلب مستقل على برنامج WMP⁽²⁾.

وعموما يقع على هيئات المنافسة تقدير مختلف الممارسات التعسفية المرتبطة بالهيمنة.

وأخيرا، فقد يتم التوسع في تقرير الممارسات التعسفية المرتبطة بالهيمنة، لتخرج عن الممارسات الإقصائية أو الاستغلالية إلى بعض الممارسات إزاء المستهلكين ، حيث تم في ألمانيا إدانة موقع التواصل الاجتماعي Facebook لتعسفه في وضعه المهيمن عن طريق دفعه المتعاملين في الشبكة إلى تقديم معلومات شخصية⁽³⁾.

ثالثا: الممارسات التعسفية المرتبطة بوضعية التبعية الاقتصادية :

على خلاف الممارسات التعسفية المرتبطة بوضعية الهيمنة أورد المشرع صورا محددة للتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، تتمثل هذه الصور في شكل بيع أو شروط خاصة بالبيع وبالأسعار، ومع ذلك فإن هذه الممارسات لا تتمثل في صور محددة على سبيل الحصر، وإنما على سبيل التمثيل وتتمثل في :

(1) Ibid.

(2) سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص190.

(3) Facebook aculé d'abus de position dominante : www.lemonde.fr.

1- رفض البيع دون مبرر شرعي :

إذا كان رفض البيع أو رفض التعامل عموماً، بما فيه رفض تأدية الخدمة، لا يمنع بحد ذاته المنافسة، إلا أن دوافع رفض البيع، قد تكون إنفاذ ممارسات أخرى مثل فرض أسعار إعادة البيع أو ترتيبات التوزيع الانتقائي، وتزداد خطورة هذه الممارسة عندما تمارسها مؤسسة محتكرة للمادة الأولية لمنتوج معين ، حيث تفرض سعراً مرتفعاً جداً ، ثم تقوم بالتكامل الرأسي لإنتاج المنتج نفسه وتبيعه بسعر منخفض جداً لأقل من مستوى تكلفة هذه الشركات ، فتضطر الأخيرة إلى الخروج من السوق، كما لا يكون بوسع منافسين آخرين الدخول إلى هذه السوق.⁽¹⁾

ونظراً لما يطرحه رفض البيع أو حظره من إشكالات تتعلق بالتناقض مع مبدأ الحرية التعاقدية، وضماناً للموازنة بين مقتضيات النظام العام التنافسي وهذه الحرية التعاقدية قيد المشرع حظر رفض البيع بألا يكون بمبرر شرعي.

2- البيع المتلازم :

وهو ذلك الأسلوب التجاري، الذي تلجأ إليه المؤسسة الممونة، بغرض إلزام المؤسسات التابعة اقتصادياً لها بقبول شروطها التعسفية والمتمثلة في بيع المنتج محل العقد مرافقاً لمنتوج آخر من نوع مخالف، دون أن يكون للمؤسسة الزبون حلاً بديلاً عن ذلك من أجل ضمان تواجدها في السوق.⁽²⁾

وتهدف هذه الممارسة إلى الحد من القدرة التنافسية للمتنافسين ، بالإضافة إلى منع المنافسين الجدد والمحتملين من دخول هذه السوق، كما أنه أحياناً يفسر الدافع من البيع المتلازم برغبة المؤسسة المهيمنة على أحد الأسواق تحقيق مبيعات في سوق أخرى تكون ناشطة فيها، دون أن تتمتع بالسلطة السوقية التي تتمتع بها في السوق الأولى.⁽³⁾

3- البيع التمييزي :

ويتعلق بالتمييز بين الشركاء، كما سبق وأن رأينا بخصوص قضية مؤسسة (ENIE)، حيث تمثلت الممارسات التمييزية في التمييز بين المتعاملين في آجال الدفع وكيفياته... إلخ. إلا أن التمييز ضمن القضية المذكورة كان سببه وضعية هيمنة، على أساس أن وضعية التبعية

(1) أمل محمد شلبي ، المرجع السابق، ص 146.

(2) عمر محمد حماد، المرجع السابق، ص 110.

(3) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الاقتصادية لم تكن محظورة كممارسة مستقلة ، ويبرز تقييد المنافسة على صعيد هذه الممارسة من خلال تقوية حظوظ بعض المتعاملين على حساب إضعاف حظوظ البقية.

4- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا :

وفي هذه الفرضية، تفرض المؤسسة الممونة على الزبونة، الالتزام بكمية دنيا لا يجوز لها النزول عنها عند اقتنائها المنتج المعني، حتى ولو كانت زائدة عن حاجاتها ودون أن يكون لها بديلا عن رفض هذا الشرط ،و تهدف المؤسسة المتبوعة من وراء ذلك، إخراج المؤسسات التي لا تستطيع الخضوع لهذا الشرط من دائرة التعامل.

5- إلزام بإعادة البيع بسعر أدنى:

قد تتدخل المؤسسة المتبوعة في السياسة التجارية لتابعيها عن طريق آلية السعر، بفرض حد أدنى لا يجوز النزول عنه⁽¹⁾، ولم يتحدث المشرع عن السعر الأقصى؛ ذلك أن فرض سعر أقصى من شأنه أن يساهم في خفض الأسعار، ويزيد من المنافذ، وعلى العكس من ذلك يشكل السعر الأدنى عائقا أمام انخفاض الأسعار، هو ما يحد من المنافسة بين الموزعين ، وهو أساسا ما تهدف إليه المؤسسة من خلال هذه الممارسة.⁽²⁾

غير أنه يلاحظ في هذا الشأن، أن المشرع الجزائري لم يشر إلى آلية تحديد السعر، أو بعبارة أخرى الحفاظ على السعر في مستوى معين ، والتي تعد أيضا صورة من صور التعسف في إطار وضعية التبعية الاقتصادية، كونها تؤثر في السير الطبيعي للأسعار وفق آليات العرض والطلب.

6- قطع العلاقة التجارية :

كما قد يتمثل التعسف في وضعية التبعية في قطع العلاقة التجارية بسبب رفض المتعامل (المؤسسة التابعة) الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.

وحتى يشكل قطع العلاقة التجارية شكلا من أشكال التعسف في وضعية التبعية، يجب إثبات أن المؤسسة المتبوعة، لا تستطيع إيجاد شريك آخر من أجل إقامة علاقة تجارية بديلة في

⁽¹⁾ Juris-classeur, Fasc, 315, cote8, 1992, préc, p2.

⁽²⁾ Philippe Gillieron et Peter Ling, op.cit ,p137.

مدة وبتكلفة معقولتين كما يجب أن يكون هذا الإنهاء لسبب غير مبرر، أما إذا كان مبررا، فلا مجال للحديث عن الممارسة التعسفية⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس المنافسة التونسي أن قطع العلاقة التجارية بين مؤسسة Mora الإسبانية للأغطية النسيجية وبين أحد المؤسسات الموزعة داخل الإقليم التونسي، يعد تعسفا في استخدام التبعية الاقتصادية من قبل Mora، وتمثل هذا التعسف في فرض Mora على المؤسسة المدعية توزيع نوعية رديئة من المنتج من صنف أقل من الصنف المتفق عليه ضمن عقد التوزيع الحصري الذي يجمعهما، تحت طائلة قطع العلاقة التجارية معها، وقيامها بإبرام عقد مع موزع آخر في وقت كان ترتبط فيه مع المدعية بعقد يجعل من هذه الأخيرة الموزع الوحيد لها بهذه السوق⁽²⁾.

وعلى العموم، قد يمتد التعسف في وضعية الهيمنة ليشمل أشكالا متعددة من الصور والممارسات لا يتسنى للتشريع حصرها، وهو ما دفع المشرع إلى أن يجعل المجال مفتوحا أمام السلطة التقديرية لمجلس المنافسة؛ إذ يمتد الحظر إلى كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق⁽³⁾.

رابعا: التعسف في إطار ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين:

لم يشر المشرع إلى مضمون التعسف بخصوص هذه الممارسة، غير أنه ونظرا للطبيعة التي تتميز بها الممارسات المنافسة للمنافسة، فإنه يمكن القول أن المشرع لم يهدف من خلال حظر هذه الممارسة حماية مصلحة المستهلكين بالدرجة الأولى، كون الممارسات المنافسة تهدف أساسا إلى حماية السوق، وإنما قصد المشرع منع التعسف الذي قد يصدر من مؤسسة ما من خلال هذه الممارسة، والذي يكون غرضه كما ذكر نص المادة 12 إبعاد مؤسسة أو عرقلة منتجاتها من الدخول إلى السوق، فالتعسف إذن، يكمن فيما يمكن أن تسببه هذه الممارسة من ضرر للسوق المعنية.

إن ممارسة أسعار بيع مخفضة، قد تهدف من خلاله المؤسسة إلى ما يسمى بالإغراق السلعي للسوق، هذا الأخير يوصف بأنه: "سياسة تقوم على خفض الأسعار إلى مستوى أدنى من

⁽¹⁾ Marie- Laure Allain, Claire Chambolle, Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs, bilan et limites de trente ans de régulation, revue française d'économie, La découverte, n°4, volume 17, 2003, p180.

⁽²⁾ مجلس المنافسة التونسي، التقرير الحادي عشر لسنة 2007، المرجع السابق، ص-ص 73-74.

⁽³⁾ المطة الأخيرة من المادة السابعة من الأمر 03-03.

تكلفتها بغرض إلحاق الضرر والقضاء على المنتجين الضعفاء⁽¹⁾ أو هو : "بيع المنتج بأقل من تكلفته بهدف إجبار المنافسين الآخرين على الخروج من سوق المنتج أو السلعة، ثم العودة إلى بيعها بأسعار احتكارية، ثم العودة إلى استخدام القوة الاحتكارية في العمل على رفع الأسعار، بما يضر المنافسين في السوق"⁽²⁾.

إن الجدير بالملاحظة هو أن المشرع الجزائري، لم يربط هذه الممارسة بوضعية الهيمنة ؛ إذ لا يشترط لحدوثها أن تتمتع المؤسسة المعنية بوضعية هيمنة في السوق المعنية.

وفي الواقع ، فإن سعر أقل من التكلفة المتغيرة، لا يكون تعسفا، ابتداء، ولكن يكون كذلك، عندما يصاحب هذا الخفض مؤشرات جدية وكافية للقول بوجود إرادة في كسب زبائن المنافس لإقصاء هذا الأخير⁽³⁾.

أما إذا تمت الممارسة من قبل مؤسسة مهيمنة، فإن سعرا مخفضا أو أقل من التكلفة المتغيرة، يمكن أن يشكل قرينة على سلوك إقصائي من قبل المؤسسة، وكذلك الأمر، عندما يكون السعر أقل من التكلفة المتوسطة الإجمالية (التكاليف الثابتة والمتغيرة)⁽⁴⁾.

إن ممارسة التعسف بطريق خفض الأسعار، إزاء المستهلكين، وإن كان لا يشترط فيها وضعية هيمنة للمؤسسة، إلا أنه -في تقديرنا- لا بد أن يتوافر قدر من القوة الاقتصادية للمؤسسة المعنية، حتى تستطيع تحمّل أعباء الخفض في الأسعار، كما قد يكون مصدر القوة الاقتصادية لهذه المؤسسة سلطة سوقية تمتلكها في سوق أخرى غير السوق التي تمت في إطارها الممارسة.

كما أنه من المتصور أن تكون المؤسسة المستهدفة أكثر فعالية من المؤسسة مرتكبة المخالفة، غير أنها أقل كفاءة مالية من الأولى، بحيث لا يمكنها مقاومة المنافسة⁽⁵⁾.

وعلى العموم، فإنه ولتقدير مختلف الممارسات المنافية المرتبطة بالتعسف، ينبغي إثبات توافر علاقة سببية بين السلوك المادي الذي قامت به المؤسسة، وبين التعسف، فإذا انعدمت رابطة السببية بينهما، لم يشكل السلوك ممارسة محظورة.

(1) كاروان أحمد حمه الصالح، الجوانب القانونية لمكافحة الإغراق في إطار منظمة التجارة العالمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص58.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) Daniel Mainguy, Jean Louis Respaud, Malo Dépincé, Op.cit, p296.

(4) Ibid.

(5) Idem.

الفرع الثاني : ارتباط التأثير في السوق بموضوع أو أثر الممارسة المنافسة للمنافسة

لم يربط المشرع الجزائري بعض الممارسات المنافسة للمنافسة بمفهوم "التعسف" ؛ وذلك كون هذه الممارسات تحمل في حد ذاتها أسباب حظرها، إما بسبب موضوعها أو أثرها المنافي للمنافسة.

ويتعلق الأمر، بنوعين من الممارسات هما : الاتفاقات المنافسة للمنافسة، والممارسات الاستشارية بخصوص الاتفاقات المنافسة للمنافسة، فقد تضمن نص المادة السابعة صورا للتأثير في السوق، يمكن أن تتخذها الاتفاقات بين المؤسسات (أولا) ، أما بخصوص الممارسات الاستشارية، فقد أخذ المشرع بالتأثير المفترض لهذه الممارسات على السوق (ثانيا).

أولا: صور التأثير السلبي للاتفاقات المنافسة للمنافسة على السوق :

لا يمكن حصر صور التأثير السلبي للاتفاقات على السوق أو جزء منها، وهذا ما دفع المشرع إلى اعتماد التمثيل لا الحصر بخصوص صيغ التأثير، فاستعمل مصطلح "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 التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرّمهم 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⁾.
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة.

⁽¹⁾ ويلاحظ -بهذا الخصوص- اعتماد المشرع الصور ذاتها التي اعتمدها بخصوص التعسف في وضعية الهيمنة، وبالترتيب ذاته، وكان على المشرع -في تقديرنا- أن يعتمد صياغة مخالفة تتناسب أكثر مع الاتفاقات المنافسة للمنافسة.

ويمكن حسب هذه الأهداف، التمييز في إطار التأثير في السوق بين الطوائف التالية للاتفاقات المنافسة للمنافسة :

1- الاتفاقات المتعلقة بالأسواق :

تتعدد صور الاتفاقات المتعلقة بالأسواق، ولكنها تشترك في كونها تهدف إلى المساس بالوضع الطبيعي للسوق من خلال إبعاد منافسين موجودين أو الحد من احتمال دخول منافسين آخرين.

وفي إطار الاتفاقات المتعلقة بالأسواق نجد:

أ- اتفاقات المقاطعة:

تعد اتفاقات المقاطعة من أبرز الصور التي تترجم رغبة المؤسسات المعنية إقصاء أحد المؤسسات المنافسة أو غير المتنافسة حيث يأتي الاتفاق متضمنا التزام أطرافه بمقاطعة هذه المؤسسة.

وقد أدان مجلس المنافسة الفرنسي العديد من اتفاقات المقاطعة، إذ أدان في هذا الصدد- اتفاقا تم في إطار تنظيم مهني، تضمن دعوة التنظيم النقابي تجار التجزئة لمقاطعة مموني تعاونية، واعتبره مؤثرا في السير الطبيعي للمنافسة⁽¹⁾.

ب- اتفاقات اقتسام الأسواق:

يعد اقتسام الأسواق من أكثر الاتفاقات المتعلقة بالأسواق شيوعا ؛ ولقد ذكر المشرع اقتسام الأسواق بصيغة العموم، دون أن يحدد أساسا لهذا الاقتسام.

وقد يتمثل هذا الأخير إما في شكل تخصيص الأسواق جغرافيا أو زمنيا أو نوعيا، وعلى سبيل المثال، فقد أوردت اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة المصري على أن تقسيم الأسواق، يكون على أساس المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع، أو نوعية العملاء، أو السلع أو المواسم أو الفترات الزمنية أو حصص الإنتاج... إلخ⁽²⁾.

(1) القرار السابق الإشارة إليه: أنظر ص187 من هذا البحث ، الهامش رقم 03.

(2) المادة 11، الفقرة "ب" من اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة المصري.

وقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن اتفاق منتجي حليب الأطفال على اقتسام الأدوار بينهم لتمويل مستشفيات الولادة بهذا المنتج، اتفاقا منافيا للمنافسة من قبيل اقتسام الأسواق⁽¹⁾ ، كما اعتبرت سلطة المنافسة في فرنسا الاتفاق بين Bein sport و Canal+ اتفاقا منافيا للمنافسة يتضمن تقسيما للسوق.

ج- اتفاقات القصر:

رغم عدم وجود موقف موحد بخصوص تطبيق أحكام قانون المنافسة على اتفاقات القصر، إلا أن هيئات المنافسة تسعى دوما إلى الموازنة بين الأحكام المشروعة التي تتضمنها هذه الاتفاقات وبين أهدافها المنافسة.

وتبعاً لذلك، أجازت هيئة المنافسة الفرنسية العديد من العقود المتضمنة قصر التعامل من قبيل عقود التوزيع الحصري والانتقائي والتمويل الحصري والامتياز التجاري⁽²⁾... إلخ، وذلك بسبب وجود ضرورة اقتصادية أو اعتبارات يفرضها التعامل التجاري تفرض القبول بهذا القصر.

وفي هذا الإطار، ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى إجازة شرط تمويل حصري، بسبب ضرورة الالتزامات المفروضة من أجل ضمان حماية الممون لمنتجاته وسمعة الشبكة والعلامة المعنية⁽³⁾.

كما قبل القضاء عموماً بمشروعية العقود الحصرية عندما تتعلق بمنتجات ذات تقنية عالية تتطلب عمالاً متخصصين أو المنتجات الموسومة بعلامة تجارية ذات شهرة وجودة عاليتين كالعطور و مستحضرات التجميل مثلاً⁽⁴⁾.

ومع ذلك، فإن هذه الاتفاقات، متى تم الوقوف على مساسها بالمنافسة في السوق أو في جزء جوهري منها، فإنها تأخذ وصف الاتفاقات المنافسة للمنافسة.

وفي هذا الإطار، أدان مجلس المنافسة الفرنسي مؤسسة Pierre Fabre لتقيدها التوزيع في السوق ؛ وذلك كون المؤسسة المعنية، توزع منتجاتها عن طريق شبكة توزيع انتقائي، وكانت

⁽¹⁾ Veronique Selinsky, Juris-Classeur, Ententes illicites, Op. cit, p3.

⁽²⁾ سبق تعريف هذه العقود : أنظر ص 214 وما بعدها من هذا البحث.

⁽³⁾ Simon Associés, L'impact du droit de la concurrence sur la franchise, l'actualité juridique et économique des réseaux de distribution : www.lettredereseaux.com.

⁽⁴⁾ محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص138.

قد ضمنت العقود مع موزعيها شروطا تقضي بمنعهم من البيع بواسطة الإنترنت، وهو ما اعتبرته سلطة المنافسة شرطا منافيا للمنافسة، كونه يقيد الضغط التنافسي بين الموزعين، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس⁽¹⁾.

2- الاتفاقات المنافية للمنافسة في إطار الصفقات العمومية :

تضمنت المطة الأخيرة من المادة السادسة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب القانون 12-08 الاتفاقات الخاصة بالصفقات العمومية، بعدما أصبحت هذه الأخيرة معنية بتطبيق قانون المنافسة -كما سبق-.

وتتخذ الاتفاقات المنافية للمنافسة في إطار الصفقات العمومية أشكالا عديدة منها :

أ- اتفاقات تبادل المعلومات :

إن تبادل المعلومات في إطار الصفقات العمومية بين المترشحين من شأنه أن يؤدي إلى المساس بشروط المنافسة الحرة.

وقد أشار مجلس المنافسة الفرنسي إلى مضمون المعلومات التي يمكن تبادلها في إطار الصفقات العمومية ، والتي تدور حول وجود المترشحين وحول أسمائهم وأهميتهم وحجم المصلحة المرجوة من وراء الصفقة المعنية والسعر المقترح، واعتبرها معلومات من شأنها أن تؤدي إلى الحد من درجة المنافسة بين المؤسسات وتقييد الضغط التنافسي الذي ينبغي أن يسود عند إبرام الصفقات العمومية ، وبالتالي تعد سلوكات تأخذ الوصف القانوني للاتفاقات المحظورة ضمن قانون المنافسة⁽²⁾.

غير أن كشف هذه المعلومات، وحتى يعتبر اتفاقا منافيا للمنافسة، لا بد أن يكون نافيا للجهالة التي ينبغي أن تتوفر لدى كل مترشح، بحيث تصبح الضمان لشفافية الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، كما تجسد حرية واستقلالية المتنافسين ؛ إذ يعد هذا الجهل أو عدم اليقين، الدافع الوحيد للمترشحين من أجل بذل أقصى جهودهم في سبيل الحصول على الصفقة⁽³⁾.

⁽¹⁾ CA Paris, 31 Janvier 2013 n°2008/23812, ch.5-7, sté Pierre Fabre Dermo-cosmétique C/ président de l'autorité de la concurrence, Revue de jurisprudence de droit des affaires, éd Francis Lefebvre, 5-13 Mai 2013, p883.

⁽²⁾ Christophe Cabanes, Benoit Neveu, Op.cit, p40.

⁽³⁾ Rachid Zouaïmia, Le droit de la concurrence ,Belkeise, Alger,2011, p79.

وإذا كان التبادل البسيط للمعلومات، يعد الشكل الغالب للاتفاقات المحظورة في مجال الصفقات العمومية، فإن الممارسة العملية لمجلس المنافسة الفرنسي، قد كشفت عن العديد من الأشكال الأخرى، التي يمكن أن تتخذ في مجال الصفقات العمومية كعروض التغطية مثلا، واتفاقات اقتسام الأسواق وعروض المبدأ... إلخ⁽¹⁾.

ب- عروض التغطية (Les offres de couverture) :

تعد عروض التغطية من أخطر الاتفاقات في مجال الصفقات العمومية، وفحواها قيام عدة مؤسسات بتقديم عروق متضمنة شروطا لا تمكنها من منافسة مؤسسة معينة، تم تحديدها مسبقا، حيث يظهر العرض الذي تتقدم به هذه الأخيرة هو أفضل عرض، وهو ما يجعل الفوز بالصفقة غير خاضع لقواعد المنافسة الحرة⁽²⁾.

ج- عروض المبدأ أو عروض بطاقات الزيارة (Les offres de principe ou « cartes ») (de visite) :

وهي عروض غير تنافسية، أو بعبارة أخرى عروض شكلية، يراد منها التعريف بالمؤسسات المعنية إزاء المشتري العمومي بخصوص العروض اللاحقة⁽³⁾.

وقد ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى أن عدم مشروعية هذه العروض يتأتى من كونها تقوم بتغليب المشتري العمومي حول حقيقة وحجم المنافسة في سوق الصفقة المعنية وحول جدية الأسعار، وهو ما يجعلها ذات موضوع أو أثر منافي للمنافسة⁽⁴⁾.

كما يمكن أن تأخذ الاتفاقات في إطار الصفقات العمومية شكل اتفاقات تقسيم الأسواق ؛ أو بعبارة أخرى تقسيم العروض على أساس الدور⁽⁵⁾.

وعلى العموم لا يمكن حصر أشكال الاتفاقات التي تتم في إطار الصفقات العمومية، وهو ما دفع المشرع إلى اعتماد صياغة واسعة بشأنها عندما عبر عن الاتفاقات في إطار الصفقات العمومية بـ : "السماح بمنح صفقة عمومية لقائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة" وهو ما يفيد

(1) Catherine Bergeal, Federic Lenica, Le contentieux des marchés publics, éd. Technique, Paris, 2004, p225 et s.

(2) Catherine Bergeal, Federic Lenica, op.cit, p225 et s.

(3) Christophe Cabanes, Benoit Neveu, Op.cit, p48.

(4) Ibid.

(5) Idem, p49.

ارتكاز المشرع على الموضوع أو الأثر المنافي للمنافسة الذي يحمله الاتفاق دون تحديد للشكل الذي يمكن أن يظهر به⁽¹⁾.

3- اتفاقات تقييد الدخول إلى مهنة :

تتم هذه الاتفاقات على مستوى تنظيمات معنية ؛ حيث تقوم بإلزام من يريد الانضمام إلى النشاط المعني أن يخضع للإجراءات التي يضعها هذا التنظيم وأن يتوافر على الشروط التي يضعها، ويكون الهدف المراد من ذلك عادة هو الحفاظ على البنية التنافسية للسوق ؛ أي الحفاظ على المؤسسات المتواجدة فيها ومنع اختراق النشاط المعني من قبل مؤسسات أخرى⁽²⁾.

4- شرط عدم المنافسة :

إن مبدأ الحرية التعاقدية، لا يمكن أن يكون سببا في خروج شرط عدم المنافسة عن الحظر المتعلق بالاتفاقات المنافسة للمنافسة.

وفي هذا الإطار اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي الشرط الذي يلزم مدربي رياضة Ski من قبل المدارس الفرنسية لرياضة Ski بعدم ممارسة مهنتهم خارج هذه المدارس في نفس البلدية وتقييدهم بعدم ممارسة مهنتهم حتى بعد مغادرتهم المدرسة لمدة 3 سنوات، بمثابة اتفاق يقيد المنافسة من حيث موضوعه وأثره، لأن هؤلاء ورغم ارتباطهم بالمدرسة، فهم يظلون عمالا مستقلين نظرا لطبيعة المهنة⁽³⁾.

ومع ذلك، فقد قبل القضاء المقارن بمشروعية شرط عدم المنافسة، غير أنه قيد هذه المشروعية بجملة من الضوابط، حيث يمكن القبول بشرط عدم المنافسة متى كان محددا من ناحية الزمن والمكان ومبررا من ناحية هدفه، بمعنى أن يكون متناسبا مع المصلحة المراد حمايتها، وهو ما أسفر عن القبول بشرط عدم المنافسة ضمن عقود بيع المحال التجارية حفاظا على الزبائن⁽⁴⁾.

(1) ومع ذلك، فإن الصياغة التي أوردها المشرع تتسم بالغموض وعدم الدقة، فطالما أن هذه الاتفاقات تتم بين المترشحين فالأمر لا يتعلق بالسماح وإنما بالتنازل أو التواطؤ، كما أن اعتماد المشرع عبارة : "الفائدة أصحاب هذه الممارسات" يوجه المعنى نحو الضرورة أن يبقى الاتفاق الحاصل في إطار الصفقات العمومية اتفاقا آخر يتعلق بصورة من الصور الأخرى للاتفاقات التي تضمنها نص المادة السادسة.

(2) لينا حسن زكي، المرجع السابق، ص123.

(3) Juris-Classur concurrence-consommation, Fasc 310, Ententes illicites, cote 5, 1992, p3.

(4) Yvan Auguet, Droit de la concurrence, Ellipses, paris, 2002, p 44,45.

5- الاتفاقات المتعلقة بالأسعار :

وهو تنازل الأطراف المعنية عن استقلاليتها وسلطتها التقديرية في وضع الأسعار المناسبة، وذلك بغرض تعطيل الآليات الطبيعية المنوط بها تحديد الأسعار⁽¹⁾.

ورغم أن المشرع الجزائري قد اقتصر على رفع أو خفض الأسعار، ولم ينص على ممارسات أخرى، إلا أن صياغة التمثيل التي ورد بها نص المادة السادسة، يسمح بالقول بامتداد الحكم المتعلق بالحظر إلى شتى أنواع الممارسات التي يكون موضوعها أو أثرها المساس بالمنافسة الحرة في السوق المعنية.

ولا تتحدد الممارسات المتعلقة بالأسعار في تلك التي تتم إزاء المستهلكين، بل قد تحدث على مستوى أسعار المواد الأولية أو المدخلات الوسيطة أو المنتجات تامة الصنع⁽²⁾.

أما عن مضمون هذه الاتفاقات، فقد يكون خفض المصطنع للسعر، أو الرفع المصطنع، أو تثبيت الأسعار في مستوى معين.

كما قد يتم عن طريق الاقتداء بسعر ما من قبل مؤسسة، وانتهاج سلوك مماثل لسلوك المؤسسة المقتدى بها، متى ثبت وجود اتفاق ضمني بهذا الخصوص⁽³⁾.

كما قد يتضمن الاتفاق بين المؤسسات بخصوص السعر توحيداً لنسبة الخصومات والتخفيضات التي تمنحها مجموعة من المؤسسات إلى عملائها⁽⁴⁾.

وقد تكون هذه الممارسات المتعلقة بالأسعار، نتيجة تبادل للمعلومات حول الأسعار بين المؤسسات المعنية ؛ وفي هذا الخصوص، أدان مجلس المنافسة الفرنسي ممارسة تمثلت في تبادل للمعلومات عن طريق مكالمات هاتفية دائمة ومتكررة حول الأسعار بين مسيري محطات الوقود عبر الطرق، واعتبرها اتفاقاً منافياً، من شأنه تحفيز ارتفاع الأسعار بشكل محسوس⁽⁵⁾.

(1) عبد الناصر فتحي الجولي، الاحتكار المحظور وتأثيره على حرية التجارة "دراسة قانونية مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص186.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص135.

(4) المرجع نفسه، ص136.

(5) Marie – Chantal BautardLabarde – Guy Ganivet, Emmanuel Claudel, Valérie Michel Amsellem, Gérémie Valens, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, Op.cit, p128.

كما قد يأخذ الاتفاق حول الأسعار شكل جداول أسعار مهنية تبلغ إلى كافة المنخرطين في المنظمة المهنية المعنية⁽¹⁾.

6- الاتفاقات الخاصة بمراقبة الإنتاج أو التسويق:

اعتبر المشرع تلك الاتفاقات التي تهدف إلى تقليص أو مراقبة الإنتاج أو التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني بمثابة اتفاقات منافية للمنافسة.

وتعد هذه الاتفاقات ذات مضمون أو أثر على المنافسة الطبيعية، كونها تحد من المنافسة عن طريق تنظيم القدرة الإنتاجية للمؤسسات بما يعرقل السير الطبيعي لقواعد السوق.

كما قد تلجأ المؤسسات إلى الاتفاق بغرض وضع عراقيل أمام تطور المؤسسات المنافسة، عندما تقوم هذه الأخيرة بتغيير نمط الإنتاج أو تحقيق ابتكارات جديدة⁽²⁾.

7- الاتفاقات إزاء الشركاء التجاريين :

على خلاف المشرع الفرنسي، اتجه المشرع الجزائري إلى تضمين صور الاتفاقات المنافية للمنافسة، تلك التي تتم إزاء الشركاء التجاريين ؛ وهو الموقف الذي اقتبسه المشرع الجزائري -على ما يبدو- من المشرع الأوروبي⁽³⁾. حيث أشارت المطتان الخامسة والسادسة إلى هذه الاتفاقات، غير أن التساؤل الذي يطرح بخصوصها يتمثل في مدى قصد المشرع بهذا النوع من الاتفاقات تلك التي تتم على صعيد رأسي مع هؤلاء الشركاء أنفسهم من قبيل الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى أو البيوع المتلازمة أو التمييزية... إلخ، أم أن المقصود هو اتفاقات تتم على صعيد أفقي بين متنافسين ولكنها تكون إزاء الشركاء التجاريين ؟

إن ما يؤدي بنا إلى طرح هذا التساؤل هو أن الاتفاق -كما سبق- يفرض توافر إرادة حرة بين أطرافه، وفي حين أن الشروط التمييزية أو المجحفة لا يمكن أن يقبل بها الشركاء إلا في حال وجود إكراه اقتصادي دفعهم إلى ذلك، أفلا يناقض إذن هذا الحكم معنى الاتفاق المنافي للمنافسة ؟

⁽¹⁾ Paul Didier, Droit commercial, tome I (introduction d'entreprise, l'entreprise individuelle), PUF, Paris, 1992, p285.

⁽²⁾ محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص132.

⁽³⁾ Article 81-1 du traité instituant la communauté européenne (101-1, TFUE).

كما يحتمل المعنى أن يكون الاتفاق على الصعيد الأفقي بين مؤسسات متنافسة، ولكن آثارها تنصرف إلى شركائها التجاريين بغرض اعتماد سياسة موحدة إزاءهم تهدف إلى إقصاء البعض منهم.

وطالما أن مجال تقدير الاتفاقات المنافية بالمنافسة يتسم بالمرونة والاتساع، فإن مجلس المنافسة، يفترض أن يعمل على تقدير هذه الاتفاقات مهما كان شكلها دون حاجة إلى التقيد -في ذلك- بعبارات النص القانوني الذي تبدو غامضة في أحيان كثيرة.

وعلى العموم، ورغم تعدد هذه الصور الخاصة بالاتفاقات المنافية للمنافسة، فإن هذا التقييم الذي اعتمدها بشأنها لا يحد من التداخل بين مختلف هذه الأصناف؛ إذ من المتصور أن اتفاقا ما ذكرناه ضمن طائفة الاتفاقات المتعلقة بالأسواق مثلا، يكون في الوقت ذاته متعلقا بالأسعار وهكذا... إلخ.

ثانيا: التأثير المفترض للممارسات الاستثنائية على السوق :

اعتمد المشرع الجزائري بخصوص الممارسات الاستثنائية، معيار التأثير المفترض على المنافسة؛ حيث ورد ضمن نص المادة العاشرة: "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها...".

ما يفيد أنه وبخصوص هذه الممارسات، فإنه لا حاجة لإثبات موضوعها أو آثارها المنافية للمنافسة، طالما أنها أمر مفترض.

ومع ذلك، فإن صيغة العموم التي وردت بها المادة العاشرة، المتضمنة هذه الممارسات تطرح الإشكال بخصوص مدى إدانة هذه الممارسات من قبل مجلس المنافسة ابتداء، ودون تقدير لدرجة المساس بالمنافسة، خاصة وأنه يمكن أن يدخل في زمرة هذه الممارسات العقود الحصرية التي أضحت وجودها أمرا ضروريا ويقدم أحيانا على اعتبارات حماية السوق والمنافسة، وهذا ما سنراه لاحقا.

الفرع الثالث: درجة المساس بالمنافسة في السوق

يشكل المساس بالمنافسة في السوق الحد الفاصل بين الممارسات المنافية للمنافسة، والممارسات الماسة بشفافية أو نزاهة الممارسة التجارية، والتي تضمنها القانون 04-02.

ولعل ما يدفع إلى إقامة وتوضيح الحد الفاصل بينهما رغم انتمائهما لنصين مختلفين، يكمن في وجود قواسم مشتركة بين هذين النصين ، قد تدفع إلى الخلط بينهما من قبل المتعاملين، الأمر الذي دفع الفقه إلى التمييز بين النوعين من الممارسات على أساس سبب الحظر الذي يستند إليه كل منهما.

وفي هذا الإطار، يذهب الفقه، إلى أن الممارسات المنافسة للمنافسة تختلف عن الممارسات الماسة بقواعد التجارة في أن هذه الأخيرة، تكون محظورة لذاتها ؛ أي لما تحمله من تشويه للمنافسة بين التجار (une interdiction perse)⁽¹⁾ ، وهي بذلك تحمي المتنافسين ولا تحمي المنافسة في حد ذاتها، في حين أن الممارسات المنافسة إنما هي محظورة لأثرها السلبي على السوق المعنية.⁽²⁾

غير أنه، لا يجب ألا ينصرف المعنى إلى ضرورة أن تنتج هذه الآثار أو تتحقق بصفة فعلية وملموسة في السوق، بل يكفي أن يكون المساس بالسوق أمرا واردا أو محتملا .

كما لا يقوم تقدير الممارسات المنافسة للمنافسة على ركن "القصد" ؛ أي قصد المساس بالمنافسة ؛ فالممارسات يعاقب عليها على الرغم من حسن نية الشخص، ولا يجدي دفع المتابعة، إثبات أنه لم يصدر قصد أو خطأ منه، أو أنه كان يستحيل عليه توقع مخالفة القانون⁽³⁾.

كما أن هيئات المنافسة عموما، تقيم التفرقة بين الممارسات المنافسة للمنافسة، التي تختص بالنظر فيها وبين الممارسات الماسة بقواعد التجارة التي يعود الاختصاص فيها للقضاء على أساس معيار المساس بالمنافسة ، وبما أن نموذج "المنافسة" في السوق، يختلف -كما رأينا-، فإن التساؤل يطرح بخصوص نوع المنافسة المقصود المساس بها -في هذه الحالة-.

وفي هذا الإطار، وبما أن نموذج المنافسة التامة، تم اعتباره نموذجا مثاليا غير واقعي، فإن المساس بالمنافسة، إنما يقدر في إطار اعتماد مفهوم المنافسة الواقعية (La concurrence

⁽¹⁾ « Les règles de concurrence déloyale... empêchent les agissements fautifs des entreprises qui adoptent des comportements préjudiciables à l'égard de leurs concurrents ou leurs partenaires, sans porter atteinte au fonctionnement du marché lui-même. Elles protègent les concurrents, non la concurrence ». Louis Vogel, cité par : Guylain Clamour, Op.cit, p91.

⁽²⁾ Pierre Arhel dispose que : « Les pratiques restrictives visent à protéger la capacité concurrentielle d'un agent économique, mais sans affecter l'ensemble du marché », cité par : la doctrine et l'interdiction per se, juris classeur, concurrence-consommation, Fasc 295, pratiques discriminatoires, contrôle direct des pratiques discriminatoires.cote 8,1997,

⁽³⁾ محمد علي سويلم، القانون الجنائي الاقتصادي (الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية)، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015، ص870.

(practicable) أو بعبارة أخرى البحث عن المساس بالمنافسة ضمن الحدود الممكنة، بالنظر إلى البنيان التنافسي للسوق المعنية، فلا يؤخذ إلا بالتقييد الحقيقي للمنافسة حسب الضغط التنافسي لكل سوق على حدى.⁽¹⁾

إلا أنه، ورغم أن المساس بالمنافسة، يعد مقياساً مشتركاً بين مختلف الممارسات المنافية، إلا أن المشرع قد نص عليه صراحة واعتمده بخصوص بعض الممارسات (الاتفاقات المحظورة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، الممارسات الاستثنائية)، بينما تجاهله بخصوص الممارسات الأخرى (التعسف في وضعية الهيمنة وممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين).

لذلك سنتناول المساس بالمنافسة من خلال نقطتين : نتحدث في الأولى عن الممارسات التي نص المشرع بخصوصها صراحة على مؤشر المساس بالمنافسة (أولاً) ، على أن نخصص الثانية للحديث عن الممارسات التي تجاهل المشرع بخصوصها النص على مؤشر المساس بالمنافسة (ثانياً).

أولاً: اشتراط "المساس بالمنافسة" صراحة من قبل المشرع :

يتعلق الأمر -في هذا الشأن- بالاتفاقات المنافية للمنافسة والتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية والممارسات الاستثنائية، وهو ما سنتناوله على التوالي :

1- المساس بالمنافسة والاتفاقات المنافية للمنافسة :

حسب الصياغة المعتمدة، ضمن نص المادة السادسة من الأمر 03-03، فإنه لا يمكن الحديث عن حظر قانوني يلحق اتفاقاً ما، إلا إذا كان موضوع أو أثر هذا الأخير المساس بالمنافسة.

حيث استعمل المشرع عبارة "تهدف" أو "يمكن أن تهدف" في إشارة للوجود الغرض أو النتيجة بصفة تناوبية وليست تراكمية؛ أي دون اشتراط وجودهما معاً، أو بمعنى آخر امتداد الخطاب القانوني إلى الاتفاقات التي يكون لها غرض المساس بالمنافسة، حتى ولو لم تتحقق النتيجة في السوق، وكذا تلك التي تحققت عنها آثاراً سلبية في السوق دون أن يهدف أصحابها إلى ذلك.

⁽¹⁾ Valérie Pironon, Op.cit, p62.

فبخصوص الاتفاقات التي يكون موضوعها المساس بالمنافسة، فهي تلك التي يكون محلها من الجسامة، بحيث يتم حظرها دون النظر إلى الآثار التي يمكن أن تترتب عليها، أي أن يكون الهدف من الاتفاق منذ نشأته الحد من المنافسة، أو بعبارة أخرى يكون المساس بالمنافسة أساس الاتفاق⁽¹⁾.

وقد اتجه القضاء ومجلس المنافسة الفرنسيين إلى اعتبار بعض الاتفاقات محظورة بحسب موضوعها، من بينها اتفاقات المقاطعة التجارية (le boycott) والاتفاقات في إطار الصفقات العمومية من قبيل عروض التغطية وتبادل المعلومات، واتفاقات اقتسام الأسواق وكذا الاتفاقات حول الأسعار... إلخ⁽²⁾.

وفي هذا الإطار مثلا، اعتبر محكمة العدل الأوروبية بخصوص قضية Pierre Fabre أن الشرط التعاقد الذي يمنع البيع بواسطة الإنترنت، يعد ماسا بالمنافسة بحسب موضوعه من حيث كونه معرقلا لعملية البيع للمستعملين الذين يرغبون في الشراء عن طريق الإنترنت⁽³⁾.

وعلى العموم تعتمد سلطة المنافسة في فرنسا تفسيرا واسعا للغرض المنافي للمنافسة؛ حيث تعتبر أن الاتفاق ذو غرض مناف بمجرد ألا يكون بإمكان أصحابه أن يتجاهلوا آثاره المتوقعة في العادة⁽⁴⁾.

ذلك أن تكييف الممارسة من خلال موضوعها المنافي للمنافسة من شأنه إعفاء هيئات المنافسة من التحليل والدراسة بخصوص الآثار المترتبة⁽⁵⁾.

أما الاتفاقات التي يكون لها أثر مناف للمنافسة، أو بعبارة أخرى، تكون محظورة بسبب آثارها، فإنه، وفي حالة عدم وقوف مجلس المنافسة على الموضوع المنافي للمنافسة، يكون من

⁽¹⁾ أبو بكر مهم، الاتفاقات المنافية للمنافسة (قراءة في المادة 6 من القانون رقم 99-06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة)، مجلة القضاء والقانون، العدد 156، وزارة العدل، المملكة المغربية، 2008، ص 58

⁽²⁾ Marie – Chantal BautardLabarde – Guy Ganivet, Emmanuel Claudel, Valérie Michel-Amsellem, Jérémie Vialens, Op.cit, p97.

⁽³⁾ La CJUE estime « qu'une clause interdisant de facto internet comme mode de commercialisation à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective » : Georges Décoq, L'interdiction aux membres d'un réseau de distribution sélective de vendre en ligne et la prohibition des ententes verticales, R Jcom, Lexis Nexis, Janvier-Février 2012, n°1, 56^e année, p42.

⁽⁴⁾ أبو بكر مهم، الاتفاقات المنافية للمنافسة (قراءة في المادة 6 من القانون رقم 99-06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة)، المرجع السابق، ص 59.

⁽⁵⁾ Emmanuel Reille, Gildas de Muizon, Objet ou effet anticoncurrentiel, Revue Lamy de la concurrence, n°42, Janvier-Mars 2015, p108.

الضروري أن يبحث هذا الأخير عن الآثار التي تحققت فعلا في السوق أو من الوارد جدا أن تتحقق.⁽¹⁾

لكن هذا لا يعني إطلاقا أن تحقق الآثار السلبية فعلا هو أمر ضروري للقول بحظر الاتفاق، بل يكفي أن يكون المساس بالمنافسة واردا أو محتملا، حتى ولو كانت النتائج المرجوة منه لم تتحقق على صعيد الواقع .

غير أن مسألة الموضوع المنافي للمنافسة أو الأثر المحتمل للاتفاقات قد أثارت جدلا على مستوى الفقه، مؤداه أن مجرد القول بحظر الاتفاق لموضوعه أو لأثره المحتمل يتناقض مع ضرورة وجود تهديد فعلي وجدي للإخلال بالسير العادي للنظام التنافسي حتى يقع الحظر وفي غياب ذلك، فإن الحظر يتناقض مع مقتضيات مبدأ حرية المنافسة⁽²⁾.

وهو الموقف الذي يدعم بالنظر إلى الممارسة العملية من قبل هيئات المنافسة الفرنسية أو الأوروبية التي أصبحت تعتمد في تطبيقها أحكام الاتفاقات المنافية للمنافسة على معيار التأثير المحسوس أو ما يسمى بعتبة الحساسية (le seuil de sensibilité)، والذي بمقتضاه تستبعد من مجال الحظر القانوني الاتفاقات بين المؤسسات ضعيفة القوة الاقتصادية في السوق⁽³⁾.

ومع ذلك، فإن قصور المعايير الكمية في تحقيق الأهداف التي تصبو إليها أحكام قانون المنافسة أمر وارد ؛ إذ توجد بعض الاعتبارات ترجح احتمال المساس بالمنافسة رغم تواضع الحصة السوقية، وهو ما دفع إلى إيراد بعض الاستثناءات على معيار "العتبة الحساسة" من قبل المشرع الأوروبي ؛ أين اعتبر بعض الاتفاقات التي تبلغ حدا من الخطورة محظورة ابتداءً مهما كان مقدار الحصة السوقية التي تحوزها المؤسسات المعنية كاتفاقات تحديد الأسعار، تحديد حصص الإنتاج، اقتسام الأسواق... إلخ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Marie – Chantal BautardLabarde – Guy Ganivet, Emmanuel Claudel, Valérie Michel Amsellem, Jérémie Vialens, Op.cit, p99.

⁽²⁾ Marie – Chantal BautardLabarde – Guy Ganivet, Op.cit, p46-47.

⁽³⁾ Communication de la commission européenne 2001/C368/07, point 4 : la commission indique qu'elle « n'engagera pas de procédure sur demande ou d'office dans les cas qui sont couverts par la présente communication ».

⁽⁴⁾ Valérie Pironon, Op.cit, p65

وما فتئ المشرع الفرنسي أن أدخل هذه الأحكام ضمن القانون التجاري الفرنسي ؛ حيث أورد نص المادة L-464-6-2 بعض الأشكال من الاتفاقات التي لا تطبق عليها قاعدة العتبة الحساسة⁽¹⁾.

كما طبق المشرع الأوروبي أيضا منهاجا قائما على ما يعرف بقاعدة المعقولية (la règle de raison) حيث يتم بمقتضاه إجراء حوصلة تنافسية (un bilan concurrentiel) عن طريق المعادلة بين الآثار السلبية للشرط المقيد للمنافسة وبين الأثر الإيجابي للعقد الذي تضمن هذا الشرط، فإذا تبين أن العقد ذو نتائج إيجابية تم إلحاق الشرط به ، واعتبر هذا الأخير غير مناف للمنافسة⁽²⁾.

وفي الواقع، فإن قاعدة العتبة الحساسة تعبر عن الهدف الأول لقانون المنافسة وهو حماية السوق، وعليه فإن وضع معيار يفصل بين الممارسات المؤثرة وغيرها من السلوكات التي لا يترتب عليها أثرا محسوسا بالسوق حكما يصب في هذا الهدف ، كما من شأنه تخفيف العبء على مجلس المنافسة عند تقدير الممارسات المنافية للمنافسة، هذه الأهمية تقودنا إلى التساؤل بخصوص مدى اعتماد المشرع الجزائري هذه القاعدة ؟

وللإجابة نقول أن الأمر 03-03 لم يتضمن حكما مماثلا لذلك الوارد ضمن القانون الفرنسي والأوروبي، ومع ذلك، نعتقد أن المشرع الجزائري قد راعى مسألة التأثير المحسوس في السوق من خلال نص المادة الثامنة، والتي ورد فيها بأنه : "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية واستنادا إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاقا ما، أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و7 أعلاه، لا تستدعي تدخله..."، وهو ما نراه اتجاه نحو التركيز على التصدي للممارسات التي تهدد بصفة فعلية ولموسة المنافسة في السوق المعنية.

وأخيرا، فإن اعتماد المشرع مصطلحات "العرقلة" "الحد منها" أو "الإخلال به"، ضمن نص المادة السادسة، إنما غرضه إضفاء المرونة في تقدير المساس بالمنافسة عن طريق توسيع مضمونها، ورغم أن هذه المصطلحات لا تدل على وصف قانوني محدد، ولكنها تدور حول فكرة

⁽¹⁾ وهي مستوحاة من التعلية الأوروبية لسنة 2001، والتي مفادها أنه لا يعد الاتفاق محظورا، إلا إذا كانت المؤسسات أطراف هذا الاتفاق تحوز معا حصة سوقية تقدر بـ 10% إذا كان الاتفاق أفقيا و15% إذا كان الاتفاق عموديا :

-Etienne Pfister, La communication de minimis : Un point de vue de l'autorité de la concurrence, (revue des droits de la concurrence, institut de droit de la concurrence, n°1-20013, p1.

⁽²⁾ Valérie Pironon, Op.cit, p65

مشتركة تتضمن تعديل شروط المنافسة أو السير العادي لها في السوق⁽¹⁾، ومع ذلك، فإن هذه هذه الآثار (العرقلة، الحد، الإخلال)، وإن كانت لا تختلف من ناحية اشتراكها في الحظر، إلا أنها ذات أهمية في تقدير العقوبة.

2- المساس بالمنافسة ووضعية التبعية الاقتصادية :

تطرح مسألة المساس بالمنافسة في إطار وضعية التبعية الاقتصادية تساؤلا بخصوصها أكثر من الاتفاقات المنافية للمنافسة.

ومرد ذلك أن هذه الممارسة، تبدو -في ظاهرها- بأنها تهدف إلى حماية المتعاملين الأقل قوة إزاء شركائهم التجاريين، الأمر الذي يجعل من شرط المساس بالمنافسة شرطا ثانويا.

وفي الواقع، فإن الإشكال بخصوص شرط المساس بالمنافسة والتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، قد طرح على مستوى الفقه الفرنسي، كون هذه الممارسة بالذات، قد شكلت تدخلا من قبل المشرع الفرنسي على خلاف نظيراتها، رغم كونها الممارسة الأحدث من ناحية وجودها القانوني مقارنة بالممارسات الأخرى ؛ حيث تدخل المشرع الفرنسي من خلال القواعد الجديدة للضبط الاقتصادي سنة 2001 من أجل إحداث تعديل في صياغتها، فبعدما كانت واردة بالصياغة ذاتها التي وردت بها الاتفاقات المنافية والتعسف في الهيمنة، عدل المشرع نص المادة L420-2 من القانون التجاري، ليستبدل عبارة " pour objet, ou pour effet d'empêcher " بتركيبة السوق "...susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de "la concurrence sur un marché".

وكان ما دفع المشرع الفرنسي إلى هذا التعديل عدم إمكان تقدير الممارسة في غياب التأثير المحسوس على المنافسة في السوق، ففي قضية cora سنة 1993 لم يكن من الممكن تقدير التعسف في التبعية الاقتصادية رغم إفضائها إلى إقصاء مؤسسة من السوق وذلك بسبب غياب شرط التأثير المحسوس⁽²⁾.

