

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: قانون

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د. زوايميه رشيد

من إعداد الطالبة:
قوسم غالية

لجنة المناقشة:

أ.د. كتو محمد الشريف، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيساً
أ.د. زوايميه رشيد، أستاذ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.....مشرفاً ومقرراً
د. آيت منصور كمال، أستاذ محاضر "أ"، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.....ممتحناً
د. إرزيل الكاهنة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة
د. عيساوي محمد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة.....ممتحناً
د. آيت وازو زائنة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 31 ماي 2016

□ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ① خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ②
اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ③ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ④ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ
يَعْلَمْ ⑤ ﴾

- صدق الله العظيم -

الآيات (1 و2 و3 و4 و5) من سورة العلق

كلمة شكر

أتقدم بشكري الخالص إلى أساتذتي في جميع
مراحل دراستي ولاسيما:

الأستاذ المحترم "زوايمه رشيد" المتبحر في العلوم
القانونية، وكـم تشبعتُ من منهلـه الفياض وسقيت بمياهه
العذبة شجرة أطروحتي التي أرجو أن تبلغ الهدف
المنشود.

الأستاذ المحترم "كتو محمد الشريف" الذي غرس
في شخصي حبّ مادة "قانون المنافسة".
وأيضاً بقية الأساتذة المحترمين الذين درستُ على
يدهم خلال تحضيرتي لشهادتي اليسانس والماجستير.
دون أن يفوتني التعبير عن خالص الشكر والعرفان
لأعضاء لجنة مناقشة أطروحة الدكتوراه.
غـالـية

الإهداء

إلى كلا والدي الحبيين،

إلى روح أمي الطاهرة الزكية، التي غمرتني بحبها وحنانها وعلمتني الصبر
والمثابرة ورفع الرأس أمام العقبات، نسأل المولى عز وجل أن يتغمّد روحها
الطيبة برحمته الواسعة وأن يُسكنها فسيح جنانه

« اللهم اجعل أُمي ممن تقول لها النار أعبري فإن نورك أطفئ
ناري وتقول لها الجنة أقبلي فقد اشتقت إليك قبل أن أراك »

إلى أبي العزيز الذي روائي بحبته وعطفه ودعمه المعنوي والمادي من
مطلع فجر حياتي وفي كل لحظات عمري، أطال الله تعالى في عمره
إلى زوجي الغالي، رفيق دربي الذي مكث دوماً إلى جنبي والذي رغم
انشغالاته ومسؤولياته، لم يخل عليّ بدعمه طيلة فترة إنجاز هذه الأطروحة

إلى قرّتي عيني، فلذتي كبدي، بنتاي "منال" و"ماريا"

وكذا إلى جميع أفراد عائلة زوجي

إلى إخوتي وأخواتي، كلّ باسمه وأزواجهم وأبنائهم الأعزاء

إلى أصدقائي وصديقاتي، خاصة صديقتي "مليكة" التي أعتبرها كأخت
لي

إلى زملائي وزميلاتي الأساتذة المحترمين

وإلى كل من ساهم بطريقة مباشرة أو غير
مباشرة في هذا العمل المتواضع

غالية

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص : الصفحة

ص.ص. : من الصفحة إلى الصفحة

م : ميلادي

ثانياً: باللغة الفرنسية

A.A.I : Autorités Administratives Indépendantes

ADSL : Asymmetrical Digital Subscriber Line (ligne d'abonné numérique à débit asymétrique)

Aff. : Affaire

AJDA : Actualité Juridique de Droit Administratif

ARCEP : Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (France)

ARPT : Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications (Algérie)

Art. : Article

ART. : Autorité de Régulation des Télécommunications (actuellement ARCEP)

AT : Algérie Télécom

Aut. conc : Autorité de la concurrence

BOC : Bulletin Officiel de la Concurrence (Algérie)

BOCCRF : Bulletin Officiel de Concurrence, de la Consommation et de Répression des Fraudes

c/ : Contre

CA Paris : Cour d'Appel de Paris

Cass. com. : Cour de Cassation, chambre commerciale

Cass. crim. : Cour de Cassation, chambre criminelle

CE : Conseil d'État

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CNES : Conseil National Économique et Social

CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement

Comm. CE : Commission des Communautés Européennes

Comm. conc. : Commission de la Concurrence

Comm. tech. E.P.D : Commission technique des Ententes et des Positions Dominantes

Comm. UE : Commission de l'Union Européenne
Cons. conc. : Conseil de la Concurrence
CRE : Commission de Régulation de l'Énergie
DGCCRF : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et la Répression des Fraudes
DGTPE : Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique
E.N.I.E : Entreprise Nationale des Industries Électroniques
EMS : Éditions Management et Société
Fasc. : Fascicule
Ibid : ibidem (à l'endroit indiqué dans la précédente citation)
JCP : Juris-Classeur Périodique (la Semaine Juridique)
JLD : Juge des Libertés et de la Détention
JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes
JORA : Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire
JORF : Journal Officiel de la République Française
JOUE : Journal Officiel de l'Union Européenne
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches
LAMETA : Laboratoire Montpelliérain d'Économie Théorique et Appliquée
Litec : Librairies techniques
LME : Loi de Modernisation de l'Économie
Loi NRE : Loi sur les Nouvelles Régulations Économiques
micro-PAC : micro-Pratiques anticoncurrentielles
N° : Numéro
OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Économique
OMC : Organisation Mondiale du Commerce
Op. cit. : Référence précédemment citée
Ord. : Ordonnance
OTA : Orascom Télécom Algérie
p. : Page
PUF : Presses Universitaires de France
PDF : Le Portable Document Format
pp. : Pages
préc. : Précité
Pt. : Point
Rec. : Recueil
Rép. com. : Répertoire de droit commercial
RIC : Réseau International de la Concurrence
RTD. com. : Revue Trimestrielle de Droit Commercial
RTD.eur : Revue Trimestrielle de Droit Européen
SIEG : Services d'Intérêt Économique Général

Sté. : Société

TC : Tribunal des Conflits

TA. de Lille : Tribunal Administratif de Lille

TCE : Traité instituant la Communauté Européenne

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

TPICE : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes

TPIUE : Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne

WMP : Windows Media Player

مقدمة

من بين الوسائل القانونية للانتقال من الاقتصاد المسير إلى اقتصاد السوق، نجد قانون المنافسة باعتباره « مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم التنافس بين الأعوان الاقتصاديين في البحث والحفاظ على الزبائن »⁽¹⁾. تطوّر المفهوم القانوني للمنافسة مع ظهور قانون الأعمال الذي وضع نظاما عاما في مجال الأعمال توطيدا للنظام العام الاقتصادي. ولما كانت الأعمال مجالا للمساس بالمنافسة، كان لابدّ من إيجاد الوسائل القانونية والضوابط الناجعة لتحقيق نظام اقتصادي يحافظ على القيم التنافسية وينميها. ذلك أنّ المنافسة ليست مجرد البحث عن المراكز المهيمنة في السوق بزيادة الإنتاج وتحسينه وتغيير نمطه وتطوير أساليب تسويقه، بل لابدّ من الارتكاز في ذلك على قيود وقواعد قانونية تنظّم ممارسة النشاط التنافسي بالطرق الشرعية، ولابدّ من وجود بنیان قانوني يحمي ضعفاء السوق من أقويائها الذين يستغلّون وضعيتهم المهيمنة بصفة تعسّفية.

ففي الجزائر، لم تحض المنافسة بهذا الاهتمام بسبب النظام الاقتصادي الذي كانت تنتهجه بلادنا، وهو نظام الاقتصاد الموجّه، والذي ظلّت الجزائر منتهجة له إلى غاية أواخر الثمانينات، حيث قرّرت تغيير سياستها الاقتصادية واتّباع اتجاه يكرّس مبدأ حرية التجارة والصناعة، وتجلّت هذه النية بصفة تمهيدية في دستور 1989 الذي أقرّ مبدأ حرية التملّك ومهدّ به لإرساء نظام اقتصادي حرّ⁽²⁾.

وأول قانون اهتم بالمنافسة هو القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار الذي نص على بعض الممارسات المنافية للمنافسة وبيّن عدم مشروعيتها وجوازها، ومن بينها التعسّف في وضعية الهيمنة وذلك في المادة 27 منه⁽³⁾، والذي هو موضوع دراستنا. ولم يكن هذا القانون يهدف بصفة صريحة من وراء نصوصه إلى حماية المنافسة، ولكن إن لم يكن يتلاءم في هذه الأحكام تماما مع الواقع الاقتصادي السائد في تلك الفترة، إلّا أنّنا نلمس فيه رغبة في خلق جوّ المنافسة.

وقد تمّ التأكيد على نية التوجّه نحو نظام اقتصادي حرّ بصفة واضحة عندما تقرّر إلغاء هذا القانون واستبداله بالأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، والذي جاء بهدف تنظيم المنافسة الحرّة وترقيتها وتحديد قواعد

¹ - BENNADJI Chérif, « Le droit de la concurrence en Algérie », Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n° 3, 2000, p. 143.

² - مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر.ج. عدد 09، الصادر في أول مارس 1989.

³ - قانون رقم 89-12 مؤرخ في 05 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج.ر.ج. عدد 29، الصادر في 19 جويلية 1989.

حمايتها⁽¹⁾، إذ يعتبر هذا الأمر أول نصّ يكرّس مبدأ حريّة المنافسة في الجزائر، أي جاء بآليات قانونية وفنية لحماية المنافسة ومنها مجلس المنافسة، منع التعسّف في وضعيّة الهيمنة على السّوق باعتباره ممارسة منافية للمنافسة، وذلك من خلال المادة 07 منه.

واستقرّت بصفة نهائية الرغبة في انتهاج نظام اقتصاد السّوق بتكريس مبدأ حريّة التجارة والصناعة في دستور 1996، والذي نص في المادة 37 منه على ما يلي:

« حريّة التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون »⁽²⁾.

جاء الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة حاملا لنقائص وثغرات لم ينتبه لها واضعوه إلّا بعد وضعه حيّز التنفيذ لمُدّة تزيد عن (08) سنوات، تمكّنت الجزائر من خلالها قطع مرحلة مهمة في مجال المنافسة الحرّة. لذا سنّ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، والذي تضمّن حظر كل تعسّف ناتج عن وضعيّة هيمنة على السّوق أو على جزء منها في المادة 07 منه.

وتتمثّل الدوافع الأساسية التي تبرّر تبني الأمر رقم 03-03، السالف الذكر، في:

- فصل القواعد المتعلقة بالمنافسة (اتفاقات واتفاقيات غير شرعية والتعسّفات في وضعيّة الهيمنة) بالتي ترتبط بالممارسات التجارية؛

- ضرورة الحدّ من الطابع القمعي لتشريعنا ووضع ميكانيزمات المشاورة التي تشجّع التشاور والتعاون ما بين إدارة التجارة، مجلس المنافسة والمؤسسات، بهدف تأقلم هذه الأخيرة بالتزامات السير التنافسي للسّوق وكذا خلق ثقافة المنافسة؛

- ضرورة إعادة تشكيل مجلس المنافسة، وذلك بغرض منحه دورا أكثر ديناميكية لضبط السّوق وترقية المنافسة، إذ أنّه يمثّل الضابط الرئيسي للسّوق؛

¹ - راجع المادة 01 من الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 09، الصادر في 22 فيفري 1995 الملغى بموجب الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم على التوالي بموجب القانونين التاليين:

- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر.ج. عدد 36، الصادر في 02 جويلية 2008.

- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

² - مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج. عدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج. عدد 25، الصادر في 14 أفريل 2002، ثمّ بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008.

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003 (معدل ومتمم).

- المتطلبات التي يفرضها اندماج الجزائر في الاقتصاد الجهوي (الاتحاد الأوروبي) والدولي [المنظمة العالمية للتجارة (OMC)] الذي يستلزم عصرنه وتكييف التشريع الوطني فيما يخص المنافسة. إذ أدرك المشرع الجزائري أنّ إنتاج الثروة وتراكمها وتحسين مستوى معيشة المواطن لا يكمن في اتباع نمط الاقتصاد المغلق والمعزول عن المحيط الخارجي الدولي المتطور في مجال التنمية الاقتصادية والتجارية، ووفقا لمبادئ حرية المنافسة في الإنتاج والتوزيع وأداء الخدمات.

ومن أجل ذلك، صادقت الجزائر على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بينها (الجزائر) من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى⁽¹⁾، بحيث يسمح هذا الإطار (الاتفاق الأوروبي المتوسطي) بانسجام تشريعها المتعلق بالمنافسة مع القواعد الأوروبية للمنافسة، مثلما هو الأمر فيما يخص حظر التعسف في وضعية الهيمنة موضوع دراستنا⁽²⁾. كما يهدف هذا الاتفاق إلى وضع إطار تعاون بين مجلس المنافسة والسلطات الأجنبية قصد ضمان التطبيق الفعال للتشريعات الوطنية والأجنبية، وتطوير علاقات التشاور وتبادل المعلومات بين المؤسستين، وهذا احتراما للقواعد المرتبطة بالسيادة الوطنية والنظام العام الداخلي والاحترام المهني.

تتمثل الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع لدراسته في:

- إنّ حماية المنافسة، كما قال الأستاذ "حسين الماحي": «لا يمكنها أن تحلق فوق سوق تنافسية إلاّ بجناحين: تنظيم المنافسة وحظر الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة»⁽³⁾.

- تعتبر ممارسة التعسفات في وضعية الهيمنة من أهمّ الممارسات المخلة بالمنافسة، والتي تركّز أغلب تشريعات المنافسة المعمول بها دوليا على مقاومتها والتصدي لها، وهذا نظرا للآثار السلبية لهذه السلوكات على توازن السوق ونجاعة أداء الاقتصاد.

- كما أنّ غياب ثقافة المنافسة والسلوك التنافسي لدى المؤسسات الاقتصادية وانعدام المزاحمة التجارية الحقيقية بينها، وجهلها لقواعد التنافس الصحيح، وعدم إدراك أنّ خطورة التعسف في وضعية الهيمنة المعرقل لحرية التنافس على النشاط الاقتصادي، سيعرقل أكثر العمل بقواعد قانون المنافسة ويمنع التطبيق الفعلي لها.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج.ر.ج. عدد 31، الصادر في 30 أبريل 2005.

² - راجع المادة 41/1-ب) من الاتفاق الأوروبي المتوسطي السابق ذكره.

³ - «تتصرف الأحكام المتعلقة بتنظيم المنافسة إلى أعمال أو اتفاقات مشروعة في ذاتها، بموجب مبدأ حرية التجارة، إلا أنّ هذه الأعمال أو الاتفاقات تقيد من قواعد المنافسة الحرة بين المؤسسات، وتخل بقواعد النظام العام الاقتصادي»، حسين الماحي، تنظيم المنافسة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 9 وص 12 وص 13.

وبذلك، تسمح هذه الدراسة بكل تواضع بالمعرفة الحديثة للقواعد القانونية الخاصة بالتعسف في وضعية الهيمنة، خاصة أن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة عدل وثمّ مرتين بموجب القانونين التاليين: القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010⁽¹⁾.

كما أنه تم إصدار كل من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره⁽²⁾، والرسوم التنفيذية رقم 11-242 المتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة والمحدد لمضمونها وكذا بكيفيات إعدادها⁽³⁾.

وعلاوة على ذلك، قام مجلس المنافسة بإعداد نظامه الداخلي ونشره في النشرة الرسمية للمنافسة⁽⁴⁾.

كما أن الأمر رقم 03-03 السالف الذكر يندرج فيه نصّ يتضمن إجراء وقائي متمثل في التصريح بعدم التدخل⁽⁵⁾، والذي من خلاله تستطيع المؤسسات التي يحتمل أن تكون تصرفاتها غير مطابقة لقواعد ومبادئ المنافسة، بما فيها مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة المنصوص عليه في المادة 07 من الأمر السابق ذكره⁽⁶⁾، أن تطلب من مجلس المنافسة التحقق من أن الممارسة التي ترغب في وضعها حيّز التنفيذ مطابقة للقانون، وتستفيد بذلك من التصريح بعدم التدخل.

وبناءً على ذلك، صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق⁽⁷⁾.

- كما أننا سنسعى من وراء هذه الدراسة إلى وقاية الأعوان الاقتصاديين والخواص من التعسف في وضعية الهيمنة في السوق، وذلك بتوضيح الحدود التي تفرضها عليهم عملية المنافسة الحرة في اقتصاد السوق وكذا تحديد وسائل وطرق الطعن التي يتمتع بها ضحايا التعسف، وكذلك حقوق الدفاع التي يمكن أن تستند إليها

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم على التوالي بموجب القانونين التاليين:

- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

² - مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر.ج. عدد 39، الصادر في 13 جويلية 2011.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 11-242 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة ويحدد مضمونها وكذا كيفيات إعدادها، ج.ر.ج. عدد 39، الصادر في 13 جويلية 2011.

⁴ - قرار رقم 01، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، عدد 03، 2014،

ص.ص. 4 - 12؛ www.conseil-concurrence.dz/

⁵ - راجع المادة 08 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁶ - أنظر المادة 07 من الأمر نفسه.

⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج.ر.ج. عدد 35، الصادر في 18 ماي 2005.

الأشخاص المعنية بهذا التعسف، إذ حدّد المشرّع الجزائري شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين⁽¹⁾.

لذا، نجد من آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، تكريس مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة، وذلك من أجل 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.

يؤدّي تكيف الممارسة بالتعسف في وضعية الهيمنة إلى تحقيقات موجّهة لمعاينة العناصر المشكّلة له وإلى متابعات تهدف، حسب الحالة، إلى إعادة سريان المنافسة في الأسواق أو لتطبيق ردع إداري اتجاه فاعليها، أو إلى استخلاص آثار تستدعي عقابها على الصعيد المدني.

هذا، وقد قمنا بدراسة موقف قانون المنافسة الجزائري من موضوع التعسف في وضعية الهيمنة على السوق على ضوء التجربة الفرنسية في هذا المجال، وذلك نظرا للثراء التشريعي والقضائي والفقهية لهذه التجربة، إذ يُعدّ القانون الفرنسي من القوانين العتيقة في مجال تنظيم المنافسة، ومن ثمّ فإنّ دراسته تُعدّ أمرا ضروريا لفهم القانون الجزائري والذي استقى، كما سنرى، معظم أحكامه من هذا القانون، إذ استلهم مفاهيمه (القانون الجزائري) والمعايير الخاصة بمكافحة هذا التعسف منه (القانون الفرنسي).

علاوة على ذلك، تجب الإشارة إلى أنّ دراسة القانون الفرنسي في مجال حرية المنافسة ومكافحة التعسف في وضعية الهيمنة المقيد لها لا يجب أن يقتصر على دراسة النصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة الواردة في التقنين التجاري الفرنسي، وإنّما يجب أن تمتد إلى دراسة القانون الأوروبي في المجال نفسه، فعندما تنثور منازعة متعلّقة بالتعسف في وضعية الهيمنة، فإنّ القاضي الفرنسي يجب أن يأخذ في حسابه ليس فقط قواعد القانون الوطني، وإنّما أيضا قواعد القانون الأوروبي هذا من جهة⁽²⁾. ومن جهة أخرى، تأثّر المشرّع الجزائري كذلك بالقانون الأوروبي في مجال حرية المنافسة ومكافحة التعسف محل الدراسة.

إنّ الوسيلة التي تُمكن من مكافحة السلوكات التعسّفية لمؤسسة ما، وعلى أحسن ما يرام، هي الضّغط التنافسي. إذا كانت مؤسسة معرّضة لخطر فقدان زبائنّها لصالح منافس، فإنّها تحتاط بعدم القيام بسلوكات تعسّفية تجاههم. وبالنّتيجة، فأفضل وقاية من التعسّفات هي ضمان وجود منافسة فعّالة. غير أنّه، في حالة ما

¹ - راجع المادة 01 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - ولمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص. 13 - 17.

إذا تواجدت مؤسسة في وضعية هيمنة، فإنّ منافسيها غير أقوياء بما فيه الكفاية ليمنعوها من استغلال سلطتها الاقتصادية، وأنّ الضّغط التنافسي المُمارَس من قبل هؤلاء ليس كافيا لمنع التعسّفات المحتملة من هذه الأخيرة. إنّ الحظر القانوني للتعسّف في وضعية الهيمنة جدير بمعالجة ومجابهة الأخطار التي تنجم عن هذه الحالة. ويجب التأكيد على أنّه ليست وضعية الهيمنة هي الممنوعة بذاتها. وفعلا، يُمكن لهذه الأخيرة أن تكون نتيجة للخدمات الجيدة المُقدّمة في سوق المؤسسة التي رفعت تدريجيا حصصها في السوق. لا يُدين إذن قانون المنافسة وضعية الهيمنة بحدّ ذاتها، لكن يُدين فقط الاستعمال التعسفي لتلك الوضعية. وفي هذا الإطار، تُعوّض، وعلى الأقل جزئيا، الرقابة الطبيعية لسلوك مؤسسة من خلال الضّغط التنافسي المُمارَس من قبل منافسيها بالرقابة القانونية للتعسّفات. وعلى هذا النّحو، تخضع المؤسسات المهيمنة لقواعد أكثر صرامة، خلافا للمؤسسات الأخرى، بهدف تحديد مجالها العملي. وبذلك، فإنّنا نتساءل عن ما مدى فعالية المنظومة القانونية المتعلقة بحظر التعسّف في وضعية الهيمنة في الجزائر ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نتضمّن منهجية بحثنا القيام بدراسة القواعد القانونية المتعلقة بحظر التعسّف في وضعية الهيمنة من النّاحية الموضوعية (الباب الأوّل)، ثمّ من الناحية الإجرائية (الباب الثّاني).

الباب الأول

القواعد القانونية

المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة

من الناحية الموضوعية

يتعارض الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية مهيمنة على كافة إقليم المجموعة الأوروبية أو جزء هام منه وعلى كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه مع السير الحسن لاتفاق الشراكة المبرم بينهما، طالما أنّ من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر، وذلك طبقا للمادة 41/1-ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية⁽¹⁾.

ففي الجزائر وبموجب أحكام المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإنّه:

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحدّ من الدخول في السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها،

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،

- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين،

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها،

- 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⁽²⁾.

أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي، أكدت المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي

(article 102 du TFUE) صراحة على منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق الداخلية أو على

جزء جوهري منها⁽³⁾.

وفي فرنسا، نصّت المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري على أنّه:

¹ - مرسوم رئاسي رقم 159-05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

² - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - L'article 102,1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ex-art. 82 TCE) dispose :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci » ; Version consolidée du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, JOUE n° C326 du 26 octobre 2012 ; www.eur-lex.europa.eu/

« يمنع، في الشروط المنصوص عليها في المادة L.420-1، الاستغلال التعسفي من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات لوضعية هيمنة على السوق الداخلية أو جزء جوهري منها.

يمكن أن تتجسد هذه التعسفات خصوصا في رفض البيع، البيوع المترابطة أو شروط بيع تمييزية وكذلك في قطع العلاقات التجارية القائمة، لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة»⁽¹⁾.

يتبين من خلال أحكام المواد السالفة الذكر، أنه لتقرير الحظر على التصرفات التعسفية الناتجة عن وضعية الهيمنة يجب أن تحوز المؤسسة الاقتصادية وضعية هيمنة في السوق (الفصل الأول)، وقيام هذه الأخيرة بإساءة استغلال هذه الوضعية عن طريق ممارسات تعسفية (الفصل الثاني).

¹ - L'article L.420-2,1 du code de commerce français dispose :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de ventes liées ou en conditions de vente discriminatrices ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées » ; www.legifrance.gouv.fr/

الفصل الأول

وجود وضعية الهيمنة في السوق

انطلاقاً من نصوص المواد المذكورة آنفاً، نلاحظ أنه ليست وضعية الهيمنة هي الممنوعة، وإنما التعسف في تلك الوضعية، لأنّ المركز المهيمن هو الهدف الذي يسعى المتنافسون الوصول إليه داخل السوق إنّ المركز المهيمن (المسيطر) هو اصطلاح أرساه المشرّع الأوروبي في المادة 86 من اتفاقية السوق الأوروبية لسنة 1957، ومن ثم اشنته التشريعات الوطنية للدول الأعضاء. وهو اصطلاح يعبر عن المركز المحتكر في التشريع الأمريكي (المادة 02 من قانون شيرمان)، إلا أنّ المركز المهيمن أسهل الوصول إليه أو تحقق شروطه من المركز المحتكر.

لا حظر على الوصول إلى المركز المهيمن في السوق باتباع المنافسة الشريفة، بل يكمن الحظر أولاً، في الوصول إلى ذلك المركز من خلال أعمال المنافسة غير المشروعة أو ثانياً إساءة استغلال المركز المهيمن حتّى ولو تمّ الوصول إليه بوسائل مشروعة⁽¹⁾.

إذن قبل البحث عن وجود وضعية التعسف أم لا، يجب التأكد أولاً من وجود وضعية الهيمنة، فهذه الأخيرة شرط مفترض لتحقيق التعسف في تلك الوضعية.

ومن أجل ذلك يجب علينا تحديد مفهوم وضعية الهيمنة (المبحث الأول)، وللحكم بوجود أو عدم وجود تعسف في وضعية الهيمنة، من المهم معرفة حالة السوق أين تمارس فيه الممارسة: فتحليل السوق المعنية هو الخطوة الأولى لمجلس المنافسة حينما يقوم بدراسة وضعية التنافسية في القطاع المعني.

فللتحقق ممّا إذا كانت المؤسسة الاقتصادية تتواجد في وضعية هيمنة على السوق (المبحث الثاني)، فلا بد من أجل ذلك تحديد السوق المرجعية التي تتواجد فيها وضعية الهيمنة، بعدها ينبغي التحقق من مدى توفر المعايير التي تبين أنّ المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق، علماً أنّه لتحديد وضعية الهيمنة هناك صيغتين متعارضتين. فوفقاً للصيغة الستاتيكية "une conception statique"، فإنه تحدّد وضعية الهيمنة تبعاً لحصص السوق وبالتالي يكون التحليل من الناحية الهيكلية للسوق. وبالعكس، فوفقاً للصيغة الديناميكية "une conception dynamique"، فإنه تحدّد وضعية الهيمنة تبعاً لسلطة السوق «pouvoir de marché» والتي تحدّد باللجوء إلى مجموعة من المؤشرات «un faisceau d'indices»⁽²⁾. وأخيراً نتوصل إلى مدى إلزامية توفر عنصر وضعية الهيمنة كشرط أولي لتحقيق التعسف في وضعية الهيمنة.

¹ - أحمد عبد الرحمن الملحم، «مدى تقييد عقد القصر للمنافسة الرأسية، دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الأمريكي والأوروبي مع العناية بالوضع في الكويت»، مجلة الحقوق، عدد 1، الكويت، 1996، ص 13.

² - Anne-Sophie CHONÉ, «Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce)», Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 560, 5 octobre 2010, p. 03.

المبحث الأول: مفهوم وضعية الهيمنة

يطرح تحديد مفهوم وضعية الهيمنة بعد ذاته ثلاث مسائل، تتمثل أولها في التطرق إلى ماهية وضعية الهيمنة باعتبارها شرط إلزامي ومسبق لتحقيق التعسف في وضعية الهيمنة على السوق والمعاقب عليه وفقا للمادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) والمادة 1/41-ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، والمادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي والتي يقابلها نص المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (المطلب الأول). وتتمثل ثانيها في تحديد مجال تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة وذلك من حيث قطاعات النشاط المعنية أي التطبيق المادي لتلك القواعد ومن حيث الأشخاص الذين بإمكانهم حيازة وضعية الهيمنة، وبذلك يعتبرون معنيون بالحظر المنصوص عليه في المواد المذكورة أعلاه (المطلب الثاني). أما ثالثها، فتتمثل في مسألة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، إذ أن رغم عدم خضوع الأشخاص العامة أو الأشخاص المكلفة بخدمة عامة والتي تستخدم امتيازات السلطة العامة لأحكام قانون المنافسة، إلا أن عدم الخضوع هذا لا يجب أن يقودنا إلى القول بأن كل التصرفات التي يقوم بها هؤلاء الأشخاص تكون بمنأى، بصفة كلية، عن تطبيق قواعد قانون المنافسة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية وضعية الهيمنة

بما أننا نعالج التعسف في وضعية الهيمنة، فإن الأمر يقتضي بطبيعة الحال تعريف وضعية الهيمنة، إذ أنه قد تقوم مؤسسة أو أكثر والتي تتمتع بوضعية هيمنة في سوق ما، بمجموعة من الممارسات التي تشكل الاستغلال التعسفي لوضعيتها المهيمنة، ويكون منطلق هذا الاستغلال ما تتمتع به من قوة اقتصادية تجعلها قادرة على اتخاذ قرارات فردية وبناء استراتيجيتها التجارية دون أن تأخذ في اعتبارها ردود أفعال منافسيها (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نتناول تمييز وضعية الهيمنة

عما قد تشبه به من مفاهيم قانونية أخرى (الفرع الثاني). وأخيرا، نتطرق لتحديد أشكال حيازة تلك الوضعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف وضعية الهيمنة

على خلاف المشرع الجزائري، لم يقدم المشرع الفرنسي ولا المشرع الأوروبي أي تعريف لوضعية الهيمنة. إن وضعية الهيمنة ليست محظورة في ذاتها. إلا أن حيازة المؤسسة لتلك الوضعية تجعلها تحمل على عاتقها مسؤولية خاصة والمتمثلة في عدم الإخلال بالمنافسة في السوق المعنية. حاليا، يتم تحليل وضعية الهيمنة بمصطلحات "سلطة السوق"، إذ تحتل المؤسسة وضعية الهيمنة حينما تتمتع بسلطة في السوق التي تمنح لها استقلالية السلوكات على السوق البارزة.

وبمراجعة التعريفات المقدمة من طرف كل من الاقتصاديين وبعض الهيئات الأوروبية والفرنسية المعنية بالمنافسة، وفي الأخير تعريف المشرع ومجلس المنافسة الجزائريين، نجد أنها تأثرت بهذا التعريف أو ذاك والتي سنقوم بدورها بتقديمها.

أولاً: وجهة نظر الاقتصاديين

بالنسبة للاقتصاديين، يتم تعريف الهيمنة بالرجوع إلى مفهوم سلطة السوق التي يتم دراستها مسبقاً، أكثر من ذلك، تتمتع أو تحتل مؤسسة وضعياً هيمنة على السوق المرجعية المعطى إذا كان بإمكانها أن تتصرف باستقلالية فيه عن منافسيها بدرجة مهمة، وإذا كانت تحتل سلطة جوهرية في السوق⁽¹⁾.

ثانياً: موقف بعض الهيئات الأوروبية المعنية بالمنافسة

سنعرض التعريفات المقدمة من طرف محكمة العدل للمجموعات الأوروبية (حاليا محكمة العدل للاتحاد الأوروبي) ولجنة المجموعات الأوروبية (حاليا لجنة الاتحاد الأوروبي).

1 - تعريف محكمة العدل للاتحاد الأوروبي

نظراً لاتفاق كل من التشريع الفرنسي للمنافسة والتشريع الأوروبي للمنافسة في عدم تبني تعريف محدد لوضعية الهيمنة، فإن التعريف الذي وضعته محكمة العدل للمجموعات الأوروبية (حاليا محكمة العدل للاتحاد الأوروبي)، يعد عظيم الأهمية لفهم وتحليل حالات وضعيات الهيمنة التي تنشأ على المستوى الفرنسي أو الأوروبي.

فعرّفت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية وضعية الهيمنة في قرارها المشهور الصادر في 14 فيفري 1978 بشأن قضية يونيتاد براندس (United Brands) بأنها: « مركز القوة الاقتصادية الذي تتمتع به مؤسسة ما، والذي يمكنها من إعاقة أو عرقلة قيام منافسة فعلية في السوق المعنية ويعطيها إمكانية القيام بتصرفات مستقلة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنهم وأخيراً المستهلكين »⁽²⁾.

ترجع محكمة العدل للمجموعات الأوروبية عادة في قراراتها إلى تعريف وضعية الهيمنة المقدم من طرفها في قضية "يونياد براندس" المذكورة أعلاه. ومثال عن ذلك، قرارها الصادر في 13 فيفري 1979 بشأن قضية "هوفمان لاروش Hoffmann la Roche"⁽³⁾.

إن وضعية الهيمنة، كما هو واضح من التعريف السابق، تفترض من ناحية أولى وجود مؤسسة قادرة على تجنب متطلبات أو شروط السوق المتعلقة بالمنافسة والزام منافسيها الأقل قدرة على الخضوع لها.

¹ - François SOUTY, Les collectivités locales et le droit de la concurrence, Dexia, Paris, 2003, p. 295.

² - Jean-Bernard BLAISE, « Abus de position dominante », Rép.com, Dalloz, Octobre 2005, p. 1.

³ - Voir par exemple, CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann la Roche : Rec. CJCE 1979, p. 461 : La position dominante est : « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne la possibilité de se comporter, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs » ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 03.

ومن ناحية ثانية، فهي تفترض امتلاك هذه المؤسسة لقدرة اقتصادية تمكنها من إعاقة المنافسة وعدم تأثرها بأية تصرفات مضادة من المنافسين أو العملاء أو المستهلكين، وبعبارة أخرى، فإن وضعية الهيمنة تعني غياب الشخص الذي يمتلك البديل الذي يمكن الرجوع إليه من قبل هؤلاء: فالكل يجد نفسه مضطرا إلى اللجوء إلى المؤسسة المهيمنة. هذه القدرة قد لا تقتصر على إعاقة المنافسة، بل قد تصل إلى استبعادها كلية أو إضعافها بشكل كبير أو منع منافسين محتملين من الدخول إلى السوق المعنية قانونا. ولكن تجب الملاحظة، أنه ليس ضروريا كما ترى محكمة العدل الأوروبية في قرارها الصادر بشأن قضية "يونيتاد براندس" « United Brands » في 1978، لكي تكون مؤسسة ما مالكة لوضعية الهيمنة، أن تكون لديها القدرة على استبعاد أية منافسة في السوق المعنية استبعادا كلياً، بل تكفي مجرد القدرة على إعاقتها⁽¹⁾.

2 - تعريف لجنة الاتحاد الأوروبي

تمّ تقديم أول تعريف لوضعية الهيمنة من طرف لجنة المجموعات الأوروبية (حاليا لجنة الاتحاد الأوروبي) كما يلي: « إنها: سلطة اقتصادية، أي إمكانية ممارسة تأثير بشكل كبير على سريان السوق و، مبدئياً مرتقب من طرف المؤسسة المهيمنة. تؤثر هذه الإمكانية الاقتصادية للمؤسسة المهيمنة على سلوك والقرارات الاقتصادية لباقي المؤسسات، سواء تمّ استعمال هذه الإمكانية أو لا في هذا المعنى المقدم »⁽²⁾.

ووضحت اللجنة الأوروبية أنّ وضعية الهيمنة لا يقصد من ورائها « وضعية التفاوضي التام عن المنافسين الموجودين أو المحتملين »، وإنّما تجعل في مقدرة المؤسسة المعنية أن تقرر أو على الأقل أن تؤثر بشكل كبير على الظروف التي تتم من خلالها تطوير المنافسة، وفي جميع الأحوال، إمكانية التصرف في حدود واسعة دون وجوب أخذ ذلك بعين الاعتبار، وأيضاً دون أن يلحق بها بهذا الموقف ضرراً⁽³⁾.

كما أقرت اللجنة الأوروبية بأنّه لا يجب بالضرورة أن تنحدر إمكانية تبني سلوك مستقل من هيمنة مطلقة، وإنّما يكفي أن « تكون قوية بما فيه الكفاية في مجموعها لضمان استقلالية إجمالية للسلوكات، حتّى ولو كانت هناك اختلافات في شدة تأثيرها على مختلف الأسواق المحتملة »⁽⁴⁾.

بعد ذلك، عرفت اللجنة الأوروبية المؤسسة في وضعية الهيمنة المطلقة بأنّها: « تلك المؤسسة الموجودة في وضعية الإخلال بسريان المنافسة، لأنّه لا يوجد أي منافس يعرض أمامها بديل معتبر لعملائها أو مورديها،

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 32.

² - Mémorandum de la Commission de la Communauté Économique Européenne sur la concentration dans le marché commun : RTD eur. 1966, p. 651 ; Voir, Philippe LAURENT, « Abus de position dominante, (Notion de position dominante. Article 82 du Traité CE) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 560, 1^{er} mars 2000, p. 07 et p. 12.

³ - Comm. CE., décision du 16 juillet 2003, Wanadoo, aff. COMP/38, point 233 ; Sur ce point, voir, Claire MONGOUACHON, Abus de position dominante et secteur public, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 119.

⁴ - Claire MONGOUACHON, Abus de position dominante et secteur public, op. cit., p. 120.

لذا يمكن لها أن تحدّد بكيفية شبه حرة شروط سريان السّوق: الدخول إليها، السياسة التجارية، خيار التكنولوجيا، مستوى الأسعار ...»⁽¹⁾.

أعادت اللجنة الأوروبية ذكر تعريف وضعيّة الهيمنة المقدم من طرف محكمة العدل للمجموعات الأوروبية المذكور آنفاً في نشرتها، وذلك في 09 فيفري 2009⁽²⁾.

إذن، ما يهمنا هو استقلالية التصرف والتي تتمتع بها المؤسسة في السّوق البارزة. إنّ هذه الاستقلالية هي السّمة المميزة لوضعيّة الهيمنة، فهي مرتبطة مباشرة بدرجة الضغط التنافسي الممارس على المؤسسة المعنية. وهذا ما أكدته اللجنة في نشرتها لسنة 2009: « معنى وجود وضعيّة الهيمنة هو أنّ هذا الضغط التنافسي غير فعّال بما فيه الكفاية، انطلاقاً من أنّ المؤسسة المعنية تحوز سلطة سوق جوهرية ودائمة »⁽³⁾.

أكدت اللجنة الأوروبية أنّ المؤسسات « يمكن أن يكون لها سلطة سوق معتبرة بدون أن تصل إلى مستوى هيمنة السّوق الذي يعتبر العتبة لتطبيق المادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (article 82 du TCE المتعلقة بالتعسف في وضعيّة الهيمنة) »⁽⁴⁾.

وترى اللجنة الأوروبية أنّه « بصفة عامة، يمكن أن تعتبر المؤسسة التي يمكن لها رفع الأسعار فوق المستوى التنافسي بصفة مريحة خلال فترة طويلة دون أن تتعرض لضغوط تنافسية فعلية كافية مؤسسة مهيمنة ». وتوضح اللجنة كذلك بأنّه « يمكن أن تعتبر، بصفة عامة، فترة سنتين كافية لتشكل فترة طويلة »⁽⁵⁾.

إذا كانت اللجنة الأوروبية تضع بكيفية جد واضحة المعايير الجوهرية لتقدير سلطة السّوق، فإنّها لا تتبنى إلّا صيغة جد واسعة للمعايير، إذ أنّ الأسعار لا تشكل المؤشر الوحيد الذي يسمح بتقدير درجة تأثير المؤسسة على السّوق المعنية، بل يتعلق الأمر بطريق مختصر لتعيين مختلف أبعاد المنافسة، والتي تحوي إلى جانب الأسعار الإنتاج والابتكار وتعدد ونوعية السلع أو الخدمات⁽⁶⁾.

ثالثاً: موقف بعض الهيئات الفرنسية المعنية بالمنافسة

سنقدم التعريفات المقدمة من طرف كل مجلس المنافسة الفرنسي والقضاء الفرنسي.

¹ - Rapp. Comm., 1980, p. 227 ; Sur ce point, voir, Ashraf ABOUL KHEIR, Le pouvoir de marché en droit de la concurrence, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université Montpellier I, Discipline droit privé, Faculté de droit, Université Montpellier I, 18 janvier 2003, p. 32.

² - Comm. CE, Communication portant orientations sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE [actuel art. 102 TFUE] aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes : JOUE n° C45, 24 février 2009, p. 7 ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p.12.

³ - Communication préc., pt. 10 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p.12.

⁴ - « Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité CE concernant les accords de coopération horizontale, JOCE n° C3/29, pt. 17 » ; Sur ce point, voir, Ashraf ABOUL KHEIR, Le pouvoir de marché en droit de la concurrence, op. cit., p. 31.

⁵ - Claire MONGOUACHON, Abus de position dominante et secteur public, op. cit., p. 121.

⁶ - Ibid., pp. 121 – 122.

1 - موقف مجلس المنافسة الفرنسي

أخذ مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) بذات المفهوم الذي أخذت به محكمة العدل الأوروبية لوضعية الهيمنة، حيث عزّفها المجلس كالوضعية التي تكون فيها المؤسسة قادرة على اجتناب أو التهرب من شروط السوق وأن تتصرف بالتقريب بحرية دون الأخذ في الحسبان سلوك وردة فعل المنافسين (التقرير السنوي لمجلس المنافسة لعام 2003، ص 266). ويتعبّر آخر، تكون المؤسسة في وضعية هيمنة إذا كانت وضعيتها « من طبيعة تسمح لها باجتئاب الضغط التنافسي للمؤسسات الأخرى الموجودة في السوق ذاتها. (التقرير السنوي لمجلس المنافسة لعام 1991) »⁽¹⁾.

وفي التقرير السنوي لمجلس المنافسة لعام 1979، نوّه هذا الأخير إلى أنّ مفهوم وضعية الهيمنة يسمح للمؤسسة أو عدة مؤسسات ليس فحسب بإقصاء المنافسة، ولكن أيضا بفرض آرائها وإرادتها على منافسيها وشروطها على مورديها وعملائها⁽²⁾.

وعلى سبيل المثال، حدد مجلس المنافسة الفرنسي معنى وضعية الهيمنة في دعوى شركة "Planet" للصناعات الكهرومعدنية وذلك في قراره رقم 92-D-26 لـ 31 مارس 1992، بأنّها القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة، تخولها القدرة على تحريف المنافسة في السوق، وتمنحها القدرة على اتخاذ القرارات باستقلالية في مواجهة منافسيها وعملائها ومستهلكي إنتاجها⁽³⁾.

2 - موقف القضاء الفرنسي

تبنى القضاء الفرنسي ذات التعريف الذي أخذت به محكمة العدل الأوروبية ومن ذلك حكم لمحكمة استئناف باريس لـ 14 جانفي 1993، المؤيد للقرار الصادر عن مجلس المنافسة الفرنسي رقم 92-D-26 لـ 31 مارس 1992 المتعلق بدعوى شركة "Planet" للصناعات الكهرومعدنية، المذكور أعلاه، فبالنسبة للمحكمة تعد المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق إذا كانت لا تكثرث وإلى حد بعيد باستراتيجيات منافسيها من المؤسسات الأخرى في السوق. فعدم مبالاة المؤسسة بقرارات أو سياسات منافسيها، أي عدم وضعها في الاعتبار لتلك السياسات عند اتخاذ قراراتها تُعدّ سمة مميزة لوضعية الهيمنة⁽⁴⁾.

¹ - Jean-Bernard BLAISE, Abus de position dominante, op. cit., p. 12.

² - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 25.

³ - لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 180.

⁴ - لينا حسن ذكي، الممارسات المقيّدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2004، ص 179.

وفي تعريف آخر للمحكمة، « يقصد بوضعية الهيمنة سلطة إعاقة المنافسة الفعلية وتفترض أنّ المؤسسة المعنية تحتل مكانة بارزة في السوق المعنية وذلك راجع خصوصا لأهمية حصتها في السوق ومقدرتها على اجتذاب ضغط المؤسسات الأخرى في السوق »⁽¹⁾.

رابعا: موقف المشرّع ومجلس المنافسة الجزائريين

نتطرق لدراسة موقف المشرّع الجزائري، ثم لموقف مجلس المنافسة الجزائري من تعريف وضعية الهيمنة.

1 - موقف المشرّع الجزائري

عرّف المشرّع الجزائري وضعية الهيمنة، وذلك لأول مرة في الفقرة "ج" من المادة 03 الواردة في قانون المنافسة بأنّها:

« هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه ويعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها »⁽²⁾.

إنّ التعريف المقدم من طرف المشرّع الجزائري منحدر من اجتهاد القضاء الأوروبي (قرار يونيتاد براندس الصادر في 1978 وقرار هوفمان لاروش الصادر في 1979 من طرف محكمة العدل الأوروبية واللذان سبق الإشارة إليهما).

فنتوصل من خلال هذا التعريف أنّ لوضعية الهيمنة وجهان: وجه إيجابي يمنح للمؤسسة المهيمنة القدرة على التأثير على المؤسسات الموجودة في السوق، ووجه سلبي، يمكن للمؤسسة المهيمنة أن تتجنب لنفسها التأثير الصادر عن المؤسسات الأخرى.

2 - موقف مجلس المنافسة الجزائري

جاء في إعلان مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽³⁾، ما يلي:

¹ - CA Paris, 7 juillet 1995 : BOCCRF 1995, p. 376 ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 12.

² - أنظر المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

³ - حيث قام الوزير المكلف بالتجارة بإخطار مجلس المنافسة من أجل طلب الرأي، وهذا تطبيقا لنص المادة 1/35 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم).

يتعلق طلب الرأي بتأطير ورقابة سوق الإسمنت، وهذا راجع للطبيعة الخاصة لهذه المادة الأساسية. وقد تمّ معاينة من قبل الوزير وجود متعاملين اثنين "Lafarge" و "Gica" واللذان يتطوران في سوق ثنائي الاحتكار، حيث تتطور شركة "Lafarge" لوحدها في إطار الإسمنت الموجه للموزعين الخواص، فاعتبر الوزير المكلف بالتجارة أنّ المتعامل "Lafarge" يتمتع بوضعية هيمنة في جزء هام من سوق الإسمنت الرمادي "ciment gris". وقد استخلص وزير التجارة بأنّه "يمكن أن تمنح له هذه الوضعية سلطة تسمح له برفع أسعاره دون خشية من أي تراجع طفيف لزبائنه".

« إنَّ الحجة الرسمية لوجود موقف مهيمن تتمثل بادئا ذي بدء في معايير التركيز والتفاسم المنتظر للسوق. ويتمّ التحقق من استغلال الموقف المهيمن أو لا يتمّ التحقق منه في الأخير، بناءً على سلطة حقيقية للسوق وحرية تنويع الأسعار، فوق السعر التنافسي، بموجب أرقام الربح والفائدة.

يُعدّ المفهوم المتفق عليه عالميا للسوق الملائم أساسيا لتحديد وجود استغلال الموقف المهيمن. في الواقع، يحدّد احتكار سلطة السوق ما يؤدي إلى موقف مهيمن بالضرورة في سوق محدد بالضبط»⁽¹⁾.

نتوصل من خلال ما سبق ذكره، إلى أنّ مجلس المنافسة الجزائري تأثر بالتعريف المقدم من قبل اللجنة الأوروبية لوضعية الهيمنة، وهذا في نشرتها لعام 2009: « معنى وجود وضعية الهيمنة أنّ هذا الضغط التنافسي غير فعال بما فيه الكفاية، انطلاقا من أنّ المؤسسة المعنية تحتلّ سلطة سوق جوهرية ودائمة»⁽²⁾.

بعد تطرّقنا إلى تعريف وضعية الهيمنة، سنقوم بتمييز هذه الأخيرة عما يُشابهها من مفاهيم قانونية أخرى.

الفرع الثاني: تمييز وضعية الهيمنة عما يُشابهها من مفاهيم أخرى

بالرجوع إلى نصّ المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي من خلاله أتى المشرع الجزائري بما يلي:

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها... »⁽³⁾.

انطلاقا ممّا ذكر، يمكن أن يكون التعسف ناتجا عن وضعية هيمنة على السوق أو يمكن أن يكون ناتجا عن احتكار للسوق.

من خلال هذه المعاينة، "يمكن جدّا أن تشكل زيادات الأسعار المتخذة من طرف "Lafarge" وذلك بكيفية متكررة مؤشرا للتعسف في وضعية الهيمنة"، وفي هذا الإطار تم إخطار مجلس المنافسة لـ "تقدير كل من وضعية الهيمنة والتصرفات الآتية من طرف شركة "Lafarge" والتي يمكن أن يكون لها أثر مقيّد والمشكوك فيه من قبل مصالح" ؟ وهذا اتجاه أحكام المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 (المعدل والمتمم) المتعلق بالمنافسة؛ حول هذا الرأي، راجع إعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 02، 2013، ص - ص.

10 - 17 وص 32؛ www.conseil-concurrence.dz/

¹ - أنظر إعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 02، السالف ذكره، ص 11.

² - Comm. CE, Communication portant orientation sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE [actuel art. 102 TFUE] aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes, communication préc., pt. 10 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 12.

³ - أنظر المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

بعد أن عرّفت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية وضعيّة الهيمنة، قامت بتوضيح وتدقيق مفهوم هذه الأخيرة بمقارنتها بوضعيات أخرى للقوة (d'autres positions de force) كما يلي:

« إن وضعيّة الهيمنة على خلاف حالة الاحتكار أو شبه الاحتكار، لا تستبعد وجود بعض من المنافسة ولكن تجعل المؤسسة المستفيدة قادرة، إن لم يكن على اتخاذ القرار، فعلى الأقل على التأثير الكبير على الشروط التي ستتّم فيها المنافسة، وفي كل الأحوال تجعلها قادرة على التصرف في حدود واسعة دون وجوب أخذ ذلك بعين الاعتبار، وأيضاً دون أن يلحق بها هذا الموقف ضرراً؛ كما أنه يجب تمييز وضعيّة الهيمنة عن السلوك المشابه لها الخاص بحالات احتكار القلة، إذ أن في احتكار القلة، تتأثر السلوكات بصفة متبادلة. في حين في حالة وضعيّة الهيمنة، يحدد سلوك المؤسسة المستفيدة من هذه الوضعيّة، إلى حدّ كبير، بصفة انفرادية»⁽¹⁾.

وتتنوع درجات ومستويات الاحتكار، فإلى جانب الاحتكار البحت (الاحتكار الكامل) monopole، نجد شبه الاحتكار quasi-monopole واحتكار القلة l'oligopole بذلك ووفقاً لتحليل محكمة العدل الأوروبية، فإن المفاهيم الثلاثة والمتمثلة في وضعيّة الهيمنة، الاحتكار واحتكار القلة هي مفاهيم مختلفة.

انطلاقاً ممّا سبق ذكره، نجد أنّ الهيمنة على سوق ما قد تأخذ عدة أشكال منها: الاحتكار، شبه الاحتكار واحتكار القلة وأخيراً وضعيّة الهيمنة، ونرى أنّه من المهم الوقوف على أوجه الاختلاف التي قد توجد بين هذه الأشكال.

أولاً: تمييز وضعيّة الهيمنة عن الاحتكار البحت

إن مصطلح الاحتكار في أصله اليوناني يتضمّن جزئيين "monos" "polein" ويعني البيع بمفرده، وإنّ كلمة المحتكر في أصلها اليوناني أيضاً تتضمّن جزئيين "mono" "polist" أي بائع واحد. أي أنّ الاحتكار يعني وجود بائع واحد المسيطر على سوق منتج معين وينفرد بإنتاج أو بيع هذا المنتج الذي لا يوجد له بديل في هذه السوق⁽²⁾.

حيث تتحكّم مؤسسة واحدة في الكمية المتداولة في السوق بيعاً وشراءً، إذ أنّ الاحتكار الكامل هو أقصى درجات الاحتكار، حيث يوجد بائع أو منتج واحد فقط للسلعة، لا توجد لها بدائل يمكن أن تحل محلها، وهذا المحتكر يكون مهيمناً على السوق ومتحكماً في الكمية المعروضة والسعر المطروح للسلعة ولا يوجد له منافسين حاليين أو متوقعين نظراً للعوائق الكبيرة لدخول السوق التي يتمييز بها هذا المنتج⁽³⁾.

¹ - André DECOCQ & Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2004, p. 130

² - أمل محمد شبلي، الحدّ من آليات الاحتكار من الوجهة القانونية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2005، ص 05.

³ - عبد الحكيم جمعة، الاحتكار وتأثيره على بعض قطاعات الاقتصاد المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 20.

فهنا تكون المؤسسة المحتكرة في وضعية هيمنة مطلقة في السوق، فوضعية الاحتكار يمكن أن تنتج عن نصوص قانونية (الاحتكار القانوني) أو عن أوضاع أو ظروف السوق واعتبارات واقعية (الاحتكار الفعلي)، كما قد تنتج عن أوضاع أو ظروف طبيعية (الاحتكار الطبيعي).

فالاحتكار القانوني هو الذي يعتمد في وجوده على أساس قانوني أو لائحي أو على مرسوم أو قرار إلى نحو ذلك، ومن ثم يجد هذا النوع من الاحتكار تبريره في استغلال مرفق عام أو مصلحة عامة، كاحتكار الدولة النشاط في مجال الكهرباء والمعادن. كما يظهر الاحتكار القانوني في مجال حقوق الملكية الصناعية، كبراءات الاختراع والرسوم والنماذج والعلامات التجارية حيث تعطي أصحابها حقوقا قاصرة الاستخدام ومقصورة من حيث المدة، مما يمنع أي مؤسسة أخرى في السوق من الانتفاع بها، وحقوق الملكية الفكرية⁽¹⁾.

ففي الجزائر، إن السوق التبغ والكبريت على سبيل المثال التي بقيت على هامش التحولات التي أفرزتها المنافسة الحرة لا تزال محل احتكار للشركة الوطنية للتبغ والكبريت، بالرغم من محاولات بعض المتعاملين الاقتصاديين الدخول إليها. ولذلك بقيت الممول الوحيد لهذه السوق وهي قادرة وحدها على تسويق هذه المنتجات، دون أن تتعرض إلى أية منافسة فيها بسبب انعدام منتجات تعويضية⁽²⁾.

أما الاحتكار الفعلي، هو الاحتكار الذي ينتج عن ظروف السوق واعتبارات واقعية أو أعراف وممارسات معينة، أو تفوق تكنولوجي فني واضح، أو قدرة مالية عالية تحوزها أو تمتلكها مؤسسة معينة تجاه المنافسين⁽³⁾. في حين ينشأ الاحتكار الطبيعي لما توجد مجالات لأنشطة معينة لا تتحمل إلا مؤسسة بمفردها، ويكون لديها القدرة على تلبية الطلبات الخاصة بالمنتج أو الخدمة محل العرض، وتقديمها بطريقة مقبولة وبأسعار معقولة، ومن أمثلة هذا النوع من الاحتكار مؤسسات النقل بالسكك الحديدية⁽⁴⁾.

في الجزائر، أشارت الفقرة الأخيرة من المادة 05 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب المادة 04 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 إلى الاحتكارات الطبيعية دون تقديم المقصود بها⁽⁵⁾، على خلاف المادة 05/4 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) والتي نصّت على ما يلي:

¹ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 15.

² - موالك بختة، محاضرات في قانون المنافسة، أقيمت على الطلبة الأولى "ماجستير" فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003 - 2004، ص 63.

³ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 12.

⁴ - المرجع نفسه، ص 18.

⁵ - حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 05 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتّم) على ما يلي:

« يقصد بالاحتكار الطبيعي حالات السوق أو النشاط التي تتميز بوجود عون اقتصادي واحد يستعمل هذا السوق أو قطاع نشاط معين ».

ثانيا: تمييز وضعية الهيمنة عن شبه الاحتكار

نشأت فكرة شبه الاحتكار لتعبّر عن معنى مؤداه هيمنة شبه كاملة على إنتاج سوق معينة، حيث أصبح الاحتكار المطلق نادرا، وهو أن تحوز المؤسسة المعنية نسبة 100% كحصة في السوق، ومن ثم بدأت تطغو على الساحة فكرة شبه الاحتكار، وهي أن تمتلك المؤسسة حصة في السوق وإن لم تكن كاملة إلا أنها في حكم الهيمنة شبه الكاملة.

ويقول البعض (André DECOQC et Georges DECOQC) أنّ الخلاف بين هذا النوع والاحتكار التام ووضعية الهيمنة هو اختلاف في الدرجة وليس في الطبيعة⁽¹⁾.

ثالثا: تمييز وضعية الهيمنة عن احتكار القلة

إن احتكار القلة هو أحد أشكال الهيمنة على السوق، إذ يوجد في سوق احتكار القلة عدد قليل من البائعين يبيعون سلعا متجانسة أو سلعا مميزة تمثل بديلا قريبا لبعضها البعض⁽²⁾. بمعنى أن كل بائع منهم، يتصرف على أنّه محتكر للسلعة، ويستطيع من الناحية النظرية تحديد سعر السلعة التي يبيعها ولكنه من الناحية العملية، يجب ألا يقتصر على ما قرره هو لوحده، وإنّما يجب أن يأخذ في حسابه ردة فعل الآخرين فيما يتعلق بالسعر. إنّ كل بائع في هذه السوق يحتل مركزا له أهميته وكل القرارات التي يتخذها سواء من ناحية تحديد كمية المعروض من سلعة ما أو سعرها يكون لها تأثيرها على باقي البائعين، ومن ثم، فإنّ القرارات غالبا ما يقابلها رد فعل من جانب هؤلاء البائعين، وعلى قدر الأثر الذي تحدثه هذه القرارات يكون ردّ الفعل⁽³⁾.

هذا على خلاف الأمر في حالة وضعية الهيمنة حيث، يوجد مؤسسة واحدة تمتلك القدرة على التصرف وبناء استراتيجية من ناحية الأسعار وبالتالي حجم المعروض من المنتج المعتبر، دون أن تأخذ في الاعتبار ما يقرره منافسوها؛ وبعبارة أخرى، في حالة وضعية الهيمنة، تثبت الهيمنة في السوق لمؤسسة واحدة لا تأخذ في

« 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 - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص. 18 - 19.

² - مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق (تحليل لأهم التجارب الدولية والعربية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 - 2005، ص 27.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع "قانون الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، نيزي وزو، 06 ديسمبر 2012، ص ص. 129 - 130.

حسبانها أية ردود أفعال من منافسيها، في حين أنه في حالة احتكار القلة، تثبت الهيمنة لعدد محدود من المؤسسات لا تستطيع أي منها اتخاذ قرارات معينة دون أن تراعي ردود أفعال الباقيات⁽¹⁾.

وإذا كان هذا الأمر في حالة وضعية الهيمنة من قبل مؤسسة واحدة، فإن الأمر يختلف في حالة وضعية الهيمنة الجماعية، كما سنرى فيما بعد⁽²⁾، عندما توجد مجموعة من المؤسسات مستقلة بعضها عن بعض ولكنها تمتلك قوة اقتصادية تجعلها قادرة على التحكم في سوق ما، قوة اقتصادية نابغة من تبنيتها استراتيجية موحدة⁽³⁾.

وتجب الملاحظة أنه في وضعية الهيمنة الجماعية، ينظر إلى المؤسسات التي تحتل وضعية الهيمنة الجماعية كمجموعة وليس إلى كل مؤسسة منها على حدة، فكل مؤسسة من مجموع المؤسسات لا تعد لوحدها مهيمنة، وإنما الهيمنة هنا تثبت لكل المؤسسات مجتمعة⁽⁴⁾.

وبذلك، فإذا كانت وضعية الهيمنة الفردية تعد مختلفة عن احتكار القلة، فإن وضعية الهيمنة الجماعية تقترب كثيرا من احتكار القلة، حيث تثبت الهيمنة وفقا لهما لعدد من المؤسسات، ولكن يبقى فارق هام بين كل منهما يكمن في أنه بينما تتبنى المؤسسات المهيمنة طبقا لوضعية الهيمنة الجماعية استراتيجية واحدة، فإن الأمر على خلاف ذلك في حالة احتكار القلة، حيث تتبنى كل مؤسسة من المؤسسات المهيمنة استراتيجيتها الخاصة بها ولكنه تأخذ في حسبانها دائما، عند اتخاذ قراراتها، استراتيجيات المؤسسات الأخرى، فمثلا لا تستطيع شركة PEPSI أن تقرر خفض أسعارها دون أن تراعي ردة فعل شركة COCA COLA، وهذا على خلاف الأمر لو كانت كل من الشركتين في حالة وضعية هيمنة جماعية. ففي هذه الحالة، فإن قرارات خفض الأسعار أو تقليل كمية المعروض مثلا سوف تتخذها الشركتان معا لأنهما يعتنقان استراتيجية واحدة⁽⁵⁾.

أما فيما يتعلق بقانون الاتحاد الأوروبي، يجب بداية حل المسائل التي يطرحها سلوك المؤسسات المتواجدة في وضعية احتكار القلة في السوق، انطلاقا من مفهوم وضعية الهيمنة الذي أورده صراحة المادة 82 من اتفاقية الاتحاد الأوروبي (L'article 82 du TCE): يحظر « الاستغلال بكيفية تعسفية لوضعية هيمنة على السوق الموحد من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات »، ويقصد بالمؤسسة في قانون الاتحاد الأوروبي

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 39.

² - راجع الصفحات من 23 إلى 26 من الأطروحة محل الدراسة.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص 39 - 40.

⁴ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 130.

⁵ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 40.

للمنافسة كل كيان يتمتع باستقلالية التصرف، حيث يتعلق بالضرورة "تعدد المؤسسات" المقصود به في نص هذه المادة بالمؤسسات التي لا تنتمي إلى ذات المجموعة التي لها سلطة إملاء الاستراتيجية والتصرف على السوق مكوناتها، وهذا ما تقوله محكمة العدل للمجموعات الأوروبية بالعبارات الأكثر وضوحا في قرارها المتعلق بالشركة البحرية البلجيكية: « وفقا لعبارات المادة 86 (أصبحت 82) من الاتفاقية، يمكن أن يتم حيازة وضعية الهيمنة من طرف عدة "مؤسسات". وقضت المحكمة، في عدة مناسبات، بأنه يقصد من مفهوم المؤسسة المذكورة في الفصل المخصص لقواعد المنافسة من الاتفاقية استقلالية الاقتصادية للكيان المعني ...

وتتبع قولها بأنه يقصد من عبارة "عدة مؤسسات" المذكور في المادة 86 (82) من الاتفاقية بأن وضعية الهيمنة يمكن أن يحوز عليها كيانهين اقتصاديين، مستقلين قانونا عن بعضهما البعض، شريطة وذلك من الناحية الاقتصادية، أن تتقدم أو تتصرف معا على السوق المتميز ككيان جماعي ».

وبذلك تمكّن الاجتهاد القضائي انطلاقا من وضعية الهيمنة الجماعية، أن يتوسع من نطاق الحظر المنصوص في المادة 82 من الاتفاقية (86 سابقا) (واليا 102 من TFUE) ليشمل بعض التعسف في احتكار القلة (abus d'oligopole)⁽¹⁾.

بعدما أن قمنا بتمييز وضعية الهيمنة عما يشابهها من مفاهيم قانونية، نتطرق إلى تحديد أشكال حيازة هذه الوضعية في السوق.

الفرع الثالث: أشكال حيازة وضعية الهيمنة على السوق

إن الهيمنة على السوق لما قد تُقضي إليه من تعسف، قد تتم من قبل مؤسسة بمفردها، وقد تتم من طرف مجموعة من المؤسسات. نص القانون الفرنسي وقانون الاتحاد الأوروبي على إمكانية وقوع التعسف في الهيمنة من طرف مجموعة من المؤسسات، في حين لم ينص عليها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، وهذا خلافا لاتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي الذي أورد إمكانية حيازة هذه الوضعية جماعيا⁽²⁾.

ومن هنا، نتوصل إلى القول بأنّ هناك شكلين لحيازة وضعية الهيمنة على السوق وهما: الحيازة الفردية والحيازة الجماعية.

أولا: الحيازة الفردية لوضعية الهيمنة على السوق

¹ - L'arrêt de la cour de justice du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge de transports e.a.c/Commission ; Voir, André DECOCQ & Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., pp. 144 – 145.

² - راجع المادة 41/1-ب من المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقة من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 01 إلى رقم 07 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

وضعية الهيمنة الفردية هي تلك الوضعية المحتلّة من طرف مؤسسة واحدة (une seule entreprise) وبذلك يمكن أن تتكوّن هذه المؤسسة الوحيدة (entreprise unique) من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية، وعلى سبيل المثال، فإن وضعية الهيمنة التي تحوزها مجموعة من الشركات (groupe de sociétés) والتي لا تتمتع فروعها بأية استقلالية لتحديد استراتيجيتها على السوق تشكل وضعية هيمنة فردية⁽¹⁾.

فيمكن أيضا، أن لا يتعلق الأمر بشخص قانوني منفرد بل بالمجموعة المشكلة من شركة الأم وفروعها، فلما تشكل معا وحدة اقتصادية لها مركز واحد لاتخاذ القرار، فإن وضعية الهيمنة هنا محتلة فرديا من طرف "المجموعة" التي تعتبر ككيان واحد، لا تطبق في هذه الحالة الأحكام المتعلقة بالاتفاقات التي تنتج عن تلاقي الإرادات المستقلة⁽²⁾.

إذا كانت الشركات الفرعية لا تملك الاستقلالية إزاء شركة الأم، بسبب أن هذه الأخيرة تمتلك نسبة 100% من رأس مال الشركات الفرعية أو نسبة قريبة من ذلك، فإن وضعية الهيمنة تعتبر محوزة فرديا من طرف المجموعة التي تعتبر في هذه الحالة وحيدة⁽³⁾.

ففي الجزائر، وبالرجوع إلى المادة 03 الفقرة (ج) من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإنها عرّفت وضعية الهيمنة كما يلي: « هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية ... »⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى أحكام المنافسة الواردة في ظل اتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي المذكور آنفا، أشارت المادة 1/41-ب إلى الاستغلال المفرط من طرف إحدى المؤسسات لوضعية مسيطرة⁽⁵⁾.

سنّ المشرّع الفرنسي في المادة L.420-2,1 من التقنين التجاري وذلك بشكل صريح إمكانية قيام وضعية الهيمنة بواسطة مؤسسة واحدة على سوق السلعة التي تنتجها أو الخدمة التي تقدمها (L'exploitation abusive

¹ - Valérie PIRONON, Droit de la concurrence, Gualino Editeur/Lextenso Éditions, Paris, 2009, p. 82.

² - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Les abus de domination) », Juris-Classeur commercial, Concurrence-consommation, Fasc. 315, 6/1988, p. 09.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، - فرع القانون العام -، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004 - 2005، ص 166.

⁴ - حيث نصت المادة 03/ج من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« وضعية الهيمنة : هي 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 مموليها ».

⁵ - نصت المادة 1/41-ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي على ما يلي :

« (ب) : الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية مسيطرة على :

- كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه.

- كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه ».

(par une entreprise)، فتحقق وضعية الهيمنة لا تستلزم بالضرورة أن تتميز هذه الوضعية بالطابع الجماعي وإنما يمكن أن تتبوأ تلك الوضعية مؤسسة واحدة تهيمن على السوق وتُحكم قبضتها عليها، ثم تتعسف في استخدام تلك الوضعية لتحقيق أغراضها الشخصية عن طريق تحريف قواعد المنافسة التي تحكم تلك السوق⁽¹⁾.

ويتطابق التشريع الفرنسي في ذلك مع التشريع الأوروبي للمنافسة، حيث يفهم من المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي [L'article 102 du TFUE (ex-article 82 du TCE)] أنه يتعارض مع السوق الداخلية وممنوع، طالما أنه من شأنه أن يؤثر على التجارة بين دول الأعضاء، بسبب الاستغلال التعسفي لوضعية هيمنة لمؤسسة أو مجموعة من المؤسسات على السوق الداخلية، أو على جزء جوهري منها⁽²⁾.

عادة ما تكون وضعية الهيمنة الفردية ناتجة عن حيازة احتكار فعلي أو قانوني، يمكن أن يتعلق الأمر بحق الملكية الفكرية أو بحق حصري معين⁽³⁾.

ثانياً: الحيازة الجماعية لوضعية الهيمنة على السوق

لم ينصّ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على الحيازة الجماعية لوضعية الهيمنة على السوق، وإنما فعلت ذلك أحكام المنافسة الواردة في اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية. أما القانون الفرنسي وقانون الاتحاد الأوروبي، فقد نصّا على إمكانية حيازة وضعية الهيمنة بصفة جماعية كما أشرنا إلى ذلك من قبل.

إنّ مصطلح "وضعية الهيمنة الجماعية" خاص باللغة القانونية الأوروبية⁽⁴⁾. إذ أن هذا المصطلح قد تمّ استعماله لأول مرة من طرف اللجنة الأوروبية في قضية "الزجاج المسطح L'affaire du verre plat". من خلالها اعترفت اللجنة بوجود وضعية هيمنة جماعية بشأن ثلاث مؤسسات مستقلة والتي تتواجد في السوق الإيطالي على أنها « كيان واحد وليس بصفة كل واحدة منها بمفردها »⁽⁵⁾. كما أنه قبلت محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية، بعد ذلك، فكرة وضعية الهيمنة الجماعية. وذلك بقولها: « لا يمكن استبعاد ... إن اثنين أو أكثر من الكيانات الاقتصادية المستقلة، تكون ... موحدة عن طريق مثل هذه الروابط الاقتصادية والتي بفعل ذلك تكون حائزة بصفة مشتركة، وذلك عن طريق اتفاقات الترخيص، على تقدم تكنولوجياي يمنح لها إمكانية التصرف بشكل مستقل إلى حدّ ملموس اتجاه منافسيها، عملائها وأخيراً المستهلكين »⁽⁶⁾. إذ يتعلق الأمر بالبحث

¹ - لينا حسن ذكي، الممارسات المقيّدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، المرجع السابق، ص 167.

² - Voir l'article 102 (ex art. 82 TCE) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, op. cit.

³ - Valérie PIRONON, Droit de la concurrence, op. cit., p. 82.

⁴ - Hassan BERMEK, « La position dominante collective et l'analyse rétrospective du projet de réforme des concentrations », Revue en ligne « Etudes Européennes – dossier n° 5 », 20/10/2004, p. 01 ; www.etudes-europeennes.fr/

⁵ - Comm. CE, décision du 7 décembre 1988, JOCE n° L33, 4 février 1989 ; Sur ce point, voir, Marie MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, LGDJ, Paris, 2003, p. 71.

⁶ - TPICE, arrêt du 10 mars 1992, SIV. Aff. T-68, 77 et 78/89, Rec-p. 1403 ; Voir, Marie MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, op. cit., p. 71.

بالبحث إذا ما كانت المؤسسات تتواجد أو تتصرف في السوق باعتبارها كيان جماعي سواء كانت أو لا مرتبطة باتفاق.

ولأن المادة 102 من المعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (المادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية سابقا) تخاطب « كون مؤسسة أو عدة مؤسسات تستغل بصفة تعسفية وضعية الهيمنة، مما دفع بمحكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية أن تقبل وجود وضعية هيمنة جماعية »⁽¹⁾.

تعرف وضعية الهيمنة الجماعية عادة بأنها « عدة مؤسسات تتواجد في آن واحد في السوق ذاتها والتي يمكن أن تعتبر كحائزة معا على وضعية هيمنة إذا كانت هناك بينها علاقة ترابط تؤدي بها إلى تبني استراتيجية صريحة أو ضمنية منسقة »⁽²⁾.

إذا تقوم وضعية الهيمنة الجماعية عندما توجد مؤسستان أو أكثر تعملان في سوق واحدة وتوجد بينهما علاقة ترابط وتوافق تسمح لهما بتبني استراتيجية منظمة متشابهة في الأسس التي تقوم عليها والخطوط الرئيسية التي تتضمنها وذلك في مواجهة العملاء والمنافسين القائمين أو المحتمل ظهورهم، استراتيجية شبيهة بتلك الاستراتيجية التي تدير وفقا لها المؤسسة المهيمنة في حالة وضعية الهيمنة الفردية⁽³⁾.

يمكن أن تكون وضعية الهيمنة الجماعية أفقية، أي تنشأ بين المؤسسات التي تعمل على نفس مستوى الإنتاج، كالاتفاق بين المتنافسين على التحكم في السوق، أو أن تكون وضعية الهيمنة الجماعية عمودية، وهو ما يخص مؤسسات ليست على نفس مستوى الإنتاج وإنما على مستويات مختلفة، كاتفاق أحد المنتجين وموزع أو أكثر على التحكم في الأسعار أو في مظاهر العرض والتوزيع، وهو ما أكدته محكمة الدرجة الأولى للاتحاد الأوروبي في 1999/05/19 بقولها فيها: « إن وضعية الهيمنة الجماعية تطبق على العلاقات الأفقية، وهذا مؤكد ولاشك فيه، كما تطبق أيضا على العلاقات العمودية »⁽⁴⁾.

تحظر المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي الاستغلال التعسفي من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات لوضعية هيمنة على السوق الداخلية، ويقصد من وضعية الهيمنة الجماعية تلك الوضعية المحوزة من طرف عدة مؤسسات متميزة قانونيا واقتصاديا. وبذلك يكون القانون الفرنسي متأثرا بالمادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 102 من TFUE)⁽⁵⁾.

¹ - Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 82 du Traité CE) », op. cit., p. 07.

² - Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et communautaire, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2008, p. 244.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 33 - 34.

⁵ - Jean-Bernard BLAISE, Abus de position dominante, op. cit., p. 16.

كما أنه ليس من الضروري أن تكون المؤسسات منتمية إلى المجموعة ذاتها. إن وضعية الهيمنة الجماعية يمكن أن تكون محوزة من طرف كيانات اقتصادية مستقلة قانونيا⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه في ضوء هذا التعريف هو متى يمكن القول أن عدد من المؤسسات قد تبنت استراتيجية واحدة. هل عندما يوجد فيما بينها اتفاقات تتأسس عليها هذه الاستراتيجية، أم عندما يقومون بتصرفات متوازية متوافقة غير متنافرة دون أن تستند مثل هذه التصرفات إلى وجود اتفاقات أو أية علاقات مالية أو اقتصادية فيما بين المؤسسات المختلفة؟⁽²⁾

إن مختلف المعايير لتحديد وضعية هيمنة جماعية تمّ تلخيصها وجمعها في قرار مجلس المنافسة الفرنسي في 2006، بكيفية جد كاملة لذا نرى أنه من المفيد اقتباسه حرفيا:

« لبيان وجود وضعية هيمنة، جماعية، يجب إثبات أن للمؤسسات معا، لاسيما بسبب عوامل الترابط التي توجد بينها، سلطة تبني السلوك نفسه في السوق والتصرف إلى حد ملموس بشكل مستقل عن منافسيها الآخرين وعمالئها وفي الأخير المستهلكين⁽³⁾.

وهذا ما يستخلص من فحص حتّى الروابط أو عوامل الارتباط القانونية الموجودة بين المؤسسات أو استعراض هيكل السوق وفقا للمعايير التي وضعتها محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية في قرار إير تورز (L'arrêt Air tours).

إن وجود الروابط الهيكلية بين المؤسسات من جهة، مثل العلاقات المالية أو اتفاقات رسمية بينها، واعتماد خطة عمل مشتركة في السوق من ناحية أخرى، هي كافية لإثبات وجود هيمنة جماعية⁽⁴⁾.

في غياب مثل هذه الروابط، يمكن لهيكل السوق فقط أن يسمح ويساعد على إثبات وضعية الهيمنة الجماعية إذا تمّ استيفاء المعايير التي وضعتها محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية في قرارها "إير تورز" بتاريخ 06 جوان 2002 (قضية T.342/99) أي هيكل احتكار القلة والشفافية في السوق المعنية، وإمكانية الانتقام من المؤسسات المنحرفة عن خطة العمل المشتركة وعدم التنافس في السوق أو غياب المنافسة المحتملة⁽⁵⁾.

¹ - Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2011, p. 241.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 48.

³ - CJCE, arrêt du 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, Kali & Salz, pt. 221 ; TPICE, arrêt du 25 mars 1999, aff. T-102/96, Gencor, pt. 163 ; Sur ce point, voir, Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, 2^{ème} édition, Éditions Jurismanager, Paris, 2009, p. 119.

⁴ - CJCE, arrêt du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge ; TPICE, arrêt du 7 octobre 1999, Irisch Sugar ; Cass. com., arrêt du 5 mars 1996, Total Réunion Comores ; CA Paris, 30 octobre 2001, OMVESA ; CA Paris, 04 juin 2002, CFDT Radio Télé ; Sur ce point, voir, Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., p. 119.

⁵ - Cons. conc., décision n° 06-D-02 du 20 février 2006, BOCCRF n° 1 du 26 janvier 2007 ; Voir aussi la décision n° 07-D-12 du 28 mars 2007, BOCCRF n° 5 du 31 juillet 2007 ; Voir, Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., p. 119.

وبالتالي، قد تنتج وضعية الهيمنة الجماعية عن روابط هيكلية وخطة عمل مشتركة، أو عن خصائص السوق.

الواقع أنه لا يمكن القول بوجود وضعية هيمنة جماعية، عندما تعتنق المؤسسات المختلفة تصرفات متوازنة متوافقة، وإنما يستلزم الأمر إقامة الدليل على وجود علاقات متبادلة (Facteurs de corrélation) فيما بين المؤسسات. ومن ثم فإن وجود علاقات اقتصادية ناشئة من مجرد وجود المؤسسات في سوق احتكار القلة دون أن يتوفر الدليل على وجود إرادة للمشاركة في استراتيجية واحدة لا يكفي للقول بقيام وضعية هيمنة جماعية في هذه السوق، وإرادة المشاركة قد تتجسد من خلال علاقات قانونية (المشاركة المتبادلة في رأسمال، التمثيل المتبادل في مجلس الإدارة ... إلخ). كما قد تكون نتيجة علاقات تعاقدية تستند إلى اتفاق مبرم بين المؤسسات المترابطة المتوافقة تمنع إحداها مثلا من عدم إمداد المؤسسات المتنافسة بالمواد الأولية أو تستند إلى عقد فيما بين المؤسسات المهيمنة يسمح لها بالحصول على تكنولوجيا متقدمة تمنحهم القدرة على إجراء تصرفات مستقلة تهدف إلى إعاقة أو منع المنافسة⁽¹⁾.

ومع ذلك، إثبات وجود منافسة فعالة بين أعضاء احتكار القلة ووجود سلطة ضغط المنافسين والعملاء، يمكن أن يسمح برفض تعريف وضعية هيمنة جماعية، حتى في وجود حصص قوية في السوق وروابط هيكلية وسلوكات موازية معينة لأعضاء احتكار القلة⁽²⁾.

بعد أن تمّ تقديم ماهية وضعية الهيمنة على السوق، يجب تحديد مجال تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة على السوق.

المطلب الثاني: تحديد مجال تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة

تجد المؤسسة المهيمنة نفسها معنية بالقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة خاصة تلك المتعلقة بحظر التعسف في تلك الوضعية، إذ أن كل مؤسسة مهيمنة في السوق، يقع عليها عبء عدم التعسف. إن مسألة تحديد مجال تطبيق قواعد قانون المنافسة بما فيها تلك القواعد المتعلقة بوضعية الهيمنة والتي نحن بصدد دراستها، لا يجب أن يتمّ التباسها وخلطها بمسألة تحديد مجال الاختصاص المتعلق خاصة باختصاص مجلس المنافسة، حيث أن مسألة الاختصاص تظهر عادة عندما يتدخل كيان عمومي. وهذا ما سنتطرق إليه عند دراسة مساهمة القاضي الإداري في حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة⁽³⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة"، المرجع السابق، ص ص. 48 - 49.

² - Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., pp. 119 - 120.

³ - راجع الصفحات من 449 إلى 462 من الأطروحة محل الدراسة.

إنّ مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بوضعية الهيمنة على السوق محددة عن طريق المادة 02 من الأمر رقم 03-03 التي نصّت على ما يلي:

« يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تتدرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام»⁽¹⁾.
كما أنّ المشرّع الجزائري قد وسع من مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بقانون المنافسة وبالتالي من مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بوضعية الهيمنة، بتعديله وإتمامه لنصّ المادة 02 المذكورة أعلاه بموجب المادة 02 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 والتي يفهم منها أنّ أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة تطبق، وهذا بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، على:

- 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، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها،

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.
غير أنه، يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية⁽²⁾.

نصّت المادة L.410-1 من التقنين التجاري الفرنسي على ما يلي:

« تطبّق القواعد المحددة في هذا الكتاب على كل نشاطات الإنتاج والتوزيع أو الخدمات، بما فيها تلك التي من فعل الأشخاص العمومية، لاسيما في مجال اتفاقيات تفويض إدارة المرفق العام»⁽³⁾.

انطلاقا ممّا سبق ذكره، نتطرق لتحديد مجال تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة ماديا أي المؤسسات الممارسة لنشاط اقتصادي (الفرع الأول) ثم من حيث الأشخاص المعنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التطبيق المادي للقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة: المؤسسة

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 02 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدّل والمتمّم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - L'article L.410-1 du code de commerce français dispose :

« 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 ».

بمقتضى المادة 02 من القانون رقم 10-05 المعدّل والمتمّم للأمر رقم 03-03 فإنّ قانون المنافسة يستغرق النشاط الاقتصادي من إنتاج وتوزيع وخدمات واستيراد ويمتد ذلك إلى الصفقات العمومية رغم انتمائها إلى القانون العام، وكل الأعمال التي يمكن وصفها بنشاط اقتصادي شريطة أن تكون على علاقة بالسوق الوطنية الداخلية، أي يتدخل قانون المنافسة في الأسواق كلما التقى العرض مع الطلب في السوق على شكل سلعة أو خدمة⁽¹⁾.

ويبدو من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، كالأمر القديم لم يتجاهل أية مرحلة من مراحل النشاط الاقتصادي. فالمؤسسة كما درج على تسميتها الأمر الجديد سواء كانت منتجة لسلع أو موزعة لها أو مؤدية لخدمات تخضع إلى تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة⁽²⁾.

لذا نتطرق إلى مفهوم المؤسسة وفقا لقانون المنافسة، ثمّ لتحديد مضمون النشاطات الاقتصادية للمؤسسة المعنية.

أولاً: مفهوم المؤسسة وفقا لقانون المنافسة

نتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف المؤسسة المعنية بالقواعد القانونية الخاصة بوضعية الهيمنة، ثمّ نقوم بدراسة مركز المؤسسة في السوق، إذ أنها يمكن أن تكون في مركز العارض أو في مركز الطالب الواسطي وفي كلا المركزين، تكون المؤسسة خاضعة لأحكام قواعد قانون المنافسة بما فيها تلك الخاصة بوضعية الهيمنة.

1 - تعريف المؤسسة

¹ - شرواط حسين، شرح قانون المنافسة (على ضوء الأمر : 03/03 المعدّل والمتمّم بالقانون : 12/08 المعدّل والمتمّم بالقانون : 05/10 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة)، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص ص. 24 - 25.

² - كانت المادة 03 من الأمر رقم 95-06 (المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالمنافسة - الملغى)، تعرّف العون الاقتصادي « بكل شخص طبيعي أو معنوي، مهما تكن صفته، يمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون أو الجمعيات »، أنظر بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد 01/2004، ص ص. 37 و 26؛

- استعاد المشرع الجزائري استعمال تسمية العون الاقتصادي وذلك في ظلّ القانون رقم 04-02 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وذلك في المادة 1/3 منه، حيث عرّف العون الاقتصادي كما يلي : « كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدّم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها »؛ أنظر، القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جويلية 2004، المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج. عدد 41، الصادر في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

على عكس ما فعله المشرّع الأوروبي والمشرّع الفرنسي اللذان لم يعرفا المقصود بالمؤسسة في مفهوم القوانين المنظمة للمنافسة، فإن المشرّع الجزائري عرّف المؤسسة في المادة 03/03 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتّمة كما يلي:

« كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد »⁽¹⁾.

يظهر بأن المشرّع الجزائري قد استوحى من الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي والتي عرفت في قرارها 23 أبريل 1991 المؤسسة كما يلي: « كل كيان يمارس نشاطا اقتصاديا، وذلك بصرف النظر عن المركز القانوني الذي يتخذه أو طريقة تمويله »⁽²⁾، ويعرّف النشاط الاقتصادي بأنه: « كل نشاط يتمثل في عرض أموال أو خدمات في السوق المعطى »⁽³⁾، أو كذلك « كل نشاط يهدف إلى تحقيق الربح أو لا، والذي يتضمن إجراء مبادلات اقتصادية »⁽⁴⁾.

وبذلك أخذ المشرّع الجزائري بالتعريف الوظيفي والاقتصادي لا القانوني لمفهوم المؤسسة، فمن أجل متطلبات تطبيق القانون، تمّ استبعاد واجتباب التكيف أو المركز القانوني للكيان المتدخل في السوق⁽⁵⁾.

إذن المعيار الوحيد لتحديد مفهوم المؤسسة هو نشاطها الاقتصادي، وهو معيار مادي للتعريف والذي يعتبر جد واسع كما لاحظنا من قبل، وعلاوة على ذلك، فإن الكيانات التي تمارس وظائف السلطة العامة أو التي تمارس الأنشطة الاجتماعية القائمة على مبدأ التضامن غير معنية بقواعد قانون المنافسة، كما هو الحال بالنسبة لصناديق الضمان الاجتماعي مثلا⁽⁶⁾.

ووفقا للمادة 02 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010، فإن المنظمات المهنية تخضع كذلك لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإذا ابتعدت منظمة مهنية عن هدفها الذي يتمثل في حماية مصالح المنضمين إليها، مثلا المنظمة المهنية للمحامين وتقوم هذه المنظمة بممارسة نشاطات اقتصادية كتقديم خدمات مقابل أرباح، ستضطر للخضوع لقانون المنافسة بما فيها تلك القواعد المتعلقة بوضعية الهيمنة، في حين

¹ - راجع المادة 03 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتّم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

² - CJCE, arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner, Fritz Elser, C.41/90 ; curia.europa.eu/; Sur ce point, voir, Rachid ZOUAIMIA, « Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence », Revue critique de droit et sciences politiques, Faculté de droit, Université Mouloud MAMMERI, Tizi-Ouzou, n° 1, 2012, pp. 10 - 11.

³ - CJCE, arrêt du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec.p.I-3851, point 36 ; curia.europa.eu/ ; Sur ce point, voir, Rachid ZOUAIMIA, « Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence », op. cit., p. 11.

⁴ - Comm. CE, décision n° 2000/12 du 20 juillet 1999, Coupe du monde de football, 1998 ; curia.europa.eu/ ; Sur ce point, voir, Rachid ZOUAIMIA, « Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence », op. cit., p. 11.

⁵ - Rachid ZOUAIMIA, « Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence », op. cit., p. 11.

⁶ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, Éditions Belkeise, Alger, 2012, p. 23.

إذا بقيت في حدود هدفها الأساسي والأول، سوف يتم استبعاد هذا القانون، وتطبيقا لقانون المنافسة، يمكن معاقبة كل المنظمات المهنية (نقابة أو نظام مهني)، التي هي في الأساس تعبير عن إرادة جماعية⁽¹⁾.

2 - مركز المؤسسة في السوق

تعتبر المؤسسة كيانا يمارس نشاطا اقتصاديا في السوق، إلا أنه ليس كل تدخل اقتصادي يمثل نشاطا اقتصاديا، إذ المؤسسة قبل كل شيء عارضة في السوق، وهذا دون أن يكون الطلب مستبعدا كليا من مجال تطبيق قواعد قانون المنافسة بصفة عامة والقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة بصفة خاصة.

أ - مركز العارض

يطبق قانون المنافسة على العارضين في السوق، وهذا ما أكدته مجلس المنافسة الجزائري في قراره المؤرخ في 17 أكتوبر 1999⁽²⁾، والذي جاء في حيثياته ما يلي:

« اعتبارا أن اختيار السلطة العامة لمؤسسة تقوم بضمان طلب عمومي، فإنها بذلك، تتدخل كطالبة في سوق إنجاز أشغال البناء.

وأن كون منح صفة لمؤسسة لا يكتسي طابع نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات وفقا لمفهوم المادة 02. وإن كانت أحكام المادة 02 من الأمر المتعلق بالمنافسة تطبق على الأشخاص العامة، فذلك شريطة أن تمارس وظيفة اقتصادية ذات طبيعة نفسها مع تلك التي يمكن أن تكون مضمونة من طرف شخص خاص وأن تتدخل في السوق كعارض لسلعة أو لتقديم خدمة.

واعتبارا من جهة أخرى، أن حرية تعبير الطالب لاختياره la libre expression du choix du demandeur تلعب دورا مهما في السوق، على نحو يسمح بتوجيه الموارد إلى التشغيل الأفضل والحصول على الفعالية الاقتصادية.

واعتبارا أن مجلس المنافسة يسهر على أن يتم التعبير على الطلب بحرية بقدر المستطاع، فلا يستطيع بذلك أن ينقد شروط التي من خلالها تستعمل هذه الحرية.

وبذلك، قرر مجلس المنافسة عدم اختصاصه في القضية واعتبر إذن إخطاره غير مقبول.»

كما ذكرت محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية أن: « وفقا للاجتهاد القضائي الثابت، يشمل مفهوم المؤسسة كل كيان يُمارس نشاطا اقتصاديا، بغض النظر عن مركزه القانوني أو طريقة تمويله، ويشكل نشاطا اقتصاديا كل نشاط يتمثل في عرض أموال أو خدمات في السوق المعطى »⁽³⁾.

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 19 - 20.

² - Décision n° 99-D-02 du conseil de la concurrence algérien en date du 17 octobre 1999, Sur la saisine relative à la dévolution d'un marché public pour la réalisation des centres de formation professionnelle de Fennonghil et Tsabit (inédate).

³ - TPICE, arrêt du 12 décembre 2006, aff. T-155/04, SELEX Sistemi Integrati Spa c/Commission ; Sur ce point, voir, Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 35, 1/2009, p. 05.

يهدف إذن قانون المنافسة إلى إبقاء المنافسة فعّالة بين العارضين وقمع كل تصرف قد يضر بالمنافسة بين العارضين⁽¹⁾.

ب - مركز الطالب الوسيط

لا يمكن تكييف المشتري بمؤسسة وفقا لقانون المنافسة إلا إذا تمّ فيما بعد عرض المنتجات المشتراة في السوق. ويتمثل النشاط الاقتصادي في عرض الأموال والخدمات في السوق؛ كما أكدت ذلك محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية « طالما أن الكيان يقوم بشراء منتج، حتّى ولو كان بكمية كبيرة، وليس من أجل عرض الأموال أو الخدمات في إطار النشاط الاقتصادي، وإنّما من أجل الاستعمال في مجال نشاط آخر، مثلاً، نشاط ذات طبيعة اجتماعية محضة، وباعتباره له صفة المشتري في السوق، فإنه لا يتصرف كمؤسسة »⁽²⁾.

فبموجب مبدأ الحياد اتجاه تصرف الشراء، لا يدخل الطلب النهائي في مجال تطبيق قانون المنافسة. وهذا منطقي، إلا إذا كان هناك رغبة في إخضاع المستهلك لقانون المنافسة ! يجب المحافظة على حرية المشتري في الاختيار حتّى يتمكن من ممارسة دور الحكم الفعال في السوق⁽³⁾.

إنّ قانون المنافسة مختص في قمع كل نشاط إنساني، المهم أن يكون اقتصادي، أي أن يتمّ تقديمه في السوق الذي يلتقي فيه العرض والطلب، حتّى وإن كان العرض منحصر في متعامل واحد وذلك في حالة الاحتكار⁽⁴⁾.

إذا كان ينظر إلى المؤسسة، وذلك بكيفية تقليدية، كعارضة في السوق، فإنّ قانون الاتحاد في حالات معينة، قد يكيف الطالب بالمؤسسة. إلا أنه لاستخلاص قابلية تطبيق قانون المنافسة أم لا، يجب فحص في أي مجال يسجل هذا الطلب، وهذا ما يتطلبه الاجتهاد القضائي الاتحادي من خلاله قضية "فيني Fenin"، فبالفعل قضت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية بما يلي: « ليست هناك حاجة لفصل نشاط شراء منتج عن الاستعمال اللاحق، والذي يتمّ إجراؤه من أجل تقييم طبيعة هذا النشاط، وأن الطابع الاقتصادي أو لا للاستعمال اللاحق للمنتج الذي تمّ شراؤه يحدد بالضرورة طابع نشاط الشراء »⁽⁵⁾.

بعد أن تطرقنا إلى مفهوم المؤسسة وفقا لقانون المنافسة، سنتناول تحديد مضمون النشاطات الاقتصادية للمؤسسة المعنية.

ثانياً: تحديد مضمون النشاطات الاقتصادية للمؤسسة المعنية

نصّت المادة 1/03 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتّمة على ما يلي:

¹ - Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 76.

² - TPICE, arrêt du 4 mars 2003 ; Sur ce point, voir, Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 75.

³ - Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », op. cit., p. 05.

⁴ - Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 75.

⁵ - CJCE, arrêt du 11 juillet 2006, aff. C-205/03P, FENIN c/ Commission ; Voir, Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », op. cit., p. 05.

« يقصد في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

أ - المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد»⁽¹⁾.

ينطبق هذا التعريف للمؤسسة على كل من يمارس نشاطا اقتصاديا، بغض النظر عن صفته وطبيعته، أي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا، تاجر أو غير تاجر، المهم هو أن الشخص يمارس النشاط الاقتصادي بصورة دائمة ويتدخل ليقوم بعرض منتجاته وخدماته في السوق⁽²⁾. أما القيام بنشاط عرضي فلا يدخل في مجال تطبيق قواعد قانون المنافسة⁽³⁾.

1 - الإنتاج

بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة، فإن أحكام قانون المنافسة تطبق على نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي⁽⁴⁾.

وعرّفت المادة 03 من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الإنتاج كما يلي:

« العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول»⁽⁵⁾.

ويستنتج من هذا التعريف أن الإنتاج يكون نشاطا صناعيا في الغالب، يتمثل في صنع المنتج وتوضيبه وتحويله ويمتد إلى عمليات أخرى تتمثل في تقديم المنتج في شكله الطبيعي كجني المحصول الزراعي أو صيد الأسماك⁽⁶⁾.

¹ - أنظر المادة 03 من القانون رقم 08-12 المعدلة والمتممة للمادة 03 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 38.

³ - بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - أنظر المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

⁵ - قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. عدد 15، الصادر في 08 مارس 2009.

⁶ - بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المرجع السابق، ص 38.

يقودنا تعريف الإنتاج إلى تعريف المنتج الذي عرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه: « كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية »⁽¹⁾. فالمادة تحصر مفهوم المنتج في المنقولات، وهي الأشياء غير المستقرة أو غير الثابتة ويمكن نقلها فتكون قابلة للتوزيع. وتخرج من دائرة التعريف العقارات لأنها على خلاف المنقولات مستقرة وثابتة بحيزها ولا يمكن نقلها دون تلف، لكن لا يعني ذلك استبعاد التعامل في العقارات كممارسة تجارية من دائرة المنافسة، إذا كان الممارس مؤسسة بمفهوم الأمر المتعلق بالمنافسة مثلما هو الأمر بالنسبة للوكالات العقارية التي تؤدي خدمات بتوليها البيع أو الشراء أو الإيجار في المجال العقاري، وتبقى العقارات بالتخصيص منتوجات إذا تمّ التعامل فيها كمنقولات مستقلة عن العقارات التي وضعت لخدمتها⁽²⁾.

كما عرّفت المادة 03 من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المنتج بأنه كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً⁽³⁾.

2 - التوزيع

بالرجوع إلى نصّ المادة 02 الفقرة الأولى من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة، فإن أحكام قانون المنافسة تطبق كذلك على نشاطات التوزيع، ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة⁽⁴⁾.

فالتوزيع هو مجموعة الأنشطة المتعلقة بحركة وانتقال السلع والخدمات من أماكن الإنتاج إلى أماكن الاستهلاك مع مراعاة الوقت والمكان المناسب، كما يعتبر التوزيع همزة وصل بين المنتج والمستهلك، ولم يشترط المشرّع مصدر إنتاج السلعة فسواء كانت سلعة محلية وطنية أو سلعة مستوردة، ولأن الاستيراد يساهم في بداية مراحل التنمية إلى نمو الدخل القومي، ويساهم في إتاحة الفرصة للحصول على سلع لا تنتج بكميات كافية، فقط اشترط أن تباع على حالها لا تحول داخل البلاد كاستيراد المواد الأولية التي تستعمل في عملية الإنتاج

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر.ج. عدد 05، الصادر في 31 جانفي 1990.

² - بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المرجع السابق، ص 39.

³ - راجع المادة 03 من القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

الصناعي، واشترط كذلك شرط أساسي أن تباع السلع المستوردة داخل الوطن أي في السوق المحلية وسواء كانت المؤسسة وطنية أو أجنبية لأن ما يعرقل هو المنافسة داخل السوق الوطنية⁽¹⁾.

كما أضاف المشرع في تعديله 2010 أن الوكلاء والوسطاء في بيع المواشي وبائعي اللحوم بالجملة يخضعون لأحكام هذا القانون وذلك للحفاظ على الثروة الحيوانية الوطنية من التهريب والاستعمال غير عقلاني⁽²⁾.

3 - الخدمات

بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 02 من الأمر رقم 03-03 (المعدل والمتمم) تطبق أحكام قانون المنافسة أيضا على نشاطات الخدمات.

ويفهم من المادة 03 من المرسوم القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أن الخدمة تتمثل في كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة، ويقترب هذا التعريف من تعريف الفقه الفرنسي الذي يعتبر أيضا أن الخدمة هي كل أداء لا يتمثل في تسليم منتج وأنها شيء غير مادي. ومن أمثلة الخدمات: التنظيف والتصليح والترميم والنقل، ولا يدخل تسليم المنتجات في مفهوم الخدمة لأنه التزام يترتب على عائق المنتج أو الموزع أو البائع⁽³⁾.

لا يمكن للمهن أو قطاعات النشاط التي تستفيد من مراكز تشريعية خاصة أن تثير خصوصياتها من أجل التهرب من قانون المنافسة، مثلما هو الحال بالنسبة للمهن الحرة (الطبيب، المهندس، البنوك، التأمينات...)، فقانون المنافسة يخاطب كل قطاعات النشاط الاقتصادي⁽⁴⁾.

4 - الاستيراد

بصفة عامة، الاستيراد هو إدخال بضاعة إلى البلاد براً أو بحراً أو جواً وينبغي تقديم إقرار عنها عند دخولها⁽⁵⁾. وتنجز عمليات استيراد المنتجات (البضائع) بحرية، طبقاً لأحكام القانون رقم 15-15 المؤرخ في

¹ - شرواط حسين، شرح قانون المنافسة (على ضوء الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون : 12/08 المعدل والمتمم بالقانون: 05/10 ووفقاً لقرارات مجلس المنافسة)، المرجع السابق، ص 30.

² - المرجع نفسه.

³ - بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المرجع السابق، ص ص. 42 - 43.

⁴ - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995, p. 50.

⁵ - ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 - 2010، ص 359.

15 جويلية 2015⁽¹⁾، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالآداب العامة، وبالأمن والنظام العام، وبصحة الأشخاص والحيوانات، وبالثروة الحيوانية والنباتية، وبوقاية النباتات والموارد البيولوجية، وبالبيئة، وبالتراث التاريخي والثقافي⁽²⁾.

بالرجوع إلى المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة، فإن قواعد قانون المنافسة بما فيها تلك المتعلقة بوضعية الهيمنة تطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الاستيراد وذلك بتطبيق المعيار المادي المحض⁽³⁾، إلا أن المادة 03 التي تلي المادة المذكورة آنفا فإنها تضيف العامل الزمني من أجل تعريف المؤسسة، والتي يفهم منها أن المؤسسة هي كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد⁽⁴⁾.

يمكن أن نستخلص من تقارب النصين أن قانون المنافسة يطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات. فإذا كانت النشاطات الدائمة تمثل مؤسسات، فماذا تعتبر مقارنة بالنشاطات العرضية ؟ هل نحاول قمع كل النشاطات الاقتصادية مهما كانت مدتها حتى يتم تطبيق عليها قانون المنافسة أو العكس بل يجب أن يتم استبعاد تطبيقه على تلك النشاطات، إذ نلاحظ نشاطات اقتصادية عرضية خاصة في مجال الاستيراد ؟

وهذا يمثل غموضا بالمقارنة مع قانون المنافسة التقليدي الذي يطبق على المؤسسات أو الأعوان الاقتصاديين⁽⁵⁾. حيث تعرّف المادة 03 من الأمر رقم 95-06 (الملغى) العون الاقتصادي كما يلي:

« يقصد بالعون الاقتصادي في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي مهما تكن صفته، يمارس نشاطات أو يقوم بأعمال منصّوص عليها في المادة 02 أعلاه »⁽⁶⁾⁽⁷⁾.

¹ - قانون رقم 15-15 مؤرخ في 15 جويلية 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عملية استيراد البضائع وتصديرها (ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003)، ج.ر.ج. عدد 41، الصادر في 29 جويلية 2015.

² - أنظر المادة 02 من القانون رقم 15-15 المؤرخ في 15 جويلية 2015، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عملية استيراد البضائع وتصديرها، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المادة 02 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - اطلع على المادة 03 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Mustapha MENOUEUR, Droit de la concurrence, Berty Éditions, Alger, 2013, p. 96.

⁶ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁷ - نصت المادة 02 من الأمر رقم 95-06 نفسه (الملغى)، على ما يلي :

« يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون أو الجمعيات ».

بعد أن قمنا بدراسة التطبيق المادي للقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة، سنقوم بتحديد مجال تطبيق هذه القواعد من الناحية الشخصية.

الفرع الثاني: التطبيق الشخصي للقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة

بعد أن حددنا النشاط الذي يخضع للقواعد القانونية المنظمة للمنافسة، بالضبط للقواعد القانونية المنظمة لوضعية الهيمنة، وقلنا أنه يجب أن يكون نشاطا اقتصاديا، فإننا الآن نقوم بتحديد الأشخاص المخاطبين بتلك القواعد.

إن وضع مبدأ حرية المنافسة في حيز التنفيذ مسألة حساسة، وذلك لما يتعلق الأمر بالدولة أي الدولة والهيئات الإدارية التابعة لها كالجماعات المحلية والمنشآت العمومية، أو حتى المؤسسات الخاصة المكلفة بإدارة أو تسيير المرفق العام.

وتتمثل أول صعوبة في تحديد إذا ما كان بإمكان الدولة أن تمارس نشاطات تنافسية كالتّي تمارسها المؤسسات الخاصة وإلى أية درجة يمكن أن تتعرض لقواعد المنافسة. أما الصعوبة الثانية، مرتبطة بالاحتكارات القانونية، هل بإمكان الدولة أن تمنح احتكار لمؤسسة (عامة أو خاصة) وتقوم بذلك باستبعاد كل منافسة؟⁽¹⁾

وهذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها من خلال التطرق لنقطتين قانونيتين، أولهما مبدأ المساواة في تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة على كل الأشخاص متى كانت تمارس نشاطات اقتصادية. ثانيتهما استبعاد المساواة عند دخول أشخاص عامة مكلفة بمهام المرفق العام أو الممارسة لامتيازات السلطة العامة في السوق.

أولاً: مبدأ المساواة في تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة على كل الأشخاص متى كانت تمارس نشاطات اقتصادية

بالرجوع إلى المادة 03 الفقرة (ج) من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 والتي عرفت وضعية الهيمنة، نجد أن هذه الأخيرة يجب أن تكون محوزة من طرف المؤسسة، والتي عرفت المادة 03 الفقرة (أ) من القانون نفسه (المعدل والمتمم) كما يلي:

« كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد »⁽²⁾.

كما يفهم من نص المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة أن أحكام هذا الأمر تطبق على:

¹ - Sur ce point, voir, Marie MALAURI-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p 43.

² - راجع المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة المعدلة والمتممة بموجب المادة 03 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

- نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية، مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها،

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية⁽¹⁾.

نصّت المادة L.410-1 من التقنين التجاري الفرنسي على ما يلي:

« تطبق القواعد المحددة في هذا الكتاب على كل نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات بما فيها تلك التي من فعل الأشخاص العمومية، لاسيما في مجال اتفاقيات التفويض إدارة المرفق العام »⁽²⁾.

بمقتضى المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المذكورة آنفا، يمتد مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بوضعية الهيمنة إلى أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام الممارسة لنشاط اقتصادي على حد سواء. ويطلق على هذا الحكم في التعبير القانوني "مبدأ عدم التمييز" فلا تشكل الطبيعة الخاصة أو العامة للمؤسسة معيار حاسم في تحديد مجال تطبيق قانون المنافسة، إذا كانت للمؤسسة العمومية نشاط اقتصادي⁽³⁾.

1 - أشخاص القانون الخاص

قد تكون أشخاص القانون الخاص أشخاصا طبيعيا وقد تكون أشخاصا معنوية، وكلاهما قد يكون تاجرا وقد يكون حرفيا وقد يكون جمعية⁽⁴⁾. فالتاجر هو من يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له⁽⁵⁾. والشركات التجارية هي أعمال تجارية بحسب الشكل وقد نظمها القانون التجاري ووضع قواعد سيرها. أما الشركات المدنية والتي يشملها أيضا الأمر المتعلق بالمنافسة، تنشأ بمقتضى عقد وضع القانون المدني أحكامه ويبيّن كيفية إدارة

¹ - أنظر المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 السالف الذكر، المرجع السابق ذكره.

² - Voir, l'article L.420-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « La politique de la concurrence », RTD com, n° 01, Dalloz, Janvier/Mars 2002, p. 385.

⁴ - بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المرجع السابق، ص 27.

⁵ - أنظر المادة الأولى من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. عدد 101، الصادر في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، ج.ر.ج. عدد 77، الصادر في 11 ديسمبر 1996، ثم بمقتضى القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج.ر.ج. عدد 11، الصادر في 09 فيفري 2005.

الشركة المدنية⁽¹⁾. فيما يتعلق بالجمعيات، فكانت المادة 02 من الأمر رقم 95-06 الملغى تشير ضمن الأشخاص الذين يمتد إليهم تطبيق الأمر صراحة الجمعيات⁽²⁾. أما المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فلم تذكر الجمعيات بصفة صريحة، إلا أنّ بتعديل هذه المادة، للمرة الأولى، بموجب القانون رقم 08-12، وذلك من خلال مادته 02، ذكر المشرع الجزائري الجمعيات واعتبرها من بين الأشخاص المعنيين بقواعد قانون المنافسة⁽³⁾. واستبقى هذا الأخير على هذا الأمر كذلك من خلال تعديل المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المذكورة آنفاً، للمرة الثانية، بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010⁽⁴⁾.

تمّ تحديد المقصود بالجمعية بموجب المادة 02 من القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات⁽⁵⁾، والتي جاء نصّها كما يلي:

« 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 والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني.

يجب أن يحدد موضوع الجمعية بدقة ويجب أن تعبر تسميتها عن العلاقة بهذا الموضوع. غير أنه، يجب أن يندرج موضوع نشاطاتها وأهدافها ضمن الصالح العام وأن لا يكون مخالفاً للثوابت والقيم الوطنية والنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها ».

فكما هو ظاهر من التعريف على خلاف الشركة، لا تهدف الجمعية إلى تحقيق الربح، لكن ذلك لا يعني وجوب امتناع الجمعية من أي نشاط يدرّ عليها الربح، بل أن الجمعية في حاجة إلى موارد لاستثمارها في

¹ - راجع المواد 416 - 449 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 26 جوان 2005، ثم بمقتضى القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج. عدد 31، الصادر في 13 ماي 2007.

² - نصت المادة 02 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون أو الجمعيات ».

³ - أنظر المادة 02 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - قانون رقم 12-06 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر.ج. عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2012.

الغرض الذي أسست من أجله دون أن يكون للأعضاء أي حق في اقتسام هذه الموارد. فإذا كانت تمارس هذا النشاط على سبيل الدوام، كانت بذلك مستوفية للشروط التي تخضعها لأحكام المنافسة⁽¹⁾.
أما بالنسبة للحرفي، فعرفته المادة 10 من الأمر رقم 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، بأنه كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف⁽²⁾.

2 - أشخاص القانون العام

لا تخضع المؤسسة العمومية لأحكام الأمر المتعلق بالمنافسة لسنة 2003، إلا إذا كانت تواجه منافسة في المجال الذي تمارس فيه نشاطاتها أي "الميادين التنافسية" "Les secteurs concurrentiels"⁽³⁾، ولذلك فإنه في القطاعات التي لا تزال خاضعة لاحتكار الدولة والتي لم تفتح للمنافسة الحرة، فلا مجال لتطبيق هذا الأمر، ومثال عن ذلك قطاع صناعة الأسلحة والمتفجرات.

لا شك أن تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام الذي يمارس نشاطا اقتصاديا، كالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخضع للقانون الخاص لا يطرح هنا، لكون المادة 02 من قانون المنافسة نصت صراحة على سريان القانون عليها. غير أن تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام الإداري الذي يمارس نشاطا اقتصاديا، يتطلب التمييز بينما إذا كان هذا الشخص يقوم بذلك النشاط في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام، وبين ما إذا كان يقوم به خارج هذا الإطار ؟

من الواضح أن الشخص العام الذي يتدخل في السوق كمنتج أو موزع أو مقدم خدمات خارج إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام، يطبق عليه قانون المنافسة لأنه في تلك الحالة يعتبر من المؤسسات، ومن الأعوان الاقتصاديين، ويخضع في تلك الحالة للقانون الخاص والقانون التجاري⁽⁴⁾.

وقد استخلص من قرار شهير للاجتهادات القضائية الإدارية الفرنسية (03 نوفمبر 1997 المتعلق بشركتي "مليون وماري" "Million et Marais" أن: « تفترض المنافسة في المجال الاقتصادي وجود مؤسسات والتي تكون متنافسة في بيع المنتجات والخدمات. لا تشكل هذه المنافسة أية صعوبة لما تقوم بمواجهة المؤسسات الخاصة

¹ - بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المرجع السابق، ص 31.

² - أمر رقم 96-01 مؤرخ في 10 جانفي 1996، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج.ر.ج. عدد 03، الصادر في 14 جانفي 1996؛ أنظر حول هذه النقطة، بختة موالك، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المرجع السابق، ص 32.

³ - جاءت لأول مرة عبارة "الميادين التنافسية" في الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995، المتضمن خوصصة المؤسسات العمومية، ج.ر.ج. عدد 48، الصادر في 03 سبتمبر 1995 لتحديد الميادين الاقتصادية التي ستنقل من النظام القانون العام إلى النظام القانون الخاص والتي كانت أغلبها حكرا على الأشخاص العمومية التابعة للدولة.

⁴ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 39.

فيما بينها. وإنما يمكن أن يكون هناك محل للصعوبات لما يكون الشخص العمومي هو المعني، بحيث عندما يمارس هذا الأخير نشاط الإنتاج، التوزيع والخدمات، فإنه لا يكون فقط خاضعا في هذه الحالة لقواعد الأمر 1986، كما يؤكد على ذلك في مادته 53 (حاليا L.410-1 من التقنين التجاري الفرنسي)، بل حتى النزاعات الناشئة عن تلك الممارسة تعرض على المحاكم العادية»⁽¹⁾.

هذا وقد أشار مجلس المنافسة الجزائري في إحدى حيثيات قراره رقم 99-ق-02 المؤرخ في 17 أكتوبر 1999، المتعلق بمنح صفة عمومية لإنجاز مراكز التكوين المهنية "بفنوغيل" و"تسبيت" « Fennoughil et Tsabit على ما يلي:

« إن طبيعة قرار منح الصفة هو قرار إداري، وفقا للمادة 02 (من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة)، لا يطبق قانون المنافسة إلا على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وأن أحكام هذه المادة مطبقة على الأشخاص العمومية، بشرط أنها تمارس وظيفة اقتصادية من طبيعة نفسها لتلك التي يمكن للشخص الخاص أن يضمناها»⁽²⁾.

أما إذا باشر الشخص العام نشاطا اقتصاديا، وتصرف في ذلك باعتباره صاحب سلطة عامة ومكلف بإدارة مرفق عام، فقانون المنافسة لا يطبق عليه، لأنه قانون يتعلق بالنشاط الاقتصادي الخاص. وهذا ما نتطرق إليه بالتفصيل في نقطة استبعاد المساواة عند دخول أشخاص عامة مكلفة بمهام المرفق العام أو الممارسة لامتيازات السلطة العامة في السوق.

ثانيا: استبعاد المساواة عند دخول أشخاص عامة مكلفة بمهام المرفق العام أو الممارسة لامتيازات السلطة العامة في السوق

إذا كان الأصل أن الأشخاص العامة مثل الأشخاص الخاصة تخضع لأحكام قانون المنافسة بما فيها تلك المتعلقة بوضعية الهيمنة، متى كانت تلك الأشخاص تباشر نشاطا اقتصاديا، إلا أن القرارات الصادرة عن الأشخاص العامة أو الأشخاص المكلفة بخدمة عامة والمتعلقة بمباشرة الخدمة التي عهدت إليها، أو تستخدم امتيازات السلطة العامة، فإنها تخرج من مجال تطبيق هذه الأحكام، ولو كانت هذه القرارات مكونة لأعمال إنتاج أو توزيع أو خدمة.

نصّت الفقرة الأخيرة من المادة 02 على أنه « غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية»⁽³⁾. والقانون المختص الذي يحكم نشاط الإدارة العامة في

¹ - C.E, Sect. 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec.406, Concl. Stahl (Droit administratif et droit de la concurrence), cité par M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999, p. 820.

² - Décision n° 99-D-02 du 17 octobre 1999 relative à la dévolution d'un marché public pour la réalisation des centres de formation professionnelle de Fennoughil et Tsabit (inédate).

³ - أنظر المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

هذه الحالة هو القانون الإداري⁽¹⁾. وهذا ما يؤدي إلى استبعاد المساواة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام قانون المنافسة؛ فتتطرق إلى الأنشطة التي يمارسها الأشخاص العامة بوصفها سلطة عامة غير خاضعة للقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة، ثم نركز في هذا المجال على حدود تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بتلك الوضعية على صفقات الأشخاص العامة.

1 - الأنشطة التي يمارسها الأشخاص العامة بوصفها سلطة عامة غير خاضعة للقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة

هناك أنشطة يمارسها الأشخاص العامة، بوصفها سلطة عامة غير خاضعة للقواعد القانونية للمنافسة بما فيها تلك التي تهمنا المتمثلة في القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة وهي:

- الأنشطة السيادية للسلطات العامة.
- الأنشطة التي يمارسها الشخص العام مستخدماً امتيازات السلطة العامة. (التصرف أو القرار المتصل بممارسة امتيازات السلطة العامة).
- الأنشطة المتعلقة بتفويض إدارة المرفق العام أو خيار القائم بالخدمات.
- أ - الأنشطة السيادية للسلطات العامة

لا تخضع المؤسسة العمومية لقواعد قانون المنافسة، لما تنصرف باعتبارها ممارسة لوظيفتها السيادية. إن تصرف الأشخاص العمومية في وصفها "سلطات عامة" لا تشكل نشاطاً اقتصادياً، وهي كذلك عندما تتخذ تنظيمات حتى وإن كانت من طبيعة اقتصادية. والشيء ذاته يقال عن النشاطات السيادية المرتبطة بالتعليم، العدالة، الضبط، الأمن فإنها ليست بنشاطات اقتصادية.

مثال عن ذلك، نشاط المراقبة ضد تلوث الميناء، من حيث طبيعته وغرضه والقواعد التي يخضع لها، يرتبط بممارسة نشاط الامتيازات المتعلقة بحماية البيئة، وهو بالذات امتيازات السلطة العامة⁽²⁾.

ب - الأنشطة التي يمارسها الشخص العام مستخدماً امتيازات السلطة العامة (التصرف أو القرار المتصل بممارسة امتيازات السلطة العامة)

إن الأنشطة التي يمارسها الشخص العام مستخدماً امتيازات السلطة العامة لا تخضع لقواعد المنافسة ومن الأمثلة لهذه الأنشطة:

- الأنشطة التي يمارسها الأشخاص العامة وتكون متعلقة باستخدام واستغلال الأموال العامة، وتتجسد هذه الأنشطة في القرارات التي تتخذها الإدارة وهي بصدد إدارة هذه الأموال. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية Lys de France/A.D.P أن القرارات التي تتخذها هيئة عامة بفسخ عقد أو اتفاق يتعلق بمال عام على أثر

¹ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 39.

² - CJCE, arrêt du 18 mars 1997, aff. C-343/95, Port de Gênes, Rec. I, p. 47, Marie MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, op. cit., p. 39.

تخلف الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته المالية أو برفض منح امتياز إلى شخص ما، تعد قرارات يدير بواسطتها شخص من أشخاص القانون العام مهمته إدارة مال عام متمتعاً بامتيازات السلطة العامة⁽¹⁾.

- الأنشطة التي تقوم بها الهيئات المكلفة بإدارة بعض الأنظمة الإلزامية للضمان الاجتماعي فهو نشاط ذو طبيعة اجتماعية بحتة، وهو مجرد تماماً من أي من هدف ربحي، ومن ثم لا يكون نشاطاً اقتصادياً ولا يخضع لقواعد قانون المنافسة؛ فمن المستقر عالمياً، أن النشاطات الاجتماعية ليست بأنشطة اقتصادية في إطار أنها لا تؤدي إلى تبادلات في السوق المعطى.

ويمكن أن نذكر مثال عن الاجتهاد القضائي الأوروبي:

إن الهيئات الاجتماعية المؤسسة على مبدأ التضامن ليست بمؤسسات، وهذا ما تمّ القضاء به في قضية "بوسي وببيستر" "Poucet et Pistre"، حيث اعتبرت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية أنّ الهيئة المكلفة بتسيير مصلحة الضمان الاجتماعي ليست بمؤسسة وفقاً للمواد 85 و 86 من المعاهدة (أصبحت المواد 101 و 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي) (devenus articles 101 et 102 du TFUE).

تتلخص وقائع هذه القضية في رفض شخصان "Poucet" et "Pistre" تسوية اشتراكات الضمان الاجتماعي الناتجة عن صندوقين للضمان الاجتماعي وذلك في فرنسا. ويثيران حرية التوجه إلى أية وكالة الضمان الخاصة على إقليم الاتحاد. في هذا المجال، تمّ طرح مسألة هامة على المحكمة. استخلصت هذه الأخيرة بأن « الأنظمة المعنية هي أنظمة إجبارية، وأنها تتبع "هدف اجتماعي" وتستجيب "لمبدأ التضامن". إن الأنظمة التي تهدف بالفعل إلى ضمان الأشخاص جميعهم بتغطيتهم من مخاطر المرض، الشيخوخة، الموت والإعاقة بغض النظر عن شروط ثروتهم وحالتهم الصحية وقت انخراطهم. تتركز هذه الأنظمة على نظام الانخراط الإجباري، والذي لا يستغني عن تطبيق مبدأ التضامن وكذا التوازن المالي لمثل هذه الأنظمة. وبذلك فإن الهيئات التي تقوم بتسيير المرفق العام للضامن الاجتماعي تؤدي وظيفة ذات طبيعة اجتماعية محضة. هذا النشاط بالفعل مؤسس على مبدأ التضامن الوطني ولا يسعى لتحقيق هدف الربح ».

¹ - وفي هذه القضية أيدت محكمة النقض الفرنسية موقف محكمة استئناف باريس باختصاص المحاكم الإدارية دون مجلس المنافسة لتحديد شرعية الممارسات المنسوبة إلى A.D.P. وقالت محكمة النقض الفرنسية :

« Attendu que la résiliation par un établissement public d'une convention d'occupation du domaine public à la suite de non-paiement de redevances dont les taux est par ailleurs contesté ainsi que le refus opposé à une demande concession, constituant des décisions par lesquelles une personne publique assure la mission de gestion du domaine public, qui lui est confiée, au moyen de prérogative de puissance publique, et qui relève que les conditions critiquées de fixation du niveau des redevances d'occupation temporaire du domaine public sont indissociables de la gestion de ce domaine, a statué à bon droit » ; Cass.com, arrêt du 19 novembre 2002, pourvoi n° 01-02-546, D. 2003, p. 272 .

حول هذه النقطة، أنظر سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 209 - 210.

وتستتبع بعد ذلك، بقولها إن « هذا النشاط ليس بنشاط اقتصادي وبالتالي فإن الهيئات التي تتولى هذا النشاط لا تمثل مؤسسات وفقا للمادتين 85 و 86 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادتان 101 و 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي) »⁽¹⁾.

ج - الأنشطة المتعلقة بتفويض إدارة المرفق العام (منح امتيازات إدارة المرفق العام) أو خيار القائم بالخدمات

يتضمن مفهوم تفويض المرفق العام معنا مزدوجا:

- يُقصد منه أولا التصرف القانوني الذي بموجبه تقوم السلطة العامة بنقل تسيير المرفق العام لصالح الشخص الخاص مثلا.

- يُقصد منه كذلك نتيجة مثل هذا التصرف، والمتمثلة في أسلوب إدارة المرفق العام، حيث يضمن الشخص الخاص مثلا التكفل بمهمة يتم عادة تغطيتها من قبل الهيئات العامة.

لا يخلو اللجوء إلى تفويض المرفق العام لصالح الأشخاص الخاصة من التأثير على مفهوم المرفق العام. لم يعد يعرف هذا الأخير بالرجوع فقط إلى طبيعة الهيئة المكلفة بتسيير نشاط ذو منفعة عامة، بل يتطلب قبوله تحديد الهدف المتوخى، بغض النظر عن الطبيعة القانونية للشخص، عام أو خاص، المكلف بأدائه⁽²⁾.

تأخذ التقنية الأولى لتفويض المرفق العام شكل تفويض اتفاقي (Une délégation conventionnelle)، ويمسّ هذا الإجراء التعاقدية أكبر عدد من الأنشطة التي كانت عائدة بصفة حصرية للقطاع العام في الماضي. ونذكر منها مثلا: استغلال محطات الحافلات، النقل البحري والجوي، استغلال الطرق السريعة⁽³⁾.

ونصّت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽⁴⁾، على ما يلي:

« يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف.

ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.

¹ - CJCE arrêt du 17 février 1993, aff. Jtes, C-159/91, Poucet et Pistre JCP 1993.I.3702obs. M-C. BOUTARD LABARDE ; Sur ce point, voir, Mustapha MENOUEUR, Droit de la concurrence, op. cit., pp. 97 - 98.

² - Rachid ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeise, Alger, 2012, p. 04.

³ - Rachid ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, op. cit., p. 05.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج. عدد 50، الصادر في 20 سبتمبر 2015.

وبهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام.

تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي «⁽¹⁾».

وفي إطار التفويضات الانفرادية، تمنح السلطة العامة مهمة المرفق العام للأشخاص الخاصة مثلا مثلما هو الأمر عليه في حالة التفويض الاتفاقي، ومع ذلك ينتج مثل هذا التفويض عن التصرف المنفرد للسلطة العامة وليس عن عقد⁽²⁾.

وانطلاقا مما سبق ذكره، فإنه غالبًا ما تلجأ الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسستها العامة إلى منح أشخاص عامة أو خاصة حق احتكار استغلال مرفق من المرافق العامة. يتم هذا المنح بواسطة إبرام عقود إدارية تسمى بعقود امتياز استغلال المرافق العامة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل تخضع هذه العقود للقواعد القانونية المنظمة للمنافسة بما فيها تلك المتعلقة بوضعية الهيمنة ؟

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 02 من القانون رقم 10-05 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية »⁽³⁾.

ويفهم من نص المادة L.410-1 من التقنين التجاري الفرنسي أن قواعد المنافسة تطبق على جميع نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات بما فيها تلك التي تكون بفعل الأشخاص العامة لاسيما في إطار اتفاقية تفويض إدارة المرفق العام⁽⁴⁾.

اعتبرت محكمة التنازع الفرنسية في 06 جوان 1989 وذلك في القضية المشهورة "Ville de Pamier" في مجال تسيير مرفق توزيع المياه، بأن الأمر 01 ديسمبر 1986 والمتعلق بالمنافسة لا يطبق على قرارات منح

¹ - حيث نصت المادة 210/1 و2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على ما يلي:

« يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير، كما هي محددة أدناه.

كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى، غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكفاءات المحددة عن طريق التنظيم ».

² - Rachid ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, op. cit., p. 05.

³ - قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Voir, l'article L.410-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

الصفقات العمومية أو منح تراخيص استغلال المرافق العامة (بموجب عقد امتياز)، كون أن هذه النشاطات لا تمثل عمليات إنتاج وتوزيع وتقديم الخدمات، وليس من شأنها أن تحد أو تقلل من المنافسة في السوق وبالتالي يعود الاختصاص للقاضي الإداري لمراقبة مشروعية الفعل⁽¹⁾.

يمكن لمجلس المنافسة أن يعلن عدم اختصاصه لدراسة إجراء التنازل الذي من خلاله تختار الجماعة المحلية القائم بخدماتها، ولكنه يمكن أن يتصدى للممارسات المقيدة للمنافسة السابقة أو اللاحقة لهذا الاختيار⁽²⁾. إن تأكيد المادة L.410-1 من التقنين التجاري الفرنسي على أن قانون المنافسة يطبق على نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات التي تكون بفعل الأشخاص العامة، وذلك لاسيما في إطار اتفاقية تفويض إدارة المرفق العام، ذو أهمية محدودة كونه يتعلق بنشاط المفوض له تسيير المرفق العام ولا يتعلق بتاتا بنشاط المفوض⁽³⁾.

ويجب الإشارة هنا إلى أن واضعي النصوص المتعلقة بالمنافسة، في الجزائر، أغفلوا إخضاع العقود الإدارية بصفة عامة وبالأخص عقود تفويض المرفق العام لاحترام قواعد المنافسة. بالفعل، لا تخضع أحكام المادة 02 من الأمر المتعلق بالمنافسة لمثل هذه القواعد سوى الصفقات العمومية⁽⁴⁾، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي يخاطب بصفة خاصة عقود تفويض المرفق العام⁽⁵⁾. يجب سدّ مثل هذا الفراغ، بحيث يجب أن تحكم وتنظم قواعد المنافسة الصفقات العمومية وكذلك التفويضات الاتفاقية⁽⁶⁾.

وهذا خاصة بعدما تمّ إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽⁷⁾، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف ذكره والذي نصّت المادة الأولى منه على ما يلي:

¹ - عيساوي عزّالدين، « جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة : البحث عن المصالحة »، الملتقى الوطني حول: «أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية»، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 1 ديسمبر 2011، ص 101.

² - CA Paris, arrêt du 29 janvier 2002, Stés Saturg et autres ; Sur ce point, voir, Marie MALAURIE-VIGNAL, L'abus de la position dominante, op. cit., p. 40.

³ - Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD & Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, Litec (lexis Nexis), Paris, 2010, p. 203.

⁴ - راجع المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Voir l'article L.410-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - Rachid ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, op. cit., pp. 82 - 83.

⁷ - مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 58، الصادر في 07 أكتوبر 2010، معدل ومتم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011، ج.ر.ج.ج عدد 14، الصادر في 06 مارس 2011، ثم بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج.ر.ج.ج عدد 34، الصادر في 19 جوان 2011، ثم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج.ج عدد 04،

« يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعلوم بها وأحكام هذا المرسوم ». علاوة على ذلك، نصّت المادة 1/209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر على ما يلي:

« تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم »⁽¹⁾.

وسّع المشرّع الجزائري، في إطار المادة 02 من القانون رقم 10-05 المعدّل والمتمّم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، من مجال تطبيق هذا الأمر بإضافته الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. وهذا ما يتطلب تحديد نطاق تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة على هذه الصفقات، خاصة أن هذه الأخيرة تعتبر نشاطا إداريا للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة السلطة العامة.

2 - حدود تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة على صفقات الأشخاص العمومية

عرّفت المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽²⁾، الصفقات العمومية بأنّها: « 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 الدراسات ».

وسّع القانون رقم 10-05 من مجال تطبيق أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وذلك بنصّه في المادة 02 منه على أنّ هذه الأحكام تطبق على « الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى

الصادر في 26 جانفي 2012، وأخيرا بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013، ج.ر.ج. عدد 02، الصادر في 13 جانفي 2013 (ملغى).

¹ - حيث نصّت المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي:

« لضمان 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 ».

² - مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق ذكره.

غاية المنح النهائي للصفقة ⁽¹⁾. قد يستخلص من القراءة الحرفية للفقرة الأخيرة المذكورة أن أحكام الأمر رقم 03-03 تطبق على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أن المشرع الجزائري استدرك الأمر بأن سنّ في الفقرة الأخيرة من المادة 02 من القانون نفسه أنه: « غير أنه، يجب ألا يُعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية ⁽²⁾. ممّا يعني استبعاد تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة وأيضا استبعاد مجلس المنافسة من مراقبة الصفقات العمومية لكونها نشاطا إداريا للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة السلطة العامة ⁽³⁾.

وتوصلنا فيما سبق، أنه لا تخضع قرارات الشخص العام المتعاقد باعتباره سلطة عامة لأحكام قانون المنافسة لكون هذه القرارات لا تدخل ضمن أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الاستيراد، كما أنه قبل البحث عن طبيعة نشاط هذا الشخص، يجب أولا البحث عن مركزه في السوق، لأنه لا يطبق قانون المنافسة عليه إذا ما كان يحتلّ مركز طالب نهائي في السوق لكونه يتمتّع حينئذ بحرية الاختيار والتعاقد ⁽⁴⁾.

أمّا إذا كان الشخص العام تدخل في سوق الصفقات العمومية ليس باعتباره صاحب الامتيازات العامة، ويكون كعارض أو كطالب وسطي وذلك في مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات بما فيها الاستيراد، فهنا يطبق عليه قواعد قانون المنافسة، وإذا قام بارتكاب التعسف في وضعية الهيمنة يتمّ متابعته من طرف مجلس المنافسة وهذا ما يدخل ضمن التعبير القانوني المتمثل في « تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة ».

ففيما يتعلق بالممارسات المنفصلة عن قرارات السلطة العامة، لكونها صدرت عن مؤسسات متنافسة عارضة، فإن تقدم هذه المؤسسات لنيل الطلبات العمومية، يدل على أنها تمارس نشاطا اقتصاديا، بغض النظر عن كونها من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام، حيث أن العبرة في اندراج الأعمال التي تقوم بها في النشاط الاقتصادي ⁽⁵⁾.

وفيما يتعلق بممارسات المشتري العمومي أو الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع المنفصلة عن قرارات السلطة العامة، فيتعلق الأمر بالأعمال التي تكون خاضعة لقانون المنافسة رغم اعتماد نظام الصفقات العمومية

¹ - راجع المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - المرجع نفسه.

³ - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصفقات العمومية »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 89.

⁴ - راجع الصفحات من 30 إلى 31 من الأطروحة محل الدراسة فيما يتعلّق بمركز المؤسسة في السوق.

⁵ - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصفقات العمومية »، المرجع السابق، ص 93.

في إنجازها⁽¹⁾، وذلك باعتبارها أنشطة اقتصادية، ويتحدّد الطابع الاقتصادي لهذه الأعمال، إذا أعيد عرض هذه المشتريات على المستهلكين وفق أغراض تجارية، فإن قانون المنافسة يكون قابلاً للتطبيق ويكون مجلس المنافسة مختصاً بالفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات وممارسات صاحب المشروع بعد أن زال عنها امتياز السلطة العامة، وذلك بسبب الغرض التجاري الذي صاحبها، حيث يكون المشتري العمومي هنا يلعب دور طالب وسيطي وليس نهائي⁽²⁾.

إن الأشخاص العامة أو الأشخاص المكلفة بخدمة عامة والتي تستخدم امتيازات السلطة العامة غير خاضعة لأحكام قانون المنافسة، إلا أن عدم الخضوع هذا لا يجب أن يقودنا إلى القول بأن كل التصرفات التي يقوم بها هؤلاء الأشخاص تكون بمنأى، بصفة كلية، عن تطبيق قواعد قانون المنافسة بما فيها تلك المتعلقة بوضعية الهيمنة. وهذا ما نتطرق إليه عند دراستنا لمسألة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية.

المطلب الثالث: مسألة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

في الجزائر، تمّ تحديد مجال تطبيق قانون المنافسة على جميع الأشخاص خاصة كانت أو عامة، متى كانت تمارس أنشطة اقتصادية، إلا أن المادة 02 من القانون رقم 05-10 المعدّل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، اشترطت ألا يُعيق ذلك التطبيق مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، أي أنه يستبعد أحكام قانون المنافسة على الأنشطة الاقتصادية التي يمارسها الشخص العام، متى كان يمارس مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة⁽³⁾.

تبدأ المشكلة مع الأشخاص العامة التي لا تمارس أنشطة اقتصادية، إلا أن قراراتها المتضمنة مثلاً اختيار المتعامل تؤثر على السوق، وأحياناً بكيفية جد هامة.

¹ - نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي:

« لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :

- الدولة،

- الجماعات الإقليمية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة

مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة" ».

² - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصفقات العمومية »، المرجع السابق، ص 93.

³ - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدّل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

ويتمثل العائق في إدراج الشخص العام في مجال تطبيق قانون المنافسة في كون النشاط العام يفترض ممارسة سلطات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. وبذلك لا يمكن إخضاع الدولة والجماعات المحلية - ولكي نختصر الإدارة - لقانون المنافسة، الذي يفرض المساواة في حظوظ المتعاملين، كما أن إخضاع الشخص العام لقانون المنافسة، يؤدي إلى محاكمة القانون الإداري⁽¹⁾.

نتطرق للنظرة التاريخية لفكرة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية (الفرع الأول)، ثم نقوم بدراسة النتائج المترتبة عن إدراج تلك القواعد في مجال الشرعية الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المراحل التاريخية لفكرة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

قبل التطرق للنتائج المترتبة عن إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، لابد من الرجوع في البداية إلى النظرة التاريخية لفكرة إدراج تلك القواعد في ذلك المجال، وسنميز بين المرحلة التي كان فيها القضاء الإداري في فرنسا يرفض فكرة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية وبالتالي يرفض نفاذ أحكام قانون المنافسة في مواجهة تصرفات الإدارة أي القرارات والعقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية. والمرحلة التي أقر وكرس فيها هذا القضاء إدراج قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية.

أولاً: مرحلة رفض إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

في فرنسا، تمّ اعتماد عدة حلول بشأن تصرفات الأشخاص العامة، الأول يتعلق بأنشطة تنظيم المرفق العام، فإنها لا تخضع لقانون المنافسة، لأن تنظيم وتسيير المرفق العام لا يدخل في نطاق المادة L.410-1 من التقنين التجاري الفرنسي. مثلاً قرار الفدرالية الرياضية المتعلق بقواعد اللعبة.

أمّا الحل الثاني، فيتعلق بقرار الاختيار المتخذ من طرف الشخص العام، إذ أن مثل هذا القرار لا يخضع لقانون المنافسة، لأنه لا يشمل تعريف المادة L.410-1 من القانون التجاري: اختيار التعاقد ليس إنتاج أو توزيع أو ممارسة نشاطات تقديم الخدمات⁽²⁾.

رفض مجلس المنافسة في فرنسا فعلاً، مراقبة القرارات الإدارية التي تندرج في إطار امتيازات السلطة العامة لكون الإدارة لا تعتبر متعاملاً اقتصادياً وذلك في قضية مدينة "باميي" "PAMIER" الفرنسية وذلك في 17 ماي 1988.

ويعود أصل النزاع في قضية مدينة "Pamier" إلى أن المجلس البلدي للمدينة قرر إعادة تنظيم مرفق توزيع المياه في المدينة، وقرر من جهة فسخ عقد التسيير الذي كان يربطه بشركة "SAEDE" بطلب تدخل مجلس المنافسة على أساس أنه وقع ضحية ممارسة منافية للمنافسة وطلبت منه المعاينة وإلغاء الاختيار الجديد، لكن مجلس المنافسة أعلن عدم قبول الإخطار مستنداً إلى المادة 53 من الأمر 1986/12/1 التي تشير إلى أن القواعد المحددة في هذا الأمر تطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها التي يقوم بها الأشخاص

¹ - Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD & Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, op. cit., p. 203.

² - Ibid., p. 204.

العموميون. وبمفهوم المخالفة، يرى مجلس المنافسة أن الأمر لا يطبق على الأشخاص العامة إلا إذا كانت تمارس نشاطات إنتاج وتوزيع وخدمات، حيث أن القرار الذي منحت بموجبه البلدية تسيير مرفق عام ليس له طابع نشاط إنتاج، توزيع وخدمات، وبالتالي لا يمكن اعتبار قرار البلدية كممارسة واقعة تحت طائلة أحكام الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986.