(1) Valérie Pironon, Op.cit, p63.

(2) Marie -Anne Frison - Roche - Marie Stéphane Payet, Op.cit, p184.

إن هذا التعديل، قد دفع البعض إلى القول بأن المشرع قد كشف عن نيته في التعديل، بأن غلب المنطق التعاقدى على المنطق التنافسي، وبالتالي فإن قانون المنافسة أصبح له هدف آخر هو حماية المتعاقدين إلى جانب حماية السوق⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 11 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، نجده قد تضمن شرط المساس بالمنافسة ؛ إذ ورد قول المشرع : "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية.... إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة".

وإذا كان هذا التعبير يبدو أقل حدة من ذلك المستعمل مثلا بخصوص الاتفاقات المنافية للمنافسة، فإن ذلك لا يعني غياب شرط المساس بالمنافسة، بل على العكس نراه تأكيدا من المشرع على هذا الشرط، حتى يخرج التعسف في وضعيتها التبعية الاقتصادية عن الاعتقاد بكونها ممارسة أقرب إلى الممارسات الخاصة بشفافية ونزاهة التجارة، لذلك، فإن السياق العام للممارسات المنافية للمنافسة تسمح بالقول، بأن المعيار الموضوعي الذي تقوم عليه قواعد المنافسة، يستند إلى اعتبار هذه الأخيرة تهدف إلى حماية السوق، حتى وإن أفضى تطبيقها إلى حماية أحد المتعاقدين بطريقة عرضية.

وحتى التعديل الذي أدخل على أحكام التبعية في القانون الفرنسي، قد تم اعتباره من قبل الفقه⁽²⁾ دون جدوى ؛ لصعوبة الفصل بين المساس بسير السوق (le fonctionnement) والمساس بتركيبية السوق (la structure).

فبالرجوع إلى رواد مدرسة هارفارد (structuraliste)، فنجدهم قد ربطوا بين الأمرين، واعتبروا أن سير السوق مرتبط بتركيبتها، كما أنه سبق للقضاء أن اعتبر المساس بتركيبية السوق مساسا بالمنافسة بخصوص وضعيتها الهيمنة⁽³⁾.

وهناك من الفقه من ربط بين وضعيتها الهيمنة والتبعية الاقتصادية للقول بارتباط هذه الأخيرة بشرط المساس المحسوس بالمنافسة، معتبرا أنه وكما في التعسف في الهيمنة، فإن وضعيتها التبعية الاقتصادية تحمل في مضمونها شرط المساس المحسوس بالمنافسة في السوق، فالموزع مثلا

(1) Anne - Sophie Choné, Op.cit, p155.

(2) Ibid, p158.

(3) Idem.

يكون في حالة تبعية لممونه، كونه لا يجد حلا بديلا، بمعنى أن هذا الممون يحوز سلطة في السوق، وبالتالي يكون له القدرة على المساس بالمنافسة في السوق المعنية⁽¹⁾.

وفي الواقع، فإن هذا الموقف يجد له تأصيلا في القانون الجزائري ضمن المرسوم التنفيذي 314-2000 الملغى، الذي اعتبر وضعية التبعية الاقتصادية واحدة من المقاييس التي تشير إلى التعسف في وضعية الهيمنة، ومن هنا تتأكد من جديد ملاحظتنا بوجود تداخل بين الممارسات المنافية للمنافسة، يعود بالدرجة الأولى إلى طبيعة النشاط الاقتصادي⁽²⁾.

وعلى العموم، فإنه في تقديرنا أن عدم التمسك بشرط المساس بالمنافسة في إطار وضعية التبعية الاقتصادية، والنظر إلى هذه الأخيرة، في ضوء عدم التوازن العقدي بين طرفي العلاقة التجارية من شأنه أن يؤثر في مستقبل قانون المنافسة، الذي ينتمي إلى النظام العام التوجيهي، الذي لا يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق حماية قانونية للمتعاقد الضعيف من ناحية القوة الاقتصادية، كما هو الشأن بخصوص النظام العام الحمائي، وإذا كان هناك من يميل إلى تغليب المنطق التعاقدية في تقدير التبعية الاقتصادية، فإننا نميل إلى تغليب منطق السوق وتوجيه المتعاقد الضعيف إلى قواعد أخرى للحماية غير قواعد المنافسة، وإن كان من المتصور أن إرساء قواعد حماية السوق تعد حماية غير مباشرة لهذا المتعاقد.

3- المساس بالمنافسة والممارسات الاستثنائية :

تعد الممارسات الاستثنائية من الممارسات المنافية للمنافسة التي ربطها المشرع بشرط المساس بالمنافسة صراحة حيث اعتمد ضمن المادة العاشرة التعبير ذاته الذي استعمله بخصوص الاتفاقات المنافية للمنافسة والمتعلق "بعرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها".

غير أن وجه الاختلاف بينها وبين الممارسات الأخرى هو أن المشرع قد جعل من المساس بالمنافسة شرطا مفترضا -كما سبق-، بمعنى أنه لا حاجة لإثباته من قبل المؤسسات المدعية ولا ضرورة للبحث عنه من قبل مجلس المنافسة.

وفي الواقع، فإن نص المادة العاشرة يثير العديد من التساؤلات بخصوص القصد من حظر هذه الممارسات واعتبارها آليا ماسة بالمنافسة.

⁽¹⁾ Marie – Anne Frison – Roche – Marie Stéphane Payet, Op.cit, p184.

⁽²⁾ المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 314-2000 (الملغى).

فبالنظر إلى اتساع نطاق هذه الممارسات - كما سبق - فإن العقود التي يمكن أن تتضمنها تأخذ في الانتشار شيئاً فشيئاً مع تطور الحياة الاقتصادية، ما أدى إلى أن قوانين المنافسة في مختلف الدول قد أخذت بعين الاعتبار بعض المبررات التي تستند إليها هذه العقود ذات البنود الحصرية من قبيل حماية العلامة مثلاً.

وإذا كانت الحماية القانونية للسوق، يمكن أن تتدعم بحظر مختلف الممارسات التي يمكن أن تؤدي إلى المساس بالمنافسة في السوق، وهذا ما يبدو أنه يصب في فائدة تدعيم الحماية القانونية للسوق، إلا أنه ومن ناحية ثانية، فإن ضمان تطبيق قواعد المنافسة مرهون بتمتع هذه الأخيرة بدرجة من المعقولية والواقعية؛ أي أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار بعض المقتضيات التي فرضتها الحياة الاقتصادية كحال بعض العقود الحصرية خاصة الفرانشيز وعقود التوزيع الحصرية... إلخ.

وإذا كان المشرع يتجه إلى اعتبار هذه الممارسات ماسة بالمنافسة بحسب موضوعها، فإن ذلك يحتاج إلى ضوابط واستثناءات؛ إذ قد تبدو بعض البنود الحصرية ضرورية لحماية حقوق الملكية الفكرية.

خاصة وأن المشرع قد استعمل بخصوص هذه الممارسات مصطلح "الاستثناء" وهو مصطلح ذو مدلول واسع فضفاض يتسع للعديد من السلوكات، فإذا كان "الاحتكار" مثلاً غير محظور لذاته من قبل قانون المنافسة، فلماذا يتجه المشرع لحظر "الاستثناء"؟.

أنه وعلى صعيد طبيعة هذه الممارسات، نجد أن المشرع قد تجاوز "العقد" كإطار لهذه الممارسات ووسع منها لتشمل أيضاً أي "عمل" مهما كان نوعه، كما أشار إلى ذلك نص المادة العاشرة من الأمر 03-03.

إن هذه المعطيات، تجعلنا نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من هكذا حظر، فإذا كان القصد يتجه إلى الحد من وضعيات الاحتكار أو الهيمنة، فذلك مردود عليه، بأن قوانين المنافسة في العالم لا تحظر هاتين الوضعيتين إذا تجردتا من التعسف، أما إذا كان القصد هو مواجهة التأثير السلبي لبعض الممارسات التي تتم خاصة على الصعيد الرأسي، فذلك أيضاً مردود عليه، بأن أحكام الاتفاقات المنافية للمنافسة كقيلة بضمن ذلك، فهل يمكن أن يكون القصد هو ضمان مجال ليتدخل من خلاله هيئة المنافسة في حالات لا تتوفر فيها الشروط التامة للممارسة مثل الاتفاقات أو الهيمنة؟ وهو ما يطرح مسألة الأمن القانوني للمؤسسات.

وعلى العموم، يبقى النص -في تقديرنا- يناقض الاتجاه العام لقانون المنافسة في مراعاة بعض المصالح الخاصة، وهذا لا يناقض الاتجاه نحو تجسيد الحماية القانونية الكافية للسوق ؛ لأن هذه الأخيرة لا بد أن تكون فعلية أي غير مناقضة للواقع وذات قواعد منسجمة ومتكاملة.

ثانيا: افتراض شرط المساس بالمنافسة :

ويتعلق الأمر -في هذا المقام- بممارستي التعسف في وضعية الهيمنة وعرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين.

1- المساس بالمنافسة في إطار التعسف في وضعية الهيمنة :

على خلاف الاتفاقات المحظورة، أين ذكر المشرع صراحة عرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها كعرض أو أثر للممارسة وشرط في الوقت ذاته لحظرها، تجاهل المشرع الجزائري هذا الشرط بالنسبة للتعسف في وضعية الهيمنة⁽¹⁾، وخالف بذلك المشرع الفرنسي الذي أحال بخصوص التعسف بالهيمنة إلى الأحكام الخاصة بالاتفاقات المنافية فيما يتعلق بشرط المساس بالمنافسة⁽²⁾.

وربما يكون هذا الاتجاه نابعا عن اعتبار القوة الاقتصادية للمؤسسة تعد مؤشرا كافيا على قدرتها على التأثير في السوق.

فإذا كانت وضعية الهيمنة تعبير عن قوة اقتصادية، تعطي للمؤسسة إمكانية القيام بتصرفات منفردة إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها، فإن اقترانها بسلوك تعسفي يؤدي لا محالة إلى المساس المحسوس بالمنافسة في السوق المعنية⁽³⁾.

ورغم منطوقية هذا الموقف، إلا أن هيئات المنافسة عادة ما تمنح الأهمية لشرط المساس المحسوس بالمنافسة في السوق، ففي بعض الأحيان يكون المساس بالمنافسة تحصيليا حاصلًا ؛ كون الممارسات التعسفية يكون لها ابتداء غرض عرقلة المنافسة، أما في أحيان أخرى، فإن الأمر يقتضي البحث عن المساس المحسوس بالمنافسة.

⁽¹⁾ حيث لم يرد ضمن نص المادة السابعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الإشارة إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها.

⁽²⁾ Article L.420-2 alinéa 1 du code de commerce :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, L'exploitation abusive... d'une position dominante.

⁽³⁾ Marie – Anne Frison – Roche – Marie Stéphane Payet, Op.cit, p181.

ويخصوص قضية، تتعلق بممارسات تمييزية تتمثل في رفض أداء خدمة، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن شركة Famille éducatrice لم تخرق أحكام المادة 2-420.L من القانون التجاري بسبب غياب شرط المساس بالمنافسة في السوق⁽¹⁾.

وعلى النقيض من ذلك، فإن ممارسة ما من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة، يمكن اعتبارها ممارسة تعسفية مرتبطة بالوضع المهيمن، إذا ما كان بإمكانها المساس بالسوق.

حيث اعتبرت -في هذا الإطار- سلطة المنافسة في فرنسا أن شركة Sanofi-Aventis، قد ارتكبت تعسفا في الوضع المهيمن عن طريق ممارسة تحقير dénigrement مارستها إزاء شركة Teva Santé وذلك لحماية منتجها le plavix من منافسة الدواء الجنييس Clopidogrel العائد لشركة Tera Santé، وذلك بسبب المساس بالسير التنافسي للسوق، وبعدها تأكدت سلطة المنافسة من وجود علاقة سببية بين وضعية هيمنة Sanofi-Aventis وممارسة التحقير التي قامت بها⁽²⁾.

لقد طبق مجلس المنافسة الجزائري معيار "المساس بالمنافسة" كشرط لاكتمال ممارسة التعسف في الهيمنة؛ حيث و في قضية ادعت فيها شركة "ايماكو" وجود تعسف في وضعية الهيمنة مارسته إزاءها شركة "لافارج" تبين من خلال رفض هذه الأخيرة اعتمادها كزبون ورفض ملفها بحجة عدم استيفائها المعايير المحددة من طرف الشركة المنتجة، ذهب المجلس إلى غياب التأثير على المنافسة وعدم تضرر السوق؛ حيث لم يعرف أي تذبذب أو اختلال في التموين بمادة الاسمنت أو ارتفاع في الأسعار في منطقة النشاط المعنية خلال هذه الفترة⁽³⁾.

إن المساس بالمنافسة المترتب عن التعسف في الهيمنة، يمكن أن يلحق سوقا أخرى غير السوق التي تتمتع فيها المؤسسة بوضعية هيمنة؛ حيث تستفيد المؤسسة في هذه الحالة من قوتها الاقتصادية في سوق ما لتؤثر في سوق أخرى مرتبطة بها، كأن تقوم بتخفيض مصطنع للأسعار

⁽¹⁾ «Pour tous ces motifs, la pratique discriminatoire ne pouvait avoir pour objet ou pour effet de fausser la concurrence sur ce marché, dès lors, il n'est pas établi que cette pratique soit prohibée par l'article L.420-2 du code de commerce : décision n°04-D-14 du 20 Avril 2004 relative à la saisine de M et Mme x..., concernant un refus d'insertion d'annonces publicitaires, www.autoritedelaconcurrence.fr.

⁽²⁾ «Une pratique déloyale ne constitue un abus d'exclusion qualifiable en droit de la concurrence, que si ce comportement perturbe le fonctionnement du marché» : I Rene Luc, Abus de position dominante par la mise en place d'une stratégie de dénigrement, R.J.D.A , éd Francis Lefebvre, 8-9/13 : Août-Septembre 2013, p639 .

⁽³⁾ القرار رقم 2016/01 الصادر بتاريخ 18 ماي 2016 منشور على الموقع: www.conseil-concurrence.dz

في نطاق هذه السوق، وتعوّض ما لحقها جراء هذا التخفيض من الامتيازات التي تتمتع بها في السوق التي تمارس فيها هيمنتها⁽¹⁾.

2- المساس بالمنافسة وممارسة أسعار مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين :

رغم أن المشرع الجزائري لم يشر بخصوص هذه الممارسة إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها، إلا أنها ليست من الممارسات المحظورة ابتداءً أو تلك التي تتضمن تأثيراً مفترضاً، حيث أن المشرع قد قيد اكتمال هذه الممارسة المنافسة بوجود غرض أو أثر يرتبط بها يترجم في إبعاد مؤسسته أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

وإذا كان المشرع قد استعمل في هذا الإطار مصطلح "الدخول إلى السوق"، فإن ذلك لا يبدو أنه ينصرف إلى حصر هذه الممارسة المحظورة ضمن السلوكات التي تم إزاء منافسين محتملين، فالمنطق يقتضي أنه إذا كانت السلوكات المعرّقة تنصرف إلى منافسين محتملين، فمن باب أولى أن تحظر السلوكات التي تتم إزاء منافسين موجودين في السوق المعنية.

ولكن السؤال المطروح في هذا المقام هو هل هذه الممارسة تقتضي فعلاً مساساً بالمنافسة؟ طالما أن الأمر ينحصر في عرقلة إحدى المؤسسات؟

إن الإجابة على هذا السؤال، يقتضي تجاوز حرفية نص المادة 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والنظر إلى الممارسة ضمن سياق الهدف من الممارسات المنافسة للمنافسة من ناحية ومن ناحية ثانية ضمن الإستراتيجية التي تهدف المؤسسة مرتكبة هذه الممارسة تحقيقها.

فعلى صعيد الهدف من الممارسات المنافسة للمنافسة، فإنه لا يمكن الحديث عن ممارسة منافسة للمنافسة في غياب مساس حساس بالمنافسة يتجاوز المساس بوضع عون اقتصادي منافس.

وطالما الأمر كذلك، فإن عرقلة مؤسسة أخرى يبدو بأنه غير مقصود لذاته، وإنما لما يمكن أن يلحقه ذلك من آثار سلبية على سوق المعنية.

وفي هذا الإطار يمكننا أن نستنتج بأن طبيعة السوق التنافسية بهذه الخصوص تلعب دوراً هاماً في تكييف الممارسة وإعطائها صفة المنافسة للمنافسة؛ حيث لا يتصور مثلاً في ظل سوق المنافسة التامة أن تسود ممارسة كهذه لتجانس السلع والأسعار، على عكس سوق مثلاً تسود

⁽¹⁾ Marie – Anne Frison – Roche – Marie Stéphane Payet, Op.cit, p182.

ففيمنافسة احتكارية، بحيث تكون الممارسات المرتكبة من إحدى المؤسسات ذات تأثير واضح على المؤسسات الأخرى.

أما على صعيد الإستراتيجية التي تهدف المؤسسة إلى تحقيقها، فإن ممارسة أسعار بيع مخفضة قد تبدو سلوكا منتهجا في إطار إستراتيجية متكاملة لمؤسسة ما، تهدف من خلاله إلى المحافظة على حصتها في السوق أو زيادة هذه الحصة، أو بمعنى آخر أن هذه الممارسة إنما يراد من خلالها تحقيق وضعية تنافسية أكثر ملاءمة⁽¹⁾.

وإذا كانت هذه الممارسة لا تشترط وجود وضعية هيمنة، فإن مجلس المنافسة الفرنسي، قد اعتبر أن وجود هذه الوضعية يشكل مؤشرا على وجود العرقلة، وعلى خلاف ذلك، فإنه عندما لا تكون المؤسسة مهيمنة فإن ممارسة سعر مخفض، لا بد أن تصحبها مؤشرات مقنعة و متوافقة⁽²⁾ للقول بوجود تأثير سلبي لها على المنافسة.

أما إذا كان البيع بأسعار مخفضة لا يندرج ضمن سياسة عرقلة مؤسسة أخرى، فإن مجلس المنافسة لا يمكنه تكييف الممارسة على أنها محظورة ؛ إذ قد يكون ذلك ناتجا عن الإستراتيجية التجارية المنتهجة من قبل المؤسسة، والتي نتج عنها انخفاضا في سعر التكلفة⁽³⁾.

وأبعد من ذلك، قد يتم تقدير هذه الممارسة بالنظر إلى خصوصية السوق في حد ذاتها، وما تقتضيه المنافسة فيها فعلى سبيل المثال، اعتبر مجلس المنافسة التونسي العرض التجاري الترويجي Pack الذي قامت به إحدى مؤسسات الهاتف الجوال، يخرج عن الحظر المتعلق بالبيع بأسعار مخفضة، كونه يشكل أحد الأساليب المعتمدة حاليا لترويج خدمات الاتصالات، ولقد برّر المجلس موقفه باستفادة المستهلك من خلال اقتناء أجهزة الهاتف بسعر زهيد مقابل الاشتراك لمدة معينة، كما يتيح للمؤسسة توسيع قاعدة مشتركيها⁽⁴⁾.

وهكذا، فإن شرط المساس بالمنافسة، وإن كان يختلف من ممارسة إلى أخرى، فإنه يعد قاسما مشتركا بين كل الممارسات المنافية للمنافسة ؛ بحيث أن غياب هذا الشرط، يخرج الممارسة من دائرة الممارسات المنافية للمنافسة.

(1) Rachid Zouaïmia, Le droit de la concurrence, Op.cit, p122.

(2) Daniel Manguy, Jean Louis Respond, Malo Dépincé, Op.cit, p296.

(3) مجلس المنافسة التونسي، التقرير السنوي الحادي عشر لسنة 2007، المرجع السابق، ص85.

(4) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وهكذا، يمكن القول في الأخير بأن توافر شروط الحظر المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة، يبرر تدخل مجلس المنافسة للتصدي لهذه الممارسات، وذلك مع مراعاة مدى توافر بعض الاستثناءات التي خصّ بها المشرع بعض الممارسات المنافسة للمنافسة.

المطلب الثالث : الاستثناءات الواردة على حظر الممارسات المنافسة للمنافسة:

إذا كانت قواعد المنافسة تهدف إلى حماية السوق من الممارسات المنافسة للمنافسة، فإن توافر بعض الاعتبارات أدت إلى القبول بإزالة الحظر عن بعض الممارسات، فشكلت استثناء على الأصل.

وبما أن قواعد حماية السوق تشكل جزءا من النظام العام الاقتصادي، فإنه يجب أن تتجاوز هذه الاعتبارات من حيث أهدافها أهداف حماية السوق، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، يجب أن تكون هذه الاستثناءات مبررة من حيث مجالها والشروط القانونية للاستفادة منها.

وبالرجوع إلى نص المادة التاسعة من الأمر 03-03 التي قننت هذه الاستثناءات، فإنه يمكن تقسيمها إلى نوعين؛ يتعلق النوع الأول بالممارسات المستتناة من الحظر بموجب نص تشريعي، أما النوع الثاني، فيتعلق بالممارسات المرخص بها من قبل مجلس المنافسة.

ومع ذلك فإن الاستفادة من هذه الأحكام هي مقيدة من حيث مجالها، حيث أن المشرع قصر هذه الاستثناءات على الاتفاقات المنافسة للمنافسة والتعسف في وضعية الهيمنة دون باقي الممارسات⁽¹⁾.

الفرع الأول: الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي

يصب هذا النوع من الاستثناءات في إطار سياسة اقتصادية للدولة، تهدف من خلالها إلى إنعاش أو تنمية قطاع اقتصادي معين تراه بديلا أو حلا جيدا لمختلف الإخفاقات الاقتصادية التي تستدعي إيجاد سياسات بديلة عن تلك المنتهجة، فيتدخل المشرع بخصوص القطاع المعني ببعض الإعفاءات أو الامتيازات⁽²⁾.

كما قد يكون ذلك متعلقا بمواجهة بعض الإشكالات الناجمة عن الأزمات الاقتصادية، والتي تدفع الدولة إلى التدخل.

(1) انظر المادة التاسعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة
(2) كالقطاع الفلاحي مثلا.

ولقد أخذت التشريعات الداخلية المتعلقة بالمنافسة بهذا النوع من الاستثناءات⁽¹⁾ في حين لم يتم الأخذ بها من قبل المشرع الأوروبي مثلا، كونها تتعلق بسياسة داخلية للدولة وليس بسياسة عامة للمنافسة.

أما المشرع الجزائري، فقد أورد هذا النوع من الاستثناءات ضمن نص الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، التي جاء فيها بأنه: "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له".

وبذلك يكون المشرع قد حدد بصفة صريحة شروط هذا الاستثناء بوجود نص تشريعي أو وجود نص تنظيمي يشكل تطبيقا للنص التشريعي، وأن تكون هناك علاقة مباشرة بين الممارسة المعنية بالاستثناء والنص الذي تضمنها .

أولا: وجود نص تشريعي:

حسب ما جاء في نص المادة التاسعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإنه يجب أن تكون الممارسات المستثناة من الحظر " ناتجة عن نص تشريعي....."، ومن هذه العبارة يمكن وصف هذا الاستثناء بأنه استثناء مباشر وعام.

فهو استثناء مباشر كون الاستفادة منه لا تتطلب حصول المؤسسات المعنية على ترخيص من قبل مجلس المنافسة بعد تقديم طلب بذلك، وإنما تستمد الممارسات المعنية مشروعيتها مباشرة من النص التشريعي المعني، أما من حيث كونه استثناء عاما، فلأنه لم يحدد بصفة حصرية القطاعات المعنية بهذا الاستثناء أو أصناف هذه الاتفاقات والممارسات من حيث مضمونها، وإنما تركها واسعة عامة .

أما بخصوص النص التشريعي، فالمقصود به النص الصادر عن السلطة التشريعية في حدود اختصاصها.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الخصوص بالموقف الذي اتخذته المشرع الفرنسي من خلال الأمر 1986 المتعلق بالمنافسة؛ حيث ضيق من مجال التبرير القانوني للممارسات المحظورة

¹ - على سبيل القانون التجاري الفرنسي حيث تضمنها نص المادة L4-420 في حين لم يتضمن القانون الأوروبي للمنافسة هذا الاستثناء.

مقارنة بقانون 1945 الفرنسي الذي كان يعتبر النص التنظيمي منفردا سببا لتبرير الممارسات المنافسة؛ أي حتى ولو لم يتخذ في إطار نص تشريعي، وهو الموقف الذي أخذت به بعض التشريعات العربية كالتشريع المغربي، الذي يوسع مجال هذا الاستثناء إلى الممارسات الناتجة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية على حد سواء⁽¹⁾.

وفي تصورنا أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلا بقصر الاستثناء على النص التشريعي دون النص التنظيمي؛ حيث لا بد من الحرص على عدم إفراغ النص القانوني المتعلق بالمنافسة من محتواه عن طريق التوسع في تقرير الاستثناءات الواردة عليه.

و من الناحية العملية فلقد تضمن القانون رقم 08-16 المتعلق بالتوجيه الفلاحي، تطبيقا لهذا الاستثناء يبرز من خلال نص المادة 54؛ والتي تسمح بإنشاء تعاونيات فلاحية بين المستثمرين الفلاحيين من بين أهدافها مثلا تخفيض سعر الكلفة أو سعر البيع لبعض المنتجات والخدمات لفائدة أعضائها⁽²⁾، وهي ما تشكل اتفاقات محظورة في نظر قانون المنافسة كونها تمس بحرية الأسعار.

ثانيا: وجود نص تنظيمي اتخذ تطبيقا للنص التشريعي

سبق القول أن النص التنظيمي منفردا لا يمكن أن يشكل استثناء عن مبدأ حظر الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و7 من الأمر 03-03، غير أن نص المادة التاسعة قد أجاز أن يترتب استثناء عن نص تنظيمي اتخذ تطبيقا للنص التشريعي .

وبخصوص السلطة التنظيمية المقصودة بخصوص هذا الاستثناء، فهي تلك التي يمارسها الوزير الأول بمقتضى الاختصاصات العائدة إليه بموجب أحكام الدستور، وعليه، تستثنى المراسيم الرئاسية من اعتبارها نصوصا تنظيمية بخصوص هذه الأحكام⁽³⁾، لأنها، وإن كانت نصوصا تنظيمية إلا أنها لا تعد نصوصا تطبيقية وهو الشرط الوارد ضمن نص المادة التاسعة.

كما لا تشكل نصوصا تنظيمية بهذا المعنى أيضا المناشير الإدارية الدورية التي ترقى إلى مرتبة التنظيم، وفي هذا الإطار، استبعدت هيئة المنافسة في فرنسا من دائرة النصوص التنظيمية

(1) من خلال البند 1 من المادة 8 من القانون رقم 06-99 المتعلق بالقانون المغربي للمنافسة.

(2) القانون رقم 08-16 المؤرخ في 3 أوت 2008 يتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر عدد 46 لسنة 2008.

(3) Rachid Zouaimia, Droit de la concurrence, Op.cit, p140.

تلك التعليمات التي أصدرتها الإدارة العامة للطرق إلى اتحاد صناع الأدوات العاكسة للضوء، والتي وافقت بموجبها على الممارسات التي يقوم بها الاتحاد للتحكم في السوق.⁽¹⁾

كما لم يتم تكييف الموافقة الصادرة عن وزير التجارة الفرنسي لمنظمي المعارض والصالونات التجارية بالفصل في طلبات المشاركة بالقبول أو الرفض، نسا تنظيميا تطبيقيا للاستثناء المتعلق بالممارسات المناهية للمنافسة.⁽²⁾

كما يجب للقبول بالاستثناء الصادر عن نص تنظيمي أن تكون العلاقة مباشرة بين النص التشريعي والنص التنظيمي، و أن يتم تحديدها بصفة دقيقة؛ أي اجتناب التفسيرات الواسعة، وهذا ما سار عليه مجلس المنافسة الفرنسي؛ حيث انتهج تفسيراً ضيقاً لأحكام المادة (4-420 L) من القانون التجاري الفرنسي المقابلة لنص المادة التاسعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، عند دراسة القضايا المتعلقة بهذه الاستثناءات؛ حيث ذهب في هذا الإطار - إلى أن قراراً وزارياً اتخذ تطبيقاً لمرسوم، وليس لنص تشريعي لا يمكن أن يجسد استثناء على حظر ممارسة منافية للمنافسة، كما ذهب إلى أن قراراً وزارياً مشتركاً اتخذ تطبيقاً لنص اتخذ هو الآخر تطبيقاً لنص تشريعي لا يمكن الاستناد أو التحجج به من قبل المعنيين بصدد تبرير ممارسات منافية للمنافسة رغم وجود علاقة بينه وبين النص التشريعي، إلا أنها علاقة غير مباشرة⁽³⁾.

وفي العادة تأتي النصوص التنظيمية التطبيقية مفسرة للنصوص التشريعية وموضحة لكيفية تطبيقها ما يجعلها تصب في إطار الفلسفة العامة والاتجاه الذي يتبناه النص التشريعي، وعليه، فلا يمكن الاستناد إلى نص تنظيمي لإقرار هذا الاستثناء إذا كان يخرج عن الإطار العام الذي جاء في سياقه النص التشريعي.

أما من حيث التسلسل الزمني فلا بد أن يسبق النص التشريعي أو التنظيمي الممارسة المحظورة موضوع هذا النص، أو بعبارة أخرى أن يكون ارتكاب الممارسة المعنية لاحقاً على صدور النص الذي استثناه من الحظر القانوني⁽⁴⁾.

(1) سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق ص200.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) Zoaimia, Droit de la concurrence, Op.cit, p141.

(4) Décision n°03-D-36 du 29 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises produites dans le Sud-Ouest :www.autoritedelaconcurrence.fr

ثالثا: وجود علاقة مباشرة بين النص القانوني والممارسة المعنية

حسب نص المادة التاسعة، فإنه يجب أن تكون الاتفاقات والممارسات المستثناة ناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له، أي ضرورة أن تكون ناتجة بصفة مباشرة عن تطبيق هذا النص، وعليه، يجب إعمال التفسير الضيق، كما سبق، والابتعاد عن التفسيرات الواسعة لتبرير الممارسات المنافسة للمنافسة بحجة وجود إعفاء ضمني أو عام ضمن نص تشريعي أو تنظيمي.

ولقد انتهج مجلس المنافسة في فرنسا هذا التفسير الضيق، مشددا على ضرورة وجود علاقة حتمية ومباشرة بين الممارسة المعنية والنص القانوني تشريعيًا كان أو تنظيميًا⁽¹⁾.

غير أن ثمة سؤال يطرح نفسه بإلحاح، وهو هل من حق مجلس المنافسة تقييم هذا الاستثناء؟ أي التدخل مثلا للقول بعدم وجود ضرورة حتمية لتقريره تتماشى والهدف من اعتماده؟

في الواقع، فإنه، وحسب النص فإن دور المجلس المنافسة في هذه الحالة يقتصر على الوقوف على مدى وجود الارتباط المباشر والحتمي بين الممارسة المرتكبة والنص الذي يجيزها دون أن يتجاوز ذلك إلى الحكم على مدى مشروعية هذا الأخير.

إن هذا الاستثناء تحكمه القاعدة العامة المعروفة في النظام القانوني وهي قاعدة أن "النص الخاص يقيد النص العام"؛ لذلك فإن النص الذي يقرر هذه الاستثناءات من الضروري أن يكون نصا خاصا يحكم قطاعا معينا بذاته⁽²⁾ أو نصا متضمنا ضمن قانون المالية مثلا يقرر استثناء بخصوص نشاط معين، فلا يعقل أن يكون نصا واردا ضمن قانون للاستثمار مثلا.

ورغم الضوابط السابقة المرتبطة بتطبيق هذا الاستثناء، فإن ما يعاب على هذا النص أنه أورد استثناء عاما، كما سبق، حيث كان يفضل ذكر أصناف من الاتفاقات والممارسات التي يمتد إليها حصرا هذا الاستثناء.

كما يجب من ناحية ثانية احترام الطابع الاستثنائي لنص المادة التاسعة، أي ضرورة عدم إخراج مجموع القطاع المعني بتلك الممارسات المنافسة من نظام حرية المنافسة الذي يبقى هو الأصل، وهو ما يفرض عدم تطبيق هذا الاستثناء إلا إذا كان النص القانوني المثار كسبب إعفاء

(1) أبو بكر مهم، إعفاء الممارسات المنافسة للمنافسة من الحظر، دراسة تحليلية معمقة للمادة 8 من قانون حرية الأسعار والمنافسة، مجلة القضاء والقانون، العدد 159، وزارة العدل، المملكة المغربية، 2011، ص 12.
(2) كالقانون رقم 16-08 الذي سبقت الإشارة إليه.

من الحظر يقوم بتنظيم جزئي للقطاع وهو الموقف الذي سارت عليه قديما اللجنة الفرنسية للمنافسة⁽¹⁾.

ما يعني أن الممارسات المستثناة ينبغي أن تكون محصورة في نشاط معين متعلق بذلك القطاع ، كنشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات دون أن يمتد إلى كل العمليات الاقتصادية التي تتم على مستوى ذلك القطاع.

أما بخصوص الإشارة إلى الخروج عن قواعد المنافسة، فإن نص المادة التاسعة لم يفرض ضرورة أن يشير النص سبب الإعفاء صراحة إلى مخالفة مقتضيات الأحكام الخاصة بالاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة⁽²⁾.

وفي الأخير يمكن القول أن الضمان الأول لممارسة هذا الاستثناء ضمن الحدود الضرورية هو وجود رقابة من قبل مجلس المنافسة، فهل من سبيل لممارسة المجلس رقابة بهذا الخصوص ؟

وللإجابة نقول، بأن السبيل الوحيد لتدخل مجلس المنافسة في هذا الإطار يكون من خلال ممارسته لصلاحياته الاستشارية وفقا للمادة 36 من الأمر 03-03 المتممة بالمادة 19 من القانون 08-12 ، وذلك فيما يتعلق بمشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية التي لها صلة بالمنافسة أو التي تدرج بعض التدابير الخاصة التي تخرج عن قواعد المنافسة لاعتبارات اقتصادية معينة، كتحديد ممارسات موحدة مثلا في ميدان شروط البيع.

ومع ذلك فلا يمكن اعتبار هذه الصلاحية من قبيل الرقابة السابقة على إصدار النصوص التشريعية أو التنظيمية في ظل عدم إلزامية الآراء .

الفرع الثاني: الممارسات الخاضعة لترخيص مجلس المنافسة

حسب ما ورد ضمن الفقرة الثانية من المادة التاسعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإنه : " 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 والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق ، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة" .

⁽¹⁾ أبو بكرهم ، إعفاء الممارسات المنافية للمنافسة من الحظر، دراسة تحليلية معمقة في المادة 8 من قانون حرية الأسعار والمنافسة، مجلة القضاء والقانون، العدد 159، وزارة العدل لسنة 2011، المملكة المغربية، 2011، ص13.

⁽²⁾ Rachid Zouaimia ,Droit de la concurrence, Op.cit, p143.

لا يشكل هذا النوع من الاستثناءات استثناء عاما، بل يشكل استثناء خاصا، ينبغي على المؤسسات المعنية للممارسة حتى تستفيد من الترخيص من قبل مجلس المنافسة.

أما عن أسباب أو مبررات هذا النوع من الإعفاءات، فهو يرتبط بغايات ذات أوجه متعددة، منها ما يصب في إطار تحقيق تطور اقتصادي، ومنها ما يتعلق أساسا بهدف يرتبط بسياسة اقتصادية لدعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في السوق.

أولاً: مضمون الاستثناء المتعلق بالتطور الاقتصادي والتقني

ورد هذا الاستثناء ضمن الفقرة الثانية من المادة التاسعة (09) من الأمر 03-03 المعلق بالمنافسة، والتي جاء فيها: "يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني....".

وفي الواقع، فإن هذا السبب من أسباب إعفاء الممارسات من الحظر القانوني هو استثناء يصب ضمن الغاية المرجوة من تطبيق قوانين المنافسة، وهي تحقيق الفعالية الاقتصادية، غير أننا وبصدد دراسة قواعد الحماية القانونية للسوق، فإن أولى اهتماماتنا يتمثل في مدى معقولية ومنطقية هذا الاستثناء بشكل لا يؤدي إلى التأثير في مجال الحماية القانونية للسوق؟

وفي هذا الإطار يمكن القول في البداية، بأنه وعلى خلاف بعض التشريعات⁽¹⁾، فإن الصياغة التي تبناها المشرع الجزائري بخصوص هذا الاستثناء صياغة يظهر فيها نوع من التشدد في تطبيقه، حيث أكد المشرع على آلية الترخيص المعتمدة للاستفادة من هذا الاستثناء باعتماد مصطلح "الترخيص" مرتين ضمن الفقرة ذاتها، أما عن مضمون هذا الاستثناء فهو يركز على المفهوم الاقتصادي أو التقني.

1- مضمون "التطور الاقتصادي والتقني":

ثمة صعوبة في تطبيق معيار التطور الاقتصادي كسبب للتخفيف بالممارسات المنافسة للمنافسة، ناجمة أساسا عن كونه ليس بمعيار قانوني، وإنما هو معيار اقتصادي بحت، وإذا كان الاعتماد على المعايير الاقتصادية هو أمر وارد وضروري ضمن قانون المنافسة باعتباره قانونا

(1) كالتشريع المغربي سابق الإشارة إليه الذي استعمل عبارة "لا تخضع" وهي نفسها المستعملة في الفقرة الأولى الخاصة بالاستثناء المتعلق بنص تشريعي أو تنظيمي.

اقتصاديا، إلا أنه وعندما يتعلق الأمر بتطبيق استثناء على حظر قانوني حينئذ تظهر الصعوبة في الإمساك بهذا المفهوم ضمن إطار محدد.

خاصة و أن المشرع الجزائري قد اعتمد صياغة مقتضية، تجعل تقدير تطبيق هذا الاستثناء مهمة ملقاة على عاتق مجلس المنافسة، الذي أعطاه المشرع سلطة إصدار التراخيص في هذا الشأن، وتبعاً لذلك، فهو مطالب بالدراسة الدقيقة والتحليل الموضوعي لمعطيات المنافسة في السوق المعنية وتقدير درجة أهمية هذه الاستثناءات قبل منح التراخيص بشأنها.

وعليه، نتصور بأن مجلس المنافسة وبصدد قيامه بهذه المهمة أن يستتير بما ورد في بعض التشريعات المقارنة⁽¹⁾ حتى يبقى هذا الاستثناء في إطار ضوابط قانونية واقتصادية محددة لا تمس بشكل كبير بمجال الحماية القانونية للسوق إلا بالقدر الذي يؤدي إلى تحقيق مصلحة عمومية غايتها تحقيق الفعالية الاقتصادية.

ويقابل مصطلح "التطور الاقتصادي" الذي اعتمده المشرع الجزائري في صياغة نص الفقرة الثانية من المادة التاسعة مصطلح (le progrès économique) الذي اعتمده المشرع الفرنسي في صياغة نص المادة 4-420-L من القانون التجاري⁽²⁾ ونظراً لعمومية هذا المصطلح، فإنه ويفضل اجتهادات هيئات المنافسة في فرنسا، والتي استتارت بدورها بالاجتهاد الأوروبي، تحدد مضمون "التطور الاقتصادي"؛ إذ يمتد إلى العديد من الممارسات التي تتعلق بالإنتاج وتحسينه وابتكار طرق وتقنيات جديدة للإنتاج أو التوزيع.... إلخ.

وفي هذا الإطار، ذهبت سلطة المنافسة في فرنسا إلى تبرير ممارسة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة ارتكبتها مجموعة من الشركات المنتجة للغاز السائل تمثلت في إلزامها الشركات الموزعة باستخدام الأنابيب التي تنتهجها هي دون غيرها واعتبر مجلس المنافسة هذه الممارسات مبررة لأن من شأنها تخفيض نفقات التوزيع، وتحقيق أمان أكبر للمستهلكين⁽³⁾.

⁽¹⁾ كالتشريعين الفرنسي والمغربي مثلا اللذان حددا شروطا مكملة لتطبيق هذا الاستثناء، حيث لا يكتفى فقط بوجود تقدم اقتصادي أو تقني، وإنما يجب أن يبلغ حد تعويض الأضرار المترتبة على المنافسة في السوق.

⁽²⁾ في حين ترجمه المشرع المغربي مثلا بمصطلح "التقدم" ونرى بأن المشرع الجزائري قد أحسن في هذا الشأن لأن التطور مرادف للنمو وهو ما يتوافق مع الواقع الاقتصادي للبلدان في طريق النمو، وكان يفضل في نظرنا أن يعتمد المشرع مصطلح الهدف الاقتصادي المشروع.

⁽³⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص203.

كما يعتبر أيضا تطورا اقتصاديا تحسین ظروف السوق المعنية كأن تؤدي الممارسات المعنية إلى تنمية الصادرات وتحسين الخدمات المقدمة إلى العملاء كتنقديم وسائل دفع جديدة أو تسهيل الحصول على ضمانات بنكية وغيرها... إلخ⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي تجمع البطاقات البنكية *groupement carte bancaire* مبررا بتحسين الفعالية وتجسيدها لأمن نظام الدفع البنكي الفرنسي⁽²⁾.

كما يمكن تقييم الفائدة الاقتصادية للممارسات المعنية من خلال خفض الأسعار، حيث برر مجلس المنافسة الفرنسي ممارسة محظورة بنتائجها الايجابية المتمثلة في خفض تكاليف النقل، كما استفادت أيضا من الإعفاء شبكة للفرانيز التوزيعي للملابس الرجالية الفاخرة؛ حيث تم اعتباره تطور اقتصادي ذو فائدة على الزبائن⁽³⁾.

كما يمكن أيضا أن يتمثل التطور الاقتصادي في الانعكاسات الايجابية للممارسة المعنية على التشغيل، فرغم أن قراءة نص الفقرة الثانية من المادة التاسعة توجي بأنه سبب مستقل للإعفاء إلى جانب "التطور الاقتصادي"، إلا أن التشغيل ذو مدلول اقتصادي أيضا وليس فقط اجتماعي؛ ذلك أن خلق مناصب شغل جديدة يشكل في كامل الاقتصاديات عاملا من عوامل التنمية الاقتصادية.

وفي هذا الإطار، اعتبر المشرع الفرنسي تحسین التشغيل أحد عوامل التطور الاقتصادي المقصود بخصوص هذه الاستثناءات، وذلك على اثر تعديل قانون المنافسة بموجب القواعد الجديدة للضبط الاقتصادي سنة 2001.

وعموما لا يمكن حصر أشكال التطور الاقتصادي والتقني، فقد يتمثل أيضا في ابتكار طرق جديدة للإنتاج أو التوزيع أو قد تكون للممارسة المعنية أثارا ايجابية على البيئة مثلا.

2-العوامل المكتملة لمعيار "التطور الاقتصادي":

على خلاف المشرع الجزائري، أورد المشرع الفرنسي عوامل مكتملة لمعيار التطور الاقتصادي للإعفاء من الحظر اللاحق بالممارسة المعنية، ودون أدنى شك، فإن مجلس المنافسة

⁽¹⁾ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁽²⁾ Pierre Arhel, Ententes, Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier, 2015, p 47 : www.dalloz.fr.lama.univ-amu.fr.

⁽³⁾ Ibid.

الجزائري سوف يطبق هذه العوامل لا محالة كونها تبدو ضرورية ومنطقية للتوصل إلى قرار منح الترخيص للمؤسسات المعنية.⁽¹⁾ و تتمثل هذه العوامل فيما يلي:

أ- حصول المستخدمين على جزء عادل من الفوائد المتعلقة بالتطور الاقتصادي:

ولقد أخذ بهذا الشرط المكمل كل من المشرعين الفرنسي والمغربي، وهو في الواقع من أصل أو منشأ أوروبي يعود إلى اتفاقية روما المنشئة للمجموعة الاقتصادية الأوروبية، حيث لم يكن مشروع قانون 1945 الفرنسي المتعلق بالمنافسة يشير إلى هذا الشرط.

ورغم ذلك كان التأثير واضحا من قبل المفوضية الفنية للاتفاقات وبعدها المفوضية الفرنسية للمنافسة في الاستناد إلى هذا الشرط من أجل إعفاء الممارسات المنافسة للمنافسة⁽²⁾.

ويقصد بهذا الشرط أن الفوائد الاقتصادية المترتبة عن الممارسات محل الإعفاء لا بد ألا تستأثر بها المؤسسات المعنية فحسب، بل أن تمتد الفائدة إلى المستخدمين أيضا ؛ ذلك أن تطور العرض إنما يجب أن يتم بالنظر إلى حاجات المستهلكين أو بعبارة أخرى أن يتم من وجهة نظر الطلب الذي يمثله المستخدم.

وما تجدر إليه الإشارة أن المشرع الفرنسي في المادة 4-420 L. قد استعمل مصطلح "utilisateur" الذي يقابل مصطلح المستخدم ولم يستعمل مصطلح "المستهلك" وهذا ما يفيد امتداد هذا الشرط إلى المستهلك النهائي و إلى المستخدم الوسيط⁽³⁾.

فإذا كان تحقيق عوائد أو أرباح جراء الممارسات المنافسة للمنافسة ليس بالأمر غير المشروع ، فإنه يجب أن يكون المستخدم المستفيد الأول والرئيسي من هذه الممارسات، أما عن مضمون هذه الفوائد أو العوائد أو الآثار الإيجابية، فيمكن أن تتمثل في تخفيض أو استقرار مستويات سعر البيع لتأهيل المهنيين للقيام بخدمات ما بعد البيع.

ولا ينحصر هذا الشرط في الفوائد الإيجابية المباشرة فقط، كتطور أو نمو العرض بسبب طرح منتج جديد في السوق أو دخول عارضين جدد أو تطوير نوعية المنتجات أو الخدمات ولكن

(1) رغم ذلك كان بالإمكان إصدار نص تنظيمي يحتوي على أحكام استدلالية لتطبيق هذا الاستثناء يستفيد منه مجلس المنافسة.

(2) لينا حسين زكي، المرجع السابق، ص143.

(3) المرجع نفسه، ص203.

يمتد أيضا إلى الفوائد غير المباشرة مثل انخفاض تكاليف الإنتاج وعقلنة الإنتاج والتوزيع، وهذا ما استقرت عليه سلطات المنافسة وكذا القضاء الفرنسي⁽¹⁾.

ب- ضرورة بلوغ "التطور الاقتصادي" درجة كافية لتبرير المساس بالمنافسة :

أي يجب أن يكون المساس بالمنافسة ضروريا لبلوغ هدف التطور الاقتصادي، أو بالأحرى لا بد من إثبات علاقة سببية بين الآثار السلبية التي تحملها الممارسة المنافسة وبين آثارها المفيدة، بمعنى ألا يكون هناك بديلا عن هذه الممارسات لتحقيق الفائدة الاقتصادية المرجوة.

فعلى سبيل المثال، فإنه لا يجوز لمؤسسة ما القيام بممارسات من هذا القبيل رغم أنها تسهم في تحقيق التطور الاقتصادي إذا كانت تمتلك تكنولوجيا متقدمة أو قدرة تنافسية تمكنها من تحقيق تقدم تقني دون اللجوء إلى ممارسات منافية للمنافسة⁽²⁾.

ج- ألا يتم استبعاد المنافسة بصفة كلية من السوق المعنية:

ويتعلق هذا الشرط أكثر من سابقه بحماية السوق من تهديد أو خطر إلغاء المنافسة فيه بصفة كلية، حيث ومهما كانت الآثار الإيجابية التي يمكن أن تتحقق من خلال هذه الممارسات الماسة بالمنافسة في السوق، فإنه مع ذلك لا بد من الحرص على الإبقاء على المنافسة الفعلية في نطاق هذه السوق؛ ذلك أن منع دخول منافسين جدد سوف يؤدي بدوره إلى عواقب وخيمة على الفعالية الاقتصادية لا يمكن جبرها عن طريق الفوائد المحققة من الممارسات المنافسة المعنية.

ولقد أخذ المشرع الفرنسي والأوروبي ومن سار حذوهما بمعيار عرقلة المنافسة في جزء جوهري من سوق المنتجات المعنية وهو معيار اتخذه المشرع الجزائري بخصوص ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة، أما عن تقدير عرقلة المنافسة، فقد ذهبت اللجنة الأوروبية إلى أن ذلك إنما يتحدد بالنظر إلى السلطة السوقية للمؤسسات المعنية للممارسات المحظورة وحواجز الدخول إلى السوق، فإذا كانت هذه المؤسسات تحوز قوة اقتصادية بحيث لا يستطيع منافسوها الاستمرار في السوق في ظل هذه الوضعية الجديدة المترتبة عن الممارسات المعنية، فإنه لا يمكن إعفاء هذه الأخيرة من الحظر⁽³⁾.

⁽¹⁾ Jean Pierre Bouthoux, L'intérêt des consommateurs fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit français, in : concurrence et consommation, coll, sous/ dir : Yves Serara et Jean Calais -Auloy , Dalloz, paris, 1994, p56.

⁽²⁾ سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص205.

⁽³⁾ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وعلى صعيد الواقع ، فإنه كثيرا ما يتم الاستناد إلى هذه الأحكام لتبرير الممارسات التي تتم في إطار شبكات التوزيع الانتقائي أو شبكات الترخيص التجاري، بشرط أن يتم احترام بعض الضوابط كأن يكون اختيار الموزعين قد تم بناء على شروط موضوعية، وألا تؤدي هذه العقود إلى حماية إقليمية مطلقة ،بالإضافة إلى إثبات مساهمتها في التطور الاقتصادي⁽¹⁾.

في الأخير يتعين على مجلس المنافسة الحرص على ضمان عدم خروج هذا الاستثناء عن الضوابط السابقة حتى لا يتحول إلى وسيلة يتم معها تبييض هذه الممارسات المحظورة بشكل يضيق من مجال الحماية القانونية للسوق المعنية، خاصة وأن هذه الاستثناءات من شأنها أن تتحول إلى منفذ لتبرير العديد من الممارسات المحظورة.

ثانيا: تحسين القدرات التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة

تماشيا مع السياسة العامة المنتهجة بخصوص دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أجاز قانون المنافسة ضمن نص المادة التاسعة السابق الترخيص للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة ببعض الممارسات المنافسة للمنافسة إذا كان ذلك من شأنه تعزيز القدرات التنافسية لهذه المؤسسات .