وقدم طعن ضد قرار مجلس المنافسة لدى محكمة استئناف باريس وأصدرت قرارها بقابلية تطبيق قانون المنافسة على موضوع النزاع، لأن قيام البلدية بتوجيه دعوة لعدة مؤسسات متخصصة لتقديم عروضها من أجل اختيار مؤسسة يُعهد إليها بتوزيع الماء يجعل البلدية تمارس تأثيراً في سوق توزيع المياه، وقد قبلت المحكمة طلب المؤسسة الطاعنة واستجابت لطلبها باتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة تقضي بوقف الامتياز الممنوح، غير أن محكمة التنازع ذهبت إلى عكس ذلك وأكدت قرار مجلس المنافسة، حيث جاء في قرارها أنه يستخلص من المادة 53 المذكورة أن القواعد التي تضمنتها لا تطبق على الأشخاص العامة إلا إذا قامت بممارسة نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات، وأن قرار تنظيم المرفق العام الذي اتخذته المجلس البلدي ليس داخل ضمن النشاطات المذكورة «(1).

بعد أن أكدت محكمة التنازع الفرنسية أن القرار الإداري المتنازع لا يشكل النشاط المقصود في المادة 53 من الأمر المذكور، استتبع ما يلي: « وبذلك لا يرجع الاختصاص إلا للجهات القضائية التابعة للنظام المعني بمراقبته هذا القرار وفقاً لأحكام المادة 09 من الأمر المذكور »⁽²⁾، أي يرجع الاختصاص للقاضي الإداري في مراقبة الأعمال الإدارية.

بالنتيجة، لما يكون نشاط هيئة عامة أو جماعة محلية مثلاً مرتبط بممارسة امتيازات السلطة العامة، وإن كانت نتيجة هذا النشاط تابعة للمجال الاقتصادي؛ يكون القانون الإداري وبالتالي الجهات القضائية الإدارية هي المختصة؛ ومع ذلك، يبقى قانون المنافسة ضمن مجال الشرعية Le droit de la concurrence demeure dans

¹ - حول هذه النقطة، أنظر، محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصّفات العمومية »، المرجع السابق، ص 87 وص 98 وص 99؛

- Cons. conc., décision n° 88-D-24, 17 mai 1988, SAEDE, relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires émanant de la société d'exploitation et de distribution d'eau : BOCCRF 1988, p. 145 ;

- CA Paris, arrêt du 30 juin 1988 : Ville de Pamier ;

- TC, 6 juin 1989, Sté d'exploitation et de distribution d'eau [SAEDE] ; Sur cette jurisprudence française, voir, Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », op. cit., p. 15.

² - L'article 09 de l'ordonnance n° 86-1243, du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, dispose que :

« Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8 » ; <http://sos-net.eu.org/> ; Voir aussi, Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », op. cit., p. 15.

le bloc de légalité، مما يسمح للهيئات الإدارية المخطرة بدراسة مشروعية هذا القرار وفقا لمضمون أحكام المادة 09 من الأمر الفرنسي لـ 1986 مثلا.

نلاحظ هنا انحراف محكمة التنازع الفرنسية عن مضمون المسألة المطروحة عليها، إذ أنها تتعلق بمعرفة هل يُستبعد منح تسيير المرفق العام من مجال تطبيق قانون المنافسة أم لا ؟ وليس بتحديد اختصاص مجلس المنافسة⁽¹⁾.

كما أن تحليل محكمة التنازع غامض، حيث بعد أن أكدت أن القرار الإداري المتنازع فيه لا يشكل النشاط المقصود في المادة 53 من الأمر، ثم تابعت ذلك بقولها أن الاختصاص يرجع للقاضي الإداري للنظر في مدى صحة القرار، اتجاه أحكام المادة 09 من الأمر المذكور، فهنا نلاحظ تناقض، حيث أنه ما دامت المادة 53 من الأمر 1986/12/01 تحدّد مجال تطبيق نصّ الأمر بكامله، وإن كانت ممارسة لا تدخل في نطاقه، فإنه يجب استبعاد كل أحكام هذا الأمر، في حين لاحظت محكمة التنازع أن القرار الإداري ليس بنشاط الإنتاج والتوزيع والخدمات ومع ذلك أقرت بأنه يمكن للقاضي الإداري أن يطبق المادة 09 من الأمر 1986⁽²⁾.

بعد صدور قرار محكمة التنازع الفرنسية بشأن قضية مدينة "باميي Ville de Pamier"، كان ينتظر تطبيق الأمر 01 ديسمبر 1986 من طرف القاضي الإداري، إلا أن الموقف الذي اتخذته هذا الأخير، كان عكس ذلك في عدة مناسبات، وعلى سبيل المثال قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 29 جويلية 1994، حيث رفض فيه هذا الأخير فحص شرعية قرار إداري يمنح وضعيّة هيمنة لمؤسسة، اتجاه الأمر 1986، حيث قضى بما يلي: « إن تنظيم مرفق الطلبات العمومية عن طريق السلطة التنظيمية لا يُشكل مثل هذا النشاط » (المادة 53 من الأمر 01 ديسمبر 1986)⁽³⁾.

ثانيا: مرحلة تكريس إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

إن مبدأ سمو القانون الأوروبي على القانون الداخلي هو الذي دفع بالقاضي الإداري إلى البدء بتطبيق قانون المنافسة الأوروبي على الأعمال الإدارية، قبل أن ينتهي إلى إقرار قانون المنافسة الداخلي كمصدر من مصادر الشرعية الإدارية. لقد بدأت بؤادر التحول في حقيقة الأمر مع قرار الفيدرالية الفرنسية لشركات التأمين بتاريخ 08 نوفمبر 1996 الذي قبل فيه مجلس الدولة الفرنسي مراقبة ملائمة القرار المنشئ لوضعيّة هيمنة، عن طريق منح مؤسسة اقتصادية حقوقا حصريّة، أحكام المادة 86 من الاتفاقية الأوروبية⁽⁴⁾.

وفي الواقع، كان هذا القرار تمهيداً لبدء تطبيق القاضي الإداري في فرنسا لأحكام الأمر 01 ديسمبر 1986 (حاليا الكتاب الرابع من التقنين التجاري الفرنسي) كقواعد قانونية يتوجب على الإدارة احترامها ما دام لها

¹ - Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD & Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, op. cit., pp. 204 - 205.

² - Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », op. cit., p. 15.

³ - Ibid., p. 17.

⁴ - محسن صويلح، استقلالية مجال اختصاص مجلس المنافسة (دراسة في فقه القضاء)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام والمالي، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، 2006 - 2007، ص 118.

نفس محتوى القاعدة الأوروبية. وهو ما حصل فعلا في قرار "مليون وماري" "Sté Million et Marais" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 03 نوفمبر 1997، حيث تعلقت وقائع القضية بعقد تسيير المرفق البلدي للمقابر أبرمته بلدية (Fleury-les-Aubrais) مع شركة تقدم خدمات جنازية (Pompes Funèbres Générales). وكان السؤال المطروح على المجلس يدور حول معرفة إن كان ذلك العقد يجعل الشركة المتعاقدة في وضعية هيمنة تستغلها هذه الأخيرة بكيفية تعسفية وبصورة آلية (La théorie de l'abus de position dominante automatique) مخالفة بذلك أحكام المادة 08 من الأمر 01 ديسمبر 1986 (حاليا المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي)⁽¹⁾.

ويجب في هذا المجال، ذكر ملاحظتين هامتين وهما:

الملاحظة الأولى: إن اتخاذ مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Sté Million et Marais) قرار يجعل الأمر 01 ديسمبر 1986 نافذا في مواجهة القرارات الإدارية، وهذا ليس معناه تطبيق ذلك الأمر opposabilité et non applicabilité de l'ordonnance، إذ أن في قرار مجلس الدولة لم يعتبر القرار الإداري تصرفا مناف للمنافسة، كما أن الشخص العام لم يتم تعريفه كمؤسسة، إذن بدلا من التحدث عن قابلية التطبيق المباشر، من المستحسن التحدث عن نفاذية الأمر 1986 على القرارات الإدارية. والتي يقصد منها: « أن قيمة الأمر كعنصر من النظام القانوني لا يمكن تجاهلها من طرف الغير (من طرف السلطات العمومية، عند اتخاذها لقرارات أو تصرفات إدارية) الذين هم ليسوا ملزمين مباشرة بما هو نافذ اتجاههم (لأن الأمر لا يطبق مباشرة على القرارات الإدارية)، وليسوا ملزمين بالاعتراف به واحترام وجوده (وذلك بعدم إتيان بتصرفات مقيدة للمنافسة المحظورة) وحتى تحل الآثار (أي لا يترتب عليهم العقوبات المنصوص عليها في الأمر 01 ديسمبر 1986 بل التصريح بعدم الشرعية و/أو الإلغاء).

وبذلك جعل الأمر نافذا اتجاه اتفاقيات تفويض إدارة المرفق العام، إذ يسهر القاضي الإداري على أن لا يخل ويضيع الأثر المفيد والنافع لقواعد قانون المنافسة « L'effet utile des règles de concurrence »⁽²⁾.

الملاحظة الثانية: إن الأنشطة المنفصلة عن التصرف الإداري إذا كانت أنشطة اقتصادية أي الأنشطة الاقتصادية التي تمارسها الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة والتي يمكن فصلها عن الأنشطة التي

¹ - في إحدى حيثيات قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 03 نوفمبر 1997 بشأن قضية "مليون وماري"، جاء ما يلي :

« Considérant que si le contrat litigieux, en attribuant à la société des Pompes Funèbres Générales un droit exclusif sur les prestations du service extérieur des Pompes Funèbre de la commune, a créé au profit de cette entreprise une position dominante au sens des dispositions de l'article 08 de l'ordonnance, la durée de six ans, renouvelable une fois par décision expresse, de cette convention ne met pas la société en situation de contrevenir aux dispositions précitées de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » ;

حول هذه النقطة، أنظر، محسن صويلح، استقلالية مجال اختصاص مجلس المنافسة (دراسة في فقه القضاء)، المرجع السابق، ص 118 - 119.

² - Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », op. cit., p. 17.

تمارسها مثل هذه الهيئات بوصفها سلطة عامة L'activité détachable de l'exercice des prérogatives de puissance publique تخضع لقانون المنافسة ويرجع الاختصاص إذن لمجلس المنافسة. ومثال عن ذلك القضية التي جرت وقائعها في فرنسا بين كل من EDF المنتج الرئيسي والذي يتمتع باحتكار توزيع الكهرباء في فرنسا وبين اتحاد المنتجين المستقلين للكهرباء هناك. وفي أعقاب نجاح تجربة تشجيع الإنتاج المستقل للكهرباء، قامت شركة EDF بارتكاب ممارسات احتكارية تجسّد إساءة لاستغلال مركزها المهيمن في مجال توزيع الكهرباء في فرنسا (تعديل مدة العقود المبرمة بينها وبين هؤلاء المنتجين، تعليق توقيع هذه العقود على شراء معدات كهربائية، طلبها إلغاء الالتزام الواقع على عاتقها بشراء الكهرباء من هؤلاء المنتجين، طلب تعديل سعر بيع الكهرباء في أوقات الشّاء⁽¹⁾). ولمواجهة مثل هذه الممارسات، قام اتحاد المنتجين المستقلين بإخطار مجلس المنافسة وذلك بتاريخ 24 جانفي 1995 في الموضوع « Sur le fond » وفي آن واحد طلب الأمر بإجراءات تحفظية " mesures conservatoires" تهدف إلى وضع حدّ للممارسات المرتكبة لمنع دخول إلى سوق الكهرباء. وإذا كان مجلس المنافسة قد رفض هذا الطلب (Rejet 95-MC-06)، فإنه فتح تحقيقا لفحص الممارسات التعسّفية الواردة في الإخطار، وقد خلص المجلس إلى قيام EDF بالتعسف في استغلال وضعه الهيمنة⁽²⁾.

وأيدت محكمة استئناف باريس المجلس فيما انتهى إليه مشيرة إلى فكرة انفصال الأنشطة المجسّدة للإساءة عن العقود الإدارية التي أبرمتها الهيئة مع المنتجين المستقلين وكذا عن التصرفات التي باشرتها بوصفها سلطة عامة، وتوصلت المحكمة إلى أن مثل هذه الأنشطة لم تقم بها شركة كهرباء فرنسا بوصفها سلطة عامة، وإنما بوصفها مؤسسة تمارس أنشطة اقتصادية تهدف من ورائها منع دخول منافسين جدد إلى سوق إنتاج وتوزيع الكهرباء في فرنسا⁽³⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 217.

² - En conclusion le conseil a rendu sa décision, confirmant en tous points les griefs défendus par les producteurs indépendants et concluant :

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en s'opposant à l'entrée sur le marché de l'électricité de producteurs disposant de techniques plus performantes, EDF a fait une exploitation abusive de sa position dominante prohibée par les dispositions de l'article 08 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » ; Cons. conc., décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996 relative à la saisine présentée par le syndicat national des producteurs indépendants d'électricité thermique (SNPIET) à l'encontre d'Électricité de France (EDF), www.autoritedelaconcrrence.fr/ ; Voir aussi, Philippe SEGUR, Synthèse du litige SNPIET c/ EDF, (recours en responsabilité et recours en réparation), ec.europa.eu/

³ - وهذا ما قالته محكمة استئناف باريس :

« Considérant, toutefois, que ne se trouvent pas en cause en la présente affaire les contrats conclus par EDF, ni même les refus individuels de contracter de l'établissement public, mais un comportement global caractérisé par un ensemble de pratiques générales, détachables des contrats administratifs et des litiges individuels entre EDF et producteurs autonomes, indépendantes des modalités d'organisation du service public et adoptées par un opérateur économique auquel il est imputé d'avoir entravé l'accès de ses concurrents au marché concerné ; Qu'en effet, les procédés dilatoires et abusifs incriminés, ... » ; CA Paris, arrêt du 27 janvier 1998, L'affaire des producteurs autonomes d'électricité ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 218.

ومن بين الممارسات التي ذكرتها المحكمة وتجسد التعسف وتنفصل عن العقود الإدارية التي أبرمتها الهيئة: التعديل المفاجئ لمدة عقود الشراء، فرض شروط وأعباء مالية إضافية للاشتراك في شبكة توزيع الكهرباء التي تحتكرها EDF، فرض مواعيد ومدد محددة بطريقة انفرادية للحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة من الجهات المعنية...⁽¹⁾.

انطلاقاً مما سبق ذكره، سنرى فيما يلي تأثير المشرع الجزائري ومجلس المنافسة الجزائري بالاجتهاد القضائي الفرنسي المذكور والذي تأثر بدوره بالمشرع الأوروبي، وذلك من خلال التطرق إلى النتائج المترتبة عن إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

إن إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية الذي تمّ في ظل اجتهاد القضاء الفرنسي قد تأثر به المشرع الجزائري ومعه مجلس المنافسة، وهذا ما سنبينه من خلال التزامات السلطة العامة بموجب أحكام المنافسة في اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة⁽²⁾. ومن جهة أخرى، أدخل المشرع الجزائري التعديلات الضرورية في قانون الصفقات العمومية من أجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في تلك الصفقات، مما يترتب عنها التزام الشخص العام بحماية المنافسة في الصفقات العمومية.

أولاً: التزامات السلطة العامة بموجب أحكام المنافسة الواردة في اتفاق الأوروبي المتوسطي

يسمح الإطار المتعلق بالمنافسة والمتمثل في اتفاق الشراكة بين الجزائر والاتحاد الأوروبي بانسجام تشريعهما المتعلق بالمنافسة.

¹ - وتستطرد المحكمة في حكمها مبيّنة التصرفات التي يمكن فصلها عن التصرفات التي تمارسها هيئة كهرباء فرنسا بوصفها سلطة عامة وتشكل تعسفاً في وضعيتها المهيمنة، وتقول :

« Tels que la modification soudaine de la durée des contrats d'achat de l'électricité produite par les entreprises indépendantes, la subordination du paiement de la prime fixe, à la signature desdits contrats, la mise en place de modalités variables et onéreuses pour le raccordement au réseau, l'introduction de nouvelles normes discrétionnaires et floues relatives à la cogénération, l'imposition de dates limites unilatéralement décidées pour l'obtention d'autorisations délivrées par diverses administrations et pour le dépôt de projets, ne se confondent pas avec des actes administratifs unilatéraux et, au surplus, ne peuvent pas être tenus comme mis en œuvre dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique dès lors qu'aucune réglementation applicable en la matière n'autorisait de telles pratiques, ainsi que les autorités ministérielles de tutelle l'ont à plusieurs reprises rappelé à EDF, en lui donnant instructions d'y mettre fin ... » ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص. 218 - 219.

² - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه يوضع في مواد 40 إلى 43 إطار تعاون بين مجلس المنافسة الجزائري والسلطات الأجنبية قصد ضمان التطبيق الفعال للتشريعات الوطنية والأجنبية وتطوير علاقات التشاور وتبادل المعلومات بين المؤسسات وهذا احتراما للقواعد المرتبطة بالسيادة الوطنية والنظام العام الداخلي والاحترام المهني⁽¹⁾. ومن بين التزامات السلطة العامة (الدولة) المترتبة عن الفصل الثاني من اتفاق الشراكة المعنون كما يلي: « المنافسة وأحكام اقتصادية أخرى »، نجد التزام الدولة بقواعد المنافسة عند تدخلها الحصري فيما يتعلق بالاحتكارات وكذا التزامها بتلك القواعد عند تدخلها فيما يتعلق بالحقوق الحصرية والخاصة للاستغلال.

1 - التزام الدولة بقواعد المنافسة عند تدخلها الحصري فيما يتعلق بالاحتكارات

نصّت المادة 42 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، السالف الذكر، على ما يلي: « تقوم الدول الأعضاء والجزائر دون الإخلال بالتزاماتها إزاء الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات)، بالتعديل التدريجي لكل احتكارات الدولة ذات الطابع التجاري بحيث تضمن، عند نهاية السنة الخامسة التي تلي دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ عدم التمييز فيما يخص شروط التموين بالسلع وتسويقها بين رعايا الدول الأعضاء والرعايا الجزائريين ويتمّ إعلام لجنة الشراكة بالتدابير المتخذة لبلوغ هذا الهدف ». وتقابل هذه المادة في قانون الاتحاد الأوروبي المادة 37 من المعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (article 37/1 du TFUE, ex-article 31 du TCE)⁽²⁾.

ونظرا لأنّ الدول الأعضاء قد تسلك سبيلا تؤثر في المنافسة، لذلك حرص كل من اتفاق الشراكة بموجب المادة 42 ومعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي بموجب المادة 37 على أن تلتزم هذه الدول بأن تعدل تدريجيا أي احتكارات تديرها وتكون ذات طبيعة تجارية، بحيث يتمّ إلغاء أي تمييز بين مواطني الدول الأعضاء بخصوص شروط تسويق البضائع أو توريدها⁽³⁾.

إن مجال تطبيق نصّ المادة 42 من اتفاق الشراكة السالف الذكر محدد في:

- الاحتكارات الوطنية، ممّا يستبعد الاحتكارات الممارسة على منطقة إقليمية أقلّ بُعدا.

¹ - راجع المواد 40 إلى 43 من المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، المرجع السابق ذكره.

² - L'article 37/1 du TFUE dispose que :

« Les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres ».

³ - حول هذه النقطة، أنظر عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 244.

- الاحتكارات التجارية وبالتالي يستبعد من تطبيق المادة 42 الاحتكارات دون عنصر التبادل. تعتبر التجارة والاستيراد فقط ذات طابع تجاري. كما تستبعد الاحتكارات التي تضع حيز التنفيذ امتيازات سيادية، كذلك تستبعد الاحتكارات التي يكون غرضها إداري أو اجتماعي من مجال التطبيق، ولكنها تبقى خاضعة لمبدأ حرية تنقل السلع، ويمكن أن يتمّ معاقبتها إذا ما تقوم بتمييز المنتجات المستوردة بتفضيل المنتجات ذات أصل وطني.

- احتكارات تتعلق بالسلع، لا تطبق المادة 42 السالفة الذكر على الاحتكارات المتعلقة بالخدمات مثل الاحتكار المتعلق بالإشهار التجاري في التلفزة.

- يمكن أن تمس هذه الاحتكارات التبادلات بين الجزائر والمجموعة الأوروبية.

تشرط المادة 42 السالف ذكرها على الدولة الجزائرية ودول أعضاء المجموعة الأوروبية بالتعديل التدريجي وليس بإلغاء الاحتكارات، إلا أن التزام بتعديل وتخفيف التمييزات في بعض الأحيان قد يؤدي إلى إلغاء الاحتكارات، كاجتهاد القضاء Manghéra الذي أدان الحقوق الحصرية للاستيراد التي تمثل بالنسبة للمصدرين الأجانب تمييز محظور⁽¹⁾؛ يمكن أن تكون شروط ممارسة الاحتكار محل مراجعة إذا كانت تؤدي إلى ممارسات تمييزية، مثلاً لا يمكن أن تكون للرسوم التي تفرض على المنتجات المستوردة أثر إخضاعها لأعباء جد ثقيلة مقارنة بالمنتج الوطني المماثل. ويبقى الاحتكار مشروعاً طالما لا يتضمن أي تمييز في مواجهة المنتجات الأجنبية⁽²⁾.

يشترط لوقوع التعسف في وضعية الهيمنة أن توجد هناك وضعية هيمنة في السوق، ومن المعايير الكمية لتحديد هذه الوضعية، نجد الاحتكار. فمن هذا المنطلق تلعب المادة 42 من اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر دور وقائي يتمثل في تفادي وقوع ذلك التعسف.

2 - التزام الدولة بقواعد المنافسة عند تدخلها فيما يتعلق بالحقوق الحصرية والخاصة للاستغلال

نصّت المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية على ما يلي:

« فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية والمؤسسات المتحصلة على حقوق خاصة أو حصرية، يتأكد مجلس الشراكة من أنه، ابتداءً من السنة الخامسة بعد دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ، لا يتمّ لا اتخاذ ولا إبقاء أي تدبير

¹ - CJCE, arrêt du 3 février 1976, Manghéra ; Sur ce point, voir, Marie MALAURI-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., pp. 59 - 60.

² - Marie MALAURI-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 60.

من شأنه أن يخل بالمبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر بحيث يتعارض ذلك مع مصالح الطرفين ولا يتعارض هذا الحكم لا قانونا ولا عملا مع تنفيذ الأعمال الخاصة الموكلة إلى هذه المؤسسات «⁽¹⁾.

تقابل هذه المادة في قانون الاتحاد الأوروبي المادة 106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (article 106 du TFUE, ex-article 86 du TCE)⁽²⁾، والتي أتت نتيجة لتغيير النظرة إلى قرارات الإدارة حيث أصبحت هذه الأخيرة ملزمة بتجنب دفع الأعوان الاقتصاديين إلى الإخلال بقواعد المنافسة، بمقتضى نظرية الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة L'effet utile des règles de concurrence السائدة في القانون الأوروبي، والتي مفادها أن السلطات العمومية يجب ألا تخل بقراراتها الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة، بحيث أصبحت نظرية الأثر المفيد لقواعد المنافسة تقر بمبدأ نفاذ قانون المنافسة على القرارات الإدارية، والتي تأثر بها المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري⁽³⁾.

حيث أنه يمكن للدولة أن تمنح للمؤسسات العامة أو الخاصة حقوقا خاصة أو حصرية. هذه الحقوق لا تكون مشروعة إلا إذا تمت صياغتها وفق الهدف المتبع من طرف الدولة. مثال عن ذلك الحث على بذل مجهود من أجل الاختراع عن طريق منح حق حصري على الشيء المخترع. إذا كان الحق الحصري أو الخاص يتجاوز هذا الهدف، فالدولة أو الهيئات الإدارية التابعة لها كالجماعات المحلية مثلا ستتعرض للمادة 43 من اتفاق الشراكة المذكورة، إذ يتم إدانة الدولة إذا كان التنظيم المانح لحق حصري أو خاص يؤدي بالمؤسسة إلى التعسف تلقائيا في وضعيتها. هنا يجب التمييز بين التعسفات التي ترجع إلى تدابير الدولة Les abus imputables aux mesures étatiques والتي تدخل في اختصاص القاضي الإداري (فكرة نفاذية قواعد قانون المنافسة في مواجهة تصرفات الإدارة) والتعسفات التصرفية Les abus comportementaux التي يرجع اختصاص النظر فيها لمجلس المنافسة والذي يطبق قانون المنافسة⁽⁴⁾.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 159-05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

² - L'article 106/1 et 2 du TFUE dispose que :

« Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. .../... »

.../... Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

³ - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصفقات العمومية »، المرجع السابق، ص 87.

⁴ - Marie MALAURI-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 51.

فطبقا للقانون الأوروبي، فإن الممارسة التعسفية المحظورة هي الممارسة التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة بنفسها دون أن تكون مفروضة عليها بقانون صادر من دولة عضوة في الاتحاد، فإن كانت الممارسة مفروضة، فإن العقاب لا يلحق المؤسسة المهيمنة، وإنما يلحق الدولة وذلك بالاستناد إلى نظرية التعسف التلقائي أو الآلي⁽¹⁾.

وفقا لنظرية التعسف التلقائي Théorie de l'abus automatique، ذات أصل أوروبي، فإن الدولة يمكن إدانتها على أساس المادة 43، إذ تجد المؤسسة المستفيدة من الحق الخاص أو الحصري نفسها بمجرد ممارسة حقها الحصري، منساققة تلقائيا إلى التعسف في وضعيتها المهيمنة⁽²⁾.

لذا يقع على الدولة والهيئات الإدارية التابعة لها التزام بعدم اتخاذ أو إبقاء أي تدبير من شأنه أن يخل بالمبادلات بين المجموعة والجزائر بحيث يتعارض ذلك مع مصالح الطرفين، وكما نعلم ووفقا للمادة 41 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، فإنه يتعارض مع السير الحسن لهذا الاتفاق طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر الاستغلال المفرط من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها لوضعية مسيطرة.

وبالنتيجة، فإن الدولة ملتزمة بعدم وضع مؤسسة في وضعية تجد نفسها منساققة تلقائيا إلى التعسف في احتكارها أو في حقها الحصري أو الخاص، وهذا ينطبق على جميع المؤسسات سواء كانت عامة أو خاصة مستفيدة من حقوق حصرية أو خاصة.

مثال عن ذلك، اعتبرت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في قضية ميناء جنيف L'affaire Port de Genève، أن التنظيم الإيطالي الذي منح لمؤسسة حق حصري بتنظيم عمليات التي تتم في الميناء والذي يفرض على هذه الأخيرة ومن أجل هذا الغرض اللجوء إلى وكالة مينائية تتكون فقط من عمال وطنيين. وبذلك يخالف هذا التنظيم الفقرة الأولى من المادة 86 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي)، وبالتالي تجد المؤسسة نفسها تخالف أحكام المادة 102 من المعاهدة المذكورة المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة عن طريق سياسة تمييزية تخدم مصالحها الخاصة⁽³⁾.

يمكن أن يتم إدانة الدولة في حالة التعارض بين القانون الوطني والمواد 102 و106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE) عن طريق التقصير Manquement. تلزم محكمة العدل للمجموعات الأوروبية القاضي الوطني باستبعاد القانون أو النص التنظيمي الذي اتخذ تطبيقا له⁽⁴⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 228 - 229.

² - Marie MALAURI-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 61.

³ - CJCE, arrêt du 10 décembre 1991, Porto du Genova, aff. C-179/90 ; Sur ce point, voir, Marie MALAURI-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit., p. 62.

⁴ - Ibid., p. 63.

استكمل نصّ المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية بعبارة « ولا يتعارض هذا الحكم لا قانونا ولا عملا مع تنفيذ الأعمال الخاصة الموكلة إلى هذه المؤسسات »⁽¹⁾.

بالمقارنة مع نصّ المادة 106/2 من المعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي والذي يفهم منه بأنه تخضع المؤسسات المكلفة بتسيير المرافق ذات منفعة اقتصادية عامة أو التي تتمتع بامتياز ضريبي لقواعد المعاهدات لاسيما لقواعد المنافسة، إذا كان تطبيق هذه القواعد لا يعيق الأداء القانوني أو الفعلي للمهمة الخاصة التي كلفت بها، مع مراعاة عدم الإضرار بتنمية التبادلات فيما بين الدول الأعضاء الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الإضرار بمصلحة الاتحاد⁽²⁾.

يبدو أنّ المشرع الأوروبي أراد بهذا النصّ أن يخلق نوعا من التوازن بين المصالح الداخلية لكل دولة من دول الاتحاد ومصلحة الاتحاد ذاته. إذ أنّه يعفي المؤسسات ذات الطابع الاقتصادي التي تهدف إلى تحقيق مصلحة اقتصادية عامة للدولة ومن ثم، يستبعد تطبيق قواعد المنافسة عليها وتعد ممارستها مشروعة عندما تعيق هذه القواعد تحقيق مثل هذه المصلحة، لكنه في المقابل، يسعى للحفاظ على أهم هدف أنشأ الاتحاد من أجله ألا وهو تنمية التبادل التجاري فيما بين دول الاتحاد، لذلك فإنّ الاستثناء المقرر لصالح هذه المؤسسات معلق على شرط عدم الإضرار بتنمية التجارة (التبادلات)، لأن الإضرار بها سينعكس سلبا على مصلحة الاتحاد ككل.

والمقصود بالخدمة أو المصلحة العامة ذات الطابع الاقتصادي هي تلك التي غالبا ما يعهد بتقديمها إلى أشخاص معينة يسعون من ورائها إلى إشباع حاجات عامة للمواطنين وخاصة في نطاق الخدمات العامة. كل ذلك بغض النظر عن طريقة إسناد أداء هذه الخدمة أو طريقة تمويلها⁽³⁾.

أخيرا، فقد لخصت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في قضية مقاطعة Almelo الهولندية بتاريخ 27 أبريل 1994⁽⁴⁾، الشروط الواجب توافرها لعدم تطبيق قواعد المنافسة على المؤسسات المكلفة بإدارة مرافق ذات منفعة اقتصادية عامة وهي:

- أن تكون المؤسسة مكلفة بالفعل بإدارة مرفق ذو منفعة اقتصادية عامة.

¹ - أنظر المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article 106/2 du TFUE ; <http://eur-lex.europa.eu/>

³ - عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، درا الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2012، ص 210.

⁴ - CJCE, arrêt du 27 avril 1994, commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij, affaire n° C-393/92 ; www.eur-lex.europa.eu/

- أن يكون التصرف الذي يضر أو يخالف قواعد المنافسة ضروريا لكي تتمكن هذه المؤسسة من إتمام المهمة المتعلقة بالمصلحة العامة.

- ألا يترتب عن هذا التصرف إضرار بحرية التبادل بين الدول الأعضاء⁽¹⁾.

بالفعل لا يطبق الاستثناء الوارد في الفقرة 02 من المادة 86 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (TCE) (حاليا المادة 106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE)) دون شرط: ألا يتم المساس بمصلحة الاتحاد. تمنح هذه المصطلحات الواسعة للجنة الأوروبية، وحتى ذلك للسلطات الوطنية المختصة في تطبيق قانون الاتحاد، سلطة واسعة للتقييم، مما قد يسمح بتكييف الممارسات المتخذة في مجال ممارسة مهام السلطة العامة بالتعسف في وضعية الهيمنة، حتى وإن كان ذلك يعيق الممارسة⁽²⁾.

تمّ تكييف المادة 2/86 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 2/106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي) كمانحة للمتعاملين ذوي المهام الخاصة المتعلقة بالمنفعة الاقتصادية العامة مركز ممتاز اتجاه قواعد المنافسة. فبالأكيد، يظهر من المادة المذكورة أنها تجنب الحائزين على مهام المرفق العام الالتزامات الواردة في قواعد المنافسة وخاصة المادة 82 من TCE (حاليا المادة 102 من TFUE) إذا كان تطبيق هذه القواعد يعيق الأداء القانوني أو الفعلي للمهمة الخاصة التي كلفوا بها⁽³⁾.

نلاحظ انطلاقا من نص المادة 2/106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي أن المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية جاءت ناقصة وغامضة، حيث أنها لم تحدّد الشروط الواجب توافرها لعدم تطبيق قواعد المنافسة المنصوص عليها في اتفاق الشراكة المذكور، وإنما اكتفت بالنص على أن المادة 43 لا تتعارض لا قانونا ولا عملا مع تنفيذ الأعمال الخاصة الموكلة لهذه المؤسسات، فيفهم من عبارة "هذه المؤسسات" تلك المؤسسات العمومية أو الخاصة المتحصلة على حقوق خاصة أو حصرية، ولكن لم يتمّ تحديد المقصود من عبارة "الأعمال الخاصة الموكلة لهذه المؤسسات" أي ما هي طبيعتها ؟

تأثر المشرع الجزائري بنص المادة 106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي، فكرس مبدأ إخضاع الشخص العام للممارس للنشاط الاقتصادي لقواعد قانون المنافسة إذا كان ذلك لا يعيق أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة وذلك من خلال نص المادة 02 من القانون رقم 10-05 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يظهر كذلك تأثره بنص المادة ذاتها وذلك

¹ - لمزيد من التفاصيل عن هذه القضية، راجع سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 225 - 227.

² - Dominique BRAULT, « Service public et position dominante : peut-il y avoir abus ? (Droit communautaire de la concurrence) », LPA, n° 239, 30 novembre 2004, p. 36 ; <http://cuja-intra.univ-paris1.fr/>

³ - Dominique BRAULT, « Service public et position dominante : peut-il y avoir abus ? (Droit communautaire de la concurrence) », op. cit., p. 36.

من خلال تكريسه لمبدأ نفاذية قواعد قانون المنافسة في مواجهة الإدارة العامة باعتبارها سلطة عامة وهذا من خلال نصّ المادة 43 من اتفاق الشراكة المذكورة أعلاه.

ثانيا: التزام الشخص العام بحماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في صفقات الأشخاص العامة

في الجزائر، تعتبر عقود منح الصفقات العمومية عقوداً إدارية، وليس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات أو الاستيراد، وذلك وفقاً للأمر 2003 المتعلق بالمنافسة. وفي ظل الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى، تمكن مجلس المنافسة الجزائري أن يقضي بأن منح صفقة عمومية لا يُشكل تصرف إنتاج وتوزيع أو الخدمات وفقاً لأحكام الأمر المتعلق بالمنافسة هذا، ويصرح بذلك عدم اختصاصه وقضى بأن الإخطار غير مقبول⁽¹⁾.

يستبعد مجلس المنافسة الفرنسي، وذلك بصفة دائمة، تكييف عقد الشراء من طرف المشتري العمومي بالنشاط الاقتصادي « إن اختيار المؤسسات المكلفة بقيام الأشغال، تنظيم دعوة المؤسسات للمنافسة أثناء منح الصفقات العمومية وذلك من طرف المشتري العمومي، لا يشكل تصرفات الإنتاج والتوزيع أو الخدمات وفقاً لنصّ المادة L.410-1 من التقنين التجاري ولا يدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة »، ومع ذلك يبقى قانون المنافسة نافذاً في مواجهة الإدارة المبرمة للصفقات العمومية⁽²⁾.

تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي بدوره تأثر بالمشرع الأوروبي فيما يتعلق بإدخال قواعد قانون المنافسة في الشرعية الإدارية فأدخل المشرع الجزائري التعديلات الضرورية في قانون الصفقات العمومية من أجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في تلك الصفقات⁽³⁾. وإن أي إخلال بحرية المنافسة في الصفقات من طرف الإدارة المتعاقدة يتولى القضاء الإداري الفصل فيه ولا يكون لمجلس المنافسة صلاحية متابعة هذا الإخلال⁽¹⁾.

¹ - Décision n° 99-D-02 du 17 octobre 1999 relative à la dévolution d'un marché public pour la réalisation des centres de formation professionnelle de Fennoughil et Tsabit (inédate) ; Sur ce point, voir, Rachid ZOUAÏMIA & Marie-Christine ROUAULT, Droit administratif, Berti Éditions, Alger, 2009, p. 182.

² - Cons. conc., décision n° 05-D-04, 17 février 2005, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des marchés de travaux passés par la société d'économie mixte Gaz de Strasbourg ; Sur ce point, voir, Linda ARCELIN-LECUYER, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », op. cit., p. 17.

³ - حيث لم يكن ينص المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج.ر.ج. عدد 52، الصادر في 28 جويلية 2002) على مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، فقام المشرع الجزائري بتعديل وتتميم هذا المرسوم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 (ج.ر.ج. عدد 62، الصادر في 09 نوفمبر 2008) والذي نص صراحة في المادة 03 منه على أنه تحدث ضمن المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المذكور أعلاه المادة 02 مكرر محرر كما يلي :

« المادة 2 مكرر : لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ».

إن الهدف من وراء إجراء المنافسة في قانون الصفقات العمومية هو سعي المشتري العمومي إلى تمكين المترشحين المحتملين تقديم ترشحهم وعرضهم بكل حرية، كما يتم معاملتهم على قدم المساواة وفي ظروف تسودها الشفافية؛ وهذا يختلف عما يهدف إليه قانون المنافسة الذي يعاقب الممارسات كالتعسقات في وضعية الهيمنة التي يمكن إدانة المترشحين المحتملين بها. وبذلك يمثل إجراء المنافسة وسيلة لضمان الاستعمال الحسن للأموال العامة، في حين قانون الممارسات المقيدة للمنافسة يهدف إلى المحافظة على السريان الحسن للسوق. وهذا كله لا ينفي وجود علاقة بينهما إذ أن التعسف في وضعية الهيمنة يمكن أن يؤدي إلى قطع المساواة بين المترشحين ويكون حينئذ نقص الشفافية أمراً بديهياً⁽²⁾.

ويتفرع إلزام الشخص العام بحماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في الصفقات العمومية إلى نوعين:

- التزام الشخص العام باعتباره المشتري العام بعدم خلق التعسف في وضعية الهيمنة وكذلك التزامه بمتابعة (كشف ومعاقبة) ذلك التعسف.

1 - الالتزام الوارد على عاتق المشتري العام بعدم خلق التعسف في وضعية الهيمنة

وإن تم إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المعدل والمتمم) بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المعدل والمتمم)، فإن هذا الأخير استبقى على مضمون المادة 02 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 من خلال المادة 03 منه والتي جاء نصها كما يلي:

« لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ».

وفي سنة 2015، تم إلغاء أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المعدل والمتمم) بمقتضى المادة 215 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 116 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

احتفظ المرسوم الأخير بمضمون المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر من خلال المادة 05 منه.

كما يفهم من نص المادة 1/08 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكره أنه يتعين على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تتجز عملية غير ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة.

كما يستخلص من نص المادة 09 من المرسوم نفسه أنه لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية. ومع ذلك، يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية.

وقد تم تكريس مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية أيضاً من خلال المواد 11 و 21/2 و 27/4 و 54/2 و 72 و 74 و 78 و 80/2 و 81 من المرسوم ذاته.

وبذلك تم تجسيد مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية بشكل أوسع وأعمق.

¹ - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصفقات العمومية »، المرجع السابق، ص 89.

² - Sophie NICINSKI, Droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2005, p. 54.

لتحقيق التعسف في وضعيّة الهيمنة، يجب أولاً توفر وضعيّة الهيمنة، وهنا يظهر دور الإدارة في حماية المنافسة عند إبرامها للصفقات العمومية مع الأعوان الاقتصاديين، وذلك بعدم خلق وضعيات الهيمنة على السوق والتي بدورها تسمح بخلق التعسف في هذه الوضعيّة.

انطلاقاً ممّا سبق ذكره، وفي ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المعدل والمتمم)، أجازت الفقرة 08 من المادة 125 منه للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أنه من نتائج المنح هيمنة هذا المتعامل على السوق أو تسببه في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأية طريقة كانت، كأن يكون مثلاً عن طريق ممارسة التعسف في وضعيّة الهيمنة. وطبعاً هذه الحالة أو الادعاء يحتاج لأن يثبت مادياً حتّى لا يحرم الفائز في المناقصة من توقيع مع الجهة المعنية ويختار غيره⁽¹⁾، إضافة إلى أنّ المادة 125 الفقرة 09 كانت صريحة بالتنويه إلى ضرورة النصّ في هذه الحالة في دفتر الشروط على حق رفض العرض المقبول، لتكون قاعدة يعلمها كل مشارك في المناقصة⁽²⁾.

وبالنظر لمقتضيات المادة 125 بجميع فقراتها، نستنتج أن مهمة لجنة تقييم العروض، آنذاك، استشاريّة محضة. والدليل على ذلك أنّ المادة ذاتها أوردت عبارة "الاقتراح أو الاقتراحات"، فهي طالما احتوت على العناصر المؤهلة والمتخصصة والكفوة، فإن هذه الأخيرة تتولى تنوير الجهات المعنية بما تراه مناسباً من اقتراحات⁽³⁾، بل أن التنظيم منح هذه اللجنة حق اقتراح ورفض عرض مقبول إذا قدرت أن التعاقد مع هذا المعارض سيؤدي إلى هيمنته على السوق أو يتسبب في بعث اختلال فيها. وهذا ما نصّت عليه المادة 125 بما يعزز فكرة نزاهة المنافسة⁽⁴⁾.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 174.

² - حيث نصت المادة 9/8/125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على ما يلي :
« غير أنه، يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه تترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين في هذه الحالة، حق رفض عرض من هذا النوع، كما ينبغي، في دفتر شروط المناقصة ».

³ - نصّت المادة 1/125 من المرسوم ذاته على ما يلي :
.../.../...

.../.../... « تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض. وتتولى هذه اللجنة، التي يعين أعضاؤها بقرار من مسؤول المصلحة المتعاقدة، والتي تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظراً لكفاءتهم، تحليل العروض، وبدائل العروض عند الاقتضاء، من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية ».

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، المرجع السابق، ص 174.

وبإلغاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 السالف ذكره بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنّ هذا الأخير حدّد مهام لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض من خلال المادة 72 منه، إذ نجد من بين تلك المهام اقتراح اللّجنة على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد تُشكّل تعسّفًا في وضعية هيمنة على السّوق أو قد تتسبّب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأيّة طريقة كانت. ويجب أن يُبيّن هذا الحكم في دفتر الشروط⁽¹⁾.

وبالتالي، فإنّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر يُلزم، من خلال المادة 72 منه، لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض اقتراح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أنّ بعض ممارسات المتعهد تُشكّل تعسّفًا في وضعية الهيمنة على السّوق، والذي يعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة. ولم يعد بإمكان اللّجنة اقتراح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنّه لا تترتّب عن منح المشروع سوى هيمنة المتعامل المقبول على السّوق، وهذا تماشياً مع القاعدة المعمول بها والمتمثّلة في: « ليست وضعية الهيمنة هي المحظورة وإنما التعسّف فيها هو المحظور » مع أنّه تبقى دائماً مهمة اللّجنة في هذا المجال استشارية محضة.

يعتبر اختيار معايير انتقاء العروض مسألة حسّاسة في الصفقات العمومية، فهل تعتبر الإدارة مقيدة للمنافسة بصفة تعسفية عند وضعها لمعايير معينة للاختيار، إذا ما كانت مثلاً بعض المؤسسات فقط هي التي يمكن أن تستجيب للمعايير المتخذة؟ والشيء ذاته يقال في مجال خصوصيات تقنية، قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأن اتخاذ خصوصيات تقنية تفوق المقاييس السارية في المناقصة، يمكن أن يكون له أثر في تقييد المنافسة⁽²⁾.

¹ - حيث نصّت المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على ما يلي:

« يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض المنصوص عليها في المادة 71 أعلاه. وبهذه الصفة، تقوم لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض بالمهام الآتية:

·
·
·

- تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة على السّوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبيّن هذا الحكم في دفتر الشروط ... ».

² - Sophie NICINSKI, Droit public de la concurrence, op. cit., p. 60.

2 - الالتزام الوارد على عاتق المشتري العام بمتابعة (كشف ومعاينة) التعسف في وضعيه الهيمنة الذي أدين به المترشحون للطلبات العمومية

يمكن أن يتم خلق التعسف في وضعيه الهيمنة من طرف الإدارة، ولكنه أيضا يمكن أن يتواجد هذا التعسف قبل القرار الإداري. فالإدارة في هذه الحالة ملتزمة بالتأكد، وذلك عندما تقوم بمنح الصفقة العمومية، بأن المترشح لم يكن فائزا بفضل ممارسة مقيدة للمنافسة. ومن أجل السماح للإدارة بممارسة مثل هذه الرقابة، تم إثراء قانون الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة⁽¹⁾.

في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سنّ المشرع الجزائري في المادة 03 منه ما يلي:

« لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم »⁽²⁾.

وإذا كان العرض المالي للمتعاين الاقتصادي الذي تم اختياره مؤقتا وثبت فوزه بالمرتبة الأولى منخفضا بشكل يبعث على الريبة أي بشكل غير عادي، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل. وحسنا ما فعل المشرع حيث فرض التعليل في قرار الإبعاد كضمانة لعدم تعسف الإدارة في حق المتعاين المختار⁽³⁾، حيث نصّت المادة 11/125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (الملغى) على أنه:

¹ - Ibid., pp. 62 – 63.

² - كما قام المشرع الجزائري بإرساء جملة من المبادئ وذلك بموجب القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (ج.ر.ج.ج. عدد 14، الصادر في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 50، الصادر في أول سبتمبر 2010، ثم بمقتضى القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج.ج. عدد 44، الصادر في 10 أوت 2011)، حيث جاءت المادة 1/09 منه واضحة وصريحة بقولها : « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ».

كما أشارت المواد 26 و 27 و 35 من هذا القانون إلى الجرائم التي ترتكب في الصفقات العمومية والعقوبات المقررة لها؛ كجريمة الامتيازات غير المبررة، وجريمة الرشوة، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية؛ ولمزيد من التفاصيل، راجع عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، المرجع السابق، ص ص. 343 – 348.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، المرجع السابق، ص 174.

« إذا كان العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن تطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة، والتحقق من التبريرات المقدمة»⁽¹⁾.

وبالإلغاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنّ هذا الأخير احتفظ بمضمون المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السابق ذكره من خلال المادة 05 منه⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور سابقا والتي حدّدت مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فإننا نجد من بين تلك المهام:

- طلب اللّجنة عن طريق المصلحة المتعاقدة من المتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وهذا إذا كان العرض المالي الإجمالي لهذا المتعاقل، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار. وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح اللّجنة على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرّت أنّ جواب المتعهد غير مبرّر من الناحية الاقتصادية.

وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرّر معلل.

- إذا أقرّت اللّجنة أنّ العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض.

وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرّر معلل.

وتردّ عند الاقتضاء، عن طريق المصلحة المتعاقدة، الأظرفة المالية التي تتعلّق بالعروض التقنية التي تمّ إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها⁽³⁾.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق ذكره.

² - حيث نصّت المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على ما يلي:

« لضمان 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 ».

³ - راجع المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق ذكره.

إذ يمكن أن نتصور أن يُشكّل مثلا العرض المالي الإجمالي لهذا المتعامل، أو سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي الذي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع أسعار تعسفا في وضعية هيمنة. والشيء نفسه يُقال عن الحالية الجديدة التي أضافها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر والمتمثلة في العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا والذي يكون مبالغا فيه بالنسبة لمرجع الأسعار.

وقضت بعض المحاكم الإدارية الفرنسية بإلزام المشتري العمومي بمراقبة احترام قانون المنافسة من طرف المؤسسات المترشحة لنيل الصفقات، بناء على ما لهذا المشتري من سلطات وامتيازات تقليدية في هذا المجال⁽¹⁾. ومثال عن ذلك، ما قضت به المحكمة الإدارية (Lille) في 2001 في قرارها الذي جاء فيه ما يلي:

« يرجع رقابة احترام المساواة عند دخول المترشحين إلى الصفقات العمومية، وذلك أثناء دراسة العروض، للسلطة المفوضة لامتيياز تسيير المرفق العام "L'autorité déléгатrice"، وإن كانت المنشأة العامة المترشحة منشأة عامة صناعية وتجارية، والتي لا تضمن مهام المرفق العام الإداري، حيث في الواقع تبيّن من التحقيق، أن المؤسسة العمومية لاستغلال مصالح المياه والتطهير Le syndicat d'exploitation des services d'eau et d'assainissement قد قدمت عروض أين كان السعر يقل عن نصّف أسعار عروض باقي المترشحين الثلاث، كما يترتب عن التوضيحات المقدمة من طرف لجنة العروض بتاريخ 12 ماي 2001 (والتي تم إخطارها بالاعتراض على قبول العرض المقدم من طرف المؤسسة العمومية لاستغلال مصالح المياه والتطهير) بأنها (اللجنة) غير مؤهلة لفحص ما إذا كانت المنشأة قد استقادت، عند تحديد أسعارها، من مزايا ناتجة عن موارد ووسائل الممنوحة لها باعتبارها تقوم بمهام المرفق العام. حيث اعتبرت المحكمة أن رفض اللجنة ممارسة الرقابة على شروط حصول المترشحين على امتيازات تسيير المرافق العامة délégation de service public يشكل تقصيرا في التزاماتها المتعلقة بإجراء المنافسة الذي يقع على عاتق المشتري العمومي »⁽²⁾.

بعدما تطرقنا لمفهوم وضعية الهيمنة، سنقوم الآن بدراسة متى تتواجد المؤسسة في وضعية الهيمنة على السوق.

¹ - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصفقات العمومية »، المرجع السابق، ص 80.

² - TA. De Lille, ord., 5 juillet 2001, Sté. Saur France ; Sur ce point, voir, Sophie NICINSKI, Droit public de la concurrence, op. cit., pp. 63 - 64.

المبحث الثاني: تواجد المؤسسة في وضعية الهيمنة على السوق

للحكم بوجود أو عدم وجود التعسف في وضعية الهيمنة، يجب أن تتواجد المؤسسة أولاً في وضعية لهيمنة على السوق، فالمؤسسة المهيمنة هي تلك المؤسسة المتواجدة في وضعية تمكّنها من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنى من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها أو زبائنهم أو مموليها⁽¹⁾. وبتعبير آخر، فإنّ المؤسسة التي تملك وضعية الهيمنة هي التي تسيطر اقتصادياً على السوق وعلى المتعاملين فيه من منتجين ومنتفعين، وتتمتع باستقلالية كبرى تخول لها تجاوز قواعد المنافسة في السوق وتجاهل استراتيجية منافسيها. فالسوق هي شرط أساسي وضروري لقيام وضعية الهيمنة، إذ يتمّ إعداد دراسة السوق، والبحث فيما تمّ التعرض إليه من تحديد المؤسسة المعنية بالهيمنة وطبيعة نشاطها، ووزنها في السوق وعلاقاتها بمنافسيها، والإطار الجغرافي الذي تتحرك فيه. في حين تخول الهيمنة للمؤسسة التأثير على آراء وتوجهات المؤسسات الأخرى⁽²⁾.

رغم أن السوق عنصر مشترك في كافة الممارسات المقيدة للمنافسة، إلّا أن تناولها يختلف من ممارسة إلى أخرى. فبالنسبة للتعسف في وضعية الهيمنة فتعتبر السوق شرط لتكوين هذه الممارسة⁽³⁾. يعتبر تحليل السوق المعنية هو الخطوة الأولى لمجلس المنافسة حينما يقوم بدراسة الوضعية التنافسية في القطاع المعني.

وكما يتبين ممّا سبق ذكره، أنّ لإثبات وجود التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، يجب التأكد من وجود هذه الوضعية في تلك السوق التي تكون محددة سلفاً، وهذا ما أكدته بالضبط محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية في قرارها الصادر في 06 جويلية 2000⁽⁴⁾.

¹ - حيث عرّفت المادة 03/ب من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) وضعية الهيمنة كما يلي :

« هي 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 حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنهم أو مموليها ».

² - شيراز شقاهم، دراسة السوق في قانون المنافسة، مذكرة تربص، شهادة الدراسات العليا المتخصصة (نزاعات المؤسسة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1998 - 1999، ص 31.

³ - في حين تنشأ الاتفاقات صحيحة ولا تعتبر مقيدة للمنافسة إلّا إذا انعكست سلباً على السوق، أما في التركيز الاقتصادي فيتم تقييمه لمعرفة أثاره المحتملة، حيث عند رقابة التركيز أو التجميع الاقتصادي تظهر أهمية تحديد السوق المرجعية بذات أهمية تحديدها فيما يتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة، ما دام أن هذه الرقابة تهدف بالدرجة الأولى إلى منع الإخلال بالمنافسة، خصوصاً عند إنشاء أو تعزيز وضعية الهيمنة؛ حول هذه النقطة، أنظر، شيراز شقاهم، دراسة السوق في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - Le tribunal de première instance des communautés européennes dans son arrêt du 6 juillet 2000 énonce à cet effet : « Dans le cadre de l'application de l'article 86 (102) du traité, la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable du jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité », L'affaire Volkswagen c/ Commission, aff. T-

لذا فإن معرفة ما إذا كانت المؤسسة الاقتصادية وضعية هيمنة على السوق، فلا بد من دراسة مفهوم السوق المرجعية التي فيها توجد وضعية الهيمنة (المطلب الأول)، بعدها ينبغي التحقق من مدى توفر المعايير التي تبين أن المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق (المطلب الثاني)؛ ونظرا للانتقادات الموجهة لعنصر وضعية الهيمنة، فإننا نتساءل عن ما مدى إلزامية توفر هذا العنصر كشرط أولي لتحقيق التعسف ؟ (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم السوق المرجعية

إن تحديد مفهوم السوق المرجعية ضروري للقضاء بخطورة الممارسة الماسة بالمنافسة، فكما كانت السوق المرجعية المتخذة ضيقة، كلما كانت المؤسسات معرضة للخطر المتمثل في اعتبارها مهيمنة، فبالفعل، إن خطأ في تحديد السوق يمكن أن يؤدي بسهولة إلى قلة تقدير أو زيادة في تقدير حصص المتعاملين المعنيين في السوق، وإخلال بإجراء نسبة التركيز في السوق والزيادة في أخطار التجميعات أو التعسفات في وضعية الهيمنة محل دراستنا.

وأكد مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) على الطابع الضروري والإلزامي للتعريف الدقيق للسوق والذي لا يمكن الاستغناء عنه فيما يتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة، وذلك بالمقارنة مع الاتفاقات المحظورة المنصوص عليها في المادة L.420-1 من التقنين التجاري الفرنسي التي لا يكون فيها التعريف الدقيق للسوق دائما ضروريا⁽¹⁾، ومع ذلك، يجب التركيز بأن التعريف الدقيق للأسواق المعنية (المرجعية) ضروري لما يتعلق الأمر بفحص إذا ما تمّ بلوغ بعض عتبات حصص السوق، مثلا لتحديد ما إذا كان في مقدرة الممارسة أن يكون لها أثر حساس و/أو لتطبيق بعض أنظمة الإعفاءات الاتحادية⁽²⁾.

انطلاقا مما سبق ذكره، سننتقل في هذا المجال لماهية السوق المرجعية (الفرع الأول) ثم نقوم بتحديد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية السوق المرجعية

من خلال عنصر ماهية السوق المرجعية، سنقوم بدراسة تعريفها وكذا أهمية دراسة السوق المرجعية، ثم أخيرا نتطرق إلى علاقة هذه الأخيرة بباقي الأسواق.

أولا: تعريف السوق المرجعية

62/98 ; Sur ce point, voir, André DECOCQ & Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., p. 92.

¹ - Le conseil de la concurrence a précisé : « Les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes. Il n'est alors pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques qui y ont été constatées et les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre » ; Décision n° 05-D-27 du 15 juin 2005, BOCCRF n° 4 du 14 mars 2006 ; Voir aussi : Décision n° 06-D-03bis du 09 mars 2006, BOCCRF n° 1 du 26 janvier 2007, décision n° 08-D-23 du 15 octobre 2008, BOCCRF n° 10 du 31 décembre 2008 ; Sur ce point, voir, Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., p. 22.

² - Sur ce point, voir, Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., pp. 22 - 23.

على خلاف المشرّع الجزائري، لم يقدم المشرّع الفرنسي ولا المشرّع الأوروبي أي تعريف للسوق المرجعية. وبمراجعة التعريفات المقدمة من طرف كل من الاقتصاديين وبعض الهيئات الأوروبية والفرنسية المعنية بالمنافسة، وفي الأخير تعريف المشرّع الجزائري، نجد أنها تأثرت بهذا التعريف أو ذاك والتي سنقوم بدورها بتقديمها.

1 - وجهة نظر الاقتصاديين

يعرف التحليل الاقتصادي السوق بأنه: « المكان النظري الذي يتلاقى فيه العرض مع الطلب على المواد أو الخدمات التي يعتبرها المشترون أو المستعملون بأنها قابلة للاستبدال فيما بينها، لكن غير قابلة للاستبدال مع غيرها من الأموال والخدمات المعروضة »⁽¹⁾.

ويقصد بالسوق المعنية (المرجعية) نوع النشاط التجاري المتضمن تقييدا لحرية المنافسة في المنتجات والمنطقة الجغرافية التي يمارس فيها هذا النشاط⁽²⁾.

2 - موقف بعض الهيئات الأوروبية المعنية بالمنافسة

سنقدم التعريفات المقدمة من طرف محكمة العدل للمجموعات الأوروبية (حاليا محكمة العدل للاتحاد الأوروبي)، ثم من طرف اللجنة الأوروبية.

أ - تعريف محكمة العدل للاتحاد الأوروبي

عرّفت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية (حاليا محكمة العدل للاتحاد الأوروبي) السوق المرجعية وذلك من خلال قراراتها، وهذا بتعريف السوق السلعية من جهة والسوق الجغرافية من جهة أخرى، حيث عرّفت السوق السلعية في قرارها "هوفمان لاروش" "Hoffmann la-Roche" في 13 فيفري 1979 كما يلي: « بالفعل، يقصد من مفهوم السوق المرجعية أنه يمكن أن تتواجد منافسة فعلية بين المنتجات التي تتضمنها، مما يفترض توفّر درجة كافية من قابلية للاستبدال من أجل نفس الاستعمال بين كل المنتجات التي تتواجد في السوق ذاتها »⁽³⁾.

كما عرّفت المحكمة نفسها السوق الجغرافية في قرارها المتعلق بقضية "يونيتاد براندرس United Brands" في 14 فيفري 1978 كما يلي: « تحديد المنطقة المحتواة في سوق نشيط، والتي يمكن بداخلها أن يلتقي العرض مع طلب المنتجات أو الخدمات في ظروف تنافسية متجانسة ومتماثلة وبالتالي غير تمييزية »⁽⁴⁾.

ب - تعريف اللجنة الأوروبية

¹ - محمد الشريف كتو، « حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة »، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 23، الجزائر، 2002، ص 62.

² - حسين الماحي، تنظيم المنافسة، المرجع السابق، ص 15.

³ - Didier ENGELHARD, Le marché pertinent en droit de la concurrence, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris, X Nanterre, 16 janvier 1998, p. 16.

⁴ - Ibid., p. 73.

عرّفت اللجنة الأوروبية السّوق المعنية (المرجعية) عن طريق تعريفها للسّوق السلعية المعنية والسّوق الجغرافية المعنية.

تعرف لجنة السّوق السلعية المعنية كما يلي: « تحتوى السّوق السلعية المعنية كل المنتجات و/أو الخدمات والتي يعتبرها المستهلك قابلة للاستبدال أو تعويضية interchangeables ou substituables، وذلك بسبب خصائصها وسعرها والغرض الذي وجهت له »⁽¹⁾. كما تعرف السّوق الجغرافية المعنية كما يلي: « تحوي السّوق الجغرافية المعنية الإقليم الذي تقوم فيه المؤسسات المعنية بعرض أموالها وخدماتها المعنية والذي تكون فيه ظروف المنافسة متجانسة بما فيه الكفاية والذي يمكن أن يكون متميزا عن المناطق الجغرافية المجاورة، لأنّه وخصوصا بسبب اختلاف ظروف المنافسة بصفة معتبرة »⁽²⁾.

وبالتّالي يتمّ تحديد السّوق المعنية التي تعتبر الإطار الذي يتمّ فيه دراسة وتقييم المشكلة المطروحة والمتعلقة بالمنافسة بالربط بين السّوق السلعية والسّوق الجغرافية.

3 - موقف بعض الهيئات الفرنسية المعنية بالمنافسة

سنقدم التعريفات المقدمة من طرف كل من مجلس المنافسة الفرنسي والقضاء الفرنسي.

أ - موقف مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية)

قدم مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) تعريفا للسّوق المرجعية في تقريره السنوي لعام 2000 كما يلي:

« تعرف السّوق وفقا لما يقصده قانون المنافسة كمكان الذي يتلاقى فيه العرض مع طلب المنتج أو خدمة معينة. نظريا، تكون الوحدات المعروضة في السّوق قابلة للاستبدال تماما للمستهلكين الذين بإمكانهم حينئذ الحكم بين العارضين لما يوجد العديد منهم، وهذا ما يجعل كل واحد من العارضين خاضعا لمنافسة أسعار الآخرين. بالعكس، فإن العارض في السّوق لا يكون خاضعا أو متأثرا بصفة مباشرة باستراتيجيات سعر العارضين في الأسواق المختلفة، لأن هؤلاء الآخرين يعرضون منتجات أو خدمات لا تستجيب للطلب ذاته وبالتالي لا تمثل للمستهلكين منتجات بديلة. نادرا ما يلاحظ قابلية الاستبدال التامة بين المنتجات والخدمات. ينظر المجلس كقابلية للاستبدال وكمتواجدة في السّوق ذاتها المنتجات أو الخدمات التي يمكن أن يتمّ التفكير بعقلانية بأن الطالبين يعتبرونها كوسائل بديلة والتي من خلالها يمكن لهم أن يحكموا من أجل تلبية الطلب ذاته.

¹ - Communication de la commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE n° 372 du 09/12/1997, pp. 0005 – 0013 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

² - Ibid.

ومن بين العناصر المأخوذة بعين الاعتبار وذلك لتحديد معالم السوق المرجعية، هناك داع على الخصوص، الأخذ بطبيعة المنتج أو الخدمة، المحيط القانوني والشروط التقنية للاستعمال، تكلفة الاستعمال أو وضع تحت الخدمة واستراتيجية العارضين، كذلك سلوك الطالبين⁽¹⁾.

تحتوى السوق على وجهين في آن واحد سوق البيع ولكن كذلك سوق الشراء. وبذلك، يمكن أن تكون المؤسسة مهيمنة باعتبارها بائعة، ولكن كذلك باعتبارها مشتريّة لأموال أو خدمات. تقليدياً، يتم تعريف السوق على مرحلتين، ففي بادئ الأمر يتم تمييز السوق أو الأسواق المنتوجات أو الخدمات المرجعية، ثم تعريف البعد أو الأبعاد الجغرافية للسوق أو الأسواق التي تتم تحديدها تبعاً لذلك. بما أن تعريف الأسواق المرجعية يمكن أن يتغير مع مرور الزمن، فإنه يتم تقدير معالم الأسواق في الوقت الذي تم ارتكاب الممارسة التعسفية⁽²⁾.

ب - موقف القضاء الفرنسي

وضعت محكمة الاستئناف بباريس تعريفاً موحداً للسوق المرجعية، مستمداً من النظرية الاقتصادية، فهي الفضاء النظري الذي يلتقي فيه عرض وطلب منتجات أو خدمات يعتبرها المشترون تبادلية دون غيرها. أي أن المستهلك قادر أن يعوض منتوجاً ما بآخر إذ ما رأى أنه يلبي له نفس الحاجة أو مقداراً هاماً منها وهو ما يُعبر عنه بالتبادلية.

فالسوق المتحدث عنها في الواقع، ليست السوق العادية المتعارف عليها ذات المكونات المادية، وإنما هي سوق نظرية صرفة "Lieu théorique"⁽³⁾.

4 - موقف المشرع ومجلس المنافسة الجزائريين

نتطرق لموقف المشرع الجزائري ثم لموقف مجلس المنافسة الجزائري.

أ - موقف المشرع الجزائري

عرّف المشرع الجزائري السوق المرجعية وذلك في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 كما

يلي:

¹ - Rapport annuel du conseil de la concurrence pour 2000, p. 107. Ce passage est repris explicitement par plusieurs décisions, par exemple : Décision n° 04-D-66 du 1^{er} décembre 2004, BOCCRF n° 3 du 31 mars 2005 ; Décision n° 07-D-12 du 28 mars 2007, BOCCRF n° 5 du 31 juillet 2007 ; Sur ce point, voir, Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., pp. 101 - 102. Voir aussi, Aut. conc., décision n° 12-D-28 du 20 décembre 2012 relative à une saisine de la Fédération Française de Rugby ; Sur data-over-blog-kiwi.com/

² - Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., p. 102.

³ - CA Paris, arrêt du 17 juin 1992 : « C'est le lieu théorique où se confortent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts » ;

- حول هذه النقطة، أنظر، شيراز شقاهم، دراسة السوق في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 02.

« يقصد بالسوق أو جزء من السوق المرجعي، لتحديد وضعية الهيمنة، السلع والخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي والسلع أو الخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المنافسون في نفس المنطقة الجغرافية »⁽¹⁾.

إلا أن هذا المرسوم تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي حظر في المادة 07 منه كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها. وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الأمر لم يورد عبارة "السوق المرجعية"، بل استعمل المشرع الجزائري عبارة "السوق" فقط، ورغم أنه اكتفى بلفظ واحد إلا أنه قصد السوق المرجعية المتعارف عليها، حيث أنه عرف السوق في المادة 3/ب من الأمر رقم 03-03 المذكور بأنها:

« - السوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصّصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيما السلع أو الخدمات المعنية »⁽²⁾.

كما أنه تطرّق للسوق المعنية، وذلك لما عرّف وضعية الهيمنة في المادة ذاتها الفقرة (ج) بأنها الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنى من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها⁽³⁾. نلاحظ أن المشرع الجزائري اتّبع بالتقريب نفس النهج المتبع من طرف اللجنة الأوروبية للاتحاد الأوروبي عند تحديده وتعريفه للسوق المرجعية، وذلك من خلال الرّبط بين سوق السلع أو الخدمات المعنية والسوق الجغرافية المعنية.

ب - موقف مجلس المنافسة الجزائري

جاء في إعلان مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽⁴⁾، ما يلي:

« يعد السوق تنافسيا إذا كان للزبون إمكانية الاختيار بين سلسلة منتجات واسعة نوعا ما تتمتع بخصائص مماثلة وإن لم يلق الممول أي عائق لتمويل المنتجات أو الخدمات في سوق يذكر.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبيّن أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في الهيمنة، ج.ر.ج. عدد 61، الصادر في 18 أكتوبر 2000 (ملغى).

² - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، المرجع السابق.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

إنّ الهدف المنشود من قبل معظم سلطات المنافسة في العالم، من خلال مفهوم السّوق المهم (المرجعي) هو تحديد فضاء السّوق والمنتج ذو الصلة. ويحدد سوق المنتجات ذات الصلة (السّوق السلعية) على أنه مجموع المنتجات و/أو الخدمات التي يعتبرها المستهلك تعاوضية (interchangeables) أو قابلة للتبادل (substituables) بالنظر إلى خصائصها، من حيث أسعارها والاستعمال الموجهة إليه»⁽¹⁾.

ثانيا: أهمية دراسة السّوق المرجعية

لا يمكن البحث عمّا إذا كانت مؤسسة ما تمتلك وضعية هيمنة أم لا إلّا بعد تحديد سوق المنتجات البديلة للمنتجات محلّ الهيمنة، وذلك لأن وجود مثل هذا البديل سوف يؤثّر على القدرة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة المهيمنة، والتي تمكّنها من إحداث رفع في أسعار المنتجات أو السلع محلّ الهيمنة أو حجم المعروض منها، ومادام هذا البديل سيؤثّر على قدرة المؤسسة فإنّه سيؤثّر بالضرورة على وجود وضعية الهيمنة، وذلك لأن جوهر هذه الوضعية يتجسّد في القدرة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، لا يمكن البحث عمّا إذا كانت مؤسسة ما تمتلك وضعية هيمنة أم لا، إلّا بعد تحديد الحيز المكاني الذي تمارس بداخله أنشطة تجارية، وبعبارة أخرى، يجب تحديد المسرح الذي تجري على خشبته الممارسات التعسّفية التي ترتكبها المؤسسة المهيمنة.

إن تقدير شروط المنافسة وقياس القدرة التي تمتلكها المؤسسة المهيمنة لإعاقة المنافسة، لا يمكن أن يتمّ على نحو صحيح إلّا بعد تعيين الحدود الجغرافية أو السّوق الجغرافية التي تحتضن أنشطة هذه المؤسسة⁽²⁾. فبالنسبة للجنة الأوروبية، يسمح تعريف السّوق بتحديد الحيز الذي بداخله تمارس المنافسة بين المؤسسات. إن الغرض الأساسي لهذا التعريف يتمثّل في حصر بكيفية محكمة الضغوط التي ترتبها المنافسة والتي تقع على عاتق المؤسسات المعنية⁽³⁾.

حيث ترى اللّجنة أنّه « يجب أن يسمح تعريف السّوق، سواء على مستوى السلع أو على مستوى بعده الجغرافي، بتحديد هل هناك منافسين حقيقيين قادرين على ترتيب الضغوط التي تمارسها المنافسة الفعلية على سلوك المؤسسات المعنية أو منعها التصرف بصفة مستقلة عن تلك الضغوط. ومن هذا المنطق، يسمح تعريف السّوق بحساب حصص السّوق التي تعطي معلومات مفيدة متعلقة بسلطة السّوق لتقدير وضعية الهيمنة»⁽⁴⁾.

¹ - أنظر المرجع نفسه، ص 11.

² - حول هذه النقطة، راجع، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 56 - 57.

³ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 24 - 25.

⁴ - Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, op. cit.

وهذا ما أكدّه مجلس المنافسة الجزائري في إعلانه المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽¹⁾، والذي جاء فيه ما يلي: « يعد المفهوم المتفق عليه عالميا للسوق الملائم (المرجعي) أساسيا لتحديد وجود استغلال الموقف المهيمن. في الواقع، يحدّد احتكار سلطة السوق، ما يؤدي إلى موقف مهيمن بالضرورة في سوق محدد بالضبط »⁽²⁾.

يؤثر تحديد السوق المعنية بكيفية حاسمة على تقدير قضية في مجال المنافسة، حيث يتمّ تحديد السوق المرجعية باعتبارها الإطار الذي فيه تمّ تقدير مشكلة خاصة والتي تطرح في مجال المنافسة بالربط بين السوق السلعية والسوق الجغرافية⁽³⁾.

ثالثا: علاقة السوق المرجعية بباقي الأسواق

سننظر، في هذا المجال، لدراسة علاقة السوق المرجعية بباقي الأسواق المتمثلة في السلع الثانوية والأسواق ذات وجهين والأسواق المجاورة.

1 - سوق السلع الثانوية

هناك عدة منتجات تعتبر منتجات أساسية (des produits primaires) والتي يتطلّب استعمالها منتجات أخرى لاحقة (des produits accessoires). ويتعلّق الأمر خصوصا بخدمة ما بعد البيع، قطع الغيار للأموال ذات الاستعمال لمدى الطويل (biens durables)، خراطيش الحبر. لذلك يجب على المؤسسات المنتجة للمنتجات الأساسية أن تقوم بتطوير المنتجات اللاحقة حتّى تصبح المنتجات الوحيدة المناسبة، وهذا من أجل محاولة ربح حصص السوق من جميع النواحي لاستعمال المنتج. وهنا تطرح مشكلة معرفة هل يجب اعتبار سوق المنتجات اللاحقة كسوق متميز عن سوق المنتج الأساسي. ما دام أن تلائم وتناسب المنتجات الأساسية يكون فقط مع المنتجات اللاحقة للعلامة التجارية (La marque) والتي يكون صانعها حائزا على معرفة فنية (un savoir-faire) أو حقوق ملكية فكرية، وهذا ما يولّد الشعور بأن صانع المنتجات يتواجد في وضعية احتكار على سوق ثانوي، في حين أنه يمكن أن يكون غير حائزا على أية سلطة سوق على سوق المنتج الأصلي⁽⁴⁾.

¹ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - المرجع نفسه، ص 11.

³ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 25.

⁴ - Jerawat JONGSA-NGUANDEE, La lutte contre l'abus de position dominante (Regards croisés entre le droit thaïlandais et le droit français), Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique d'AIX-MARSEILLE, Université AIX-MARSEILLE III, - Paul CEZANNE, 28 janvier 2010, p. 59.

في القانون الفرنسي، وعلى سبيل المثال تمسك مجلس المنافسة في 1993 بوجود سوق محددة فقط بقطع الغيار للعلامة المعنية، حيث أكد في إحدى حيثيات قراره ما يلي: « اعتباراً أن التقييدات الواردة على بيع قطع الغيار (...) يمكن تبريرها بدواعي الموضوعية المتعلقة بوضع خدمة ما بعد البيع والتي تمثل العنصر الأساسي لصورة علامة الصانع، حيث لا تكون هذه الخدمة مضمونة وذلك تحت رقابة دائمة لمستورديها، إلا من طرف أعوان لهم كفاءة تقنية وأدوات مناسبة ومستفيدين من تكوين أساسي ومستمر، وأن هذه التقييدات تستجيب لسياسة ثابتة لصانعي الآلات الفوتوغرافية والذين لم يقوموا أبداً بتوزيع هذه القطع لأي مصلح أو موزع نهائي، وأن هذه التقييدات ليس لها غرض القضاء على منافس يضمن هذا النشاط من قبل »⁽¹⁾.

وكانت الشركات المعنية (Canon Photo Vidéo France S.A., Fuji Film France, Nikon France S.A., Minolta France S.A., Polaroid France) هي التي تقوم ببيع قطع الغيار للآلات الفوتوغرافية، واعتباراً أن كل من هؤلاء المستوردين للآلات الفوتوغرافية يحتلون وضعياً هيمنة على سوق بيع قطع الغيارات التابعة لعلامتهم، بما أنه لا يمكن إصلاح آلات علامة معينة إلا بمساعدة قطع غيار الصانع ذاته، ومع ذلك، لا يمكن فصل الصيانة والإصلاح تماماً عن البيع، لأن المشتري عند اتخاذ قراره يأخذ بعين الاعتبار خصائص الخدمة بعد البيع⁽²⁾.

ولكي تأمر محكمة استئناف باريس شركة "Nikon France" في قرارها المؤرخ في 30 جوان 1994 بشأن القضية ذاتها، بعدم معارضة بيع قطع الغيار للآلات التابعة لعلامتها والتي يطلبها منها القائلين بالتصليح المستقلين. اعتبرت المحكمة أن الممارسات متعلقة بسوق متميز وخاص بإصلاح آلات فوتوغرافية وبيع قطع الغيار اللازمة من أجل ذلك، وأنه من الخطأ ادعاء الشركات بأن هذا السوق لا يشكل إلا خدمة ما بعد البيع، لا يمكن فصله عن سوق البيع، طالما أن التصليح يستجيب لطلب متميز لملاك أو حائزي الآلات الذين يجب أن يكونوا قادرين على اللجوء إلى مصلحين آخرين غير البائع الأصلي، ويجب أن يكون القائلين بالتصليح بمقدرتهم الحصول على قطع كل علامة من الآلات، وأن هذه الأخيرة غير قابلة للاستبدال، وأن كل شركة من الشركات المتبعة حائزة على وضعياً هيمنة في بيع قطع الغيار لعلامتها الخاصة⁽³⁾.

في حين اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، وذلك في قرارها المؤرخ في 14 نوفمبر 1995، أن إصرار محكمة استئناف باريس عن طريق هذه الأسباب غير مجدية (المذكورة أعلاه) لإثبات بأن بيع قطع الغيار يشكل سوق اقتصادي مُحدّد بما فيه الكفاية ليكون متميزاً عن السوق العامة للآلات الفوتوغرافية أو لإصلاحها. تكون بذلك المحكمة غير مانحة للأساس القانوني لقرارها⁽⁴⁾. وهذا يمثل أحد أوجه الطعن بالنقض المأخوذ عن حكم

¹ - Cons. conc., décision n° 93-D-36 du 29 septembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques ; www.autoritedelaconurrence.fr/

² - Cons. conc., décision n° 93-D-36 du 29 septembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques ; www.autoritedelaconurrence.fr/

³ - Sur ce point, voir, Cass. com., arrêt du 14 novembre 1995, 94-17.397, inédit ; www.legimobile.fr/

⁴ - Ibid.

محكمة استئناف باريس المذكور أعلاه المتعلق بتطبيق المادة 1/8 من الأمر 01 ديسمبر 1986 (حاليا المادة L.420-1 من التقنين التجاري الفرنسي المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة). ويعتبر الكاتب (B. CHEYNEL) أن محكمة النقض لا تمنع مبدئياً وجود سوق مرجعي محدّد بقطع الغيار لعلامة معينة، وإنما تفرض على الأقل تسببياً كافياً لقول ذلك⁽¹⁾.

وهذا هو الاجتهاد القضائي الذي اعتمد عليه مجلس المنافسة الفرنسي عند إقراره بوجود سوق خاص ببيع قطع غيار آلات لعلامة معينة متميز عن سوق بيع الآلات للعلامة ذاتها، وذلك في قراره المؤرخ بتاريخ 28 جويلية 2005⁽²⁾.

وبمناسبة سؤال طرح في البرلمان الأوروبي المؤرخ تحت رقم P-0042/01 بتاريخ 10 جانفي 2001 والمتعلق برفض بعض الشركات السويسرية بيع قطع الغيار لصانعي الساعات في الدول العضوة للاتحاد الأوروبي، حيث يترتب عن هذا الرفض، جعلهم غير قادرين على إجراء التّصليحات التي تطلب منهم وكذا ممارسة مهنتهم. قدمت اللجنة الأوروبية الإجابة التالية: « لا يمكن لصانع الساعات أن يفرض تقييدا على بيع قطع الغيار للقائمين بالتصليح المستقلين des réparateurs indépendants، إذا كانت هذه القطع ليست مصنوعة من الصانع ذاته ... »⁽³⁾.

2 - الأسواق ذات وجهين

في عصرنا الحالي، يستطيع منتج واحد أن يخدم عدّة غايات أو أهداف. مثلا: لما يشتري المستهلك جريدة، فإنّه يتحصل كذلك على محتوى الإشهارات المتواجدة فيها.

يتعلق مفهوم السوق ذات وجهين (marché Biface ou two-sided market) - باعتباره مفهوم ذات أصل اقتصادي - بهيكلة السوق والتي تتشكل من مجموعتين من الأعوان أو جانبيين للسوق. يؤثر هؤلاء الأعوان على بعضهم البعض من خلال وسيط L'intermédiaire يسمى بالمنصة (Plateforme)، أن خصوصية هذه الآلية تتمثل في أن هذا الوسيط يعرض مال أو خدمة لفئتين من الطالبين أو المتعاملين⁽⁴⁾. كما أن ميزة السوق ذات وجهين تتمثل في وضع علاقة بين فئتين متميزتين من المتعاملين. مثلا: تشكل بطاقات الدفع منصات للتفاعل

¹ - Jerawat JONGSA-NGUANDEE, La lutte contre l'abus de position dominante (Regards croisés entre le droit thaïlandais et le droit français), op. cit., p. 60.

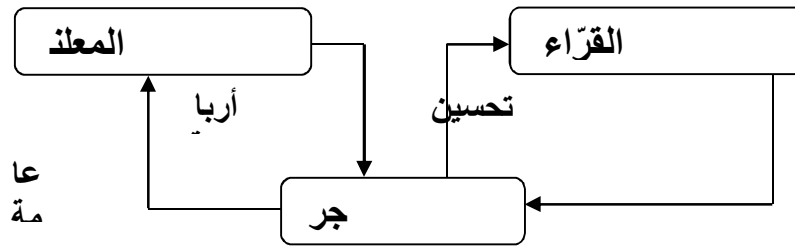
² - Sur ce point, voir, Cons. conc., décision n° 05-D-46 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Jaeger Le Coultre, www.autoritedelaconurrence.fr/

³ - Sur ce point, voir, Cons. conc., décision n° 05-D-46 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Jaeger Le Coultre, www.autoritedelaconurrence.fr/.

⁴ - Jerawat JONGSA-NGUANDEE, La lutte contre l'abus de position dominante, (Regards croisés entre le droit thaïlandais et le droit français), op. cit., pp. 60 – 61.

بين المستهلكين الحائزين على البطاقات من جهة، ومن جهة أخرى، التجار، كذلك تعتبر الجريدة دعامة تربط بين المعلنين والقراء⁽¹⁾.

إن هذه التفاعلات والترابط بين فئتين من المتعاملين من شأنها أن تحدث آثار على المنافسة. فمثلا إن ارتفاع مهم في عدد القراء لجريدة معينة يمكن أن يؤدي إلى ارتفاع عدد العملاء المتواجدين في جانب الآخر للسوق أي المعلنين (Les annonceurs)، حيث تسمح الزيادة في عدد المعلنين للجريدة في رفع أرباحها المتعلقة بالإشهارات، وفي حالات نادرة خفض سعر البيع للقراء أو تحسين محتوى الجريدة من أجل جذب أكبر عدد ممكن من القراء⁽²⁾.



سوق ذات

وهنا يطرح السؤال التالي: هل تتميز السوق ذات وجهين بوجود سوقين مرجعيتين ؟

كما قلنا من قبل، يستلزم تقدير المساس المحتمل بالمنافسة دائماً وأولاً أن يتم تحديد السوق أو الأسواق المرجعية المعنية. ففي إطار الأسواق ذات وجهين كما وضعناها أعلاه، يعرض الوسيط أموالاً أو خدمات لفئتين متميزتين من الطالبين. يمكن إذن، وبصفة عامة، اعتبار أنّ السوق ذات وجهين قد تؤدي إلى وجود سوقين مرجعيتين متميزتين. وبذلك اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنّ الصحيفة المدفوعة « La presse payante » تمثل على الأقل سوقين وهما سوق جمهور القراء التي يتلاقى عرض منشورات المحرر وطلب القراء، وسوق لشراء مساحات إعلانية فيها يتلاقى عرض مساحات إشهارية وطلب المعلنين⁽³⁾.

ومع ذلك، أكدت سلطات المنافسة الفرنسية أنه لا يمكن أن توجد سوق مرجعية إلا حيث توجد علاقة تجارية بين العارض والطالب، ومثال عن ذلك تبادل السلع أو الخدمات على سبيل الرّبح⁽⁴⁾، في حين نجد بعض

¹ - Pascal WILHELM & Anne-Sophie DELHAISE, « Les "two sided markets" » (Two sided markets), Séminaire DGTPE-Concurrence - séance du 15 décembre 2005, Article paru dans la revue LAMY « concurrences », n° 9, octobre - décembre 2006, p. 106 ; en.wilhelmassociates.com/Les-two-sided-markets-Two-sided-markets_a76.html/

² - Nathalie DALEY & Marta STRYSWOSKA, Spécificités des marchés bifaces : Davantage de prudence dans l'évaluation des effets unilatéraux d'une fusion ? ; http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2012/06/22/cercle_48234.htm/

³ - Cons. conc., avis n° 93-A-13 du 16 juillet 1993 relatif à la prise de participation de la société générale occidentale dans le capital de la société d'exploitation de l'hebdomadaire « Le point » ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁴ - Se prononçant sur l'opération de prise de contrôle par NRJ du réseau radiophonique Radio Nostalgie, le ministre de l'économie français a relevé que « les opérations de radio entrant en concurrence pour l'obtention de la part d'audience et pour celle des recettes publicitaires, il pourrait être envisagé de distinguer deux marchés, celui de l'audience et celui de

المتعاملين يلعبون دور الوسيط في قطاع معين ويستجيبون للتعريف الاقتصادي للسوق ذات وجهين وليسوا لهم علاقة تجارية مع أحد الفئتين من المتعاملين الطالبين، وأمثلة عن ذلك الإذاعات والجرائد والقنوات التلفزيونية المجانية والتي تعرض مال أو خدمة مجانية للمستمعين أو المتفرجين⁽¹⁾.

وبالتالي لا يمكن اعتبار أنّ السوق ذات وجهين تؤدي بالضرورة إلى وجود سوقين مرجعيتين متميزتين حيث يتعامل فيها الوسيط. ومع ذلك، فإنه لا يجب تقييد التحليل والدراسة فيما يتعلق فقط بجانب واحد من السوق ذات وجهين الذي يشكل سوق مرجعية وفقا للمفهوم التقليدي⁽²⁾، وذلك كون طلبات كل جانب من السوق ذات وجهين مترابطة فيما بينها، فمن الضروري الاهتمام بجانبين أو بوجهي السوق من أجل القيام بتحليل تنافسي صحيح.

وبذلك، تمّ الأخذ بعين الاعتبار مميزات السوق ذات وجهين لتحديد وضعية الهيمنة لمؤسسة معينة على السوق. ففي فرنسا، قام مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة) بتحليل علاقة التبعية بين حصّة المتفرجين وحصّة المؤسسة على سوق الإشهار التلفزيوني لتحديد وضعية الهيمنة على هذا السوق. وبالفعل، لم يأخذ مجلس المنافسة بسوق المتفرجين⁽³⁾. ومع ذلك، فإنه لتقدير وضعية المؤسسة المعنية (القناة التلفزيونية TF1) على سوق الإشهار التلفزيوني، تمّ إثارة على الخصوص بأن مؤسسة (TF1) الإشهارية تحتلّ أكثر من 50% من حصص السوق الإشهارية بين 1995 و1997، وأن تراجع حصص المتفرجين لم يكن مصحوباً بتغيير معتبر إلى هذا الحدّ في الحصّة المحتلة للقناة على سوق الإعلانات التلفزيونية، وكان بمقدورها الحفاظ على حصص السوق الإشهارية تفوق نسبة المتفرجين، رغم أن حصص المتفرجين تحدّد وتؤثّر بصفة واسعة على خيارات المعلنين (Les annonceurs). فبالنسبة لمجلس المنافسة الفرنسي، تؤكد هذه العناصر الدور القيادي للمؤسسة على سوق الإشهار التلفزيوني⁽⁴⁾.

la publicité radiophonique. Néanmoins, dans la mesure où n'existe aucune relation commerciale entre l'opérateur de radio et l'auditeur, il n'y a pas lieu de considérer que la part d'audience puisse constituer un marché », Lettre du ministre 29 mai 1998, NRJ/Nostalgie, BOCCRF, 7 octobre 1998, n° 19 ; Sur ce point, voir, Pascal WILHELM & Anne-Sophie DELHAISE, « Les "two sided markets" » (Two sided markets), op. cit., p. 106.

¹ - Pascal WILHELM & Anne-Sophie DELHAISE, « Les "two sided markets" » (Two sided markets), op. cit., p. 106.

² - Le conseil de la concurrence français dans son avis du 20 mars 2003 n'a pas retenu un marché du lectorat. Il a cependant considéré que le lectorat était un élément important à prendre en considération dans l'analyse de l'opération en relevant que « le marché des publicités commerciales et celui des petites annonces sont interdépendants et sont liés à l'audience ou au lectorat. En effet, il n'existerait pas de marché des publicités commerciales en l'absence de lectorat et il n'existerait pas de lectorat en l'absence des petites annonces » ; Cons. conc., avis n° 03-A-03, 20 mars 2003, Comareg/France Antilles, BOCCRF n° 15 du 05 décembre 2003 ; Sur ce point, voir Pascal WILHELM & Anne-Sophie DELHAISE, « Les "two sided markets" » (Two sided markets), op. cit., p. 106.

³ - Jerawat JONGSA-NGUANDEE, La lutte contre l'abus de position dominante (Regards croisés entre le droit thaïlandais et le droit français), op. cit., p. 61.

⁴ - Cons. conc., décision n° 00-D-67 du 13 février 2001 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels (Il était reproché à TF1 d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la publicité télévisuelle en proposant aux annonceurs des rabais subordonnés à la condition que ses annonceurs consacrent à TF1 une partie de leurs dépenses de publicité télévisuelle supérieure à un pourcentage fixé par les conditions générales de vente, sans corrélation avec la part d'audience des écrans concernés) ; Sur ce point, voir, Pascal WILHELM & Anne-Sophie DELHAISE, « Les "two-sided markets" » (two-sided markets), op. cit., p. 106.

3 - الأسواق المجاورة

بالرجوع إلى المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، نجد أنها نصّت على حظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها⁽¹⁾. فهذه الصيغة تدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: هل يجب أن تكون السوق التي لوحظت فيها وضعية الهيمنة هي نفسها التي نبحث فيها عن الإخلال بالمنافسة؟ بعبارة أخرى، هل يجب أن يتمّ التعسف في السوق التي لوحظت فيها وضعية الهيمنة؟

مبدئياً، إنّ التعسف الذي يتمّ متابعته هو الذي تمارسه المؤسسة المهيمنة على السوق المهيمنة. وهذا الحل ينحدر من كون إلزام وجود علاقة بين السلوك التعسفي واحتلال وضعية الهيمنة. في حين لا تتشكّل هذه العلاقة في الحالة العادية إلاّ إذا تمّ التعسف في السوق المهيمنة.

إلاّ أنه تمكّن الاجتهاد القضائي من معاقبة التعسفات الممارسة على أسواق أخرى غير السوق المهيمنة، وهذا ما فعلته محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في القضايا التي تواجدت فيها المؤسسة المهيمنة في عدّة أسواق ولا تتمتع بوضعية هيمنة إلاّ في أحد الأسواق. يمكن تكيف التعسف في وضعية الهيمنة فيما يتعلق بممارسات مرتكبة على السوق الذي لا تكون فيه وضعية هيمنة⁽²⁾.

وقد حدث هذا الأمر في قضية عرضت على محكمة استئناف باريس بشأن شركة « La Française des Jeux » والتي أصدرت قرارها بتاريخ 20 نوفمبر 2001. وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركة « La Française des Jeux » وهي تتمتع بوضعية هيمنة (احتكار قانوني) في مجال صناعة وإنتاج ألعاب القمار « Les jeux de hasard » باستغلال مواردها المالية المتولدة عن هذا النشاط في منح مساعدات إلى فرع يعمل في مجال الصيانة المعلوماتية، لكي يتمكن من بيع منتجاته بأسعار تقلّ عن سعر التكلفة المتغيرة. ففي هذه الحالة، فإنّ الإساءة وقعت في سوق مختلفة عن السوق التي توجد بها وضعية الهيمنة. فهذه الأخيرة تقوم في سوق ألعاب القمار، بينما التعسف وقع في سوق الصيانة المعلوماتية. وهذا التعسف يعاقب عليه القانون ومحظور على المؤسسة المهيمنة القيام به بشرط إقامة الدليل على أمرين:

- الأمر الأول: يتمثل في ضرورة إثبات قيام علاقة بين السوق التي يمارس فيها النشاط محلّ الهيمنة والسوق التي جرى فيها التصرف المجسد للتعسف⁽³⁾. حيث اشترطت سلطات المنافسة أن تكون الممارسة ارتكبت في سوق مجاورة للسوق المهيمنة. وأنه يجب أن تكون العلاقات بين السوقين قوية حتّى نتمكن من الكلام عن السوق المجاورة. بالفعل يجب التحقق من أن المؤسسة المعنية حائزة على "استقلالية التصرف"، حتّى على السوق

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، المرجع السابق.

² - CJCE, arrêt du 03 juillet 1991, aff. C-62/86, AKZO Chemie BV ; Sur ce point, voir Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p 02.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 213 - 214.

غير المهيمنة. عادة تتشكل رابطة المجاورة عندما يمكن إثبات أنه تمّ تعزيز قدرة المؤسسة على السوق غير المهيمنة عن طريق حيازتها لوضعية الهيمنة على السوق الأخرى⁽¹⁾.

وبذلك سيتمّ تشخيص ظروف خاصة بما يسمح بالتأكيد على ما يلي: « هناك علاقات أو روابط مجاورة جد قوية (des liens de connexité si étroits) بين الأسواق لدرجة تجد المؤسسة نفسها في حالة شبيهة بتلك الناتجة عن حيازة وضعية الهيمنة على جميع الأسواق المعنية »⁽²⁾.

وفي وضعية الحال، توجد هذه العلاقة عندما يتمّ البيع بأسعار منخفضة عن سعر التكلفة كنتيجة مباشرة للمساعدات التي منحتها المؤسسة المهيمنة من مواردها المتحصلة من أنشطتها الاحتكارية⁽³⁾. ولا يشترط أن ترتبط السوقان فقط بالنظر إلى طبيعة الأنشطة الممارسة فيهما، وإنّما كذلك بفعل التصرف الذي تقوم به المؤسسة المهيمنة.

أمّا الأمر الثاني، فيجب إقامة الدليل على وجود التعسف في السوق التي وقع فيها، وقد تجسّد هذا التعسف في البيع بأسعار تقلّ عن سعر التكلفة المتغيرة⁽⁴⁾.

ويتبين أن تواجد وضعية هيمنة في سوق معينة يُشكّل دليلاً يفترض منه أن المؤسسة تهيمن كذلك على سوق أو أسواق تابعة. يجب أن تكون هذه الفرضية قرينة بسيطة معرضة للهدم عن طريق إثبات عكسي⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: تحديد السوق المرجعية

إن للسوق المرجعية حدّين، الحدّ الأول يتعلق بنوع السلعة أو الخدمة محلّ المنافسة وهذا ما يسمى بالتحديد المادي للسوق (السوق السلعية و/أو الخدماتية)، والحدّ الثاني يتعلق بالنطاق الجغرافي الذي تمارس فيه المؤسسة النشاط التجاري المتعلق بالسلعة أو الخدمات محلّ المنافسة وهذا ما يسمى بالتحديد الجغرافي للسوق (السوق الجغرافية).

أولاً: التحديد المادي للسوق: سوق المنتجات البديلة

¹ - TPICE, arrêt du 6 octobre 1994, aff. T-83/91, Tetra Pack ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p 02.

² - Cass. com., arrêt du 17 mars 2009, n° 08-14-503, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p 02.

³ - وهذا ما قرّره محكمة استئناف باريس بقولها :

« Considérant que l'abus de position dominante commis sur un marché distinct du marché dominé peut être sanctionné dès lors qu'existe un lien de connexité suffisant entre les deux marchés et un rapport de causalité entre la domination de l'un des marchés et les pratiques relevées sur l'autre », CA Paris, 20 novembre 2001 ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 214.

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 214.

⁵ - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Les abus de domination) », op. cit., p. 06.

يقصد بالسوق السلعية و/أو الخدماتية، والتي تُشكّل العنصر الأول الذي يجب أن يؤخذ في الاعتبار لغرض تحديد السوق المرجعية، تلك السوق التي يتم في إطارها تحديد مدى هيمنة المؤسسة عليها، والتي تتحدد وفقا لمدى إمكانية تبادل السلع والخدمات بالنسبة للمتعامل فيها، وهو ما يُسمى بمعيار التبادلية (substituabilité) في السوق، ويرتبط هذا المعيار بمدى مرونة الطلب والعرض على السلعة أو الخدمة بالنسبة للمتعامل في السوق⁽¹⁾.

فبالرجوع إلى المادة 03/ب من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي يستخلص منها تعريف السوق السلعية و/أو الخدماتية بأنها كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة من جهة، وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له من جهة أخرى.

اعتمد المشرع الجزائري لتحديد السوق السلعية و/أو الخدماتية وذلك انطلاقا من نص المادة السابقة الذكر على معيار قابلية السلع و/أو الخدمات للاستبدال الذي يتم به تحديد البعد السلي و/أو الخدماتي للسوق، وهذا ما يُسمى بسوق المنتجات البديلة.

1 - المقصود بقابلية الاستبدال

عندما تقوم السلطات المختصة بتحديد سوق المنتجات محلّ الهيمنة المحتملة، فإنه يجب عليها أن تبحث عن مدى وجود منتجات بديلة للمنتج الأصلي، بديلة بمعنى شبيهة بهذا الأخير من ناحية السعر والاستعمال، وبصفة عامة من ناحية قيامها بنفس الدور الذي يؤديه المنتج الأصلي محل احتكار محتمل أو هيمنة المؤسسة المتمتعة بوضعية الهيمنة المحتملة. وإذا وجدت هذه المنتجات البديلة، فإن السوق المنتجات لا يقتصر على المنتجات محل هيمنة محتملة وإنما يمتد ليشمل هذه المنتجات البديلة، ونقول عندئذ أن المنتجات يضمنها سوق واحدة بمعنى أنها عند قياس قدرة أو سلطة السوق لمؤسسة ما، أي عند البحث في وجود وضعية هيمنة من عدمها، فإنه يجب البحث والقياس ليس فقط في ضوء المنتجات محل الهيمنة المحتملة وإنما أيضا في ضوء المنتجات البديلة⁽²⁾.

¹ - ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 235.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 69 - 70.

وهذا ما أكدته اللجنة الأوروبية، عندما وضحت أنه لدراسة مفهوم الاستبدال المحتمل لمنتج بواسطة منتج آخر يفترض أن تكون السوق معرفة بكيفية واسعة لحد أنه لا تشمل فقط المنتجات المصنوعة أو المتاجرة من طرف المنتجين الذين يهيمنون السوق، بل كذلك كل المنتجين الذين يتواجدون في منافسة فعلية معهم⁽¹⁾.

أما إذا غابت المنتجات البديلة للمنتجات محل الهيمنة، فإن السوق تقتصر هنا فقط على المنتجات محل الهيمنة، وهو ما يشير إلى وجود وضعية هيمنة. أما إذا وجدت هذه المنتجات البديلة، فهذا يعني غيابها. في الواقع، نادرا ما يلاحظ وجود بدائل تامة، فملاحظة سلوك المستهلك اتجاه هذه الأموال هو الوحيد بالطبيعة الذي بإمكانه تقديم العناصر التي انطلاقا منها يمكن التوصل إذا ما كانت بديلة بما فيه الكفاية من أجل اعتبارها منتمية إلى السوق نفسه أو بالعكس مختلفة بما فيه الكفاية لاعتبارها غير منتمية إلى السوق نفسه.

واعتبر مجلس المنافسة الجزائري، في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية « أن نوع التلغز الذي تصنعه غير قابل للاستبدال، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار وفرة قطاع غياره، الخدمة ما بعد البيع للمؤسسة ووجود عدة خدمات التابعة للمصالح المختصة في صيانة وتصليح المنتجات المعنية »⁽²⁾.

ويمكن تفسير العلاقة العكسية بين وجود المنتجات البديلة ووجود وضعية الهيمنة، بأنه في حالة عدم وجود منتجات بديلة، فسوف تثبت للمؤسسة المعنية القدرة على إحداث تأثير فعال في الأسعار والحجم المعروض من المنتجات، لأنه لا يوجد بديل لها، ومن ثم سيكون المستهلك مضطرا لطلب هذا المنتج بالسعر وفي حدود الكمية التي تحددها هذه المؤسسة. وعليه، نقول أن هذه الأخيرة تمتلك وضعية هيمنة، وبالعكس إذا وجدت هذه المنتجات البديلة، فإن المؤسسة المعنية لن تتمكن من إحداث مثل هذا التأثير، لأن المستهلك يستطيع في حالة قيام هذه المؤسسة برفع أسعار المنتجات محل الهيمنة المحتملة أن يسلك طريق طلب المنتج البديل، ونتيجة لذلك، نقول أن هذه المؤسسة لا تتمتع بوضعية هيمنة⁽³⁾.

2 - وسائل قياس درجة قابلية المنتج للاستبدال

إن عملية قياس درجة التطابق والتماثل وإمكانية إحلال منتج محل آخر، تتطلب اتباع وسيلتين: أولهما: قياس درجة مرونة الطلب على المنتجات في السوق المرجعية. ثانيتهما: فتركز على الاهتمام بمرونة العرض على هذه المنتجات.

¹ - Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Article 86 du Traité de Rome, position dominante) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 560, 11/1989, p. 07.

² - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99-ق-01 مؤرخ في 23 جوان 1999، يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس) ؛ www.conseil-concurrence.dz/

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 70.

وهذا ما أكدّه مجلس المنافسة الجزائري في إعلانه المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽¹⁾، والذي جاء فيه ما يلي: « ومن بين العناصر المأخوذة في الاعتبار لتحديد محيط السوق الملائم (المرجعي) فيجب وبخاصة حفظ طبيعة المنتج أو الخدمة والمحيط القضائي وشروط الاستعمال التقنية وتكلفة الاستعمال أو الاستعداد واستراتيجية العارضين إضافة إلى تصرفات الطلب ...

وعموما، لتقدير السوق الملائم (المرجعي) فثمة معياران يؤخذان في الحسبان:

- معيار الاستبدال من ناحية الطلب وهو المعيار الأساسي.

- معيار إعادة تنظيم العرض في سياق الجودة (معيار الاستبدال من ناحية العرض) «⁽²⁾.

أ - مرونة الطلب (وسيلة أساسية)

نتطرق أولا لدراسة المقصود من مرونة الطلب، ثم إلى معايير تحديد قابلية الاستبدال من جانب الطلب.

أ¹ - المقصود من مرونة الطلب

معنى مرونة الطلب هي تحوّل العملاء إلى طلب سلع أو خدمات بديلة متوفرة في السوق عند أية زيادة في سعر سلعة أو خدمة معينة⁽³⁾. ويقصد بذلك مدى توفر سلع و/أو خدمات متشابهة بدرجة كافية من عدمه، فإذا كانت هناك سلع و/أو خدمات بديلة يلجأ إليها المستهلكون، إذا ما غلا السعر مثلا لدى المؤسسة المهيمنة، فإننا لن نكون بصدد سوق مناسبة للمهيمنة أو الاحتكار وفي حالة العكس، فإن السوق تكون مناسبة للمهيمنة أو الاحتكار. فمعرفة بُعد السوق يقوم هنا على البحث في مدى مرونة الطلب على السلع والخدمات المتشابهة والمتماثلة، أي التي تقوم بدور مماثل من وجهة نظر المستهلك⁽⁴⁾.

وهذا ما أكدّه مجلس المنافسة الجزائري في إعلانه المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽⁵⁾، والذي جاء فيه ما يلي:

¹ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - المرجع نفسه، ص 11.

³ - عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 151.

⁴ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 46.

⁵ - أنظر الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

« معيار الاستبدال من ناحية الطلب وهو المعيار الأساسي:

هل تنويع السعر لملكية ما يؤدي إلى التصرف بشراء ملكية أخرى ؟ إن كانت الإجابة بنعم فهذا يعني أننا نلاحظ رد فعل للنمو إن زاد السعر وآخر للتدهور إن انخفض السعر. وهنا يتم تحفيز المفهوم الاقتصادي القديم للتمدد المرتبط بالطلب مقارنة بالسعر «⁽¹⁾.

إذ يقصد بالطلب عند الاقتصاديين مقدار ما يطلب من المنتج عند سعر معين، وفي وحدة زمنية معينة. أمّا مرونته، فتعني درجة تأثر الطلب بتغير الثمن، فإذا كان من شأن تغير الثمن حدوث تغيير مماثل في حجم الطلب، فإن ذلك يعني أن الطلب مرن، أمّا إذا كان غير ذلك بأن كان حجم الطلب لا يتأثر بتغير الثمن، فإن الطلب لا يعد مرنا، وكلما زادت مرونة الطلب، أي توافرت السلع والخدمات البديلة، كلما انتقت وضعية الهيمنة أو الاحتكار، وكلما قلت مرونته، كلما زادت وضعية الهيمنة أو الاحتكار⁽²⁾.

واعتبر مجلس المنافسة الجزائري في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية « أن تشكيلة الأجهزة الإلكترونية التي تنتجها المؤسسة المذكورة غير قابلة للاستبدال، حيث يفضلها المستهلكون نظرا لجودتها وتوفر قطع الغيار وخدمات ما بعد البيع التي تتكفل بها المؤسسة، فضلا عن إمكانية الاستعانة بالعديد من التقنيين الخواص ذوي الخبرة في صيانة وتصليح هذه الأجهزة بصفة خاصة »⁽³⁾.

إن معيار قابلية الاستبدال هو معيار شخصي، إذ ما يهم هو ما يراه الطالب في قابلية المنتج للاستبدال بمنتج آخر. إذ يتم الأخذ بعين الاعتبار عدة معايير موضوعية للتمييز من أجل تحديد النظرة الشخصية للمستهلك « La perception subjective du consommateur »، إذ في الأخير هناك سؤال واحد يتم طرحه وهو: هل ينظر الطالب إلى المنتجان (من سلع و/أو خدمات) بأنهما قابلان للاستبدال ؟ إن المعايير الموضوعية للتشابه أو عدم التشابه لها دور واحد: السماح بتحديد قابلية الاستبدال الشخصية بين المنتجات والخدمات⁽⁴⁾.

2 - معايير تحديد قابلية الاستبدال من جانب الطلب

نتطرق إلى المعايير الموضوعية لتحديد قابلية الاستبدال من جانب الطلب، ثم للمعايير الشخصية لتحديد تلك القابلية.

¹ - المرجع نفسه، ص 11.

² - ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 235.

³ - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99-ق-01 مؤرخ في 23 جوان 1999 يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية؛ www.conseil-concurrence.dz/؛ حول هذه النقطة، أنظر، محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 46.

⁴ - Anne-Sophie CHONÉ، « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L420-2 du code de commerce) », op. cit., p 06.

أ2-1 - المعايير الموضوعية

هناك معايير ومقاييس موضوعية عديدة، تحدّد قابلية الاستبدال من جانب الطلب دون أن يتوقف ذلك على واحد منها فحسب، ومن ضمن هذه المعايير الخصائص الأساسية لكل منتج، الشروط التقنية لاستعماله وسعره واستراتيجية المنتجين وطرق تسويق هذا المنتج، وقد وردت بعض هذه المعايير على سبيل المثال في تعريف السوق الذي أورده المادة 03 الفقرة "ب" من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر⁽¹⁾. وتستخدم هذه المعايير مجتمعة من أجل تحديد البعد السلعي و/أو الخدماتي للسوق المرجعية.

أ2-1-1 - المميزات الأساسية للمنتجات (السلعة و/أو الخدمة)

استند مجلس المنافسة الفرنسي على منهجية تأخذ بعين الاعتبار طريقة تصنيع المنتج ومظهره الخارجي ومذاقه الخاص، واعتبر مثلاً أنّ نوع الجبن الذي يدعى: « Fromages à pâtes persillées » لا يمكن استبداله بالأنواع الأخرى للجبن كالجبن الطري « Fromage à pâte molle » أو الجبن الصلب « Fromage à pâte dure » وهذا نظراً لطريقة التصنيع المتبعة والمظهر الخارجي ومذاق كل منها⁽²⁾.

واعتمدت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في دعوى "يونيتاد براندس" (United Brands) في 14 فيفري 1978 على البحث الذي أجري من قبل منظمة الغذاء والزراعة لبيان درجة التبادل بين الفواكه، للقول بأنّ الموز يضمه سوق واحد، وليس بينه وبين الفواكه الأخرى أي تبادل وذلك بالرجوع إلى ليونة الموز وطريقة زراعته ومذاقه وإمكانية أكله من الصغير والكبير، على خلاف التفاح أو البرتقال مثلاً. وعليه، ذهبت المحكمة إلى أن الموز يستقل بسوق واحدة⁽³⁾.

أ2-1-2 - الشروط التقنية للاستعمال

يؤدي اختلاف الشروط التقنية لاستعمال المنتجات التي تشبع حاجات متماثلة غالباً إلى عدم القابلية للإحلال بين هذه المنتجات، على سبيل المثال فيما يتعلق بخدمة بث إرسال التلفاز عن طريق القمر

¹ - حيث نصت المادة 3/ب من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) على ما يلي :

« ب - السوق : كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصّصت له ... ».

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 162.

³ - عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 153 - 154.

الاصطناعي أو نظام" الكابل"، بما تتطلبه تلك الخدمة من اشتراطات تقنية معينة لمباشرتها، تكون غير قابلة للإحلال لخدمة البث عن طريق الموجات الكهرومغناطيسية⁽¹⁾.

أ- 3-1-2 - الغرض من الاستعمال

تعدّ سوقا واحدة، السوق التي تضم منتجات تؤدي نفس الغرض الذي تؤديه المنتجات الأخرى، وعلى ذلك، فإذا وجد منتج يمكن استخدامه لأغراض مختلفة، وأن كل غرض من هذه الأغراض يشبع حاجات اقتصادية مختلفة، فإنه يمكن عندئذ أن يشمل هذا المنتج أسواقا مختلفة بحسب الحالة المعروضة⁽²⁾.

وبذلك يجب أن تصنف الأدوية بحسب دواعي وطريقة استعمالها⁽³⁾. وكذلك في حال الهاتف النقال، تمّ التمييز بين سوق إرسال الرسائل القصيرة (SMS) عن سوق المكالمات الصوتية⁽⁴⁾.

وعكس ذلك، فإنّ منتوجان لها خصائص جد مختلفة ولكنهما يمكن أن ينضما إلى سوق واحدة إذا كان الغرض من استعمالهما نفسه. ممّا يجعلهما قابلا للإحلال (للاستبدال). وبذلك، تتنافس خطوط النقل الجوي مع خطوط النقل عبر السكك الحديدية وذلك لخط النقل الرابط بين باريس ولندن « Le trajet Paris – London »⁽⁵⁾.

أ- 4-1-2 - أسعار المنتجات

قد يوجد تماثل بين المنتجات في السوق المرجعية من ناحية الغرض من الاستعمال، ولكن تقرير ما إذا كانت تنتمي جميعها إلى سوق واحدة من عدمه، يجب أن يأخذ في الاعتبار أسعارها. فمثال كلّ الطائرات تؤدي وظيفة واحدة تتمثل في نقل الأشخاص، ولكن لا يمكن القول بأن سوق طائرات "البوينج" أو "أيرباص" وسوق أية طائرة من علامة أخرى يعدان سوق واحدة، لأن سعر طائرات "البوينج" و"الأيرباص" يكون مرتفعا بالنسبة إلى سعر العلامات الأخرى. وبسبب ذلك، فإنّ المستهلك في سوق تتمتع فيه مؤسسة بهيمنة في مجال إنتاج طائرات

¹ - حسين الماحي، تنظيم المنافسة، المرجع السابق، ص 26.

² - CJCE, arrêt du 13 février 1979, Hoffmann la Roche : « produit est susceptible d'être utilisé à des fins diverses et lorsque ses divers usages répondent à des besoins économiques eux aussi différents, il y a lieu d'admettre que ce produit peut appartenir selon le cas à des marchés distincts » ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03

لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 75.

³ - Cons. conc., décision n° 07-D-09, 14 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxo Smith Kline France, confirmée par Cass. com, 17 mars 2009, n° 08-14.503 ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p 06.

⁴ - Aut. conc., décision n° 09-MC-02, 16 septembre 2009, relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et outremer Télécom concernant des pratiques mises en œuvre par la société SFR dans le secteur de la téléphonie mobile à la Réunion et Mayotte ; Toujours, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p 02.

⁵ - Cons. conc., décision n° 07-D-39, 23 novembre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le transport ferroviaire de personnes sur la route de Paris - Londres, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p 06.

من علامات أخرى غير ما ذكر، لن يستطيع أن يتحوّل إلى شراء طائرات بوينج أو أيرباص لارتفاع سعرها، وبالتالي سيجد نفسه مضطرا إلى التعامل مع المؤسسة المهيمنة، التي تستطيع عندئذ إحداث تأثير فعال على أسعار الطائرات من علامات أخرى وكذا حجم المعروض منها⁽¹⁾.

أ-2-2 - المعايير الشخصية

نتطرق، في هذا الصدد، لدراسة صورة وشهرة المنتج ثم نتناول دراسة سلوك المستهلكين.

أ-2-2-1 - صورة وشهرة المنتج

إن قابلية المنتج للاستبدال هي مفهوم شخصي بصفة أساسية، وبالتالي فهي تتواجد في ذهن المستهلكين. وبذلك تتعلق قابلية للإحلال في بعض الأحيان باعتبارات شخصية مثل شهرة المنتج أو صورته الفاخرة "L'image de luxe".

إن شهرة المنتج تختلف في بعض الأحيان تبعا لطريقة تجارته، كما تتعلق أيضا بعلامات أخرى متميزة. فمثلا، يتم تصنيف المنتجات التي تباع تحت علامة الموزّع في سوق متميز عن تلك التي تمّ بيعها تحت علامة صانعها، طالما تستفيد علامة الصانعين ببعض الشهرة⁽²⁾.

أ-2-2-2 - سلوك المستهلكين

من أهم العوامل التي تلعب دورا رائدا في تحديد درجة البديل، تفضيلات المستهلكين ومدى استبدالهم منتج بآخر، وهو ما يقتضي دراسة سلوك وعادات المستهلكين وإمكانية استبدال المنتج بسهولة إلى نحو ذلك. غالبا ما يرتبط طابع التفضيل بخصائص المنتج الفنية، وصورته، وسعره وتذوقه ومدى الانجذاب لعلامة معينة كما سبق الإشارة إليه أعلاه⁽³⁾.

وقد يتعلق التفضيل بسكان إقليم أو منطقة معينة، إذ يرتبط هؤلاء السكان بمنتج محدد، ولا يجد له بديلا من المنتجات الأخرى والتي ترد من مناطق أخرى⁽⁴⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 75 - 76.

² - Aut. conc., décision n° 09-DCC-67, 23 novembre 2009, relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L420-2 du code de commerce) », op. cit., p 07.

³ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص. 65 - 66.

⁴ - La Commission Européenne affirme dans sa décision Astra Zenaca qu'un marché correctement défini ne doit pas comprendre tous les produits interchangeables d'un point de vue fonctionnel ; En effet, une telle interchangeabilité entre produits ne définit normalement que les frontières extérieures d'un marché de produits, mais ne peut pas constituer un critère déterminant. Lorsque des produits, tels que les médicaments, peuvent être largement utilisés dans un même but mais différent en terme de prix, de qualités, de préférences du consommateur ou d'autres caractéristiques clés, ils sont

أما من جهة أنواع المستهلكين في السوق، فيتحدّدون على أساس نوع السلعة أو الخدمة فمثلا: التمييز بين طائرات الهليكوبتر الحربية عن طائرات الهليكوبتر المدنية، على اعتبار من يقوم بشراء النوع الأول هم أجهزة قطاع الدولة⁽¹⁾.

يكون معيار قابلية المنتج للاستبدال معيارا موضوعيا في بعض الأحيان لما يؤدي إلى تمييز الأسواق تبعا لخصائص أو مميزات موضوعية للزبائن. مثل الجريدة الخاصة للجمهور الواسع المقسمة تبعا للمميزات في مجال الجنس، العمر، الفئات الاجتماعية والمهنية، إرادات ومواطن القراء⁽²⁾.

إن تحليل أفضليات طالبي المنتجات أساسية والدليل على ذلك نصّ الفقرة (ب) من المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر. لكن يجب أن تكون هي بذاتها متخذة بصفة جدّ موضوعية، فما يهم هو معاينة جزء جوهري من طالبي المنتجات وليس أفضليات المعبّرة من طرف عدد قليل من طالبيها⁽³⁾.

ب - مرونة العرض (وسيلة ثانوية)

نتطرق أولا لدراسة المقصود من مرونة العرض ثم إلى معايير تحديد قابلية الاستبدال من جانب العرض.

ب1- المقصود من مرونة العرض

إذا كانت الوسيلة الأولى تركز على جانب الطلب على المنتجات التي يقدر المشتري أنها يمكن أن تحلّ محل المنتج محل الهيمنة المحتملة، فإن هذه الوسيلة الثانية تهتم وتعتمد على مدى قدرة منافسين آخرين على تزويد المشتري بالمنتجات محل الهيمنة المحتملة أو بمنتجات بديلة لها. فكلما وجد منافسون يمتلكون قدرات إنتاجية تتيح لهم إمكانيات إمداد السوق المرجعية بالمنتجات محل الهيمنة المحتملة أو بديلة أو يمكن أن تحل محلها، كلما أفقدت المؤسسة قدرتها الاقتصادية على إحداث التأثير الفعال في أسعار وكمية المعروض من المنتجات محل الهيمنة المحتملة، لأنه عند قيامها بأية ممارسات تكون من شأنها رفع أسعار هذه المنتجات أو تحديد كمية المعروض منها، فإن المستهلك يستطيع عندئذ أن يطلب نفس السلعة أو سلعة بديلة لها من منافسين آخرين. ونقول عندئذ أن المؤسسة لا تتمتع بوضعية هيمنة لأنها فقدت، بوجود منافسين يملكون البديل، مقومات هذه الوضعية: القدرة على منع قيام منافسة حقيقية في السوق المعبّرة أو تقييدها أو تعطيلها، وكذا التصرف باستقلال وبمعزل عن ردود أفعال المنافسين، وكيف تتصرف باستقلالية وكيف تعطل المنافسة أو تقيدها أو حتّى

considérés comme distincts », Commission, CE, décision 15 juin 2005, Astra Zenaca, confirmé TPIUE, 1^{er} juillet 2010, aff. T-321/05 ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L420-2 du code de commerce) », op. cit., p 11.

¹ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 67.

² - Cons. conc., décision n° 09-D-04, 27 janvier 2009, relative à des saisines de la société Les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre des pratiques mises en œuvre par le Groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L420-2 du code de commerce) », op. cit., p 08.

³ - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994, p. 09.

تمنعها وهناك منافسون يملكون نفس المنتجات التي يحتمل أن تهيمن عليها أو بالأقل منتجات بديلة لها⁽¹⁾. حيث يقصد بالعرض كمية المنتجات التي يقدمها التجار عند سعر معين وفي وحدة زمنية معينة، وتعني مرونة العرض درجة تأثر الكميات المعروضة بتغير الثمن، فيكون العرض مرنا إذا كان تغير السعر يصاحبه تغيير أكبر في الكميات المعروضة⁽²⁾.

ويؤخذ بعين الاعتبار مرونة العرض وذلك لما يكون معيار مرونة قابلية الطلب للاستبدال غير فعال، والذي يسمح بتقدير إمكانية باقي العارضين في اكتفاء طلب الموجه للمؤسسة المفترض أنها مهيمنة⁽³⁾. حيث يسمح الأخذ بعين الاعتبار "قابلية الاستبدال من ناحية العرض" بإدراج ضمن السوق المرجعية للمنتج (أ) المنتج (ب) رغم أن الطالب لا يعتبر هذا المنتج الأخير بديلا للمنتج (أ). وبذلك، يتعلق الأمر بتقنية تسمح بتوسيع السوق المرجعية للمنتجات التي لا تظهر بديلة من جانب الطلب. إن هذه التقنية تلعب دور مكمل احتياطي لتقنية تقدير قابلية الاستبدال من جانب الطلب⁽⁴⁾. ووفقا للجنة الأوروبية، توجد قابلية للاستبدال من جانب العرض لما « يكون الموردون قادرون على توجيه منتجاتهم نحو المنتجات المعنية وتجارها، ويتم ذلك في مدة قصيرة، دون تعرضهم لأية تكلفة ولا مخاطرة إضافية جوهرية، وذلك كرد للتغيرات الطفيفة ولكنها دائمة للأسعار المعنية »⁽⁵⁾.

وأكد مجلس المنافسة الجزائري على ذلك في إعلانه المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽⁶⁾، والذي جاء فيه ما يلي:

« معيار إعادة تنظيم العرض في سياق تنويع الجودة:

ملكيتان تنتميان إلى السوق الملائم نفسه، كونه ذو جودة مختلفة، تنويع السعر لملكية ما من جودة معينة سيغير تصرف عرض ملكية الجودة الأخرى. يسمح منهج التمديدات المتقاطعة (les élasticités croisées) بدراسة استبدال جهة الطلب (أي الزبائن) ومن جهة العرض (أي الممولين). توضح الدراسة بأن التنويع حتى ولو

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 76 - 77.

² - ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 235.

³ - Louis VOGEL, Traité de droit commercial, 18^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2001, p. 703.

⁴ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L420-2 du code de commerce) », op. cit., pp. 09 - 10.

⁵ - Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, op. cit.

⁶ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

كان طفيفا لكن مستمرا في السعر الجاري (من 5 إلى 10%)، فإنّ زبائن المنتج ذو الصلة لهم إمكانية الحصول فورا وبفعالية على منتج مماثل. وفي الحالة الثانية، التحقق إن كان للمولين الآخرين إمكانية إعادة توجيه إنتاجهم وتسويقه في السوق ذات الصلة بطريقة فورية وفعالة»⁽¹⁾.

إنّ توسيع السوق المرجعية لتشمل المنتجات البديلة من جانب العرض يسمح بالأخذ في الاعتبار المنافسة المحتملة La concurrence potentielle مع الإشارة إلى أنّ هذه المنافسة المحتملة سيتم الأخذ بها أيضا عند تقدير سلطة السوق التي تمثل معيار تحديد وضعية الهيمنة.

كرّس المشرّع الجزائري صراحة تقنية تقدير قابلية الاستبدال من جانب المستهلك (الطلب) وذلك عند تعريفه للسوق⁽²⁾، ولكنه لم يفعل الأمر ذاته فيما يتعلق بتقنية قابلية الاستبدال من جانب العرض رغم أهميته.

ب2 - معيار تحديد قابلية الاستبدال من جانب العرض

في الواقع، إن قابلية المنتج للاستبدال من جانب العرض يعتمد على الكفاءة والقدرة الاقتصادية والإنتاجية للمؤسسات المعنية وإمكانية تقديم منتجات بديلة، إذ قد تتجه بعض المؤسسات إلى تعديل طريقتها في الإنتاج، فتبدأ في تصنيع منتجات بديلة للمستهلك. كما لو كان لديها خطوط إنتاجية عديدة مما يمنح لها القدرة على سدّ احتياجات السوق من المنتج الأصلي أو بديله⁽³⁾. ترتبنا على ذلك، فإن المصانع التي تحتوي على خطوط إنتاج مختلفة تتكيف وفقا لمعطيات السوق واحتياجاته، أي أنه في وقت معين تقوم بإنتاج سلعة، وفي وقت آخر تنتج سلعة أخرى ذات طبيعة واحدة ولكن لاستعمالات مختلفة، فإنّ ما تقوم المصانع بصنعه تضمه سوق واحدة. وعلى سبيل المثال، يقوم مصنع الورق بصناعة الدفاتر المدرسية قبيل افتتاح المدارس، وفي وقت آخر يقوم بصناعة ورق تغليف السلع والحقائب الورقية، وترتبنا على ذلك، فإنّ الدفاتر المدرسية وورق التغليف والحقائب الورقية تضمها سوق واحدة وهي سوق إنتاج الورق⁽⁴⁾.

¹ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره، ص - ص. 11 - 12.

² - حيث عرّف المشرع الجزائري السوق في الفقرة (ب) من المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) كما يلي : « كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصّصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية ».

³ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - أحمد عبد الرحمن اللحوم، « مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية (دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت) »، مجلة الحقوق، عدد 03، الكويت، 1995، ص 49.

والحقيقة أنّ تقديم البديل من جانب عارضين آخرين يعتمد في المقام الأول على كفاءة المؤسسات المنافسة وقدرتها على إنتاج سلع أو منتجات بديلة في وقت معقول وبطريقة جادة، فتتعدم مرونة العرض إذا ثبت أن المنافسين في القطاعات المماثلة من السوق ليس بمقدورهم تلبية الطلب خلال مدة معقولة. أيضا يؤخذ في الاعتبار عند تقديم البديل عامل التكاليف، كما لو كانت المؤسسة في حاجة إلى بعض الأموال والاستثمارات لتتمكن من شراء أو الحصول على المعدات اللازمة لتوفير البديل⁽¹⁾.

ثانيا: التحديد الجغرافي للسوق: السوق الجغرافية

نصّت المادة 03 في الشطر الثاني من فقرتها (ب) من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أن: « السوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة ... والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع والخدمات المعنية ».

كما يفهم من نصّ المادة 41/ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية أنّ الاستغلال المفرط لوضعية مهيمنة من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها يتم على:

- كافة إقليم المجموعة أو جزء هام منه،

- كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه⁽²⁾.

انطلاقا ممّا سبق ذكره، نستخلص أنّ المشرّع الجزائري إلى جانب تحديده للسوق المرجعية ببعدها السلي و/أو الخدماتي، قد قام بتحديد ما كذلك ببعدها الجغرافي وهذا ما يسمى بالسوق الجغرافية.

وعرّف مجلس المنافسة الفرنسي السوق الجغرافية بأنها الإقليم الذي تعرض فيه المؤسسات المعنية بمنتجاتها أو خدماتها محل المنازعة، والذي تكون فيه شروط المنافسة وظروفها متجانسة. وهذه السوق لا تشمل المناطق المجاورة، والتي تختلف فيها ظروف المنافسة⁽³⁾.

¹ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 73.

² - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

³ - Le conseil de la concurrence français a défini le marché géographique comme suit :

« Un marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »; Sur ce point, voir, Cons. conc., décision n° 04-MC-02 du 09 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom ;

حول هذه النقطة، أنظر أيضا، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 60.

فلا تشمل السّوق الجغرافية المناطق المجاورة والتي تختلف فيها ظروف المنافسة، وإنّما تشمل المناطق القريبة والتي تسودها نفس الظروف التنافسية، أمّا المناطق التي تختلف فيها شروط المنافسة وظروفها فهي لا تعد جزءا من هذه السّوق. وبعبارة أخرى، فالسّوق الجغرافية تضم المناطق التي تتشابه فيها وتتجانس ظروف المنافسة وشروطها. أمّا ما عداها من مناطق فلا يدخل ضمن هذه السّوق، ومن ثمّ لا يرجع إليها عند البحث عن وجود أو عدم وجود وضعية هيمنة⁽¹⁾.

ولتحديد النطاق الجغرافي للسّوق أهمية كبرى، حيث يتوقف على هذا النطاق تحديد ما إذا كانت مؤسسة ما تحوز على وضعية هيمنة أم لا، باعتبار أن هذه السّوق تضم المنافسين، أي الذين يتعاملون في المنتجات والخدمات المماثلة والمشبّهة لتلك التي تنتجها المؤسسة، وإذا كانت الدول بصفة عامة تنقسم إلى عدد من الأسواق الجغرافية، فإنّه من المفترض أن تتوزع المنافسة بين هذه الأسواق، فلا تختص سوق بها دون غيرها⁽²⁾.

1 - المقصود بتحديد السّوق جغافيا

نتطرق لمقصود تحديد السّوق جغافيا في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتمم) ثم في ظل الاتفاق الأوروبي المتوسطي.

أ - المقصود بالتحديد الجغرافي للسّوق في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتمم)

نصّت المادة 03 في الشطر الثاني من فقرتها (ب) من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أن: « السّوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة ... والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع والخدمات المعنية ».

وبالرجوع إلى المادة 07 من الأمر ذاته، فإن المشرّع الجزائري يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السّوق أو احتكار لها أو على جزء منها⁽³⁾.

إن السّوق الجغرافية هي المنطقة التي تمارس فيها المؤسسة نشاطها التجاري حيث تعرض فيها منتجاتها على القاطنين أو المترددين على هذه المنطقة، وتسودها ظروف واحدة للمنافسة. ومن الطبيعي أن نطاق هذه السّوق يتوقف على حجم وأهمية نشاط المؤسسة، إذ كلما زاد حجم النشاط وأهميته، كلما كانت السّوق الجغرافية لمنتجات المؤسسة مترامية الأطراف واسعة المدى. وعادة ما تكون السّوق الجغرافية بمثابة مرآة تعكس حجم حصة

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 61.

² - ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 237.

³ - نصت المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتمم) على ما يلي : « يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها ... ».

السلعة أو الخدمة التي تستحوذ عليها المؤسسة في السوق، والتي قد تمكنها من الهيمنة على الأسعار أو تفادي المنافسة في نطاق هذه السوق⁽¹⁾.

يدخل الموقع الجغرافي للسوق كأحد المحددات الهامة لاعتبار السوق مناسباً للاحتكار من عدمه. والمقصود من ذلك أن إمكانية المؤسسة الاقتصادية في تقليص الإنتاج مثلاً أو فرض الأسعار في نطاق جغرافي، لا تقابلها رغبة سريعة من طرف المستهلكين في تبديل اختياراتهم نحو العرض المقدم من طرف المؤسسات الأخرى الواقعة خارج هذا الحيز المكاني ولا قدرة المؤسسات الموجودة خارج هذا النطاق من السوق الاستجابة لرغبات المستهلكين بسبب سلوك المؤسسة الأولى ذي الصبغة الاحتكارية⁽²⁾.

فلكي يكون بمقدور سلطات المنافسة إذن الوقوف على مدى وجود وضعية هيمنة في سوق ما، لابد من تحديد السوق الجغرافية التي تتمتع بها المؤسسة ضمنها الهيمنة على الأسعار وتفادي المنافسة⁽³⁾.

إن السوق الجغرافية الواجب اتخاذها في الحساب لإقامة وضعية الهيمنة وفقاً لمصطلحات المادة L.420-2,1 من التقنين التجاري الفرنسي هي: « السوق الداخلية أو جزء جوهري منها »⁽⁴⁾. كان هذا الحكم محل تفسيرات مختلفة، حيث برز اتجاهان متعارضان بشأن التحديد الجغرافي للسوق المناسب، من جهة موقف الإدارة الاقتصادية الذي ساندته الجهات القضائية، ويستند أساساً على وجهة نظر المستهلكين أو المستعملين. ومن جهة أخرى، موقف المؤسسات المرتكبة للممارسات التي تدّعي أنها تتواجد على مستوى وطني، وإن استراتيجياتها في السوق وطنية، وأنها تخضع لمنافسة مؤسسات وطنية. وبالتالي، ترفض أن تنسب إليها حيازة وضعية هيمنة محلية (Une position dominante locale) التي لا تغطي جزء جوهري من الإقليم الوطني.

ثبت من طرف القضاء الفرنسي، أن مفهوم السوق الداخلية لا يختلط بمفهوم السوق الوطنية، لكن ينصرف المفهوم الأول إلى سوق متميز، حتى الضيق جداً جغرافياً مثل مطار أو بلدية إلى ما ذلك⁽⁵⁾، ولكن هذا لا ينفي إمكانية انصهار السوق الداخلية في السوق الوطنية، وذلك إذا ما كانت هذه السوق الداخلية تمثل غالبية السوق الوطنية سواء من حيث الامتداد الترابي أو القيمة الاقتصادية⁽⁶⁾.

¹ - حسين الماحي، تنظيم المنافسة، المرجع السابق، ص 37.

² - حسين محمد فتحي، الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 42.

³ - أحمد عبد الرحمن الملحم، « الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظلّ نظرية المنافسة التجارية »، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 63، القاهرة، 1993، ص 400.

⁴ - L'article L.420-2,1 du code de commerce dispose que :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou partie substantielles de celui-ci ».

⁵ - CA Paris, arrêt du 03/05/1990, Société Publi-Cazal; Sur ce point, voir, Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., pp. 260 – 261.

⁶ - شيراز شقاهم، دراسة السوق في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 15.

وتفادى المشرع الجزائري في المادة 07 الإحالة إلى السوق الداخلية لتحديد وضعية الهيمنة، حيث لم يستخدم قانون المنافسة الجزائري في ظل الأمر رقم 03-03 هذه العبارة، فذكر السوق دون إضافة كلمة "الداخلية" التي قد يفهم منها السوق الوطنية⁽¹⁾.

ب - المقصود بالتحديد الجغرافي للسوق في ظل الاتفاق الأوروبي المتوسطي

نصت المادة 41/1^ب من اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر على ما يلي:

« 1 - يتعارض ما يلي مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبدلات بين المجموعة والجزائر.

(ب) الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية مهيمنة على:

- كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه.

- كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه «⁽²⁾.

فإذا قيدنا بالتفسير الحرفي للنص المذكور، فإننا نلاحظ أنه تم تحديد السوق ببعدها الجغرافي المحض. ومع ذلك، يجب دراسة السوق ببعدها الاقتصادي أي « كمكان فيه يتلاقى العرض والطلب على المنتجات أو الخدمات والتي تعتبر بالنسبة للمشتريين كبديلة فيما بينها وغير كذلك مع باقي الأموال أو الخدمات المعروضة «⁽³⁾.

تتعلق مسألة تحديد السوق من الناحية الجغرافية في اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر بإقليم المجموعة الأوروبية أو في جزء هام منه وإقليم الجزائر أو في جزء هام منه. وبالتالي، يتعلق الأمر هنا بالتمديد الجغرافي لكل من السوق المعنية في المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر، وكذلك السوق المعنية في المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (article 102 du TFUE)⁽⁴⁾.

إن البعد الدولي المتزايد في النطاق الجغرافي للسوق التنافسية، وذلك كنتيجة طبيعية ومنطقية للعولمة الاقتصادية التي تجتاح العالم والتي تهدف إلى إزالة الحواجز الجمركية، بما يسهل للمؤسسات الأجنبية دخول

¹ - نصت المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمّم) على ما يلي :

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها ... ».

² - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

³ - Sur ce point, voir, Moktar BEN ACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme des études approfondies en droit communautaire et relation Maghreb - Europe, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis II, Université de droit, d'économie et de gestion Tunis III, 1998/1999, p. 54.

⁴ - L'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ex-art. 82 TCE) dispose :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ... ».

الأسواق الوطنية، إذ أن تجارة المنتجات عبر الحدود تنمو بشكل أسرع من إنتاجها، وهو ما يستتبع أن جزءا متزايدا من المنتجات محل الطلب المحلي تأتي من خارج الدولة.

علاوة على ما سبق، يلاحظ أن الشركات الكبرى تتطوّر خارج دولها الأصلية، سواء بالاستثمار المباشر أو بالاستحواذ على مشروعات أجنبية، كما أنه لا يمكن أيضا تجاهل أثر التكتلات الإقليمية في دفع السوق التنافسية إلى تخطي الحدود الجغرافية الوطنية للدول أعضاء التكتل. وفي هذا الصدد، يمكن التمثيل بدول الاتحاد الأوروبي، ومن ثم يمكن القول بأن المعايير المطبقة على الحياة التجارية تتجه - أكثر فأكثر - نحو معايير ذات طبيعة فوق وطنية⁽¹⁾.

ونجد من بين أهداف الشراكة بين المجموعة الأوروبية ودولها الأعضاء من جهة والجزائر من جهة أخرى توسيع التبادلات وضمان تنمية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية المتوازنة بين الطرفين وتحديد شروط التحرير التدريجي للمبادلات الخاصة بالسلع والخدمات ورؤوس الأموال⁽²⁾.

وكنتيجة لكل ما تمّ ذكره، يطرح السؤال التالي: هل تستطيع السلطات الوطنية القائمة على مراقبة تطبيق قواعد المنافسة في معاقبة المؤسسات التي ترتكب ممارسات تعسفية تضر بالمنافسة الوطنية حتى ولو كانت هذه المؤسسات تمارس نشاطها على إقليم دولة أخرى ؟

إن مكان وجود المؤسسة التي تحتل وضعية هيمنة غير مهم، طالما أنّ الآثار المقيدة للمنافسة لهذه المؤسسة تمتد إلى إقليم المجموعة الأوروبية أو في جزء هام منه، أو إلى إقليم الجزائر أو في جزء هام منه، وأن الاستغلال المفرط لوضعية مهيمنة (حسب تعبير نصّ المادة 41 المذكور سابقا) يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر.

¹ - حسين الماحي، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، المنصورة، 2007، ص ص. 38 - 39.

² - حيث نصت المادة 2/01 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 159-05 المؤرخ في 27 أبريل 2005 على ما يلي :

« 2 - تتمثل أهداف هذا الاتفاق فيما يلي :

- توفير إطار مناسب للحوار السياسي بين الطرفين يسمح بتعزيز علاقاتهما وتعاونهما في كل الميادين التي يريانهما ملائمة،

- توسيع التبادلات وضمان تنمية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية المتوازنة بين الطرفين وتحديد شروط التحرير التدريجي للمبادلات الخاصة بالسلع والخدمات ورؤوس الأموال،

- تشجيع التبادلات البشرية لاسيما في إطار الإجراءات الإدارية،

- تشجيع الاندماج المغاربي، تشجيع التبادلات والتعاون داخل المجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها،

- ترقية التعاون في ميادين الاقتصاد والاجتماع والثقافة والمالية .»

وهذا ما أكدّه الملحق (05) للاتفاق الأوروبي المتوسطي المذكور المتعلق بكيفية تطبيق المادة 41 في فصله الأول الفقرة (1 - 2) التي جاءت كما يلي:

« تترتب اختصاصات سلطات المنافسة للطرفين لتسوية هذه الحالات من القواعد المتوفرة من قانون المنافسة الخاص بكل طرف بما في ذلك عندما تطبق هذه القواعد على مؤسسات تقع خارج إقليميهما والتي لنشاطاتهما تأثير على هاذين الإقليمين »⁽¹⁾.

وبالتالي تختص السلطات الوطنية الجزائرية بالنظر في الممارسات التي تضر بالمنافسة الوطنية، ولو كان مركز المؤسسة المنسوبة إليها تلك الممارسات يقع في دولة أخرى.

استندت اللجنة الأوروبية لتحديد مجال التطبيق الإقليمي لقواعد المنافسة للاتحاد الأوروبي إلى نظرية الآثار "La théorie des effets"، والتي مفادها تطبيق القانون الأوروبي للمنافسة على نشاطات المؤسسة التي تنتج آثار في داخل الاتحاد الأوروبي. وعليه، ليس جنسية أو مقر المؤسسة التي تحدّد تطبيق بعض الأنظمة القانونية، ولكن آثار وانعكاس السلوك على إقليم معين. وبما أنه يستطيع تصرف واحد لمؤسسة معينة أن ينتج آثار في جميع أنحاء العالم، فإنّ تطبيق نظرية الآثار من طرف مختلف الدول قد يؤدي إلى تطبيق، في آن واحد، لمختلف تشريعات وطنية، في حين أن سلطات المنافسة عند تطبيقها لمختلف تشريعاتها لا تتوصل بصفة حتمية إلى حلول توفيقية des solutions conciliables. وبذلك تظهر الحاجة المتزايدة للتعاون الدولي في مجال سياسة المنافسة⁽²⁾.

وهذا التعاون بالذات نصّ عليه الملحق (05) للاتفاق الأوروبي المتوسطي المذكور المتعلق بكيفيات تطبيق المادة 41 في فصله الأول الفقرة (1 - 3) التي جاءت كما يلي: « تهدف أحكام هذا الملحق إلى ترقية التعاون والتنسيق بين الطرفين في تطبيق قانون المنافسة الخاص بكل طرف وذلك و بهدف تقادي إعاقه أو إلغاء قيود المنافسة للآثار النافعة التي قد تتجم من التحرير التدريجي للتبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر أو أن تلغيها »⁽³⁾.

ويفهم من نصّ المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (L'article 102 du TFUE) أنّ لفظ السوق يشمل كل أو جزء جوهري منها. وقد يكون لفظ السوق إقليمي أو محليا شاملا كل إقليم الدولة أو جزءا من

¹ - حيث نصّ الملحق ذاته في فصله الأول الفقرة 1-1 على ما يلي :

« يتمّ تسوية حالات الممارسات المخالفة للنقطتين أ وب من الفقرة 1 من المادة 41 من الاتفاق الأوروبي- المتوسطي طبقا للتشريع المناسب. بحيث يتمّ تقادي كل أثر مضر بالتجارة والتنمية الاقتصادية بالإضافة إلى ما قد ينجم عن هذه الممارسات من أثر سلبي على المصالح الكبرى للطرف الآخر ».

² - Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2012, p. 68.

³ - وتضمن الملحق 05 للاتفاق الأوروبي المتوسطي بين المجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة والجزائر من جهة أخرى في فصله الثاني بالتفصيل كيفية التعاون والتنسيق فيما بين هذه الدول.

الدولة كمنطقة أو ميناء بحري. ويكون جزء من السوق جوهري أو هام إذا كان هذا الجزء ذا وزن اقتصادي⁽¹⁾. قد تكون سعة السوق إقليمية كالسوق الأوروبية المشتركة بين الدول الأعضاء حيث يقوم المنتجون بطرح سلعهم أو خدماتهم في أسواق الدول الأعضاء⁽²⁾. وبموجب اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر، فإن سعة السوق تتعدى إقليم الاتحاد الأوروبي لتشمل كذلك إقليم الجزائر أو جزء هام منه.

2 - العوامل المتعلقة بالتحديد الجغرافي للسوق

هناك مجموعة من العوامل الطبيعية واللائحية والسلوكية التي قد تساهم بشكل جوهري في رسم حدود هذه السوق الجغرافية.

أ - العوامل الطبيعية

تتمثل العوامل الطبيعية في تلك العوامل المتعلقة بالتضاريس الجغرافية للمنطقة التي تمثل حدود السوق المرجعية، ويمكن لحالة شبكة الطرق بها أن تؤثر على المسافات التي يقطعها المنتجون وطالبوا المنتج إلى السوق المعنية⁽³⁾. إن لهذه العوامل الطبيعية تأثير على الخصائص الفيزيائية للمنتجات. إن ثقل المنتجات والتكاليف المترتبة عن نقلها بسبب ذلك النقل وخاصيتها المتعلقة بمدة صلاحيتها للاستهلاك وتدهور إمكانيات استعمالها خلال مدة معينة هي التي تحدّد الطابع المحلي أو الجهوي أو الوطني أو حتى العالمي للسوق الجغرافية⁽⁴⁾.

ب - العوامل المتعلقة بالقواعد القانونية أو اللائحية

من العوامل المؤثرة في تحديد نطاق السوق الجغرافية، تلك المتعلقة بالقواعد القانونية أو اللائحية، على سبيل المثال هناك بعض الأسواق تحدّد جغرافيا بنصوص قانونية أو لائحية آمرة مثل: سوق توزيع الكهرباء. كما أن اختلاف الدول في معايير الجودة للسلع والخدمات يكون له أثره القاطع في وضع حدود السوق الجغرافية للسلع والخدمات المعنية⁽⁵⁾.

ج - العوامل المتعلقة بسلوكيات طالبي السلع والخدمات

¹ - ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 237.

² - ولمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة، أنظر، خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص. 76 - 78.

³ - حسين الماحي، تنظيم المنافسة، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - François SOOTY, Les collectivités locales et le droit de la concurrence, op. cit., p. 246.

⁵ - حسين الماحي، تنظيم المنافسة، المرجع السابق، ص 39.

قد تؤثر في ترسيم نطاق السوق الجغرافية للسلع والخدمات اعتبارات شخصية، فهناك أفضليات تُملئها العادات المحلية، حيث تصادف أحيانا ارتباطا من قاطني إقليم ما بالمنتجات المحلية لإقليمهم، ولا يرون لها بديلا من المنتجات المماثلة التي تجلب من مناطق أخرى.

وفي هذا الخصوص، رأى مجلس المنافسة الفرنسي أنه نظرا لاعتقاد الناس على تفضيل استخدام القرميد في الإنشاءات السكنية في منطقة الألزاس، فإنّ هذا المنتج لا يعد قابلا للإحلال بالبلاطات الخرسانية في هذه المنطقة، بينما قد يكون ذلك ممكنا في مناطق أخرى⁽¹⁾.

وفي الأخير، يجب أن نذكر ملاحظة هامة وهي أن لا يتم تقييم وتحديد السوق المرجعية من ناحية المنتجات (سلع و/أو خدمات) ومن ناحية الجغرافية إلا انطلاقا من التحليلات المتوفرة في زمن الممارسات المقيدة للمنافسة، وليس بالأخذ في الاعتبار معطيات سابقة. يستدعي تحديد الأسواق المرجعية التي تتغير عبر مرور الزمن، حيث تتطور خصائص المنتجات والخدمات وتتعدّل إمكانية الاستبدال من جانب الطلب أو العرض تقدير معالم الأسواق المرجعية وتحديد الوضعية التي تحتلها المؤسسة المعنية في الوقت الذي ترتبط هذه الأخيرة بالفعل الذي يفترض أنه تعسّفا. كما يجب تحديد السوق المعنية تبعا لحالة الطلب وقت الأفعال بغض النظر عن تطورها اللاحق⁽²⁾.

وبتحليل بسيط للمحيط الاقتصادي الجزائري، نجد أنّ السوق في الجزائر تنقسم إلى سوق خارجية وسوق داخلية.

تتخصر السوق الخارجية أساسا بالنسبة للصادرات في المحروقات، والواردات في المواد الغذائية بالدرجة الأولى.

ونجد السوق الداخلية بدورها تنقسم إلى سوق رسمية وسوق غير رسمية أو سوق موازية.

وفي كليهما نجد: سوق المنتجات الجديدة وسوق المنتجات القديمة⁽³⁾.

ولقد اعترف الوزير المكلف بالتجارة في سنة 2008 أمام أعضاء مجلس الأمة، بمناسبة عرضه لمشروع قانون يعدل قانون المنافسة لسنة 2003، بأنّ الجزائر تعاني من مشكل السوق غير الرسمية (الموازية) وكذا التجار الذين يحتلون أرصفة الطرقات لعرض منتجاتهم، وحمل وزارة الداخلية مسؤولية ذلك⁽⁴⁾، ولقد أثبت الميدان

¹ - المرجع نفسه، ص 40.

² - Sur ce point, voir, Louis VOGEL, Code de la concurrence, Lawlex, Paris, 2009, pp. 163 – 164.

³ - نوال براهيم، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 54.

⁴ - Déclaration de Monsieur El hachemi DJABBOUB, ministre chargé du commerce à la voix de L'oranaï daté du 07/04/2008 ; Sur ce point, voir,

- كايس شريف، « مدى فعالية رقابة مجلس المنافسة في الجزائر »، أعمال الملتقى الوطني: "المنافسة وحماية المستهلك"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 276.

حيازة العديد من الأشخاص الطبيعيين لسجلات تجارية متعددة ومختلفة في آن واحد، إذ يتم استعمال كل دفتر كلما دعت الضرورة إلى ذلك حسب الفرص المتاحة⁽¹⁾.

بعد تطرقنا للسوق المرجعية، نتناول الآن دراسة المعايير التي تحدّد وتميّز وجود وضعية هيمنة على تلك السوق، باعتبار أن هذه الوضعية هي المنشأة للقوة الاقتصادية مع التذكير دائماً بأن وضعية الهيمنة هي وضعية مشروعة، وإنما الوصول إليها بطريقة غير مشروعة أو التعسف فيها هو المحظور.

المطلب الثاني: المعايير المميزة لوضعية الهيمنة باعتبارها المنشأة للقوة الاقتصادية

تضمّنت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة⁽²⁾.

إلا أن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة نصّ على إلغاء هذا المرسوم بموجب المادة 73 منه هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لم ينصّ هذا الأمر على المعايير المحددة لوضعية الهيمنة على السوق⁽³⁾. وانطلاقاً من ذلك، فإنه لا يوجد في القانون الجزائري نصّ خاص يحدد معايير تقدير وضعية الهيمنة والتعسف فيها المحتمل. إذن يرجع الأمر في تحديد هذه المعايير لمجلس المنافسة الجزائري. ويمكن تنفيذ هذا الاختصاص بموجب المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدّل والمتّم هذا من جهة⁽⁴⁾، ومن جهة أخرى إن إلغاء المعايير

¹ - المرجع نفسه.

² - حيث نصّت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المحدّد للمقاييس التي تُبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة على أن :

« المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على سوق السلع والخدمات أو على جزء منها على الخصوص، ما يأتي:

- حصّة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة إلى الحصّة التي يحوزها كل عون من الأعوان الاقتصاديين الآخرين الموجودين في نفس السوق.

- الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى العون الاقتصادي المعني.

- العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العون الاقتصادي بعون أو عدّة أعوان اقتصاديين والتي تمنحه امتيازات متعدّدة الأنواع.

- امتيازات القرب الجغرافي التي يستفيد منها العون الاقتصادي المعني «.

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - حيث أكدت المادة 34/1 و2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2005، ما يلي :

« يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني، بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعّال للسوق بأية وسيلة ملائمة، أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السّير الحسن للمنافسة وترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تتعدّم فيها المنافسة أو تكون غير متطوّرة بما فيه الكفاية.

المحددة لوضعية الهيمنة من الناحية القانونية لا ينفي وجودها اقتصاديا كمعايير تحدّد هذه الوضعية، خاصة أنّ المعايير الواردة في المادة 02 من المرسوم السالف الذكر وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، لذلك يمكن إضافة مقاييس أخرى إلى جانبها.

ومع ذلك، يمكن إعطاء مجموعة من المعايير المحددة لوضعية الهيمنة المستخلصة من قانون المنافسة للاتحاد الأوروبي وقانون المنافسة الفرنسي اللذان استوحت منهما التشيكل السابقة لمجلس المنافسة الجزائري للفصل في القضايا التي عرضت عليها خلال عهدة الجهاز (1997 - 2000)⁽¹⁾.

أكدت اللجنة الأوروبية للمنافسة على ضرورة احترام المنطق الديناميكي لتحديد وضعية الهيمنة كما يلي: « وفقا للقواعد العامة، تنتج وضعية الهيمنة عن طريق الربط بين عدة عوامل والتي إذا أخذت بصفة منفردة لا تكون بالضرورة محددة لتلك الوضعية »⁽²⁾.

لا يؤدي اتباع الصيغة الديناميكية إلى إهمال معيار حصة السوق، إنّما يؤدي فقط إلى نقص من قيمته، إذ يبقى هذا المعيار، الذي يُشكل "المؤشر الأول المفيد" عند تقدير وضعية الهيمنة، العامل الأساسي لعملية التحليل⁽³⁾.

إنّ خيار اللجنة الأوروبية للصيغة الديناميكية بدلا من الصيغة الستاتيكية مبرر بصفة كاملة، لأن هذا التحليل مناسب للحقائق الاقتصادية. فبالفعل، لا يسمح معيار حصة السوق لوحده بتقدير تصرف المؤسسة ويؤدي إلى أخطاء في التقدير. مثلا، يمكن للمؤسسة التي تحتل حصة سوقية قوية أن تتعرض لضغط تنافسي من طرف منافسيها المحتملين، وبالتالي يؤدي معيار حصة السوق إلى تجاهل هذا الضغط، وينتج عن الأخذ بالصيغة الستاتيكية لوضعية الهيمنة هنا القول بتوفرها، في حين أنها غير موجودة. تؤدي كذلك هذه الصيغة بصفة خاصّة إلى نتائج غير ملائمة عندما تكون السوق محددة بصفة جدّ ضيقة.

لذا يجب تحديد قوة السوق، والتي تقدر ليس فقط بفضل حساب حصص السوق المحتلة من طرف المؤسسات المعنية ولكن كذلك بالأخذ بعين الاعتبار باقي المعايير⁽⁴⁾.

في هذا الإطار، يمكن لمجلس المنافسة اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمية أو منشور يُنشر في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 49 من هذا الأمر ؛

Sur ce point, voir, Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, pp. 93 - 94.

¹ - Reda BOUKHROUFA, « L'abus de position dominante dans le droit algérien de la concurrence (Définition, analyse et approche méthodologique) », Conseil de la concurrence - programme d'appui à l'accord d'association P3A, Mercredi 22 mai 2013, ALGER, p. 03 ; www.mincommerce.gov.dz/

² - La Communication de la Commission Européenne portant « Orientations sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE n° C45, 24 février 2009, p. 8, point 10 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

³ - La Communication préc., p. 8, point 13.

⁴ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 12.

يمكن تصنيف هذه المعايير إلى معايير متعلقة بتشكيلة السوق (الفرع الأول) ومعايير متعلقة بالمؤسسة المعنية⁽¹⁾ l'entreprise en cause (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعايير المتعلقة بتشكيلة السوق

يُقصد بتشكيلة السوق، تلك الخصائص الهيكلية العامة المستقرة نسبيا والتي تمس تصرف المؤسسة⁽²⁾. تتم دراسة التشكيلة التنافسية بمساعدة مجموعة من المعايير. لا يعتبر معيار حصة السوق المعيار الوحيد الذي يسمح بفهم تشكيلة السوق المعنية، بل يجب أن يكون مدعما بباقي المعايير المكمل.

أولا: حصة السوق

قام المشرع الجزائري بتحديد وضعية هيمنة العون الاقتصادي في السوق بموجب نص المادة 02 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة، وذلك من خلال الحصة التي يحوزها في السوق مقارنة مع الحصص التي يملكها غيره من الأعوان الاقتصاديين⁽³⁾.

وبما أن الاعتماد على معيار حصة السوق دون تحديد المقصود منه ليس كافيا لوحده باعتبار أن حصة السوق تحتمل وجود عدة معايير لتحديد ما نذكر منها: حجم البضائع والسلع المعروضة في السوق أو العدد الهائل للعملاء⁽⁴⁾.

فبالنسبة للقانون الفرنسي وقانون الاتحاد الأوروبي للمنافسة، تنتج حصة السوق بمقارنة حجم مبيعات المؤسسة المعنية مع الحجم الإجمالي للمبيعات المحققة من طرف جميع مؤسسات السوق المرجعية⁽⁵⁾.

¹ - هناك من يصنف هذه المعايير إلى معايير كمية ومعايير نوعية، حول هذا التصنيف أنظر مثلا، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص ص. 167 - 171.

² - Ashraf ABOUL KHEIR, Le pouvoir de marché en droit de la concurrence, op. cit., p. 175.

³ - حيث نصت المادة 1/02 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، على ما يلي: « المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على سوق للسلع أو الخدمات أو على جزء منها هي على الخصوص ما يأتي:

- حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة إلى الحصة التي يحوزها كل عون من الأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق ».

⁴ - توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 2002، ص 123.

⁵ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 13.

وتفاديا لكل غموض ولبس، فصل المشرع الجزائري في الأمر، وذلك في نصّ المادة 04 من المرسوم المذكور أعلاه، حيث اعتمد على معيار رقم الأعمال لتحديد حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي، مقارنة مع رقم أعمال باقي الأعوان الاقتصاديين في السوق⁽¹⁾.

وهذا ما قام به مجلس المنافسة الجزائري في قضية المؤسسة الوطنية للصناعة الإلكترونية (E.N.I.E) وحدة سيدي بلعباس، حيث كانت هذه المؤسسة في سنة 1996 من المتعاملين الاقتصاديين القلائل الموجودين في سوق الأجهزة التلفزيونية. وتبين المقارنة بين رقم أعمالها ومبلغ ما تمّ استيراده من هذه المنتجات على المستوى الوطني أنها كانت في الفترة المذكورة تحتل وبدون منازع وضعية هيمنة، بل وضعية شبه احتكار على كامل السوق الداخلية، وبالأخص على مستوى المنطقة الغربية، وتؤكد الإحصائيات الجمركية هذا الواقع، حيث تفيد أن قيمة الأجهزة المستوردة خلال فترة 1996 بلغت 408.716.036,00 دج، بينما رقم أعمال المؤسسة المذكور خلال نفس الفترة 3398 مليون دج؛ مما يجعل قيمة الواردات من هذه المنتجات لا تتجاوز 20% من رقم أعمال المؤسسة المعنية.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن حصة المؤسسات المختصة في التركيب des entreprises de montage حصة متواضعة، مما يؤكد أنّ مؤسسة (E.N.I.E) وحدة سيدي بلعباس كانت تحتل في الفترة المذكورة وبدون منازع وضعية هيمنة في السوق على مستوى التراب الوطني وبصفة أخص في المنطقة الغربية منه⁽²⁾.

وقد لا تتوافر أحيانا المعطيات الإحصائية لمعرفة مقدار حصة السوق المحوزة من طرف المؤسسة، لهذا استعمل مقياس آخر من طرف مجلس المنافسة الفرنسي في قضية Le Journal Nice - Matin، حيث أنّ السوق المرجعية التي تؤخذ بعين الاعتبار هي سوق بث الإعلانات العقارية في عمالة Les Alpes-Maritimes وفي غياب المعلومات المرقمة Les données chiffrées الخاصة بهذه السوق، فقد استنتج مجلس المنافسة الفرنسي قيام وضعية الهيمنة لجريدة Nice - Matin من خلال عدد نسخ الجريدة الموزعة ومدى هذا التوزيع الذي وصل إلى تغطية نصف عدد المساكن في العمالة⁽³⁾.

¹ - حيث نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، على ما يلي: « تحدد حصة السوق بالعلاقة بين رقم أعمال العون الاقتصادي المعني ورقم أعمال جميع الأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق ».

² - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99-01 مؤرخ في 23 جوان 1999، يتعلّق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، المرجع السابق ذكره.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 169.

ميدانيا، تختلف أهمية مؤشر حصة السوق تبعا للمستوى الذي تم بلوغه. فبالنسبة لحصة السوق جد كبيرة أو بالعكس جد صغيرة، عادة ما يتحول المؤشر إلى مؤشر حاسم. وبالتالي لا تتدخل باقي المؤشرات المكملة إلا لتأكيد الفرضية المستخلصة من دراسة حصة السوق، ونادرا لإثبات عكسها. تشكل حيازة مؤسسة لحصة السوق كبيرة أو صغيرة مؤشرا جد واضح إلا في ظروف استثنائية تستخلص من اجتماع باقي المعايير الأخرى ما عدا المعيار الستاتيكي.

تم نقد الترادف بين الاحتكار ووضعية الهيمنة، إذ أنه رغم تواجد المؤسسة في حالة احتكار، يمكن أن ترى حصصها في السوق تتناقص بوصول منافس، وبالتالي لا يجب اعتبارها كحائزة على وضعية الهيمنة. فبالفعل، فإن هذه المؤسسة في هذه الفرضية لا تتمتع باستقلالية التصرف المميزة لوضعية الهيمنة⁽¹⁾.

1 - الحصة الكبيرة في السوق مؤشر واضح على وجود وضعية الهيمنة

تعتبر حصة السوق جد كبيرة مؤشر أساسي لحيازة وضعية الهيمنة، ما عدا بعض الحالات الاستثنائية (التنافس القوي في السوق).

تستخلص سلطات المنافسة من حالة الاحتكار حيازة وضعية الهيمنة. ففي تقرير سلطة المنافسة الفرنسية لعام 2009، أكدت هذه الأخيرة « أن حيازة احتكار قانوني أو فعلي، يكفي لقيام وضعية هيمنة صاحبها. والأمر ذاته عندما تكون المؤسسة في وضعية شبه الاحتكار »⁽²⁾. وبذلك، إن حيازة شركة L'EDF لشبه احتكار (تحوز على 90% إلى 95% من حصص السوق) تكفي للقول بأن المؤسسة في وضعية هيمنة⁽³⁾.

وهذا ما قرره مجلس المنافسة الجزائري في قضية الشركة الوطنية للتبغ والكبريت عندما لاحظ أن: « سوق التبغ والكبريت يتميز ببقائه على هامش التحولات التي أحرزها تحرير التجارة الخارجية على مستوى بعض الأسواق التي فتحت في وجه المتعاملين الاقتصاديين، حيث لا يزال محل احتكار الشركة الوطنية للتبغ والكبريت »⁽⁴⁾.

في ذات الاتجاه وفي قضية أين بلغت حصة المؤسسة المعنية في السوق 83%، رفض مجلس المنافسة الفرنسي دراسة درجة التنافس في السوق رغم إثارته من قبل المرافعين، وأقر بوجود وضعية الهيمنة⁽⁵⁾.

¹ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 13.

² - Ibid.

³ - Cons. conc., décision n° 09-MC-01, 08 avril 2001, relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Solaire Direct ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 13.

⁴ - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 98-ق-03 مؤرخ في 13 ديسمبر 1998، يتعلّق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت؛ www.conseil-concurrence.dz/

⁵ - Cons. conc., décision n° 05-D-28, 15 juin 2005, relative à des pratiques d'entreprises fournissant aux professionnels de la filière de bois et pâtes de bois des services de manutention et de stockage sur le port de commerce de la Rochelle ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 14.

إنّ موقف سلطات المنافسة الفرنسية غير مستقر، إذ فصلت محكمة النقض الفرنسية بقرار 26 نوفمبر 2003 المتعلق بقضية قناة التلفزة الفرنسية (TF1) أنّ « خلال الفترة المعتبرة تلقت الشركة التلفزيونية Société de télévision نسبة 60% من الاستثمارات الإشهارية لمنتجات "Vidéogrammes"، رغم أنها تمارس أسعاراً أكثر ارتفاعاً عن تلك الممارسة من طرف منافسيها، إذ أن حضور المتعاملين المتمتعين بموارد مالية هامة في السوق لا يمنع الشركة التلفزيونية أن تتصرف بكيفية مستقلة اتجاه منافسيها والتمتع بوضعية الهيمنة »⁽¹⁾. بالمقابل، تمّ الوصول إلى نتيجة عكسية، في قضية شركة "France - Gabions" التي رغم حيازتها لحصة تزيد على 50% من سوق "Les nappes de protection" و 60% من "Gabions" و 80% من "Matelas métalliques" قرّر مجلس المنافسة الفرنسي بعدم امتلاكها لوضعية الهيمنة⁽²⁾.

وعلى العموم، فإنّ الاجتهاد القضائي في فرنسا يسلم بأن تجاوز المؤسسة لحصة تساوي أو تفوق 70% و 80%، يُعدّ مؤشراً كافياً على تمتع هذه المؤسسة بوضعية هيمنة على السوق⁽³⁾.

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، تعتبر الجهات القضائية أنّه ما عدا الظروف الاستثنائية، فإنّ حصة السوق جد مهمة (70% إلى 80%) تشكل دليلاً على وجود وضعية الهيمنة⁽⁴⁾. ومع ذلك، أكدت المحكمة الابتدائية للاتحاد الأوروبي في سنة 2009 بأنّ « تشكل حصة السوق 70% إلى 80% لوحدها، مؤشراً واضحاً لوجود وضعية الهيمنة. كذلك، وفيما عدا الظروف الاستثنائية، تشكل حصة السوق 50% لوحدها دليلاً لوجود وضعية الهيمنة »⁽⁵⁾.

ومع أنّه، وانطلاقاً من 2009، اتخذت اللجنة الأوروبية للمنافسة صيغة أكثر وضوحاً، حيث أنّها تعترف بأنّه « وضحت التجربة إذا كانت حصة السوق جد مرتفعة وتمت حيازتها لمدة طويلة، فإنه من المتوقع جدّاً بأنّ هذا العنصر سيشكل المؤشر الأوّل الجدي لوجود وضعية الهيمنة ». ورغم ذلك، فإنها تحذر « بأنّها لا تستنتج نتيجة نهائية حول مبادرتها للتدخل في قضية دون أن تقوم بدراسة كل العوامل التي يمكن أن تكون كافية لكبح تصرف المؤسسة »⁽⁶⁾.

¹ - Cass.com, arrêt du 26 novembre 2003, SA télévision française 1 (TF1) c/ SA éditions Montparnasse : Juris-Data, n° 00-22.605, JCP n° 04, 21 janvier 2004, p. 157.

² - Cons. conc., décision n° 91-D-12 du 26 mars 1991, relative à une saisine émanant de la société Etablissements Tournier S.A ; Voir, Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 265.

³ - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 265.

⁴ - CJCE, arrêt du 12/02/1979, société Hoffmann-La Roche ; TPICE, arrêt du 12/12/1991, société Hilti ; Voir, Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 265.

⁵ - TPIUE, arrêt du 17 décembre 2009, Solvay ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 14.

⁶ - La Communication de la Commission Européenne portant « Orientation sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 du Traité C.E [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication préc., p. 9, point 15.

ففي قضية ميكروسوفت "Microsoft"، طبقت اللجنة هذه السياسة بملاحظة أن المؤسسة الحائزة على 90% من حصص السوق، كانت محمية بوجود حواجز قوية للدخول L'existence de fortes barrières à l'entrée⁽¹⁾. ونستخلص الحذر نفسه عند قراءة القرار الصادر عن اللجنة الأوروبية في مواجهة شركة Intel Corporation حيث أنه في هذه القضية، كان بوسع اللجنة أن تكتفي بإثارة كون المؤسسة المعنية تتمتع على الأقل بـ 70% من حصص السوق، في حين أنها اختارت أن تعزز وتقوي تحليلها باهتمامها بحواجز الدخول والتوسع أمام المنافسين المحتملين والحاليين، إذ يسمح وجود الحواجز والحصة القوية في السوق للجنة باستخلاص وجود وضعية الهيمنة⁽²⁾.

2 - الحصة الصغيرة في السوق مؤشر على عدم وجود وضعية الهيمنة

إن المؤسسة التي تمتلك حصة في السوق أقل من 10%، لا تعد مالكة لوضعية هيمنة، فمثل هذه الحصة الضعيفة تستبعد وجود مثل هذه الوضعية، هذا ما لم توجد ظروف خاصة تمنح هذه المؤسسة القدرة على إحداث تأثير فعال في أسعار المنتجات أو حجم المعروض منها⁽³⁾. وهذا ما أكدته محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في قرارها "Metro" بتاريخ 25 أكتوبر 1977 بأن « تستبعد حصص السوق التي تتراوح ما بين 5 إلى 10% في سوق المنتجات ذات تقنية مرتفعة، ولكنها قابلة للاستبدال في نظر الجمهور الواسع من المشتريين، وجود وضعية الهيمنة، وهذا ما لم توجد ظروف استثنائية »⁽⁴⁾.

في نشرتها لسنة 2009، تعلن اللجنة الأوروبية بأنها « تعرف بحكم التجربة أنه إذا كانت حصة المؤسسة في السوق المعنية تقل عن 40%، فإنه قليل الاحتمال أن تتواجد في وضعية الهيمنة »⁽⁵⁾. إن العتبة 40% المعلن عنها من طرف اللجنة بالرغم من أنها تفوق العتبة السابقة المستعملة من طرف محكمة العدل للمجموعات الأوروبية، إلا أنها تتعلق فقط بمؤشر والذي يجب أن يكون مدعما بباقي العناصر⁽⁶⁾.

¹ - Comm. CE, décision n° 2007/53/CE, 24 mars 2004, Microsoft : JOUE n° L32, 6 février 2007, p. 23, confirmé sur ce point par TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 14.

² - Comm. CE, décision n° COMP/C-3/37.990, 13 mai 2009, relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE de l'article 54 de l'accord de EEE, Intel, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 14.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 90.

⁴ - CJCE, arrêt du 25 octobre 1977, aff. 26/76, voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 14.

⁵ - La Communication de la Commission Européenne portant « Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité C.E [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication préc., p. 9, point 14.

⁶ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 14.

أما بالنسبة لمجلس المنافسة الفرنسي، فبصفة عامة، تكون الحصة الصغيرة في السوق مرادفة لغياب وضعية الهيمنة. فمثلا تم استبعاد تكييف المؤسسة بالهيمنة، دون التبرير بباقي المعايير، اتجاه مؤسسة حائزة على حصة السوق بنسبة 21%(1).

3 - الحصة المتوسطة في السوق

إن حصة السوق هنا هي حصة متوسطة لا تزيد عن 50% ولا تقل عن 40%. وفي هذه الحالة، ترى المحكمة الابتدائية للاتحاد الأوروبي، أنه يجب أن نبحث في المؤشرات الثانوية على أنها مؤشرات رئيسية، وأن ننظر إلى الحصة في السوق على أنها مؤشر ثانوي. ومثال المؤشرات التي يجب النظر إليها قبل الرجوع إلى حصة السوق، العقبات الاقتصادية التي تواجه دخول منافسين جدد إلى السوق المعتبرة قانونا، امتلاك براءات الاختراع أو حق من حقوق المؤلف. فمثلا هذه المؤشرات سوف تكون المؤشر الرئيسي الذي على أساسه يمكن الحكم بامتلاك مؤسسة ما لوضعية الهيمنة من عدمه، مع الاستثناس هنا بحصة السوق(2).

ثانيا: المعايير المكملّة المتعلقة بتشكيلة السوق

نتطرق أولا لحصص المنافسين في السوق، ثم لحواجز الدخول أو التوسع. وأخيرا، القدرة الشرائية التعويضية للعملاء.

1 - حصص المنافسين في السوق

إذا كان تحقيق مؤسسة اقتصادية لرقم أعمال يصل إلى 80% يُعد دليلا قاطعا على احتلال المؤسسة لوضعية الهيمنة، فهل يمكن اعتبار مؤسسة اقتصادية ما أنها في وضعية هيمنة حيث يصل رقم أعمالها منفردة نسبة 40% مقارنة مع غيرها من المؤسسات الاقتصادية التي لا يتجاوز رقم أعمالها 5% ؟ يمكن لمؤسسة غير حائزة لحصة هامة من حصص السوق أن تكتسب ومع ذلك استقلالية واسعة في مواجهة منافسيها، ذلك بسبب ضعف الحصة الفردية لمنافسيها، الأمر الذي يؤدي إلى حصول المؤسسة على وضعية هيمنة على السوق.

وعلى عكس ذلك، فإن امتلاك حصة سوقية معتبرة لا يخول صاحبها بالضرورة وضعية هيمنة، إذا كانت المؤسسة الاقتصادية المعنية تتعرض لمنافسة شرسة من قبل مؤسسة أو عدة مؤسسات اقتصادية لها القوة نفسها.

¹ - Cons. conc., décision n° 04-D-32, 08 juillet 2004, relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 14.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 91.

لذا يجب لإثبات وضعية الهيمنة أن تضاف إلى تحليل حصة السوق، تحليل حالة المنافسة في القطاع المعني وتتبع تطورها، وهذا يؤدي إلى القول أن تمتع مؤسستين بنفس حصة السوق، قد تختلف الأحكام التي تصدر بشأن امتلاكها لوضعية الهيمنة أم لا، وذلك حسب المناخ التنافسي السائد في السوق⁽¹⁾.

يلاحظ أنه لإثبات حالة الهيمنة من خلال الزاوية السابقة، يجب أن يأخذ بعين الاعتبار ليس عدد المنافسين في السوق فقط، بل حصصهم في تلك السوق، وأيضا قدرة المؤسسة على الاحتفاظ بوضعيتها المهيمنة لمدة طويلة وذلك رغم المنافسة الشديدة⁽²⁾.

تعتبر قضية هوفمان لاروش "Hoffmann la Roche" مثالا جيدا لكيفية استخدام محكمة العدل للمجموعات الأوروبية (حاليا محكمة العدل للاتحاد الأوروبي) لمعيار حصة السوق النسبية *La part de marché relative* لتحديد وضعية المؤسسة المهيمنة. فعلى سوق الفيتامين "C"، تحوز المجموعة 64% من السوق. في حين لا يحقق المنافسين الأكثر قربا وذلك بالترتيب إلا 14% و 9% و 19%. وبهذا الفرق، استخلصت المحكمة وجود وضعية الهيمنة⁽³⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه تتميز السوق الجزائرية بالفوضى وعدم التنظيم، وهذا فيما يتعلق بوسائل الدفع في مختلف الصفقات التجارية التي تتم في السوق، بحيث يلجأ إلى الدفع النقدي بصورة شبه أوتوماتيكية، إذ يتجاهل الدفع عن طريق الشيك. ولقد حاول رئيس الحكومة في 2005 أن يفرض الدفع عن طريق الشيك لكل صفقة يساوي أو يتجاوز مبلغها 50.000 دج، لكن سرعان ما تراجع عن ذلك رئيس الحكومة الذي تلاه في 2006 بحيث اعتبر ذلك مضرا بالاقتصاد الوطني في الوضع الراهن.

على هذا الأساس، كيف يمكن متابعة العمليات التجارية ميدانيا من قبل مجلس المنافسة في حين أن أغلب الصفقات تتم بصفة غامضة لا أثر لها سوى لدى المتعاملين المعنيين. كما أن مثل هذا الوضع يجعل مجلس المنافسة عاجزا عن قياس حصص السوق العائدة لكل متعامل اقتصادي⁽⁴⁾، حتى يقرر وجود وضعية الهيمنة أم لا، وإن وجدت التأكد من قيام التعسف في تلك الوضعية أم لا.

2 - حواجز الدخول أو التوسع Barrières à l'entrée ou à l'expansion

¹ - Renée GALÈNE, le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit, p. 268.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 170.

³ - CJCE, arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, préc., pts. 61 à 63 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 15.

⁴ - كايس شريف، « مدى فعالية رقابة مجلس المنافسة في الجزائر »، المرجع السابق، ص 276.

لا يجب لتقدير الضغط التنافسي الذي يقع على عاتق المؤسسة المعنية الاكتفاء بالوضعية الحالية، بل يجب أيضا تقدير الوضعية المحتملة. فهل يمكن للمتدخلين الجدد أن يقتحموا السوق وأن ينافسوا بذلك المؤسسة المعنية ؟ هل يهدد المنافسون الحاليون بالتوسع والتمديد في السوق ؟ هذه هي الأسئلة المهمة التي يجب أن تطرح لمعرفة إذا ما كانت المؤسسة فعلا مستقلة في تصرفها التجاري. لأن المؤسسة الواعية بخطر المنافسة المحتملة ليست حرة تماما في نشاطها و بالتالي لا تتمتع بوضعية الهيمنة⁽¹⁾.

وبالتالي، يمكن أن تكون سلطة السوق للمؤسسة مهددة بالمنافسة المحتملة لباقي المتعاملين التي تتعلق بحواجز الدخول إلى السوق. فإن كانت هذه الحواجز مرتفعة، فإن إمكانية دخول متدخلين جدد يهددون وضعية المؤسسة المعنية قليلة الاحتمال⁽²⁾.

ويقصد بحواجز دخول أو توسع تلك العوائق التي تواجه المنافسين المحتملين أو الحاليين وذلك فيما يتعلق بإرادتهم في الدخول أو رفع حجم نشاطاتهم على السوق المعنية. وفي الحقيقة، لا يوجد تعريف محدد لمصطلح حواجز الدخول أو التوسع، فالجدال قائم إلى حدّ الآن حول التعريف الذي يجب أن يعطى له. فقد عرّفها المحكمة الابتدائية للمجموعات الأوروبية كما يلي: « تتكون حواجز الدخول إلى السوق من عناصر ذات طبيعة مختلفة، خصوصا تلك المتعلقة بنظام اقتصادي، تجاري أو مالي، والتي باستطاعتها أن تحمّل المنافس المحتمل للمؤسسات الموجودة مخاطر وتكاليف مرتفعة بما فيه الكفاية لتجعله يتراجع عن الدخول إلى السوق في مهلة معقولة أو لجعل هذا الدخول بصفة خاصة صعبا، وتحرمه من إمكانية ممارسة ضغط محتمل على تصرف المؤسسات الموجودة »⁽³⁾.

كما عرّفت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (L'OCDE) حاجز الدخول بأنه: « يمثل حاجز للدخول كل عنصر هيكلي أو استراتيجي يقوم لوحده أو بالاشتراك مع عناصر أخرى على إضعاف أو يؤدي إلى إضعاف التنافس بشكل مستمر في السوق أو القطاع المعطى »⁽⁴⁾.

وبالتالي، فإنّ هذه الحواجز يمكن أن تكون من طبيعة مختلفة نذكر منها:

- حواجز أو موانع قانونية ونعني بها التشريعية والأنظمة التي تضعها الحكومات وتقيد بها - في بعض الأحيان - المنافسة في قطاعات معينة، حيث تهدف تلك التشريعات والأنظمة إلى تنظيم العمل في هذه القطاعات وكيفية الدخول إلى الأسواق المتعلقة بها. وبذلك تستطيع المؤسسة التي أقرت هذه القيود لمصلحتها، أن تمنع دخول أي منافس لها إلى النشاط الذي تتفرد بالعمل فيه، أي منع المنافس المحتمل من الدخول إلى

¹ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 15.

² - Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 103.

³ - Rapp. définition proposée par TPICE, arrêt du 23 février 2006, aff. T-282/02, Cementbouw Handel et industrie : Rec., CJCE, 2006, II, p. 319, p. 219 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 15.

⁴ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 15.

سوق النشاط المعني، وتتمثل أهم هذه القيود والحواجز في حقوق الامتياز التي يترتب عليها نشأة الاحتكارات وذلك عن طريق الحصول من الحكومات على امتياز إنتاج سلعة أو تقديم خدمة معينة لمدة زمنية محددة دون أن تسمح الحكومات لأي كان آخر بالدخول إلى هذا المجال إلا بعد انقضاء تلك المدة، وكذلك براءات الاختراع وحقوق الملكية الفكرية، حيث تمنح براءة الاختراع للمخترع من الانفراد بإنتاج ما اخترعه لفترة محدودة، أو امتلاك ما منحت البراءة له، وقد يتحقق هذا الانفراد عن طريق الحقوق التي تمنح لأصحاب الملكية الفكرية كالحقوق الخاصة بالمؤلف أو الملحن في الأدب أو في الأعمال الفنية الأخرى⁽¹⁾. تكون هذه الحقوق سارية المفعول في مدة الحماية التي تمنح لأصحابها، وتختلف هذه الحماية من دولة إلى أخرى⁽²⁾. وهذا حرصاً على تشجيع الاختراعات والابتكارات الجديدة وذلك لحماية حقوق المخترعين والمبدعين⁽³⁾.

وقد نصّت المادة 2/02 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000، المحدد للمقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة⁽⁴⁾، على هذه الامتيازات وعلى الخصوص: « الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى العون الاقتصادي المعني ».

- حواجز مالية، وذلك لما يتطلب دخول السوق استثمارات ثقيلة⁽⁵⁾.
- حواجز وموانع تقنية وصناعية وتتمثل في تلك القدرات التقنية والصناعية القوية التي تتمتع بها المؤسسة في السوق، والتي تجعل المنافسين المحتملين يتراجعون عن الدخول إلى السوق وذلك لمدة طويلة⁽⁶⁾.
- وتبعاً للجنة الأوروبية، يجب أن يتوفر خطر التوسع أو الدخول على ثلاثة شروط هي:
- أن يكون هذا الخطر مرجحاً أو محتملاً،
- القدرة على الدخول أو التوسع في الوقت الملائم،
- وأن يكون خطر الدخول أو التوسع كذلك كافياً.

¹ - راجع حول هذه الحقوق الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 23 جويلية 2003.

² - فمثلاً نصت المادة 54 من الأمر رقم 03-05 المذكور أعلاه، على ما يلي :

« تحظى الحقوق المجاورة بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته وللفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين (50) سنة ابتداءً من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته ».

³ - عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص. 87 - 89.

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 314-2000 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في الهيمنة، المرجع السابق ذكره (ملغى).

⁵ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 15.

⁶ - Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 82 du Traité CE) », op. cit., p. 14.

يجب أن تتوفر هذه الشروط مجتمعة. ويكون الخطر مرجحاً أو محتملاً لما يكون التوسّع أو الدخول إلى السوق « مفيداً بما فيه الكفاية للمنافس أو الوافد الجديد، وذلك بالأخذ في الاعتبار عوامل مثل عوائق أو حواجز التوسّع أو الدخول، ردة الفعل المحتملة للمؤسسة المهيمنة المرتقبة ولباقي المنافسين، كذلك مخاطر وتكاليف الإخفاق ». ويكون خطر الدخول أو التوسّع في الوقت الملائم عندما يمكن « أن يكون التوسّع أو الدخول سريعاً بما فيه الكفاية لإحباط أو منع ممارسة سلطة السوق الجوهرية ». ويكون الخطر كافٍ لما يكون الدخول أو التوسّع « بحجم يسمح بإحباط كل محاولة لرفع الأسعار من جهة المؤسسة التي يحتمل هيمنتها على السوق المعنية »⁽¹⁾.

3 - القدرة الشرائية التعويضية للعملاء

يمكن أن تصطدم حالة قدرة المؤسسة بالقدرة الشرائية التي يتمتع بها زبونها أو زبائنهم، مما يمنعها من حيافة استقلالية التصرف المميزة لوضعية الهيمنة. ونتكلم حينئذ عن القدرة الشرائية التعويضية. فتتبعاً للمحكمة الابتدائية للمجموعات الأوروبية فإنّه « يمكن للسلطة الشرائية لعملاء ممون أن تعوض سلطة السوق لهذا الأخير، إذا كان بإمكان عملائه اللجوء إلى موارد بديلة ذات مصداقية وقادرة على التمويل، إذا ما قرّر الممون رفع الأسعار أو تدهور شروط البيع أو التسليم »⁽²⁾.

وأكدت اللجنة الأوروبية للمنافسة بأن: « يمكن أن تنتج هذه القدرة الشرائية التعويضية عن حجم العملاء أو أهميتهم التجارية للمؤسسة المهيمنة، كذلك قدرتهم في استبدال الممون وذلك بسرعة، وتفضيل مدخولات جديدة أو الإنخراط العمودي، أو التهديد بكيفية جدية وصداقة بالقيام بذلك »⁽³⁾.

الفرع الثاني: المعايير المتعلقة بالمؤسسة المعنية

تعتبر المعايير المتعلقة بالمؤسسة المعنية مكملات للمؤشرات المتعلقة بتشكيلة السوق التي تتصرف فيها المؤسسة التي تتم دراسة وضعيتها. وبذلك تلجأ سلطات المنافسة إلى المؤشرات المتعلقة بالمؤسسة بالذات وسلوكها وإمكانيتها في التصرف.

ويمكن تصنيف هذه المعايير إلى مزايا تحت خدمة المؤسسة (المزايا التنافسية) وسلوكات المؤسسة في السوق.

أولاً: مزايا تحت خدمة المؤسسة *Avantages à la disposition de l'entreprise*

¹ - La Communication de la Commission Européenne portant « Orientations sur les priorités, retenues par la commission pour l'application de l'article 82 Traité CE [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication préc., p. 09, point 16.

² - TPICE, arrêt du 23 février 2006, Cementbouw Handel et industrie, préc.; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 16.

³ - La Communication de la Commission Européenne portant « Orientations sur les priorités, retenues par la commission pour l'application de l'article 82 Traité CE [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », Communication préc., p. 09, point 18.

تمثل المزايا التنافسية التي قد تتمتع بها المؤسسة أم لا مؤشرا على وجود وضعية الهيمنة من عدمها. وتتمثل في ميزة التكنولوجيا والصناعة، حجم المؤسسة، الميزة المالية، الأسبقية في السوق، الميزة التجارية.

في قرار رقم 27-ق-90 لـ 11 سبتمبر 1990 المتعلق بمؤسسة Les nouvelles messageries de la presse parisienne، وضع مجلس المنافسة الفرنسي كمبدأ يتمثل في: « من أجل إثبات وجود وضعية الهيمنة في السوق، يجب الأخذ بعين الاعتبار مختلف العناصر المتعلقة بحصة المؤسسة المعتبرة في السوق وحصص منافسيها المتعددين والعناصر النوعية الخاصة بها، مثل: التفوق في التسيير، الابتكار التقني أو الفعل التجاري "L'action commerciale".

إذن كما قلنا، هناك عدة عوامل أخرى من النظام النوعي تساهم في تحديد وضعية الهيمنة دون أن تكون كافية في حد ذاتها «⁽¹⁾.

1 - ميزة التكنولوجيا والصناعة

مما لا شك فيه أن ما يؤدي إلى خلق وضعية هيمنة أو تدعيمها امتلاك مؤسسة ما لتكنولوجيا متقدمة تستخدمها في الإنتاج أو في التسويق، أو امتلاك براءة اختراع أو حق من حقوق الملكية الأدبية، التطور المتوقع في المجال أو القطاع المعني، أو سهولة الدخول إلى السوق⁽²⁾.

2 - حجم المؤسسة

يعتبر انتماء مؤسسة إلى مجموعة اقتصادية ميزة لها. حيث أكدت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية على أنه بإمكان دراسة وتحليل المجموعة على المستوى الأوروبي وحتى على المستوى الدولي لتقدير وضعية المؤسسة⁽³⁾.

حيث تعتبر القوة الاقتصادية والمالية التي تتمتع بها المؤسسة الاقتصادية أو التي تتمتع بها المجموعة التي تنتمي إليها المؤسسة أو التي تربطها بها علاقات اقتصادية ومالية مقياسا لتقدير مدى حيابة المؤسسة الاقتصادية لوضعية الهيمنة.

وقد قضت محكمة استئناف باريس في 25 فيفري 1994 في قضية مصلحة الجناز جنوب شرق، بأن الانتماء إلى مجموعة اقتصادية قوية تنبؤا وضعية قيادية على المستوى الوطني في النشاط الاقتصادي، يُعد مؤشرا ضمن مؤشرات أخرى لإثبات وضعية الهيمنة. وفي رأي السلطات المكلفة بالمنافسة في فرنسا، تسمح القوة

¹ - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 270.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 101.

³ - CJCE, arrêt du 09 novembre 1983, Michelin c/ Commission, aff. 322/81 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 16.

الاقتصادية والمالية لمؤسسة أو لمجموعة مؤسسات ترتبط بها، خصوصا، بأن تتفادى الضغط المولد عن عملية المنافسة⁽¹⁾.

أشارت المادة 3/02 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314، المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة، إلى هذا المعيار كما يلي:

« العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العون الاقتصادي بعون أو عدة أعوان اقتصاديين والتي تمنحه امتيازات متعددة الأنواع »⁽²⁾.

3 - الميزة المالية

يعتبر التمتع بالقدرة المالية الكبيرة مؤشرا على وجود وضعية هيمنة. لأن ذلك يسمح بالفعل للمؤسسة بأن تقاوم الممارسات العدوانية التي يمكن أن يحاول المنافسون جد الصغار الإتيان بها في مدة قصيرة. لا يجب الخلط بين القدرة المالية والمدخول أو الربح الناتج عن النشاط المعني لمدة قصيرة. بل يجب تقدير القدرة المالية في ظل جميع نشاطات المؤسسة. وهذا ما أكدته محكمة العدل للمجموعات الأوروبية بأنه « لا يتعارض هامش الربح المنخفض أو حتى الخسائر المؤقتة مع وجود وضعية الهيمنة، كما تتوافق وتتسجم الفوائد المرتفعة مع وضعية المنافسة الفعلية »⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بخطأ محكمة استئناف باريس حينما ركزت رقابتها الخاصة بوجود وضعية هيمنة لشركة France région 3 FR₃ على مقارنة رقم أعمال المؤسسة برقم أعمال منافسيها في مجال الإنتاج السمعي البصري الموجه لأغراض غير التلفزية، دون أن تأخذ بعين الاعتبار الامتيازات المالية والمادية التي تحظى بها الشركة من أجل تطوير مجموع النشاطات التي يسمح بها القانون⁽⁴⁾.

4 - الأسبقية أو الأقدمية في السوق

تعطي الأسبقية في السوق للمؤسسة خبرة في مجال نشاطها هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنها تفسر الشهرة التي تتمتع بها المؤسسة أمام الجمهور، وبذلك فإن كون المتعامل متعاملا تاريخيا (L'opérateur historique) في قطاع معين يعتبر مؤشرا على وجود وضعية الهيمنة⁽⁵⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 169.

² - مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في الهيمنة، المرجع السابق ذكره.

³ - CJCE, arrêt du 14 février 1978, United Brands, préc. ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 17.

⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية، الصادر في 28 جانفي 1992، المذكور من طرف محمد شريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 171.

⁵ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 17.

5 - الميزة التجارية

تشكل أهمية ونوعية الخدمات التجارية وكذلك شهرة العلامات للمؤسسة ميزات تجارية تؤثر على وجود وضعية الهيمنة. وغالبا ما تكمل الميزة التجارية الميزة الصناعية⁽¹⁾. إلا أنه لا يظهر بتاتا هذا المؤشر كافيا لنقد ومعارضة النتائج المترتبة عن التحليل المقام بناءً على المعايير الأخرى.

كما يشكل تمتع المؤسسة بشبكة توزيع فعالة ميزة تجارية، ويشكل مؤشرا بارزا لوجود وضعية الهيمنة. وأخيرا، يلاحظ في بعض الأحيان بأن المنتج لا يمكن الاستغناء عنه من طرف العملاء⁽²⁾.

ثانيا: سلوكات المؤسسة في السوق

نتطرق أولا لدراسة إمكانية القيام بالتصرفات المستقلة، ثم إلى ذكر بعض الأمثلة عن التصرفات المستقلة الآتية من المؤسسة المعنية.

1 - إمكانية القيام بالتصرفات المستقلة (التصرفات المنفردة)

إن التصرفات المستقلة هي تلك الأنواع من التصرفات التي لا يمكن ملاحظتها إلا عند المؤسسات المهيمنة. تبعا لذلك، تستعمل هذه التصرفات لتأسيس تكييف وضعية الهيمنة والتي لا تعتبر بحد ذاتها محظورة. لكن تعطي وضعية الهيمنة وذلك تبعا لتعريفها إمكانية القيام بتصرفات والتي لا يمكن ممارستها في سوق تنافسية. ومن جهة أخرى، يمكن لهذه التصرفات بالذات أن تشكل العنصر المادي للاستغلال التعسفي المحظور⁽³⁾.

حيث نصّت المادة 03/ج من الأمر رقم 03-03 المعدّل والمتّم على ما يلي:

« وضعية الهيمنة: هي 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 حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها »⁽⁴⁾.

ونصّت المادة 07 من الأمر ذاته على ما يلي:

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها... »⁽⁵⁾.

وقد جاء في إعلان مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽¹⁾، ما يلي:

¹ - Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Notion de position dominante – Article 82 du traité CE) », op. cit., p. 15.

² - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 17.

³ - Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Notion de position dominante – Article 82 du traité CE) », op. cit., p. 15.

⁴ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - المرجع نفسه.

« تتأكد أهمية معيار استقلالية التصرف في ترسيم حدود السوق الملائم أو تنفيذ اختبار الهيمنة مع تقييم إمكانية شركة ما بأن يكون لها تصرف مستقل عن تصرف منافسيها والمستهلكين، حسب التعريف الذي اعتمدته سلطات المنافسة في العالم، إن لها هدفا مشتركا أي تقييم سلطة سوق شركة ما، أي قدرتها على زيادة أسعارها فوق السعر التنافسي، وإذن التصرف بطريقة مستقلة »⁽²⁾.

وقد استعملت اللجنة الأوروبية للمنافسة هذا المعيار في القرار الذي اتخذته في قضية ميشلان في 07 أكتوبر 1981، حيث نصّت في إحدى حيثياته على ما يلي:

« ... ينبثق دليل وجود وضعية الهيمنة كذلك من كون المؤسسة المعنية قد تبنت السلوك الذي لا تستطيع مؤسسة دون وضعية الهيمنة القيام به »⁽³⁾.

2 - أمثلة عن التصرفات المستقلة

يمكن أن نذكر عن التصرفات المستقلة التي تتخذها المؤسسة المعنية في السوق، والتي تدل على أن المؤسسة في وضعية الهيمنة، التصرفات المتعلقة بالأسعار، التصرفات المتعلقة بالكميات. وأخيرا تلك المتعلقة بالشروط الحصرية.

أ - التصرفات المتعلقة بالأسعار

يؤدي التحليل السطحي إلى التأكيد بأن القدرة على رفع الأسعار كاشفة عن وجود وضعية الهيمنة، في حين أن الالتزام بخفضها على عكس ذلك، يكشف عن وجود وضعية المنافسة الفعلية والتي تستبعد وجود وضعية الهيمنة. ومع ذلك، تستحق هذه النتائج أن تكون موضحة ومدققة.

حيث يوضح الاجتهاد القضائي الأوروبي بأنه « تشكل، ودون اعتراض، القدرة على فرض زيادات في السعر بصفة منتظمة العنصر الذي يمكن أن يشير إلى وجود وضعية الهيمنة »⁽⁴⁾.

ومع ذلك، لا تشكل بتاتا القدرة على رفع الأسعار العنصر الإلزامي للاعتراف بوجود وضعية الهيمنة. وبالتالي فإنه يعتبر مؤشر من بين باقي المؤشرات.

¹ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - المرجع نفسه، ص 12.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 103.

⁴ - TPICE, arrêt du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line, aff. T-191/98 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 17.

وفي الحالة العكسية، أقرت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية بأنه « بصفة عامة، لا ينسجم عدم حرية المؤسسة في خفض الأسعار، وذلك تحت ضغط التخفيضات التي يمكن أن يبادر بها منافسيها، ويتعارض مع استقلالية التصرف المميزة لوضعية الهيمنة »⁽¹⁾.

وقد جاء في إعلان مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽²⁾، ما يلي:

« الفرق بين سعر البيع والتكاليف: يكشف مستوى هذا الهامش في الحقيقة عن سلطة سوق المؤسسة »⁽³⁾.

ب - التصرفات المتعلقة بالكميات

يمكن للمؤسسة المهيمنة أن تتلاعب بالكميات. وذلك بعدم اكتفائها « للطلبات إلا عن طريق التقدير (البخل) وفي بعض الأحيان بصفة غير كاملة، في حين تتمتع المؤسسة بالقدرة الإنتاجية الفائضة حيث يشكل هذا كله سلوكا تمنعه المنافسة الفعالة »⁽⁴⁾.

والأمر ذاته، لما تقوم المؤسسة بربط شركائها عن طريق عقود طويلة المدة مما يبين ضعف المنافسة في السوق المعنية والإرادة على بلورة السيطرة المحتملة⁽⁵⁾.

ج - التصرفات المتعلقة بالشروط الحصرية

تلجأ المؤسسة المهيمنة كذلك إلى الشروط الحصرية، حتى تتمكن من استقرار سيطرتها على السوق. وهذا ما أقرته المحكمة الابتدائية للمجموعات الأوروبية في 8 أكتوبر 1996⁽⁶⁾.

يمكن اكتشاف سيطرة المؤسسة انطلاقا من سياستها التعاقدية كوضعها لشروط حصرية في العقود⁽⁷⁾.

¹ - CJCE, arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, préc. ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., pp.17 – 18.

² - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - المرجع نفسه، ص 12.

⁴ - CJCE, arrêt du 14 février 1978, United Brands, préc. ; Voir, Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Notion de position dominante – Article 82 du traité CE) », op. cit., p. 15.

⁵ - Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Notion de position dominante – Article 82 du traité CE) »m op. cit., p. 15.

⁶ - TPICE, arrêt du 08 octobre 1996, Société maritime belge ; Voir, Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Notion de position dominante – Article 82 du traité CE) », op. cit., p. 15.

⁷ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 17.

بعد دراسة السوق المرجعية وتحديد المعايير اللازمة للقول بوجود وضعية هيمنة مؤسسة في السوق، نتساءل عن ما مدى إلزامية توفر عنصر "وضعية الهيمنة" كشرط أولي لتحقيق التعسف.

المطلب الثالث: مدى إلزامية توفر معيار "وضعية الهيمنة" كشرط أولي لتحقيق التعسف

تعرض معيار وضعية الهيمنة باعتباره شرط إلزامي أولي لتحقيق التعسف - إذ يحظر كل تعسف في وضعية الهيمنة - لانتقادات عديدة مما جعله معيارا مشكوكا فيه. وهذا ما دفع ببعض شراح القانون بما فيهم الأستاذة "Anne-Sophie CHONÉ" إلى اقتراح حذفه واستبداله بمعيار آخر وهو التقييد الحساس وغير المشروع للمنافسة، ومن أجل ذلك يتم إلغاء النظام القانوني الخاص بالتعسف في وضعية الهيمنة واستبداله بالنظام القانوني الخاص بالتعسف في خدمة السوق "L'abus au service du marché"، والذي يخدم أكثر في نظرهم حماية السوق التي تعتبر الغاية الأساسية التي يسعى قانون المنافسة لتحقيقها. وبذلك، فهم يرفضون معيار وضعية الهيمنة (الفرع الأول).

رغم الانتقادات الموجهة لمعيار وضعية الهيمنة، فإنه تقابل دواعي حذف وضعية الهيمنة دواعي أخرى تستدعي وجود وإبقاء هذه الأخيرة كمعيار جوهري وأولي لتحقيق التعسف، كما أنه سينجم عن حذف وضعية الهيمنة مخاطر والتي نجمها في عدم إحساس المتعاملين الاقتصاديين بالأمن القانوني، إذ أنه يمكن أن تجد أية مؤسسة في السوق تصرفها واقعا تحت طائلة حظر الممارسات التعسفية. وهذا لن يشجعها على ممارسة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، مما ينجر عنه عدم تحقيق الزيادة في الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين⁽¹⁾، مما يستدعي إلزامية توفر معيار وضعية الهيمنة كشرط أولي لتحقيق التعسف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رفض معيار "وضعية الهيمنة" كشرط أولي لتحقيق التعسف (معيار مشكوك فيه)

رغم إقرار وتكريس النصوص القانونية سواء الجزائرية أو الفرنسية أو للاتحاد الأوروبي لمعيار وضعية الهيمنة كشرط أولي لتحقيق التعسف، إلا أن هذا لم يسلمه من الانتقادات، والتي كانت سببا في المطالبة بعض القانونيين منهم كما قلنا الأستاذة "Anne-Sophie CHONÉ" حذفه واستبداله بمعيار التقييد الحساس بالمنافسة.

أولا: دواعي حذف وضعية الهيمنة

تتمثل دواعي حذف وضعية الهيمنة فيما يلي: المرونة الممنوحة للمفهوم المسبق للسوق المرجعية، استعمال سلطات المنافسة (الفرنسية والتابعة للاتحاد الأوروبي) عدة استراتيجيات لتجاوز هذا المعيار من خلال استخلاص وضعية الهيمنة من التعسف (نظرية التسهيلات الأساسية)، مسألة الأسواق المرجعية، استخدام مفاهيم

¹ - حيث نصت المادة 01 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسة مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين ».

بديلة لمفهوم وضعية الهيمنة منها: وضعية الهيمنة الجماعية والشريك الإجباري والمتعامل الرئيسي أو الأساسي. كما أنه وحسب أنصار حذف وضعية الهيمنة، فإنه يمكن للعديد من الممارسات الانفرادية أن تلمس السوق التي لا تحوز فيها أية مؤسسة على وضعية هيمنة.

1 - المرونة الممنوحة من قبل المفهوم المسبق للسوق المرجعية

نتطرق أولاً للطابع المرن لمفهوم السوق المرجعية، ثم للتحديد المقيد (الضيق) للسوق على حساب المتعاملين الاقتصاديين.

أ - الطابع المرن لمفهوم السوق المرجعية

عرّفت المادة 3/ب من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة السوق بأنها: « كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية »⁽¹⁾.

هناك عوامل مؤثرة على قابلية الطلب على منتج ما للاستبدال من عدمه تتصف بالموضوعية، غير أنه يصعب أحياناً تفسير سلوك طالبي المنتج تفسيراً موضوعياً، وفي هذه الحالة، لا مناص من اللجوء إلى عوامل شخصية لتفسير هذا السلوك. في هذا الإطار حسب مجلس المنافسة الفرنسي، فإن مبيد كلورات الصوديوم منتج غير قابل للاستبدال بواسطة غيره من المبيدات الأخرى، رغم عدم الاختلاف الموضوعي بين المنتج المذكور وغيره من المنتجات المماثلة. وفي هذا الخصوص، قرر المجلس أنه على فرض قبول حقيقة أن الوظائف الداخلية لمبيد كلورات الصوديوم - ليست من الناحية الموضوعية - مختلفة جوهرياً عن تلك المتعلقة بالمبيدات الأخرى وأن نفقات الاستعمال لا تشكل ميزة كبرى لدى مستهلكي المنتج المذكور، إلا أنه من الملاحظ أن هؤلاء المستهلكين - في غالبيتهم - يحسبون مبيد كلورات الصوديوم غير قابل للاستبدال بواسطة غيره⁽²⁾.

وفي تحديده لسوق العرائس الدمى، كان هذا المجلس قد سبق له أيضاً أن أضاف إلى العوامل الموضوعية المحددة لسوق هذه العرائس الدوافع الشخصية لمستهلكيها، تلك الدوافع التي تتراوح ما بين مجرد الحاجة إلى اللعب إلى مجموعة من الحاجات النفسية المتنوعة للمستهلك، اجتماعية كانت أو جنسية أو خيالية، إضافة إلى التقاليد السارية في الإقليم التي قد تلعب دوراً هاماً في الطلب على منتج بعينه، وعدم قابليته للإبدال بغيره من المنتجات المماثلة مقارنة بغيره من الأقاليم⁽³⁾.

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - حسين الماحي، حماية المنافسة، المرجع السابق، ص 30 - 31.

³ - حسين الماحي، حماية المنافسة، المرجع السابق، ص 31.

في جميع الأحوال وكما يرى الأستاذ "M-C BOUTARD LABARDE"، يجب دراسة أفضليات الطالبين بقدر ممكن من الموضوعية، إذ أنه ما يهم، هي رؤية جزء جوهري من الطلب وليس الأفضليات المعبرة من طرف عدد صغير. ومن جهة أخرى، فإن السلوك الفعلي وعادات شراء الطالبين هي الأكثر اكتشافا مقارنة بآرائهم عن قابلية الطلب للاستبدال. وما يهم أيضا ردة فعلهم لمختلف الأسعار وتكلفة الاستعمال أو وضع تحت الخدمة. يشكل حساسية الطلب اتجاه الأسعار في هذا المجال مؤشرا جديا لقابلية المنتج للاستبدال: « إذا كانت الأموال آتية من عدة عارضين وتعتبر كقابلة للاستبدال من طرف جزء كبير من العملاء، يؤدي التغيير في السعر من طرف أحدهم إلى الانتقال الجوهري لطلب مؤسسة إلى مؤسسة أخرى »⁽¹⁾.

ب - التحديد الضيق للسوق على حساب المتعاملين الاقتصاديين

من أجل معاقبة وبكل سهولة ممارسة تعسفية، تتمتع سلطات المنافسة بتقنيات تسمح لها بالتوصل إلى توفر وجود وضعية الهيمنة في الحالات التي يكون فيها تحديد هذه الأخيرة ليس بالأمر الهين (سهل). فيعتبر تحديد السوق المرجعية، والتي تتعلق بصفة كبيرة بسياسة سلطات المنافسة، الأداة الأكثر تفضيلا في تلك الحالات. فبالفعل، فإن السوق معرّف كمجموعة من المنتجات البديلة، في حين أن هذا المفهوم مرتبط، كما رأيناه أعلاه، برؤية الطالبين، وبالتالي تظهر عملية تحديد السوق المرجعية شخصية إلى حدّ معتبر، وتميل سلطات المنافسة في بعض الأحيان إلى تحديدها بصفة ضيقة لتقليص وذلك بصفة اصطناعية عدد المنافسين. وانطلاقا من ذلك، يتم منح للمؤسسة المعنية حصة واسعة من السوق والتي تعتبر عاملا لتحديد وضعية الهيمنة. وهكذا، تمّ مثلا تمييز الجبن من علامة Le Roquefort عن باقي الأجبان à pâte persillée. وكذلك دمي Les poupées-poupon عن الدمي Les poupée-mannequins (Barbies)، تؤدي مثل هذه التمييزات إلى تحديد جد ضيق للسوق لدرجة أنه يمكن لأية مؤسسة أن تجد نفسها في وضعية هيمنة⁽²⁾.

في حين نجد أنّ المؤسسة أو المتعامل الاقتصادي الذي يحتمل أن يكون مهيمنًا، يسعى دائما إلى توسيع هذه السوق بإثبات وجود منتجات بديلة، وذلك حتّى ينفي وجود وضعية الهيمنة⁽³⁾.

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، وفي الاتجاه نفسه، فإنّ هناك تطور في كيفية تقدير وضعية الهيمنة، إذ وظّفت التشكيلة الديناميكية La conception dynamique التي تمّ تبنيها من طرف اللجنة الأوروبية مفهوم سلطة

¹ - Comm., conc., rapport annuel pour l'année 1992, p. 53 ; Sur le critère du prix, voir, Comm. conc., décision n° 05-D-64, Palaces Parisiens ; Sur ce point, voir, M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, Paris, 2008, p. 15.

² - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), droit, économie, sciences sociales, mardi 07 juillet 2009, pp. 303 – 304.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 71.

السّوق Le pouvoir de marché في جوهر التحليل⁽¹⁾، وقامت بإنقاص من قيمة حصة السّوق وإعطائها مركز المؤشر⁽²⁾. فبالفعل، يمكن لمثل هذا التطور أن يسمح بتعزيز تكييف وضعية الهيمنة من تقليدها، والشيء الأكيد أنه سيجعلها أكثر مرونة، مانحا للسلطات المنافسة حريّة واسعة في التقدير والتصرّف⁽³⁾.

2 - استخلاص وضعية الهيمنة من التعسّف

يتعلق الأمر هنا بنظرية التسهيلات الضرورية (Théorie des facilités ou théorie des installations essentielles) ويقصد بهذه النظرية افتراض وجود عدّة مؤسسات يستحيل عليها الدخول إلى السّوق بسبب احتكار بنية أساسية أو مادة أولية أو خدمة أساسية من طرف مؤسسة مهيمنة مع غياب البديل المناسب لهذه المادة أو هذه البنية أو الخدمة الأساسية وارتفاع تكاليف امتلاكها، وعندئذ لا تكون أمام هذه المؤسسات الجديدة حتّى تتمكن من الدخول إلى السّوق وممارسة أنشطتها من سبيل، سوى الرجوع إلى المؤسسة المهيمنة والمحتكرة لهذه البنية الأساسية. يكمن التعسّف في هذه الحالة في منع أو رفض استعمال البنية الأساسية التي تحتاج إليها المؤسسات الجديدة للدخول إلى السّوق ومنافسة المؤسسة المهيمنة لأن هذه الأخيرة غير قادرة على الحفاظ على وضعيتها هذه في السّوق إلّا بهذا المنع والرفض⁽⁴⁾.

وبالتّالي، فإنّ نظرية التسهيلات الأساسية تعتبر مثال لمرونة اشتراط الهيمنة بما أن وجود بنية "أساسية" كاف لوضع حائزها في وضعية هيمنة ويكون التحليل كما يلي: لا تكون التسهيل أو البنية أساسية إلّا إذا كانت ضرورية. أي لا يمكن الاستغناء عنها ولا يمكن إنتاجها بسهولة، وهي محوزة من طرف مؤسسة واحدة، فإن حيازتها تضع تلقائيا هذه الأخيرة في وضعية هيمنة. وبذلك قرر المحامي العام السيّد "JACOBS" لدى محكمة العدل للمجموعات الأوروبية، من خلال النتائج التي توصل إليها قرار "Oscar Bronner"، اقتراح فحص الهيمنة عند فحص التعسّف « examiner la domination conjointement à l'abus »، إذ أن التعسّف لا يمكن فحصه إلّا بوجود تسهيلة أو بنية أساسية وتكشف هذه الأخيرة على وجود وضعية الهيمنة، ففي هذه الحالة الخاصة، إن التعسّف والهيمنة لا يشكلان إلّا شرط واحد ونفسه!⁽⁵⁾.

¹ - La Communication de la Commission Européenne portant « Orientations sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 Traité CE [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication préc., p. 08, point 09.

² - La Communication préc., p. 08, point 13.

³ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 304.

⁴ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرّة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 143.

⁵ - Conclusions de l'avocat général M. Jacobs présentées le 28 mai 1998 sous CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner, aff. C-7/97 ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 304.

3 - الأسواق المجاورة

يمكن تكييف الممارسة التعسفية المرتكبة على سوق ليست مهيمنة بالتعسف في وضعية الهيمنة، طالما أن هناك سوق مهيمنة وعلاقة مجاورة بين السوق غير المهيمنة والسوق المهيمنة⁽¹⁾.

في حين يستلزم المنطق أن لا يتم معاقبة إلا التعسفات التي تحدّد في الأسواق التي توجد فيها وضعية الهيمنة، بما أنه يتعلق الأمر بحماية الأسواق التي لا تمارس فيها المنافسة بصفة كاملة.

ومع ذلك، قبلت سلطات المنافسة معاقبة التعسفات التي تنتج آثار على سوق أخرى غير السوق المهيمنة، مع تأكدها على أن تكون هذه السوق مجاورة للسوق المهيمنة. بحيث تسمح وضعية الهيمنة المحوزة من طرف مؤسسة في السوق أن تتعسف في سوق ثاني مجاور للأول أين تتمتع بوضعية هيمنة.

فبعد أن رفضت محكمة النقض الفرنسية معاقبة شركة قلاكسو "Société Galaxo" بممارسة العدوانية على سوق غير مهيمنة، ذكرت بأنه يستلزم دليل بوجود رابطة أو علاقة سببية بين وضعية الهيمنة المحوزة على السوق الرئيسي والتعسف المرتكب على السوق غير المهيمنة. وبالتالي يجب إثبات بأن: « الأسواق لها صلات مجاورة جد قوية لدرجة تجد المؤسسة نفسها في حالة شبيهة لحيازة وضعية الهيمنة على جميع الأسواق المعنية »⁽²⁾.

وتكون بذلك هذه الصلات أو الروابط صعبة الإثبات. ومع ذلك لم يتم حذف إمكانية معاقبة المؤسسة لتعسف في وضعية الهيمنة على سوق لا تهيمنها. وهذا ما تشهد عليه اللجنة الأوروبية في 9 فيفري 2009⁽³⁾.

4 - المفاهيم البديلة لمفهوم وضعية الهيمنة: وضعية الهيمنة الجماعية والأشكال الجديدة للهيمنة

إن وضعية الهيمنة الجماعية هي التي تحوزها مجموعة أو عديد من المؤسسات، تتوافر لديها القدرة على التأثير في السوق بشأن سلعة أو خدمة معينة. فنفرض هيمنتها على كمية الإنتاج وتحديد الأسعار. ويستوي في هذا الصدد، أن تكون وضعية الهيمنة أفقياً، أي تنشأ بين المؤسسات التي تعمل على نفس مستوى الإنتاج، كالاتفاق بين المتنافسين على التحكم في السوق، أو أن تكون وضعية الهيمنة رأسية (عمودية)، وهو ما يخص مؤسسات ليست على نفس مستوى الإنتاج، وإنما على مستويات مختلفة. كاتفاق أحد المنتجين وموزع أو أكثر على التحكم في الأسعار أو في مظاهر العرض والتوزيع. وهو ما أكدته محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية في 19 ماي 1999 في قضية "Irish Sugar" بقولها: « أن وضعية الهيمنة الجماعية تطبق على

¹ - Aut. conc., Rapport annuel 2008, La documentation française, Paris, 2009, p. 246.

² - Cons. conc., décision n° 08-D-09, 06 mai 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des Pompes Funèbres à Lyon et dans son agglomération ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 305.

³ - La communication de la Commission Européenne portant « Orientations sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 du traité CE [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », Communication préc., p. 17, point 68.

العلاقات الأفقية، وهذا مؤكد ولا شك فيه، كما يطبق أيضا على العلاقات الرأسية»⁽¹⁾. وأشارت المحكمة إلى أن القضاء لم يتضمن أية إشارة يستنتج منها أن وضعية الهيمنة الجماعية لا تطبق على اثنين أو عديد من المؤسسات التي تتواجد في علاقات رأسية.

وقد قضت محكمة استئناف باريس بأن وضعية الهيمنة الجماعية هي: «الوضعية التي تحوزها مجموعة من المؤسسات المرتبطة فيما بينها بروابط من طبيعة متعددة، ويكون لديها القدرة على التأثير في السوق المعنية»⁽²⁾.

ويستفاد مما تقدم، أنّ الهيمنة على السوق المعنية كما قد تكون من جانب مؤسسة بمفردها، قد تنشأ من جانب مجموعة من المؤسسات.

إنّ من الصعب تكييف وضعية الهيمنة، فعلى سوق معينة، يمكن لمؤسسة واحدة أن تكون محوزة على هذه الوضعية. تستجيب فكرة جمع عدة مؤسسات للقول بوجود "وضعية هيمنة جماعية" للرجة ذاتها وهي معاقبة الممارسات التعسفية حتّى وإن لم يتمّ المساس بالسوق عن طريق وجود مؤسسة حائزة على وضعية الهيمنة. ومن أجل معاقبة المؤسسات الحائزة على سلطة سوق كبيرة دون أن تتمتع بوضعية هيمنة، هناك كتاب اقترحوا مفاهيم بديلة لمفهوم وضعية الهيمنة وهي: الشريك الإجمالي "Le partenaire obligatoire" المقترح من طرف المؤلف « P. HOEL » والمتعامل الأساسي "L'opérateur crucial" المقترح من طرف المؤلف M-A. « FRISON-ROCHE، تسمح مثل هذه التكيفات بتطوير القدرة على الوصول إلى التعسفات المرتكبة.

فالشريك الإجمالي هو من يحوز على مركز القوة اتجاه المتعاقد معه فقط. وبتعبير آخر، أنه يتواجد اتجاهه في وضعية هيمنة نسبية "position de domination relative". إن مفهوم الهيمنة النسبية غير نافعة ما دام يتعلق الأمر هنا بالسلوكات التي تمس السوق. وما يهمنا في هذا المجال مفهوم المتعامل الأساسي. فتبعا للأستاذة "FRISON-ROCHE"، يعتبر المتعامل أساسيا في الحالات التالية: إذا كان يحوز على بنية أو تسهيلة أساسية أو إذا كان حاملا لإبداع أو اختراع في قطاع معين. إن مثل هذا المركز يفرض عليه التزامات خاصة اتجاه السوق بما فيها الخضوع لقانون التعسفات في الهيمنة. هل يمكن الذهاب أكثر من ذلك وحذف كلية كل اشتراط للهيمنة؟⁽³⁾

¹ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 33 - 34.

² - CA Paris, arrêt du 30 octobre 2001, Société Omvesa c/ Comité français d'organisation de la coupe du monde de football et fédération internationale de football ;

ولمزيد عن هذا القرار، أنظر، خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 34.

³ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 307.

ثانيا: اقتراح استبدال معيار وضعية الهيمنة بمعيار التقييد الحساس بالمنافسة

ترى الأستاذة "Anne-Sophie CHONÉ" أنه من أجل الزيادة في حماية السوق ضد الممارسات التي قد تمسها، فإنه يمكن تصور حذف شرط الهيمنة. وبالتالي، يمكن معاقبة أية مؤسسة ومهما كان حجمها من أجل التعسف في خدمة السوق "L'abus au service du marché". ويمكن الأخذ في الاعتبار المساس بالمنافسة ومع ذلك يجب أن يكون المساس حساسا أي بقدر مهم. وبالتالي، فإن حذفت وضعية الهيمنة وذلك نظرا للأسباب المذكورة أعلاه، فإنه يتم استبدالها بمعيار التقييد الحساس بالمنافسة « La sensibilité de la restriction de concurrence⁽¹⁾ ».

حيث يتكون التعسف في خدمة السوق في ممارسة آتية من مؤسسة متمتعة بقدر هام من سلطة السوق وتؤدي هذه الممارسات إلى التقييد والمساس غير المشروع والحساس بالمنافسة.

وترى الأستاذة "CHONÉ" أن التعسف في خدمة السوق يستجيب لمقتضيات احترام المنطق التنافسي "Le respect de la logique concurrentielle"، حيث تمثل حماية السوق الغاية الحقيقية لقانون المنافسة، والتي تكون مضمونة بحماية المنافسين في المنبع وتخدم المستهلكين في المصب، يشكل السوق جوهر قانون المنافسة⁽²⁾.

الفرع الثاني: إلزامية توفر معيار "وضعية الهيمنة" كشرط أولي لتحقيق التعسف

عند غياب وضعية الهيمنة، فإنه بمقدرة السوق أن تدافع عن نفسها بنفسها بفضل تشكيلتها التنافسية لردع أو وضع حد لأية مؤسسة تحاول أن تتعدى على حرية المنافسة في السوق. إلا أنه عند وجود وضعية الهيمنة، فإن تشكيلة السوق تعجز عن القيام بهذا الدور، إذ أن وضعية الهيمنة تمكن المؤسسة الحائزة عليها من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مومنيها. فهنا يحق لسلطات المنافسة أن تتدخل لردع أو وضع حد لهذه المؤسسة إذا ما قامت بممارسة تعسفية في وضعيتها المهيمنة، وذلك بناء على المبدأ القانوني المتعلق بحظر التعسف في وضعية الهيمنة، مع التأكيد أن وضعية الهيمنة بحد ذاتها مشروعة بينما التعسف فيها هو غير المشروع. إن توفر معيار وضعية الهيمنة كشرط أولي لتحقيق التعسف إلزامي، فهذا ما نستخلصه عند التطرق لدواعي وجود وضعية الهيمنة والمخاطر التي تنجم عن حذفها.

أولا: دواعي وجود وضعية الهيمنة

ترجع دواعي وجود وضعية الهيمنة كشرط أولي لتحقيق التعسف في: أسباب تاريخية وأسباب قانونية والمسؤولية الخاصة الواقعة على عاتق المؤسسة المهيمنة.

1 - الأسباب التاريخية

¹ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 300.

² - Ibid., p. 298.

في الأصل، تمّ وضع التعسّف في وضعية الهيمنة كأداة تسمح بمكافحة العدو الأساسي لقانون المنافسة وهو الاحتكار "Le monopole". لم يرغب المشرّع الأوروبي في معاقبة سلطة السّوق مباشرة تطبيقاً لمبدأ الحرية الاقتصادية، فقام بإدراج بُعد سلوكي وذلك ليس بمعاقبة وضعية الهيمنة وإنما التعسّف في هذه الوضعية. ومع ذلك فإنّ سلطات المنافسة استعملت الحظر لمعاقبة الهيمنة لوحدها، وبذلك قامت بهيكله القاعدة⁽¹⁾.

كما يؤكد رئيس مجلس المنافسة الفرنسي "L. VOGEL" في 1988 على العمل القراري "La pratique décisionnelle" الذي تمسك "بالتعسّف الهياكلي" لدراسة حظر التعسّف في الهيمنة كشكل لمعاقبة سلطة السّوق⁽²⁾.

بعد ذلك، أخذت رقابة التجميعات هذا الدور (رقابة التعسّف الهياكلي) ولم يعد يفرض بتاتا هذا الانحراف، واسترجعت سلطات المنافسة قوة المظهر السلوكي التي تتطلبها النصوص القانونية. وفي آن واحد، نقد الاقتصاديون لمدرسة "شيكاغو" الرقابة المباشرة للهيكل، إذ أنّه تترتب عن التجميعات في السّوق مزايا تنافسية⁽³⁾.

2 - الأسباب القانونية

حيث نصّت المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدّل والمتمم على ما يلي:

« يحظر كل تعسّف ناتج عن وضعية هيمنة على السّوق أو احتكار لها وعلى جزء منها قصد: ... »⁽⁴⁾.

كما يفهم من نصّ المادة 41/1-b من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية بأن: يتعارض الاستغلال المفرط من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها لوضعية مهيمنة على كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه وعلى كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر⁽⁵⁾.

¹ - CJCE, arrêt du 21 février 1973, Continental can, aff. 6-72, Rec. p. 215, point 29 : « Si, en effet, peut-être, en dehors de toute faute, considérée comme abusive la détention d'une position dominante portée à un point tel que les objectifs du traité se trouvent tournés par une modification si substantielle de la structure de l'offre que la liberté de comportement du consommateur se trouve gravement compromise, l'élimination pratique de toute concurrence rentre nécessairement dans un tel cadre »; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p 301.

² - " L.VOGEL, Droit de la concurrence et concentration économique, Economica, 1988, n° 149 et s., spéc. n° 163 : « Le fait que le caractère illicite d'un comportement ne soit plus déduit de sa nature même mais résulte de la détention d'une position dominante sur le marché conduit peu ou prou à une condamnation per se de celle-ci »"; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 301.

³ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 301.

⁴ - L'article 07 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence (JORA n° 43 du 2 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, JORA n° 36 du 2 juillet 2008 ; modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, JORA n° 46 du 18 août 2010) dispose que :

« Est prohibé tout abus d'une position dominante ou monopolistique sur un marché ou un segment de marché tendant à : ... ».

⁵ - L'article 41/1-b du décret présidentiel n° 05-159 du 27 avril 2005 portant ratification de l'accord euro-méditerranéen dispose que :

وبالتالي يمكن أن يكون معيار وضعية الهيمنة مدعما بالنص القانوني، تظهر عبارة "التعسف في وضعية الهيمنة" أو باللغة الفرنسية "L'abus de position dominante" بأنها تشترط الجمع بين عنصرين: فمنذ البداية وفيما يتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة، تستلزم سلطات المنافسة (للاتحاد الأوروبي والفرنسية) توفر شرط وضعية الهيمنة قبل فحص وجود التعسف، وذلك بتفسير المادة 82 من اتفاقية روما (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (L'article 102 du TFUE)) والمادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي المتعلقين على التوالي بالتعسف في وضعية الهيمنة، فالربط بين التعسف (abus) ووضعية الهيمنة (position dominante) ينتج عنهما التعسف في وضعية الهيمنة "L'abus de position dominante"⁽¹⁾.

3 - المسؤولية الخاصة الواقعة على عاتق المؤسسة المهيمنة

لماذا لا يعاقب قانون المنافسة التعسف إلا إذا كان آتيا من مؤسسة حائزة على وضعية الهيمنة ؟ بتعبير آخر، لماذا تتحمل المؤسسة المهيمنة على عاتقها مسؤولية خاصة، والتي تتمثل في عدم الإخلال بالمنافسة ؟ إذ أنه في غياب هذه الوضعية، ستكون السوق متمتعة بتشكيلة تنافسية كافية، مما لا يستدعي تدخل السلطات، ويمكن أن تمارس الحرية الاقتصادية كاملة. وفي الحالة العكسية، للسلطات الحق في التدخل، لأن لعبة المنافسة في خطر بوجود المؤسسة المهيمنة والتي تتحمل بذلك ثقل وجودها في السوق. يظهر التقديم مقنعا، إذ أنه يُفترض بالفعل أنه في حالة غياب وضعية الهيمنة لا يمكن أن يتم المساس الحساس والدائم للسوق عن طريق الممارسات الانفرادية، أي أنه بمقدرة السوق أن تدافع عن نفسها بنفسها بفضل تشكيلتها التنافسية⁽²⁾.

ثانيا: المخاطر المترتبة عن حذف وضعية الهيمنة (عدم الأمن القانوني)

يترتب عن حذف اشتراط وضعية الهيمنة مخاطر، حيث أنه إذا تم حذف وضعية الهيمنة كشرط أولي يجب تحقيقه قبل تحقق التعسف، فإنه يمكن أن ترى أية مؤسسة تصرفها (سلوكها) يقع تحت طائلة منع الممارسات التعسفية، مما يثير الخوف في زيادة تدخل سلطات المنافسة في نشاطات المؤسسات الاقتصادية.

« 1 - Sont incompatibles avec le bon fonctionnement du présent accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la communauté et l'Algérie : ...

b - L'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante ... ».

¹ - ترى الأستاذة : « Anne-Sophie CHONÉ » هذا التفسير قابل للنقد إذ هو تفسير خاطئ لأنه يرجع استعمال عبارة "التعسف في وضعية الهيمنة" في حقيقة الأمر لتمييزها عن التعسف في استعمال الحق "L'abus de droit". فيتعلق الأمر هنا للدلالة على أن التعسف منحدر عن استعمال سلطة وليس عن استعمال حق ؛

Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 302.

² - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 302.

لما تكون المؤسسة في وضعية الهيمنة، فإنّ هناك مسؤولية خاصة تقع على عاتقها، وتكون المؤسسة على يقين بذلك وتعرف المخاطر المترتبة عن ذلك. فإنّ حيازتها لوضعية الهيمنة سيجبرها على ضبط سلوكها وتكييفه مع القانون. وبذلك، يظهر شرط الأمن القانوني هنا محترماً.

ومع ذلك، فإن ما يحدث في الواقع في المجموعة الأوروبية وفي فرنسا يناقض ما ذكر أعلاه، حيث أنه كيف يمكن شرح لمؤسسة بأن ممارسة اتخذتها بصفة مشروعة في زمن أين كانت لا تحوز على وضعية الهيمنة، تصبح غير مشروعة فيما بعد، في اللحظة التي حازت فيها على وضعية الهيمنة ؟ وخاصة كيف يمكن لمؤسسة أن تعرف هل هي في وضعية هيمنة أم لا ؟⁽¹⁾

بالفعل، إنّ تحديد وضعية الهيمنة هي عملية مفيدة إلا أنّها حساسة. إنّها مفيدة لأنها تعتبر شرط إلزامي سابق لا يمكن الاستغناء عنه للقول بوجود التعسف في وضعية الهيمنة، وإنّها حساسة لأنها تتطلب دراسات وتحليلات معقدة لتقدير مراكز المؤسسات في السوق. يمكن لسلطات المنافسة طلب من المؤسسات المعنية بعض من المعلومات التي يفرض عليها تقديمها، كما يمكن للسلطات كذلك اللجوء إلى الخبرات والتحليلات الاقتصادية⁽²⁾، في حين تجد المؤسسة بحد ذاتها صعوبة لتقدير وضعيتها الخاصة. ويظهر عدم التأكيد هذا أكثر إضراراً بالمؤسسة عندما تتعلق مشروعية ممارستها بمسألة معرفة هل تحوز أم لا على وضعية هيمنة ؟

فعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، يسمح النظام رقم 62/17 للمجلس الأوروبي المؤرخ في 06 فيفري 1962 لمسيرى المؤسسات الذين يشكّون في مشروعية ممارسة بأن يتوجهوا إلى اللجنة الأوروبية بطلب التصريح بعدم التدخّل "une demande d'une attestation négative" وهذا بموجب المادة 02 منه⁽³⁾. تفصل اللجنة في مسألة حيازة المؤسسة أم لا لوضعية هيمنة. سمحت هذه التقنية باجتئاب الشكوك التي يمكن أن تسود المؤسسة اتجاه وضعيتها الخاصة في السوق. وبذلك تظهر هذه التقنية مفيدة. ومع ذلك تمّ الاستغناء عنها: وذلك منذ تبني النظام رقم 2003/01، بحيث أصبح لا يمكن طلب أي تصريح بعدم التدخّل، وبالتالي فإنه لا يمكن أن يتمّ تقدير الوضعية إلا لاحقاً لما يتمّ إخطار مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) أو اللجنة الأوروبية بشكوى تتعلق بممارسة التعسف في وضعية الهيمنة المحتملة⁽⁴⁾.

¹ - Ibid., p. 311.

² - حيث نصّت المادة 34/3 و 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان 2008، على ما يلي:

« يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يستمع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات له.

كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة، إجراء كل تحقيق

أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه ».

³ - Anne-Sophie CHONÉ, « Abus de la position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », op. cit., p. 03.

⁴ - Ibid.

أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري، فعلى عكس القانون الفرنسي وقانون الاتحاد الأوروبي، فإنّ المشرّع الجزائري وكنقطة إيجابيه له، تفتن لذلك وكّرس تقنية الحصول على التّصريح بعدم التّدخل، حيث نصّت المادة 1/08 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتمّم) على ما يلي:

« يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسّسة المعنية واستنادا إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاقا أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محدّدة في المادتين 6 و 7 أعلاه، لا تستدعي تدخله «⁽¹⁾. وبناءً على ذلك، صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المحدد لكيفيات الحصول على التّصريح بعدم التّدخل بخصوص الاتفاقات ووضعيات الهيمنة على السّوق⁽²⁾. وهذا ما سيتمّ التطرق إليه بالتفصيل عند دراسة التّصريح بعدم التّدخل⁽³⁾.

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 مارس 2005، يحدّد كيفيات الحصول على التّصريح بعدم التّدخل بخصوص الاتفاقات ووضعيات الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع الصفحات من 210 إلى 226 من الأطروحة محل الدراسة.

الفصل الثاني

الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة

نصّت المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر على ما يلي:

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها ... »⁽¹⁾.

ويفهم من نصّ المادة 41/1-ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية على أنه يتعارض الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية مهيمنة على كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه وعلى كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر⁽²⁾.

أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي، أشارت المادة 102 من المعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي صراحة إلى منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق الداخلية أو على جزء جوهري منها⁽³⁾. سنّ المشرع الفرنسي في المادة L.420-2,1 من التقنين التجاري أنه:

« يمنع في الشروط المنصوص عليها في المادة L.420-1، الاستغلال التعسفي من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات لوضعية هيمنة على السوق الداخلية أو في جزء جوهري منها »⁽⁴⁾.

انطلاقاً من النصوص القانونية المذكورة، لا يتجسد الفعل غير الشرعي في مجرد الهيمنة على السوق وإنما يتمثل في استغلال هذه الهيمنة. إذ قد تصل المؤسسة إلى تحقيق وضعية الهيمنة عن طريق كفاءتها وخبرتها الاقتصادية أو امتلاكها التقنية التكنولوجية العالية أو تميز منتجاتها عن باقي منتجات المؤسسات الأخرى مثل احتفاظها بسر صناعي كبراءة الاختراع مثلاً، بل لا بد أن تستخدم من الوسائل غير المشروعة ما يدعم به هذه الوضعية المهيمنة، إذ بدون استعمال تلك الوسائل لن يكون لديها القدرة على فرض هيمنتها على السوق والتحكم فيها كيفما تشاء عن طريق وضع موانع لدخول الجدد في السوق أو الخروج منها وبالتالي تدمير عملية المنافسة والافراد بالسوق⁽⁵⁾.

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir, l'article 102 (ex-art. 82 TCE) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, op. cit.

⁴ - Voir, l'article L.420-2,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/.

⁵ - عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 23.

فإلى جانب ضرورة ثبوت تمتع المؤسسة بوضعية الهيمنة على السوق يجب إثبات هذه الأخيرة بممارسة تعسفية، ويجب التحقق من طبيعة السلوك قبل إدانته، إذ يجب التفرقة بين السلوك التنافسي الذي يقصد منه تحقيق الربح والتفوق من أجل الوصول إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية وبين ذلك السلوك التعسفي المحظور الذي يؤدي إلى المساس بالمنافسة واستبعاد المنافسين.

ولهذا، لدراسة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة ارتأينا معالجة إثبات التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة (المبحث الأول). وبعدها نتطرق إلى الأعمال أو الممارسات الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة (المبحث الثاني). وإن كان حظر التعسف الناتج عن هذه الوضعية يمثل مبدأ عاما، فإنّه ترد عليه قيود تحدّ من هذا المبدأ، فبعض هذه القيود تضيي طابع الشرعية على هذه الممارسة، وبعض القيود الأخرى تضع المؤسسة في مأمن من كل إتهام بتعسف في وضعية هيمنة على السوق (المبحث الثالث).

المبحث الأول: إثبات التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة

لإثبات ارتكاب التعسف المحظور من طرف مؤسسة في وضعية الهيمنة لابدّ أولا تعريف هذا التعسف، والذي نتوصل من خلاله إلى تحديد فكرة التعسف محل الإثبات، هل هو تعسف سلوكي أم هياكلي، خاصة أنّه لم يقر قانون المنافسة الجزائري ولا الفرنسي وحتى قانون الاتحاد الأوروبي للمنافسة بتحديد هذا من جهة. ومن جهة أخرى، تبيان الحدود الواردة بين التعسف في وضعية الهيمنة وباقي التكييفات في قانون المنافسة كانتفاقات المحظورة والتعسف في التبعية الاقتصادية والتجميعات الاقتصادية، وهذا تجنباً لكل التباس وخلط بين هذه التكييفات الواردة في قانون المنافسة، وهذا كله في إطار دراسة ماهية التعسف المحظور محل الإثبات أي التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة والذي يتطلب إثبات قيامه قبل قمعه (المطلب الأول).

كما أنّه يجب التفرقة بين السلوك التنافسي الذي يقصد منه تحقيق الربح والتفوق من أجل الوصول إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية وبين ذلك السلوك التعسفي المحظور الذي يؤدي إلى المساس بالمنافسة واستبعاد المنافسين، وهذا في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وأضاف اتفاق الشراكة المبرم بين الجزائر والمجموعة الأوروبية والمصادق عليه في 2005 شرط خاص حتى يتم تحديد الممارسة التعسفية المحظورة يتعلق بتأثيرها على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر، وهذا ما نتناوله من خلال دراسة مقياس تقدير التعسف محل الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية التعسف المحظور محل الإثبات

أشرنا إلى أنّ إدانة مؤسسة لا تتمّ إلا إذا تعسّفت في استخدام وضعيتها المهيمنة. ولا يكون التعسف محل إدانة إلا بعد وقوعه ⁽¹⁾ L'abus est sanctionné à postériori.

¹ - Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit interne de la concurrence, Armand Colin, Paris, 1995, p. 200.

إنّ الاستخدام التعسّفي لوضعية الهيمنة في السّوق المعنية من جانب مؤسسة أو المؤسسات المتعددة هو سلوك وتصرف من طبيعته أن يؤثّر على هيكل السّوق وإضعاف المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها، ومحاولة التخلص من المنافسين الحاليين أو المحتملين، ومنع دخول منافسين جدد، وتقوية وضعيتها المهيمنة بكافة الطرق كلما أمكن ذلك⁽¹⁾.

سوف نعرض في هذا الصدد على التوالي تعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة والذي نتوصل من خلاله إلى تحديد فكرة التعسّف هل هو تعسّف سلوكي أو هياكلي ؟ (الفرع الأوّل)، ثم الحدود الواردة بين التعسّف في وضعية الهيمنة وبعض التكييفات في قانون المنافسة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة

إنّ وضعية الهيمنة هي تلك الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السّوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها⁽²⁾. أمّا التعسّف المحظور الناتج عن هذه الوضعية، فإنّه توجد محاولات فقهية وأخرى قضائية لتعريفه ولكن من الضروري قبل ذلك التعرض إلى موقف كلّ من المشرّع (الجزائري والفرنسي والأوروبي) ومجلس المنافسة الجزائري ومجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) من هذا التعريف.

أولا: تعريف التعسّف المحظور في نظر المشرّع

سوف نعرض في هذا الصدد على التوالي موقف المشرّع الجزائري والمشرّع الفرنسي وأخيرا المشرّع الأوروبي.

1 - موقف المشرّع الجزائري

لم يتعرض المشرّع الجزائري لتعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة وهذا لا في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدّل والمتمّم ولا في الاتفاق الأوروبي المتوسطي.

أ - موقف المشرّع الجزائري في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتمّم)

سنّ المشرّع الجزائري في المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة حظر التعسّف الناتج عن وضعية الهيمنة على السّوق أو احتكار لها أو على جزء منها دون أن يعطي تعريفا له، وإنّما اكتفى فقط بالنصّ على أنه يقصد من هذه التصرفات التعسّفية الناتجة عن وضعية الهيمنة الحد من الدخول في السّوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ السّوق أو الاستثمارات أو التطور التقني، اقتسام الاسواق أو مصادر التموين، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السّوق بممارسة التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار وانخفاضها، تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الحاجات تجاه الشركاء التجاريين، ممّا يحرمهم

¹ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 122.

² - أنظر المادة 3/ج من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلّق بالمنافسة، المرجع السّابق ذكره.

من منافع المنافسة، وأخيرا إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية⁽¹⁾.

ب - موقف المشرع الجزائري في ظل الاتفاق الأوروبي المتوسطي

وهنا أيضا أشارت المادة 41/1-ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية إلى أنه يتعارض الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها لوضعية مهيمنة، على كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه وعلى كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه، مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر⁽²⁾، وهذا دون أن يعطي تعريفا للتعسف أي الاستغلال المفرط لوضعية الهيمنة.

2 - موقف المشرع الفرنسي

لم يتعرض المشرع الفرنسي إلى تعريف التعسف في وضعية الهيمنة، فالمادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي ذكرت أمثلة للتصرفات التعسفية التي قد تقوم بها المؤسسة المهيمنة والتي تهدف أو لها أثر منع أو تقييد أو إخلال عملية المنافسة. وهذه التصرفات المذكورة على سبيل المثال كرفض البيع، البيع المقترن بشروط، التمييز في المعاملة بين المؤسسات المختلفة من جانب المؤسسة المهيمنة، إنهاء العلاقات التعاقدية بطريقة تعسفية، وذلك لسبب واحد وهو أن الشريك يرفض الخضوع لشروط تجارية غير مبررة⁽³⁾.

3 - موقف المشرع الأوروبي

لم يعرف المشرع الأوروبي أيضا التعسف في وضعية الهيمنة، وإنما اكتفى بذكر بعض الأمثلة لممارسات يمكن أن تقوم بها المؤسسة المهيمنة وتعد تعسفا في تلك الوضعية، وذلك من خلال نص المادة 102 من المعاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي⁽⁴⁾.

وتتمثل هذه الأمثلة في البيع أو الشراء للمنتجات بأسعار أو شروط غير عادلة، أو خفض كمية الإنتاج، أو الحد من الأسواق، أو كبح التطور التقني إضرارا بالعملاء، أو التمييز في التعامل، أو جعل إبرام العقد مع الغير رهن قبوله شروط مجحفة لا علاقة لها بطبيعة العقد، أو لا تتفق مع العادات التجارية⁽⁵⁾.

ثانيا: محاولات مجلس المنافسة الجزائري لتعريف التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة

¹ - أنظر المادة 7 من الأمر نفسه.

² - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir, l'article L.420-2¹ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/.

⁴ - Voir, l'article 102 (ex-art. 82 TCE) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, op. cit.

⁵ - محمد سليمان الغريب، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 283.

جاء في إعلان مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽¹⁾، ما يلي:

« إنَّ استغلال الموقف المهيمن هو استغلال تعسفي لسلطة سوق موافق للوضع المهيمن والذي يحوز على هدف أو لأجل منع وتقييد أو تحريف لعبة المنافسة »⁽²⁾.

كما جاء فيه ما يلي:

« إنَّ استغلال الوضع المهيمن مخالفة يعاقب عليها القانون. وتعتبره سلطات السوق في عين جميع التشريعات في العالم كمواقف من شأنها تغيير المنافسة »⁽³⁾.

ثالثا: محاولات مجلس المنافسة الفرنسي لتعريف التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة

يصعب حصر مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة بحيث يستخلص من بعض قرارات مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) أن التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة هو بمثابة خرق للالتزام المتعلق بممارسة "المنافسة بالاستحقاق" "La concurrence par les mérites"، الذي يقع على عاتق المؤسسة المهيمنة أي المنافسة عن طريق: الأسعار والفعالية الاقتصادية ونوعية المنتجات أو الخدمات⁽⁴⁾. ونسجل في بعض الأحيان وجود "مسؤولية خاصة" للمؤسسة المهيمنة والمتمثلة في عدم المساس بالمنافسة في الأسواق⁽⁵⁾. وهذا ما يفسر

¹ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - « L'abus de position dominante est l'exploitation abusive d'un pouvoir de marché correspondant à une position dominante et ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » ; Avis n° 01 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formulée par le ministre du commerce sur la présomption d'abus de position dominante au niveau du marché du ciment en application de l'article 35 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence ; BOC n° 2, p. 37.

³ - أنظر الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره، ص 14.

⁴ - Cons. conc., décision n° 96-D-10 du 20 février 1996, relative à des pratiques mises en œuvre par FRANCE Télécom et par l'office d'annonces (ODA) : « considérant que le fait pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché d'offrir une prime de fidélité à ceux de ses clients qui pourraient être tentés de devenir également clients d'une entreprise concurrente plutôt que de jouer le jeu d'une concurrence par les mérites en abaissant sans discrimination son tarif unitaire de vente ou en améliorant la qualité de ses produits pour les rendre plus compétitifs constitue une pratique prohibée » ; www.autoritedelaconcurrence.fr/ ; Voir aussi, la décision n° 04-D-32, 08 juillet 2004, relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux, dans laquelle une société dominante est sanctionnée pour des pratiques visant à signaler à ses concurrents « qu'elle n'hésiterait pas à mettre en œuvre des moyens ne relevant pas d'une concurrence par les mérites pour gêner leur entrée sur ce marché » ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁵ - Voir par exemple, l'avis du conseil de la concurrence n° 04-A-21 du 24 octobre 2004, relatif à une demande d'avis de de la Fédération Interprofessionnelle de la Communication d'entreprise (FICOME) ayant trait aux conditions d'exercice par France Télécom des activités d'opérateur d'accès d'une part et d'installation-maintenance de systèmes de télécommunications d'autre part ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

إمكانية منع مؤسسة في وضعية هيمنة القيام بممارسات، والتي تكون في الحالة العادية مسموحة للمؤسسة غير المهيمنة. ومثال عن ذلك قيام المؤسسة بربط عملائها عن طريق الشروط الحصرية. وأخيراً، إنّ كون عملاء المؤسسة المهيمنة هم الذين طلبوا منها القيام بالممارسات المعنية لا يمنع من تكيفها بالتعسف في وضعية الهيمنة⁽¹⁾.

بيّن مجلس المنافسة الفرنسي في تقاريره السنوية المتتالية أن التعسف يمكن أن يتمثل إما في: التعسف الهيكلي "Abus de structure": الناتج عن آثار عقد أو عملية حول شروط ممارسة وتكثيف المنافسة في السوق. عملياً، طرد المنافس الموجود أو المحتمل الوجود⁽²⁾، حيث أن الفعل التعسفي هنا يغير من شروط المنافسة حيث يقوم بالإنقاص من هامش المنافسة الموجودة في السوق، حيث تقوم فيها المؤسسة في وضعية الهيمنة بتقوية هيمنتها بالقضاء على مؤسسات أخرى، فبإمكان المؤسسة القوية خفض أسعارها، ولو مؤقتاً، وإلزام المؤسسات الصغيرة بإعادة البيع بسعر أدنى فتسحب هذه الأخيرة من السوق لأنها غير قادرة على احترام هذا الشرط⁽³⁾. وقد يتمثل التعسف في:

التعسف السلوكي "Abus de comportement": إذ نجد في بعض الحالات أن التعسف يظهر في شكل فعل غير عادي بمقارنته بالأفعال التي تمارس في ظل المنافسة.

إنّ مصدر عدم المشروعية في كلا الشكليين ليس نفسه. ففي "حالة التعسف السلوكي" ينحدر الطابع التعسفي من عناصر ذاتية لتصرف المؤسسة، ويتواجد هذا الطابع في التصرف الاستغلالي (انظر الأمثلة الموضحة في المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي: رفض البيع، البيع المترابط، شروط البيع التمييزية⁽⁴⁾)، ويمكن أن يمثل التعسف السلوكي في "ممارسة سعر مفرط دون علاقة معقولة مع القيمة الاقتصادية للخدمة المقدمة. حيث أنه لا يكون باستطاعة أحد القيام بهذه الممارسات إلا المؤسسة المهيمنة. وبالعكس، ففيما يتعلق "بالتعسف الهيكلي"، فإن كل سلوك يمكن أن يشكل تعسفا طالما أنه يرتب أثر الإقصاء "un effet d'exclusion". لا يستخلص "التعسف الهيكلي" من عناصر ذاتية لتصرف المؤسسة المهيمنة وإنما من أهمية الآثار المقيدة الناتجة في السوق⁽⁵⁾.

وفي حقيقة الأمر، وإن كان في إطار "التعسف الهيكلي" أو "التعسف السلوكي" فإن التصرف ضروري دائماً لوضع الحظر حيز التنفيذ. ولكن يختلف سبب عدم المشروعية في كل حالة. ففي حالة "التعسف السلوكي"،

¹ - Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., p. 126.

² - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence LGDJ, Paris, 1994, p. 78.

³ - مسعد جلال، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص 94.

⁴ - Louis VOGEL, Traité de droit commercial, op. cit., p. 735.

⁵ - Sajih RIZK, La notion de pratique anticoncurrentielle, Tome I, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit de l'université Panthéon-Assas (Paris II), Discipline droit privé, Université Panthéon-Assas (Paris II) - droit, économie, sciences sociales, 2008, p. 133.

فإن خصائص التصرف (السلوك) هي أساس أو مصدر التعسف، أما في حالة "التعسف الهياكلي"، فإن هيكل السوق هي التي تعطي للسلوك الطابع التعسفي: لأن تشكيلة السوق ضعيفة بوجود مؤسسة مهيمنة. وبالتالي فإنه يمكن لكل تصرف متبع من طرف هذه المؤسسة أن يشكل "التعسف الهياكلي".

إذن التعسف السلوكي "هو سلوك تعسفي" من حيث المصدر، في حين أن التعسف الهياكلي "هو سلوك تعسفي" من حيث الأثر⁽¹⁾.

هناك حدود ترد على "التعسف الهياكلي" بحيث أنه يتم اللجوء إلى التعسف السلوكي، فبدلاً من أن تعلن لجنة المنافسة الفرنسية عدم مشروعية بعض أنواع من التصرفات لوحدها يظهر عكس ذلك، إذ أنها تستخلص عدم مشروعية السلوك المنافي للمنافسة في المجال الاقتصادي أو القانوني الذي يتدخل فيه من أجل تبيان التعسف، ذلك بالرجوع إلى الطابع التعسفي لبعض الشروط التعاقدية أو إلى الدافع المنافي بوضوح للمنافسة "mobile manifestement anticoncurrentiel" الذي ينشط سلوك المؤسسة المهيمنة⁽²⁾.

لا تشكل إذن، اتفاقات التموين الحصرية إخلالاً بسريان السوق إلا عندما تكون مصحوبة بشروط، مثل المدة المفرطة للعقد، التي يقصد بكيفية واضحة إنشاء عراقيل للدخول إلى السوق. الشيء نفسه يقال عن تخفيضات الوفاء، فإنه لا تمنع لجنة المنافسة هذه التخفيضات إلا في ظل أهمية الفوارق التي تتميز بها التخفيضات المخصصة بالترتيب لمختلف أصناف المشتريين، لا يمكن تفسيرها إلا بالبحث عن تقسيم الأسواق والحد من المنافسة⁽³⁾.

ومن هنا، نتوصل بأن في فرنسا تم الأخذ بنظريتين للتعسف، أي التعسف الهياكلي والتعسف السلوكي. ففكرة التعسف في وضعية الهيمنة لما يكون التعسف سلوكياً هنا تعتبر شخصية notion subjective، وذلك لأنها تفترض وجود إرادة منصرفة إلى تزيف المنافسة بواسطة استغلال وضعية الهيمنة للحصول على المزايا المختلفة⁽⁴⁾.

¹ - Ibid.

² - Comm. conc., rapport pour l'année 1980, p. 40 ; Sur ce point, voir, Louis VOGEL, Du droit commercial au droit économique (commerçants, justice commerciale, fonds de commerce, Bail commercial, propriété industrielle, concurrence déloyale, transparence tarifaire, pratiques restrictives, ententes, Abus de position dominante, procédure de la concurrence, concentration), Tome I, volume 1, 19^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2010, pp. 1000 - 1001.

³ - Comm. conc., rapport pour l'année 1980, p. 40 ; Sur ce point, voir, Louis VOGEL, Du droit commercial au droit économique (commerçants, justice commerciale, fonds de commerce, Bail commercial, propriété industrielle, concurrence déloyale, transparence tarifaire, pratiques restrictives, ententes, Abus de position dominante, procédure de la concurrence, concentration), op. cit., p. 1001.

⁴ - Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit interne de la concurrence, op. cit., p. 200.

أما فكرة التعسف في وضعية الهيمنة لما يكون التعسف هياكلية، هنا تعتبر موضوعية "La conception objective de l'abus" لأنها تؤدي إلى إدانة كل عملية كفيفة بأن تمس وتنتال من تركيبة السوق التنافسية "structure concurrentielle du marché"، من خلال سعي المؤسسة إلى تكوين وتقوية وضعية الهيمنة⁽¹⁾.

رابعاً: المحاولات القضائية والفقهية لتعريف التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة

سنتعرض على التوالي للمحاولات القضائية والفقهية لتعريف التعسف.

1 - محاولات القضاء لتعريف التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة

إزاء غياب التعريف التشريعي، يرجع الأمر للاجتهاد القضائي للقيام ومحاولة إعطاء تعريف للتعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة. ففي أحد القرارات الأولى المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة المتمثل في قرار "Continental Can" والذي أخذ بالمفهوم الموضوعي المحض للتعسف: إذ تكون الممارسة تعسفية إذا كانت تؤدي إلى تقوية وضعية هيمنة فاعلها. فتبعاً لمحكمة العدل للمجموعات الأوروبية: « يمكن أن يشكل تعسفاً، قيام مؤسسة في وضعية هيمنة بتعزيز وضعيتها لحدّ أن درجة الهيمنة التي تمّ الوصول إليها حينئذٍ تخلّ بصفة جوهرية بالمنافسة، أي لا تترك إلاّ المؤسسات غير المستقلة في تصرفاتها والتابعة للمؤسسة المهيمنة، وهذا مهما كانت الوسائل أو الطرق المستعملة من أجل الوصول إلى ذلك »⁽²⁾. فكان مجرد تقوية وضعية الهيمنة يشكل تعسفاً، ويتمثل الخطر حينئذٍ في منع وضعية الهيمنة وحدها وليس التعسف فيها⁽³⁾.

لقد بني وأسس هذا الحل على تفسير غائي، إذ كان يهدف إلى ممارسة الرقابة على التركيزات والتجميعات في مرحلة لم يكن فيها القانون الأوروبي ينصّ على قواعد تسمح بذلك وفي نفس الوقت، فإن تعريف التعسف بهذا الشكل - التعسف الهياكلي - سيؤدي إلى إفراغه وتجريده من كل معانيه إذا كانت وضعية الهيمنة معاقب عليها في حدّ ذاتها⁽⁴⁾. ونظراً لهذا الخطر الذي كان سبباً في إعادة إدراج العنصر الشخصي من طرف قرار "Hoffmann - La Roche" في 1979 الذي أعطى تعريفاً للتعسف المتخذ منذ ذلك الحين، حيث أكدت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية بأن الاستغلال التعسفي هو « مفهوم موضوعي يتعلق بتصرفات المؤسسة في وضعية الهيمنة، والتي يكون من شأنها التأثير على تشكيلة السوق، ونظراً لوجود المؤسسة المعنية بالضبط، أصبحت درجة المنافسة ضعيفة، ويكون لهذه التصرفات أثر عرقلة المحافظة على درجة المنافسة التي مازالت موجودة في السوق أو تنمية هذه المنافسة، وذلك عن طريق اللجوء إلى وسائل تختلف عن تلك الوسائل

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 173.

² - CJCE, arrêt du 21 février 1973, Continental Can, aff. 6-72 ; Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 195.

³ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 195.

⁴ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 141.

المستعملة في ظل المنافسة العادية للمنتجات أو الخدمات والتي تقوم على أساس خدمات المتعاملين الاقتصاديين»⁽¹⁾.

فكرست هنا محكمة العدل للمجموعات الأوروبية « التحليل المزدوج الموضوعي والسلوكي للتعسف ». تكشف الصيغة المستعملة من قبلها عن غموض في المفهوم، والذي تمّ تعريفه في آن واحد كـ "مفهوم موضوعي" و"سلوكي". ويجب أن يكون لهذا السلوك « أثر عرقلة المحافظة على درجة المنافسة التي مازالت موجودة في السوق أو تنمية هذه المنافسة، وذلك عن طريق اللجوء إلى وسائل تختلف عن تلك الوسائل المستعملة في ظل المنافسة العادية على المنتجات أو الخدمات والتي تقوم على أساس خدمات المتعاملين الاقتصاديين ». أصبح السلوك غير العادي معيارا للتعسف، وهذا دون التخلي عن المعيار الهياكلي "Le critère structurel". وبالتالي تقدير السلوك يعطي صبغة شخصية لمفهوم التعسف مع أنه تمّ تكييفه صراحة بأنه موضوعي⁽²⁾. ووفقا لقرار محكمة العدل للمجموعات الأوروبية الصادر بشأن قضية "Tetra Pack" والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي:

« تمنع المادة 86 من معاهدة روما (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي) أن تقوم كل مؤسسة في وضعية هيمنة بإقصاء منافس، وتعزز بذلك وضعيتها عن طريق اللجوء إلى وسائل أخرى ما عدا تلك الوسائل المتعلقة بالمنافسة بالاستحقاق »⁽³⁾.

إنّ تتمثل القاعدة في إمكانية مثل هذه المؤسسة، وهذا دون شكّ، أن تحافظ وأن تقوم بتنمية وضعيتها في السوق. إلّا أنّه لا يمكنها ذلك إلّا بمحاولتها أن تكون المتفوقة على منافسيها، أي باقتراح للعملاء أحسن علاقة النوعية بالسعر "Le meilleur rapport qualité - prix". يمكن أن تكون الوسائل المختلفة للحصول أو المحافظة على حصص السوق مشروعة اتجاه كل مؤسسة بينما تكون ممنوعة ومرفوضة للمؤسسة المهيمنة⁽⁴⁾.

2 - محاولات الفقه لتعريف التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة

اعتمد الفقه في محاولاته لتعريف التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على تعريف محكمة العدل للمجموعات الأوروبية، السابق الإشارة إليه، مع استخلاص بعض الخصائص التي تميز هذا التعسف. وقد ذكر الفقه منهم "Valérie FAURE, Anne WACHSMANN et Edouard SARRAZIN" أنّ فكرة التعسف هي فكرة موضوعية لا شأن لها بنية مرتكبها، ومن ثمّ فهي لا تستلزم إثبات خطأ أو توافر أي عنصر

¹ - CJCE, arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76 ; André DECOCQ & Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., p. 364.

² - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 195.

³ - Tetra Pack, 06 octobre 1994, aff. T-83/91; Sur ce point, voir, André DECOCQ & Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., p. 364.

⁴ - André DECOCQ & Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., p. 364.

عمدي من جانب مرتكب التعسف. كما أنه بيّن أنّ الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة كما هو متصور في حالة وضعية هيمنة فردية فهو متصور في وضعية الهيمنة الجماعية⁽¹⁾.

كما أنّه في حالة وضعية الهيمنة الجماعية، لا يشترط أن يكون التعسف قد ارتكب من قبل كل المؤسسات المهيمنة، وإنّما يكفي فقط إقامة الدليل على أنّها تشكل أحد مظاهر هذه الهيمنة الجماعية. وعلى ذلك، فإنّ التعسف قد يتجسّد في تصرفات جماعية أو في تصرفات فردية من قبل أحد المؤسسات المهيمنة جماعيا⁽²⁾.

نتوصّل انطلاقا من كل ما سبق ذكره، إلى أنّ القانون الجزائري لم يعرّف التعسف في وضعية الهيمنة كما قلنا وهذا اقتداء بالقانون الفرنسي، ولكن ضرب للتعسف أمثلة لما يمكن أن يكون عليه السلوك التعسفي. وبذلك، نصّت المادة 07 من قانون المنافسة لعام 2003 على أنه:

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء في طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية»⁽³⁾.

بعد أن تطرقنا لتعريف التعسف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة، والذي من خلاله قمنا بتحديد فكرة التعسف هل هو تعسف سلوكي أم هياكلي، سنعرض الآن الحدود الواردة بين التعسف في وضعية الهيمنة وباقي الممارسات الواردة في قانون المنافسة.

الفرع الثاني: الحدود الواردة بين التعسف في وضعية الهيمنة وبعض الممارسات الواردة في قانون

المنافسة

سنتناول، في هذا الصدد، دراسة الحدود الواردة بين التعسف في وضعية الهيمنة وبعض الممارسات الواردة في قانون المنافسة من خلال الأمر رقم 03-03 (المعدّل والمتمم)، والمتمثلة في الاتفاقات المحظورة (المادة 06 منه) والتعسف في التبعية الاقتصادية (المادة 11 منه) والتجميعات الاقتصادية (المواد 15 - 22 منه)⁽¹⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 111.

² - المرجع نفسه، ص 112.

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

فبالرجوع إلى الأمر رقم 03-03، يمكن حصر صور الممارسات التي تتناقض مع مبدأ حرية المنافسة في فئتين:

الممارسات المقيدة للمنافسة⁽²⁾.

التجميع غير المرخص به.

أولاً: التعسف في وضعية الهيمنة والاتفاقات المحظورة

نصت المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة على أنه:

« 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 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 اتجاه 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⁽³⁾.
- وقد أضاف تعديل المادة 6 بموجب المادة 5 من القانون رقم 08-12، المعدل والمتمم للأمر المذكور أعلاه⁽⁴⁾، حظر 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، لاسيما عندما ترمي إلى:
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة.

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - حيث نصت المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، على ما يلي :

« تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12، أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة ».

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

لم يَقم المشرّع الجزائري من خلال الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة لا بتعريف التعسّف في وضعية الهيمنة ولا بتعريف الاتفاقيات المحظورة، ممّا يطرح اشكاليات كبيرة وصعوبة في الحياة العملية وهو ما سيعقّد من المهمة الّتي يقوم بها مجلس المنافسة، خاصة وأنّ المشرّع حتّى عندما قام بتعداد بعض الأفعال الّتي من شأنها أن تشكل تعسّفًا في وضعية الهيمنة، جعل تقريبًا نفس هذه الأفعال متماثلة مع الأفعال الّتي تكون ممارسة أخرى من الممارسات المقيدة للمنافسة، ألا وهي الاتفاقات المحظورة. مما يستدعي وضع حدود بين التعسّف في وضعية الهيمنة والاتفاقات المحظورة. وقد عرّف الأستاذان "M-C. BOUTARD LABARDE & G. CANIVET" الاتفاق بأنه تطابق الإرادات بين مؤسسات مستقلة بعضها عن البعض قادرة على تقرير سلوكها في السّوق ذاتيًا، ويفترض إذن وصف الاتفاق المحظور وجود تطابق الإرادات الصادرة عن مؤسسات تتمتع بالاستقلالية في اتخاذ القرارات المتعلقة بسلوكها الخاص في السّوق، ويقصد بتلاقي الإرادات الانضمام الصريح أو الضمني لمؤسّستين أو أكثر إلى الغرض المشترك الّذي يشترط فيه أن يكون مخلا بالمنافسة أو أن يكون من شأن أثره (الاتفاق المحظور) أن يحدّ منها⁽¹⁾.

يجب تحليل دراسة الاتفاق باعتباره تلاقي الإرادات بين الكيانات المستقلة الّتي تقرر أن تقوم بالتنسيق بين سلوكها على السّوق. ويقع هذا الاتفاق في طائفة القانون ويتمّ حظره من قبل قانون المنافسة مثلاً لما يكون له غرض و/أو أثر الحد أو الإخلال بعملية المنافسة. ونستخلص من ذلك، أنّ الاتفاق ليس ممنوعاً بالذات، إذ أنّه يُشترط للتصريح بعدم مشروعيته توفّر شرطين: يجب أن ينتج الاتفاق عن تلاقي الإرادات. ومن جهة أخرى، أن يكون له غرض و/أو أثر الحد أو الإخلال بعملية المنافسة⁽²⁾.

يستلزم الاتفاق المحظور ممارسة أطرافه لنشاط اقتصادي، كما يفترض التعددية في أطرافه واستقلالية بعضها عن البعض الآخر، ولذا فإنّ الاتفاق الّذي يبرم بين شركة الأم وفرع لها مثلاً، لا يعتبر اتفاقاً مقيداً بالمنافسة، وذلك لوجود وحدة اقتصادية وتجارية فيما بين الشخصين، وعدم توفر التعددية في أطرافه. كما هو معروف، فإنّ الإرادة المنفردة للشخص، لا تنشئ اتفاقاً بمفردها، وبناء عليه، فلا يعتبر من الاتفاقات المحظورة إصدار مؤسسة لبرتوكول اتفاق مقيد بالمنافسة بمفردها مالم يحظ بموافقة غيرها من الأطراف⁽³⁾. يجب التنبيه على أنه لا يكفي وجود الاتفاق، بل يلزم فوق ذلك أن يكون من شأنه الإضرار بالمنافسة بصورة ملموسة.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 90.

² - Rachid ZOUAIMIA, « Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence », op. cit., p. 10.

³ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 40.

كما هو واضح مما سبق ذكره، تفترض الاتفاقات وجود طرفين على الأقل. أما التعسف، فهو يشكل تصرفاً انفرادياً "pratique unilatérale" تقوم به مؤسسة واحدة (وضعية الهيمنة الفردية) أو عدد من المؤسسات (وضعية الهيمنة الجماعية). وبالتالي، فإنه في حالة الاتفاقات، تكون إعاقة المنافسة أو تقييدها أو منعها نتيجة وجود عدد من المؤسسات أطراف في اتفاق. أما في حالة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، ينجم الإضرار بالمنافسة عن تصرفات انفرادية تقوم بها مؤسسة واحدة أو عدد من المؤسسات (وضعية الهيمنة الجماعية) هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يختلف التعسف في وضعية الهيمنة على الاتفاقات فيما يتعلق بمجال التطبيق الشخصي الذي يكون فيما يخص التعسف منحصراً في المؤسسات التي تتواجد في وضعية الهيمنة⁽¹⁾.

تقوم وضعية الهيمنة الجماعية "Position dominante collective" عندما توجد مؤسستان أو أكثر تعملان في سوق واحدة، وتوجد بينهما علاقة ترابط وتوافق تسمح لهما بتبني استراتيجية منظمة ومتناسقة ومتشابهة في مواجهة العملاء والمنافسين القائمين أو المحتمل ظهورهم في السوق، استراتيجية شبيهة بتلك الاستراتيجية التي تسير وفقاً لها المؤسسة المهيمنة في حالة وضعية الهيمنة الفردية، وإرادة المشاركة في استراتيجية واحدة قد تتجسد من خلال علاقات قانونية كالاشتراك في رأس المال، أو التمثيل المتبادل في مجلس الإدارة ... إلخ، كما قد تكون نتيجة علاقة تعاقدية تسند إلى اتفاق مبرم بين المؤسسات المترابطة، ولا يمثل وجود علاقات تعاقدية أو اتفاق بين مؤسستين أو أكثر قرينة على قيام وضعية هيمنة جماعية، والملاحظ هنا تشابه كل من اتفاقات ووضعية الهيمنة الجماعية في كونهما تشكلان مجموعتان مستقلتان في السوق، فالممارستين تقوم بهما عدة مؤسسات ورغم غموض العلاقة بين المفهومين، فإنّ معاينة الاتفاق ليس قرينة على قيام وضعية هيمنة.

إن وصف الهيمنة الجماعية ينطبق حتى في حالة غياب الاتفاق بين المؤسسات. إلى جانب ذلك، فإذا كان الاتفاق المقيد للمنافسة ممنوع بحد ذاته، فلا ينطبق هذا الوصف على وضعية الهيمنة الجماعية ولا تعد هذه الوضعية ممنوعة إلا إذا تمّ استغلالها بشكل تعسفي وفي نفس الوقت، فوجود الاتفاق يعتبر عنصراً لإثبات وجود وضعية الهيمنة لأن الاتفاق في هذه الحالة يعبر عن وجود علاقة الترابط المطلوبة بين المشتركين في وضعية الهيمنة لتبني استراتيجية منظمة في مواجهة المنافسين⁽²⁾.

ومع ذلك، لما تشارك مؤسسة في وضعية هيمنة في اتفاق مقيد للمنافسة في الوقت الذي تتعسف في وضعيتها، فإنه يمكن تقدير تصرفها في آن واحد بالرجوع للمادتين 06 و 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي تقابل المواد L420-1 و L420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي والمواد 101 و 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE) والمتعلقة بالترتيب بالتعسف في وضعية الهيمنة والاتفاقات المحظورة. وهذا ما أكدته محكمة العدل للمجموعات الأوروبية بالتعبير الآتي: « لا يمنع تطبيق المادة 81 من المعاهدة المنشأة

¹ - Vincent MARTENET & Andréas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 101.

² - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 131 - 132.

للمجموعة الأوروبية (TCE) (حاليا المادة 101 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE)) على اتفاق من تطبيق المادة 82 من المعاهدة المنشأة للاتحاد الأوروبي (TCE) (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE)) على تصرّفات أطراف هذا الاتفاق، طالما توفرت شروط تطبيق كل من النصين «⁽¹⁾». إلا أنه وعند استعمال "الرجوع المزدوج" "Le double recours"، أي استعمال المادتين 101 و 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي المتعلقين بالاتفاق المحظور والتعسف في وضعيّة الهيمنة، فرضت اللجنة الأوروبية المبدأين التاليين: مبدأ عدم جمع الغرامات "Le principe de non-cumul des amendes" ومبدأ عقوبة المخالفة الأكثر خطورة "Le principe de la sanction de l'infraction la plus grave"⁽²⁾.

ثانيا: التعسف في وضعيّة الهيمنة والتعسف في التبعية الاقتصادية

نصّت المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتّم) على ما يلي: « يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيّة التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة.

يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي،
- البيع المتلازم أو التمييزي،
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا،
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة،
- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق «⁽³⁾.

وقد عرفت الفقرة "د" من المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه وضعيّة التبعية الاقتصادية على أنها تلك 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⁽⁴⁾.

¹ - CJCE, arrêt du 06 avril 1995, BPB Industries et British Gypsum, C-310/93, p. 1865 ; Sur ce point, voir, Zakaria SBAĪ, Les frontières entre l'entente et l'abus de position dominante, Mémoire de Master II, Droit international et Européen, Faculté de droit et de sciences économiques et de gestion, Université de Rouen, septembre 2006 ; www.memoireonline.com/

² - Décision du 07 décembre 1988, Verre Plat en Italie : JOCE, n° L33 ; CJCE, arrêt du 16 mars 2000 ; Voir, Zakaria SBAĪ, Les frontières entre l'entente et l'abus de position dominante, op. cit.

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

يحرص قانون المنافسة على منع الممارسات المقيدة للمنافسة مهما كان شكلها أو مضمونها، ومن تلك الممارسات، ما ترتكبه بعض المؤسسات القوية اقتصاديا من أفعال وسلوكيات اتجاه بعض المؤسسات، تتمثل في فرض بعض الشروط التعسفية عليها، نتيجة استغلال حالة التبعية التي تتواجد عليها هذه المؤسسات، التي لا تملك خيارات كافية أو حولا بديلة لرفض تلك الشروط المجحفة. ونظرا لما تسببه هذه الممارسات من ضرر بالمنافسة فقد حظرها المشرع الجزائري في المادة 11 المذكورة أعلاه⁽¹⁾.

لا يمكن إثبات قيام حالة تبعية اقتصادية لمؤسسة اتجاه أخرى، إلا بتوافر مقاييس معينة تحدّد هذه التبعية، وقد أوضح مجلس المنافسة الفرنسي في تقريره لعام 1987، أنه لكي تقوم قرينة على وجود تبعية اقتصادية، فلا بد أن تتوافر معايير كثيرة للقول بوجود هذه التبعية. غير أنه ليس من الضروري أن تتوافر جميع المعايير، بل يكفي أن يتوافر عدد كبير منها، وهذا عكس وضعية الهيمنة التي يمكن أن تقوم بتوفر معيار واحد وهو معيار السيطرة على السوق⁽²⁾.

ونلاحظ أنّ هذه المعايير لا تختلف كثيرا، بحسب ما إذا كنا بصدد حالة تبعية الموزع للممون أو تبعية الممون للموزع كرقم الأعمال، شهرة العلامة التجارية وأهمية حصة السوق واستحالة إيجاد حل بديل.

إن الممارسات التعسفية الناتجة عن حالة التبعية الاقتصادية لا تكون ممنوعة إلا إذا كان لها غرض أو أثر يؤدي إلى إعاقة المنافسة أو تقييدها أو تزييفها، كالممارسات التي تهدف إلى القضاء على مؤسسة مثلا، ولهذا لا بد من وجود مساس أو إخلال بالمنافسة، فلا يكفي إذن خلق عدم توازن في العلاقات التجارية الثنائية بين مؤسستين ولو كان هناك تعسفا، مالم يكن قد أدى إلى الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة⁽³⁾.

وعليه، فإن التشريع لا يقتصر دوره على خلق التوازن في العلاقات التجارية الثنائية، بل له دور أكثر اتساعا، إذ يشمل حماية المنافسة الحرة⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر أنّ تحديد أثر التصرفات الصادرة عن المؤسسة في وضعية التبعية الاقتصادية لا يتم بدراسة السوق المعنية كما هو معمول به في كل الممارسات المقيدة للمنافسة⁽⁵⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص ص. 49 - 50.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 187.

³ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 52.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 193.

⁵ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 53.

انطلاقاً مما سبق ذكره، يتمثل الفرق بين حالة التعسف في وضعية الهيمنة وحالة التعسف في التبعية الاقتصادية في أنه في الحالة الأولى تهيمن المؤسسة على سوق منتجات معينة (سلعة و/أو خدمة). أما في الحالة الثانية، تنصب الهيمنة على مؤسسة معينة من المؤسسات العاملة في سوق ما، دون أن تكون هي نفسها متمتعة بوضعية هيمنة، أي تفترض التبعية الاقتصادية وجود مؤسسة أو عدد من المؤسسات تتمتع بثقل تجاري ومالي كبير في سوق ما، تهيمن على مؤسسة ما لدرجة أن هذه الأخيرة لا يكون أمامها إذا رفضت التعاقد بالشروط المفروضة عليها من قبل هذه المؤسسة أو تلك المؤسسات، أي حل بديل آخر.

في فرنسا، نصّت المادة 2/8 من الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة على ما يلي: «يعد محظوراً وفقاً لذات الشروط التي تحكم حالة استغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، استغلال من طرف مؤسسة أو عدة مؤسسات لحالة التبعية الاقتصادية التي تتواجد فيها مؤسسة زبونة أو موزعة اتجاهها، والتي لا تتمتع بحل مساوي»⁽¹⁾.

لقد عدّلت الفقرة 02 من المادة 08 المذكورة أعلاه بقانون 15 ماي 2001 المتعلق بالقواعد الجديدة للضبط الاقتصادي⁽²⁾، والتي أصبحت فيما بعد المادة L.420-2² من النّقنين التجاري الفرنسي والتي نصّت على أن:

«يمنع الاستغلال التعسفي من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات لحالة التبعية الاقتصادية التي تتواجد إزاءها مؤسسة زبونة، متى كان ذلك قادراً على أن يمس بسير المنافسة أو تركيبتها ...»⁽³⁾.
ويلاحظ أنه منذ هذا التعديل، لم يعد الآن ضرورياً حتّى تتجسد وضعية السيطرة أن لا يكون للمؤسسة المدعية حلاً معادلاً كما كان الأمر سابقاً، أي إثبات عدم وجود مومنين أو موزعين آخرين يقدمون المنتج نفسه وبالشروط ذاتها، ولهذا إذا أدت الممارسة التعسفية إلى القضاء على مؤسسة أو انسحابها من السوق، مهما كان حجمها، فإن الممارسة يعاقب عليها لأنها تؤدي إلى إنقاص العرض أو الطلب، وهو ما ينعكس على السوق⁽⁴⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 184.

² - Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n° 113 du 16 mai 2001; www.legifrance.gouv.fr/; Voir aussi, décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, JORF n° 103 du 01 mai 2002; www.legifrance.gouv.fr/.

³ - L'article L.420-2² du code de commerce français dispose que :

« Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratique discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme ».

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 191.

ثالثا: التعسف في وضعية الهيمنة والتجميعات الاقتصادية

قد يؤديّ التجميع الاقتصادي إلى احتكار السوق أو القضاء على مؤسسات أخرى، وينتج عن ذلك انعدام المنافسة. لذا، تُعد مراقبته إجراءً احتياطيا يهدف إلى تفادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب فيما بعد تجاوز آثارها، وعلى أساس ذلك، لا تكفي قواعد السوق الحر لضمان وجود منافسة نزيهة، بل يفرض الوضع تدخّل الدولة بقواعد وهيئات تعمل على تهذيب المنافسة⁽¹⁾.

كما أنّه تضمن الدولة من خلال مراقبة التجميعات الاقتصادية إمكانية تجسيد سياستها من خلال التجميع المقترح، إذ قد يؤديّ التنظيم والدور الجديد للمؤسسات أهدافا تراها الدولة ضرورية أو توافق على التجميع مقابل تعهّد المؤسسات بتنفيذ سياسة معيّنة من خلال المشروع، وعلى أساس ذلك، تُعد مراقبة التجميعات الاقتصادية فرصة أمام الدولة للتدخل بطريقة عقلانية في المجال الاقتصادي.

واستناداً إلى ما سبق، لا تهدف إجراءات المراقبة إلى منع عمليات التجميع، بل تنظيمها في إطار حماية المنافسة وضمان إيديولوجية الدولة في المجال الاقتصادي⁽²⁾.

نصّت المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية الهيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه على مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة (3) أشهر »⁽³⁾.

يتضح من خلال هذا النص أنّ المشرّع الجزائري أراد إخضاع عمليات التركيز التي ينجم عنها مساس بالمنافسة في السوق إلى مراقبة مجلس المنافسة الذي يمثل سلطة المنافسة المؤهلة قانونا لمراقبة التجميع أو التركيز الاقتصادي. ولم يبيّن المشرّع الجزائري معنى التعدي على المنافسة والمقصود منه، ليترك ذلك لتقدير مجلس المنافسة بما يملكه من سلطات في مجال التحقيق وتقدير عمليات التركيز المخطر بها والمعروضة عليه، حيث يقدر مدى تأثر المنافسة في السوق التي ينشأ فيها التركيز وكذلك شروطها ودرجتها.

ولكن بالرغم من ذلك، فقد بيّن المشرّع الجزائري الصورة المثلى للحالات التي تشكل فيها عملية التركيز مساسا وخطرا على المنافسة، والحالة هذه تظهر عندما يؤدي التركيز إلى تعزيز وضعية الهيمنة في السوق الذي

¹ - آيت منصور كمال، « مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري: إشكالية التوفيق بين المصالح ؟ »، الملتقى الوطني حول: "حرية المنافسة في القانون الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار - عنابة، يومي 03 - 04 أبريل 2013 (مقال غير منشور).

² - المرجع نفسه.

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

ينشأ فيها، حيث يمثل تعزيز وضع الهيمنة كدليل على وجود مساس بالمنافسة في السوق التي تتأثر بعملية التركيز⁽¹⁾.

ويقصد بوضعية الهيمنة، كما أسلفنا، 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 حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها⁽²⁾.