ومع ذلك، ينبغي تطبيق هذا الاستثناء ضمن أضيق الحدود الممكنة؛ ذلك أن حجم المؤسسة الصغيرة والمتوسطة لا يعد قرينة قاطعة على ضعف تأثيرها في السوق، فحسب مفهوم السوق ضمن قانون المنافسة ،فإنه بالإمكان أن تشكل ممارسة قامت بها مؤسسة صغيرة أو متوسطة مساسا محسوسا بالسوق خاصة في ظل البعد المحلي الذي تنشط فيه هذه المؤسسات وانتشارها ضمن قطاعات مختلفة(نقل،سياحة،بناء،تهيئة...)⁽²⁾

وهو ما دفع إلى القول بأنه مثل هذه الأحكام إزاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تشكل دعما للأفعالية الاقتصادية⁽³⁾.

(1) أبو بكر مهم، إعفاء الممارسات المنافسة للمنافسة من الحظر،المرجع السابق، ص 21.

(2) Les PME et le droit de la concurrence(Analyse critique,comparative et Pprospective),Etude du centre de recherche sur le droit des affaires ,Lexis Nexis et Litec,coll,paris,2009,p 55 35 .

(3) Philippe nasse,Concurrence et PME : protection de la concurrence ou protection des OME, Colloque deuxième journée franco-allemande de la concurrence, Revue des droit de la concurrence,n°2-2007 .

ثالثا: الضوابط الشكلية للاستثناءات الخاضعة للترخيص

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة التاسعة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة فإن الاستفادة من الاستثناء الخاص ، يفترض حصول المؤسسات المعنية عل ترخيص يقدمه مجلس المنافسة، وحتما فإن صدور هذا الترخيص يكون بناء على طلب تتقدم به هذه المؤسسات.

وفي الواقع لا وجود لنص تنظيمي يتعلق بهذه الأحكام ولا حتى ضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة ،وعليه ،يمكن في هذا الإطار الاستئناس بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-175⁽¹⁾ المتعلق بالاستفادة من الأحكام الواردة ضمن المادة الثامنة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.⁽²⁾⁽³⁾.

وتبعاً لذلك، فإن الطلب المقدم للحصول على الترخيص بهذه الممارسات، إما أن يكون طلباً فردياً، وإما أن يكون طلباً مشتركاً في حال كون المؤسسات المعنية أكثر من واحدة، كما لا بد من أن يكون هذا الطلب مؤرخاً وموقعاً من قبل المؤسسات المعنية متضمناً مختلف المعلومات الخاصة بالمؤسسات المعنية من حيث التسمية وعنوان المقر والشكل القانوني لها، حسب ما ورد ضمن المادة الرابعة من المرسوم .

كما تضمن الملحق رقم 2 للمرسوم 05-175 المسائل المتعلقة بموضوع الطلب، حيث لا بد من تحديد السوق المعنية وكذا نوع الممارسة المعنية (اتفاق محظور أو تعسف في وضعية الهيمنة) ودوافع الطلب وكذا بيان الأسباب التي دفعت المؤسسات إلى تقديم الطلب وبيان المزايا التي يمكن أن تنعكس على المنافسة والمستهلكين والمستعملين.

كما يجب أن يتضمن الطلب مختلف الإثباتات التي تستند إليها المؤسسة أو المؤسسات المعنية في سبيل تبرير طلب الحصول على هذا الترخيص والتي أشار إليها نص الفقرة الثانية من

(1) مرسوم تنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 مايو سنة 2005، يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق.

(2) ذلك كون الأحكام الواردة في هذا المرسوم هي عبارة عن معلومات خاصة بالمؤسسات المعنية وبمعطيات السوق المعنية ودوافع الطلب وكلها أحكام يمكن أن تكون محل أي طلب يقدم بشأن الحصول على ترخيص من المجلس دون تقييد المؤسسات المعنية بصفة دقيقة بكل أحكامه.

(3) يكمن الفرق بين التصريح بعدم التدخل والاستفادة من الاستثناءات الواردة في المادة 09 في أن الاستثناءات الواردة ضمن نص المادة التاسعة تتعلق بممارسات توافرت شروط حظرها ولكن تم إعفاؤها لنتائجها الإيجابية، في حين أن الاستثناءات الواردة ضمن المادة الثامنة تتعلق بممارسات لم تتوافر أركان اكتمالها كممارسات منافية للمنافسة، أو لم تبلغ حد المساس بالمنافسة غير أن المؤسسات المعنية بها تشتهر في إمكان وقوعها في الحظر، حيث تدرء عن نفسها هذه الشبهة بطلب الحصول على تصريح بعدم التدخل من مجلس المنافسة ، أو ما يسمى بالشهادة السلبية .

المادة التاسعة (09) بعبارة "... والتي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تساهم في تطوير اقتصادي أو تقني...".

وفي سبيل ذلك يتعين على هذه المؤسسات أن تستدل بمختلف الوثائق والمستندات الضرورية وأن تدّر عن نفسها شبهة الحصول على مزايا خاصة من خلال هذا الاستثناء وأن تبين بدقة مقدار التعويض عن المساس بالمنافسة في السوق المعنية، وأن تحاول الإجابة على مختلف التساؤلات التي يمكن أن يطرحها مجلس المنافسة وأن تتحرى الدقة وصحة المعلومات المقدمة، أما إذا كانت مؤسسة صغيرة أو متوسطة، فينبغي تحديد حجم كفاءتها الاقتصادية ومقدار تنافسيتها في السوق المعنية... إلخ.

وحتى تتوصل المؤسسات المعنية بهذا الطلب إلى إقناع مجلس المنافسة عليها أن تلتزم الجدية في الطلب المقدم وأن تستعين في ذلك بخبراء مختصين في الجانب القانوني والاقتصادي.

كما يمكن لمجلس المنافسة من جهته، أن يطلب من هذه المؤسسات تدعيم ملف الطلب بما يراه ضروريا من وثائق أو معلومات إضافية.

أما عن إيداع الطلب فحتمًا يتم بالأشكال نفسها التي يقدم بها الإخطار بالممارسات المنافية، كما سيأتي بيانه لاحقًا.

المبحث الثاني : الحماية القانونية للسوق من عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة

(حماية السوق من كيانات غير مشروعة)

تعد عمليات التركيز الاقتصادي ظاهرة اقتصادية -في المقام الأول- وهي سمة من سمات الواقع الاقتصادي الحديث، حيث ومنذ أواخر عام 1880 شهدت الولايات المتحدة الأمريكية موجات للاندماج بين المؤسسات الاقتصادية تجاوزت في آثارها حدود الولايات المتحدة الأمريكية لتشمل القارة الأوروبية والعالم كله تقريباً⁽¹⁾.

ونتج عن ذلك صعوبة إيجاد مفهوم تشريعي للتركيز الاقتصادي لتجاوز الصور التي يتخذها حدود الأشكال القانونية المعروفة، في حين انصبت المحاولات الفقهية على إيجاد تصور للتركيز الاقتصادي قامت في مجملها على الآثار التي قد تفرزها عمليات التركيز الاقتصادي، فوصف بأنه : "ظاهرة اقتصادية تتسم بنمو حجم المشروعات من جهة، وبانخفاض عدد المشروعات التي تعمل في السوق من جهة أخرى" وبذلك يتسع المفهوم القانوني للتركيز الاقتصادي ليشمل كل العمليات التي من شأنها زيادة حجم الوحدات الاقتصادية، وأيضاً تلك التي تهدف لتحقيق التعامل بين المشروعات المشتركة في عملية التركيز⁽²⁾.

لقد اهتمت التشريعات المتعلقة بالمنافسة بعمليات التركيز الاقتصادي حيث فرضت عليها رقابة سابقة على خلاف الممارسات المنافسة للمنافسة، فهي ليست محظورة ابتداءً كونها تساهم في تحقيق ديناميكية اقتصادية بسبب تضافر جهود المؤسسات التي ركزت قوتها لمواجهة تنامي عمليات التركيز على الصعيد الخارجي وما يمكن أن تلحقه من آثار سلبية في الأسواق الداخلية.

غير أننا وبصدد موضوعنا المتعلق بالحماية القانونية للسوق سوف لن نتطرق إلى أحكام الرقابة السابقة على عملية التركيز الاقتصادي كون موضوعنا ينحصر في إطار الحماية اللاحقة للسوق.

لذلك فإننا سنقتصر في إطار هذا الجزء من الدراسة على الحديث عن عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة أي التي تمت دون ترخيص من مجلس المنافسة.

(1) أسامة فتحي عبادة يوسف، المرجع السابق، ص26.

(2) المرجع نفسه، ص85.

وتبعاً لذلك سوف نتناول عمليات التركيز الاقتصادي، من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول أشكال عمليات التركيز الاقتصادي، على أن نتناول في المطلب الثاني دواعي التصدي لعمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة.

المطلب الأول : أشكال التركيز الاقتصادي

عددت المادة 15 من الأمر 03-03 المتعلق بالمناسبة الصور التي يمكن أن يتخذها التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، حيث ووفقاً لهذا النص يتحقق التركيز الاقتصادي إما عن طريق اندماج المؤسسات المعنية وإما عن طريق السيطرة على مؤسسة ما، كما قد يتحقق عن طريق إنشاء مؤسسة مشتركة.

الفرع الأول: الاندماج بين المؤسسات

حيث جاء في نص المادة 15 من الأمر 03-03 : "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا : 1- اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل"⁽¹⁾.

ويمتد اعتبار الاندماج بين الشركات إحدى صور التركيز الاقتصادي إلى قانون "كلايتون" الأمريكي الصادر سنة 1914، حيث حظرت المادة السابعة منه الاندماجات إذا أدت إلى تقليل المنافسة بشكل جوهري أو أفضت إلى احتكار، غير أن مفهوم الاندماج في القانون الأمريكي (Mergers) يتسع ليشمل كل عمليات التركيز الاقتصادي بما فيها سيطرة (استحواذ) مؤسسة على أخرى وإنشاء مؤسسة مشتركة⁽²⁾.

ومصطلح الاندماج ليس مصطلحاً جديداً تبناه قانون المنافسة بل تناولته أحكام القانون التجاري ضمن نص المادة 744 حيث "أجاز للشركة ولو في حالة تصفيتها أن تدمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج....".

وعليه اتجه الفقه إلى تعريف الاندماج بأنه : "عملية تتضمن قيام شركة أو عدة شركات بنقل كافة موجوداتها إلى شركة أخرى قائمة بزيادة رأسمالها بمقدار هذه الموجودات، أو إلى شركة

(1) يعاب على هذا النص استعمال المصطلح "المؤسسة" التي تشمل الشخص الطبيعي والمعنوي معاً، كما سبق، في حين أن الاندماج كأثر قانوني ناتج عن عقد يفترض زوال الشخصية القانونية لأحد أطرافه على الأقل.

(2) أسامة فتحي عبادة يوسف، المرجع السابق، ص 87.

جديدة بحيث تتحمل الشركة الدامجة أو الجديدة كافة خصوم المندمجة، وتؤول الأسهم أو الحصص الجديدة التي تمثل هذه الموجودات إلى الشركة الدامجة⁽¹⁾.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن اندماج الشركات يتم بطريقتين : الأولى هي فناء شركة أو أكثر في شركة قائمة وهو ما يسمى بالاندماج عن طريق الضم، أما الثانية فهي فناء شركتين أو أكثر، وقيام شركة جديدة تنتقل إليه الذم المالية للشركات الزائلة وهو ما يطلق عليه بالاندماج عن طريق المزج⁽²⁾.

وإذا كان المفهوم القانوني للاندماج الذي تضمنه القانون التجاري يفترض زوال الشخصية القانونية عن أحد طرفي الاندماج أو كلاهما، فإنه يتحتم أحيانا أن يستجيب المفهوم القانوني للاندماج في ضوء قانون المنافسة لبعض الاعتبارات الخاصة بالدافع من عملية الاندماج حيث تغلب حينئذ الآثار الناجمة عن هذه العملية على الشكل القانوني الذي تتخذه.

وتأسيسا على ذلك، تم تفسير نص المادة 1-430 L من القانون التجاري الفرنسي⁽³⁾ المطابقة للفقرة الأولى من المادة 15 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة تفسيرا واسعا يسمح بمراقبة عمليات الاندماج القانونية، بالإضافة إلى عمليات الاندماج الواقعية (defacto mergers) عندما تحتفظ المؤسسات المعنية بوجودها القانوني لكنها تفضل التجمع تحت إدارة اقتصادية واحدة، حيث ذهب وزير الاقتصاد الفرنسي حين كونت كل من مجموعتين (MMA) و(MAAF) للتأمين شركة تأمين مشتركة (Covea group) إلى وجود عدد كبير من الأدلة تكشف عن وجود اندماج واقعي أو فعلي بين المجموعتين⁽⁴⁾.

وفي اعتقادنا أن هذا الاتجاه هو تغليب للمنطق الاقتصادي الذي يتوافق وعمليات التركيز الاقتصادي حتى على حساب الشكل القانوني، وقد نستدل على تغليب المنطق القانوني بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي بنص المادة 11 من الأمر 06-95 الملغى والذي استعمل فيه المشرع مصطلح "العقد" كشكل قانوني يتم بمقتضاه مشروع التركيز الاقتصادي بكل صيغته وعلى رأسها الاندماج، وهو الأمر الذي عدل عنه المشرع الجزائري ضمن الأمر 03-03 .

(1) أسامة فتحي عبادة يوسف، المرجع السابق، ص 81.

(2) Tayeb Beloula, Droit des sociétés ,Berti, Alger,2006,p118,119.

(3) « Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ».

(4) Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations (procédure et analyse) direction générale de la concurrence, de la consommation de la répression des fraudes, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie. 2007 p3

أما عن استقلالية المؤسسات المعنية بالاندماج والتي اشترطها النص السابق ، فإن هذه الأخيرة قد تنصرف إلى الاستقلالية الاقتصادية، لأن الاستقلالية القانونية هي مفترضة بمجرد الحديث عن شخصية معنوية. وفي الواقع، فإن الاستقلالية الاقتصادية تتماشى وفكرة الاندماج الواقعي.⁽¹⁾

ومع ذلك ورغم وجاهة هذا التحليل -في نظرنا- إلا أن مضمون الاندماج الواقعي يؤدي إلى اشتباهه الواضح بما يسمى "بتجمع الشركات" إذا كانت أطرافه تأخذ شكل الشركة ويقرب المفهوم من حيث كون تجمع الشركات يعبر عن عدة شركات متميزة لكل واحدة منها شخصيتها القانونية المستقلة، وترتبط فيما بينها بعلاقات بنيوية مستمرة ناجمة عن الاشتراك في رأس المال، وتدار المجموعة بواسطة إحدى شركاتها⁽²⁾.

أما عن أشكال الاندماج كآلية للتركيز الاقتصادي، فهو إما أن يتخذ الشكل المؤلف والذي يتمثل في تلاقي المؤسسات التي تباشر نشاطا متماثلا، فيكون الاندماج حينئذ أفقيا، وأما أن يأخذ صيغة التكامل بين المؤسسات التي تتكامل أنشطتها فيما بينها لتقديم المنتج المعني أو الخدمة المعنية، ويسمى الاندماج حينئذ اندماجا رأسيا⁽³⁾.

وعليه فإن مفهومي التماثل والتكامل اللذان يقوم عليهما الاندماج كآلية للتركيز الاقتصادي بحيث يحققان هدف التركيز الاقتصادي في السيطرة على السوق، يؤديان إلى استبعاد تجمعات لا يكون الغرض من تجمعها تماثل أو تكامل أنشطتها، وإنما يكون الدافع هو مجرد التكتل للدفاع عن مصالح مشتركة وهو ما يعرف بالتجمعات ذات المصلحة الاقتصادية المشتركة⁽⁴⁾.

كما يختلف أيضا مع المؤسسة المشتركة التي جعلها المشرع كأحد آليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، مع ذلك، فإن معيار التماثل والتكامل لا يؤخذ على إطلاقه، فالتركيز الاقتصادي قد يظهر من خلال خضوع مؤسسات لا تتكامل أو تتماثل أنشطتها لإدارة

(1) وبالرجوع إلى تعريف المؤسسة ضمن قانون المنافسة، نجد أن هذه الأخيرة تنصرف إلى الشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء وهو ما يجعلنا نرجح الاستقلالية الاقتصادية على الاستقلالية القانونية: انظر المادة الثالثة من الأمر 03-03 .

(2) حسين الماحي، المرجع السابق، ص103.

(3) وأحيانا يتجاوز الاندماج الهدف الاقتصادي إلى هدف مالي محض خاصة ما حدث في الجزائر سنة 2009 بالنسبة للاندماج بطريق الضم (absorption) لمؤسسة تكرير البترول (Naftec) ومؤسسات تسيير المناطق الصناعية بأرزو (EGZIA) وسكيدة (EZIK) من طرف سوناطراك، حيث وصف بأن (Naftec) عاجزة عن تمويل برنامجها الاستثماري المقدر بحوالي 3 مليار :

- Une lecture juridique : la fusion d'entreprise en Algérie : www.dz.entreprise.net.

(4) حسين الماحي، المرجع السابق، ص105.

اقتصادية موحدة من خلال وضع إستراتيجية مشتركة شاملة لجميع المؤسسات وهو ما يسمى بالتركيز المركب، والذي يعد عاملا أساسيا لتعزيز وضعية الهيمنة⁽¹⁾.

الفرع الثاني : إنشاء مؤسسة مشتركة

عبرت عن هذه الصيغة المادة 15 من الأمر 03-03 في فقرتها الثالثة بقولها : "... أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".

ويذهب الفقه إلى تعريف المؤسسة المشتركة بأنها ارتباط بين مؤسستين أو أكثر يقوم على مساهمة كل منها في تمويل مؤسسة ما عن طريق تقديم أصول وتسهيلات وخدمات في هذه المؤسسة من أجل تحقيق مصلحة مشتركة.

أو هي عبارة عن مؤسسة تقوم بتأسيسها مؤسستان أو أكثر مستقلة كل منهما عن الأخرى، بغرض أن تقوم المؤسسة بتنفيذ مهام تحددها أغراضها وفي إطار صالح عام مشترك للمؤسستين، كما تتمتع المؤسسة المشتركة باستقلالية قانونية عن الأطراف المشاركة فيها، لكنها ترتبط بها بعلاقة تبعية اقتصادية وتنظيمية مشتركة⁽²⁾.

ويعتبر إنشاء المؤسسة المشتركة آلية جد فعالة لتحقيق التركيز الاقتصادي، ذلك أن قيامها على فكرة الارتباط بين المؤسسات المشاركة يؤدي إلى خلق علاقة مشتركة ومتساوية من حيث مشاركة الشركات الأم في تأسيس الكيان المشترك، وكذا من حيث الرقابة المشتركة عليها تحقيقا للمصالح المشتركة، وهذا ما قد يشكل مساسا ملموسا وواضحا بالسوق المعنية خاصة وأن هذا النوع من تركيز القوة الاقتصادية عادة ما يحصل بين مؤسسات ذات حجم كبير، بل أحيانا بين دولتين أو أكثر لتحقيق هدف اقتصادي أو سياسي، كإنشاء بريطانيا وفرنسا وألمانيا المؤسسة المشتركة (إيرباص) لإنتاج الطائرات المدنية كإستراتيجية أوروبية موحدة لكسر الاحتكار الأمريكي لهذه الصناعة على مستوى السوق العالمية⁽³⁾.

كما تحقق صورة "المؤسسة المشتركة" تركيزا اقتصاديا بطريقة سلسلة دون اللجوء لوسائل الاندماج وما يصاحبها من إجراءات معقدة، حيث وإن كانت الآليتان تشتركان في قيامهما على تحويل للملكية إلا أنهما تختلفان في كون إنشاء المؤسسة المشتركة لا يعني التخلي عن الاستقلالية

⁽¹⁾ بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2009-2010، ص 44.

⁽²⁾ أسامة فتحي عبادة يوسف، المرجع السابق، ص 105.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص 106.

القانونية ،حيث تبقى المؤسسات المشاركة مستقلة عن بعضها البعض كأشخاص معنوية، كما تتمتع المؤسسة المشتركة بالاستقلالية القانونية أيضا، إزاء المؤسسات المشاركة.

كما تختلف "المؤسسة المشتركة" أيضا عن التجمع ذي المصلحة الاقتصادي (GIE) في كون هذا الأخير وعلى خلاف "المؤسسة المشتركة" لا يقوم على تحويل حقوق الملكية أو الانتفاع ولا يستخدم أي سياسة تجارية مستقلة عن أعضائه، فهو لا يعدو أن يكون صيغة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائه أو تطويره وتنميته⁽¹⁾، وهو بذلك يختلف عن المعنى الذي أشار إليه المشرع للتعبير عن المؤسسة المشتركة كآلية للتركيز الاقتصادي بكونها كيان يؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة.

وفي هذا الإطار فقد استقر الاجتهاد الفرنسي على الأخذ بمعيار "المؤسسة المشتركة" كاملة المهام (Entreprise commun de plein exercice) حيث استبعد مجلس المنافسة الفرنسي ضمن رأيه بخصوص مشروع تجمع (Henkel colgate-cotelle) سنة 1988 اعتبار إنشاء مؤسسة لا تقوم بوظائفها الإنتاجية إلا لحساب المشاركين فيها ولا تتدخل في السوق بصفة مستقلة من قبيل التركيز الاقتصادي ، وإن كان يمكن اعتباره وسيلة لاتفاق محظور بين المؤسسات المشاركة⁽²⁾.

وبخصوص مدى انسجام فكرة الاستقلالية التي يجب أن تتمتع بها المؤسسة المشتركة مع الرقابة المشتركة للمؤسسات الأم، يذهب الفقه إلى أن الاستقلالية المقصودة هي استقلالية وظيفية (fonctionnelle) وليست استقلالية في اتخاذ القرارات الإستراتيجية (décisionnelle) لأن هذه الأخيرة لا تتسجم مع مفهوم "المؤسسة المشتركة"، ويقصد بالاستقلالية الوظيفية أن تظهر المؤسسة المشتركة كفاعل أو متعامل حقيقي في السوق وليس كمجرد ملحق (auxiliaire) لمؤسسيها⁽³⁾.

وفي الواقع، فإن هذا الاتجاه يستند إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أخذ بدوره بالاجتهاد الأوروبي في هذا الشأن حيث وفي قضية casino/coro/opéra لسنة 2000 ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن مؤسسة (opéra) لا تتمتع بالاستقلالية الوظيفية الكافية

⁽¹⁾ المادة 794 من القانون التجاري الجزائري "يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا ولفترة محددة تجمعهما لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائه أو تطويره وتحسين ناتج هذا النشاط وتنميته".

⁽²⁾ Valérie Pironon, op.cit p144.

⁽³⁾ Christian Bloze, Concentration, Recueil. V° concentration, Rép- Sociétés, Dalloz, Mars 1996.

لاعتبار إنشائها بمثابة عملية تركيز اقتصادي في منظور قانون المنافسة، إذ تبدو مجرد منفذ للسياسات التسويقية للمؤسسات الأم⁽¹⁾.

كما أن مجلس المنافسة الفرنسي قد ذهب في رأي صادر عنه سنة 1997 إلى أن إنشاء مؤسسة مشتركة يشكل تركيزا اقتصاديا ما دامت هذه المؤسسة تقوم بمهامها كوحدة اقتصادية مستقلة تعمل بشكل دائم وأن إنشائها لم يكن فقط بغرض تنسيق التصرفات التنافسية للشركات الأم في السوق المعنية.

وبعد ذلك تم تبني ما ذهب إليه هذا الاجتهاد في مواد القانون رقم 2001-420 بتاريخ 15 ماي 2001 الذي عدل مقتضيات المادة 1-403 من القانون التجاري الفرنسي.

وبهذا يتحدد مضمون القيام بوظيفة المؤسسة الاقتصادية في ألا يقتصر أداء المؤسسة المشتركة على مهمة محددة تحددها المؤسسات الأم، كأن تظهر هذه المؤسسة كوسيط أو وكيل عن المؤسسات الأم في عمليات بيع أو توزيع أو تسويق منتجات المؤسسات الأم، كما يجب ألا يتم إنشاؤها لإنجاز مهمة ظرفية كتنفيذ مشروع معين وهذا ما عبر عنه نص المادة 15 في فقرتها الثالثة بأن تؤدي بصفة دائمة وظائف مؤسسة اقتصادية حقيقية⁽²⁾.

وحتى تتمتع "المؤسسة المشتركة" بالاستقلالية اللازمة لاعتبارها تركيزا اقتصاديا، ينبغي أن تمتلك الموارد المادية والبشرية الكافية التي تسمح لها بالظهور في السوق كشخص جديد من شأنه أن يغير من هيكل السوق المعنية ويخضع بذلك لرقابة التركيز الاقتصادي، حيث يجب أن تتمكن المؤسسات الأم من كافة الوسائل الضرورية لممارسة نشاطها سيما فيما يخص اليد العاملة، العلامات التجارية... إلخ، وأن تتمكن من الاستفادة من خبرتها في مجال التصنيع والتسويق⁽³⁾.

إن تبعية المؤسسة المشتركة إلى المؤسسات الأم فيما يخص القرارات التنظيمية الإدارية وفق ما تقتضيه طبيعة هذا الكيان القانوني الاقتصادي من جهة وضرورة ظهوره كمتعامل مستقل وفاعل في السوق المعنية من الناحية الوظيفية الاقتصادية من جهة ثانية، يجعل مسألة تكييف كيان ما بأنه "مؤسسة مشتركة" أمرا في غاية الصعوبة، خاصة وأن ذلك يتعلق بتحديد مدى وجود تركيز اقتصادي وفق مفهوم قانون المنافسة -إذا توافرت شروطه الأخرى طبعاً- ويفرض على

(1) Rachid Zouaïmia, Op.cit, p156.

(2) Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, Op.cit, p08.

(3) Lettre C2007.14 du Ministre de l'économie, des finances et l'emploi du 13 Novembre 2007 aux conseils de la Société CCIP, relative à une concentration dans le secteur de l'organisation de foires et salons. Bocfr.n°9 bis du 6 Décembre 2007, cité par Rachid Zouaïmia, Op.cit, p156, Note 306.

مجلس المنافسة دراسة دقيقة وإحاطة شاملة بطبيعة العلاقات المتواجدة على مستوى هذا الكيان الجديد، وخاصة درجة استقلال المؤسسة عن الأطراف المشاركة فيها.

الفرع الثالث: الحصول على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات

عبرت عن هذه الصورة للتركيز الاقتصادي الفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر 03-03 بقولها: "... إذا...، حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى"

وتختلف هذه الصورة للتركيز الاقتصادي عن الصورتين السابقتين في كونها لا تحصل نتيجة نشأة كيان قانوني جديد، بفعل مؤسسات كانت موجودة من قبل وإنما من خلال ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة ما، كما تختلف أيضا في أنه لا يقتصر في تجسيدها على العقد فحسب كما كان عليه الحال بموجب المادة 11 من الأمر 95-06 الملغى، بل عن طريق أي وسيلة أخرى، كما وسع المشرع الرقابة من حيث ممارستها لتشمل الشخص الطبيعي أيضا.

إن صياغة الفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر 03-03، وإن كانت تبدو غامضة أو غير دقيقة⁽¹⁾، إلا أنه، وبالمقابل، فإن هذا الاتجاه يتوافق مع غاية تحقيق حماية قانونية سابقة للسوق عن طريق توسيع مجال فرض الرقابة على التركيز الاقتصادي وامتدادها بشكل يسمح باستيعاب العديد من الصور التي قد لا تتحقق بآلية قانونية محددة كالعقد، وإنما بأي طريقة تتوافق مع المنطق الاقتصادي.

إن هذا الغموض بالذات هو الذي دفع المشرع ضمن نص المادة 16 الموالية إلى تفسير المقصود بالمراقبة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر 03-03.

وبالرجوع إلى نص المادة 16، نجد أن المشرع قد اعتمد على معيار "السيطرة الحاسمة" التي تمارسها مؤسسة على مؤسسة أخرى، والتي تتلخص في إمكان التأثير في القرارات

⁽¹⁾ ويلاحظ في هذا الإطار أن النص في اللغة الفرنسية أكثر دقة حيث جاء فيه: « une ou plusieurs personnes physiques détenant déjà le contrôle d'une entreprise au mois ».

الإستراتيجية التجارية للمؤسسة أو سلطة تحديد الإستراتيجية التجارية لمؤسسة ما في السوق المعنية بشكل دائم⁽¹⁾.

أما عن الوسائل التي تتحقق بها هذه السيطرة، فهي تلك الناتجة عن القانون التجاري في إطار الأحكام الخاصة بالشركات التجارية، حيث تنتج هذه السيطرة عن جملة من الحقوق المتعلقة برأسمال حقوق التصويت في الشركة، والتي تختلف باختلاف ما إذا تمت في إطار رقابة شركة على أخرى أو مساهمة شركة في أخرى، أو تبعية شركة لأخرى⁽²⁾، وإما تلك الناتجة عن حقوق بموجب الحصول على عناصر أو أصول المؤسسة وإما تلك الناتجة في إطار علاقات تعاقدية أو أي وسيلة أخرى.

أولاً: السيطرة الناتجة عن رأسمال وحقوق التصويت

أشار المشرع ضمن المادة 15 من الأمر 03-03 في فقرتها الثانية إلى أخذ أسهم في رأسمال مؤسسة ما من قبيل التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة دون أن يشير إلى حد لذلك، كما أشار في نص المادة 16 إلى المراقبة كصورة من صور التركيز الاقتصادي لم تقض الأحكام التي تضمنها الشريعة العامة متمثلة في القانون التجاري بخصوص الأحكام الخاصة بالشركات التجارية، بل تستطيع القول بأن أحكام المادة 16 تتضمن إحالة غير مباشرة إلى هذه الأحكام العامة.

غير أنه، وإذا كانت الأحكام العامة الواردة في القانون التجاري قد أخذت هي الأخرى - شأنها شأن قانون المنافسة - بالاعتبارات الاقتصادية أو بالأحرى بالمنطق الاقتصادي الذي يستدعي أحيانا تغليب ظروف الواقع أو ترجيح ما يمكن أن ينشأ بفعل الواقع، وهذا ما نلمسه من خلال قراءة النصوص الواردة في القانون التجاري في هذا الشأن، إلا أنها، ومع ذلك، لا ترقى إلى مستوى قانون المنافسة من حيث مرونة المعيار المعتمد لفرض الرقابة توسيعاً للحماية القانونية للسوق، وهو معيار التأثير والذي بمقتضاه لا يتحدد مجال المراقبة في إطار الشركات، كما أنه لا يفرق بين الرقابة والمساهمة والتبعية - كما هو الشأن بالنسبة لقانون الشركات التجارية - بل يأخذ بمدى القدرة على السيطرة على قرارات المؤسسة.

(1) Valérie Pironon, Op.cit, p141.

(2) والأخذ بمنطق الآثار، لا يعني أبدا الآثار الحاصلة، بل الآثار المحتملة أو المتوقعة والتي تتماشى مع المنهج العام الذي يسير عليه قانون المنافسة تحقيقاً للحماية القانونية للسوق، سواء في شقه المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة، أو بالنسبة لعمليات التركيز الاقتصادي.

وهذا ما يفيد بأن الإحالة غير المباشرة من قبل المشرع إلى أحكام الشريعة العامة فرضها إيجاد منطلق لهذه الرقابة ضمن القانون التجاري فيتم توسيع مداها وتنويع أحكامها من قبل قانون المنافسة، وبالرجوع إلى أحكام القانون التجاري سيما المادتين 729 و731؛ نجد أن المشرع قد اعتبر الشركة التي تحوز أكثر من 50% من رأسمال شركة أخرى تعد متبوعة من قبلها، كما اعتبر أن شركة ما تعد مساهمة في شركة أخرى إذا كان جزء رأسمال الذي تملكه هذه الأخيرة يقل عن 50% أو يساويها⁽¹⁾.

إن هذه الأحكام تفيد بأن السيطرة الحاسمة تحصل حتما في الحالة الأولى، بينما لا تتحقق في الحالة الثانية وفقا لمعيار أغلبية الأسهم، إلا أن المشرع قد ربط حيازة أغلبية الأسهم كصورة للرقابة بضرورة حيازة أغلبية الأصوات وهذا ما أشارت إليه المادة 731 من القانون التجاري في فقرتها الأولى بقولها: "تعد شركة ما مراقبة لشركة أخرى، يقصد تطبيق أحكام هذا القسم:

- عندما تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء من رأسمال لها يخول لها أغلبية الأصوات للجمعيات العامة لهذه الشركة".

وعليه، فإن حيازة أغلبية رأسمال دون حيازة أغلبية الأصوات لا يؤدي إلى ممارسة السيطرة الحاسمة، كما أن حيازة أغلبية من رأسمال لا تخول المؤسسة نسبة هامة من حقوق التصويت في الجمعية العامة لا تعتبر سيطرة حاسمة.

وعلى العكس من ذلك، فإن حيازة نسبة متواضعة من رأسمال في ظل السيطرة على أغلبية حقوق التصويت تعتبر بمثابة سيطرة حاسمة، وفق ما استقر عليه الاجتهاد الفرنسي والأوروبي، أين استندت اللجنة الأوروبية إلى عدة قرائن للوصول إلى وجود سيطرة من مؤسسة (Electrabet) على (CNR)، تتمثل في حجم مشاركتها في الجمعيات العامة المنعقدة على مستوى هذه الأخيرة خلال السنوات السابقة على حصول السيطرة وامتلاكها لحقوق تصويت قدرت بـ 479% كل ذلك يجعلها على ثقة من وصولها إلى الأغلبية المطلقة خلال الجمعيات العامة المقبلة⁽²⁾.

و عليه، فقد المساهمين ذوي الأقلية يمكنهم ممارسة سيطرة حاسمة على القرارات الإستراتيجية للمؤسسة المعنية، ويحدث ذلك في حالات خاصة منها تلك التي يمنح فيها النظام الداخلي للمؤسسة المهنية بعض الامتيازات للمساهمين ذوي الأقلية بغرض حماية مصالحهم

⁽¹⁾ المواد 729 و731 من القانون التجاري.

⁽²⁾ Michel Glais, Concentration des entreprises et droit de la concurrence, Economica, Paris, 2010, p81.

المالية، أو في الحالات التي تكون فيها مساهمتهم المتواضعة مشفوعة باتفاقات تمنحهم بعض هذه الامتيازات تعلق على وجه الخصوص بحقوق الاعتراض أو بحقوق التعيين أو بحكم وجود علاقات تجارية جد خاصة أو مميزة مع المؤسسة أو المؤسسات المعنية⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن شركة Gillette تمتلك سيطرة حاسمة Eembland على أساس وجود مؤشرات دالة على ذلك من بينها أن Gillette هي المشغل الصناعي الوحيد من بين المستثمرين، وتمتلك حقوق امتياز في Eembland، بالإضافة إلى تبعية Eembland ماليا إلى شركة Gillette ورقابتها على سياسة المبيعات وذلك بالرغم من أن Gillette لم تحز أكثر من سندات قابلة إلى أسهم، ولا تعطىها الحق في التصويت أو التمثيل في مجلس الإدارة، أو حضور الجمعيات العمومية للمساهمين⁽²⁾.

كما يمكن أيضا أن يوجد اتفاق بين مالكي المساهمات القليلة ينظم عملية التصويت، ففتشاً رقابة بفعل الاتفاق؛ حيث تظهر سياسة مشتركة بحكم القانون خلافا للسياسة المشتركة التي تظهر بحكم الواقع بين المساهمين في الشركة بسبب وجود مصالح مشتركة أو روابط بين المساهمين⁽³⁾.

كما أن زيادة أسهم مؤسسة ما في رأسمال المؤسسة التي تعتبر مساهمة فيها من شأنه أن يعتبر من قبيل ممارسة السيطرة الحاسمة، حيث اعتبر وزير الاقتصاد الفرنسي، أن مؤسسة (SNCF) قد خالفت الأحكام التشريعية المتعلقة بالرقابة المسبقة على عمليات التركيز الاقتصادي عندما قامت بزيادة مساهماتها في مؤسسة (Novatrans) من 38% إلى 49% دون أن تعرض مشروع التركيز على الرقابة المعمول بها في هذا الشأن⁽⁴⁾، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى ممارسة سيطرة حاسمة من قبلها.

ثانيا: السيطرة الناتجة عن امتلاك أصول في المؤسسة

جاء في الفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر 03-03 وفي معرض ذكرها لأوجه الرقابة بأنه: "... - أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة..." كما جاء في المادة 1-16 بما يأتي: "1- حقوق الملكية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة أو على جزء منها".

⁽¹⁾ Ligne directrices relatives au contrôle des concentrations, Op.cit, p106.

⁽²⁾ فتحي عبادة يوسف، المرجع السابق، ص102.

⁽³⁾ بن حملة سامي، المرجع السابق، ص176.

⁽⁴⁾ Rachid Zouaïmia, Op.cit, p160.

كما أشارت المادة 16-2 على حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها. ومفاد ذلك، أنه وحتى يعتبر امتلاك أصول في مؤسسة ما شكلا من أشكال التركيز الاقتصادي لابد أن يؤدي إلى ممارسة السيطرة الحاسمة.

ولا يتحقق ذلك في الواقع إلا إذا كانت هذه الأصول على قدر من الأهمية بالنسبة لنشاط المؤسسة، وعليه يمكن اعتبار هذا الشرط متضمنا في نص المادة 16-2 من الأمر 03-03، وهو الموقف الذي استقرت عليه هيئات المنافسة؛ حيث اشترطت ضرورة النظر إلى قيمة الأصول المتنازل عنها وأهميتها ومكانتها في استغلال وسير النشاط الاقتصادي للمؤسسة⁽¹⁾. كما يمكن أن تحصل الأغلبية على سيطرة حاسمة إذا كانت باقي الأسهم مشتتة بين مساهمين كثر كأن يكون ذلك بسبب فتح اكتتاب للجمهور مثلا.

وباعتبار نص المادة 16 مفسرا لنص المادة 15-2، فإن مصطلح "الشراء" لعناصر من أصول المؤسسة لا يعد شرطا من أجل أن يتم انتقال ملكية هذه الأصول عن طريق "الشراء" أي عقد البيع، حيث لا يتوافق ذلك مع الاتجاه العام في التوسيع من مصادر السيطرة الحاسمة، بل وتماشيا مع منطوق الآثار، فإن السيطرة قد تنتج عن طريق التنازل عن هذه الأصول أو أي جزء منها⁽²⁾.

ثالثا: العلاقة التعاقدية كمصدر للسيطرة الحاسمة

جاء في نص المادة 15-2: "... أو بموجب عقد...." كما ورد في نص المادة 16-2: "... حقوق أو عقود المؤسسة".

وعليه يجب أن يترتب على هذه العقود حتى تعتبر تركيزا اقتصاديا سيطرة حاسمة على أجهزة المؤسسة من خاصية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها.

ولاشك أن العلاقات التعاقدية كمصدر للسيطرة الحاسمة، تتصرف إلى تلك العلاقات ذات الطبيعة التجارية، وبشكل عام، فإن العلاقات التعاقدية أو مصطلح التعاقد يتنافى مع مفهوم السيطرة الحاسمة لوجود تبادل إرادات لا تؤدي إلى التأثير على إستراتيجية المؤسسة، ولكن في بعض الحالات الخاصة يمكن لهذه العلاقات التعاقدية أن تمارس تأثيرا على قرارات المؤسسة

(1) بن حملة سامي، المرجع السابق، ص 184.

(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وإستراتيجيتها إلى حد يمكن اعتبارها بمثابة تركيز اقتصادي يخضع للرقابة، سيما بفعل تطور الحياة الاقتصادية وظهور بعض العقود التجارية المستحدثة التي تحمل معنى الحصرية.

وقد ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى أنه من الضروري الوقوف عند الآثار المترتبة على مختلف العقود التجارية العصرية كعقود الترخيص أو الانضمام إلى تعاونية تجار مستقلين، ومختلف العقود التي تربط التجارة بالشخص الذي يمثل الشبكة التوزيعية كعقود التموين (عقود التسيير Location-gérance)، حيث يجب تقدير قوة العلاقة ودرجة الاستقلالية التي يتمتع بها التاجر أو التجار المنضمين إلى هذه الشبكة⁽¹⁾، فإذا انعدمت هذه الاستقلالية، تصبح هذه العقود مصدرا للسيطرة الحاسمة، و تظهر هذه السيطرة من خلال توحيد السياسة التجارية للمؤسسات التابعة أو المكونة للشبكة المعنية.

رابعاً: وسائل أخرى للمراقبة

استعمل المشرع ضمن نص الفقرة الثانية من المادة 15 عبارة : "أو أي وسيلة أخرى" كما استعمل أيضا في المادة 16 : "سيما ما يتعلق منها" ، كل ذلك يدل على أن أوجه الرقابة التي ذكرها المشرع إنما هي وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

فقد تكون السيطرة ناتجة مثلا عن حق للدائنية، حيث تم اعتبار مؤسسة "Gillette" تمارس سيطرة حاسمة على مجمع "Eemband" وكان مصدر هذه السيطرة حق الدائنية الذي تتمتع به "Gillette" والذي جعل مجمع "Eemband" في حالة تبعية مالية للمؤسسة المعنية⁽²⁾.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية أخرى أن مؤسسة BFCM تمارس سيطرة حاسمة على EBRA بالنظر إلى حقها في الفيتو ودورها كدائن، و الذي عزز سلطتها في السيطرة على القرارات الإستراتيجية لهذه هذه الأخيرة⁽³⁾.

وفي الأخير يمكن القول أنه لا يمكن حصر كل الصور التي تمارس بها رقابة مؤسسة على أخرى وهذا ما دفع بالمشرع إلى توسيع هذا النطاق واستعمال صياغة واسعة ومرنة في الوقت

(1) Voir : Avis n°10-A26 du 7 Décembre 2016 relatif aux contrats d'affiliation de magasin indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans les secteur de la distribution alimentaire, www.autoritedelaconurrence.fr, p34.

(2) أسامة فتحي عبادة يوسف، المرجع السابق، ص102.

(3) Projet révisé de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives aux contrôle des concentrations, 2013 p13 : www.autoritedelaconurrence.fr

ذاته، كما يجب أن ننوه إلى أن هذه الرقابة يمكن أن تمارس بصفة انفرادية من قبل مؤسسة أو بصفة مشتركة من قبل عدة مؤسسات، كما يمكن أن تكون بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

وهذا ما ورد في نص المادتين 15-16⁽¹⁾ وتظهر الرقابة الحصرية أو تتحقق خاصة عندما تستأثر مؤسسة بمفردها في اتخاذ القرارات الاستراتيجية للمؤسسة المعنية ، ويظهر ذلك من خلال إما أسباب قانونية كحيازة الأسهم الممتازة التي تعطي لصاحبها أغلبية في حقوق التصويت ، أو من خلال وجود أسباب واقعية كأن تكون الأسهم موزعة بطريقة متناثرة وهذا وفق ما ذهبت إليه اللجنة الأوروبية⁽²⁾، أما الرقابة المشتركة، فتتحقق عند وجود مؤسستين أو أكثر يملكون إمكانية ممارسة السيطرة الحاسمة على مؤسسة أخرى.

أما الرقابة المباشرة وغير المباشرة، فإن هذه الأخيرة تحدث عندما لا يكون ممارس الرقابة هو نفسه صاحب المساهمات المالية أو المالك الفعلي لأصول فيها أو الطرف في العلاقات التجارية التي نشأت عنها السيطرة أو ما إلى ذلك من مصادر تنشأ عنها الرقابة ، وذلك على عكس الرقابة المباشرة التي تمارس مباشرة صاحب المساهمات المالية.⁽³⁾

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالتصدي لعمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة

كما بينا في البداية، فإننا تجاوزنا الرقابة التي يقوم بها مجلس المنافسة بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي، ذلك أن هذه الرقابة تسمح لهيئة المنافسة بالتدخل السابق ، والذي اعتبرناه من قبيل الضبط الاقتصادي للسوق ، في حين اقتصرنا دراستنا على الحماية القانونية اللاحقة للسوق.

وبالرجوع إلى الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، نجد أن المشرع الجزائري قد خصص لهذه الوضعية مادة وحيدة هي المادة 61، والتي أشار فيها إلى العقوبة المطبقة في هذه الحالة.

غير أن تطبيق النص، في الواقع، يسفر حتما عن صعوبات تتعلق بكيفية تقدير هذه العقوبة، وهل يتم تطبيقه أليا ؟ أم يتم البحث في حجم الآثار التي ترتبت عليها ؟

وعليه، يجب معالجة ما إذا كان من الضروري تقدير المساس بالمنافسة (فرع أول)، ثم الحديث عن تعزيز وضعية الهيمنة كحالة للمساس بالمنافسة في السوق المعنية (فرع ثان).

⁽¹⁾ أنظر المادتين 15-16 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁽²⁾ Richard Blasseble, Traité de droit européen de la concurrence, tome I, published, 2003, p388.

⁽³⁾ Ibid, p389.

الفرع الأول: مجال أعمال الحماية القانونية للسوق في إطار عمليات التركيز الاقتصادي

يقتضي أعمال الحماية القانونية للسوق في إطار عمليات التركيز الاقتصادي البحث عن المجال الذي تطبق فيه هذه الرقابة، سواء من ناحية الوضعيات المعنية بها، أو من ناحية مدى ضرورة امتداد الرقابة اللاحقة على عمليات التركيز الاقتصادي بعد دخولها السوق وثبوت مساسها بالمنافسة فيها.

أولاً: وضعيات التركيز الاقتصادي المشمولة بأحكام الحماية القانونية للسوق

بداية، فإن عمليات التركيز الاقتصادي ليست محظورة ابتداء ضمن قانون المنافسة، كما هو شأن الممارسات المنافسة للمنافسة، غير أنها تخضع لرقابة مسبقة من قبل مجلس المنافسة لتفادي أثارها السلبية على السوق المعنية، ومع ذلك، فإن هذه العمليات تصبح غير مشروعة عندما تنجز دون ترخيص من قبل مجلس المنافسة لمخالفتها الأحكام القانونية بهذا الخصوص.

ففي هذه الحالة الأخيرة، تصبح مهمة المجلس بخصوصها مهمة عقابية وليست مهمة رقابية؛ حيث يصب هدفها في إطار تحقيق حماية قانونية للسوق من الآثار السلبية الناجمة عنها حاصلة كانت أم متوقعة، والفرق بين المهمتين هو أن الأولى تظهر فيها بعض الجوانب السياسية أو بالأحرى تبدو متأثرة بالسياسات الاقتصادية المنتهجة، أما الثانية فتكون ذات صبغة قانونية محضة، وإن أخذت باعتبارها الجوانب الاقتصادية التي يقوم عليها قانون المنافسة أساساً باعتباره قانوناً اقتصادياً.

وبالرجوع إلى المادة 61 من الأمر 03-03 نجدتها تنص على أنه: "يعاقب على عمليات التجميع المنصوص عليها في أحكام المادة 17 أعلاه والتي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، بغرامة مالية أن تصل إلى 7% من رقم أعماله....".

وبقراءة هذا النص يتضح أن هناك مجالاً لمتابعة عمليات التركيز الاقتصادي، التي لم تخضع للشروط الخاصة بالرقابة عليها، غير أن سؤالاً يطرح نفسه بإلحاح في هذا المقام، يتعلق بمدى اقتصار العقوبة، في هذا الشأن، على تلك العمليات التي تمت بدون إخطار مجلس المنافسة أصلاً أم تمت إلى تلك التي تمت رغم صدور قرار من المجلس برفض الترخيص بإنجازها؟

وإذا كانت الأذهان تتجه إلى ترجيح الافتراض الأول، غير أننا نتصور أن النص القانوني يشمل الوضعيتين معا، وذلك للأسباب التالية:

بداية، فإن نص المادة 61 قد ورد بصياغة واسعة تولد حتمية امتداده إلى الحالة التي يتم فيها تجسيد مشروع تركيز اقتصادي صدر من مجلس المنافسة قرارا برفض الترخيص بتجسيده؛ حيث اكتفى المشرع بذكر عمليات التركيز الاقتصادي التي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، والنتيجة واحدة بين الحالة التي رفض فيها المجلس الترخيص، والحالة التي لم يمر فيها أصحاب التركيز أصلا على مجلس المنافسة.

يضاف إلى ذلك أن النص السابق لم يحدد عقوبة ثابتة بهذا الشأن، بل استعمل عبارة "يمكن أن تصل" وهذا ما يعني أن هناك تدرج في العقوبة، فقد لا تتساوى العقوبة بين عمليتي تركيز اقتصادي واحدة صدر قرار برفضها والأخرى لم تعرض أصلا على مجلس المنافسة ربما لجهل أصحابها أصلا وجود حكم بهذا الخصوص تضمنه قانون المنافسة، يضاف إلى ذلك، أنه كان بإمكان المشرع أن يستعمل عبارة "لا تفوق" كما هو الشأن بالنسبة للممارسات المنافية للمنافسة وليس عبارة "يمكن أن تصل".

ثانيا: تجاهل المشرع الجزائري متابعة عمليات التركيز الاقتصادي المرخص بها

لا يتعلق الأمر، في هذه الحالة، بعملية تركيز اقتصادي نشأت دون ترخيص من قبل مجلس المنافسة، وإنما يتعلق الأمر بعملية تركيز مرخص بها، ومع ذلك تحققت من خلالها بعض الآثار السلبية، أفلا يكون إذن من المجدي في هذه الحالة، متابعة هذه العمليات وفق أحكام الرقابة اللاحقة على عمليات التركيز الاقتصادي؟

بداية، فإن المشرع الجزائري قد ربط الرقابة على عمليات التركيز الاقتصادي بتعزيز وضعية الهيمنة، حيث ورد ضمن المادة 17 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بأنه: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما....."

وبتحليل دقيق للوضع يمكن القول أن عملية تركيز اقتصادي تم الترخيص بإنشائها من قبل مجلس المنافسة إذا ما نتج عنها توسع في استغلال وضعية هيمنة أو وضعية تبعية اقتصادية، فإنه سوف يتم متابعة الممارسة المحظورة وفقا للأحكام الخاصة بالتعسف في وضعية

الهيمنة فيما تبقى عملية التركيز التي كانت سببا في نشأتها في منأى عن الحظر طالما تمت في إطارها القانوني، أي بعد الترخيص بها.

إن هذه النتيجة تكون مقبولة إذا لم تكن الممارسة المعنية نتيجة مباشرة لعملية التركيز الاقتصادي، أما في الحالة العكسية، فإن الأمر يحتاج إلى أحكام أكثر صرامة -في هذا الخصوص- تتجه إلى عملية التركيز الاقتصادي في حد ذاتها.

وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي أهمل أو تجاهل هذه الفرضية وأعطى الاهتمام أكثر للجانب المتعلق بالرقابة السابقة على حساب الجانب المتعلق بالرقابة اللاحقة، فإن المشرع الفرنسي قد أورد ضمن نصوص القانون التجاري⁽¹⁾ حلا لهذه المسألة يتمثل في أنه يمكن لسطة المنافسة في حال الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة أو لوضعية التبعية الاقتصادية أن توجه أمرا معللا للمؤسسة أو مجموعة المؤسسات المعنية بتعديل أو تنميط أو فسخ كل اتفاق أو تصرف نتج عن تركيز القوة الاقتصادية سمح بوجود أو نشأة هذا التعسف حتى لو كانت هذه التصرفات موضوعا للإجراءات الخاصة بالتركيز الاقتصادي وذلك ضمن أجل محدد.

ولقد أثر مجلس المنافسة الفرنسي أعمال هذا النص في القضية المتعلقة بسوق توزيع مياه الشرب وتعطيل الأحكام الخاصة بوضعية الهيمنة ؛ حيث اعتمد المجلس مقارنة تسمح بتعديل تركيبة السوق التي تم المساس بها بفعل عملية التركيز الاقتصادي عوض تطبيق عقوبة بسيطة في إطار الأحكام الخاصة بالتعسف في في وضعية الهيمنة⁽²⁾.

وعلى خلاف المشرع الفرنسي، لم يعتمد المشرع الجزائري هذا الحكم، واقتصر على الرقابة السابقة لعمليات التركيز الاقتصادي، أي قبل دخول هذه الكيانات الجديدة إلى السوق وقيامها بالنشاطات الاقتصادية فيها بصفة فعلية، أما بعد دخولها السوق، فقد اقتصر المشرع على معاقبة عمليات التركيز الاقتصادي التي أنجزت بدون ترخيص من المجلس تطبيقا للمادة 61، أو تطبيق

⁽¹⁾ L'article 430-9 du code de commerce : « L'Autorité de la concurrence ,peut en cas d exploitation abusive d une position dominante ou d un état de dépendance économique, enjoindre ,par décision motivée, à l entreprise ou au groupe d entreprise en cause de modifier ,de compléter ou de résilier ,dans un délai déterminé ,tous accords et tous actes par lesquels s est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l objet de la procédure prévu au présent titre »

⁽²⁾ Patrice bougette et florent venayre. Contrôle à priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l efficacité des politiques de concurrence, Revue d'économie industrielle, 121/1^{er} trimestre ,2008,p12 .

الأحكام الخاصة بالممارسات المناهضة للمنافسة، تحديدا التعسف في وضعية الهيمنة، كما لو أنها تمت بمعزل عن عملية التركيز الاقتصادي.

وفي الواقع، فإننا نرى قصورا في هذا الجانب، من قبل المشرع الجزائري؛ ذلك أن حصول المؤسسات المعنية على الترخيص بعملية التركيز المزمع إنشاؤها لا يمنع من أن تؤدي عملية تركيز اقتصادي إلى سلوكات تعسفية مرتبطة بالهيمنة أو التبعية الاقتصادية من شأنها المساس بالسوق المعنية، رغم الضمانات المتعلقة بتنفيذ الرقابة السابقة ورغم التعهدات المقدمة من قبل المؤسسات المعنية، ذلك لأن هذه الأخيرة سوف تعمل في سبيل الحصول على الترخيص على العناصر الكافية لإقناع مجلس المنافسة بمشروعية العملية وجدواها من الناحية الاقتصادية وعلى وجه الخصوص تلك العمليات التي تتم في إطار الاستثناءات الواردة في هذا الشأن⁽¹⁾، وعليه فإن اعتماد الرقابة اللاحقة من شأنه دفع المؤسسات المعنية إلى الالتزام بتقديم المعلومات الصحيحة من خلال ملف الإخطار المقدم أمام المجلس وهذا ما يخفف العبء على مجلس المنافسة أثناء قيامه بالدراسة في إطار الرقابة السابقة.

وإذا كانت الرقابة السابقة على عمليات التركيز الاقتصادية تبدو منطقية وتجد مبرراتها في كون الرجوع إلى الوضعية السابقة تبدو صعبة، إن لم نقل مستحيلة، وهذا ما يجعل التراجع عنها لا يبدو أمرا منطقيا، إلا أن تدعيمها برقابة لاحقة تجد لها أساسا في توسيع ومد الحماية القانونية للسوق كهدف يصبو إليه قانون المنافسة، بحيث لا تنفذ هذه الحماية عن طريق العقوبة فحسب، والتي قد تبدو ضئيلة بالنظر إلى النتائج المحققة من طرف عملية التركيز الاقتصادي ألحقت الضرر بالسوق، وإنما تركز هذه الحماية أيضا إلى تصحيح بعدي لتركيبية السوق المعنية.

ومع ذلك، فإن هذه الرقابة اللاحقة لا بد أن تمارس في حدود منطقية، في إطار ضوابط معينة، وعليه لا بد ألا تأخذ هذه الرقابة الطابع الشمولي، أي أن تنفذ بصفة مطلقة، فهذا من شأنه أن يرتب عبئا إضافيا على الهيئة المختصة بشكل يعيقها عن أداء مهامها الأخرى، كما يمكن أن يترتب عن ذلك أيضا مساسا بالأمن القانوني الذي لا بد أن تتمتع به المؤسسات المعنية الأمر الذي يفرض وجود سلوك تعسفي يمثل محركا لهذه الرقابة ويسمح بالقيام بدراسة لاحقة للعملية المعنية، وهو ما يرتبط بحالتي الهيمنة والتبعية الاقتصادية⁽²⁾.

(1) المادتين 21 و21 مكرر من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

(2) Patrice bougette et florent venayre, Art préc, p20.

وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن التصحيح البعدي أو اللاحق لتركيبية السوق يمكن أن يأخذ أشكالاً عديدة، تختلف باختلاف وضعية السوق، وحجم الضرر الذي تمت معاينته دون أن يصل الأمر بالضرورة إلى تفكيك عملية التركيز المعنية، وعلى سبيل المثال يمكن لمجلس المنافسة أن يعمل على إبطال الشروط التعاقدية التي تشكل أساساً للتعسف أو بالعكس فرض شروط تسمح بدخول منافسين جدد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الجزاء القانوني على عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة

كما سبق، فإن وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن التصحيح البعدي أو اللاحق لتركيبية السوق يمكن أن يأخذ أشكالاً عديدة، تختلف باختلاف وضعية السوق، وحجم الضرر الذي تمت معاينته دون أن يصل الأمر بالضرورة إلى تفكيك عملية التركيز المعنية، وعلى سبيل المثال يمكن لمجلس المنافسة أن يعمل على إبطال الشروط التعاقدية التي تشكل أساساً للتعسف أو بالمقابل أو العكس فرض شروط تسمح بدخول منافسين جدد⁽²⁾.

المشرع قد قرر عقوبة على عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة تضمنها نص المادة 61 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، وقد أورد المشرع حداً لهذه العقوبة، كما أن تقديرها يخضع لبعض المعايير القانونية.

أولاً: مضمون العقوبة الواردة في إطار عمليات التركيز الاقتصادي

حسب نص المادة 61 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة: "يعاقب على عمليات التجميع المنصوص عليها في أحكام المادة 17 أعلاه، والتي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع".

وهكذا يكون المشرع قد أورد حداً أقصى للعقوبة يقدر بـ 7% من رقم الأعمال، غير أنه لم يورد حداً أدنى لهذه العقوبة، بل ألقى المهمة كاملة على مجلس المنافسة لتقدير العقوبة المناسبة، حسب الوضعية، كما سنرى.

(1) Patrice bougette et florent venayre, Art préc, p 24

(2) Ibid.

أما بخصوص الأشخاص الذين تطبق في حقهم هذه العقوبة، فهم، حسب المادة 61 ، المؤسسات أطراف عملية التركيز الاقتصادي، أو المؤسسة التي تكونت من عملية التركيز الاقتصادي، وبذلك، يكون المشرع قد أخذ في الاعتبار مختلف الأشكال التي تأخذها عملية التركيز الاقتصادي، أي سواء نشأت على اثر عملية اندماج زالت معها الشخصية القانونية لأحد طرفيها أو لكليهما أو نشأت على اثر إنشاء أصحابها كيانا جديدا مشتركا.

ثانيا: تقدير العقوبة بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة

في الواقع، فإن مؤشرات عدة تدفع إلى القول بأن العقوبة التي أوردها المشرع على عمليات التركيز الاقتصادي لا تطبق بصفة آلية على كل عملية تركيز اقتصادي نشأت بدون ترخيص من قبل مجلس المنافسة، بل تتدرج العقوبة في قوتها حسب درجة خطورة العملية على السوق المعنية، وفي هذا الإطار أورد المشرع بعض المعايير التي يتم إتباعها لتقدير العقوبة، ومن ناحية ثانية، فإن سؤالا هاما يطرح بهذا الخصوص، يتمثل في مدى ضرورة البحث في مساس العملية بالمنافسة من أجل تطبيق العقوبة أو على من أجل تقديرها.

1-معايير تقدير العقوبة في إطار عمليات التركيز الاقتصادي

أضاف المشرع الجزائري اثر تعديله الأمر 03-03 سنة 2008 المادة 62 مكرر 1، التي ورد فيها بأنه: "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، والضرر الذي لحق بالاقتصاد، والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة، ومدى تعاون المؤسسات المتهمة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة في السوق المعنية".

وبقراءة هذا النص، يتضح أن المشرع قد أخضع تقدير العقوبة في إطار عملية التركيز الاقتصادي إلى المعايير ذاتها التي اعتمدها بخصوص تقدير العقوبة في إطار الممارسات المنافسة للمنافسة، وهو ما يؤكد بأن تطبيق العقوبة في إطار عمليات التركيز الاقتصادي لا يتم بصفة آلية، وإنما بالنظر إلى مسائل موضوعية تتعلق أساسا بآثار المخالفة وانعكاساتها.

حيث، وبالرجوع إلى نص المادة 62 مكرر 1، نجد أن هذه المعايير تتعلق بخطورة عملية التركيز الاقتصادي المعنية، والضرر الذي لحق بالاقتصاد جراءها والمزايا العائدة لأطرافها... الخ،

وعلى العموم لنا عودة للحديث عن هذه المعايير بشيء من التفصيل عند الحديث عن العقوبات المطبقة في إطار الممارسات المنافسة للمنافسة.

غير أننا نتساءل بهذا الخصوص عن جدوى تعاون المؤسسات المعنية مع مجلس المنافسة، كما ورد ضمن النص أعلاه، وهي أساسا قامت بتنفيذ عملية تركيز اقتصادي كان من المفروض أن تستصدر منه ترخيصا بها أو أنها نفذتها رغم وجود قرار برفضها .

2- مدى ضرورة البحث عن المساس بالمنافسة لتقدير العقوبة

إن سؤالا في منتهى الأهمية يطرح نفسه بخصوص تقدير العقوبة في إطار عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة يتمثل في مدى ضرورة أن يتم النظر في مدى مساس العملية بالمنافسة ؟

وفي الواقع، فإن جوابا بسيطا قد يبدو كافيا وهو أن العقوبة في هذا الإطار مقررة بسبب مخالفة إجراء قانوني، فلا يعقل أن يتم النظر في مدى مساسها بالمنافسة، ومع ذلك فإن استقراء الأحكام القانونية الواردة في هذا الشأن تؤدي بنا إلى اتخاذ موقف مخالف تماما مضمونه هو أن الأحكام المتعلقة بالمعاقبة على عمليات التركيز الاقتصادي تطبيقا للمادة 61 تأخذ هي الأخرى بمعيار المساس بالمنافسة شأنها في ذلك شأن الأحكام الخاصة بالرقابة على التركيز الاقتصادي الواردة ضمن المادة 17 من الأمر 03-03.

وفي الواقع، فإن استنتاجنا لهذا الحكم نابع من عدة أسباب يمكن رصدها فيما يلي:

- أن المشرع قد ربط بين عمليات التركيز الاقتصادي وبين المساس بالمنافسة ضمن نص المادة 17 والتي يحيل إليها أيضا نص المادة 61 من الأمر 03-03 .

- أنه حكم مفترض بموجب الواقع، إذ يجد مجلس المنافسة نفسه مضطرا إلى تحليل عملية التركيز برمتها والوقوف عند مدى مساسها بالمنافسة وذلك بصدد أي تدخل يتعلق بعملية تركيز اقتصادي غير مرخص بها.

- أن نص المادة 62 مكرر 1 قد تحدث عن بعض المعايير التي لا يستدعي الأخذ بها البحث في مدى مساس عملية التركيز الاقتصادي بالمنافسة في السوق المعنية.

وإذا كان البحث عن المساس بالمنافسة لا يبدو بنفس الأهمية عندما يتم تطبيقاً للمادة 61 عنه، في إطار ممارسة الرقابة على عمليات التركيز الاقتصادي، إذ يبدو في هذه الحالة الأخيرة أكثر جدوى لأنه يترتب عليه منح الترخيص أو عدم منحه⁽¹⁾، إلا أنه، ومع ذلك، فإن أهميته في تطبيق العقوبة تبدو من خلال تقدير قيمتها.

وبصدد البحث عن التأثير التنافسي الذي يمكن أن تفرزه عملية تركيز اقتصادي، فقد طبق مجلس المنافسة الفرنسي في ظل الأمر الصادر سنة 86 السابق، منهجا لدراسة عمليات التركيز الاقتصادي يقوم على التمييز بين نوعين من مظاهر التأثير على المنافسة وأحدهما يتعلق بهيكله أو تركيبة السوق (كالحصص المحوزة من طرف المؤسسات المشاركة في عملية التركيز الاقتصادي وعدد المؤسسات المتنافسة في السوق... إلخ)، غير أن المجلس اعتبر أن حجم المساس بالمنافسة لا يمكن أن يقدر بمجرد أن عملية تركيز اقتصادي من شأنها التقليل من عدد المتنافسين في السوق، ولكن من أجل تقدير المساس بالمنافسة لابد من وجود تغيير واضح أو جوهري في علاقات القوة الموجودة بين المؤسسات المعنية بعملية التركيز الاقتصادي وبين غيرها من المؤسسات وهو ما يتطلب إلى جانب وجود عوامل متعلقة بتركيبه السوق، عوامل أخرى متعلقة بديناميكية السوق كالمنافسة المحتملة لمنتوجات أخرى، ومدى وجود حواجز للدخول إلى السوق بمدى قوة الشركاء الاقتصاديين (ممولين أو زبائن)... إلخ⁽²⁾.

وبالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالتركيز الاقتصادي، نجد أن المشرع قد ربط المساس بالمنافسة بتعزيز وضعية الهيمنة التي لا تعتبر ضمن القواعد الخاصة بالممارسات المنافية للمنافسة مسألة محظورة في حد ذاتها، إلا إذا اقترنت بالتعسف في استعمالها، بينما تؤدي بخصوص عملية تركيز اقتصادي إلى اعتباره ماسا بالمنافسة، لأنه يؤدي إلى جعل التركيز مفرطاً⁽³⁾.

وعلى خلاف التشريعات المختلفة الفرنسي والأوروبي وحتى المغربي والتونسي التي أشارت إلى إنشاء وكذا تعزيز وضعية الهيمنة، اقتصر المشرع الجزائري على تعزيز وضعية الهيمنة ولم يشر إلى إنشائها، ولعل ذلك يرجع إلى افتراض المشرع أن التركيز الاقتصادي قد تم بين مؤسسات تحوز قوة اقتصادية معتبرة في السوق المعنية، ومع ذلك فإن استعمال المشرع مصطلح "المساس

(1) أشارت المادة 17 من الأمر 03-03 إلى تعزيز وضعية الهيمنة كصورة للمساس بالتركيز الاقتصادي بالمنافسة.

(2) Christian Bolze, op cit, p13.

(3) المادة 17 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

بالمنافسة" بشكل عام يعد كافيا ليشمل حكم المادة 17 إنشاء وضعية الهيمنة إلى جانب تعزيز هذه الوضعية.

يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري ، قد افترض المساس بالمنافسة عندما تتجاوز عملية التركيز الاقتصادي الحد القانوني المشار إليه ضمن نص المادة 18، والذي يبلغ نسبة 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، وتبعاً لذلك، يمكن أن تبلغ العقوبة أقصاها إذا اتضح أن هدف عملية التجميع هو تجاوز هذه النسبة.⁽¹⁾

وأخيراً ، يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يول الأهمية اللازمة لهذا الجانب من الحماية القانونية للسوق، مما أدى إلى وجود غموض يتعلق بكيفية تطبيق أحكام المادة 61 ، خاصة فيما يتعلق بكيفية متابعة مجلس المنافسة هذه الوضعيات، سيما وأن الأحكام الخاصة بالمتابعة تقتصر حسب ما يظهر من النصوص ،على القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة⁽²⁾.

⁽¹⁾ ويرى الأستاذ زوايمية أن نسبة 40% كمؤشر للمساس بالمنافسة في السوق نسبة مبالغ فيها؛ إذ أنها تشكل في حد ذاتها هيمنة على السوق، ما يجعل هذا المؤشر غير دقيق : Rachid Zouaimia , Droit de la concurrence ,op cit, p16
⁽²⁾ انظر المواد 44،45،50، من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

الفصل الثاني: آليات الحماية القانونية للسوق

نظرا للآثار التي يمكن أن تُلحقها الممارسات المنافسة للمنافسة بالسوق، وضمنا لتدخل سريع وفعال للتصدي لها ، وبالنظر إلى اعتبارات تتعلق بضرورة تحقيق التوازن بين ردع هذه الممارسات وبين ضرورة التدخل ضمن الحدود الضرورية حتى لا يتم المساس بنشاط المؤسسات المعنية ، باعتبارها أطرافا خادمة للحركية الاقتصادية، اعتمد المشرع الجزائري آليات ذات خصوصية لمتابعة هذه الممارسات ومعاقبته، وفي الواقع، تولي مختلف التشريعات المتعلقة بالمنافسة اهتماما بالغا بالجانب الإجرائي لقانون المنافسة ، حتى أصبح يطلق على مجموع القواعد الإجرائية لقانون المنافسة على مستوى الفقه "بقانون المنافسة الإجرائي"⁽¹⁾.

وتتمثل خصوصية الأحكام الخاصة بالنظر في قضايا المنافسة إلى انتهاج طريقة رقابية جديدة على الممارسات المنافسة للمنافسة من خلال إنشاء هيئة متخصصة، هي مجلس المنافسة، أعطيت لها سلطة الفصل في القضايا المتعلقة بالسوق، واستأثرت بمسائل كانت من اختصاص القاضي الجزائري، وذلك في اتجاه نحو تفعيل آليات الحماية القانونية للسوق.

غير أنه، إذا كانت هذه الطريقة هي الأكثر تناسبا مع رقابة سلوكيات يمكن أن تتم في إطار النشاط الاقتصادي بمعناه الواسع من إنتاج وتوزيع وخدمات، فإن السؤال الذي يطرح هو مدى فعالية الأحكام القانونية التي جسدت صلاحيات هذه الهيئة في القيام بمتابعة الممارسات المنافسة للمنافسة وفق المقترضات التي أنشئت من أجلها ؟

سؤال لا يمكن التوصل إلى إجابة بخصوصه إلا من خلال استعراض مختلف الأحكام الخاصة بمتابعة الممارسات المنافسة للمنافسة؛ والتي تبدأ وكمرحلة أولى من خلال الفصل في مسألة اختصاص المجلس على اثر الإخطار الموجه إليه، ثم الانتقال إلى مرحلة التحقيق في القضايا والفصل فيها بإصدار القرار المناسب، الأمر الذي يستدعي تناول هذه الأحكام من خلال مبحثين نتناول في المبحث الأول الاختصاص بنظر القضايا المتعلقة بالسوق في ظل قواعد المنافسة على أن نتناول في المبحث الثاني التحقيق في القضايا المتعلقة بالسوق والفصل فيها .

(1) « le droit processuel de la concurrence » : Marie chantal Boutard labarde-Guy ganivet ,op cit ,p158

المبحث الأول: الاختصاص بنظر القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة (مجلس المنافسة)

أنشأ المشرع الجزائري مجلس المنافسة بموجب المادة 23 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة التاسعة من القانون 08-12 ؛ حيث ورد فيها بأنه : "تتشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص" مجلس المنافسة "تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة"⁽¹⁾.

ورغم أن الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، كانت ولا تزال موضوع نقاش فقهي⁽²⁾، إلا أنه وفي إطار موضوع يتعلق بالحماية القانونية للسوق، يكون الأهم -في نظرنا- هو التركيز على فعالية هذه الهيئة في تحقيق هذه الحماية، وهو ما دفعنا نحو الحديث عن مقتضيات إنشاء مجلس المنافسة و ضمانات فعاليته من جهة (المطلب الأول)، ثم الحديث عن الأحكام المتعلقة بإخطار مجلس المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مقتضيات إنشاء مجلس المنافسة و ضمانات فعاليته

إن إنشاء مجلس المنافسة كهيئة صاحبة اختصاص عام في مجال المنافسة هو حكم تمت محاكاته من مختلف التشريعات المتعلقة بالمنافسة وعلى رأسها التشريع الفرنسي، حيث تم اعتماد هذا النموذج من الهيئات في سياق مقتضيات معينة تبرره (فرع أول)، كما أنه وفي سبيل فعالية هذه الهيئة يكون من الضروري تحقق بعض المتطلبات التي تضمن هذه الفعالية (فرع ثان).

الفرع الأول: مقتضيات إنشاء مجلس المنافسة

قد تدخل العديد من الاعتبارات ضمن مقتضيات إنشاء مجلس المنافسة ، وفي تقديرنا، فإن هذه الاعتبارات تتمحور حول أمرين أساسيين ، أولهما يتعلق بخصوصية النظر في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة (أولا) ، أما الأمر الثاني ، فيتعلق بإزالة التجريم عن المخالفات المتعلقة بالمنافسة (ثانيا) .

(1) مع العلم أنه تم إنشاء أول مجلس للمنافسة في الجزائر في ظل الأمر 95-06 الملغى المتعلق بالمنافسة وبموجب المادة 16 منه.
(2) على إثر صدور الأمر 95-06 الملغى، تنازع اتجاهان فقهيان بخصوص الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة ؛ حيث اعتبره البعض هيئة إدارية مستقلة، في حين رأى فيه البعض الآخر هيئة ذات طبيعة شبه قضائية، غير أن المشرع الجزائري، قد فصل في المسألة بصدور الأمر 03-03 واعتبره سلطة إدارية مستقلة، ولكن رغم ذلك لا يزال الجدل قائما بخصوص الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، خاصة فيما يتعلق باستقلالية هذه الهيئة عن السلطة التنفيذية.

أولاً: خصوصية النظر في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة

في فرنسا، تم وصف الأمر الصادر في ديسمبر 1986، بأنه أوجد أخيراً النظام الأمثل من أجل إدماج قانون المنافسة ضمن النظام المؤسسي العمومي⁽¹⁾ وكان سبب ذلك، أن هذا النص قد أنشأ مجلس المنافسة كهيئة عمومية تختص بحماية السوق.

حيث رأى الفقه في هذا التوجه، طريقة تجسد ضرورة انفصال قانون المنافسة عن السياسة الاقتصادية للدولة، أو على الأقل إدراجه ضمن مفهوم آخر للسياسة الاقتصادية، وكذا ضمان الدفاع عن المنافسة في السوق بطريقة مستقلة عن المبادرة الخاصة⁽²⁾.

وبعيداً عن اعتبارات العلاقة بين السياسة الاقتصادية وقانون المنافسة، فإن اعتبارات موضوعية تتعلق بخصوصية القضايا المتعلقة بالسوق، ينبغي التركيز عليها لرصد المبررات الموضوعية لإيجاد هذه الهيئة.

وتجد هذه الخصوصية مكانتها ضمن اعتبارات تتعلق بتأثير العوامل الاقتصادية على إيجاد الحل للقضية المعروضة؛ ذلك أن الطبيعة الاقتصادية للأنشطة التي يطبق عليها قانون المنافسة قد نتج عنها تأثيراً ملحوظاً لبعض الاعتبارات الاقتصادية في صياغة الأحكام الموضوعية لقانون المنافسة من جهة وكذا في تطبيق هذه الأحكام، وعموماً يمكن رصد هذه العوامل فيما يلي:

- السياق الاقتصادي للممارسة : يعد السياق الاقتصادي محدداً لتطبيق القاعدة القانونية ؛ حيث أن أحكام الممارسات المنافسة للمنافسة، تطبق بطريقة تختلف حسب الضغط التنافسي في السوق المعنية⁽³⁾، حيث يتم تقدير المخالفات وكذا العقوبات وفق العديد من المتغيرات .

- مجال تطبيق القاعدة القانونية : يوصف قانون الممارسات المنافسة للمنافسة ، بأنه قانون صعب ومحيرٌ بالنسبة لرجل القانون ؛ لأنه لا يقود إلى حظر قائمة حصرية ومحددة من السلوكات، وإنما يحدد بعض السلوكات على سبيل المثال لا الحصر⁽⁴⁾، هذه الخاصية ، في الواقع، ذات أثرين أحدهما إيجابي يعبر عن اتساع القاعدة وشمولها عدداً غير محدود من السلوكات، وهو ما يتناسب مع خصوصية النشاط الاقتصادي وصعوبة حصر المخالفات التي تتم في إطاره، أما الأثر الثاني ، فهو سلبي، كونه يخلق صعوبات للهيئة المختصة في تقدير المخالفات .

(1) Jean-Yves Chérot, Droit public économique, Economica, 2^{ème} éd, paris, 2007, p52.

(2) Ibid.

(3) Guy Canivet, La formation du juge à l'économie, R . J .C , Numéro spécial, Novembre 2002, p65.

(4) Jean Yves Chérot, Op.cit, p252.

- التحليل الاقتصادي : حيث يتم أعمال تحليل ميكرو اقتصادي للوضع التي يمكن أن تنتج الأثر الماس بالسوق؛ فحظر الممارسات وكذا العقوبات تستند إلى تحديد مسبق للسوق المعنية ووضع المؤسسة في السوق وقوتها الاقتصادية وحساسية آثار الممارسة المعاينة، كما رأينا، كما أن الاستناد إلى التحليل الاقتصادي، يظهر من خلال أعمال الاستثناءات الواردة على هذه الممارسات، والتي قد تجعل الممارسة المحظورة مستثناة من الحظر، وذلك بسبب آثارها الإيجابية من الناحية الاقتصادية⁽¹⁾، كما رأينا.

إن استناد القضايا المتعلقة بالسوق إلى العناصر الاقتصادية المذكورة سابقا، يطرح التساؤل بخصوص ما إذا كان بإمكان القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه المقتضيات الاقتصادية ؟

إن موقف الفقه بهذا الخصوص، يمكن وصفه عموما بأنه موقف متحفظ بشأن قدرة القاضي على الأخذ بعين الاعتبار العوامل الاقتصادية عند النظر في القضية، ولا يندرج هذا الحكم ضمن تقصير صادر عنه ، وإنما هو ببساطة ناتج طبيعة تكوينه التي لا تتلاءم مع النشاط الاقتصادي ومع القضايا المتعلقة بالسوق على وجه الخصوص.

وفي هذا الإطار، أعطت الأستاذة (Marie-Anne Frison- Roche) تفسيرين يتعلقان بعدم جدوى الاعتماد على القاضي للفصل في القضايا المتعلقة بالسوق⁽²⁾.

- فالتفسير الأول أرجعته إلى سبب نفسي أكثر منه قانوني، ناتج عن كون القاضي، ورغم تخويله كل الصلاحيات القانونية للفصل في النزاع، فإنه يشعر بأنه القاضي الأمثل لتسوية النزاعات المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة أكثر من كفاءته بخصوص مراقبة وحماية السوق.

- أما التفسير الثاني فهو قانوني أكثر، يتمثل في أن الوظيفة القضائية للقاضي التجاري تقتصر على فض النزاعات أو التوفيق بين المتخاصمين وإرساء قواعد القانون، في حين أن دور مجلس المنافسة هو إرساء قواعد النظام العام التنافسي، ويملك بذلك السلطات الضرورية بهذا الشأن.

إن ما يعد متناقضا أيضا مع اختصاص القاضي هو عامل الوقت ؛ حيث أن السرعة تكون مطلوبة لحل القضايا المتعلقة بالسوق نقاديا للآثار السلبية التي يمكن أن تلحق بها، كما أن الأمر قد يتطلب اتخاذ إجراءات عاجلة من قبيل التدابير التحفظية، وهو ما يؤدي إلى القول بأن

⁽¹⁾ Guy Ganivet, Art, prec , p65-66.

⁽²⁾ Marie Anne Frison Roche, Le Juge du marché, R. J. C, Numéro spécial, Novembre 2002, p 51-52.

هناك إعاقة على مستوى ثقافة وتكوين واختصاص القاضي ، وهو ما قد يعد أحد بواعث إنشاء هذا النوع من الهيئات البديلة.

ومع ذلك، فإن الاعتبارات السابقة ليس من شأنها إعدام دور القاضي -في هذا الإطار- لأن هذا الأخير يجد نفسه مختصا بالرقابة على قرارات مجلس المنافسة -كما سيأتي بيانه- حينئذ يبقى التساؤل المطروح كيف ننشئ هيئة لحماية السوق على إثر عدم نجاعة القاضي في نظر القضايا المتعلقة بالسوق، وفي الوقت ذاته نعطي كامل الثقة لهذا القاضي للرقابة ، وهو ما يجعلنا نقول أن تكوين وتخصص القاضي، يعد أيضا ضمانا لتفعيل الآليات القانونية لحماية السوق.

ثانيا: إزالة التجريم كمقتضى لإنشاء مجلس المنافسة

تقترب المخالفات التي أوردها قانون المنافسة من مضمون الجرائم الاقتصادية، وذلك عندما ينظر إلى هذه الأخيرة نظرة شاملة تنصرف إلى الجرائم المخالفة للسياسة الاقتصادية للدولة ، والتي تختلف من دولة إلى أخرى⁽¹⁾، غير أن حصر الجرائم الاقتصادية في تلك التي سماها المشرع جريمة اقتصادية ورتب عليها عقوبة جزائية ، يجعل وصف الجريمة الاقتصادية لا ينطبق على الممارسات المنافية للمنافسة.

ورغم أن قانون الأسعار لسنة 1989 قد تضمن بعض الممارسات المنافية للمنافسة ورتب عليها عقوبات يقوم بتوقيعها القاضي الجزائي⁽²⁾، إلا أنه وبعد إنشاء مجلس المنافسة بالأمر 95-06 الملغى، حول إليه هذا الاختصاص ؛ حيث أصبح الهيئة المختصة بمتابعة الممارسات المنافية للمنافسة وتوقيع العقوبات عليها.

إذن، مجلس المنافسة بتعبير المشرع "سلطة إدارية"، فلا يمكن أن تأخذ العقوبات التي يوقعها إلا وصف العقوبة الإدارية، حيث يصب استحداث هذا النموذج من الهيئات الإدارية "المستقلة" ضمن سياق إزالة التجريم، الذي أصبح ينظر إليه على أنه الأكفأ للتصدي للمخالفات في المجال الاقتصادي.

ويربط الفقه عموما سلطة العقاب التي تقوم بتوقيعها السلطات الإدارية المستقلة بالدور الجديد للدولة في ضبط القطاع الاقتصادي بمراقبة السوق وتنظيمه والتحكيم بين مختلف المصالح

(1) عبود السراج، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في التشريع السوري والمقارن، منشورات جامعة حلب، 1987، ص 13.
(2) المادة 66 من القانون 89-12 المتعلق بالأسعار الملغى : "... يعاقب على كل تكتل أو اتفاق صريح أو ضمني، الممنوع طبقا للمادة 26 من هذا القانون : - بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات.
- بغرامة من 10.000 إلى 500.000 ج."

الاقتصادية⁽¹⁾، كما أن مختلف الإشكالات الدستورية المرتبطة بمدى تأثير هذه السلطة في مبدأ الفصل بين السلطات، باعتبار القاضي الجزائري هو القاضي الطبيعي لتوقيع العقاب، قد تم تجاوزها، وذلك على إثر تدخل المجلس الدستوري الفرنسي لتقنين ممارسة هذا الاختصاص في إطار ضوابط تتعلق بالتزام الحدود الضرورية من قبل الهيئة المعنية، واحترام الضمانات الأساسية للمتابعة والعقوبة⁽²⁾.

إلا أنه ثمة فارق بين الرقابة التي تمارسها الهيئات الضابطة القطاعية على رأس المرافق الشبكية وتلك التي يمارسها مجلس المنافسة؛ حيث تمتد رقابة هذه الهيئات القطاعية للمتعاملين المستفيدين من رخص الاستغلال، بمعنى تفترض وجود علاقات سابقة بين الهيئة الضابطة وبين هؤلاء، في حين تمتد رقابة مجلس المنافسة إلى أشخاص لا تربطه بهم علاقات قانونية سابقة، وهو ما يجعل الردع الذي يمارسه يقترب من القمع الجزائري⁽³⁾.

وعلى صعيد الواقع، تأتي إزالة التجريم المرتبطة بالمجال الاقتصادي في سياق اعتبارات، ترى العقوبة الإدارية الأقدر تماشياً والأنسب مع معاقبة سلوكات الأشخاص الفاعلة لهذه الممارسات، والتي غالباً ما تكون أشخاصاً معنوية.

كما تعد أيضاً السرعة في الإجراءات من أهم الاعتبارات التي تتعلق بإزالة التجريم؛ حيث وعلى عكس الإجراءات الجزائية التي تتسم بطول معالجة القضايا، فإنه يلاحظ اعتماد هيئات المنافسة أجلاً معقولة لمعالجة القضايا المتعلقة بالسوق.

وتعتبر السرعة عاملاً مهماً في القضايا المتعلقة بالسوق، نتيجة ما يمكن أن تخلفه هذه الممارسات إذا لم توقيفها بسرعة، في حين أن العقوبة الجزائية تكون غير مجدية بسبب طول الأجل بين ارتكاب المخالفة وتوقيع العقوبة⁽⁴⁾.

يضاف إلى ذلك أن القاضي الجزائري مقيد بمبدأ "الشرعية"، في حين يفترض أن العقوبة الإدارية لا تستلزم هذا المبدأ، إلا أن ورود المخالفات ضمن النص القانوني يفرض تطبيقاً لهذا المبدأ، ومع ذلك، فهو يكتسي في إطار الممارسات المنافية للمنافسة معنى أكثر اتساعاً؛ حيث

⁽¹⁾ Rachid Zouaimia, Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique et financière, IDARA, n° 28, 2004, p 126.

⁽²⁾ بوجمليين وليد، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، المرجع السابق، ص 55-56.
⁽³⁾ شيبوتي راضية، الهيئات الإدارية المستقلة في الجزائر "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، تخصص: المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، السنة الجامعية 2014-2015، ص 215.

⁽⁴⁾ Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, La dépenalisation de la vie des affaires, Janvier 2008, dispo/site : www.ladocumentationfrancaise.fr.

أن النصوص التي تضمنت الحظر تتميز باستعمال عبارات فضفاضة مرنة بإمكانها أن تستوعب كامل الفرضيات والاحتمالات التي يمكن أن تتحقق من خلالها هذه الممارسات⁽¹⁾.

كما أن هناك اعتبارات تتعلق بالتكوين غير المتخصص الذي يتلقاه القاضي الجزائي، وفي ظل ما يتميز به النشاط الاقتصادي من تعقيد، فإن هذا القاضي يكون ملزماً بالاستعانة بالخبرة، ويكون ملزماً في النهاية بالنطق بما ورد في تقارير الخبرة، وعليه فإن تعويضه بمجلس المنافسة من شأنه حصر الحل في يد هيئة تمثل القاضي والخبير في الوقت ذاته، حتى وإن اضطرت هذه الهيئة للاستعانة بالخبرة، فلن يكون ذلك بالشكل ذاته الذي يحدث على مستوى القضاء.

أما من ناحية الردع، فإنه في المجال الاقتصادي، قد ينظر إلى العقوبة الإدارية أكثر ردعا من العقوبة الجزائية، لأن العقوبة الإدارية قد تمس بنشاط المؤسسة ذاته أو برأسمالها.

ومع ذلك، فإن من الفقه من يتخوف من مسألة الاستغناء عن العقوبة الجزائية معتبرا الإجراءات الجزائية توفر ضمانات أكثر من تلك التي تمنحها المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة وحتى على صعيد الوسائل القانونية، فإن المحققين وفقا للإجراءات الجزائية، يتمتعون بسلطات خاصة، في حين أن الهيئات الإدارية تكون ملزمة بتطبيق معايير محددة للوقوف على مدى توافر الممارسة المحظورة⁽²⁾.

وعلى العموم، يبدو أن المشرع الجزائري قد قضى على أي سبيل لتدخل القاضي الجزائي، بعد ما تراجع عن الحكم الذي تضمنه الأمر 95-06 الملغى الذي يضمن مجالا لتدخل القاضي الجزائي بخصوص الممارسات المنافية للمنافسة⁽³⁾.

وهو الحكم الذي تراجع عنه بموجب الأمر 03-03 الذي مد العقوبة الإدارية حتى إلى الأشخاص الطبيعية؛ حيث ورد ضمن نص المادة 57 من الأمر 03-03 بأنه: "يعاقب بغرامة قدرها مليوني دينار (2.000.000) كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها كما هي محددة في هذا الأمر".

(1) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 263.

(2) Dominique Blanc, La dépenalisation n'est pas la solution, Aj. pénal, 2008, p69 : www.dalloz.fr.lana.univ-amu.fr.

(3) المادة 15 من الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة (الملغى).

الفرع الثاني : ضمانات فعالية مجلس المنافسة

إن تبني نموذج "الهيئة الإدارية المستقلة" للفصل في القضايا المتعلقة بالسوق، وإن كان يبدو مجدياً على الصعيد المؤسسي، وللاعتبارات المتعلقة بخصوصية الحماية القانونية للسوق وتفعيل إرساء قواعد المنافسة ؛ إلا أن ذلك لا يعد كافياً في حال ما إذا كان هذا التكريس لا يعدو إلا أن يكون تكريسا شكليا لنموذج تم تبنيه عالمياً.

فإذا كان هذا النموذج قد تمت محاكاته من مختلف الدول، إلا أن فعاليته تختلف من دولة إلى أخرى، وذلك باختلاف الضمانات القانونية التي تؤهله للقيام بدور حقيقي وفعال في مجال حماية السوق.

وفي تقديرنا ، فإن من أهم الضمانات القانونية المرتبطة بفعالية مجلس المنافسة ، تلك المتعلقة باستقلالته عن السلطة التنفيذية (أولاً) ، وكذا تلك الخاصة باحترافيته (ثانياً).

أولاً: استقلالية مجلس المنافسة

يتميز نموذج "السلطات الإدارية المستقلة"، بجمعها بين الطبيعة الإدارية من جهة والاستقلالية عن السلطة التنفيذية من جهة أخرى.

ويقصد بالاستقلالية -في هذا الإطار- هو : "عدم الخضوع لأية رقابة سلمية كانت أن وصائية سواء أكانت السلطة تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا"⁽¹⁾.

ولقد حاول المشرع الجزائري من خلال الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، خاصة إثر تعديله سنة 2008 ضمان العديد من الأحكام التي تصب في استقلالية مجلس المنافسة، سواء كان ذلك على الصعيد العضوي أو على الصعيد الوظيفي.

وبعيداً عن الإشكالات الدستورية التي تطرحها مسألة استقلالية هيئة ذات طبيعة إدارية، فإنه وينظره براغماتية، فإن هذه الاستقلالية عن السلطة التنفيذية تشكل الضمان الأول لفعالية مجلس المنافسة، الذي سوف يقوم بدراسة القضايا المعروضة عليه دونما أية تأثيرات محتملة.

وتظهر استقلالية مجلس المنافسة من خلال أحكام متعددة يمكن إجمالها في :

⁽¹⁾ Rachid Zouaïmia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, Houma, Alger, 2005, p16.

- اختلاف مراكز وصفات الأعضاء ؛ حيث يتكون مجلس المنافسة من 12 عضو ينتمون إلى فئات مختلفة، ما يضعف إمكانية التأثير في القرارات المتخذة⁽¹⁾.

- خضوع الأعضاء لمبدأ التنافس : حيث ورد ضمن المادة 29 من الأمر 03-03 بأنه : "لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية".

- تمكين المجلس من وضع نظامه الداخلي، كما أشارت إلى ذلك المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره⁽²⁾.

غير أنه، وبالمقابل لا تزال العديد من الأحكام مؤثرة في استقلالية مجلس المنافسة تتمثل في :

- تجديد عهدة أعضاء مجلس المنافسة كل أربع سنوات في حدود نصف أعضاء كل فئة من الفئات كما أشارت إلى ذلك الفقرة الثالثة من المادة 25 المعدلة بالمادة 11 من القانون 08-12، وفي الواقع، فإن عدم تجديد العهدة يكون أضمن لاستقلالية المجلس.

- رفع مجلس المنافسة تقريراً سنوياً عن نشاطه إلى السلطة التنفيذية، بما فيها وزير التجارة⁽³⁾؛ إذ يبدو أن هذا الحكم ليس ذو هدف إعلامي محض، فالإعلام يجد أكثر من سبيل، وإنما الهدف رقابي من شأنه الحد من استقلالية المجلس، ورغم أن المشرع قد عدل من صياغة نص المادة 27 بالمادة 13 من القانون 08-12، ما يوحي أن نشر التقرير لا يتوقف على موافقة السلطة التنفيذية، إلا أن الأرجح هو أن المقصود إجراء رقابة حقيقية، كون هذا الحكم لا يحتمل إلا هذا التفسير.

- تدخل السلطة التنفيذية لوضع قواعد تحدد أجور أعضاء الهيئة⁽⁴⁾.

- وضع المجلس لدى الوزير المكلف بالتجارة، أو ما يعني رصد ميزانيته ضمن أبواب ميزانية وزارة التجارة، بعدما كانت ترصد لدى رئيس الحكومة⁽⁵⁾.

(1) المادة 24 من الأمر 03-03 المعدلة بالمادة العاشرة من القانون 08-12.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011 يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، سبقت الإشارة إليه.

(3) المادة 27 من الأمر 03-03 المتعلقة بالمنافسة المعدلة بالمادة 13 من القانون 08-12 .

(4) المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المؤرخ في 06 ماي 2012، يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، ج.ر عدد 29 لسنة 2012، سيما المادتين الثالثة والرابعة منه.

(5) المادة 23 من الأمر 03-03 المعدلة بالمادة التاسعة من القانون 08-12.

إذن كل هذه المظاهر التي تحد من استقلالية مجلس المنافسة من شأنها أن تؤثر على فعالية هذه الهيئة في تحقيق حماية فعّالة وكافية للسوق.

وبالعودة إلى التعليقات التي أرسلها خبراء سلطات المنافسة لإيطاليا وسويسرا والمغرب ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (كنوساد)، إلى مجلس المنافسة الجزائري حول الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، نجد أنها تخلط بين الاستقلالية و الحياد، حيث ذهبت في هذا الإطار إلى أن: "إنّ استقلالية مجلس المنافسة تعني أن أعضاءه لا يمكن أن تكون لهم مصالح قد تتعارض مع المهام المنوطة بالمجلس، حيث يجب أن لا يكونوا أرباب شركات، رؤساء مجالس الإدارة أو الجمعيات المهنية، إلا أن نصف التركيبة الحالية لمجلس المنافسة (12 عضو) تسمح بالقول بأنها تمثل شركات وجمعيات حماية المستهلكين. إن هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون إشكالية في حيادية المجلس الذي عليه اتخاذ قرارات بكل استقلالية بعيدا عن أية ضغوط أو تدخلات (صراع مصالح) ⁽¹⁾."

ثانيا: احترافية مجلس المنافسة كضمان لفعاليتها

إن أهم حكم يضمن احترافية مجلس المنافسة، يكمن في تشكيلة المجلس، أو بالأحرى مراكز الأعضاء المكونين للمجلس، لأن هؤلاء هم الذين يتداولون في القضايا ويصدرون القرارات بشأنها.

ويلاحظ بهذا الخصوص أن المشرع الجزائري، وبموجب تعديل الأمر 03-03 سنة 2008⁽²⁾، قد تدخل لرفع عدد أعضاء المجلس إلى 12 عضوا، وصنفهم إلى ثلاث فئات هي :

(1) التقرير السنوي لمجلس المنافسة الفرنسي لسنة 2014، ص14. www.conseil-concurrence.dz

(2) حيث ورد المادة العاشرة من القانون 12-08 المعدلة للمادة 24 من الأمر 03-03 ما يلي: "يتكون مجلس المنافسة من اثني عشر (12) عضوا ينتمون إلى الفئات التالية :

- ستة (6) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل على شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة وخبرة مهنية مدة ثماني (8) سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي والتي لها مؤهلات في مجال المنافسة والتوزيع والاستهلاك، وفي مجال الملكية الفكرية.

- أربعة (4) أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية ولهم خبرة مهنية مدة (5) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والخدمات والمهن الحرة.

- عضوان (2) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين.

يمارس أعضاء مجلس المنافسة وظائفهم بصفة دائمة"

- فئة الشخصيات والخبراء في مجالات المنافسة والتوزيع والاستهلاك وفي مجال الملكية الفكرية وهم في حدود 06 أعضاء.

- فئة المهنيين في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف والخدمات والمهن الحرة وهم في حدود 04 أعضاء.

- فئة تمثل جمعيات المستهلكين : في حدود عضوين.

إن السؤال المطروح بهذا الشأن يتمثل في مدى اعتبار هذه التشكيلة هي الأمتثل لضمان الاحترافية المطلوبة لمجلس المنافسة ؟

إن أهم ملاحظة نوردتها بخصوص تشكيلة المجلس، تتعلق بغياب فئة القضاة، والواقع أن طبيعة الإجراءات التي يقوم بها المجلس خاصة من ناحية تسبيب القرارات وإيراد الحثيات، يقتضي أن تدرج ضمن تشكيلة المجلس فئة القضاة، وهو الأمر الذي اعتمده المشرع بخصوص الأمر 03-03 ، ولكنه تراجع عنه بموجب تعديل 2008 ، حتى يزيل -على ما يبدو- شبهة الطبيعة القضائية لمجلس المنافسة.

غير أن إدراج فئة القضاة -في الواقع- من شأنه إعطاء صبغة احترافية لقرارات مجلس المنافسة وهو ما يفيد المؤسسات والباحثين أيضا، حيث تشكل قرارات هيئات المنافسة عموما وفي مختلف الدول مادة هامة للفقهاء بخصوص قانون المنافسة، كما من شأنها أن تكون اجتهدا تستفيد منه المؤسسات والهيئات القضائية وحتى الهيئات الضابطة القطاعية.

وفي هذا الإطار ورد في إحدى التعليقات الموجهة من خبراء سلطات المنافسة لإيطاليا و سويسرا والمغرب وكذا ، وكذا مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (كنوساد) إلى مجلس المنافسة الجزائري والمتعلقة بالأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة ما يلي:

« إن التعديلات التي تم إدخالها على الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 في سنة 2008 أقصت من هيئات المجلس القضاة في حين أن هذه المؤسسة مكلفة بتطبيق قواعد

إجرائية شبيهة بالقواعد الإجرائية للهيئات القضائية، وتقوم بإقرار عقوبات مالية وأن قراراتها قابلة للطعن أمام الهيئات القضائية المتمتعة بالتخصص (محكمة العليا ومجلس الدولة) «⁽¹⁾.

ومع ذلك، يلاحظ وجود متسع لإدراج فئة القضاة ضمن أعضاء مجلس المنافسة؛ ذلك أن النص السابق قد أشار إلى التخصص في المجال القانوني بشكل عام، ما يفيد عدم وجود مانع لإدراج قاض ضمن أعضاء مجلس المنافسة، ومع ذلك فالمسألة تبقى اختيارية.

كما يلاحظ أيضا غلوّ المشرع في تضمين المجلس 04 من المهنيين، وفي تصورنا، فإنه يفضل التوسيع من فئة الخبراء على حساب فئة المهنيين.

ولقد اقترح مجلس المنافسة من خلال رأيه المتضمن التعديلات المقترحة للأمر 03-03 تضمين أعضاء المجلس 03 قضاة، 05 خبراء، 03 مهنيين، ممثل لجمعية حماية المستهلك⁽²⁾. وهو ما نعتقد أنه اقتراح في محله.

إن الوصول إلى احترافية مجلس المنافسة، يتم أيضا عن طريق الحرص في اختيار الأعضاء على عنصر الكفاءة، وبذلك يكون "تقوية القانون الأساسي لإطارات مجلس المنافسة، من حيث الراتب والمسيرة المهنية ضمانا لجذب أكبر عدد ممكن من الكفاءات ذات الصلة بمهام المجلس وخاصة القانونيين والاقتصاديين"⁽³⁾.

أما بخصوص الأمر الإيجابي، والذي نراه يصب ضمن احترافية مجلس المنافسة، فهو ممارسة أعضاء المجلس مهامهم بصفة دائمة، وهو الحكم الذي تم التخفيف منه على إثر تعديل 2010، باستعمال المشرع عبارة "يمكن أعضاء مجلس المنافسة ممارسة مهامهم بصفة دائمة"، كما أكد المرسوم التنفيذي 12-204⁽⁴⁾ على قصر هذا الحكم على الأعضاء المنتمين إلى الفئة الأولى، دون الفئتين الثانية والثالثة، وفي الواقع، فإن مواظبة الأعضاء تشكل ضمانا لتفرغ أعضاء المجلس ومتابعتهم عن قرب القضايا المتعلقة بالمنافسة.

⁽¹⁾ التقرير السنوي لمجلس المنافسة لسنة 2014، المرجع السابق، ص15.

⁽²⁾ Avis n°04/2016 portant sur les principaux amendements proposés aux dispositions de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence : www.conseil-concurrence.dz.

⁽³⁾ حسب ما ورد في الخبرة المقدمة من خبراء الدول المشار إليها سابقا: التقرير السنوي لمجلس المنافسة لسنة 2014، المرجع السابق، ص14.

⁽⁴⁾ المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 12-204، المؤرخ في 06 ماي 2012، المحدد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، ج ر عدد 29 لسنة 2012.