وأوضحت المادة 18 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، أن أحكام المادة 17 أعلاه، تطبق كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة⁽³⁾.
وأوضحت المادة 15 من الأمر المذكور أعلاه المقصود بالتجميع في مفهوم قانون المنافسة بنصها: يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

- اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل،
 - حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة 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⁽⁴⁾،
 - أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة.
- ويستخلص مما سبق أن أي تجميع للمؤسسات يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة يشكل مخالفة إذا تمّ دون الحصول على ترخيص مسبق من مجلس المنافسة⁽⁵⁾.

¹ - بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري - قسنطينة، 17 فيفري 2011، ص 67.

² - حيث نصّت المادة 3/ج من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة على ما يلي :
« وضعية الهيمنة : هي 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 ».

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - ويقصد بالمراقبة المذكورة في الحالة 2 من المادة 15 أعلاه : المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة، إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة، لا سيما فيما يتعلق بما يأتي :

1 - حقوق الملكية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة أو على جزء منها،
2 - حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها؛
راجع المادة 16 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة 12، دار هوم، الجزائر، 2012، ص 258.

وسع القانون 2008 مجال تطبيق القواعد المتعلقة بالإعفاءات لتشمل عمليات التجميع. حيث أنه ترخص تجميعات المؤسسات الناتجة عن تطبيق نصّ تشريعي أو تنظيمي. كما يتمتع مجلس المنافسة بسلطة ترخيص مثل هذه العمليات، دون تطبيق الحد المنصوص عليه (في المادة 18 من الأمر رقم 03-03)، عندما يمكن أن تثبت المؤسسات أنها تؤدي لاسيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق⁽¹⁾.

غير أنه لا يستفيد من هذا الحكم سوى التجميعات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد 17 و 19 و 20 من هذا الأمر⁽²⁾.

يتشابه التجميع الاقتصادي مع وضعية الهيمنة الجماعية في كونهما قوتان اقتصاديتان تعبران عن الهيمنة على السوق، وتختلفان في كون التجميع الاقتصادي قد يؤدي في المستقبل إلى تقييد المنافسة والحدّ من الدخول إلى السوق، الشيء الذي يهدد كيان وهيكل السوق فهو - التجميع - يخضع للمراقبة حتّى وإن لم يرتكب أطرافه أي تصرف مقيد للمنافسة، بينما تكون وضعية الهيمنة، غير معاقب عليها وليست ممنوعة، ولكن إذا تمّ استغلالها بشكل تعسفي واتضح من خلال تحليل السوق عن طريق العودة إلى ما كانت عليه في الماضي، وتبيّن أن المؤسسات التي تحتل وضعية الهيمنة قد قامت بتصرفات مقيدة للمنافسة، ولولا هذه التصرفات لما كانت السوق على هذا الحال، فهذا يعني أن المؤسسات قد استغلت وضعيتها وبشكل تعسفي وأدت تصرفاتها إلى تقييد المنافسة، وسيتمّ معاقبتها تطبيقا لنصّ المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تحظر الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة⁽³⁾.

يعتبر الفقيه "Yves SERRA" التركيز كعامل حامل لوضعية الهيمنة وسببا لظهور الممارسات المقيدة للمنافسة، ولكنه غير محظور، إنّما يتطلب مراقبته⁽⁴⁾.

وقد أكد مجلس المنافسة الجزائري في تقريره السنوي لعام 2014⁽⁵⁾، وبالضبط في مقدمة هذا التقرير المعنونة كما يلي: « تذكير بمهام مجلس المنافسة وفق الأمر رقم 03-03 لـ 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة »، على أنّ مجلس المنافسة يضطلع بمهمة « مراقبة عمليات التجميع لتفادي تقوية مواقع الهيمنة والاستغلالات التي قد تتجرّ عنها ».

¹ - Voir l'article 21 bis de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée, relative à la concurrence ; Voir aussi, Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 62.

² - أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 21 مكرر من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 62.

⁵ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، ص ص. 01 - 50؛ www.conseil-concurrence.dz/

« وتُعتبر دراسة عمليات التجميعات عمليا مراقبة تصاعدية لهياكل السوق ومنع، إذا اقتضى الأمر ذلك، تشكيل وضعية هيمنة قوية جدًا أو احتكارات من شأنها السماح بالاستغلال السيء لوضعية الهيمنة حيث يعتبر ذلك، يجب التنويه، ممنوعا بموجب قانون المنافسة إضافة إلى الاستغلالات التي قد تتجرّ عن ذلك فيما يخص الأسعار، العرض أو الجودة»⁽¹⁾.

تختلف حالة التعسف في وضعية الهيمنة عن التركيز الاقتصادي في كونها ممارسة محظورة كأصل عام، مالم تقدم نتائج إيجابية في الجانب الاقتصادي أو تمّ إعفاؤها بنصّ قانوني أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له. إضافة إلى الطابع العقابي الذي توقعه هيئات المنافسة ضدها، وهذا خلافا للتركيز الذي يخضع لنظام المراقبة المسبقة من أجل تفادي الآثار السلبية للتعسف في وضعية الهيمنة، فهو يتميز بالطابع الوقائي وليس العقابي كما هو الوضع بالنسبة للممارسات المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة⁽²⁾. حيث أنّه يمكن لمؤسسة مهيمنة أن تشارك في عملية استحواذ أو اندماج يترتب عليها تقييد المنافسة ومن ثمّ يشكل تعسفا في وضعية الهيمنة أي الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية⁽³⁾، مع أنّه تتفق وضعيات الهيمنة مع حالة التركيز في كونها ممارسات غير محظورة كأصل عام، ويقدمان نتائج إيجابية في المجال الاقتصادي وكذلك الاجتماعي⁽⁴⁾.

وبهذا، يكون المشرّع الجزائري قد حذا حذو المشرّع الأوروبي والمشرّع الفرنسي، اللذان اعتبرا بأن وجود وضعية الهيمنة أو تعزيزها (تقويتها) بسبب التركيز دليل على وجود مساس بالمنافسة في السوق التي ينشأ فيها التركيز. فبالنسبة للمشرّع الفرنسي، فقد سنّ في المادة L.430-3 من التقنين التجاري الفرنسي بأن كل عملية تجميع يجب أن تبلغ بها سلطة المنافسة قبل تنفيذها⁽⁵⁾.

ولما تكون عملية التجميع محل فحص عميق، تدرس سلطة المنافسة الفرنسية إذا ما كان التجميع من طبيعته أن يحمل مساسا بالمنافسة، لاسيما عن طريق إنشاء أو تقوية وضعية الهيمنة. كما تقدّر أيضا إذا ما كان التجميع يحمل للنقدّم الاقتصادي مساهمة كافية لتعويض المساس بالمنافسة⁽⁶⁾.

¹ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 10.

² - بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 63.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، المرجع السابق، ص 118.

⁴ - بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 62.

⁵ - L'article L.430-3,1 du code de commerce français dispose que :

« L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le renvoi à l'Autorité de la concurrence de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens du présent article ».

⁶ - L'article L.430-6,1 du code de commerce français dispose que :

« Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L.430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance

أما بالنسبة للمشروع الأوروبي، فإنه يتم رقابة التجميعات بناء على النظام رقم 139/2004⁽¹⁾، الذي جاء بعد نظام التركيزات لعام 1989 (النظام رقم 89/4064 المؤرخ في 21 ديسمبر 1989 المتعلق بمراقبة عمليات التجميع بين المؤسسات، الذي دخل حيز التنفيذ في 1990 والذي كان أول نظام أدرج المراقبة المنتظمة للتركيزات) قبل دخول حيز التنفيذ هذه القواعد الخاصة، كانت تتم مراقبة التجميعات بصفة محددة بناء على القواعد العامة لقانون المنافسة، أي منع التعسف في وضعية الهيمنة والاتفاقات المقيدة. تبعا للقواعد الأوروبية، فإن التجميعات ذات بعد اتحادي يجب أن يتم تبليغها للجنة الأوروبية للمنافسة قبل تنفيذها (نظام التبليغ القبلي أو المراقبة الوقائية (Système de notification préalable ou de contrôle préventif)⁽²⁾).

وتعرف التجميعات ذات بعد اتحادي "Dimension communautaire" بصفة دقيقة عن طريق عتبات رقم الأعمال. وبذلك، يجب أن تحقق جميع المؤسسات المعنية على الصعيد الدولي رقم أعمال إجمالي، وذلك أثناء آخر سنة مالية، يفوق 5 مليار أورو، أو تبعا للحالات يفوق 2,5 مليار أورو. وبالنسبة للمؤسسات المالية، فإنه يستبدل رقم الأعمال بالفوائد. أما بالنسبة للتأمينات، يتم الرجوع إلى المكافآت الخامة.

رغم بلوغ هذه العتبات، فإن البعد الاتحادي لن يتحقق إذا ما كانت كل مؤسسة معنية تحقق أكثر من 3/2 من رقم أعمالها الإجمالي في الاتحاد الأوروبي داخل دولة عضوة واحدة ونفسها (شرط 3/2)⁽³⁾. إن غياب البعد الاتحادي هذا ليس معناه أن عملية التجميع لا تخضع لأية مراقبة. ففي هذه الفرضية، إن القانون الوطني للمنافسة للدول الأعضاء هو الذي يحدد لكل دولة عضوة لوحدها تحت أية شروط (خصوصا انطلاقا من أي عتبة رقم الأعمال) تتطلق المراقبة الوطنية للتجميعات⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى المادة 3/2 من النظام المتعلق بمراقبة التجميعات بين المؤسسات (نظام رقم 139/2004)، فإن « التركيزات التي تخل بصفة معتبرة بالمنافسة الفعلية في السوق الموحد أو جزء جوهري منه، خصوصا بسبب إنشاء أو تعزيز وضعية الهيمنة، يجب أن يعلن عن عدم تجانسها وعدم تناسقها مع السوق الموحد ».

d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ».

¹ - Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n° L.24, du 24 janvier 2004 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

² - Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 141.

³ - Ibid., p. 145.

⁴ - Par exemple, l'article L.430-2 du code de commerce français (Modifié par Loi n° 2015-999 du 06 août 2015 – art. 215) dispose que :

« I. – Est soumise aux dispositions des articles L.430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L.430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- Le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;

- Le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;

- L'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ... » ; www.legifrance.gouv.fr/

إذن شرط منع التجميع هو « الإخلال بصفة معتبرة بالمنافسة الفعلية » (الذي تم إدراجه بموجب المراجعة لعام 2004) والذي عوض معيار التقدير المتمثل في وضعية الهيمنة، حيث أن هذه الأخيرة لم تعد تشكل إلاّ مثالا عن الإخلال المعتبر بالمنافسة الفعلية.

أما فيما يتعلق بحصص السوق، ينطلق المشرع الأوروبي من فكرة أنه لا يمكن أن يتم الإخلال بالمنافسة الفعلية لما تكون حصة السوق المجتمعة للمؤسسات المعنية لا تتعدى 25%⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مقياس تقدير التعسف محل الإثبات

إن كانت هناك ممارسات تعتبر ممنوعة بذاتها، لأن ضررها على المنافسة واضح وهي ممنوعة ليس على مؤسسة في وضعية هيمنة فحسب، بل هي ممنوعة على جميع المؤسسات، فإن الحاجة إلى مقياس لمعرفة وإثبات الأعمال الموصوفة بالتعسف تتأكد بالنسبة لبعض الممارسات التي تعتبر مشروعة ومقبولة من وجهة نظر قانون المنافسة، عندما تصدر عن مؤسسة لا تحوز إلا على حصة ضعيفة من حصة السوق، ولا تكون مقبولة إذا كانت صادرة عن مؤسسة مهيمنة، وذلك بسبب أثرها السلبي على المنافسة والمنافسين.

إن الممارسات التعسفية التي تقوم بها مؤسسة وهي في وضعية هيمنة ليست محظورة، إلا إذا كانت تؤدي إلى المساس بالمنافسة في السوق وهذا طبقا لأحكام المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (الفرع الأول). أضاف اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية شرطا خاصا يتعلق بتأثير هذه الممارسات التعسفية على التبادلات بين المجموعة والجزائر "L'affectation du commerce entre la communauté et l'Algérie" (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المساس بالمنافسة في السوق

يعتبر المساس بالمنافسة كغريال يميز بين الأعمال أو الممارسات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة تلك التي تعتبر تعسفية.

نصت المادة 07 من الأمر رقم 03-03 على أنه:

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكارا لها أو على جزء منها قصد ... ».

استخدمت هذه المادة كلمة "قصد" التي يفهم منها أنه لا تكون الممارسات التعسفية الناتجة عن وضعية الهيمنة على السوق محظورة إلا إذا قصدت المؤسسة ارتكابها، فإذا لم يكن لها نية إتيانها فلا محل لإدانتها ومعاقبتها. الواقع أن هذا الاستنتاج خاطئ، لأنه إذا ثبت حصول الممارسات التعسفية، فإن قانون المنافسة يعاقب المؤسسة المرتكبة لها، سواء قصدت ذلك أم لم تقصد، طالما كان لهذه الممارسات أثر من شأنه أن يقيد المنافسة، وإدانة المؤسسة، إذن، لا يتوقف على وجود نية تقييد المنافسة لديها.

¹ - Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., pp. 146 – 147.

وعند ملاحظة النسخة الفرنسية للأمر رقم 03-03 وبالضبط نصّ المادة 07 منه، فإنّ المشرّع استعمل لفظ "رامية" "tendant" وهذا صحيح، ولعلّ صياغة المادة 06 من الأمر رقم 03-03⁽¹⁾، المذكور أعلاه، الخاصة بحظر الاتفاقات المقيّدة للمنافسة تعتبر أكثر دقّة من المادة 07 منه، لأنّها نصّت على حظر الممارسات « عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة »، حيث أشارت إلى منع الممارسات والاتفاقات التي لها غرض عرقلة المنافسة أو لها أثر يتّج عن ذلك. ولم يسن المشرّع الجزائري هذا الحكم بالنسبة للتّعسف في وضعية الهيمنة سواء في الأمر رقم 95-06 أو في الأمر رقم 03-03 في النسخة العربية أو في ترجمتها الفرنسية. وهذا يعتبر خلافاً في نصّ المادة 07 يستوجب تقويمه وتصلّحه⁽²⁾، وهذا عكس ما فعله مجلس المنافسة الجزائري عند تعريفه للتّعسف في وضعية الهيمنة في إعلانه رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 المحرر باللّغة الفرنسية⁽³⁾.

أولاً: وجود المساس بالمنافسة

لإضفاء الصّفة التّعسفية على ممارسة صادرة عن مؤسسة مهيمنة، يجب أن ينجم عن أثر هذه الممارسة أو عن هدفها مساساً بالمنافسة، وأن يكون هذا المساس محسوساً. إذ لا يمكن إدانة مؤسسة مهيمنة على السّوق لمجرد أنها تحوز على هذه المرتبة، وإنّما لا بد أن يصدر منها سلوك أو فعل يتّسم بالتّعسف يخالف قانون المنافسة، ويكون من شأن هذا السلوك أو الفعل أن يؤدي إلى تقييد المنافسة، شرط ألا يكون محل إعفاء أو استثناء من المتابعة⁽⁴⁾، وذلك طبقاً للمادة 09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽⁵⁾.

1 - غرض أو أثر الممارسة: المساس بالمنافسة

¹ - حيث نصّت المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السّوق أو في جزء جوهري منه، لاسيّما عندما ترمي إلى: ... ».

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 156.

³ - « L'abus de position dominante est l'exploitation abusive d'un pouvoir de marché correspondant à une position dominante et ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » ; Avis n° 01 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formulée par le ministre du commerce sur la présomption d'abus de position dominante au niveau du marché du ciment en application de l'article 35 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence, avis précité, p. 37.

⁴ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 48.

⁵ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

سنّ المشرّع الجزائري في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المتعلق بتحديد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة ما يلي:

« يعتبر تعسفاً في وضعية الهيمنة على سوق أو على جزء منها، كل فعل يرتكبه عون اقتصادي في وضعية هيمنة على السوق المعنية يستجيب، على الخصوص، للمقاييس الآتية:

- المناورات التي تهدف إلى مراقبة الدخول إلى السوق أو سيرها،

- المساس المتوقع أو الفعلي بالمنافسة،

- غياب حلّ بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية⁽¹⁾.

إلا أن هذا المرسوم قد تمّ إلغاؤه بموجب المادة 73 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، كما أن المعايير التي يتمّ من خلالها تكييف الأعمال بأنها تعسفية والواردة في المادة 05 المذكورة آنفاً، ذكرها المشرّع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر، وذلك يتضح جلياً من خلال استعمال المشرّع لعبارة "على الخصوص"، فهي لا تعتبر قائمة ملزمة بتعين على مجلس المنافسة التقيد بها، وإنّما قد تشكل دليلاً يعتمد عليه مجلس المنافسة عند تكييفه ما إذا كان العمل يأخذ وصف التعسف أم لا⁽²⁾.

نلاحظ كذلك أنّ المشرّع الجزائري قد حذف صور التعسف الناتجة عن وضعية الهيمنة على السوق الواردة في المادة 07 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى)، وقام بإدراجها في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة كصور للتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية⁽³⁾، الذي ينطبق عليه المقياس الأخير الوارد في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المذكور أعلاه، والذي تمّ إلغاؤه والمتمثل في « غياب حلّ بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية ».

أمّا بالنسبة للمادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر، نجد أن الآثار التي يرمي إليها التعسف في وضعية الهيمنة على السوق تترجم ميدانياً بالمساس الفعلي أو المتوقع بالمنافسة في السوق مثل: الحدّ من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.

لا يتمّ تقييم التعسف في وضعية الهيمنة بالطابع المقيّد للمنافسة بصفة مختلفة عن الاتفاق، فعند قيام ممارسة والتي يمكن أن تشكل تعسفاً، سيتمّ البحث عما إذا كانت لها غرض أو أثر مقيّد للمنافسة، وتستبعد كل

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 314-2000 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، المرجع السابق ذكره.

² - توات نورالدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، المرجع السابق، ص 129.

³ - حيث نصت المادة 01/11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة ».

عقوبة إذا كانت الممارسة لا تؤثر على عمل المنافسة في السوق المعني، خصوصا لما لا تمنع حرية المنافسة بين المتعاملين⁽¹⁾.

والجدير بالذكر، أنّ المشرّع الفرنسي كان أكثر دقة في صياغته لمقياس تقدير الأعمال الموصوفة بالتعسف من المشرّع الجزائري، حيث أخذ بعين الاعتبار غرض أو أثر الممارسة التعسفية على المنافسة، ويظهر ذلك في نصّ المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي والذي يفهم منه أنه يحظر الاستغلال التعسفي من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات لوضعية الهيمنة على السوق الداخلية أو على جزء جوهري منها، وذلك في الشروط ذاتها المنصوص عليها في المادة L.420-1 من التقنين التجاري الفرنسي والمتعلقة بالاتفاقات المحظورة، حيث تتمثل هذه الشروط في أن يكون لنشاطات المؤسسة المهيمنة في السوق غرض أو أن يكون لها أثر في منع أو تقييد أو تزييف عملية المنافسة في السوق⁽²⁾. كما أنه ليس بلزوم أن يؤدي التعسف فعلا إلى تقييد المنافسة أو منعها أو تقييدها، بل يكفي أن يكون من شأنه إحداث هذا الأثر ولو لم يقع بالفعل⁽³⁾.

2 - المساس المحسوس بالمنافسة

يجب أن يكون مساس الممارسات التعسفية بالمنافسة محسوسا "Le caractère sensible des entraves"، إذ لا تكون الممارسات التعسفية ممنوعة إلا إذا كان مساسها بالمنافسة قد بلغ حدا ملموسا وحساسا، وذلك مثلما يحدث بالنسبة للاتفاقات المحظورة، لذلك نجد أن لجنة المنافسة في فرنسا رغم أنها قد سلمت بأن شركة ميشلان "Société Michelin" قد رفضت البيع مرتين لتاجرين منافسين لها في سوق العجلات المسترجعة، وذلك دون مبرر مشروع، مما يعد تعسفا في قوتها الاقتصادية، إلا أن اللجنة لاحظت أن الشركة ليس لها أية خطة رامية إلى عرقلة السير العادي لسوق العجلات المسترجعة "Marché du rechapage" اعتمادا على وضعيتها المهيمنة في سوق العجلات المطاطية وذلك نظر للطابع الاستثنائي للممارستين اللتين قامت بهما⁽⁴⁾.

في جميع الأحوال، يترتب عن هذا الشرط بُعد محدد وله أثر واحد وهو إلزام مجلس المنافسة بالتحري بأن الاستغلال المتنازع فيه يزعج بما فيه الكفاية آليات المنافسة التي تبلغ مثلما هو في مجال الاتفاقات غير

¹ - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 83.

² - Voir l'article L.420-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 150.

⁴ - « Compte tenu de leur caractère exceptionnel et isolé, les faits de l'espèce ne constituent pas des entraves au fonctionnement du marché assez sensibles pour être visées par les dispositions légales prohibant les abus de position dominante », Comm. conc., 2 avril 1981, Rechapage des pneumatiques ;

حول هذه النقطة، أنظر، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص ص. 182 - 183.

المشروعة "عتبة الحساسية Seuil de sensibilité"، إذ أن مشكلة العتبة هو الأثر المشترك لكل الممارسات المقيدة للمنافسة⁽¹⁾.

تحيل المادة L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي إلى تقييد المنافسة المنظم بموجب المادة L.420-1 (تقابلان على الترتيب المادتان 8 و 7 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 أي الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة)، فبالرغم من أن نظرية "عتبة الحساسية" اتخذت فيما يتعلق بالاتفاقات، تبيّنت بعض القرارات الأثر الحساس أو المعتبر على السوق في حالة التعسف في وضعية الهيمنة، وهذا هو اتجاه القرار الذي يرفض معاقبة رفض إدراج إعلان إشهاري بسبب غياب أثر حساس على السوق⁽²⁾. في الحقيقة، لا يتعلق الأمر فعلا باتباع التعسف في وضعية الهيمنة بنظرية عتبة الحساسية، هذا التحفظ المقام من طرف هيئات المنافسة يرجع إلى إلزام وجود مساس بالمنافسة، فالممارسة غير معاقب عليها إذا لم يكن لها أثر على السوق⁽³⁾.

ثانيا: ارتباط المساس بالمنافسة بوضعية الهيمنة

لإدانة التعسف في وضعية الهيمنة، لا يكفي أن يمتلك العون الاقتصادي سلطة التأثير على السوق، وإنما زيادة على ذلك يجب صدور تصرف من شأنه عرقلة حرية المنافسة في السوق. بعبارة أخرى، يجب أن تكون العرقلة التي أصابت السير العادي للسوق نتيجة سلطة التأثير التي استخدمها العون الاقتصادي⁽⁴⁾. إن ممارسة مؤسسة في حالة وضعية الهيمنة وإن تمّ منعها أم لا من قبل جهات أخرى، فإنها لا تدخل في مجال تطبيق القانون المتعلق بالمنافسة الفرنسي، إلا إذا ثبت أنه لها أو يمكن أن يكون لها أثر إخلال السريان العادي للسوق، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار حالة الهيمنة التي تتواجد فيها المؤسسة التي تضعها حيز التنفيذ. يعتبر الفقهاء بالإجماع، أنه يجب أن يكون المنع مرتبطا بتواجد علاقة سببية بين الهيمنة والتعسف⁽⁵⁾. وتثبت العلاقة السببية، عندما يتبين أن السوق خاضع للممارسات المفروضة من طرف المؤسسة المهيمنة، وأنه ليس ممكنا القيام بأي تبادل للمنتوج أو الخدمة، إلا وفقا للشروط التي حددتها المؤسسة المهيمنة.

¹ - Michel PEDAMON, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce), 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 431.

² - Cons. conc., décision n° 04-D-14 du 20 avril 2004, relative à la saisine du M. et M^{me} X ..., concernant un refus d'insertion d'annonce publicitaire ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

³ - Marie MALAURIE-VIGNAL, « La théorie du seuil de sensibilité à l'épreuve de l'abus de position dominante », note sous Cons. conc., décision n° 04-D-14, 20 avril 2004, relative à la saisine de M. et M^{me} X ..., concernant un refus d'insertion d'annonce publicitaire, R.J.C (Contrats - Concurrence - Consommation) n° 07, juillet 2004, p. 24.

⁴ - توات نورالدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، المرجع السابق، ص 133.

⁵ - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Les abus de domination) », op. cit., p. 16.

بالمقابل، إذا تبين أن شروط سير السوق قد لحقها تغيير ناتج، على الخصوص، عن تطور اقتصادي أو تقني أو تعديل في أذواق الجمهور وما إلى ذلك من التغيرات، فإن العلاقة السببية غير متوفرة⁽¹⁾. من الواضح أنّ المنافسة تأثرت هنا بأسباب أخرى خارجية، ليس لها أية علاقة سببية بالممارسات التعسفية، والتعسف لا يخضع بالتالي للإدانة⁽²⁾.

يتعلق الأمر إذن بمسألة معرفة هل يجب أن تكون هناك علاقة قائمة بين التعسف والهيمنة. بمعنى آخر، هل من الضروري التحقق بأن التعسف ناتج بالفعل عن استعمال المركز القوي "La position de force" ؟ وبالطبع لا يتعلق الأمر هنا بالعلاقة السببية وفقا للمعنى المقصود به في قانون المسؤولية المدنية⁽³⁾، وإنما بالرباط الإلزامي الذي يوحد التعسف والهيمنة "un lien obligatoire unissant l'abus et la domination". أجاب الاجتهاد القضائي بالإيجاب: يجب أن ينتج التعسف عن الاستعمال الفعلي للهيمنة⁽⁴⁾، وهو الحل المتخذ من قبل القانون الاتحادي⁽⁵⁾، وأيضا في القانون الفرنسي⁽⁶⁾. وبالتفكير، نلاحظ أن مثل هذه العلاقة متناقضة مع النهج الموضوعي للتعسف "L'approche objective de l'abus"، انطلاقا من اللحظة التي يتطلب فيها مثل هذا النهج

¹ - « même si les effets de cette évolution sont utilisés par les entreprises détenant une position dominante, dès lors du moins que l'action propre de ces entreprises ne vise pas à entraver le fonctionnement normal des marchés tel qu'il résulte des conditions économiques nouvelles » ; CTEPD, 22 novembre 1968, Films cinématographiques à la télévision ; حول هذه النقطة، أنظر، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 183.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 183.

³ - يقصد بالعلاقة السببية في قانون المسؤولية المدنية وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية؛ حول هذه النقطة، أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 990.

⁴ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 221.

⁵ - CJCE, arrêt du 14 novembre 1996, Terta Pack II, aff. C333/94P, Rec. I-5951, point 27 : « il est exact que l'application de l'article 86 présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif » ; Voir auparavant en sens inverse : CJCE, arrêt du 21 février 1979, Europemballage corporation et Continental Can compagny c/ Commission, aff. 6-72, Rec. 215 : « Le problème du lien de causalité entre la position dominante et son exploitation abusive, ne revêt pas d'intérêt, le renforcement de la position détenue par l'entreprise pouvant être abusif et interdit par l'article 86 du traité, quelques soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet, dès lors qu'il aurait pour effet d'entraver substantiellement la concurrence » ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 221.

⁶ - Voir par exemple : Cons. conc, décision n° 04-D-32 du 08 juillet 2004, relative à la saisine de la Société More group France contre les pratiques du groupe Decaux : « La pratique ne présente pas de lien de causalité plausible avec la position dominante détenue par l'entreprise Decaux sur le marché du mobilier urbain publicitaire : rien n'interdisait aux concurrents, financièrement puissants ou liés à des groupes puissants, de se montrer plus actifs dans leur propre recherche d'emplacement publicitaire à louer » ; Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2007, p. 218 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., pp. 221 - 222.

أن يتمّ تحديد التعسّف من خلال آثاره فقط، يجب أن يكون المساس بالمنافسة كافٍ لتوقيع العقوبة. وبالتالي لا يستلزم بالضرورة توضيح أو بيان العلاقة التي توحد التعسّف بالهيمنة. تعكس هذه العلاقة في الحقيقة الاشتراط السلوكي للمفهوم "L'exigence comportementale de la notion". إنّها تسمح بالقول أن الممارسة منسوبة إلى فاعلها: وعليه، تدخل فكرة الخطأ "faute" وراء إلزامية وجود علاقة بين التعسّف والهيمنة⁽¹⁾.

الفرع الثّاني: التأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر

نصّت المادة 41/1-ب من اتفاق الشّراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر على ما يلي:

« يتعارض ما يلي مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثّر على التبادلات بين

المجموعة الأوروبية والجزائر ...

(ب) - الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسّسات أو عدد منها، لوضعية مسيطرة على:

- كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه.

- كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه «⁽²⁾.

انطلاقاً من نصّ المادة 41/1-ب المذكورة أعلاه، لا يتعارض التعسّف في وضعية الهيمنة مع السير الحسن لاتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية إلّا إذا كان من شأنه أن يؤثّر على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر. إنّ هذا الشرط غير موجود في الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) ولا في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتمم) الساري المفعول إلى حدّ الآن. فبالفعل، إنّهُ مشتق من قانون الاتحاد الأوروبي⁽³⁾، ويمثّل « تمديدا لشرط تطبيق المادة 82 من معاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي L'article 102 du TFUE) المتمثّل في التأثير على التّجارة بين الدول في العلاقات داخل الاتحاد Les relations intra-communautaires نحو العلاقات الدولية المنشأة بكيفية ثنائية «⁽⁴⁾.

¹ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 222.

² - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أفريل 2005، يتضمّن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أفريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

³ - L'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ex-art. 82 TCE) dispose :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ... ».

⁴ - Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme des études approfondies en droit communautaire et relations Maghreb-Europe, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis II, 1998 - 1999, p. 28.

نتطرق في هذا الصدد للمقصود من التأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر، ثم للعناصر المكونة لهذا التأثير. وأخيرا لأهمية شرط التأثير على التبادلات بين المجموعة والجزائر.

أولا: المقصود من التأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر

يلعب هذا الشرط وظيفة أساسية في تحديد مجال تطبيق قواعد المنافسة المحتواة في الاتفاق. بالفعل، إنه « يعد الخطّ الفاصل (La ligne de partage) » بين القانون الداخلي للأطراف وقانون الاتفاق.

يؤدي هذا الشرط إلى عدم خضوع الممارسات المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة والتي لها آثار داخلية بحتة لأحكام المنافسة المحتواة في الاتفاق.

وهذا الحلّ قد تمّ تبنيه في القانون الاتحادي انطلاقا من القرار المؤرخ في 13 جويلية 1966 المتعلق بقضية "Grunding Consten"⁽¹⁾.

لتوضيح شرط التأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر، سوف نعتمد على النشرة التي أصدرتها اللجنة الأوروبية والتي تتضمن الخطوط الرئيسية للمقصود بفكرة الإضرار بالتجارة فيما بين الدول الأعضاء⁽²⁾، ويجب أن نلفت النظر إلى أنّ هذه النشرة وما تشمله من قواعد ليست ملزمة للمحاكم الأوروبية أو سلطات المنافسة في الدول الأعضاء، وإنما تلعب هي دور المساعد والمسهل لهذه المحاكم وتلك السلطات عند تطبيق فكرة الإضرار بالتجارة هذه كأثر لازم لكي يعدّ الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة محظورا⁽³⁾.

ووفقا لشرط التأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر، فإنّه لا تطبق أحكام المادة 41/1-ب من اتفاق الشراكة بين المجموعة والجزائر على الممارسات التي تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة والتي لا تؤدي، بصورة واضحة، إلى التأثير بالتبادلات فيما بين الدول.

ثانيا: العناصر المكونة للتأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر

يتّضح من نصّ المادة 41/1-ب المذكورة أعلاه، أنّه يستلزم لتطبيق معيار التأثير على التبادلات بين المجموعة والجزائر، للقول بوجود الاستغلال المفرط، توافر ثلاثة عناصر: عنصر التبادلات بين الجزائر والمجموعة، عنصر التأثير (الإضرار) على هذه التبادلات وعنصر التأثير (الإضرار) الملموس عليها.

¹ - CJCE, arrêt Grunding Consten, aff. n° 56 et 58-64, Rec. p. 429 ; Sur ce point, voir, Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 29.

² - La Communication de la Commission de l'Union Européenne : Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité TCE, JOUE n° 101 du 27/04/2004 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 136 - 137.

وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي، حيث يجب أن يؤدي التعسف إلى الإضرار بالتجارة فيما بين الدول الأعضاء والذي يستلزم توافر ثلاثة عناصر: عنصر التجارة فيما بين الدول، الإضرار بهذه التجارة، ويجب أن يكون الإضرار ملموساً⁽¹⁾.

1 - عنصر التبادلات فيما بين المجموعة الأوروبية والجزائر

بداية، يجب الإشارة وانطلاقاً مما سبق ذكره، أنه هناك اختلاف صغير في التحرير بين نص المادة 41/1- ب من اتفاق الشراكة والمادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي.

بالفعل، في حين تستعمل النصوص الاتحادية كلمة "التجارة" "commerce" نلاحظ أن المصطلح المستعمل في الاتفاق هو "التبادلات" "les échanges". إلا أن هذا الاختلاف ليس له أهمية إذ أن كلا المصطلحين يتم استعمالهما كمرادفين من قبل الفقه⁽²⁾.

يجب أن يشمل مفهوم التأثير على التبادلات ليس فقط تجارة السلع ولكن جميع النشاطات ذات الطابع الاقتصادي.

ينحدر هذا التفسير من تطبيق المواد 85 و 86 من معاهدة روما (حالياً المواد 101 و 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي)، والذي يظهر ذات أهمية كبيرة لدراسة الشرط الذي تضمنته المادة 41/1- ب من اتفاق الشراكة. فبالفعل، يشمل هذا الأخير مختلف القطاعات الاقتصادية. يهدف الاتفاق إلى تحرير التبادلات التجارية بين الاتحاد والجزائر في القطاعات الصناعية والمالية، والخدماتية. يمكن أن تتعلق التبادلات وفقاً لمحكمة العدل للمجموعات الأوروبية بأموال مادية أو معنوية مثل حقوق الملكية الفكرية⁽³⁾، إذ يطبق من دو شك شرط التأثير على التبادلات بين الطرفين والذي يتضمنه الاتفاق على تبادلات حقوق الملكية الفكرية كما تبينه المادة 44 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية المذكور أعلاه⁽⁴⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 139.

² - Sur ce point, voir, Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 29.

³ - CJCE, arrêt du 25 octobre 1979, Greenwich Film Production, aff. 22/79, Rec. p. 3275 ; Sur ce point, voir, Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 30.

⁴ - نصت المادة 44 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية على ما يلي :

« 1 - يضمن الطرفان الحماية الملائمة والفعالية لحقوق الملكية الفكرية والصناعية والتجارية وفقاً لأعلى المقاييس الدولية بما في ذلك الوسائل الفعلية للدفاع عن مثل هذه الحقوق.

2 - ينظر الطرفان بانتظام في تنفيذ هذه المادة والملحق 96 في حالة ظهور صعوبات في مجال الملكية الفكرية والصناعية والتجارية تمس المبادلات التجارية، تعقد مشاورات عاجلة بناءً على طلب أحد الطرفين قصد التوصل إلى حلول ترضي الطرفين ».

يجب أن تتمّ هذه التبادلات بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، أي أن التبادلات التي تتمّ بين الجزائر أو المجموعة الأوروبية والدولة الثالثة عن هذا الاتفاق لا تخضع مبدئياً للمادة 41/1ب المذكورة آنفاً. إلا أنه يظهر من دراسة معمقة لبعض الحالات التي يمكن أن تنشأ استثناءات لهذا المبدأ. فبالفعل، يمكن أن يحصل ما يلي: إن اتفاق مبرم بين مؤسسة أوروبية أو جزائرية مع مؤسسة لدولة ثالثة ينتج آثار على مجرى التبادلات بين طرفي اتفاق الشراكة.

قامت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية، في هذا الاتجاه، بمعاينة الاتفاقات التي تمنع أو تحدّ من الصادرات خارج السوق الداخلية، فمثل هذه الاتفاقات يمكن أن تضرر بالتبادلات بين الدول العضوة بما أنها يمكن أن تعدل من حجم مبيعات المؤسسات المصدرة في السوق الداخلية⁽¹⁾.

لما تقوم مؤسسة والتي تحتل وضعيّة هيمنة تغطي دولة عضوة واحدة وبكاملها بممارسة تشكل إخلالاً تعسفياً بالدخول، في هذه حالة، يمكن أن تتأثر التجارة بين الدول الأعضاء. بصفة عامة، يجعل هذا التصرف التعسفي دخول منافسين لدول عضوة أخرى السوق صعباً جداً، حيث يحتمل أن يتمّ التأثير على تيارات التبادلات.

وبذلك، في قرار "Michelin"⁽²⁾، اعتبرت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية أنّ نظام تخفيضات الوفاء "les rabais de fidélité" يؤدي إلى استبعاد المنافسين التابعين للدول الأعضاء الأخرى، بالنتيجة، يؤثّر على التجارة وفقاً للمادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حالياً المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي). والأمر ذاته في قرار "Rennet"⁽³⁾، حيث استخلصت المحكمة أنّ التعسّف الذي يكون في شكل شرط الشراء الحصري المفروض على الزبائن يؤدي إلى استبعاد المنتجات الآتية من الدول الأعضاء الأخرى.

والى جانب ذلك، فمن المتصور أنّ التعسّف الذي يضر بالبنیان التنافسي لسوق ما توجد في دولة عضوة، والذي يمكن أن يتجسد في استبعاد منافس أو يهدد باستبعاده، يمكن أن يضر بالتجارة فيما بين الدول. مبدئياً، إذا كانت المؤسسة المهددة بالاستبعاد من جراء التعسّف لا تعمل إلا داخل دولة واحدة، فإنّ التعسّف هنا لا يؤدي إلى الإضرار والتأثير بالتجارة فيما بين الدول. وهذا على خلاف لو أن المؤسسة المقصودة لا يجري عملها في دولة واحدة وإنّما تصدر أو تستورد من دول أخرى أعضاء في الاتحاد⁽⁴⁾.

¹ - CJCE, aff. Suiker Unie, 16 décembre 1975 ; Sur ce point, voir, Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 30.

² - Voir, affaire 322/81, Nederlandse Banden Industrie Michelin, Recueil 1983, p. 3461 ; Sur ce point, voir, La Communication de la Commission Européenne : Ligne directrice relative à la notion d'affection du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, Communication préc., p. 92, point 93.

³ - Voir, Affaire 61/80, Coopérative Stremsel – en Kleurselfabriek, Recueil 1981, p. 851, point 15 ; Voir, La communication préc., p. 92, point 93.

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 140.

ومن جهة أخرى، فمن المتصور أن لا تغطي وضعية الهيمنة إلا جزء من إقليم المجموعة أو جزء من إقليم الجزائر، ومع ذلك يترتب عن التعسف في هذه الوضعية الإضرار والتأثير بالتبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر. ولكن يشترط، وفقا للمادة 41/1-ب المذكورة أن يغطي هذا الجزء جزءا أساسيا أو هاما من إقليم المجموعة أو إقليم الجزائر. ومن أمثلة ذلك قيام مؤسسة مهيمنة بارتكاب ممارسات تشكل تعسفا تؤدي إلى صعوبة دخول مؤسسات منافسة تعمل في دول أخرى (السوق الذي توجد فيه المؤسسات المهيمنة). ومن ذلك، إذا انصبّ التعسف على بنية أساسية، مطار أو ميناء، تهيمن عليها مؤسسة وكانت هذه البنية تستخدم في تقديم خدمات أو تبادل منتجات عبر حدود الدول الأعضاء، تكون هذه المؤسسة مرتكبة للتعسف⁽¹⁾.

2 - عنصر التأثير (الإضرار) على التبادلات فيما بين المجموعة الأوروبية والجزائر

وعلى مستوى قانون الاتحاد الأوروبي للمنافسة، يجب الإشارة إلى أنه لا عبرة، عند تطبيق نص المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي فيما يتعلق بأثر التعسف وكونه يؤدي إلى الإضرار بالتجارة فيما بين الدول الأعضاء، بمكان إنشاء وتواجد المؤسسة المهيمنة أو بمكان ارتكاب التصرف المجسّد للتعسف، وإنما يجب أن يكون لهذا التصرف أثر الإضرار بالتجارة التي تجرى بين دول الاتحاد. تهتم المادة 102 بأثر التعسف ولا تهتم بمكان المؤسسة المتعسفة أو بمكان وقوع التعسف. وبالتالي، فإنها تطبق على ممارسات تعسفية وقعت في دول ليست أعضاء مادامت يمكن أن تضر بالتجارة فيما بين الدول الأعضاء. وهذا مستفاد من النشرة التي توضح فكرة الإضرار والتي تقرر أن التعسف الذي يضر بالتجارة فيما بين الدول الأعضاء يمكن أن يقع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة⁽²⁾.

وهذا ما يؤكد اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، حيث نصّت المادة 41/3 على ما يلي:

« إذا رأت المجموعة أو الجزائر بأن هناك ممارسة تتعارض مع الفقرة 1 من هذه المادة. وإذا كانت مثل هذه الممارسة تتسبب في ضرر كبير للطرف الآخر أو تهدد بإلحاق ضرر كبير به، يمكنها أن تتخذ التدابير الملائمة بعد استشارة لجنة الشراكة. أو بعد إخطار هذه الأخيرة بثلاثين يوما من أيام العمل »⁽³⁾.

ويؤكد على ذلك أيضا الفصل الأول من الملحق 5 لاتفاق الشراكة المتعلق بكيفيات تطبيق المادة 41 في فقرته الأولى المتعلقة بالأهداف. والتي يفهم منها أن:

¹ - Voir, La Communication de la Commission Européenne : Ligne directrice relative à la notion d'affection du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, Communication préc., p. 93, points 97 – 99.

² - La Communication de la Commission Européenne : Ligne directrice relative à la notion d'affection du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, Communication préc., p. 83, points 23 – 24.

³ - مرسوم رئاسي رقم 159-05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

- تتمّ تسوية حالات الممارسات المخالفة للنقطتين أ وب من الفقرة 1 من المادة 41 من الاتفاق الأوروبي المتوسطي طبقا للتشريع المناسب، بحيث يتمّ تفادي كل أثر مضر بالتجارة والتنمية الاقتصادية بالإضافة إلى ما قد ينجم عن هذه الممارسات من أثر سلبي على المصالح الكبرى للطرف الآخر.

- تترتب اختصاصات سلطة المنافسة للطرفين لتسوية هذه الحالات من القواعد المتوفرة من قانون المنافسة الخاص بكل طرف بما في ذلك عندما تطبق هذه القواعد على مؤسسات تقع خارج إقليمها والتي لنشاطاتها تأثير على هاذين الإقليمين⁽¹⁾.

إن التصرف المجسد للتعسف يجب أن يكون من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر "il est susceptible d'affecter les échanges entre la communauté et l'Algérie" ولا يشترط أن يؤدي التعسف إلى الإضرار فعلا بالتبادلات. فمجرد الاحتمال يكفي هنا لتطبيق نص المادة 41/1⁽²⁾.

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، فإنّ التصرف المجسد للتعسف يجب أن يكون من المحتمل أن يضر بالتجارة فيما بين الدول الأعضاء، ولا يشترط أن يؤدي التعسف إلى الإضرار فعلا بالتجارة. فمجرد الاحتمال يكفي لتطبيق نص المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (المادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية). وتحديد ما إذا كانت الممارسة يمكن أن تضر أو لا بالتجارة، لا يلتفت فيها إلى عناصر أو ظروف شخصية أو قصد القائم بالممارسة، ولكن إذا قام الدليل على ذلك فإنه يعد أمرا جديرا بأن يؤخذ في الاعتبار⁽³⁾. ولا يشترط أن يقع الإضرار بالفعل، وإنما يكفي أن يكون من الممكن أن تضر الممارسة بالتجارة⁽⁴⁾.

وعند تحديد ما إذا كان التعسف يتضمن احتمال الإضرار بالتبادلات أم لا، فإنه يجب الأخذ في الاعتبار أن يكون هذا الاحتمال ناتجا عن التعسف نفسه وليس من عوامل قانونية أو وقائع لا علاقة لها بالممارسات التعسفية، من ذلك مثلا وجود عوائق طبيعية أو قانونية تؤدي إلى إحداث مثل هذا الإضرار. ليس هذا فحسب، بل يجب أن يكون لهذا التعسف تأثير على المجرى العادي للتبادلات فيما بين الدول الأعضاء. ويوجد هذا التأثير عندما يترتب عن التعسف توجيه التبادلات في اتجاه لم تكن لتسير فيه لو لم يرتكب التعسف⁽⁵⁾.

إن التأثير بالتبادلات فيما بين المجموعة الأوروبية والجزائر يمكن أن يكون مباشرا أو غير مباشر.

¹ - راجع الملحق 05 للمرسوم الرئاسي رقم 159-05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر المادة 41/1 من المرسوم الرئاسي رقم 159-05 المؤرخ في 27 أبريل 2005، المرجع السابق ذكره.

³ - La Communication de la Commission Européenne : Ligne directrice relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, Communication préc., p. 83, point 25.

⁴ - Ibid., point 26.

⁵ - Ibid., point 34.

يمكن أن يتجسد التأثير المباشر للتبادلات بين الطرفين المتعاقدين في عدة حالات « والتي تظهر تحت أي شكل من الضغط على التبادلات ». ومن بين الحالات التي يمكن تصورها: التمييز تبعا للجنسية بين المؤسسات التابعة للطرفين، فقدان منتج أو مصدر، تقسيم الأسواق من طرف المؤسسة في وضعية هيمنة، والذي يمنع الواردات الموازية (les importations parallèles)⁽¹⁾.

يمكن أن يكون التأثير على التبادلات بين الطرفين غير مباشر، فيمكن أن يتجسد مثلا في ممارسة تؤثر على التبادلات التجارية التي تجري بين أصحاب مؤسسات يستخدمون بطريقة أو بأخرى المنتجات التي تنصب عليها الممارسة المجسدة للتعسف. ويحدث هذا التأثير عندما تنصب الممارسة على منتج غير تام الصنع والذي لا ترد عليه المبادلات التجارية المشار إليها، ولكنه يستخدم في تصنيع منتج كامل الصنع والذي يعد هو محل هذه المبادلات⁽²⁾. فبالفعل، إنَّ الغاية من منع وتجريم الممارسات المقيدة للمنافسة ليست منحصرة في حماية التبادلات بين الأطراف، ولكن أيضا تمتد إلى حماية المنافسة في داخل السوق الداخلية⁽³⁾.

3 - عنصر التأثير (الإضرار) الملموس على التبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر

يمكن اتباع موقف الاجتهاد القضائي الأوروبي الذي يصر على الطابع الملموس أو الحساس للتأثير Le caractère sensible de l'affectation، رغم أن هذا الطابع غائب عن نصّ الاتحاد الأوروبي (المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي) وكذلك عن نصّ اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر (المادة 41/ب).

في الحقيقة، يتأصل موقف محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في قرارها 13 جويلية 1966 بشأن قضية "Grunding Consten". ربطت المحكمة في هذا القرار وجود تأثير على التبادلات بين الأعضاء بوجود دليل على « التأثير المباشر أو غير المباشر، حال أو متوقع، على تيارات التبادلات بين دول الأعضاء على نحو يمكن أن يضرّ بتحقيق أهداف السوق الموحدة »⁽⁴⁾.

لذا لا يكفي لتطبيق المادة 41/ب من اتفاق الشراكة بين المجموعة الأوروبية والجزائر، أن يترتب عن الممارسة المجسدة للتعسف إضرارا بالتبادلات فيما بين الطرفين، وإنما يجب أن يكون الإضرار ملموسا. فإذا كان هذا التأثير تافها، فإن الممارسة التعسفية تخرج عندئذ من نطاق تطبيق نصّ المادة المشار إليها. وكون الإضرار

¹ - Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 32.

² - La Communication de la Commission Européenne : Ligne directrice relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, La communication préc., pp. 84 – 85, point 38 ;

انظر حول هذه النقطة كذلك، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص. 142 – 143.

³ - Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 32.

⁴ - Grunding Consten, 56 et 58 – 64, Rec p. 429 ; Sur ce point, voir, Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 34.

ملموسا أم لا يرجع فيه إلى الحصة في السوق التي تمتلكها المؤسسة أو المؤسسات المهيمنة، وكذا إلى رقم أعمال هذه المؤسسات، فكلما كانت الحصة في السوق كبيرة وكلما كان رقم الأعمال ضخما، كلما زاد كون الإضرار المحتمل المترتب عن الممارسات التعسفية ملموسا⁽¹⁾. والشئ ذاته يقال عن المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (L'article 102 du TFUE).

ثالثا: أهمية شرط التأثير على التبادلات بين المجموعة والجزائر

يجب التذكير أولا أن هذا الشرط يمكن أن يلعب دورين، إنه قاعدة في الموضوع والتي تتعلق بها معاقبة التعسف في وضعية الهيمنة (الاستغلال المفرط لوضعية مهيمنة). وكذلك يمثل مجال التطبيق الجغرافي والمادي لقواعد المنافسة الواردة في اتفاق الشراكة المبرم بين الجزائر والمجموعة الأوروبية.

وفي القانون الاتحادي، يرتبط مقدار حساسية هذا الشرط بمقدار حساسية المساس بالمنافسة. لذلك، اقترح بعض الكتاب (GAVALDA & PARLÉANI) تشبيهه بمقياس أكثر شمولية والمتمثل في معيار تقييد المنافسة "La restriction de la concurrence". ويتأكد مثل هذا الاقتراح في سياق اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية وفي إطار أين يصعب جدا، وهذا في زمن عولمة التبادلات، أن تكون للممارسات المقيدة بالمنافسة (التعسف في وضعية الهيمنة) آثار داخلية بحتة⁽²⁾.

الفرع الثالث: عبء الإثبات

تشمل مسألة عبء الإثبات تحديد الطرف الذي يتحمل مهمة الإثبات⁽³⁾. يتمحور التفكير في مسألة الإثبات في قانون المنافسة حول مفهومين يجب التوقف عندهما، وهما من جهة "عبء الإثبات La charge de la preuve" ومن جهة أخرى "مقياس الإثبات" "Le standard de preuve". هذان المفهومان متربطان ولكنهما متميزان. يتعلق مفهوم عبء الإثبات بمسألة "من يجب عليه الإثبات؟". أما معيار الإثبات، فيتعلق بمسألة مختلفة والمتمثلة في شدة متطلبات الإثبات. أو بتعبير آخر، "إلى أي حد يجب علينا أن نثبت؟". لذلك، يقال أن معيار الإثبات هو "كمية الإثبات" المطلوبة على من يقع عليه عبء الإثبات، حتى يتم اعتباره قد تخلص من ثقل الإثبات الذي يقع على عاتقه⁽⁴⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 143.

² - Sur ce point, voir, Mokhtar BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 35.

³ - عواطف اليعقوبي، نظام الإثبات أمام مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس III، 2008 - 2009، ص 13.

⁴ - Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », RTD eur. 43 (2), avril - juin 2007, p. 208.

يحكم عبء الإثبات المبدأ المعروف والمتمثل في "الإثبات على من ادعى وليس على من أنكر" "C'est à celui qui dit qu'incombe la preuve, non à celui qui nie". بتعبير آخر، إن الإثبات على من يبادر في الادعاء وليس على من ينكر الوقائع والحقائق⁽¹⁾. يؤدي هذا المبدأ أو هذه القاعدة إلى تحليل على مرحلتين. تتمثل المرحلة الأولى في تأكيد الادعاء، والتي تحكمها القاعدة التالية: يقع الإثبات على طالب الاتهام (المدعي) "au demandeur à l'allégation". أما المرحلة الثانية، فتتمثل في الرد "la réplique"، إن الذي ينفي الادعاء يصبح بهذه الواقعة مدافعا (المدعى عليه) اتجاه الأول. وتحكم هذه المرحلة القاعدة التالية: يتحمل عبء الإثبات بدوره الطرف الذي يثير وسيلة للدفاع⁽²⁾.

تحظر المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق، كما نصّت المادة 1/44 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه على ما يلي:

« يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة. ويمكن للمجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك »⁽³⁾.

ويفهم من نصّ المادة 2/35 المذكور أعلاه أن الهيئات المعنية تتمثل في: الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهيمنة والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين⁽⁴⁾.

لكن مجرد الادعاء بوجود هذه الممارسة التعسفية غير كاف، وإنما على من ادعى ذلك أن يثبتها بحيث لا يقبل الإخطار المقدم لمجلس المنافسة، إن لم يكن مدعما بعناصر إقناع كافية⁽⁵⁾.

فطبقا للمبادئ أو القواعد العامة التي تحكم الإثبات والمذكورة أعلاه، فإنه يقع عبء الإثبات على من يدعي الطابع التعسفي للممارسة المشتكى منها.

وعلى مستوى القانون الفرنسي، تقابل المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المذكور أعلاه المادة L.426-5 من التقنين التجاري الفرنسي، حيث أنّه يمكن إلى جانب الإخطار التلقائي لسلطة المنافسة، أن

¹ - Ibid., p. 217.

² - Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », op. cit., pp 217 – 218.

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - حيث نصت المادة 2/35 من الأمر رقم 03-03 السالف ذكره على ما يلي :

« ويمكن أن تستشير أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين ».

⁵ - نصت المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« يُمكن أن يُصرّح المجلس بموجب قرار معلّل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعّمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية ».

يتم إخطار هذه الأخيرة من طرف هيئات محددة في نص هذه المادة نذكر منها: الوزير المكلف بالاقتصاد والمؤسسات⁽¹⁾.

كما أنه، وبموجب نص المادة L.462-8 من التقنين التجاري الفرنسي (والتي تقابل المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه)، يمكن لسلطة المنافسة أن ترفض إخطارا، وذلك بقرار معلل، لما تقدر أن الوقائع المثارة ليست مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، وهذا ما أكدته مجلس المنافسة الفرنسي في قراره المؤرخ في 06 جويلية 2006 بشأن القضية المتعلقة بشركة (TNC Distribution)⁽²⁾، والذي قضى فيه بعدم قبول إخطار هذه الأخيرة⁽³⁾. والأمر ذاته في قراره المؤرخ في 15 ديسمبر 2006 بشأن طلب اتخاذ إجراءات تحفظية من قبل شركة "Impression des Pyrénées"⁽⁴⁾، والذي قضى فيه برفض الإخطار المقدم في الموضوع وكذا رفض طلب اتخاذ التدابير التحفظية⁽⁵⁾. ويلاحظ حسب قرار محكمة استئناف باريس، بشأن قضية شركة "Des lubrifiants du du Midi" المؤرخ في 17 ديسمبر 1987، أن ما يحجب إثباته ليس بالضرورة هي حقيقة الوقائع التي تم التبليغ عنها، ولكن ما يحتمل أن يكون ممارسات مقيدة للمنافسة (التعسف في وضعية الهيمنة)⁽⁶⁾ فمجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة) كسلطة إدارية مستقلة لها وسائل مهمة تؤهلها للقيام بالتحقيق، كذا فإن مطالبة المخطر بإثبات صحة ادعاءاته مسبقا يجعل وظيفة المجلس في مجال التحقيق بلا جدوى⁽⁷⁾.

¹ - Voir, L'article L.462-5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Cons. conc., décision n° 06-D-19 du 06 juillet 2006, relative à une saisine de la société TNC distribution concernant le commerce en gros de pièces détachées pour automobiles ; www.autoritedelaconcurrency.fr/.

³ - Le conseil de la concurrence a précisé : « S'il est compréhensible qu'une entreprise saisissant le conseil de la concurrence de pratiques reprochées à une autre entreprise ne puissent faire état avec précision des coûts de cette dernière, il est néanmoins nécessaire, afin que les éléments apportés par la saisissante, puissent être considérés comme suffisamment probants pour engager une instruction » ; Sur ce point, voir, Cons. conc., décision préc.

⁴ - Cons. conc., décision n° 06-D-39 du 15 décembre 2006, relative à une demande de mesures conservatoires de la société Impression des Pyrénées ; www.autoritedelaconcurrency.fr/.

⁵ - Le conseil de la concurrence a précisé : « L'article 42 du décret du 30 avril 2002 énonce que " la demande de mesures mesures conservatoires mentionnée à l'article L.464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée ". Une demande de mesure conservatoire ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L.462-8 du code de commerce selon lequel le conseil de la concurrence " (...) peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants " » ; Sur ce point, voir, Cons. conc., décision préc.

⁶ - CA Paris, arrêt « Société des lubrifiants du Midi », 17 décembre 1987, BOCCRF, 29 décembre 1987, p. 393 ;

حول هذه النقطة، أنظر، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 293.

⁷ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

انطلاقاً من نصّ المادة 1/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق في الجزائر والتي يقابلها نصّ المادة 5-462 L. من التقنين التجاري الفرنسي، فإنه يمكن لمجلس المنافسة الجزائري ولسلطة المنافسة الفرنسية أن يخطرا نفسيهما تلقائياً بأيّ تعسّف في وضعية هيمنة. ففي هذه الحالة يتحملان لوحدهما عبء الإثبات. وهذا ما أكّدته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 12 أكتوبر 1993⁽¹⁾. يطرح مبدأ عبء الإثبات على من يدّعي الطابع التعسّفي للممارسات المشتكى منها صعوبات، لما يتدخل قانون الاتحاد وذلك، عندما تعلن محكمة العدل للمجموعات الأوروبية (حاليا محكمة العدل للاتحاد الأوروبي) بأن ممارسة ليست مطابقة للمادة 86 من اتفاقية روما لسنة 1957 (المادة 82 من المعاهدة المنشأة للاتحاد الأوروبي وحاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي). فالأجهزة القضائية الوطنية مرتبطة بذلك القرار وذلك اتجاه سمو قانون الاتحاد، فهناك إذن انقلاب لعبء الإثبات، فيجب على من كان في وضعية الهيمنة أن يقدم التبرير⁽²⁾. لذلك حكمت المحكمة في قضية "Sacem" أنه يتعيّن على من يتواجد في وضعية هيمنة تبرير تصرفه⁽³⁾.

المبحث الثاني: الممارسات الموصوفة بالتعسّف في وضعية الهيمنة

سنّ المشرّع الجزائري في المادة 1/7 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) الحالات التي يتجسد فيها التعسّف في وضعية الهيمنة⁽⁴⁾. يفهم من المادة 07 منه الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة أنّه يحظر كل تعسّف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

¹ - Cass. com., arrêt du 12 octobre 1993 : « La charge de la preuve des pratiques anticoncurrentielles entrant dans le champs d'application des articles 7 et 8 (l'abus de position dominante) de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (...) incombe à celui qui s'en prétend victime ou aux autorités administratives dans le cadre des enquêtes... » ; Rapport annuel du conseil de la concurrence 1993 ;

حول هذه النقطة، أنظر، عواطف اليعقوبي، نظام الإثبات أمام مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 15.

² - Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit interne de la concurrence, op. cit., p. 201.

³ - CJCE, arrêt du 13 juillet 1989, SACEM c/ Tornier, Rec., CJCE, 1989, p. 2521 ; Cité par Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit interne de la concurrence, op. cit., p. 201.

⁴ - حيث نصّت المادة 07 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« يمنع كل تعسّف ناتج عن هيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه يتجسد في :

- رفض البيع بدون مبرر شرعي وكذلك احتباس مخزون من منتجات في محلات أو في أي مكان آخر مصرح به أو غير مصرح به،

- البيع المتلازم أو التمييزي،

- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا،

- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،

- قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير شرعية،

- كل عمل آخر من شأنه أن يحد أو يلغي منافع المنافسة في السوق ».

- الحدّ من الدخول في السّوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السّوق وذلك عن طريق ممارسة التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولاخفاضاها،

- حرمان الشركاء التجاريين من منافع المنافسة وذلك عن طريق تطبيق شروط غير متكافئة (تميزية) لنفس الخدمات تجاههم،

- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية. ويقابل هذه المادة نصّ المادة L.420-2,1 من التقنين التجاري الفرنسي، والذي قدم أمثلة لحالات التعسّف الناتجة عن استغلال تلك الوضعية⁽¹⁾.

في حين يفهم من نصّ المادة 41/1-ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية على أنه يتعارض الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية هيمنة على كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه وعلى كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه، مع السير الحسن لهذا الاتفاق طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر، دون أن يتمّ تقديم صور للممارسات التعسّفية. إلا أنه بالرجوع إلى الملحق (05) لهذا الاتفاق المعنون كما يلي: « كفاءات تطبيق المادة 41 » في فصله الأوّل، فإنّه يُفهم من النقطة الأولى من هذا الفصل ما يلي:

- تتمّ تسوية حالات الممارسات المخالفة للنقطة ب من الفقرة 01 من المادة 41 المذكورة أعلاه طبقا للتشريع المناسب، وتترتب اختصاصات سلطات المنافسة للطرفين لتسوية هذه الحالات من القواعد المتوفرة في قانون المنافسة الخاص بكل طرف. وكما يفهم أيضا من النقطة الثانية من هذا الفصل بأنه ولأغراض القواعد يقصد بقانون المنافسة:

بالنسبة للمجموعة الأوروبية المادتين 81 و82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المواد 101 و102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي)⁽²⁾. وبالنسبة للجزائر، الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25

¹ - L'article L.420-2,1 du code de commerce français dispose que :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

² - L'article 102,2 du TFUE (ex-article 28 TCE) dispose que :

« Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

جانفي 1995 وكل تعديل أو إلغاء يمكن أن تتعرض له الأحكام المشار إليها أعلاه (كالأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر وتعديلاته)⁽¹⁾. وبالتالي، يتم الرجوع إلى نص المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه.

وتتمثل الممارسات التعسفية التي يمكن أن تصدر عن المؤسسة المهيمنة في تلك السلوكيات التجارية التعاقدية أو ما قبل التعاقدية التي تتجاوز حدود المنافسة الاقتصادية العادية والطبيعية والتي ترتكبها مؤسسة في وضعية هيمنة، إذ لم يكن هدفها سوى القضاء على المنافسين الحاليين أو المحتملين أو الحصول على امتيازات غير مبررة، ونظرا للضرر الاقتصادي الذي ترتبه هذه الممارسات اعتبرت ذات طابع غير عادي⁽²⁾.

انطلاقا مما سبق ذكره، تصنف الممارسات التعسفية كما يلي:

- الممارسات الاستيعادية المجسدة للتعسف في وضعية الهيمنة (المطلب الأول).
- ممارسات المؤسسة المهيمنة المجسدة للتعسف والمرتبطة بعلاقتها التجارية مع غيرها من المؤسسات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الممارسات الاستيعادية المجسدة للتعسف في وضعية الهيمنة

يقصد من الممارسات الاستيعادية المجسدة للتعسف محل الدراسة، تلك التصرفات أو الممارسات التعسفية الهجومية والتي تهدف إلى تقليص المنافسين في السوق المرجعية ومنع دخول المنافسين الجدد⁽³⁾. وللوصول إلى هذه الغايات، غالبا ما تلجأ المؤسسة المهيمنة إلى استخدام بعض الآليات القانونية والفنية التي يكون الغرض منها إما غلق السوق في مواجهة المنافسين (الفرع الأول) أو الاستئثار بالعملاء أو الموردين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الممارسات الهادفة إلى غلق السوق في مواجهة المنافسين

تحاول المؤسسة المهيمنة، بموجب هذه الممارسات، تخفيض سلطة السوق التي يتمتع بها المنافسون وذلك عن طريق خفض حصصهم في السوق المرجعية، أو غلق هذه الأخيرة ومنع دخول منافسين جدد أو استبعاد المنافسين القائمين فعلا من هذه السوق⁽⁴⁾.

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant, de ce fait, un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم على التوالي بموجب القانونين التاليين :

- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 48.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 163.

⁴ - المرجع نفسه، ص 164.

ومن بين الوسائل والآليات القانونية لتحقيق مثل هذه الأهداف، نذكر رفض البيع، التمسك بحق الملكية، شرط عدم المنافسة، منع استخدام التسهيل الأساسية التي تمتلكها المؤسسة المهيمنة والتي تكون لازمة لتتمكن المؤسسات المنافسة الأخرى من ممارسة نشاطاتها.

أولاً: رفض البيع

نصّت المادة 15 من القانون رقم 04-02، المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽¹⁾، على ما يلي:

« تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذ كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة.

لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات». إذن، يعتبر رفض البيع بحدّ ذاته ممارسة تجارية غير شرعية، ويمكن أن يشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق إذا صدر عن مؤسسة متمنعة بوضعية هيمنة على السوق، إذ أنّ رفض البيع قد يستهدف الحدّ من الدخول إلى السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها أو يؤدي إلى تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني وذلك وفقاً للمادة 07 من قانون المنافسة الجزائري⁽²⁾.

وقد تضمنت المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي رفض البيع الصادر عن مؤسسة مهيمنة، وبذلك يشكل تعسفاً في وضعية الهيمنة.

يشكل رفض البيع بدون أيّ شك، إحدى الممارسات المقيدة الأكثر خطورة عند التعامل مع المؤسسة المهيمنة: يكفي في بعض الأحيان مجرد تهديد باللجوء إلى رفض البيع لتهدئة التعامل الذي يُظهر بعض ملامح الاستقلالية⁽³⁾.

وقد يمكن أن يشكل رفض البيع تصرف تمييزي تقوم به مؤسسة مهيمنة اتجاه شريك اقتصادي محدد دون غيره، فبالنسبة لمجلس المنافسة الجزائري، أعاب مؤسسة (E.N.I.E) لقيامها « بالتمييز بين الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم، إذ لا تستجيب لطلبات البعض »⁽⁴⁾. ورغم إنكار المؤسسة لهذا المأخذ، إلّا أنه يتجلى من الوثائق الملحقة بالملف « أن المسمى "ش" الذي أودع يومي 06 جانفي و 17 أفريل طلباً لاقتناء 50 تلفازاً و 700 هوائية، قد أُشعر بعدم توفرها، بينما أُستجيب كلية يومي 04 جانفي و 17 أفريل 1996 لطلبات المسمى

¹ - قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

² - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - Michel GLAIS & Philippe LAURENT, Traité d'économie et de droit de la concurrence, PUF, Paris, 1983, p. 395.

⁴ - مجلس المنافسة الجزائري، القرار رقم 99-01 المؤرخ في 23 جوان 1999 المتعلّق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، المرجع السابق ذكره.

"م" من نفس المنتجات ». وقد اعتبر المجلس « التذرع بعدم توفر المنتجات لتبرير عدم تلبية طلبات زبون في الوقت الذي تسلم فيه زبون آخر طلباته رفضا مقنعا للبيع »⁽¹⁾.

وقد حكمت محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية بأن يقع تحت طائلة نص المادة 08 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 (حاليا المادة 1,2-420 L من التقنين التجاري الفرنسي) ما قامت به الفدرالية الفرنسية لكرة القدم. من رفض منح شبكة "الخامسة" للتلفزة ترخيص نقل وقائع مباراة في كرة القدم⁽²⁾. يشكل رفض البيع أو تقديم الخدمة تعسفا إذا لم يكن مبررا بأسباب شرعية تتعلق خصوصا بأمن الأجهزة، التزامات الخدمة العامة، ضرورة توفير خدمة ما بعد البيع أو بطابع غير عادي للطلب. إن كون المؤسسة منافسة للمؤسسة التي تطلب منها شراء منتجات أو تقديم معلومات أو تقديم خدمات، لا يعفي هذه الأخيرة من تقديم ما تطلبه منها في شروط تجارية عادية، طالما أنها تحتل وضعية هيمنة على السوق، وأن رفضها لا يشكل ردة فعل متناسبة مع حماية مصالحها⁽³⁾.

إذ يمكن أن يكون لرفض البيع أو التوريد بالمنتج أو الخدمة ما يبرره، كما لو كان يتجاوز تلبية طلب البيع المقدم إليه قدرته الإنتاجية، بأن لم يكن لديه مخزون، أو كان المخزون غير كافٍ لتلبية طلب عميل جديد⁽⁴⁾، أو كان الرفض لا يعدل أو يمس من هيكل المنافسة في السوق، وذلك إذا كان بمقدور الغير التزود أو الحصول على المنتج من موردين آخرين، بأن كان هناك مصدر آخر من الممكن الاتجاه إليه كبديل للسلعة المعنية⁽⁵⁾.

إن الرفض الذي يشكل تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة هو الرفض غير المبرر بأسباب موضوعية، وبناءً على ذلك، لا يجوز مثلا للمؤسسة المهيمنة أن تبرر الرفض بقيامها بتغيير سياستها التجارية أو التوزيعية⁽⁶⁾.

وقد يأخذ رفض البيع أحد الشكلين، إما أن يرفض الصانع أو الموزع البيع للعميل لإجباره على ألا يشتري إلا منه أو ليحمله على احترام بعض الشروط الإلزامية كاتفاق الحصري، أو رفض البيع نتيجة وجود شبكة توزيع كاملة، وهذه الأخيرة هي الموزع الوحيد. فرفض البيع أو تقديم الخدمة أو رفض التوريد، لغرض استبعاد منافسين

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 178.

² - CA Paris, arrêt du 10 février 1992 et Cass. com., arrêt du 01 mars 1994 ; Sur ce point, voir, Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 277.

³ - Marie-Chantal BOUTARD LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 79.

⁴ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 149.

⁵ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 128.

⁶ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 149.

حاليين أو محتملين ومنع دخولهم إلى السوق، هي ممارسة مقيدة للمنافسة إذا صدرت عن مؤسسة مهيمنة⁽¹⁾. والجدير بالذكر أن توافر التعسف في وضعية الهيمنة يتأتى ليس فحسب من جهة رفض البيع، وإنما من أن هذا الأخير يفضي إلى منع المنافسة في السوق المرجعية⁽²⁾.

ثانيا: التعسف في وضعية الهيمنة والتمسك بحقوق الملكية الفكرية

تمنح حقوق الملكية الفكرية لصاحبها حقوقا حصرية (مثلا حقوق حصرية للصناعة وللعرض وللتوزيع). إنه من الخطأ استخلاص من هذه الحصرية وجود وضعية الهيمنة⁽³⁾. بل يتعلق الأمر بتحديد السوق المرجعية تبعا للقواعد العامة المذكورة لتحليل، فيما بعد، إذا ما كانت المؤسسة المعنية تهيمنها. في الحالة العادية، هناك وجود بدائل لحقوق الملكية الفكرية، والتي يمكن بها الإنتاج والتوزيع دون اللجوء إلى حق الملكية الفكرية المعني. إذا تم اعتبار حقوق الملكية الفكرية في بعض الأحيان كحقوق ذات طبيعة احتكارية، فهذا المصطلح ليس دقيق في نظر قانون المنافسة⁽⁴⁾.

تشكل حقوق الملكية الأدبية، وعلى وجه الخصوص حق المؤلف، عقبة كبيرة تمنع دخول منافسين جدد إلى السوق الموجودة بها المؤسسة التي تمتلك هذه الحقوق، والذي يحدث دائما، أن تقوم هذه الأخيرة بالتمسك بحق الملكية الأدبية كوسيلة لعرقلة دخول أي منافس آخر. ويجب التنبيه إلى أن تمسك المؤسسة المهيمنة بحق الملكية وتمسكها بحقها في الاستثناء باستغلال عمل معين محمي بحق المؤلف، لا يشكل تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة، وسواء كانت المؤسسة المهيمنة مالكة لحق المؤلف أو حصلت على حق استغلاله بطريقة مشروعة (عن طريق الشراء أو التنازل)، فإن هذا الأمر لا يعد تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة، وإنما يجب أن تكون ممارسة حق من حقوق الملكية الأدبية متفقة مع المسؤولية الخاصة الملقاة على عاتق المؤسسة المهيمنة، وهي عدم إعاقة المنافسة.

ولذلك، فإذا ارتبطت ممارسة حق الملكية بتصرفات تؤدي إلى إعاقة وتقييد المنافسة (في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة) وتؤدي إلى التأثير بالمبادلات بين الجزائر والمجموعة الأوروبية (في ظل اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية)، فإن المؤسسة تكون عندئذ قد ارتكبت تعسفا في استخدام وضعية

¹ - خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 126.

² - المرجع نفسه، ص 127.

³ - CJCE, arrêt du 06 avril 1995, RTE et ITP / Commission (« Magill ») ; aff. jtes. C-241/91P et C-242/91P, Rec. 1995, p. I-743, n. 46 : « En ce qui concerne la position dominante, il faut rappeler tout d'abord que le simple fait d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne saurait conférer une telle position » ; Sur ce point, voir, Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 117.

⁴ - Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., pp. 117 – 118.

الهيمنة واستحقت بالتالي العقوبة. إذا كان من حق المؤسسة أن تتمسك أو تمارس حقها في الملكية، فليس من حقها أن تمارس في السوق التي تتمتع فيها بوضعية الهيمنة هذا الحق بطريقة تعوق حرية المنافسة⁽¹⁾.

ومن أجل تحقيق التوافق بين حرية المنافسة وحماية حقوق الملكية، فإن صاحب الحق لا يُحرم من حقه، وإن الاستغلال التعسفي لهذا الحق هو المعاقب عليه ويبقى خاضعا لرقابة التعسفات (Le contrôle de l'abus)⁽²⁾.

ومن أمثلة التصرفات التي يمكن أن تقوم بها المؤسسة المهيمنة استنادًا إلى حق من حقوق الملكية الفكرية والتي يمكن أن تُشكل تعسفا في وضعية الهيمنة:

- تعتبر المؤسسة المهيمنة، والتي تتمكن من الحصول على حق ملكية فكرية وذلك بمخادعة السلطة المعنية، مرتكبة للتعسف في وضعية الهيمنة وفقا لنص المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (L'article 102 du TFUE). وبذلك، عاقبت اللجنة الأوروبية والتي تم تأييدها من طرف محكمة الدرجة الأولى للاتحاد الأوروبي المؤسسة التي قامت باستبدال دواء في شكل كبسولة (capsule) بتركيبية مماثلة في شكل أقراص (comprimés) بإلغاء ترخيص وضع الكبسولات في السوق. يتمثل الغرض من هذه الممارسة إعاقه دخول سوق المنتجات الجنيصة (des produits génériques)⁽³⁾.

- قد يتمثل التعسف في ارتكاب المؤسسة المهيمنة المالكة لحقوق الملكية ممارسات تعسفية تقوم على اتباع سياسة الأسعار التمييزية. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يجوز لصاحب حق الملكية الفكرية أن يتعسف في استغلاله عن طريق ممارسة سياسات سعرية تقوم على التمييز⁽⁴⁾. كما قررت أيضا محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية، أن قيام مالك حق المؤلف بتقرير أسعار مغالى فيها بالنسبة للصفقات التي تتم داخل الاتحاد الأوروبي، وأخرى معتدلة بالنسبة للصفقات التي تتم خارج دول الاتحاد، يشكل تعسفا في وضعية الهيمنة⁽⁵⁾.

اشد النقاش حول معرفة هل يمكن إخضاع صاحب حق الملكية الفكرية لالتزام منح الرخصة وذلك على أساس قانون المنافسة.

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 150.

² - Marie MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, op. cit., pp. 140 – 141.

³ - TPIUE, arrêt du 01 juillet 2010, aff. T-321/05- A StraZeneca / Commission, Rec. 2010, II-000 ; Voir, Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 118.

⁴ - Cass. com., arrêt du 28 janvier 1992, Bull. civ.IV, n° 50 ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، ص 169.

⁵ - TPICE, arrêt du 16 décembre 1999, affaire T-198/98, Micro Leader Business ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 169 – 170.

قضت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في قضية "Magill" أنّ رفض منح رخصة لا يشكل بحد ذاته تعسفاً في وضعية الهيمنة. ومع ذلك، يمكن أن تعتبر ممارسة حق حصري وذلك "في ظروف استثنائية" تصرفاً تعسفياً. في القضية المذكورة، منعوا أصحاب حقوق المؤلف (القنوات التلفزيونية، والتي تنشر كل منها برنامج التلفزة والتي لا تحوي إلا على البرنامج الخاص بقنواتها، والتي ترى أنّها تحمي حق المؤلف) ظهور دليل أسبوعي (un guide hebdomadaire) للتلفزة يحوي على برامج جميع القنوات التي يمكن التقاطها في إيرلندا. وفي هذه القضية، قضت المحكمة أنه سيكون هناك تعسفاً لو كان رفض منح الرخصة (عملياً إمداد منافسين بمعلومات محمية بهذه الحقوق) يشكل عائقاً لظهور منتج جديد (المادة 102/2 النقطة ب من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي)، وإذا لم يكن هناك أسباب موضوعية لهذا الرفض وأخيراً إذا تمّ إقصاء كل منافسة في السوق المشتقة⁽¹⁾.

تمّ القضاء بأنّ هذه الشروط متوفرة في قضية "Magill" المذكورة أعلاه أين أرادت المؤسسة إنشاء دليل لم يكن موجوداً حينئذ في السوق الإيرلندي. وهذا الشرط مشروع كون أن مجرد إنتاج لحق موجود لا يمكن أن يبرر حق الدخول إلى معلومات محمية⁽²⁾. وبالتالي تمّ القضاء بالزام حائزي حقوق الملكية الفكرية بمنح رخصة إجبارية⁽³⁾.

لا تزال مسألة معرفة هل يجب فهم المعياران (الشرطان) الأوّل والثالث لقضية "Magill" بأنهما متطلبات مجتمعة أو بديلة، أي توفر أحدهما يغني توفر الآخر، مثيرة للجدل. وما يبيّن ذلك، ما قرّره اللجنة الأوروبية من اعتبار شركة ميكروسوفت (Microsoft) قد ارتكبت تعسفاً في وضعية الهيمنة عندما رفضت إمداد شركة (Sun) بمعلومات لازمة لكي تتمكن هذه الأخيرة من ممارسة أنشطتها، حيث توصلت اللجنة إلى إثبات أن ميكروسوفت قد تعسفت في وضعيتها المهيمنة على سوق أنظمة الاستغلال (Le marché des systèmes d'exploitation)، حيث أنّ الشركة قامت بتقييد التوافقية بين نظام الاستغلال ويندوز "Windows" مع برامج الاستخدام لمؤسسات منافسة حتّى تتمكن من فرض برنامجها الاستخدام الخاص بها⁽⁴⁾.

ميدانياً، كانت الشركة تهدف من وراء هذه الاستراتيجية إلى تمديد وضعيتها المهيمنة التي حازت عليها في السوق أنظمة الاستغلال الخاصة بأجهزة الكمبيوتر النقالة (PC) إلى سوق أنظمة الاستغلال لجميع أجهزة الكمبيوتر. حيث بعدما نشرت هذه الشركة في البداية وبكيفية واسعة المعلومات المتعلقة بواجهات (interfaces)

¹ - CJCE, arrêt du 06 avril 1995, RTE et ITP / Commission (« Magill ») ; aff. jtes. C-241/91P et C-242/91P, Rec. 1995, p. I-743, n. 49s ; Voir, Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 119.

² - Laurence IDOT, « Droit exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) », LPA, n° 235, 25 novembre 2005, p. 5 ; www.lextenso.fr/

³ - Frédéric MARTY & Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », Revue d'économie industrielle, n° 129 – 130 (1^{er} et 2^{ème} trimestres 2010), p. 281 ; www.cairn.info/

⁴ - Comm. CE, décision du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Europe ; Sur ce point, voir, Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., pp. 119 – 120.

نظامها للاستغلال (SE)، قامت تدريجيا بتحديد الدخول، في حين كانت ويندوز (Windows NT) تتحصل شيئا فشيئا على حصص السوق⁽¹⁾. وبذلك تم إلزام شركة ميكروسفت بوضع تحت تصرف باقي موردي برامج الاستخدام الآخرين المعلومات المتعلقة بالواجهات اللازمة. كما فرضت اللجنة غرامة بمقدار 500 مليون أورو في مواجهة المؤسسة⁽²⁾.

ويشترط لاعتبار هذا الرفض تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة، من وجهة نظر اللجنة الأوروبية، أن يكون من شأنه منع ظهور منتج جديد، وألا يكون مبررا باعتبارات موضوعية⁽³⁾. رفضت محكمة الدرجة الأولى للاتحاد الأوروبي الطعن من طرف ميكروسفت والتي أكدت في قرارها بأن الشروط الواجب توافرها لإلزام منح رخصة للغير متوفرة في قضية الحال. وفسرت هذه المعايير بكيفية واسعة، حيث قضت بأنه يكفي من أجل هذا الغرض، أن يكون التقدم أو التطور التقني محددا (المادة 102/2 في النقطة ب من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي). حيث يتبين من وقائع القضية أن المستهلكين كانوا منحصرين ومقيدين بالحل المناسب لويندوز Windows، رغم أن لهم أفضليات لبرامج منافسة (des logiciels concurrents)⁽⁴⁾.

لا يجوز للمؤسسة المهيمنة أن تبرر رفضها بالاستناد إلى أنها مالكة لحق الملكية الأدبية. وإنما يمكن أن تبرر رفضها بالاستناد إلى نفاذ المخزون من السلعة محل الحماية أو لعدم قيام طالب السلعة بسداد ثمنها في الميعاد المتفق عليه⁽⁵⁾.

أكدت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي في قضية (IMS) على أهمية الشرط المتعلق بالمنتج الجديد وأحالت تقديره للقاضي الوطني، في حين أن النقاش متعلق بالشرط الثالث حتى يتشكل التعسف، هل يجب أن ينتج عن رفض منح الدخول إلى المنتج والذي يشكل السوق الأول (السوق الأصلي) (marché amont) أثر الطرد على السوق الثانوي (السوق المصب) (marché aval)، كما هو الحال في قضية (Magill)، والذي أثارته (الشرط الثالث) مؤسسة (IMS) لرفض تطبيق هذا الاجتهاد على قضيتها والتي لم يتم اتباعها من طرف

¹ - « Microsoft fut également condamné pour avoir inclus son lecteur numérique Media Player dans son système d'exploitation Windows. Cette pratique, dite de vente liée, a eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des logiciels de lecture multimédia. La commission décida que Microsoft devait désormais proposer aux constructeurs d'ordinateurs des versions de Windows non dotées de son logiciel de lecture afin de permettre à ses concurrents de se repositionner sur ce marché et de relancer la dynamique innovatrice » ; Sur ce point, voir, Frédéric MARTY & Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », op. cit., p. 283.

² - Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 120.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره، ص 151.

⁴ - TPIUE, arrêt du 17 septembre 2007, aff. T-201/04-Microsoft / Commission, Rec. 2007, II-3601 ; Sur ce point, voir, Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 120.

⁵ - Cons. conc., décision n° 04-D-09, 31 mars 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، ص ص. 168 - 169.

المحكمة، إذ اجتنبت هذه الأخيرة المناقشة وذلك باعتبارها أنّ السوق الثانوي يمكن أن يكون محتملا (potentiel)⁽¹⁾.

وترى المحكمة في هذه القضية أن استلزام مثل هذه الشروط يقتضي اعتبارات الموازنة بين ضرورة حماية حقوق الملكية الأدبية والمبادلات الاقتصادية التي يتخذها مالكوها من ناحية، وبين ضرورة حماية حرية المنافسة من ناحية أخرى⁽²⁾. فحرية المنافسة تأبى أن يتخذ مالك الحقوق الأدبية من ملكيته لها سببا أو ذريعة لمنع المنافسة في سوق ما ومنع منافسين جدد من الدخول إلى هذه السوق، كما أنّ ضمان حرية المنافسة لا يعني حرمان المؤسسات من حقوق الملكية، فكل الحقلين محمي بموجب القانون، ولكن لا يجب أن تؤثر ممارسة أحدهما على الآخر⁽³⁾.

يجب الأخذ بعين الاعتبار أن منح حقوق حصرية تؤدي بصفة أوتوماتيكية إلى حرية جد كبيرة لتحديد السعر. بالفعل، يجب أن يكون بإمكان الحائز على حق الملكية الفكرية أن يسترجع تكاليف البحث والتطور: ليس فقط تلك المتعلقة والضرورية للمنتج الذي وضع للبيع، ولكن كذلك تلك المستثمرة في المنتجات الأخرى، والتي لم تتلق نفس النجاح التجاري. ومع ذلك، لا يجب على حائز لمثل هذا الحق أن يفرض أسعارا، والتي قدرت بأنها مرتفعة بشكل تعسفي⁽⁴⁾.

ثالثا: شرط عدم المنافسة

يمكن أن يتضمن مختلف العقود "شروط عدم المنافسة" وذلك على سبيل الوقاية، فالمسؤولية المترتبة هي عقدية وليست جزائية⁽⁵⁾.

ومن العقود التي يدرج فيها شرط عدم المنافسة نجد: بيع المحل التجاري، إذ أنّ من الالتزامات التي تقع على عاتق بائع المحل التجاري، ضمان عدم التعرض للمشتري لفتح محل مماثل يمارس فيه نفس النشاط

¹ - CJUE, arrêt du 29 avril 2004, aff. C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, I-5039, n° 38 ; Sur ce point, voir, Laurence IDOT, « Droit exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) », op. cit., p. 5.

² - "Ces conditions garantissent « La mise en balance de l'intérêt relatif à la protection du droit de la propriété intellectuelle et à la liberté d'initiative économique de son titulaire, d'une part, avec l'intérêt relatif à la protection de la libre concurrence, d'autre part »", CJCE, L'affaire d'IMS Health précitée ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 169.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 169.

⁴ - Vincent MARTENET & Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit., p. 118.

⁵ - Brigitte HESS-FALLON & Anne-Marie SIMO, Droits des affaires, 12^{ème} édition, Paris, 1999, p. 75.

السابق⁽¹⁾، ويمكن للمشتري أن يزيد من هذا الضمان وذلك بأن يشترط في عقد بيع المحل التجاري شرط عدم المنافسة، وهنا يتابع البائع طبقا للمادة 384 من التقنين المدني الجزائري⁽²⁾.

ينتج عن شرط عدم المنافسة آثار، في حين لم يعد يُنتج العقد الذي يتضمن هذا الشرط آثارا. أو بتعبير آخر، إن شرط عدم المنافسة ينظم ويحكم ما بعد العقد "L'après contrat"⁽³⁾.

إن شروط عدم المنافسة لا تكون مقبولة إلا إذا كانت محدّدة:

- في موضوعها: لا يمكن لها أن تمنع كلّ النشاطات المهنية، لكن سوى تلك التي تكون على حساب المستفيد.

- في الزمن: إنّ المدة الطويلة تؤدي إلى بطلان الشرط.

- في المكان: تختلف الأبعاد وذلك تبعا للنشاط المحمي، فيمكن أن يكون طريق، حي، مدينة أو أكثر⁽⁴⁾.

ففيما يتعلّق بقانون وضعيات الهيمنة، كثيرا ما تفرض المؤسسة المهيمنة على عملائها المنافسين شروط عدم المنافسة، وذلك بهدف منعهم من تنمية وزيادة حصصهم في السوق، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى عدم زيادة سلطتهم في السوق، وهذا من شأنه أن يعرّز وضعية المؤسسة المهيمنة في السوق. وقد اعتبرت محكمة استئناف باريس، قيام هذه المؤسسة بفرض بند عدم المنافسة في العقود التي تبرمها مع عملائها من قبيل الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة، وقد أيدتها محكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁾.

يتضمن صراحة العقد الذي يربط بين المؤسسات المهيمنة أو أحد فروعها أو وكالاتها والمتعاقد معها شروط عدم المنافسة والتي يلتزم بموجبها هذا الأخير بعدم ممارسة أنشطة منافسة للأنشطة التي تمارسها الأولى⁽⁶⁾.

¹ - أنظر المادة 37 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق ذكره.

² - نصت المادة 384 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، على ما يلي :

« يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه ».

³ - Daniel FASQUELLE, Jean-Pierre BERTREL, Jacques DELGA & Christophe COLLARD, Droit de l'entreprise (L'essentiel pour comprendre le droit), 11^{ème} édition, Lamy, Paris, 2006, p. 489.

⁴ - Brigitte HESS-FALLON & Anne-Marie SIMO, Droits des affaires, op. cit., p. 76.

⁵ - Cass. com., arrêt du 09 mai 2001, relatif au pourvoi formé par la société Groupement d'Entreprises de Services (G.E.S) contre un arrêt rendu le 27 octobre 1998 par la C.A de Paris, BOCCRF, n° 9 du 23 juin 2001 ; www.finances.gouv.fr/

حول هذه النقطة، أنظر، جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره، ص 152.

⁶ - وتتم صياغة هذا الشرط كما يلي :

« Au cas où de votre fait, le présent contrat viendrait à être cédé, directement ou indirectement, apporté en société, inclus dans une gérance libre, ou dans une location, ou encore cesserait pour quelque cause que ce soit, et notamment par dénonciation ou résiliation anticipée, vous vous engagez à ne pas vous occuper directement ou indirectement, dans le secteur qui vous est confié, de la vente de produits susceptibles de concurrencer les nôtres. L'interdiction s'appliquera pendant un délai de trois ans à dater de la cession ou de la cessation du contrat » ; Cons. conc., décision n° 2000-D-82 du 26 février 2001, relative à des pratiques relevées dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles sur le marché de l'impulsion ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

رغم أنّ شرط عدم المنافسة يُعد مخالفاً لمبدأ حرية التجارة والصناعة، الذي يتفرع منه مبدأ المنافسة الحرة، إلاّ أنّه مفيد إلى حدّ ما لأنّه يضمن الحفاظ على العملاء "La clientèle" وبقائهم، كما يسهل إبرام العقد الرئيسي. فعلى سبيل المثال، أيّ تاجر هذا سيقبل بشراء محلّ تجاري، إذا علم أن بائعه سيواصل نشاطه وبالتالي سينافسه خاصة أن عملاء البائع سيظلون مرتبطين به ؟

في بداية القرن 19، كان الاجتهاد القضائي الأوروبي يفسّر مبدأ شروط عدم المنافسة بنوع من المرونة، فقد بحث على حلّ وسيط للتوفيق بين ضرورتين متناقضتين: حرية التجارة والصناعة من ناحية ومصالح المؤسسة من ناحية أخرى، وإلى فترة معنية، وافق القضاء على شرط عدم المنافسة وقضى بصحته إذا توفرت فيه بعض الشروط. ومنذ بضع سنوات، أظهر القضاء تخوّفه وحذره وأصبح يتشدّد ويطلب، إضافة إلى توفير بعض الشروط، وجوب تبرير شرط عدم المنافسة⁽¹⁾. وتتمثل هذه الشروط التي يجب توافرها فيما يلي:

الشرط الأول: يتملّ في ضرورة أن يكون شرط عدم المنافسة محدّداً سواء من ناحية المدة والمكان ومن ناحية الأنشطة التي يحظر على الملتزم بالشرط القيام بها. وعلى ذلك، يكون شرط عدم المنافسة باطلاً إذا كان غير محدّد المدة أو نصّ في العقد على أنّ الحظر يشمل كل المناطق أو كل الأنشطة. فالشرط يجب ألا يصل إلى حدّ الحظر المطلق من ممارسة أية أنشطة، كما يجب أن يكون ضرورياً لحماية المصالح المشروعة للمؤسسة فارضة هذه الشروط⁽²⁾.

الشرط الثاني: يتملّ في ضرورة أن يكون شرط عدم المنافسة مبرراً، فلا يصحّ هذا الشرط إلاّ إذا كان بالإمكان إثبات أنّ هناك سبب موضوعي يبرّر اللجوء إليه، بمعنى أنّه لكي يصحّ شرط عدم المنافسة، يجب أن يكون هذا الأخير قد جاء ليخدم وضعية قانونية مشروعة، وعموماً لكي يتوفّر هذا الشرط يجب أن يكون بند عدم المنافسة بنداً مكملاً لعقد رئيسي، وبالتالي يظهر شرط عدم المنافسة مبرراً عندما يكون مكملاً لعقد شراء محل تجاري، في حين يمكن أن يشكّك في صحّته - بند عدم المنافسة - عندما يدرج في عقد بيع قطعة أرض⁽³⁾.

وإلى جانب هذا الشرط، فقد بدأت محكمة النقض الفرنسية تستلزم ضرورة أن تكون القيود التي يفرضها شرط عدم المنافسة متناسبة ومتوافقة ومتكافئة بالنظر إلى موضوع العقد أو المصلحة المطلوب حمايتها. وهذا ما يطلق عليه شرط التناسب "Clause de proportionnalité"، والهدف من هذا الشرط، كما تقضي به محكمة النقض الفرنسية هو محاولة إقامة توازن بين المصالح المتعارضة بين كلّ من طرفي الشرط.

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 171.

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 152.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 172 - 173.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 152.

ولتوضيح الشرط، نضرب مثالا بمقتضاه يعدّ شرط عدم المنافسة غير متناسب مع موضوع العقد، إذا كان قد فرض على المدين به عدم ممارسة أية أنشطة في قطاع المنتجات البترولية في حين أنّ موضوع العقد الموجود به الشرط لا يغطي إلاّ بيع زيت الغاز وزيت الوقود. وهنا، ترى محكمة النقض الفرنسية أنه يمكن الحكم ببطالان الشرط، ولكن بعد محاولة تخفيض الشرط وقصره على موضوع العقد فقط. فالمحكمة لا تلجأ إلى الوسيلة الأولى إلاّ بعد أن يتضح لها صعوبة تحقق تخفيض الشرط⁽¹⁾.

وأمثلة عن شرط عدم المنافسة، قيام الشركة العامة للمواد الغذائية بشراء الأموال الصناعية والتجارية لصانعي الخل في الغرب في سنة 1971، وقد أدرج في العقد المبرم مع البائع بأن هذا الأخير سيتوقف عن كل إنتاج للخل، ويتعهد بعدم الاهتمام لمدة 30 سنة في الإقليم الفرنسي، بصفة مباشرة أو غير مباشرة لإنتاج أو تسويق الخل أو أي منتج بديل.

يشكل إخلال بالسريان العادي للسوق فرض مؤسسة مستفيدة من وضعيّة الهيمنة على بائع المحل التجاري شرط عدم المنافسة طيلة تلك المدة، والتي ميدانيا، تمنع بكيفية نهائية للمتعاقد معها الاهتمام للنشاط المعني (رأي لجنة المنافسة الفرنسية حول "سوق الخل" (18 أكتوبر 1979))، وإن كان هذا الرأي قد ذكر فقط مدة الشرط بطابعها المفرط وهو كذلك مرتبط ضمناً بالإقليم المعني⁽²⁾.

وبذلك، فإدراج مؤسسة متمتعة بوضعيّة هيمنة شرط عدم المنافسة في عقد البيع لمدة مفرطة مثلاً يشكل تعسفاً في وضعيّة الهيمنة، وهذا ما أكدّه مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) في قراره الصادر بتاريخ 21 أكتوبر 1977 بشأن قضية "مصلحة الجناز" (Pompes funèbres)⁽³⁾، و/أو كان نطاقه مفرط فيه، أو إذا كان الشرط غير مبرر بمصلحة مشروعة، وهذا كلّ اتجاه المادة 08 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 (حاليا المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي) والمادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي)⁽⁴⁾. والتي تقابل المواد 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة و 1/41-ب من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية.

رابعاً: منع المنافسين من استخدام بنية أساسية تمتلكها مؤسسة مهيمنة

¹ - « ... La clause de non-concurrence, qui portait sur les produits pétroliers et leurs dérivés, était disproportionnée par rapport à l'objet du contrat de mandat qui ne concernait que la vente de fuel domestique et de gasoil ... », Cass. com., arrêt du 09 juillet 2002, D. Gomez c/ SADYneff ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص. 173 - 174.

² - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Les abus de domination) », op. cit., p. 14.

³ - Cons. conc., décision n° 97-D-76, 21 octobre 1997, Pompes Funèbres à Gonesse : BOCC 1998 ; Sur ce point, voir, Marie MALAURIE-VIGNAL, « Clause de non concurrence », Juris-Classeur concurrence-consommation, Fasc. 110, 11/2004, p. 42 ; www.lexisnexis.com/

⁴ - Marie MALAURIE-VIGNAL, « Clause de non concurrence », op. cit., p. 42.

تُعتبر التسهيل أو البنية الأساسية مورد، والتي تحوزها مؤسسة مهيمنة، ويظهر أنها ضرورية ولازمة لتمكين منافسيها من ممارسة نشاطهم على السوق المرجعية، وأن هذه البنية يستحيل إعادة إنتاجها عن طريق وسائل معقولة (مالية، تقنية وزمنية).

بمجرد قضاء السلطة بأن التسهيل تعتبر "أساسية"، يمكن أن تُلزم حائزها لفتح الدخول إلى هذه الأخيرة في ظروف معقولة لضمان التنافس في السوق. بمعنى آخر، إن رفض الدخول له أثر طرد المنافس في السوق⁽¹⁾. وقد تكون هذه المنتجات أو البنية الأساسية مملوكة ليس للمؤسسة المهيمنة، وإنما مملوكة للمتعاملين مع هذه المؤسسة، فتأتي المؤسسة المهيمنة وتفرض على هؤلاء عدم إتاحة ما يمتلكونه من مرافق أو خدمات لصالح منافس.

وبالتالي، تعني تسهيلات أساسية عدم وجود بديل لها قائم بالفعل أو محتمل وجوده. فإذا ما وُجد البديل أو أمكن توفيره في وقت وبنفقات معقولة، فلا يمكن تطبيق النظرية. أما إذا غاب هذا البديل ولم يمكن توفيره في وقت وبنفقات معقولة، فإن رفض المؤسسة المهيمنة استخدام هذه التسهيلات من قبل المنافسين يشكل تعسفا في وضعية الهيمنة⁽²⁾.

قام الاجتهاد الاتحادي jurisprudence communautaire باستخلاص ذلك تدريجيا مجموعة من المعايير التي تسمح بالتوفيق بين تقوية التنافس في السوق مع احترام حقوق الملكية للمتعامل المعني. أولا، يجب أن تكون البنية بين أيدي متعامل متمتع بالقدرة الاقتصادية. ثانيا، يجب أن يكون الدخول إلى التسهيل المعنية إلزامي ولا يمكن الاستغناء عنه لممارسة المنافسة. ثالثا، يجب أن يكون من المستحيل، وذلك بصفة معقولة - إعادة إنتاج التسهيل المعنية في ظروف اقتصادية مقبولة⁽³⁾. وهذا هو ما طبقته وانتهت إليه محكمة استئناف باريس عندما رفضت شركة (NMPP) استخدام المنافسين لبرنامج صحافي يمتلكه ويضمن تدفق المعلومات إلى الناشرين والذي بدونه لن يتمكن هؤلاء من مباشرة أنشطتهم⁽⁴⁾.

¹ - Frédéric MARTY & Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », op. cit., p. 281.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 174 - 175.

³ - CJCE, arrêt du 26 novembre 1998, Oscar Pronner GmbH, aff. C-7/97 ; Sur ce point, voir, Frédéric MARTY & Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », op. cit., p. 281.

⁴ - « Considérant que les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettent à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables, que l'exploitation monopolistique de tels équipements par une entreprise est susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré », C.A Paris, arrêt du 12 février 2004, SARL Sté auxiliaire pour l'exploitation des marchandises transports de presse (SAEM) ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 175.

في قضية (Magill) لعام 1995 المذكورة سابقاً، بشأن التعسف في وضعيّة الهيمنة والتمسك بحقوق الملكية الفكرية، قضت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية أنّ الرّفص المفروض من قبل القناة التلفزيونية الإيرلندية بتسليم محتوى برنامجها لمؤسسة (Magill)، والتي تتمنى أن تنشأ دليلاً أسبوعياً يجمع برامج القنوات الستة (06) الوطنية، يشكل تعسفاً في وضعيّة الهيمنة وفقاً للمادة 82 من المعاهدة المنشأة للاتحاد الأوروبي (حالياً المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي). فاعتبر القاضي أنّ المعلومة المحمية تشكل تسهيلة أساسية باعتبارها إلزامية، لا يمكن أن تستغني مؤسسة (Magill TV Guide Ltd) عنها. وذلك من أجل وضع في السوق منتج مختلف والمتمثل في دليل عام (Un guide généraliste)، والذي يُحتمل أن يجذب جمعاً واسعاً من المستهلكين.

فالنسبة لمحكمة العدل للمجموعات الأوروبية، تعسفت القناة التلفزيونية في وضعيتها المهيمنة على السوق المنبع من أجل إعاقة ظهور عرض جديد ليس منافس لعروضها مباشرة وذلك على السوق المصب. بتعبير آخر، إن رفض مؤسسة حائزة على حق مؤلف - كما قلنا - منح الدخول إلى منتج أو خدمة ضرورية، والتي لا يمكن الاستغناء عنها لممارسة نشاط معين يشكل تعسفاً في وضعيّة الهيمنة، طالما أنّ هذا الرّفص إنه في آن واحد غير مبرر وكذلك ذات طبيعة تؤدي إلى إقصاء كل منافسة على الأسواق المنحدرة ومنع ظهور منتج جديد والذي له طلب محتمل⁽¹⁾.

ولكن يشترط في مثل هذه الحالات ألا يكون الرّفص مبرراً، فإن كان كذلك فلا تعسف. فعلى سبيل المثال، يمكن للمؤسسة المهيمنة أن تثبت أن تسهيل هذه الدخول من شأنه أن يعيق أداء مهمتها في إدارة مرفق عام، أو أن طالبة الدخول تستطيع تشييد البنية الأساسية اللازمة لمباشرتها لنشاطها بتكلفة معقولة وفي وقت معقول⁽²⁾.

الفرع الثاني: الممارسات الهادفة إلى الاستئثار بالعملاء والموردين

تلجأ المؤسسة المهيمنة من أجل الاستئثار بالعملاء والموردين إلى إحدى الوسيّلتين: تتمثل الأولى في قيامها بإلزام المشترين أو العملاء بطريقة أو بأخرى بالتعامل معها دون غيرها، أمّا الثانية فتكمن في منح هؤلاء العملاء هبات أو عطايا غير مبررة.

أولاً: الشّروط الحصرية

للوّصول إلى إلزام المشترين والعملاء بالتعامل مع المؤسسة المهيمنة وحدها، فإنّ هذه الأخيرة غالباً ما تفرض على هؤلاء شروط تسمى بالشّروط الحصرية "Clauses d'exclusivité"، أو تلجأ إلى قطع علاقاتها

¹ - Frédéric MARTY & Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », op. cit., p. 282.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 176.

التجارية مع شركائها التجاريين. وشروط الشراء الحصرية "Clause d'exclusivité d'achat" هي الشروط التي تفرضها المؤسسة المهيمنة على الموزعين المتعاملين معها لإجبارهم على شراء نسبة محدّدة من حاجاتهم منها هي وحدها. والواقع أنّ مثل هذه الشروط تؤدي إلى غلق السوق في وجه أي منافس ما دامت تلزم الموزع بعدم الشراء إلاّ من المؤسسة المهيمنة دون غيرها⁽¹⁾.

وقد تكون الشروط الحصرية بالبيع "Clause d'exclusivité de vente"، بأن تقوم المؤسسة المهيمنة بإنشاء شبكة توزيع لا تتعامل ولا تباع إلاّ إلى هذه الشبكة، وتمتنع عن إمداد المؤسسات من غير أعضاء هذه الشبكة بما يحتاجونه من منتجات أو خدمات تهيمن على سوقها. ولا تشكل الشروط الحصرية بالبيع تعسفا في وضعية الهيمنة إذا تمّ اختيار أعضاء شبكة التوزيع بناء على معايير موضوعية يتمّ تطبيقها على كلّ الموزعين بدون تمييز⁽²⁾. أمّا إذا تمّ اختيارهم على أساس معايير ذاتية وبناءً على توفر شروط تمييزية وتسمى هذه الشروط كذلك بالشروط الانتقائية "Clauses sélectives"، فذلك يُعتبر تعسفا لأنّها تؤدي نفس الدور الذي تؤديه الشروط الحصرية، وقد أطلقت هذه التسمية على الشروط التي فرضها اتحاد منتجي الجبن "ركفور" الذي يمتلك وضعية هيمنة في السوق على الموزعين لها في السوق الفرنسية مثل (Carrefour, Casino et Promodès)⁽³⁾.

يتعسف رأس شبكة التوزيع بسبب وضعيته المهيمنة أيضا تجاه المتعاملين الاقتصاديين الأعضاء في الشبكة، عند فرض امتيازات والتزامات غير مشروعة، خاصة تلك المتعلقة بالأسعار، وإلاّ تمّ قطع العلاقة التعاقدية لعدم خضوع الموزعين لهذه الشروط غير المشروعة⁽⁴⁾.

وقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية أنّ الممارسات التي ارتكبتها شركة "Canal Plus" والتي تتمتع بوضعية هيمنة في سوق البثّ التلفزيوني للأفلام الفرنسية الحديثة وكذا سوق التلفزيون المدفوع مسبقا، تُعد ممارسات تجسد التعسف في وضعية الهيمنة تمنع قيام سوق جديدة، وتولّد هذا المنع عن حقوق الحصرية التي تتمتع بها هذه الشركة، والتي بموجبها منعت بعض المنافسين في السوق المعنية من حقّ بثّ مثل هذه الأفلام السينمائية

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 154.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 177.

³ - Cons. conc., décision n° 04-D-13, 08 avril 2004, Sociétés des caves et des producteurs réunis de Roquefort, Rapport annuel pour l'année 2004, p. 230 ;

حول هذه النقطة، أنظر، جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 154.

⁴ - مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 24 جانفي 2015، ص 113.

الفرنسية الحديثة. والهدف من هذا المنع هو غلق السوق في مواجهة بعض المنافسين وذلك للوصول إلى احتكار والاستئثار بالعملاء⁽¹⁾.

إن قانون الاتحاد الأوروبي صارم فيما يتعلق بالشروط الحصرية ويعتبر هذه الأخيرة ممارسات تعسفية لما تصدر من مؤسسة مهيمنة. ولا يؤدي كون المتعاقدين أقوياء، ولا المحافظة على إمكانية الفسخ في أية لحظة إلى مسح وصف التعسف⁽²⁾، « عندما يتمتع المتعامل بمركز قوي في السوق، فإن إبرامه لعقود لتوريد حصرية متعلقة بنسبة هامة من المشتريات يشكل عائقا غير مقبول لدخول هذه السوق »⁽³⁾.

ثانيا: تخفيضات الوفاء (rabais de fidélité)

تحاول المؤسسة المهيمنة الاستئثار بالعملاء والموردين عن طريق تقرير تخفيضات لصالح بعض العملاء. يُعد منح مثل هذه التخفيضات من طرف المؤسسة المهيمنة وفقا للقوانين الأوروبية والفرنسية والجزائرية المنظمة للمنافسة، من قبيل الممارسات المجسدة للتعسف في وضعية الهيمنة، ولكن بشرط أن يكون الهدف منها دفع العملاء إلى التعامل مع المؤسسة المهيمنة دون غيرها. فإذا غاب هذا الشرط، فإن هذه التخفيضات لا يكون لها أي أثر في إعاقة المنافسة⁽⁴⁾.

وتتنوع أشكال هذه التخفيضات، ومن أمثلتها:

- عندما تقوم المؤسسة المهيمنة بتقرير تخفيضات لصالح العملاء، الذين يحققون رقم مشتريات معين خلال مدة معينة، فهذا يُسمى بنظام التخفيضات الهادفة (rabais d'objectif)، وتُعدّ هذه التخفيضات تعسفاً في

¹ - Cass. com., arrêt du 30 mai 2000, relatif au pourvoi formé par la société Canal Plus contre l'arrêt rendu le 15 juin 1999 par la cour d'appel de Paris (1^{ère} chambre, section H), relatif au recours formé par la SA Canal Plus et la SNC Télévision par satellite (TPS) contre la décision n° 98-D-70 du conseil de la concurrence en date du 24 novembre 1998 concernant la saisine des sociétés Multi vision et Télévision par satellite (TPS) dans le secteur des droit de diffusion audiovisuelle ; www.finances.gouv.fr/DGCCRF/BOCCRF/0008/a008002.htm/

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص ص. 177 - 178.

² - Exemple, CJCE, arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76, Rec. p. 461 : pour « une entreprise se trouvant en position dominante, le fait de lier ... des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante » ; Sur ce point, voir, Marie MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, op. cit., p. 112.

³ - TPICE, arrêt du 1^{er} avril 1993, BPB – British Gypsum, Rec.II, p. 389, point 68 ; Sur ce point, voir, Marie MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, op. cit., p. 112.

⁴ - « Seuls les systèmes de rabais qui n'ont pas d'effet fidélisant au profit d'une entreprise en positions dominante, par exemple les rabais quantitatifs liés au seul volume des achats effectués auprès d'elle, sont considérés comme dénués d'effet anticoncurrentiel », Cons. conc., décision n° 04-MC-02 du 09 décembre 2004 ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

حول هذه النقطة، أنظر، جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 154 - 155.

وضعية الهيمنة، إذا تقرررت لعملاء محددين تصل مشترياتهم إلى رقم معين، ولكنها لا تعد كذلك، إذا منحت لكل العملاء تبعا للكميات التي يشتريها كل عميل⁽¹⁾.

ولقد قرّرت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية أنّ هذه التخفيضات لا تمثل تعسفا إلا إذا كان الهدف منها هو الاستئثار بالعملاء ودفعهم إلى التعامل مع المؤسسة المهيمنة دون غيرها، لذلك سُميت بالتخفيضات المرتبطة بهدف جذب العملاء للشراء واحتكار التعامل معهم، وانتهت المحكمة إلى أن هذه مخالفة للمادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية⁽²⁾.

- عندما تقوم المؤسسة المهيمنة بحساب رقم الأعمال الذي تمّ تحقيقه في سنة ما، ثم تقرر بعد ذلك معدلا من التخفيضات تمنح لبعض العملاء، ويرتبط هذا المعدل طرديا برقم الأعمال المحقق، فكّما ارتفع هذا الأخير، كلّما ارتفع معه معدل التخفيضات ويطلق على هذا النظام اسم نظام التخفيضات الكمية (rabais quantitatifs) المرتبطة بارتفاع رقم الأعمال. وتطبيقا لذلك، فقد قرّر مجلس المنافسة الفرنسي معاقبة هيئة البريد الفرنسية التي أبرمت عقودا مع عملاء محددين تسمى بعقود "حسابات هامة" (grands comptes)، تمنح بموجبها هيئة البريد بعض التخفيضات إلى عملاء محددين عندما يتعدى رقم أعمالها معدلا معيّنا، وتتاسب هذه التخفيضات طرديا مع حجم رقم الأعمال⁽³⁾.

وإذا كانت التخفيضات في الحالة الأولى (تخفيضات هادفة)، يجب أن ترتبط بهدف جذب العملاء إلى الشراء من المؤسسة المهيمنة وحدها، فإنّ محكمة العدل للمجموعات الأوروبية تشترط لكي تُشكل التخفيضات الكمية تعسفا في وضعية الهيمنة غياب المقابل الاقتصادي المبرر لمنحها، إذن لا تعتبر التخفيضات الكمية استغلالا تعسفيا لوضعية الهيمنة إذا كانت مرتبطة مباشرة بحجم الشراء ومبررة بوجود مقابل اقتصادي.

وهذا ما أكّده المحكمة في قرارها الصادر في 29 مارس 2001 بشأن قضية (Portugal / Commission)⁽⁴⁾. وهذا هو الموقف نفسه الذي تبناه مجلس المنافسة الفرنسي في قراره الصادر في 09 ديسمبر 2004 المتعلق بقضية شركة (Bouygues Télécom Caraïbe)⁽¹⁾.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 183.

² - CJCE, arrêt du 09 novembre 1983, Michelin, aff. 322/81, n° 1, 2005 ;

حول هذه النقطة، أنظر، جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 155.

³ - Cons. conc., décision n° 04-D-65, 30 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la poste dans le cadre de son contrat commercial ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 184.

⁴ - CJCE, arrêt du 29 mars 2001, Portugal / Commission, C-163/99 ;

أما بالنسبة لمجلس المنافسة الجزائري، فقد أدان المؤسسة الوطنية للصناعة الإلكترونية (ENIE) (وحدة سيدي بلعباس) كونها تعامل بعض الزبائن معاملة تفضيلية، حيث يستفيدون من امتيازات متعددة بما فيها التخفيضات في الأسعار. فقد كانت المؤسسة تمنح الزبائن الذين يشترون كميات هامة من المنتجات تخفيضات معتبرة، وهذا في إطار السياسة التجارية التي تنتهجها، والتي تهدف إلى تسويق أكبر كمية ممكنة من المنتجات لتغطية الأجور.

لكن ما يُعاب على المؤسسة، ليس انتهاج سياسة تجارية معينة، ولكن تطبيقها بصفة انتقائية، وذلك بتفضيل بعض الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم، مما يجعلهم يحصلون على تخفيضات لا يستهان بها. بالتالي، فإنه إذا كان للمؤسسة كامل الحرية في تحديد السياسة التجارية التي تخدم مصالحها، فإنه لا يجوز لها بموجب قانون المنافسة استعمال هذه الحرية للحد من المنافسة بين مختلف شركائها أو من أجل تضعيف وضعية التنافسية لبعضهم اتجاه الآخر.

وكون هذه الممارسات آتية من مؤسسة في وضعية هيمنة، فإنها تشكل تعسفا في هذه الوضعية، وبالتالي يطبق اتجاهها أحكام المادة 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة⁽²⁾.

المطلب الثاني: ممارسات المؤسسة المهيمنة المجسدة للتعسف والمرتبطة بعلاقاتها التجارية مع غيرها من المؤسسات

يفهم من نص المادة 07 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، أنه يحظر على المؤسسة أن تتعسف في وضعيتها المهيمنة على السوق قصد عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها، تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة وأخيرا، إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية⁽³⁾.

انطلاقا مما سبق ذكره، يمكن تقسيم الممارسات الصادرة من المؤسسة المهيمنة المجسدة للتعسف والمرتبطة بعلاقاتها التجارية مع غيرها من المؤسسات إلى فئتين:

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 184.

¹ - "Le conseil de la concurrence français a précisé : « ... un système de rabais sera considéré comme abusif si les critères et les modalités de son attribution font apparaître que le système ne repose pas sur une contrepartie économiquement justifiée ... »", Cons. conc., décision n° 04-MC-02, du 09 décembre 2004, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre des pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

² - مجلس المنافسة الجزائري، القرار رقم 99-ق-01 المؤرخ في 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، المرجع السابق ذكره.

³ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

- الممارسات المتعلقة بالأسعار (الفرع الأول).

- الممارسات الخاصة بالعلاقات التجارية مع الشركاء الاقتصاديين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الممارسات المتعلقة بالأسعار

على عكس المشرع الجزائري، لم ينص المشرع الفرنسي على الممارسات المتعلقة بالأسعار، وهذا خلافا لمشرع الاتحاد الأوروبي، حيث يفهم من نص المادة 102/2 النقطة (أ) من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي أنه يُجسد تعسفا في وضعية الهيمنة كل فرض بكيفية مباشرة أو غير مباشرة لأسعار الشراء أو البيع أو شروط أخرى غير منصفة للمعاملات⁽¹⁾.

مبدئيا، تحدّد أسعار السلع والخدمات، في الجزائر، بصفة حرة اعتمادا على قواعد المنافسة، غير أنه يمكن للدولة أن تقيّد المبدأ العام لحرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 05 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدلة بموجب المادة 04 من القانون رقم 08-12⁽²⁾، وهذا ما نصّت عليه المادة 04 من الأمر نفسه. ويلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل كلمة "التشجيع"، التي تفيد التحفيز الذي تقوم به المؤسسات بغرض تعطيل قوى السوق (قانون العرض والطلب) في القيام بهذه المهمة⁽³⁾.

إن فرض الأسعار يتم إما برفعها أو خفضها اصطناعيا أو ممارستها بصفة تمييزية.

أولاً: الرفع المفرط للأسعار

يمكن أن تستغل مؤسسة مهيمنة وضعيتها لرفع أسعار منتجاتها وخدماتها مخالفة في ذلك القواعد التنافسية في تحديد الأسعار. وقد تبرر هذا بحرصها على تحسين منتجاتها أو على الحفاظ على مناصب الشغل

¹ - L'article 102/2 point (a) du TFUE dispose :

« Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ».

² - حيث نصت المادة 05 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) :

« يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة. »

كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحدّ من ارتفاع الأسعار أو تحديدها، لاسيما في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطرابات السوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو منطقة في جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية.

تتخذ هذه التدابير الاستثنائية عن طريق التنظيم لمدة أقصاها ستة (06) أشهر قابلة للتجديد بعد أخذ رأي مجلس المنافسة «.

³ - راجع المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره؛ وأنظر كذلك، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 134.

أو على أي سبب آخر، لكن هذا لا يمنع من تشكيل هذه الممارسات تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة، وتخضع للحظر المنصوص عليه في المادة 07 من الأمر رقم 03-03⁽¹⁾.

قضت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية من جهتها بأن ممارسة أسعار مفرطة الارتفاع (un prix excessif) يعتبر منشأ للتعسف، إذا كان السعر ليس له علاقة معقولة (un rapport raisonnable) مع القيمة الاقتصادية للخدمة المقدمة⁽²⁾، أو ينقصه تبرير موضوعي⁽³⁾.

تتم معاقبة فرض سعر مفرط، إذا تم تنفيذه من طرف المؤسسة التي تتصرف أو التي يمكن أن تتصرف دون أن تواجه أية منافسة جدية.

إن السعر المفرط هو مفهوم مرن يتعلق بخصائص المنتج المعبر، وبذلك يتم استبعاد الرجوع إلى الأسعار المتوسطة (prix moyens) في كل مرة يمكن فيها تقييم الأسعار المادية للخدمة أو المنتج بصفة انفرادية⁽⁴⁾.

وقد جاء في إعلان مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت⁽⁵⁾، ما يلي:

« في حالة شركة "LAFARGE"، فإن سلطة السوق حقيقة فعلا. يتعلق الأمر بوضعية سوق غير تنافسي عن طريق تجزئة أسواق المنتجين. ويمكن لهذه العناصر السماح للمجمع بزيادة أعلى من أي هامش منطقي للأسعار دون الاكتراث بخسارة الزبائن أو معرفة الركود أو تراكم المخزونات.

- يتضمن الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المذكور سابقا، في مادته 04 أن « أسعار الممتلكات والخدمات محددة بحرية من قبل لعبة المنافسة، غير أن الدولة يمكن أن تقيد المبدأ العام لحرية الأسعار في ظروف محددة في المادة 5 ».

وتعني حرية الأسعار باحترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول به كذلك قواعد المساواة والشفافية خاصة:

• هيكل أسعار نشاطات الإنتاج والتوزيع وأداء الخدمات واستيراد الممتلكات لإعادة البيع في نفس

الحالة.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 174.

² - CJCE, arrêt du 14 février 1978, United Brands ; Voir, Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 274.

³ - CJCE, arrêt du 08 juin 1971, Deutsche Gramophone ; Voir, Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 274.

⁴ - Christian GAVALDA & Gilbert PARLEANI, Traité de droit communautaire des affaires, 2^{ème} édition, Litec, Paris, 1992, p. 561.

⁵ - راجع الإعلان رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

- هوامش الفائدة لإنتاج الممتلكات وتوزيعها أو أداء الخدمات.
- الشفافية في التطبيقات التجارية.

يجعل انخفاض مرونة طلب الإسمنت وقيد السوق الوضعية شبه الاحتكارية تعطي وضعية السوق المهيمن بشكل خارج عن السيطرة. وفي هذا الصدد، ومهما كانت متغيرات السعر والكميات المعروضة في السوق، يبقى الطلب دائما في أعلى مستوياته «⁽¹⁾.
كما جاء فيه ما يلي :

« وفي المجموع، ولصالح الاستشارات المقامة أمام المتعاملين الاقتصاديين والإدارات المركزية، فإنه يبدو من الصعب الاقتناع، وبالنظر إلى الحالة الراهنة لاضطراب السوق، بأنّ مجمع لافاج يكون في حالة التعسف في وضعية الهيمنة، وهذا راجع إلى عدّة أسباب منها:

- تغطية التكاليف من خلال الزيادات في الأسعار والتي ليس لها، بداهة، طبيعة عدوانية (افتراضية)؛
 - الجهود المبذولة للاستثمار سواء في مجالات الابتكار والإنتاج والتوزيع والتدريب؛
 - الاهتمام الخاص الذي أبدته المجموعة لتطوير وتوسيع أنشطتها في الجزائر؛
 - وضع المجمع العمومي خبرته الدولية تحت الخدمة والآفاق المعروضة من أجل شراكة استراتيجية
- «⁽²⁾.

ثانيا: خفض الأسعار

سنقوم بدراسة هذه الممارسة من خلال 03 أمثلة: البيع بالخسارة والأسعار العدوانية وعرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفيا.

1 - البيع بالخسارة

نصّت المادة 1/10 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) على ما يلي:
« ... يمنع على كل عون اقتصادي بيع سلعة بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي، إذا كانت هذه الممارسة قد حادت عن قواعد المنافسة في السوق أو يمكن أن تحدّ منها »
وقد علق الأستاذ "توات نور الدين" بما يلي:

¹ - « La faible élasticité de la demande de ciment et la contrainte de marché font que les positions quasi monopolistiques confèrent d'emblée une position dominante de marché, en ce sens que quelles que soient les variations de prix et les quantités offertes sur le marché, la demande restera toujours portée à son plus haut niveau », Avis n° 01 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formulée par le ministre du commerce sur la présomption d'abus de position dominante au niveau du marché du ciment en application de l'article 35 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence, avis préc., pp. 37 – 38 ;

أنظر كذلك الإعلان نفسه باللغة العربية، المرجع السابق ذكره، ص 14.

² - ولمزيد من التفاصيل حول أسباب صعوبة القول بأنّ مؤسسة LAFARGE في حالة التعسف في وضعية الهيمنة، أنظر، النشرة الرسمية للمنافسة الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري، العدد 02، 2013، ص ص. 38 – 41.

« ... وما يمكن قوله في هذا الصدد أن المشرّع باستعماله عبارة "بيع بسعر أقل من سعر التكلفة" لم يكن دقيقاً، إذ أنه في الفقرة الثّانية المخصصة للاستثناءات استعمل عبارة "إعادة البيع" ⁽¹⁾ ».

كلا العبارتين: "البيع وإعادة البيع" ليست لهما الدّلالة نفسها، بل أكثر من ذلك، فإنهما يرتبان آثار مختلفة، فإذا كان المقصود من المادة هي عملية البيع، فإنّ مجال تطبيق المادة في اعتقادنا يكون قاصراً على المنتجين في مواجهة المستهلك، باعتبار المنتج أول من يعرض السلع للبيع للأعوان الاقتصاديين الآخرين. أمّا إذا كان المقصود من المادة 1/10 هو عملية إعادة البيع، فإنّ المنطق يقتضي استبعاد المنتجين من نطاق تطبيق الحظر الذي تكرّسه هذه المادة، باعتبار أن إعادة البيع يفترض شراء المنتج أو السلعة ثم إعادة بيعها.

ومهما يكن فالشيء الذي نراه منطقياً وموفياً للغرض الذي قصده المشرّع في المادة هو أنّه قصد عملية « إعادة البيع بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي ... » ⁽²⁾.

نلاحظ أنّ رأي الأستاذ صائب، وذلك بناء على الأسانيد التالية:

* إلغاء ممارسة عملية بيع بسعر أقل من سعر تكلفتها الحقيقي من الممارسات المقيدة للمنافسة وذلك بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

* بالرجوع إلى المادة 1/19 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإنّها نصّت على ما يلي:

« يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي » ⁽³⁾.

فالمشرّع الجزائري نصّ على عملية إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي وليس على عملية بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي، كما أنّه صنّفها ضمن الممارسات التجارية غير الشرعية ⁽⁴⁾.

* عرّفت المادة 2/19 المقصود من سعر التكلفة الحقيقي بأنّه سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء، أعباء النقل.

إذن البيع بالخسارة يتضمن عملية الشراء من أجل البيع وهذا ما يستلزم عملية إعادة البيع.

* كما أنّ المادة 3/19 نصّت على الاستثناءات الواردة على منع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي، وهي الاستثناءات نفسها الواردة في المادة 10 من الأمر رقم 95-06 الملغى.

¹ - أنظر المادة 2/10 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - توات نورالدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، المرجع السابق، ص 138.

³ - قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 35 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جويلية 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

ونشير إلى أنّ البيع بالخسارة المنصوص عليه في المادة 1/10، المذكورة آنفاً، كان يشكّل ممارسة مقيدة للمنافسة قائمة بذاتها، وكان يعتبر ممنوعاً بصرف النظر عما إذا كان العون الاقتصادي يتمتع بوضعية هيمنة على السوق أم لا⁽¹⁾.

أمّا في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ألغيت هذه الممارسة من الممارسات المقيدة للمنافسة وأصبحت ممارسة تجارية غير شرعية ويعاقب عليها بغرامة من 100.000 دج إلى 3.000.000 دج، دون أن تكون المؤسسة الصادرة لهذه الممارسة متمتعة بوضعية الهيمنة.

لا يدخل البيع بالخسارة ضمن اختصاص مجلس المنافسة⁽²⁾، إلاّ إذا صدر عن عون اقتصادي يتمتع بوضعية هيمنة، ويعتبر حينئذ تعسفاً في وضعية الهيمنة ويعاقب مرتكبه وفقاً لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وليس وفقاً لأحكام القانون رقم 02-04 المذكور أعلاه.

وقد سنّ المشرّع الفرنسي البيع بالخسارة في المادة L.442-2 من التقنين التجاري الفرنسي، والذي من خلالها أعطى تعريفاً أوضح وأدق للبيع بالخسارة من التعريف الذي قدمه المشرّع الجزائري، إذ أنّه حدّد المخاطب بهذه المادة وهو التاجر، كما أنّه حدّد بأنّ البيع بالخسارة يشمل عملية إعادة البيع، كما أنّ المشرّع الفرنسي قصد من وراء إعادة البيع على حالته عدم تطبيق منع البيع بالخسارة على البيوع التي سبقتها تحويل للمنتوج⁽³⁾.

بيّنت الغرفة التجارية لمحكمة النقض (الفرنسية) في قرار صادر عنها في 10 ديسمبر 2003 أنه وإن كانت ممارسة سعر منخفض لا يشكل ممارسة سعر عدواني، إلاّ أنه يمكن أن يشكل تعسفاً في وضعية الهيمنة وفقاً للمادة L.420-2 من التقنين التجاري⁽⁴⁾. ومن أجل عقاب ممارسة سعر منخفض، يجب أن يكون لها هدف أو أثر منع منافس أو بقاءه في السوق.

2 - الأسعار العدوانية

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 175.

² - حيث نصّت المادة 1/60 من القانون رقم 02-04 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية على ما يلي :
« تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ».

وبالتالي، فإنّ البيع بالخسارة المرتكب من طرف مؤسسة غير متمتعة بوضعية الهيمنة يخضع لاختصاص الجهات القضائية.

³ - L'article L.442-2 du code de commerce français dispose que :

« Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L.121-3 du code de consommation ;

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport » ; Voir aussi, Jean-Jacques BURST & Robert KOVAR, Droit de la concurrence, Economica, Paris, 1981, p. 36.

⁴ - Stephan REIFEGERSTE, « Sans constituer une pratique de prix prédateur, une pratique de prix bas peut constituer un abus de position dominante », LPA n° 47, 05 mars 2004, p. 09.

يشكل سعر عدواني (Prix prédateur) تحديد مؤسسة لسعر منخفض بصفة مؤقتة بهدف دفع منافس للخروج من سوق وتحقيق فوائد الاحتكار بعد ذلك، فيفترض السعر العدواني نية طرد المنافس له كفاءة على الأقل مساوية لتلك التي يتمتع بها ممارس السعر العدواني (Prédateur)⁽¹⁾.

وتعد الأسعار العدوانية ممارسات تجسد تعسفا في وضعية الهيمنة، عندما تقوم المؤسسة المهيمنة بالبيع بأسعار لا تغطي التكلفة المتغيرة أو الكلية لإنتاج السلعة أو الخدمة، وذلك بغرض استبعاد المنافسين في السوق المرجعية⁽²⁾.

ويعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنّ البحث في وجود ممارسات سعرية احتلالية وعدوانية يستلزم توفر ثلاثة عناصر، يتمثل الأول في هامش الربح، إذ توجد ممارسة افتراضية عندما تتبع المؤسسة المهيمنة بأسعار أقل من سعر التكلفة، أي أنّ أسعار البيع لا تغطي تكلفة الإنتاج. ومن ثم لا تحقق المؤسسة أي هامش من الربح. أمّا العنصر الثاني، فيكمن في مدى إمكانية استبعاد أو إضعاف المنافسين في السوق المعنية، إذ لا يكون لهذه الممارسة أي معنى إلّا إذا كان الغرض منها استبعاد المنافسين. أمّا العنصر الثالث، فهو احتمالات تعويض الخسارة، والواقع أن وجود عوائق تمنع دخول منافسين جدد إلى السوق يضمن تعويض الخسارة، كما أنه يضمن استبعادا دائما للمنافسين.

وأخيرا، يشكل البحث في أثر الممارسة على البنيان التنافسي للسوق المعنية عنصرا أساسيا عند البحث في وجود ممارسات سعرية افتراضية⁽³⁾.

وقد اشترطت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية توفر هذه العناصر في الممارسات السعرية العدوانية. حيث أكدت على أنّ مثل هذه الممارسات تُعد تعسفا في وضعية الهيمنة، كما أوضحت ضرورة أن يكون الهدف من الممارسة استبعاد المنافسين من السوق المرجعية⁽⁴⁾.

3 - أسعار بيع مخفضة تعسفيا

سنّ المشرّع الجزائري في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ما يلي:

¹ - Emmanuel COMBE, La politique de la concurrence, Édition La découverte, Paris, 2002, p. 63.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 191.

³ - Cons. conc., décision n° 04-D-17, relative à la saisine et à la demande des mesures présentées par la société : AOL France SNC et AOL, 11 mai 2004 ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

حول هذه النقطة، أنظر، جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 158.

⁴ - « Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte », CJCE, arrêt AKZO, affaire C062/86, 03 juillet 1991 ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 193.

« يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق »⁽¹⁾.

تم إدراج هذه الممارسة ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة، ويعطي القانون لمجلس المنافسة الاختصاص لمتابعة هذه الممارسة⁽²⁾.

كذلك منع المشرع الفرنسي هو الآخر عملية البيع بأسعار مخفضة تعسفياً، وذلك بموجب القانون رقم 96-588 المؤرخ في 01 جويلية 1996 المتعلق "بنزاهة وتوازن العلاقات التجارية"، والذي دخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 1997، والذي أدرج المادة 1-10 في الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة من أجل منع هذه العملية⁽³⁾، التي أدرجت ضمن التقنين التجاري الفرنسي بموجب المادة 5-L.420 منه⁽⁴⁾.

إن هذه المادة مخصصة لتكملة الفراغ التشريعي، فيما يتعلق خصوصاً بالفرضيات التي لا تطبق عليها لا منع البيع بالخسارة ولا نظرية الأسعار العدوانية⁽⁵⁾.

يتعلق الأمر بالسعر المخفض تعسفياً مقارنة بتكاليف « الإنتاج والتحويل والتسويق (التوزيع) »⁽⁶⁾.

حظر قانون المنافسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، نظراً لضررها على المنافسة في السوق. تتمثل هذه الممارسة في ذلك البيع الذي يعرض فيه العون الاقتصادي بيع سلعة أو بيع هذه السلعة فعلاً للمستهلك بسعر يقل عن سعر الإنتاج والتحويل والتسويق، وذلك إذا كان هدف أو أثر ذلك تقييد المنافسة أو عرقلتها في سوق ما. ومن الواضح أن مثل هذه الممارسة تختلف عن ممارسة إعادة البيع بالخسارة التي تمنح التاجر دون المنتج والمحول، من إعادة بيع ما اشتراه بسعر يقل عن سعر التكلفة الوارد في الفاتورة. ولما كانت ممارسة الأسعار بالخسارة لا يقتصر إلا على التاجر مشتري السلعة فحسب، فقد مدّ المشرع نطاق الحظر إلى المنتج

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 176.

³ - Michel PEDAMON, Droit commercial (Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce), op. cit., p. 438.

⁴ - L'article L.420-5 du code de commerce français dispose que :

« Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultants des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public ».

⁵ - Louis VOGEL, Traité de droit commercial, op. cit., p. 727.

⁶ - Brigitte HESS-FALLON & Anne-Marie SIMO, Droits des affaires, op. cit., p. 71.

والمحول اللذين قد يتعسفان في تخفيض أسعار السلع المباعة من طرفهما مباشرة إلى المستهلك، إلى حدّ يقلّ عن تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق⁽¹⁾.

وبالتالي تُشكل ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفيا ممارسة مقيدة للمنافسة دون الحاجة أن يكون القائم بها حائزا على وضعية الهيمنة، وذلك وفقا للمادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ويمكن أن تشكل ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفيا الصادرة عن منتج أو محول أو مسوق متمتع بوضعية هيمنة تعسفا في وضعية الهيمنة، وذلك إذا توفرت بالإضافة الشروط المنصوص عليها في المادة 12 المذكورة سابقا الشروط الواردة في المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، أو أن تؤدي هذه الممارسة إلى التأثير بالتبادلات بين الجزائر والمجموعة الأوروبية كما هو منصوص عليه في المادة (41/1-ب) من اتفاق الشراكة بين الطرفين⁽²⁾.

يشترط القانون لمتابعة هذه الممارسة - وهذا كما قلنا - توفر العناصر الآتية:

* العرض أو البيع بأسعار مخفضة: يجب أن يكون هناك عرض أسعار بيع بإعلانها أو إشهارها مثلا بأية وسيلة، أو ممارسة البيع بصورة فعلية.

* السعر المعروض أو الذي تمّ به البيع أقل من تكاليف السلعة: لمتابعة هذه الممارسة، يشترط أن تقل الأسعار المعروضة أو الممارسة عن تكاليف إنتاج المنتجات محل البيع وتحويل هذه المنتجات وتسويقها، وقد ورد النصّ بهذه الصياغة كي يستوعب جميع الفرضيات التي يمكن أن تبرز فيه هذه الممارسة، فسواء كان العارض أو البائع منتجا للسلعة أو محولا لها أو مسوقا لها، فإنّ الحظر يقع إذا كان سعر السلعة المعروض أو المطبق، يقل عن المصاريف التي بذلت في إنتاجها أو تحويلها أو تسويقها⁽³⁾.

إنّ مصطلح المنتج المحول يعطي محلا لعدة نقاشات، فإذا كان قليل الاحتجاج كون تقسيم أو تقطيع منتج غذائي يشكل تحولا، فإنّه ليس من الأكيد أنّ إزالة التبريد "décongélation" أو إعادة توفير الظروف الملائمة "reconditionnement" يشكل تحويلا، في حين بيع منتج في تغليف أصلي يشكل بيع في الحالة⁽⁴⁾.

* توجيه العرض أو البيع إلى المستهلك: لا بدّ أن يتوجه هذا العرض أو البيع إلى المستهلك. ولم يشر قانون المنافسة إلى المقصود بالمستهلك، فهل هو المستهلك النهائي الذي يلبي حاجاته الشخصية أو حاجة

¹ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 53.

² - مرسوم رئاسي رقم 159-05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

³ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 54.

⁴ - Louis VOGEL, Traité de droit commercial, op. cit., p. 729.

أشخاص آخرين، أو المستهلك الوسيط الذي يشتري السلع والمواد لا ليستهلكها، وإنما من أجل تحويلها وتصنيعها.

لكن بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك، نجد أن المستهلك حسب ما عرفته المادة 03 منه هو « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به »⁽¹⁾. وعليه يكون المقصود من المستهلك في هذا المجال هو المستهلك النهائي دون الوسيط.

* تقييد المنافسة: أن يترتب عن الممارسة تقييد المنافسة في السوق، وسواء كان ذلك بقصد أودون قصد وسواء تحقق هدف الممارسة أو أثرها أو لم يتحقق⁽²⁾. حيث يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إما إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها (السلعة و/أو الخدمة) الدخول إلى السوق.

نتوصل، انطلاقاً مما سبق ذكره، إلى القول بأن هناك اختلافات بين البيع بأسعار مخفضة تعسفياً والبيع بالخسارة وهي:

* يشكل البيع بأسعار مخفضة تعسفياً ممارسة مقيدة للمنافسة، وبذلك يخضع لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بينما يكيّف البيع بالخسارة بأنه ممارسة تجارية غير شرعية، وبالتالي يخضع لأحكام القانون رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

* تتمثل أطراف العلاقة في البيع بأسعار مخفضة تعسفياً في المؤسسة (وفقاً لمفهوم نصّ المادة 3/1 من الأمر رقم 03-03) والمستهلك، بينما جاء النصّ في البيع بالخسارة بالمعنى الواسع دون أن يحدد الطرف الثاني في العلاقة، فيمكن أن تكون علاقة بين تاجر أو تاجر ومستهلك⁽³⁾، إذ جاء في نصّ المادة الأولى من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ما يلي:

« يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه »⁽⁴⁾. كما أنه يقصد بالعموم الاقتصادي وفقاً للمادة 1/03 من القانون نفسه كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أياً كانت صفته القانونية يمارس

¹ - قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص. 54 - 55.

³ - حيث نصّت المادة 1/19 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي :

« يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي ».

⁴ - قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها. ويقصد بالمستهلك وفقا للمادة 2/03 من القانون ذاته، كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني⁽¹⁾.

* يتعلق البيع بأسعار مخفضة تعسفيا بنشاط اقتصادي واسع، إذ يتضمن عمليات الإنتاج والتحويل والتسويق. بينما يقتصر البيع بالخسارة على نشاط إعادة البيع.

* يتعلق البيع بأسعار مخفضة تعسفيا بممارسة تتمثل في عرض الأسعار أو ممارسة الأسعار بينما يقتصر البيع بالخسارة على البيوع التامة وهذا ما يفهم من نص المادة 1/19 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

* في البيع بأسعار مخفضة تعسفيا، يمكن أن يكون السعر أقل من تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق بينما في البيع بالخسارة، يشترط في السعر أن يكون أدنى من سعر التكلفة الحقيقي. وحسب المادة 2/19 من القانون المذكور آنفا، يقصد بسعر التكلفة الحقيقي، سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء أعباء النقل⁽²⁾.

الفرع الثاني: الممارسات الخاصة بالعلاقات التجارية مع الشركاء الاقتصاديين

يقصد بالشريك "partenaire"، في مجال المنافسة، كل عون يدخل في علاقة مع مؤسسة ويمثل لهذه الأخيرة شريكا. وبالتالي، يشمل هذا المفهوم الأشخاص أو الكيانات الذين يحصلون على خدمات مقدمة من طرف تلك المؤسسة (الزبائن)، كذلك الأشخاص أو الكيانات الذين يقدمون لهذه الأخيرة وسائل مالية التي تحتاجها (المستثمرين). كذلك الشركة التي تسمح لتلك المؤسسة بأن تستعمل تكنولوجياتها أو معارفها (المستشار).

تمنح النشاطات الاقتصادية للمؤسسات الفرصة للدخول في علاقة تحالف أو عدا⁽³⁾. وبذلك يمكن اعتبار أن مؤسستين متنافستين تتوجدان في علاقة، ومع ذلك فإن هذه العلاقة منسمة بالعداوة، عكس ما يحصل مع التحالفات والتي تنشأ من أجل تطوير الوضعية التي تحوز عليها المؤسسات⁽⁴⁾.

تنتج عن المنازعات التجارية التي تثور بين الشركاء الاقتصاديين شكاوى متعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة، وقد أوردت المادة 07 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 1995 (الملغى) والمادة L.420-1,2 من التقنين التجاري الفرنسي الممارسات الخاصة بالعلاقات التجارية مع الشركاء الاقتصاديين، والتي تشكل تعسفا في

¹ - قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

² - آيت منصور كمال، « البيع بأسعار مخفضة تعسفيا »، الملتقى الوطني حول: "المنافسة وحماية المستهلك"، كلية الحقوق، أبوداو، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 - 18 نوفمبر 2009، ص ص. 139 - 140.

³ - Paul NIHOUL, La concurrence et le droit, Éditions EMS, Paris, 2001, p. 93.

⁴ - Ibid., p. 94.

وضعية الهيمنة وهي: البيوع المترابطة (المتلازمة) والبيوع التمييزية وقطع العلاقات القائمة لمجرد رفض التعامل الخضوع لشروط تجارية غير شرعية.

وهذه الممارسات وإن لم ينصّ عليها صراحة الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، في الجزائر، رغم خطورتها، فإنّها، ضمناً، تشكّل تعسفاً في وضعية الهيمنة، إذا صدرت عن مؤسسة متمتعة بوضعية هيمنة على السوق والتي ترمي إلى تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، ممّا يحرمهم من منافع المنافسة، وكذا إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية⁽¹⁾. وهذا ما تضمنته النقطتين (ج) و(د) من المادة 2/102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي⁽²⁾.

أولاً: البيوع المترابطة (المتلازمة)

إن البيوع المترابطة تؤدي إلى إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية⁽³⁾. إذ أن مؤسسة في وضعية هيمنة على منتج (أ) تفرض على زبائنها شراء المنتج (أ) و (ب) معاً من أجل الحصول على وضعية هيمنة على سوق المنتج (ب)⁽⁴⁾.

ويشكل البيع المترابط تعسفاً في وضعية هيمنة عندما يصدر عن مؤسسة متمتعة بوضعية هيمنة على السوق.

يتمثل هذا النوع من البيوع في قيام المؤسسة المهيمنة بربط إبرام العقد بقبول المتعاقد الآخر المنافس له، الالتزام بأداءات أخرى لا تربط بينها وبين موضوع العقد أية رابطة، بعبارة أخرى، لا يجوز للمؤسسة المهيمنة ربط بيع منتج معين أو أداء خدمة محددة ببيع منتج آخر أو أداء خدمة أخرى على الرغم من غياب أية علاقة بين المنتجين أو الخدمتين من حيث الطبيعة (أو حسب الأعراف التجارية)⁽⁵⁾.

¹ - راجع المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - L'article 102/2 point (c et d) du TFUE dispose :

« c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence.

d) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

³ - حيث نصّت الفقرة الأخيرة من المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد : ... إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية ».

⁴ - Emmanuel COMBE, La politique de la concurrence, op. cit., p. 56.

⁵ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، المرجع السابق، ص 188.

وقد انتهت اللجنة الأوروبية إلى اعتبار ربط بيع برنامج Windows ببيع برنامج Logiciel de lecture multimédia (Windows Media Player WMP) تعسفاً في وضعية الهيمنة والمتجسد في ممارسة البيع المترابط (vente liée) والذي كان له أثر الإخلال بعملية المنافسة في سوق le marché des logiciels de lecture multimédia⁽¹⁾، حيث كانت شركة ميكروسوفت تتمتع بوضعية هيمنة على سوق أنظمة الاستغلال " Le marché des systèmes d'exploitation"⁽²⁾.

ولقد لخصت اللجنة الشروط الواجب توافرها في مثل هذا التعسف:

* وجود وضعية هيمنة.

* وجود منتجين متميزين في الطبيعة.

* عدم وجود بديل للمنتج محل الهيمنة يستطيع المستهلك طلبه من منافس آخر، وذلك بسبب القيود التي وضعتها الشركة لمنع دخول منافسين جدد⁽³⁾.

وفي محاولة من شركة (ميكروسوفت) لنفي الشرط الثاني، فقد قرّرت وجود علاقة طبيعية بين المنتجين "Windows" من ناحية و "WMP" من ناحية أخرى، ولكن اللجنة الأوروبية انتهت إلى غياب هذه العلاقة، نظراً لأن هناك طلباً مستقلاً على برنامج "WMP"، بل إنّها ذهبت إلى أبعد من ذلك مقرّرة أن برنامج "WMP" يعد منتجاً مستقلاً عن نظام استغلاله وهو ما يعرف بـ Mac de Apple et Solaris de Sun. كما حاولت شركة ميكروسوفت تبرير الممارسة التعسفية، بالقول أن مثل هذا البيع المترابط يحمل فوائد كثيرة على مستوى التوزيع، فمن شأنه خفض التكلفة بالنسبة للمستهلك من ناحية ويجنبه ضياع الوقت والمخاطر المصاحبة للتركيب من ناحية أخرى. ورداً على ذلك، فقد قرّرت اللجنة أن عدم وجود منافسين من شأنه ألا يدفع شركة ميكروسوفت إلى التجديد، وهو ما سوف يكون ضاراً بمصلحة المستهلك. إن المنافسة، من وجهة نظر اللجنة تشكل أمراً هاماً للمحافظة على وجود أسواق تنافسية تدفع المتنافسين إلى التجديد لجذب أكبر عدد من المستهلكين⁽⁴⁾.

¹ - Comm. CE, décision du 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Europe ; Voir, Frédéric MARTY & Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », op. cit., p. 283.

² - Voir, Vincent MARTENET & Andréas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op.cit, pp. 119 - 120.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، المرجع السابق، ص 189.

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، المرجع السابق ، ص ص.

وبذلك قررت اللجنة الأوروبية أنه يجب على شركة ميكروسوفت اقتراح لصانعي آلات الحاسوب نسخا من ويندوز "Windows" غير حاملة لبرنامجها "logiciel de lecture" حتى يتم السماح لمنافسيها استرجاع وضعيتهم في هذه السوق وتعزيز ديناميكية الابتكار⁽¹⁾.

أدان مجلس المنافسة الجزائري الشركة الوطنية لصناعة التبغ والكبريت (SNTA) لتعسفها في وضعيتها الاحتكارية والمهيمنة على سوق التبغ. بالفعل، استخلص المجلس بأن هذه الشركة تشترط لبيع السجائر اقتناء المنتجات الأخرى (أوراق التبغ، أعمدة الكبريت)، في حين أن مخازن السجائر التي تحوز عليها الشركة تسمح لها باكتفاء بصفة واسعة كل طلبات السجائر⁽²⁾.

ثانيا: البيع التمييزية

عند الحديث عن البيع التمييزي، نكون بصدد تفضيل زبون عن زبون آخر من خلال امتيازات يمنحها الممون أو البائع عادة على شكل تخفيضات (rabais) أو تسهيلات في الدفع⁽³⁾. تشكل شروط البيع التمييزية تعسفا في وضعية الهيمنة إذا صدرت عن مؤسسة متمتعة بوضعية الهيمنة وذلك بموجب المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁴⁾.

وقد سنّ المشرع الجزائري في المادة 07 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى التعسف في وضعية الهيمنة الذي يتجسد في البيع التمييزي⁽⁵⁾.

أما الأمر الحالي لسنة 2003 المتعلق بالمنافسة، فقد نصّ في مادته 07 على أنه يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة يقصد منه تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة. ومثال عن ذلك البيع التمييزي⁽⁶⁾.

وقد أعاد مجلس المنافسة الجزائري مؤسسة (ENIE) لكونها تعامل بعض الزبائن معاملة تفضيلية وتمييزية، حيث يستفيدون من امتيازات في استعمال مخازن المؤسسة، الحصول على كميات هامة من المنتجات على حساب باقي الزبائن، كميّات الدفع، التخفيضات في الأسعار⁽¹⁾.

¹ - Frédéric MARTY & Julien PILLOT, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », op. cit., p. 283.

² - قرار رقم 98-ق-03 مؤرخ في 13 ديسمبر 1998، يتعلّق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، المرجع السابق ذكره. حول هذه النقطة، أنظر،

- Reda BOUKROUFA, « L'abus de position dominante dans le droit algérien de la concurrence », op. cit., p.16.

³ - قابة صورية، مجلس المنافسة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 142.

⁴ - Voir, L'article 420-2¹ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁶ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

لكن ما يُعاب على المؤسسة ليس انتهاج سياسة تجارية معينة ولكن تطبيقها بصفة انتقائية، وذلك بتفضيل بعض الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم، ممّا يجعلهم يحصلون على تخفيضات لا يستهان بها. اعتباراً أنّه ما يُعاب على المؤسسة المشتكى منها هو التمييز بين الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم، إذ لا تستجيب لطلبات البعض بحجة عدم توفر المنتجات، وتسلم البعض الآخر كميات تفوق طلباتهم. واعتباراً أنّه يستخلص من أوراق الملف أن الطرف المشتكى منه أقر لفائدة بعض زبائنه كفيات دفع يتمّ بموجبها تسديد 30% من المبلغ الإجمالي عند دفع المنتجات على أن يدفع المبلغ المتبقى على مدى فترة تتراوح ما بين أربعة وستة أشهر.

واعتباراً أنّه يستفاد من معاينات المحققين أنّ المؤسسة المشتكى منها تمنح الزبائن الذين يقتنون كميات هامة من المنتجات تخفيضات معتبرة.

اعتباراً أنّ تصرفات المؤسسة المذكورة على النحو السالف الذكر يعد تمييزاً في شروط التسليم. بالتالي فإنّه إذا كان للمؤسسة كامل الحرية في تحديد السياسة التجارية التي تخدم مصالحها، فإنّه لا يجوز لها بموجب قانون المنافسة استعمال هذه الحرية للحد من المنافسة بين مختلف البائعين أو لإضعاف قدرة البعض على منافسة البعض الآخر.

وبما أنّ هذه الممارسات التي أقدمت مؤسسة (ENIE) على ارتكابها، تشكل في حد ذاتها تعسفا في استغلال وضعيّة هيمنة، ممّا يستوجب معه الأخذ بأحكام المادة 07 من قانون المنافسة الجزائري⁽²⁾.

وفي القضية رقم 25/2003 لـ 21 أبريل 2003، التي يتخاصم فيها "سليمانى مجيد" ضد شركة "إيفري" والتي تم تأكيدها بتاريخ 18 فيفري 2013 لدى مجلس المنافسة الجزائري من طرف موزع المياه المعدنية "سليمانى مجيد" ضدّ شركة "إيفري". أكّد التقريران الأولي والنهائي للتحقيق وسمحا لهيئة المجلس بتكييف الوقائع المذكورة وفقاً لما جاء في المادة 07 من الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 الخاص بالمنافسة وبالتحديد ضمن خطأ استغلال وضعيّة الهيمنة المجسّد ببيع تمييزي كان معمولاً به حين ارتكاب المخالفات. وذلك في جلسة المجلس بتاريخ 13 نوفمبر 2014⁽³⁾.

¹ - مجلس المنافسة، قرار رقم 99-ق-01 مؤرخ في 23 جوان 1999 يتعلّق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، المرجع السابق ذكره.

² - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99-ق-01 مؤرخ في 23 جوان 1999 يتعلّق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، المرجع السابق ذكره.

³ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 46.

وقد تقوم المؤسسة المهيمنة بموجب هذه الممارسة (البيع التمييزي)، بفرض أسعار مختلفة ومتفاوتة على الموردين والعملاء الذين يتعاملون معها، حيث يمنع أيضا استراتيجية الأسعار التمييزية (بيع نفس المنتج بأسعار مختلفة تبعا لأصناف المشتريين دون أن يكون ذلك مبررا باختلاف الأذواق)⁽¹⁾.

لقد أيدت محكمة العدل للمجموعات الأوروبية القرار الصادر عن اللجنة الأوروبية، والذي كانت قد أيدته قبلها محكمة الدرجة الأولى للمجموعات الأوروبية، فيما ذهبت إليه من إدانة مطار باريس بارتكابه تعسف في وضعية الهيمنة بسبب قيامه بفرض رسومات وإتاوات على شركة "Alpha Flight" أكثر ارتفاعا من تلك المفروضة على أحد فروع شركة طيران فرنسا⁽²⁾.

غير أن قيام المؤسسة المهيمنة بتعديل أسعارها أو شروط بيعها أو ممارسة أسعار مختلفة ومبررة بأسعار التكلفة لا يعد ممارسات تعسفية⁽³⁾.

ثالثا: قطع العلاقات التجارية

تكون هذه المعاملات بين عونين اقتصاديين أو أكثر، يكون أحدهما ذو وضع اقتصادي قوي يستطيع فرض شروط على زبائنه.

منع المشرع الجزائري في المادة 07 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى، الممارسة التعسفية الخاصة بقطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الاستجابة لشروط تجارية غير شرعية⁽⁴⁾. ومنعها المشرع الفرنسي بموجب المادة 08 من الأمر المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة لسنة 1986 (حاليا المادة -L.420 2,1 من التقنين التجاري الفرنسي)⁽⁵⁾.

وقد ظهرت هذه المعاملات في فرنسا بين وكلاء التوزيع (Les concessionnaires) والشركات المنتجة، حيث قد تشترط هذه الأخيرة على وكلائها شروطا غير شرعية تهدف أساسا إلى زعزعة وكلاء توزيع المنتجين المنافسين لها⁽⁶⁾.

وقد أديننت مؤسسة "Brasseler et CMS Dental" بسبب قطع علاقاتها التجارية مع شركات "Distribution logistique Dentaire et Médical" لسبب وحيد هو أن الشركة الأخيرة تقوم بالبيع عن طريق المراسلة⁽⁷⁾.

¹ - Michel GLAIS, « État, marché et concurrence (les fondements d'une politique de la concurrence) », Cahiers français n° 313 (Concurrence et régulation des marchés), Mars – avril 2003, p. 25.

² - CJCE, arrêt du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris c/ Commission et Alpha Flight Services SAS, aff. C-82/01P ;

حول هذه النقطة، أنظر، جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 156.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 177.

⁴ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Voir l'article L.420-2,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 153.

⁷ - Cons. conc., décision n° 92-D-68 du 15/12/1992 et CA Paris, arrêt du 15/09/1993, cité par Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 278.

وقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية لهذا الموضوع بمناسبة قضية تتلخص وقائعها في وجود عقد أبرم من شركة "Cray Valley" وشركة "Gaches chimie" تنازلت بموجبه الأولى لصالح الثانية عن حق التوزيع الحصري لمنتجاتها الصمغية⁽¹⁾. وقد اتفقت الشركتان على أن تكون مدة العقد هي سنة يمكن تجديدها ضمناً، وعلى من لا يرغب في التجديد إعلام الطرف الآخر برغبته في ذلك قبل انتهاء مدة العام. وكنتيجة لقيام شركة "Cray Valley" بفسخ العقد، قامت الشركة الأخرى برفع دعوى تطالب فيها بتعويض الأضرار التي أصابتها من إنهاء العقد بطريقة تجسد التعسف في وضعية الهيمنة.

وقد انتهت محكمة الاستئناف إلى أن الإنهاء ينطوي على تعسف، وذلك لأن الطرف الآخر كان قد قام بتعيين موزع آخر قبل أن يعلن رغبته بعدم التجديد إلى الطرف الآخر مخالفاً بذلك شروط العقد. ولكن محكمة النقض رأت أن هذا الحكم يفتقر إلى الأساس القانوني الصحيح، وذلك لأن الإنهاء لم يكن مفاجئاً، وإنما ثابت أن شركة "Cray Valley" قامت بإعلان رغبته بذلك إلى الطرف الآخر، فالإنهاء في نظر محكمة النقض لا ينطوي على تعسف إلا إذا كان مفاجئاً أو إذا قامت هذه الشركة الأخيرة بالزام الشركة الأخرى بالقيام باستثمارات ضخمة، ثم قرّرت بعد ذلك فسخ العقد.

إن شركة "Cray Valley" لم ترتكب، طبقاً لوجهة نظر محكمة النقض، أي تعسف، إذ أن قيامها بتعيين موزع آخر في نفس المنطقة التي تتمتع فيها شركة "Gaches chimie" بحقوق توزيع حصرية لا يشكل تعسفاً، وإنما يشكل خرقاً لالتزام من الالتزامات التعاقدية التي يفرضها العقد⁽²⁾.

فإذا لم يثبت التعسف في وضعية الهيمنة طبقاً للمادة 1/8 من قانون المنافسة الفرنسي (حالياً المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي)، فإنّ قطع العلاقات التجارية من طرف الممون يمكن أن يثير مسؤوليته أمام القضاء العادي على أساس المادة 5/36 من الأمر الصادر في 1986 (حالياً النقطة الخامسة من المادة L.442-6¹ من التقنين التجاري الفرنسي)⁽³⁾.

¹ - Cass. com., arrêt du 09 avril 2002, SA Cray Valley c/ Sté Gazechim et autres ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، ص ص. 186 - 187.

² - « Attendu qu'en se déterminant, par des motifs tirés d'une violation des engagements contractuels, impropre à caractériser l'abus, ou la brutalité, de refus de renouveler le contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », Cass. com., arrêt du 09 avril 2002, SA Cray Valley c/ Sté Gazechim et autres, arrêt préc.

³ - L'article L.442-6¹ du code de commerce français dispose :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : ...

5° - De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminé, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels ...

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure (...).

وبناءً على ذلك، فلكي يشكل الإنهاء تعسفاً في وضعية الهيمنة، فإنّه يجب إقامة الدليل على أنه جاء فجائياً وخالياً من الغش والخداع، وقبل كلّ ذلك يجب إثبات تمتع المؤسسة التي قامت به بوضعية الهيمنة. فلا يعد تعسفاً الإنهاء الذي يأتي بعد إعلان الرغبة في عدم تجديد العقد قبل القيام بفسخ العقد محدد المدة، كذلك لا يشكل تعسفاً الإنهاء المبرر بأسباب قانونية كانتهاء مدة العقد وإلخلاف الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية⁽¹⁾. إذن، لكي تتحقق إدانة مؤسسة بقطع علاقاتها التجارية مع مؤسسة أخرى، يجب أن تثبت هذه الأخيرة بأن المؤسسة الأولى تتمتع بوضعية الهيمنة، وأن لا يكون هذا القطع نتيجة لانقضاء العقد المبرم بينهما، أو كان لسبب مشروع.

رابعاً: فرض سعر إعادة البيع أو إلزام شروط خاصة على الموزعين

إنّ المبدأ الرئيسي المعمول به في هذا المجال تمّ تشكيله من طرف محكمة العدل للمجموعات الأوروبية المتمثل في: « يجب على كلّ متعامل اقتصادي أن يحدّد بكيفية مستقلة السياسة التي يريد اتباعها على السوق الموحد بما في ذلك اختيار المعنيين بعروضه وبيئته ». فبالرغم من وجود مؤسسة مهيمنة، يجب أن يتابع الممونين ومنافسيه ممارسة وظائفهم الاقتصادية بتمتعهم باستقلالية كافية⁽²⁾.

يشكّل فرض سعر إعادة البيع أو إلزام شروط خاصة على الموزعين إحدى الضغوط الممارسة من طرف المؤسسة المهيمنة في السوق على باقي المؤسسات، إذ أنّ المؤسسات المتواجدة في تلك الوضعية تمارس أحياناً، ضغوطاً على باقي المتعاملين الاقتصاديين بهدف القضاء على منافس⁽³⁾.

وقد تضمّنت المادة 07 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) فرض سعر إعادة البيع، باعتباره تعسفاً ناتجاً عن وضعية الهيمنة على السوق، في حالة واحدة، وهي إلزام بإعادة البيع بسعر أدنى⁽⁴⁾. وقد أوضح الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر بأنّه يحظر التعسف في وضعية الهيمنة، إذا نتج عنه إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية. وبذلك، يمكن إدراج فرض سعر إعادة البيع أو إلزام شروط خاصة على الموزعين ضمن هذه الطائفة⁽⁵⁾.

هناك ممارسات تعسفية كثيرة لا يمكن تعدادها والتي يمكن أن تترتب عن حيازة وضعية الهيمنة كاحتباس مخزون من منتجات في محلات والبيع المشروط بكمية دنيا ومنح هبات أو عطايا غير مبررة.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، المرجع السابق، ص 187.

² - Philippe LAURENT, « Abus de position dominante (Article 86 du traité de Rome) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 561, (11/1989), p. 09.

³ - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Les abus de domination) », op. cit., p. 12.

⁴ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

بعد أن قمنا بدراسة مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة، سنقوم بدراسة القيود الواردة على هذا المبدأ، وذلك في المبحث الأخير من هذا الفصل.

المبحث الثالث: القيود الواردة على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة

يتبين من دراسة كلّ من القانونين الجزائري والفرنسي في مجال المنافسة، أن مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق مؤكد فيهما، إلا أنه ليس بمبدأ مطلق، بل ترد عليه قيود.

وفي الجزائر، تتمثل هذه القيود في الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، والتي تقابلها المادة L.420-4 من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾ (المطلب الأول).

وعلى عكس المشرع الفرنسي، أورد المشرع الجزائري قيودا أخرى على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة والمتمثل في التصريح بعدم التدخل المكرس ضمن المادة 08 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة السابق ذكره⁽³⁾.

يعتبر التصريح بعدم التدخل قيودا وردا على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة لأنه بمثابة شهادة تمنح صاحبها الأمن القانوني اتجاه كلّ من يهاجمه بارتكابه للتعسف المحظور، وذلك طيلة فترة صلاحية الشهادة (المطلب الثاني).

وهذا يبين أنّ المنافسة رغم مساهمتها في التطور الاقتصادي، إلا أنها ليس غاية في ذاتها، والدليل على ذلك أيضا نصّ المادة 01 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي جاء كما يلي:

« يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كلّ ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين ».

وقد أراد المشرع الجزائري بهذه الإعفاءات والترخيصات (الاستثناءات) الواردة في نصّ المادة 09 المذكور أعلاه أن يأخذ بعين الاعتبار حركية وتعقد الواقع الاقتصادي، التي لا تتماشى دائما مع المبادئ والنصوص القانونية التي تتصف بالجمود والثبات⁽⁴⁾.

المطلب الأول: الاستثناءات الواردة على حظر التعسف في وضعية الهيمنة

نصّت المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري لعام 2003 على أنه:

« لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نصّ تشريعي أو نصّ تنظيمي اتخذ تطبيقا له.

¹ - أنظر المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.420-4 du code de commerce français; www.legifrance.gouv.fr/

³ - اطلع على نصّ المادة 08 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا يستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات أو الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة»⁽¹⁾.

ويقابل هذه المادة نص المادة L.420-4 من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾.

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى الاستثناءات التي تتقرر بموجب نص تشريعي أو تنظيمي، التي أدخلها المشرع الجزائري في قانون المنافسة لسنة 2003 في صلبه (الفرع الأول). بعدها إلى الاستثناءات التي تتم على أساس مساهمة التعسف في وضعية الهيمنة في التقدّم الاقتصادي أو التقني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاستثناء الناتج عن نص قانوني (تشريعي أو تنظيمي)

لا يمكن إدانة تعسف في وضعية الهيمنة إذا كان ناتجا عن نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له، وبناء عليه يمكن لمرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة تبرير مخالفتهم على أساس وجود نص تشريعي أو مرسوم أو قرار، مما يعفيهم من المتابعة، بشرط أن تتخذ هذه النصوص تطبيقا لنص تشريعي.

ولتطبيق هذا الترخيص، وضع القضاء الفرنسي قاعدتين أساسيتين وهما: أن تتوفّر بعض الشروط في النص المقرر للاستثناء من الحظر، أن تكون الممارسات المحظورة نتيجة مباشرة وضرورية (حتمية) للنصوص المتمسك بها للتبرير⁽³⁾.

أولا: الشروط المتعلقة بالنص المحتمل إثارته

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - L'article L.420-4 du code de commerce français dispose :

« I – Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 les pratiques :

1° - Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° - Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II – Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisants à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III – Ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L.420-2-1 les accords ou pratiques concertées dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

نتطرق أولاً، في هذا الصدد، إلى طبيعة النصّ الذي يحتمل إثارته من أجل تبرير ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة، وذلك من قبل المؤسسة المهيمنة. ثم نتناول مسألة حادثة هذا النصّ.

1 - طبيعة النصّ

يُحوّل المشرّع الجزائري، وبموجب نصّ المادة 09/1 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، المذكورة آنفاً، لمرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة تبرير سلوكهم المحظور، وبالتالي إعفاءهم من المتابعات الإدارية والقضائية، على أساس وجود نصّ قانوني يتمثل في نصّ تشريعي أو نصّ تنظيمي (مرسوم أو قرار) يسمح بذلك، لكن مع ضرورة أن يكون هذا النصّ التنظيمي قد اتخذ تطبيقاً لنصّ تشريعي:

أعاد نصّ المادة L.420-4¹⁰ من التقنين التجاري الفرنسي حرفياً نصّ الفقرة الأولى من المادة 10 من الأمر رقم 86-1243 لـ 1 ديسمبر 1986 الذي تبني نظاماً للتبرير بأمر من القانون جد صارم، والذي يسمح لمرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة بإثارة فقط "نصّ تشريعي" أو "نصّ تنظيمي اتخذ تطبيقاً له"، وليس كما كان يعمل به في ظل الأمر الذي سبقه والمتمثل في الأمر رقم 45-1483 لـ 30 جوان 1945، والذي كان يسمح بإثارة كلّ نصّ تشريعي أو تنظيمي⁽¹⁾.

نتيجة لكلّ ما سبق ذكره، لا يمكن أن تكون التصرفات التي لا تتمتع بطابع تشريعي أو تنظيمي من جهة، والنصوص التنظيمية التي لا تطبق مباشرة نصّاً تشريعياً من جهة أخرى، صالحة لإثارتها.

وبلاحظ هنا، أنّه إذا كان لا يجوز معاقبة المؤسسة المهيمنة عندما ترتكب تصرفاً يجسد تعسفاً في وضعية هيمنة، إذا كان هذا التصرف تمّ تطبيقاً لنصّ تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، فإنّه يمكن ملاحقة الدولة على أساس نظرية التعسف الآلي أو التلقائي.

وعلى ذلك يقال أن التصرف الذي تقوم به المؤسسة المهيمنة ويكون مفروضاً عليها قانوناً يُعفيها من العقاب ولكن لا يعفي الدولة، وإنّما يمكن ملاحقتها على أساس النظرية السابقة الإشارة إليها⁽²⁾.

أ - استبعاد التصرفات غير التشريعية أو التنظيمية

رفض المجلس الفرنسي إثارة مرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة (كبقيّة الممارسات المقيدة للمنافسة) لبرتوكول "Un protocole" موقع من طرف النقابات المهنية والجمعيات والفدرالية الفرنسية للرياضة ووزير الشباب والرياضة⁽¹⁾.

¹ - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 320, 05/2009, p. 03.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة"، المرجع السابق، ص 199.

كما استبعد مجلس المنافسة الفرنسي، إمكانية إثارة عقد موقع من طرف أشخاص خاصة؛ نظرا لغياب الطابع العام لمعايير الاتفاقية والذي يجزّدها من كل طبيعة تشريعية أو تنظيمية⁽²⁾.

لا يسمح مجلس المنافسة الفرنسي كذلك أن يستبعد التعسف في وضعية الهيمنة من مبدأ حظره لسبب بسيط أن الإدارة على علم أو أنها توافق عليه. وبالنتيجة، فإن التشجيعات والحوافز والموافقات والمجاملات أو التساهلات المقدمة من طرف السلطات الإدارية بصفة صريحة أو ضمنية على شكل منشور أو تعليمة خصوصا بشأن تصرفات مقيّدة للمنافسة، لا يمكن أن يتم إثارتها من أجل تطبيق المادة L.420-4⁽³⁾، والتي تقابل المادة 1/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر.

وتجدر الإشارة، فيما يتعلق بالمنشورات، أنّ اللجنة التقنية للاتفاقيات ووضعية الهيمنة كانت تقبل أن تثار هذه المنشورات بصفة نفعية من طرف المؤسسات، وإن كانت لا تشكل حقيقة نصوص تنظيمية، وذلك في ظل الأمر رقم 45-1483 لـ 30 جوان 1945، وذلك تحت ثلاثة شروط: أن يكون المنشور صادرا عن وزير الاقتصاد فقط، ويشكل تفسيرا لتنظيم ساري المفعول. وأخيرا، يسمح صراحة ببعض الممارسات المقيّدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة⁽⁴⁾.

ب - استبعاد النصوص التنظيمية غير المطبقة مباشرة للقانون

لا يسمح بإثارة إلّا نصّا تنظيميا اتخذ تطبيقا لنصّ تشريعي. تستبعد المادة L.420-4⁽⁵⁾ من التقنين التجاري الفرنسي كلّ إمكانية ادعاء من طرف مرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة بوجود نصّ متخذ من طرف السلطة التنظيمية التي تسمى بالمستقلة Le pouvoir réglementaire dit autonome بموجب المادة 37 من الدستور الفرنسي⁽⁵⁾.

تستبعد أيضا المادة 1/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، في الجزائر، إمكانية إثارة نصّ متخذ من طرف السلطة التنظيمية المستقلة، وذلك بموجب نصّ المادة 1/125 من الدستور الجزائري لعام 1996، والذي جاء كما يلي:

¹ - Cons. conc., décision n° 94-D-40 du 28 juin 1994, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

² - Cons. conc., décision n° 97-D-71 du 21 octobre 1997, relative à une saisine présentée par les sociétés Asics France, Uhlsport France, LJO International, Le Roc Sport, VIP France, Puma France, Mizuno France, ABM Sport France, W. Pabisch, Lotto France Nike France et NOI France, d'une part, et par la société Reebok France, d'autre part ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

³ - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 03.

⁴ - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 320, 11/1988, p. 04.

⁵ - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 04.

« يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون »⁽¹⁾، فالسلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية واسعة (غير محددة) ومستقلة: فقد تمّ تحديدها بطريقة سلبية، ممّا يجعل مجالها واسعا يَطالُ كافة الميادين والشؤون باستثناء مجال القانون المحدد - أساسًا - بموجب المادتين 122 و 123 من الدستور الجزائري لعام 1996⁽²⁾، كما أنّها تبقى مستقلة عن السلطة التشريعية.

يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية، في الواقع، بموجب التوقيع على مراسيم رئاسية décrets présidentiels طبقا للمادة 8/77 من الدستور الجزائري لعام 1996 والمعدّلة بموجب المادة 05 من القانون رقم 19-08⁽³⁾، تميّزها لها عن المراسيم التنفيذية décrets exécutifs التي يختصّ بها الوزير الأول.

وإذا كانت السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية مستقلة وواسعة، فإنّ السلطة التنظيمية للوزير الأول مرتبطة بالسلطة التشريعية، ذلك أن المادة 2/125 من الدستور الجزائري لعام 1996 نصّت على أنّ: « يندرج تطبيق القوانين في مجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول »⁽⁴⁾.

وهو ما تشير إليه أيضا المادة 2/85 من الدستور السالف الذكر، المعدّلة بموجب المادة 09 من القانون رقم 19-08 المذكور أعلاه والتي نصّت على أنّ:

« يسهر (الوزير الأول) على تنفيذ القوانين والتنظيمات ».

وبالتالي، تسند المادة 2/85 السالفة الذكر للوزير الأول مهمة تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية إضافة للتنظيمات (المراسيم) الصادرة عنه وعن رئيس الجمهورية⁽⁵⁾.

والجدير بالملاحظة أن دستور 1996 قبل تعديله، لم يكن يشترط موافقة رئيس الجمهورية لإصدار المراسيم التنفيذية من طرف رئيس الحكومة، فإن تعديل 2008 قيد سلطة الوزير الأول في إصدار هذه المراسيم⁽¹⁾. حيث نصّت المادة 3/85 من الدستور على ما يلي:

¹ - مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلّق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المرجع السابق ذكره.

² - أوردت المادة 122 من الدستور الجزائري لعام 1996 ثلاثين (30) مجالا يشرّع فيها البرلمان بقوانين Lois. أمّا المادة 123 منه، فتشير إلى سبعة مجالات حيوية وأساسية تتعلّق خاصة بالميادين السياسية والإعلامية والأمنية، يشرّع فيها البرلمان بقوانين عضوية Lois organiques.

³ - قانون رقم 19-08 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يتضمّن التعديل الدستوري، المرجع السابق ذكره.

⁴ - حيث نصّت المادة 13 من القانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، على ما يلي: « تستبدل وظيفة "رئيس الحكومة" بوظيفة "الوزير الأول" في المواد 83 و 84 و 86 و 91 و 116 و 118 و 119 و 120 و 125 و 129 و 137 و 158 من الدستور ».

⁵ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري - النشّاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص

« يوقع (الوزير الأول) المراسيم التنفيذية، بعد موافقة رئيس الجمهورية على ذلك ».

وبالتالي، فإن النصوص التنظيمية المستقلة الصادرة عن رئيس الجمهورية لا يمكن أن يتم إثارته من طرف مرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة لتبرير تصرفهم هذا، في حين يمكن إثارة النصوص التنظيمية (التنفيذية) الصادرة عن الوزير الأول، والتي تتخذ لتفصيل وتطبيق ما جاء من قواعد عامة في النصوص القانونية. وهذا ما تشترطه المادة 1/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، في الجزائر، لعدم تطبيق المادة 07 من الأمر ذاته المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة، بحيث يجب أن تكون هذه الممارسة ناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له.

إن هذا التحديد للنصوص التنظيمية التي يمكن إثارته، والتي تتمثل فقط في النصوص المطبقة للقوانين، مبرر بصفة تامة. فبالفعل، يهدف الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة إلى إلغاء تدخل الدولة في المجال الاقتصادي وحماية حرية المنافسة في الأسواق. فإن وضع آلية تسمح للسلطة التنظيمية المستقلة بوضع نصوص ناشئة لتقييدات المنافسة، دون أن يكون لها أثر فعلي على التطور الاقتصادي، يكون غير متوافق مع المنطق العام الذي يسير عليه الأمر رقم 03-03 المذكور آنفاً. إذ أنه لا يمكن أن تنشأ تقييدات بالمنافسة إلا بناء على نقاش برلماني وفقط في الإطار الذي تبرر فيه المصلحة العليا ذلك. لا تستطيع أن تشكل النصوص التنظيمية - مراسيم، قرارات - التي يمكن إثارته إلا تدابير تنفيذية لتقييدات قانونية مقررة⁽²⁾.

وبصفة عامة، يجب أن يكون النص التنظيمي اتخذ تطبيقاً مباشراً لنص قانوني (application directe d'une loi). فبصفة عامة، فسّر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) بصفة صارمة هذا المفهوم. وبذلك، قضى بأن القرار المشترك بين الوزراء "un arrêté interministériel" والمتخذ لتنفيذ المرسوم المطبق للقانون لا يمكن إثارته من طرف مرتكبي الممارسات المقيدة بالمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة. فبالفعل، يظهر بوضوح أنّ مثل هذا القرار غير مرتبط مباشرة بتطبيق نص قانوني⁽³⁾.

ومع ذلك، لا يتم احترام هذا الشرط دائماً. وبذلك، ففي قضية جمعية (Internip) ضد (Matif)، اعتبرت محكمة استئناف باريس أنه إذا كانت شركة (Matif) في حالة وضعية هيمنة، فإن تحديد مبلغ العمولات يدخل في المهام المخول للشركة من طرف مجلس الصفقات المحددة المدة. وبالنسبة، فإن تطبيق المادة 1/10 من الأمر رقم 86-1243 لـ 01 ديسمبر 1986 (حاليا المادة L.420-4، I.1° من التقنين التجاري الفرنسي) أصبح ممكناً، وبالتالي استبعاد ممارسة الشركة من كل عقاب.

¹ - قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق ذكره.

² - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 04.

³ - Cons. conc., décision n° 94-D-41 du 05 juillet 1994, relative à des pratiques relevées dans le secteur des volailles sous label ; www.autoritedelaconurrence.fr/

واقعيًا، إن النصّ الذي يبرر التصرف المتنازع فيه هو النصّ المتخذ من طرف مجلس الصفقات المحددة المدة لتعريف مهام الشركة. لا يمكن أن يتمّ ارتباطه بتطبيق نصّ قانوني إلّا من خلال عدة روابط قانونية ابتداء من النظام الداخلي لمجلس الصفقات المحددة المدة. وإذا افترضنا أن النصّ المعني هو نصّ تنظيمي، فهذا الأخير لم يكن وهذا بصفة أكيدة متخذًا مباشرة لتطبيق تقييد تشريعي⁽¹⁾.

2 - حادثة النصّ

ليس بإمكان مرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة إثارة نصّ بصفة مجدية إلّا إذا كان هذا الأخير ساري المفعول في الوقت الذي تنبؤ فيه تصرفهم المقيد للمنافسة. وبالتالي، لا يتمّ استبعاد التعسف في وضعية الهيمنة من مبدأ الحظر على أساس نصّ تمّ صدوره بعد وقوعه. في حين أنّه يمكن أن يشكل ظرفًا مخففًا مُهماً لتحديد مبلغ العقوبة المالية بمجرد دخول هذا النصّ حيز التنفيذ بسرعة بعد وقوع التصرف المعاقب عليه. وبتعبير آخر، إن النصّ اللاحق ليس فعلاً مبرر ولكن يستطيع أن يشكل عنصرًا (ظرفًا) لتخفيض مبلغ العقوبة المالية. عدم إمكانية إثارة نصّ لاحق للوقائع المعاقب عليها، من أجل تبريرها، ليس بأمر غريب اتجاه مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة "non-rétroactivité des lois nouvelles". وبذلك، يجب الإشارة إلى أنّ الرجوع لنصّ لاحق للوقائع المتنازع فيها يسمح بفقدان، وذلك بأثر رجعي، الطابع غير المشروع للتصرفات التي تمتّ معاينتها. وبالنتيجة، عدم تطبيق مبدأ الحظر⁽²⁾.

ثانيًا: الشروط المتعلقة بالعلاقة بين التعسف في وضعية الهيمنة المقيد للمنافسة والنصّ المثار

عند قراءة نصّ المادة 1/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، تستبعد فقط الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة "الناجمة عن تطبيق" نصّ تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقًا له من مبدأ الحظر. يفترض تبرير المساس بالمنافسة بأمر من القانون معاينة العلاقة السببية بين الممارسة المقيدة للمنافسة والنصّ المثار. وبذلك، لا يكفي ادّعاء مرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة، بصفة غير ملموسة، تطبيق نصّ، بل يقع عليهم عبء إثبات بوضوح كيف تفرّض متطلبات هذا النصّ عليهم تبني تصرفهم المحظور⁽³⁾. وفي غياب ذلك، فإنّه لا تطبق المادة 1/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

ليس هذا الإثبات أو البيان بأمر هين، إذ أنه لا يكفي إثبات وجود علاقة سببية بسيطة بين النصّ والممارسة. فبالفعل، اشترط مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة)، وذلك بكيفيات مختلفة، أن يكون التعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة نتيجة مباشرة وحتمية (تقاريره لسنوات 1989 إلى 1992) أو كذلك "نتيجة مباشرة وضرورية" (تقاريره لسنوات 1993 إلى 2008) للنصّ المثار⁽⁴⁾.

¹ - CA Paris, 1^{ère} Ch. A., arrêt du 27 juin 1990 ; Sur ce point, voir, Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 04.

² - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 05.

³ - Cons. conc., décision n° 01-D-07 du 11 avril 2001, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁴ - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 05.

1 - وجود علاقة سببية بين التعسف في وضعيّة الهيمنة والنصّ المثار

من خلال نصّ المادة 1/09 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه، لا تخضع لأحكام المادة 07 من قانون المنافسة المتعلق بحظر التعسف في وضعيّة الهيمنة، الممارسات الناتجة عن تطبيق نصّ تشريعي أو تنظيم اتّخذ تطبيقاً له. وإذا كانت هذه المادة تؤكد ضرورة قيام علاقة بين التعسف في وضعيّة الهيمنة والنصّ الذي يبرره، فإنّها لا تحدّد طبيعة هذه العلاقة، لذا فإنّ التفسير الواسع لنصّ المادة 1/09 السالفة الذكر سيسمح باستيعاب العلاقات القائمة بين الممارسات والنصّ، ولو كانت بعيدة. وهذا ما يؤدي في الواقع إلى الإنقاص من فعالية المادة 07 من الأمر نفسه⁽¹⁾.

أ - غرض النصّ

ومن أجل ربط التعسف في وضعيّة الهيمنة بتطبيق نصّ وفقاً للمادة 1/09 المذكورة أعلاه، فإنّه من الضروري أن يكون هذا النصّ قد تمّ وضعه للسماح بوقوع تقييدات للمنافسة المحتملة. وبالتالي، إن الأحكام التي لها دور ترخيص الممارسات المقيدة للمنافسة، بما فيها "التعسف في وضعيّة الهيمنة"، هي التي تسمح افتراض وجود علاقة سببية كافية بين النصّ والتصرف المعني هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لا يمكن وجود أية علاقة إذا كان النصّ المثار له دور واضح وصريح يتمثل في حماية المنافسة⁽²⁾.

ب - مدى ملائمة النصّ

يجب أن تكون الممارسة التعسّفية في وضعيّة الهيمنة هي التي يخاطبها النصّ فعلاً، إذ أنّه لا يمكن تطبيق المادة 1/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة إلّا إذا كانت الحالة المتنازع فيها في توقعات ونطاق المادة المثارة. فإن لم يكن كذلك، فإنّ هذه الممارسة المقيدة للمنافسة لا يمكن أن تكون نتيجة للنصّ الذي تمت إثارته، وفقاً لمفهوم المادة 1/09 المذكورة أعلاه⁽³⁾، ولكن من ممارسة مستقلة للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين.

وبذلك، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنّ تقنين الواجبات المهنية للمهندسين المنشأ بموجب مرسوم لا يسمح بتبرير جدول التسعير و"العقد النموذجي" اللذان تمّ وضعهما من قبل نقابة المهندسين.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 144.

² - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 06.

³ - حيث نصت المادة 1/09 من الأمر رقم 03-03 على ما يلي :

« لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتّخذ تطبيقاً له ».

فبالفعل، يتعلق الجدول والعقد المعنيين بجميع الخدمات المعروضة من طرف المهندس، دون التمييز بينها، في حين أنّ النصّ المثار لا يعالج إلا حالة واحدة وهي المشاريع الخاضعة لرخصة البناء. إذن، يتجاوز الممارسة المعنية مجال تطبيق النصّ المثار ولا يمكن الربط بينهما⁽¹⁾.

2 - الطابع المباشر والضروري للعلاقة السببية الموجودة

يجب تقييم الطابع المباشر للعلاقة السببية بجدية خاصة تلك التي يجب أن تتوفر بين الممارسات الموضوعية حيز التنفيذ والنصّ المثار. بذلك، لا يجب أن يكون النصّ المثار يتضمن فقط إجراءً مقيداً للمنافسة، بل يجب إضافة إلى ذلك أن يرغم المؤسسات اللجوء إلى القيام به. فعلى سبيل المثال، ترتب عن قانون صادر في 20 مارس 1956 يتعلق بإيجار تسيير المحل التجاري السماح باللجوء إلى الحصرية (l'exclusivité). وبالتالي، فإنّه لم يكن بالإمكان اعتبار جميع النتائج المترتبة عن هذا الصنف من العقود أو الشروط بأنها متناسقة مع قواعد المنافسة، طالما أنّه لا يوجد التزام قانوني يفرض تطبيق هذه الصيغة⁽²⁾.

يجب أن يشكل النصّ المثار سببا مباشرا وضروريا للتصرف. وهذا معناه يجب أن يظهر التعسف في وضعية الهيمنة ليس فقط كموقف أملتته متطلبات النصّ، ولكن، كالموقف الوحيد الذي يمكن أن يستجيب لهذه المتطلبات. وبتعبير آخر، يتمّ الحكم على العلاقة السببية بأنها غير كافية في كل مرة يكون هناك تصرف، غير الذي تم تبنيه، كان بإمكانه الاستجابة بكيفية أكثر ملاءمة لمتطلبات القانون⁽³⁾.

الفرع الثاني: الاستثناء الناتج عن مساهمة التعسف في وضعية الهيمنة في التقدم الاقتصادي والتقني

ترخص المادة 2/09 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 التعسف في وضعية الهيمنة لكن بشرط أن يساهم في التطور الاقتصادي والتقني، وهي تقابل المادة L.420-4,1,2 من التقنين التجاري الفرنسي.

يهدف المشرع من وراء قواعد المنافسة إلى ضمان تحقيق أمرين أساسيين في الوقت نفسه: إيجاد تلائم أفضل للإنتاج مع الاحتياجات، واستخدام أحسن للموارد من أجل إشباع حاجيات المستهلكين. ويمكن، في بعض الظروف، تحقيق الأهداف السابقة بواسطة الممارسات المقيدة للمنافسة بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة موضوع الدراسة. ولهذا ومن أجل أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار الجوانب الإيجابية لتلك الممارسات، يصحح تلك الممارسات لكونها تتفق مع المصلحة العامة وذلك لفترة معينة.

¹ - Cons. conc., décision n° 87-D-53 du 1^{er} décembre 1987, Situation de concurrence dans le domaine des honoraires d'architectes ; Sur ce point, voir, Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 06.

² - CTEPD, rapport pour 1984, p. 17 ; Sur ce point, voir, Véronique SELINSKY, « Concurrence (Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles) », op. cit., p. 05.

³ - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., p. 07.

يصبح التعسف في وضعية الهيمنة مبررا بواسطة القانون لأنه يساهم في التقدم الاقتصادي ويمحو عنه الطابع المناهض للمنافسة. ويعني هذا أن سبب الاستثناء أو الإعفاء أصبح هنا يلعب دورا أساسيا باعتباره أداة من أدوات السياسة الاقتصادية⁽¹⁾.

ومن أجل تقدير التقدم الاقتصادي، يتم إجراء حيلة اقتصادية (un bilan économique) للتعسف في وضعية الهيمنة وذلك عن طريق القيام بمقارنة بين إيجابياته وسلبياته.

وترتكز هذه الحيلة على تفسير محدد لمفهوم التقدم الاقتصادي الذي لا يفتح المجال لتطبيق المادة 2/10 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 (حاليا المادة L.420-4, I, 2° من التقنين التجاري الفرنسي)، والتي تقابلها المادة 2/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر، إلا إذا كانت باقي الشروط مجتمعة⁽²⁾.

أولاً: مفهوم التقدم الاقتصادي

يفهم من نص المادة 2/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بأنه يرخص مجلس المنافسة التعسف في وضعية الهيمنة الذي يمكن أن يثبت أصحابه أنه يؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو يساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنه السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

فكما نلاحظ أنّ المادة 2/09 المذكور أعلاه حدّدت الآثار الإيجابية للتعسف المعني دون أن تفصل في شروط تبرير هذه الممارسات، وهذا عكس ما فعل المشرع الفرنسي من خلال نص المادة L.420-4, I, 2° من التقنين التجاري والذي يفهم منه بأنه يتم السماح بالتعسف في وضعية الهيمنة ويصبح غير معاقب عليه، إذا كان من شأنه تحقيق التقدم الاقتصادي ويضمن للمستهلكين أو المستخدمين جزءاً عادلاً من المنفعة التي تتولد عنه، ولكن بشرط ألا يكون في مقدور المؤسسة المرتكبة للتعسف المعني استبعاد المنافسة في جزء هام من سوق المنتجات محل الهيمنة. وقد أردفت المادة أنه لا يجوز أن تقيد هذه الممارسات المنافسة إلاّ بالقدر اللازم لتحقيق هدف التقدم الاقتصادي⁽³⁾.

لم يتحدّد مضمون فكرة التقدم أو التطور الاقتصادي إلاّ بالتدرّج بفضل الاجتهاد القضائي وعمل مجلس المنافسة الفرنسيين. وقد اعتُمدت مجموعة من العناصر والعوامل لإبراز مغزى هذه الفكرة، كإحداث التعسف في وضعية الهيمنة أثر يتمثل في تحسين الإنتاجية، التقدم التقني والابتكار أو تحسين ظروف السوق المرجعية أو خلق مناصب عمل جديدة.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 145.

² - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 308.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 201.

1 - تحسين الإنتاجية

يعتبر تحسين الإنتاجية من أهم العوامل التي يأخذها مجلس المنافسة في الحسبان عند تقدير مدى مساهمة التعسف في وضعية الهيمنة في التقدم الاقتصادي. لتحقيق الإنتاجية، لابد من تحليل الفرق بين الكمية المنتجة والعمل المبذول والنفقات التي صرفت، كما يمكن تحقيقها بتخفيض النفقات العامة عن طريق التوصل إلى زيادة تحسين الإنتاجية بتحسين شروط التوزيع والتي تؤدي إلى تخفيض الأسعار، أو بواسطة تخفيض نفقات النقل⁽¹⁾.

وفي قضية تتلخص وقائعها في وجود مجموعة من الشركات تتمتع بوضعية هيمنة في مجال إنتاج الغاز. تعسفت هذه المجموعة في وضعيتها المهيمنة، ويتمثل التعسف في إلزامها الشركات الموزعة باستخدام أنابيب من إنتاجها هي، دون استخدام أنابيب غاز كان قد سبق استعمالها. التعسف هنا مبرر لأن من شأنه تخفيض نفقات التوزيع وتحقيق أمان أكبر لصالح الموزعين والمستهلكين⁽²⁾.

2 - التقدم التقني والابتكار

في فرنسا، اتبعت اللجنة التقنية فكرة مطابقة لمفهوم التقدم الاقتصادي، والتي من خلالها قيمت بأنها مرتبطة بالتقدم التقني. بذلك، قبلت بأن الابتكار يمكن أن يتخذ كتبرير شرط أن لا تسعى المؤسسات أن تحرم غيرها من المؤسسات الاستفادة من منافع الانتقال التكنولوجي.

يمكن أن تبرر الابتكارات، في بعض الحالات، الممارسات المحظورة (التعسفات في وضعية الهيمنة) مثل الشروط الحصرية (Les clauses d'exclusivité) عندما تظهر بأنها ضرورية. ولهذا، تم قبول الحصرية الإقليمية الممنوحة من طرف متنازل عن تقنيات الصناعة الأولية للمتنازليين لهم، بتأمين لهم ضمان أدنى يمس بالتسويق. تساهم هذه الشروط الحصرية في "تأمين تطوير التقدم التقني من خلال استعمال أفضل للتقنية المتنازل عنها" (رأي "Fiorio"، 21 جوان و 8 نوفمبر 1974، تقرير اللجنة التقنية للاتفاقات ووضعية الهيمنة الفرنسية لسنة 1974، ص 1208). بالمقابل، لا يمكن أن يبرر التقدم المثار الشروط الحصرية لمدة مفرطة⁽³⁾.

3 - تحسين ظروف السوق المرجعية

يتم ملاحظة تحسين ظروف السوق المرجعية عندما يضمن التعسف في وضعية الهيمنة التوزيع الأفضل للمنتجات للمستعملين. وفي هذا المجال، يشكل الجهد المبذول لحماية المستعمل وتحسين تجارة المنتجات العناصر الأساسية للتطور لمصلحة السوق.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 146.

² - Cons. conc., décision n° 91-D-29 du 04 juin 1991, Secteur de la distribution du GPL ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 203.

³ - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles) », op. cit., p. 10.

فبالفعل، يمثل تطور اقتصادي ما يلي:

- تحسين حماية المستهلكين.
- تحسين شفافية السوق.
- تحقيق متطلبات السلامة لاستخدام المنتج.
- تحسين جودة وأمن المنتجات والخدمات المعروضة.
- تعزيز وتحسين المنتج.
- مكافحة نقص المنتج.
- ضمان التكفل بالمرضى.
- إدخال تكنولوجيات جديدة.
- توزيع السلع في المناطق دون الإنتاج والتجديد السريع لصغار تجّار التجزئة ولعملائهم.
- تنمية الصادرات.
- اعتدال الأجور.
- خفض مواعيد الدفع⁽¹⁾.

فمن شأن تحسين ظروف السوق المرجعية السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

4 - خلق وظائف جديدة

لا حظر ولا عقاب على التعسّف في وضعية الهيمنة الذي يتولد عنه خلق وظائف وفرص عمل جديدة. يشكّل خلق وظائف جديدة في الاقتصاديات الحديثة عاملا حاسما في تحقيق النمو الاقتصادي، وذلك لأنّه يتيح الاستفادة من خبرات ومهارات قد تتوفر لدى العمّال المعطلين.

ويجب ألا يفهم هذا الشرط على إطلاقه، وإنّما ثمة اعتبارات يجب أن تؤخذ في الحسبان، وكثيرا ما تتشدد سلطات المنافسة إزاءها، إذ يجب أن يكون التقدم الاقتصادي المترتب عن الممارسة التعسّفية في وضعية الهيمنة مفيدا للاقتصاد الوطني ككل، وليس فقط للمؤسسات المعنية، كما يجب أن يكون نتيجة مباشرة للممارسة، وأنه لا يمكن تحقيقه باتباع طريق آخر. وأخيرا فإنه يجب أن يكون كافيا ومفيدا لدرجة تبرر الأضرار التي يمكن أن تلحقها هذه الممارسة بالمنافسة⁽²⁾.

ثانيا: شروط التقدم الاقتصادي

¹ - Denis BARTHE, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », op. cit., pp. 09 – 11.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 203.

يتطلب اتخاذ التقدم الاقتصادي كسبب لاستثناء التعسف في وضعية الهيمنة من الحظر القانوني، وذلك وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري والمادة 4,1,2°-L.420 من التقنين التجاري الفرنسي شروط معينة سنعرضها وفقا للقانون الفرنسي.

1 - إثبات التقدم الاقتصادي الذي تضمنته ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة

نص القانون الجزائري للمنافسة صراحة على أن عبء إثبات التقدم الاقتصادي الذي يتضمنه التعسف في وضعية الهيمنة يقع على عاتق أصحاب هذا التعسف. وهذا ما يفهم من الفقرة 02 من المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي نصت على ما يلي:

« يرخّص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل ... »⁽¹⁾.

وقد أكدت أيضا المادة 4,1,2°-L.420 من التقنين التجاري على أن عبء الإثبات يقع على عاتق أصحاب هذا التعسف. فيمكن أن يتم الاستفادة من هذه المادة بطلب من الأطراف، بمناسبة إيداع مذكراتهم أمام الأجهزة القضائية أو مجلس المنافسة. لا يمكن للأجهزة القضائية أن تثير هذا الاستثناء تلقائيا. غير أن إثبات هذا الأثر يختلف بحسب ما إذا كان مرتكب هذا التعسف يمكنه من التمسك بوجود استثناء عام أو خاص.

* الاستثناء العام

لم يتضمن قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 نصا عاما يستثني من حظر التعسف في وضعية الهيمنة في قطاعات اقتصادية معينة، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي استثنى في المادة 2/10 من الأمر المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة لسنة 1986 (حاليا المادة 4,1,2°-L.420 من التقنين التجاري الفرنسي) بعض أنواع الاتفاقات catégories d'accords أو بعض الاتفاقات المقيّدة بالمنافسة إذا توفرت فيها شروط الإعفاء عن طريق مرسوم يتخذ بناء على موافقة مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة). فهو إذن، مرسوم تنظيمي ينص على شروط إعفاء اتفاق معين من الحظر المنصوص عليه في المادة 1-420-L من التقنين التجاري الفرنسي، فيستفيد أطراف الاتفاق من الإعفاء تلقائيا دون حاجة للتوجه لمجلس المنافسة (سلطة المنافسة الفرنسية حاليا) للتأكد من مدى مطابقة الإعفاء المنصوص عليه في القانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة (حاليا التقنين التجاري الفرنسي) للاتفاق.

يكتسي الإعفاء الجماعي بهذا الشكل طابعا وقائيا يتم تطبيقه حتى وإن لم تبدأ إجراءات المتابعة⁽²⁾. بعد ذلك فتح المشرع الفرنسي المجال لاستثناء بعض الممارسات وذلك على إثر التعديل الذي وقع في 1996، حيث

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 118.

استثنى من المنع صراحة في المادة 2/10 (حاليا المادة L.420-4,1,2° من التقنين التجاري الفرنسي) الممارسات (بما فيها التعسف في وضعيَّة الهيمنة) المتعلِّقة بالمنتجات الفلاحية أو ذات أصل فلاحى المنطوية تحت علامة واحدة أو اسم تجاري واحد، حينما تهدف إلى تنظيم حجم ونوعية الإنتاج وكذلك السياسة التجارية، بما فيها الاتفاق على تحديد سعر مشترك للبيع⁽¹⁾.

* الاستثناء الخاص

في حالة غياب مرسوم ينص صراحة على استثناء بعض الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة من المنع المقرّر، فيجب (في القانون الفرنسي) على مرتكبي هذه الممارسات إثبات أن هذه الأخيرة تتضمن فوائد اقتصادية، وأنّها كافية لتعويض ما أحدثته من أضرار بالمنافسة.

يمكن إدراج المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري ضمن الاستثناء الخاص الذي بواسطته تقوم المؤسسات المعنية بطلب ترخيص التعسف في وضعيَّة الهيمنة من مجلس المنافسة، إذا أثبتت أنه سيساهم في التقدم الاقتصادي والتقني وأن يساهم في تحسين التشغيل.

2 - كون التقدم الاقتصادي المدعى به ملموسا وإيجابيا وكافيا

كي يكون التقدم الاقتصادي سببا لإباحة عرقلة وتقييد المنافسة، يتطلب الأمر أن يكون ملموسا وإيجابيا وكافيا.

* أن يكون التقدم الاقتصادي ملموسا: يجب أن تبين النتائج التي تترتب عن الدراسة الاقتصادية للتعسف أنّ المساهمة في التقدم الاقتصادي بلغت درجة ملموسة، ولا يكفي أن يكون للتعسف المعني غرض يرمي إلى تحقيق ذلك التقدم، بأن كان مثلا في صورة مشروع لم ينفذ بعد.

* يجب أن تكون النتائج المترتبة عن الدراسة الاقتصادية للتعسف إيجابية: إذ لا يكفي أن ترمي الممارسات إلى مجرد تجنب عراقيل معينة، لأن التقدم الاقتصادي يوجد حينما يوجد تجديد كتغيير أنماط معينة وأوضاع سابقة.

¹ - L'article L.420-4,1,2° du code de commerce français dispose :

« I – Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 les pratiques : ... »

2° - Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession comme ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

* يجب أن يكون التقدم الاقتصادي الناتج عن التعسف كافياً: أي يجب أن تكون الفوائد التي يمكن جنيها من التطور الاقتصادي تفوق المساوئ التي ترتبها الممارسة على المنافسة⁽¹⁾.

3 - تخصيص قسط من العائدات للمستهلكين

يكون التعسف المعني مبرراً إذا حصل المستهلكون على نصيب عادل من الفائدة التي تتولد عن التقدم الاقتصادي. ويقال أن المستهلكين قد تحصلوا على هذا النصيب عندما يترتب عن الممارسة التعسفية تخفيض الأسعار أو الحد من ارتفاعها إذا كانت في تصاعد مستمر، أو عندما يترتب عنها تحسين جودة المنتجات أو تحسين ظروف تسويقها أو توزيعها أو تحسين خدمة ما بعد البيع⁽²⁾. حيث يستفيد المستعملين بصفة منصّفة من الآثار الإيجابية في آن واحد مع المؤسسات المعنية⁽³⁾.

وفي مفهوم المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس، تعدّ الآثار التي تترتب عن الممارسات التعسفية المعنية فيما يتعلق بخفض الأسعار عاملاً مهماً لتبريرها، وبالتالي عدم خضوعها للحظر المفروض عليها⁽⁴⁾. كما أيدت محكمة النقض الفرنسية محكمة استئناف باريس في أنها قد طبقت نصّ المادة L.420-4¹² بصورة دقيقة، وذلك عندما قرّرت أنّ السياسة التي اتبعتها هيئة كهرباء فرنسا في الفترة ما بين 1954 وحتى 1969 قد حدّت من ارتفاع أسعار المحولات الكهربائية⁽⁵⁾.

4 - علاقة التقدم الاقتصادي بالممارسات المرتكبة

يجب أن يكون التقدم الاقتصادي المستند إليه للحصول على الإعفاء نتيجة مباشرة للممارسات التي تمت معاينتها، أي أن تثبت المؤسسة المتعسفة في وضعية الهيمنة أنّ هذه الممارسة وإن كانت تعرقل السير الحسن للمنافسة، إلّا أنها تؤدي إلى نتيجة إيجابية تساهم في التطور الاقتصادي والتقني أو تساهم في توفير مناصب الشغل أو تحسين الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، في المجال الذي تمارس فيه المؤسسة المتعسفة نشاطها، ويقع عليها عبء إثبات ذلك.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 149.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 204.

³ - Michel PEDAMON, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce), op. cit., p. 444.

⁴ - Tribunal de grande instance de Paris, arrêt du 19 juin 1969 ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 204.

⁵ - Cass. com, arrêt du 18 février 1970, D., 1970, p. 607 ;

حول هذه النقطة، أنظر، سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 204.

كما يقع عليها عبء إثبات وجود علاقة سببية بين النتائج الايجابية التي يحققها التعسف وتقييد المنافسة. فلو أمكن تحقيق هذه النتائج دون أن تلجأ المؤسسة إلى هذا التعسف، كان هذا الأخير غير مشروع⁽¹⁾، حيث يكون التعسف مبررا إذا كان تقييده للمنافسة ضروريا لتحقيق التقدم الاقتصادي (le caractère indispensable des restrictions de concurrence)، فإذا أمكن تحقيق هذا التقدم باتباع سبيل آخر غير هذه الممارسات، فإن هذه الأخيرة تقع تحت طائلة القانون واستحق بالتالي مرتكبها العقاب. فمثلا لا يجوز لمؤسسة ما القيام بالتعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة تساهم في تحقيق التقدم الاقتصادي، إذا كانت هذه المؤسسة تمتلك تكنولوجيا متقدمة أو إذا كانت تمتلك قدرة تنافسية ضخمة تمكنها من تحقيق هذا التقدم بدون اللجوء إلى القيام بممارسات تعسفية ضارة بالمنافسة⁽²⁾.

5 - يجب ألا يكون تقييد المنافسة مطلقا

يجب أن لا يؤدي التعسف في وضعية الهيمنة إلى القضاء على المنافسة في جزء جوهري من السوق، فالتطور الاقتصادي يمكن أن يبرر شيئا من تقييد المنافسة، ولكن لا يقبل أبدا القضاء عليها⁽³⁾. تشترط المادة L.420-4 من التقنين التجاري الفرنسي أن لا يمنح التعسف في وضعية الهيمنة لصاحبه "إمكانية القضاء على المنافسة في جزء هام من المنتجات المعنية".

فيكون التعسف مبررا إذا لم يكن من شأنه استبعاد المنافسة كلية من السوق المرجعية. فلا يكفي لكي يكون التعسف مبررا بأن يؤدي إلى تحقيق تقدم اقتصادي وأن يحصل المستهلكون على نصيب عادل من ثمرة هذا التقدم، وإنما يجب، علاوة على ذلك، ألا يكون من شأنه استبعاد المنافسة كلية من سوق المنتجات محل الهيمنة. والواقع أنه لا يجب أن ننظر تحت أقدامنا، إذ أنه إذا كانت الممارسة التعسفية المعنية سوف تحقق، على المدى القصير، تقدما اقتصاديا، فإن تبرير التعسف الذي يستبعد المنافسة بصورة كلية من السوق المرجعية، سوف يترتب عليه، على المدى البعيد، عواقب وخيمة على الاقتصاد نفسه.

ولاستجلاء هذه الحقيقة، فإنه يكفي استدعاء ميزات المنافسة سواء بالنسبة للاقتصاد بصفة عامة وبالنسبة للمستهلكين بصفة خاصة، كما يكفي أن نعرف أن مبدأ حرية المنافسة هو الأساس الذي يقوم عليه التقدم الاقتصادي⁽⁴⁾.

¹ - موالك بختة، محاضرات في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 66.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 205.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 150.

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 205 - 206.

ونشير هنا، إلى أن القانون الجزائري المتعلق بالمنافسة لم يرقم باشتراط هذا الشرط (ألا يكون تقييد المنافسة مطلقاً)، عكس المشرع الفرنسي الذي أكد عليه صراحة في نص المادة 4^{1,2} L.420 من التقنين التجاري الفرنسي، حيث قضى مجلس المنافسة الفرنسي أنه يجب التماس التقدم الاقتصادي على المدى البعيد وليس القريب. فإذا أثبت مرتكبي الممارسات التعسفية المعنية أن التقدم الاقتصادي الناجم عنها سوف يكون له وقع ومدى بعيد، سيستفيدون من الإعفاء من العقوبة واستبعاد تطبيق القانون على ممارساتهم التعسفية⁽¹⁾.

وبالتالي، لا يجوز مثلاً لمؤسسة ما أن تدعي وتتمسك بعدم خضوع الممارسة التعسفية المعنية التي أدت إلى خفض الأسعار للحظر المفروض، إذا كان من شأن ذلك منع دخول المنافسين إلى السوق المرجعية، كذلك لا يجوز لمؤسسة ما أن تقوم بممارسات تعسفية تؤدي إلى خفض تكلفة الإنتاج، إذا قامت من ناحية أخرى بتحديد أسعار منتجاتها بطريقة لا تأخذ في الاعتبار سعر التكلفة. فهنا، تحاول المؤسسة المهيمنة أن تأخذ بيدها اليسرى ما أعطته بيدها اليمنى، وهو ما يمنحها القدرة على استبعاد المنافسة بصورة كلية من السوق المرجعية. إن السماح بمثل هذه الممارسات من شأنه تكريس الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة والباسها لباساً شرعياً⁽²⁾.

6 - التعادل بين عرقلة المنافسة والأثر المفيد المترتب عنها

يجب أن تكون العرقلة التي لحقت بالمنافسة متناسبة بدقة مع الأثر الإيجابي الذي رتبته، ذلك حتى يكون الاستثناء مقبولا مثلما نصّ على ذلك صراحة المشرع الفرنسي في المادة 4^{1,2} L.420 من التقنين التجاري الفرنسي.

ومن أجل ذلك، يكون من الضروري إجراء مقارنة وموازنة بين الأضرار التي تلحقها الممارسات التعسفية بالمنافسة وبين التقدم الاقتصادي الذي تحققه⁽³⁾. فإذا زادت الأضرار على حجم التقدم الاقتصادي، وقعت هذه الممارسات محظورة. أمّا إذا قلت الأضرار عن حجم التقدم الاقتصادي، عدت هذه الممارسات مبررة، ويحدث ذلك إذا لم تؤدي هذه الممارسات إلى استبعاد المنافسة كلية من السوق المرجعية⁽⁴⁾.

¹ - Rapport annuel du conseil de la concurrence français pour l'année 2005, p. 289 ;

حول هذه النقطة، أنظر، جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 180.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 206.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 180.

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، المرجع السابق، ص 206.

على مستوى الاتحاد الأوروبي، لا يوجد استثناء لحظر التعسف في وضعية الهيمنة، إذ أنّ نصّ المادة 3/101 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالإعفاءات أو الاستثناءات الواردة على حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة، لا يطبق في هذا المجال، وكذلك لا يمكن أن تبرر أنظمة إعفاء الاتفاقات المحظورة حسب الفئات التصرف المحظور بموجب نصّ المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي. ومع ذلك، لا يوجد هناك تعسف لما يكون سلوك معين ضروري وذلك بصفة موضوعية (un certain comportement est objectivement nécessaire) أو مبرر بمكاسب كبيرة من الفعالية (des gains d'efficacité substantiels) وفقا لموقف اللجنة الأوروبية؛ وكذلك لا يوجد هناك تعسف لما تطبق المادة 2/106 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي⁽¹⁾، وهذا ما سنوضحه أدناه.

نصّ الاعتبار الخامس (cinquième considérant) من النظام رقم 2003/01 على ما يلي:

« ... يتحمل الطرف أو السلطة التي تدعي خرق المادة 81 الفقرة الأولى أو المادة 82 (المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة) عبء تقديم الإثبات الذي يتطلبه القانون. وتحمل المؤسسة أو جمعية المؤسسات التي تثير الاستفاد من وسيلة للدفاع ضد معارضة المخالفة تقديم الإثبات الذي يتطلبه القانون، إذا كانت شروط تطبيق هذه الوسيلة للدفاع متوفرة ... »⁽²⁾.

ففيما يتعلق بالمادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي)، فإنّ القانون ليس واضح إذ تنشأ الصعوبة في غموض النظام رقم 2003/01 من خلال اعتباره الخامس السالف الذكر من جهة. ومن جهة أخرى، من خلال نصّ المادة الثانية (02) منه. والالذان يظهران أنّهما يحيلان إلى قاعدتين مختلفتين.

يوضح الاعتبار الخامس، بالفعل، بأنّه يتحمل الطرف أو السلطة التي تدعي خرق الفقرة الأولى من المادة 81 أو المادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة) عبء تقديم الإثبات الذي يتطلبه القانون. وتحمل المؤسسة أو جمعية المؤسسات التي تثير الاستفاد من وسيلة للدفاع ضد معارضة المخالفة تقديم الإثبات الذي يتطلبه القانون، إذا كانت شروط تطبيق هذه الوسيلة للدفاع متوفرة، حيث يجب على السلطة أن تلجأ إلى عناصر أخرى للإثبات.

لا يميّز هذا النصّ بين المادة 81 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 101 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالاتفاقات المحظورة) والمادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة)، ويترك

¹ - Vincent MARTENET & Andréas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op.cit, p. 116.

² - Voir le cinquième considérant du règlement (CE) n° 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, JOCE LI du 04 janvier 2003 ; <http://eur-lex.europa.eu/> ; Voir aussi, l'article 02 du règlement préc. ; Sur ce point, voir, Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », op. cit., p. 218.

المجال للتفكير بأنه على المؤسسة المتبعة دائما تقديم الإثبات على وسيلة الدفاع المثارة⁽¹⁾، في حين أن المادة 02 من النظام نفسه والتي تعالج عبء الإثبات، لا تحيل إلا إلى نص المادة 3/81 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 3/101 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي) وذلك لما تشير إلى أنه على المؤسسة المتبعة تقديم إثبات بأن شروط الإعفاء متوفرة⁽²⁾.

تدعو هذه الصياغة إلى التفكير بأن "وسائل الدفاع" المشار إليها في الاعتبار الخامس للنظام رقم 2003/01 لا تتعلق إلا بالمادة 3/81 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية السالفة الذكر. لا ينظم النظام رقم 2003/01 بوضوح عبء الإثبات لوسائل الدفاع في إطار المادة 82 من المعاهدة ذاتها. وعلى العموم، يمكن تصور حلين فيما يتعلق بعبء إثبات وسائل الدفاع في إطار المادة 82 المذكورة أعلاه.

يتمثل الحل الأول في القول بأنه على المؤسسة المهيمنة دائما أن تثبت وجود تبرير موضوعي. أما الحل الثاني، فهو العكس، يتمثل في إعطاء اللجنة أو المشتكي مهمة إثبات غياب التبريرات الموضوعية⁽³⁾. تبنت اللجنة الأوروبية الحل الأول وذلك في نشرتها المتعلقة بالتعسفات الاستيعادية (Les abus-exclusions)⁽⁴⁾. فيمكن للمؤسسة المهيمنة أن تبرر تصرفاتها المجسدة للممارسات التعسفية الاستيعادية (pratiques d'éviction abusives) (كالتزامات الشراء الحصري، تخفيضات الوفاء، البيوع المرتبطة، الممارسات العدوانية) وذلك بإثبات بأنها ضرورية، وذلك بصفة موضوعية أو أنها تؤدي إلى مكاسب الفعالية على نحو يعوض الآثار المقيّدة.

ولبيان حقيقة مكاسب الفعالية، يقع على المؤسسة المهيمنة إثبات، وذلك باحتمال جدّ معقول وعلى أساس أدلة يمكن التحقق منها، بأن الشروط الأربعة المجتمعة متوفرة:
- أرباح الفعالية الناتجة عن التصرف المعني.

¹ - Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », op. cit., p. 221.

² - L'article 02 du règlement (CE) n° 1/2003 du conseil dispose que :
« Charge de la preuve

Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprise qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3 du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies » ; Sur ce point, voir, Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », op. cit., p. 221.

³ - Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », op. cit., p. 221.

⁴ - La Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication préc., p. 18, point 74 : « En général, il est peu probable qu'un comportement prédateur engendre des gains d'efficacité. Toutefois, pour autant que les conditions mentionnées dans la section III D soient réunies, la commission examinera les arguments des entreprises dominantes selon lesquelles des prix peu élevés permettent de réaliser des économies d'échelle ou des gains d'efficacité liés au développement du marché ».

- لا توجد وسيلة أخرى بديلة أقل تقييد تحقق هذه الأرباح.

- تعوض مكاسب الفعالية المساس بالمنافسة وتؤدي إلى تحقيق رفاهية المستهلك في الأسواق المعتبرة.

- لا تكون المنافسة الحالية أو المحتملة مقصاة كلية⁽¹⁾.

دافع الأستاذ "E. PAULIS" عن موقف اللجنة الأوروبية، وهذا نظرا للاعتبارات التالية: دائما، إن المؤسسات التي يشتبه في ارتكابها للتعسف هي التي تثير تبريرات موضوعية لتصرفها، لذا لها تبرير أقوالها، كما أنه تكون المؤسسة المهيمنة على دراية جيدة بالمقارنة مع اللجنة الأوروبية بتبريرات تصرفها. وبالتالي، فمن المنطقي أن تتحمل عبء الإثبات، إذ أن هذه القاعدة تحثها على تقديم المعلومات التي تكون في حوزتها منذ بداية المتابعة، بحيث يكون قرار اللجنة ثم قرار القاضي أكثر وضوحا دون اللجوء إلى تحريات مكلفة. وأخيرا إن القاعدة العكسية والمتمثلة في فرض إثبات غياب التبريرات الموضوعية على اللجنة، تؤدي إلى تحملها عبء إثبات مستحيل⁽²⁾.

مع أنه يرى الأستاذ "R. NAZZINI" أن تقديم المؤسسات المهيمنة لتبريرات موضوعية ليس معناه أن المطلوب منها هو تقديم إثبات⁽³⁾.

كما ترى الأستاذة "Anne-Lise SIBONY" أن المؤسسة المهيمنة هي التي تثبت فعلا أن شروط التبرير الموضوعي لممارستها الطردية (الاستبعادية) متوفرة⁽⁴⁾. ومع ذلك، يرجع للجنة الأوروبية تقدير الطابع الضروري والمناسب للتصرف المعني مع التبريرات المدعية، وكذلك يرجع لها إجراء مقارنة بين مكاسب الفعالية "des gains d'efficience" مع الآثار المقيّدة للمنافسة "Les effets anticoncurrentiels"⁽⁵⁾. هناك لبس في هذا المجال حيث يتبين بأنه على المؤسسة المهيمنة إثبات تناسب التصرف المعني بالنسبة للتبرير المثار، ولكن على اللجنة

¹ - La Communication préc., p. 12, points 28 et 29 ; Voir aussi, Louis VOGEL, Du droit commercial au droit économique (Commerçants, Justice commerciale, Fonds de commerce, Bail commercial, Propriété industrielle, Concurrence déloyale, Transparence tarifaire, Pratiques restrictives, Ententes, Abus de position dominante, Procédure de la concurrence, Concentrations), op cit, p 935.

² - " Il s'agit en effet d'une vraie preuve négative ; Sur ce point, voir, J. LARGUIER, La preuve d'un fait négatif, RTD civ., 1953. 1-48, spéc. n° 3, p. 3. L'auteur souligne que « La preuve d'un fait négatif ne soulève pas de problème spécifique lorsque cette preuve peu se faire par la preuve positive d'une affirmation contraire ». Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de prouver que le comportement d'une entreprise dominante n'avait pas de justification objective" ; Sur ce point, voir, Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », op. cit., p. 222.

³ - Sur ce point, voir, Anne-Lise SIBONY & Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », op. cit., p. 223.

⁴ - La Communication de la Commission de l'Union Européenne - Orientations sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication préc., p. 12, point 28 : « En appliquant l'article 82, la commission examinera également les arguments avancés par une entreprise dominante pour justifier son comportement. Cette dernière peut à cet effet démontrer soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs. Dans ce contexte, la commission examinera si le comportement en cause est indispensable et proportionné à l'objectif prétendument poursuivi par l'entreprise dominante ».

⁵ - La Communication préc., pp. 11 – 12, points 26 et 29.

الأوروبية كذلك تقديره. وهذا راجع إلى أنّ أثناء المتابعة أمام هذه اللجنة، فهذه الأخيرة هي التي تقدر الإثباتات المقدمة لها. ومع ذلك، في حالة الطعن ضد قرار اللجنة المتضمن رفض التبريرات المدعى بها. ففي الأخير، يرجع الأمر للمؤسسة أو اللجنة لتوضيح التناسب⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمادة 106/2 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي، تخضع المرافق ذات المصلحة الاقتصادية العامة (SIEG) لقواعد المعاهدات وخصوصا لقواعد المنافسة، ولكن بالقدر الذي لا يُعيق تطبيق هذه القواعد أداء المهام القانونية أو الواقعية الخاصة الموكلة إليها، مع مراعاة عدم الإضرار بتنمية التجارة فيما بين الدول الأعضاء، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الإضرار بمصلحة الاتحاد⁽²⁾.

لا يتعلق الأمر بالإعفاء العام لصالح المرفق العام، ولكن بإعفاء يسمح ببعض من المرونة عند تقدير الحالات الفردية (كمصالح البريد والاتصال ومصالح النقل)⁽³⁾.

وتقابل هذه المادة نصّ المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: التصريح بعدم التدخل

يقع على كلّ مؤسسة تمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الاستيراد، التزام بعدم ارتكاب التعسف في وضعيّة الهيمنة، وإلاّ فإنّها تتعرض للعقوبات المقدرة في قانون المنافسة⁽⁵⁾.

¹ - Anne-Lise SIBONY, « Pratiques unilatérales (article 82 CE – Lignes directrices : La Commission Européenne publie un guide de mise en œuvre de l'article 82 CE intégrant l'analyse économique à la qualification d'abus de position dominante) » ; Concurrence – Revue des droits de la concurrence, n° 01, 2009, p. 121.

² - عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 210.

³ - L'article 14 du TFUE (ex-article 16 TCE) dispose :

« Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union Européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champs d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le parlement européen et le conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services » ; Voir aussi, Vincent MARTENET & Andréas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit, p. 66.

⁴ - حيث نصت المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية على ما يلي :

« فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية والمؤسسات المتحصلة على حقوق خاصة أو حصرية، يتأكد مجلس الشراكة من أنه، ابتداءً من السنة الخامسة بعد دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ، لا يتم لا اتخاذ ولا إبقاء أي تدبير من شأنه أن يخلّ بالمبادلات بين المجموعة والجزائر بحيث يتعارض ذلك مع مصالح الطرفين، ولا يتعارض هذا الحكم لا قانونا ولا عملا مع تنفيذ الأعمال الخاصة الموكلة إلى هذه المؤسسات ».

⁵ - راجع المواد (56 و 57 و 58 و 59 و 60) من الفصل الرابع (الخاص بالعقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية) من الباب الثالث من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدّل والمتمّم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

نظرا لخطورة تلك العقوبات على السمعة التجارية للمؤسسة، وتأثيرها السلبي على ذمتها المالية، أتى الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بإجراء وقائي متمثل في التصريح بعدم التدخل، والذي من خلاله تستطيع المؤسسات التي يحتمل أن تكون تصرفاتها غير مطابقة لقواعد المنافسة، أن تطلب من مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط، التحقق من أن الممارسة التي ترغب وضعها حيز التنفيذ مطابقة للقانون وتستفيد بذلك من التصريح بعدم التدخل.

حيث نصّت المادة 08 من الأمر المذكور أعلاه على ما يلي:

« يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناءً على طلب المؤسسات المعنية واستناداً إلى المعلومات المقدّمة له، أن اتفاقاً أو عملاً مديراً أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محدّدة في المادتين 6 و 7 أعلاه، لا تستدعي تدخله. تحدّد كفاءات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب مرسوم ⁽¹⁾. وبناءً على ذلك، صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المحدّد لكفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتّفاقات ووضعية الهيمنة على السوق.

هذا وسنقوم بدراسة موقف قانون المنافسة الجزائري من موضوع التصريح بعدم التدخل باعتباره آلية لضبط السوق، وذلك بالرجوع في بعض النقاط إلى المثال الذي اخترناه ألا وهو قانون الاتحاد الأوروبي للمنافسة - باعتباره جزء من القانون الفرنسي - من أجل الفهم الأوسع لفكرة التصريح بعدم التدخل، وذلك للوصول إلى ضبط ووضع حدود بين فكرتين قانونيين مختلفين رغم تشابههما والمتمثلين في التصريح بعدم التدخل والاستثناءات الواردة في قانون المنافسة الجزائري. وهذا من خلال دراسة مفهوم التصريح بعدم التدخل (الفرع الأول) وكذا دراسة الإجراءات القانونية المتعلقة بهذا التصريح (الفرع الثاني) وأخيراً نتطرق للآثار المترتبة عن قرار التصريح بعدم التدخل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التصريح بعدم التدخل

يعتبر نصّ المادة 08 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والمذكور آنفاً الأساس القانوني للتصريح بعدم التدخل في القانون الجزائري. ويجب الإشارة في هذا المقام، أنه لم يتضمن اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية إمكانية ملاحظة سلطة المنافسة ⁽²⁾، بناءً على طلب المؤسسات المعنية واستناداً إلى

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - حيث يفهم من الملحق الخامس (المتعلّق بكفاءات تطبيق المادة 41) للاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، وذلك في النقطة 02 الفقرة منه بأنه يقصد من سلطة المنافسة :

I - بالنسبة للمجموعة، لجنة المجموعات الأوروبية (La Commission des Communautés Européennes) في ممارسة الاختصاصات التي يخولها إياها قانون المنافسة للمجموعة. و

II - بالنسبة للجزائر : مجلس المنافسة (Le conseil de la concurrence).

المعلومات المقدّمة لها، أنه لا داعٍ لها أن تتدخل، اتجاه ممارسة بمقتضى أحكام المادة 41/1-ب من اتفاق الشراكة بين الطرفين، وذلك لعدم توفّر شروط تطبيق هذه الأخيرة والمتمثلة في عدم المساس بالمنافسة والتأثير على التبادلات بين المجموعة والجزائر، وهذا عن طريق التصريح بعدم التدخل.

ومن خلال عنصر مفهوم التصريح بعدم التدخل، سنحدّد المقصود من التصريح وسنقارن بينه وبين الاستثناءات المنصوص عليها في قانون المنافسة.

أولاً: المقصود من التصريح بعدم التدخل

يُفهم من نصّ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، السالف الذكر⁽¹⁾، أنّ التصريح بعدم التدخل هو تصريح يسلمه مجلس المنافسة (الجزائري) بناءً على طلب المؤسسات المعنية، يُلاحظ المجلس بموجبه عدم وجود داعٍ لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادة 07 من الأمر رقم 03-03.

عرف قانون الاتحاد الأوروبي للمنافسة اتجاه مسألة التصريح مرحلتين متميزتين بموقفين مختلفين هما:

المرحلة الأولى: ابتداءً من 13 مارس 1962 إلى غاية 01 ماي 2004: أصدر مجلس الوزراء للاتحاد الأوروبي النظام رقم 17-62 المؤرخ في 06 فيفري 1962، الذي دخل حيز التنفيذ في 13 مارس 1962⁽²⁾، وهذا الأخير نصّ في المادة 02 منه على طلبات التصريح بعدم التدخل (Les demandes d'attestation négative).

المرحلة الثانية: ابتداءً من 01 ماي 2004: كان النظام رقم 17-62 هو المطبق إلى غاية 01 ماي 2004، وهو تاريخ دخول النظام رقم 01/2003 للمجلس الأوروبي المؤرخ في 16 ديسمبر 2002 المتعلّق بتنفيذ قواعد المنافسة المنصوص عليها في المواد 81 و 82 من اتفاقية المجلس الأوروبي (المتعلّقتان على الترتيب بالاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة) حيز التنفيذ⁽³⁾.

لا ينصّ النظام رقم 01/2003 بتاتا على طلبات التصريح بعدم التدخل، ولا على التبليغات التي تهدف إلى الحصول على الإعفاءات، أي لا يسمح للمؤسسات بتقديم إخطار وقائي، وبالمقابل خول هذا النظام للجنة الأوروبية أن تخطر نفسها تلقائياً من أجل اتخاذ قرار يتضمن عدم تطبيق نصّ المادة 81 والمادة 82 لما تتطلب منفعة الاتحاد ذلك⁽⁴⁾.

وبالتالي، وبتطبيق نصّ المادة 10 من النظام رقم 01/2003 السالف الذكر، يمكن أن تلاحظ اللجنة الأوروبية، عن طريق القرار، عدم تطبيق نصّ المادة 82 من المعاهدة المنشأة للاتحاد الأوروبي المتعلّق

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 مارس 2005، يحدّد كفايات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

² - Règlement (C.E.E) n° 17-62 du conseil : premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (actuellement articles 101 et 102 du TFUE), JOCE n° 13 du 21/02/1962 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

³ - Règlement (CE) n° 01/2003 du conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, op. cit.

⁴ - Voir André DECOCQ & Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., p. 429.

بالتعسف في وضعية الهيمنة على الممارسة المعنية، لأنّ شروط تطبيق هذه الأخيرة غير متوفرة وذلك بإخطار نفسها تلقائياً "agissant d'office" ولما يتطلب ذلك المصلحة العامة للاتحاد⁽¹⁾.

ومع ذلك، لا بأس أن نرجع في بعض النقاط إلى الأحكام الخاصة بطلبات التصريح بعدم التدخل في ظل النظام رقم 17-62 حتّى نتوصل إلى حصر وفهم التصريح بعدم التدخل. وهذا الأخير نصّ في المادة 02 منه على إمكانية تقديم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل⁽²⁾. حيث تلاحظ اللجنة الأوروبية، وذلك بناءً على طلب مؤسسات أو مجموعة من المؤسسات المعنية، أنه لا داعٍ لتدخلها، من خلال العناصر التي تكون على علم بها، اتجاه ممارسة بموجب المادة 86 من اتفاقية روما لعام 1957 المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة⁽³⁾. يقابل هذه المادة نصّ المادة 08 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة في الجزائر والذي جاء كما يلي:

« يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناءً على طلب المؤسسات المعنية واستناداً إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاقاً أو عملاً مدبراً أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محدّدة في المادة 6 و 7 أعلاه، لا تستدعي تدخله »⁽⁴⁾.

يؤدي بنا التفسير الحرفي لنصّ المادة 08 إلى القول، بأنّ التصريح بعدم التدخل هو تصريح يلاحظ من خلاله مجلس المنافسة ودائماً بناءً على طلب المؤسسات المعنية، واستناداً إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاقاً أو عملاً مدبراً أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محدّدة في المادتين 6 و 7 من الأمر نفسه والمتعلّقتين على الترتيب بالاتفاق المحظور والتعسف في وضعية الهيمنة، لا تستدعي تدخله؟! وهذا غير منطقي، لأنّه بالعكس، فإن كل من الاتفاق المحظور والتعسف محل الدراسة يستدعيان بقوة تدخل مجلس المنافسة لقمعهما، وهذا باستثناء الإعفاء من الحظر بموجب نصّ قانوني أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له أو الترخيص من مجلس المنافسة، وذلك عندما يحقق الاتفاق أو التعسف في وضعية الهيمنة المحاسن المنصوص عليها في المادة 2/09 من الأمر نفسه⁽⁵⁾.

¹ - L'article 10 du règlement (CE) n° 01/2003 dispose :
« Constatation d'inapplication

Lorsque l'intérêt public communautaire concernant l'application des articles 81 et 82 du traité le requiert, la commission, agissant d'office, peut constater par voie de décision que l'article 81 du traité est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 1, du traité ne sont pas remplies, soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont remplies.

La commission peut également faire une telle constatation en ce qui concerne l'article 82 du traité ».

² - L'article 02 du règlement (C.E.E) n° 17-62 dispose :
« Attestation négative

La commission peut constater, sur demande des entreprises ou association d'entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ou de l'article 86 du traité ».

³ - Voir l'article 02 du règlement (C.E.E) n° 17-62 précité.

⁴ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - يستحسن إعادة صياغة نص المادة 08 من الأمر رقم 03-03 كما يلي :

لذا نجد صياغة نصّ المادة 02 من النظام رقم 17-62 المطبق لأحكام المادتين 85 و86 من اتفاقية روما لعام 1957، السالف الذكر، أكثر دقة وصواب.

إنّ السلطة التنفيذية عند عنونها للمرسم التنفيذي المذكور أعلاه كالاتي: « المرسم المحدّد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخّل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق »⁽¹⁾، لم توفق في استخدامها عبارة "الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق"، إذ أنه ليس كل الاتفاقات محظورة، بل تلك التي لها أثر أو هدف المساس بالمنافسة، كما أن وضعية الهيمنة بحدّ ذاتها لا تعتبر وضعية محظورة، بل إنّها مشروعة وهي الغاية التي يسعى المتعاملون الاقتصاديون الوصول إليها. فلا تستدعي وضعية الهيمنة والاتفاقات غير المحظورة أصلا تدخل مجلس المنافسة، فلماذا وما الغاية من لجوء المؤسسة إلى طلب التصريح بعدم التدخّل في هذه الحالة ؟

يمكن اقتراح عنوان آخر للمرسم المذكور أعلاه كما يلي: « المرسم المحدّد لكيفيات الحصول على الشهادة السلبية بشأن الاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة ».

فمثلا يسعى المتعامل الاقتصادي من وراء طلب التصريح بعدم التدخّل أمام مجلس المنافسة، إلى التأكّد بأن الممارسة أو الممارسات التي يرغب في القيام بها وهو في وضعية هيمنة، وإن كان تؤثر على المنافسة فإن ذلك ليس بدرجة يستدعي تدخل هذا الأخير.

لذلك، تم اعتبار التصريح بعدم التدخّل كإجراء وقائي وبيداغوجي⁽²⁾. حيث يؤثر مجلس المنافسة بإصدار التصريح أو رفض إصداره على سلوك المؤسسات. ففي حالة الرفض، فإنه يوجه سلوك المؤسسات نحو السياسة التي ترغب في وضعها موضع التنفيذ، وذلك في إطار الأحكام المنصوص عليها في القانون⁽³⁾.

لذا يعتبر التصريح بعدم التدخّل وسيلة قانونية يضبط بها مجلس المنافسة سلوك المتعاملين الاقتصاديين مع منحهم أمن قانوني بتقرير سلامة ممارساتهم وعدم تدخل سلطات المنافسة اتجاه الممارسات محلّ التصريح.

ثانيا: المقارنة بين التصريح بعدم التدخّل والاستثناءات الواردة في قانون المنافسة

« يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب من المؤسسات المعنية واستنادا إلى المعلومات المقدمة له، أنه لا داع له أن يتدخل اتجاه اتفاق ما أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة بمقتضى أحكام المادتين 6 و7 أعلاه ».

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005 يحدّد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخّل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

² - « Relations entre les autorités de concurrence et les instances de réglementation sectorielles en particulier en ce qui concerne l'abus de position dominante, Communication de l'Algérie soumise à la Septième Session du Groupe Intergouvernemental d'Expert du Droit et de la Politique Session du Groupe CNUCED, Genève, 30 octobre 2006 » ; Sur la question , voir, Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 63 – 64.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة والممارسات الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 246.

إنّ حظر التعسّف في وضعية الهيمنة، ليس مبدءاً مفتوحاً أو مطلقاً، بل يتضمن استثناءات عديدة نصّ عليها المشرّع، مراعاة منه لاعتبارات معينة، حيث أنه يمكن إعفاء أو ترخيص بعض الممارسات التعسّفية إذا توفّرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون⁽¹⁾.

وبناءً على نصّ المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، في الجزائر، يمكن استبعاد أحكام المادة 07 من الأمر نفسه المتعلّقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة على أساس تقنية الحصيلة La technique du bilan، عندما يتبيّن أن التعسّف في وضعية الهيمنة، رغم توفر فيه الشروط اللازمة لتطبيق أحكام المادة 07، إلا أنه يمنح مزايا تغلب الآثار المقيدة، وانطلاقاً من ذلك، يستطيع مجلس المنافسة ترخيص الممارسات المعنية⁽²⁾.

نلاحظ ممّا سبق وكما رأينا في المطلب الأوّل من هذا المبحث، أنّ المشرّع استثنى من حظر التعسّف في وضعية الهيمنة الحالات الآتية:

- إذا وجد نصّ تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له.
- مساهمة التعسّف في التقدم الاقتصادي والتقني.
- مساهمة التعسّف في تحسين التشغيل.
- مساهمة التعسّف في وضعية الهيمنة في تعزيز وضعية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التنافسية في السوق.

وسّع القانون 2008 مجال تطبيق القواعد المتعلّقة بالإعفاء (لتشمل عمليات التجميع)⁽³⁾، والتي تعتبر رقابتها كوقاية من وقوع التعسّفات في وضعية الهيمنة⁽⁴⁾.

يتمتع مجلس المنافسة الجزائري بسلطة ترخيص مثل هذه العمليات، دون تطبيق الحدّ المنصوص عليه (في المادة 18 من الأمر رقم 03-03)⁽⁵⁾، عندما يمكن أن تثبت المؤسسات أنها تؤدي لاسيما إلى تطوير

¹ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر رقم 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 42.

² - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 61.

³ - أنظر المادة 08 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - حيث نصت المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة على ما يلي :

« كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت في أجل ثلاثة (3) أشهر ».

⁵ - حيث نصت المادة 18 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة على ما يلي :

« تطبق أحكام المادة 17 أعلاه كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حدّ يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة ».

قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، وذلك وفقا لنص المادة 21 مكرر/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتّم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المذكور أعلاه⁽¹⁾.

يعتبر الترخيص والتّصريح بعدم التدخّل من قرارات مجلس المنافسة، فإنّ يبدوان متشابهان فهما صنفين مختلفين بكيفية جوهرية⁽²⁾.

1 - أوجه الشّبه بين التّصريح بعدم التدخّل والاستثناءات الواردة في قانون المنافسة

- يعتبر التّصريح بعدم التدخّل والتّرخيص وسيلتين قانونيتين، يضبط بهما مجلس المنافسة السّوق ويضمن حماية المنافسة الحرّة فيه، وذلك من أجل زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين، حيث تُركت لمجلس المنافسة سلطة تقديرية واسعة تجعل منه سلطة ضبط، وهو ما يستدعي منه خرق السّوق من خلال البتّ في طلبات الإعفاء وتحديد معايير قبولها، والتدقيق في محتوى مفهوم التقدم الاقتصادي والتقني، وبالتالي تحديد الثوابت المرتبطة بتحسين التشغيل والتأثير بشكل قطعي في نشاط المؤسسات⁽³⁾.

- يندرج كل من التّصريح بعدم التدخّل والتّرخيص ضمن القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة عند غياب المخالفة Décisions prononcées en l'absence d'infraction⁽⁴⁾.

إذ يقصد من منح التّرخيص أنّ التعسّف في وضعية الهيمنة والمعلن عنه لمجلس المنافسة يستجيب لكل الشروط اللازمة لتحقيقه، والمنصوص عليها في المادة 07 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003، لكن ينتج عنه المحاسن المذكورة في المادة 09/2 من القانون ذاته والتي تسمح صفة الحظر عن تلك الممارسات وتجعلها قانونية، في حين يصدر مجلس المنافسة القرار المتضمّن التّصريح بعدم التدخّل، عندما يلاحظ عدم توفّر على الأقل إحدى الشروط اللازمة لتطبيق المادة 07 المذكورة أعلاه.

2 - أوجه الاختلاف بين التّصريح بعدم التدخّل والاستثناءات الواردة في قانون المنافسة

- عند منح مجلس المنافسة للمؤسسة التي تمارس نشاطا اقتصاديا، تصريحًا بعدم التدخّل، هذا يعني أنّها لم ترتكب تعسّفًا في وضعية الهيمنة، حيث يلاحظ المجلس أنّ الممارسة المعنية لا تتوفّر فيها شروط الحظر المحددة في نصّ قانوني، إذ أنّها تستطيع أن تقيّد المنافسة، لكن ليس بدرجة أن تُحدث أثر جوهري على السّوق. وهذا ما يؤدي إلى إمكانية عدم متابعة سلوكات المؤسسات التي لا تخرق الحظر المنصوص في المادة 07 من النصّ القانوني (أي الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر)⁽⁵⁾.

¹ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 62.

² - Ibid., p. 63.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة والممارسات الحرّة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 245.

⁴ - Philippe LAURENT, « Concurrence (procédures individuelles d'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 480, 05/1983, pp. 21 - 23.

⁵ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 63.

في حين لمّا يمنح مجلس المنافسة ترخيصاً لتلك المؤسسة، فهذا معناه أنّها ارتكبت تعسفاً في وضعية الهيمنة، إلاّ أنه نظراً للمحاسن التي تترتب عن هذه الممارسة والتي تغلب الجانب السلبي لها، يُرخص المجلس تلك الممارسة رغم حظرها في الأصل، ويتمثل جوهر فكرة هذا النوع من الأحكام في عدم الإخلال بالممارسات المفيدة للاقتصاد⁽¹⁾.

كما أوردت هذه الإعفاءات المادة 3/81 من الاتفاقية المنشأة للاتحاد الأوروبي فيما يتعلق ببعض الاتفاقات المحظورة لوحدها⁽²⁾، وهذا دون التعسف في وضعية الهيمنة الذي لا يستطيع صاحبه أن يحوز على ترخيص لممارسته، لكن للجنة أن تحرّر تصريح بعدم التدخل، ذلك بناءً على طلب المؤسسة المعنية، لما تعتبر الممارسة المعنية لا تخرق الحظر المنصوص عليه في المادة 82 من اتفاقية الاتحاد الأوروبي (المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة).

وهذا ما كان يعمل به في ظل النظام رقم 17-62 الذي كرّس الترخيصات الفردية، إلاّ أنّه وبدخول النظام رقم 2003/01 لمجلس الوزراء المؤرخ في 16 ديسمبر 2002، المتعلق بتنفيذ قواعد المنافسة المنصوص عليها في المواد 81 و82 من المعاهدة المنشأة للاتحاد الأوروبي، والذي حلّ محلّ النظام رقم 17-62، والذي أتى بتعديل يحقّق الانتقال من نظام الترخيص المركزي عن طريق التبليغ القبلي (السابق) للجنة الأوروبية إلى نظام الإعفاء القانوني أي الإعفاء بموجب نصّ قانوني، الذي يسمح من جهة تخفيف عمل اللجنة، ومن جهة أخرى، تطوير دور السلطات والهيئات القضائية الوطنية في تطبيق قواعد قانون المنافسة للاتحاد الأوروبي مع ضمان التطبيق الموحد لهذه الأخيرة، وهذا كله بالتركيز على التطبيق غير المركزي لقواعد المنافسة⁽³⁾.

وانطلاقاً ممّا سبق ذكره، وذلك على مستوى الاتحاد الأوروبي ومنذ 01 ماي 2004، فإنّ المؤسسات ملزمة بالقيام بنفسها بفحص ما إذا كانت ممارستها متناسقة ومنسجمة مع نصّ المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة)، إذ أنه لم يعد بإمكان إخطار اللجنة من أجل الحصول على "شهادة سلبية" والتي تشير بصفة رسمية إلى عدم وجود داعٍ للتدخل بموجب المادة 102 المذكورة سابقاً. يمكن أن يؤدي واجب التقييم الذاتي (auto-évaluation) إلى المخاطر المتعلقة بالأمن القانوني، وخاصة إذا تمّ إثارة مسائل لا يوجد لها حلّ في عمل اللجنة (قرارات، المبادئ التوجيهية، نشرات) أو في اجتهاد قضاء محكمة العدل للاتحاد الأوروبي. لذا ولهذا السبب، يمكن للجنة متصرفة تلقائياً أن تلاحظ، في حالة خاصة، لما يتطلب ذلك المصلحة العامة للاتحاد، أن شروط تطبيق المادة 102 من اتفاقية حول عمل الاتحاد الأوروبي غير متوفرة. ليس للمؤسسات حقّ طلب مثل هذه الملاحظات والمعاينات.

¹ - Ibid.

² - François SOUTY, Les collectivités locales et le droit de la concurrence, op. cit., p. 281.

³ - Règlement (CE) n° 01/2003 du conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, op. cit.

كما أن اللجنة مستعدة لتقديم توجيهات غير رسمية عن طريق "رسائل التوجيه" "Lettres d'orientation". ومع ذلك، لا تستعمل هذه الوسيلة إلا إذا تعلّق الأمر بمسألة جديدة، وإذا كان ذلك لا يؤثر على أولوياتها في مجال تطبيق القانون. إن رسالة التوجيه ليس لها صفة قرار (وفقاً للمادة 4/288 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي)⁽¹⁾، ولكن تسمح للجنة تحديد تفسيرها لقواعد المنافسة⁽²⁾.

المطلب الثاني: الإجراءات القانونية المتعلقة بالتصريح بعدم التدخّل

نتطرّق في هذا المجال، لدراسة التصريح بعدم التدخّل من الناحية الإجرائية، أي الإجراءات القانونية المتعلقة بالتصريح والتي نظمها المشرّع الجزائري في سبيل حصول المؤسسة الاقتصادية عليه، وذلك من طرف مجلس المنافسة مع بيان الآثار المترتبة عن قرار التصريح بعدم التدخّل.

ومن أجل ذلك، فإننا سنقوم بدراسة كيفية تقديم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخّل (الفرع الأول)، ثم نتناول كيفية إيداع الملف المتعلق بطلب التصريح ودراسته (الفرع الثاني). وأخيراً، الآثار المترتبة عن قرار التصريح بعدم التدخّل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: كيفية طلب الحصول على التصريح بعدم التدخّل

يتمّ تقديم طلب الحصول على التصريح من طرف الأشخاص المؤهلين لطلبه، وذلك عن طريق تشكيل ملف الذي يتمّ إيداعه لدى الأمانة العامة لمجلس المنافسة، ويقوم المقرر بدراسته، لذا نتناول في هذا المجال الأشخاص المؤهلون لطلب التصريح وكذلك كيفية تكوين الملف المتعلق بالطلب.

1 - الأشخاص المؤهلون لطلب التصريح بعدم التدخّل

في الجزائر، يُقدّم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخّل المؤسسة أو المؤسسات المعنية، كما أنّه يمكن أن يتمّ تقديمه من طرف ممثلي هذه المؤسسات، وذلك بشرط أن يستظهروا تفويضاً مكتوباً فيه صفة التمثيل المخولة لهم.

يجب على المؤسسات الأجنبية المعنية أو ممثليها المفوضين أن يُبيّنوا عنواناً في الجزائر⁽³⁾.

¹ - L'article 288 du TFUE (ex article 249 TCE) dispose :

« Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci.

Les recommandations et les avis ne lient pas ».

² - Vincent MARTENET & Andréas HEINEMANN, Droit de la concurrence, op. cit, pp. 164 - 165.

³ - انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005، المحدّد لكيفية الحصول على التصريح بعدم التدخّل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، كان يتأهل لتقديم مثل هذا الطلب، وذلك فيما يتعلق بتطبيق المادة 86 من معاهدة روما (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي) كل مؤسسة يُحتمل أن تكون حائزة لوحدها أو مع غيرها من المؤسسات وضعية هيمنة على السوق الموحدة أو على جزء جوهري منها⁽¹⁾.

2 - تكوين الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل

في الجزائر، يتكوّن الملف المتعلق بطلب الحصول على هذا التصريح من الوثائق التالية:

- طلب مؤرخ وموقع من المؤسسات المعنية أو ممثليها المفوضين قانونا، وذلك حسب النموذج الملحق بالمرسوم رقم 05-175⁽²⁾.

ويتمّ في الطلب تحديد مكان تحرير الطلب وتاريخه والتوقيع مع تحديد صفة الموقع.

ليس لطلب التصريح بعدم التدخل على الإطلاق أيّ طابع إلزامي للمؤسسات المعنية، وهذا من الناحية القانونية. لكن إلى جانب كون هذا الطلب يعكس حسن النية، فإنّه ليس بإمكان المؤسسات أن لا تبالي بأن تكون مرتاحة ومستقرة فيما يتعلّق بمشروعية الممارسة اتجاه أحكام قانون المنافسة. إن حجة الأمن القانوني هي الدافع القوي الذي يعوّض غياب الطابع الإلزامي للطلب، ممّا يؤدي بالمؤسسات المعنية إلى تكوين طلب التصريح بعدم التدخل وهذا أصلا، واحتياطا طلب الإعفاء الفردي⁽³⁾.

- استمارة معلومات، ترفق بالطلب عنوانها "استمارة معلومات للحصول على التصريح بعدم التدخل"، حسب النموذج الملحق بهذا المرسوم.

وقد أورد الملحق الثاني للمرسوم التنفيذي رقم 05-175 المحدّد لكيفيات الحصول على التصريح، البيانات التي يجب أن تحويها الاستمارة والمتمثلة في:

المعطيات المتعلقة بالمؤسسة أو المؤسسات المشاركة في الطلب.

تحديد السوق المعنية، كذلك، دوافع الطلب، وذلك ببيان موضوع الطلب بدقة نظرا إلى أحكام المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، والتي تنظم حظر التعسّف في وضعية الهيمنة.

بيان كذلك في دوافع الطلب، المزايا التي تستفيد منها المؤسسات المعنية من الطلب، تحديد مدّة الطلب، وبيان الأسباب التي يمكن أن يمس فيها موضوع الطلب بقواعد المنافسة، والتي هي مصدر شكّ، حيث تجعل هذه الأسباب المؤسسة المعنية تتردد وتشك وتتحوف من كون ممارستها مقيدة للمنافسة وفقا لنصّ المادة 07 المذكور سابقا.

¹ - Martine BEHAR – TOUCHAIS & Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, LGDJ, Paris, 1999, p. 635.

² - مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدّد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

³ - Martine BEHAR – TOUCHAIS & Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, op. cit., p. 634.

كذلك بيان الأسباب التي لا تهدف تصرف المؤسسة المعنية إلى عرقلة حرية المنافسة في السوق نفسها أو الحد منها أو تعطيلها.

إضافة إلى ذلك، بيان مزايا الطلب التي يمكن أن تنعكس على المنافسة وعلى المستعملين والمستهلكين، وهذا تأكيداً لمساهمة المؤسسة في فعالية المنافسة.

عند تمعننا في هذه الدوافع، فإننا نلاحظ أنها تتعلق بمسألة الحصول على الترخيص وليست بصدد الحصول على التصريح بعدم التدخل، حيث أن الترخيص هو الذي يتم الحصول عليه بعد قيام مجلس المنافسة بما يُسمى بالحصيلة الاقتصادية، كما رأينا (في المطلب الأول من هذا المبحث)، وهذا عند تطرقنا إلى فكرة الاستثناءات الواردة في قانون المنافسة الجزائري⁽¹⁾. حيث نجد اللجنة الأوروبية كانت أكثر دقة في تحديد دوافع وأسباب طلب التصريح بعدم التدخل⁽²⁾.

- إثبات الصلاحيات المخولة للشخص أو الأشخاص المفوضين الذين يقدمون طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل.

- نسخ من الحصائل المالية للسنوات الثلاثة (03) الأخيرة مؤشر ومصادق عليها من محافظ الحسابات أو نسخة واحدة من حصيلة السنة الأخيرة، إذا كان تأسيس المؤسسة أو المؤسسات المعنية لا تتجاوز ثلاث (03) سنوات.

- إذا كان الطلب مشتركاً يمكن تقديم طلب واحد⁽³⁾.

¹ - راجع الصفحات من 192 إلى 210 من الأطروحة محل الدراسة.

² - La Commission de la Communauté Européenne a précisé dans la partie opérationnelle du formulaire A/B, Chapitre IV, Sections finales, Section 16, les motivations de la demande d'attestation négative :

« Si vous demandez une attestation négative, veuillez :

16-1. en indiquer les motifs, c'est-à-dire les dispositions ou les effets de l'accord ou du comportement qui, selon vous, peuvent soulever des problèmes de compatibilité avec les règles de concurrence de la CE et/ou de L'EEE. Ce point a pour objet de donner à la commission l'idée la plus claire possible des doutes que vous avez concernant votre accord ou un comportement et que vous désirez voir dissiper par une décision d'attestation négative.

Sous les trois références suivantes, veuillez ensuite exposer les faits et les motifs d'où résulte, à votre avis, la non applicabilité de l'article 85 paragraphe 1 ou de l'article 86 du traité CE et/ou de l'article 53 paragraphe 1 ou de l'article 54 de l'accord EEE, c'est-à-dire :

16-2. pourquoi l'accord ou le comportement n'a pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence, de manière sensible, dans le marché commun ou sur le territoire des États de l'AELE, ou pourquoi votre entreprise ne détient pas une position dominante, ou pourquoi son comportement ne constitue pas un abus de celle-ci et/ou .../...

.../... 16-3. pourquoi l'accord ou le comportement n'ont pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire de l'EEE de manière sensible, ou pourquoi votre entreprise n'a pas de position dominante, ou pourquoi son comportement ne constitue pas un abus de celle-ci.

16-4. pourquoi l'accord ou le comportement ne sont pas susceptibles d'affecter de manière sensible les échanges entre Etats membres ou entre la Communauté et/ou plusieurs États de l'AELE ». Sur ce point, voir, le formulaire A/B, JOCE n° L337 du 31/12/1994, pp. 31 - 51 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

³ - أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005، المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

حيث يجب أن يحدّد الطلب ما يأتي:

- هوية صاحب الطلب.

- هوية المشاركين الآخرين في الطلب.

- موضوع الطلب بأنه يتعلق بوضعية هيمنة وليس باتفاق.

- تصريح الموقعون، إذ أنه يجب أن يرفق الطلب بتصريح الموقعين محرر كما يأتي:

يصرح الموقعون أدناه المعلومات المقدمة أعلاه وكذلك المعلومات المقدمة في جميع الوثائق والمستندات المرفقة بالطلب صحيحة ومطابقة للواقع، وأن التقديرات والأرقام والتوقعات تمّ بيانها وتقديمها بالطريقة الأقرب إلى الحقيقة، واطّلوا على أحكام المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾. وبالتالي، فإنّ الطابع الخاطئ أو غير كامل أو غير نزيه للمعلومات لا يكون بدون عقاب.

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، كان يمكن تشكيل طلب التصريح بعدم التدخل هذا والمتعلق بالمادة 86 من معاهدة روما (التعسف في وضعية الهيمنة) عن طريق الاستمارة A/B، وهذا بموجب المادة 02 من النظام رقم 94-3385 للجنة الأوروبية لـ 21 ديسمبر 1994⁽²⁾، وهذا عكس طلب التصريح بعدم التدخل المتعلق بالمادة 1/85 من المعاهدة ذاتها (الاتفاقات المحظورة)، والذي يجب إلزاميا أن يتم استعمال الاستمارة A/B الملحقة بالنظام السالف الذكر.

وفي جميع الفرضيات، يجب أن يوجه هذا الطلب إلى اللجنة الأوروبية في (07) نسخ وملاحقها في (03) نسخ (المادة 02 من النظام رقم 94/3385) ويحمل جميع المعلومات المطلوبة من قبل الاستمارة A/B (المادة 03 من النظام رقم 94/3385). وهنا أيضا، فإن الطابع غير الكامل أو غير الكافي وحتى غير النزيه للمعلومات لا يكون دون أثر. ويمكن الإشارة في هذه الحالة إلى أنّه سيتمّ اعتبار طلب التصريح بعدم التدخل كأن لم يكن (عديم الأثر)، دون التحدث عن المخاطر التي قد تتعرض لها المؤسسات المعنية عندما ترى نفسها محكوم عليها بعقوبات مالية (المادة 1/15 من النظام رقم 62/17)⁽³⁾.

¹ - حيث نصت المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب المادة 28 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جويلية 2008 على ما يلي :

« يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ ثمانمائة ألف دينار (800.000 دج) بناءً على تقرير المقرر، ضدّ المؤسسات التي تتعمّد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تنهون في تقديمها، طبقاً لأحكام المادة 51 من هذا الأمر، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر.

يمكن للمجلس أيضا أن يحكم بغرامة تهديدية لا تقلّ عن مائة ألف دينار عن كل يوم تأخير ».

² - Règlement (CE) n° 3385/94 de la Commission du 21 décembre 1994, concernant la forme, la teneur et les autres modalités des demandes et notifications présentées en application du règlement n° 17 du conseil, JOCE n° L377 du 31/12/1994, pp. 28 – 58. <http://eur-lex.europa.eu/>

³ - L'article 15,1,a du règlement n° 17-62 (Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité) dispose :

« 1 – La commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant de cent à cinq mille unité de compte lorsque, de propos délibéré ou par négligence : a) elles donnent des

الفرع الثاني: إيداع الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل ودراسته

انطلاقاً من نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المذكور سالفاً، يختص مجلس المنافسة قانوناً بمنح التصريح بعدم التدخل، وذلك كلما رأى أنّ ممارسة لا تستدعي تدخله بموجب أحكام المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وهذا منطقي طالما أن متابعة التعسف في وضعية الهيمنة كبقية الممارسات المقيدة للمنافسة والمنصوص عليها في المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المذكور يتم إدارياً أمام مجلس المنافسة⁽¹⁾، ووفقاً للمبدأ المعروف "من له الكل له الجزء"، خول الأمر رقم 03-03 في المادة 08 اختصاص منح التصريحات بعدم التدخل، باعتبارها وسيلة لضبط السوق، لمجلس المنافسة وحده دون غيره. نتطرق أولاً لإيداع الملف ثم لدراسته.

أولاً: إيداع الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل

يرسل الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل في (05) نسخ، ويجب أن تكون الوثائق المرفقة بالطلب نسخاً أصلية، أو يجب أن يكون مصادقاً على مطابقتها للأصول إذا كانت نسخاً مصورة. يودع ملف طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل لدى الأمانة العامة لمجلس المنافسة الجزائري مقابل وصل استلام، أو يرسل إليه بواسطة إرسال موصى عليه. يحمل وصل الاستلام رقم تسجيل الطلب المقدم⁽²⁾. وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، أكدت صراحة المادة 04 من النظام رقم 94/3385 على أن طلب التصريح بعدم التدخل ينتج آثاره ابتداءً من لحظة استلامه من طرف اللجنة، أما إذا تم إرسال الطلب بواسطة إرسال موصى عليه، فإن الطلب يبدأ سريانه من التاريخ المؤشر على ختم مكتب البريد لمكان الإرسال دون أن توضح ما هي آثار الطلب، أي هل لطلب التصريح بعدم التدخل آثار، مادامت المادة 04 أكدت صراحة على بداية سريان أثر هذا الطلب مع أنه لا يمنح طلب التصريح بعدم التدخل أية صفة مؤقتة للممارسة محل الطلب⁽³⁾. وبالتالي، لا يوجد ما يمنح اللجنة من متابعة الممارسة تبعا لنص المادة 86 من معاهدة روما. ومع ذلك، فإن لطلب التصريح على الأقل أثر يتمثل في إرغام اللجنة على الإجابة، وهذا ليس معناه أنها ملزمة بتحرير تصريح بعدم التدخل الذي طلب منها. ولكن على الأقل اعترفت هي بذاتها على أنه يجب، في

indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 2 ou d'une notification en application des articles 4 et 5» ; Voir aussi Martine BEHAR – TOUCHAISA & Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, op. cit., pp. 635 – 636.

¹ - نصت المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي :

« تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 ممارسات مقيدة للمنافسة ».

² - أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005، المحدد لكيفيات الحصول على التصريح

بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

³ - Martine BEHAR – TOUCHAISA & Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, op. cit., p. 636.

حالة الرفض، أن تُجيب على الطلب بموجب رسالة إدارية (une lettre administrative)، وهذا هو الموقف الرسمي للجنة المستخلص من المذكرة التكميلية للاستمارة A/B (النقطة 1, II, A)⁽¹⁾.

ثانيا: دراسة الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل

يمكن للمقرر المعين لدراسة الملف أن يطلب من المؤسسات المعنية أو من ممثليها المفوضين اطلاعه على معلومات أو مستندات إضافية يراها ضرورية⁽²⁾.

يمكن أن تطلب المؤسسات المعنية أو ممثلوها المفوضون بأن تكون بعض المعلومات أو بعض المستندات المقدمة محمية بسرّ الأعمال، وفي هذه الحالة، يجب أن ترسل وتودع المعلومات أو المستندات بصفة منفصلة، ويجب أن تحمل فوق كل صفحة منها عبارة "سرّ الأعمال"⁽³⁾.

نلاحظ أنّ السلطة التنفيذية لم تحدّد في المرسوم التنفيذي رقم 05-175 ميعاد لدراسة المقرر للملف، حتّى لا يؤدي ذلك إلى تعطيل المؤسسة في إنجاز نشاطاتها الاقتصادية.

في حالة قبول الطلب، يقوم مجلس المنافسة بإصدار قرار التصريح بعدم التدخل. أمّا في حالة رفض الطلب، فإن هذا الأخير يوجه سلوك المؤسسات نحو معنى اجتهاداته والنتيجة عن تفسير القانون المفروض على المتعاملين الاقتصاديين⁽⁴⁾. وإمّا أن تطلب المؤسسة أن تستفيد من أحكام المادة 2/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وذلك إذا كان تصرفها يُجسد فعلا تعسفا في وضعية الهيمنة المنصوص عليه في المادة 07 من الأمر ذاته، إلّا أنه يجب أن تثبت المؤسسة المعنية أن لتصرفها هذا آثار إيجابية تغطي الأثر المقيد للتصرف ذاته⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن قرار التصريح بعدم التدخل

نصّت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل، بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق على ما يلي:

¹ - La Commission indique dans la note complémentaire au formulaire A/B (point A.II.1) que « L'article 2 du règlement n° 17 dispose que : « La commission peut constater ». Elle n'arrête des décisions d'attestation négative que s'il y a lieu de résoudre un problème d'interprétation. Dans les autres cas, elle répond à la demande par l'envoi d'une lettre administrative ». Sur ce point, voir, Martine BEHAR – TOUCHAISA & Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, op. cit., pp. 636 – 637.

² - نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005، المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق على ما يلي :

« يمكن للمقرر المعين لدراسة الملف، أن يطلب من المؤسسات المعنية أو من ممثليها المفوضين اطلاعه بمعلومات ومستندات إضافية يراها ضرورية. ».

³ - أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005، المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 64.

⁵ - راجع المادة 2/09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

« التصريح بعدم التدخّل المذكور في المادة الأولى أعلاه، تصريح يسلمه مجلس المنافسة بناءً على طلب المؤسسات المعنية، يلاحظ المجلس بموجبه عدم وجود داعٍ لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003 والمذكور أعلاه »⁽¹⁾.

يبدو من النصّ المذكور أعلاه أنّ للتصريح بعدم التدخّل طابع نهائي، في حين أنّ الحقيقة غير ذلك، إذ أنّ للتصريح طابع ابتدائي غير نهائي، والدليل على ما قلناه، نصّ المادة 1/08 من الأمر رقم 03-03 الذي جاء فيه ما يلي:

« يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناءً على طلب المؤسسات المعنية واستناداً إلى المعلومات المقدمة له أن اتفاقاً ما أو عملاً مدبراً أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محدّدة في المادتين 6 و 7 أعلاه لا تستدعي تدخله »⁽²⁾.

وبالتالي، سهت السلطة التنفيذية أن تدرج في نصّ المادة 02 المذكور أعلاه عبارة "استناداً إلى المعلومات المقدمة له".

يتمثل غرض طلب التصريح في عدم التدخّل صراحة في ملاحظة مجلس المنافسة أن ممارسة معينة لا تخالف من حيث غرضها أو أثارها المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة. وبالتالي وضع المؤسسات المعنية في مأمن من التدخّل من قبل مجلس المنافسة، وهذا إذا اتضح فعلاً أنّه لا يوجد أية ممارسة مقيدة للمنافسة.

انطلاقاً ممّا سبق ذكره، يمكن استخلاص آثار متعددة للتصريح بعدم التدخّل وهي:

- للتصريح بعدم التدخّل طابع ابتدائي غير نهائي، كما أنّه لا يستطيع أن يعطي أي ضمان أو أمن نهائي للمؤسسات التي تستفيد منه. وبالتالي، فإن مجلس المنافسة لا يكون أو لم يعد مرتبط بقراره في حالة تقديم معلومات غير دقيقة أو مضللة حول المحتوى القانوني والاقتصادي للممارسة.

لهذا، يصرّ الملحق الأول للمرسوم التنفيذي رقم 05-175 المحدّد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخّل على أهمية نوعية المعلومات، حيث أحال إلى المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة المعدّلة بموجب أحكام المادة 28 من القانون رقم 08-12، والتي يفهم منها أنه يمكن لمجلس المنافسة وبناءً على تقرير المقرر، إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ 800.000 دج ضد المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تنتهون في تقديمها، طبقاً لأحكام المادة 51 من هذا الأمر⁽³⁾، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحدّدة من قبل المقرر.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005، المرجع السابق ذكره.

² - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - نصت المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة على ما يلي:

ويمكن للمجلس أن يحكم كذلك بغرامة تهديدية لا تقل عن مائة ألف دينار (100.000 دج) عن كل يوم تأخير.

- لا يمنع التصريح بعدم التدخل من إجراء دراسة أو معاينة جديدة للحالة، إذا كانت هناك معلومات جديد في الواقع أو ببساطة ظهرت معلومات كانت مجهولة في الوقت الذي تم فيه إصدار التصريح بعدم التدخل، والتي يصبح مجلس المنافسة على علم بها بعد ذلك.

ويُفهم من نص المادة 02 من النظام رقم 62/17 لـ 21 فيفري 1962 (الملغى) أنه يتعلق الأمر بملاحظة اللجنة إذا ما كانت الممارسة المعنية لا تخالف من حيث غرضها أو من حيث أثارها المادة 86 من معاهدة روما. تتمثل الصعوبة في هذا المجال في أثر التصريح بعدم التدخل اتجاه اللجنة.

تسمح مصطلحات المادة 02 المذكورة من النظام رقم 62/17 بالقول واستخلاص بأن تحرير اللجنة لتصريح بعدم التدخل يترجم اعترافاً من طرف هذه السلطة بعدم وجود ممارسة أو آثار مقيّدة للمنافسة حسّاسة بما في الكفاية أو أيضاً غياب الإخلال أو التأثير بالتجارة بين الدول الأعضاء. وهذا يجعل مبدئياً الممارسة في مأمن من المتابعات على المستوى الاتحادي.

إلا أنّ هذا الأمن ليس مطلقاً. بالفعل، تم تحرير التصريح بعدم التدخل من اللجنة بناءً وتبعاً للعناصر التي هي على علم بها، مما يسمح باستخلاص بأنها لا تكون أو لم تعد مرتبطة بقرارها في حالة المعلومات غير الدقيقة أو المضللة حول المحتوى القانوني أو الاقتصادي للممارسة. تؤكد المادة 3/04 من النظام رقم 94/3385 أيضاً على أهمية نوعية المعلومات بفرضها التزاماً على المؤسسات الطالبة للتصريح أن تقدم بكيفية عفوية للجنة كل تعديل أساسي للعناصر المدرجة في طلب التصريح بعدم التدخل⁽¹⁾. إن العقوبة المقررة لمثل هذا الإغفال محدّدة من طرف اللجنة ويتعلق بإبطال القرار المتحصل عليه على أساس الطلب الأصلي غير الكامل⁽²⁾.

« يمكن المقرر القيام بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني.

ويمكنه أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت ومهما تكن طبيعتها وحجز المستندات التي تساعد على أداء مهامه.

وتضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير وترجع في نهاية التحقيق.

يمكن أن يطلب المقرر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه من أية مؤسسة أو أي شخص آخر. ويحدد الآجال التي يجب أن

تسلم فيها هذه المعلومات.»

¹ - L'article 04/3 du règlement (CE) n° 3385/94 de la Commission du 21 décembre 1994 (précité) dispose :

« Des modifications essentielles des éléments indiqués dans la demande ou notification, dont le demandeur ou notifiant a connaissance ou devrait avoir connaissance, doivent être communiquées à la commission spontanément et sans délai ».

² - La Commission indique dans la note complémentaire au formulaire A/B (point E, dernier paragraphe), que :

« Il est important que les entreprises communiquent à la commission aussi les modifications essentielles des faits, y compris celles dont elles ont eu connaissance après le dépôt de la demande ou d'une notification (voir article 04 paragraphe 3 du règlement). Le fait de ne pas en informer la commission peut entraîner entre autres l'invalidité d'une décision d'attestation négative ou le retrait d'une décision d'exemption adoptée par la commission sur la base de la notification » ; Sur ce point, voir le formulaire A/B, JOCE n° L337 du 31/12/1994, pp. 31 – 51 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

وما نلاحظه في هذا الصدد، أن المشرع الجزائري لم يرد التزام المؤسسات الطالبة للتصريح بتقديم بكيفية عفوية لمجلس المنافسة الجزائري كل تعديل أساسي للعناصر المدرجة في طلب التصريح بعدم التدخل والعقوبة المقررة للإخلال بهذا الالتزام رغم أهميته. حيث وإن أقر نص المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر والمعدل بموجب أحكام المادة 28 من القانون رقم 08-12 عقوبات مالية إلا أنها تتعلق بتقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة للمعلومات المطلوبة أو تنهون في تقديمها (المعلومات المطلوبة) أو عدم تقديم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر، ولا تتعلق بالتزام بتقديم بكيفية عفوية لمجلس المنافسة كل تعديل أساسي للعناصر المدرجة في طلب التصريح بعدم التدخل.

إن إقرار العقوبة، من طرف المشرع الأوروبي، على المؤسسة التي تخل بالتزامها المتمثل في تقديم بكيفية عفوية للجنة الأوروبية كل تعديل أساسي للعناصر المدرجة في طلب التصريح بعدم التدخل مبرر تماما، اعتبارا بأن قرار التصريح بعدم التدخل قد تم اتخاذه بناءً على المعطيات الاقتصادية والقانونية، مما يترتب أن صلاحيته ومدته مرتبطان بوجود والمحافظة على المعطيات المذكورة. ومع ذلك، لا يجب إخفاء عدم الأمن المترتب للمؤسسة الطالبة. فما هو بالفعل "التعديل الأساسي" المقصود من نص المادة 3/04 من النظام رقم 94/3385 ؟ كما أنه يتعلق الأمر بنشاطات تجارية تمارس في محتوى اقتصادي عادة ما يكون متغيرا. ألا يوجد خطر واقعي يتمثل في أن طلب التصريح بعدم التدخل يكون في تحقيق دائم بسبب تزويد اللجنة بمعلومات تكميلية بكيفية مستمرة والذي تفرضه الحيلة والحذر؟⁽¹⁾

وفي جميع الأحوال، يضمن القرار المتضمن التصريح بعدم التدخل على مستوى الاتحاد الأوروبي (وهذا في ظل النظام رقم 17-62 الملغى) نوعا من الأمن القانوني للمخاطبين به شريطة أن يكون التبليغ الأصلي للجنة الأوروبية يتضمن بالفعل معلومات دقيقة، وطالما أن الحالة الموصوفة لم يتم تعديلها جوهريا، فإن اللجنة تبقى مرتبطة بقرارها، إذ كلما كانت الحالة الأصلية مستمرة ولا تتمتع اللجنة بأدلة عكسية "لا يوجد من داع لتدخلها وفقا لنص المادة 02 من النظام رقم 17". وخلافاً لذلك، فيوجود تعديل جوهري، يمكن للجنة أن تفتح الملف من جديد، إذا كان المخاطب بالقرار الأصلي لا يأخذ الاحتياطات اللازم وذلك بقيامه بتبليغ اللجنة من جديد⁽²⁾.

وكانت تتمثل أيضا الصعوبة في مجال قرار التصريح بعدم التدخل على مستوى الاتحاد الأوروبي في أثر هذه الأخيرة اتجاه دول الأعضاء فيه وسلطاتها.

حيث يحزر التصريح بعدم التدخل بعد ملاحظة اللجنة الأوروبية أنه لا داع لتطبيق المادة 86 من معاهدة روما والتي تكون شروط تطبيقها غير متوفرة، وبالتالي لا يمكن تطبيق إلا القانون الوطني لوحده. وبالنتيجة، لا

¹ - Martine BEHAR – TOUCHAISA & Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, op. cit., p. 678.

² - Philippe LAURENT, « Concurrence (procédures individuelles d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome) », op. cit., p. 22

يوجد ما يمنع سلطات دول الأعضاء من ملاحظة وهذا في حالة التصريح بعدم التدخّل البسيط، بأنّ الممارسة تخالف قانونها الوطني للمنافسة واتخاذ القرارات اللازمة.

ومع ذلك، يرى الأستاذ "V. O. LOY" أنّه يجب أن نميّز، في مجال قرارات التصريح بعدم التدخّل، بين التصريحات التي تكون مبررة بغياب الإخلال أو التأثير على التجارة بين الدول الأعضاء (التصريحات التي تكون محل نقاش من طرف سلطات الدول الأعضاء عندما يترتب عن الممارسة المتنازع فيها آثار سلبية على الإقليم الوطني) وتلك التي تكون مبررة لكون لا يوجد هناك ممارسة أو أن الممارسة لا تقيد المنافسة (التصريحات التي لا يمكن أن تكون محل نقاش من طرف سلطات الدول الأعضاء التي تكون مرتبطة بالتقدير الإيجابي للجنة وملزمة بمبدأ سمو القانون الاتحادي).

إلاّ أنه في حقيقة الأمر، ينجم عن مثل هذا المعيار في بعض الأحيان تعامل حسّاس، حيث يؤدي غالباً إلى تضحية الأمن القانوني الذي تحتاج إليه المؤسسات، إذ أنه يجب استخلاص الحلّ من طبيعة القرارات المعنية وحدها، دون اللجوء إلى دراسة دوافعها. ولهذا السبب، قررت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي أن تحتفظ السلطات الوطنية بحريتها في وجود قرار التصريح بعدم التدخّل⁽¹⁾. إذ لا يعبر التصريح بعدم التدخّل إلاّ على الرأي الشخصي للجنة الأوروبية، وبالتالي لا يلزم بتاتا الهيئات الوطنية⁽²⁾، والتي يمكنها تطبيق قانونها الداخلي.

¹ - CJCE, arrêt du 10 juillet 1980, Guerlain ; Sur ce point, voir, Martine BEHAR – TOUCHAISA & Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, op. cit., p. 680.

² - J. SCHAPIRA, G. LETALLEC & J. B. BLAISE, Droit européen des affaires, 1^{ère} édition, PUF, Paris, 1984, p. 306.

الباب الثاني

القواعد القانونية

المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة

من الناحية الإجرائية

تتم متابعة التعسف في وضعية هيمنة على السوق إداريا وذلك أمام جهاز إداري مكلف بقمعه، والذي يسمى "مجلس المنافسة".

إن ممارسة التعسف في وضعية هيمنة كبقية الممارسات المقيّدة للمنافسة، بعد أن نظمها المشرع من الناحية الموضوعية، خصّص لها مجموعة من الإجراءات القانونية التي تتعلق وتهتم بالبحث عن مدى توافر أدلة إثبات التعسف وذلك لإدانة المتورطين فيه، وتطبيق العقوبات المقررة في هذا المجال. ومن ثم تظهر أهمية هذه الإجراءات من حيث أنها تنقل القواعد الخاصة بالممارسات التعسفية من حال السكون إلى حال الحركة، حيث نجد أنّ الإجراءات الخاصة بمتابعة التعسف في وضعية الهيمنة هي نفسها الإجراءات الخاصة بمتابعة بقية الممارسات المقيّدة للمنافسة. ويلاحظ أنّه مهما يبالغ المشرع في الحماية الموضوعية للمنافسة الحرة وللنظام الاقتصادي العام، فإنّ توفيقه ونجاحه في الحفاظ على هذه المصلحة يظلّ مرهونا بمدى فعالية التنظيم الإجرائي الذي يضمن تحقيق الهدف من العقوبات المقررة لهذه الممارسات⁽¹⁾.

تبدأ إجراءات متابعة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق بسلسلة طويلة من المراحل، تبدأ بمرحلة إخطار مجلس المنافسة باعتباره الجهاز المكلف بقمع التعسف والذي يقوم بتعيين مقرّر، كما يقوم بالبحث والتّحقيق في وقوع التعسف، مع ضرورة الإشارة إلى أنّ الخطوة الأولى التي يقوم بها مجلس المنافسة عند إخطاره بقيام التعسف هو تحديد السوق المرجعية التي ترتكب فيها الممارسة التعسفية، وذلك باحترام المعايير التي تطرّفنا إليها في الباب الأوّل من هذا البحث.

كما يقوم مجلس المنافسة بتوجيه المآخذ والالتهامات إلى المؤسسات المتورّطة، وفتح المجال لها للردّ على المآخذ، ثمّ عقد جلسة لمجلس المنافسة للبتّ والفصل في القضية وإصدار قراره، ثمّ فتح المجال للطعن فيه أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية باعتباره الجهة المختصة بالطعن في قرارات مجلس المنافسة. وسيتبيّن لنا من خلال تحليلنا أنّ القواعد الإجرائية التي وضعها المشرع والخاصة بالنزاع التنافسي تعتبر غير عادية وغير مألوفة في القانون الخاص، كما أنّ قانون المنافسة لم ينظم بشكل دقيق جميع الجوانب الإجرائية المتعلقة بذلك النزاع⁽²⁾، ولكنه قد أحال في الكثير من النقاط إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 240.

² - نقصد هنا بقانون المنافسة الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، ثم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

³ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

لتغطية الفراغ القانوني الذي يشكو منه، وكذلك إلى القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فيما يتعلق بكيفيات مراقبة ومعاينة التعسف في وضعية الهيمنة⁽¹⁾.