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بإخطار مجلس المنافسة

تعد عملية تقديم الإخطار أمام مجلس المنافسة بداية لتعامل مجلس المنافسة مع القضايا المتعلقة بالسوق، فهي المرحلة التي يتحقق بها علم المجلس بوجود سلوكات، يحتمل أن تشكل ممارسات منافية للمنافسة.

ولقد أضع الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، وكذا النظام الداخلي لمجلس المنافسة تقديم الإخطار لبعض الأحكام، فيما يتعلق بالأشخاص المؤهلة لتقديمه أو شكل تقديم الإخطار، ويعد تقديم هذا الإخطار يكون المجلس ملزماً بالفصل إما بالقبول، وبالتالي الانتقال إلى مرحلة التحقيق في القضية، كما قد يقرر المجلس عدم قبول الإخطار أو رفض هذا الأخير .

الفرع الأول: تقديم الإخطار

يفترض تقديم الإخطار لمجلس المنافسة أن يتم من إحدى الأشخاص المؤهلة قانوناً لتقديمه، والتي حددها حصراً الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، كما أن النظام الداخلي لمجلس المنافسة قد تناول بعض الأحكام الشكلية المتعلقة بهذا الإخطار.

أولاً: الأشخاص المؤهلة لتقديم الإخطار:

حسب المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة : "يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة، مجلس المنافسة، ويمكن المجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك".

وحسب التقسيم الذي أورده الأستاذان Michel Pédamon⁽¹⁾ و André Décoq ، فإنه يمكن تصنيف الأشخاص المؤهلة لإخطار مجلس المنافسة الفرنسي إلى :

- الأشخاص الممثلة للمصلحة العامة.
- الأشخاص الممثلة لمصالح الجماعة.
- المؤسسات المتضررة من الممارسة المنافسة المعنية.

(1) مشار إليه في : محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص278.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التصنيف، يمكن إسقاطه بشأن تصنيف الأشخاص المؤهلة لإخطار مجلس المنافسة الجزائري، مع بعض الملاحظات، التي سنشير إليها في حينها.

1-الأشخاص الممثلة للمصلحة العامة :

ويندرج ضمن هذه الفئة من الأشخاص المؤهلة لتقديم الإخطار كل من الوزير المكلف بالتجارة ومجلس المنافسة نفسه عند قيامه بما يسمى بالإخطار الذاتي :

أ- الإخطار الوزاري :

ينحصر الإخطار الوزاري لمجلس المنافسة في الوزير المكلف بالتجارة ؛ حيث تعد العلاقة وثيقة بين وزير التجارة ومجلس المنافسة، والتي تظهر من خلال العديد من الأحكام من قبيل مشاركة ممثل وزير التجارة في أعمال المجلس وكذا إطلاع المجلس الوزير المكلف بالتجارة بمختلف التقارير المترتبة عن التحقيقات التي يقوم بها.

ويندرج تأهيل الوزير المكلف بالتجارة لإخطار مجلس المنافسة في سياق تمثيل المصلحة العامة. أما اطلاع الوزير المكلف بالتجارة على هذه الممارسات، فيكون من خلال مختلف التحقيقات والصلاحيات التي أعطتها مختلف النصوص التنظيمية للمصالح التابعة للوزارة.

حيث تتمثل هذه النصوص في تلك المنظمة للإدارة المركزية في وزارة التجارة، وكذا تلك المنظمة للمصالح الخارجية في وزارة التجارة، بالإضافة إلى صلاحيات وزير التجارة بهذا الخصوص.

إذ، بموجب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 02-453، فإن وزير التجارة، ينظم الملاحظة الدائمة للسوق، ويقوم بتحليل هيكله ويعين الممارسات غير الشرعية، الهادفة إلى إفساد المنافسة الحرة بوضع حدّ لها بالتنسيق مع الهيئات المعنية⁽¹⁾.

كما تقوم مديرية المنافسة على مستوى الإدارة المركزية في وزارة التجارة بدراسة الملفات والواجب عرضها على مجلس المنافسة وتحضيرها، حسب المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 02-454⁽²⁾.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، والذي يحدد صلاحيات وزير التجارة، ج.ر عدد 85 لسنة 2002.
(2) المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يتضمن الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج.ر عدد 85 لسنة 2002.

ورغم العلاقة الوثيقة بين مجلس المنافسة ووزير التجارة، والعائدة إلى طبيعة المخالفات، فإننا نتساءل عن حصر المشرع الإخطار في يد الوزير المكلف بالتجارة فقط، رغم أن قانون المنافسة يخص القطاعات الاقتصادية على اختلاف أنواعها، إذ كان يفضل بهذا الخصوص تنويع الإخطار الوزاري ومداه ليشمل الوزراء على رأس القطاعات الاقتصادية بمختلف أنواعها، خاصة في ظل عدم وجود وزارة واحدة للاقتصاد في الجزائر.

ب- الإخطار الذاتي:

إن تقبل كل الإشكالات التي أفرزتها "السلطات الإدارية المستقلة" أدى إلى القبول بحكم إخطار هذه الهيئات نفسها بنفسها، واعتبر القضاء الفرنسي أن هذا الحكم ليس بحاجة إلى تبرير أو تسبيب، وإن كان يتوافق بصعوبة مع متطلبات الحياد ويعطي انطبعا بوجود حكم مسبق للقضية، ويخاط بين صفتي الخصم والحكم⁽¹⁾، وتستمد هذه الآلية مشروعيتها من مقتضيات النظام العام الاقتصادي، واعتبار مجلس المنافسة سلطة حقيقية منوط بها حماية السوق، فالحياد غير مطلوب في هذا الشأن، باعتبار النزاع ليس نزاعا شخصيا بين المؤسسات، وإنما هدف تدخل المجلس هو حماية النظام العام التنافسي.

وتتحقق آلية الإخطار الذاتي بصيغ شتى، ولقد أحصت، في هذا الإطار سلطة المنافسة والقضاء الفرنسيين ثلاث فرضيات يتحقق بها الإخطار الذاتي وهي⁽²⁾:

- أن يتم على إثر انسحاب المخطر بعد تقديمه الإخطار؛ حيث ترى سلطة المنافسة وجود تهديد للمنافسة في السوق المعنية وقيام ضرورة للتحقيق في الوقائع رغم سحب الإخطار، مع مراعاة عدم المساس بمبدأ عدم جواز المتابعة على الفعل مرتين.

- أن ينتج ذلك عن قضية قيد التحقيق، حيث يتضح لسلطة المنافسة احتمال وجود ممارسات منافية للمنافسة في سوق مجاورة للسوق محل الممارسات موضوع الإخطار الأصلي.

- إذا كانت سلطة المنافسة تملك معلومات تبرر القيام بالتحقيق، فتتدخل لتعوض امتناع المؤسسات أو الجمعيات التي لديها مصلحة في الإخطار.

⁽¹⁾ شيبوتي راضية، المرجع السابق، ص 181-182.

⁽²⁾ Pascal Wilhelm, Lilia Ferchiche, Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles - procédure devant l'autorité de la concurrence, JurisClasseur Concurrence -Consommation, Fasc.381,2009 : www.Lexis360.fr.

ومع ذلك، فقد يتصور وجود حالات أخرى يتحقق بها الإخطار الذاتي، كأن يتحقق الأخير على أنقاض إخطار صدر قرار برفضه أو عدم قبوله لغياب صفة أو مصلحة المخطر مثلا ، أو غياب العناصر المقنعة؛ حيث يمكن للمجلس أن يقرر مواصلة التحقيق ليس استنادا إلى الإخطار المقدم، وإنما استنادا إلى آلية الإخطار الذاتي. كما أقدمت سلطة المنافسة الفرنسية على ممارسة آلية الإخطار الذاتي على إثر ممارسة صلاحيتها الاستشارية⁽¹⁾.

ورغم تعدد صيغ ممارسة آلية الإخطار الذاتي، إلا أنه يلاحظ على صعيد الواقع، إجماع مجلس المنافسة عن ممارسة هذه الآلية ، ويبدو ذلك من خلال تأكيده المتتالي من خلال تصريح رئيسه على ضرورة قيام المؤسسات المتضررة بتوجيه الإخطارات إلى المجلس قصد المتابعة بخصوص بعض القضايا التي توجد بها شبهة ممارسات منافية لمنافسة.

2- الأشخاص الممثلة لمصالح الجماعة

أحالت المادة 44 من الأمر 03-03 إلى الفقرة الثانية من المادة 35 بخصوص الصنف الثاني من الأشخاص المؤهلة لإخطار مجلس المنافسة، وبناء عليه، تتمثل هذه الأشخاص في :

أ- الجماعات المحلية:

أدرج المشرع الجماعات المحلية ضمن الأشخاص المؤهلة لإخطار المجلس، باعتبارها من الهيئات الممثلة لمصالح الجماعة، وبذلك، فإن إخطارها في ظل صيغة العموم التي ورد بها النص، يمكن أن يكون بخصوص كل الممارسات المنافية للمنافسة دون استثناء.

وبالعودة إلى التشريع الفرنسي، نجد أن هذا الأخير قد قيد إمكانية تقديم هذه الهيئات للإخطار بأن تكون القضية المعروضة تخص المصالح التي تعد من صلاحياتها⁽²⁾.

ولقد رصدت سلطة المنافسة في فرنسا -على صعيد الواقع- مجالا وحيدا لإخطار الجماعات المحلية مجلس المنافسة وهو الاتفاقات بخصوص الصفقات العمومية، وهذا ما يفيد أن الجماعات المحلية لا يمكنها إخطار مجلس المنافسة، إلا إذا كانت ضحية أحد الممارسات المنافية للمنافسة⁽³⁾، والتي عادة ما ترتبط بالصفقات العمومية، غير أن الفقه قد طرح التساؤل

(1) Pascal Wilhelm, Lilia Ferchiche, Prec .

(2) L'article L462-1 du code de commerce français.

(3) Sevrine Manna, Geoffroy O'Mahony, Le droit de la saisine de l'autorité de la concurrence par les collectivités territoriales ultramarines : du rêve à la réalité, Revue lamy de la concurrence, n°36, Juillet-Septembre 2013, p172.

بخصوص احتمال أن تكون الجماعات المحلية ضحية ممارسات منافية للمنافسة في إطار الصفقات العمومية في حين أنها تمثل أول من يمكنه اكتشاف أي سلوكيات مشبوهة في إطار إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾.

وبطبيعة الحال، فإن ممارسة هذه الإمكانيات من قبل الجماعات المحلية تكون من قبل ممثليها القانونيين؛ أي الولاة ورؤساء المجالس الشعبية البلدية.

وعلى العموم، فإنه لا يعول كثيرا على الجماعات المحلية بخصوص إخطار مجلس المنافسة بالممارسات المنافية للمنافسة، كون هذه الأخيرة تتشغل بمسائل تراها أكثر أهمية من هذه المسألة.

ب- الجمعيات المهنية والنقابية:

كما يمكن أن تكون المنظمات المهنية فاعلا للممارسات المنافية للمنافسة، يمكن أن تكون أيضا ضحية هذه الممارسات باعتبارها تدافع عن المصالح الجماعية لأعضائها، وهو ما جعل المشرع يمكنها من حق تقديم إخطار أمام مجلس المنافسة.

ج- جمعيات المستهلكين:

قد يتضرر المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، وفي ظل عدم وجود إمكانيات لتقديم إخطارات أمام المجلس من قبل أشخاص طبيعية ما لم يحوزوا وصف "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة، فإن المشرع أجاز الدفاع عن مصالح المستهلكين من آثار الممارسات المنافية عن طريق إعطاء جمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا حق إخطاره بها.

هذا، ونشير أخيرا إلى أن المشرع قد ضمّن الفقرة الثانية من المادة 35 فئة أخرى من الهيئات المؤهلة لإخطار المجلس أطلق عليها الهيئات الاقتصادية والمالية، فما المقصود بهذه الأخيرة؟

في الواقع، فإن مصطلح "الهيئات الاقتصادية والمالية" الذي تضمنه نص المادة 35 في فقرتها الثانية يبدو مصطلحا غامضا، فإذا كان المقصود به المؤسسات ذات الطابع الاقتصادي والمالي من قبيل المؤسسات الاقتصادية والبنوك مثلا، فهي تندرج حتما ضمن فئة المؤسسات

⁽¹⁾ Sevrine Manna, Geoffroy O'Mahony, Art prec, 172.

المتضررة ، وإن كان بعض الفقه⁽¹⁾ قد فسرها بأنها تنصرف إلى الهيئات الضابطة في المجال الاقتصادي، فإن هذه الأخيرة في معظمها تأخذ وصف "الهيئات الإدارية المستقلة" وليست هيئات ذات طبيعة اقتصادية أو مالية، وهو ما يبقي الغموض قائما بخصوص هذا المصطلح .

3- المؤسسات:

وهي مختلف المؤسسات المنافسة أو غير المنافسة للمؤسسة المشتبه ارتكابها ممارسات منافية للمنافسة، وفي الواقع، فإن تقديمها للإخطار -في هذا المقام- ليس المقصود منه جبر الضرر الذي أصابها، ولكنه يندرج في سياق ضمان قواعد النظام العام التنافسي الذي يعد ضمانا لهذه المؤسسات عند قيامها بنشاطها التنافسي في السوق. ويندرج ضمن هذا المفهوم مختلف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمارسون أنشطة الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات كما ورد بخصوص تعريف المؤسسة ضمن قانون المنافسة.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، توسع المشرع الفرنسي في قائمة الأشخاص المؤهلة لإخطار مجلس المنافسة، لتشمل أيضا غرف الفلاحة وغرف التجارة والصناعة والحرف.

ثانيا: شكل الإخطار :

أحالت المادة الثامنة من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره⁽²⁾ بخصوص شكل الإخطار إلى النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

وبالرجوع إلى هذا النظام⁽³⁾، نجده قد حدد تقديم الإخطار إما عن طريق الإيداع لدى المجلس، وإما عن طريق رسالة مضمونة مع وصل الاستلام، ويتم إيداع أو إرسال الإخطار في أربعة نسخ، كما أوجبت ذلك المادة السابعة من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

وفي حالة ما إذا كان الإخطار مرفقا بالوثائق الملحقة، فيجب أن تكون هذه الوثائق مسبقة بجدول إرسال، يتضمن رقم كل وثيقة، موضوعها وعنوانها وطبيعتها... إلخ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Rachid Zouaïmia, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Op.cit, p203.

⁽²⁾ سبقت الإشارة إليه.

⁽³⁾ القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة : منشور على الموقع :

www.conseil-concurrence.dz

⁽⁴⁾ المادة التاسعة من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

ليتم تسجيل الإخطارات والوثائق الملحقة من قبل مديرية الإجراءات، وتوسم بطابع يدل على تاريخ استلامها أو إيداعها، ويتم منح وصل استلام من قبل مديرية الإجراءات⁽¹⁾.

مع الإشارة إلى أن النظام الداخلي لمجلس المنافسة، قد أشار في المادة العاشرة إلى إمكان طلب تسوية إلى صاحب الشكوى⁽²⁾ في حالة عدم احترام إجراءات الإخطار، الذي يجب عليه الامتثال لهذه التسوية في فترة لا تتجاوز 15 يوما من تاريخ تبليغه.

إن هذه الأحكام، تدل على أنه قد تم استبعاد أي سبيل آخر لإخطار مجلس المنافسة، من قبيل الإخطار الشفهي أو التصريح مباشرة.

كما تطرح بشأن إخطار مجلس المنافسة والإجراءات أمامه على وجه العموم، مسألة في غاية الأهمية تتعلق بمدى وجوب التمثيل بمحام بخصوص الإجراءات ؟

في الواقع، ورغم أن قانون المنافسة لم يشر إلى شرط التمثيل بمحام، إلا أن النظام الداخلي للمجلس، قد أشار إلى لفظ "المحامي" في العديد من المواضع، كما أنه ومن ناحية طبيعة القضايا المتعلقة بالسوق ووجوب تضمين الإخطار الوقائع والأسانيد والعناصر المقنعة - كما سنرى - يحتم الاعتماد على محام بهذا الخصوص.

الفرع الثاني: الفصل في الإخطار

بغيا ب بعض العناصر أو الشروط الضرورية لقبول الإخطار، يقرر مجلس المنافسة إما عدم قبول الإخطار أو رفضه، في حين أن توافر هذه العناصر مكتملة، يترتب عليه قبول المجلس الإخطار والانتقال إلى مرحلة التحقيق.

أولاً: عدم قبول الإخطار

يؤدي غياب بعض العناصر التي أكد عليها الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وكذا النظام الداخلي للمجلس إلى عدم قبول الإخطار، والفرق بين عدم قبول الإخطار ورفضه هو أن عدم القبول يتعلق بغياب عناصر إجرائية أما رفض الإخطار، فيتعلق بموضوع الإخطار ذاته.

وتتمثل أسباب عدم القبول في :

(1) المادة 11 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

(2) يلاحظ هنا استعمال مصطلح "الشكوى"، وهو دليل على أن هناك أزمة مصطلحات بشأن قانون المنافسة، بين استعمال مصطلحات مختلفة للتعبير عن الإجراء ذاته من قبيل "الشكاوى" و"القضايا" و"الإخطارات".

1- غياب شرطي المصلحة والصفة

حسب المادة 44 من الأمر 03-03، فإن الهيئات المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 35 تقدم إخطارا إلى المجلس إذا كانت لها مصلحة في ذلك. وبدورها أوجبت المادة الثامنة من النظام الداخلي لمجلس المنافسة أن يبين الإخطار صفة ومصلحة صاحب الشكوى.

وعليه، فإن المشرع، إذا كان قد أعفى الأشخاص الممثلة للمصلحة العامة من تحديد مصلحتها، فإن الأشخاص الأخرى الممثلة لمصالح الجماعة مجبرة على تحديد مصلحتها من الإخطار، أو بعبارة أخرى أن تكون الممارسات المنافسة للمنافسة، قد مست بالمصالح الجماعية التي تدافع عنها.

والأمر يصدق على المؤسسات المخطرة التي يجب أن يكون لديها مصلحة من الإخطار، فلا يمكن مثلا القول بتوافر مصلحة إذا كانت الممارسات المدعى بها قد حدثت في أسواق لا تتدخل فيها المؤسسة المخطرة⁽¹⁾.

أما بخصوص الصفة، فإنها تقتضي أن يصدر الإخطار من الأشخاص المذكورين ضمن نص المادة 44، ويغيب هذا الشرط عندما يقدم الإخطار من شخص غير مؤهل لتمثيل أحد هؤلاء الأشخاص.

ولقد استقر القضاء الفرنسي بخصوص تقدير شرط الصفة على ضرورة توافرها وقت تقديم الإخطار، بمعنى أنه حتى ولو توفرت الصفة لدى مقدم الإخطار وقت وقوع الممارسة المحظورة ثم زالت عنه بعد ذلك، فإن إخطاره سوف يواجه بعدم القبول، وهو ما أدى بالفقه إلى انتقاد هذا الموقف، معتبرين أن الاعتماد على القواعد الإجرائية العادية، بهذا الخصوص، لا يتلاءم مع قانون المنافسة⁽²⁾.

وبالفعل، وعلى مستوى تفعيل الحماية القانونية للسوق، فإنه يكون من الأجدر التوسيع بما أمكن من مجال متابعة الممارسات المنافسة للمنافسة، وبالتالي فإن الخروج عن بعض الأحكام العامة يظهر أحيانا كضرورة.

⁽¹⁾ Marie Chantal Boutard- Labarde – Guy Ganivet, Op.cit, p194.

⁽²⁾ ين يسعد عذراء ، المرجع السابق، ص ص 217-218 .

2- عدم اختصاص المجلس :

في إشارة إلى مسألة الاختصاص، أوجبت المادة الثامنة من النظام الداخلي لمجلس المنافسة أن يتضمن موضوع الإخطار تحديد أحكام الأمر رقم 03-03 التي يدعي صاحب الإخطار أنه تم خرقها.

ويستند هذا الحكم إلى نص الفقرة الثالثة من المادة 44 التي ورد فيها بأنه : "يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار محلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه".

وعليه، فإن الاختصاص ينعقد للمجلس في حال ما إذا كانت الوقائع تشكل إحدى الممارسات المنافية للمنافسة والواردة ضمن المواد 6، 7، 10، 11 و12 من الأمر 03-03.

وفي الواقع، فإن عدم قبول الإخطار لعدم الاختصاص قد شكلت نسبة هامة من جملة القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، سواء أكان ذلك في ظل الأمر 95-06 أو الأمر 03-03.

فبخصوص إخطار تقدمت به الشركة ذات الأسهم "رونو الجزائر" ضد شركة "سوفاك" يتعلق بإشهار مقارن مارسته الأخيرة بغرض الإشادة بمؤهلات سيارة "سكودا فابيا" أساءت عن طريقه إلى منافسيها، سيما عن طريق التشهير بسيارات "رونو"، خلص المجلس إلى أن المآخذ المبلغ عنها، تدخل في إطار الممارسات التجارية المنظمة بالقانون رقم 04-02، وبالتالي تخرج عن نطاق اختصاص المجلس، وهو ما دفعه بالتالي إلى عدم قبول الإخطار⁽¹⁾.

وعموما، فإن أغلب الإخطارات التي فصل فيها بقرار عدم القبول بسبب عدم الاختصاص تشكل أفعالا غير مشروعة وفق قانون الممارسات التجارية من قبيل المنافسة غير المشروعة، وهو ما تمت الإشارة إليه من خلال تقارير مجلس المنافسة .

كما تخرج أيضا عن اختصاص المجلس كل الطلبات الرامية إلى إبطال مختلف العقود أو الشروط التعاقدية بين المتعاملين ، حتى ولو كانت مرتبطة بممارسات منافية للمنافسة ، حيث يعود الاختصاص بنظرها إلى القضاء، وهذا ما ورد ضمن المادة 13 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(1) التقرير السنوي لمجلس المنافسة لسنة 2015، ص 47 : منشور على الموقع : www.conseil-concurrence.dz.

3- تقادم القضايا:

تتقادم القضايا المتعلقة بالمنافسة حسب الفقرة الرابعة من المادة 44 من الأمر 03-03 بمرور ثلاث (3) سنوات دون أن يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة.

وبذلك ، يبدو أن المشرع قد قصد قطع التقادم بوجود البحث أو المعاينة أو العقوبة، ولم يقصد وقف التقادم، بمعنى أن وجود هذه الأسباب يدفع إلى احتساب المدة من جديد، ورغم أن المشرع لم يحدد بداية سريان مدة ثلاث سنوات، إلا أنه يتصور أن يبدأ حسابها من وقت ارتكاب الأفعال.

أما بخصوص "العقوبة" المذكورة في النص أعلاه ، فهي لا تعني بالضرورة انتهاء القضية، إذ يمكن أن تتخذ بعض الأوامر والتدابير قبل صدور القرار الفاصل في القضية-كما سنرى لاحقا- وفي الواقع، فإن هذه المدة تبدو قصيرة نوعا ما كأجل للتقادم، خاصة في ظل ما يكتنف السلوكات المشككة لهذه الممارسات من تعقيد وما يحيط بها من سرية⁽¹⁾.

وإذا كان المشرع قد رتب على إجراءات البحث والمعاينة والعقوبة قطع هذا التقادم، فإن الإخطار ذاته يمكن أن يعد قاطعا للتقادم ، فقد استأنف مجلس المنافسة النظر في إخطار قُدّم ضد شركة " إيفري" منذ سنة 2003، ليتم الفصل في القضية بتاريخ 2013/02/18 ؛ أي بعد تنصيب مجلس المنافسة الجديد⁽²⁾.

ثانيا: رفض الإخطار

يترتب رفض الإخطار أمام مجلس المنافسة عن غياب عناصر مقنعة أو بعبارة أخرى عدم وجود تأسيس قانوني، كما يعد الصلح أيضا بين المؤسستين المخطرة والمشتكى منها سببا لرفض الإخطار.

1- غياب العناصر المقنعة:

أوجب النظام الداخلي لمجلس المنافسة أن يتضمن الإخطار المقدم أمام مجلس المنافسة عرضا للوقائع التي تميز هذا الانتهاك والظروف الأخرى ذات الصلة، لاسيما تلك التي لها علاقة

⁽¹⁾ جاء في اقتراح تعديل الأمر 03-03 الذي تضمنه الرأي رقم 2016/04 ضرورة تعديل أجل التقادم من 03 سنوات إلى 05 سنوات، اقتداء بالمشرع الفرنسي في هذا الخصوص. منشور على الموقع : www.conseil-concurrence.dz.
⁽²⁾ كما ورد في التقرير السنوي لمجلس المنافسة لسنة 2014.

بالقطاع والمنطقة الجغرافية المعنية والمنتجات والخدمات المتأثرة والشركات المعنية، وأيضا السياق القانوني والاقتصادي ذو الصلة⁽¹⁾.

وفي الواقع، فإن هذا النص يجسد "العناصر المقنعة بما فيه الكفاية" التي ينبغي أن يتضمنها الإخطار والتي يترتب عن غيابها رفض الإخطار، كما أشارت إلى ذلك المادة 44 من الأمر 03-03 في فقرتها الثالثة.

إن فكرة العناصر المقنعة يراد منها الابتعاد عن الإخطارات الوهمية أو الكيدية، والتي يمكن أن تشكل عبئا على المجلس وتلهيه عن مهامه الأساسية، وفي تساؤل بخصوص فكرة العناصر المقنعة، وما إذا كان القصد منها تحديد بعض المعالم الضرورية، للممارسة أو إثبات حقيقة وقوع الممارسات، اعتبرت محكمة استئناف باريس أنه يكفي أن يستدل المخطر بعناصر كفيلة بإظهار حقيقة الممارسات أو ما من شأنه أن يدل أو يوصل إليها⁽²⁾.

أو بعبارة أخرى، فإنه يكفي أن تكون العناصر المقدمة مرجحة لارتكاب الممارسات المدعى بها، دون ضرورة أن تشكل دليلا قاطعا على ارتكابها، وتقع سلطة تقدير مدى كفاية العناصر المقنعة على عاتق مجلس المنافسة تحت رقابة القضاء

وشكل غياب شرط "العناصر المقنعة" سببا هاما لرفض الإخطارات أمام مجلس المنافسة⁽³⁾، وفي اعتقادنا أنه يجب ألا يُفرض المجلس في شرط "العناصر المقنعة" وينبغي ألا يقوده ذلك إلى وجوب إرفاق الإخطار بوثائق ثبوتية قاطعة الدلالة.

2- الصلح:

تطبيقا للقواعد العامة المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾، يعد عقد صلح بين المؤسستين المخطرة والمشتكى منها سببا لرفض الإخطار من قبل المجلس، وهذا ما ذهب إليه المجلس بخصوص إخطار تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (IMACOR) ضد شركة

(1) المادة الثامنة من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

(2) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص293.

(3) ففي إخطار متعلق بممارسة تتمثل في تطبيق أسعار افتراضية من طرف مجمع "سفيتال"، متمثلة في التعسف في استغلال وضعيتها الهيمنة، قرر المجلس عدم قبول الإخطار بسبب أن الأفعال المبلغ عنها ليست مدعومة بالتبريرات الكافية : التقرير السنوي لمجلس

المنافسة لسنة 2015، ص55، منشور على الموقع : www.conseil-concurrence.dz.

(4) المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(Lafarge-SPA Algérie) ،حيث قرر المجلس قبول الإخطار شكلا، ولكنه رفضه في الموضوع لانقضاء الخصومة بسبب الصلح بين الشركتين⁽¹⁾.

غير أنه ما يجب التأكيد عليه أن انقضاء الخصومة في هذه الحالة بين الطرفين لا يمنع المجلس إطلاقا من أن يتأسس في القضية بمقتضى آلية الإخطار الذاتي التي يتمتع بها.

ثالثا: قبول الإخطار:

إذا كانت كل الأسباب السابقة تؤدي إلى رفض الإخطار أو عدم قبوله، فإنه على العكس فن غيابها يؤدي بالمجلس إلى قبول الإخطار.

ويترتب على قبول الإخطار الانتقال إلى مرحلة التحقيق في الممارسات محل الإخطار -كما سيأتي بيانه-.

⁽¹⁾ القرار رقم 2016/01 ، منشور على الموقع :www.conseil-concurrence.dz.

المبحث الثاني: التحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة والفصل فيها

يستدعي الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة ووضع حدّ لها بغرض تجسيد حماية قانونية للسوق، القيام بتحقيقات بشأنها، والفصل فيها بإصدار القرار الملائم بشأنها.

ولقد تضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، وكذا النظام الداخلي لمجلس المنافسة العديد من الأحكام القانونية المتعلقة بالتحقيق في القضايا المتعلقة بالسوق، وكذا الأحكام الخاصة بالفصل فيها. ورغم ما أولاه المشرع من عناية بالأحكام الخاصة بالتحقيق والفصل في هذه القضايا ، إلا أنه يلاحظ وجود العديد من النقائص التي تلحق بعضها، كما يشوب البعض الآخر منها نوعا من الغموض أو التناقض.

وسوف نتناول هذا المبحث وفقا لتدرج هذه الأحكام أو الإجراءات زمنيا من القيام بالتحقيقات (المطلب الأول) إلى الفصل في القضايا عن طريق إصدار القرارات التي تتضمن أحيانا عقوبات على هذه الممارسات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة

تعتبر مرحلة التحقيق في الممارسات المنافية للمنافسة، أهم مرحلة من مراحل متابعة هذه الممارسات، وتكمن خصوصيتها في كونها المرحلة التي يترتب عليها إصدار القرار الملائم بخصوص القضية المعروضة، بعدما تتوفر القناعة الكافية لدى مجلس المنافسة بوجود أو غياب الممارسة المعنية.

ولقد ميّز المشرع ضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بخصوص التحقيق في القضايا بين نوعين من التحقيقات هما : مرحلة التحقيقات الأولية، والتي تقترب إلى التحريات منها إلى التحقيقات؛ لأنه قد يتم القيام بها دون تدخل المجلس؛ إذ قد تتم من قبل أشخاص لا تنتمي إلى مجلس المنافسة (فرع أول)، ومرحلة التحقيق النهائي، والتي تبدأ بتبليغ المآخذ المسجلة بشأن القضية إلى الأشخاص المعنية وإبداء ملاحظاتهم بشأنها وتنتهي بعقد جلسة للفصل في القضية وإصدار قرارات قد تتضمن عقوبات في حال ثبوت الممارسات المدعى بها (فرع ثان).

الفرع الأول: التحقيقات الأولية

ورغم أن هذه التحقيقات، تقترب من التحريات الأولية أو المعاينة، إلا أنها ذات أهمية قصوى كونها تسفر عن نتائج قد تكون ذات أثر حاسم للفصل في القضية، ولقد ضمن المشرع خلال هذه المرحلة، تعددا في الأشخاص المؤهلة للقيام بهذه التحقيقات، ومن جهة، وتوسيعا في السلطات التي يتمتع بها هؤلاء من جهة ثانية.

أولا: الأشخاص المؤهلة للقيام بالتحقيقات الأولية

يمكن التمييز في إطار الأشخاص المؤهلة للقيام بالتحقيقات الأولية بين فئتين من الأشخاص تتعلق الفئة الأولى بالأشخاص المنتمين إلى مجلس المنافسة وهم المقرر العام والمقررون، وأما الفئة الثانية، فتضم بعض الأعوان المنتمين إلى الإدارة الاقتصادية بشكل عام، هذا علاوة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية، وهذا ما نصت عليه المادة 49 مكرر من الأمر 03-03، المضافة بموجب المادة 24 من القانون 08-12⁽¹⁾.

1- ضباط وأعوان الشرطة القضائية⁽²⁾

اعتبر المشرع الجزائري ضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ضباط وأعوان الشرطة القضائية من الموظفين المكلفين بالتحقيق في الممارسات المنافية للمنافسة. وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية، نجد أن المادتين 15 و19⁽³⁾ تضمنتا الإشارة إلى فئات الموظفين الذين يتمتعون بصفة ضابط الشرطة القضائية أو بصفة عون الضبط القضائي. إن التساؤل المطروح بخصوص أهلية ضباط وأعوان الشرطة القضائية، للقيام بالتحقيقات الخاصة بالممارسات المنافية للمنافسة، يتعلق بالإطار القانوني، الذي تتم وفقه التحقيقات التي يقوم بها هؤلاء؛ سواء فيما يتعلق بتفويضهم بممارسة هذه المهمة، أو فيما يتعلق بالسلطات الممنوحة لهم في إطار هذه التحقيقات؟

إن ما يثير هذا التساؤل هو أن المادة 49 مكرر في فقرتها السابعة، قد أحالت بخصوص مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها في الأمر 03-03 إلى الأحكام الواردة ضمن القانون 02-04 والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وعليه ووفقا لقاعدة "أن

(1) والملاحظ أن نص المادة 49 مكرر مطابق في محتواه نص المادة 78 من الأمر 06-95 الملغى، ولقد أضيف هذا النص ليتدارك المشرع النقص الذي اكتنف الأمر 03-03 بهذا الخصوص.

(2) رغم وجود أعوان آخرين مكلفين بالتحقيق في إطار قانون الإجراءات الجزائية، إلا أن الأمر 03-03 قد اقتصر على الضباط والأعوان فقط واستثنى فئة الموظفين والأعوان المنوط بهم قانونا بعض مهام الضبط القضائي: أنظر المادة 14 من قانون الإجراءات الجزائية.

(3) المادتين 15 و19 من قانون الإجراءات الجزائية.

الخاص يقيد العام" ، فإنه يفترض أن يمارس هؤلاء مهامهم طبقا لأحكام هذا الأخير، وليس استنادا للأحكام العامة التي تضمنها قانون الإجراءات الجزائية، وذلك وفقا لقاعدة "الخاص يقيد العام".

غير أنه، ومن ناحية ثانية، فإن الفقرة السادسة من المادة 49 مكرر، قد أوجبت على الموظفين المؤهلين قانونا للقيام بهذه التحقيقات، تبيان وظيفتهم وتقديم تفويضهم بالعمل خلال القيام بمهامهم.

وهو ما يفيد أن هؤلاء الضباط والأعوان لا يقومون بهذه المهمة، إلا بإذن من وكيل الجمهورية باعتباره المفوض قانونا بالإشراف على أعمال هؤلاء الموظفين⁽¹⁾.

إن اعتبار هؤلاء الموظفين التابعين للهيئة القضائية محققين في نظر قانون المنافسة، رغم أن المخالفات التي تضمنها هذا الأخير لا تعد جرائم تختص بها المحاكم الجزائية، يشكل ضمنا لفعالية هذه التحقيقات ؛ ذلك أن التوسيع من دائرة الأشخاص المكلفة بالتحقيق، يضمن الكشف عن المخالفات، وتفعيلا للآليات القانونية لحماية السوق.

أما بخصوص كيفية تكليف هؤلاء بهذه المهمة، فإن الأمر يبدو غير واضح، و نتصور وفي ظل العلاقة الوثيقة بين قانون الممارسات التجارية وقانون المنافسة أن تدخل هؤلاء في القضايا المتعلقة بالمنافسة قد يتم بالتبعية للتحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات التجارية، والتي تكون من اختصاص الهيئات القضائية، خاصة وأن المشرع قد استعمل ضمن المادة 49 مكرر مصطلح "علاوة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية" ولم يستعمل مصطلح "يؤهل" الذي استعمله بخصوص الأعوان الآخرين.

ولاشك أن فعالية التحقيقات التي تتم من قبل هؤلاء الموظفين تتأتى من أن المؤسسات سوف تتفاعل معهم، بطريقة أفضل مقارنة بالأعوان الآخرين،

2- المحققون التابعون لمجلس المنافسة

ويتمثل هؤلاء، حسب الفقرة الرابعة من المادة 49 مكرر من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في المقرر العام والمقررون.

(1) حسب الفقرة الثانية من المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية.

أ- المقرر العام

لم يرد مصطلح المقرر العام ضمن الأمر 03-03 قبل تعديله سنة 2008، ولا حتى ضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة الملغى ؛ حيث تم استعمال مصطلح "المقرر" في النصين⁽¹⁾.

غير أنه، وبموجب تعديل وتنظيم نص المادة 26 من الأمر 03-03 بالمادة 12 من القانون 12-08، فقد تم استعمال مصطلح "المقرر العام" وأسندت مهمة تعيينه إلى رئيس الجمهورية.

ب-المقررون:

حسب المادة 12 من القانون 12-08 المعدلة والمتممة للمادة 26 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، يعين لدى مجلس المنافسة خمسة مقررين بموجب مرسوم رئاسي.

وبالنظر إلى حجم المهام المتعلقة بالتحقيق في القضايا المتعلقة بالمنافسة وتزامن ارتكاب بعضها مع البعض الآخر، فإن خمسة مقررين يبدو عددا غير كاف للقيام بمهام التحقيق، حيث يفضل التوسع قليلا في عدد مقرري المجلس.

ولقد تضمنت الفقرة الثانية من المادة 26 من الأمر 03-03 المعدلة والمتممة أحكاما مشتركة بخصوص المقرر العام والمقررين، فيما يتعلق بالكفاءة المطلوبة ؛ إذ يجب أن يكون هؤلاء حائزون على الأقل على شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة، وأن يكونوا ذوو خبرة مهنية مدة 05 سنوات على الأقل، تتلاءم مع المهام المخولة لهم طبقا لأحكام الأمر 03-03، ويلاحظ أن المشرع، قد ترك المجال مفتوحا -في هذا الإطار- ؛ بمعنى أن هذه الخبرة يمكن أن تكون في المجال القانوني أو الاقتصادي.

⁽¹⁾ المادة 50 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 12 من المرسوم الرئاسي 44-96 المؤرخ في 17 جانفي 1996 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، ج.ر عدد 05 لسنة 1996، الملغى ضمنا بموجب المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره

3- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة:

استنادا إلى الفقرة الرابعة من المادة 34 من الأمر 03-03، المعدلة والمتممة بالمادة 18 من القانون 12-08، فإن مجلس المنافسة يمكنه "... أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بإجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تدرج ضمن اختصاصه".

وتتمثل هذه المصالح في المصالح الخارجية، وهي حسب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 03-409 المديرية الولائية للتجارة والمديريات الجهوية للتجارة⁽¹⁾.

وحسب الفقرة 10 من المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 03-409، تكلف المديرية الولائية للتجارة بالقيام بالتحقيقات ذات الطابع الاقتصادي، بالاتصال مع الهياكل المعنية، كما تكلف المديرية الجهوية بإنجاز التحقيقات الاقتصادية ذات الاختصاص الجهوي، حسب ما قضت به المادة التاسعة من المرسوم 03-409 في فقرتها الرابعة.

كما تشمل هذه الفئة من المحققين، مختلف أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة على المستوى المركزي المؤهلين لهذه المهمة، وتتمثل هذه المصالح في المديرية العامة لضبط النشاطات وتنظيمها⁽²⁾ والمديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش⁽³⁾.

4- الأعوان التابعون لمصالح الإدارة الجبائية

إذ اعتبر الأمر 03-03 أعوان الإدارة الجبائية من المؤهلين للقيام بالتحقيقات الأولية بخصوص القضايا المتعلقة بالسوق.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 03-409 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج.ر عدد 68 لسنة 2003.
(2) والتي تضم بدورها العديد من المديرية الفرعية للمنازعات والعلاقات مع مجلس المنافسة التي تكلف بمعالجة ملفات المنازعات ذات الصلة بالممارسات المناهضة للمنافسة حسب المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج.ر عدد 85 لسنة 2002.
(3) حيث تضم بدورها مديرية التعاون والتحقيقات الخصوصية؛ إذ تقوم بكل التحقيقات الخصوصية من خلال المديرية الفرعية للتحقيقات الخصوصية حسب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 02-454.

ثانياً: سلطات المحققين

يشكل حصر الأعوان المؤهلين للقيام بالتحقيقات الأولية بخصوص القضايا المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة ضماناً للمؤسسات المعنية، يمكنها من معرفة الأشخاص المؤهلين لمباشرة إجراءات التحقيق إزاءها.

كما فرض المشرع أيضاً إجراءات شكلية احتراماً للحقوق والحريات المكفولة دستورياً ؛ بأن فرض على هؤلاء قبل القيام بمهامهم تأدية اليمين واستظهار التفويض بالمهمة، وهذا ما قضت به المادة 49 من القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية.

ونظراً، لأن مهمة الكشف عن الممارسات المنافسة للمنافسة، ليست بالمهمة السهلة، لما تتطلبه من أدلة إثبات مادية ومقنعة، فإن المشرع، قد زود هؤلاء المحققين بسلطات واسعة من أجل الكشف عن الممارسات المعنية⁽¹⁾.

ويما أن الأمر 03-03، قد تضمن بعض هذه السلطات، كما أحال بخصوص البعض منها إلى أحكام القانون 02-04، فإن الرجوع إلى هذين النصين ، يمكننا من القول بأن هذه السلطات تتمثل فيما يلي:

1- فحص الوثائق :

هذا الإجراء، تضمنته الفقرة الأولى من المادة 51 من الأمر 03-03 حيث ذكرت بأنه : "يمكن المقرر القيام بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السرّ المهني"⁽²⁾.

وتتجسد هذه السلطة في طلب الاطلاع على الوثائق الضرورية للتحقيق في القضية، والقيام بتفحصها، والملاحظ أن هذا الحكم، قد ورد عاماً ؛ بمعنى أنه لا يشترط قيام المحققين بتعيين الوثائق التي يرغبون بالاطلاع عليها، ولا تحديد نوعها.

ومع ذلك، فإن هذا النص لم يشر إلى مدى التزام المؤسسة المعنية بأن تبادر من تلقاء نفسها بتقديم الوثائق الضرورية أم أن التزامها ينحصر في الاستجابة لطلب المحققين ؟

(1) كما أخضع المؤسسة المعارضة لأحكام معارضة المراقبة، والتي تعدّ جنحة معاقب عليها حسب المادة 53 و54 من القانون 02-04.
(2) وفي الواقع هذا النص يشوبه الغموض ؛ إذ يذكر المقرر، فهل المقصود المقرر المكلف بالقضية، وبالتالي، فإن هذه السلطة تتعلق بمرحلة التحقيق النهائي، أم أنه سهو من المشرع ألا يتدخل ليعدّل هذا النص بموجب القانون 12-08 تماشياً مع المادة 49 مكرر.

والمرجح ألا تبادر المؤسسة بتقديم الوثائق الخاصة بها، وبالتالي لا التزام عليها في هذا الإطار، خاصة إذا ربطنا ذلك بنص المادة 59 التي استعملت مصطلح "المعلومات المطلوبة".

2- استلام الوثائق وحجز المستندات :

حيث لا يتوقف الأمر على الاطلاع على الوثائق، وإنما يتعدى الأمر المطالبة باستلامها وحجز مختلف المستندات التي تضاف إلى التقرير النهائي أو ترجع في نهاية التحقيق⁽¹⁾.

ولقد حدّد القانون 02-04 طبيعة هذه المستندات، واعتبرها كل المستندات الإدارية أو المالية أو المحاسبية وكذلك كل الوسائل المغناطيسية أو المعلوماتية⁽²⁾.

3- سلطة الحصول على المعلومات الضرورية

يتعدى القيام بالتحقيق بشأن الممارسات المناهية للمنافسة، الاطلاع على الوثائق والمستندات إلى الحصول على كل المعلومات بكل الطرق المناسبة، وهذا طبعاً نتيجة أن الفاعلين، قد لا يتعاملون بناء على وثائق ومستندات، وقد لا يشكلون شركة أو تجمع، وإنما قد يكونون أشخاصاً طبيعيين، لاتساع مفهوم "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة. والجدير بالذكر -في هذا الصدد- أن المشرع قد وسّع من دائرة الأشخاص الذين يملك المحققون سلطة طلب المعلومات الضرورية منهم ؛ حيث لا يقتصر الأمر على الأطراف المعنية بالممارسات المحظورة، وإنما يتعدى ذلك أي مؤسسة أو أي شخص آخر، كما ورد ذلك في الفقرة الثالثة من المادة 51 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

ومع ذلك، فإن المشرع لم يبين كيفية الحصول على هذه المعلومات ؛ غير أن نص الفقرة الثالثة من المادة 51، ذكرت إمكان تحديد الآجال التي يجب أن تسلم فيها هذه المعلومات.

4- سلطة سماع الأشخاص للحصول على المعلومات

لا يتعلق الأمر -بهذا الخصوص- بالسماع الذي يتم في إطار التحقيق النهائي، وإنما ذلك الذي يتم في إطار التحقيقات الأولية ؛ بحيث لا يتوقف الأمر على أطراف القضية، وإنما يمتد إلى كل الأشخاص الذين بإمكانهم تقديم معلومات تفيد التحقيق في القضية.

(1) حسب الفقرة الثانية من المادة 51 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(2) المادة 50 من القانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

إن الرجوع إلى نص المادة 53 يكشف عن إمكان قيام المقرر بجلسات الاستماع وتحرير محضر عند الاقتضاء يوقعه الأشخاص الذين استمع إليهم. وإذا كان بالإمكان تطبيق هذا الحكم على التحقيقات الأولية، فإن الخطورة هنا في تحرير المحضر تكمن في أن المستمع إليهم، يجهلون موضوع التحقيق، لأنه لا وجود لحكم يلزم المحققين باطلاعهم بموضوع التحقيق، مما قد يجزّهم إلى تصريحات، قد يتم استعمالها ضدّهم في نهاية المطاف. وقد ذهب مجلس المنافسة الفرنسي بخصوص إحدى القضايا -في هذا الصدد- إلى أنه كان يكفي أن يذكر المحققون في المحضر أن موضوع التحقيق، قد جرى بيانه للأشخاص المستمع إليهم⁽¹⁾.

5- الدخول إلى الأمكنة

لم يشر الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة إلى إمكانية دخول الأمكنة والمحلات ذات العلاقة بالممارسات المعنية، ويطرح التساؤل بخصوص مدى إمكان قيام المحققين بهذا الإجراء، خاصة وأن الأمر 03-03 قد أحال إلى القانون 02-04 بخصوص الأحكام الخاصة بكيفيات مراقبة ومعاينة المخالفات.

لذلك، وبما أن المشرع قد نص على إمكانية طلب أية وثيقة حيثما وجدت وبإمكانية حجزه المستندات التي تساعد في أداء مهامه، من جهة، وبما أنه قد أحال إلى الأحكام الخاصة بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإنه يمكن للمحققين الدخول إلى "... المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين، وبصفة عامة إلى أي مكان، باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية"⁽²⁾، ومع ذلك، فإنه ينبغي أن يتم ذلك في حدود ضوابط قانونية خاصة ؛ بسبب خطورة الإجراء ومساسه بحقوق وحرّيات الأشخاص، وقد جاء في اقتراح تعديل الأمر 03-03 ضرورة عدم ممارسة المقرر سلطات الدخول إلى المحلات المهنية وحجز الوثائق إلا بترخيص من القاضي المختص محلياً ، نتيجة خطورة الإجراء وإمكان مساسه بحقوق الأشخاص الطبيعية أو المعنوية.⁽³⁾

وبالرجوع إلى التشريع الأوروبي، نلاحظ أنه قد أجاز الدخول حتى إلى المحال الشخصية لمسيري المؤسسات إذا اشتبه في حيازة وثائق مهنية متعلقة بالقضية موضوع التحقيق ، على أن

(1) ج ريبير-ر روبلو، المرجع السابق ، ص954.

(2) المادة 52 من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

(3) Avis n°04/2016 portant sur les principaux amendements proposés aux dispositions de l'ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003, Article 51 (nouveau), prec .

يتم ذلك في إطار ضوابط إجرائية صارمة صارمة، وأن يتم ذلك بترخيص من السلطة القضائية المختصة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع ضمن المادة 49 من القانون 04-02 ، قد رتب إمكانية أن يطلب القائمون بالتحقيق طلب تدخل وكيل الجمهورية المختص إقليمياً، وذلك قصد إتمام مهامهم.

6- تحرير محضر التحقيق : اقتصر الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على الحديث عن التقرير الأولي الذي يقوم بإعداده المقرر المكلف بالتحقيق دون الحديث عن المحاضر التي يتم إعدادها على اثر التحقيقات الأولية التي يقوم بها المقررون أو غيرهم تطبيقاً للمادة 49 من الأمر 03-03 وبما أن نص المادة 49 قد أحال بخصوص كفاءات المراقبة والمعاينة إلى القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، وبالرجوع إلى القانون 04-02 ، نجده قد تضمن الإشارة إلى ذلك، حيث أشارت المادتين 55 و56 إلى تقارير التحقيق والمحاضر؛ إذ تبين هذه الأخيرة تواريخ وأماكن التحقيقات المنجزة والمعاينات المسجلة ، كما تتضمن هوية وصفة المحققين وهوية مرتكب المخالفة أو الأشخاص المعنيين بالتحقيقات ونشاطهم وعناوينهم .

غير أن التساؤل المطروح بهذا الشأن يتعلق بمدى وجوب تحرير هذه المحاضر عندما يتولى القيام بهذه التحقيقات الأولية المقرر العام أو مقررو مجلس المنافسة، أم يتم الاكتفاء حينئذ بإعداد التقرير الأولي الذي أشارت إليه المادة 52 من الأمر 03-03 ، والذي يقوم بإعداده المقرر المكلف بالتحقيق في القضية تحت إشراف المقرر العام.⁽²⁾

وعلى العموم، فإننا نرى أن الإحالة إلى الأحكام الخاصة بالقانون 04-02 لم تكن في محلها، نتيجة اختلاف إجراءات المتابعة في كلا النصين عن النص الآخر، والذي كان سبباً جوهرياً لفصل النصين بعدما شملهما الأمر 95-06 الملغى.

وتجدر الإشارة أخيراً، إلى أن هذه التحقيقات أو التحريات يمكن اللجوء إليها في كل وقت، فهي ليست مرتبطة بمرحلة معينة، فقد يتم اللجوء إليها لاستكمال التحقيق مثلاً، كما تتميز أيضاً بأن الإدارة بخصوصها غير مجبرة على تعليل تدخلها، وهذا ما دفع إلى القول بتأثر حقوق الدفاع،

⁽¹⁾Denis Waelbroeck, Jean-Francois Bellis, David Szafran, Aspect Récent du droit de la concurrence, Bruylant, Bruxelles, 2005, p36.

⁽²⁾ ورغم أن المشرع لم يشر إلى ذلك، إلا أن طبيعة العلاقة بين المقرر العام والمقررين هي التي تستوجب إشراف هذا الأخير، حيث ذكر نص المادة 50 في الفقرة الثالثة بعد تعديلها سنة 2008 بأن : "يقوم المقرر العام بالتنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقررين"، وكذا نص المادة 25 من القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة .

خاصة وأنه لا وجود لطعن قضائي بخصوصها الأمر الذي أدى إلى الطعن في دستوريتها في فرنسا⁽¹⁾، مع التنويه إلى أن المادة 58 من القانون رقم 04-02 قد اعتبرت هذه المحاضر وتقارير التحقيق ذات حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير.

الفرع الثاني: التحقيق النهائي

وتبدأ هذه المرحلة بتبليغ المآخذ إلى الأشخاص المعنية، ولقد أجاز لهم المشرع حق الاطلاع على الملف لإبداء ملاحظاتهم المكتوبة، ليتم بعد ذلك اختتام التحقيق بتحرير تقرير نهائي.

أولا : تبليغ المآخذ الى الأشخاص المعنية

يقوم رئيس مجلس المنافسة، بعد تلقيه التقرير الأولي من المقرر العام، بتبليغ هذا التقرير بما تضمنه من مآخذ (griefs) إلى الأشخاص المعنية، وهم الأشخاص الذين حددتهم المادة 52 من الأمر 03-03.

وتعبّر هذه المآخذ عن فناعة المجلس بوجود سلوكات منافية للمنافسة، وهذا ما أدى إلى القول بأن هذا التقرير يشكل "وثيقة اتهام"⁽²⁾. ويتمثل الأشخاص الذين تبلغ إليهم المآخذ في :

1- الأطراف المعنية:

إن استعمال المشرع مصطلح "الأطراف المعنية"، يحمل دلالة واضحة على أن المقصود هم أطراف القضية، سواء أكانت المؤسسات المشتبه ارتكابها السلوكات المنافية للمنافسة، أو كانت الأشخاص التي أخطرت مجلس المنافسة بالممارسات المعنية، والذي يعد الوزير المكلف بالتجارة واحدا منهم.

(1) حيث تم الطعن بعدم دستورية أحكام الفقرة الرابعة من المادة L.450-03 من القانون التجاري الفرنسي أمام المجلس الدستوري، غير أن هذا الأخير، اعتبر أن هذه الأحكام مطابقة للدستور، كونها تتم في إطار احترام ضمانات معينة وكونها مجرد تحقيقات أولية، لا ترتب أثارا قانونية :

- Xavier Deplach, les enquêtes simples de concurrence confortées, cons, const, 8 Juillet 2016, N°2016-552 : Dalloz actualité, 12 septembre 2016. www.dalloz.fr.lana.univ-annu.fr/documentation.

(2) ديباش سهيلة، المرجع السابق، ص301.

2- الوزير المكلف بالتجارة :

يبلغ الوزير المكلف بالتجارة بالآخذ المسجلة، ليس باعتباره طرفاً معنياً في القضية في هذه الحالة، وإنما بصفته ممثلاً للمصلحة العامة.

ويبقى التساؤل مطروحاً بخصوص دور الوزير المكلف بالتجارة في هذه الحالة ؛ إذ كان يكفي في اعتقادنا أن يبلغ بمحتوى قرار مجلس المنافسة أو على الأقل بالتقرير النهائي.

3- الأطراف ذات المصلحة

حيث أراد المشرع بهذا المصطلح أن يوسع من دائرة الأشخاص الممكن تبليغهم بالآخذ، حتى وإن لم يكونوا معنيين بصفة مباشرة بالقضية.

هذا، وقد يحدث تغييراً هيكلياً على المؤسسات التي ارتكبت المخالفات، ففي هذه الحالة، يطبق مبدأ "الاستمرارية الاقتصادية"، الذي سبق لنا تناوله عند الحديث عن مفهوم المؤسسة⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، أوجب النظام الداخلي لمجلس المنافسة في المادة 27 منه "أن تنقل دون تأخير إلى علم مجلس المنافسة، كل التغييرات التي تطرأ على القانون الأساسي للمؤسسات التي كانت محل شكوى بعد إشعارها بها". وفي ذلك إشارة واضحة إلى ضرورة أن يتعامل المجلس مع هذه التغييرات الهيكلية أو التغيير على مستوى مسؤولي المؤسسة أو المؤسسات المعنية، فيما يتعلق بالإجراءات إزاءها.

ثانياً: إبداء الملاحظات المكتوبة

يتعين على الأشخاص المعنية، إبداء ملاحظاتهم المكتوبة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر، يتم احتسابها من تاريخ استلام التبليغ، وذلك حسب المادة 52 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

ولقد أشار النظام الداخلي لمجلس المنافسة ضمن المادة 20 إلى أن كل مراسلات المجلس نحو أي طرف، ترسل إلى مقراتهم الاجتماعية أو إلى العناوين المشار إليها في الإخطار أو إلى الموطن المختار، طبقاً للمادة 27 ؛ إذ يتعين على أي طرف أو ممثل أو مفوض، أو المحامي

(1) أنظر ص 109 من هذا البحث.

الذي انتخب لديه المواطن، أن يبلغ المجلس فوراً، بأي تغيير في العنوان، تحت طائلة عدم التذرع بعدم التبليغ.

وتجدر الإشارة - في هذا الإطار - إلى أن المشرع الفرنسي، قد انتهج الإجراء المبسط (La procédure simplifiée) ؛ إذ يتم في إطاره عرض القضية على اللجنة الدائمة، المكونة من الرئيس ونائباه، وذلك بعد قرار من المقرر العام يبلغ إلى الأطراف المعنية مع المآخذ⁽¹⁾.

وتأتي فائدة هذا الإجراء في تبسيط الأحكام المتعلقة بالتحقيق والفصل في القضايا، وضمان الحل السريع لها، كون هذا الإجراء لا يفرض تحضير تقرير من المقرر، كما أن العقوبات المنطوق بها لا تتجاوز 750.000 أورو⁽²⁾.

وقد يعود عدم انتهاج المشرع الجزائري لهذا الإجراء ناتجا عن تواضع حجم القضايا المعروضة على المجلس وبالتالي عدم وجود عبء أو ضغط على المجلس بهذا الخصوص.

ثالثا: حدود ممارسة الحق في الاطلاع على ملف القضية

تحقيقاً لمبادئ حقوق الدفاع، ضمن الأمر 03-03 للأطراف المعنية، حق الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه ؛ حيث ورد ضمن المادة 30 في فقرتها الثانية أنه : "للأطراف المعنية وممثل الوزير المكلف بالتجارة حق الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه". غير أن ممارسة هذا الحق في المجال الاقتصادي عموماً، يصطدم بمقتضى آخر، يتعلق بحق المؤسسات في حماية سرية أعمالها.

إذ من المعلوم في عالم الأعمال، أن تحرص المؤسسات على عدم الكشف على معلومات سرية قابلة لأن تستغل من طرف المؤسسات المنافسة⁽³⁾.

وهذا ما أدى بالمشرع إلى أخذ هذا المقتضى بعين الاعتبار ؛ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 30 على أنه : "يمكن الرئيس، بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية، رفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس بسرية المهنة، وفي هذه الحالة تسحب هذه المستندات أو الوثائق من الملف، ولا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة مؤسساً على المستندات أو الوثائق المسحوبة من الملف".

(1) L'article L.463-3 du code de commerce français.

(2) Pascal Léhuédé, Op.cit, p 125-126.

(3) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص322.

وإذا كان من المنطقي أن تتمسك المؤسسات المعنية بسرية بعض وثائقها، وتطلب من المجلس الامتناع عن إطلاع الأطراف المعنية بها، إلا أن السؤال المطروح هو بخصوص مبادرة رئيس المجلس برفض تسليم هذه الوثائق دون أن يتلقى طلبا بذلك، وكان على المجلس أن يلتزم الحياد -بهذا الخصوص-.

فهذا الموقف يكون مقبولا لو كان أساس مبادرة المجلس هو "سرية القضايا" وليس سرية المهنة.

ويلاحظ بهذا الخصوص أن النظام الداخلي لمجلس المنافسة، يؤكد على وجوب أن يتلقى الرئيس طلبا معللا من الأطراف المعنية تطبيقا للفقرة الثانية وهو تناقض واضح بين النصين⁽¹⁾.

هذا، وقد استفاض النظام الداخلي لمجلس المنافسة في إيراد الضوابط الخاصة بالاطلاع على الملف ؛ حيث حدد توقيتا معيننا لذلك، وأخذ موعد مسبق، وحضور عون مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات... إلخ⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة في هذا الإطار -إلى أن المشرع، قد خوّل أيضا ضمن الفقرة الثانية من المادة 30 لممثل الوزير المكلف بالتجارة، حق الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه، غير أنه لا يتصور أن تتمسك المؤسسات المعنية بسرية الأعمال إزاء ممثل الوزير المكلف بالتجارة، وذلك رغم أن حكم المادة 30 قد جاء عاما لم يفرق بين ممثل الوزير وبين المؤسسات المنافسة.

وفي الواقع، فإن خطورة الحكم الذي تضمنه نص الفقرة الثالثة من المادة 30، يكمن في الأثر القانوني المترتب على رفض تسليم هذه المستندات، والمتمثل في سحب هذه الأخيرة من الملف، وبالتالي عدم اعتمادها كأساس قانوني للقرار الذي سيصدر عن المجلس، لذلك ينبغي على المجلس أن يتعامل مع حق "السر المهني" بشيء من الحذر.

رابعاً: اختتام التحقيق

يختتم التحقيق بتقرير نهائي، يقوم بإعداده المقرر ؛ حيث ورد ضمن المادة 54 من الأمر 03-03 بأن : "يقوم المقرر عند اختتام التحقيق بإيداع تقرير محلل لدى مجلس المنافسة..."

(1) المادة 28 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة

(2) المادة 28 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

ويختلف التقرير النهائي عن التقرير الأولي الذي حرره المقرر في كونه يعبر عن قناعة المجلس بخصوص الممارسات محل التحقيق⁽¹⁾، سيما بعد اطلاع المجلس على الملاحظات التي توجهت بها الأطراف المعنية وأخذها بعين الاعتبار. وحسب نص المادة 54 من الأمر 03-03 يتضمن التقرير النهائي وجوبا العناصر التالية :

1- المآخذ المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة

قد يحدث أن يغيّر المقرر من المآخذ التي تم توجيهها إلى الأطراف ضمن التقرير الأولي، غير أن السؤال المطروح، يتعلق بطبيعة هذا التعديل، هل هو بالزيادة أو بالنقصان، أو بمعنى آخر هل يكون من الجائز إضافة مآخذ أخرى لم يتم تبليغها إلى الأطراف، أم الأمر لا يتعدى التراجع عن بعض المآخذ دون إمكان إضافة أخرى ؟

ولقد استقر اجتهاد محكمة استئناف باريس وكذا مجلس المنافسة الفرنسي على القبول باعتماد مآخذ إضافية، حتى بعد تبليغ التقرير، طالما أن الأطراف تستفيد من أجل إضافي لتقديم ملاحظاتها المكتوبة، وأبعد من ذلك أجاز مجلس المنافسة الفرنسي، اعتماد مآخذ جديدة تلغي وتعوض المآخذ السابقة⁽²⁾.

كما يتضمن التقرير أيضا مرجعا للمخالفات المرتكبة ؛ حيث يعد هذا العنصر الأساس القانوني للمخالفات المرتكبة من حيث نوع الممارسة المنافية للمنافسة والنص القانوني الذي يحكمها.

2- اقتراح القرار

حيث يتضمن التقرير اقتراحا للقرار الذي سيصدره مجلس المنافسة، ولقد ذهب اجتهاد لمحكمة استئناف باريس في هذا الإطار، إلى أنه ليس للتقرير، حتى ولو كان يتضمن مجمل العناصر المتعلقة بخطورة الأفعال والضرر اللاحق بالاقتصاد، أن يتناول تقدير المخالفات، التي يعود إلى المجلس وحده تقديرها⁽³⁾⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ وحتى يتوصل المجلس إلى هذه القناعة، يمكنه زيادة على التحقيق وتلقي ملاحظات الأطراف، أن يستعين بأي خبير، حسب ما قضت به المادة 34 من الأمر 03-03 في فقرتها الثانية.

⁽²⁾ Pierre Arhel, Concurrence (règles de procédures), Avril 2016, Actualisation Juin 2016 : www.Dalloz.fr.lana-univ-anu-fr/documentation.

⁽³⁾ ج. ريبير- ر. روبلو، المرجع السابق، ص 992.

⁽⁴⁾ والمقصود بالمجلس هنا، أي الأعضاء بمعنى التشكيلة التي لها حق التصويت على القرارات.

3- اقتراح تدابير تنظيمية

تشكل هذه التدابير المقترحة، تجسيدا للمهمة الضبطية التي يقوم بها مجلس المنافسة ؛ بحيث أن الأمر هنا يتعلق بتنظيمات لا ترتبط فقط بالقضية المطروحة وإنما بالمنافسة بشكل عام، كما أشارت إلى ذلك المادة 37 من الأمر 03-03 .

وفي الأخير، فقد أوجب نص المادة 54 أن يكون تقرير المجلس معللا، كما يفترض أن يكون موقعا من قبل المقرر الذي حرر التقرير. وخلافا للتشريع الفرنسي⁽¹⁾، لم يوجب المشرع الجزائري إرفاق هذا التقرير بالوثائق والمستندات التي تم الاستناد إليها.

ويقوم رئيس مجلس المنافسة حسب المادة 55 من الأمر 03-03 بتبليغ التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة لإبداء ملاحظاتهم المكتوبة في أجل شهرين من تاريخ تبليغ التقرير، كما يتم تحديد تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع، قد أجاز أن تكون الملاحظات المكتوبة محل اطلاع من قبل الأطراف حسب الفقرة الثانية من المادة 55، وذلك قبل خمسة عشرة (15) يوما من تاريخ الجلسة، ويمكن للمقرر أيضا إبداء رأيه في الملاحظات المحتملة المكتوبة التي أبدتها الأطراف المعنية، وكان يجدر أن يحدد المشرع مدة قصوى تتعدّد خلالها الجلسة بعد تلقي ملاحظات الأطراف.

وبما أنه قد ينتج عن الممارسات المنافية للمنافسة آثارا لا يمكن إصلاحها، فقد أجاز المشرع أن يتخذ المجلس تدابير مؤقتة للحدّ من الممارسات المنافية للمنافسة، فما هو الإطار الذي تُمارس فيه هذه المكنة القانونية ؟

لقد أوردت المادة 46 من الأمر 03-03 هذه التدابير بقولها: " يمكن مجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة اتخاذ تدابير 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 الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة".

⁽¹⁾ L'article L.463-2. Alinéa 4 du code de commerce français.

إذن، ومن خلال النص يتضح أن المشرع لم يحدد وقت اتخاذ هذه التدابير، غير أن استعمال المشرع عبارة " موضوع التحقيق " يفيد ارتباط هذه الممارسات بمرحلة التحقيق، غير أن المشرع ترك المجال واسعاً ، أي يمتد من بداية التحقيق إلى ما قبل صدور القرار الفاصل في القضية، كما يتضح من النص أن المشرع قد قيد استعمال هذه المكنة ببعض القيود تتمثل فيما يلي:

- وجود طلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة : والسؤال المطروح بهذا الشأن يتمثل في سبب عدم إعطاء المجلس إمكانية اتخاذ هذه التدابير، بما أن اتخاذها قد يصب في إطار المصلحة الاقتصادية العامة، كما ذكرت المادة 46 من الأمر 03-03.

- أن يقدم طلب التدابير المؤقتة ملحقاً بالإخطار، ولكن في وثيقة منفصلة عنه، كما أشارت إلى ذلك المادة 12 من النظام الداخلي للمجلس، غير أنه لا يمكن للمجلس قبولها إلا إذا قبل الإخطار.

- وجود صفة مستعجلة لوضع لا يمكن التراجع عنه، أو بعبارة أخرى المساس بمصالح المؤسسات المعنية أو بالمصلحة الاقتصادية العامة بشكل فوري وخطير.

ويتعامل مجلس المنافسة بشيء من الحذر بخصوص التدابير المؤقتة، سيما فيما يتعلق بالظروف المستعجلة والضرر المحقق الذي لا يمكن إصلاحه، حيث يتم رفض هذه التدابير في العادة استناداً إلى غياب الصفة المستعجلة، وهو ما حدث بخصوص العديد من القضايا، كما أشار إليه مجلس المنافسة من خلال تقاريره السنوية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الفصل في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة

بعد استكمال التحقيق في الممارسات المعنية، فإن القضية، تنتقل إلى مرحلتها الأخيرة وهي مرحلة الفصل فيها بقرار من قبل مجلس المنافسة، والذي يتنوع حسب ما توصلت إليه التحقيقات.

ولا تصح هذه القرارات إلا إذا صدرت في إطار الضوابط الإجرائية التي تضمنها الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وكذا النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

(1) - التقرير السنوي لمجلس المنافسة لسنة 2015، ص55. منشور على الموقع : www.conseil-concurrence.dz .
- التقرير السنوي لمجلس المنافسة لسنة 2014، ص47 : منشور على الموقع : www.conseil-concurrence.dz .

وسوف نتناول خلال هذا المطلب إصدار القرارات (فرع أول)، ثم الطعن في هذه القرارات (فرع ثان).

الفرع الأول: إصدار القرارات

حتى يتم إصدار القرار في القضية المعنية، يتم عقد جلسات لدى مجلس المنافسة (أولاً)، ثم المداولة في القضية المعنية (ثانياً)، وتتعدى القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة تلك التي توقع عقوبات ، إلى قرارات ذات مضمون مختلف (ثالثاً).

أولاً: عقد الجلسات :

أشرنا سابقاً إلى أن المشرع قد أوجب تحديد تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية، وإعلام الأطراف المعنية بها ضمن التقرير النهائي وفق ما أشارت إليه المادة 55، لكن هل يشكل هذا الإعلام دعوة من المجلس إلى الأطراف المعنية لحضور الجلسة ؟ وهل حضور الجلسة هو حق للأطراف المعنية يجوز لها التنازل عنه أم هو التزام يقع عليها ؟

إن الرجوع إلى المادة 32 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، يكشف عن ضرورة تلقي الأطراف المعنية دعوة لحضور الجلسة، وكذا الوزير المكلف بالتجارة⁽¹⁾، وهو ما يفيد أن حضور الأطراف الجلسة هو أمر ضروري.

ومع ذلك، فإن المادة 34 من نفس النظام الداخلي، قد أشارت إلى أنه يجب على الأطراف⁽²⁾ الراغبة في حضور الجلسة أن تعلم رئيس المجلس في أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة مع تحديد أسمائهم وصفاتهم.

أما طبيعة الحضور في هذا المقام، فلا يقصد به الحضور الشخصي فقط ؛ إذ أجاز النظام الداخلي لمجلس المنافسة أن تكون الأطراف المعنية ممثلة بمحامٍ أو أي شخص آخر⁽³⁾ وهو ما يستنتج أيضاً من نص المادة 30 في فقرتها الأولى من الأمر 03-03 الخاصة بإجراء الاستماع.

وحسب الفقرة الثانية من المادة 28 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإن جلسات مجلس المنافسة ليست علنية.

(1) يتم تبليغ ممثل الوزير وأعضاء المجلس في أجل لا يقل عن 21 يوماً من التاريخ المقرر للجلسة.

(2) إن ما أثار اللبس بهذا الخصوص هو استعمال المصطلح "الأطراف"، لأنه لو استعمل مصطلحاً آخر من قبيل "الأشخاص"

لانصرف الأمر إلى الأشخاص الراغبة في الحضور لمصلحة معينة دون أن تكون طرفاً في القضية.

(3) المادة 36 من القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

ويلاحظ في هذا الشأن - تراجع المشرع الجزائري عن نظام علنية الجلسات الذي انتهجه في ظل الأمر 06-95 الملغى حسب ما أشارت إليه المادة 43 من المرسوم 96-44 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة (الملغى).

وفي الواقع، ورغم ما يتضمنه نظام العلنية من ضمانات تتعلق بالشفافية، إلا أنه في تقديرنا - فإن مبدأ سرية الجلسات لا يؤثر في قرارات المنافسة، بل إن طبيعة القضايا، تفترض أن تتم دراستها بصفة سرية. وفي ظل وجود نظام نشر القرارات الصادرة وأطراف القضية، وتعليل هذه القرارات، فإنه لا ضرورة لنظام العلنية.

ولا تنعقد الجلسة إلا بعد اكتمال النصاب القانوني الذي حددته المادة 28 من الأمر 03-03 المعدلة والمتممة بالمادة 14 من القانون 08-12؛ حيث لا تصح الجلسات إلا بحضور ثمانية (08) أعضاء على الأقل.

وتفتتح الجلسة من قبل رئيس مجلس المنافسة أو نائبه الذي حل محله في حالة غيابه بسبب مانع يحول دون حضوره⁽¹⁾.

هذا، ويعتبر مبدأ الوجاهية من أهم المبادئ الواجب احترامها عند نظر القضايا من قبل مجلس المنافسة، والذي اعتمده مختلف الأنظمة القانونية. وتُعدّ التدخلات الشفوية من قبل الأطراف المعنية أثناء الجلسة من أهم السبل التي يتحقق بها هذا المبدأ⁽²⁾.

ولقد أشارت الفقرة الثالثة من المادة 36 من النظام الداخلي للمجلس بأن يقوم رئيس المجلس بإعطاء الكلمة على التوالي للمقرر أو المقررين، المقرر العام، ممثل الوزير المكلف بالتجارة، ثم للأطراف المعنية بالقضايا.

ولا تكفي هذه التدخلات في الواقع، لذلك، فقد خول النظام الداخلي لمجلس المنافسة للأطراف الراغبة في أن يستمع إليها خلال الجلسة، أن تقدم طلبا لرئيس المجلس في أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة.

هذا، ولقد سمح النظام الداخلي لمجلس المنافسة للرئيس تعليق الجلسة، عندما يبدو له أن هذا التعليق مناسب، وذلك بعد أخذ رأي أعضاء المجلس كما أشارت إلى ذلك المادة 38 منه.

⁽¹⁾ المادة 36 من القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

⁽²⁾ Stéphanie Regine Rohlfing, Investigations et sanctions en droit de la concurrence, Peter Lang Berlin, 1994, p98.

كما أجاز أن يكون الهدف من هذا التعليق هو السماح لطرف ما بتقديم ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، على أن يقوم الرئيس بتحديد أجل مناسب لذلك. وتبلغ هذه الوثائق الإضافية إلى أعضاء التشكيلة الذين حضروا الجلسة وإلى المقرر العام والمقرر الذي حقق في القضية وإلى الأطراف وإلى ممثل الوزير المكلف بالتجارة⁽¹⁾.

وأخيراً، يتم تحرير المحاضر الرسمية من قبل كاتب الجلسة، وتتضمن مختلف المعلومات المتعلقة بالقضية والتشكيلة ومختلف الوقائع التي حدثت أثناء الجلسة، حسب ما ورد ضمن المادة 39 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم 11-241، قد أجاز أن يدرس المجلس الملفات المعروضة عليه في إطار لجان مصغرة قبل دراستها في الجلسة، حتى يتم العمل بشكل معمق، ويتم اقتصاد الجهد والوقت⁽²⁾.

ثانياً: المداولة في القضية

تتخذ قرارات مجلس المنافسة بالأغلبية البسيطة، وتتم المداولة في جلسة مغلقة، وفق الأشكال المنصوص عليها في المادة 40 من النظام الداخلي للمجلس.

ويمتتع حسب المادة 29 من الأمر 03-03 على أي عضو في المجلس أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو تربطه علاقة قرابة مع أحد أطرافها أو ممثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية. ولم يشر النص ولا النظام الداخلي إلى إمكان حضور المقرر المداولة في القضية، رغم أنه لا يملك الحق في التصويت، وهو اتجاه صائب كون الفصل بين المكلفون بالتحقيق والمكلفون بالحكم يشكل تفعيلاً لمصادقية القرارات التي يصدرها المجلس⁽³⁾.

هذا، ولقد أشار النظام الداخلي لمجلس المنافسة على ضرورة أن يتضمن النسخة الأصلية للقرار اسم ولقب الأعضاء، ولقب المقرر العام والمقررين الذين حضروا الجلسة، ويتم توقيعه من قبل رئيس وكاتب الجلسة، كما أشارت المادة 47 من الأمر 03-03 المعدلة بالمادة 22 من القانون 08-12 إلى وجوب أن تبين هذه القرارات، تحت طائلة البطلان، أجل الطعن وكذلك

(1) المادة 38 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة .

(2) المادة 10 من المرسوم 11-241 الذي يحدد تنظيم المجلس وسيره.

(3) قد يتم اعتبار حضور المقرر المداولة أمراً مؤثراً على مبدأ تكافؤ حقوق الدفاع؛ وقد ذهبت المحكمة العليا في فرنسا إلى إلغاء قرار صادر عن محكمة استئناف باريس مؤيداً القرار مجلس المنافسة، وكان سبب الإلغاء هو مشاركة المقرر المكلف بالتحقيق في القضية في مداولة المجلس، واعتبرته مساساً بمبدأ تكافؤ حقوق الدفاع :

- Chambre commerciale, 13 Juillet 2004 : www.courdecassation.fr/publications.

أسماء وصفات وعناوين الأطراف. وتبلغ هذه القرارات حسب ذات النص إلى الأطراف المعنية عن طريق محضر قضائي، كما يتم إرسالها إلى الوزير المكلف بالتجارة.

وأخيرا، تنشر القرارات الصادرة عن المجلس في النشرة الرسمية للمنافسة، وعبر الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة، وعبر أي وسائل إعلامية أخرى، كما أشارت إلى ذلك المادة 42 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 49 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

ثالثا: أنواع القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة⁽¹⁾ :

تصدر عن مجلس المنافسة أصنافا من القرارات يمكن إجمالها فيما يلي⁽²⁾ :

- القرارات المتضمنة عقوبات مالية، تطبيقا للمادة 56 من الأمر 03-03.
- القرارات بخصوص التدابير التحفظية، تطبيقا للمادة 46 من الأمر 03-03.
- القرارات المتضمنة الأوامر المعللة تطبيقا للمادة 45.
- قرارات عدم قبول الإخطار، لغياب الصفة والمصلحة أو عدم اختصاص المجلس.
- قرارات رفض الإخطار، إذا كانت الوقائع غير مدعمة بعناصر مقنعة.
- قرار انتفاء وجه الدعوى، عندما لا يسفر التحقيق عن وجود ممارسات منافية للمنافسة.
- قرارات تعليق الفصل في القضية، عند اقتضاء تحقيق إضافي أو انتظار وقائع جديدة.
- القرارات بخصوص التعهدات الواردة ضمن المادة 60 من الأمر 03-03.

الفرع الثاني: الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة الخاصة بالممارسات المنافية للمنافسة

رتّب المشرع إمكانية الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة، المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر، وهذا ما أكدته المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ويتم هذا الطعن وفق إجراءات، حدد بعضها الأمر 03-03، وأحال بشأن البعض

⁽¹⁾ تجدر الإشارة إلى أنه ليس من الضروري إتباع إجراءات التحقيق التي ذكرنا للوصول إلى هذه القرارات، حيث أن البعض منها يصدر دون استعمال التحقيق أو في بداية التحقيق.

⁽²⁾ Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, Année 2015 : www.conseil-concurrence.dz.

الآخر منها إلى القواعد العامة، ويملك مجلس قضاء الجزائر على إثر هذا الطعن سلطات التأييد أو إلغاء أو تعديل هذه القرارات.

وتبعاً لذلك، سوق نتحدث عن الجهة المختصة بنظر الطعن (أولاً)، ثم عن تقديم الطعن (ثانياً)، وكيفية التدخل أو الإلحاق به (ثالثاً)، وأخيراً عن سلطات مجلس قضاء الجزائر بخصوص الطعن المقدم (رابعاً).

أولاً: الجهة المختصة بنظر الطعن

رغم الطبيعة الإدارية التي أضفاها المشرع على مجلس المنافسة، فإنه، قد منح الاختصاص بنظر الطعن ضدّ قراراته المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة إلى القضاء العادي، منتهجاً في ذلك السبيل ذاته الذي سلكه المشرع الفرنسي في هذا الإطار.

ولقد ثار الجدل -بهذا الشأن- في فرنسا، عندما تمّ سنة 1986، تحويل لجنة المنافسة إلى مجلس المنافسة، وطرح مسألة إعطاء الاختصاص بنظر منازعات هذه الهيئة إلى القضاء العادي، غير أن اعتراض مجلس الدولة، أدى إلى الإبقاء على الاختصاص للقضاء الإداري.

كما أن مشروع قانون لاحق (قرار 23 جانفي 1987) يتعلق بتحويل الاختصاص إلى القضاء العادي قد تم عرضه على المجلس الدستوري، الذي أفتى بمخالفة هذا النص للدستور بسبب غياب إمكانية نطق القاضي بوقف التنفيذ، والذي يعد ضماناً أساسية لحقوق الدفاع⁽¹⁾.

وحتى على مستوى الفقه، فإن مسألة إعطاء الاختصاص للقضاء العادي بنظر الطعون، قد أثارت العديد من الجدل لأسباب متعددة منها :

- أن اعتبار مجلس المنافسة، سلطة إدارية مستقلة، يؤدي إلى اعتبار أعماله قرارات إدارية يختص بالنظر فيها القاضي الإداري، أي مجلس الدولة⁽²⁾.

وإذا عدنا إلى القانون العضوي المحدد لاختصاصات مجلس الدولة الجزائري، نجد أن هذا الأخير، ينظر في الطعون ضد القرارات الصادرة عن الهيئات العمومية الوطنية، حيث يندرج

⁽¹⁾ Marie Malaurie Vignal, De l'incidence de la saisine d'une juridiction sur le recours de la procédure devant le Conseil de la concurrence, la semaine juridique, Entreprise et affaires, 24 Avril 2003, b°17, Lexis Nexis, p216.

⁽²⁾ محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص337.

ضمنها مجلس المنافسة⁽¹⁾، إذا ما قمنا بإسقاط مفردات هذه العبارة "هيئة" "عمومية" و"وطنية" على المجلس، فإننا نجد اختصاصا مقبولا لمجلس الدولة بشأن قرارات مجلس المنافسة، وما يدعم هذا الاعتبار المتعلق بالطبيعة القانونية الإدارية للمجلس هو اختصاص القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة في نظر الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، الخاصة برفض الترخيص بعملية تركيز اقتصادي⁽²⁾، وهو ما يطرح إشكال تشبثت منازعات مجلس المنافسة بين هيئتين قضائيتين مختلفتين.

- عدم القبول بفكرة أن القاضي العادي هو القاضي الطبيعي لقانون المنافسة، باعتبار النزاعات لا تضم إلا مصالح خاصة، طالما أن مجلس المنافسة لا يتدخل من أجل حلّ النزاعات بين الأفراد، بل من أجل المحافظة على النظام العام التنافسي الذي يعد جزءا من النظام العام الاقتصادي⁽³⁾.

- هناك إشكال أيضا يتعلق بالجدوى من منح الاختصاص للقضاء العادي، طالما أن هذا الأخير، سوف يجد نفسه منتهجا لمنهجية القاضي الإداري عند النظر في الطعون بالإلغاء لعدم مشروعية القرار - كما سنرى لاحقا-.

إلا أن هناك اعتبارات أخرى كثيرة، تبرر اختصاص القضاء العادي للنظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، وهي التي دفعت المجلس الدستوري الفرنسي، العدول عن موقفه الرفض لتحويل الاختصاص إلى القضاء العادي، والذي على إثره صدر قانون 6 جويلية 1987 الذي منح مجلس قضاء باريس، الاختصاص بنظر منازعات مجلس المنافسة، كما منحه إمكانية النطق بوقف التنفيذ⁽⁴⁾.

ويمكن إجمال هذه الاعتبارات أساسا فيما يلي :

- أن هذا التحويل في الاختصاص، هو بمثابة الانتقال من مبدأ نظام التحري إلى مبدأ النظام الاتهامي، هذا الأخير الذي يعد الضامن للحريات الفردية⁽⁵⁾.

(1) المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المحدد لاختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه، المؤرخ في 30 ماي 1998، ج.ر عدد 37 لسنة 1998، المعدلة بالمادة الثانية من القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر عدد 43 لسنة 2011.

(2) الفقرة الثالثة من المادة 19 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(3) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص337.

(4) Marie Malaurie Vignal, De l'incidence de la saisine d'une juridiction sur le recours de la procédure devant le Conseil de la concurrence, Art, prec, p216.

(5) Loïc Grard et Bernard Saintourens, La libre concurrence face aux juges, presses universitaire de Bordeaux, 2010, p100.

- أن تحويل الاختصاص للمجلس القضائي، يمثل فائدة للمتقاضي بتمكينه من التقاضي على درجتين للرقابة (وليس درجتان للتقاضي ؛ لأن المحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة وقائع)⁽¹⁾.

- أن من شأن هذا التحويل في الاختصاص توحيد النزاعات، تحت رقابة المحكمة العليا ؛ إذ من المعلوم أن القضاء العادي يملك النظر في دعوى البطلان ضد أي شرط أو التزام تعاقدى حسب المادة 13 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فالقضاء العادي إذن يختص بمسائل لها علاقة بالممارسات المنافسة للمنافسة، ومن شأن هذا التحويل في الاختصاص توحيد الاجتهاد القضائي في القضايا المتعلقة بالمنافسة.

- بطء الإجراءات الإدارية وكفاية المعالجة القضائية للهيئة العادية، يجعل من تحويل الاختصاص مسألة في غاية الأهمية.

- الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري، تكون رقابة منهجية أكثر منها في الموضوع والوقائع ؛ إذ سوف يراقب مدى قوة المنطق الذي استند إليه مجلس المنافسة ومدى توفيقه في تطبيق القاعدة القانونية، بينما رقابة القاضي العادي تكتسب قوة تحليلية أكثر للوقائع.

- كما تم اعتبار هذا التحويل بمثابة ديمقراطية (démocratiser) لقانون المنافسة، والتعامل معه كمبادئ أساسية للقانون التجاري⁽²⁾.

كل هذه الاعتبارات، تجعلنا نميل مع الاتجاه بقبول اختصاص القضاء العادي للنظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، خاصة في ظل تعقيد المنازعات الإدارية، وحتى على مستوى الواقع، فإن المؤسسات تفضل اللجوء إلى القضاء العادي على القضاء الإداري الذي ترى فيه قضاءً منحازاً للإدارة.

ومع ذلك، فإن تطور قد يحدث على الصعيد الاقتصادي يرفع من نسبة القضايا المتعلقة بالمنافسة على وجه الخصوص والقضايا ذات الطابع الاقتصادي عموماً، وهو ما يفرض تخصصاً على صعيد الهيئات التي تتولى منازعات مجلس المنافسة، عندئذ يقتضي الأمر إنشاء أقسام متخصصة في قضايا المنافسة على مستوى الهيئات القضائية.

⁽¹⁾ Marie Malaurie Vignal, De l'incidence de la saisine d'une juridiction sur le recours de la procédure devant le Conseil de la concurrence, Art, prec, p216.

⁽²⁾ Loïc Gard et Bernard Saintourens, Op.cit, p100.

ثانيا: تقديم الطعن

حدد المشرع ضمن الأمر 03-03 أطراف الطعن، وهي الوزير المكلف بالتجارة والأطراف المعنية، بمعنى أطراف القضية لدى مجلس المنافسة⁽¹⁾.

كما حدد المشرع أجلا للطعن ؛ حيث ورد ضمن نص المادة 63 ضرورة ألا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام القرار، مع العلم أن قرار مجلس المنافسة المبلغ إلى الأطراف، يتضمن في حد ذاته الإشارة إلى هذا الأجل.

أما بخصوص الشكليات المتبعة، فقد أحوالت المادة 64 من الأمر 03-03 بخصوص ذلك إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ إذ تقدم وفق الأشكال المنصوص عليها ضمن هذا الأخير⁽²⁾ كما يجب حسب المادة 541 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إرفاق عريضة الاستئناف (الطعن)، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، بنسخة مطابقة لأصل الحكم المستأنف (قرار مجلس المنافسة في هذه الحالة).

أما بخصوص التبليغ بالطعن، فلا شك أن هذا الأخير يبقى خاضعا للأحكام العامة، حيث يجب القيام بالتبليغ وفق أحكام المواد من 404 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإحضار نسخة من محاضر التبليغ في أول جلسة، وفي حال عدم القيام بذلك يمنح للطاعن أجلا للتبليغ، وبعد فواته دون مبرر مقبول تشطب القضية بأمر غير قابل للطعن، كما ورد ضمن المادة 542 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ويختلف التبليغ عن الإرسال الذي يعد حكما خاصا، تضمنته المادة 65 من الأمر 03-03 ؛ حيث ترسل نسخة منه إلى رئيس مجلس المنافسة وإلى الوزير المكلف بالتجارة، عندما لا يكون هذا الأخير طرفا في القضية.

كما أورد نص المادة 66 حكما خاصا، يتمثل في إرسال المستشار المقرر نسخة من جميع المستندات الجديدة المتبادلة بين أطراف القضية إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى رئيس مجلس المنافسة قصد الحصول على الملاحظات المحتملة.

⁽¹⁾ مع الإشارة إلى أنه ليس هناك من مانع من تقديم طعن فرعي من الطرف الآخر، ويكون ذلك وفقا للقواعد العامة، سيما المادتين 337 و338 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
⁽²⁾ المواد من 537 إلى 542 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهو حكم يكشف عن علاقة التعاون بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية وكذا الوزير المكلف بالتجارة، كما تكشف أيضا عن طبيعة نزاعات المنافسة، التي لا تعد نزاعات خاصة، وإنما لها علاقة بالنظام العام التنافسي.

وقد أكدت هذا الحكم المادة 67 من الأمر 03-03 ؛ حيث يمكن لكل من رئيس مجلس المنافسة والوزير المكلف بالتجارة أن يقدم، كل واحد على حدة ملاحظات مكتوبة في الآجال التي يحددها المستشار المقرر، كما تبلغ هذه الملاحظات إلى أطراف القضية.

إذن قد يحدث أن يتعرض أحد أطراف القضية مستندات لم يتم تقديمها أمام مجلس المنافسة، مما يستدعي اطلاعه بها والوزير وانتظار ملاحظاتها بشأنها.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾ أن يقدم طعن فرعي على إثر الطعن الرئيسي من قبل الطرف الذي لا يرضى بدوره عن قرار مجلس المنافسة، أو من قبل الوزير المكلف بالتجارة.

هذا، وخروجا عن الأحكام العامة فقد حدد المشرع الجزائري أجلا خاصا للطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من الأمر 03-03 ؛ حيث ورد ضمن الفقرة الثانية من المادة 63 المعدلة بالمادة 31 من القانون 08-12 بأن : "يرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من هذا الأمر، في أجل عشرين (20) يوما ؛ حيث عدّل المشرع أجل الطعن من ثمانية (08) أيام إلى (20) يوما وهو تعديل في محله بالنظر إلى قصر الأجل السابق.

إن تقديم الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر، لا يترتب عليه أي أثر موقف، كما أكدت ذلك الفقرة الثانية من المادة 63 من الأمر 03-03.

و هذا الحكم، يستند إلى قاعدة قرينة الملاءمة والمشروعية، التي تميّز القرارات الإدارية حيث يفترض أن القرار الصادر عن مجلس المنافسة قرارا مشروعاً يجسد المصلحة العامة.

ومع ذلك، فإن هذا الحكم ليس عاما، فقد أورد المشرع إمكانية تعرض قرارات مجلس المنافسة لوقف التنفيذ، حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 63.

(1) المادة 198 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أن هذا الاستثناء، يمارس في إطار ضوابط موضوعية وأخرى شكلية :

حيث تتمثل الضوابط الموضوعية في أن المشرع قد قصر هذا الاستثناء المتعلق بوقف التنفيذ على بعض القرارات فقط وهي : تلك الصادرة طبقاً للمادتين 45 و 46 من الأمر 03-03 والمتعلقتان بالأوامر المعللة الرامية إلى وضع حدّ للممارسات المناهضة للمنافسة من جهة، (المادة 45) والتدابير المؤقتة من ناحية أخرى (المادة 46).

كما أن المشرع قد اشترط أن يكون تنفيذ هذه الإجراءات (وقف التنفيذ) مرتبطاً بحالة استعجال عبّر عنها المشرع بعبارة : "عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة" ، وتخضع في تقديرها إلى الهيئة المختصة.

أما بخصوص الضوابط الإجرائية، فيمكن حصرها فيما يلي :

- إيداع طلب بوقف التنفيذ إما من قبل صاحب الطعن الرئيسي أو الوزير المكلف بالتجارة، والذي ينبغي أن يكون بعد تقديم الطعن الذي يجب أن يرفق بقرار مجلس المنافسة، حسب الفقرة الثانية من المادة 63 من الأمر 03-03 ، ويبدو أن المشرع قد قصد من ذلك أن يكون الطلب بوقف التنفيذ لاحقاً للطعن الرئيسي ، أو ملازماً له ⁽¹⁾، فالغاية من ذلك واضحة ، وهي أنه لا يتصور تقديم طلب وقف تنفيذ التدابير التحفظية دون وجود طعن رئيسي ، ومع ذلك ، فالمشرع لم يحدد الأجل الذي ينبغي فيه تقديم هذا الطلب بعد التبليغ بهذه الأوامر.

- أن يطلب رئيس مجلس قضاء الجزائر رأي الوزير المكلف بالتجارة بخصوص هذا الطلب، عندما لا يكون هذا الأخير طرفاً في القضية ، ومن المنطقي هنا ألا يطلب رأي مجلس المنافسة باعتبار أن القرار محل طلب وقف التنفيذ هو قرار صادر عنه.

- أن يتم وقف التنفيذ في أجل 15 يوماً حسب نص الفقرة الثانية من المادة 63 والتي لم تحدد بدء سريان هذا الأجل، ولكن يتصور أن يكون ذلك بدءاً من تاريخ تقديم طلب وقف التنفيذ.

- وأخيراً أن تتم إجراءات طلب وقف التنفيذ وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما ذكرت ذلك المادة 69 من الأمر 03-03، والتي ورد فيها بأن : " يتم طلب وقف التنفيذ المنصوص عليه

⁽¹⁾ وذلك قياساً على المادة 834 التي ورد فيها بأنه : "لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامناً مع دعوى مرفوعة في الموضوع..."

في الفقرة 2 من المادة 63 أعلاه ، طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية " ، وهو الحكم الذي يثير إشكالا يتعلق بالأحكام الواردة ضمن قانون الإجراءات المدنية التي يعينها النص ؟

وفي هذا الإطار ربط الأستاذ "زوايمية"⁽¹⁾ وقف التنفيذ بوجود قرار إداري صادر من هيئة إدارية هي مجلس المنافسة، مما يتعين الأخذ بهذا الخصوص بالأحكام المطبقة من قبل الهيئات الإدارية.

ولاشك أن هذا الموقف الذي يستند إلى الطبيعة الإدارية لمجلس المنافسة وبالتبعية القرارات الصادرة عنه يبدو منطقيا على أساس أن القرارات الإدارية هي التي تتمتع بقرينة المشروعية ، ومع ذلك ، فإن هذا الموقف يفرز العديد من الإشكالات، يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن إسناد الاختصاص إلى القضاء العادي بنظر طلب وقف التنفيذ من جهة وتطبيق الإجراءات الإدارية من جهة أخرى يبدو بدون فائدة عملية .

- أن وقف التنفيذ مرتبط بوجود حالة استعجال ، حسب ما ورد ضمن لمادة 63 في فقرتها الثانية، والقضايا الاستعجالية لها محل في القضاء العادي كما القضاء الإداري .

- أن إسناد الاختصاص للقاضي العادي بخصوص قرارات مجلس المنافسة حكم اعتمده قانون المنافسة رغم الطبيعة الإدارية للمجلس ، فلماذا عندما يتعلق الأمر بوقف التنفيذ نتجه إلى القضاء الإداري ؟

- أن مسألة النفاذ المعجل أصبحت لا تنحصر فقط في المجال الإداري ، وإنما يعد القانون الاقتصادي عموما مجالا هاما لها؛ وذلك لمقتضيات السرعة والفعالية بحيث تندرج القضايا المتعلقة بالمنافسة في هذا الإطار.

- أن الأمر 03-03 قد أحال إلى قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله سنة 2008 وإدراج الأحكام الإدارية ، لذلك لا يمكن أن تكون الإحالة إلى المواد 835 وما بعدها ، بل نتصور أن المشرع قد قصد إسناد الاختصاص لرئيس مجلس قضاء الجزائر باعتباره رئيس الجهة القضائية المختصة بنظر الموضوع كما كانت تنص عليه المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية القديم.

وعليه نتصور أن الإحالة بهذا الخصوص تتعلق بأحكام المواد 299 وما بعدها .

(1) Rachid Zouaimia, Le droit de la concurrence, op cit ,p 240,241.

ومع ذلك ، فإن مسألة وقف التنفيذ تثير العديد من الإشكالات ، ما يتعين على المشرع ضبط هذه المسألة والأفضل ، في نظرنا ، أن يتم اعتماد قواعد خاصة بوقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة نظرا للطبيعة الخاصة لهذه الإجراءات.

وفي الأخير نرى بأن الضوابط السابقة المتعلقة بممارسة الاستثناء على حكم وقف التنفيذ تبدو منطقية وغير مؤثرة في مجال الحماية القانونية للسوق ، في حين أننا لا نرى أن هناك من داع لتعميم حكم وقف التنفيذ، تحت مسميات حقوق الدفاع ؛ ذلك أن من شأن هذا التعميم المساس بمقتضيات النظام العام الاقتصادي ، وبإفراغه من محتواه ، أما بخصوص حقوق الدفاع فمن الممكن تفعيلها عن طريق الأحكام الخاصة بالتحقيق في القضايا المتعلقة بالمنافسة.

ثالثا: التدخل في الطعن والإلحاق به

بموجب المادة 68 من الأمر 03-03 : "يمكن الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة والذين ليسوا أطرافا في الطعن، التدخل في الدعوى أو أن يلحقوا بها في أية مرحلة من مراحل الإجراء الجاري طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية.

وتبعا لهذا النص، فإنه يمكن التدخل اختياريًا في القضية الخاصة بالطعن، كما يمكن الإدخال الوجوبي لأي شخص في هذه القضية.

1- التدخل الاختياري

بقراءة نص المادة 68 السابق، نجد أن المشرع قد أجاز التدخل لأي شخص يرى نفسه معنيا بالقرار الذي سيصدر عن مجلس قضاء الجزائر.

غير أن المشرع قد اشترط أن يكون المتدخل من الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة أو بمعنى آخر، الذين امتد إليهم أثر قرار المجلس ولكنهم ليسوا أطرافا في الطعن، كما يجوز أيضا هذا التدخل في أي مرحلة من المراحل قبل أن يصدر القرار الفاصل في الطعن.

2- الإلحاق التلقائي

وتكمن فائدة الإلحاق التلقائي في تمكين أشخاص يلحقهم آثار الطعن الممارس أمام المجلس، أو بعبارة أخرى يهدف هذا الإلحاق إلى جعل القرار الصادر عن المجلس القضائي ساريا

في مواجهة كل المعنيين ، أو تمكين هؤلاء من الاستفادة من التعديلات الطارئة على قرار مجلس المنافسة أو من إلغائه⁽¹⁾.

فهذه المكنة الإجرائية، تستعمل عندما يقدم الطعن من قبل شخص، صدر في مواجهته قرار خوطب به أشخاص آخريين ولم يحتجوا عليه، فهذا الإجراء يمكنهم من التبصر بقرار المجلس القضائي والاستفادة من تعديل أو إلغاء قرار مجلس المنافسة.

ويمكن أن يكون هؤلاء :

- المؤسسات التي قدمت إخطارا أمام المجلس وصدر قرار هذا الأخير لصالحها.
- المؤسسات التي تمت إدانتها من قبل المجلس ولكنها لم تقدم طعنا أمام المجلس القضائي.

رابعاً: سلطات مجلس قضاء الجزائر بخصوص الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة

إن صيغة العموم التي جاءت بها المادة 63 بأن قرارات مجلس المنافسة... تكون "قابلة للطعن" أمام مجلس قضاء الجزائر، تجعلنا نتجه حتماً إلى القول بأن سلطات هذا الأخير تتجاوز النظر في الطعون بالإلغاء إلى النظر في الطعون بتعديل هذه القرارات، والواقع أن ما دفعنا إلى هذا الاستنتاج هو طبيعة الجهة المختصة بنظر الطعن، وهي الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، والتي يكون مقبولاً - في نظرنا - أن تتجاوز النطق بالإلغاء إلى تعديل قرارات مجلس المنافسة .

1- سلطة الإلغاء

يملك مجلس قضاء الجزائر سلطة إلغاء قرار مجلس المنافسة إذا تبين له عدم مشروعية هذا القرار.

إن الرقابة التي يمارسها مجلس قضاء الجزائر بخصوص إلغاء القرار تقترب إلى الرقابة التي يتم أعمالها في حالة تجاوز السلطة في النظام الإداري؛ حيث تقدر الغرفة التجارية على مستوى المجلس ما إذا كان المجلس قد أصدر القرار في حدود اختصاصه ولم يتجاوز صلاحياته

⁽¹⁾ Marie Chantal Boutard- Labard – Guy Ganivet, Op.cit, p299.

أو تقيد به ومدى احترامه لحقوق الدفاع ومدى احترامه مختلف الأحكام الإجرائية التي تضمنها الأمر 03-03، وكذا احترامه الأحكام الإجرائية الخاصة بإصدار القرارات⁽¹⁾.