إنّ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر وتعديلاته، قد سدّ الفراغات القانونية التي كانت قائمة في ظل الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة ولاسيما فيما يتعلّق بالتحقيق والطعن في قرارات مجلس المنافسة والتأكيد على مبدأ حقوق الدفاع.

عند تفحصنا للمراحل الإجرائية المتابعة أثناء عمل مجلس المنافسة، نلاحظ أنّ محور تلك الإجراءات هو جلسة المجلس، أين يتمّ الفصل في القضايا المعروضة أمامه، غير أنّ ذلك لا يمنع من وجود مراحل إجرائية سابقة للبت في القضايا.

لذا، ارتأينا تقسيم دراسة المتابعة الإدارية لقمع التعسف إلى فصلين، نتناول دراسة المراحل السابقة للبت في القضايا المتعلقة بالتعسف، والذي نتطرق من خلاله إلى تحريك المتابعة أمام مجلس المنافسة عن طريق الإخطار، وبعدها إلى المرحلة التي تليها وهي التحقيق (الفصل الأول).

ثمّ نتطرق لدراسة البت في القضايا والذي نعالج من خلاله جلسات مجلس المنافسة، والتي يتمّ فيها الفصل في القضايا المتعلقة بالتعسف، كما نتطرق إلى سلطات مجلس المنافسة في إصدار القرارات الفاصلة في النزاعات المتعلقة به مبينا العقوبات المقررة بشأن الممارسات التعسفية، ثمّ نقوم بدراسة الطعن في تلك القرارات أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية وهذا في الجزائر، وأمام محكمة استئناف باريس وهذا في فرنسا.

وأخيرا، نقوم بدراسة حدود صلاحيات مجلس المنافسة في مادة التعسف في وضعية الهيمنة، والذي نتطرق من خلاله لتحديد دور سلطات الضبط القطاعية واختصاص المحاكم العادية المدنية والتجارية في ذات المجال وكذلك مساهمة القاضي الإداري في حماية المنافسة من التعسف محل الدراسة (الفصل الثاني).

¹ - قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

الفصل الأول

المراحل السابقة للبث في القضايا المتعلقة بالتعسف

قام المشرع الجزائري بتزويد مجلس المنافسة، في إطار مهمة زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين، ببعض المراحل الإجرائية التي تميزه عن غيره من الهيئات الموجودة والمعروفة في مختلف التنظيمات القانونية من جهة، وتتشابه في مراحل إجرائية أخرى مع بعض المراحل والتنظيمات الإجرائية الخاصة والمعروفة أو المتبعة أمام هيئات أخرى من جهة ثانية.

وباعتبار أنّ انعقاد جلسة المجلس التي من خلالها يتم البث في القضايا المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة هي محور سير عمله، فإننا نقصد بالمراحل السابقة للبث في تلك القضايا، جميع المراحل الإجرائية التي يجب اتباعها واحترامها حتى تكون طريقة اللجوء إلى المجلس صحيحة، وبالتالي ينظر المجلس في ذلك الأمر أو القضية المرفوعة أمامه.

يتم تحريك المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة عن طريق عملية الإخطار، وذلك سواء في قانون المنافسة الجزائري أو في قانون المنافسة الفرنسي، وهذا فضلا عن إمكانية المجلس في مباشرة المتابعة تلقائيا. وعندما يتم رفع الإخطار أمام المجلس، يقوم هذا الأخير بتفحص الشروط اللازمة لقبول هذا الإخطار، إذ أنّ توفر تلك الشروط يترتب آثار مغايرة لتلك المترتبة عن عدم توفرها (المبحث الأول).

فبعد أن يتم قبول الإخطار المتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة على السوق، فإن إثبات الممارسات التي تخل بالسير الحسن للمنافسة يتطلب تحريات تقوم بها المصالح المختصة بوزارة التجارة ومقرّر مجلس المنافسة. وبالرغم من أنّ قانون المنافسة قد احتفظ في بعض جوانبه بالطابع القمعي والعقابي، إلا أنّ النظام العام للتحقيق يكتسي طبيعة مدنية والقواعد القانونية الخاصة بالتفتيش والواردة في قانون الإجراءات الجزائية ليست مطبقة هنا وهذا في فرنسا⁽¹⁾، في حين أخضع المشرع الجزائري فيما يتعلق بكيفيات مراقبة ومعاينة التعسف في وضعية الهيمنة للشروط والأشكال نفسها التي تمّ تحديدها في القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصوصه التطبيقية⁽²⁾، حيث نجد هذا الأخير بدوره أحالنا فيما يتعلق بكيفية الدخول إلى المحلات السكنية إلى قانون الإجراءات الجزائية⁽³⁾.

¹ - Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 157.

² - قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

³ - أمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج. عدد 48، الصادر في 10 جوان 1966 (معدل ومتمم).

فالتحقيق هو المرحلة التي تلي مرحلة إخطار مجلس المنافسة بالممارسات التعسفية والتي تسبق مرحلة البت في القضايا التي تتم في جلسة هذا الأخير المنعقدة لهذا الغرض (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحريك المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة عن طريق الإخطار

يقتضي تحريك المتابعة الإدارية الخاصة بالممارسات التعسفية التعرض من جهة إلى مسألة نقل متابعة التعسف في وضعية الهيمنة كبقية الممارسات المقيدة للمنافسة من القاضي الجزائي إلى مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة، حيث نتطرق في هذا المجال إلى تراجع دور القاضي الجزائي في متابعة التعسف محل الدراسة وكذا الأسباب المؤدية إلى نقل السلطة القمعية من القاضي الجزائي إلى مجلس المنافسة. وأخيرا، نتناول ما مدى ملائمة مجلس المنافسة لمتابعة الممارسات التعسفية، حيث أنه لا يكفي لضمان حماية المنافسة الحرة في السوق من الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة توفر القواعد القانونية المكرسة لمبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة، بل يستلزم الأمر إلى جانب ذلك وجود جهاز مستقل وحيادي يختص بمتابعة وقمع هذه الممارسات (المطلب الأول).

ومن جهة أخرى، تتم المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة بناءً على إخطار يكون موضوعه وجود تعسف من طرف مؤسسة في وضعية هيمنة على السوق، إذ أنّ حماية المنافسة الحرة وفعاليتها تعتمد على مجلس المنافسة الذي يملك صلاحيات واسعة في مجال التحري والتحقيق والبت في التعسف المعني. ولكن فعالية effectiveness المنافسة تتوقف أيضا على اشتراك أكبر عدد ممكن من الأشخاص من أجل المساعدة على أعمال قواعد قانون المنافسة، وذلك بمنح هؤلاء الأشخاص حق إخطار مجلس المنافسة، وهذا ما سنتناوله عند دراسة إخطار مجلس المنافسة من أجل متابعة التعسف (المطلب الثاني). ولكن ليس كلّ إخطار يوجه من هؤلاء صحيح ومقبول من طرف مجلس المنافسة، وإتّما يشترط فيه مجموعة من الشروط والتي يترتب عن توفرها آثار مختلفة تمامًا عن الآثار الناجمة عن غياب إحدى تلك الشروط الخاصة بالإخطار، وهذا ما نتطرق إليه من خلال دراسة مرحلة قبول الإخطار (المطلب الثالث).

المطلب الأول: نقل متابعة التعسف من القاضي الجزائي إلى مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية

مستقلة

نصّت المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدلة بموجب المادة 9 من القانون رقم

12-08 على ما يلي:

« تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة. يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر »⁽¹⁾.
فإلى جانب الضبط الذي يمكن تكييفه بضبط عمودي، نجد الضبط الأفقي الذي يتدخل في مجموع القطاعات الاقتصادية وذلك سواء كانت أم لا موضوع ضبط خاص، فمثلا الضبط المتخذ في مجال قانون المنافسة، فمجلس المنافسة يعتبر هيئة إدارية مستقلة أفقية (AAI horizontale)⁽²⁾.

وباعتبار أن مجلس المنافسة في الجزائر سلطة إدارية مستقلة، يؤدي بنا إلى طرح ثلاثة أسئلة متتابعة:

1 - كيف يتم تجريد السلطة القمعية للقاضي الجزائري في مجال الممارسات المقيّدة للمنافسة بما في ذلك التعسف في وضعيّة الهيمنة ؟

2 - لماذا تم جعل متابعة التعسف في وضعيّة الهيمنة كبقية الممارسات المقيّدة للمنافسة من اختصاص مجلس المنافسة، علماً بأنه هيئة إدارية وذلك بعدما أن كان من اختصاص القاضي الجزائري؟ بتعبير آخر، ما هي أسباب نقل السلطة القمعية من القاضي الجزائري إلى مجلس المنافسة علماً أنه سلطة إدارية مستقلة ؟

3 - ما مدى ملائمة مجلس المنافسة لمتابعة التعسف محل الدراسة ؟
وللإجابة عن هذه الأسئلة، نتطرق إلى ثلاثة مسائل متمثلة في:

- تراجع دور القاضي الجزائري في متابعة التعسف في وضعيّة الهيمنة (الفرع الأول).

- أسباب نقل السلطة القمعية فيما يتعلق بالتعسف في وضعيّة الهيمنة من القاضي الجزائري إلى مجلس المنافسة (الفرع الثاني).

- مدى ملائمة مجلس المنافسة لمتابعة التعسف (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تراجع دور القاضي الجزائري في متابعة التعسف في وضعيّة الهيمنة

كانت الممارسات المقيّدة للمنافسة بما فيها التعسف في وضعيّة الهيمنة في الجزائر وفرنسا تخضع لاختصاص المحاكم الجزائرية.

حيث نصّت المادة 27 من قانون 89-12 المتعلق بالأسعار على ما يلي:

« يعتبر لا شرعياً كلّ تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو جزء منه، كما يعتبر لا شرعياً:

- رفض البيع بدون مبرّر شرعي،

- البيع المشروط أو التمييزي،

- البيع المشروط بكمية محدودة،

¹ - قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Laurence BOY, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », JCP n° 41, 2004, p. 1733.

- كل منتج معروض على نظر الجمهور يعتبر معروضا للبيع⁽¹⁾.

كما أنه يفهم من نصّ المادة 56 من القانون المذكور أعلاه، أنّ المحاضر المحررة تطبيقا لأحكام هذا القانون تعرض، فور تحريرها وبعد تسجيلها في السّجل المخصّص لهذا الغرض ومختوم حسب الأشكال القانونية، على السلطة المعنية بمراقبة الأسعار بالولاية التي يجب أن ترسلها في ظرف 15 يوما إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا.

ويعاقب كلّ تعسّف في استغلال وضعيّة مهيمنة على السّوق بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 5.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وهكذا يتبيّن أن التعسّف في وضعيّة الهيمنة كان يعتبر في ظل قانون الأسعار بمثابة جريمة تخضع لما تخضع إليه الجرائم العادية ويتمّ متابعته من طرف المحاكم الجزائية.

إلا أنّ الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة قد ألغى القانون رقم 89-12 وذلك بموجب المادة 97 منه هذا من جهة. من جهة أخرى، أصبحت وظيفة متابعة التعسّف في وضعيّة الهيمنة كبقية الممارسات المقيّدة للمنافسة من اختصاص مجلس المنافسة، وذلك بموجب المادة 1/90 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة والتي نصت على ما يلي:

« تعتبر المخالفات لأحكام المواد 6، 7، 9، 10، 11 و12 من هذا الأمر من اختصاص مجلس المنافسة⁽²⁾ ».

فبوضع الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، أصبح دور القاضي الجزائي هامشي، حيث استبقى اختصاصه فيما يتعلّق بالمسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي، حيث نصت المادة 15 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يحيل مجلس المنافسة الدعوى على وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية إذا كان تنظيم وتنفيذ الممارسات المنافسة للمنافسة أو التعسّف الناتج عن الهيمنة المنصوص عليها في المواد 6 و7 و10 و11 و12 من هذا الأمر يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤولية شخصية.

دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 13 و14 من هذا الأمر، يمكن القاضي أن يحكم في هذه الحالة بالحبس من شهر واحد إلى سنة واحدة ضد أشخاص طبيعيين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها ».

يتبيّن من خلال هذه المادة أنّ كلّ شخص طبيعي ساهم في تنظيم وتنفيذ التعسّف الناتج عن الهيمنة يتابع جزائيا أمام المحاكم الجزائية.

¹ - قانون رقم 89-12 مؤرخ في 5 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج.ر.ج. عدد 29، الصادر في 19 جويلية 1989 (ملغى).

² - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

كما يفهم من نصّ المادة 24 من الأمر رقم 95-06 المذكور أعلاه بأنّ يتّخذ مجلس المنافسة مقرّرات عندما يتبين أنّ العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي بادر بها من اختصاصه لوضع حدّ للممارسات المنافسة للمنافسة المعايينة، ويتمّ تحويل الملف، عند الاقتضاء، إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتبعات القضائية.

وبعد إصدار الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، والذي ألغى الأمر رقم 95-06 المتعلّق بالمنافسة، أصبحت متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة من اختصاص مجلس المنافسة بصفة كلية وحتى المسؤولية الشخصية للشخص الطبيعي ينظر فيها مجلس المنافسة.

حيث يفهم من نصّ المادة 57 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة بأنّه يعاقب بغرامة قدرها مليوني دينار جزائري، كلّ شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة (بما فيها التعسّف في وضعية الهيمنة) وفي تنفيذها كما هي محددة في هذا الأمر، هذا ما يدل على إزالة التجريم كلية عن الممارسات المقيدة للمنافسة، وهذا في الجزائر.

أمّا في فرنسا، يلاحظ تقريبا نفس الشيء، بحيث قبل صدور الأمر رقم 86-1243 المتعلّق بحرية الأسعار، كان التعسّف في وضعية الهيمنة كبقية الممارسات المقيدة للمنافسة يعاقب بموجب المادة 419 من تقنين العقوبات (الفرنسي) باعتباره جنحة بسيطة (le délit simple) بعقوبة حبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 7.200 إلى 360.000 فرنك فرنسي⁽¹⁾.

كما يتمتع الوزير المكلف بالاقتصاد ابتداء من سنة 1977 بسلطة توقيع العقوبات المالية على المؤسسات، ولا يستطيع مبدئيا القيام بذلك إلّا إذا اتجه موقف لجنة المنافسة على نحو ذلك، فللجنة بذاتها عليها احترام الحدّ الأقصى للعقوبات المحددة بموجب المادة 53 من الأمر 30 جوان 1945 المتعلّق بالأسعار: 5% كحد أقصى من رقم الأعمال المحققة في فرنسا خلال السنة المالية الأخيرة إذا كان المخالف مؤسسة، و5.000.000 فرنك فرنسي كحد أقصى إذا لم يتعلّق الأمر بمؤسسة⁽²⁾.

يؤدي الجمع بين هذه النصوص إلى طرح مسألة تراكم العقوبات (عقوبات جزائية ومدنية). إلّا أنّ الأمر لـ 1 ديسمبر 1986 (المتعلّق بحرية الأسعار والمنافسة)، ألغى التشريعات السابقة في فرنسا، إذا أنه يمنع كما في الماضي، الاتفاقات التي ترمي إلى تقييد أو الإخلال بحرية عمل المنافسة، يمنع كذلك التعسّفات في وضعيات الهيمنة على السوق، لكن تبعا لمفهوم أوسع وذلك بإضافة الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية. وأخيرا، ألغى الأمر رقم 86-1243 المذكور أعلاه المادة 419-2 من تقنين العقوبات الفرنسي.

¹ - Jean-Jacques BURST & Robert KOVAR, Droit de la concurrence, op. cit., p. 280.

² - Ibid., op. cit., p. 36.

فوفقاً للنظرية العامة لـ "إزالة التجريم" (la dépenalisation)، أصبحت الاتفاقيات غير المشروعة (المحظورة) والتعسّفات في الهيمنة مخالفات مدنية والتي يترتب عنها بطلان التعهدات الناتجة عن هذه الممارسات والمسؤولية المدنية لمرتكبيها⁽¹⁾.

اكتمل الأمر 01 ديسمبر 1986، مبدئياً، بالعقوبات الإدارية في قمع الاتفاقيات غير مشروعة والتعسّفات في الهيمنة⁽²⁾.

في سنة 1986، أثناء قيام الحكومة الفرنسية بإعداد قانون المنافسة، أخذت اللجنة المكلفة بوضع المشروع في الاعتبار التطورات الملاحظة منذ 25 سنة، إن لم تكن 40 سنة، استبدل الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 اللجنة السابقة (لجنة المنافسة) بمجلس المنافسة المكلف بالتحقيق، ثمّ بالحكم بالدرجة الأولى على المؤسسات، وهذا ما يشمل عدداً من الأشخاص المعنوية، ولكن كون الأشخاص المعنوية ليس لها حياة مستقلة دون تدخل الأشخاص الطبيعية، توصل محررو النصوص لسنة 1986 بأنّه من الأنسب الاستبقاء في مجال الجزائي، اللجنة القائمة في حق مسيري أو منشئي الاتفاق المحظور أو التعسّف في وضعية الهيمنة.

وبذلك تمّ وضع المادة 17 من الأمر 01 ديسمبر 1986، التي أصبحت فيما بعد المادة L.420-6 من النّقنين التجاري والتي يفهم منها، بأنه يعاقب بحبس لمدة 04 سنوات وبغرامة مالية تقدر بـ 75 000 أورو، كل شخص طبيعي يتحمل بصفة احتيالية مسؤولية شخصية ومحددة في إعداد أو تنظيم أو تنفيذ الممارسات المنصوص عليها في المواد L.420-1 و L.420-2 من النّقنين التجاري الفرنسي (المادة 07 و 08 من الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة). بالإضافة إلى ذلك، يمكن للمحكمة أن تأمر بنشر كامل أو ملخص قرارها في الجرائد المختارة، على حساب المحكوم عليه⁽³⁾، لكن كما يلاحظ، أن المحكمة الجزائية المختارة ليست ملزمة بأن تختص بالمتابعة إلا إذا أعلن مجلس المنافسة بالممارسات المعنية.

وأخيراً، في فرضية أين يتمّ الحكم على الشخص طبيعي وفقاً للمادة 17 المذكورة أعلاه المتمثل في مسير الشخص المعنوي (شركة، نقابة، النظام المهني...)، يمكن للمحكمة الجزائية أن تحكم على الشخص المعنوي بمفرده بدفع الغرامات المحكوم بها ضد مسيرها⁽⁴⁾.

انطلاقاً ممّا سبق ذكره، فإنّه لتحقيق اللجنة المنصوص عليها في المادة 17 المذكور أعلاه، يجب مسبقاً ملاحظة الممارسة المحظورة بموجب المادة 08 من الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة: يجب التّحقق من وجود التعسّف في وضعية الهيمنة الذي لا يمكن أن يكون موضوع تبرير عن طريق إحدى

¹ - Michel DE JUGLART & Benjamin IPPOLITO, Cours de droit commercial, 11^{ème} édition, EJA, Paris, 1995, p. 405.

² - Mireille DELMAS-MARTY & Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Droit pénal des affaires, 1^{ère} édition, PUF, Paris, 1999, p. 521.

³ - Bernard BOULOC, « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », LPA n° 14, 20 janvier 2005, p. 11.

⁴ - Yves SERRA, Le droit français de la concurrence, Dalloz, Paris, 1993, p. 97.

الأسباب المنصوص عليها في المادة 10 من الأمر لسنة 1986 والتي أصبحت فيما بعد المادة L.420-4 من التّنين التجاري الفرنسي⁽¹⁾.

يتمثل الركن المادي للجريمة في المشاركة الشخصية والمحددة في إعداد وتنظيم أو تنفيذ ممارسات أو تصرّفات مخالفة للمنافسة. إذن يجب، في المقام الأول، أن يكون المتهم له حصة شخصية في إعداد وتنظيم أو تنفيذ التعسّف المحظور، بما أنّها يجب أن تكون شخصية، فإنّ هذه المشاركة لا يمكن أن تمسّ بصفة أوتوماتيكية رؤساء المؤسسة؛ وفي المقام الثاني، يجب أن يكون للمتهم حصة محدّدة وحاسمة في هذا الإعداد والتنظيم أو في التنفيذ أي أن القادة والمنشطين والمنفذين (les meneurs) هم الذين فقط يقعون تحت طائلة التجريم، وليس أولئك الذين سمحوا ببساطة بإقحامهم.

أمّا الركن المعنوي، فهو محدد في المادة 17 المذكور أعلاه بعبارة "بصفة احتيالية" "frauduleusement"، يجب أن يكون المتهم قد تصرّف بصفة احتيالية، أي أنّه يجب أن يكون قد تصرّف عن طريق الاحتيال "une fraude"، وهذا يعني فعل بسوء نية أو خداع⁽²⁾.

نلاحظ أنّه في فرنسا، أصبحت متابعة التعسّف في وضعية الهيمنة على غرار الممارسات المقيدة للمنافسة من اختصاص مجلس المنافسة الفرنسي ما عدا جنحة مساهمة الشخص الطبيعي بصفة شخصية في إعداد أو تنفيذ التعسّف. فعلى عكس المشرّع الجزائري، فإنّ المشرّع الفرنسي استبقاها من اختصاص القاضي الجزائري. تظهر العلاقة بين الهيئات الإدارية المستقلة (مجلس المنافسة) وظاهرة إزالة التجريم من خلال تعريف هذه الظاهرة، فهي عبارة عن إزاحة السلطة القمعية للقاضي الجزائري لصالح هيئات أخرى (الهيئات الإدارية المستقلة) واستبدال العقوبات الجزائية بالعقوبات الإدارية، هذه الظاهرة تخصّ فقط ما يعتبر أصلا جزائيا⁽³⁾.

في فرنسا، خول المشرّع الفرنسي اختصاص متابعة التعسّف في وضعية الهيمنة لمجلس المنافسة وهذا إلى غاية 2008، حيث صدر قانون عصرنة الاقتصاد (LME) في 05 أوت 2008⁽⁴⁾ والذي سجل تعديلا في قانون الممارسات المقيدة للمنافسة والمتمثل بداية في إصلاح مؤسّساتي وإجرائي بإنشاء سلطة منافسة جديدة، والتي تمّ تنظيمها وتحديد طريقة عملها عن طريق الأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 2008⁽⁵⁾، الذي جاء بدوره بإجراء خاص

¹ - Voir l'article L.420-4 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Jean-François RENUCCI, « Le juge pénal », Actes du colloque du 18 mars 1994 sur : "Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun", organisé par l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Institut du droit des affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1995, p. 54.

³ - عيسوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11 جويلية 2005، ص 15.

⁴ - Loi n° 2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n° 0181 du 05 août 2008, p. 12471 ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF n° 0265 du 14 novembre 2008, p. 17391 ; www.legifrance.gouv.fr/

يتعلق بالممارسات المنافسة للصغيرة les micro-pratiques anticoncurrentielles والذي يمثل الابتكار الثاني⁽¹⁾.

إن الإجراء الجديد الذي تم إنشاؤه للممارسات المنافسة للصغيرة (الاتفاقات، والتعسف في الهيمنة والسعر المخفض تعسفياً) هو موضوع نص المادة L.464-9 من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾ والمستحدث ليس بمقتضى القانون المذكور أعلاه، وإنما بمقتضى الأمر السالف الذكر. يتعلق هذا الإجراء بالممارسات التي تمس السوق المحلي، والتي لا يمكن أن يطبق عليها المواد 81 و82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (T.C.E). وهذا لما يكون رقم الأعمال المحقق في فرنسا من طرف كل مؤسسة من المؤسسات أثناء آخر سنة مالية مختتمة لا يتجاوز 50 مليون أورو، وأرقام أعمالها المجتمعة لا تتجاوز مائتين مليون أورو (200 مليون أورو).

يختص وزير الاقتصاد للحكم بالأوامر (les injonctions) أو اقتراح مصالحات (les transactions) بمبلغ أقصى 150.000 أورو أو 5% من رقم الأعمال المعروف في فرنسا إذا كانت هذه القيمة هي الأقل، وهذا شريطة أن لا تكون، من قبل، نفس الأفعال محل إخطار سلطة المنافسة من طرف مؤسسة أو هيئة مذكورة في الفقرة الثانية من المادة L.462-1 من التقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾، إلا إذا رفضت سلطة المنافسة الإخطار على أساس الفقرة الثالثة من المادة L.462-8 من التقنين نفسه⁽⁴⁾. وقد تم النص فقط على إعلام سلطة المنافسة بالأوامر المعلنة عنها وبالمصالحات المبرمة. إن هذا الإجراء من شأنه تخفيف المتابعة أمامها. وتكون السلطة مخطرة في حالة رفض المصالحة أو عند عدم تنفيذ الأوامر أو الالتزامات المترتبة عن قبول المصالحة.

وبالتالي، تم تضيق مجال عمل سلطة المنافسة الفرنسية الجديدة لفائدة مصالح وزارة الاقتصاد الفرنسية. وتعرضت ازدواجية النظام التي من خلالها يمكن أن تتم معاقبة الممارسات المنافسة للمنافسة (بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة) من طرف المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش (la DGCCRF)، والتي لا تطبق لا تحليلات السوق ولا الضمانات الإجرائية التي تطبقها سلطة المنافسة - المناقشة الوجيهة وطرق الطعن خصوصاً -، لنقد شديد من قبل الكتاب منهم (C. VILMART) (L. IDAT)⁽⁵⁾.

بعد تطرقنا لمسألة تراجع دور القاضي الجزائي في مجال قمع التعسف في وضعية الهيمنة، لا بدّ لنا أن نتطرق إلى أسباب نقل السلطة القمعية من القاضي الجزائي إلى مجلس المنافسة.

¹ - Camille MARÉCHAL, « Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », Juris-Classeur concurrence-consommation, Fasc. 25, 4/2009, p. 18.

² - Voir l'article L.464-9 du code de commerce français (Cet article est modifié par Loi n° 2015-990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (1), JORF n° 0181 du 07 août 2015, p. 13537 ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article L.462-1,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - L'article L.462-8,3 du code de commerce français dispose :

« Elle peut rejeter la saisine par décision motivée lorsque les faits invoqués peuvent être traités par le ministre chargé de l'économie en application de l'article L.464-9 ».

⁵ - Camille MARÉCHAL, « Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », op. cit., p. 19.

الفرع الثاني: أسباب نقل السلطة القمعية من القاضي الجزائري إلى مجلس المنافسة

إن تخصيص سلطة إدارية مستقلة (مجلس المنافسة) تعني بضبط المنافسة الحرّة أملتة أسباب وعوامل، فالمحاكم لم تعد قادرة على مسايرة الأوضاع الاقتصادية الجديدة التي برز فيها إزالة التنظيم في الاقتصاد وإزالة العقاب الجزائي عن هذا النشاط الذي يتسم بالحركية والتعقيد⁽¹⁾. يمكن جمل هذه الأسباب في سببين أساسيين هما:

- عدم ملائمة المحاكم الجزائية لمتابعة التعسف في وضعية الهيمنة على غرار الممارسات المقيدة للمنافسة.

- إزالة التنظيم.

أولاً: عدم ملائمة المحاكم الجزائية لمتابعة التعسف في وضعية الهيمنة

يثير التجريم في مجال المنافسة خاصة وفي المجال الاقتصادي عامّة عدة إشكاليات، فالقانون الجزائري التقليدي ومبدأ الشرعية يفرضان أن تصاغ النصوص التجريرية في نصوص واضحة وأن تكون صادرة عن السلطة التشريعية، وهو ما لا يتوفّر بصفة واضحة في مجال المنافسة، حيث يتم إصدار عدد كبير من المراسيم التنفيذية المفصلة للقوانين المنظمة للنشاط التجاري ومنها قانون المنافسة، الأمر الذي يصعب معه حصر وتحديد الركن المادي للجريمة من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ الانحراف قليلاً عن مبدأ الشرعية أصبح يثير مشكلة حول مدى قدرة الأشخاص على العلم بالقانون. هذا العلم الذي لا بدّ منه لقيام المسؤولية، لكن وجوب إثبات الخطأ الجزائي لدى من يقوم بالنشاط الصناعي والاقتصادي يشكل عائقاً يحول دون ملاحقته في كلّ مرة يصعب معها إقامة الدليل على ارتكابه هذا الخطأ، ويزداد الوضع تعقيداً في حالة قيام أشخاص معنوية بمثل هذا النشاط إذ يكاد توزيع العمل ضمنها يؤدي إلى ضياع المسؤوليات⁽²⁾.

إن القاضي الجزائري مقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وبمبدأ التفسير الحرفي الضيق للتشريع الجزائي، بينما الممارسات المقيدة للمنافسة ورد منعها في نصوص عامة وعبارات مرنة، وذلك من أجل أن تستوعب كامل الفرضيات والاحتمالات التي يمكن أن تبرز من خلالها هذه الممارسات. فالظواهر الاقتصادية سريعة الحركة

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 263.

² - بوقرين عبد الحليم، « تأثير التحول الاقتصادي على التجريم في مجال المنافسة »، الملتقى الوطني حول: « أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية »، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011، ص 266.

والتغير، بينما قانون العقوبات ينشد الثبات والأمن القانوني ولا يمكن أن يتناسب مع الحركية اللازمة للظواهر الاقتصادية، إلا إذا كان ذلك على حساب الصرامة والدقة التي يتسم بها⁽¹⁾.

فخول لهذه الهيئات الإدارية المستقلة (مجلس المنافسة) سلطة توقيع العقوبات. فالقمع الذي كان يمارسه القاضي الجزائي أظهر محدوديته، وذلك لطول المنازعة القضائية الجزائية ولعدم وجود الخطأ الجزائي للشخص المعنوي.

فالسطات القمعية لهذه الهيئات تعبر عن إبعاد القاضي عن بعض المجالات، بل « إن الاستعانة بالهيئات الإدارية المستقلة يترجم نوع من الاحتراس والشك تجاه القاضي »⁽²⁾.

لذلك كانت الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمنافسة الموضوعية منها والإجرائية قد صيغت بكيفية يجعلها تأخذ بعين الاعتبار التعقد المتزايد لتنظيم الأسواق، وتركيبية المؤسسات المعقدة وتنوع الممارسات المقيّدة للمنافسة وصعوبة تتبعها، كما تأخذ هذه الأحكام بعين الاعتبار ضغوطات المنافسة التي يفرضها انفتاح الاقتصاد على المبادلات الدولية، ولهذا كان تحديث القواعد التي تحكم المنافسة وتكييفها مع القواعد المطبقة عالمياً⁽³⁾.

لا تتلاءم العقوبة الجزائية كالحبس مع هذه القطاعات، فقمع المخالفات المرتكبة في هذه القطاعات بالعقوبات الجزائية أظهرت عدم فعاليتها في ردع مثل تلك التصرفات⁽⁴⁾. إذ إن العقوبة الجزائية لاسيما السالبة للحرية منها عائق كبير وإشكالية دائمة الطرح على طاولة المفاوضات بين المستثمرين من جهة والدولة من جهة أخرى، فالأعوان الاقتصاديين يبحثون عن فضاء لممارسة أنشطتهم التجارية ومتابعة استثماراتهم، دون خوف من وجود ملاحقات قضائية قد تعيق مشاريعهم عند ارتكابهم لبعض المخالفات المتعلقة بالنشاط التنافسي، في حين تبحث الدول عن حماية اقتصادها الوطني وضمان منافسة في إطار الشفافية والنزاهة وهو ما يدفعها إلى سنّ نصوص تجرّيمية عقابية في هذا المجال، ولأنّ الاقتصاد الحرّ والسوق المفتوحة تجعل هؤلاء الأعوان في مركز يسمح لهم بالتأثير على سياسات الدول الاقتصادية، فقد عمدت الكثير من هذه الدول إلى استبدال العقوبة الجزائية بالغرامة الإدارية كما هو الحال في مجال المنافسة في الجزائر⁽⁵⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 263.

² - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 15.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 263.

⁴ - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 19.

⁵ - بوقرين عبد الحليم، « تأثير التحول الاقتصادي على التجريم في مجال المنافسة »، المرجع السابق، ص 266.

إنّ ظهور القمع بواسطة الهيئات الإدارية المستقلة⁽¹⁾ كانت نتيجة لظاهرة التضخم التشريعي في مجال التجريم الجزائي، وكذا كثرة عدد القضايا الجزائية، ممّا أدى إلى عدم تمتع المتهم بالضمانات القانونية التي يكلفها القانون الجزائي والقضاء الجزائي بالإضافة إلى فقدان الأثر الرادع للعقوبة بسبب التأخير في الفصل في الدعاوى. يضاف إلى ذلك أنّ تدخل العدالة الجزائية له آثار جانبية بالنسبة للمتهم، ويتمثل ذلك في الوصمة الإجرامية بسبب حكم الإدانة الذي يسجل في صحيفة السوابق العدلية. يظهر إذن أن ضبط المجالات الاقتصادية غرضه هو إيجاد حلول غير مألوفة في القانون التقليدي بالاعتماد على السلطة القمعية، إذ لا يمكن الفصل بين السلطة القمعية والضبط الاقتصادي⁽²⁾.

ثانيا: إزالة التنظيم

تصنف الجريمة في مجال المنافسة على أنّها جريمة اقتصادية ويقصد بهذه الأخيرة « كل عمل أو امتناع يقع بمخالفة القواعد المقررة لتنظيم أو حماية السياسة الاقتصادية للدولة ... »، وترسم الدولة سياستها الاقتصادية بقوانين أو مراسيم أو قرارات، كالتشريعات المتعلقة بالتخطيط والتمويل والتصنيع والتأمين والتجارة والبيئة وغيرها، وتختلف هذه السياسة باختلاف النظام الاقتصادي الذي تتبعه، بين نظام عام اقتصادي حمائي ونظام عام اقتصادي توجيهي، وفي كلتا الحالتين، فإنّ ذلك سيكون له تأثير على نظرتها للقانون الجزائي للمنافسة بصفة خاصة⁽³⁾.

إنّ الانفتاح الاقتصادي للدولة وإن كان لا يتطلب من الدولة تدخلا مباشرا لفرض قواعد اقتصادية معينة، فإنّه يستوجب منها التدخل لحماية الحرية الاقتصادية ذاتها، بما يستوجب إصدار قواعد لحماية قواعد المنافسة داخل السوق، وهنا يكمن الفرق بين النظامين الاقتصاديين حيث يتجسّد في طبيعة الأفعال المجرمة وفي شدة التجريم، مع ذلك فإنّ كثرة تدخلات الدولة خاصة في جانبها الجزائي ومن أجل تنظيم مجال المنافسة قد أثر سلبا على النشاط التجاري، وخلق الكثير من الإشكاليات والعوائق في مجال التجريم والعقاب نظرا عدم استقرار هذا النوع من التجريم على قواعد القانون الجزائي التقليدي⁽⁴⁾.

¹ - في الجزائر تتمثل هذه الهيئات في: المجلس الأعلى للإعلام في مجال الإعلام، مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية في المجال المصرفي، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في مجال بورصة القيم المنقولة، لجنة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية في مجال البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، لجنة ضبط الكهرباء والغاز في مجال الكهرباء ونقل الغاز عن طريق القنوات ...

² - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 20.

³ - بوقرين عبد الحليم، « تأثير التحول الاقتصادي على التجريم في مجال المنافسة »، المرجع السابق، ص 266.

⁴ - بوقرين عبد الحليم، « تأثير التحول الاقتصادي على التجريم في مجال المنافسة »، المرجع السابق، ص ص.

إن إزالة التنظيم وإن لم يصاحبه إنقاص كمي، فإن أهدافه قد تغيرت بعد أن أصبح غير مرافق للتدخل الاقتصادي، حيث كانت الدولة تمتلك الإشراف المباشر والفعلي على مجريات الحياة الاقتصادية⁽¹⁾.

أدى تدخل الدولة إلى تراكم القواعد القانونية التي تتسم بالطابع الاستبدادي والانفرادي، وكشفت أساليب التسيير التقليدية فشلها، فشرعت الدولة في الانسحاب التدريجي من الحقل الاقتصادي، وبالتالي ظهرت الدولة بصورة جديدة لتتحول من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة⁽²⁾، فتم إنشاء تلك الهيئات (الإدارية المستقلة مثل مجلس المنافسة) لتحمل على عاتقها الوظائف الجديدة التي تسند للدولة في مجال ضبط وتنظيم النشاطات الاقتصادية والمالية⁽³⁾. لذا كان إنشاء مجلس المنافسة وسيلة لمواجهة متطلبات المرحلة الجديدة التي تتصف بالحرية الاقتصادية وما يمكن أن تفضي إليه من تعسف وإساءة إلى النظام العام الاقتصادي.

بعد تطرقنا لمسألة نقل متابعة التعسف من القاضي الجزائي إلى مجلس المنافسة الجزائري، فإننا نتساءل عن ما مدى ملائمة هذا الأخير لمتابعة التعسف في وضعية الهيمنة في السوق ؟

الفرع الثالث: مدى ملائمة مجلس المنافسة الجزائري لمتابعة التعسف في وضعية الهيمنة

لم يكتفِ المشرع الجزائري بسنّ القواعد القانونية الموضوعية الخاصة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة حتى تتم حماية المنافسة الحرة في السوق من هذه الممارسة المقيّدة لها، بل قام بإحداث هيئة تسهر على تحقيق هذه الحماية، وذلك من خلال تطبيق هذه القواعد والمتمثلة في مجلس المنافسة. حيث نصّت المادة 1/23 من الأمر رقم 03-03 بعد تعديلها بموجب المادة 09 من الأمر رقم 12-08 على ما يلي:

« تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة »⁽⁴⁾.

ولكي يقوم مجلس المنافسة بهذه المهمة، منح له المشرع صراحة مركزا متميزا كسلطة إدارية مستقلة، إذ أنّه ما الغاية من وضع قواعد قانونية موضوعية تهدف إلى حظر التعسف المعني، إذ لم يكن هناك هيئة مستقلة وحيادية بما فيه الكفاية حتى يتم فعلا قمع ومتابعة بكل صرامة وموضوعية كل تعسف في وضعية الهيمنة ؟

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 264.

² - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 20.
³ - Rachid ZOUAIMIA, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique », Revue IDARA, n° 28, 2004, p. 123.

⁴ - وتم تحديد الهدف من إنشاء مجلس المنافسة صراحة من خلال نص المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب المادة 18 من القانون رقم 12-08 والذي يفهم منه أنه يتمتع مجلس المنافسة سلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من وزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر، بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق بأية وسيلة ملائمة أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية.

هذا ما تمّ تأكيده في الاجتماع الثالث عشر (13) للشبكة الدولية لسلطات المنافسة (Réseau international des autorités de la concurrence) المنعقد بمراكش - المغرب، في أبريل 2014، والذي شارك فيه للمرة الأولى ثلاثة ممثلين عن مجلس المنافسة الجزائري. تم التطرق في جدول أعمال هذا الاجتماع لاستقلالية سلطات المنافسة والذي تم التوصل من خلاله إلى أنّ استقلالية سلطات المنافسة تشكل عنصرا أساسيا من أجل التطبيق الفعلي لقواعد المنافسة. وأنّ استقلالية هذه الهيئات يجب أن تُكرس بنصوص قانونية حتى يسمح لها اتخاذ القرارات بعيدا عن كل الضغوطات، مهما كان مصدرها (موظفين، منتخبين، ...). يصبّ الطابع القانوني لهذه الهيئة، باعتبارها سلطة إدارية مستقلة، في الاتجاه الذي يضمن هذه الاستقلالية. كما أنّ ضمانات استقلالية هذه السلطات مرتبطة ارتباطا وثيقا بالقانون الأساسي لأعضائها وإطاراتها (نظام الأجور والمسار المهني، كيفيات تعيين الأعضاء، ...)⁽¹⁾، لذا فإننا نحاول معرفة مدى ملائمة مجلس المنافسة الجزائري لمتابعة التعسف المعني، وذلك من خلال معرفة مدى استقلاليته وحياده.

أولا: مسألة استقلالية مجلس المنافسة

يقصد باستقلالية مجلس المنافسة من الناحية القانونية، عدم خضوعه للسلطة الرئاسية وللوصاية الإدارية، واعترف المشرع الجزائري صراحة باستقلالية هذا المجلس⁽²⁾. لكن لا يكفي أن نطلق على هيئة إدارية صفة الاستقلالية لكي تكون فعلا مستقلة، بل يجب أن تتوفر على مجموعة من المعايير لإظهار هذه الاستقلالية⁽³⁾. إذ تكمن أصالة النظام القانوني لسلطات الضبط بصفة عامة ومجلس المنافسة بصفة خاصة في استقلالها عضويا ووظيفيا عن السلطة التنفيذية قصد التوافق مع غاية تواجدها، حيث تتمثل المزايا المنتظرة من نموذج الضبط المستقل في وضع عملية الضبط في منأى عن تدخل الدائرة السياسية والإدارية⁽⁴⁾. فالاستقلالية من شأنها حماية مجلس المنافسة من تأثير المصالح الخارجية. كما من شأنها تحسين الشفافية والخبرة⁽⁵⁾.

¹ - ولمزيد من التفاصيل عن مشاركة مجلس المنافسة الجزائري في أشغال الدورة الثالثة عشر (13) للشبكة الدولية لسلطات المنافسة (مراكش - أبريل 2014)، أنظر النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 03، ص ص. 18 - 20؛ www.conseil-concurrence.dz/

² - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 65.

³ - جلال مسعد /محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 239.

⁴ - عرّفت المادة 03 من القانون رقم 08-12، المعدلة والمتممة للمادة 03 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، الضبط كما يلي:

« ه - الضبط: 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 طبقا لأحكام هذا الأمر ».

⁵ - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 61.

إذ أنّ استقلالية مجلس المنافسة كباقي السلطات الإدارية المستقلة يمكن استخلاصها بصفة أساسية بناءً على عدة معايير والتي يمكن تصنيفها في مجموعتين:

- من جهة عناصر التقييم المرتبطة بمظاهر العضوية للجهاز.
- ومن جهة أخرى عناصر التحليل المرتبطة بوظيفة المجلس⁽¹⁾.

1 - مدى استقلالية المجلس على مستوى الإطار العضوي

يمكن استخلاص الاستقلالية التي يتمتع بها مجلس المنافسة وهذا من الناحية العضوية بالنظر إلى عناصر مختلفة لاسيما التركيبية البشرية، طريقة تعيين أعضائه والمدة التي منحت لهم لأداء مهامهم.

أ - التركيبية البشرية لمجلس المنافسة

جاءت المادة 10 من القانون رقم 08-12 المعدلة لنص المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بتعديل في عدد أعضاء مجلس المنافسة ومدته إلى اثني عشر (12) عضوا بدلا من تسعة (09) أعضاء المكونين لمجلس في ظل الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه.

ويتم تعيين الأعضاء من الفئات التالية:

- ستة (06) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل على شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة وخبرة مهنية لمدة ثماني (08) سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي والتي لها مؤهلات في مجالات المنافسة والتوزيع والاستهلاك، وفي مجال الملكية الفكرية.

- أربعة (04) أعضاء يختارون ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية ولهم خبرة مهنية مدة خمس (05) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والخدمات والمهن الحرة.

- عضوان (02) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلك⁽²⁾.

تعد التركيبية البشرية لمجلس المنافسة معيارا حاسما في معرفة درجة الاستقلال العضوي لهذه الهيئة. فإذا كان مبدأ الجماعية (collégialité) يحكم النظام القانوني لهذه السلطة ومن شأنه أن يخدم استقلاليته من خلال تركيبة جماعية تضمن حلولاً وقرارات توافقية، فإنه لا يمكن في المقابل الاكتفاء بهذا المبدأ، بل ضرورة إعطائه محتوى فعلي، وذلك بإيجاد صيغة تركيبية متوازنة تضمن تمثيل مختلف الجهات المعنية⁽³⁾.

وبهذا نجد أن مجلس المنافسة منذ 2008، يتمتع بحد أقصى من عدد الأعضاء الذي وصل (12) عضوا، ويمكن إرجاع هذا الأمر أساسا إلى طبيعة ومحتوى صلاحياته، إذ تعد هذه الهيئة سلطة الضبط الأفقية

¹ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 39.

² - راجع المادة 10 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 62.

العليا على المستوى الوطني، وذلك بالنظر إلى مدى صلاحياته والتي تشمل كل القطاعات بما فيها تلك التي عرفت إنشاء سلطات ضبط قطاعية⁽¹⁾.

في ظل الأمر 2003، يضم مجلس المنافسة الجزائري 09 أعضاء يتبعون فئتين. تتكون الفئة الأولى من عضوان (02) يعملان أو عملا في مجلس الدولة، أو في المحكمة العليا أو في مجلس المحاسبة بصفة قاض أو مستشار. أما الفئة الثانية، فإنها تتشكل من سبعة (07) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات المعروفة بكفاءتها القانونية أو الاقتصادية أو في مجال المنافسة والتوزيع والاستهلاك من بينهم عضو يختار بناءً على اقتراح الوزير المكلف بالداخلية⁽²⁾. نلاحظ تراجع المشرع بالنسبة لتركيبية المجلس في ظل الأمر 1995. فبالفعل، ينص هذا الأخير على أن يتكون مجلس المنافسة من 12 عضوا من الأصناف التالية:

- خمسة (5) أعضاء عملوا/أو يعملون في المحكمة العليا أو في جهات قضائية أخرى أو في مجلس المحاسبة بصفة قاض أو عضو.

- ثلاثة (3) أعضاء يختارون من بين الشخصيات المعروفة بكفاءتها في الميدان الاقتصادي أو في ميدان المنافسة أو الاستهلاك.

- أربعة (4) أعضاء يختارون من بين المهنيين الذين اشتغلوا أو يشتغلون في قطاعات الإنتاج أو التوزيع أو في النشاطات الحرفية أو الخدمات أو المهن الحرة⁽³⁾.

فبالنتالي، فإن الأمر 2003 يستبعد تمثيل المهنيين. مع أنه من بين مميزات السلطات الإدارية المستقلة هي دعوة المهنيين إلى جانب القضاة والخبراء⁽⁴⁾. ومن جهة أخرى، نلاحظ عدم تحديد المعايير الخاصة بتعيين أعضاء المجلس.

لا يجب أن توجي أحكام الأمر 2003 بهذا المعنى إلى عدم وجود ما يجبر السلطة التي لها صلاحية التعيين على اختيار أشخاص مختصين فعلا. تعطي عمومية المصطلحات المستعملة في نص الأمر سلطة تقديرية واسعة للجهاز المختص بالتعيين، تاركة المجال حرا في اختيار الأعضاء على أساس معايير غير تلك التي ترتبط بالكفاءة، وهذا ما يؤدي إلى إمكانية استجابة التعيين في مثل هذه المناصب لمعايير ذاتية لا تضمن لا استقلالية ولا فعالية الجهاز المعني⁽⁵⁾.

ومع ذلك، يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 10 من القانون رقم 08-12 المعدل لنص المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة قد قام بتغطية الفراغات التي تمت ملاحظتها في هذا الأمر مقارنة بتشكيلة مجلس المنافسة في 1995، وذلك بإدخال في تركيبية المجلس تمثيل المهنيين من

¹ - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 64.

² - أنظر المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المادة 29/2 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 فيفري 1995، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 40.

⁵ - Ibid.

جهة. ومن جهة أخرى، عندما ذكر صراحة الشهادات الجامعية التي يتم بها تبرير الأشخاص الذين تم اختيارهم⁽¹⁾.

كما أنه غلب على مجلس المنافسة الجزائري الطابع القضائي في النص الأول لسنة 1995 إذ يتألف من (5) قضاة من أصل (12) عضوا وهي تركيبة قلصت في تعديل 2003 إلى قاضيين (2) من أصل (9) أعضاء، خاصة مع توضيح المشرع لطبيعة التكليف القانوني الحقيقي لهذه الهيئة والتأكيد على أنها هيئة إدارية وليست قضائية. وهو ما أكدته تعديل 2008، أين لم يُمثّل القضاة في التركيبة الجديدة للمجلس⁽²⁾، مع الإشارة إلى أنّ في هذا التعديل تم إضافة عضوين إلى هذه التركيبة يمثلان جمعيات حماية المستهلكين، وهذا في ظل نظام اقتصادي ليبرالي أين تلعب هذه الجمعيات دورا هاما في الحفاظ على النظام العام الاقتصادي وحماية المستهلك⁽³⁾.

بالرغم ممّا سبق ذكره، فإنّه جاء في إحدى التعليقات التي أرسلها خبراء سلطات المنافسة لإيطاليا وسويسرا والمغرب ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (كنوساد)، إلى مجلس المنافسة الجزائري والمتعلّقة بالأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة ما يلي:

« إنّ التعديلات التي تم إدخالها على الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 في سنة 2008 أقصت من هيئة 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) »⁽⁴⁾.

فبالنسبة للقانون التجاري الفرنسي، نصت المادة L.461-1 من التقنين التجاري الفرنسي صراحة أنّ سلطة المنافسة الفرنسية هي سلطة إدارية مستقلة. وأنّ الصلاحيات الممنوحة لسلطة المنافسة يتم ممارستها عن طريق تشكيلة جماعية متكونة من (17) عضوا، بما فيهم الرئيس.

وتتكون تشكيلة سلطة المنافسة الفرنسية إلى جانب الرئيس من:

- ستة (06) أعضاء أو الأعضاء القدماء لمجلس الدولة أو المحكمة العليا أو مجلس المحاسبة أو جهات إدارية أو قضائية أخرى.

- خمسة (05) شخصيات تُختار بسبب كفاءتها في الميدان الاقتصادي أو في ميدان المنافسة والاستهلاك.

¹ - Ibid., p. 41.

² - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 67.

³ - المرجع نفسه، ص 69.

⁴ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص ص. 14 - 15.

- خمسة (05) شخصيات اشتغلوا أو يشتغلون في قطاعات الإنتاج أو التوزيع أو الحرفية أو الخدمات أو المهن الحرة.

ويشمل الأعضاء المذكورين في الشطر الأول، من جهة، والأعضاء المذكورين في الشطر الثاني والثالث، من جهة أخرى، على عدد متساوٍ من النساء والرجال.

وهناك أربع (04) نواب للرئيس يعينون من بين أعضاء التشكيلة بحيث اثنين منهم على الأقل يعينون من الشخصيات المذكورة في الشطر الثاني والثالث⁽¹⁾.

ب - طريقة تعيين أعضاء مجلس المنافسة

إنّ ضمان أصالة النظام القانوني لمجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط مستقلة، لابد أن يمر عضويا بضمان توازن التركيبة البشرية لهذه السلطة. ويمكن للمشرع عادة استعمال آليات مختلفة في ذلك، كتوزيع التركيبة إضافة إلى تنويع جهات التعيين بما يكفل تعدديتها وتوازنها⁽²⁾.

يتمّ تعيين الموظفين العموميين في الإدارة التقليدية في الغالب عبر مرحلتين، مرحلة الاقتراح، اقتراح الموظف من قبل سلطة إدارة عمومية، ثم تأتي مرحلة التعيين بناءً على ذلك الاقتراح⁽³⁾.

غير أن التجربة الجزائرية في مجال تعيين أعضاء مجلس المنافسة تعرف منحنى آخر، وهو ما قد يفرغ النظام القانوني لهذه السلطة من محتواه، سيما مع احتكار رئيس الجمهورية لسلطة تعيين أعضائه، ماعدا العضوين الممثلين لجمعيات حماية المستهلكين الذين يُعيّنان بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح الحركة الجمعوية⁽⁴⁾ (Le mouvement associatif). حيث يُعيّن رئيس مجلس المنافسة وكذا نوابه والأعضاء الآخرون بموجب مرسوم رئاسي وتنتهي مهامهم بالأشكال نفسها. ويتمّ اختيار الرئيس من ضمن أعضاء الفئة الأولى المذكورة آنفاً، في حين يتم اختيار نوابه من ضمن أعضاء الفئة الثانية والثالثة على التوالي والمذكورة أعلاه⁽⁵⁾.

نلاحظ أن كيفية التعيين المتبعة لا تخدم استقلالية الجهاز هذا نظراً لغياب مشاركة الهيئات التمثيلية الوطنية والمتمثلة في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في اختيار أعضاء الجهاز. إنّ تركيز سلطة التعيين بين أيدي رئيس الجمهورية ليس من طبيعة تسمح بأية استقلالية مجلس المنافسة اتجاه السلطة التنفيذية.

¹ - Voir l'article L.461-1 du code de commerce français (Cet article est modifié par l'ordonnance n° 2015-948 du 31 juillet 2015 relative à l'égal accès des femmes et des hommes aux sein des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n° 0177 du 02 août 2015, p. 13236) ; www.legifrance.gouv.fr/

² - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، المرجع السابق.

³ - جلال مسعد /محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المرجع السابق، ص 241.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 42.

⁵ - راجع المادة 11 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

لذلك ومن أجل أن تكون السلطة الإدارية مستقلة فعلا، فإنه هناك داع لاقتراح توزيع سلطة التعيين والتي يستفيد منها إلى جانب رئيس الجمهورية، المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي (CNES)⁽¹⁾. وأخيرا، يجب أن يتم انتخاب رئيس مجلس المنافسة من طرف أعضاء هذا المجلس⁽²⁾. أما في القانون الفرنسي، نصّت المادة L.461-1,II من التقنين التجاري على أنّه يُعيّن الأعضاء السبعة عشر (17) لسلطة المنافسة الفرنسية بمرسوم يُتخذ بناءً على تقرير الوزير المكلف بالاقتصاد.

ج - مدة تعيين أعضاء مجلس المنافسة

إنّ استقلالية مجلس المنافسة اتجاه السلطات التنفيذية مكرسة عن طريق تقنية العهدة (la technique de mandat)، والتي من خلالها لا يمكن تحية الأشخاص المعنيين كأعضاء في مجلس المنافسة الجزائري من مهامهم. وبناء على ذلك، يتم تعيين الأعضاء التسعة (09) للمجلس بمرسوم رئاسي لعهدة قابلة للتجديد لمدة 05 سنوات⁽³⁾.

بينما يظهر القانون المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر 2003 كآته سكت عن هذه المسألة، وذلك لما ينص على أن يعين رئيس المجلس ونائبا الرئيس والأعضاء الآخرون لمجلس المنافسة، بموجب مرسوم رئاسي⁽⁴⁾. وبموجب مثل هذه الأحكام، لم يعد يستفيد أعضاء مجلس المنافسة من العهدة. ومع ذلك، ينص القانون 2008 المذكور آنفا على أن تجديد عهدة أعضاء المجلس كل أربع (04) سنوات في حدود نصف أعضاء كل فئة من الفئات المذكورة في المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب المادة 10 من القانون رقم 08-12⁽⁵⁾. وبذلك، يكرس المشرع الجزائري فكرة العهدة لفائدة أعضاء المجلس ولكن بطريقة غير مباشرة⁽⁶⁾. في حين يعين أعضاء سلطة المنافسة الفرنسية لمدة (05) سنوات (قبل تعديل 2008،

¹ - وعن صلاحيات المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي (CNES)، أنظر المرسوم الرئاسي رقم 93-225 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، المتضمن إنشاء مجلس وطني اقتصادي واجتماعي، ج.ر.ج. عدد 64، الصادر في 10 أكتوبر 1993، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 96-156 المؤرخ في 04 ماي 1996، ج.ر.ج. عدد 28، الصادر في 08 ماي 1996.

² - En ce qui a trait au mode de désignation des membres du conseil de la concurrence algérien, voir, Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 41 - 43.

³ - أنظر المادة 25 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 11 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة والمتممة لأحكام المادة 1/25 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر.

⁵ - حيث نصّت الفقرة الأخيرة من المادة 11 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 السالف الذكر على ما يلي:

« يتم تجديد عهدة أعضاء مجلس المنافسة كل أربع (04) سنوات في حدود نصف أعضاء كل فئة من الفئات المذكورة في المادة 24 أعلاه. »

⁶ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 43.

كانت العهدة أطول وهي 06 سنوات) قابلة للتجديد من غير تحديد، ما عدا عهدة رئيس السلطة التي تكون قابلة للتجديد مرة واحدة⁽¹⁾ تطبيقا لنص المادة L.461-1,III من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾.

د - حقوق وواجبات أعضاء مجلس المنافسة

تسمح دراسة حقوق وواجبات أعضاء مجلس المنافسة استخلاص درجة استقلالية الجهاز سواء اتجاه السلطة التنفيذية أو اتجاه المؤسسات الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة.

وتطبيقا لأحكام المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011، المحدد لتنظيم وسير مجلس المنافسة⁽³⁾، قام المجلس بإعداد النظام الداخلي له والذي تمت المصادقة عليه في اجتماعه المنعقد في 24 جويلية 2013، وبعدها تمّ نشر القرار المحدد لهذا النظام في النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 03⁽⁴⁾. حيث يتناول الفصل الأول من هذا النظام القواعد المتعلقة بالأعضاء والمقرّر العام ومقرري مجلس المنافسة، ويتضمن هذا الفصل قسمين ؛ يتعلق القسم الأول بالحقوق. أمّا القسم الثاني بالواجبات.

د1 - حقوق أعضاء مجلس المنافسة

بالرجوع إلى نصوص المواد 02 و 03 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري المذكور أعلاه، فإنه يتمتع أعضاء مجلس المنافسة بالحقوق التالية:

- يلتزم مجلس المنافسة بحماية أعضائه من التهديدات والسبّ والإهانات والقذف والاعتداءات المختلفة والهجمات التي من شأنهم التعرض إليها أثناء ممارسة وظائفهم، وبالتالي إصلاح الأضرار الناتجة عن ذلك. في هذه الحالة، يحل مجلس المنافسة محل الضحية للحصول على مبلغ التعويض. علاوة على ذلك، يمكن أن يقدم مجلس المنافسة دعوى مباشرة يمكنه أن يمارسها، عند الاقتضاء، من خلال تأسيسه طرفا مدنيا أمام الجهة القضائية الجزائية⁽⁵⁾.

- يتمتع أعضاء مجلس المنافسة بالحماية ضد أي شكل من أشكال الضغط والتدخلات التي من شأنها أن تضر بأداء مهمتهم⁽⁶⁾. ولهم الحقّ في الحصول على الوسائل المادية اللازمة لأداء مهامهم والحقّ في أجر يعوض الأعباء والتبعات الخاصة بمهمتهم⁽¹⁾.

¹ - Jean-Jacques MENEURET, « Autorité de la concurrence », Juris-Classeur concurrence-consommation, Fasc. 60, 3/2010, p. 07.

² - L'article L.461-1,III du code de commerce français dispose :

« Le mandat des membres du collège est renouvelable, sous réserve du septième alinéa du II, à l'exception de celui du président qui n'est renouvelable qu'une seule fois » ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، المرجع السابق ذكره.

⁴ - قرار رقم 01، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - راجع المادة 02 من القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁶ - أنظر المادة 03 من القرار نفسه.

يُفهم من المادة 32 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدلة بموجب المادة 16 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 بأنه يحدّد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرّر العام والمقررين بموجب مرسوم تنفيذي.

وبناءً على نص المادة 32 المذكورة آنفاً، تمّ إصدار المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المحدّد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرّر العام والمقررين⁽²⁾.

ومع ذلك، جاء في إحدى التعليقات التي أرسلها خبراء سلطات المنافسة لإيطاليا وسويسرا والمغرب ومؤتمر الأمم المتّحدة للتجارة والتنمية (كنوساد)، إلى مجلس المنافسة الجزائري بشأن الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة ما يلي:

« يجب تقوية هذا القانون الأساسي (القانون الأساسي لإطارات مجلس المنافسة) من حيث الراتب والمسيرة المهنية لاجتذاب أكبر عدد ممكن من الكفاءات ذات الصلة بمهام المجلس وخاصة القانونيين والاقتصاديين »⁽³⁾.

د2 - واجبات أعضاء مجلس المنافسة

بالاطلاع على نصوص المواد 05 و06 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة⁽⁴⁾، فإنّه يلتزم أعضاء مجلس المنافسة بواجب التحفظ وعدم الكشف عن أية وقائع أو عقود أو معلومات هم على علم بها أثناء قيامهم بأداء مهامهم⁽⁵⁾، وبالتحلي بالمواظبة⁽⁶⁾.

نلاحظ، من خلال الاطلاع على واجبات أعضاء مجلس المنافسة، عدم اهتمام وتأكيّد مجلس المنافسة الجزائري، عند إعداد نظامه الداخلي، على حالات التنافي وحالات التنحي (حالات المنع)⁽⁷⁾، وهذا رغم أهمية هذا الأمر في ضمان وتكريس استقلالية مجلس المنافسة، ممّا يدفع به إلى اتخاذ قرارات بشأن قمع التعسف في

¹ - اطلع على المادة 04 من القرار ذاته.

² - راجع المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المؤرخ في 06 ماي 2012، المحدد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرّر العام والمقررين، ج.ر.ج.ج. عدد 29، الصادر في 13 ماي 2012.

³ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 14.

⁴ - قرار رقم 01، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - راجع المادة 05 من القرار نفسه.

⁶ - اطلع على المادة 06 من القرار ذاته.

⁷ - وهذا خلافاً للمرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996، المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة (الملغى)، الذي نص، على الأقل، في المادة 39 منه على حالات المنع كما يلي:

« لا يمكن لأي عضو في مجلس المنافسة أن يتداول في قضية، يكون فيها طرف يمثله، أو كان ممثلاً له والتي له فيها مصلحة خاصة.

وينطبق هذا المنع كذلك على القضايا التي يتدخل فيها طرف له علاقة قرابة مع هذا العضو حتى الدرجة الرابعة.

وفي كل هذه الحالات يجب على هذا العضو أن ينسحب منها ».

وضعية الهيمنة محل الدراسة بكل موضوعية وبعيدا عن كل أشكال الضغط. كما نرى ذلك عندما نتطرق لمسألة حياد مجلس المنافسة الجزائري⁽¹⁾.

ووفقا لنص المادة 1/45 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، فإنه في حالة إخلال أعضاء مجلس المنافسة بواجباتهم المهنية (كما هو الأمر بالنسبة للأمين العام والمقرر العام والمقررين)، فإنه تطبق عليهم الأحكام التأديبية المنصوص عليها في الأنظمة المعمول بها في الأسلاك المشتركة للإدارة العمومية⁽²⁾. وفي حالة ارتكاب خطأ فادح من طرف عضو من أعضاء المجلس، فإن حالته التأديبية تعرض على هيئة المجلس لاتخاذ القرارات⁽³⁾.

انطلاقا من نص المادة 45 المذكورة أعلاه، أخضع النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة الإجراءات التأديبية التي تطبق على أعضاء مجلس المنافسة للأحكام التأديبية المنصوص عليها في الأسلاك المشتركة للإدارة العمومية، وهذا عكس النظام الداخلي السابق للمجلس والذي خصص فصلا كاملا للإجراءات التأديبية، والذي ينقسم إلى قسمين. يتناول القسم الأول منه الإجراءات التي تطبق على أعضاء مجلس المنافسة، ويتعلق القسم الثاني من هذا الفصل بالإجراءات المطبقة على مستخدمي مجلس المنافسة⁽⁴⁾.

كما يفهم من الفقرة 02 من المادة 45 المذكورة سابقا أنه في حالة ارتكاب خطأ فادح من طرف عضو من أعضاء المجلس، فإن حالته التأديبية تعرض على هيئة المجلس لاتخاذ القرارات، وهذا دون توضيح ما مضمون تلك القرارات؟!⁽⁵⁾

¹ - راجع الصفحات 259 إلى 263 من الأطروحة محل الدراسة.

² - بالرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-04 المؤرخ في 19 جانفي 2008، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات والإدارات العمومية (ج.ر.ج.ج عدد 03، الصادر في 20 جانفي 2008)، وبالاطلاع على نص المادة 1/02 و² من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (ج.ر.ج.ج عدد 46، الصادر في 16 جويلية 2006)، ووفقا لنص المادة .../.../... 1/45 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة المذكور أعلاه، فإنه في حالة إخلال أعضاء مجلس المنافسة بواجباتهم المهنية، تطبق عليهم الأحكام التأديبية المنصوص عليها في الباب السابع من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المذكور أعلاه والمتعلق بالنظام التأديبي المواد 160 إلى 185 منه.

³ - راجع المادة 1/45 من القرار رقم القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المواد 40 إلى 45 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996، المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 48 من القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، الذي جاء كما يلي:

هـ - تبعية مجلس المنافسة

نصّت المادة 1/23 من الأمر رقم 03-03 بعد تعديلها بموجب المادة 09 من القانون رقم 12-08 على

ما يلي:

« تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة ».

يقر، بهذا النص، القانون رقم 12-08 صراحة استقلالية مجلس المنافسة، باعتباره سلطة إدارية مستقلة، كما أنه لم يصبح تابعا من الناحية الإدارية لرئاسة الحكومة التي كانت تمارس رقابتها عليه⁽¹⁾. بل أصبح تابعا للوزير المكلف بالتجارة. فنلاحظ هنا عدم تمتع مجلس المنافسة بحجم الاستقلال الإداري الذي كان يتمتع به في ظل الأمر رقم 95-06، حيث أنه لم يتم إلحاقه بأية جهة⁽²⁾.

إذا كانت استقلالية الأشكال الجديدة للضبط (سلطات الضبط المستقلة) تستبعد أي شكل من أشكال الوصاية أو الرقابة السلمية على الجهاز، فإنّ المشرّع الجزائري يبتكر من خلال إنشاء ووضع بعض منها لدى السلطة الإدارية المركزية⁽³⁾.

إذا لم يتم إخضاع مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط لا لسلطة وصائية، ولا لسلطة سلمية، فإنّ مفهوم الإلحاق (la notion de rattachement) يُعبّر على علاقة تبعية واسعة النطاق والتي تسمح للإدارة المركزية (الوزير المكلف بالتجارة) بمراقبة وتوجيه قراراته خارج القواعد والإجراءات المعتادة للوصاية وللرقابة السلمية، وهذا ما يُعبّر عنه بتقنية "الوصاية الخفية"، وذلك من خلال وضع مجلس المنافسة لدى الوزير المكلف بالتجارة⁽⁴⁾.

« يمكن لرئيس مجلس المنافسة، إذا لزم الأمر، إصدار مذكرات تفسيرية بعد استشارة هيئة المجلس لتوضيح هذا النظام الداخلي

».

وبالتالي، يمكن لرئيس مجلس المنافسة أن يوضح مضمون هذه القرارات بإصداره مذكرة تفسيرية بعد استشارة هيئة المجلس.

¹ - حيث نصت المادة 1/23 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة"، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي

».

² - نصت المادة 16 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 فيفري 1995، المتعلق بالمنافسة (الملغى) على ما يلي:

« ينشأ مجلس المنافسة يكلف بترقية المنافسة وحمايتها.

يتمتع مجلس المنافسة بالاستقلال الإداري والمالي.

يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر ».

³ - Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, Éditions Belkeise, Alger, 2013, pp. 176 – 177.

⁴ - Ibid., pp. 176 – 178.

ومع ذلك، أكد السيد "عمارة زيتوني" رئيس مجلس المنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة الأولى التي عرفتھا الجزائر بأن المجلس - ومن حيث الوصاية تابعا معنويا لقطاع التجارة بينما يبقى مستقلا استقلالاً تاماً⁽¹⁾. وقد أكد على ذلك وزير التجارة الجزائري آنذاك السيد "مصطفى بن بادة" في كلمة له بمناسبة تنصيب مجلس المنافسة الجزائري بتاريخ 29 جانفي 2013 بأن قطاع التجارة المكلف بتعريف وتنفيذ سياسة المنافسة، سيكون إلى جانب أعضاء مجلس المنافسة بمساهمته ومساندته في كل المجالات التي يرونها مناسبة عبر مصالحه وموارده البشرية ذات الكفاءة في هذا المجال لمرافقتهم خلال كل مراحل الانطلاق الفعلي لنشاطاتهم. ويسعى أيضا إلى التعاون من خلال إتباع منهجية يستوجب عليهما (قطاع التجارة ومجلس المنافسة) تحديدها لتكون تدخلاتهم متكاملة وذات فعالية ومنفعة متبادلة⁽²⁾.

2 - مدى استقلالية المجلس على مستوى الإطار الوظيفي

على المستوى الوظيفي، يمكن معرفة درجة استقلالية مجلس المنافسة انطلاقا من ثلاثة عناصر أساسية. وعليه، سنتطرق أولا إلى تحليل الوسائل القانونية الممنوحة لمجلس المنافسة، كما سنتطرق بعد ذلك إلى الجوانب المتعلقة بالوسائل المالية لهذه السلطة، ومدى توفرها على موارد خارج الميزانية العامة للدولة تضمن لها استقلاليتها المالية.

وأخيرا، فإذا كان النظام القانوني لمجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة، يفرض غياب أية رقابة وصائية أو سلمية كانت من طرف السلطة التنفيذية على هذه السلطة، إلا أن المشرع لم يفصل بصفة نهائية بشأن هذه المسألة، إذ أن هذه العلاقة لازالت تطبع بنوع من الرقابة خاصة على القرارات التنظيمية لمجلس المنافسة⁽³⁾.

أ - الوسائل القانونية

عند التطرق لتحليل الوسائل القانونية الممنوحة لمجلس المنافسة نتوصل إلى معرفة هل يتمتع المجلس بالشخصية القانونية أم لا ؟ وكذلك يتم تحليل كفاءات إعداد قواعد تنظيم وعمل هذه السلطة ومدى كون هذه الصلاحية من اختصاصها.

أ¹ - الشخصية القانونية

نصت المادة 1/23 من الأمر رقم 03-03 بعد تعديلها بموجب المادة 09 من القانون رقم 08-12 على ما يلي:

¹ - عمارة زيتوني رئيس مجلس المنافسة: « الهيئة تتمتع بالاستقلالية التامة، التوفيق بين النجاعة الاقتصادية وحماية المستهلك

هدفنا »، النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 01، 2013، ص 58؛ www.conseil-concurrence.dz/

² - كلمة وزير التجارة "مصطفى بن بادة"، بمناسبة تنصيب مجلس المنافسة الجزائري بتاريخ 29 جانفي 2013، النشرة الرسمية

للمنافسة - العدد 01، 2013، ص 92؛ www.conseil-concurrence.dz/

³ - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

« تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة ».

يمكن ملاحظة تجرؤ المشرع الجزائري، في بعض الأحيان، على التجديد مقارنة بالقانون الفرنسي، كاعترافه صراحةً بالشخصية القانونية لمجلس المنافسة وهذا منذ 2003⁽¹⁾، عكس الحل الفرنسي الذي يكون فيه الجهاز نفسه غير متمتع بهذه الشخصية، وهذا إلى غاية سنة 2009، كما سنبين ذلك أدناه.

إذ أنه في المهلة الأولى، يمكن مساندة فكرة أن الشخصية المعنوية ليست بشرط لا غنى عنه لاستقلالية مجلس المنافسة، ومثال عن ذلك مجلس المنافسة الفرنسي والذي إن لم يكن متمتعاً بالشخصية القانونية وهذا إلى غاية 2009، فإنه كان آنذاك متمتعاً باستقلالية نادراً ما يعترض عليها. ومع ذلك، إذا كان الاعتراف بالشخصية المعنوية لمصلحة مجلس المنافسة لا يؤدي بالضرورة إلى إحداث آثار قانونية حاسمة ومهمة حول طبيعة المهام التي يمارسها الجهاز، فإنه لمثل هذا الاعتراف مزايا بما يسمح تدعيم الاستقلالية من زاويتين:

- الاستفادة من ذمة مالية خاصة.

- التمتع بأهلية التعاقد.

إضافة إلى ذلك، تمنح الشخصية القانونية للمجلس الأهلية القانونية، وهذا على الصعيد الإجرائي، كما ينتج عنها مسؤولية المجلس بسبب أفعاله. وبناءً على ذلك، فإنه يمكن أن يتم مطالبته أمام القضاء من طرف المؤسسات التي أصابها ضرر بفعل تصرف خاطئ تمت إدانة المجلس به، ويتحمل بذلك ماديًا مسؤولية تصرفاته باعتباره شخصاً معنوياً⁽²⁾.

ونظراً لأهمية الاعتراف بالشخصية القانونية لمجلس المنافسة في تدعيم استقلالية هذا الأخير، تفتن المشرع الفرنسي لذلك، مما دفع به إلى إجراء تعديل في نص المادة R.461-1 من القانون التجاري الفرنسي، وهذا بموجب نص المادة 01 من المرسوم رقم 2009-141 المؤرخ في 10 فيفري 2009⁽³⁾، وذلك بإضافة في بداية مضمون المادة R.461-1 المذكورة أعلاه الفقرتين التاليتين:

« يمثل رئيس سلطة المنافسة هذه الأخيرة أمام القضاء، وفي كل التصرفات المتعلقة بالحياة المدنية.

وفي هذا الإطار، يوقع على العقود والوثائق باسم السلطة ».

¹ - حيث نصت المادة 1/23 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي

«.

² - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 46 – 47.

³ - Décret n° 2009-141 du 10 février 2009, relatif à la représentation de l'Autorité de la concurrence par son président, JORF n° 0035 du 11 février 2009, p. 2428 ; www.legifrance.gouv.fr/

« إن لرئيس سلطة المنافسة الصفة في رفع الدعوى وفي الدفاع وتقديم الملاحظات أمام كل الهيئات القضائية باسم هذه السلطة »⁽¹⁾.

بذلك وكما توصل الأستاذ « Aurélien CONDOMINES » إلى أنه تتمتع سلطة المنافسة الفرنسية، بالفعل، بالشخصية القانونية الخاصة بها ويجوز لها التقاضي « *L'Autorité dispose en effet d'une personnalité juridique propre et peut ester en justice* »⁽²⁾.

2 - أهلية وضع قواعد التنظيم والعمل (سلطة إعداد النظام الداخلي)

يفهم من نص المادة 34 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة أنه يتم تحديد قواعد سير المجلس وحقوق وواجبات أعضائه وكذلك قواعد التتافي في النظام الداخلي الذي يتم اقتراحه من طرف رئيس مجلس المنافسة وبعدها يتم المصادقة عليه من طرف المجلس، وهذا قبل تسليمه لرئيس الجمهورية لنشره عن طريق مرسوم رئاسي⁽³⁾. في حين ينص الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في المادة 31 منه المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 08-12 على ما يلي:

« يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره بموجب مرسوم تنفيذي ».

تضيف المادة 32 الموالية المعدلة بموجب المادة 16 من القانون رقم 08-12 أنه يُحدّد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرّر العام والمقرّرين بموجب مرسوم تنفيذي⁽⁴⁾. إن مثل هذه الأحكام من شأنها إخضاع مجلس المنافسة للسلطة التنفيذية. وبناء على ذلك، صدر المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره والذي نص في المادة 15 منه على ما يلي:

« يعد المجلس نظامه الداخلي ويصادق عليه ويرسله إلى الوزير المكلف بالتجارة »⁽⁵⁾.

ويضيف النص ذاته ما يلي:

¹ - L'article 01 du décret n° 2009-141 du 10 février 2009, précité, dispose :

« L'article R.461-1 du code de commerce est ainsi modifié :

1° - Il est inséré, au début de l'article, les deux alinéas suivants :

« Le président de l'Autorité de la concurrence la représente en justice et dans tous les actes de la vie civile.

Dans ce cadre, il signe les actes et pièces au nom de l'Autorité.

« Le président de l'Autorité de la concurrence a qualité pour agir en demande et en défense et présenter des observations devant toute juridiction au nom de cette Autorité ».

2° - Le dernier alinéa est supprimé ».

² - Sur la personnalité juridique de l'Autorité de la concurrence française, voir, Aurélien CONDOMINES, Le nouveau droit français de la concurrence, op. cit., p. 251 ; Voir aussi, Aurélien CONDOMINES, Guide pratique du droit français de la concurrence, Gualino-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 265.

³ - راجع نص المادة 34 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - بناءً على نص المادة 32 المذكورة أعلاه، تم صدور المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المؤرخ في 06 ماي 2012، المحدد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرّر العام والمقرّرين، المرجع السابق ذكره.

⁵ - مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، المرجع السابق ذكره.

« ينشر النظام الداخلي في النشرة الرسمية للمنافسة »⁽¹⁾.

وإذا رجعنا إلى أحكام الأمر 2003، يرجع اختصاص وضع القواعد المتعلقة بسير الجهاز للسلطة التنظيمية للوزير الأول. في حين يشكل قواعد سير المجلس موضوع النظام الداخلي، إلا إذا فكرنا بأن الوزير الأول يتنازل عن السلطة التنظيمية لمجلس المنافسة⁽²⁾.

بالفعل وتطبيقاً لأحكام المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المذكور أعلاه، قام مجلس المنافسة بإعداد، لنفسه وبنفسه، نظامه الداخلي المصادق عليه من طرف المجلس في 24 جويلية 2013 والذي نُشر في النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 03⁽³⁾، مما يدعم استقلاليته⁽⁴⁾.

ب - الوسائل المالية وطرق التمويل

مبدئياً، اعترف المشرع الجزائري بالاستقلال المالي لمجلس المنافسة من خلال المادة 1/23 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب المادة 09 من القانون رقم 08-12 الآتي نصها:

« تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة ».

كما أقر له الحق في ميزانية شاملة (budget global) تتماشى وحاجياته إضافة إلى ذلك، فإن رئيس مجلس المنافسة هو الأمر الرئيسي بالصرف. وتسجل ميزانية المجلس ضمن أبواب ميزانية وزارة التجارة. كما تخضع ميزانية مجلس المنافسة للقواعد العامة للتسيير والمراقبة المطبقة على ميزانية الدولة، وهذا تطبيقاً للمادة 33 من

¹ - راجع المرسوم التنفيذي رقم 11-242 المؤرخ في 10 جويلية 2011، المتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة والمحدد لمضمونها وكذا كفاءات إعدادها، المرجع السابق ذكره.

² - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p.p 47 – 48.

³ - أنظر القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - ونلاحظ في مقدمة نص القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، أن رئيس مجلس المنافسة هو الذي قرر النظام الداخلي للمجلس، أي أن القرار رقم 01 المذكور أعلاه صادر عن رئيس مجلس المنافسة، مع أن المادة 1/15 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، نصت على أنه يعد المجلس نظامه الداخلي ويصادق عليه ويرسله إلى الوزير المكلف بالتجارة. فمن الصواب، أن يكون القرار المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة صادراً عن مجلس المنافسة بتشكيلته الكاملة وليس صادراً عن رئيسه. إذ بالرجوع إلى القانون الفرنسي، بالضبط إلى المادة 8-461 R من التقنين التجاري الفرنسي، والتي يفهم منها أن سلطة المنافسة الفرنسية هي التي تقوم بإعداد نظامها الداخلي، وبناء على هذا النص، جاء القرار المؤرخ في 30 مارس 2009 المتضمن المصادقة على النظام الداخلي لسلطة المنافسة والذي تضمن في مقدمته العبارة التالية: "إن سلطة المنافسة (التشكيلة الكاملة)، تقرر:

المادة الأولى: يحرر النظام الداخلي لسلطة المنافسة كما يلي:

« النظام الداخلي لسلطة المنافسة ».

الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب المادة 17 من القانون رقم 08-12 والمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسييره⁽¹⁾.

نتوصل في الأخير إلى أن مجلس المنافسة يبقى في حالة تبعية مالية واسعة اتجاه السلطة التنفيذية لكون وسائله المالية آتية بصفة حصرية من ميزانية الدولة وليس من ميزانيته الذاتية، فوزارة التجارة هي التي تحدد ميزانية مجلس المنافسة⁽²⁾.

وجاء في إحدى تعليقات التي أرسلها خبراء سلطات المنافسة لإيطاليا وسويسرا والمغرب ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (كنوساد)، إلى مجلس المنافسة الجزائري والمتعلقة بالأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة ما يلي:

« يجب التنويه، بأن هذا المبدأ (مبدأ الاستقلالية) متعلق أساسا بسلطة اتخاذ القرار. إن الاستقلالية في عملية اتخاذ القرار تبقى متصلة بالاستقلال المالي وباستقلال عمال المجلس.

لكن، في حقيقة الأمر، فإن ميزانية المجلس مسجلة ضمن ميزانية الوزارة المكلفة بالتجارة في الباب رقم 02-37 (الحامل لعنوان "مصاريف متنوعة")، على عكس مضمون المادتين 23 و 33 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة واللذان تمنحان، على التوالي، الاستقلالية المالية للمؤسسة وصفة الأمر بالصرف لرئيسها⁽³⁾.

يفهم من نص المادة 4-L.461 من التقنين التجاري الفرنسي (المعدلة بموجب المادة 108 من القانون رقم 2014-344 المؤرخ في 17 مارس 2014⁽⁴⁾) أنه تسجل الاعتمادات المخصصة لسلطة المنافسة الفرنسية من أجل تشغيلها في البرنامج التابع للوزارة المكلفة بالاقتصاد. إن رئيس السلطة هو الأمر بصرف إيرادات ونفقات السلطة. ويفوض أمر صرف نفقات مصالح التحقيق للمقرر العام⁽⁵⁾.

ج - رقابة السلطة التنفيذية على مجلس المنافسة

مبدئيا، لا تخضع السلطات الإدارية المستقلة لأية رقابة رئاسية أو وصائية من أية جهة، إنما تخضع فقط للنظام الرقابي المالي في الدولة ورقابة القاضي. بعد تحويل صلاحيات الضبط من الإدارة المركزية لصالحها، لم تعد تربطها بالهيئة التنفيذية إلا علاقات الاستشارة والاقتراح بعيدا عن أية علاقة وصائية أو تدخلية. غير أن تحليل وتمحيص النصوص المتعلقة بمجلس المنافسة يوحي بعدم انسحاب الدولة كليا من تأطير مجال المنافسة، ويأخذ تواجدها الرقابي التدخل شكليين هما:

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسييره، المرجع السابق ذكره.

² - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p.p 48 - 49.

³ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 14.

⁴ - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400 ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Aurélien CONDOMINES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 265.

- رقابة السلطة التنفيذية على أعمال مجلس المنافسة.
- رقابة السلطة التنفيذية على قرارات مجلس المنافسة: سلطة التفاوضي على قرارات مجلس المنافسة (التجميعات).

ج1 - رقابة السلطة التنفيذية على أعمال مجلس المنافسة

نتطرق في هذا المجال لتدخل السلطة التنفيذية في مهام مجلس المنافسة، وكذلك التأثير على استقلالية هذا الأخير أثناء إعداد ميزانيته.

ج1-1 - تدخل السلطة التنفيذية في مهام مجلس المنافسة

إضافة لتشكيلة مجلس المنافسة المتكون من 12 عضواً، وذلك بموجب نص المادة 10 من القانون رقم 12-08 المعدل والمتمم لنص المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، نصت المادة 12 من القانون رقم 12-08 المعدل والمتمم لنص المادة 26 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه على تعيين لدى مجلس المنافسة أمين عام ومقرر عام وخمسة (05) مقررين بموجب مرسوم رئاسي، كما تضيف المادة 12 المذكورة أعلاه في فقرتها الأخيرة أنّ الوزير المكلف بالتجارة يعيّن ممثلاً دائماً له وممثلاً مستخلفاً لدى مجلس المنافسة بموجب قرار، ويشارك في أشغال مجلس المنافسة دون أن يكون لهم الحق في التصويت. يقصد من تعيين هؤلاء الأشخاص لدى مجلس المنافسة من طرف السلطة التنفيذية التدخل في اختصاصات هذا المجلس، وهكذا يمكن أن تتأثر استقلاليته سلباً بهذا التدخل. حيث يقوم ممثل وزير التجارة كممثل للسلطة العامة بالدفاع عن مصالح الدولة على مستوى مجلس المنافسة في القضايا المطروحة عليه. هذا، وقد احتفظ قانون المنافسة الجزائري بمكانة ممثل السلطة العامة (الوزير المكلف بالتجارة) في إطار سير إجراءات التحقيق في القضايا التي تعرض على مجلس المنافسة، بحيث يحقّ له الاطلاع على الملفات والحصول على نسخة منها⁽¹⁾، فضلاً عن إبداء الوزير المكلف بالتجارة لملاحظات مكتوبة في إطار سير إجراءات السماع الحضوري مثله مثل باقي الأطراف المعنية⁽²⁾. كما يستخلص من نص المادة 36/4 من القرار رقم 01 الصادر عن مجلس المنافسة المحدد للنظام الداخلي له⁽³⁾، أنّ رئيس الجلسة يقوم مع افتتاحها بإعطاء الكلمة على التوالي للمقرر أو المقررين، المقرر العام، ممثل الوزير المكلف بالتجارة، ثمّ للأطراف المعنية

¹ - حيث نصت المادة 30/2 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، على ما يلي:

« للأطراف المعنية وممثل الوزير المكلف بالتجارة حق الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه ».

وكما نصت الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 28 من القرار رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة، المؤرخ في 24 جويلية

2013، المحدد للنظام الداخلي له، المذكور سالفاً، على ما يلي:

« يمكن لممثل الوزير المكلف بالتجارة الحصول على نسخة من الوثائق أو أجزاء منها ».

² - راجع نص المادة 52 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - قرار رقم 01، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، المرجع السابق ذكره.

بالقضايا في حال إذا كانت حاضرة أو ممثلة⁽¹⁾. علاوة على ما سبق، أورد نصا خاصا فيما يتعلق بإجراءات الرقابة على عمليات التركيز⁽²⁾، وهذا ما يظهر في نص المادة 19/1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل بموجب المادة 07 من القانون رقم 08-12، من أجل تمكين الوزير المكلف بالتجارة من تقديم رأيه المسبق حول عملية التركيز إلى جانب رأي الوزير الذي ينشأ التركيز ضمن قطاعه⁽³⁾.

ولكن بالرغم من ذلك، يبقى تدخل ممثلي السلطة العامة في هذا الإطار ينحصر في المسائل المتعلقة بجلسات الاستماع والمشاركة فيها لاسيما فيما يتعلق بإبداء الملاحظات، دون التدخل في المسائل المتعلقة باتخاذ القرار النهائي، على اعتبار أنهم لا يملكون حق في التصويت إلى جانب عدم حضورهم في المداولات. وهذا ما يستنتج من خلال نص الفقرة 03 من المادة 26 المعدلة والمتمة بموجب المادة 12 من القانون رقم 08-12، الذي جاء كما يلي:

« ... ويشاركان في أشغال مجلس المنافسة، دون أن يكون لهم الحق في التصويت »⁽⁴⁾. كما نصت الفقرة الأولى من المادة 40 من القرار رقم 01 الصادر عن مجلس المنافسة، المحدد للنظام الداخلي له المذكور أعلاه، على أنه تتم المداولة في جلسة مغلقة⁽¹⁾.

¹ - يستخلص من نص المادة 36/4 المذكورة أعلاه، وكذلك من الفقرة 02 من المادة 41 من القرار نفسه الآتي نصها كما يلي: « تتضمن النسخة الأصلية للقرارات والآراء اسم ولقب الأعضاء، اسم ولقب المقرر العام أو المقررين الذين حضروا الجلسة »، أن المقرر العام والمقررين يحضرون الجلسة. وانطلاقا من نص المادة 40 من القرار ذاته، فإن كل من المقررين والمقرر العام ليس لديهم الحق في التصويت مادام أنه تتم المداولات في جلسة مغلقة. وبالتالي، وإن لم تشر المادة 12 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على حضور ومشاركة المقررين والمقرر العام جلسات مجلس المنافسة وهذا دون أن يكون لديهم الحق في التصويت، فإن المواد 36، 40، 41 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة المذكور أعلاه تؤكد ذلك. وأخيرا، نلاحظ أن صياغة المادة 26 من الأمر رقم 03-03 قبل تعديلها بموجب نص المادة 12 من القانون رقم 08-12 هي الأكثر دقة ووضوحا من نص المادة ذاتها بعد تعديلها، فيما يتعلق بحضور المقرر العام والمقررين جلسات المجلس دون أن يكون لهم حق التصويت، حيث كان نص المادة 26 المذكور أعلاه قبل التعديل كما يلي:

« يعين لدى مجلس المنافسة أمين عام ومقررين بموجب مرسوم رئاسي.

يعين الوزير المكلف بالتجارة ممثلا له وممثلا إضافيا لدى مجلس المنافسة بموجب قرار.

ويشارك هؤلاء في أشغال مجلس المنافسة، دون أن يكون لهم الحق في التصويت ».

² - حيث تعتبر رقابة عمليات التركيز كإجراء وقائي من وقوع التعسفات في وضعية الهيمنة، إذ نصت المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، على ما يلي:

« 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 ».

³ - راجع نص المادة 19/1 من الأمر رقم 03-03 المعدل بموجب نص المادة 07 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر نفسه، المرجع السابق ذكره.

⁴ - بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 315.

ج1-2 - التأثير على استقلالية مجلس المنافسة أثناء إعداد ميزانيته

يمكن أن يحدث هذا التأثير أثناء إعداد ميزانية مجلس المنافسة، فعدم منح هذا الأخير الوسائل المادية والمالية لمباشرة أعمال يؤدي إلى شلله وعدم فعاليته⁽²⁾.

ج2 - رقابة السلطة التنفيذية على قرارات مجلس المنافسة: سلطة التفاوض على قرارات مجلس المنافسة (التجميعات)

في إطار أمر 1995، يمكن تسجيل استقلالية في مجال قرارات مجلس المنافسة بخصوص التجميعات الاقتصادية، حيث لا تتدخل الحكومة في قرارات المجلس برفض تجميعات المؤسسات. ولا يمكن للمؤسسات المعنية إلا تقديم طعن أمام القاضي⁽³⁾.

أما الأمر 2003، فقد رخص للحكومة بتجاوز قرارات المجلس في هذا المجال، إذ يمكن أن ترخص الحكومة تلقائياً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو بناءً على طلب أحد الأطراف المعنية بالتجميع الذي كان محل الرفض مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع⁽⁴⁾.

نلاحظ، من خلال الأمرين 1995 و 2003، تراجع موقف المشرع الجزائري، حيث بعدما كانت الحكومة لا تتدخل فيما يتعلق بقرارات مجلس المنافسة برفض تجميع المؤسسات وهذا في ظل الأمر 1995، أصبح مرخصاً للحكومة بأن تتفاوض عن قرارات المجلس في هذا المجال، وترخص بالتجميع الذي كان محل رفض مجلس المنافسة، إذ اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب أحد الأطراف المعنية بالتجميع وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع.

في حين نرى أنّ هذا عكس ما حدث في القانون الفرنسي، فبعدما كان الوزير المكلف بالاقتصاد في فرنسا هو من يملك قرار منح أو رفض ترخيص التجميع ومجلس المنافسة هناك لا يبدي إلا رأياً استشارياً بخصوص المسألة، وبمعنى آخر، يحتفظ الوزير باختصاص هام وهو مراقبة تركيبة السوق، بينما يعهد بمراقبة التصرفات الماسة بالمنافسة إلى مجلس المنافسة. فبموجب قانون عصرنه الاقتصاد (LME) المؤرخ في 04 أوت 2008، أصبحت سلطة المنافسة الفرنسية الجديدة تتمتع بصلاحيات رقابة التجميعات مع احتفاظ وزير الاقتصاد بسلطة إثارة القضية في الشروط المنصوص عليها في المادة L.430-7-1 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁵⁾.

¹ - قرار رقم 01، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، المرجع السابق ذكره.

² - جلال مسعد /محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المرجع السابق، ص 250.

³ - راجع نص المادة 11 من الأمر رقم 95-06 في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 21 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Voir l'article L.430-4,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

يتم إخطار سلطة المنافسة بالتجميع وليس الوزير المكلف بالاقتصاد⁽¹⁾، كما يمكن، في حالة الضرورة الخاصة، طلب ترخيص استثنائي للتجميع من سلطة المنافسة وليس من وزير الاقتصاد، وهذا تطبيقاً لنص المادة L.430-4,2 et 3 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾.

حيث يمكن للأطراف التي قامت بإخطار سلطة المنافسة بالتجميع، أن تطلب من هذه السلطة ترخيص استثنائي يسمح لها بالبدء في التجسيد الفعلي لكل أو جزء من التجميع دون انتظار قرار قبول أو رفض التجميع المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة L.430-4 من التّقنين نفسه ودون أن يؤثر ذلك على اتخاذ ذلك القرار⁽³⁾.

مع أنّه وبالرغم من نقل صلاحية رقابة التجميع من وزير الاقتصاد إلى سلطة المنافسة، فإنّ المادة L.430-7-1 من التّقنين التجاري الفرنسي تستمر في النص على إمكانية وزير الاقتصاد في التدخل. فبالفعل، يمكن لوزير الاقتصاد أن يثير القضية ويفصل في العملية لدوافع المنفعة العامة فيما لا يتعلق بالمحافظة على المنافسة، تطبيقاً لنص الفقرة (II) من المادة ذاتها⁽⁴⁾. يستخلص من صياغة نص المادة المذكورة أن الوزير المكلف بالاقتصاد كما له أن يرخص العملية الممنوعة، له أيضاً أن يمنع العملية المرخص بها ويعارض الحيلة الاقتصادية التي قامت بها سلطة المنافسة.

وبالتالي، فإنّ سلطة الإثارة التي يتمتع بها وزير الاقتصاد لا تنحصر في قرارات سلطة المنافسة المتعلقة بمنع التجميع. ومع ذلك، فإن قرار وزير الاقتصاد ذو طبيعة سياسية، يجب أن يكون مسبباً وذلك في جميع الأحوال⁽⁵⁾.

انطلاقاً ممّا سبق ذكره، يمكن أن تتأثر استقلالية مجلس المنافسة الجزائري من خلال توزيع الاختصاصات بينه وبين السلطات الإدارية التقليدية، وهكذا يمكن ألا تمنح لمجلس المنافسة بعض الاختصاصات في مجال

¹ - Voir l'article L.430-3,1 du même code.

² - Voir l'article L.430-4,2 et 3 du code précité.

³ - هذا عكس المشرع الجزائري الذي لم يضع استثناءً للأثر الموقوف لعملية الإخطار، حيث نصت المادة 20 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« لا يمكن أن يتخذ أصحاب عملية التجميع أي تدبير يجعل التجميع لا رجعة فيه، خلال المدة المحددة لصدور قرار مجلس المنافسة »، إذ إن التزام أطراف العملية بتوقيف تجسيد العملية لا يكون بصفة مطلقة، أي أن الأثر الموقوف لعملية التركيز مفيد بمدة زمنية يتحرر بعدها أطراف العملية من هذا الالتزام، حيث نصت المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه على ما يلي:

« كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعيّة هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة أشهر » ؛ ولمزيد من التفاصيل حول أثار الإخطار بعملية التجميع، أنظر، بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، المرجع السابق، ص ص. 246 – 251.

⁴ - Voir l'article L.430-7-1,II du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Camille MARÉCHAL, « Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », op. cit., p. 20.

مراقبة المنافسة، وتخول هذه الاختصاصات إلى السلطة الإدارية التقليدية كما وضحنا ذلك فيما يتعلق برقابة عمليات التجميع⁽¹⁾، التي قد يكون من شأنها المساس بالمنافسة ولاسيما بتعزيز وضعيّة هيمنة مؤسسة على سوق ما والتي تعتبر ركنا إلزاميا ضروريا لتحقيق التعسّف في وضعيّة الهيمنة باعتباره ممارسة مقيّدة للمنافسة⁽²⁾.

ثانيا: مسألة حياد مجلس المنافسة

يقصد بمبدأ الحياد إمكانية اتخاذ القرار، دون اتخاذ موقف سابق يخص أحد طرفي النزاع، بكل عدالة وموضوعية بعيدا عن أية مصلحة كانت، فقد حاول المشرّع أن يأخذ مسألة المصالح بعين الاعتبار وذلك بتكريس نظام التنافي (incompatibilité) ونظام التّحّي (empêchement) وأوجب على مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة أن يلتزم بتسبب القرارات القمعية⁽³⁾.

1 - التنافي

قصد ضمان الاستقلالية العضوية لمجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط أفقية يشمل جميع القطاعات وذلك اتجاه السلطة السياسية واتجاه القطاعات الخاضعة للضبط، أوجد المشرّع الجزائري مجموعة من الآليات تضمن ذلك، إذ أن منطلق استقلالية هذه السلطة عن السلطة السياسية يقود إلى إدخال نظام صارم لحالات التنافي بين وظيفة العضو في هذه السلطة وبين الوظائف الحكومية، أو البرلمانية، وفي المقابل استبعاد تواجد مصالح له في إطار القطاعات الخاضعة للضبط⁽⁴⁾.

يمكن أن يكون التنافي كليا أو جزئيا، التنافي الكلي أو المطلق هو تنافي وظيفة أعضاء السلطات الإدارية المستقلة لاسيما أعضاء مجلس المنافسة مع أية وظيفة أخرى سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص، وبالتالي يمس التنافي كل النشاطات المهنية الأخرى وإلا سوف يتم خرق مبدأ الحياد⁽⁵⁾.

في ظلّ الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، تحيل المادة 34 منه إلى النّظام الدّخلي لمجلس المنافسة لتحديد حالات التنافي، في حين لا يحدّد هذا الأخير إلّا حالات المنع⁽⁶⁾. إلّا أنّ المادة 34 من النّظام الدّخلي السالف الذّكر أشارت إلى أنّ وظيفة العضو الدائم في مجلس المنافسة هي وظيفة عليا ومن ثم يمكن الاستنتاج

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 270.

² - راجع المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - جلال مسعد /محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المرجع السابق، ص 246.

⁴ - وليد بوجملين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص ص. 75 - 76.

⁵ - جلال مسعد /محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المرجع السابق، ص 246.

⁶ - راجع المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996، المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة (الملغى)، المرجع السابق ذكره.

أن أعضاء مجلس المنافسة يخضعون لنفس حالات تنافي العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة⁽¹⁾. أما المادة 3/29 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فتضمنت تنافي وظيفة عضو مجلس المنافسة مع أي نشاط مهني آخر بصفة العموم دون تحديد لطبيعة هذا النشاط⁽²⁾. ولم يتم الإشارة إلى أي منع للدخول في عهدة انتخابية ولا مسألة الحصول على فوائد من مؤسسة معينة. وفي هذه الحالة يجب أن نعيد النظر في مبدأ الحياد الذي يجب أن يتمتع به أعضاء مجلس المنافسة إذا ثار نزاع مع هذه المؤسسة⁽³⁾ التي قد يصور قد ترتكب تعسفا في وضعية الهيمنة.

في 2007، بادر المشرع بسنّ نص يغطي مثل هذه النقائص حيث جمع نظام الالتزامات المطبقة على أعضاء مختلف السلطات الإدارية المستقلة، إذ بموجب أحكام الأمر 01 مارس 2007 والذي يشير هو أيضا في تأشيرته إلى الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 09 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، فإنه يمنع على أصحاب الوظائف العليا أو على من يقوم بالتأطير من أن تكون لهم خلال فترة نشاطهم بأنفسهم أو بواسطة أشخاص آخرين، داخل البلاد أو خارجها، مصالح لدى المؤسسات أو الهيئات التي يتولون مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأيا بغية عقد صفقة معها⁽⁴⁾.

كما أنه لا يمكن أن يمارس شاغلو الوظائف العليا أو على من يقوم بالتأطير وذلك عند نهاية مهامهم، لأي سبب كان، ولمدة سنتين (02) نشاطا استشاريا أو نشاطا مهنيا أيا كانت طبيعته، أو أن يكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات التي سبق لهم أن تولوا مراقبتها أو الإشراف عليها أو أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأيا بغية عقد صفقة معها أو لدى أي مؤسسة أو هيئة أخرى تعمل في نفس مجال النشاط⁽⁵⁾.

ويعاقب كل من يخالف الأحكام المذكورة أعلاه بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنة واحدة وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج⁽⁶⁾.

¹ - خاصة وأن النظام الداخلي للمجلس، المذكور أعلاه، يشير في تأشيرته إلى المرسوم التنفيذي رقم 90-226 المؤرخ في 25 جويلية 1990، المحدد لحقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم، ج.ر.ج. عدد 31، الصادر في 28 جويلية 1990.

² - راجع نص المادة 3/29 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - جلال مسعد /محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المرجع السابق، ص 247.

⁴ - راجع نص المادة 02 من الأمر رقم 01-07 المؤرخ في أول مارس 2007، المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر.ج. عدد 16، الصادر في 7 مارس 2007.

⁵ - راجع نص المادة 03 من الأمر نفسه.

⁶ - اطلع على نص المادة 06 من الأمر ذاته.

دائما وفي ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12، يمارس أعضاء مجلس المنافسة وظائفهم بصفة دائمة⁽¹⁾. إلا أن القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر ذاته عدل ذلك، حيث جاء نص المادة 05 منه المعدلة للمادة 24 من الأمر رقم 03-03 كالآتي:

« يمكن أعضاء مجلس المنافسة ممارسة وظائفهم بصفة دائمة »⁽²⁾.

كما أنه صدر المرسوم التنفيذي رقم 12-204⁽³⁾، الذي أشار في المادة 02 منه على أن رئيس وأعضاء مجلس المنافسة المصنفون في الفئة الأولى يمارسون وظائفهم بصفة دائمة وبتوقيت كلي (بالتالي يقع عليهم التزام المواظبة، من خلال حضور جميع جلسات المجلس ومداويلاته إلا بعذر مقبول، كما يلزم عليهم عدم القيام إلى جانب ممارسة وظيفة عضو مجلس المنافسة بنشاط مهني آخر). أما أعضاء مجلس المنافسة المصنفون في الفئتين الثانية والثالثة، يمارسون وظائفهم بصفة غير دائمة ويعتبرون في حالة غياب مرخص خلال الفترة المخصصة لمشاركتهم في أشغال المجلس (بالتالي يمكنهم ممارسة نشاط مهني إلى جانب ممارستهم وظيفة عضو مجلس المنافسة).

يجب الإشارة في هذا المقام إلى أن نص المادة 3/29 من الأمر رقم 03-03، يتعارض مع كل من نص المادة 05 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 ونص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المذكور أعلاه⁽⁴⁾، حيث جاء في نص المادة 3/29 من الأمر رقم 03-03 ما يلي:

« تتنافى وظيفة عضو مجلس المنافسة مع أي نشاط مهني ».

لذا، على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في نص المادة 3/29 المذكور أعلاه ويجعله متكيفا ومتناسقا مع الأحكام القانونية الجديدة التي تطرقنا إليها.

¹ - حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 10 من القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 على ما يلي:

« يمارس أعضاء مجلس المنافسة وظائفهم بصفة دائمة ».

² - راجع نص المادة 05 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المؤرخ في 06 ماي 2012، المحدد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، المرجع السابق ذكره.

⁴ - مع أنه وتطبيقا لمبدأ تدرج القوانين، والذي يقضي بخضوع القاعدة الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها مرتبة، فلا تستطيع مخالفتها وإلا عدت غير مشروعة، فإن المرسوم التنفيذي رقم 12-204 المذكور أعلاه أقل مرتبة من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فلا يستطيع هذا المرسوم وفقا لهذا المبدأ أن يخالف هذا الأمر؛ ولمزيد من التفاصيل حول مبدأ تدرج القوانين، أنظر، ملخص وجيز لمذكرة تخرج بعنوان "مبدأ تدرج القواعد القانونية وأثره على الوظيفة القضائية" للطالب القاضي أحمد حميدة، الدفعة

14، 2006، منتديات الشروق أونلاين؛ mountada.echouroukonline.com.

مع صدور النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة الجزائري، والذي طالما انتظرناه، فإنه لم يأت بجديد أو توضيح فيما يخص حالات التنافي ما عدا تأكيده على وجوب تحلي أعضاء مجلس المنافسة بالمواظبة⁽¹⁾. نصت الفقرة الأولى من المادة L.461-2 من التقنين التجاري الفرنسي على أنه يمارس رئيس سلطة المنافسة ونائبيه مهامهم بتوقيت كلي. ويخضعون لقواعد التنافي الخاصة بمناصب الشغل العمومية⁽²⁾. كما يفهم من الفقرة الثالثة من المادة نفسها بأن على كل عضو في السلطة أن يعلم الرئيس بالمصالح التي يحوز أو يُقبل على حيازتها والوظائف التي يمارسها ضمن نشاط اقتصادي⁽³⁾.

2 - التنحي

إذا كان نظام التنافي يمنع العضو من ممارسة بعض النشاطات المهنية التي قد تؤثر سلبا على حياده عند النظر في النزاع الذي قد يكون موضوعه ممارسة مؤسسة لتعسف في وضعية الهيمنة، فإن نظام التنحي يمنع العضو من المشاركة في مداولة نظرا لوجود مصالح معينة تربطه بأحد الأطراف⁽⁴⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 1/29 من الأمر رقم 03-03 التي جاءت كالآتي:

« لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية⁽⁵⁾. لذا على العضو الذي يكون له مصلحة في قضية أو صلة قرابة بأحد أطرافها إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية كمحام مثلا أن يطلب من رئيس مجلس المنافسة تنحيته أو إبعاده عن المداولة.

¹ - أنظر المادة 06 من القرار رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.461-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - L'article 02 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française dispose :

« Intérêts, fonctions et mandats

Lors de son entrée en fonction, tout membre communique au président de l'autorité, s'il y a lieu, la liste des intérêts qu'il détient, directement ou par personne interposée, et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique à cette date, conformément au troisième alinéa de l'article L.461-2 du code de commerce, ainsi que la liste des fonctions qu'il a exercées, des mandats dont il a été titulaire au sein d'une personne morale et des intérêts qu'il a détenus au cours des cinq années précédant cette date.

Lorsqu'il vient à exercer ultérieurement une nouvelle fonction dans une activité économique ou un nouveau mandat au sein d'une personne morale, il en informe sans délai le président de l'autorité.

Il lui transmet également, au plus tard le 1^{er} février de chaque année, la liste mise à jour des intérêts qu'il détient, directement ou par personne interposée, telle qu'arrêtée au 1^{er} janvier de l'année » ; Aut. conc., décision du 30 mars 2009 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence, JORF n° 0080 du 4 avril 2009 ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - جلال مسعد / محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المرجع السابق، ص 248.

⁵ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

ويجب الإشارة هنا إلى أنه جاء في إحدى 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 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة ما يلي:

« إنَّ استقلالية مجلس المنافسة تعني أن أعضائه لا يمكن أن تكون لهم مصالح قد تتعارض مع المهما 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⁾.

تُشير الفقرة الرابعة من المادة L.461-2 من التّقنين التجاري الفرنسي إلى أنه لا يمكن لأي عضو في سلطة المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية⁽²⁾. وحرصا من سلطة المنافسة الفرنسية على مبدأ الحياد، فقد نصت في الفقرة الأولى من المادة 01 من نظامها الداخلي على توقيع كل عضو على تصريح شرفي يتعهد من خلاله بصفة جدية بممارسة وظائفه باستقلالية تامة، وبكل حياد ووعي وكذا احترام سرية المداولات⁽³⁾.

3 - التسبب

التسبب هو بيان الحجج القانونية والتبريرات والأدلة الواقعية التي بني عليها القرار المتخذ، لذلك فالقانون الذي ينظم بعض السلطات الإدارية المستقلة يلزم هذه الأخيرة بتبرير قراراتها وهذا الأمر ينطبق على مجلس المنافسة. فنصت المادة 45 من الأمر رقم 03-03 على أنه:

« يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعايينة المقيّدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها من اختصاصه »⁽⁴⁾.

في الجزائر وانطلاقا مما سبق ذكره، نتوصل إلى القول أنّ مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة هو الجهاز الملئ لمتابعة الممارسات ذات طبيعة مقيدة للمنافسة بصفة عامة والتعسف في وضعية الهيمنة بصفة خاصة، وهذا لعدة اعتبارات منها عدم ملائمة المحاكم الجزائية للقيام بهذا الدور، إلا أن استقلالية وحياد المجلس يبقيان نسيبان نظرا لعدة أسباب تطرقنا إليها أعلاه. لذا ينبغي على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في بعض الأحكام المنصوص عليها في القانون المتعلق بالمنافسة بشكل يدعم استقلاليته وبالتالي فعاليته في أداء دوره بما فيه متابعة التعسف في وضعية الهيمنة في السوق وحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيّدة لها، وهذا باعتباره سلطة ضبط مستقلة.

¹ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 14.

² - Voir l'article L.461-2,4 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article 01 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française (précité).

⁴ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

المطلب الثاني: إخطار مجلس المنافسة من أجل متابعة التعسف في وضعية الهيمنة

تعتمد حماية المنافسة الحرة وفعاليتها على مجلس المنافسة الذي يملك صلاحيات واسعة في مجال التحري والتحقق والبت في التعسف في وضعية الهيمنة، ولكن تتوقف فعالية (effectivité) المنافسة أيضا على إشراك أكبر عدد ممكن من الأشخاص من أجل المساعدة على إعمال قواعد قانون المنافسة، بصفة عامة، وتلك المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة، بصفة خاصة، وذلك بمنح هؤلاء الأشخاص حق إخطار مجلس المنافسة.

الإخطار هو إعلام مجلس المنافسة بوقائع معينة (متعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة مثلا)، من أجل اتخاذ الإجراءات الضرورية التي يخولها له القانون، إذن يمثل الإخطار بداية اتصال المجلس بالقضية⁽¹⁾. يمكن إخطار المجلس لمخاصمة أحد المؤسسات الاقتصادية وتفضي القضايا محل الإخطار إلى اتخاذ قرار من المجلس، كما يمكن إخطار هذا الأخير في إطار استشاري ويترتب عن الإخطار في هذه الحالة إبداء المجلس لرأي يقترحه على من طلبه منه⁽²⁾.

وسنقوم بالتركيز في هذا المطلب على دراسة عملية الإخطار في إطار مخاصمة أحد المؤسسات الاقتصادية بشأن ممارستها المحتمل لتعسف في وضعية الهيمنة في السوق وهذا ما يسمى بالإخطار التنازعي، حيث نتطرق لدراسة الأشخاص المؤهلة لهذا الإخطار (الفرع الأول) وبعد ذلك نتناول خصائص الإخطار التنازعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأشخاص المؤهلة للإخطار التنازعي

نصّت المادة 1/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة، ويمكن للمجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 02 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك ».

بالرجوع إلى المادة 2/35 من الأمر المذكور أعلاه نجد الهيئات المذكورة هي:

الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية، المؤسسات الجمعيات المهنية والنقابية وأخيرا حماية المستهلكين⁽³⁾.

¹ - عيساوي محمّد، القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2004 - 2005، ص 75.

² - أنظر المادة 35 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع نص المادة 2/35 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

وعليه، تقتصر إمكانية إخطار مجلس المنافسة الجزائري، إلى جانب إمكانية إخطاره التلقائي، على الوزير المكلف بالتجارة والجماعات المحلية والمؤسسات الاقتصادية والمالية والجمعيات المهنية والنقابية وجمعيات المستهلكين.

وليس هناك فرق فيما يتعلق بالأشخاص المؤهلة للإخطار بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، إلا فيما يتعلق بالطائفة المتمثلة في غرف الفلاحة وغرف المهن وغرف التجارة والصناعة...⁽¹⁾. حيث لم يشر إليها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة وتعديلاته، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى وجود المادة 5-752.L من التقنين التجاري الفرنسي التي يفهم منها بأنه في حالة استغلال تعسفي لوضعية الهيمنة من قبل مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات، مستغلة لمحلّ أو عدة محلات للتجارة بالتجزئة أو لنقاط دائمة يسحب فيها الزبائن المشتريات بالتجزئة تمت طلبيتها عن طريق التلّماتية، المنظم الدخول إليها عبر السيارات، فبإمكان رئيس البلدية ورئيس المؤسسة العمومية للتعاون ما بين البلديات أو رئيس النقابة المشتركة أو المؤسسة العمومية للتعاون ما بين البلديات المذكورة في المادة 4-122.L من تقنين التنظيم الحضري إخطار سلطة المنافسة لتتخذ هذه الأخيرة الأوامر والعقوبات المالية المنصوص عليها في المادة 2-464.L من التقنين نفسه⁽²⁾.

لا نجد مثيلا لهذا النص في قانون المنافسة الجزائري رغم أهميته، إذ يتمتع مثلا رئيس البلدية بصفة ضابط الشرطة القضائية⁽³⁾. ومن ثم، فالإليه تعود صلاحية مباشرة التحقيق في الجرائم التي تقع في حدود إقليم البلدية والشكاوى التي ترفع إليه⁽⁴⁾. ويتمتع رئيس البلدية بهذه الصفة، فقد أهلته المادة 49 مكرر/1 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، للقيام بالتحقيقات المتعلقة بتطبيق الأمر رقم 03-03 (المعدل والمتمم) ومعاينة مخالفة أحكامه⁽⁵⁾.

أولا: الوزير المكلف بالتجارة

¹ - Voir les articles L.462-5 et L.462-1,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Voir l'article L.752-5 du même code.

³ - راجع المادة 15 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج عدد 48، الصادر في 10 جوان 1966 (معدل ومتمم)؛ وأنظر كذلك المادة 92 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج عدد 37، الصادر في 03 أوت 2011.

⁴ - راجع المادة 16 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق ذكره.

⁵ - أنظر المادة 24 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

يعد الوزير المكلف بالتجارة رئيس السلطة المركزية للإدارة المكلفة بالتجارة، وباعتباره عضوا في الحكومة يتولى تنفيذ سياسة الحكومة في ميدان التجارة، بالإضافة إلى مهام أخرى في مجال المنافسة والأسعار⁽¹⁾.

يقصد بالإخطار الوزاري، هو أن الوزير المكلف بالتجارة هو العارض أي هو الذي يقوم بإخطار مجلس المنافسة، باعتباره من بين السلطات الساهرة على المصلحة العامة.

يعتبر الإخطار الوزاري السبيل الوحيد لإدارة وزارة التجارة للحصول على معاقبة الأعمال والممارسات المقيدة للمنافسة، حتى وإن كان من غير الأكيد بأن مجلس المنافسة سينتهج النهج نفسه أو أنه سيشاطر وجهة نظر الوزير المكلف بالتجارة في تكييفه للأعمال أو الممارسات موضوع الإخطار⁽²⁾.

وفي فرنسا، خول المشرع الفرنسي للوزير المكلف بالاقتصاد سلطة إخطار سلطة المنافسة، ويلجأ هذا الوزير إلى إخطار السلطة عادة بعد إجراء المحققين التابعين لوزارة الاقتصاد للتحقيق، فقد إعتاد المدير العام للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش بإجراء الإخطار عن طريق رسالة يحررها ويوقعها بناءً على تفويض إمضاء الوزير المكلف بالاقتصاد وهي طريقة أساسية لمباشرة المتابعة من طرف السلطات العامة في القطاعات التي تكون فيها المنافسة مهددة بشكل فعلي⁽³⁾. وبالتالي فإن لوزير المكلف بالاقتصاد الفرنسي حق إخطار سلطة المنافسة الفرنسية بناءً على نص المادة L.462-5¹ من النّقنين التجاري الفرنسي.

كما تسمح المادة L.464-9 من النّقنين التجاري الفرنسي للوزير المكلف بالاقتصاد باتخاذ أمر اتجاه المؤسسات وذلك بوضع حد لممارسة التعسف في وضعية الهيمنة والتي تكون قد ارتكبتها و/أو إجراء المصالحة، وذلك فيما يتعلق بالأسواق ذات بعد محلي وذلك بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة ذاتها⁽⁴⁾.

يؤدي تنفيذ الالتزامات المترتبة عن الأمر أو عن قبول المصالحة في الآجال المقررة إلى انقضاء أية دعوى أمام سلطة المنافسة للأفعال ذاتها. ومع ذلك، نصت المادة R.464-9-3 من النّقنين التجاري الفرنسي (المنشأة بموجب المرسوم رقم 2009-140 المؤرخ في 10 فيفري 2009 والمتخذ تطبيقاً للمادة L.464-9 من النّقنين التجاري الفرنسي) على أنه في الحالة التي ترفض فيها المؤسسة التدابير المبلغة من قبل الوزير المكلف بالاقتصاد - لا تطبق الأمر أو لا تدفع المبلغ المحدد للمصالحة - يستطيع الوزير المكلف بالاقتصاد إخطار سلطة المنافسة الفرنسية.

¹ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المحدد لصلاحيات وزير التجارة، ج.ر.ج. عدد 85، الصادر في 22 ديسمبر 2002.

² - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 58.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 321.

⁴ - Voir l'article L.464-9 du code de commerce français et voir aussi le décret n° 2009-140 du 10 février 2009 pris pour l'application de l'article L.464-9 précité, JORF n° 0035 du 11 février 2009, p. 2428 ; www.legifrance.gouv.fr/

وفي هذه الحالة، فإنّ الملاحظات المشكلة من طرف المؤسسات المعنية بالأمر أو المصالحة وذلك في إطار المتابعة لا يتم تسليمها لسلطة المنافسة، ورفض أو قبول مؤسسة أو عدة مؤسسات المعنية ليس له أثر على وضعية باقي المؤسسات التي تكون محل متابعة ذاتها.

انطلاقاً مما سبق ذكره، نلاحظ أن الوزير المكلف بالاقتصاد الفرنسي له إلى جانب الإخطار التقليدي (saisine classique) لسلطة المنافسة، الإخطار الخاص (saisine spécifique) وذلك فيما يخص الأسواق ذات بعد محلي (marchés de dimension locale) وهذا منذ 2008⁽¹⁾.

ثانياً: الإخطار التلقائي للمجلس

طبقاً للمادة 44 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003، يمكن لمجلس المنافسة أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه. ويضم قانون المنافسة الفرنسي على حكم مماثل⁽²⁾، وتسمح هذه الإمكانية لمجلس المنافسة بإحباط وإفشال فرضية انسحاب مقدم الإخطار أثناء دراسة الوقائع وضمان مواصلة فحص القضية وهذا يحقق مراقبة قطاع من القطاعات الاقتصادية.

وفي هذه النقطة بالذات، يجدر بنا أن نذكر موقف مجلس المنافسة الفرنسي من هذه المسألة حيث أنّه نص في تقريره السنوي لسنة 1989 على ما يلي:

« إن الإخطار التلقائي يعتبر من الصلاحيات ذات الأهمية العملية، التي لا يستهان بها حتى وإن كان اللجوء إليه يتم بصفة معقولة، وأنه يشرع في ذلك بصفته سلطة إدارية مستقلة مكلفة بالسهر على السير الحسن لميكانيزمات السوق »⁽³⁾.

يتجلى هذا الإخطار في المثالين التاليين:

- إذا وصل إلى علم المجلس وجود بعض الممارسات المقيّدة للمنافسة (كالتعسف في وضعية الهيمنة) عن طريق إخطار معيّن، ويتم رفض هذا الإخطار لانعدام الصفة، أو المصلحة في الجهة التي قامت به، ولكن من خلال الوقائع المذكورة يتبيّن أنّ دراستها ومتابعتها ضروريتان لحماية النظام العام الاقتصادي، يقوم المجلس بالإخطار التلقائي ويتولى دراسة القضية.

- عندما يدرس المجلس إخطاراً معيّنًا، ويتبيّن له من خلال الوقائع ضرورة توسيع مجال التحقيق إلى أسواق مجاورة غير واردة في الإخطار، يقوم بإخطار نفسه تلقائياً وذلك بهدف حماية وتنظيم الأسواق في المناطق التي لم تكن محلّ إخطار من طرف الجهات المعنية⁽⁴⁾.

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », Juris-Classeur, concurrence-consommation, Fasc. 381, 1/2010, pp. 9 – 10.

² - Voir l'article L.462-5, III du code commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 59.

⁴ - عيساوي محمد، القانون الإجزائي للمنافسة، المرجع السابق، ص 76.

إنّ منح مجلس المنافسة الجزائري إمكانية الإخطار التلقائي له أهمية بالغة، خاصة وأنه له إمكانية طلب إجراء التّحقيقات مباشرة من المصالح المكلفة بالتّحقيقات الاقتصادية⁽¹⁾.

ثالثاً: الجماعات المحلية

نظراً لكون الجماعات المحلية (الولاية، البلدية)⁽²⁾ تتمتع بشخصية معنوية تسمح لها بإبرام عقود وفقاً لقانون الصفقات العمومية⁽³⁾. فإنّها في المقابل تتمتع بحق إخطار مجلس المنافسة حول كل الممارسات المقيدة للمنافسة والتي تلحق أضراراً بالمصالح التي تكلف بحمايتها. عندما تلجأ الجماعات المحلية إلى طلب عروض المنافسة، فإثناء إبرامها للصفقات العمومية قد تكون عرضة لإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، فلها إمكانية إخطار مجلس المنافسة. يجب أن يقدم الإخطار المودع من قبل هذه الهيئات من طرف ممثليهم القانونيين المخولين لذلك. فانتساع دائرة إخطار مجلس المنافسة بالممارسات التي تدخل في نطاق صلاحياته لتشمل هذه الهيئات دليل على امتداد نطاق نشاطه ليغطي الميادين التابعة لنشاطات تلك الهيئات⁽⁴⁾.

تندرج العقود الإدارية ضمن الأعمال القانونية الاتفاقية التي تقوم بها الإدارة العامة لاسيما الجماعات المحلية حيث تختص هذه الأخيرة بمنح الصفقة العمومية للعارض الذي يقدم أحسن عرض وبالتالي فهي موضوع يسمح لها بالكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة المنفذة وذلك في مرحلة تقييم العروض التي تسبق مرحلة منح الصفقة، بل أكثر من ذلك، فالجماعات المحلية تلتزم الحرص على ذلك حفاظاً على المال العام.

تلجأ الجماعات المحلية إلى إخطار مجلس المنافسة في حالة مواجهتها لممارسة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق التي يتركبها المتعاقدون معها أو المتعاقدون المحتملون ولأجل ذلك يجب على الجماعات المحلية أن تقدم عناصر إثبات مقنعة بما فيه الكفاية ويتولى المجلس البحث عما إذا كانت المآخذ مؤسسة أم لا⁽⁵⁾.

رابعاً: الهيئات الاقتصادية والمالية

¹ - حيث نصت المادة 4/34 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من القانون رقم 08-12 على ما يلي: « كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتّحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة إجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه ».

² - نصت المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور (المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996) على ما يلي:

« الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية.

البلدية هي الجماعة القاعدية ».

³ - أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق ذكره.

⁴ - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 64.

⁵ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 322.

يقصد بالهيئات الاقتصادية والمالية مجموع سلطات الضبط القطاعية في كل من المجال الاقتصادي والمالي وكذا المؤسسات المالية - المصارف -، حيث يمكن لهذه الهيئات أن تخطر مجلس المنافسة فيما يتعلق بالممارسات المقيّدة للمنافسة المرتكبة في هذين القطاعين⁽¹⁾.

خامسا: المؤسسات

ويقصد بالمؤسسة كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد⁽²⁾.

فهذه السلطة الممنوحة للأعوان الاقتصاديين بصفة عامة والمؤسسات الاقتصادية بصفة خاصة من دون المرور عن طريق الإدارة، يثبت نية إخراج قانون المنافسة من المنهج المسير، عن طريق انسحاب الإدارة العامة من النشاط الاقتصادي⁽³⁾.

تجدر الإشارة هنا أن المؤسسة تظل متمتعة بحقها في إخطار المجلس وذلك على الرغم من تعرضها لتصفية قضائية بمعنى إفلاسها.

رفض مجلس المنافسة الفرنسي انقطاع أو زوال أثر الإخطار أو رفضه بسبب تعرض المؤسسة المخطرة لإجراء التصفية القضائية، واعتبر أن صفة الإخطار لا تزال قائمة وذلك بالاستناد إلى نص المادة 8-1844 للتقنين المدني الفرنسي والتي يفهم منها بأنه تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة وذلك لتلبية احتياجات تصفيتها إلى غاية نشر اختتام هذه الأخيرة؛ وعليه، إذا لم يتم شطب المؤسسة المخطرة من السجل التجاري ومن قائمة المؤسسات فهي مؤسسة يستمر وجودها إلى غاية نشر وشهر إفلاسها⁽⁴⁾.

ويقابل المادة 8-1844 من التقنين المدني الفرنسي نص المادة 444 من التقنين المدني الجزائري⁽⁵⁾، الذي الذي جاء كما يلي:

« تنتهي مهام المتصرفين عند انحلال الشركة. أما شخصية الشركة فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية

«.

سادسا: الجمعيات المهنية والنقابية

¹ - المرجع نفسه.

² - أنظر المادة 3/ من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدلة والمتممة بموجب المادة 03 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

³ - ناصري نبيل، المركز القانون لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر رقم 03-03، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 323.

⁵ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المرجع السابق ذكره.

تشكل الجمعيات المهنية والنقابية الهيئات الممثلة لمصالح جماعية، كما تشكل هذه الجمعيات مجالا للتشاور فيما يخص قواعد المهنة التي تمثلها، وبالتالي فكل هذه الجمعيات بما فيها النقابية منح لها القانون الحق في إخطار مجلس المنافسة حول كل الممارسات التي تمس بمصالح المهنة التي تكلف بتمثيلها⁽¹⁾.

سابعا: جمعيات المستهلكين

إن قانون المنافسة له غاية أولى تتمثل في حسن سير السوق، لكن تم بيان بأنه يخدم كذلك بهذه الكيفية مصالح المستهلكين. هؤلاء يستفيدون، بالفعل، من المنافسة بين المؤسسات للحصول على أحسن علاقة بين النوعية والسعر. إذ يهدف قانون المنافسة والتمثيل في الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق، وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة (منها التعسف في وضعية الهيمنة محل الدراسة) ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف المستهلكين⁽²⁾.

إن تطوّر قواعد السوق في القرن الـ 19 م والـ 20 م جعلت من المستهلك يتصف بـ:

- المستهلك "ملك" يتحكّم في النظام الاقتصادي: إذ أنّ التنافس بين مختلف السلع والخدمات لاسيما من حيث الجودة والنوعية والأسعار المحددة لها، تجعل من المستهلك يختار ما يناسبه.
- المستهلك "ضحية": بسبب المنافسة الشديدة بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين الذين يمتازون بالاحترافية بالنظر إلى الوضعية المالية المريحة والمعلومات التي لديهم، تجعل من المستهلك يخضع مباشرة لقانون وإرادة هؤلاء المتعاملين⁽³⁾.

إنّ الاستهلاك هو آخر مرحلة من الدورة الاقتصادية بعد عملية الإنتاج والتوزيع، والتي تجمع بين المتعامل الاقتصادي أو المحترف وبين شخص المستهلك.

وبهدف الحفاظ وتجسيد العلاقة، تدخلت مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري لتنظيمها وتأطيرها⁽⁴⁾، ويظهر ذلك مثلا من خلال قانون المنافسة.

تسمح إذن معاقبة التعسف في وضعية الهيمنة بتأمين حماية المستهلك ضدّ كل مساس بمصالحه عن طريق هذا التعسف، بكيفية مباشرة قصد مثلا التمسك بمستوى عالي للسعر والتوزيع.

تستطيع جمعيات المستهلكين المعتمدة⁽¹⁾ إخطار مباشرة (أي بدون اللجوء إلى وزير الاقتصاد الفرنسي ولا الإدارة) مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة) تطبيقا للمادة 11 من الأمر الفرنسي المتعلق بالمنافسة لسنة

¹ - ناصري نبيل، المركز القانون لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر رقم 03-03، المرجع السابق، ص 31.

² - أنظر المادة 01 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - إرزيل الكاهنة، « الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، عدد 02، 2011، ص 124.

⁴ - المرجع نفسه، ص 125.

1986⁽²⁾، والتي أصبحت فيما بعد المادة L.462-5 من التّقنين التجاري الفرنسي والتي تحيلنا إلى نص المادة L.462-1،II من التّقنين ذاته.

في الجزائر، يمكننا إبداء ملاحظة عامة حول موضوع الجمعيات، بأنّها لا تلعب دورها كاملاً، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار غياب الوسائل المادية التي تحتاج إليها من جهة ومن جهة أخرى، الصعوبات التي تواجهها للحصول على المعلومات في مجال حماية المستهلك⁽³⁾، وضعف الخبرة وعدم القدرة على فهم أبعاد ومغزى الممارسات المذكورة من جهة أخرى⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: خصائص الإخطار التنازعي

يتميز الإخطار الذي يقدمه أو يعرضه شخص من الأشخاص المؤهلة لذلك بخاصيتين والمتمثلتين في: كون الإخطار يكون مكتوباً وله طابع اختياري.

أولاً: الطابع المكتوب للإخطار

نوضح في البداية الشكل المكتوب للإخطار، ثم نقوم بدراسة مسألة مدى قوته الملزمة.

1 - الشكل المكتوب للإخطار

نصت المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيهر على ما يلي:

« يخطر المجلس بعريضة مكتوبة ترسل إلى رئيس المجلس.

تحدد كفايات إخطار المجلس بموجب نظامه الداخلي⁽⁵⁾».

وبالفعل، تم تخصيص الفصل الثاني من النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة، الذي تم نشره في النشرة الرسمية للمنافسة - رقم 03⁽⁶⁾، للقواعد المتعلقة بالوثائق المقدمة أمام مجلس المنافسة، بحيث عنوان القسم (01) من هذا الفصل كما يلي: "الإخطار والطلبات الأخرى المقدمة في إطار مراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة (بما

¹ - إن العمل الذي تقوم به الجمعيات هو عمل تطوعي أساساً حيث تقوم بالتعبير عن مشاكل وصعوبات وحقوق فئة من المجتمع في مجال من المجالات الحياتية (اقتصادية، اجتماعية، ثقافية، بيئية، صحية، ... إلخ)، كجمعيات المستهلكين التي تدافع عن حقوق ومصالح الفرد المستهلك، أنظر: هامل الهواري، « دور الجمعيات في حماية المستهلك »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، الجزائر، 2005، ص 224.

² - Didier FERRIER, La protection de consommateurs, Dalloz, Paris, 1996, p. 85.

³ - (B) FILALI & (F) FETTAT & (A) BOUCENDA, « Concurrence et protection du consommateur dans le domaine alimentaire en Algérie », Revue IDARA, Volume 8, n° 01, Alger, 1998, p. 193.

⁴ - ناصري نبيل، المركز القانون لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر رقم 03-03، المرجع السابق، ص 30.

- مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيهر، المرجع السابق ذكره.⁵

⁶ - راجع القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

فيها التعسف في وضعية الهيمنة⁽¹⁾، ويتضمن هذا القسم قسمين فرعيين، يتناول القسم الفرعي (01) طلبات الآراء والإخطارات⁽²⁾، وذلك من خلال مواده 7 إلى 11.

وانطلاقاً من نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المذكور أعلاه والمواد من 7 إلى 11 والمواد 19 إلى 23 (المتعلقة بالأحكام المشتركة) من النظام الداخلي لمجلس المنافسة المذكور أعلاه، فإنه يستخلص منها الشكل الذي يجب أن يكون عليه الإخطار والبيانات الواجب سردها فيه، أي كفيات إخطار مجلس المنافسة في إطار مراقبة التعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة. وعليه، يكون الإخطار عن طريق عريضة التي يجب أن تكون كما يلي:

* مكتوبة⁽³⁾.

* متضمنة على الأقل:

- صفة ومصلحة صاحب الشكوى.

- تحديد أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، التي يدعي صاحب الشكوى أنه تم خرقها (مثلاً نص المادة 07 منه والمتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة).

- عرض الوقائع التي تميز هذا الانتهاك والظروف الأخرى ذات صلة لاسيما التي لها علاقة بالقطاع والمنطقة الجغرافية المعنية والمنتجات والخدمات المتأثرة والشركات المعنية، وأيضاً السياق القانوني والاقتصادي ذو الصلة.

- هوية وعناوين الشركات أو الجمعيات التي يسند إليها صاحب الشكوى هذه الخروق، في حالة ما إذا كان باستطاعته تحديد هويتها⁽⁴⁾.

* في حالة كون الإخطار مرفقاً بالوثائق الملحقة بهدف الوقوف على الوقائع والعناصر المفيدة الأخرى التي تسمح بتقييمها، فيجب أن تكون هذه الوثائق كما يلي:

- مسبوقة بجدول إرسال يتضمن رقم كل وثيقة، موضوعها وعنوانها أو طبيعتها وعدد الصفحات التي تتضمنها.

¹ - في حين عنوان القسم (02) منه كما يلي: "طلبات إبداء الرأي والوثائق الأخرى المقدمة في إطار الإجراء الاستشاري". أمّا القسم (03) منه، فهو معنون كما يأتي: « الإشعارات والوثائق الأخرى المقدمة في إطار الإجراء المتعلق بالتجميعات ». وأخيراً، تم تخصيص القسم (04) من هذا الفصل للأحكام المشتركة.

² - ويتناول القسم الفرعي (2) الطلبات الأخرى.

³ - راجع المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، المرجع السابق ذكره.

⁴ - اطلع على نص المادة 08 من القرار رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

- يجب أن تكون هذه الوثائق مرتبة وفق ترقيم متسلسل.
- يجب تقديم جدول الإرسال والوثائق الملحقة في أربعة (04) نسخ⁽¹⁾.
- وتطبيقا للمادة 21 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة المذكور أعلاه، فإنه يجب تقديم أي وثيقة ومستند أمام المجلس باللغة العربية أو إرفاقها بترجمة رسمية وفقا لأحكام المادة 2/8 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾.
- وبمقتضى المادة 23 من النظام الداخلي ذاته، فإنه يتم الاحتفاظ بكل وثيقة من الوثائق المقدمة في إطار إجراءات مراقبة التعسف في وضعية الهيمنة (الأمر ذاته بالنسبة لبقية الممارسات المقيّدة للمنافسة) في شكلها الأصلي، على مستوى مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات. تخضع هذه الوثائق لمعالجة إلكترونية لفهرستها، ترتيبها وتصنيفها.
- * يتمّ إيداع عريضة الإخطار أو إرسالها عن طريق رسالة مضمّنة مع وصل بالاستلام إلى مجلس المنافسة في أربعة (04) نسخ إلى العنوان التالي:
مجلس المنافسة
إلى السيّد: رئيس مجلس المنافسة
42 و 44 شارع محمد بلوزداد
وزارة العمل، الطابق الثامن - الجزائر⁽³⁾.
- * وبموجب المادة 19 من النظام الداخلي المذكور أعلاه، يتم توقيع عريضة الإخطار من قبل الأطراف التي تصدرها، من قبل الممثل الذي فوضوه أو المحامي الذي تمّ تحديده كموطن مختار. يجب توكيل الممثل بموجب اتفاقية موقعة من قبل الموكل والوكيل أو بواسطة عقد توثيقي. المحامي معفى من أي توكيل⁽⁴⁾. يتم التصديق على النسخ من طرف هذا الشخص نفسه.

¹ - أنظر المادة 09 من القرار رقم 01 نفسه.

² - حيث نصت المادة 2/8 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر.ج.ج عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008) على ما يلي:

« يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول ».

³ - راجع نص المادة 07 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 06 من القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر.ج.ج عدد 55، الصادر في 30 أكتوبر 2013.

* يجب إيداع الإخطار على مستوى مكتب التنظيم العام لمجلس المنافسة، الأمانة العامة طوال أيام الدوام الرسمي، بين الساعة 9:00 صباحا و 16:00 مساءً⁽¹⁾.

* اشترط النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة المذكور أعلاه، وهذا خلافا للنظام الداخلي القديم لسنة 1996⁽²⁾، على إلزامية إرسال نسخة واحدة من الإخطار والوثائق الملحقة بها في نسخة رقمية في شكل "صيغة إلكترونية" (PDF). يتم تحديد البيانات المستخدمة لهذا الغرض على الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة www.conseil-concurrence.dz، بحيث يجب تقديم نسخة ورقية قبل أو بالتزامن مع إرسال النسخة الإلكترونية حسب الأشكال والآجال المحددة في هذا النظام الداخلي، وهذا تطبيقا لنص المادة 22 من هذا النظام⁽³⁾.

* يتم تسجيل عريضة الإخطار والوثائق الملحقة، التي تحترم الأحكام الواردة في المواد 10 و 26 لهذا النظام الداخلي، من قبل مديرية الإجراءات وتوسم بطابع يدل على تاريخ استلامها أو إيداعها. إن التسجيل يقابله منح وصل استلام من قبل مديرية الإجراءات. يُشير وصل الاستلام إلى تاريخ التسجيل، رقم القضية وموضوعها، والتي يجب على الأطراف ذكرها في جميع مراسلاتهم، وهذا تطبيقا لنص المادة 11 من النظام ذاته.

مع أنه، وفي حالة عدم احترام أحكام المادة 11 المذكورة أعلاه والمادة 26 من هذا النظام⁽⁴⁾، فإنه يتم طلب تسوية عن طريق رسالة مضمنة مع وصل بالاستلام من قبل مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات إلى صاحب الشكوى أو إلى ممثله المفوض الذي يجب عليه المثول أمامها في غضون فترة لا تتجاوز خمسة (05) أيام من تاريخ التبليغ، وهذا طبقا لنص المادة 10 من النظام نفسه.

* وبموجب نص المادة 24 من النظام المذكور أعلاه، يرسل رئيس المجلس المنافسة الإخطارات فور تسجيلها إلى المقرر العام المكلف بتأمين التنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقررين.

¹ - أنظر المادة 07 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري السالف ذكره.

² - مرسوم رئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17 جانفي 1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة (ملغى)، المرجع السابق ذكره.

³ - لم يتم تحديد تلك الأشكال والآجال في النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم: 3، وإنما بالرجوع إلى نص المادة 48 منه والذي جاء كما يلي: « يمكن لرئيس مجلس المنافسة، إذا لزم الأمر، إصدار مذكرات تفسيرية بعد استشارة هيئة المجلس لتوضيح هذا النظام الداخلي »، وبالتالي، يمكن لرئيس المجلس أن يصدر مذكرة تفسيرية لتحديد أشكال وآجال تقديم نسخة إلكترونية بعد أو بالتزامن مع إرسال النسخة الورقية، وذلك بعد استشارة هيئة المجلس.

⁴ - حيث نصت المادة 26 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المذكور أعلاه، على ما يلي: « عندما يقرر رئيس مجلس المنافسة اللجوء إلى خبير أو أكثر، يجعلهم يوقعون مسبقا على تصريح شرفي يشهدون فيه أنهم ليسوا في وضعية تضارب مصالح، مع الأخذ في الاعتبار لهوية أطراف القضية وإلزامهم باحترام سرية التحقيق أو مختلف الأشغال بغض النظر عن طبيعتها ».

* وبمقتضى نص المادة 20 من النظام الداخلي ذاته، فإنه ترسل مراسلات المجلس نحو أي طرف إلى مقراتهم الاجتماعية أو العناوين المشار إليها في الإخطار أو إلى الموطن المختار، إذ يتعين على أي طرف أو ممثل مفوض أو المحامي الذي اختار لديه الموطن، أن يبلغ المجلس فوراً بأي تغيير في العنوان، تحت طائلة عدم التذرع بهذا التغيير مستقبلاً.

تطبيقاً للمواد R.463-1 و R.463-2 من النّقنين التجاري الفرنسي المعدلة بموجب الأمر رقم 2008-1161 المؤرخ في 13 نوفمبر 2008، يتم إخطار سلطة المنافسة الفرنسية عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الإشعار بالاستلام أو عن طريق إيداعها لدى مكتب الإجراءات، والتي يمكن أن تكون مرفقة بالوثائق الملحقة.

يتم تحرير وإيداع الإخطار في أربعة (04) نسخ، والتي يتم فيها تحديد البيانات الآتية: موضوع الإخطار والنصوص من القانون الوطني أو قانون الاتحاد للمنافسة والتي يتأسس بها الطرف المختر طلبه، أسماء وألقاب، الاسم أو الشكل الاجتماعي، المهنة أو النشاط وعنوان الإقامة أو المقر الاجتماعي للطالب، كذلك عند الاقتضاء، مراكز والعهد الممنوحة لممثله (وكل تغيير في العنوان يجب إعلام سلطة المنافسة بذلك وبدون أجل عن طريق رسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام)⁽¹⁾.

وفي حالة عدم تحديد الإخطار لهذه العناصر، سيوجه طلب تسوية الملف للطالب أو ممثله والذين يجب عليهم الرد وتكميل الملف في أجل شهرين. كما يلزم تقديم نسخة من كل إخطار يدفع إلى سلطة المنافسة إلى محافظ الحكومة. باستثناء الإخطارات التي تصل من الوزير المكلف بالاقتصاد.

علاوة على ذلك، وبموجب قرار مؤرخ في 30 مارس 2009، صادقت سلطة المنافسة على نظامها الداخلي الجديد⁽²⁾، والذي من خلاله حددت عدداً معيناً من النقاط المتعلقة بكيفيات ومحتوى الإخطار، بحيث يتم إيداع الإخطار لدى قاعة الاستقبال في مقر سلطة المنافسة وذلك في أيام العمل ما بين 09 سا صباحاً إلى 19 سا مساءً. تحدد المواد 9 و 10 من النظام الداخلي المحتوى "الأدنى"، للإخطار وكذلك نماذج إيداع الوثائق المرفقة. وبذلك يجب أن يعرض الإخطار الوقائع التي تمثل الخرق المدعى به وباقي الظروف المفيدة لتقييمه، مع تحديد القطاع والإقليم المعني، المنتجات أو الخدمات التي تم المساس بها، المؤسسات المعنية أو كذلك المحتوى القانوني أو الاقتصادي المرجعي، تقديم هوية وعنوان المؤسسات أو الجمعيات التي ينسب المختر الممارسة إليها وذلك في إطار الذي يمكن له تحديدها⁽³⁾.

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 12.

² - Aut. conc., Décision du 30 mars 2009 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence, précitée ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., pp. 12 – 13.

نلاحظ من خلال ما سبق ذكره، تأثر مجلس المنافسة الجزائري بنظيره الفرنسي عند إعداد نظامه الداخلي، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، كان على مجلس المنافسة الجزائري، عندما أعد هذا النظام، أن يضع القواعد المتعلقة بالإخطار التنازعي بحيث تتماشى مع التطورات الواقعة في الجزائر، كإبرامها لاتفاق الشراكة مع المجموعة الأوروبية⁽¹⁾، بأن يشترط مثلا تحديد الأحكام القانونية والتنظيمية وعناصر الإثبات التي تؤسس عليها الجهة المخطرة طلبها، ليس فقط فيما يتعلق بتحديد أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، التي يدعي صاحب الشكوى أنه تم خرقها (مثلا نص 07 منه المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة)، كما ورد في النظام المذكور أعلاه، وإنما إذا تعلق الأمر أيضا بأحكام اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية والتي يؤسس عليها الطرف المخطر طلبه ويدّعي أنه تم خرقها (مثلا المادة 41/1-ب من هذا الاتفاق المتعلق بالاستغلال المفرط لوضعية مسيطرة).

2 - مدى توفر القوة الملزمة للإخطار

يتمثل السؤال الذي يطرح بخصوص الإخطار في معرفة ما إذا كان يجب على مجلس المنافسة التقيد بما ورد في عريضة الإخطار من وقائع وتكييف قانوني لها أم لا. فمثلا إذا تضمنت عريضة الإخطار وقائع وأفعال كُيفت على أنها اتفاقات مقيدة للمنافسة، فهل بإمكان مجلس المنافسة أن يعيد تكييفها ويعتبرها مثلا ممارسات تعسفية ناتجة عن وضعية الهيمنة؟⁽²⁾.

مهما يكن صاحب الإخطار، فإنه يتم إخطار مجلس المنافسة بالممارسات الملاحظة على السوق أو الأسواق المعنية. تبعا لذلك، فإنه غير مرتبط لا بطلبات الأطراف ولا بالوقائع المعلن عنها ولا بالتكيفات المقترحة⁽³⁾. ويمكن له أن يمدد تحقيقاته إلى جميع الممارسات المقيدة للمنافسة وذلك دون أن يلجأ إلى الإخطار التلقائي، له إمكانية تضمين المآخذ التي يقوم بتبليغها بالوقائع السابقة عن التصرف الإخطاري، والقائمة في السوق نفسه والمرتبطة بالتصرفات الاقتصادية المعلن عنها والتي لها هدف نفسه أو يمكن أن يكون لها أثر نفسه⁽⁴⁾.

ونتساءل هل لا يمتلك المضرور من التعسف في وضعية الهيمنة سوى طريق مجلس المنافسة لرفع الدعوى بخصوص الضرر الذي لحقه من جراء ذلك التعسف ؟

¹ - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 283.

³ - Cons. conc., décision n° 93-D-56 du 07 décembre 1993 : BOCCRF du 9 février 1994 ; Citée par Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 190.

⁴ - Cons. conc., décision n° 91-D-51 du 19 novembre 1991 relative au marché des programmes de télévision réservés à la diffusion sur les réseaux câblés ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

ثانيا: الطابع الاختياري للإخطار التنافسي

إن المتضرر من التعسف في وضعية الهيمنة على السوق ليس ملزما بإخطار مجلس المنافسة حصرا، وإنما يمكنه إبلاغ المحاكم بالتعسف الذي مس مصالحه. ولهذا له الخيار بين رفع الإخطار إلى مجلس المنافسة أو إلى المحاكم أو إليهما معا في الوقت نفسه أو بالتوالي، لذلك نتطرق إلى مبدأ الاختيار والقيود الواردة عليه.

1 - مبدأ الاختيار الحر بين إخطار مجلس المنافسة ورفع الدعوى أمام المحاكم

نتعرض لفكرة حرية الاختيار ولنتطرق بعد ذلك إلى النتائج المترتبة عن مبدأ الاختيار الحر بين إخطار مجلس المنافسة ورفع الدعوى أما المحاكم.

أ - فكرة حرية الإخطار

للمتضرر من الممارسات المقيّدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة أن يخطر أم لا مجلس المنافسة، كما يمكنه إخطار المحاكم في نفس وقت إخطار مجلس المنافسة أو بعد ذلك.

حيث نصت المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيّدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به »⁽¹⁾.

يفهم من نص هذه المادة أن المشرّع الجزائري أخذ ضمنا بمبدأ الاختيار المشار إليه.

عادة يتم منح لسلطة المنافسة مهام حماية وضبط الأسواق، ويرجع للقاضي العادي تعويض الأضرار المترتبة. يذكر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) في الرأي الصادر عنه في 21 سبتمبر 2006 والمتعلق بتقديم دعوى جماعية في مجال الممارسات المقيّدة للمنافسة أهمية التفرقة بين الدعوى العمومية (action publique) والدعوى الخاصة (action privée)⁽²⁾، إذ يجب أن تستجيب الدعوى العمومية للغرض التنافسي، في حين تتوجه الدعوى الخاصة نحو الغرض المدني المتمثل في حماية المصالح الفردية.

في فرنسا، تمّ نقد إمكانية القاضي المدني لأن يفصل في المنازعات المتعلقة بالمنافسة دون إخطار السلطة المختصة لسببين:

السبب الأول: ذو طابع إجرائي والمتمثل في كون القاضي المدني ليس المناسب للتكفل بمهمة ذات النفع العام. فبالفعل، هناك شك يحوم حول تخصصه في قانون المنافسة، وذلك بغض النظر عن تخصص المحاكم

¹ - كما نصت المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، على ما يلي:

« دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و7 و10 و11 و12 أعلاه ».

² - Cons. conc., avis du 21 septembre 2006, relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, point 3 : « Il convient de garder à l'esprit la distinction entre l'action répressive et régulatrice menée à l'initiative des autorités publiques de concurrence et l'action privée à vocation réparatrice, engagée par les victimes des pratiques anticoncurrentielles devant les tribunaux » ; Sur ce point, voir Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 345.

الذي تم وضعه حيز التنفيذ في فرنسا بموجب المرسوم المؤرخ في 30 ديسمبر 2005. وكذلك عدم كفاية وسائله المتعلقة بالتحري في مواجهة المخالفات الاقتصادية والتي عادة ما تكون معقدة. وأخيرا، إن ترسانة العقوبات التي توجد في حوزته إنها غير مناسبة لقمع خرق قاعدة ذات نفع عام بصفة فعالة⁽¹⁾.

وذهب في هذا الاتجاه الرأي الصادر عن مجلس المنافسة الفرنسي السالف الذكر الذي فصل لصالح إبقاء الدعوى المدنية مستقلة، ومع ذلك أكد المجلس على أن « المتابعة المدنية لا تكون في الحقيقة فعالة إلا عندما تكون القضية قد تم متابعتها سلفا من طرف مجلس المنافسة »⁽²⁾.

ويتعلق السبب الثاني للنقد بتعطيل وتوقيف الدعوى العمومية بوجود الدعوى المدنية المستقلة. فمن جهة، هناك خطر ضياع الأدلة نتيجة للدعوى المدنية. فبالفعل، هناك جد دافع للمخاطرة بأن مرتكبي الممارسات المقيّدة للمنافسة سيعملون على ضياع عناصر الإثبات التي لم يتم إخطار القاضي المدني بها خوفا من الدعوى العمومية والتي يمكن اللجوء إليها بالتبعية للدعوى المدنية. ومن جهة أخرى، تسمح للضحايا بمعاينة فقط المنازعة الشخصية والتي تسمى بالدراية والوعي بحقيقة المخالفة.

إن سياسة الردع التي يسعى إليها مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) منذ عدة سنوات وذلك لضمان أحسن فهم ودراسة بالمنافسة، أصبحت غامضة بوجود الدعوى المستقلة. فبالفعل، إن صاحب التعسف والذي لا يتم معاقبته إلا على مستوى الضرر اللاحق بالضحية، يحتمل أن لا يلاحظ خطورة تصرفه. يجب أن يبقى المتعاملين الاقتصاديين واعين بأن المساس بالسوق يبرر عقوبات جد صارمة ولا تتعلق فقط بتعويض الضرر المتسبب فيه⁽³⁾.

وتقترح الأستاذة "Anne-Sophie CHONÉ" لطلب عقوبة التعسف في وضعية الهيمنة والذي سمته هي بالتعسف في خدمة السوق (Un abus au service du marché)⁽⁴⁾، سواء على أساس المادة 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE)) أو المادة L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي، أن تخطر الضحية أولا سلطة المنافسة قبل اللجوء إلى الدعوى المدنية أمام القاضي المدني، إذ لا يكون لها الخيار بين الدعوى العمومية والدعوى المدنية. لا تستطيع الضحية إخطار الهيئات القضائية العادية ببطالان التصرف وتعويض ضرره إلا بعد أن تكيّف الممارسة بالتعسف في وضعية الهيمنة من طرف سلطة المنافسة.

وهذا كله مع إبداء تحفظين هما:

¹ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., pp. 346 – 347.

² - Cons. conc., avis du 21 septembre 2006 (avis précité), point 51 ; Sur ce point, voir Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 347.

³ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 347.

⁴ - أنظر الصفحات من 112 إلى 122 من الأطروحة محل الدراسة.

- إبداء التحفظ في حالة إخطار سلطة المنافسة والتي لا تقرر المتابعة، مع محافظة هذه الأخيرة بحقها في العدول عن قرارها المتضمن عدم المتابعة وهذا بعد أن يتأسس القاضي المدني. وفي هذه الحالة فإن سلطة المنافسة لا تنقيد بالقرار الصادر عن هذا الأخير.

- أما التحفظ الثاني، يتم إبداءه في الحالة التي يُثار فيها التبرير التنافسي (l'argument concurrentiel) كوسيلة للدفاع في الموضوع وذلك في نزاع تعاقدية (un litige contractuel)، حيث إذا كان قانون المنافسة مستعملاً كوسيلة للدفاع وليس في الأصل (كطلب أصلي)، فإن القاضي العادي يستطيع أن يفصل في النزاع حتى ولو لم يتم إخطار سلطة المنافسة من قبل⁽¹⁾.

لنفترض بأن صاحب التسهيل الأساسية يمنح لمنافسه الدخول إلى هذه الأخيرة بمقابل مالي الذي يرفض هذا الأخير دفعه فيما بعد. ولتبرير عدم تنفيذ هذا العقد، يثير المدعى عليه بطلان العقد والذي يحقق، وتبعاً له، مقص التسعير "un ciseau tarifaire"⁽²⁾، وهو صنف من أصناف التعسف في وضعية الهيمنة. إن إلزام القاضي، في هذه الفرضية، بوقف الدعوى في انتظار نتيجة الدعوى العمومية، يؤدي إلى تمديد هذه المتابعة دون منفعة، ففي هذه الحالة، يتعلق الأمر ببساطة بالفصل بناء على وسيلة الدفاع، وليس على طلب مشكل في الأصل، مما يجعل اختصاص القاضي العادي مقبولا⁽³⁾.

ب - نتائج مبدأ الاختيار

لما يتعلق الأمر بالأجهزة القضائية المدنية والتجارية، وتم تحريك تلك المتابعة أمام مجلس المنافسة في آن واحد مع تحريك المتابعة أمام إحدى هذه الأجهزة، فإن هذه الأخيرة ليست ملزمة لا بإيقاف المتابعة، ولا بطلب رأي المجلس مثلما تجيز لها بذلك المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي جاء نصها كما يلي:

« يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر. ولا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية.

¹ - Sur ce point, voir Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., pp. 348 – 349.

² - « يعتبر مقص التسعير "ciseau tarifaire" ممارسة استيعادية والتي تتمثل في مطالبة المنافس بتسعيرة تفوق تلك المطبقة اتجاه المشتريين عنده، مما يجعل العرض المقترح فيما بعد من طرف هذا المنافس، وذلك بصفة حتمية، أقل أهمية بالمقارنة مع العرض المقترح من طرف صاحب التسهيل » ؛ حول هذا التعريف أنظر ؛

- Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 349.

³ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 348 – 349.

تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناءً على طلبه، المحاضر أو التقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه».

ويقابل المادة الأخيرة نص المادة L.462-3 من التّقنين التّجاري الفرنسي⁽¹⁾.

اعتبارا لاستقلالية المتابعات، فإن تعارض القرارات لا يمكن تجنبه والتي يمكن أن تصح عن طريق طعون أمام محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية⁽²⁾. وأمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التّجارية⁽³⁾ والمحكمة العليا وهذا في الجزائر.

يمكن للقرارات التي قد تصدر في هذا المجال أن ترتب مخاطر هامة على أساس التعارض الذي يمكن أن يحدث بينهما، لأن طرح مجلس المنافسة يختلف جذريا على طرح المحاكم، فمجلس المنافسة يعتمد أكثر الطرح الاقتصادي، بينما تحرص المحاكم أكثر على تطبيق المبادئ القانونية السارية في هذا المجال.

2 - القيود الواردة على مبدأ الاختيار

إذا كان المتضرر حرية في اختيار بين المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة و/أو المحاكم فإن تلك الحرية ليست مطلقة بل ترد عليها قيود.

على المضرور أن يأخذ بعين الاعتبار الأجل المقرّر لتقادم الدعوى سواء أمام مجلس المنافسة⁽⁴⁾ أو أمام المحاكم⁽⁵⁾.

وفي سنة 2014، تمّ تعديل المادة L.462-7 من التّقنين التّجاري الفرنسي بموجب نص المادة 02 من القانون رقم 344-2014 المؤرخ في 17 مارس 2014⁽⁶⁾، وذلك بإضافة فقرة إليها والتي تتضمن ما يلي: « يؤدي افتتاح المتابعة أمام كل من سلطة المنافسة وسلطة المنافسة الوطنية لدولة أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي أو افتتاحها أمام اللّجنة الأوروبية إلى انقطاع مدة تقادم الدعوى المدنية.

¹ - Voir l'article L.462-3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 48.

³ - راجع نص المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل بموجب المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

⁴ - نصت المادة 4/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: « لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (03) سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معابنة أو عقوبة ».

⁵ - نصت المادة 133 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، على ما يلي:

« تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار »؛

وكما نصت المادة 102/2 من الأمر نفسه على ما يلي:

« وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد ».

⁶ - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation (précitée).

ينتج عن الانقطاع الناتج عن افتتاح هذه المتابعة آثار إلى غاية التاريخ الذي يكون فيه قرار هذه السلطات أو قرار الهيئات القضائية المختصة، في حالة الطعون، نهائيا «⁽¹⁾؛ وتجدر الإشارة إلى أنه لم تنص جميع نصوص قانون المنافسة الجزائري على أن افتتاح المتابعة أمام مجلس المنافسة يؤدي إلى قطع مدة تقادم الدعوى المدنية⁽²⁾.

من جهة أخرى يجب أن يأخذ المضرور بعين الاعتبار مدى سلطات كل من مجلس المنافسة والمحاكم، فمجلس المنافسة لا يملك أن يحكم بالتعويض لمصلحة المضرور من ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة كبقية الممارسات المقيدة للمنافسة. ولهذا فعلى المضرور أن يتصرف وفقا للغاية التي يسعى إليها، وذلك تبعا إن كان يقصد الحماية من التعسف كوضع حد له أم يقصد التعويض عن الأضرار التي نجمت عن تلك الممارسة.

المطلب الثالث: مرحلة قبول الإخطار التنازعي

ليس كل إخطار يوجه من هؤلاء الأشخاص الذين خول لهم القانون حق الإخطار صحيح ومقبول من طرف مجلس المنافسة، وإنما يشترط فيه مجموعة من الشروط، فمسألة قبول الإخطار تقتض اختصاص ذلك المجلس، كما أنه يجب أن يكون الإخطار مرفقا بعناصر مقنعة، لذا نتطرق لدراسة هذه الشروط (الفرع الأول)، حيث يترتب عن توفرها آثار مختلفة تماما عن الآثار الناجمة عن غياب إحدى تلك الشروط الخاصة بالإخطار الموجه إلى مجلس المنافسة باعتباره الجهاز المكلف بقمع التعسف في وضعية الهيمنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط اللازمة لقبول الإخطار

نصت المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بأنه:

« يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية ».

وتقابل هذه الفقرة نص المادة L.462-8-I,II من التّقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾.

يستخلص من نص المادتين أنه لكي يكون الإخطار مقبولا فإنه يجب أن يتوافر على شرطين وهما:

- يجب أن يكون الإخطار داخلا في اختصاص مجلس المنافسة في الجزائر وسلطة المنافسة في فرنسا.

- يجب أن يتم تدعيم الإخطار بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية.

أولا: الإخطار يفترض اختصاص مجلس المنافسة

¹ - Voir l'article L.462-7 du code de commerce français (modifié par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 – art. 2) ; www.legifrance.gouv.fr/

² - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم بموجب القانونين التاليين:

- قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir l'article L.462-8,II du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

يمكن تحديد اختصاص مجلس المنافسة بصفة سلبية انطلاقا من تحديد مجال عدم اختصاصه، إذ يعتبر المجلس غير مختص، إذ أخطر بشأن قضية لا تدخل ضمن صلاحياته، وأيضا عندما يخطر بوقائع تدخل في مجال صلاحياته، لكن تكون هذه الوقائع قد تقادمت.

1 - عدم اختصاص مجلس المنافسة لكون الوقائع غير داخلية في إطار مهامه

يرجع عدم اختصاص المجلس لأحد السببين والمتمثلان فيما يلي:

- كون الوقائع المعروضة عليه لا تدخل ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة.

- كون الوقائع المطروحة ليست من مهام المجلس.

أ - الوقائع لا تدخل ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة

بالنسبة للجزائر، يتحدد مجال تطبيق الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بالرجوع إلى نص المادة 02

منه المعدلة بموجب المادة 02 من القانون رقم 05-10 والتي نصت على ما يلي:

« 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، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها،

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية»⁽¹⁾.

يُقابل هذه المادة نص المادة L.410-1 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾.

ب - الوقائع المعروضة ليست من مهام مجلس المنافسة

يفهم من المادة 2/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بأنه ينظر مجلس المنافسة إذا كانت

الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 (المتعلقة بالتعسف في وضعية

¹ - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.410-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

الهيمنة) و 11 و 12 أعلاه أو تستند على المادة 9 من الأمر ذاته⁽¹⁾. وهو ما نصت عليه المادة L.462-6, I من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾.

يستطيع المجلس أن يعلن بمقرر معل بأن الإخطار غير مقبول، لأنه لا يدخل في مجال اختصاصه: لأن المسألة لا تتعلق بالممارسات المقيّدة للمنافسة (بما فيها التعسف في وضعيّة الهيمنة على السوق محور الدراسة)، بل تتعلق بالممارسات الفردية المضيقّة للمنافسة كرفض البيع أو تقديم خدمات أو بيع متلازم أو ممارسات تمييزية أو أسعار مفروضة⁽³⁾. وكانت هذه الممارسات ليست ناتجة عن التعسف في وضعيّة الهيمنة على السوق مثلاً. كما لا يختص مجلس المنافسة فيما يتعلق بنزاهة وشفافية المعاملات التجارية، بل إنّها من اختصاص المحاكم العادية⁽⁴⁾.

نستخلص إذن أن مجال اختصاص مجلس المنافسة محدد فحسب، في الاتفاقات المحظورة (المادة 06 من الأمر رقم 03-03 نفسه)، بالتعسف في وضعيّة الهيمنة، موضوع الدراسة (المادة 07 من الأمر ذاته)، كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم (المادة 10 من الأمر نفسه)، التعسف في التبعية الاقتصادية (المادة 11 من الأمر ذاته)، البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي للمستهلك (المادة 12 من الأمر نفسه)⁽⁵⁾.

يترتب اختصاص سلطة المنافسة المتمثلة في مجلس المنافسة بالنسبة للجزائر واللجنة الأوروبية بالنسبة للمجموعة الأوروبية لتسوية حالات الممارسات المخالفة للنقطتين "أ" و"ب" (الاستغلال المفرط لوضعية مهيمنة) من الفقرة (1) من المادة 41 من الاتفاق الأوروبي⁽⁶⁾. طبقاً للتشريع المناسب، بحيث يتم تقاضي كل أثر مضر بالتجارة والتنمية الاقتصادية، بالإضافة إلى ما قد ينجم عن هذه الممارسات من أثر سلبي على المصالح الكبرى للطرف الآخر، حيث تتمّ تسوية هذه الحالات بالقواعد المتوفرة من قانون المنافسة الخاص بكل طرف (فبالنسبة

¹ - راجع نص المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.462-6, I du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المناهضة للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "قانون الأعمال"، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 14 سبتمبر 2004، ص 56.

⁴ - نصت المادة 1/60 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي:

« تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ».

⁵ - راجع المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة (معدل ومتمم)، المرجع السابق ذكره.

⁶ - أنظر المادة 1/41، أوب من المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، المرجع السابق ذكره.

للجزائر الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة وتعديلاته. أمّا بالنسبة للمجموعة الأوروبية، المادتين 101 و102 [المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة] من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE) بما في ذلك عندما تطبق هذه القواعد على مؤسسات تقع خارج إقليمها والتي لنشاطاتها تأثير على هاذين الإقليمين⁽¹⁾.

2 - إخطار مجلس المنافسة بوقائع سقطت بالتقادم

نصّت المادة 4/44 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 على ما يلي:

« لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (03) سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاناة أو عقوبة ».

وتقابل هذه المادة نص المادة L.462-7 من النّقنين التجاري الفرنسي والتي عدلت مدة تقادم الدعاوى، فبعدما أن كانت تزيد عن 03 سنوات تطبيقاً لنص المادة 27 من الأمر 01 ديسمبر 1986، أصبحت هذه المدة (مدة التقادم) تزيد عن (05) سنوات⁽²⁾.

أ - معنى التقادم

لا ينظر مجلس المنافسة الجزائري في الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (03) سنوات في حين لا تنظر نظيرته الفرنسية في الدعاوى التي تجاوزت مدتها خمسة (05) سنوات وتحتسب مدة التقادم بالنسبة لتاريخ إخطار المجلس أو سلطة المنافسة⁽³⁾.

ب - نقطة انطلاق مدة التقادم

يمكن أن تكتسي الممارسات المقيّدة للمنافسة طابع ممارسات فورية، أو ممارسات مستمرة.

اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي بأنه « يتعلق تحديد نقطة انطلاق تقادم الممارسات المقيّدة للمنافسة بكيفية حدوث الوقائع في الزمن. فإن الممارسة التي لها طابع فوري والتي تم وقوعها في ظرف زمني محدد، وذلك بمجرد قيام الوقائع التي تتشكل منها، تكون نقطة انطلاق مدة التقادم من اليوم الذي يلي مباشرة تاريخ ارتكاب الممارسة المقيّدة للمنافسة، مثلاً هو الحال بالنسبة للتعليمية المتعلقة بالمقاطعة والتي يتم نشرها عن طريق منشور أو رفض البيع من طرف مؤسسة في وضعية هيمنة، فإنّه يبدأ التقادم في السريان بكيفية مختلفة عن الممارسة التي تكون مستمرة »⁽⁴⁾.

¹ - أنظر الملحق (05) لاتفاق الشراكة السالف الذكر.

² - Voir l'article L.462-7 du code de commerce français (modifié par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 – art. 2) ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - يحرص مجلس المنافسة الجزائري في حيثيات قراراته على التذكير بأن الإخطار قد رفع في أجل 03 سنوات، بمعنى أن الوقائع الواردة في عريضة الإخطار لم تتقادم ؛ مجلس المنافسة، قرار رقم 98-03-ق، الصادر في 12 ديسمبر 1998، المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Cons. conc., décision n° 05-D-75 du 22 février 2005, Monnaie de Paris, confirmée sur ce point par CA Paris, 1^{ère} Chambre – Section H, Arrêt du 12 décembre 2006 ; www.autoritedelaconurrence.fr/

قدم مجلس المنافسة الفرنسي، في تقريره لعام 2002، تعريفا للممارسة المستمرة جاء كما يلي: « تكتسي الممارسات المقيّدة للمنافسة طابع الممارسات المستمرة لما تكون حالة المخالفة تمتد في الزمن عن طريق تكرارها المستمر أو الاستمرار الملح للإرادة المدانة (la volonté coupable) للفاعل بعد التصرف الرئيسي، فيتعلق الأمر بالممارسات المميزة باستمرارية الإرادة المقيّدة للمنافسة دون إلزامية وجود تصرف مادي يعبر عن ذلك في الزمن، وبهذا فإن حساب نقطة انطلاق مدة التقادم لا يبدأ إلاّ منذ نهاية الممارسات »⁽¹⁾.

وبوجود مخالفات مستمرة، يطبق مجلس المنافسة الفرنسي والهيئات القضائية للاستئناف والنقض الفرنسية أحكام المادة 07 من تقنين الإجراءات الجزائية التي يفهم منها بأنه لا يبدأ حساب مدة التقادم بالنسبة للمخالفات المستمرة أو التي استمرت إلاّ منذ اليوم الذي تتخذ فيه المخالفة نهائية. وبذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن « تتقادم مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة، الناتج عن إبرام عقد تموين حصري، ابتداء من آخر تصرف المتضمن تنفيذ العقد السالف الذكر »⁽²⁾.

ج - انقطاع مدة التقادم

ينقطع أجل التقادم وفقا للمادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة عن طريق إجراء بحث عن الوقائع أو معاينتها أو معاقيتها. لم ينص القانون الجزائري المتعلق بالمنافسة بوضوح عن مجموع الأعمال التي تؤدي إلى انقطاع أجل التقادم، فقد اهتم الاجتهاد القضائي الفرنسي، تطبيقا لهذه القاعدة، بتحديد قائمة الأعمال التي ينقطع بها أجل التقادم عبر المراحل المختلفة للإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة الفرنسي وفي قيامه بذلك استنبط هذا الأخير معظم الأعمال التي ينقطع بها التقادم من قواعد الإجراءات الجزائية المتصلة بموضوع التقادم من جهة⁽³⁾. ومن جهة أخرى، الأعمال التي لا ينقطع بها التقادم.

د - التصرفات القاطعة للتقادم

يمكن تقسيم التصرفات القاطعة للتقادم إلى 3 فئات وهي:

- الأعمال والتصرفات التي ينقطع بها أجل التقادم قبل إخطار مجلس المنافسة.

- التصرفات التي ينقطع بها هذا الأجل في مرحلة إخطار مجلس المنافسة.

- وأخيرا، الأعمال اللاحقة لإخطار هذا المجلس.

د1 - التصرفات القاطعة للتقادم قبل إخطار مجلس المنافسة

تتمثل الأعمال التي ينقطع بها أجل التقادم قبل إخطار مجلس المنافسة مثلا فيما يلي:

- محاضر التحقيق المقامة من طرف المحققين مهما كانت موضوعها: معاينة الوقائع، حجز الوثائق.

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 04.

² - Cass. crim., arrêt du 19 mars 2008, n° 07-80473, cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 04.

³ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 335.

- الرسالة الموجهة من طرف رئيس المصلحة الجهوية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش لرئيسه الإداري، ممثلة في نقطة انطلاق التحقيق الإداري، والتي أدت فيما بعد إلى إخطار المجلس من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد الفرنسي⁽¹⁾.

- الشكاوى المودعة لدى الأجهزة القضائية الجزائية الفرنسية، عندما تشكل حالة وقائع والتي تم إخطار مجلس المنافسة بها بعد ذلك⁽²⁾.

- شكوى مع تأسيس الطرف المدني مرتبطة بوقائع وموضوع إخطار معين.

- الطعن بالنقض ضد قرار قضائي يقضي بالترخيص بعملية الحجز والزيارة وحكم نقض هذا القرار بسبب اعتبار عمليات الزيارة والحجز بمثابة أعمال بحث ومعاينة الممارسات المقيّدة للمنافسة، حيث يمكن للطعن بالنقض أو النقض ذاته أن يلغي عناصر الإثبات التي تم الاستناد عليها لمتابعة المؤسسة أو المؤسسات المعنية وذلك لتجنب محاولة المؤسسات، التهرب من المسؤولية والعقاب⁽³⁾.

د 2 - التصرفات القاطعة للتقادم في مرحلة إخطار مجلس المنافسة

أكدت محكمة استئناف باريس بأنه يمكن أن يحدث انقطاع للتقادم بواسطة إخطار مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة)⁽⁴⁾. حيث أنّ أول مرحلة في أعمال البحث أو المعاينة أو العقوبة هي الإخطار⁽⁵⁾.

وبالتالي، فإنّ كل إخطار تتقدم به أحد الجهات المنصوص عليها في المواد 44 و 35/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر يؤدي إلى انقطاع التقادم⁽⁶⁾.

يعتبر مجلس المنافسة الفرنسي، لاسيما عندما تتقدم عدة جهات لإخطاره وتكون المعنية بنفس الوقائع، أنّه يجب حساب أجل التقادم ابتداء من الإخطار الأقدم تاريخا. عندما يكشف التحقيق المباشر فيه في إطار إخطار معين عن نفس الوقائع التي تم التبليغ عنها لكن دون عرضها بشكل واضح ودقيق في الإخطار ذاته، يعتبر المجلس أن أجل تقادم الوقائع التي تم الكشف عنها قد تم انقطاعه بفعل هذا الإخطار حتى وإن عدل المخطر عن إخطاره (التقرير السنوي لمجلس المنافسة الفرنسي لعام 2002)⁽⁷⁾.

د 3 - التصرفات القاطعة للتقادم واللاحقة لإخطار مجلس المنافسة

¹ - Cons. conc., décision n° 92-D-37 du 2 juin 1992 relative aux pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des marins de la marine nationale en Bretagne ; www.autoritedelaconurrence.fr/

² - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 68.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 336.

⁴ - Pierre ARHEL, « Activité de la cour d'appel de Paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles », LPA n° 16, 22 janvier 2002, p. 19.

⁵ - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 68.

⁶ - راجع المواد 44 و 35/2 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁷ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 337.

بعد إخطار مجلس المنافسة، يبدأ حساب أجل تقادم جديد الذي يمكن بدوره أن ينقطع بفعل إجراء التحقيق أو المتابعة المباشر في إطار إجراء يُباشَر به المقرر المكلف بالقضية أو المحققين الذين تم تعيينهم لهذا الغرض، ولهذا قرر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) أن الأعمال الآتية تؤدي إلى انقطاع أجل التقادم⁽¹⁾، وهي:

- إيداع ملاحظات الوزير المكلف بالاقتصاد حول تقرير المقرر لدى مجلس المنافسة⁽²⁾.
- طلب معلومات حول الوضعية المالية والقانونية للمؤسسات المعنية الموجه إليها من طرف المقرر الذي تم تعيينه.
- الرسالة الموجهة من طرف المقرر لمؤسسة والتي ترمي إلى التحقق بأن الأشخاص المعنية لم يتغير شكلها، والتأكد من هوية الأشخاص الطبيعية المؤهلة للإجابة باسمها.
- تبليغ المآخذ، وبذلك فإن تبليغ المآخذ التكميلية تقطع التقادم، ليس اتجاه المؤسسات المخاطبة فقط ولكن كذلك اتجاه تلك التي لا تكون مخاطبة بهذا التبليغ ولكن بتبليغ مآخذ سابقة⁽³⁾.
- محاضر التحقيق ومحاضر الاطلاع على الوثائق المعدة من طرف المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش والمفتشية العامة لوزارة التجارة بالنسبة للجزائر.
- قرار سرية الأعمال المتخذ من طرف رئيس مجلس المنافسة.
- طلب الاطلاع على المعلومات والوثائق المتصلة بهوية المؤسسة التي أُرست عليها صفقة عمومية المرسل من طرف المقرر.
- إخطار فرعي وارد عن وزير الاقتصاد الفرنسي يتضمن نفس الوقائع المبلغ عنها في إخطار أصلي، يضيف عناصر إثبات جديدة⁽⁴⁾.

هـ - التصرفات غير القاطعة للتقادم

لا يمكن أن تشكّل التصرفات المدنية كمحضر المحضر القضائي أو التصريح بالاستئناف المقدم للدفاع عن مصلحة خاصة، تصرفات تؤدي إلى البحث أو معاينة الممارسات المقيّدة للمنافسة. كما لا يشكل تصرف أو عمل قاطع للتقادم تعيين المقررين، والذي يمثل إجراء ذات طابع داخلي، كذلك لا يشكل عمل قاطع التقادم الرسائل التي من خلالها تقدم الشركات المعنية المعلومات المطلوبة من طرف المقرر⁽⁵⁾.

¹ - المرجع نفسه، ص 337.

² - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 05.

³ - Ibid.

⁴ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 337 - 338.

⁵ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 06.

تعتبر الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بشكل عام، أن طرق الطعن بحد ذاتها تؤدي إلى انقطاع أجل التقادم في حين أن أعمال المعاينة والبحث والعقوبة التي تتم في إطار إجراء من إجراءات المنافسة غير المشروعة التي تسعى إلى الدفاع عن مصالح الخاصة لا تؤدي إلى انقطاع التقادم (التقرير السنوي لمجلس المنافسة الفرنسي لعام 2002) لأن الأمر هنا لا يتعلق بالنظام العام الاقتصادي الذي يسهر مجلس المنافسة على حمايته⁽¹⁾.

تجدر الإشارة، إلى أن كل الأعمال الإجرائية التي حكم بعدم شرعيتها وبالتالي إلغائها لا تؤدي إلى انقطاع أجل التقادم، كما أنه لا ينقطع أجل التقادم إذا وردت بعض الأعمال الإجرائية من هيئة غير مختصة لا موضوعيا ولا إقليميا⁽²⁾.

و - أثر قطع مدة التقادم

إن قطع مدة التقادم له أثر مسح كل الفترة التي مضت قبل وقوعه، بحيث يكون هناك أجل جديد لمدة 05 سنوات يتم البدء في حسابه وذلك ابتداء من التصرف القاطع. فكون مجلس المنافسة تم إخطاره بالممارسات المقيّدة للمنافسة في مجملها، فإن قطع التقادم ينتج آثاره اتجاه كل المؤسسات المعنية، حتى ولو لم يتم أداء التصرف القاطع لمدة التقادم مباشرة اتجاه هذه الأخيرة ولجميع الأفعال المعلن عنها⁽³⁾. إذن، يكون التصرف القاطع للتقادم اتجاه كل مؤسسات الأطراف في القضية، في حين أنه لا يتعلق إلا بمؤسسة طرف منها.

ي - اكتساب التقادم

يختلف أثر التقادم المكسب وفقا لاكتساب هذا الأخير قبل أو بعد إخطار مجلس المنافسة. إذا تم اكتساب التقادم قبل إخطار مجلس المنافسة، يتعرض الإخطار لعدم القبول وذلك طبقا للمادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الجزائري والمادة L.462-8¹ من التقنين التجاري الفرنسي. أما إذا تم اكتساب التقادم عند إخطار المجلس بمعنى أثناء المباشرة في الإجراءات، فإنه على المجلس أن يقرر التصريح بعدم التأسيس لمتابعة الإجراءات استنادا إلى المادة L.464-6 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁴⁾. وهذا الذي لم يسته المشرع الجزائري صراحة.

لاكتساب التقادم أثر يتمثل في منع متابعة التحقيق حول الأفعال محل الإخطار، وتوقيع العقوبة. وفي هذا الإطار وبالنسبة للأعمال التي ينقطع بها أجل التقادم، فإن إدماج إخطار متعلق بوقائع تقادمت مع إخطار

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 336.

² - المرجع نفسه، ص 338.

³ - Cons. conc., décision n° 98-D-25 du 17 mars 1998 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des analyses de biologie médicale ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁴ - Voir l'article L.464-6 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

خاص بوقائع مرتبطة أين تمت المباشرة في الأعمال والإجراءات التي من شأنها قطع أجل التقادم، لا ينجم عنه أثر متابعة وقائع الإخطار الأول بأثر رجعي لأن التقادم اكتسب⁽¹⁾.

ويجب الإشارة في هذا الصدد، بأن الأمر رقم 2008-1161 المؤرخ في 13 نوفمبر 2008 قد أضاف أجل تقادم إضافي، وذلك بالنص على أنه يتم اكتساب التقادم بناء على الأمر الأخير لما تنهي مدة أو أجل عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ التوقف عن الممارسة المقيّدة للمنافسة، وهذا دون أن تفصل سلطة المنافسة الفرنسية في هذه الممارسة⁽²⁾، وهذا من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة L.462-7 من التقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾. وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة ذاتها على حالات وقف سريان مدة التقادم المتمثلة في 10 سنوات، وذلك إلى غاية تبليغ سلطة المنافسة الفرنسية بحكم قضائي نهائي. وتتمثل هذه الحالات في:

- كون الأمر المتخذ بناءً على نص المادة L.450-4 من التقنين التجاري الفرنسي (والمتضمن إذن بإجراء التحريات الثقيلة) محل استئناف، أو لما تكون مجريات العمليات المنصوص عليها في المادة ذاتها محل طعن، ويتم وقف مدة التقادم ابتداءً من تاريخ إيداع هذا الاستئناف أو الطعن⁽⁴⁾.

- لما يكون قرار سلطة المنافسة محل طعن، وذلك بتطبيق نص المادة L.464-8 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁵⁾، ويتم وقف مدة التقادم ابتداءً من تاريخ إيداع هذا الطعن، كالتعن المقدم ضد قرار سلطة المنافسة الفرنسية والمتضمن عدم قبول الإخطار لانعدام الصفة أو المصلحة في المخطر.

ولما يتم وقف مدة التقادم، فلا يستمر سريان هذه المدة إلا بعد زوال سبب الوقف. ويتم الأخذ في الاعتبار الفترة التي مضت من هذه المدة قبل ظهور سبب الوقف وهذا لحساب مدة التقادم المذكورة أعلاه⁽⁶⁾.

و - شروط تمسك مجلس المنافسة بالتقادم

أوضحت محكمة استئناف باريس في أحد قراراتها الصادرة في 17 ديسمبر 1987 شروط تمسك مجلس المنافسة بالتقادم، ويمكن أن يستنتج من إحدى حيثيات هذا القرار أنه لا يصح للمجلس أن يرفض إخطار على أساس احتمال تقادم الوقائع المتعلقة به ما لم يوضح المجلس الوقائع التي يطبق عليها التقادم وتاريخ حدوثها، ولم يبحث ما إذا لم يكن هناك أفعال من شأنها قطع هذا التقادم⁽⁷⁾.

¹ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 338.

² - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 07.

³ - Voir l'article L.462-7 du code de commerce français (modifié par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 – art. 2) ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article L.450-4 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Voir l'article L.464-8 du même code.

⁶ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 06.

⁷ - Arrêt « Société des lubrifiants du Midi », 17 décembre 1987, BOCCRF du 29 décembre 1987, p. 393 : « Considérant que l'effet d'une éventuelle prescription ne saurait être utilement invoqué pour justifier le rejet d'une saisine sans que soient précisés les fait auxquels elle s'appliquerait, leur date de réalisation et sans qu'il soit recherché s'il n'existe pas d'actes ou de faits propres à l'interrompre » ;

ونستخلص مما سبق، أن مجلس المنافسة الجزائري لا يكون مختصا إلا إذا أخطر بوقائع لم تسقط بالتقادم، مالم يحدث بشأن تلك الوقائع أي بحث أو معاينة أو عقوبة من شأنها قطع التقادم هذا من جهة. ومن جهة أخرى، أن تدخل تلك الوقائع ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها في الأمر رقم 03-03 المتعلق بقانون المنافسة الجزائري، غير أنه إضافة إلى الشرطين السابقين، فإن قبول الإخطار تتطلب أيضا تدعيمه بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية.

ثانيا - إرفاق الإخطار بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية

يتطلب قانون المنافسة إرفاق عريضة الإخطار بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، غير أنه لا يمكن تقدير هذه العناصر من طرف مجلس المنافسة، إلا إذا كانت الجهة المخطرة تمتلك الصفة والمصلحة لرفع الدعوى. ولهذا نتطرق في البداية إلى شرطي المصلحة والصفة باعتبارهما شرطين مسبقين لقبول الإخطار، ثم نتعرض إلى فكرة العناصر المقنعة بما فيه الكفاية.

1 - شرطي الصفة والمصلحة

نقوم بدراسة شرط المصلحة ثم شرط الصفة.

أ - شرط المصلحة

اشتترط المادة 1/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على الهيئات المذكورة في المادة 2/35 من الأمر نفسه، لقيامها بإخطار مجلس المنافسة، أن يتوفر لديها مصلحة في ذلك علما بأن هذه الهيئات لها مهمة الدفاع عن مصالح ذات طابع جماعي.

والجدير بالذكر أن شرط المصلحة ليس مطلوبا فقط بالنسبة للهيئات السابقة، وإنما مطلوب أيضا بالنسبة للمؤسسات، وهذا رغم أن المادة 1/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة لم تصرح بضرورة توفر هذا الشرط بالنسبة للمؤسسات، ولذا فإن القاعدة العامة القائلة بأن "لا دعوى بدون مصلحة" واجبة التطبيق هنا، وهكذا يجب على المؤسسات أن تثبت بأن الممارسات المقيدة للمنافسة (بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة) قد مست بمصالحها بصورة مباشرة، فالضرر يجب أن يكون شخصا ومباشرا. وهذا تماما مثلما يعمل به في قانون الإجراءات الجزائية الذي يعطي الحق لكل من أصابه ضرر مباشر نتيجة للجريمة أن يحرك الدعوى العمومية⁽¹⁾.

حول هذه النقطة أنظر، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 289.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 290.

يجب إذن أن تكون الجهة المخطرة تملك المصلحة لرفع الدعوى، والدليل على اعتبار المصلحة شرطا لقبول الإخطار، نص المادة 08 من النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة الجزائري⁽¹⁾، والذي اشترط من بين البيانات والعناصر التي يجب أن يتضمنها، على الأقل، موضوع الإخطار ببيان مصلحة صاحب الشكوى (المخطر).

ونصت المادة L.462-8,1 من التقنين التجاري الفرنسي صراحة على عدم قبول الإخطار عند غياب المصلحة لرفع الدعوى عند صاحب الإخطار⁽²⁾.

يستطيع المشتكي، في فرنسا، الادعاء بضرر محتمل فقط، بما أن تتضمن المادة 08 من الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة (حاليا المادة L.420-2,1 من التقنين التجاري الفرنسي) معاقبة التعسف في وضعية الهيمنة والذي "يمكن أن يكون له أثر" الإخلال بالمنافسة⁽³⁾.

بينما بالنسبة للوزير المكلف بالتجارة الجزائري ومجلس المنافسة الجزائري، فيعنيان من هذا الشرط لأن الوزير مكلف بالدفاع عن النظام العام الاقتصادي، كما أن مهمة مجلس المنافسة هي ضمان السير الحسن للسوق، وترتبا على ذلك، فهما معنيان دائما بما يقع من تعسف في وضعية الهيمنة أو أية ممارسة مقيدة للمنافسة.

ب - شرط الصفة

رغم سكوت الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة وتعديلاته، عن ذكر هذا الشرط، إلا أن هذه الصفة تعتبر شرطا ضروريا وطبيعيا يجب أن يتوفر في العارض، سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا، فحتى يكون الإخطار المباشر مقبولا أمام مجلس المنافسة، يجب أن يصدر من جهة تتمتع بالصفة للقيام بذلك. والدليل على اعتبار الصفة شرط لقبول الإخطار، نص المادة 08 من النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة الجزائري⁽⁴⁾ الذي اشترط من بين البيانات والعناصر التي يجب أن يتضمنها، على الأقل، موضوع الإخطار ببيان صفة صاحب الشكوى (المخطر).

وعليه، فالإمضاء الموجود في عريضة الإخطار، يجب أن يكون صاحبه مخولا رسميا من طرف الجهات التي يمثلها للقيام بهذه المهمة⁽⁵⁾. وهذا ما أكدته نص المادة 19 من النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة الجزائري، والذي اشترط أن يتم التوقيع على الإخطارات من قبل الأطراف التي تصدرها، من قبل الممثل الذي

¹ - راجع نص المادة 08 من القرار: رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.462-8,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Contrôle des ententes et abus de domination en droit français, Conseil de la concurrence, Procédure de contrôle) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 370, 8/1987, p. 16.

⁴ - راجع المادة 08 من القرار: رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

⁵ - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 67.

فوضوه أو المحامي الذي تم تحديده كموطن مختار، يجب توكيل الممثل بموجب اتفاقية موقعة من قبل الموكل والوكيل أو بواسطة عقد توثيقي. إن المحامي معفي من أي توكيل⁽¹⁾.

ونصت المادة L.462-8,1 من التقنين التجاري الفرنسي صراحة على عدم قبول الإخطار عند غياب الصفة لرفع الدعوى في صاحب الإخطار⁽²⁾.

والسؤال المطروح هو متى تعد الصفة متوفرة ؟ هل عند وقوع الفعل أي التعسف في وضعية الهيمنة مثلا أم عند تقديم الإخطار إلى المجلس ؟

وقد صادف مجلس المنافسة الفرنسي هذه المسألة أثناء فحصه لإخطار تقدم به شخص طبيعي قام بإنشاء مؤسسة فردية entreprise individuelle مختصة في التجميع الآلي للعروض والطلبات الخاصة بالبيع والإيجارات العقارية، والتي توقفت عن النشاط بسبب الممارسات المقيّدة للمنافسة التي ارتكبتها عدد من الصحف تصدر بشرق فرنسا بعد أن رفضت القيام بإدراج الإعلانات الإشهارية لهذا الشخص ضمن صفحاتها.

ففي هذه القضية، يلاحظ أن المؤسسة كانت قائمة وموجودة عند وقوع الممارسات الممنوعة، لكن لم تعد موجودة عند تقديمها للإخطار. فهل يملك صاحبها حق إخطار مجلس المنافسة أم لا ؟

أجاب مجلس المنافسة الفرنسي بأن الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 يستوجب أن تكون صفة التقاضي متوفرة عند تقديم الإخطار، ولهذا فقد رفض الإخطار المقدم من مؤسسة تجميع العروض والطلبات المذكورة على أساس عدم توفر الصفة لحظة الإخطار⁽³⁾.

وأيدت محكمة استئناف باريس هذا القرار وذلك في حكمها الصادر في 23 فيفري 1989⁽⁴⁾.

2 - شرط توفر العناصر المقنعة بما فيه الكفاية

هذا الشرط نصت عليه المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة: « يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعومة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية ». كما نصت عليه المادة L.462-8,2 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁵⁾.

أ - معنى فكرة العناصر المقنعة بما فيه الكفاية

¹ - أنظر المادة 19 من القرار: رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، السالف الذكر.

² - Voir l'article L.462-8,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Cons. conc., 2^{ème} rapport d'activité, 1988, p. 8.

⁴ - Arrêt Yves MIGNOT, 23 février 1989, BOCCRF du 03 mars 1989, p. 53 ;

ولمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة، أنظر، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص ص. 291 - 292.

⁵ - Voir l'article L.462-8,II du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

يجب أن يحتوى الملف المرفق بالإخطار على عناصر إثبات كافية ومقنعة وليست ادعاءات باطلة، لأن عدم توفر أدلة كافية أو عناصر إثبات مقنعة في العريضة يعرضها إلى الرفض وعدم القبول من طرف مجلس المنافسة⁽¹⁾. غير أن هذا الشرط ورغم أهميته وضرورته، إلا أنه يمكن أن يطرح بعض المشاكل بالنسبة للمؤسسات والهيئات المختلفة، التي ليست لها الإمكانات المادية الكافية للقيام بالتحقيقات اللازمة من أجل جمع عناصر الإثبات المقنعة، خاصة بالنسبة لجمعيات المستهلكين.

ب - نطاق فكرة العناصر المقنعة بما فيه الكفاية

هل تقديم هذه العناصر يقصد به إثبات حقيقة وقوع التعسف في وضعية الهيمنة أم يقصد بها تحديد بعض المعالم الضرورية التي تسمح بالتقريب من حقيقة وقوع الممارسات المحظورة ؟
وفصلت محكمة استئناف باريس في هذه المسألة، وذلك عندما اعتبرت أنه يتوجب على أي طرف يخطر مجلس المنافسة الاستدلال بعناصر كفيلة بإظهار حقيقة الممارسات أو على الأقل ذكر كل ما من شأنه أن يدل أو يوصل إليها⁽²⁾.

يلاحظ إذن حسب قرار محكمة استئناف باريس أن ما يجب إثباته، ليس بالضرورة هي حقيقة الوقائع التي تم التبليغ عنها ولكن ما يحتمل أن يكون ممارسات مقيّدة للمنافسة⁽³⁾.

ومن أجل تدعيم الإخطار بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، اشترطت المادة 08 من النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة الجزائري، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة - رقم 03⁽⁴⁾، أن يتضمن موضوع الإخطار تحديد أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، التي يدعي صاحب الشكوى أنه تم خرقها؛ عرض الوقائع التي تميز هذا الانتهاك والظروف الأخرى ذات الصلة لاسيما التي لها علاقة بالقطاع والمنطقة الجغرافية المعنية والمنتجات والخدمات المتأثرة والشركات المعنية وأيضا السياق القانوني والاقتصادي ذو الصلة؛ هوية وعناوين الشركات أو الجمعيات التي يسند إليها صاحب الشكوى هذه الخروق، في حالة ما إذا كان باستطاعته تحديد هويتها.

¹ - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 67.

² - Arrêt, Société des lubrifiants du Midi, 17 décembre 1987 : « Il appartient à toute partie qui saisit le conseil de la concurrence de produire des éléments propres à établir la réalité ou, à tout le moins, la vraisemblance de pratiques anticoncurrentielles » ;

حول هذه النقطة أنظر، محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 293.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 293.

⁴ - راجع نص المادة 08 من القرار: رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

يمكن، تطبيقاً لنص المادة 09 من النظام ذاته، أن يكون الإخطار مرفقاً بالوثائق الملحقة بهدف الوقوف على الوقائع والعناصر المفيدة الأخرى التي تسمح بتقييمها⁽¹⁾.

إن الغاية من المطالبة بتقديم عناصر مقنعة بما فيه الكفاية هي التخفيف على مجلس المنافسة حتى لا ينشغل بمتابعة المسائل التي لم تفرق بأدلة تساعد على تأكيد صحتها، وذلك على حساب القضايا الأساسية التي أنشئ من أجلها المجلس، كسلطة ضابطة للسوق⁽²⁾.

الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن توفر أو عدم توفر شروط الإخطار

إذا نقص شرط من شروط قبول الإخطار، يصرح مجلس المنافسة الجزائري بعدم قبوله. أما إذا اجتمعت شروط قبول الإخطار، الشكلية والموضوعية، أدى ذلك إلى إحداث آثار معينة. لذا سندرس الآثار الناتجة عن عدم توفر شروط قبول الإخطار، ثم الآثار الناتجة عن توفر شروط قبوله.

أولاً: الآثار الناتجة عن عدم توفر شروط قبول الإخطار

على عكس المشرع الجزائري، نظم المشرع الفرنسي إجراء عدم القبول والذي يصدر بشأنه قرار عدم القبول (décision d'irrecevabilité) والذي ميزه عن قرار رفض الإخطار (décision de rejet de saisine) وعن قرار عدم المتابعة (décision de non-lieu). لذا سنتطرق لهذا الإجراء ولوجوب تسبيب قرار عدم قبول الإخطار وبعدها لتبليغه.

1 - الإجراءات الخاصة بعدم قبول الإخطار

نصت المادة 44/1 و3 و4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة. ويمكن للمجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 25 من الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك.

يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلن بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية.

لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (03) سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاناة أو عقوبة «.

ويقابل هذه المادة نص المادة L.462-8 من التقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾.

¹ - أنظر المادة 09 من القرار: رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 294.

³ - Voir l'article L.462-8, 1, 2, 3, 4, 5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

يجب التمييز بين قرارات عدم القبول وقرارات رفض الإخطار وقرارات عدم المتابعة. وبذلك ووفقا لمجلس المنافسة الفرنسي، فإن وجود سبب عدم القبول يستبعد كل دراسة في الموضوع وللاثباتات المتحصل عليها. أما رفض الإخطار، فإنه بالعكس يتطلب تقدير عناصر الإثبات المقدمة لدعم الإخطار، والنطق بعدم المتابعة دراسة الأفعال وذلك من أجل التحقق من وجودها المادي، وهل يتعلق الأمر بالممارسات المقيّدة للمنافسة المحظورة⁽¹⁾.

قبل تطبيق قانون الأنظمة الاقتصادية الجديدة « NRE » المؤرخ في 15 ماي 2001، يتخذ مجلس المنافسة الفرنسي قرار الرفض، لما يلاحظ غياب الصفة والمصلحة في التصرف عند صاحب الإخطار⁽²⁾. منذ ذلك القانون، لا يشكل غياب الصفة والمصلحة في التصرف سببا للرفض وإنما لعدم قبول الإخطار. ويشكل كذلك تقادم الأفعال وفقا لنص المادة L.462-7 من التقنين التجاري الفرنسي أو إذا رأت سلطة المنافسة الفرنسية أن الأفعال المثارة لا تدخل ضمن مجال اختصاصها سببا لعدم قبول الإخطار⁽³⁾.

تسمح الفقرات من 2 إلى 5 من المادة L.462-8 من التقنين التجاري الفرنسي لسلطة المنافسة الفرنسية برفض الإخطار بقرار معلل في أربع حالات: لما تلاحظ أن الوقائع المثارة ليست مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية؛ عندما يمكن دراسة ومعالجة تلك الوقائع من قبل الوزير المكلف بالاقتصاد تطبيقا للمادة L.464-9 من التقنين التجاري الفرنسي؛ لما تكون على علم بأن هناك سلطة منافسة وطنية لدولة عضوة أخرى في الاتحاد الأوروبي أو اللجنة الأوروبية قد عالجت الأفعال نفسها والخاضعة لأحكام المواد 81 و 82 من المعاهدة المنشأة للاتحاد الأوروبي (التي أصبحت المواد 101 و 102 منذ دخول معاهدة لشبونة (Lisbonne) المؤرخة في 01 ديسمبر 2009 حيز التنفيذ) أو لما يتم إعلامها بأن سلطة منافسة وطنية لدولة عضوة أخرى في الاتحاد الأوروبي تعالج الأفعال ذاتها الخاضعة للأحكام المذكورة⁽⁴⁾.

في هذه الحالة الأخيرة، تستطيع سلطة المنافسة الفرنسية إما أن تقرر رفض الإخطار أو أن تقرر وقف المتابعة، ولما يتم استلام المعلومات المتعلقة بهذه الفرضيات، من قبل المقرر في مرحلة التحقيق، فإنه يمكن للمقرر العام كذلك أن يقرر وقف سريانه⁽⁵⁾.

¹ - Cons. conc., décision n° 02-D-75 du 17 décembre 2002, Stés Scoot France et Fonecta France, décision définitive ; Sur ce point, voir Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 32.

² - Pour un exemple de rejet pour défaut de qualité à agir : Cons. conc., décision n° 88-D-34 du 21 septembre 1988, confirmée par CA Paris, 23 février 1989 : Juris-Data n° 1989-640252. Pour un exemple de rejet pour défaut d'intérêt à agir : Cons. conc., décision n° 94-D-37 du 21 juin 1994, Concessionnaires et agents automobiles de Perpignan, confirmée par CA Paris, 14 février 1995 : Juris-Data n° 1995-020760 ; Exemples cités par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 32.

³ - Voir l'article L.462-8,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article L.462-8, 2, 3, 4, 5 du même code.

⁵ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 32.

وعلاوة على ذلك، نصت المادة L.464-6 من التّقنين التجاري الفرنسي بأنّه لمّا لا توجد أية ممارسة ذات طبيعة تحمل مساسا بالمنافسة على السّوق المتخذة، فإنّه يمكن لسلطة المنافسة أن تقرر عدم وجود داع للمتابعة، وذلك بعد إطلاع كل من صاحب الإخطار ومحافظ الحكومة على الملف وإبداء ملاحظاتهم في أجل شهرين⁽¹⁾. وتجدر الإشارة إلى أنّ سلطة المنافسة الفرنسية ترى أنه بالإضافة إلى إمكانية رفض الإخطار في الموضوع باعتباره غير مدعم بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، فإنّه لها أن تحيل القضية لإجراء تحقيق تكميلي⁽²⁾. نستخلص من الفقرة الرابعة (04) من المادة L.461-3 من التّقنين التجاري الفرنسي أنّه يمكن لرئيس سلطة المنافسة أو نائب الرئيس المعين من طرفه أن يتخذ لوحده قرارات عدم قبول الإخطار وكذلك قرارات رفض الإخطار. وتوضح المادة 37 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية بأنّه يستطيع رئيس سلطة المنافسة أن يقرر أن يفصل لوحده في الحالات المذكورة في الفقرة الرابعة (04) من المادة L.461-3 المذكورة أعلاه: « إذا رأى أن القضية لا تشكل صعوبات قانونية أو واقعية خاصة، أو أن هناك ظروفًا أخرى تبرر ذلك »⁽³⁾.

وفي جميع الحالات، لا يؤثر هذا القرار على إمكانية إحالة القضية لاحقًا على إحدى التشكيلات الجماعية لسلطة المنافسة⁽⁴⁾.

اكتفت الفقرة الثالثة من المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بالنص على أنه يمكن لمجلس المنافسة أن يصرح بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية⁽⁵⁾، بينما يُعتبر عدم اختصاص سلطة المنافسة الفرنسية سببا لعدم قبول الإخطار. أمّا كون الوقائع المذكورة غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية فإن ذلك يعتبر سببا لرفض الإخطار وليس لعدم قبوله. كما أنّ المشرّع الجزائري لم يتناول صراحة مسألة غياب المصلحة أو الصفة في المخطر وما هو القرار الذي يتخذه مجلس المنافسة في هذه الحالة ؟

مع أنه نشر مجلس المنافسة الجزائري مقالًا في النشرة الرسمية للمنافسة تحت عنوان "مجلس المنافسة وسيلة لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين"⁽⁶⁾، بحيث ميّز هذا المقال بين قرارات الرفض وقرارات عدم القبول، إذ يتخذ مجلس المنافسة قرارات الرفض بأغلبية الأصوات، وهذا عند انتفاء الصفة

¹ - Voir l'article L.464-6 du code précité.

² - Voir par exemple la décision n° 07-D-13 du 6 avril 2007 relative à de nouvelles demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le Continent ; Exemple cité par Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 287.

³ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 32.

⁴ - Voir l'article 37/2 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française (précité).

⁵ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁶ - مجلس المنافسة الجزائري، "مجلس المنافسة وسيلة لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين"، النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 02، 2013، ص ص. 2 - 4.

أو المصلحة، في حين يتخذ هذا المجلس قرارات عدم القبول بأغلبية الأصوات لعدم الاختصاص أو غياب الأدلة القاطعة⁽¹⁾.

يمكن لكل من يخطر سلطة المنافسة الفرنسية أن يسحب إخطاره، حيث يتم تدوين ذلك وتسجيله بقرار من رئيس السلطة أو نائبه المعين من طرفه، ويجب أن ينجم الانسحاب عن رغبة صريحة وواضحة للمخطر، علما أنه رغم ذلك أي انسحاب المخطر، يمكن لسلطة المنافسة أن تتابع القضية، والتي يتم معالجتها كإخطار تلقائي⁽²⁾.

يفهم من نص المادة R.463-8 من التّقنين التجاري الفرنسي أنه من أجل تطبيق الفقرتين (1) و(2) من المادة L.462-8 من التّقنين نفسه المتعلقتين بالتوالي بقرار عدم قبول الإخطار وبقرار رفض الإخطار، يستطيع المقرّر العام أن يحدد آجالا لإعداد المذكرات والوثائق المبررة والملاحظات وكذلك أجل الاطلاع عليها من قبل المعنيين أو من طرف محافظة الحكومة⁽³⁾.

حددت المادة 34 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية نماذج الاطلاع على الملف المنصوص عليه في المادة R.463-8 المذكورة أعلاه، وذلك شريطة احترام النصوص المتخذة لضمان سرية الأعمال، وهذا تطبيقا لنص المادة L.463-4 من التّقنين نفسه⁽⁴⁾.

وبالتالي لا بدّ أن يكون إجراء اتخاذ قرار عدم قبول أو رفض الإخطار حضوريا في مواجهة الطرف المخطر الذي يحق له أن يطلع - كما سبق ذكره أعلاه - على وثائق الملف كلها بما فيها رأي الوزير المكلف بالاقتصاد الذي يقضي برفض الإخطار أو عدم قبوله إن اقتضى الأمر. ويتم اتخاذ قرار عدم قبول أو رفض الإخطار - إذا تمت إحالة القضية على إحدى التشكيلات الجماعية لسلطة المنافسة - بعد عقد جلسة يقوم فيها المقرّر بتقديم ملاحظاته بشكل شفوي ثم يتم السماع لكل من الطرف المخطر ومحافظ الحكومة⁽⁵⁾.

سنّ المشرّع الجزائري في الفقرة (02) من المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بآته لأطراف المعنية وممثل الوزير المكلف بالتجارة حقّ الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه⁽⁶⁾. وقد حددت المادة 28 من النظام الداخلي الجديد لمجلس المنافسة الجزائري، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة -

¹ - المرجع نفسه، ص 04.

² - Voir l'article L.462-8,7 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article R.463-8 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article 34 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française (précité).

⁵ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 241.

⁶ - راجع نص المادة 2/30 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

رقم 03⁽¹⁾، نماذج الاطلاع على الملف المنصوص عليه في المادة 30 المذكورة أعلاه، وذلك شريطة احترام الفقرة الثالثة من المادة 30 ذاتها المتعلقة بضمان سرية المهنة⁽²⁾.

2 - تعليل قرار عدم القبول

اشتطت المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة أن يكون قرار عدم قبول الإخطار معللا، وهذا ما اشترطه أيضا نص المادة 8-462.L من التّقنين التجاري الفرنسي فيما يتعلق بكل من قرار عدم قبول الإخطار وقرار رفض الإخطار. والسؤال المطروح ما مدى التعليل ؟

لا يمكن لسلطة المنافسة الفرنسية القيام بفحص الممارسات التي تمّ الادعاء بأنها مقيدة للمنافسة والتي قامت بها المؤسسة، طالما أنّ السلطة لاحظت مثلا فيما يتعلق بالمادة 2-420.L من التّقنين التجاري، بأن هذه الأخيرة ليست في وضعية هيمنة على السوق. ومع ذلك، لما ترفض إخطار لغياب العناصر المقنعة بما فيه الكفاية وفقا لنص المادة 8-462.L من التّقنين التجاري الفرنسي، فإنّه يمكن أن تعتبر سلطة المنافسة الفرنسية بأنّ الأفعال المعنية لا يمكن تكييفها بالتعسف المحظور بموجب نص المادة 2-420.L المذكورة أعلاه، وهذا دون حاجة إلى الفصل فيما يتعلق بالتحديد الدقيق للأسواق المرجعية، أو أيضا، ودائما فيما يتعلق بالمادة 2-420.L نفسها الفصل في وجود وضعية هيمنة محتملة⁽³⁾، إذ ما يطلب من مجلس المنافسة الجزائري أو سلطة المنافسة الفرنسية ليس القيام بتحليل كل وثيقة مقدمة أمامه تحليلا دقيقا، وإنّما يفحص العريضة فإن لم يوجد فيها عناصر مقنعة بما فيه الكفاية يصرح بعدم قبول الإخطار ويكفي أن يعلل قراره تعليلا عاما⁽⁴⁾.

3 - تبليغ قرار عدم القبول

¹ - اطلع على نص المادة 28 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

² - حيث نصت المادة 30/3 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر، على ما يلي:

« غير أنّه، 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 مؤسسا على المستندات أو الوثائق المسحوبة من الملف ».

³ - Cons. conc., décision n° 04-D-60 du 29 novembre 2004, dont le recours a été rejeté par la CA Paris, 17 mai 2005 ; Citée par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 33.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

يبلغ قرار عدم القبول، كبقية القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة الجزائري، إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي. وترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة. يجب أن تبين هذه القرارات، تحت طائلة البطلان، أجل الطعن وكذا أسماء وصفات وعناوين الأطراف التي بلغت إليها⁽¹⁾.

ويكون قرار عدم القبول كبقية قرارات مجلس المنافسة الجزائري المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة - كالتعسف في وضعية الهيمنة - قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداءً من تاريخ استلام القرار⁽²⁾.
بينما يفهم من المادة R.464-8, I, 2 من التقنين التجاري الفرنسي أنه يتم تبليغ قرارات سلطة المنافسة الفرنسية المنصوص عليها في المادة L.462-8 من التقنين نفسه - أي قرارات عدم قبول الإخطار وقرارات رفض الإخطار - لصاحب الإخطار وإلى الوزير المكلف بالاقتصاد⁽³⁾.

تسمح المادة L.464-8 من التقنين التجاري الفرنسي للأطراف المعنية وللوزير المكلف بالاقتصاد الفرنسي، تقديم طعن بالإلغاء أو بالتعديل ضد قرارات سلطة المنافسة الفرنسية المنصوص عليها في المادة L.462-8 من التقنين نفسه، أي قرارات عدم قبول الإخطار وقرارات رفض الإخطار، وهذا في أجل شهر يبدأ حسابه من تاريخ تبليغ القرار وذلك أمام محكمة استئناف باريس⁽⁴⁾.

ثانياً: الآثار الناتجة عن توفر شروط قبول الإخطار

إذا اجتمعت شروط قبول الإخطار، الشكالية والموضوعية، أدى ذلك إلى إحداث الآثار التالية:

- التصريح بقبول الإخطار.
 - إعلام السلطات الإدارية المستقلة بالإخطار.
 - فتح المجال للتقدم بطلب تدابير تحفظية.
 - إسناد القضية إلى المقرر العام والمقررين لمباشرة التحقيق.
- سننترق لدراسة هذه الآثار بالترتيب، وسنركز دراستنا حول الأثر المتمثل في فتح المجال لتقديم طلب تدابير تحفظية، وهذا نظراً لأهمية هذا الأثر بالنسبة للمؤسسات والمصلحة الاقتصادية العامة.

1 - التصريح بقبول الإخطار

¹ - راجع نص المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل بموجب المادة 22 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل بموجب المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir l'article R.464-8, I, 2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 34.

إن الالتزام بالتصريح بقبول الإخطار لم ينص عليه لا قانون المنافسة الجزائري ولا الفرنسي، وتعتبر مداولة مجلس المنافسة بمثابة إجراء كاشف عن قبول الإخطار.

لمجلس المنافسة الخيار في تجميع عدة إخطارات، لكونها تتعلق بمسائل مماثلة وتخاطب ممارسات تعني سوقا نفسها أو تتعلق بأسواق مجاورة أو لاحقة. له كذلك إمكانية تقسيم الإخطار ليتطرق إلى تحقيقات متفرقة، لما تكون الوقائع المعلن عنها تم معاينتها في أسواق جغرافية متميزة. إن سلطات مجلس المنافسة في هذا المجال واسعة لحد أنه لا يمكن أن يطعن في قراراته المتعلقة بتجميع أو تقسيم الإخطار.

لما يعلن الطرف المخطر بسحب إخطاره، يقوم عادة مجلس المنافسة بحفظ الملف واعتبار أن المجلس غير مرتبط بطلبات الأطراف، يمكن له أن يتابع التحقيق وذلك بأن يقرر إخطار نفسه تلقائيا وذلك عند الحاجة⁽¹⁾.

لا يمكن مناقشة قبول الإخطار أثناء طعن مقدم من طرف المشتكي ضد قرار مجلس المنافسة الذي يعاقب الأفعال المعلنة عنها⁽²⁾.

2 - إعلام السلطات الإدارية المستقلة بالإخطار

يبلغ الإخطار في فرنسا إلى بعض السلطات الإدارية المستقلة كاللجنة الوطنية للإعلام الآلي والحريات واللجنة البنكية...، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة 50 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أن: «يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة سلطة ضبط بالتنسيق مع مصالح السلطة المعنية»⁽³⁾.

3 - طلب اتخاذ التدابير التحفظية

لما يتم إخطار مجلس المنافسة الجزائري - الأمر ذاته بالنسبة لسلطة المنافسة الفرنسية - فهذا الأخير ملزم بالقيام بتحقيق في إمكانية وجود ممارسات مقيدة للمنافسة، ويشكل ملفا ويحضر لمرحلة المداولة، في حين أنه يمكن أن يثير الأجل الضروري للمتابعة - التي تنتهي بجلسة المداولة - عواقب على المنافسة لا يمكن تداركها فيما بعد، مما يجرّد القرار في الموضوع من كل أثر نافع (مثلا اختفاء مؤسسة في السوق).

ومن أجل المحافظة على سريان المنافسة خلال الفترة الضرورية للتحقيق في الإخطار المقدم في الموضوع، منح المشرع الجزائري - على غرار المشرع الفرنسي - لمجلس المنافسة الجزائري إمكانية اتخاذ تدابير مؤقتة (تحفظية).

حيث نصت المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

¹ - Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 191.

² - Ibid. 195.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

« 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⁾.

ويقابل المادة 46 المذكورة أعلاه نص المادة L.464-1 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾.

إلا أن ما نلاحظه في المادة 46 المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري منح مجلس المنافسة إمكانية اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، دون أن يحدد صراحة من هو المدعي، إلا أنه يفهم من نص هذه الأخيرة، أن المجلس لا يتخذ التدابير إلا ضد الممارسات المقيدة للمنافسة التي تكون موضوعا للتحقيق. وعليه، فلا يستفيد من هذه التدابير إلا من يكون قد أخطر المجلس مسبقا. والدليل على ذلك، نص المادة 1/12 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة - رقم 03⁽³⁾، والذي جاء كما يلي:

« إن طلبات التدابير المؤقتة الواردة في المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، تقدم في وثيقة منفصلة عن تلك المتعلقة بالإخطار، والتي تعتبر ملحقة لها ».

تتمثل الأشخاص المؤهلة قانونا للإخطار مجلس المنافسة الجزائري الأشخاص المذكورة في المادة 44 والمادة 2/35 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة وهي: الوزير المكلف بالتجارة، المؤسسات، الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين⁽⁴⁾، في حين وضحت المادة L.464-1 من التّقنين التجاري الفرنسي صراحة من يحق له طلب التدابير التحفظية من سلطة المنافسة الفرنسية وهم: الوزير المكلف بالاقتصاد والأشخاص المذكورة في الفقرة الأخيرة من المادة L.462-1 من التّقنين نفسه والمتمثلة في: الجماعات الإقليمية، المنظمات المهنية والنقابية، منظمات المستهلكين المعتمدة، غرف الفلاحة وغرف المهن أو غرف التجارة والصناعة الإقليمية...⁽⁵⁾، والمؤسسات⁽⁶⁾.

كما سنّ المشرع الجزائري في المادة 46 المذكورة أعلاه أن لمجلس المنافسة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، دون تحديد هل هذه التدابير هي تلك المطلوبة منه أم أن للمجلس

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.464-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - راجع المادة 12 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المواد 44 و2/35 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Voir l'article L.462-1,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - Voir l'article L.464-1 du même code.

سلطة اتخاذ التدابير التي يراها ملائمة وضرورية. ولكن بالرجوع إلى نصوص النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة - رقم 03، وبالضبط إلى الفقرة الثانية من المادة 12 منه، فإنها تشترط من بين البيانات التي يجب أن تحتويها التوضيحات والدوافع، التي تتضمنها على الأقل طلبات التدابير المؤقتة، وصف التدابير المؤقتة المطلوبة⁽¹⁾. في حين لسلطة المنافسة الفرنسية، وتطبيقا للمادة L.464-1 من القانون التجاري الفرنسي المذكورة أعلاه، اتخاذ التدابير التحفظية المطلوبة منها أو تلك التي ترى هي أنها ضرورية وملائمة.

أ - أساس التدابير المؤقتة: الاستعجال

تطبق المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي تقابل نص المادة L.464-1 من القانون التجاري الفرنسي، اتجاه كل الممارسات المقيدة للمنافسة بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة طالما توفرت حالة الاستعجال.

فبالفعل، يطغى على المادة L.464-1 من القانون التجاري الفرنسي والمتعلقة بالتدابير التحفظية الطابع الاستعجالي لتوقيف الممارسات التي لها طبيعة تحمل مساسا خطيرا ومحدقا (حالا) بالاقتصاد العام، وبالقطاع المعني، وبمصلحة المستهلكين أو بالمؤسسة المشتكية.

اشتراط المشرع الجزائري من خلال نص المادة 46 المذكور أعلاه، لاتخاذ التدابير المؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق توفر شرط "الظروف المستعجلة"، وذلك لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة.

عادة ما يلجأ مجلس المنافسة الفرنسي لاتخاذ تدابير تحفظية وتقرير توفر الاستعجال في مواجهة الممارسات (عادة الانفرادية) التي تهدف أو لها أثر طرد المؤسسات في السوق، خاصة الأسواق الاحتكارية⁽²⁾. يؤدي طلب التدابير المؤقتة إلى اتخاذ تدابير استعجالية ضرورية لحماية المنافسة في السوق والاقتصاد العام للدولة إذ يتعلق الأمر بوسيلة قيمة وهامة ضد الممارسات المقيدة للمنافسة التي يمكن أن ينجم عنها ضرر محقق لا يمكن إصلاحه، كالممارسات التي من شأنها إبعاد مؤسسات منافسة أو منع مؤسسات محتملة من الدخول إلى السوق. تمثل التدابير المؤقتة باعتبارها إجراء استعجاليا الوسيلة الأساسية التي ترافق عملية إزالة التنظيم الجارية في بعض القطاعات الاقتصادية⁽³⁾.

¹ - راجع نص المادة 12 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، السالف الذكر.

² - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 47.

³ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 343.

يفترض فتح سوق معينة أو قطاع معين للمنافسة، قيام المحكرين التاريخيين، الذين طالما ظلوا مهيمنين على السوق والذين يحوزون بنيات أساسية، بفسح المجال أمام المؤسسات الداخلة للسوق، فإذا أمكن لهذه الأخيرة الدخول إلى السوق لأن القانون يسمح لها بذلك، فإن المحكر التاريخي له سيلجأ لا محالاً إلى منع استخدام البنيات الأساسية أو التسهيلات الضرورية للمؤسسات المحتملة في مرحلة معينة، وبالتالي فإن قاعدة تكريس اتخاذ التدابير المؤقتة في مجال المنافسة أمر مستحسن يقتضي إعطاء المجلس سلطة تقديرية واسعة ومرونة كافية في تفسير شروط الموافقة على اتخاذ هذه التدابير شريطة استخدامها بعقلانية⁽¹⁾.

نصت المادة L.464-1 من النّقنين التجاري الفرنسي صراحة على وجود مساس « خطير وفوري بالاقتصاد العام وبالقطاع المعني، وبمصلحة المستهلكين أو بالمؤسسة المشتكية » يبرر تدخل التدابير التحفظية. وإن كان هذا النص يخاطب حماية مختلف المصالح، فإن سلطة المنافسة الفرنسية ليست مرتبطة بأساس طلب المؤسسة⁽²⁾. فبالفعل، توضح المادة L.464-1 المذكورة أعلاه أنه تستطيع سلطة المنافسة أن تمنح التدابير التحفظية المطلوبة من طرف المؤسسات. ومنذ قانون الأنظمة الاقتصادية الجديدة « NRE » المؤرخ في 15 ماي 2001، فإنها تستطيع كذلك أن تمنح التدابير التي تراها ملائمة، وهذا إلى غاية اتخاذ القرار في الموضوع (الإجراء الاستعجالي procédure d'urgence أو الاستعجالي-المنافسة référé-concurrence)⁽³⁾.

علاوة على ذلك، كون مهمة سلطة المنافسة تتمثل في حماية النظام العام الاقتصادي، فإنه تمكّن مجلس المنافسة الفرنسي سابقاً من التدخل في حالة مساس أكثر عموماً للقطاع أو للاقتصاد، في حين قد تم تشكيل طلب التدابير التحفظية من طرف مؤسسة بسبب المساس بمصالحها الخاصة⁽⁴⁾.

يجب أن يكتسي المساس المبرر لمنح التدابير التحفظية الطابع المزدوج المتمثل في الخطورة والفورية، أي يجب أن تكون الأفعال المعلن عنها هي السبب "المباشر والأكيد" للمساس الخطير والفوري⁽⁵⁾.

تبعا لمحكمة استئناف باريس « يرجع الأمر للمجلس للتحقق [...] إذا ما كان المساس المدعى به من طبيعة تبرر التدابير التحفظية المطلوبة »⁽⁶⁾.

¹ - المرجع نفسه.

² - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 48.

³ - Ibid., p. 47.

⁴ - Cons. conc., décision n° 07-MC-01 du 25 avril 2007, KalibraXE ; Citée par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 48.

⁵ - CA Paris, arrêt du 28 janvier 2005, Orange Caraïbe : Juris-Data n° 2005-273090 ; Cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., pp. 48 – 49.

⁶ - CA Paris, arrêt du 30 mars 2000, 9Télécom : Juris-Data n° 2000-109935 ; Cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 49.

وبناءً على ذلك، إذا كانت ممارسة خطيرة ولكن لم يتم بيان تأثيرها على المنافسة، فإن ذلك غير كافٍ للقول بتوفر الشروط اللازمة للحصول على التدابير التحفظية.

يجب أن يكون المساس الذي يعتبر سببا اتخاذ التدابير التحفظية، وفقا للمادة L.464-1 من التّنين التجاري الفرنسي، فوري. وانطلاقا من ذلك، إذا تدخل مجلس المنافسة لتجنب خطورة المساس المرتكب، فإنه كذلك تدخل من أجل تجنب تحقيق مساس لا يمكن إصلاحه فيما بعد، خصوصا في القطاعات التي تفتح على المنافسة أو قليلة التنافس⁽¹⁾.

لم يعبر المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة عن الظروف المستعجلة بوجود مساس خطير وفوري بالاقتصاد العام وبالقطاع المعني وبمصالح المستهلكين أو المؤسسة المشتكية، مما يتطلب اتخاذ التدابير المؤقتة، وإنما بإمكانية وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، فتتخذ هذه التدابير لتفاديه وذلك لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء الممارسات المقيدة للمنافسة أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة، مع أنه يمثل الضرر المحقق غير ممكن إصلاحه مساسا خطيرا وفوريا بمصالح المؤسسات أو بالمصلحة الاقتصادية العامة جراء الممارسات المقيدة للمنافسة. والدليل على ذلك، نص الفقرة الثانية من المادة 12 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة - رقم 03⁽²⁾، والتي تشترط من بين البيانات التي يجب أن تحتويها التوضيحات والدوافع، التي تتضمنها على الأقل طلبات التدابير المؤقتة، الملابس التي تؤدي إلى المساس بشكل خطير وفوري بالمصالح المذكورة في المادة 46 المذكورة أعلاه⁽³⁾.

ب - إجراء التدابير المؤقتة

تكرس القواعد الموجهة لضمان احترام مبدأ الوجاهية وحقوق الدفاع في مجال التدابير التحفظية. وبناءً على ذلك، لا يمكن أن يشكل إيداع المذكرات والمستندات بعد انقضاء الآجال المحددة من طرف المقرر العام لمجلس المنافسة الفرنسي لوحده مبررا لرفضها، إذا كان الأطراف يتمتعون بوقت كاف للإجابة⁽⁴⁾. وبالعكس، يجب أن تستبعد من المناقشة الوثائق التي تم تسليمها عشية الجلسة من طرف الشركة المخطرة، والتي تحتوي على عناصر جديدة، والتي لم يتم تبليغها لجميع الأطراف⁽⁵⁾.

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 49.

² - راجع نص المادة 12 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

³ - أنظر المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Cass. com., arrêt du 12 juillet 2005, n° 04-12.388, NMPP : Juris-Data n° 2005-029484 ; Cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 49.

⁵ - Cons. conc., décision n° 05-D-34 du 27 juin 2005 ; Citée par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., pp. 49 - 50.

بما أنّ التدبير المؤقت لا يشكل تدبيراً نهائياً، فإنه يجب أن يتمكن مجلس المنافسة الجزائري من تأكيد أو تعديل التدبير المؤقت المعلن عنه. ولهذا السبب، يجب أن يكون طلب التدابير المؤقتة مسبقاً أو مرفقاً بإخطار في الموضوع يتعلق بالممارسة المقيّدة للمنافسة المعنية. حيث يفهم من المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة أنه يمكن للمجلس اتخاذ تدابير مؤقتة للحدّ من الممارسات المقيّدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة، وذلك بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة⁽¹⁾، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 12 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، الآتي نصها:

« إن طلبات التدابير المؤقتة الواردة في المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، تقدم في وثيقة منفصلة عن تلك المتعلقة بالإخطار، والتي تعتبر ملحقة لها »⁽²⁾.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 12 المذكورة أعلاه، فإنّها تشترط من بين البيانات التي يجب أن تحتويها التوضيحات والدوافع، التي تتضمنها على الأقل، طلبات التدابير المؤقتة، الإشارة إلى مرجع رقم تعريف الإخطار، عندما يكون قد منح له رقم مسبق.

ولذلك أيضاً، نصت المادة R.464-1 من التّقنين التجاري الفرنسي بأنّه لا يمكن تشكيل طلب التدابير التحفظية المنصوص عليه في المادة L.464-1 من التّقنين نفسه إلّا إذا كان "لاحقاً" لإخطار سلطة المنافسة الفرنسية في الموضوع⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 13 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية⁽⁴⁾.

وبذلك، لا يمكن دراسة طلب التدابير التحفظية (المؤقتة) إذا ما كان الإخطار في الموضوع غير مقبول⁽⁵⁾، مقبول⁽⁵⁾، أو ما كان مرفوضاً لغيب العناصر المقنعة بما فيه الكفاية⁽⁶⁾، وهذا بتطبيق الفقرتين (1) و(2) من المادة L.462-8 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽⁷⁾ والتي تقابل نص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في القانون الجزائري⁽⁸⁾. كما يجب أن يكون الإخطار في الموضوع مطابقاً لأحكام المادة 08 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري المذكور أعلاه، والتي توضح خصوصاً بأنّه يجب أن يحدد في إخطار مجلس المنافسة في الموضوع « أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم،

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - راجع نص المادة 12 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir l'article R.464-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article 13 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française (précité).

⁵ - Cons. conc., décision n° 07-D-10 du 28 mars 2007 ; Citée par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 50.

⁶ - Cons. conc., décision n° 07-D-18 du 16 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvres sur le secteur du cidre et des pommes à cidre ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁷ - Voir l'article L.462-8 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁸ - أنظر نص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

المتعلق بالمنافسة، التي يدعي صاحب الشكوى أنه تم خرقها ». وبالنسبة للقانون الفرنسي، يجب أن يكون الإخطار في الموضوع مطابقا لأحكام المادة R.463-1 من التّقنين التجاري الفرنسي، والتي توضح خصوصا بأنّه يجب أن يبيّن في إخطار سلطة المنافسة في الموضوع « غرضه ونصوص القانون الوطني أو القانون الاتحادي للمنافسة التي يتأسس بها الطرف المخاطر طلبه »⁽¹⁾.

يمكن أن يتمّ تقديم التدابير التحفظية في كل لحظة من المتابعة ويجب أن يكون معلّلا. إذ بعد أن اشترطت المادة 12 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري المذكور أعلاه، في فقرتها الأولى بأن تقدم طلبات التدابير المؤقتة في وثيقة منفصلة عن تلك المتعلقة بالإخطار، والتي تعتبر ملحقة لها ؛ فإنّها اشترطت في فقرتها الثانية أن تحتوي التوضيحات والدوافع التي يجب أن تتضمنها طلبات التدابير المؤقتة على الأقل على البيانات التالية:

- الإشارة إلى مرجع رقم تعريف الإخطار، عندما يكون قد منح له رقم مسبق.
- الملاحظات المؤسّسة للسلوكات التي يمكنها أن تشكل ممارسات مقيّدة للمنافسة.
- الملاحظات التي تؤدي إلى المساس بشكل خطير وفوري بالمصالح المذكورة في المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة.
- وصف التدابير المؤقتة المطلوبة.
- تقدم طلبات التدابير المؤقتة في أربعة (04) نسخ.
- من الممكن أن ترفق طلبات التدابير المؤقتة بوثائق ملحقة والتي يجب تقديمها بالطريقة المنصوص عليها في المادة 11 من هذا النظام الداخلي⁽²⁾.
- يتم تسجيل طلبات التدابير المؤقتة في مكتب التنظيم العام. الأمانة العامة حسب الأشكال والكيفيات التي تحددها المادة 14 من هذا النظام الداخلي⁽³⁾. إذا استوفت الشروط المنصوص عليها في هذه المادة وتلك الواردة في المادة 15 من النظام نفسه⁽⁴⁾.
- ووفقا لنص المادة 24 من النظام الداخلي ذاته، يرسل رئيس مجلس المنافسة الجزائري طلبات التدابير المؤقتة فور تسجيلها إلى المقرّر العام المكلف بتأمين التنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقرّرين⁽⁵⁾. تتميز تتميز بعض الحالات بالطابع التطوري (un caractère évolutif)، حيث اشترطت المادة 13 من النظام الداخلي

¹ - Voir l'article R.463-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - أنظر المادة 11 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المادة 14 من القرار نفسه.

⁴ - أنظر المادة 15 من القرار ذاته.

⁵ - اطلع على نص المادة 24 من القرار نفسه.

لمجلس المنافسة الجزائري المذكور أعلاه، أن تصل الوثائق المرسلة في إطار فحص التدابير المؤقتة أو في حالة ما إذا كان الإرسال مبررا بوجود وقائع جديدة إلى مجلس المنافسة في أجل معقول وملائم، مع احترام حق الوجاهية وفي أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام قبل التاريخ المحدد لانعقاد الجلسة.

يكون إيداع هذه الوثائق مقابل تسليم وصل استلام.

وبذلك رفض مجلس المنافسة الفرنسي طلب التدابير التحفظية « دون أن يؤثر ذلك على الإمكانية المفتوحة [...] لإخطار مجلس المنافسة بطلبات جديدة لاتخاذ تدابير تحفظية في حالة ظهور عناصر جديدة »⁽¹⁾.

وتبعا لمحكمة النقض الفرنسية، يمكن النطق بالتدابير التحفظية « طالما تظهر الأفعال المعلن عنها، والمعنية بالتحقيق في المتابعة في الموضوع، بأنها يحتمل أن تشكل ممارسة مخالفة للمواد L.420-1 أو L.420-2 من التّقنين التجاري [...] »⁽²⁾.

وضحت محكمة النقض الفرنسية، في تقريرها السنوي لعام 2004، بأنه ليس على مجلس المنافسة « أن يكون مقتنعا بقرينة قوية بصفة معقولة على وجود مساس بقواعد المنافسة للنطق بالتدابير التحفظية، إذ يتركز التزامه فقط في إلزامية معاناة وجود علاقة سببية بين الأفعال المعلن عنها [...] والمساس المدعى به [...] »⁽³⁾.

إذا كان من الضروري في بعض الحالات، أن تتدخل سلطة المنافسة لتجميد وضعية - من أجل تفادي أن تحمل ممارسة، تظهر بصفة شبه أكيدة بأنها مقيدة للمنافسة، مساسا فوريا للعملية التنافسية والذي لا يمكن تداركه فيما بعد - فإن استعمال هذه الإمكانية للتدخل تبقى محددة بصفة صارمة. فبالفعل، تفرض المادة L.464-1 من التّقنين التجاري الفرنسي على سلطة المنافسة عدم اتخاذ إلاّ تدابير "محددة بصفة صارمة" "strictement limitées" بما هو ضروري لمواجهة الاستعجال. بتعبير آخر، احترام مبدأ التناسب بين المساس المتسبب فيه والتدابير المعلن عنها.

مهما كانت طبيعة التدبير الاستعجالي المتخذ، فإنه ليس له طابع نهائي وليس له أثر إلا بالنسبة لفترة المتابعة، وهذا حتى يتم اتخاذ قرار سلطة المنافسة الفرنسية في الموضوع⁽⁴⁾. وقد أشارت سلطة المنافسة بأن: « لا يقصد من التدابير التحفظية المعلن عنها من طرف سلطة المنافسة تأطير بصفة عامة سلوك المتعاملين،

¹ - Cons. conc., décision n° 00-MC-13 du 25 juillet 2000 ; Citée par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 50.

² - Cass. com., 14 décembre 2004, n° 02-17.012, Pharmalabs : Juris-Data n° 2004-026200 ; Cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 50.

³ - Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004 ; p. 251 ; Cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., pp. 50 – 51.

⁴ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., pp. 50 – 51.

وإنما يقصد منها مواجهة مساس خطير وفوري ناتج عن ممارسة متميزة تم وضعها حيز التنفيذ في لحظة وعلى سوق محددة وفي ظروف خاصة»⁽¹⁾.

من أجل الاستجابة للاستعجال، قام المشرع الفرنسي بتبسيط إجراءات التدابير التحفظية، بالمقارنة مع الإجراء العادي: - بعد أن يعين المقرر العام لسلطة المنافسة الفرنسية مقررًا ليقوم بالتحقيق في الطلب، يحدد دون تأخير آجال تقديم المذكرات والمستندات المبررة والملاحظات والاطلاع عليها⁽²⁾، يتم استدعاء الأطراف لجلسة محددة في تاريخ دون الأخذ بعين الاعتبار أجل (03) أسابيع المنصوص عليه في المادة 6-464 R. من التقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾، وهذا نظرا للاستعجال.

لا يوجد أي نص في القانون الفرنسي يفرض أجل لاتخاذ إجراءات التدابير التحفظية، والتي تتميز بالطابع الاستعجالي، ولكن المهم أن يتم جمع أكبر قدر ممكن من العناصر التي تسمح لمجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) الفصل في مدى تأسيس الطلب (طلب التدابير التحفظية)⁽⁴⁾.

تجرى جلسة مجلس المنافسة الفرنسية (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) مثلما تجرى الجلسات المتعلقة بدراسة القضايا في الموضوع. يتم سماع المقرر الذي لا يقدم إلا التقرير الشفهي. ثم يتم سماع المقرر العام وبعده محافظ الحكومة وأخيرا الأطراف المعنية. ويمكن أن يستمع المجلس (السلطة) لكل شخص يرى سماعه ضروريا للحصول على المعلومات، وذلك بتطبيق نص المادة 7-463 L. من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁵⁾، والتي تقابل نص المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر⁽⁶⁾.

عندما يقرر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) النطق بتدبير والذي يراه نافعا، ولكنه ليس التدبير المطلوب من طرف المخطر. فإن احترام مبدأ الوجاهية سيدفع بالمجلس إلى السماح للمؤسسة التي ستأمر بهذا التدبير بأن تعبر عن هذا الأخير وهذا في إطار جلسة⁽⁷⁾.

ويتم تفسير الأوامر المتخذة تطبيقا لنص المادة 1-464 L. من التقنين التجاري الفرنسي تفسيراً ضيقاً، ويجب أن يتم صيغتها بمصطلحات واضحة ودقيقة وخالية من كل غموض⁽⁸⁾.

¹ - Aut. conc., décision n° 09-D-15 du 02 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'internet haut débit (offre Unik) ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

² - Voir l'article R.463-8 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article R.464-6 du même code.

⁴ - M-C. BOUTARD-LABARDE & G. CANIVET & E. CLAUDEL & V. MICHEL-AMSELLEM & J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 339.

⁵ - Voir l'article L.463-7 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - أنظر المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁷ - M-C. BOUTARD-LABARDE & G. CANIVET & E. CLAUDEL & V. MICHEL-AMSELLEM & J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 400.

⁸ - Ibid.

ج - مضمون التدابير المؤقتة المقررة

توضح الفقرة (03) من المادة L.464-1 من التقنين التجاري بأنه يمكن أن تتضمن التدابير التحفظية وقف الممارسة⁽¹⁾ و/أو توجيه أمر للأطراف بالرجوع إلى الحالة السابقة⁽²⁾.

إن القائمة الواردة في المادة L.464-1 من التقنين التجاري الفرنسي ليست حصرية، وتستطيع سلطة المنافسة إلى جانب تدابير الوقف والأمر بالرجوع إلى الحالة السابقة، اتخاذ « كل قرار يهدف منه الوقاية أو تهذيب الحالات الاقتصادية المنحرفة »⁽³⁾. علاوة على ذلك، يمكن أن تستتبع سلطة المنافسة الفرنسية الأمر بمنح أجل للتنفيذ. وبذلك، يمكن أن تتضمن أيضا الأوامر المتخذة من طرف السلطة التزامات متعلقة بالزامية تفاوض العقد⁽⁴⁾ والتزام بمراجعة الأسعار⁽⁵⁾، كما يمكن أن تتضمن التزاما بعدم القيام كالامتناع عن توقيع عقد⁽⁶⁾، عقد⁽⁶⁾، أو الامتناع عن إدراج بعض الشروط في العقد⁽⁷⁾.

في حين سنّ المشرع الجزائري في المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على إمكانية اتخاذ مجلس المنافسة للتدابير المؤقتة للحدّ من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، لكن دون أن يقدم أمثلة لما يمكن أن يتضمنه التدبير المؤقت ولو على سبيل المثال.

د - تنفيذ القرار المتضمن التدبير المؤقت (تبليغه ونشره)

يتم تبليغ القرار المتضمن التدبير التحفظي المنصوص عليه في المادة L.464-1 من التقنين التجاري الفرنسي إلى صاحب طلب التدبير التحفظي وإلى الأشخاص الذين تم تحرير الطلب ضدهم وإلى مفوض الحكومة⁽⁸⁾.

علاوة على ذلك، يفهم من نص المادة L.470-7-1 من التقنين نفسه على أنه يتم تحديد كفاءات نشر القرارات المتخذة تطبيقا للمادة L.464-1 (المذكورة أعلاه) بموجب مرسوم⁽¹⁾.

¹ - Cons. conc., décision n° 01-MC-06 du 19 décembre 2001 ; Citée par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 51.

² - Cons. conc., décision n° 99-MC-09 du 15 décembre 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Enegrie de Bigorre ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

³ - CA Paris, 21 mai 2002, TDF : Juris-Data n° 2002-179303 ; Cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 51.

⁴ - Cons. conc., décision n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Energie ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁵ - Cons. conc., décision n° 04-MC-02 du 09 décembre 2004, réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe : Juris-Data n° 2005-273090 ; Cité par Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 51.

⁶ - Cons. conc., décision n° 06-MC-03 du 11 décembre 2006, relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁷ - Cons. conc., décision n° 07-D-13 du 06 avril 2007, relative à de nouvelles demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁸ - Voir l'article R.464-8, I¹⁰ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

وبناءً على ذلك، تم إصدار المرسوم رقم 312-2009 المؤرخ في 20 مارس 2009 المتعلق بنشر القرارات الصادرة بشأن الممارسات المقيّدة للمنافسة⁽²⁾، والذي أنشأ المادة D.464-8-1 من التّقنين التجاري الفرنسي، والتي يفهم منها بأنه تنشر قرارات سلطة المنافسة المذكورة في المادة L.470-7-1 من التّقنين ذاته في الموقع الإلكتروني لسلطة المنافسة⁽³⁾. ويمكن أن يكون هذا النشر محدوداً، وهذا مراعاة للمصلحة المشروعة للأطراف وللأشخاص المذكورة حتى لا يتم إفشاء أسرار أعمالهم⁽⁴⁾. وعكس القرارات الفاصلة في الموضوع، لا يمكن للقرار المتضمن التدبير التحفظي أن يكون موضوع نشرات أخرى⁽⁵⁾.

يتم تبليغ قرار اتخاذ التدابير المؤقتة كبقية القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي. وترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة⁽⁶⁾.

ينشر مجلس المنافسة الجزائري القرار المتضمن التدبير المؤقت كبقية قراراته الصادرة عنه والمتعلقة بالمنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة وعلى الموقع الإلكتروني للمجلس (www.conseil-concurrence.dz)، كما يمكن نشر مستخرجات قراراته وكل المعلومات الأخرى بواسطة أي وسيلة إعلامية أخرى⁽⁷⁾.

ويفهم من نص المادة 58 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمعدلة بموجب المادة 27 من القانون رقم 12-08، بأنه يمكن لمجلس المنافسة الجزائري، إذا لم تحترم الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من الأمر نفسه في الآجال المحددة، أن يحكم بغرامات تهديدية لا تقل عن مبلغ مائة وخمسين ألف دينار (150.000 دج) عن كل يوم تأخير. وبالنسبة للقانون الفرنسي، ففي حالة عدم احترام الأوامر، يمكن أن توقع سلطة المنافسة الفرنسية غرامات تهديدية (المادة L.464-2,II,b من التّقنين التجاري الفرنسي) أو تفرض عقوبة مالية في الحدود المنصوص عليها في المادة L.464-2 من التّقنين نفسه (المادة L.464-3 من التّقنين التجاري الفرنسي)⁽⁸⁾.

4 - إسناد القضية إلى المقرر العام والمقررين لمباشرة التحقيق

¹ - Voir l'article L.470-7-1 du même code.

² - Décret n° 2009-312 du 20 mars 2009 relatif à la publication des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, JORF n° 0069 du 22 mars 2009 p. 5187 ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Le site internet de l'Autorité de la concurrence française : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

⁴ - Voir l'article D.464-8-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Voir l'article L.464-2,I,5 du même code.

⁶ - أنظر المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 22 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

⁷ - اطلع على نص المادة 49 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه، المعدلة بموجب المادة 23 من القانون رقم 12-08 المذكور أعلاه؛ وأنظر كذلك نص المادة 42 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

⁸ - Voir l'article L.464-3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

بعد قبول الإخطار، يحقق المقرّر العام والمقرّرون التابعون لمجلس المنافسة في القضايا المتعلقة بالتعسف في وضعيّة الهيمنة، والتي يسندّها إليهم رئيس هذا المجلس، ويقوم المقرّر العام بالتنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقرّرين⁽¹⁾.

وتطبيقاً للمادة L.450-6 من التقنين التجاري الفرنسي، يعبّن المقرّر العام، لدراسة كل قضية، عوناً أو عدة أعوان منتمين لمصالح تحقيق سلطة المنافسة الفرنسية، للقيام بمهام المقرّر⁽²⁾. ومع ذلك، يستطيع المقرّر العام، أثناء التّحقيق، تعديل التعيين وتسليم القضية لمقرّر جديد⁽³⁾.

وتبعاً لمجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية)، « يتم التعيين الرسمي للمقرّر للتحقيق في قضية، وفقاً للمادة L.450-6 من التقنين التجاري عندما يتعلق الأمر فقط بالتحقيق في الموضوع في القضايا اللاحقة لإخطار المجلس، وليس للإجراءات التي يقرّر المجلس خلالها إخطار نفسه تلقائياً »، وبناءً على ذلك، استطاع المجلس « أن يعين شفهيًا وبدون الرسمية، المقررين المكلفين خصيصاً بإعداد تقرير شفهي عن الإخطار التلقائي، أمام تشكيلة مكلفة بالبت في هذا الإخطار ». إنّ هذا التعيين غير الرسمي، في جميع الأحوال، خالٍ من كل تأثير على التّحقيق اللاحق ولا يمكن أن يشكل مأخذاً للأطراف⁽⁴⁾.

يستطيع المقرّر العام أو المقرّر العام المساعد، بمبادرة منه أو بناءً على طلب الأطراف أو محافظ الحكومة، القيام بضم تحقيق عدة قضايا. وبناءً على ذلك التّحقيق، تستطيع سلطة المنافسة الفرنسية النطق بقرار واحد. كما أنّه يستطيع المقرّر العام أو المقرّر العام المساعد القيام بتقسيم (فصل) تحقيق الإخطار إلى عدة قضايا وهذا تطبيقاً لنص المادة R.463-3 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁵⁾. لا نجد مثيل لهذا النص في قانون المنافسة الجزائري رغم أهميته.

واعتبر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) بأنّ قرار الضم هو « تصرف داخلي (...) » والذي تمّ القيام به من أجل حسن سير العدالة، وهو غير معلّل وغير قابل لأي طعن⁽⁶⁾. وبالكيفية ذاتها، ذاتها، تمّ القضاء بأنّه « لا يشكل تقسيم الإخطار الأصلي لمجلس المنافسة الفرنسي إلى ثلاثة ملفات متميزة

¹ - أنظر المادة 50 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدلة والمتممة بموجب المادة 25 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 ؛ راجع كذلك نص المادة 25 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي له، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.450-6 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 19.

⁴ - Cons. conc., décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région de Ile-de-France ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁵ - Voir l'article R.463-3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - Cons. conc., décision n° 07-D-15 du 09 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

(...) قرارا قابلا للطعن وهذا تطبيقا للمواد L.464-2 و L.464-8 من التّقنين التّجاري الفرنسي، وبالتالي فإن الوسائل المستعملة لمعارضة هذا التقسيم للإخطار غير مقبولة»⁽¹⁾.

كما أنه عندما ترى سلطة المنافسة الفرنسية بأن التّحقيق غير كامل، فإنها تستطيع أن تقرر إحالة القضية كلها أو جزء منها إلى التّحقيق (تحقيق تكميلي). وهذا القرار غير قابل للطعن⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة L.463-8¹ من التّقنين التّجاري الفرنسي، فإنّه يستطيع المقرّر العام أن يقرر الاستعانة بالخبراء، وهذا في حالة الطلب المشكل في أي وقت من التّحقيق من قبل المقرّر أو الطرف. إنّ هذا القرار غير قابل لأي طعن⁽³⁾. ويقابل هذه المادة في القانون الجزائري نص المادة 3/34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 والآتي كما يلي:

« يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يسمح لأي شخص بإمكانه تقديم معلومات له ». وتطبيقا لنص المادة 3/34 المذكور أعلاه، فإنه عندما يقرر رئيس مجلس المنافسة الجزائري اللجوء إلى خبير أو أكثر، يجعلهم يوقعون مسبقا على تصريح شرفي يشهدون فيه أنهم ليسوا في وضعية تضارب المصالح، مع الأخذ في الاعتبار لهوية أطراف القضية والزامهم باحترام سرية التّحقيق ومختلف الأشغال بغض النظر عن طبيعتها⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: التّحقيق في الاستغلال التعسّفي لوضعية الهيمنة

بعد المرحلة الإجرائية الأولى، أي إخطار مجلس المنافسة بقضية يتعلق موضوعها بممارسة مقيّدة للمنافسة، والمتجسدة في التعسّف في وضعية الهيمنة على السّوق، تأتي المرحلة الثانية والمتمثلة في مرحلة التّحقيق.

يتمّ البحث عن التعسّف في وضعية الهيمنة، باعتباره ممارسة مخالفة لقواعد قانون المنافسة أساسا، بإجراء تحقيقات يكون الغرض منها جمع معلومات دقيقة حول الممارسة المعنية، حيث يهدف التحري والتّحقيق إلى التأكد من هوية المؤسسات المتورطة والتأكد من الدور الذي لعبته كل واحدة منها، كما تسعى التّحقيقات إلى جمع كل العناصر التي تسمح بتقييم آثار الممارسات على السير التنافسي. بعبارة أخرى، جمع الأدلة والإثباتات التي ستبرّر بعد ذلك معاقبة الممارسات المبلّغ عنها⁽⁵⁾.

¹ - CA. Paris, 29 juin 2004 : Juris-Data n° 2004-246378 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 21.

² - Voir l'article R.463-7 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article L.463-8¹ du même code.

⁴ - راجع المادة 26 من قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره

⁵ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 279 - 280.

يؤدي تكيف الممارسة بالتعسف في وضعية الهيمنة إلى تحقيقات موجهة لمعينة العناصر المشكلة لها وإلى متابعات تهدف، حسب الحالة، إلى إعادة سريان المنافسة في الأسواق أو لتطبيق اتجاه فاعليها ردع إداري أو إلى استخلاص آثار تستدعي عقابها على الصعيد المدني أو ردع جزائي (بالنسبة للقانون الفرنسي⁽¹⁾).

يهدف التأطير القانوني والإجرائي لكل عملية تحقيق إلى ضمان فعالية التحريات المتخذة، دون المساس مع ذلك بمتطلبات الحرية الفردية وحقوق الدفاع، لذا سنغتنم الفرصة عند دراسة التحقيق في الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة للبحث عن مدى تحقيق المشرع الجزائري لهذا التوازن.

تشارك كلّ التحقيقات التي يجريها مقرر مجلس المنافسة وغيرهم من المحققين بخضوعها للقواعد العامة المتعلقة بالتحقيقات، وتتمثل هذه القواعد في نزاهة الدليل (الإثبات) وتكريس جريمة معارضة المهام، مع ضمان آلية التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط الأخرى المعنية بالمنافسة أي سلطات الضبط القطاعية على الصعيد الوطني وسلطات المنافسة الأجنبية على الصعيد الخارجي (المطلب الأول).

يمرّ التحقيق الذي يتم بشأن التعسف في وضعية الهيمنة عبر مرحلتين:

- مرحلة التحريات الأولية والتي يقوم فيها المقررون وغيرهم من المحققين بالبحث والكشف عن قيام الممارسة وذلك قبل أن يتم تبليغ الأطراف المعنية (المطلب الثاني).

- مرحلة التحقيق الحصري أمام مجلس المنافسة، والتي تبدأ بتبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية، وتختتم بانعقاد جلسة للفصل في القضية المطروحة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: القواعد العامة المتعلقة بالتحقيق في التعسف في وضعية الهيمنة

تخضع التحقيقات الخاصة بتطبيق الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ومعاينة مخالفة أحكامه، مثلما هو الأمر عند خرق مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة، لقواعد عامة محددة بموجب أحكام قانون المنافسة، حيث من شأن هذه القواعد ضمان فعالية التحريات المتخذة دون المساس مع ذلك بمتطلبات الحرية الفردية وحقوق الدفاع. ومن أجل ذلك تم التأكيد بموجب هذه القواعد على إلزامية نزاهة الدليل (الفرع الأول)، وتكريس جريمة معارضة إجراء التحقيق (الفرع الثاني)، وضمان آلية التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية على الصعيد الوطني من جهة. ومن جهة أخرى، بين هذا المجلس وسلطات المنافسة الأجنبية (الفرع الثالث)، وهذا من أجل البحث عن الأدلة.

الفرع الأول: قاعدة الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة

نتطرق لمضمون الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة، ثمّ لجزاء عدم احترام هذا الالتزام.

أولاً: مضمون قاعدة الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة

¹ - Voir l'article L.420-6 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

يسعى المحققون إلى معاينة المساسات الفردية أو الجماعية بلعبة المنافسة وبالتالي جمع الأدلة وتحديد الفاعلين. وبذلك، لا يمكن للمقررين من أجل تحقيق هذه الأهداف اللجوء إلى وسائل أخرى للتحريات ما عدا تلك التي تم ذكرها على سبيل الحصر من قبل قانون المنافسة⁽¹⁾، فإنهم لا يتمتعون "بكامل السلطة" المعترف بها لقاضي التحقيق⁽²⁾. إن السلطات التي يمنحها لهم قانون المنافسة لها طابع حصري، لا يستطيع المقررون اللجوء إلى وسائل أخرى لإجراء تحرياتهم. لذا لا يمكن للمحققين (المقررين) أن يدرجوا في ملفاتهم وثيقة والتي لم يتحصلوا عليها لا عن طريق طلب الاستلام ولا عن طريق الحجز المنصوص عليهما في المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾.

في حين أخضعت المادة 24 من القانون رقم 12-08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 في الفقرة الأخيرة منها، كفيات مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها بموجب هذا الأمر الأخير لنفس الشروط والأشكال التي تمّ تحديدها في القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصوصه التطبيقية⁽⁴⁾.

وبناءً على ذلك، وبالرجوع إلى المادة 1/50 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المذكورة سابقاً، فإنه يمكن للموظفين المذكورين في المادة 49 من القانون ذاته، أن يشترطوا استلام المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية، وكذا أية وسائل مغناطيسية أو معلوماتية حيثما وجدت والقيام بحجزها⁽⁵⁾. بينما يفهم من نص المادة 2/51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المذكورة أعلاه) بأنه يتم استلام الوثائق من قبل المقرر عن طريق الطلب أو عن طريق الحجز.

يفهم من نص الفقرة الرابعة من المادة L.450-3 من التقنين التجاري الفرنسي بأنه يمكن للأعوان أن يشترطوا استلام الدفاتر، الفواتير والوثائق المهنية الأخرى مهما كانت طبيعتها وأياً كان حائزها، والحصول أو إعداد نسخ منها بأية وسيلة وعلى أي دعائم، وهذا من أجل تسهيل إنجاز مهمتهم. ويمكن لهم اشتراط تزويدهم

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، عدل وتم على التوالي بموجب القانونين التاليين:

- قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

² - نصت المادة 1/68 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي:

« يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون، باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي ».

³ - راجع المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

⁵ - راجع المادة 1/50 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

بالوسائل اللازمة لإجراء مراجعاتهم. ويمكنهم أيضا جمع، في الموقع أو بناء على استدعاء، كل المعلومات والوثائق أو أي مبرر لازم للرقابة⁽¹⁾.

لكن علاوة على ذلك، فإن المحققين لا يستطيعون ممارسة سلطاتهم إلا من خلال احترام الالتزام بالنزاهة عند البحث عن الأدلة، فمتلما يطبق الالتزام بالنزاهة على التحريات المنجزة أثناء مرحلة التحقيق الإداري، فإنه يطبق كذلك على التحريات المنجزة أثناء المتابعة أمام مجلس المنافسة. ففيما يتعلق بالتحريات الأولية، قضت محكمة استئناف باريس، مبدئيا، بأنه إذا « كان التحقيق الإداري غير خاضع لمبدأ الوجاهية » فإنه يجب أن يتم ممارسته في حدود « الالتزام بالنزاهة الذي يجب أن يحكم جمع الأدلة »⁽²⁾.

قدم اجتهاد مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا، سلطة المنافسة الفرنسية) وكذا اجتهاد محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية أمثلة عدة عن ذلك. وفي هذا الإطار، تم فحص والتأكد من أن المحققين قد قاموا فعلا بإخفاء صفتهم⁽³⁾، مع أنه وفي 2014 تم تعديل التقنين التجاري الفرنسي بموجب القانون رقم 344-2014 المؤرخ في 17 مارس 2014⁽⁴⁾ حيث أضافت المادة 112 من القانون الأخير إلى هذا التقنين المادة L.450-3-2 والتي يفهم من فقرتها الأولى بأنه يمكن للأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التقنين نفسه تأجيل لحظة الكشف عن صفتهم على أقصى تقدير قبل تبليغ الشخص المراقب بمعاينة الانتهاك أو الخرق، وهذا عندما يتطلب إقامة الدليل على الانتهاك أو الخرق ذلك، والذي لا يمكن إقامته بكيفية أخرى.

كما يستخلص من الفقرة الثانية من المادة L.450-3-2 ذاتها بأنه من أجل رقابة بيع الأموال وتقديم خدمات عبر الانترنت، يمكن للأعوان المذكورين في الفقرة الأولى المذكورة أعلاه، استخدام هوية مستعارة⁽⁵⁾.

كذلك، وفي إطار احترام الالتزام بالنزاهة، تم فحص والتحقق إن كان للأسئلة المطروحة أثناء جلسات السماع طابع نزيه⁽⁶⁾، وأنه لم يتم منح تصريحات المعنيين عن طريق التعهد بعدم استعمال المستندات المحجوزة على مستوى المؤسسة⁽⁷⁾، أو جمعها بعد اتخاذ تدابير الترهيب أو الضغط⁽⁸⁾. وبنفس الكيفية، يدل غياب الإشارة الإشارة في محضر السماع إلى أن الشخص المستمع إليه قد تم إعلامه بموضوع التحقيق على تجاهل مبدأ

¹ - Voir l'article L.450-3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Paris, 2 avril 1996, Marchés d'aménagements hydrauliques, BOCCRF, 15 mai 1996, p. 167 ; Sur ce point, voir, Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, LGDJ, Paris, 2000, p. 58.

³ - Cons. conc., décision n° 97-D-40 du 04 juin 1997 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'exploitation des taxis à Agen ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁴ - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, op.cit.

⁵ - Voir l'article L.450-3-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - Cons. conc., décision n° 94-D-61 du 29 novembre 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la production et de la commercialisation du veau ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁷ - CA Paris, 29 avril 1993, BOCCRF, 1993, p. 133 ; Confirmé par Cass. com., 30 mai 1995, Secteur du déménagement des fonctionnaires civils et militaires, BOCCRF, 1995, p. 340 ; Voir, Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 58.

⁸ - CA Paris, 27 octobre 1998, Pratiques relevées dans le secteur des pompes funèbres à Gonesse, BOCCRF., 20 novembre 1998, p. 647 ; Voir, Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 58.

النزاهة، طالما أنه ليس واضحا من بيانات المحضر أو من العناصر الخارجية له، بأن هذا الموضوع قد تم فعلا الإشارة إليه⁽¹⁾.

تهدف قاعدة الالتزام بالنزاهة إلى الحفاظ على حقوق الأشخاص وعدم دفعهم إلى تجريم أنفسهم بأنفسهم *S'auto-incriminer soi-même*، وعليه تستلزم هذه القاعدة إعلام الأشخاص المستمع إليهم بمدى ونتائج الأقوال والتصريحات التي يدلون بها، ولهذا الغرض لا بد من إعلامهم بهدف ومحل التحقيق، يكون الشخص أو الأشخاص المعنيين بالتحقيق على علم بهدف ومحل التحقيق من خلال رخصة القاضي، بالنسبة للتحقيق القمعي، ومن خلال التفويض بالعمل المقدم من طرف المحققين⁽²⁾.

تم التأكيد على الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة في قانون الاتحاد الأوروبي للمنافسة، بالضبط في المادة 3/20 من النظام (المجموعة الأوروبية) رقم 1/2003 للمجلس الأوروبي المؤرخ في 16 ديسمبر 2002 المتعلق بتطبيق قواعد المنافسة المنصوص عليها في المواد 81 و 82 من اتفاقية روما⁽³⁾.

كما أخذ المشرع الجزائري بقاعدة الالتزام بالنزاهة، وذلك من خلال سنّه في المادة 49/2، 3 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه يجب أن يؤدي الموظفون التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة والإدارة المكلفة بالمالية اليمين وأن يفوضوا بالعمل طبقا للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على الموظفين المذكورين في المادة 49 من القانون السابق ذكره. خلال القيام بمهامهم، وتطبيقا لأحكام هذا القانون، أن يبينوا وظيفتهم وأن يقدموا تفويضهم بالعمل⁽⁴⁾.

وهذا ما أكدت عليه المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 بإلزام المقرّر العام والمقرّرون بأداء اليمين وأن يفوضوا بالعمل طبقا للتشريع المعمول به، كما التزمت المادة 49 مكرر ذاتها بأن يبين الموظفون المذكورين في المادة نفسها وظيفتهم وأن يقدموا تفويضهم بالعمل وهذا خلال القيام بمهامهم⁽⁵⁾.

ثانيا: جزاء عدم احترام قاعدة الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة

¹ - CA Paris, 12 décembre 2000 ; Juris-Data n° 2000-132274 ; Sur ce point, voir Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 05.

² - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 294 - 295.

³ - L'article 20/3 du règlement (CE) n° 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002 dispose :

« Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour précéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de l'inspection, ainsi que la sanction prévue à l'article 23 au cas où les livres ou autres documents professionnels qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites en application du paragraphe 2 du présent article seraient inexactes ou dénaturées. La Commission avise, en temps utile avant l'inspection, l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée » ; eur-lex.europa.eu/

⁴ - راجع نص المادة 49 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، المرجع السابق ذكره.

⁵ - أنظر نص المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

ينتج عن عدم احترام مبدأ الالتزام بالنزاهة في القانون الفرنسي عدم حجية الإثباتات والأدلة المتحصل عليها من طرف المحققين، فكل الوثائق والقرارات المتحصل عليها بشكل غير نزيه يتم استبعادها من إجراءات التّحقيق، ولا يمكن تسجيلها كماخذ⁽¹⁾، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى اتخاذ قرار رفض الدعوى لغياب الأدلة أو لعدم كفايتها⁽²⁾.

إن لفرض الجزاء على عدم احترام قاعدة الالتزام بالنزاهة مزايا من ناحيتين: يجبر هذا المبدأ المحققون على الحصول على الأدلة بشكل نزيه من ناحية. ومن ناحية أخرى فهو ضمانات من ضمانات حقوق الدفاع المشروعة للأطراف. في حين، عندما يتعلق الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة من طرف مجلس المنافسة، فإنّ الرقابة الممارسة حول مدى مشروعية عناصر الإثبات المتحصل عليها لهذا الغرض تكون أقل صرامة، والسبب يعود إلى عدم إخطار المجلس في موضوع القضية لكنه مكلف في هذه الحالة - اتخاذ تدابير مؤقتة - فقط بالدفاع عن النظام العام الاقتصادي نظرا لأنّ الظروف المستعجلة اقتضت ذلك لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه⁽³⁾.

وبالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، فإنّ هذا التبرير يجد أساسه في استطاعة أطراف النزاع التعليق على طرق الإثبات المتبعة من طرف مجلس المنافسة من خلال الطعن المنصوص عليه في قانون حرية الأسعار والمنافسة الفرنسي (حاليا التقنين التجاري الفرنسي) ضدّ أحد القرارات المتخذة من طرف المجلس (حاليا سلطة المنافسة) سواء المتعلقة بقرارات عدم التأسيس أو قرارات معاقبة الممارسات المقيدة للمنافسة (مثل التعسف في وضعيّة الهيمنة)⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تكريس جريمة معارضة إجراء التّحقيق

نتطرق لدراسة مضمون جريمة معارضة إجراء التّحقيق ثمّ للجزاء المترتب عن هذه المعارضة.

أولا: مضمون جريمة معارضة إجراء التّحقيق

أخضعت الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة كليات مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها بموجب الأمر السالف الذكر (بما فيها كليات مراقبة ومعاينة المخالفة المتمثلة في التعسف في وضعيّة الهيمنة) لنفس الشروط والأشكال التي وضعها القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصوصه التطبيقية. وتطبيقا لذلك،

¹ - Cons. conc., décision n° 01-D-24 du 04 mai 2001 relative à des pratiques relevées à l'occasion des marchés d'éclairage public et d'électrification rurale dans le département de l'Hérault ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

² - Cons. conc., décision n° 00-D-74 du 23 janvier 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du matériel d'irrigation dans le périmètre concédé à la compagnie Nationale d'Aménagement de la région du bas-Rhône et du Languedoc (CNARBRL) ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

³ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 295 - 296.

⁴ - المرجع نفسه، ص 296.

كرست المادة 53 من القانون رقم 02-04 المذكور سابقاً⁽¹⁾ جريمة معارضة (إجراء التحقيق)، وكيّفتها بمخالفة. وتوصف كمعارضة للمراقبة، كل عرقلة وكل فعل من شأنه منع تأدية مهام التحقيق من طرف الموظفين المذكورين في المادة 49 من القانون رقم 02-04 نفسه (والشيء ذاته عند منع تأدية مهام التحقيق من طرف المقرر).

وتعتبر معارضة لمراقبة الموظفين المكلفين بالتحقيقات، ويعاقب عليها على هذا الأساس:

- رفض تقديم الوثائق التي من شأنها السماح بتأدية مهامهم؛
- معارضة أداء الوظيفة من طرف كل عون اقتصادي عن طريق أي عمل يرمي إلى منعهم من الدخول الحر لأي مكان غير محل السكن الذي يسمح بدخوله طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية؛
- رفض الاستجابة عمدا لاستدعاءاتهم؛
- توقيف عون اقتصادي لنشاطه أو حتّى أعوان اقتصاديين آخرين على توقيف نشاطهم قصد التهرب من المراقبة؛

- استعمال المناورة للمماطلة أو العرقلة بأي شكل كان لإنجاز التحقيقات؛
 - إهانتهم وتهديدهم أو كل شتم أو سب اتجاههم؛
 - العنف أو التعدي الذي يمسّ سلامتهم الجسدية أثناء تأدية مهامهم أو بسبب وظائفهم.
- وفي هاتين الحالتين الأخيرتين، تتم المتابعات القضائية ضدّ العون الاقتصادي المعني من طرف الوزير المكلف بالتجارة أمام وكيل الجمهورية المختص إقليمياً، بغض النظر عن المتابعات التي باشرها الموظف ضحية الاعتداء شخصياً⁽²⁾.

ويقابل المادة 53 من القانون رقم 02-04 المذكور آنفاً نص المادة L.450-8 من التقنين التجاري الفرنسي، والذي كرّس جريمة معارضة أي شخص، وبأي شكل كان، ممارسة الأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التقنين نفسه للوظائف التي كلفوا بها بموجب نصوص التقنين التجاري ذاته المتعلقة بالممارسات المقيّدة للمنافسة⁽³⁾.

ميدانياً، يتم إعداد محضر من قبل الأعوان على أساس المادة L.450-8 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁴⁾ وهذا رغم أنه قد سبق أن قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في حالة غياب إعداد المحضر المعين للمخالفة،

¹ - راجع المادة 53 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر المادة 54 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir l'article L.450-8 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Cass. crim., arrêt du 10 juin 2008, n° 07-87.445 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 04.

من قبل الموظف المؤهل لذلك، فإنه يمكن للقضاة أن يؤسسوا قرارهم على عناصر الملف الذي تم إخضاعه للمناقشة الوجيهة مثل المراسلات المتبادلة مع المتهم أو تحقيق أعوان الشرطة القضائية⁽¹⁾.

واعتبرت محكمة استئناف فرنسية بأنه يشكل جريمة معارضة المهام، رفض لعون الدخول إلى محلات بيع وإلى مخزن تابع لمتجر والاشتراط منه بطاقة التعريف مقابل الشارة⁽²⁾.

ثانيا: جزاء معارضة إجراء التحقيق

يعاقب على معارضة إجراء التحقيق (معارضة للمراقبة) بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وهذا تطبيقا للمادة 53 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽³⁾.

كما يمكن لمجلس المنافسة الجزائري إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ ثمانمائة ألف دينار (800.000 دج) بناء على تقرير المقرر، ضد المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تنهون في تقديمها، طبقا لأحكام المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽⁴⁾، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر. يمكن للمجلس أيضا أن يحكم بغرامة تهديدية لا تقل عن مائة ألف دينار (100.000 دج) عن كل يوم تأخير⁽⁵⁾.

وفي فرنسا، يعاقب مرتكب جريمة معارضة ممارسة الأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التقنين التجاري الفرنسي، للوظائف التي كلفوا بها، بموجب نصوص التقنين ذاته المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، بالحبس لمدة سنتين وغرامة تقدر قيمتها بـ 300.000 أورو⁽⁶⁾.

كما يفهم من نص المادة L.464-2,v من التقنين التجاري الفرنسي بأنه عندما لا تستجيب مؤسسة أو هيئة لاستدعاء أو لا تجيب في الأجل المحدد لطلب المعلومات أو لتسليم المستندات المشكل من طرف أحد الأعوان المحددين في المادة L.450-1,I من التقنين نفسه في مجال ممارسة السلطات المخولة له بموجب الباب (5) و(6)

¹ - Cass. crim., arrêt du 19 janvier 2000, n° 99-83.045 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 04.

² - CA Grenoble, 17 novembre 1988 : Juris-Data n° 1988-047808 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 04.

³ - راجع نص المادة 53 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - اطلع على نص المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - أنظر المادة 28 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

⁶ - Voir l'article L.450-8 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

من الكتاب (4)، فإنه يمكن لسلطة المنافسة الفرنسية بناءً على طلب المقرر العام، النطق اتجاهها بأمر متبوع بغرامة تهيديّة، في الحدود المنصوص عليها في الفقرة (II) من المادة L.464-2 من التقنين نفسه⁽¹⁾.

عندما تقوم مؤسسة بعرقلة التحري أو التحقيق، خصوصاً بتقديمها لمعلومات غير كاملة أو خاطئة، أو تقوم بتسليم مستندات غير كاملة أو غير نزيهة، فإنه يمكن لسلطة المنافسة الفرنسية وبناءً على طلب المقرر العام، وبعد أن تم سماع المؤسسة المعنية ومحافظ الحكومة، أن تقرر معاقبتها بعقوبة مالية. لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الأقصى لهذه الأخيرة 1٪ من مبلغ رقم الأعمال العالمي الأكثر ارتفاعاً، من غير الرسوم، المحقق خلال إحدى السنوات المالية المختتمة ابتداء من السنة المالية السابقة لتلك التي من خلالها نفذت الممارسات⁽²⁾.

لا تسمح المادة L.464-2, v من التقنين التجاري الفرنسي لسلطة المنافسة الفرنسية أن تقرر معاقبة المؤسسة التي تعرقل التحري أو التحقيق، خصوصاً، بتقديمها لمعلومات غير كاملة أو خاطئة، أو تقوم بتسليم مستندات غير كاملة أو غير نزيهة، إلاّ بناءً على طلب المقرر العام، وبعد أن يتم سماع المؤسسة المعنية ومحافظ الحكومة، فهذا من شأنه ضمان حقوق الدفاع. وهذه الضمانة، لا نجدها في نص المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب المادة 28 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، بحيث مكن هذا النص الأخير مجلس المنافسة الجزائري من توقيع الغرامة المحددة ضد هذه المؤسسات بناءً على تقرير المقرر دون أن يضمن لهذه الأخيرة سماعها قبل اتخاذ هذه الغرامة.

الفرع الثالث: ضمان آلية التعاون في مجال البحث عن الأدلة

نتطرق لضمان آلية التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية على المستوى الوطني من جهة. ومن جهة أخرى، بين هذا المجلس وسلطات المنافسة الأجنبية على المستوى الخارجي، وهذا كله من أجل البحث والوصول إلى الأدلة المتعلقة بإثبات قيام التعسف في وضعية الهيمنة وتحديد فاعله، وذلك بالرجوع إلى أحكام قانون المنافسة⁽³⁾.

¹ - L'article L.464-2, II du code de commerce français dispose :

« L'Autorité de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe, pour les contraindre :

a) A exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I,

b) A respecter les mesures prononcées en application de l'article L.464-1.

Le chiffre d'affaire pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif » ;

www.legifrance.gouv.fr/

² - Voir l'article L.464-2, v du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - نقصد هنا بأحكام قانون المنافسة ما يلي :

- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم على التوالي بموجب القانونين التاليين :

* قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

* قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

أولاً: التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية من أجل البحث عن الأدلة (على المستوى الوطني)

أمام تطوّر النشاط الاقتصادي، وتشعّب مجالاته وتعقيدها، أصبحت الدولة عاجزة عن مواجهة المستجدات الجديدة وتنظيم هذه الأنشطة نظراً لخصوصيتها وتطوّرها السريع، فأصبح من الضروري اللجوء إلى آليات جديدة لتدارك هذا النقص، وعليه استحدثت السلطات الإدارية المستقلة لتكون بمثابة هيئات معاونة للدولة تستعين بها هذه الأخيرة لإنجاز مهام وأعمال دقيقة وفنية متخصصة، وذلك في مجالات محدّدة⁽¹⁾.

تعرّف الهيئات (السلطات) الإدارية المستقلة بأنها هيئات وطنية لا تخضع لا للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية، فهي عكس الإدارة التقليدية، إذ تتمتع باستقلالية عضوية ووظيفية سواءً عن السلطة التنفيذية (الإدارة) أو السلطة التشريعية، لكنها تخضع للرقابة القضائية⁽²⁾.

في حالة الضبط القطاعي، تمارس السلطة الإدارية المستقلة مهام ضبط بصفة قبلية (la régulation ex ante)، تنصرف هنا السلطة على هيكل السوق وسلوك الأعوان الاقتصاديين: إنها مؤهلة لتضع بنفسها قواعد اللعبة من خلال تحديد التنازلات، عن طريق إجراء التحكيم، تحديد معالم التسعيرة، وبذلك تخترق سلطات

- مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المرجع السابق ذكره.

¹ - آيت وازو زاينة، « دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة: في شرعية سلطات الضبط المستقلة »، الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 24/23 ماي 2007، ص 355.

² - عيساوي عز الدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 18 مارس 2015، ص 09.

الضبط جوهر القرارات الاستراتيجية للمتعاملين في السوق. تدخل في هذه الفئة سلطة ضبط البريد والمواصلات⁽¹⁾ ولجنة ضبط الكهرباء والغاز⁽²⁾ والوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية⁽³⁾ ومجلس النقد والقرض⁽⁴⁾.

إن لهيئات الضبط القطاعية مهمة مرافقة القطاعات الخاضعة لسلطتها إلى النظام التنافسي. وبالتالي، فهي تضمن مهمة الضبط بصفة قبلية، والتي تتجسد أساسا في إنشاء الآليات الضرورية للانتقال من النظام الاحتكاري إلى النظام التنافسي⁽⁵⁾.

كما تقوم سلطات الضبط القطاعية بضمان أداء مهام المرفق العام، وهذا ما يظهر بالنسبة لضبط قطاع الكهرباء والغاز⁽⁶⁾ وكذلك سلطة ضبط المياه⁽⁷⁾.

إلى جانب ذلك، تقوم سلطات الضبط لكل من قطاع البنوك والمؤسسات المالية "اللجنة المصرفية"⁽¹⁾ وقطاع البورصة المتمثلة في "لجنة تنظيم ومتابعة عمليات البورصة"⁽²⁾ وكذلك سلطة ضبط قطاع التأمينات "لجنة

¹ - راجع المادة 10 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلوكية والأسلوكية، ج.ر.ج. عدد 48، الصادر في 06 أوت 2000، معدل بموجب القانون رقم 06-24 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ج. عدد 85، الصادر في 27 ديسمبر 2006، ثم معدل ومتمم بمقتضى القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ج. عدد 78، الصادر في 31 ديسمبر 2014.

² - أنظر المادة 111 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ج. عدد 08، الصادر في 06 فيفري 2002.

³ - اطلع على المادتين 37 و 40 من القانون رقم 14-05 المؤرخ في 24 فيفري 2014، المتضمن قانون المناجم، ج.ر.ج. عدد 18، الصادر في 30 مارس 2014.

⁴ - راجع المادة 58 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج. عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 26 جويلية 2009، ثم بمقتضى الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 50، الصادر في أول سبتمبر 2010.

⁵ - Rachid ZOUAIMIA, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Editions Belkeise, Alger, 2012, p. 193.

⁶ - أنظر المادة 03 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق ذكره.

⁷ - اطلع على نص المادة 65 من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج.ر.ج. عدد 60، الصادر في 4 سبتمبر 2005، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-03 المؤرخ في 23 جانفي 2008، ج.ر.ج. عدد 04، الصادر في 27 جانفي 2008، ثم بمقتضى الأمر رقم 09-02 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 26 جويلية 2009.

"لجنة الإشراف على التأمينات"⁽³⁾ بالحرص على مصالح الزبائن وحمايتهم من مخاطر السوق والعمل على تطويره، حيث تختص هذه السلطات بالمسائل التقنية التي تتعلق بكل قطاع، ومدى احترام المتعاملين للنصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بكل قطاع. فعلى سبيل المثال تهدف رقابة الدولة على نشاط التأمين وإعادة التأمين، والتي تمارسها لجنة الإشراف على التأمينات إلى حماية مصالح المؤمنين والمستفيدين من عقود التأمين، بالحرص خصوصا على قانونية عمليات التأمين والملاءة المالية لشركات التأمين من جهة. ومن جهة أخرى، العمل على ترقية وتطوير السوق الوطني للتأمينات من أجل اندماجه في النشاط الاقتصادي والاجتماعي⁽⁴⁾.

مبدئيا، يُنَاط لمجلس المنافسة الجزائري مهمة الضبط اللاحق (la régulation ex post) إذ أنه يتدخل، في المصعب، لمعاقبة الممارسات المقيّدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة. في مثل هذه الحالة، تقوم سلطة الضبط (مجلس المنافسة) بوظيفة السهر على احترام، عند المصعب، مجموعة القواعد التي ليس لها اختصاص لتحديدتها عند المنبع. وباختصار، فإنه لا يرجع لها تحديد قواعد اللعبة للمتعاملين في السوق، وإنما السهر على احترام القواعد ومعايير السلوك المحددة سلفا والتي تفرضها السلطات العامة على المتعاملين، وأحيانا من خلال سلطات الضبط الأخرى من أجل ضمان الشفافية والتوازن والمساواة بين الأعوان في قطاع النشاط المعني.