كما يبحث المجلس أيضا في المشروعية الداخلية للقرار من خلال البحث في مدى وجود خطأ في تطبيق القانون. وفي هذا الإطار، فإن المجلس القضائي، يتصدى للوقائع و يبحث في مدى صحة التحليل الذي انتهجه مجلس المنافسة⁽²⁾، ومدى تناسب العقوبات والأوامر مع الوقائع المرتكبة وخطورتها، إذن تتعدد أسباب إلغاء قرار مجلس المنافسة بين تجاوز الاختصاص وانعدام النصاب القانوني لإصدار القرار المطعون فيه، أو وجود خطأ في تكييف الوقائع... الخ

غير أن السؤال المطروح يتمثل في مصير القضية، بعد إلغاء القرار المطعون فيه، هل يمكن لمجلس المنافسة أن يتأسس من جديد إزاء الوقائع ذاتها؟ أم أن مجلس قضاء الجزائر المخول باتخاذ القرار المناسب بهذا الشأن؟

لقد ذهب القضاء الفرنسي في هذا الإطار، إلى أن مجلس قضاء باريس له سلطة تقديرية أن يقرر في هذا الشأن وفقا للقرار الصادر عنه⁽³⁾ :

- فقد يتضمن القرار الذي أصدره وضع حد للمتابعة، وذلك في حال ما إذا كان سبب الإلغاء، قد مسّ بالإجراءات في عمومها، أو تضمن مساسا بحقوق الدفاع.

- كما يمكن أن يقود إلغاء القرار إلى أن يتأسس مجلس المنافسة من جديد، ليصدر قرارا جديدا؛ حيث يكون المجلس ملزما -في هذه الحالة- بإصدار قرار في ضوء أسباب الإلغاء الواردة في قرار المجلس القضائي، أو بعبارة أخرى تصحيح عدم المشروعية التي أدت إلى إلغاء قراره السابق.

- كما يمكن للمجلس القضائي أن يتأسس ليصدر قرارا بديلا عن قرار مجلس المنافسة.

(1) ج. ريبير - روللو، المرجع السابق، ص 1012.

(2) حيث ذهبت في هذا السياق المحكمة الأوروبية إلى إلغاء قرار اللجنة الأوروبية للمنافسة، كونها أقرت بوجود اتفاق مناف للمنافسة، رغم عدم وجود دليل كاف على ذلك، وهو ما اعتبرته خطأ في التحليل، استوجب إلغاء القرار المطعون فيه :

- Sylvaine Poillot-Peruzzetto, Sanction d'une décision de la commission sur le fondement d'absence de preuve d'un accord, contrats, concurrence, consommation, n°12, Décembre 2004, comm, 183, fasc 540.

(3) Marie- Chantal Boutard- Labarde - Guy Ganivet, Op.cit, p240.

2- سلطة التعديل

عندما يتصدى المجلس القضائي لتعديل قرار مجلس المنافسة، فإنه يبحث في تفسير جديد للوقائع وللقانون، ويستبدل قرار مجلس المنافسة كلياً أو جزئياً بقراره.

أما عن سلطات المجلس القضائي - في هذه الحالة- فيمكننا أن نتصور، وقياساً على سلطات محكمة استئناف باريس بهذا الخصوص، أنها تتمثل في تعديل أو إلغاء العقوبات المالية مثلاً أو الأوامر، كما يمكنه تشديد هذه العقوبات إذا تقدم الطرف المعني أو الوزير المكلف بالتجارة بطلب بذلك، كما يمكنه أيضاً تعديل أو إلغاء التدابير التحفظية أو الأمر بها⁽¹⁾.

غير أن الإشكال الذي يطرح بهذا الخصوص يتمثل في أن الغرفة التجارية على مستوى المجلس القضائي تملك سلطات في الموضوع، في هذه الحالة؛ أي أن الأمر يستدعي القيام بتحقيقات من أجل تعديل قرار مجلس المنافسة، وهو ما يطرح التساؤل بخصوص قيام الغرفة التجارية بتولي القضية أم أنها سوف ترجع بدورها إلى مجلس المنافسة بعد توضيح مواطن الخلل في قراره؟

والواقع، أن هذه المسألة لم يشر إليها الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، لكن المؤكد أن الغرفة التجارية على مستوى المجلس القضائي لا تملك الخبرة الكافية للتحقيق في هذه القضايا مقارنة بمجلس المنافسة ولا تحوز سلطة حقيقية للتحقيق كتلك التي تضمنها الأمر 03-03 والقانون 02-04.

أما على صعيد الممارسة، فيلاحظ أن محكمة استئناف باريس تقوم أحياناً بتعديل قرار سلطة المنافسة استناداً إلى الخبرة التي تطلبها في هذا الصدد، وأحياناً أخرى، فإنها تلجأ إلى آلية إعادة القضية إلى سلطة المنافسة بغرض القيام بتحقيقات إضافية، وهو ما يعني أن سلطة المنافسة قد تأسست من جديد بخصوص القضية المعنية⁽²⁾.

⁽¹⁾ Pauline Le More, Recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, JurisClasseur, Concurrence Consommation, Fasc.309, 2016 : www.Lexis360.fr .

⁽²⁾ Omblin Ancelin, Iphigénie Fossati-Kotz, L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence, La semaine juridique, Entreprise et Affaires, n°24, juin, 2011 : www.Lexis360.fr

3- تأييد قرار مجلس المنافسة

قد يتبين للقاضي عند دراسة الطعن أن مجلس المنافسة قد أصدر قراره ضمن الأحكام القانونية ، بهذا الشأن، فلا يكون منه إلا تأييد القرار المطعون فيه ، غير أنه وفي حالات عديدة وخاصة في القضايا المتعلقة بالمنافسة قد لا يملك المجلس القضائي التخصص الذي يملكه مجلس المنافسة، ولا يمكنه تقدير بعض المسائل، كما يقدرها المجلس، فیتجه إلى تأييد قرار مجلس المنافسة، خاصة إذا كان هذا الأخير متضمنا مختلف العناصر الموضوعية، وتم وفق الشكليات المطلوبة قانوناً⁽¹⁾.

وحسب القواعد العامة الواردة ضمن قانون الإجراءات المدنية ، يكون للمعني ممارسة حق الطعن بالنقض ضد قرار الغرفة التجارية بالمجلس القضائي.

المطلب الثالث: العقوبات الصادرة بشأن الممارسات المنافية للمنافسة

في حال ثبوت ارتكاب إحدى الممارسات المنافية للمنافسة، يكون القرار الصادر عن مجلس المنافسة متضمنا عقوبات تتدرج في قوتها حسب درجة خطورة الممارسة المعنية.

ويظهر التصدي للممارسة المنافية للمنافسة من خلال إصدار أوامر للمؤسسة بالكف عن الممارسات المعنية، أو اتخاذ إجراءات تصحيحية (فرع أول) ، كما قد يتم النطق بالعقوبة المالية الملائمة وفق المعايير التشريعية الواردة في هذا الشأن (فرع ثان)، وقد يتم أحيانا الاستعاضة ببعض الإجراءات التفاوضية التي تضمنها قانون المنافسة (فرع ثالث).

الفرع الأول: الأوامر الصادرة عن المجلس

حسب المادة 45 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة : "يتخذ المجلس المنافسة أوامر معلة ترمي إلى وضع حدّ للممارسات المعايينة المقيدة للمنافسة.....".

ورغم أن بعض الفقه ينكر مسألة اعتبار الأوامر الصادرة عن المجلس بمثابة عقوبة، كونها لا تتناسب مع الضرر الحاصل⁽²⁾، إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى اعتبار الأوامر بمثابة عقوبات، خاصة وأن الآثار المترتبة عليها قد تلحق الضرر بالمؤسسة المعنية جراء التراجع عن وضعيات

⁽¹⁾ ولقد أشار تقرير مجلس المنافسة لسنة 2014 عن تأييد ثلاث قرارات لمجلس المنافسة فيما لم يشر إلى تعديل أو إلغاء قرارات المجلس ، منشور على الموقع : www.conseilconcurrence.dz

⁽²⁾ Florance Thibault, La proportionnalité des sanctions prononcées par les autorités de concurrence françaises et communautaires, presses universitaire d'Aix Marseille, 2001, p59.

تعاقدية معينة، كما أنها تستعمل أحيانا كوسيلة تهديدية ؛ حيث تنفذ العقوبة بمجرد الامتناع عن تنفيذ هذه الأوامر، كما أنه وأحيانا يتمّ النطق بهذه الأوامر مع العقوبة ذاتها.

ولقد ميّز الفقه في هذا الإطار بين أوامر الامتناع أو الكف عن الممارسات (أولا)، وأوامر تعديل وضعية معينة (ثانيا) (1) :

أولا: أوامر الامتناع

حيث تتخذ الأوامر في هذه الحالة طابعا سلبيا، يترجم في منع المؤسسة أو المؤسسات المعنية من الاستمرار في ممارستها المحظورة.

ومن أمثلة هذه الأوامر تلك الموجهة لمؤسسة ما بالكف عن وضع جداول للأسعار، أو تنفيذ اتفاق متضمن شروطا حصرية ضارة بالمنافسة في السوق، أو توقيف الممارسات التمييزية.

وقد استعمل مجلس المنافسة الجزائري صيغة أوامر الامتناع في العديد من القضايا، وفي هذا الإطار، أدان مجلس المنافسة الجزائري السابق المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (ENIE) وأمرها بالكف عن ممارستها التمييزية المرتبطة بوضعية الهيمنة (2).

كما أدان أيضا الشركة الوطنية للتبغ والكبريت (وحدة تيارت) وأمرها بالكف عن الممارسات المتمثلة في البيع المشروط والتمييزي المرتبطان بوضعية الهيمنة (3).

وقد تنطوي هذه الأوامر التي تتخذ طابعا سلبيا على فعل إيجابي، أو يستدعي تنفيذها عملا إيجابيا معنا ؛ حيث ذهب مجلس القضاء الأوروبي في قضية (Zoja) إلى أن وضع حدّ لسلوك تعسفي متمثل في رفض التعاقد، يفرض ضمنا إلزاما بالتعاقد (4).

ومن الناحية الواقعية، فإن الأمر بوضع حدّ للمقاطعة التجارية، يمثل أمرا إيجابيا بضرورة التعامل.

(1) كما يلاحظ في هذا الشأن أن العبارة التي استعملها المشرع "وضع حدّ للممارسات" ضمن نص المادة 45 هي عبارة واسعة ؛ إذ يمكنها أن تضم أوامر الامتناع وكذا أوامر التعديل.

(2) القرار السابق الإشارة إليه.

(3) القرار السابق الإشارة إليه.

(4) Florance Thibault, Op.cit, p399.

ثانياً: أوامر التعديل

على خلاف الأوامر التي تتضمن الإلزام بالامتناع عن عمل ما، فإنه يكون من الضرورة أحياناً، أن يتخذ عملاً إيجابياً، حيث لا يكفي أن تتخذ المؤسسة موقفاً سلبياً إزاء الممارسة المعنية. ويكون ذلك بغرض استعادة شروط المنافسة؛ إذ يتطلب الأمر القضاء على بعض الممارسات أو وضع حدٍّ لبعض الأحكام التعاقدية التي ارتكبت بواسطتها الممارسات المعنية.

ومن أمثلة هذه الأوامر، تلك المتعلقة بإلغاء بعض الشروط التعاقدية من قبيل شرط عدم المنافسة أو الشروط التي تحدّ من حرية الموزعين أو المتعلقة بإعادة البيع.

وفي هذا الإطار وجّه مجلس المنافسة الفرنسي أمراً إلى الفرانكيزر بإعلام متعاقديه بقرار الإدانة الصادر عن المجلس، وإرفاقه بخطاب، يتضمن ضرورة تحديدهم وبطريقة مستقلة نسبة عمولتهم ومبلغ التكاليف الثابتة المطبقة على معاملاتهم⁽¹⁾.

على أن مجلس المنافسة، وإن كان بإمكانه أن يوجه الأمر بالإلغاء أو التعديل، فإنه ليس من اختصاصه أن يقرر إبطال هذه الشروط، والذي يبقى (الإبطال) من اختصاص القضاء العادي، تطبيقاً للمادة 13 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

كما يلاحظ من ناحية ثانية أن الأمر 03-03 لم يشر إلى إمكانية توجيه مجلس المنافسة الأمر للمؤسسة المعنية بالرجوع إلى الوضعية السابقة على الممارسة المرتكبة، كما كان يتضمنها الأمر الملغى 06-95⁽²⁾، غير أنه، في الواقع، فإن الأوامر الموجهة بإمكانها أن تتضمن رجوعاً إلى وضعية سابقة دونما حاجة إلى الإشارة إليها، سيما فيما تعلق بأوامر التعديل من قبيل إلغاء بعض الشروط التعاقدية، يضاف إلى ذلك، أنه في الحالة التي تتعلق بتعديلات هيكلية، فإن الرجوع إلى الوضعية السابقة يبدو أمراً في غاية الصعوبة.

هذا، وقد رتبّ المشرع على عدم احترام هذه الأوامر عقوبات تهيديّة، كما ورد ضمن نص المادة 58 من الأمر 03-03 المعدّلة بالمادة 27 من القانون 08-12؛ حيث لا تقل هذه الغرامة عن مبلغ مائة وخمسين ألف دينار (150.000) عن كل يوم تأخير.

⁽¹⁾ Florance Thibault, Op.cit, p399.

⁽²⁾ الفقرة الثانية من المادة 24 من الأمر 06-95 الملغى.

وهو ما يضفي الطابع الردعي على هذه الأوامر، ويميّزها عن التعهدات التي تتشابه معها من ناحية مضمونها بالكف عن المخالفات ولكن تختلف هذه التعهدات في أنها صادرة عن إرادة المؤسسة المعنية تطبيقاً للمادة 60 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

الفرع الثاني: العقوبات المالية

استعمل المشرع ضمن نص الفقرة الثانية من المادة 45 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مصطلح "العقوبات المالية"، كما استعمل ضمن نص المادة 56 مصطلح "الغرامة".

وفي الواقع، فإن استعمال مصطلح "العقوبات المالية" أفضل من ناحية كونه يرسخ تصور أن الاستعاضة بالعقوبة الإدارية عن العقوبة الجزائية، ليس من شأنه التقليل من قيمة هذه العقوبات، ولا الانتقاص من طابعها الردعي.

ولقد حدد المشرع حداً أقصى لهذه العقوبات بنص المادة 56 المعدلة بالمادة 26 من القانون 12-08، يتمثل في 12% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر نسبة مالية مختتمة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع، قد أضاف سنة 2008 بمناسبة تعديله الأمر 03-03 المادة 62 مكرر، والتي بمقتضاها حدد كيفية احتساب العقوبة في حالة كون السنوات المالية المقفلة لا تغطي كل واحدة منها مدة سنة؛ إذ يتم حساب العقوبات المالية في هذه الحالة حسب قيمة رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال مدة النشاط المنجز.

كما حدّد النص وسيلة بديلة عن نسبة 12%، تتمثل في إقرار غرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، أما إذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، كمنظمة مهنية مثلاً، فالغرامة لا تتجاوز حينئذ ستة ملايين (6.000.000 دج).

وإذا كان المشرع قد حدّد الحد الأقصى الذي لا يجوز تجاوزه، فإن قيمة الغرامة، يقدرها مجلس المنافسة حسب الممارسة المرتكبة وخطورتها.

⁽¹⁾ تتحدد الفائدة من مقياس رقم الأعمال خارج الرسوم في تفصيل العقوبة المالية، كون الاستناد إلى رقم الأعمال الخاضع للضريبة من شأنه أن يعوض ما تتحملة المؤسسة من أعباء بسبب العقوبة، فلا تكون مجدية حينئذ.

والجدير بالذكر - في هذا الصدد- أن المشرع الجزائري، قد تدخل سنة 2008، من أجل تحديد المعايير التي يتم على أساسها تقرير العقوبات المالية، مستأنسا في ذلك بما وضعت سلطة المنافسة في فرنسا من معايير لتقدير العقوبات.

ولقد طبق مجلس المنافسة الجزائري منهج التدرج في العقوبة وفق خطورة الأفعال والتأثير في السوق، حيث ذهب في قضية (ENIE) إلى أنه: " واعتبارا أن المجلس يعتمد في تحديد الغرامة على مبدأ التدرج بحسب خطورة الممارسات....."، وهي العبارة ذاتها التي استعملها بخصوص قضية المؤسسة الوطنية للتبغ والكبريت.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى المادة 62 مكرر 1 من الأمر 03-03، نجد أن هذه هذه المعايير تتعلق بخطورة الممارسة المرتكبة، والضرر اللاحق بالاقتصاد، والفوائد المجمعة من الممارسة وموقف المؤسسة المعنية إزاء المتابعة وأهمية حجم المؤسسة في السوق.

فبالنسبة لخطورة الممارسة المرتكبة، فإنها تقيم بطريقة موضوعية ؛ حيث أن بعض السلوكات تتسم بالخطورة أكثر من غيرها، من قبيل الكارتلات حول الأسعار، أو ممارسات إقصائية أو استغلالية مرتبطة بالهيمنة، بالإضافة إلى الطابع السري للمخالفات، ومدى أهمية المدة الزمنية التي استمرت خلالها السلوكات المنافية، وكذا طبيعة النشاط المرتكب في إطاره المخالفات (في إطار صفقات عمومية مثلا، أو في إطار قطاع مفتوح حديثا على المنافسة)... إلخ⁽²⁾.

أما بالنسبة للضرر اللاحق بالاقتصاد، فيشمل كل مظاهر الاضطراب والاختلال التي تمسّ بالسير التنافسي للأنشطة، وكذا تأثيرات هذه السلوكات السلبية على الحوافز الخاصة بالمتعاملين الآخرين⁽³⁾.

ففي القضية المتعلقة بتعسف (Sanofi-Aventis) في وضعها المهيمن، قدرت سلطة المنافسة الفرنسية العقوبة، بالنظر إلى الضرر اللاحق بالاقتصاد ؛ والذي يترجم حسبها في التكلفة الإضافية الحاصلة بسبب خصائص (le plavix) وعدم قابليته للاستبدال بغيره من الأدوية

⁽¹⁾ قضيتان سبقتا الإشارة إليهما.

⁽²⁾ Communiqué du 16 Mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, p07 : www.autoritedelaconurrence.fr.

⁽³⁾ Ibid.

الجنيسة (générique)، فالضرر الذي لحق بالاقتصاد ترجم من خلال الفارق في مستويات الأسعار بين (plavix) والأدوية الجنيسة⁽¹⁾.

ولقد وضع مجلس المنافسة الفرنسي بعض المعايير التي تتعلق بتقدير الضرر اللاحق بالاقتصاد، و من بينها، نطاق المخالفات جغرافيا، وأهمية القطاعات المعنية ومدى كونها استراتيجية (كسوق الدواء مثلا كما في القضية أعلاه)، وآثار المخالفات على تركيبة السوق، وتأثيراتها عموما على المتعاملين والمستعملين⁽²⁾.

كما استعمل المشرع الجزائري في المادة 62 مكرر 1 معيارا يتمثل في مدى تحصيل المؤسسات المعنية لفوائد من خلال المخالفات المرتكبة، والذي يفسر بمدى كون المؤسسة قد حققت نتائج في السوق من خلال هذه الممارسات أم لا. والجدير بالذكر أن المشرع هنا، قد استعمل مصطلح "الفوائد" وليس "الأرباح" بمعنى أن الأمر يتجاوز العوائد المالية إلى مختلف الامتيازات والعقود التي تحصلت عليها المؤسسة من خلال هذه المخالفات.

كما أشار المشرع إلى أهمية وضعية المؤسسة في السوق كمعيار منتهج لتقدير العقوبة؛ إذ أن القوة الاقتصادية في السوق تعبر عن أهمية الضرر اللاحق بالسوق، فالضرر الصادر عن ممارسته صدرت عن متعامل عمومي مهيم على قطاع حساس يفوق الضرر الذي يمكن أن ينتج عن مؤسسة أخرى أقل قوة.

وهو ما يطرح مسألة إمكان أن يوقع مجلس المنافسة عقوبات مختلفة تجاه المؤسسات التي ترتكب ممارسات بطريقة مشتركة؛ حيث وإن كانت الممارسات نفسها، إلا أن اختلاف وضعية وقوة المؤسسات ومدى مساهمتها في السلوك المحظور من شأنه، أن يؤدي إلى اختلاف العقوبة⁽³⁾.

وفي الواقع، فإن المشرع الجزائري لم يشر إلى مبدأ تفريد العقوبة، غير أن المشرع الفرنسي قد ذهب صراحة ضمن المادة 2-464.L إلى أن العقوبة تحدد بصفة فردية ضد كل مؤسسة أو

(1) قضية سبقت الإشارة إليها: أنظر ص 253 من هذا البحث.

(2) Communiqué du 16 Mai 2011, prec.

(3) تم في فرنسا تطبيق الأسس التي انتهجها مجلس المنافسة لاحتساب مبلغ الغرامة، ورغم أن هذه المعايير كان الهدف منها تحقيق الشفافية والأمن القانوني، إلا أن الفقه اعتبر أن لهذا التحديد أثرا سلبيا لوحظ من خلال ارتفاع مستوى الغرامات بعد تطبيق هذه الأحكام:

- Anne M.Tercinet, La sanction, instrument au service de l'efficacité de la politique de concurrence, Revue lamy de la concurrence, n°43, Avril-Juin 2015, p131.

مجموع المؤسسات المعاقبة⁽¹⁾.

ثالثا: الإجراءات التفاوضية ومدى مساهمتها في تفعيل الحماية القانونية للسوق

أرسى المشرع الجزائري اقتداءً بالمشرع الفرنسي، أحكاما ضمن المادة 60 من الأمر 03-03، تمثل ميكانيزمات تعوض الإجراءات العادية المتخذة لمتابعة الممارسات المنافية للمنافسة.

وتتدرج هذه الأحكام في قوتها من مجرد التخفيض من مبلغ الغرامة، إلى الإعفاء منها تماما أو عدم استكمال التحقيق في الممارسة المعنية جزاء بعض التعهدات المتخذة من قبل هذه الأخيرة⁽²⁾.

إن التساؤل الذي يطرح بخصوص هذه الأحكام، يتمثل في مدى فعالية هذه الإجراءات في تحقيق حماية قانونية للسوق أو بعبارة أخرى أليس من شأن هذه الإجراءات البديلة التأثير سلبا على الطابع الردعي الذي ينبغي أن تتسم به متابعة الممارسات المنافية للمنافسة ؟

وفي الواقع، فإن اعتماد هذه الحلول البديلة، يحمل العديد من المزايا يمكن أن تتمثل في :

- ضمان الاقتصاد في النفقات بالنسبة للمجلس وكذا بالنسبة للمؤسسة المعنية⁽³⁾.
- ضمان التسريع في الحلول المتخذة بالنسبة للقضايا التي لا تحمل في حد ذاتها آثارا سلبية على السوق، أو بالأحرى ألا تكون بحد ذاتها تفرض توقيع عقوبة⁽⁴⁾.
- تشجيع المؤسسات على تصحيح وضعياتها وسلوكاتها في السوق، وتدارك أخطائها، بما يعود إيجابيا على الاقتصاد عموما.

وتتخذ هذه التدابير بموجب الميكانيزمات التالية :

(1) "Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pou chaque sanction. "

(2) المادة 60 من الأمر 03-03 : "يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر".

(3) Rapport annuel 2015, p 67.dispo/site : www.conseil-concurrence-dz.

(4) Ibid.

1- إجراء التعهد (la procédure d'engagement)

ولقد عبّر عنه نص المادة 60 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة "... وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات بتطبيق أحكام هذا الأمر".

إن إجراء التعهد، يسمح لمؤسسة يشتبه ارتكابها لاتفاق منافي للمنافسة أو تعسف في وضع مهيمن أن تقترح تصحيح هذه الوضعية في مقابل وضع حدّ لكل متابعة وغلق الإجراءات قبل التثبت من المخالفة.

إن المحافظة على النظام العام الاقتصادي الموكولة لمجلس المنافسة، يفرض عليه أن يتخذ القرارات الخاصة بإجراء التعهد في إطار الضوابط التي تكفل إرساء قواعد هذا النظام العام. بمعنى أن القبول بهذه التعهدات لا يصب في إطار إشباع رغبة المؤسسات، ولكن من أجل وضع حدّ للوضعيات التي يحتمل أن تمسّ بالمنافسة⁽¹⁾.

ولقد اتخذ مجلس المنافسة الجزائري قرارا يتعلق بإجراء التعهد إزاء مؤسسة "سوناطراك" في نزاعها مع الجمعية المهنية لموزعي المزلقات (lubrifiants) ؛ حيث أكّدت المؤسسة التزامها بتعهداتها المتمثلة في استرجاع نشاط بيع المزلقات، ومعاملة جميع الموزعين المعتمدين، سواء أكانوا عموميون أو خواص بنفس المستوى من حيث الأسعار ونوعية وكمية المنتج⁽²⁾.

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص أن المشرع الجزائري لم يقصر إجراء التعهد على الممارسات المنافية للمنافسة، وإنما يمتد أيضا ليطبق في إطار عمليات التركيز الاقتصادي، وإن كان يختلف بهذا الخصوص في كونه لا يعد بديلا عن العقوبة، وإنما التزم ذاتي من المؤسسات بتخفيف آثار التركيز على المنافسة ، حيث ورد ضمن نص المادة 19 من الأمر 03-03 بأنه: "...يمكن المؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة".

2- إجراء الاعتراف بالماخذ (la non contestation des griefs)

وهو إجراء يسمح للمؤسسة التي تمت متابعتها بسبب ممارسة محظورة أن تعترف بالماخذ المنسوبة والموجهة إليها وتعهد بعدم مواصلة ارتكابها في مقابل التخفيض من مبلغ الغرامة.

⁽¹⁾ Rapport annuel 2015 , p68.

⁽²⁾ مراسلة المدير العام لسوناطراك المتعلقة بقرار مجلس المنافسة رقم 2015/20 المؤرخ في 2015/04/16 منشورة على الموقع www.conseil-concurrence.dz.

فيما لم يشر مجلس المنافسة الجزائري إلى إجراء الرأفة (la procédure de clémence)، الذي اعتمده مجلس المنافسة الفرنسي، ويخص هذا الإجراء على وجه الخصوص الكشف والتصدي للاتفاقات المنافية للمنافسة بتعاون من المؤسسات المعنية⁽¹⁾.

وأخيراً، فإن الضمان الوحيد على عدم مساس هذه الإجراءات بالطابع الردعي لقانون المنافسة هو متابعة المجلس بحرص تنفيذ التعهدات الصادرة عن المؤسسة وعدم الرجوع إلى ارتكاب هذه الممارسات، وفي هذا الإطار أشارت الفقرة الثانية من المادة 60 من الأمر 03-03 إلى أنه "لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة".

كما تضمن نص المادة 62 من الأمر 03-03 إقرار عقوبات مالية يمكن أن تصل إلى 5% من رقم الأعمال ضد كل مؤسسة معنية بالتركيز في حالة عدم احترام الشروط أو الالتزامات المنصوص عليها في المادة 19 التي تضمنت التعهدات السابق الإشارة إليها.

خلاصة الباب الثاني :

كما رأينا، فقد جسد المشرع الجزائري الحماية القانونية للسوق من خلال حظر جملة من الممارسات المنافية للمنافسة، والتي يلاحظ أن المشرع قد انتهج بشأنها، ما انتهجه التشريعات المتعلقة بالمنافسة، من حيث إيراد صياغة واسعة لها تستوعب كل الوضعيات المحتملة.

وتتنوع هذه الممارسات بين تلك التي ترتكب بطريقة مشتركة كالاتفاقات المنافية للمنافسة، وتلك التي ترتكبها المؤسسة بمفردها كالتعسف في وضعية الهيمنة، أو تلك التي تظهر في شكل سلوكيات منافية للمنافسة يتم اتخاذها إزاء الشركاء التجاريين من قبيل التعسف في التبعية الاقتصادية، أو تلك التي تهدف إلى عرقلة منافس للمؤسسة كالبيع بأسعار مخفضة، فيما تشير الممارسات الاستثنائية تساؤلات حول الغاية من إدراجها لعدم وضوح مجالها.

ومع ذلك، فإن هذه الممارسات تشترك من ناحية وجوب تأثيرها في السوق، حتى لا تبقى مجرد ممارسات تقييدية تتعلق بالممارسات التجارية وتقتضي اللجوء إلى قواعد المنافسة غير المشروعة وليس إلى قواعد المنافسة الحرة.

غير أن الحماية القانونية للسوق من ممارسات منافية قد تصطدم مع غاية أكبر تتعلق بالفعالية الاقتصادية، هذا التصادم أدى إلى تغليب كفة الفعالية الاقتصادية ليطم استثناء بعض

⁽¹⁾ ولقد ألح مجلس المنافسة الجزائري من خلال تقريره السنوي لسنة 2015 على ضرورة إيراد المشرع هذا الإجراء التفاوضي .

الممارسات من نطاق الحظر باسم الفعالية الاقتصادية، وهي تلك الناتجة عن نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، أو تلك التي من شأنها أن تحقق تطوراً اقتصادياً.

ومن ناحية ثانية، فقد عني قانون المنافسة بحماية السوق من أثر كيانات اقتصادية هي التركزات الاقتصادية ورتب عقوبات عليها في حال أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، وهي رقابة لاحقة تقترب من الرقابة الخاصة بالممارسات المنافسة وتقتضي التصدي لها.

كما ضمن المشرع أيضاً في سبيل متابعة السلوكات المنافسة للمنافسة وتوقيع العقوبات عليها منظومة إجرائية، تميّزت بإنشاء هيئة إدارية "مستقلة" هي مجلس المنافسة بصلاحيات واسعة، تمكنه من إصدار القرارات الملائمة في القضايا المعروضة، وإن كان يعاب على هذه الهيئة افتقارها للاحترافية المطلوبة للقيام بهذه المهمة وكذا الاستقلالية الكاملة عن السلطة التنفيذية.

ويماناً لمتابعة عادلة، أورد المشرع العديد من الضمانات للمؤسسات المتابعة، كإبداء ملاحظاتهم وتحضير دفاعهم وتبليغهم وإطلاعهم على ملف القضية، وكذا تمكين الطرف المتضرر من القرار أن يطعن فيه أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر.

ومع ذلك، فإن بعض النصوص القانونية يشوبها الغموض والتناقض أحياناً وعدم الفعالية أحياناً أخرى، مما أثار سلباً على نشاط الهيئة في الواقع وعدم وصولها بعد إلى حدّ النظر إليها كسلطة حقيقية لحماية السوق.

خاتمة

خاتمة:

إن أهمية الدور الذي تضطلع به السوق ضمن أي اقتصاد قوي، قد جعلت قوانين المنافسة تحوز مكانة هامة ضمن المنظومة القانونية لمختلف الدول، كونها تتضمن القواعد التي تكفل حماية هذا الكيان الحساس، وتأخذ قواعد حماية السوق أهميتها بالنظر إلى عاملين أساسيين، عامل يتعلق باتساع مفهوم السوق في حد ذاته، ما أدى بدوره إلى اتساع مجال تطبيق هذه القواعد لتشمل مجمل النشاط الاقتصادي بغض النظر عن طبيعة القائمين به بشكل أفرز مخاطبة قواعد المنافسة الأشخاص العمومية وامتداده إلى الصفقات العمومية، متجاوزة ، في ذلك، التقسيم التقليدي للقانون إلى قانون عام وقانون خاص، وعامل آخر يتعلق بدور قانون المنافسة واعتباره مقياسا حقيقيا لتقييم شفافية الممارسة الاقتصادية والمعبر عن " الديمقراطية الاقتصادية"، والتي تعد الضمان الوحيد لتجسيد الاستثمارات الوطنية والأجنبية، ما يجعل قواعد المنافسة تظهر بأنها أداة من أدوات سياسة الانفتاح الاقتصادي.

ولقد أظهرت الجزائر اهتماما بالغا بقواعد المنافسة، يمكن أن نتلمسه من خلال أمور عدة؛ حيث، وفي البداية، فإن الإشارات التي تضمنها التعديل الدستوري لسنة 2016 بخصوص ضمان المنافسة النزيهة والمساواة بين المؤسسات تعبر عن تخصيص قواعد المنافسة التي تتدرج في عمومها ضمن مبدأ حرية التجارة والصناعة.

كما يبرز أيضا الاهتمام بقواعد المنافسة من خلال حرص المشرع على تطوير قواعد هذه الأخيرة بما يتماشى والمستجدات الحاصلة؛ حيث تدخل مرتين بخصوص الأمر 03-03 سنتي 2008 و 2010 ، وهو بصدد التدخل للمرة الثالثة بغرض تعديل هذه القواعد.

أما على الصعيد العملي، فيبرز الاهتمام من خلال وجود تطور كمي بخصوص الممارسة العملية لمجلس المنافسة بخصوص القضايا المتعلقة بالمنافسة ، وذلك منذ تنصيبه سنة 2013 مقارنة بالفترة السابقة ، والتي تمتد منذ صدور أول نص يتعلق بالمنافسة سنة 1995 والى غاية مطلع سنة 2013 تاريخ تنصيب مجلس المنافسة الجديد ، كما تم بهذا الخصوص إنشاء موقع خاص به يمكن الباحثين والمتعاملين من الاطلاع على نشاطات المجلس .

غير أن الوصول إلى تفعيل الأحكام المتعلقة بالسوق ، وكما كشفت لنا الدراسة ، لا يتعلق فقط ببروز الاهتمام بقواعد المنافسة على الصعيد الشكلي ، فالحكم على هذه الفعالية يكون من خلال إجراء تقييم على مستويات ثلاث : حيث يتعلق المستوى الأول بالبيئة القانونية والاقتصادية

السائدة ، أما المستوى الثاني فيتعلق بالقواعد الموضوعية التي تحدد مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بحماية السوق، أما المستوى الثالث، فهو ذو علاقة بالقواعد الإجرائية التي يتم باتباعها تطبيق مجمل الأحكام الموضوعية الخاصة بحماية السوق.

فبخصوص المستوى الأول، فإن اعتماد قواعد لحماية السوق يفترض أن تكون النتيجة المنطقية لوجود منافسة حقيقية بين المؤسسات، حيث لا يمكن أن تطبق إلا بوجود النصوص القانونية التي تضمن الحرية الاقتصادية وممارستها، وبالفعل فإن قواعد المنافسة قد ارتبط ظهورها بالتوجه نحو الحرية الاقتصادية وانفتاح الأسواق، غير أنه يمكننا في إطار البيئة القانونية الخاصة بقواعد حماية السوق إيراد الملاحظات التالية :

- أن فعالية التكريس الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة يفرض ألا يكون تكريس هذا المبدأ من الناحية الشكلية فحسب؛ بل ينبغي أن تتسجم المنظومة التشريعية الاقتصادية ككل مع مبدأ الحرية الاقتصادية وهو ما نجد له تطبيقاً محدوداً سيما على مستوى النصوص المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، حيث لا تزال الاستثمارات الأجنبية مكبلة بالقاعدة 49-51.

- أن إشارات المؤسس الدستوري لم تكن، في اعتقادنا، في المستوى المطلوب، حيث يلاحظ أن المشرع يخلط بين المنافسة الحرة والمنافسة النزيهة، ما يؤدي بنا إلى التساؤل عن هدف هذا التدخل، وفيما إذا كان حقيقة يسعى إلى تفعيل ضمان مبدأ المنافسة الحرة أم أنه يهدف إلى تصدير الانطباع بوجود اعتراف وضمن لمبدأ المنافسة الحرة والنزيهة.

- أن تفعيل المشاركة في الحياة الاقتصادية يقتضي وجود بيئة قانونية منسجمة ومستقرة، فهو الضمان الوحيد لاطمئنان المؤسسات وهو ما لم يتحقق بعد؛ حيث تشهد النصوص المتعلقة بالمجال الاقتصادي عموماً وعلى رأسها النصوص المتعلقة بالاستثمار تدخلات متتالية بغرض تعديلها بطريقة تضع قيوداً على حرية الاستثمار، كما لا يزال ضعف الجهاز المصرفي يشكل عائقاً أمام أي انتعاش اقتصادي.

أما المستوى المتعلق بالقواعد الموضوعية للحماية القانونية، فإنه يمكننا على العموم ملاحظة ما يلي :

- مرونة القواعد الخاصة بحظر الممارسات المناهضة للمنافسة حتى تتماشى مع طبيعة النشاط الاقتصادي المتميز بالاتساع؛ حيث تظهر هذه المرونة من خلال اعتماد مصطلحات فضفاضة

تتسع للعديد من السلوكيات ، والاتجاه نحو اعتماد أسلوب التمثيل بدل أسلوب الحصر بخصوص تحديد بعض السلوكيات التعسفية أو التأثيرية في السوق .

- هشاشة الحدود الفاصلة بين الممارسات المنافسة للمنافسة؛ إذ بالإمكان أن تنتج حالة تبعية اقتصادية مثلا عن وضعية الهيمنة ، كما قد ينتج عن اتفاق مناف للمنافسة حالة من التعسف الجماعي في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وهو أمر ايجابي حيث سوف يجد مجلس المنافسة سعة في تكيف الوقائع .

- الاعتماد بغرض تطبيق قواعد المنافسة على معيار مادي يشمل النشاط الاقتصادي بمعناه الواسع، سواء أكان ذلك على مستوى الأنشطة ؛ حيث يتسع مفهوم النشاط الاقتصادي لعدد لا محدود من الأنشطة الإنتاجية والتوزيعية والخدماتية وكذا عمليات التجارة الخارجية، أو على مستوى الأشخاص المخاطبين أين تمتد أحكام هذا القانون لمخاطبة كل القائمين بالنشاط الاقتصادي سواء أكانوا عموميين أم خواص ودون تحديد لشكل قانوني معين بذاته .

- الاتجاه نحو توسيع مجال تطبيق قانون المنافسة عن طريق مدّ خطابه إلى الأنشطة غير الاقتصادية كالصفقات العمومية يمكن من القول أن قانون المنافسة قد تجاوز كل المعايير المادية والشكلية التي تراجعت لصالح منطق السوق .

- الاعتماد بغرض تطبيق قواعد السوق على "منطق الآثار"؛ أي الضرر الحاصل أو المتوقع؛ حيث يتم النظر إلى ما نتج أو ما يمكن أن ينتج عن السلوك المعني من أجل المتابعة دون النظر إلى القصد من وراء السلوك المرتكب.

- اللجوء إلى آلية الإجراءات التفاوضية، وهو في الواقع ما يشكل سلاحا ذو حدين ؛ فهو من جهة يشكل نوعا من المرونة في تطبيق قواعد المنافسة بالتزام المؤسسات مسؤولياتها في هذا الإطار، ومن ناحية ثانية ، فإن الطابع الردعي يبقى أحيانا السبيل الوحيد لضمان التزام المؤسسات بقواعد المنافسة.

أما بخصوص المستوى المتعلق بالقواعد الإجرائية ، فيمكن بهذا الخصوص إيراد الملاحظات التالية :

- تنويع سبل تدخل مجلس المنافسة ، والذي يبرز من خلال تعدد الأشخاص المؤهلة لإخطاره واعتماد أسلوب الإخطار الذاتي الذي يمكنه من وضع حد للممارسات المنافسة للمنافسة.

- تزويد مجلس المنافسة بصلاحيات عديدة تمكنه من التحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافسة للمنافسة .

- ضمان حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم وذلك من خلال الحق في الاطلاع على الملف وإبداء الملاحظات والطعن في القرارات الصادرة عن المجلس .

- الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات النظام العام الاقتصادي من خلال العديد من الأحكام كالحكم المتعلق بالتنفيذ الفوري لقرارات مجلس المنافسة رغم الطعن فيها.

ومع ذلك، فإنه تم وقوفنا على العديد من النقائص التي اعترت بعض الأحكام ، يمكن إجمالها فيما يلي :

- طرح بعض النصوص تساؤلات بخصوص الغاية من اعتمادها كنص المادة العاشرة الذي تضمن حظر الممارسات الاستثنائية بصفة مطلقة ، ما يؤدي إلى اتساعه وشموله بعض أنواع العقود ذات الأهمية الاقتصادية كالفرانشيز وعقود التوزيع الحصري والانتقائي، والتي تتجه قوانين المنافسة في العالم إلى إيجاد سبيل لاستثنائها من الحظر، أو على الأقل تقييد حظرها ، وذلك بسبب آثارها الايجابية وتمسك المؤسسات بها .

- عدم وضوح بعض الأحكام كالحكم الخاص بتطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية؛ إذ أن استعمال المشرع عبارة "يجب ألا يعيق" ضمن نص المادة الثانية يحتمل تأويلا بأنها لا تشكل استثناء مطلقا على تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية عند استعمال امتيازات السلطة العامة وأداء مهمة المرفق العمومي ، و إنما هو عبارة عن قيد على هذا الحكم ، وأنه من المتصور امتداد قانون المنافسة وتطبيقه في هذه الحالة .

- إثارة بعض الأحكام إشكالات من ناحية تطبيقها كالحكم المتعلق بإخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة وما يثيره من إشكالات تتعلق بحدود تطبيقه هل يقتصر تطبيقه على الأحكام الخاصة بالاتفاقات المنافسة للمنافسة فحسب أم يتعداها إلى مختلف الممارسات المنافسة الأخرى .

- التقصير في الجانب التنظيمي ؛ حيث يجدر صدور نصوص تنظيمية توضح بعض المسائل ذات الطابع التقني ،حتى يستتير بها مجلس المنافسة ويعتمد معايير موحدة أو يصدرها هو بمقتضى وظيفته التنظيمية ، كتوضيح الضوابط الخاصة بالاستثناءات الواردة على الممارسات

المنافسة للمنافسة، أو معايير تقدير العقوبة في إطار الممارسات المنافسة للمنافسة وعمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة... الخ.

- إهمال جانب المتابعة بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي مقارنة بجانب الرقابة ، ما أدى إلى وجود فراغ قانوني في هذا المجال .

- وجود بعض النقائص على صعيد الأحكام الإجرائية المتعلقة بالحماية القانونية للسوق ، من بينها إحالة المشرع فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالتحقيقات الأولية إلى القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، ومنه إلى قانون الإجراءات الجزائية، وهو ما نعتبره إحالة غير مقبولة، حيث ينبغي استقلال القواعد الخاصة بالسوق عن غيرها من القواعد الخاصة بالممارسات التجارية.

- عدم وضوح الإحالة أيضا إلى قانون الإجراءات المدنية بخصوص الطعن وكذا طلب وقف التنفيذ بشكل يجعل الباحث وكذا المؤسسات تدور في حلقة مفرغة، سيما في ظل نقص أو غياب الممارسة العملية .

وهذا ما يجعلنا نورد الاقتراحات التالية :

- إعادة صياغة بعض النصوص التي أفرزت صياغتها غموضا بخصوص مضمونها، سيما نص المادة الثانية، وذلك من خلال توضيح الأحكام المتعلقة بتطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية وعلى الصفقات العمومية، إذ نرى في هذا الإطار ضرورة تعميم حكم تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية إلى كل الممارسات المنافسة للمنافسة .

- ضمان استقلالية مجلس المنافسة عن السلطة التنفيذية، عن طريق التخلي عن حكم إرسال المجلس تقريره السنوي لهذه الأخيرة، والتخلي بصفة كلية عن حكم تجديد العهدة بالنسبة لأعضائه.

- ضرورة تفعيل مجلس المنافسة تدخله التلقائي بخصوص القضايا المتعلقة بالمنافسة وحرصه على القيام بهذه الآلية تحقيقا للحماية القانونية للسوق دون انتظار إخطاره من قبل المؤسسات، سيما بخصوص الممارسات التي تتم على صعيد الأسواق الضيقة أيضا وذات البعد المحلي خاصة في القطاعات التي فتحت شهية المستثمرين ، والتي يتم فيها بعض التجاوزات لقواعد

المنافسة كقطاع الأشغال والبناء والقطاع الفلاحي والسياحي وقطاع النقل والإعلام وكذا تلك الممارسات المرتكبة من قبل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .

- ضرورة إعادة النظر في تركيبة مجلس المنافسة بما يضمن فعاليته عن طريق إدخال عنصر القضاة ضمن التشكيلة الحالية .

- إعادة النظر في نظام الأجور بما يمكن من اختيار الكفاءة التي تعد الضمان الوحيد لتحسين مستوى أداء مجلس المنافسة .

- ضرورة سنّ أحكام إجرائية خاصة بالقضايا المتعلقة بالمنافسة أو على الأقل ضبط الإحالات إلى النصوص العامة المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية .

- التخفيف من حدة الإجراءات والشكليات الخاصة بإخطار مجلس المنافسة عن طريق اعتماد الإرسال بطريق البريد كشكل بديل للإخطار عن طريق الإيداع المباشر، والنأي بالمجلس عن مظاهر البيروقراطية التي تميز الهيئات الإدارية التقليدية لتوسيع وتفعيل مجالات تدخله في القضايا المتعلقة بالمنافسة .

- تفعيل الأحكام الخاصة بالتحقيق في الممارسات المنافية للمنافسة، عن طريق الزيادة في عدد المقررين .

- ضرورة اهتمام مجلس المنافسة أكثر بنشر قراراته فور صدورهما ضمن الموقع الرسمي له والاهتمام بإصدار قرارات وافية تشتمل على عناصر القضية والتعريف بالسوق المعنية وعلى تحليل كاف على غرار هيئات المنافسة في مختلف الدول، وهو ما يمكن الباحثين والمتعاملين ومختلف المهتمين من الاستفادة منها .

- توفير مقر ملائم لمجلس المنافسة، حيث لا يتناسب المقر الحالي للمجلس مع حجم المهام المنوطة به .

- سن أحكام تسمح بتطبيق قواعد المنافسة على مختلف الممارسات التي تم ارتكابها في الخارج وأفرزت نتائج سلبية على صعيد السوق الداخلية، وتفعيل الحكم الخاص بتجسيد علاقات التعاون وتبادل الخبرات مع الهيئات الأجنبية للمنافسة.

-ضمان معالجة ظاهرة الأسواق الموازية، واحترام الدولة نفسها التزاماتها إزاء قواعد المنافسة ، التي قد تحيد عنها أحيانا، ليس عن طريق ممارسات منافية للمنافسة، وإنما عن طريق سياسات لا تتماشى مع مبادئ المنافسة.

وفي الأخير، يمكن القول أن العديد من التطورات الحاصلة على صعيد الأحكام الخاصة بحماية السوق، سيما الاتجاه نحو تفعيل ضبط المؤسسات سلوكياتها بنفسها عن طريق اعتماد أحكام خاصة بذلك كإطلاق مجلس المنافسة مبادرة "برنامج المطابقة لقواعد المنافسة"، وكذا خصوصية الأحكام الخاصة بتطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية في توجه نحو الحديث عن قانون عام للمنافسة، كلها مسائل تشكل آفاقا جديدة للبحث.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر القانونية

1- الدساتير :

- الدستور الصادر في 23 فيفري 1989.
- التعديل الدستوري الصادر في 28 نوفمبر 1996.
- التعديل الدستوري الصادر في 6 مارس 2016.

2- النصوص التشريعية :

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر 69-74 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 وبالأمر 73-48 المؤرخ في 25 جويلية 1973 وبالأمر 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 وبالقانون 78-03 المؤرخ في 11 فيفري 1978 وبالقانون 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 وبالقانون 88-26 المؤرخ في 12 جويلية 1988 وبالقانون 89-05 المؤرخ في 25 أبريل 1989 وبالقانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990 وبالقانون 90-15 المؤرخ في 14 جويلية 1990 وبالأمر 95-11 المؤرخ في 25 فيفري 1995 وبالأمر 96-22 المؤرخ في 9 جويلية 1996 وبالأمر 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1997 وبالقانون 01-09 المؤرخ في 26 جوان 2001 وبالقانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 وبالقانون 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 وبالقانون 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 وبالقانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 وبالقانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 وبالقانون 09-01 المؤرخ في 28 فيفري 2009 وبالقانون 11-14 المؤرخ في 2 أوت 2011 وبالقانون 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 وبالقانون 16-02 المؤرخ في 22 جوان 2016 وبالقانون العضوي رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017 .

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 80-07 المؤرخ في 09 أوت 1980 المتعلق بالتأمينات، وبالقانون 83-01 المؤرخ في 29 جانفي 1983، المعدل والمتمم للأمر 75-58، وبالقانون 84-21 المؤرخ في 24 سبتمبر 1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985، وبالقانون 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987

المتضمن كيفية ضبط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، وبالقانون 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 يتضمن تعديل الأمر 75-58 وبالقانون 89-01 المؤرخ في 07 فيفري 1989 يتضمن تعديل الأمر 75-58 ، وبالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يتضمن تعديل الأمر 75-58 وبالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 يضمن تعديل الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 87-20 المؤرخ في 23 سبتمبر 1987 المتضمن قانون المالية لسنة 1988 وبالمرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 والأمر 96-23 المؤرخ في 09 جويلية 1996 يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي والأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 والقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 والقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015.

- الأمر رقم 75-89 المؤرخ في 30 ديسمبر 1975، يتضمن قانون البريد والمواصلات، ج.ر عدد 29 لسنة 1976 (ملغى) .

- الأمر رقم 75-07 المؤرخ في 29 أبريل 1975، يتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار، ج.ر عدد 38 لسنة 1975 (ملغى) .

- القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1988، يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج.ر عدد 34 لسنة 1982 (ملغى) .

- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 21 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 2 لسنة 1988.

- القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19 جويلية 1989، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر عدد 29 لسنة 1988 (ملغى) .

- القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فيفري 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر عدد 06 لسنة 1989 (ملغى).

- الأمر رقم 89-12 المؤرخ في 5 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج.ر عدد 29 لسنة 1989 (ملغى).

- القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 16 لسنة 1990، المعدل والمتمم (ملغى).
- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر عدد 52 لسنة 1990.
- المرسوم التشريعي رقم 94-08 المؤرخ في 26 ماي 1994 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج ر عدد 33 لسنة 1994.
- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 13 لسنة 1995.
- الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج.ر عدد 48 لسنة 1995 .
- القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 48 لسنة 2000.
- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 47 لسنة 2001 المعدل والمتمم.
- القانون رقم 02-01 المؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر عدد 08 لسنة 2002.
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 لسنة 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 11 لسنة 2008 وبالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر عدد 46 لسنة 2010.
- الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج.ر عدد 43 لسنة 2003.
- الأمر رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 لسنة 2004 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 25 أوت 2010، ج.ر عدد 46 لسنة 2010.

- القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 لسنة 2005.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 لسنة 2008.
- الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر عدد 44 لسنة 2009.
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 لسنة 2009.
- الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر عدد 49 لسنة 2010.
- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، والمتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 لسنة 2011.
- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 لسنة 2012.
- الأمر رقم 15-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر عدد 72 لسنة 2015.
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 46 لسنة 2016.

3- النصوص التنظيمية :

- المرسوم رقم 80-242 المؤرخ في 04 أكتوبر 1980، يتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، ج.ر عدد 41 لسنة 1980.

- المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي شرط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج.ر عدد 42 لسنة 1988.
- المرسوم رقم 88-204 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج ر عدد 42 لسنة 1988 .
- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 5 لسنة 1990.
- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمارات، ج.ر عدد 64 لسنة 1993.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-132 المؤرخ في 13 أفريل 1996، يتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع، ج.ر عدد 23 لسنة 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 جانفي 1997، يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها، ج.ر عدد 5 لسنة 1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-39 المؤرخ في 18 جانفي 1997، يتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري، ج.ر عدد 5 لسنة 1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-269 المؤرخ في 29 أوت 1998، يتضمن تحيين تعريفات نقل المسافرين الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج.ر عدد 65 لسنة 1998.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-50 المؤرخ في 12 فيفري 2001، يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر عدد 11 لسنة 2001، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 16-65 المؤرخ في 16 فيفري 2016، ج.ر عدد 09 لسنة 2016.
- المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج.ر عدد 61 لسنة 2000، المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة.

- المرسوم التنفيذي رقم 02-448 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002، يتعلق بالتعريفات القصوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة "طاكسي"، ج.ر عدد 85 لسنة 2002.
- المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يتضمن الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج.ر عدد 85 لسنة 2002.
- المرسوم التنفيذي رقم 03-409 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج.ر عدد 68 لسنة 2003.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-13 المؤرخ في 09 جانفي 2005، يحدد قواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به، ج.ر عدد 05 لسنة 2005.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعيات الهيمنة على السوق، ج.ر عدد 35 لسنة 2005.
- المرسوم التنفيذي رقم 11-108 المؤرخ في 06 مارس 2011، يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، ج.ر عدد 15 لسنة 2011، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 16-87 المؤرخ في 01 مارس 2013، ج.ر عدد 13 لسنة 2016.
- المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسييره، ج.ر عدد 39 لسنة 2011.
- المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المؤرخ في 06 ماي 2012، يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، ج.ر عدد 29 لسنة 2012.
- القرار رقم 01 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة : منشور على الموقع : www.conseil-concurrence.dz
- المرسوم التنفيذي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، ج.ر عدد 50 لسنة 2015.

ثانيا : قائمة المراجع

1. المراجع باللغة العربية :

1- الكتب :

- 1- أحمد شرف الدين، فكرة القانون الاقتصادي، القاهرة، 1988.
- 2- أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، (دراسة مقارنة)، المكتبة الجامعية بالاسكندرية، 2008.
- 3- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي (قانون المنافسة، القانون المدني، القانون الجزائري، القانون الإداري)، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 4- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 5- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 6- ج. ريبير، ر. روللو، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد 1 (التجار محاكم التجارة، الملكية الصناعية، المنافسة)، ترجمة قاضي منصور، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، بيروت، 2011.
- 7- جاك غسان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة : منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، الطبعة الثانية، 2008.
- 8- حسين الماحي، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 لائحته التنفيذية)، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، 2007.
- 9- حسين عمران، المنافسة والممارسات الاحتكارية بين المناخ التشريعي ومشاكل التطبيق، حماية المنافسة ومنع الاحتكار في المنطقة العربية (بحوث وأوراق عمل ملتقى، حماية المنافسة ومنع الاحتكار في ضوء التحولات بالمنطقة العربية) بالتعاون مع الجامعة البريطانية في مصر، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2012.

- 10- (.....)، النظريات الاقتصادية، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1987.
- 11- (.....)، النظريات الاقتصادية، الجزء الثاني، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1988.
- 12- سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجع عام (مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000.
- 14- عبد الله ساقور، الاقتصاد السياسي، دار العلوم والنشر والتوزيع، عنابة، 2004.
- 15- عبود السراج، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في التشريع السوري والمقارن، منشورات جامعة حلب، 1987.
- 16- علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر (ENAG)، الجزائري، 2012.
- 17- كاروان أحمد حمه الصالح، الجوانب القانونية لمكافحة الانحراف في إطار منظمة التجارة العالمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.
- 18- لبنى عملر المسقاوي، عقد الفرانشيز (دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
- 19- لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 20- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون الاقتصادي (النظرية العامة وتطبيقاتها في الجزائر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 21- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
- 22- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، 1992-1993.

- 23 - محمد علي سويلم، القانون الجنائي الاقتصادي (الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية)، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015.
- 24 - محمد نصر محمد، الحماية الدولية والجنائية من المنافسة التجارية غير المشروعة والاحتكار، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016.
- 25 - معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات - الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 26 - مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004-2005.
- 27 - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011.
- 28 - (.....)، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس، الجزائر، 2015.
- 2- الرسائل الجامعية :**
- 29 - أسامة فتحي عبادة يوسف، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2011.
- 30 - أميرة عبد الغفار محمد أبو زيد، الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الاحتكارية، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامع القاهرة، جانفي 2010.
- 31 - بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2009-2010.
- 32 - بن يسعد عذراء، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2015-2016.

- 33- ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في الحقوق (القانون العام)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2009-2010.
- 34 - شيبوتي راضية، الهيئات الإدارية المستقلة في الجزائر "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، تخصص : المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة-، السنة الجامعية 2014-2015.
- 35 - عبد الناصر فتحي الجلوي، الاحتكار المحظور وتأثيره على حرية التجارة "دراسة قانونية مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
- 36- عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
- 37 -فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
- 38 -محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2004-2005.
- 39 -مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 24 جانفي 2015.
- 40 -منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2011.

3- المقالات :

- 41- أبو بكر مهم، إعفاء الممارسات المنافسة للمنافسة من الخطر، دراسة تحليلية معمقة للمادة 8 من قانون حرية الأسعار والمنافسة، مجلة القضاء والقانون، العدد 159 ، وزارة العدل، المملكة المغربية، 2011.

- 42- (.....)، التعسف في استغلال الوضع المهيمن على ضوء قانون المنافسة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 16 ماي 2009.
- 43- (.....)، الاتفاقات المنافسة للمنافسة، (قراءة في المادة 6 من القانون رقم 99-06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة)، مجلة القضاء والقانون، العدد 156، وزارة العدل، المملكة المغربية، 2008.
- 44 - بلميهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مفهوم متغير ومتطور، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015.
- 45 - بن معمر عوينات نجيب، النظام العام بين سلطة المشرع والتكييف القضائي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015.
- 46- الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 79، 2008.
- 47- الحسين بلحساني، قانون المنافسة وحرية الأسعار بين المؤثرات الخارجية والإكراهات الداخلية، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، العدد الثالث، 2003.
- 48 - سناح فطيمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.
- 49 - صايش عبد المالك، نظام عام واحد وتسميات متعددة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015.
- 50- عمارة مسعودة، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015.

- 51 - عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث.
- 52- فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق، العدد الخامس، جوان 2009.
- 53- محمد المرغدي، المنافسة (أبعادها الاقتصادية والقانونية)، الجزء الأول، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية (REMALD)، الطبعة الأولى، المغرب، 2014.
- 54 - مختور دليلة، حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015.
- 55 - مفيد الفارسي، تأثير قانون المنافسة على قانون الالتزامات والعقود، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، دار النشر "الجسور"، وجدة، العدد السابع، 2003.

4- التقارير:

- 56- مجلس المنافسة التونسي، ملحق التقرير السنوي الحادي عشر لسنة 2007، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، عدد 16 لسنة 2009، تونس، 2009.

5- قواميس ومعاجم:

- 57- دانيال ريغ : معجم السبيل ، معجم عربي فرنسي، فرنسي عربي ، مكتبة لاروس ، باريس ، 1983،
- 58- لين صلاح مطر، لغة المحاكم، قاموس ثلاثي (قانوني واقتصادي موسع)، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005.

III. المراجع باللغة الفرنسية :

1- Ouvrages :

- 1 -Abouelaziz Mohamed, Le secteur public à l'épreuve de la concurrence, Bouregreg, Rabat, 2012.
- 2 - Arcelin Linda, Droit de la concurrence (les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire), P.V.R, 2009.

- 3- (.....), L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, Litec, Paris, 2003.
- 4- Auguet Yvan, Droit de la concurrence, Ellipses, Paris, 2002.
- 5- Bergeal Catherine, Lenica Federic, Le contentieux des marchés publics, Technique, Paris, 2004.
- 6- Blaise Jean Bernard, Droit des affaires : Commerçant – concurrence, distribution, L.G.D.J et Delta, Paris, 1999.
- 7- Blasseble Richard, Traité de droit européen de la concurrence, Tome1, published, 2003.
- 8- Boutard Labarde Marie Chantal, Ganivet Guy, Droit français de la concurrence, L.G.D.J, Paris, 1994.
- 9- Boutard Labarde, Marie Chantal, Ganivet Guy, Chandel Emmanuel, Valerie Michel, Amsellem, Vialens Jérémie, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J, Paris, 2008.
- 10- Cabanes Christophe, Neveu Benoit, Droit de la concurrence dans les contrats publics, Le Moniteur, Paris, 2008.
- 11- Chantal Marie, Le droit de la concurrence face aux « cession d'entreprise », in Restructuration d'entreprise et droit de la concurrence, Acte de la journée d'étude, L.G.D.J, Paris, 1993.
- 12- Chérot Jean Yves, Droit public économique, Economica, 2^{ème} éd, Paris, 2007.
- 13- Choné Anne Sophie, Les abus de domination, Economica, Paris, 2010.
- 14- Clamour Guylain, Intérêt général et concurrence (essai sur la pérennité du droit public en économie de marché), Dalloz, Paris, 2006.
- 15- Colson Jean Philippe, Droit public économique, L.G.D.J, 4^{ème} édition, Paris, 2008.
- 16- Décoq Georges, Décoq André, Droit de la concurrence interne et communautaire, L.G.D.J, Paris 2004.
- 17- Delvolvé Pierre, Droit public de l'économie, Dalloz, Paris, 1998.
- 18- Destours Stéphane, La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence, Litec, Paris, 2009.
- 19- Didier Paul, Droit commercial, Tome1 (introduction d'entreprise, l'entreprise individuelle), PUF, Paris, 1992.
- 20- Du Marie Bertrand, Droit public de la régulation économique, presse de sciences po et Dalloz, Paris, 2004.
- 21- Farjat Gérard, pour un droit économique, PUF, Paris, 2004.

- 22- Frison Roche Marie Anne, Payet Marie Stéphane, Droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 2006.
- 23-(.....), Boufils Sébastien, Les grandes questions du droit économique (introduction et documents), PUF, Paris, 2005.
- 24-(.....), Sous/dir, Les engagements dans les systèmes de régulation, coll, presses de sciences po et Dalloz, 2006.
- 25-(.....), Sous/dir, Les régulations économiques légitimité et efficacité, coll, volume1, presses de sciences po et Dalloz, Paris, 2004.
- 26- Gabszewicz Jean, La concurrence imparfaite, La découverte, paris,2003.
- 27- Galène René, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrencielles, EFE, Paris, 1995.
- 28- Gillieron philipe,Ling peter, Les accords de distribution,centre du droit de l'entreprise (droit industriel,droit d'auteur,droitcommercial),Université de lausanne lausanne,2005.
- 29- Glais Michel, Concentration des entreprises et droit de la concurrence Economica, Paris, 2010.
- 30- Grynfoegel Catherine, Droit communautaire de la concurrence, L.G.D.J, 3^{ème} édition Paris, 2008.
- 31- Guindj Alain, Pratique du droit de la concurrence nationale et communautaire, Litec, 2^{ème} édition, Paris, 2006.
- 32- Ingelaere Frédéric, Droit public économique, Ellipses, Paris, 2007.
- 33- Jevor Stanley, Mackay Ejan, Rousseau Stéphane, Analyse économique du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, Paris, 2008.
- 34-Lajoye Christophe, Droit des marchés publics, Berti, Alger, 2007.
- 35- Lehuédé Pascal, Droit de la concurrence, Bréal, Paris, 2012.
- 36- Les PME et le droit de la concurrence (Analyse critique, comparative et prospective),Etude de recherche sur le droit des affaires, Lexis Nexis et Litec, coll, paris, 2009.
- 37- LoïcGérard et Saintourens Bernard, La libre concurrence face aux juges, presses universitaire de Bordeaux, 2010.
- 38- Mainguy Daniel, Respaud Jean Louis, Dépincé Malo, Droit de la concurrence, Nexis Lexis et Litec, Paris, 2010.
- 39- Masson Antoine, Droit communautaire, Droit institutionnel et droit matériel (théorie, exercices et éléments de méthodologie), Larcier, 2^{ème} édition, 2009.

- 40- Menouar Mustapha, Droit de la concurrence, Berti, Alger, 2013.
- 41- Mongouachon Claire, Abus de position dominante et secteur public (L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominante aux opérateurs publics) ,Bruylant, Bruxelles, 2012.
- 42- Nicinski Sophie, Droit public de la concurrence, L.G.D.J, Paris, 2005.
- 43- (.....), Droit public des affaires Monchretien, Lextenso, Paris, 2009.
- 44- Pironon Valérie, Droit de la concurrence, Lextenso, Paris, 2009.
- 45- Rambaud Romain, L'institution juridique de régulation (recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique), L'harmattan, 2012.
- 46- Rohlfing Stéphanie Regine, Investigation et sanctions en droit de la concurrence, Peter Lang Berlin, 1994.
- 47- Sélinsky Véronique, Mondialisation et ententes injustifiables, Litec et Lexis Nexis, 2008.
- 48- Serara Yves et Calais Jean Auloy, Sous/dir, coll, concurrence et consommation, Dalloz, Paris, 1994.
- 49- Thibault Florence, La proportionnalité des sanctions prononcées par les autorités de concurrence françaises et communautaire, presses universitaire d'Aix, Marseille, 2001.
- 50- Torre Schaub Marth, Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché, L.G.D.J, Paris, 2002.
- 51-Vignal Marie Malaurie, Droit de la concurrence interne et communautaire, Armand Colin, 3^{ème} édition, Paris, 2005.
- 52-Waelbroeck Denis, Jean bellis Francois , Szafran David, Aspect récents du droit de la concurrence, Bruylant , Bruxells ,2005.
- 53- Zouaïmia Rachid, Droit de la régulation économique, Berti, Alger, 2006.
- 54- (.....),Le droit de la concurrence, Belkeise, 2001.
- 55-(.....),Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, Houma, Alger, 2005.
- 56-(.....), Les instruments juridique de la régulation économique en Algérie, Belkeise, Alger, 2010.

2- Thèses de Doctorat :

- 57-Zouiten Abderrezak, L'investissement en droit algérien, thèse de Doctorat en sciences, Faculté de droit, Université des frères Mentouri, Constantine, 2014-2015.

3- Revues :

A- Revue IDARA (Revue de l'école nationale d'administration) :

58-Zouaïmia Rachid, L'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités sectorielles en droit algérien, Idara, volume17, n°1, 2007, n°33

59-(.....),Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes, statuant en matière économique et financière, Idara, n°28, 2004.

B- Revue Lamy :

60-Arcelin Linda, Imputation de l'infraction et prescription : Les enjeux de la notion d'entreprise en droit de la concurrence, Revue Lamy de droit de la concurrence, Juillet/Septembre 2009, n°20.

61- Calvet Hugnes, De Muizou Gilda, Prix excessif, faut-il intervenir ou laisser faire, Revue Lamy de la concurrence, Octobre/Décembre 2011.

62- Manna Severine, O'Mahony Geoffroy, Le droit de la saisine de l'autorité de la concurrence par les collectivités territoriales ultramarines : du rêve à la réalité, Revue Lamy de la concurrence, n°36, Juillet/Septembre 2013.

63- Reille Emmanuel, De Muizou Gildas, Objet ou effet anticoncurrentiel, Revue Lamy de la concurrence, n°42, Janvier/Mars 2015.

64- Tercinet Anne (M), La sanction instrument au service de l'efficacité de la politique de concurrence, Revue Lamy de la concurrence, n°43, Avril/Juin 2015.

C-Revue contrats, concurrence et consommation :

65-De vabre Donnedieu - Montet Tranier et Christian, Un droit de la concurrence, pour quoi faire ? Contrat concurrence Consommation, Lexis Nexis, n° 12, décembre, 2006.

66- Décoq Georges, Un nouveau produit de luxe : La croquette sèche pour chiens, Revue contrats, concurrence, consommation, Lexis Nexis, n°6, Juin 2006.

67- Fourgoux Jean Louis, Le droit de la distribution doit-il encore comporter des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence ? Revue contrats, concurrence, consommation, Lexis Nexis, n°12, Décembre 2006.

68-Perruzzeto, Sylvaine Poillot, Sanction d'une décision de la commission sur le fondement d'absence de preuve d'un accord, contrats, concurrence, consommation, Lexis Nexis ,n°12, Décembre 2004.

69- Vignal Marie Malaurie, La cour de cassation retient une conception restrictive de la théorie des installations essentielles, Revue, contrats, concurrence, consommation, Lexis Nexis, n°11, Novembre 2005.

70-(.....),Le marché du Requefort constitue en lui-même un marché pertinent ? Revue contrats, concurrence, et consommation, Lexis Nexis, n°3, Mars 2006.

D- Revue de jurisprudence commerciale (RJcom) :

71- Canivet Guy, La formation du Juge à l'économie, Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial, Lexis Nexis, Novembre 2002.

72- Décoq George, La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés - mères du fait de leurs filiales , Revue de jurisprudence commerciale, Lexis Nexis, juillet/Aout, 2007 Numéro 4.

73-(.....),L'interdiction aux membres d'un réseau de distribution sélective de vendre en ligne et la prohibition des ententes verticales, Revue de jurisprudence commerciale, Lexis Nexis , Janvier/Février 2012, n°1, 56^{ème} année.

74-(.....),Un règlement édicté par un ordre professionnel tombe-t-il sous le coup de la prohibition des ententes ? Revue de jurisprudence commerciale, Lexis Nexis, Mai/Juin 2013.

75- Frison Roche, Marie Anne, Le juge du marché, Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial, Lexis Nexis, Novembre 2002.

E- Revue de jurisprudence de droit des affaires (RJDA) :

76-Revue de jurisprudence de droit des affaires, Francis Lefebvre, 5-13 Mai 2013.

77- Luc René, Abus de position dominante par la mise en place d'une stratégie de dénigrement (RJDA) Francis Lefebvre, 8-9/13 Août/Septembre 2013.

F- L'actualité juridique du droit administratif (AJDA) :

78-Berlioz George, Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics , A.J.D.A, Dalloz,2015.

79-Mathieu Gilles, Application de l'ordonnance du 1^{er} décembre1986 –pratiques indissociables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, AJDA , Dalloz , 30 Juin 1998.

80-Naugès Sabine, L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle, AJDA, Dalloz, 2007.

G- Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique (RTDcom) :

81-Charbit Nicolas, L'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique ? RTD.com, Dalloz, Janvier/Mars 2004.

82-Claudiel Emmanuel, Ententes anticoncurrentielles ,preuve, RTDcom , Dalloz, 2003.

H-Concurrences-Rrvue des droit de la concurrence :

83-Martine Behar, A quoi sert la concurrence ?, Concurrences, Revue des droit de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, N° 4- 2014.

84- Nasse Philippe, Concurrence et PME : protection de la concurrence ou protection des PME, Colloque deuxième journée franco-allemande de la concurrence,

Concurrences, Revue des droit de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, N°2-2007.

85- Pfister Etienne, La communication de minimis : un point de vue de l'autorité de la concurrence, Revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n°1- 2013.

I - Autres :

86-Ancelin Omblin, Iphigénie Fossati-Kotz, L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence, La semaine juridique, Entreprise et Affaires, n°24, juin, 2011 : www.Lexis360.fr

87- Arhel Pierre, Entente , répertoire de droit commercial , Dalloz ,janvier 2015.
Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, Document soumis par la délégation de France au groupe de travail n°3du comité de la concurrence, Organisation de Coopération et de développement économiques, 5 Octobre 2007, p2 :www.autoritedelaconcurrence.fr.

88- Bernard Elsa, «L'activité économique», un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, Revue international de droit économique, n°0/2009.

89- Entretien : le droit de la concurrence - Controverses autour des enjeux actuels du droit de la concurrence ,Cahier de droit de l'entreprise ,n°5,Septembre 2016, entretien 5 :www.lexis360.fr.

90- Blan Dominique, La dépenalisation n'est pas la solution, AJ pénal, 2008 : www.Dalloz.fr.

91- Bougette patrice et venayre florent, contrôle à priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence, Revue d'économie industrielle, 121/1^{er} trimestre 2008.

92- Boy Laurence, L'abus de pouvoir de marché, contrôle de la domination ou protection de la concurrence, Revue internationale de droit économique, 2015/1.

93-(.....), Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrale des restrictions à la concurrence, European University Institute, Badio Fiesolana, Italy, 2004 : dispo/site : cadmus.eui.en.

94- Chazal Jean Pascal, Picot Thomas, Waked Dina, L'ambivalence des finalités et des instruments techniques du droit de la concurrence, Cahier du droit de l'entreprise, n°3, Mais 2013.

95-Emmanuel Glaser ,L'application du droit de la concurrence par les juridictions administratives et les juridictions financière, Actes de colloque sur le droit public de la concurrence et droit de la concurrence publique, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et centre pierre Mendès France, Paris, Octobre 2006 dispo/site :avocats-afac.org .

96- Frison Roche, Marie Anne, Ambition et efficacité de la régulation économique, Revue de droit bancaire et financier, n°6, Novembre 2010.

97-Hauser Jean, Lemouland Jean Jacques, Ordre public et bonnes mœurs, répertoire du droit civil, Janvier 2015, actualisation, Juin 2016.

98-Jean Bernard blaise, Ententes ,Répertoire de droit européen, Janvier 2016, Actualisation : Avril 2016,p 167 :www.dalloz.fr.lama.univ.

99- Jean Pierre Bouthoux, L'intérêt des consommateurs fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit français, in : concurrence et consommation, Dalloz, Paris, 1994.

100- Laure Allain Marie, Chambolle Claire, Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs, bilan et limites de trente ans de régulation, Revue française d'économie, la découverte, n°4, volum17.

101-Vignal Marie Malaurie, De l'incidence de la saisine d'une juridiction sur le recours de la procédure devant le conseil de la concurrence, la semaine juridique , entreprise et affaires, 24 Avril 2003, b°17, Lexis Nexis.

4- Encyclopédies :

102-Arhel pierre, Concentrations, Encyclopédie Rép-Gm, Dalloz, Avril 2005.

103- Bolze Christian, Concentration, recueil V° concentration, Rép- sociétés, Dalloz, Mars 1996.

104- Deplach Xavier, Les enquêtes simples de concurrence confortés, cons, const, 8 Juillet 2016, Dalloz actualité, 12 Septembre 2016.

105- Gavalda Christian, Abus de position dominante sur le marché de la vente des livres par clubs, recueil Dalloz, 1990.

106- Juris-classeur, concurrence, consommation, fasc 315, 1992.

107- La doctrine et l'interdiction per se, juris classeur, concurrence consommation, fax 295, pratique discriminatoires, contrôle direct des pratiques discriminatoires, cote 08, 1997.

108-Pascal Wilhelm, Lilia Ferchiche, Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles -procédure devant l'autorité de la concurrence,JurisClasseur Concurrence -Consommation,Fasc.381,2009 : www.Lexis360.fr.

109-Selimsky véronique, ententes illicites, Juris-classeur, concurrence et consommation, cote : 05, Lexis Nexis, 1992.

5-Documents :

110- Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations (procédure et analyse), direction générale de la concurrence, de la répression des fraudes, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, 2007.

111-Projet révisé de lignes directrices de l'autorité de la concurrence relatives aux contrôles des concentrations, 2013 :www.autoritedelaconcurrence.fr.

112- La dépenalisation de la vie des affaires, rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Janvier 2008 : www.ladocumentationfrancaise.fr.

6 - Dictionnaires :

113-T.Abi Fadel Philipe , Dictionnaire des termes juridiques ,Français- Arabe , Dictionnaire détaillé en droit, législation et économie , librairie du liban, publishers, 2004.

114-Jessua Claude, Labrousse Christian, Vitry Daniel, Dictionnaire des sciences économique, PUF, Paris 2001.

6- Sites Web :

115- www.mincommerce.dz.

116- www.conseil_concurrence.dz.

117- www.autoritedelaconcurrence.fr.

118- www.dalloz.fr.lana.univ-annu.fr/documentation.

119- www.legifrance.gouv.fr.

120- curia.europa.eu.

121- eur-lex.europa.eu.

122- www.unctad.org.

123- www.revuegeneraldudroit.eu.

فهرس المحتويات

2	مقدمة.....
11	البابالأول: أساس الحماية القانونية للسوق.....
12	الفصل الأول : منطلقات الحماية القانونية للسوق.....
12	المبحث الأول : مبدأ حرية التجارة والصناعة.....
13	المطلب الأول : إرساء مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر.....
13	الفرع الأول: مرحلة إنكار مبدأ حرية التجارة والصناعة
17	الفرع الثاني : مرحلة الاعتراف الضمني بمبدأ حرية التجارة والصناعة.....
19	الفرع الثالث : مرحلة التكريس الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة.....
20	المطلب الثاني : مكانة مبدأ حرية التجارة والصناعة.....
21	الفرع الأول : حدود مبدأ حرية التجارة والصناعة والقيود الواردة عليه.....
25	الفرع الثاني: مدى تفعيل الضمان الدستوري لمبدأ حرية التجارة والصناعة.....
27	المطلب الثالث: المبادئ المتفرعة عن مبدأ حرية التجارة والصناعة.....
27	الفرع الأول: مبدأ المنافسة الحرة.....
28	أولاً: مضمون مبدأ المنافسة الحرة
36	ثانياً: مكانة مبدأ المنافسة الحرة.....
43	الفرع الثاني: مبدأ حرية الأسعار.....
43	أولاً: تطور نظام الأسعار في الجزائر.....
47	ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الأسعار
48	1- التدابير المرتبطة بالحالات العادية.....
50	2- التدابير المرتبطة بالحالات الاستثنائية
53	المبحث الثاني: النظام العام الاقتصادي.....
53	المطلب الأول: نشأة فكرة النظام العام الاقتصادي.....
54	الفرع الأول: النظام العام وفق التصور الكلاسيكي
54	أولاً: مفهوم النظام العام وخصائصه.....
57	ثانياً: مجال النظام العام الكلاسيكي وهدفه.....
59	الفرع الثاني: انفصال فكرة النظام العام الاقتصادي عن النظام العام الكلاسيكي.....
60	أولاً: مفهوم النظام العام الاقتصادي
62	ثانياً: خصائص النظام العام الاقتصادي وأقسامه.....
64	ثالثاً: النظام العام الاقتصادي وقواعد حماية السوق

67	المطلب الثاني : النظام العام الاقتصادي بين البعدين : التنافسي والضبطي.....
68	الفرع الأول: قواعد المنافسة وقواعد الضبط من منظور مفهوم الضبط الاقتصادي.....
70	أولاً: اتساع "الضبط الاقتصادي" لقواعد المنافسة.....
70	1- المفهوم الواسع "للضبط الاقتصادي".....
70	أ- الضبط شكل جديد للتنظيم.....
71	ب- الضبط وظيفة ذو نزعة اقتصادية.....
72	2- بعض القواعد الضبطية ضمن قانون المنافسة
73	أ- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي.....
73	ب- الترخيص ببعض الممارسات المنافية للمنافسة.....
74	ج- الترخيص بعمليات التركيز الاقتصادي رغم تجاوزها الحد القانوني
74	د- التصريح بعدم التدخل بخصوص بعض الممارسات.....
79	ثانياً: تمييز قواعد المنافسة عن قواعد الضبط الاقتصادي.....
79	ثالثاً: موقف القانون الجزائري إزاء مدلول " الضبط الاقتصادي".....
84	الفرع الثاني: قواعد المنافسة وقواعد الضبط من منظور العلاقة بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية
85	أولاً: على مستوى الممارسات المنافية للمنافسة
88	ثانياً: على مستوى عمليات التركيز الاقتصادي
89	ثالثاً: ضبط العلاقة بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية
92	الفصل الثاني: مقومات الحماية القانونية للسوق (المعيار المادي).....
92	المبحث الأول: مدلول المعيار المادي والمفاهيم المرتبطة به.....
93	المطلب الأول: مدلول معيار المادي:(النشاط الاقتصادي).....
93	الفرع الأول: عناصر النشاط الاقتصادي (الإنتاج، التوزيع، الخدمات)
98	الفرع الثاني: تمييز النشاط الاقتصادي عن غيره من الأنشطة.....
98	أولاً: تمييز النشاط الاقتصادي عن العمل التجاري
101	ثانياً: تمييز النشاط الاقتصادي عن النشاط الاجتماعي
106	المطلب الثاني: مفهوم "المؤسسة" ضمن قانون المنافسة.....
107	الفرع الأول: المعايير التشريعية لتحديد مفهوم "المؤسسة".....
107	أولاً: معيار "النشاط الاقتصادي".....
111	ثانياً: معيار التكرار.....

112	الفرع الثاني: المعايير القضائية لتحديد مفهوم "المؤسسة".....
113	أولاً: الاستقلالية الاقتصادية للشركة التابعة.....
115	ثانياً: استقلالية الوكيل التجاري للمؤسسة.....
116	المطلب الثالث: مفهوم "السوق" ضمن قانون المنافسة.....
116	الفرع الأول: تعريف السوق المعنية وأهمية تحديدها.....
116	أولاً: تعريف السوق المعنية.....
120	ثانياً: أهمية تحديد "السوق المعنية".....
121	الفرع الثاني: تحديد السوق المعنية.....
121	أولاً: البعد السلعي للسوق.....
121	1- عوامل تقدير قابلية الطلب للإبدال.....
122	أ- مميزات السلعة أو الخدمة.....
123	ب- وظيفة المنتج أو الخدمة.....
123	ج- الأسعار.....
124	د- سلوك طالبي المنتج.....
124	هـ- مميزات العرض.....
125	و- خضوع المنتج لتنظيم قانوني.....
125	2- المناهج المعتمدة من قبل هيئات المنافسة من أجل تحديد "السوق المعنية".....
127	ثانياً: البعد الجغرافي للسوق.....
130	المبحث الثاني: نتائج إعمال المعيار المادي ونطاق تجاوزه.....
131	المطلب الأول: نتائج إعمال المعيار المادي (انعكاسات المعيار المادي على مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص).....
131	الفرع الأول: إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة.....
132	أولاً: خضوع الأشخاص العمومية لقواعد المنافسة تكريسا لمبدأ المساواة أمام قانون المنافسة.....
132	1- مضمون مبدأ المساواة أمام قانون المنافسة.....
138	2- تطبيق مبدأ المساواة أمام قانون المنافسة.....
140	ثانياً: مدى خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في حال ممارستها لصلاحيات السلطة العمومية أو قيامها بمهام المرفق العام.....
141	1- مضمون صلاحيات السلطة العمومية ومهام المرفق العام.....

143	2- حدود خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في إطار صلاحيات السلطة العمومية أو أداء مهام المرفق العام.....
150	3- موقف المشرع الجزائري من مسألة خضوع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة في إطار صلاحيات السلطة العمومية أو أداء مهام المرفق العام
152	الفرع الثاني: امتداد قانون المنافسة إلى الجمعيات.....
153	الفرع الثالث: امتداد قانون المنافسة إلى المنظمات المهنية.....
156	المطلب الثاني: نطاق تجاوز المعيار المادي (تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية).....
156	الفرع الأول: مدى انسجام الطبيعة القانونية للصفقات العمومية مع قانون المنافسة.....
156	أولا: مفهوم الصفقة العمومية وارتباطها بمبدأ المنافسة.....
159	ثانيا: ارتباط الصفقة العمومية بنشاط اقتصادي
159	الفرع الثاني: مجال تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية
160	أولا: الممارسات المرتكبة من قبل المعارضين المترشحين للصفقة.....
164	ثانيا: وجود علاقة للمشتري العمومي بالممارسات المرتكبة في إطار الصفقات العمومية.....
167	الفرع الثاني: حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.....
169	خلاصة الباب الأول.....
172	البايل الثاني: تجسيد الحماية القانونية للسوق.....
173	الفصل الأول: أشكال الحماية القانونية للسوق.....
173	المبحث الأول: الحماية القانونية للسوق من الممارسات المنافية للمنافسة (الحماية من سلوكات غير مشروعة).....
174	المطلب الأول: العنصر المادي في تقدير الممارسات المنافية للمنافسة.....
175	الفرع الأول: اتساع مضمون الاتفاقات المنافية للمنافسة
176	أولا: مفهوم الاتفاقات المنافية للمنافسة
182	ثانيا: تعدد الأشكال التي تتخذها الاتفاقات المنافية للمنافسة
183	1- الاتفاقات التي تتخذ شكلا قانونيا
183	أ- الاتفاقات التعاقدية
186	ب- الاتفاقات العضوية
187	2- الاتفاقات التي لا تتخذ شكلا قانونيا
190	3- الاتفاقات الأفقية والاتفاقات الرأسية

190	أ- الاتفاقات الأفقية.....
191	ب- الاتفاقات الرأسية
193	ثالثًا: مرونة إثبات الاتفاقات المنافية للمنافسة
195	الفرع الثاني: تعدد صور القوة الاقتصادية
195	أولًا: وضعية الهيمنة
196	1- مفهوم وضعية الهيمنة
198	2- معايير تقدير وضعية الهيمنة
198	أ- المعايير الكمية
201	ب- المعايير النوعية
202	3- أشكال الهيمنة
203	أ- الهيمنة الفردية.....
203	ب- الهيمنة الجماعية
204	ثانيًا: وضعية التبعية الاقتصادية
204	1- مفهوم وضعية التبعية الاقتصادية
205	أ- وجود علاقة تجارية بين مؤسستين
206	ب- انعدام الحل البديل
208	2- أشكال التبعية الاقتصادية
208	أ- تبعية الموزع للموّن
210	ب- تبعية المومون للعميل
211	ثالثًا: عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة
213	الفرع الثالث: الممارسات الاستثنائية.....
217	المطلب الثاني: ارتباط الممارسات المنافية للمنافسة بمعيار التأثير في السوق.....
217	الفرع الأول: ارتباط التأثير في السوق "بالتعسف".....
217	أولًا: مدلول "التعسف" ضمن قانون المنافسة
222	ثانيًا: الممارسات التعسفية المرتبطة بوضعية الهيمنة
222	1- الممارسات التعسفية الإقصائية
223	أ- الممارسات المتعلقة بالأسعار
225	ب- مراقبة أسعار إعادة البيع.....
225	ج- التعسف عن طريق منع التسهيلات الأساسية

226	د- التعسف عن طريق مراقبة العمليات الإنتاجية والتسويقية
227	2- الممارسات التعسفية الاستغلالية.....
229	ثالثًا: الممارسات التعسفية المرتبطة بوضعية التبعية الاقتصادية
229	1- رفض البيع دون مبرر شرعي
230	2- البيع المتلازم
230	3- البيع التمييزي
231	4- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا
231	5- إلزام بإعادة البيع بسعر أدنى
231	6 - قطع العلاقة التجارية
232	رابعًا: التعسف في إطار ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين.....
234	الفرع الثاني: ارتباط التأثير في السوق بموضوع أو أثر الممارسة المنافسة للمنافسة.....
234	أولًا: صور التأثير السلبي للاتفاقات المنافسة للمنافسة على السوق
235	1-الاتفاقات المتعلقة بالأسواق
235	أ -اتفاقات المقاطعة
235	ب- اتفاق اقتسام الأسواق.....
236	ج- اتفاقات القصر.....
237	2_الاتفاقات المنافسة للمنافسة في إطار الصفقات العمومية
239	3- اتفاقات تقييد الدخول إلى مهنة
239	4- شرط عدم المنافسة
240	5- الاتفاقات المتعلقة بالأسعار
241	6- الاتفاقات الخاصة بمراقبة الإنتاج أو التسويق.....
241	7- الاتفاقات إزاء الشركاء التجاريين
242	ثانياً: التأثير المفترض للممارسات الإستثنائية على السوق
242	الفرع الثالث: درجة المساس بالمنافسة في السوق
244	أولًا: اشتراط "المساس بالمنافسة" صراحة من قبل المشرع
244	1- المساس بالمنافسة والاتفاقات المنافسة للمنافسة
248	2- المساس بالمنافسة ووضعية التبعية الاقتصادية
250	3- المساس بالمنافسة والممارسات الإستثنائية
252	ثانياً: افتراض شرط المساس بالمنافسة

252	1- المساس بالمنافسة في إطار التعسف في وضعية الهيمنة
254	2- المساس بالمنافسة وممارسة أسعار مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين
257	المطلب الثالث : الاستثناءات الواردة على حظر الممارسات المناهضة للمنافسة
257	الفرع الأول: الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي
258	أولاً: وجود نص تشريعي
255	ثانياً: وجود نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً للنص التشريعي
261	ثالثاً: وجود علاقة مباشرة بين النص القانوني والممارسة المعنية
262	الفرع الثاني: الممارسات الخاضعة لترخيص مجلس المنافسة
263	أولاً: مضمون الاستثناء المتعلق بالتطور الاقتصادي والتقني
263	1- مضمون "التطور الاقتصادي والتقني"
265	2- العوامل المكتملة لمعيار "التطور الاقتصادي"
266	أ- حصول المستخدمين على جزء عادل من الفوائد المتعلقة بالتطور الاقتصادي
267	ب- ضرورة بلوغ "التطور الاقتصادي" درجة كافية لتبرير المساس بالمنافسة"
267	ج- ألا يتم استبعاد المنافسة بصفة كلية من السوق المعنية
268	ثانياً: تحسين القدرات التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة
269	ثالثاً: الضوابط الشكلية للاستثناءات الخاضعة للترخيص
	المبحث الثاني: الحماية القانونية للسوق من عمليات التركيز الاقتصادي غير
271	المشروعة (حماية السوق من كيانات غير مشروعة)
272	المطلب الأول: أشكال التركيز الاقتصادي
272	الفرع الأول: الاندماج بين المؤسسات
275	الفرع الثاني: إنشاء مؤسسة مشتركة
278	الفرع الثالث: الحصول على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات
279	أولاً: السيطرة الناتجة عن رأسمال وحقوق التصويت
281	ثانياً: السيطرة الناتجة عن امتلاك أصول في المؤسسة
282	ثالثاً: العلاقة التعاقدية كمصدر للسيطرة الحاسمة
283	رابعاً: وسائل أخرى للمراقبة
284	المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالتصدي لعمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة
285	الفرع الأول: مجال أعمال الحماية القانونية للسوق في إطار عمليات التركيز الاقتصادي
285	أولاً: وضعيات التركيز الاقتصادي المشمولة بأحكام الحماية القانونية للسوق

286ثانيا: تجاهل المشرع الجزائري متابعة عمليات التركيز الاقتصادي المرخص بها.....
289الفرع الثاني: الجزاء القانوني على عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة.....
289أولا: مضمون العقوبة الواردة في إطار عمليات التركيز الاقتصادي.....
290ثانيا: تقدير العقوبة بخصوص عمليات التركيز الاقتصادي غير المشروعة.....
2901-معايير تقدير العقوبة في إطار عمليات التركيز الاقتصادي.....
2912- مدى ضرورة البحث عن المساس بالمنافسة لتقدير العقوبة.....
294الفصل الثاني: آليات الحماية القانونية للسوق.....
295المبحث الأول: الاختصاص بنظر القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة (مجلس المنافسة).....
295المطلب الأول: مقتضيات إنشاء مجلس المنافسة وضمانات فعاليته.....
295الفرع الأول: مقتضيات إنشاء مجلس المنافسة.....
296أولا: خصوصية النظر في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة.....
298ثانيا: إزالة التجريم كمقتضى لإنشاء مجلس المنافسة.....
301الفرع الثاني: ضمانات فعالية مجلس المنافسة.....
301أولا: استقلالية مجلس المنافسة.....
303ثانيا: احترافية مجلس المنافسة كضمان لفعاليته.....
306المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بإخطار مجلس المنافسة.....
306الفرع الأول: تقديم الإخطار.....
306أولا: الأشخاص المؤهلة لتقديم الإخطار.....
3071-الأشخاص الممثلة للمصلحة العامة.....
307أ- الإخطار الوزاري.....
308ب- الإخطار الذاتي.....
3092- الأشخاص الممثلة لمصالح الجماعة.....
309أ- الجماعات المحلية.....
310ب- الجمعيات المهنية والنقابية.....
310ج- جمعيات المستهلكين.....
3113- المؤسسات.....
311ثانيا: شكل الإخطار.....
312الفرع الثاني: الفصل في الإخطار.....

312	أولاً: عدم قبول الإخطار
313	1- غياب شرطي المصلحة والصفة
314	2- عدم اختصاص المجلس
315	3- تقادم القضايا
315	ثانياً: رفض الإخطار
315	1- غياب العناصر المقنعة
316	2- الصلح
317	ثالثاً: قبول الإخطار
318	المبحث الثاني: التحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة والفصل فيها...
318	المطلب الأول: التحقيق في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة.....
319	الفرع الأول: التحقيقات الأولية.....
319	أولاً: الأشخاص المؤهلة للقيام بالتحقيقات الأولية
319	1- ضباط وأعاون الشرطة القضائية
320	2- المحققون التابعون لمجلس المنافسة
321	أ- المقرر العام
322	ب-المقررون.....
322	3- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة..
322	4- الأعاون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية
323	ثانياً: سلطات المحققين
323	1- فحص الوثائق
324	2- استلام الوثائق وحجز المستندات
324	3- سلطة الحصول على المعلومات الضرورية
324	4- سلطة سماع الأشخاص للحصول على المعلومات
325	5- الدخول إلى الأمكنة
326	6- تحرير محضر التحقيق.....
327	الفرع الثاني: التحقيق النهائي
327	أولاً : تبليغ المآخذ إلى الأشخاص المعنية.....
327	1- الأطراف المعنية
328	2- الوزير المكلف بالتجارة

328	3- الأطراف ذات المصلحة
328	ثانيا: إبداء الملاحظات المكتوبة.....
329	ثالثا: حدود ممارسة الحق في الاطلاع على ملف القضية.....
330	رابعا: اختتام التحقيق
331	1- المآخذ المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة.....
331	2- اقتراح القرار
332	3- اقتراح تدابير تنظيمية
333	المطلب الثاني: الفصل في القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة.....
334	الفرع الأول: إصدار القرارات.....
334	أولا: عقد الجلسات
336	ثانيا: المداولة في القضية
337	ثالثا: أنواع القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة
337	الفرع الثاني: الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة الخاصة بالممارسات المنافية للمنافسة.....
338	أولا: الجهة المختصة بنظر الطعن
341	ثانيا: تقديم الطعن.....
345	ثالثا: التدخل في الطعن والإلحاق به
345	1- التدخل الاختياري
345	2- الإلحاق التلقائي
346	رابعا: سلطات مجلس قضاء الجزائر بخصوص الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة
346	1- سلطة الإلغاء
348	2- سلطة التعديل
349	3- تأييد قرار مجلس المنافسة
349	المطلب الثالث: العقوبات الصادرة بشأن الممارسات المنافية للمنافسة.....
349	الفرع الأول: الأوامر الصادرة عن المجلس
350	أولا: أوامر الامتناع
351	ثانيا: أوامر التعديل
352	الفرع الثاني: العقوبات المالية
356	ثالثا: الإجراءات التفاوضية ومدى مساهمتها في تفعيل الحماية القانونية للسوق.....
356	1- إجراء التعهد (la procédure d'engagement)

356	2- إجراء الاعتراف بالمآخذ (la non contestation des griefs)
357 خلاصة الباب الثاني
360 خاتمة
368 قائمة المصادر والمراجع
389 فهرس المحتويات

ملخص

تبنى قانون المنافسة مفهوما للسوق يقترب من ناحية مضمونه من التعريف الاقتصادي لها، غاية ما في الأمر أن التعريف الاقتصادي يقتصر على وصف السوق بالمكان النظري الذي يلتقي فيه العرض والطلب حول منتج أو خدمة معينة ، فهي عند الاقتصاديين أداة تحليل وتقييم ، أما في نظر قانون المنافسة، فالسوق هي محل للحماية القانونية ما يعني ضرورة تحديدها بصفة دقيقة فهي كل سوق للسلع والخدمات المعنية بالممارسات المنافسة للمنافسة وكذا سوق السلع والخدمات البديلة.

فربط تعريف السوق بالممارسات المنافسة للمنافسة أمر طبيعي بالنظر إلى طبيعة العلاقة بين السوق وقانون المنافسة ؛ حيث لم تبرز الحاجة إلى تشريعات متعلقة بالمنافسة إلا بعد انتشار وضعيات الاحتكار والهيمنة والتعسف فيهما على اثر بروز أنواع من الأسواق تختلف عن سوق المنافسة التامة كنموذج مثالي ، وبالتالي فشل منطق "اليد الخفية" وما يستند إليه من قدرة السوق على حماية نفسها بنفسها وفق تصور الاقتصاديين الكلاسيك ، وفي الجزائر فان قانون المنافسة قد ظهر على اثر اعتماد مبدأ حرية التجارة والصناعة، وما يمكن أن يترتب عنه من مساس بالمنافسة بسبب تعدد المتعاملين.

غير أن تعويض عجز السوق بتدخل القانون مرهون نجاحه بمراعاة اعتبارات من قبيل توافر المرونة الكافية على صعيد النصوص الموضوعية والإجرائية حتى تستوعب ديناميكية السوق ، وهو ما حاول المشرع ضمن قانون المنافسة تجسيده عن طريق اعتماد المرونة في صياغة النصوص القانونية ، وإنشاء مجلس للمنافسة كسلطة إدارية مستقلة لمتابعة الممارسات المنافسة للمنافسة.

ومع ذلك، فان قواعد حماية السوق لم ترق من ناحية تطبيقها بعد إلى المستوى المطلوب، والأسباب قد نحصرها في عاملين هما :عامل أول يتعلق بعدم توفر البيئة الاقتصادية الملائمة ،فقواعد المنافسة في الجزائر نشأت وتطورت في سياق الانتقال من نموذج الاقتصاد المسير إلى نموذج الاقتصاد الحر،الذي لا تزال معالمه غير واضحة بعد، ما يجعل هذه القواعد في وضعية افتراضية ،وبدل الحديث عن الفعالية يصبح الحديث عن الفعالية (l'effectivité).

أما العامل الثاني ،فيتمثل في تواضع أداء مجلس المنافسة وافتقاده للاحترافية ،بالإضافة إلى استقلاليته الشكلية التي تجعله في تبعية للسلطة التنفيذية، في حين أن نجاح منظومة المنافسة ككل يتم قياسه من خلال الدور الايجابي والفعال لهيئة المنافسة.

وعليه تبقى مسألة فعالية قواعد حماية السوق مرتبطة بالتدخل لإجراء التغييرات اللازمة.

Résumé

Le marché chez les économistes se définit comme le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande sur un produit ou un service, ce dernier étant considéré comme un outil d'analyse et d'évaluation, le droit de la concurrence a adapté une définition du marché qui se rapproche de la définition économique, cependant, il fait référence aux pratiques anticoncurrentielles, il se définit ainsi comme « tout marché des biens ou services concernés par une pratique anticoncurrentielle ainsi que ceux que le consommateur considère comme identiques ou substituables », pour le droit de la concurrence le marché fait l'objet d'une protection juridique.

Cette relation entre le marché et les pratiques anticoncurrentielles semble logique ; la nécessité des législations sur la concurrence se fait sentir suite à l'échec de la théorie de « la main invisible » qui se traduit selon les économistes classiques par la capacité du marché de s'auto protéger, cet échec se traduit par l'émergence d'autres types de marchés différents de celui de « la concurrence pure et parfaite ». Ainsi l'émergence du droit de la concurrence en Algérie était le résultat de la liberté du commerce et de l'industrie.

Pour atteindre cet objectif de protection du marché, et pour qu'il s'adapte au caractère dynamique de ce dernier, le droit de la concurrence doit être souple et efficace, ce qui paraît être consacré par le législateur, notamment par la création du conseil de la concurrence, instance chargée de l'application des règles de la concurrence.

Cependant, l'existence de ces règles semble formelle en raison de deux facteurs essentiels: le premier a trait à l'absence d'un environnement économique qui représente la base de l'application du droit de la concurrence, ce qui nous amène à parler de l'effectivité de ses règles au lieu de leur efficacité. Le deuxième a trait au rôle modeste du conseil de la concurrence en raison de sa dépendance du pouvoir exécutif, ainsi que son manque de professionnalisme souhaité.

Ce qui nécessite sa prise en considération.

Abstract

For the economists the market is defined as the theoretical place where forces of demand and supply operate for goods or services. They consider the market as a tool of analysis and evaluation; competition law has adopted a definition close to the economic one, yet it refers to anti-competition practices. Therefore, it is defined as any market of goods or services concerned with anti-competition practices. For the competition law, the market is the object of its judicial protection which means the necessity to define it in a very precise way; it is any market for goods and services concerned with the anti-competition practices in addition to the goods market and alternative services.

This relation between the market and the anti-competition practices seems logical; the necessity for legislations about the competition was a result of the failure of the theory of the "hidden hand" which according to the classical economists refers to the conception that market protects itself by itself. This failure is displayed through the emergence of other types of market different from market of 'pure and perfect' competition. In Algeria, the appearance of the competition law was byproduct of the freedom of commerce and industry.

To attain the objective of protection market, and to adapt to its dynamic characteristics, the competition law has to be flexible and effective. The legislator, therefore, has attempted to realize this objective through the

competition law mainly through the creation of the competition council, as an independent administrative authority, to trace the anti-competition practice.

However, the rules of the protection market have not reached the required level. This is due to two main factors: the first attributable to the absence of the appropriate economic environment; in Algeria the rules of competition were initiated and developed in a given context, that is of the transition from the command economy model to that of the free economy, which still not well determined , which leads us to talk about the effectiveness instead of efficiency. The second factor owing to the modest role played by the competition council because of its dependence to the executive authority and the lack of its professionalism.

The issue of the rules of protection market is related to the right intervention to bring the necessary changes.

الكلمات المفتاحية

قانون المنافسة – الممارسات المنافسة للمنافسة – الحماية القانونية – السوق المعنية –
مجلس المنافسة.

Les mots clefs

Le droit de la concurrence - les pratiques anticoncurrentielles - la protection juridique - le marché concerné - le conseil de la concurrence.

Key words

Competition law –Anti-Competitive practices – legal protection – relevant market – competition council.