تتمثل مهمة مجلس المنافسة في مراقبة درجة امتثال ممارسة الأعوان الاقتصاديين، لمختلف القطاعات، لقواعد المنافسة. هذا على افتراض أنّ المؤسسات المعنية تعمل في سوق ناضجة، سوق تنافسية. وهذا يعني أنه من المتوقع أن مجلس المنافسة سيستلم المهمة من السلطات القطاعية في الوقت الذي تجاوز القطاع المعني المرحلة الانتقالية ويشرع في الدخول إلى النظام التنافسي⁽⁵⁾.

¹ - راجع المادة 105 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق ذكره.

² - اطلع على نص المادة 12 من القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة (ج.ر.ج.ج. عدد 34، الصادر في 23 ماي 1993، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-10 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج.ر.ج.ج. عدد 03، الصادر في 14 جانفي 1996)، ج.ر.ج.ج. عدد 11، الصادر في 19 فيفري 2003.

³ - راجع المادة 209 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج. عدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر.ج.ج. عدد 15، الصادر في 12 مارس 2006، ثم معدل بمقتضى القانون رقم 06-24 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ج.ج. عدد 85، الصادر في 27 ديسمبر 2006، ثم معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 49، الصادر في 29 أوت 2010.

⁴ - Rachid ZOUAÏMIA, « De l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien », Revue IDARA, Volume 17, n° 33, 1-2007, p.p 34 – 35.

⁵ - Rachid ZOUAÏMIA, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, op. cit., p. 195.

ومن أجل إقامة علاقة تعاون بين سلطة الضبط العام وسلطات الضبط القطاعية المستقلة، نصت المادة 39 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب المادة 21 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 على ما يلي:

« عندما ترفع قضية أمام مجلس المنافسة تتعلق بقطاع نشاط يدخل ضمن اختصاص سلطة ضبط، فإن المجلس يرسل فوراً نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المستقلة لإبداء الرأي في مدة أقصاها ثلاثون (30) يوماً). يقوم مجلس المنافسة، في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط»⁽¹⁾.

ونرى ممّا سبق ذكره، أن مجلس المنافسة الجزائري يملك سلطات واسعة في مجال مراقبة المنافسة الحرة وضبطها فله وظيفة الضبط العام للمنافسة في القطاعات المفتوحة كلية على المنافسة وفي قطاعات النشاط التي تشرف عليها سلطات ضبط قطاعية، وتتجلى وظيفة الضبط في منع ومراقبة كل الممارسات والسلوكات التي تعرقل وتحد من المنافسة⁽²⁾.

ولما يكون قطاع النشاط موضوعاً تحت إشراف سلطة ضبط يتحصل مجلس المنافسة على رأي هذه الأخيرة والذي يشكل خبرة مميزة خصوصاً حول مسائل ذات طبيعة تقنية والتي يمكن أن توجه المجلس في تسوية القضية المطروحة عليه⁽³⁾.

كما يمكن لمجلس المنافسة أن يستفيد من خبرة هذه السلطات وأن يتحصل على معلومات منها، بناء على نص المادة 3/34 من الأمر ذاته والذي جاء كما يلي:

« يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يستمع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات له »⁽⁴⁾. وفي هذه الحالة، ليس هناك شخص أكثر خبرة من سلطة الضبط ذاتها والتي بإمكانها تقديم معلومات حول قطاع النشاط الذي تضبطه.

وأخيراً، نصّت المادة 4/50 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة سلطة ضبط بالتنسيق مع مصالح السلطة المعنية »⁽¹⁾.

¹ - راجع المادة 39 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 258.

³ - Rachid ZOUAIMIA, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, op. cit., p. 202.

⁴ - راجع المادة 18 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة والمتممة للمادة 34 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المرجع السابق ذكره.

عندما يتم إخطار سلطة قطاعية بنزاع والذي يتطلب حله التطبيق الحصري لأحكام الأمر المتعلق بالمنافسة، فإنّها ملزمة بأن تصرّح عدم اختصاصها على نحو يمكن مجلس المنافسة من ممارسة اختصاصه الحصري. في حين لما يتم إخطارها بنزاع والذي يحتاج لتسويته تطبيق كل من قانون المنافسة والقواعد التي تحكم القطاع الخاضع للضبط، فإنّها ملزمة بإخطار مجلس المنافسة تبعا لآلية مماثلة لتلك التي تتعلق بالمسائل الأولية. بالفعل، توضح المادة 1/34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ما يلي:

« يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني، بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق، بأية وسيلة ملائمة، أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تتعدم فيه المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية »⁽²⁾.

ومن جهة أخرى، نصت المادة 1/44 من الأمر المذكور أعلاه، بأن « 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 2 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك ». ونجد من بين الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الهيئات الاقتصادية والمالية بعدد السلطات القطاعية.

وبذلك، يتم توطيد العلاقات بين مجلس المنافسة والسلطات القطاعية على النحو المطلوب بموجب أحكام المادة 2/39 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه⁽³⁾ والتي توضح بأنه يقوم هذا الأخير في إطار مهامه، « بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط »⁽⁴⁾.

ثانيا: التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات المنافسة الأجنبية من أجل البحث عن الأدلة (على مستوى الخارجي)

نتطرق لدراسة التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات المنافسة الأجنبية من أجل البحث عن الأدلة في ظل أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، ثم

¹ - أنظر المادة 25 من القانون رقم 08-12 المذكور سابقا، المعدلة والمتممة للمادة 50 من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 18 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

³ - Sur ce point, voir, Rachid ZOUAIMIA, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, op. cit., p.p 200 – 203.

⁴ - ومع ذلك، فإن هذه الفرضية لا تصمد أمام التحليل، وهذا عند تكذيبها على حد سواء من خلال الممارسة ووفقا لأحكام النصوص المختلفة المتعلقة بضبط القطاعات؛ راجع الصفحات من 420 إلى 436 من الأطروحة محل الدراسة.

نقوم بدراسة التعاون بين هذا المجلس ولجنة الاتحاد الأوروبي للمنافسة باعتبارها أيضا سلطة منافسة أجنبية، وهذا في ظل أحكام المنافسة الواردة في اتفاق الشراكة الأورو - متوسطي⁽¹⁾.

1 - التعاون في ظل أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة

يفهم من نص المادة 40 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، بأنه يمكن لمجلس المنافسة الجزائري، في حدود اختصاصه وبالاتصال مع السلطات المختصة، إرسال معلومات أو وثائق يحوزها أو يمكن له جمعها، إلى السلطات الأجنبية المكلفة بالمنافسة التي لها نفس الاختصاصات إذا طلبت منه ذلك وهذا بتوفر شرطين هما:

- مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل⁽²⁾.

- ضمان السر المهني هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنه لا تطبق أحكام المادة 40 المذكورة أعلاه، إذا كانت المعلومات أو الوثائق المطلوبة تمس بالسيادة الوطنية أو بالمصالح الاقتصادية للجزائر أو بالنظام العام الداخلي⁽³⁾.

كما يستخلص من نص المادة 41 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المذكور أعلاه بأنه يمكن لمجلس المنافسة، بناءً على طلب السلطات الأجنبية المكلفة بالمنافسة، أن يقوم بنفسه أو بتكليف منه، بالتحقيقات في الممارسات المقيدة للمنافسة، وذلك بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من الأمر ذاته وهي:

- مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل.

- ضمان السر المهني هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لا تطبق أحكام المادة 41 المذكورة أعلاه، إذا كانت التحقيقات تمس بالسيادة الوطنية أو بالمصالح الاقتصادية للجزائر أو بالنظام العام الداخلي⁽⁴⁾. ويتم التحقيق ضمن الشروط والإجراءات المنصوص عليها في صلاحيات مجلس المنافسة⁽⁵⁾. وأخيرا، جاء في نص المادة 43 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر، ما يلي:

¹ - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، المرجع السابق ذكره.

² - مبدأ المعاملة بالمثل هو من المبادئ المعروفة في نطاق التعامل الدولي، وفي علاقة الدول ببعضها. ومبدأ المعاملة بالمثل كما هو واضح، فهو مبدأ يقوم على قواعد تساوي المركز القانوني للدول كل منها في مواجهة الأخرى، كأحد التطبيقات الضرورية لمبدأ سيادة الدول؛ أحمد غانم، مبدأ المعاملة بالمثل؛ www.masrawy.com/

³ - راجع المادة 42 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - اطلع على نص المادة 2/41 من الأمر نفسه.

« يمكن لمجلس المنافسة، من أجل تطبيق المادتين 40 و 41 أعلاه، إبرام الاتفاقيات التي تنظم علاقاته بالسلطات الأجنبية المكلفة بالمنافسة التي لها نفس الاختصاصات ».

سنستعين، في هذا الإطار، بما ورد في الاتفاق الأوروبي - متوسطي لتأسيس الشراكة بين الجمهورية الجزائرية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى⁽¹⁾، وهذا ما نتطرق إليه أدناه.

2 - التعاون في ظل أحكام المنافسة الواردة في اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها

نصّت المادة 41/2 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها، على ما يلي:

« يعتمد الطرفان إلى التعاون الإداري في تنفيذ تشريعهما الخاصين في مجال المنافسة وإلى تبادل المعلومات في الحدود التي يسمح بها سر المهنة وسر الأعمال، حسب الكيفيات الواردة في الملحق 5 من هذا الاتفاق ».

وتطبيقاً لذلك وبالرجوع إلى الملحق 5 من هذا الاتفاق والمتعلق بكيفيات تطبيق المادة 41 المذكورة أعلاه، وبالضبط، إلى الفقرة (3.1) والتي يفهم منها بأنه تهدف أحكام هذا الملحق إلى ترقية التعاون والتنسيق بين الطرفين في تطبيق قانون المنافسة الخاص بكل طرف، وذلك بهدف تقادي إعاقة قيود المنافسة للأثار النافعة التي قد تتجم من التحرير التدريجي للتبادلات بين المجموعة الأوروبية والجزائر وأن تلغيها. وبناء على ذلك، جاء الفصل الثاني من الملحق 05 المذكور أعلاه، تحت عنوان "التعاون والتنسيق".

نتطرق لدراسة آليات التعاون، ثم نقوم بتقييم هذه الأخيرة.

أ - آليات التعاون

توجد عدة آليات التعاون وهي: الإشعار، تبادل المعلومات والالتزام بالسرية، تنسيق تدابير التطبيق، المشاورات والتعاون التقني.

1 - الإشعار

تشعر سلطة المنافسة لكل طرف سلطة منافسة الطرف الآخر بالتدابير التطبيقية التي تتخذها إذا رأى الطرف الذي يقوم بالإشعار أنه يمثل مصلحة للتدابير التطبيقية للطرف الآخر، وإذا كان من شأنها أن تمس بصفة معتبرة المصالح الكبرى للطرف الآخر، وإذا كانت متعلقة بقيود المنافسة التي قد تكون لها آثار مباشرة وجوهرية على إقليم الطرف الآخر. وكذلك إذا كانت متعلقة بأفعال مضادة للمنافسة منفذة أساساً على إقليم الطرف الآخر، وإذا كانت تخضع عملاً، على إقليم الطرف الآخر لبعض الشروط أو تمنعه⁽²⁾.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي، المرجع السابق ذكره.

² - راجع النقطة 3 من الفصل الثاني من الملحق 5 لاتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، المرجع السابق ذكره.

ويعرّف الفصل الأول من الملحق 5 المتعلق بكيفيات تطبيق المادة 41 من اتفاق الشراكة الأورو متوسطي التدابير التطبيقية على أنها:

« كل نشاط متعلق بتطبيق قانون المنافسة عبر التحقيق أو عبر إجراء تقوم به سلطة المنافسة التابعة لطرف ويمكن أن يؤدي إلى فرض عقوبات أو إلى إجراءات تقييمية »⁽¹⁾.

وعلى قدر الإمكان، وطالما كان هذا الأمر غير مخالف لقانون المنافسة للطرفين ولا يضر بتحقيق جارٍ، يتم الإشعار خلال المرحلة الأولى من الإجراء قصد السماح لسلطة المنافسة التي تتلقى الإشعار أن تعبّر عن وجهة نظرها، وينبغي على سلطة المنافسة التي تتلقى الإشعار أن تأخذ بعين الاعتبار الآراء التي تلقتها خلال اتخاذها للقرارات.

يجب أن تكون الإشعارات المنصوص عليها في النقطة (1.3) من الفصل الثاني من الملحق 5 لاتفاق الشراكة، المذكور أعلاه، مفصلة بما فيه الكفاية للسماح بإجراء تقييم بالنظر لمصالح الطرف الآخر ويلتزم الطرفان بالقيام بالإشعارات المشار إليها أعلاه على قدر الإمكان وحسب الموارد الإدارية المتوفرة لديهم⁽²⁾.

2 - تبادل المعلومات والالتزام بالسرية

يتبادل الطرفان المعلومات التي من شأنها تسهيل التطبيق الجيد لقانون المنافسة الخاص بهما وتشجيع معرفة متبادلة أفضل للإطارات القانونية لكل منهما.

يخضع تبادل المعلومات للمقاييس السرية المطبقة بموجب تشريعات كلا الطرفين. لا يتم إبلاغ المعلومات السرية الممنوع نشرها منعا صريحا أو التي يمكن في حالة نشرها الإضرار بالطرفين، دون الموافقة الصريحة من المصدر الذي تتبثق عنه هذه المعلومات. تحافظ كل سلطة منافسة، قدر الإمكان، على سر كل معلومة يتم إبلاغها إياها بصفة سرية من قبل سلطة المنافسة الأخرى بموجب القواعد وتعتزض، على قدر الإمكان، على أي طلب بإبلاغ هذه المعلومات يتقدم به طرف آخر دون ترخيص من سلطة المنافسة التي قامت بالتزود بهذه المعلومات⁽³⁾.

3 - تنسيق تدابير التطبيق

يمكن لكل سلطة منافسة إشعار الطرف الآخر عن رغبتها في تنسيق تدابير التطبيق في قضية ما، لا يمنع هذا التنسيق سلطات المنافسة من اتخاذ قرارات مستقلة.

تأخذ سلطات المنافسة بعين الاعتبار لتحديد مدى مجال التنسيق ما يأتي:

¹ - أنظر النقطة (2، ج) من الفصل الأول من الملحق نفسه.

² - اطلع على النقاط (2.3، 3.3، 4.3) من الفصل الثاني من 5 لاتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع النقطة 4 من الفصل الثاني نفسه.

- النتائج التي يمكن أن تتجم عن التنسيق.
- إذا ما كان يجب التحصل على معلومات إضافية.
- تخفيض التكاليف لسلطات المنافسة والوكلاء الاقتصاديين المعنيين.
- الآجال المطبقة بموجب تشريع كل منهما⁽¹⁾.

4 - المشاورات

يتم اللجوء إلى المشاورات في حالة تعرض مصالح هامة لطرف إلى ضرر على إقليم الطرف الآخر⁽²⁾. عندما تعتبر سلطة منافسة أن مؤسسة أو عدة مؤسسات تقع في إقليم أحد الطرفين تباشر أو باشرت أفعالا مخالفة للمنافسة مهما كان مصدرها تمس بشكل خطير مصالح الطرف الآخر الذي تمثله، يحق لها طلب فتح مشاورات مع سلطة منافسة الطرف الآخر. مع العلم أن هذا الحق يمارس بدون الإخلال بعمل محتمل بموجب قانون المنافسة الخاص به ولا يمس بحرية سلطة المنافسة المعنية باتخاذ القرار في نهاية الأمر. يمكن لسلطة المنافسة الملتزمة اتخاذ التدابير التقويمية المناسبة حسب تشريعها الساري المفعول⁽³⁾.

على قدر الإمكان وطبقا للتشريع الخاص به، يأخذ كل طرف بعين الاعتبار المصالح الكبرى للطرف الآخر عندما يقوم بتنفيذ تدابير تطبيقية. عندما تعتبر سلطة منافسة أن تدبيرا تطبيقيا متخذا من قبل سلطة منافسة الطرف الآخر بموجب قانون المنافسة الخاص بها قد يلحق ضررا بالمصالح الكبرى للطرف الذي تمثله، تبلغ رؤاها حول هذا الموضوع لسلطة المنافسة الأخرى أو تطلب فتح مشاورات مع هذه الأخيرة ودون الإخلال بمتابعة عملها تطبيقا لقانون المنافسة الخاص بها ولا بحريتها التامة باتخاذ القرار في نهاية الأمر، تدرس سلطة المنافسة الملتزمة على هذا المنوال، بدقة ورعاية الآراء المعبر عنها من قبل سلطة المنافسة الطالبة، لاسيما كل اقتراح بخصوص الوسائل الأخرى التي من شأنها الاستجابة لمتطلبات التدبير التطبيقي وأهدافه⁽⁴⁾.

5 - التعاون التقني

يفتح الطرفان لبعضهما البعض أبواب التعاون التقني الضروري للسماح بالاستفادة من تجاربهما وبتعزيز تطبيق قانون المنافسة الخاص بهما وسياستهما في ميدان المنافسة، حسب الموارد المتوفرة لديهما⁽⁵⁾. يتجسد التعاون التقني في القيام بنشاطات التعاون المرتقبة المتمثلة فيما سيأتي:

- تنظيم دورات تكوينية قصد السماح للموظفين بالتحصل على الخبرة تطبيقية.

¹ - اطلع على النقطة 5 من من الفصل الثاني من 5 لاتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر النقطة 6 من الفصل نفسه.

³ - أنظر النقطة (1.6) من الفصل الثاني من الملحق 5 لاتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع النقطة (2.6) من الفصل نفسه.

⁵ - أنظر النقطة (1.7) من الفصل ذاته.

- منتديات وخاصة لصالح الموظفين.

- دراسات حول قوانين وسياسات المنافسة بغية تشجيع التنمية.

- تعديل كفاءات تطبيق قواعد المنافسة وتحسينها⁽¹⁾.

وبناء على ذلك، قامت سلطة المنافسة الفرنسية ومجلس المنافسة الجزائري بإبرام اتفاق إطار للتعاون والتعزيز المؤسساتي⁽²⁾، وهذا من أجل التمكن من تبادل الخبرات في مجال قانون وسياسة المنافسة، وهو الهدف الذي تم التأكيد عليه في المادة 01 منه والتي يفهم من فقرتها الثالثة أنه من شأن التعاون والدعم المؤسساتي الذي توفّره سلطة المنافسة الفرنسية، دون وضع حد لهما، أن يتخذا أشكالا متعددة منها: تبادل المعلومات العامة حول نشاطات الأطراف وحول تنفيذ القانون وسياسة المنافسة، كما هو الحال بالنسبة للقرارات والإعلانات والمناشير والدراسات القطاعية والمنشورات وخلاصة التشريع مع التحفظ على هذا الأخير المعمول به في إقليم كل طرف ولاسيما في مجال سرّية القضايا والسرّ المهني وحماية المعطيات. كما تقضي النشاطات المنفذة لاتباع الاتفاق إلى تنفيذ الممارسة الفعالة لمكاسب الخبرة التي تشاطرها سلطة المنافسة الفرنسية مع مجلس المنافسة للجزائر وتقضي كذلك إلى نشر ثقافة المنافسة.

ب - تقييم آليات التعاون

نقوم بدراسة إيجابيات ثم سلبيات آليات التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري ولجنة الاتحاد الأوروبي للمنافسة (لجنة المجموعة الأوروبية للمنافسة سابقا) باعتبارهما سلطات المنافسة المعنية بأحكام المنافسة الواردة في اتفاق الشراكة الأورو متوسطي المذكور أعلاه.

ب1 - الإيجابيات

تستخدم عادة آليات التعاون، بما فيها تبادل المعلومات، بين السلطات المختصة للأطراف المتعاقدة للتغلب على الصعوبة التي تعاني منها هذه السلطات لإثبات وجود الممارسات المقيدة للمنافسة (بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة)، والتي تؤثر على التبادلات بين الأطراف.

وفي غياب المعلومات من الطرف الآخر، يمكن بالكاد للجزائر أو المجموعة الأوروبية (حاليا الاتحاد الأوروبي) أن تقيم دليلا على الممارسة المقيدة للمنافسة التي تحدث على إقليم الطرف الآخر.

بالطبع، يمكن لكلا الطرفين، في حالة اختلاف في المصالح أو تهديد بإحداث ضرر خطير للطرف الآخر، اللجوء إلى تدابير مناسبة بعد مشاورات، ويجب أن تسعى السلطتين لإيجاد حلول مقبولة للطرفين، أي تلك التي تأخذ في الاعتبار مصالح الطرفين⁽³⁾. ومع ذلك، لا تخلو هذه الآليات من بعض السلبيات.

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 308.

² - اتفاق إطار للتعاون والتعزيز المؤسساتي بين سلطة المنافسة الفرنسية ومجلس المنافسة الجزائري، النشرة الرسمية للمنافسة -

العدد 03، 2013، ص ص. 15 - 17؛ www.conseil-concurrence.dz/

³ - Moktare BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 90.

ب2 - السلبيات

إنّ آليات التّعاون، خصوصا تبادل المعلومات، لا تخلو من عيوب في إطار العلاقات بين الدول غير المتكافئة اقتصاديا (كالجزائر والمجموعة الأوروبية (حاليا الاتحاد الأوروبي)).

والواقع تكمن الصعوبة في الحاجة، على الأقل، للطرف الضعيف اقتصاديا إلى حماية المعلومات السريّة، والتي تحدّ بصفة عامة من فعالية توفير المعلومات.

بذلك، تستطيع كل سلطة منافسة لطرف أن تعرقل أو تمنع إجراء تبادل المعلومات تحت ذريعة حماية الأسرار المهنية وسرية الأعمال. وهذا يؤكد، على الأرجح، الهامش الواسع من الاستقلالية التي تتمتع بها السلطات المختصة للأطراف في تنفيذ التنظيم الخاص بالممارسات المقيّدة للمنافسة كالتعسّف في وضعية الهيمنة.

وينبغي تمديد المنطق نفسه على إجراء التشاور الذي لا يبدو فعالا إلا في علاقات الأطراف ذات حجم مماثل⁽¹⁾.

وأخيرا، نلاحظ من العبارات والمصطلحات المستعملة في الفصل الثاني (التّعاون والتنسيق) من الملحق 5 لاتفاق الشراكة، السالف الذكر، بأنّه يتوقف تطبيق هذه الآليات على إرادة كل طرف في الاتفاق مع التمسك بتطبيق قانون المنافسة لكل منها، وإعطاء الأولوية لهذا القانون عن أحكام المنافسة الواردة في هذا الاتفاق.

ج - الآلية المقترحة

يمكن العثور على العلاج، حسب بعض الكتاب (Laurence IDOT & Claude DUCHEMIN) في إدراج آلية المجاملة الإيجابية "La courtoisie positive"⁽²⁾.

تستخدم المجاملة الدولية لتوعية السلطات الأجنبية أو ليطلب منها أخذ مصالحها الخاصة في الاعتبار. ومع ذلك، لا يتعلق الأمر بإدراج المجاملة التقليدية. في الواقع، على الرغم من أنّ هذه الأخيرة تأخذ في الاعتبار مصالح الدول لتقرر الشروع في تحقيق أو إجراء، إلا أنها لا تضمن التزام بتحقيق النتيجة. إنّ هذه المجاملة هي التي نجدها في الاتفاقات الثنائية للمنافسة⁽³⁾.

بالمقابل، تتجاوز المجاملة الإيجابية الاعتبار البسيط لمصالح دولة أخرى بمناسبة إجراءات المنافسة⁽⁴⁾.

¹ - Ibid., pp. 91 – 92.

² - Sur ce point, voir, Moktare BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., pp. 92 – 93.

³ - Ibid., p. 92.

⁴ - تتميز المجاملة الإيجابية عن المجاملة السلبية، حيث يترتب عن هذه الأخيرة طلب سلطة المنافسة من سلطة منافسة أخرى العدول لأنّه سيؤدي عمل الثانية إلى المساس بالأولى أو عموما بالمصالح الهامة للدولة التي تتبعها. قد تكون هذه المصالح ذات طبيعة تنافسية أو تجارية أو مرتبطة بالدفاع أو الأمن الوطني، ولا يوجد التزام بالنتيجة...؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة أنظر،

- Moktare BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 93.

يمكن أن تسمح هذه المجاملة لمجلس المنافسة الجزائري أو للجنة الاتحاد الأوروبي بمناسبة دعوة السلطة الأخرى بتطبيق قواعدها الخاصة ضد ممارسة مقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة شريطة أن تكون هذه القواعد تنطبق على هذا الصنف من الممارسات. قد يكون هذا الحل "ذو أهمية خاصة" للعلاقات بين المجموعة الأوروبية (حاليا الاتحاد الأوروبي) والجزائر بما أنه يسمح لمجلس المنافسة الجزائري أو للجنة بالتدخل بناء على طلب أحدهما.

تجنب المجاملة الدولية ازدواجية الجهود المستخدمة غير الضرورية، عندما تفحص سلطات المنافسة الاثنين في آن واحد الممارسات نفسها. إن لهذه الازدواجية، وهذا بدون شك، تأثير كبير على التكاليف⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التحريات الأولية في التعسف في وضعية الهيمنة

كان الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة لا يميز بين مرحلة التحريات ومرحلة التحقيق الحصري لمجلس المنافسة الجزائري، على خلاف الأمر رقم 03-03 الذي ميز بدقة بين هاتين المرحلتين من حيث القواعد التي تحكم كل مرحلة، ولا سيما فيما يتعلق بجلسات الاستماع التي يعقدها المقرر واحترام حقوق الدفاع. خلال دراستنا لمرحلة التحريات الأولية، سنتناول الأشخاص الذين لهم حق المبادرة بالتحري وأصناف المحققين المكلفين بإجراء التحقيق (الفرع الأول)، ثم نتطرق لدراسة مجريات التحريات الأولية في قيام التعسف في وضعية الهيمنة أو عدم قيامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المبادرة بإجراء التحري والمكلفون به

نتناول في هذا الصدد الأشخاص الذين لهم حق المبادرة بإجراء التحري، وبعد ذلك المكلفون بالقيام به.

أولا: المبادرة بإجراء التحري

في الجزائر، كان لرئيس مجلس المنافسة حق في المبادرة بإجراء التحري فله حق في تعيين المقرر، وله كذلك أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية القيام بأية مراقبة أو خبرة وذلك وفقا للنظام الداخلي في مجلس المنافسة⁽²⁾.

وتطبيقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، نجد أنه استُبقِيَ على حق رئيس مجلس المنافسة في المبادرة بإجراء التحري حيث نصت المادة 1/50 من الأمر نفسه المعدلة والمتممة بموجب المادة 25 من القانون رقم 08-12 على ما يلي:

¹ - Moktare BENACHIBA, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, op. cit., p. 93.

² - حيث نصت المادتان 19 و 23 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996، المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة، على الترتيب، على ما يلي:

« يعين رئيس مجلس المنافسة المقرر المكلف بالتحقيق، ويمكن أن يستعين بمقررين آخرين ».

« يمكن رئيس مجلس المنافسة أن يستعين بأي خبير وأن يستمع إلى أي شخص يفيد في أعماله. كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية القيام بأي مراقبة أو خبرة ».

« يحقق المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة »⁽¹⁾.

يفهم من نص المادة 34/2,3 من الأمر المذكور أعلاه والمعدل والمتمم بموجب المادة 18 من القانون رقم 12-08 على أنه يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأيّ خبير أو يستمع إلى أيّ شخص بإمكانه تقديم معلومات له. كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة، إجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تدرج ضمن اختصاصه⁽²⁾.

كما يجب الإشارة إلى أنّ الوزير المكلف بالتجارة يلجأ، في غالب الأحيان، إلى إخطار مجلس المنافسة بعد التحريات التي تقوم بها مصالحه المختصة بالمنافسة، سواء كانت هذه التحقيقات قد أجريت بطلب من الوزير المكلف بالتجارة، أو بناءً على شكوى موجهة إلى إحدى مصالح وزارة التجارة⁽³⁾.

وإذا لاحظ المقرر بأنّ التحريات التي أجرتها مصالح وزارة التجارة المختصة بالمنافسة بشأن التعسف في وضعية الهيمنة المبلغ عنه من طرف وزير التجارة، لا تحتاج إلى تكملة، أي أنّ عناصر الإثبات المرفقة بالإخطار تعد كافية، فله أن يبلغ مباشرة المآخذ وهذا في الجزائر.

تتمتع سلطة المنافسة الفرنسية بمصالح التحقيق المسيّرة من قبل المقرر العام المعين بقرار من الوزير المكلف بالاقتصاد، بعد أخذ رأي أعضاء السلطة، وهذا تطبيقاً لنص المادة 4,1-L.461 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁴⁾.

تمّ تعزيز وتقوية سلطات المقرر العام لسلطة المنافسة الفرنسية المتعلقة باقتراح واتخاذ القرار، وذلك بموجب أحكام الأمر رقم 1161-2008 المؤرخ في 13 نوفمبر 2008⁽⁵⁾ والنصوص التطبيقية له⁽⁶⁾، إذ سابقاً كانت هذه السلطات تابعة لرئيس مجلس المنافسة الفرنسي.

ومن جهة أخرى، فإنّه يتم إعلام المقرر العام وهذا بموجب أحكام الأمر المذكور أعلاه بالتحريات التي يرغب الوزير المكلف بالاقتصاد الإسراع فيها، بشأن وقائع قد تدرج ضمن المواد 1-L.420 و 2-L.420 (المتعلقة

¹ - قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 18 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03، السالف الذكر.

³ - قابة صورية، مجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 58.

⁴ - Voir l'article L.461-4,1 du code de commerce français (Modifié par Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 – art. 108) ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, op. cit.

⁶ - Décret n° 2009-139 du 10 février 2009, JORF n°0035 du 10 février 2009 ;

Décret n° 2009-140 du 10 février 2009, JORF n° 0035 du 10 février 2009 ;

Décret n° 2009-141 du 10 février 2009, JORF n° 0035 du 10 février 2009 ;

Décret n° 2009-142 du 10 février 2009, JORF n° 0035 du 10 février 2009 ;

Décret n° 2009-185 du 17 février 2009, JORF n° 0042 du 19 février 2009 ; www.legifrance.gouv.fr/

بالتعسّفات في الهيمنة) و L.420-5 من التّقنين التّجاري الفرنسي، وهذا قبل انطلاقها، ويستطيع المقرّر العام « في أجل محدد بموجب مرسوم، اتخاذ إدارة هذه التّحقيقات »⁽¹⁾.

قبل صدور الأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 2008 المذكور أعلاه، كان يتمّ إعلام المقرّر العام بدون تأخير بنتيجة التّحرّيات التي أجرتها مصالح الوزير. وانطلاقاً من صدور هذا الأخير، فإنّه يمكن للمقرّر العام أن يقترح على السلطة إخطار نفسها تلقائياً، و « هذا في أجل محدد بموجب مرسوم »⁽²⁾.

أنشأ المرسوم رقم 311-2009، المؤرخ في 20 مارس 2009⁽³⁾، المادة D.450-3 من التّقنين التّجاري، والتي يفهم من فقرتها (I) بأنه يجب على الوزير المكلف بالاقتصاد أن يحيل إلى المقرّر العام، قبل إجراء التّحقيق، كل الوثائق التي بحوزته والمبررة لإجراء التّحقيق، وبذلك يتمتع المقرّر العام بأجل شهر ابتداء من تاريخ تسليم الوثائق المذكورة سابقاً ليتخذ إدارة التّحرّيات، وفي غياب ذلك، يمكن للوزير المكلف بالاقتصاد إنجاز التّحرّيات بواسطة مصالحه وهذا بعد انقضاء أجل 35 يوماً الموالية لتاريخ تسليم الوثائق⁽⁴⁾.

علاوة على ذلك، يُعلم الوزير المكلف بالاقتصاد المقرّر العام لسلطة المنافسة بنتيجة التّحرّيات التي أجراها، ويقوم بتسليمه مستندات المتابعة. يمكن للمقرّر العام أن يقترح على سلطة المنافسة أن تقوم بالإخطار التلقائي بنتائج التّحقيق، تتمتع السلطة بأجل شهرين للنطق ابتداءً من استلام المقرّر العام لمستندات المتابعة. وفي الفرضية التي يستبعد فيها المقرّر العام هذه الإمكانية أو لا تعطي السلطة أي ردّ على اقتراحه في الأجل المذكور أعلاه، يُعلم المقرّر العام الوزير بذلك.

في حالة عدم تبليغ المقرّر العام قرار السلطة في مدّة (65) التي تلي تاريخ تسليم مستندات المتابعة، يمكن للوزير المكلف بالاقتصاد أن يتّخذ التدابير المنصوص عليها في المواد L.462-5 و L.464-9 من التّقنين التّجاري الفرنسي المتعلقين على التوالي: بإخطار الوزير المكلف بالاقتصاد سلطة المنافسة بالممارسات المقيدة للمنافسة وباختصاص هذا الأخير في النظر في الممارسات ذاتها التي تؤثر على سوق ذات بعد محلي أو أن يحفظ القضية⁽⁵⁾.

كما يمكن للإدارة أن تجري أيضاً تحقيقات تكميلية بناءً على طلب محكمة استئناف باريس التي تم إخطارها عن طريق طعن ضد قرار مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية)⁽⁶⁾.

ثانياً: أصناف الموظفين المؤهلين للقيام بالتّحقيقات

¹ - Voir l'article L.450-5,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Voir l'article L.450-5,2 du même code.

³ - Décret n° 2009-311 du 20 mars 2009 relatif aux délais dont dispose l'Autorité de la concurrence pour prendre la direction des investigations souhaitées par le ministre chargé de l'économie et se saisir du résultat de ces investigations, JORF n° 0069 du 22 mars 2009, p. 5187 ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article D.450-3,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Voir l'article D.450-3,II du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - Louis VOGEL, Traité de droit commercial, op. cit., p. 777.

نص الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) على أصناف المحققين في مجال المنافسة وذلك بموجب المادة 78 منه⁽¹⁾.

إلا أنه تم إلغاء الأمر المذكور أعلاه بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والذي جاء بدون النص على الأعوان الذين يمكن تكليفهم للقيام بالتحقيقات في مجال المنافسة، بما فيها التحقيق في الممارسات المقيدة للمنافسة باستثناء مقرر مجلس المنافسة، وذلك بناء على نص المادة 1/50 منه المعدلة المتممة بموجب المادة 25 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008⁽²⁾. مع أن الأمر رقم 03-03، بعد إلغاءه للأمر رقم 95-06 وذلك بموجب المادة 73 منه، استبقى العمل جاريا بصفة انتقالية بأحكام الباب الرابع والخامس والسادس من الأمر رقم 95-06، بما فيها نص المادة 78 منه، وهذا إلى غاية صدور القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي تم بموجب المادة 66 منه إلغاء جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون⁽³⁾، لاسيما الأحكام الواردة في الأبواب الرابع والخامس والسادس من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة.

وهكذا سجل القانون الجزائري منذ ذلك الحين فراغا تشريعيا فيما يتعلق بالأشخاص المؤهلين لإجراء التحقيقات في مجال المنافسة، لاسيما فيما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة باستثناء مقرر مجلس المنافسة الذي بقي الوحيد المخول له صلاحيات إجراء تلك التحقيقات وهذا إلى غاية 2008، أين تظن المشرع الجزائري لهذا الفراغ، حيث قام هذا الأخير بموجب المادة 24 من القانون رقم 08-12 بإتمام أحكام الأمر رقم 03-03 بالمادة 49 مكرر والتي يفهم من فقرتها الأولى بأنه يؤهل للقيام بالتحقيقات المتعلقة بتطبيق الأمر رقم 03-03 (المعدل والمتمم) ومعاينة مخالفة أحكامه، الموظفون الآتي ذكرهم:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁾.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعوان المعينون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية⁽⁵⁾.

¹ - لمعرفة، آنذاك، الأشخاص المؤهلين لإجراء التحقيقات في مجال المنافسة لاسيما فيما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة، راجع المادة 78 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة (الملغى)، المرجع السابق ذكره.

² - حيث نصت المادة 1/50 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة بموجب المادة 25 من القانون رقم 08-12 على ما يلي:
« يحقق المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة ».

³ - قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 15 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق ذكره.

⁵ - أنظر المواد من 62 إلى 72 من القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001، المتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج.ر.ج. عدد 79، الصادر في 23 ديسمبر 2001 (معدل ومتمم).

- المقرر العام والمقررون لدى مجلس المنافسة⁽¹⁾. وهذا ما أكدته المادة 1/50 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة بموجب المادة 25 من القانون رقم 08-12 والتي جاءت كالآتي:

« يحقق المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة »⁽²⁾.

وبالرجوع إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من القانون رقم 08-12، فإنه يمكن للمستخدمين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعين للإدارة المكلفة بالتجارة إجراء التحقيقات المتعلقة بتطبيق الأمر رقم 03-03 (المعدل والمتمم) ومعاينة مخالفات أحكامه، بناء على طلب من مجلس المنافسة⁽³⁾.

تتعدد وتتوزع الصلاحيات المخولة لوزارة التجارة في مجال مراقبة الممارسات المضادة للمنافسة (الممارسات المقيدة للمنافسة) كالتعسف في وضعية الهيمنة تبعا لتنوع مصالح هذه الوزارة سواء كانت مركزية أم خارجية. جاء المرسوم التنفيذي رقم 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 محددا لصلاحيات وزير التجارة⁽⁴⁾، والذي جاء في نص المادة 06 منه ما يلي:

« يقوم وزير التجارة في مجال الرقابة الاقتصادية وقمع الغش بما يأتي:

- ينظم ويوجه ويضع حيز التنفيذ المراقبة ومكافحة الممارسات التجارية غير الشرعية والممارسات المضادة للمنافسة والغش المرتبط بالجودة والتقليد،

- يساهم في التوجيه والتنسيق ما بين القطاعات لبرامج الرقابة الاقتصادية وقمع الغش،

- ينجز كل تحقيق اقتصادي معمق، وإخطار الهيئات القضائية عند الضرورة »⁽⁵⁾.

¹ - راجع المادة 24 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر المادة 25 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - حيث نصت المادة 4/34 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من القانون رقم 08-12 على ما يلي: « كما يمكنه (مجلس المنافسة) أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة إجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه ».

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 02-453 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يحدد صلاحيات وزير التجارة، ج.ر.ج. عدد 85، الصادر في 22 ديسمبر 2002.

⁵ - راجع كذلك، فيما يتعلق بدور وزير التجارة بخصوص ضبط وترقية المنافسة، المادتين 02 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المحدد لصلاحيات وزير التجارة، المرجع السابق ذكره.

نجد من بين الهياكل التي تشتمل عليها الإدارة المركزية في وزارة التجارة، والموضوعة تحت سلطة الوزير، المديرية العامة لضبط وتنظيم النشاطات والتقنين وكذا المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش وهذا ما نصّت عليه المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002⁽¹⁾.

تتمتع المديرية العامة لضبط وتنظيم النشاطات والتقنين بعدة صلاحيات، وذلك بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 المعدلة والمتممة بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-266 المؤرخ في 19 أوت 2008⁽²⁾، ومن بين هذه الصلاحيات تحديد جهاز لملاحظة ومراقبة الأسواق ووضعه حيث تضم هذه المديرية (05) مديريات من بينها:

* مديرية المنافسة والتي من بين مهامها ما يلي:

- دراسة الملفات الواجب عرضها على مجلس المنافسة وتحضيرها وضمان تنفيذ قراراته، ومتابعتها.
- متابعة المنازعات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة (بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة).
- حيث تضم هذه المديرية أربع (04) مديريات فرعية، من بينها:
- المديرية الفرعية للمنازعات والعلاقات مع مجلس المنافسة وتكلف بما يأتي:
- معالجة ملفات المنازعات ذات الصلة بالممارسات المضادة للمنافسة (الممارسات المقيدة للمنافسة) بالاتصال مع مجلس المنافسة.

- تنفيذ قرارات مجلس المنافسة ومتابعة تطبيقها⁽³⁾.

في حين تكلف المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش بعدة مهام من بينها:

- تحديد الخطوط العريضة للسياسة الوطنية للمراقبة في ميادين الجودة وقمع الغش ومكافحة الممارسات المضادة للمنافسة والتجارية اللامشروعة.

¹ - راجع المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج.ر.ج. عدد 85، الصادر في 22 ديسمبر 2002، المعدلة بموجب المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 08-266 المؤرخ في 19 أوت 2008، ج.ر.ج. عدد 48، الصادر في 24 أوت 2008.

² - مرسوم تنفيذي رقم 08-266 مؤرخ في 19 أوت 2008، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، المرجع السابق ذكره.

³ - مع أنه تطبيقا لنص المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب المادة 22 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، فإنه لم يعد الوزير المكلف بالتجارة هو الذي يسهر على تنفيذ قرارات مجلس المنافسة، بل يتم تنفيذها عن طريق المحضر القضائي وذلك طبقا للتشريع المعمول به. وبالتالي، نلاحظ تناقض بين المادة 47 السالفة الذكر والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-266 المؤرخ في 19 أوت 2008، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، المذكورة أعلاه. مما يثير مسألة تدرج القوانين، بحيث جاء النص القانوني الثاني (المرسوم التنفيذي) الأدنى مرتبة وفقا لمبدأ تدرج القوانين مخالفا للنص القانوني الأول (أمر معدل بقانون) الأعلى مرتبة تطبيقا للمبدأ ذاته.

- القيام بتحقيقات ذات منفعة وطنية بخصوص الاختلالات التي تمس السوق التي لها تأثيرات على الاقتصاد الوطني.

- حيث تضم هذه المديرية أربع (04) مديريات من بينها:

* مديرية مراقبة الممارسات التجارية والمضادة للمنافسة، ومن بينها مهامها:

- السهر على تطبيق التشريع والتنظيم المتعلقين بشروط ممارسة النشاطات التجارية و**باحترام قواعد المنافسة.**

- تنظيم نشاطات مراقبة الممارسات التجارية والمضادة للمنافسة وبرمجتها وتقييمها.

وتتضمن هذه المديرية مديريتين فرعيتين من بينها المديرية الفرعية لمراقبة الممارسات المضادة للمنافسة والتي تكلف في ميدانها بما يأتي:

- تحديد برامج المراقبة وتوجيهها،

- تقييم نتائج أعمال المراقبة المنجزة من طرف المصالح الخارجية،

- اقتراح كل التدابير الرامية إلى تحسين نجاعة برامج وإجراءات المراقبة⁽¹⁾.

أما عن الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة الخارجية في وزارة التجارة⁽²⁾، فإنها تكون منظمة في شكل مديريات ولائية وجهوية للتجارة⁽³⁾.

تتمثل مهام المديرية الولائية للتجارة في تنفيذ السياسة الوطنية المقررة في ميادين التجارة الخارجية والمنافسة والجودة وتنظيم النشاطات التجارية والمهن المقننة وقمع الغش⁽⁴⁾.

وتكلف بهذه الصفة بعدة مهام من بينها:

- السهر على احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة وضمان مراعاة شروط التنافس السليم والنزاهة بين المتعاملين الاقتصاديين.

- السهر على تطبيق سياسة الرقابة الاقتصادية وقمع الغش.

¹ - راجع المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، المرجع السابق ذكره.

² - مرسوم تنفيذي رقم 03-409 مؤرخ في 05 نوفمبر 2003، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج.ر.ج. عدد 68، الصادر في 09 نوفمبر 2003.

³ - راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-409 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003، المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03-409 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003، المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، المرجع السابق ذكره.

- القيام بالتحقيقات ذات الطابع الاقتصادي بالاتصال مع الهياكل المعنية. تنظم المديرية الولائية للتجارة في مصالح يحدد عددها من أربع إلى خمس مصالح، وفي كلتا الحالتين تحتوي على مصلحة تنظيم السوق والمنافسة ومصلحة المراقبة والمنازعات⁽¹⁾. وتشكل كل مصلحة من ثلاث (03) مكاتب على الأكثر. ومن أجل تحقيق مهام الرقابة المخولة لها، تضع المديرية الولائية للتجارة، فرقا للمراقبة يسير كل فرقة رئيس فرقة⁽²⁾.

أما عن مهام المديرية الجهوية للتجارة، فمنها تنشيط وتوجيه وتقييم نشاطات المديرية الولائية للتجارة التابعة لاختصاصها الإقليمي وتنظيم و/أو إنجاز جميع التحقيقات الاقتصادية حول المنافسة، وهذا بالاتصال مع الهياكل المركزية لوزارة التجارة وتكلف بهذه الصفة بمهام منها:

- ضمان تنسيق نشاطات المديريات الولائية للتجارة، لاسيما في مجال الرقابة الاقتصادية وقمع الغش،
- تحضير برامج الرقابة والسيهر على تنفيذها، بالاتصال مع الإدارة المركزية والمديريات الولائية للتجارة وتنسيق عمليات المراقبة ما بين الولايات،
- إنجاز التحقيقات الاقتصادية التي تتطلب تدخل فرق متعددة التخصصات وذات اختصاص جهوي وتنظيم ووضع فرق متخصصة للتكفل بهذه المهام⁽³⁾.

علاوة على ذلك، نصت المادة 38/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناء على طلبه، المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه »⁽⁴⁾.

ويفهم من هذا النص أنه بإمكان مجلس المنافسة الجزائري الاعتماد على محاضر التحقيق التي تولت الهيئات القضائية القيام بها فيما يتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة.

بالنسبة للقانون الفرنسي، قبل دخول الأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 2008 حيز التنفيذ⁽⁵⁾، كان بمقدرة الموظفين المؤهلين من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد فقط إجراء التحقيقات المتعلقة بالمنافسة. لا يتمتع مجلس المنافسة بمصلحة التحقيقات الخاصة به (إلا من خلال مقررته)⁽⁶⁾.

¹ - راجع المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 03-409 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003، المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر المادة 08 من المرسوم نفسه.

³ - راجع المادة 09 من المرسوم التنفيذي ذاته.

⁴ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Voir l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 [portant modernisation de la régulation de la concurrence, op. cit.](#)

⁶ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », Juris-Classeur concurrence-consommation, Fasc. 380, 1/2010, p. 04.

انطلاقاً من صدور الأمر المذكور أعلاه، تم ذكر فئات الأعوان المؤهلين لإجراء التّحقيقات المتعلقة بالمنافسة في المادة L.450-1 من النّقنين التجاري الفرنسي، إذ يمكن إجراء كل التّحقيقات المتعلقة بالمنافسة من قبل الأعوان المنصوص عليهم في الفقرة (I) والفقرة (II) من هذا النص ويتعلق الأمر بـ:

- أعوان مصالح التّحقيق لسلطة المنافسة المؤهلين لهذا الغرض من قبل المقرّر العام لإجراء كل تحقيق ضروري لتطبيق أحكام القسم (II) من الكتاب الرابع من النّقنين التجاري الفرنسي.

- الموظفون المؤهلون لهذا الغرض من قبل الوزير المكلف بالاقتصاد، من أجل إجراء التّحقيقات الضرورية لتطبيق أحكام الكتاب الرابع من النّقنين التجاري الفرنسي⁽¹⁾.

أهل قانون الأنظمة الاقتصادية الجديدة « NRE » المؤرخ في 15 ماي 2001⁽²⁾، الموظفون المذكورين أعلاه لممارسة سلطاتهم التي يتمتعون بها بموجب المواد L.450-1 وما يليها من النّقنين التجاري الفرنسي على كامل الإقليم الوطني⁽³⁾.

وبناءً على طلب مكتوب من المقرّر العام، تضع السلطة، التي يتبعها الأعوان المذكورين في الفقرة (II) من المادة L.450-1 من النّقنين التجاري الفرنسي⁽⁴⁾، تحت تصرفه وهذا دون تأخير الأعوان الضروريين لإنجاز العمليات المذكورة في المادة L.450-4 من النّقنين التجاري الفرنسي⁽⁵⁾، وهذا وفقاً للعدد وللفترة المشار إليهما في طلب المقرّر العام⁽⁶⁾.

علاوة على ذلك، توضّح المادتين A.450-1 و A.450-2 من النّقنين التجاري الفرنسي، بأنّه يؤهل أعوان المنافسة، والاستهلاك وقمع الغشّ، لإجراء التّحقيقات المتعلقة بالمنافسة، وهذا تطبيقاً للمادة L.450-1 من النّقنين نفسه⁽⁷⁾. ومع ذلك، فإنّ الموظفون من الفئة "أ" ومن الفئة "ب" أعوان المنافسة، والاستهلاك وقمع الغشّ المذكورون في المادة A.450-1 من النّقنين ذاته هم فقط المؤهلون لإجراء الزيارات والحجوز المنصوص عليها في المادة L.450-4 من النّقنين التجاري الفرنسي (التّحقيقات الثقيلة)⁽⁸⁾.

¹ - Voir l'article L.450-1 du code de commerce français (Modifié par Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 – art. 108) ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Voir l'article 81_{ter} de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, op. cit.

³ - Voir l'article L.450-1_{III} du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - L'article L.450-1_{II} du code de commerce français dispose :

« - Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du présent livre » ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Voir l'article L.450-4 du code de commerce précité.

⁶ - Voir l'article L.450-6 du même code.

⁷ - L'article A.450-1 du code de commerce français dispose :

« Les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités, en application de l'article L.450-1, à procéder aux enquêtes dans les conditions prévues au présent livre » ; www.legifrance.gouv.fr/

⁸ - L'article A.450-2 du même code dispose :

« Toutefois, seuls les fonctionnaires de catégorie A et de catégorie B, agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes mentionnés à l'article A.450-1 sont habilités à procéder aux visites et aux saisies prévues par l'article L.450-4 » ; www.legifrance.gouv.fr/

ومن جهة أخرى، نصت المادة L.464-9 من التّقنين التجاري، على أنّه يرجع رقابة التّحقيقات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة ذات "بعد محلي" والمسماة أيضا "بالممارسات المنافسة للمنافسة الصغيرة (micro-PAC) للوزير المكلف بالاقتصاد طالما توفر عدد معين من الشروط⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مجريات التّحرّيات الأولية في التعسّف في وضعية الهيمنة

تختلف مدى سلطات الأعوان المحققين ومجريات التّحرّيات الأولية تبعا إذا تعلق الأمر بتحرّيات بسيطة والتي تسمى أيضا بتحرّيات عادية أو تحرّيات غير قمعية، أو تعلق الأمر بتحرّيات ثقيلة والتي تسمى أيضا بتحرّيات تحت رقابة القضاء أو القمعية.

على عكس المشرّع الجزائري، خصّص المشرّع الفرنسي ونظم التّحرّيات غير القمعية في المادة L.450-3 من التّقنين التجاري الفرنسي والتّحرّيات القمعية في المادة L.450-4 من التّقنين نفسه. إذ أنّه إلى جانب المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، أخضع المشرّع الجزائري كفاءات مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها بموجب هذا الأمر، بما فيها مخالفة مبدأ حظر التعسّف في وضعية الهيمنة، موضوع دراستنا⁽²⁾، للشروط والأشكال والأشكال نفسها التي تمّ تحديدها في القانون رقم 02-04 المحددة للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصوصه التطبيقية⁽³⁾، وذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، والمتعلق بالمنافسة⁽⁴⁾.

تستطيع سلطة المنافسة الفرنسية أن تباشر تحقيقا إمّا باستخدام السلطات المنصوص عليها في المادة L.450-3، أو تلك المذكورة في المادة L.450-4 من التّقنين التجاري الفرنسي شريطة الحصول على إذن أو ترخيص قضائي، دون أن يمنع إنجاز جزء من التّحقيق على أساس المادة L.450-3 المذكورة سابقا من متابعة التّحقيق على أساس المادة L.450-4 من التّقنين ذاته⁽⁵⁾. أكّدت محكمة النقض الفرنسية، في عدة مناسبات، أنّ الإدارة غير ملزمة بأن تعطي تفسيرا لاختيارها اللجوء إلى الإجراء المنصوص عليه في المادة L.450-4 من

¹ - Sur ces conditions, voir, l'article L.464-9 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - أنظر المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - نصت الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه، على ما يلي:

« تتم كفاءات مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها بموجب هذا الأمر طبقا لنفس الشروط والأشكال التي تمّ تحديدها في القانون رقم 02-04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصوصه التطبيقية ».

⁵ - Cass. crim., arrêt du 6 octobre 2004, n° 03-85.707, Le Galec ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 07.

التقنين التجاري الفرنسي والذي ليس له طابع تبعية بالنسبة للإجراءات الأخرى التي يمكن استخدامها⁽¹⁾. وبالمثل، لا يتوقف الإجراء المنظم بموجب المادة L.450-4 المذكورة أعلاه على تحقيق سابق للأعوان المنجز بواسطة سلطات المادة L.450-3 من التقنين التجاري نفسه⁽²⁾.

بالعكس، بعد إنجاز عمليات الزيارة والحجز، يتابع الأعوان التحقيق بشكل عادي باستعمال السلطات المنصوص عليها في المادة L.450-3 من التقنين التجاري الفرنسي، خصوصا الاستماع إلى تفسيرات ومبررات المؤسسات فيما يتعلق بالوثائق المحجوزة⁽³⁾.

رغم أن لجميع التحريات سواء البسيطة أو الثقيلة هدف واحد وهو البحث عن دليل الممارسة المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة، فإن هذين النوعين من التحريات مستقلين عن بعضهما البعض⁽⁴⁾.

أولاً: التحريات غير القمعية *Les enquêtes non coercitives*

نتطرق لتعريف التحريات غير القمعية، ثم لسلطات المحققين أثناء تلك التحريات.

1 - تعريف التحريات غير القمعية

يقصد من التحريات غير القمعية أو العادية تلك التحريات التي تتم دون إكراه المؤسسة المعنية على الرضوخ لها لهذا السبب تم تسميتها بـ "التحقيقات غير القمعية"⁽⁵⁾.

يتمتع المحققون أثناء هذه التحريات بسلطات التحقيق دون إذن ورقابة القضاء. وبالتالي، فإن التحريات البسيطة خالية من الوجاهية، أي يتم استبعاد مبدأ الوجاهية⁽⁶⁾: وبالتالي لا يتلقى المعنيين حول التحقيق المنجز من قبل الأعوان إلا معلومات محدودة، إذ أنهم لا يمكنهم الحصول على ملف التحقيق، وليس لديهم حق طلب استماعهم، ولا يمكن لهم تقديم ملاحظاتهم إلا بمبادرة من المحققين⁽⁷⁾.

¹ - Cass. crim., arrêt du 2 avril 2003, n° 00-30.212 : Juris-Data n° 2003-019255 ; Cass. crim., arrêt du 10 septembre 2003, n° 02-81.419 : Juris-Data n° 2007-039320 ; Cass. crim., arrêt du 5 mai 2004, n° 02-86.059 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 07.

² - Cass. crim., arrêt du 10 septembre 2003, n° 02-81.419 : Juris-Data n° 2003-020710, « Palaces parisiens » ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 07.

³ - Cass. crim., arrêt du 20 octobre 2004, n° 02-87.096 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 07.

⁴ - Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 15.

⁵ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 284.

⁶ - طالما تم ذكر هذا المبدأ (مبدأ الوجاهية) من قبل مجلس المنافسة الفرنسي ومحكمة استئناف باريس والتي ترى بأنه لا يخضع التحقيق « لمتطلبات الوجاهية، والتي لا يتم منح الاستفادة منها إلا ابتداء من تبليغ المآخذ... » ؛ حول هذه النقطة أنظر،

- Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 15.

⁷ - Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 18.

يمنح التحقيق للمحققين سلطات مختلفة وذلك بمقتضى قانون المنافسة الجزائري والفرنسي. يتمثل معيار التمييز بين هذه السلطات المختلفة للمحققين في المساس بالحرية الفردية. خالية من الإكراه وعدم اتخاذ أي مساس بهذه الحرية، فإنه يتم ممارسة التحريات غير القمعية من قبل الأعوان المؤهلين تحت مسؤوليتهم الوحيدة، بينما تكون التحريات القمعية ضارة بالحرية الفردية، وبالنتيجة فإنها متعلقة بترخيص ورقابة القاضي⁽¹⁾.

2 - سلطات المحققين أثناء التحريات غير القمعية

انطلاقاً مما سبق ذكره، نظم المشرع الجزائري سلطات المحققين أثناء التحريات غير القمعية من خلال المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة وكذلك المواد 4/49 و 50 و 51 و 52 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المذكورة أعلاه. في حين نظم المشرع الفرنسي سلطات الأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التقنين التجاري الفرنسي في إطار التحريات العادية في المادة L.450-3 من التقنين ذاته.

في الجزائر، يتمتع الأعوان المحققون، أثناء التحريات غير القمعية، بجملة من السلطات أهمها:

- الحق في الفحص واستلام الوثائق وحجزها.

- الحق في الدخول إلى الأماكن.

- الحق في الحصول على المعلومات أو جمعها.

مع الإشارة إلى أنه مكنت المادة 4/49 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الموظفين المذكورين في الفقرة الأولى من المادة ذاتها، لإتمام مهامهم، من طلب تدخل وكيل الجمهورية المختص إقليمياً ضمن احترام القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾.

أ - الحق في الفحص واستلام الوثائق وحجزها

يفهم من نص المادة 1/51 و 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، أنه يمكن للمقرر أن يقوم بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني. ويمكنه أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت ومهما تكن طبيعتها وحجز المستندات التي تساعده على أداء مهامه. وتضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير أو ترجع في نهاية التحقيق⁽³⁾.

وبالرجوع إلى النص السابق، يمكننا القول أن سلطات المقرر تمتد إلى كل الوثائق والمستندات حيثما وجدت. وقد جاء هذا النص عاماً، إذ أنه لم يحدد طبيعة الوثائق التي يمكن أن يطالب بها المقرر أو يحجزها في إطار تحرياته. وكان من المفروض أن تكون الوثائق والمستندات التي يطلبها المقرر أو المحقق متعلقة بالوثائق

¹ - Ibid., p. 15.

² - راجع المادة 49 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المادة 1/51 و 2 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

والمستندات التي تمسكها عادة المؤسسات، مثل الدفاتر والفواتير وكل الوثائق المهنية التي ليس لها طابع سري. ولذا يجب عدم التوسع في تفسير سلطة طلب الوثائق وحجزها. بل يجب أن يكون تفسيرها دقيقا وضيقا، ويجب أن لا يشمل الوثائق ذات طبيعة مزدوجة كالأجندة ومراسلات المحامين⁽¹⁾.

نصت المادة 1/50 و2 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه يمكن للموظفين المذكورين في المادة 49 من القانون نفسه، القيام بتفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية، وكذا أية وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية، دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني. ويمكنهم أن يشترطوا استلامها حيثما وجدت والقيام بحجزها⁽²⁾.

في فرنسا، يمكن للأعوان المحققين المذكورين في المادة L.450-1 من التقنين التجاري الفرنسي، بموجب المادة L.450-3,4 من التقنين نفسه، أن يشترطوا استلام الدفاتر والفواتير والوثائق المهنية الأخرى مهما كانت طبيعتها وأيا كان حائزها، والحصول أو إعداد نسخ منها بأية وسيلة وعلى أي دعائم، وهذا من أجل تسهيل إنجاز مهمتهم؛ لكن لا يمكن لهم أن يقوموا بالحجز عليها بأنفسهم. وتتمثل هذه الوثائق في تلك التي يلزم على المؤسسات حيازتها إجباريا بنص قانوني أو تنظيمي (في مجال الجبائي، الاجتماعي أو التجاري) وكذلك الوثائق الداخلية للمؤسسة (ملفات ورقية أو إلكترونية، مراسلات بأية وسيلة، العقود، الأجندة المهنية، ملاحظات ومنشورات داخلية، تقارير الاجتماعات، ملاحظات مكتوبة، دفتر الرسائل الهاتفية...)⁽³⁾.

لا يمكن للأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التقنين التجاري الفرنسي، إجراء طلب عام وغير دقيق للوثائق الموجودة في المؤسسات، دون معرفة مسبقا وجود الوثائق المهنية المطلوبة⁽³⁾، إذ أن كل طلب عام غير واضح وغير محدد سيكون له أثر تحويل حق الاطلاع إلى تفتيش مُفَتَّحٍ دون الحصول على رخصة تسمح لهم بذلك⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق بالوثيقة المزدوجة "Un document mixte"، يرى مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) بأن: « مجرد وجود خمسة تعليقات توضيحية (Cinq annotations)، غير مقروءة جزئيا والمعترف بها من قبل المؤسسة، والتي تم تفسيرها من قبلها على أنها تعليقات توضيحية شخصية، وهذا من بين

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 306.

² - راجع المادة 1/50 و2 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

³ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 08.

⁴ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 284 - 285.

التعليقات التوضيحية المتعددة المتعلقة بكيفية شبه حصرية بالنشاط المهني للمعني، لم يكن كافيا لإزالة الطابع "المهني" على مقتطفات الوثيقة المسلمة على نسخ للمحققين»⁽¹⁾.

ويضيف المشرع الفرنسي في هذا المجال أنه يحق للمحققين أن يتحصلوا على كل النسخ الضرورية للوثائق التي اطلعوا عليها، وذلك بموجب المادة L.450-3,4 من التقنين التجاري الفرنسي. كما يؤكد المشرع الفرنسي على أنه يمكن للأعوان المحققين الوصول إلى أية وثيقة أو أية وسيلة للمعلومات التي تحتفظ بها مصالح ومنشآت الدولة والجماعات العمومية الأخرى، دون مواجهة سرية المهنة أي دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني⁽²⁾.

بالرغم مما سبق ذكره، نصت المادة L.463-5 من التقنين التجاري الفرنسي على أنه يمكن لقضاة التحقيق والمحاكمة تسليم لسلطة المنافسة الفرنسية، بناء على طلبها، محاضر وتقارير التحقيق أو الوثائق الأخرى للتحقيق الجزائي التي لها صلة مباشرة مع الوقائع التي تم إخطار السلطة بها⁽³⁾. وبالتالي تجيز ولا تلزم المادة L.463-5 المذكورة آنفا لقضاة التحقيق والمحاكمة تسليم لسلطة المنافسة الفرنسية تلك الوثائق السالف ذكرها. إذن وبمفهوم المخالفة، فإن القضاة ملزمون دائما بالأسرار التي يفرضها عليهم قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁾، وهذا عكس موقف المشرع الجزائري الذي سنّ في المادة 2/38 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة ما يلي:

« تبليغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناء على طلبه، المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه »⁽⁵⁾.

إذن، ليس للجهات القضائية الخيار في تبليغ أو عدم تبليغ مجلس المنافسة الجزائري المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه، وهذا كلما طلب منها ذلك. وبالتالي، فإن القضاة ليسوا ملزمين بالأسرار التي يفرضها عليهم قانون الإجراءات الجزائية⁽⁶⁾.

¹ - Cons. conc., décision n° 97-D-39 du 17 juin 1997, relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence – Alpes – Côte-d'Azur ; www.autoritedelaconurrence.fr/

² - Voir l'article L.450-7 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - L'article L.463-5 du code de commerce français dispose :

« Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'Autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie ».

⁴ - Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 52.

⁵ - L'article 38/2 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence dispose :

« Les juridictions communiquent au conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou les rapport d'enquête ayant un lien avec des faits dont le conseil est saisi ».

⁶ - نصت المادة 11 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي:

« تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون إضرار بحقوق الدفاع.

وأخيرا، وفيما يخص تواريخ الوثائق والمستندات المهنية، نذكر أنه إذا لا يمكن أن ترفع الدعاوى أمام مجلس المنافسة الجزائري إذا تجاوزت ثلاثة (03) سنوات⁽¹⁾، فإنه يمكن استعمال المستندات ذات التواريخ القديمة لتوضيح وإظهار الحقيقة حول الممارسات المجسدة في التعسف في وضعية الهيمنة التي تم إخطار المجلس بشأنها⁽²⁾.

يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد منح المقرر، باعتباره محققا، سلطة حجز المستندات التي تساعد على أداء مهامه، بحيث تضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير أو ترجع في نهاية التحقيق، وهذا ما منحتة أيضا المادة 50 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، للموظفين المذكورين في المادة 49 من القانون نفسه، بحيث يمكنهم الحجز على المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية وكذا أية وسائل مغناطيسية أو معلوماتية، تضاف المستندات و/أو الوسائل المحجوزة إلى محضر الحجز أو ترجع في نهاية التحقيق، بينما لم يمنح المشرع الفرنسي من جهته للأعوان المحققين أثناء التحريات البسيطة، المنصوص عليها في المادة 3,4-L.450 من التقنين التجاري الفرنسي، سلطة الحجز على الدفاتر والفواتير والوثائق المهنية الأخرى الذي لا يتم إلا في إطار التحريات الثقيلة أي بإذن ورقابة القاضي، وهذا وفقا لنص المادة 4-L.450 من التقنين ذاته.

ب - الحق في الدخول إلى الأماكن

تفادى المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون المنافسة لعام 2003، المعدلة والمتممة، الإشارة إلى إمكانية دخول المحقق إلى المحلات التجارية والمكاتب، وهذا خلافا للأمر رقم 05-06 المؤرخ في 25 فيفري 1995، المتعلق بالمنافسة (الملغى)⁽³⁾، بينما نصت المادة 52 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة

كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه.

غير أنه تفاديا لانتشار معلومات غير كاملة أو غير صحيحة أو لوضع حد للإخلال بالنظام العام، يجوز لممثل النيابة العامة دون سواه أن يطلع الرأي العام بعناصر موضوعية مستخلصة من الإجراءات على أن لا تتضمن أي تقييم للاتهامات المتمسك بها ضد الأشخاص المتورطين.

¹ - نصت المادة 4/44 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (3) سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معابنة أو عقوبة ».

² - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 285.

³ - حيث نصت المادة 1/81 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة (الملغى) على ما يلي:

« للموظفين المشار إليهم في المادة 78 أعلاه حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب وأماكن الشحن والتخزين، وبصفة عامة أي مكان باستثناء المحلات السكنية ».

على الممارسات التجارية على أنه للموظفين المذكورين في المادة 4 منه، حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين، وبصفة عامة إلى أي مكان باستثناء المحلات السكنية التي يتم الدخول إليها طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

وتبعاً لمصطلحات المادة L.450-3,1 من التّنين التجاري الفرنسي، يستطيع الأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التّنين نفسه الدخول إلى جميع الأماكن المستعملة لأغراض مهنية وإلى كل الأماكن التي يتم فيها تقديم الخدمات، وكذا الدخول إلى جميع وسائل النقل ذات الاستعمال المهني. وعندما تستعمل أيضاً هذه الأماكن لأغراض سكنية (المحلات المزدوجة)، فإنّه لا يمكن إجراء التحريات إلا بترخيص من قاضي الحريات والاعتقال للمحكمة الابتدائية الكبرى التي تقع في دائرة اختصاصها هذه الأماكن، إذا تمت المعارضة من قبل شاغل تلك الأماكن⁽¹⁾.

نلاحظ إذن أنه منح المشرع الفرنسي للمحققين حق الدخول إلى كل الأماكن المخصصة فقط للاستعمال المهني أي استبعاد الأماكن الشخصية (Les locaux personnels) والمحلات المزدوجة (Les locaux mixtes). يختلف جذرياً الدخول المنصوص عليه في المادة L.450-3,1,2 من التّنين التجاري الفرنسي عن حرية الدخول "Libre accès"، ويمثل الأخير عملية التفتيش "perquisition" ويسمح للأعوان البحث في المحلات المهنية التي يتم دخولها، بينما يمثل الدخول المنصوص عليه في المادة L.450-3,1,2 المذكورة أعلاه، مجرد الدخول إلى الأماكن دون الحق في التجول بحرية وتفتيش الأماكن. تم الاتفاق بالإجماع من قبل الفقه على هذا التقييد، والذي من خلاله « يغطي حق الدخول فقط الحق في الاستقبال والبقاء في مكانه (المحقق) »⁽²⁾.

وبالتالي، لا يسمح حق الدخول للمحققين إجراء البحث في المحلات والذي لا يمكن القيام به إلا بناءً على نص المادة L.450-4 من التّنين التجاري الفرنسي أي في إطار التحريات الثقيلة (بإذن ورقابة القاضي). نلاحظ، انطلاقاً مما سبق ذكره، أنه ماعدا المحلات السكنية، أعطى المشرع الجزائري حرية للمحققين للدخول إلى جميع الأمكنة، ولم يضع حدوداً لهذه الحرية بما يكفل حماية حرية الفرد.

ج - الحق في الحصول على المعلومات أو جمعها

نصت الفقرة الثالثة من المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، على ما يلي:

« يمكن أن يطلب المقرّر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه من أي مؤسسة أو أي شخص آخر. ويحدد الآجال التي يجب أن تسلم له فيها هذه المعلومات ».

¹ - Voir l'article L.450-3,3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 28.

ويفهم من نص المادة L.450-3,4 من النّقنين التّجاري الفرنسي بأنّه يمكن للأعوان أيضا، الحصول ، في عين المكان أو بناء على استدعاء، على المعلومات وعلى الوثائق أو أي مبرر لازم للمراقبة.

رغم قيام الأمر رقم 1161-2008، المؤرخ في 13 نوفمبر 2008⁽¹⁾، بتقوية حقوق الدفاع في إطار التّحقيقات "الثّقيلة" (بالنص، خصوصا، بأنّه يتضمن أمر قاضي الحريات والاعتقال الإشارة إلى إمكانية لشاغل الأماكن الاستعانة بمستشار من اختياره⁽²⁾)، فإنّ الحالة بقيت كما هي بالنسبة للتّحرّيات البسيطة. وبالتالي، فإنّ الوسيلة المستخلصة من إلزامية إخبار الأشخاص الذين تم مساءلتهم أثناء التّحقيق، شفويا بإمكانية الاستعانة بمستشار غير مؤسسة، إذ أنه لا تطبق أحكام المادة R.463-6 من النّقنين التّجاري الفرنسي التي تنص على إمكانية الأشخاص الذين تم سماعهم بالاستعانة بمستشار، إلّا على جلسات الاستماع التي يمكن إجراؤها من قبل المقرّرين⁽³⁾، أي في مرحلة التّحقيق أمام مجلس المنافسة⁽⁴⁾، ويقابل نص المادة R.463-6 المذكور أعلاه، نص المادة 53 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الذي جاء كما يلي:

« تكون جلسات الاستماع التي قام بها المقرّر، عند الاقتضاء، محررة في محضر يوقعه الأشخاص الذين استمع إليهم. وفي حالة رفضهم التوقيع يثبت ذلك في المحضر.

يمكن الأشخاص الذين يستمع إليهم الاستعانة بمستشار ».

وأخيرا، منحت المادة L.450-3,5 من النّقنين التّجاري الفرنسي للأعوان المحققين حق الوصول إلى البرامج والبيانات (المعطيات) المخزنة، وكذا حق استرداد بوضوح المعلومات الخاصة لتسهيل أداء مهامهم، وهذا فيما يخص رقابة العمليات التي تتطلب استخدام أجهزة الكمبيوتر، ويمكن لهم طلب نسخة من الوثائق المستخدمة مباشرة لأغراض المراقبة وهذا عن طريق المعالجة المناسبة⁽⁵⁾.

ثانيا: التّحرّيات القمعية

نتطرق لتعريف التّحرّيات القمعية ثمّ لشروط إجرائها وأخيرا لمجريات عمليات الزيارة والحجز.

1 - تعريف التّحرّيات القمعية

¹ - Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, op. cit.

² - Voir l'article L.450-4,5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - L'article R.463-6 du code de commerce français dispose :

« Les auditions auxquelles procède le rapporteur donnent lieu à un procès-verbal, signé par les personnes entendues. En cas de refus de signer, il en est fait mention par le rapporteur. Les personnes entendues peuvent être assistées d'un conseil » ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - CA Paris, 14 avril 1995, SA Martinken : Juris-Data n° 1995-021253 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 09.

⁵ - Voir l'article L.450-3,5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

تتمثل التحريّات القمعية في تلك التحريّات التي تسمح للمقرر أو المحققين الدخول إلى كل الأماكن ولو كانت خاصة، وطلب كل وثيقة مهما كانت طبيعتها بما فيها الأجندة الشخصية لمدير المؤسسة مثلا. ويمكن للمحققين التفتيش حتى داخل الخزائن، وتعتبر هذه السلطات جد واسعة، وقد تمس بالحريات الفردية، نظرا لذلك فقد أخضعت لرقابة القضاء⁽¹⁾.

اعترفت محكمة النقض الفرنسية بوجود توافق بين أحكام المادة 4-450 L من النّقنين التجاري الفرنسي المنظمة للتحريّات الثقيلة وأحكام المواد 6 و 8 و 13 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽²⁾ « لأنها تكفل المصالحة بين مبدأ الحرية الفردية ومتطلبات مكافحة الممارسات المقيّدة للمنافسة، وأن الحقوق في محاكمة عادلة وفي طعن فعلي مضمونة من قبل تدخل كل من القاضي الذي يتحقق من صحة عريضة الإدارة، والرقابة التي تمارسها محكمة النقض »⁽³⁾.

ومع ذلك، لم ينص الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على التحريّات التي تتم تحت رقابة القاضي، إلا أنّ القانون رقم 12-08، المعدل والمتمم له أحالنا إلى القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والذي بدوره استثنى المحلات السكنية من الأماكن التي يتمتع فيها المحققون بحرية الدخول، وأحالنا فيما يتعلق بكيفية دخول المحلات السكنية لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

2 - شروط إجراء التحريّات الثقيلة

أخضع المشرّع الفرنسي إجراء التحريّات الثقيلة بموجب المادة 4-450 L من النّقنين التجاري الفرنسي لشروط صارمة تهدف إلى حماية الحقوق الأساسية للأشخاص المعنيين، إذ يجب أن ترخص التحريّات التي تتضمن زيارة وحجوز من قبل قاضي الحريات والاعتقال بناءً على عريضة تقدم من قبل طالب التحقيق القمعي تتضمن "عناصر المعلومات المفيدة" والتي تبين وجود قرائن على الممارسات المقيّدة للمنافسة (كالتعسف في وضعية الهيمنة)، أو التي تسمح للقاضي تأسيس ترخيصه⁽⁴⁾. وبالتالي، يجب على طالب التحقيق القمعي للحصول على الترخيص، أن يقنع القاضي بوجود مؤشرات غير كافية، لكنها متناسقة وخطيرة تدل على ارتكاب مخالفات، ويجب أن يقتنع القاضي أن التحقيق البسيط لا يكفي لوحده للوصول إلى إثبات هذه المخالفات⁽⁵⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 306.

² - Voir les articles 6 (Droit à un procès équitable), 8 (Droit au respect de la vie privée et familiale), 13 (Droit à un recours effectif) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H) ; www.echr.coe.int/

³ - Cass. crim., 9 février 2005, n° 03-85.302 : Juris-Data n° 2005-027419 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 10.

⁴ - Cass. crim., arrêt du 9 février 2005, n° 03-85.302 : Juris-Data n° 2005-027419 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 10.

⁵ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 286.

في فرنسا، إنّ القاضي المختص لمنح التراخيص هو قاضي الحريات والاعتقال (JLD) للمحكمة الابتدائية الكبرى (Tribunal de grande instance) التي تقع في دائرة اختصاصها الأماكن أو المحلات محل الزيارة. وعندما تقع المحلات التابعة للشركة المعنية بطلب ترخيص بالزيارات والحجوز، باعتبارها القائمة بالتصرفات المزعومة والتي يتمّ البحث عن دليل قيامها، خارج دائرة اختصاص القاضي الحريات والاعتقال الذي تمّ الطلب منه، فإنّ على هذا الأخير أن يحرر إنابة قضائية لقاضي الحريات والاعتقال للمحكمة الابتدائية الكبرى المختصة⁽¹⁾.

يمكن أن يتمّ إعداد طلب الترخيص للزيارات والحجوز من قبل المقرر العام لسلطة المنافسة الفرنسية بناءً على اقتراح المقرر المعين لدراسة القضية، وكذلك من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد، أو أيضا من قبل اللجنة الأوروبية، بحيث تتصرف هذه الأخيرة بناءً على المواد 20 وما يليها من النظام (المجلس الأوروبي) رقم 2003/01⁽²⁾. يجب أن يحدد قاضي الحريات والاعتقال في الإذن السلطة التي قدمت طلب الترخيص للزيارات والحجوز⁽³⁾.

وتبعا لمصطلحات الفقرة (02) من المادة L.450-4 من التقنين التجاري الفرنسي، فإنّه يجب على قاضي الحريات والاعتقال الذي قدّمت له العريضة أن يتحقق من صحة تأسيس هذه الأخيرة. يجب أن يوصف القاضي، في أمره، الوثائق التي تأسس بها ترخيصه، ولا يستطيع ببساطة الرجوع إلى مرفقات الطلب (العريضة)⁽⁴⁾. كما يجب تحديد المخالفات التي يباشر المحققون بالبحث عن الأدلة بشأنها، كما يجب أن يشير ترخيص القاضي إلى موضوع التحقيق القمعي وهدفه. وللاستجابة لهذا الشرط، فإنّ على القاضي الذي يمنح الإذن أن يشير في ترخيصه إلى أماكن الزيارة والتفتيش، وأن يحدد ويعيّن ضابط أو ضباط الشرطة القضائية، إن اقتضى الأمر، الذين سيكلفون بحضور ومراقبة إجراءات التحقيق.

ليس على القاضي أن يشير إلى اسم المؤسسة المعنية بالتحديد حيث يكتفي فقط بالإشارة إلى السوق والقطاع المعنيين بالتحقيق.

- يكون الترخيص محدودا من الناحية الزمنية، فيجب أن تشير الرخصة إلى مدة التحقيق وإذا لم يتم استعمالها في الآجال المحددة من طرف القاضي، تعاد إجراءات طلب الترخيص من جديد، إذ لا يمكن البدء في

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 11.

² - Voir les articles 20 et suivants du Règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité de Rome, op. cit.

³ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., pp. 10 – 11.

⁴ - Ibid., p. 12.

التحقيق والتفتيش، إلا بحضور شاغل الأماكن أو ممثله، ولا يمكن أن يبدأ قبل الساعة السادسة صباحاً، أو بعد الساعة 09 ليلاً.

يجب أن تكون لدى القاضي الذي يرخص بالتحقيق القمعي إمكانية للتدخل والرقابة أثناء إجراء عمليات التحقيق المرخص بها⁽¹⁾، وله في أية لحظة، توقيف أو إنهاء التفتيش.

يتم تبليغ الأمر شفاهياً، وفي المكان وقت الزيارة لشاغل الأماكن أو إلى ممثله الذي سيستسلم نسخة كاملة بمقابل وصل استلام أو بالتأشير في المحضر. يتضمن الأمر الإشارة إلى إمكانية لشاغل الأماكن أو ممثله الاستعانة بمستشار من اختياره. لا تؤدي ممارسة هذه الإمكانية وقف عمليات الزيارة والتفتيش⁽²⁾.

يمكن طلب الحصول على تراخيص تكميلية للترخيص الرئيسي، إذا ظهرت مخالفات جديدة أثناء التفتيش، وذلك لتوسيع التحقيق إلى أماكن ومحللات أخرى⁽³⁾.

قبل 2008، كان بإمكان فقط تقديم طعن بالنقض ضد الترخيص المحرر من قبل قاضي الحريات والاعتقال، وهذا أمام محكمة النقض الفرنسية. منذ 2008، يفهم من نص الفقرة 06 من المادة L.450-4 من التّنين التجاري الفرنسي، التي تم إنشاؤها بموجب الأمر رقم 1161-2008 المؤرخ في 13 نوفمبر 2008، بأنه يمكن أن يكون أمر قاضي الحريات والاعتقال محل طعن بالاستئناف أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التي يتبعها القاضي الذي رخص عمليات الزيارة والحجز⁽⁴⁾.

في الجزائر، نصت المادة 40 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه:

« تضمن الدولة عدم انتهاك حُرمة المسكن.

فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه.

ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة⁽⁵⁾.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية وإلى الكتاب الأول منه المعنون كما يلي: "في مباشرة

الدعوى العمومية وإجراء التحقيق"، بالضبط إلى الباب الثاني منه الخاص بالتحقيقات، نستخلص من المواد 44 و45 و46 و47 و48 الواردة فيه ما يلي:

¹ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 287.

² - Voir l'article L.450-4,5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 288.

⁴ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 15.

⁵ - مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المرجع السابق ذكره.

- لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يحوزون أوراقا أو أشياء لها علاقات بالممارسات المرتكبة لإجراء التفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع وجوب استظهار هذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل والشروع في التفتيش.
- يجب أن يتضمن الإذن المذكور أعلاه بيان وصف الممارسة موضوع البحث عن الدليل وعنوان الأماكن التي سيتم زيارتها وتفتيشها وإجراء الحجز فيها، وذلك تحت طائلة البطلان.
- تتجزأ هذه العمليات تحت الإشراف المباشر للقاضي الذي أذن له بها والذي يمكنه عند الاقتضاء أن ينتقل إلى عين المكان للسهر على احترام أحكام القانون.
- إذا اكتشف أثناء هذه العمليات جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي، فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان الإجراءات العارضة⁽¹⁾.
- لا يجوز البدء في التفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة صباحا، ولا بعد الساعة الثامنة مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك⁽²⁾.
- ويجب مراعاة الإجراءات ويترتب عن مخالفتها البطلان⁽³⁾.

3 - مجريات عمليات الزيارة والحجز

- في الجزائر، يستطيع المحققون الحجز على المستندات التي تساعد على أداء مهامهم⁽⁴⁾ وللموظفين المذكورين في المادة 49 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وبصفة عامة، إلى أي مكان باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية⁽⁵⁾ أي بعد الحصول على رخصة من القضاء.
- وبالتالي، باستثناء المحلات السكنية، فإن المشرع الجزائري لم يخضع إجراءات التحقيق من حجز أو تفتيش أو استلام الوثائق لأية ضمانات كانت، كما لم يخضعها للرقابة القضائية⁽⁶⁾، وهذا يشكل مساسا بالحريات الفردية للأشخاص الذين يجري معهم التحري والتحقيق.

¹ - راجع المادة 44 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (المعدل والمتمم)، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 47 من الأمر نفسه.

³ - اطلع على نص المادة 48 من الأمر ذاته.

⁴ - راجع المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة والمادة 50 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المراجع السابق ذكرها.

⁵ - اطلع على نص المادة 52 من القانون رقم 04-02، السالف الذكر.

⁶ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 289.

تتم عمليات التفتيش (زيارة) المحلات السكنية وحجز الأشياء أو المستندات على الوجه المنصوص عليه في المواد 45 و46 و47 و48 من قانون الإجراءات الجزائية. مع التأكيد على أنه يجب على ضابط الشرطة القضائية عندما يقوم بتفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم بكتمان السرّ المهني أن يتخذ مقدا جميع التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السرّ⁽¹⁾.

ويعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة تتراوح بين 2.000 إلى 20.000 دج كل من أفشى مستندا ناتجا من التفتيش أو أطلع عليه شخصا لا صفة له قانونا في الاطلاع عليه، وذلك بغير إذن من المتهم أو من ذوي حقوقه أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه، ما لم تدع ضروريات التحقيق إلى غير ذلك⁽²⁾.

وإذا وقع التفتيش في مسكن شخص يجب أن يحضره هذا الأخير أو ممثل له. وفي حالة امتنع عن ذلك أو كان هاربا، يستدعي ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته⁽³⁾.

وما نلاحظه أن التحريات الثقيلة، فيما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة، بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة، غير منظمة بموجب أحكام قانون المنافسة الجزائري بل أحالنا المشرع الجزائري إلى أحكام القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي أحالنا بدوره إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بالتفتيش في الجناية أو الجنحة، وهذا ما لا يتماشى وطبيعة الممارسات المقيدة للمنافسة التي يعرف فيها ظاهرة إزالة التجريم، وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي نظم التحريات الثقيلة كما رأينا، ضمن أحكام قانون التجاري في الكتاب السادس الخاص بحرية الأسعار والمنافسة، بالضبط القسم الخامس منه المعنون "سلطات المحققين".

وبالرجوع إلى المادة L.450-4 من التقنين التجاري الفرنسي، فإنه يستطيع الأعوان وهذا بتوفر الشروط السالفة الذكر، إجراء زيارات لكل الأماكن، وكذا حجز الوثائق والوسائط الإعلامية. ويمكنهم أيضا، وفي الشروط ذاتها المتعلقة بعمليات الزيارة والحجز، إجراء وضع الأختام على كل المحلات التجارية والوثائق والوسائط الإعلامية في حدود فترة زيارة هذه المحلات. يجب أن يحضر الأعوان وهم مزودين بالإذن القضائي والذي يبلغوه

¹ - راجع المادة 45/2 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (المعدل والمتمم)، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر المادة 46 من رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (المعدل والمتمم)، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المادة 45 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (المعدل والمتمم)، المرجع السابق ذكره.

لشغل الأماكن أو ممثله، ويجب أن يتم مرافقتهم بضابط، أو ضباط الشرطة القضائية والمعنيين من قبل رئيس المصلحة، الذي يتم تعيينه بدوره من طرف قاضي الحريات والاعتقال⁽¹⁾.

يمكن للأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التقنين التجاري الفرنسي إجراء أثناء الزيارة جلسات الاستماع لشغل الأماكن أو ممثله من أجل جمع المعلومات أو التوضيحات المفيدة لأغراض التحقيق⁽²⁾.

نصت الفقرة 12 من المادة L.450-4 من التقنين التجاري الفرنسي على أنه يمكن أن تكون مجريات عمليات الزيارة والحجز محل طعن من قبل الأطراف أمام الرئيس الأول لمحكمة استئناف التي يتبعها القاضي الذي رخص هذه العمليات. وتتمثل هذه الأطراف في النائب العام، الشخص الذي وجه ضده الأمر، والأشخاص المتهمين (mises en cause) من خلال الوثائق التي حجزت أثناء هذه العمليات⁽³⁾. وتبعا لنص المادة R.450-2,1 من التقنين نفسه، فإنه يجب أن يتضمن الأمر المنصوص عليه في المادة L.450-4 من التقنين ذاته طرق وآجال الطعون التي يتمتع بها شاغل الأماكن أو ممثله⁽⁴⁾.

ثالثا: معانات الأعوان: التزام المحققين بإعداد المحاضر والتقارير

تخضع التحريات التي يجريها مجلس المنافسة الجزائري أو وزير التجارة لشكليات محددة بموجب أحكام قانون المنافسة (المعدل والمتمم) والتي يجب على المقرر والمحققين معه أن يحترموها، وأن يلتزموا بها حماية للحقوق وحفاظا على نزاهة التحقيقات. كما يتوجب أن تكون التحريات والتحقيقات محلا لتحرير محاضر وتقارير.

نتطرق لدراسة القواعد المطبقة على كل المحاضر والتقارير، ثم للقواعد الإضافية المطبقة عليها في التحقيقات الثقيلة. وأخيرا، نتناول البحث عن القيمة القانونية للمحاضر والتقارير.

1 - القواعد المطبقة على كل المحاضر والتقارير

نتطرق أولا لإعداد المحاضر ثم لإعداد التقارير.

أ - المحاضر

يلتزم المقرر عندما يقوم بجلسات الاستماع، وذلك عند الاقتضاء، بتحرير محضر يوقعه الأشخاص الذين استمع إليهم، وفي حالة رفضهم يثبت ذلك في المحضر⁽⁵⁾.

وبالرجوع إلى نصوص المواد 55 و 56 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإنه تُثبت المخالفات في محاضر، والتي تحرر من طرف الموظفين المذكورين في المادة 49 منه،

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », op. cit., p. 16.

² - Voir l'article L.450-4,8 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article L.450-4,12 du même code.

⁴ - Voir l'article R.450-2,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - راجع المادة 1/53 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

دون شطب أو إضافة أو قيد في الهوامش، وتبين هذه المحاضر تواريخ وأماكن التّحقيقات المنجزة والمعاينات المسجلة.

وتتضمن المحاضر هوية وصفة الموظفين الذين قاموا بالتّحقيقات، وتبين هوية مرتكب المخالفات أو الأشخاص المعنيين بالتّحقيقات ونشاطهم وعناوينهم⁽¹⁾.

وفقا لنص المادة 57 من القانون المذكور أعلاه، فإنّه تحرر المحاضر في ظرف 08 أيام ابتداء من تاريخ نهاية التّحقيق. وهذا معناه أن المحاضر تحرر في مكتب المقرّر أو المحقق وليس في مكان التّحقيق⁽²⁾.

وتكون المحاضر تحت طائلة البطلان، إذا لم توقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفة. ويجب أن يُبيّن في المحاضر بأن مرتكب المخالفة قد تم إعلامه بتاريخ ومكان تحريرها وتم إبلاغه بضرورة الحضور أثناء التحرير.

عندما يتم تحرير المحاضر بحضور مرتكب المخالفة يوقعه هذا الأخير، وعند تحريره في غياب المعني أو في حالة حضوره ورفضه التوقيع، يقيّد ذلك في المحاضر⁽³⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة L.450-2 من النّقنين التجاري الفرنسي، تؤدي التّحقيقات إلى إعداد المحاضر والتي تُسلّم إلى السلطة المختصة. وستُسلّم نسخة منها للأشخاص المعنيين⁽⁴⁾.

وتطبيقا لنص المادة R.450-1, I من النّقنين نفسه، فإنّه تبين المحاضر المذكورة في المادة L.450-2 السالفة الذكر، طبيعة وتاريخ ومكان المعاينات أو المراقبات التي تم إجراؤها والتي يتم التوقيع عليها من قبل الأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من النّقنين نفسه. وفي الحالة المنصوص عليها في المادة L.450-1 المذكورة سالفًا والتي يكون أعوان مصالح التّحقيق لسلطة المنافسة الفرنسية مدعّمين بعون من سلطة المنافسة لدولة أخرى عضوة للمجموعة الأوروبية، فإنه يجب الإشارة إلى ذلك في المحاضر. وتبين هوية هذا العون وتاريخ القرار الذي رخص له دعم أعوان مصالح التّحقيق للسلطة⁽⁵⁾.

وعملا بنص المادة R.450-1, II من النّقنين ذاته، فإنّه لما يعاين الأعوان المخالفات أو التقصير في الشروط المنصوص عليها في المادة L.450-3-2، فإنهم يبينون كذلك في المحاضر كيفية الاطلاع واستخدام موقع الأنترنت، خصوصا:

¹ - اطلع على نصوص المواد 55 و56 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

² - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 291.

³ - أنظر المادة 57 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Voir l'article L.450-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Voir l'article R.450-1, I du même code.

- ألقاب وصفة والمقر الإداري للعون المعد للمحضر .
- الهوية المستعارة والتي بها تم إجراء التحقيق .
- تاريخ وساعة المراقبة .
- كفايات الاتصال بالموقع وجمع المعلومات⁽¹⁾ .

ب - التقارير

فيما يخص القانون الجزائي، يتوجب على المقرر أن يحرر التقرير الأولي الذي يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة، ويبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير إلى الأطراف المعنية، وإلى الوزير المكلف بالتجارة، وكذا إلى جميع الأطراف ذات المصلحة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر، وهذا وفقا لنص المادة 52 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة⁽²⁾. وبالرجوع إلى نص المادة 55 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإنه تُختتم التحقيقات المنجزة بتقارير تحقيق.

ووفقا للمادة 59 من القانون نفسه، فإنه تسجل المحاضر وتقارير التحقيق المحررة من طرف الموظفين المذكورين في المادة 2/9 منه في سجل مخصص لهذا الغرض مرقم ومؤشر عليه حسب الأشكال القانونية، فالتقرير موضوعه هو إجراء خلاصة واستنتاج لمجموع عمليات التحري التي قام بها المقرر وهي وثيقة توضيحية وتكميلية للتحريات التي تمت⁽³⁾.

ويفهم من نص المادة L.450-2,1 من التقنين التجاري الفرنسي أنه تؤدي التحقيقات، عند الاقتضاء، إلى إنشاء تقارير⁽⁴⁾.

2 - القواعد الإضافية المطبقة في التحقيقات الثقيلة

إن التحريات الثقيلة هي تلك التحريات التي تتم تحت رقابة وإذن القاضي، كما سبق وأن رأينا ذلك، فهي تسمح بدخول وتفتيش الأماكن السكنية وفقا للمشروع الجزائري الذي أخضعها لأحكام قانون الإجراءات الجزائية

¹ - Voir l'article R.450-1,II du code précité.

² - بينما يقوم المقرر عند اختتام التحقيق بإيداع تقرير معلّل لدى مجلس المنافسة الجزائري يتضمن المآخذ المسجلة، ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وكذا، عند الاقتضاء، اقتراح تدابير تنظيمية طبقا لأحكام المادة 37 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب المادة 20 من القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008، وهذا تطبيقا لنص المادة 54 من الأمر رقم 03-03، السالف الذكر.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 310.

⁴ - Voir l'article L.450-2,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

الخاصة بعمليات الدخول والتفتيش التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية. ويتعين على هؤلاء أن يحرروا محاضر بأعمالهم، ويجب أن ينوّه في تلك المحاضر عن صفة الضبط القضائي الخاصة بمحريها⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي، فإنّه يفهم من المادة R.450-2,2 من التّقنين التجاري الفرنسي أنّه تسرد المحاضر المنصوص عليها في المادة L.450-4 من التّقنين نفسه مجريات الزيارة وتسجل المعاينات المنجزة. يتم إعدادها على الفور. تتضمن هذه المحاضر جرد المستندات والوثائق المحجوزة. يتم توقيع هذه المحاضر من قبل الأعوان المذكورين في المادة L.450-1 من التّقنين نفسه، وكذلك من قبل ضباط الشرطة القضائية المكلف بالحضور في العمليات، وكذا وحسب الحالة، من قبل شاغل الأماكن أو ممثله أو الشاهدين اللّازمين طبقاً للفقرة السابعة من المادة L.450-4 من التّقنين نفسه.

ويتم إعطاء نسخة من المحاضر لشاغل الأماكن أو ممثله. وفي غياب شاغل الأماكن أو ممثله، ترسل نسخة من المحاضر بعد زيارة المسؤول عن المؤسسة أو الهيئة المعنية عن طريق رسالة موصى عليها مع طلب الإشعار بالاستلام⁽²⁾.

3 - قيمة المحاضر والتقارير

لم يحدد الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، القيمة القانونية للمحاضر والتقارير المعدة من قبل المحققين، وذلك خلافاً للأمر رقم 95-06 الملغى والذي نص في المادة 87 منه على ما يلي:

« مع مراعاة أحكام المواد من 214 إلى 218 من قانون الإجراءات الجزائية وكذا أحكام المادتين 85 و86 من هذا الأمر، تكون للتقارير والمحاضر الوارد ذكرها أعلاه فيما يتعلق بالمعاينات المادية التي تتضمنها، حجة قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير »⁽³⁾.

في حين يفهم من نص المادة 58 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بأنّ للمحاضر وتقارير التحقيق حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي، فإنّه يفهم من نص المادة L.450-2,2 من التّقنين التجاري الفرنسي بأنّ للمحاضر حجية قانونية إلى غاية إثبات عكسها⁽⁵⁾.

¹ - راجع المادة 18 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (المعدل والمتمم)، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article R.450-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره (ملغى).

⁴ - راجع المادة 58 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Voir l'article L.450-2,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

أما بخصوص التقارير، فقد ذكر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) بأن تقرير التحقيق يعتبر وثيقة موجزة والتي لم يقرنها أي نص تشريعي أو تنظيمي بقوة ثبوتية أو بأثر قانوني معين؛ ولا تلزم هذه الوثيقة لا المقرر ولا مجلس المنافسة؛ وأن الرأي الذي أعرب عنه المحققون لا يلزم استنتاجات المقرر الخاضعة لمناقشات وجاهية للأطراف المعنية، ولا قرار مجلس المنافسة⁽¹⁾. لذلك، رأى مجلس المنافسة الفرنسي أنه ينبغي استبعاد الإشارات إلى التصريحات الواردة في تقرير التحقيق إن لم تكن مسجلة في المحضر⁽²⁾.

المطلب الثالث: التحقيق الحصري لمجلس المنافسة

إن التحقيق الحصري لمجلس المنافسة الجزائري هو ذلك التحقيق الذي يتم بعد مرحلة التحريات الأولية، يختص به المجلس لوحده دون غيره، وذلك عكس التحريات الأولية، كما سبق أن درسناه سالفاً، ويبدأ التحقيق الحصري بعملية تبليغ أوجه المتابعة (المأخذ) إلى الأطراف المعنية (الفرع الأول)، وتتبع بتحقيق حضوري، وذلك باطلاع الأطراف على ملف القضية وتقديم ملاحظاتهم على تلك المأخذ (الفرع الثاني)، وبعد ذلك يتم تبليغ التقرير المعد من طرف المقرر والمرفق بملاحظات الأطراف ويختتم بانعقاد جلسة للمجلس للفصل في القضية (الفرع الثالث).

تتصف إجراءات المتابعة أمام مجلس المنافسة الجزائري بما فيه التحقيق الحصري بالطابع الوجاهي (الحضوري)⁽³⁾، حيث يفهم من نص المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، أنه يستمع مجلس المنافسة حضورياً إلى الأطراف المعنية في القضايا المرفوعة إليه. وهذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بسرية المهنة⁽⁴⁾، في حين يفهم من نص المادة L.463-1 من التقنين التجاري الفرنسي بأن التحقيق والمتابعة أمام سلطة

¹ - Cons. conc., décision n° 98-D-33 du 03 juin 1998 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics de voirie et réseaux divers dans le département de l'Hérault, dont le recours en appel et le pourvoi en cassation ont successivement été rejetés par CA Paris, 15 juin 1999, et Cass. com., 20 novembre 2001, n° 99-18.253, Bec Frères ; www.autoritedelaconurrence.fr/

² - Cons. conc., décision n° 00-D-26 du 21 juin 2000 relative à des pratiques relevées lors d'un marché d'électrification rurale dans le département des Pyrénées-Atlantiques, décision définitive ; www.autoritedelaconurrence.fr/

³ - يتمثل مبدأ الجاهية في مبدأ المساواة والنزاهة بين الأطراف أثناء الإجراءات القانونية. إنه يسمح لكل طرف بالتعرف على مطالب خصمه ويجبره على تسليم كافة العناصر والمستندات التي بحوزته، وذلك من أجل إخضاعها للمناقشة .../... .../... والنقد وتحضير دفاعه. يجب أن يلاحظ القاضي بنفسه هذا المبدأ ويضمن احترامه من قبل الأطراف. ويشير هذا المصطلح أيضاً إلى اتخاذ قرارات في حضور الأطراف أو ممثلهم. ولمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة أنظر،

- Eric ROIG, Contradictoire (principe du contradictoire) (définition) ; droit-finances.commentcamarche.net/

⁴ - راجع المادة 30/3 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة ؛ واطلع كذلك على نص المادة 2/28 من قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة - رقم 3، المرجع السابق ذكره.

المنافسة الفرنسية وجاهيين، وهذا مع مراعاة أحكام المادة 4-463 L. من التّقنين نفسه والمتعلقة بحماية سرية الأعمال⁽¹⁾.

يوافق ويشكل تبليغ المآخذ افتتاح المتابعة الجاهية (الحضورية) وليس مرحلة التحقيق⁽²⁾.

الفرع الأول: تبليغ المآخذ

نصت المادة 52 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يحرر المقرر تقريراً أولياً يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة.

ويبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية، وإلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا إلى جميع الأطراف ذات المصلحة، الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز ثلاثة (3) أشهر⁽³⁾.

يستخلص من المادة السالفة الذكر، أنه يعود اختصاص صياغة المآخذ لمقرر مجلس المنافسة لوحده دون غيره. يتم تبليغ هذا التقرير المتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة إلى الأشخاص المحددة في المادة ذاتها، وذلك بواسطة إرسال مضمون الوصول مع الإشعار بالاستلام وهذا في الجزائر.

يفهم من نص المادة 2-463 L. من التّقنين التجاري الفرنسي بأنه يبلغ المقرر العام أو المقرر العام المساعد المعين من قبله المآخذ إلى المعنيين وكذلك إلى محافظ الحكومة الذين يمكنهم الاطلاع على الملف، مع مراعاة أحكام المادة 4-463 L. من التّقنين التجاري الفرنسي المتعلقة بحماية سرية الأعمال، وتقديم ملاحظاتهم في أجل شهرين. يمكن للمقرر العام لسلطة المنافسة، وهذا بقرار غير قابل للطعن، منح أجل إضافي لمدة شهر للاطلاع على الملف وتقديم ملاحظات الأطراف، وهذا عندما تبرر الظروف الاستثنائية ذلك⁽⁴⁾.

لذا نتطرق لدراسة طبيعة تبليغ المآخذ وكذلك محتواه والأشخاص المعنية بذلك التبليغ.

أولاً: طبيعة تبليغ المآخذ

عندما يعتبر المقرر أن هناك قرائن وعناصر كافية تؤكد قيام وارنكاب الممارسات المقيدة للمنافسة، يقوم بإعداد وتحرير تقرير أولي يحتوي على تحليل السوق المعنية وعرض الوقائع، والتّحقيقات التي تم إجراؤها، وأخيراً استخلاص المآخذ بمعنى وصف الممارسات، هدفها وآثارها المقيدة للمنافسة، وبالتالي إعلان المآخذ التي اتهم

¹ - Voir l'article L.463-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - CA Paris, 12 décembre 2000 ; Juris Data n° 2000-132274 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 21.

³ - يعتبر مبدأ تبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية وغيرها إجراءً جديداً، لم يكن معمولاً به في ظل الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة -الملغى- إذ إن هذا الأخير نص على أن المقرر بمجرد أن ينتهي من التحقيق، يحرر تقريراً أو محضراً، ويرسله إلى رئيس مجلس المنافسة الجزائري، الذي يبلغه بدوره إلى الأطراف المعنية، وتعطى لهذه الأطراف مهلة 60 يوماً لتقديم ملاحظاتها، وبعد تلقي هذه الملاحظات، يحدد تاريخ لانعقاد جلسة المجلس للفصل في القضية؛ حول هذه النقطة، راجع المواد 21 و 22 و 24 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 17 جانفي 1996، المحدد للنظام الداخلي في مجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Voir l'article L.463-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

بها المعنيين بالأمر، فالمآخذ إذن شبيهة بقرار الاتهام Acte d'accusation⁽¹⁾. لذا يجب أن تكون واضحة بما فيه الكفاية للسماح للأطراف المعنية بتقديم دفاعهم بجدية⁽²⁾.

وبما أن المآخذ عبارة عن عمل تحضيرى للقرار الذي سيصدر عن مجلس المنافسة، فإنه لا يمكن الطعن فيه أمام المحاكم المدنية أو الإدارية، لأن تقييم الوقائع الذي يقوم به المجلس في نهاية المطاف يمكن أن يختلف عن التقييم الذي اهتدى إليه المقرر.

عرّف مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) المآخذ بأنه : « مجموعة من الوقائع، التي تم تكييفها قانونيا وإسنادها إلى مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات »⁽³⁾.

ووفقا للمجلس نفسه، يشكل تبليغ المآخذ « وثيقة موجزة والتي تحتوى على وصف دقيق للوقائع المشتكى منها وتاريخها وتكييفها وإسنادها، ثم يستأنف، في نهاية المطاف، كتابة المآخذ نفسها في صيغة موجزة، وذلك بتلخيصها »⁽⁴⁾.

غير أن مجلس المنافسة يلتزم باحترام مبدأ الوجاهية بين الخصوم، فإذا كان غير ملزم بالتمسك بكامل المآخذ المبلغ عنها للأطراف (وهو ما يحدث في معظم الحالات)، فإنه في المقابل لا يمكنه إضافة مآخذ جديدة لم تكن محل مناقشة حضورية بين الأطراف، لأن تبليغ المآخذ يسمح للأطراف المعنية بالمناقشة الحضورية. تتحدد مهمة المجلس في التكييف النهائي للوقائع التي يقوم بها بتقديرها⁽⁵⁾.

وبالتالي، يمكن للمقرر، إضافة إلى المآخذ التي كان قد سجلها وبلغها للأطراف المعنية، أن يسجل مآخذ تكميلية وبلغها للأطراف نفسها، ويكون ذلك عندما يلاحظ المقرر أنه أخطأ في تحليله للوقائع وتصحيحا للخطأ، يقوم بتبليغ الأطراف بالمآخذ التكميلية سواء بمبادرة منه أو بطلب من المجلس حتى بعد إرسال التقرير -النهائي- شريطة فتح أجل جديد للأطراف المرسل إليها تبليغ المآخذ الإضافية، ليتسنى لها إبداء ملاحظاتها وحججها دون أن ينجم عن هذه الإضافة إلغاء مآخذ تم تبليغه مسبقا ودون أن ترد عبارة " المآخذ الإضافية في التبليغ ". أما بالنسبة للقانون الجزائري، فلا توجد أية إشارة تدل على إمكانية تبليغ مآخذ إضافية، كما لا يوجد أي حكم أو قاعدة تمنع ذلك⁽⁶⁾.

ثانيا: محتوى تبليغ المآخذ

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 355.

² - Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 203.

³ - Cons. conc., décision n° 04-D-42 du 04 août 2004, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁴ - Cons. conc., décision n° 09-D-06 du 05 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia à Inc. Secteur de la vente de voyages en ligne ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁵ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 313 - 314.

⁶ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 355 - 356.

نتطرق لدراسة مدى وجود قواعد شكلية وموضوعية لوثيقة تبليغ المآخذ.

1 - القواعد الشكلية

إنّ تحديد محتوى وثيقة تبليغ المآخذ متروك للتقدير الكامل للمقرر ولرئيس مجلس المنافسة. فيما يتعلق بالشكل، لا توجد أيّة قاعدة خاصة مفروضة لتحريرها، ومع ذلك فإن وثيقة تبليغ المآخذ منظمة عموماً وفق النموذج التالي:

التذكير بأصحاب وموضوع الإخطار، وصف السوق المعنية والممارسات المقصودة وتحديد تاريخها مع الإحالة إلى وثائق الملف الموضوع تحت تصرف الأطراف للاطلاع عليها، تكييف الممارسات المرتكبة في ضوء القاعدة القانونية الواردة في المادة L.420-2¹ من التّنين التجاري الفرنسي (والتي يقابلها نص المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر) مع ذكر كل مأخذ تمسك به المقرر مع تعيين الأشخاص المعنية به⁽¹⁾.

2 - القواعد الموضوعية

يجب التذكير بأنّ مجلس المنافسة غير ملزم بالتقيد بما ورد من طلبات في عريضة الإخطار، وقد ذكر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) بهذا المبدأ منذ بداية نشاطه لاسيما في 1988⁽²⁾. وبناءً عليه، يمكن للمقرر مواصلة إجراءات التّحقيق وتبليغ المآخذ رغم أنّ ضحايا الممارسات المقيّدة للمنافسة المسجلة قد طلبت منه حفظ طلباتها وعدم متابعة القضية. ويمكن له أيضاً أن يمدد نطاق تحقيقه إلى وقائع لم يرد ذكرها في رسالة الإخطار الخاصة بسوق معينة، غير أنه لا يمكن لوثيقة واحدة لتبليغ المآخذ أن تضم ممارسات تدور في أسواق مختلفة⁽³⁾.

ثالثاً: الأشخاص المعنية بتبليغ المآخذ

وفي القانون الفرنسي، نصت المادة L.463-2 من التّنين التجاري بأنه يبلغ المقرر العام أو المقرر العام المساعد المعين من قبله المآخذ إلى المعنيين وكذلك إلى محافظ الحكومة. ومن أجل تطبيق المادة السالفة الذكر، فإنه يقوم المقرر العام بتبليغ المآخذ المتخذة من قبل المقرر لصاحب الإخطار، وإلى الوزراء المعنيين، وإلى باقي الأطراف المعنية ومحافظ الحكومة. يكون تبليغ المآخذ محل إرسال موصى عليه مع طلب الإشعار بالاستلام⁽⁴⁾.

¹ - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 109.

² - Cons. conc., décision n° 88-D-25 du 14 juin 1988, relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises de génie climatique lors de l'attribution de marchés publics et privés dans les régions Provence, Côte d'Azur et Rhône-Alpes ; www.rajf.org/

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 314.

⁴ - Voir l'article R.463-11¹ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

ويقصد بالأطراف المعنية، إلى جانب الأطراف المخطرة، الأشخاص الذين يفترض إسناد الممارسة أو الممارسات المقيدة للمنافسة إليهم أو الأشخاص الذين يتصور اتخاذ قرار ضدهم بتسليط الجزاءات المنصوص عليها قانوناً عليهم⁽¹⁾.

تبلغ المآخذ وفقاً للمادة 52 من الأمر رقم 03-03 إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى جميع الأطراف ذات المصلحة.

تتمثل الأطراف ذات المصلحة في المؤسسات الأخرى غير المؤسسات المرتكبة للممارسة المقيدة إذ قد يحدث تغيير في الشخصية القانونية للمؤسسة المرتكبة للتعسف في وضعية الهيمنة، وذلك في الفترة ما بين ارتكاب الممارسة وتاريخ تبليغ المآخذ أو يتم ارتكابه من قبل مؤسسات تمارس أنشطتها في إطار مجموعة أو أن تكون أنشطتها موزعة على وكالات أو فروع. مع العلم بأنه لكي يكون تبليغ المآخذ صحيحاً، يجب أن يبلغ إلى الكيانات التي لها شخصية قانونية⁽²⁾.

وقد نصت المادة 27 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 03⁽³⁾، على ما يلي:

« يجب أن تتقل دون تأخير إلى علم مجلس المنافسة، كل التغييرات التي تطرأ على القانون الأساسي للمؤسسات التي كانت محل شكوى، بعد إشعارها بها.

ترسل هذه المعلومة في أربع (04) نسخ بواسطة رسالة مضمّنة مع وصل استلام إلى العنوان المبين في المادة 09 من هذا النظام الداخلي⁽⁴⁾.

كما يفهم من نص المادة L.463-2,1 من التقنين التجاري الفرنسي أنه تبليغ المؤسسات التي وجّهت إليها المآخذ، وهذا دون تأخير، للمقرر المكلف بالملف، في أي وقت من إجراء التحقيق، أي تغيير في وضعيتها

¹ - لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 94.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 316.

³ - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 01، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - يجب الإشارة إلى وجود خطأ في المادة 27 المذكورة أعلاه، فبدلاً من أن تحيل هذه الأخيرة، لتحديد العنوان، إلى المادة 07 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، فقد أحوّلت إلى المادة 09 من النظام نفسه. وبالرجوع إلى المادة 07 المذكورة، فإن عنوان مجلس المنافسة كالتالي: مجلس المنافسة إلى السيد: رئيس مجلس المنافسة.

42 و 44 شارع محمد بلوزداد.

وزارة العمل، الطابق الثامن - الجزائر.

القانونية الذي من شأنه أن يغير في ظروف تمثيلها أو في تلك التي يمكن خلالها إسناد المآخذ إليها، إن الاحتجاج والتمسك بهذه التغييرات غير مقبول إذا لم يتم تقديم هذه المعلومة⁽¹⁾.

ينصب تساؤلنا الرئيسي على معرفة من تسند إليه الممارسة التي تمثل تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة في السوق التنافسية. والإجابة عن هذا التساؤل لها أهميتها الخاصة من حيث تحديد أطراف الخصومة وعلاقة ذلك بالإجراءات، ومن حيث تحديد الأساس الذي يمكن الاستناد إليه في تقرير المسؤولية عن الممارسات المرتكبة حال ثبوتها، وذلك عند تبليغ المآخذ.

ويثور هذا التساؤل بصفة خاصة بصدد حالتين وهما:

- حالة تغيير في الشخصية القانونية للمؤسسة المرتكبة للتعسف في وضعية الهيمنة.

- حالة المؤسسات والمنظمات المعقدة التركيب.

1 - حالة تغيير في الشخصية القانونية للمؤسسة المرتكبة للتعسف في وضعية الهيمنة

تثار مسألة إسناد الممارسات التعسفية التي ترتكبها المؤسسة المتمتعة بوضعية الهيمنة في حالة تغيير الشخصية القانونية لها بما يستتبعه من انتقالها، وقد أوضح مجلس المنافسة الفرنسي المبادئ التي تنظم إسناد الممارسات في مثل هذه الحالة، حيث تقرر أنه عند ثبوت وقوع ممارسة ما، فإنه من المتفق عليه ضرورة تحديد الشخص الطبيعي أو المعنوي المسؤول عن استغلال المؤسسة، لحظة ارتكاب الممارسة، كي تسند إليه. وإذا ما حدث بين لحظتي ارتكاب الممارسة وإسنادها إلى المتسبب أن توقف هذا الأخير - من الناحية القانونية - عن استغلال المؤسسة، فإنه من الضروري أولا أن يتم تحديد مجموع العناصر المادية والبشرية التي ساهمت في ارتكاب المخالفة، كي يمكن تحديد هوية الشخص الذي أصبح مسؤولا في المرحلة التالية - عن استغلال هذا المجموع وذلك لتجنب تهرب المؤسسة من المسؤولية عن الممارسة المقيدة للمنافسة، بحجة اختفاء الشخص المسؤول عن استغلال المؤسسة لحظة ارتكاب الممارسة⁽²⁾.

استوحى مجلس المنافسة الفرنسي هذا المبدأ، المذكور أعلاه، وهذا بصفة واسعة من المبادئ القضائية السارية في الاتحاد الأوروبي، والمحددة خصوصا في قرارات Enichem Anic spa و All Weather Sports Benelux BV⁽³⁾

يعتمد المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه الحل المذكور على فكرة أن المسؤولية المترتبة عن السلوك المخالف للمؤسسة - إذا كانت شركة - تتبع الشخص المعنوي⁽⁴⁾. ويعطي هذا المبدأ الأولوية للكيان القانوني عن مفهوم الاقتصادي للمؤسسة⁽¹⁾ وتترتب على المقدمة السالف بيانها النتائج التالية:

¹ - Voir l'article L.463-2, du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Cons. conc., rapport annuel pour 2001, www.autoritedelaconurrence.fr/

³ - TPI., Enichem Anic Spa c/ Commission des Communautés Européennes, aff. T-6/89, 17 décembre 1991 et All Weather Sports Bénélux BV, aff. T-38/92, 28 avril 1994 ; Cons. conc., rapport annuel pour 1997, p. 25 ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁴ - Cons. conc., rapport annuel pour 2001 (précité).

- مادام أن الشخص المعنوي المسؤول عن استغلال المؤسسة التي باشرت الممارسات التعسفية في وضعيتها الهيمنة والمقيدة للمنافسة، مازال موجودا من الناحية القانونية، فهو الذي يتحمل المسؤولية عن هذه الممارسات، حتى ولو كانت العناصر المادية والبشرية التي ساهمت في ارتكابها قد تم التصرف فيها إلى شخص آخر⁽²⁾.

- في حالة كون صاحب الممارسات قد اختفى من الناحية القانونية، يؤدي تطبيق هذه المبادئ إلى البحث عن الاستمرارية الاقتصادية والوظيفية بين المؤسسة التي نفذت الممارسات المحظورة وتلك التي استأنفت نشاطها. يتم إعطاء الأولوية، حينئذ، للمنطق الاقتصادي⁽³⁾. ويتم تحليل هذه الديمومة بصفة مستقلة عن الشروط القانونية للتنازل أو لتحول المؤسسة أو كذلك عن هوية قادتها على التوالي. في ظل هذه الظروف، يجوز إسناد إلى الكيان الاقتصادي - موضوع قانون المنافسة - الممارسات المحظورة ويكون محل عقوبات حتى وإن اختفى صاحب هذه الممارسات بين لحظة ارتكابها والوقت الذي يجب أن يجيب فيه، وهذا طالما تم ضمان الاستمرارية الاقتصادية والوظيفية للمؤسسة⁽⁴⁾، فهنا يجب التمييز بين حالتين:

* عندما يختفي قانونا الشخص المعنوي المسؤول عن استغلال المؤسسة، فإن الممارسات السالفة الذكر يجب إسنادها إلى الشخص المعنوي الذي انتقلت إليه المؤسسة قانونا. بمعنى تسند إلى الشخص المعنوي الذي يتلقى حقوق والتزامات الشخص مرتكب تلك الممارسات، ويكون هذا الأمر في حالة الاندماج عن طريق الامتصاص (الاستغراق) أو عن طريق المزج.

يطبق ذات المبدأ ولو كان النشاط المعني بهذه الممارسات قد حُوّل إلى الغير قبل الإدماج⁽⁵⁾. ويطبق كذلك حتى وإن قامت الشركة المستغرقة بتحويل النشاط المعني بهذه الممارسات إلى شركة ثالثة⁽⁶⁾.

* عندما يختفي الشخص المرتكب لتلك الممارسات، دون أن يوجد شخص تنقل إليه حقوقه والتزاماته، هنا تسند هذه الممارسات إلى المؤسسة التي تضمن - في الواقع - الديمومة الاقتصادية والوظيفية، المذكورة أعلاه⁽⁷⁾.

¹ - Cons. conc., rapport annuel pour 1997 (précité).

² - Cons. conc., rapport annuel pour 2001 (précité).

³ - Cons. conc., rapport annuel pour 1997 (précité), pp. 25 - 26 : « Mais, si l'auteur des pratiques a juridiquement disparu, l'application de ces principes conduit à rechercher la continuité économique et fonctionnelle entre l'entreprise qui a mis en œuvre les pratiques prohibées et celle qui a repris son activité, privilégiant alors une logique économique ».

⁴ - Cons. conc., rapport annuel pour 1997 (précité).

⁵ - Cons. conc., décision n° 98-D-33 du 03 juin 1998, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics de voirie et réseaux divers dans le département de l'Hérault ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁶ - Cons. conc., décision n° 95-D-76 du 29 novembre 1995, relative à des pratiques constatées à l'occasion de marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁷ - حسين الماحي، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، المنصورة، 2008، ص 129.

بتعبير آخر، لما يختفي الشخص المعنوي تماما وببساطة، لكن دون الخضوع لعملية الاندماج عن طريق الامتصاص (الاستغراق)، حينئذ فقط، يطبق مبدأ الديمومة الاقتصادية والوظيفية من قبل المؤسسة التي جمعت العناصر المادية والبشرية التي ساهمت في ارتكاب المخالفة⁽¹⁾.

ولما تؤدي التغييرات إلى زوال الكيان الاقتصادي والقانوني للمؤسسة، وذلك يتحقق إذا كانت المؤسسة خاضعة للتصفية القضائية بناء على حكم قضائي مشهر، ففي هذه الحالة تكون سببا للتخلي عن مواصلة إجراءات التحقيق المقررة⁽²⁾.

وأخيرا، لا تثار صعوبة في حالة إسناد الممارسات إلى المؤسسات الفردية، إذ إن المستغل الفردي للمؤسسة يستمر مسؤولا عن الممارسات المرتبطة به، ولو تصرف في المتجر الذي في إطاره ارتكبت الممارسات، ذلك لأنه في حالة المؤسسة الفردية، تتجسد المخالفة في حقيقة التورط الشخصي لصاحب المؤسسة في تنظيم الهيكل المكون لمجموعة العناصر المادية والبشرية التي تشكل المؤسسة محل التصرف، وهذه المسألة اللصيقة بشخص صاحب المؤسسة لا تنتقل إلى المؤسسة المتصرف إليها، ومن هنا لا يمكن أن تنسب الممارسات إليها⁽³⁾.

2 - حالة المؤسسات والمنظمات المعقدة التركيب

يمكن تبليغ المآخذ إلى المؤسسات والأشخاص المعنوية التي تتمتع بالاستقلال القانوني والاقتصادي. وكما ذكرنا فإن فكرة المؤسسة في مفهوم قواعد المنافسة ليست بالضرورة مرادفة للشخصية المعنوية، فالمؤسسة تتكون من كل كيان يمارس نشاطات من طبيعة اقتصادية، فيمكن أن يكون مجموعة صناعية ضخمة *groupe industriel* الذي تمثله حسب الأحوال الشركة الأم أو أحد الفروع أو الوحدة الاقتصادية *L'unité économique*. وفي إطار المؤسسة ذات التركيب المعقد، تبلغ المآخذ سواء إلى فرع الشركة أو إلى الشركة الأم، والمبدأ المطبق من طرف مجلس المنافسة الفرنسي هو أن تبلغ المآخذ إلى الكيان الاقتصادي الذي تصرف بصفة مستقلة وشارك مباشرة في ارتكاب المخالفة، كما يمكن أن تبلغ فقط إلى الفروع المرتكبة للمخالفات وذلك إذا ثبت أنها مؤسسات متميزة عن الشركة الأم، ولها استقلالية في التسيير وحرية تجارية⁽⁴⁾.

¹ - Cons. conc., rapport annuel pour 2001 (précité).

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 319.

³ - حسين الماحي، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 317 - 318.

لذا، وقد أبان مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) ضرورة مراعاة أن مسألة تمتع الفرع بشخصية قانونية منفصلة لا تكفي - بذاتها - لإبعاد إمكانية إسناد السلوك المخالف الصادر عن الفرع إلى الشركة الأم، وإنما يشترط أن يثبت أن الفرع يملك تحديد سلوكه بطريقة مستقلة في السوق، وأنه لا يطبق تعليمات - خاصة في المسائل الهامة - صادرة له من الشركة الأم⁽¹⁾.

وقد كانت هناك مناسبتين لمجلس المنافسة الفرنسي في عام 2000 لتطبيق هذه المبادئ. ففي قضية متعلقة بممارسات الشركة الفرنسية للألعاب La société Française des jeux⁽²⁾، وكانت الشركات المخرطة قد أوضحت أن ممارسات دعم المكونة لتعسف في وضعية الهيمنة، يجب أن تنسب إلى الشركة الأم الفرنسية للألعاب وفرعها الذي استفاد من هذا الدعم، الشركة الفرنسية للصيانة. ولحسم هذه المسألة، قرر المجلس أن هذا الفرع لا يملك - لحظة الوقائع المنسوبة إليه - أي استقلال بالنسبة للشركة الأم، خاصة أن هذه الأخيرة كانت تملك 90% من رأس ماله، وأن غالبية مديري الفرع - الشركة الفرنسية للصيانة - كانوا يمارسون مسؤولياتهم في الشركة الأم، وأخيرا إن إدارة الفرع وتحديد سياسته التجارية تتم تحت السيطرة والرقابة الدقيقة للشركة الأم⁽³⁾.

وفي قرار آخر للمجلس يتعلق بالممارسات التي كشف عنها قطاع بيع مساحات الإعلان في التلفاز⁽⁴⁾، قرر المجلس مجازة شركة القناة الأولى الفرنسية (TF1)، استنادا إلى أن فرعها - صاحب التعسف في وضعية الهيمنة - وهو شركة إعلانات القناة الأولى الفرنسية لا يملك أي استقلال قانوني أو فعلي في مواجهة الشركة الأم التي تملك أكثر من 99% من أصولها، وأن مجلس إدارة الفرع يتكون بصفة رئيسية من مديري الشركة الأم⁽⁵⁾.

ولكن لا يمكن تبليغ المآخذ إلى الممثلات التجارية التي لا تتمتع بالشخصية القانونية مثل الوكالات التجارية والمديريات الجهوية التي لا تتمتع بالاستقلالية⁽⁶⁾.

قد تلجأ المؤسسات المتورطة في مباشرة ممارسات تعسفية في وضعية الهيمنة إلى الادعاء بأن تلك الممارسات ارتكبت بواسطة وكالات محلية، وذلك كي تقلص من نطاق مسؤولياتها، وفي هذه الحالة لا مناص من القول بأن عبء الإثبات يقع على الشركة التي تدّعي مسؤولية وكالتها المحلية. وفي هذا الموضوع، يكون

¹ - Cons. conc., rapport annuel pour 2001 (précité).

² - Cons. conc., décision n° 00-D-50 du 05 mars 2001, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir ; www.autoritedelaconcurrency.fr/

³ - Cons. conc., rapport annuel pour 2001 (précité).

⁴ - Cons. conc., décision n° 00-D-67 du 13 février 2001, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires visuels ; www.autoritedelaconcurrency.fr/

⁵ - Cons. conc., rapport annuel pour 2001 (précité).

⁶ - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

للجهاز القائم على تطبيق وتنفيذ أحكام قانون المنافسة سلطة في تقدير درجة الاستقلال التي تتمتع بها الكيانات المحلية. فلكي نكون بصدد مؤسسة، يجب أن يملك الكيان المحلي نوعاً من الاستقلال يسمح له بوضع سياسته التجارية والفنية الخاصة به، ويتخلص من الرقابة الهرمية التي تمارسها الإدارة الرئيسية بمركز الشركة. ومن ثم، يكون أي تفويض بالسلطة يعطي لمدير الوكالة المحلية سلطة التصرف في المجالات القانونية والفنية، ولكن لا يشمل أية إشارة للاستقلال المالي والاقتصادي لهذه الوكالة لا يسمح بوصف هذه المنشأة بالمؤسسة⁽¹⁾.

وقد طبقت المبادئ نفسها المتعلقة بتحديد الشخص الذي يوجه إليه التبليغ بخصوص المنظمات المهنية مثل الاتحاديات الوطنية التي تجمع عدة نقابات ممثلة للعمال. وهكذا في قضية تخص مدارس السياقة لجنوب فرنسا⁽²⁾، تمسكت المنظمة المهنية الوطنية المسماة CSNCRA بحجة مفادها أن تبليغ المآخذ إليها كان خطأ، لأن اجتماعات التشاور التي نسبت إليها لم تكن تحت إشرافها، وإثماً كان بواسطة مسؤولي الهيئات الجهوية Structures départementales التي يمنح لها قانونها الأساسي استقلالية واسعة. بينما اعتبر مجلس المنافسة أنه بغض النظر عن الاستقلالية الواسعة الممنوحة لمنظمات العمال، ليس لها شخصية معنوية، وعليه تُنسب الممارسات المقيّدة للمنافسة التي ارتكبت إلى CSNCRA التي لها شخصية معنوية. وعندما تنشط منظمة مهنية دون تقديم طلب الحصول على الاعتماد القانوني، فإن المآخذ تبلغ إلى أعضاء هذه المنظمة⁽³⁾.

الفرع الثاني: التّحقيق الحضورى L'instruction contradictoire

لا يلتزم عند تبليغ المآخذ إرفاق هذه الأخيرة بملاحق تتضمن الوثائق التي اعتمدها مقرر مجلس المنافسة الجزائري في تحرير المآخذ، وهذا رغم منفعته إلا أنه ليس ضروري، مادام يستطيع المعنيين الاطلاع على الملف في مقر المجلس وإبداء بعد ذلك ملاحظاتهم، وهذا ما تتضمنه مرحلة التّحقيق الحضورى.

أولاً: الاطلاع على الملف

نقوم بدراسة الحدود الواردة على حق الاطلاع على الملف ثم نتطرق لكيفية الاطلاع عليه.

1 - الحدود الواردة على حق الاطلاع على الملف

يمكن الاطلاع على ملف القضية المرفوعة وذلك لدى مجلس المنافسة الجزائري، ولكن الاطلاع على الملف يطرح إشكاليتين: إشكالية احترام سر الأعمال وإشكالية سرية المعلومات.

¹ - حسين الماحي، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، المرجع السابق، ص 126.

² - Cons. conc., décision n° 91-D-18 du 10 avril 1991, relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'enseignement de la conduite des véhicules dans le Sud de la France ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

أ - سرّ الأعمال

ترغب كل مؤسسة أن تحمي بصفة مشروعة سرية المعلومات ذات الطبيعة التجارية أو المالية أو الاستراتيجية والتي تسند عليها عملها، ويشار إلى هذه الأسرار عادة باسم "سرّ الأعمال" «le secret des affaires»⁽¹⁾.

يجب تبرير حماية سرّ الأعمال في ضرورة تجنب المؤسسات لما يمكن أن يحدث لها من إضرار نتيجة الكشف عن معلومات سرية قابلة لأن تُستغل من طرف المؤسسات المنافسة. ولكن هذا يتعارض مع ضرورة احترام حقوق الدفاع واحترام مبدأ الوجاهية الذي يفترض الشفافية. غير أن الشفافية المطلقة تضر بسرّ الأعمال⁽²⁾.

وللتوفيق بين هذه الضروريات المتناقضة "les exigences antagonistes"، نصت المادة 2/30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

«لأطراف المعنية وممثل الوزير المكلف بالتجارة حق الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه».

وتُضيف الفقرة (03) من المادة ذاتها ما يلي:

«غير أنه، يمكن الرئيس، بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية، رفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس بسريّة المهنة. وفي هذه الحالة، تسحب هذه المستندات أو الوثائق من الملف ولا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة مؤسسا على المستندات أو الوثائق المسحوبة من الملف»⁽³⁾.

نص النّقنين التجاري الفرنسي على حق الاطلاع على الملف في المادة L.463-2¹ منه⁽⁴⁾. ومن جهة أخرى، يمكن للمقرّر العام لسلطة المنافسة الفرنسية رفض تقديم أو الاطلاع على المستندات أو بعض العناصر المحتواة في هذه المستندات التي من شأنها المساس بسرّ الأعمال للأشخاص الآخرين، إلا في الحالات التي يكون فيها تقديم أو الاطلاع عليها ضروريا لممارسة حقوق الدفاع للطرف أو للأطراف المعنية (المادة L.463-4 من النّقنين التجاري الفرنسي)⁽⁵⁾، أو أنّهم بحاجة إلى ذلك من أجل مقتضيات المناقشة أمام السلطة⁽¹⁾.

¹ - Olivier DOUVRELEUR & Christian GAVALDA, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, op. cit., p. 52.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 322.

³ - كان من المستحسن لو استعمل المشرع الجزائري في متن نص المادة 3/30 المذكورة أعلاه عبارة "سرّ الأعمال" بدلا من "سرية المهنة"، لأنه قصد العبارة الأولى وليس الثانية، والدليل على ذلك نص المادة ذاتها باللغة الفرنسية (le secret des affaires) وكذلك نص المادة 28 من قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم: 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي للمجلس، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Voir l'article L.463-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Voir l'article L.463-4 du même code.

ويُفهم من نص المادة R.464-29 من التّقنين التجاري الفرنسي أنه لا يمكن للقرارات المتخذة من طرف المقرّر العام لسلطة المنافسة، تطبيقا للمادة L.463-4 من التّقنين نفسه، والتي تمنح حماية سرّ الأعمال أو التّي ترفض رفع هذا السرّ أن تكون محل طعن إلّا مع قرار السلطة في الموضوع⁽²⁾.

ب - مسألة سرية المعلومات

لم يدرج المشرّع الجزائري مبدأ سرية المعلومات في قانون المنافسة، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي، إذ أنّ التّحقيق الذي يتم أمام سلطة المنافسة الفرنسية هو تحقيق سري، وتعاقب المادة L.463-6 من التّقنين التجاري الفرنسي بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 13-226 من تقنين العقوبات الفرنسي، على إفشاء أحد الأطراف المعلومات المتعلقة بالطرف الآخر أو الغير والتي لم يتمكن له معرفتها إلا عن طريق تقديم الملف أو الاطلاع عليه. وعلى عكس الحالة السابقة (سرّ الأعمال)، يغطي السرّ كل المعلومات حتى غير السريّة منها⁽³⁾. (Les secrets couvrent toutes les informations, même non confidentielles).

ويعاقب على إفشاء المعلومات بحبس لمدة عام وبغرامة مالية قدرها 15.000 أورو (أحالت المادة L.463-6 من التّقنين التجاري الفرنسي إلى المادة 13-226 من تقنين العقوبات الفرنسي)⁽⁴⁾.

لفرض أن تحقيقا موازيا للتّحقيق الذي تباشره سلطة المنافسة الفرنسية تقوم به هيئة قضائية يتعلّق بالقضية نفسها ويكون موقفاً أمام تلك الهيئة، ونفرض أيضا أن هذه المحكمة لم تستشر سلطة المنافسة بخصوص هذه القضية، سيتمثل المشكل الذي قد تطرحه قاعدة سرية المعلومات في أن الأطراف المعنية بالقضية ستحرم من تقديم المعلومات إلى المحكمة التي رفعت إليها قضيتها، وذلك بعد أن تكون قد اطلّعت على الملف لدى سلطة المنافسة.

وكان من المستحب في القانون الفرنسي أن يراعي في هذا المجال حق هؤلاء بمنع العقاب عنهم إذا أدلو بمثل تلك الأسرار، وذلك بأن يرد استثناء في المادة L.463-6 من التّقنين التجاري الفرنسي، والسماح للجهة التي طرحت القضية أمام المحكمة بأن تبّلع المعلومات التي تحصلت عليها⁽⁵⁾.

2 - كيفية الاطلاع على الملف

¹ - Voir l'article R.463-15 du code précité.

² - Voir l'article R.464-29 du code même code.

³ - Véronique SELINSKY, « Concurrence (Contrôle des ententes et abus de domination en droit français, Conseil de la concurrence, Procédure de contrôle) », op. cit., p. 18.

⁴ - Voir l'article L.463-6 du code de commerce français et l'article 226-13 du code pénal français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

يمكن أن يكون الاطلاع على الملفات المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، خلال أيام الدوام الرسمي بين الساعة التاسعة صباحا إلى منتصف النهار وبين الساعة الواحدة إلى الساعة الرابعة زوالا.

غير أنه، يمكن للرئيس أن يرفض، وبناء على طلب مكتوب ومعلل من الأطراف، تسليم الوثائق التي تكون محل سرّ الأعمال. في هذه الحالة، تسحب هذه الوثائق من الملف ولا يمكن استخدامها كعنصر تقدير في القرار الذي يصدر عن المجلس.

يتم الاطلاع على النحو التالي:

- ينبغي على الأطراف أو محاميهم أخذ موعد مسبق مع مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات.
- ينبغي على الأطراف أو المحامين الحضور في الموعد المحدد مرفقين بوثائق تثبت تمثيلهم لمصالح موكلهم، ما عدا الحالات أين تكون قد أرسلت مسبقا إلى المجلس وأين يكون الممثلون قد قاموا بإصدار مذكرات، ووثائق إثباتية أو ملاحظات تتضمن اختيار الموطن.

- يتم الاطلاع بحضور عون مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات يسمح للطرف المعني أو لمحاميهِ بالاطلاع على الملف كاملا باستثناء المعلومات، الوثائق أو جزء منها التي تكون محل إجراء حماية سرّ الأعمال اتجاه هذا الطرف.

- يمكن لممثل الوزير المكلف بالتجارة الحصول على نسخة من الوثائق أو أجزاء منها.
- يمكن للأطراف المعنية أو محاميهم تصوير نسخة عن جميع الوثائق أو أجزاء منها على نفقتهم الخاصة، وهذا تطبيقا لنص المادة 28 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، المنشور في النشرة الرسمية للمنافسة - رقم 03⁽¹⁾ والذي يقابله نص المادة 34 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية⁽²⁾.

ثانيا: ملاحظات الأطراف

يفهم من المادة 52 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، أن بعدما يقوم المقرر بتحرير التقرير الأولي المتضمن عرض الوقائع وكذلك المآخذ المسجلة، يقوم رئيس مجلس المنافسة بتبليغ ذلك التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة، وكذلك إلى جميع الأطراف ذات المصلحة، الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة، وذلك في أجل لا يتجاوز 3 أشهر، فالملاحظات المقصودة هنا هي تلك التي تتعلق بالتقرير الأولي، وهذا في الجزائر، في حين يفهم من نص المادة L.463-3 من التقنين التجاري الفرنسي بأنه يستطيع المقرر العام لسلطة المنافسة الفرنسية عند تبليغ المآخذ للأطراف المعنية، أن يقرر بأنه يتم دراسة القضية من

¹ - أنظر المادة 28 من قرار مجلس المنافسة الجزائري رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Aut. conc., décision du 30 mars 2009 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence, op. cit.

قبل السلطة دون إعداد مسبق للتقرير. ويتم تبليغ هذا القرار للأطراف⁽¹⁾. وفي هذه الحالة، تتمتع الأطراف ومحافظ الحكومة بأجل شهرين ابتداء من تبليغ هذا القرار لتقديم ملاحظاتهم⁽²⁾.

حينما تبتّ السلطة في القضية تبعا للإجراء المبسط (La procédure simplifiée) المنصوص عليه في المادة L.463-3 المذكورة سابقا، فإنّها تستطيع أن تتخذ التدابير المنصوص عليها في الفقرة (I) من المادة L.464-2 من التّقنين التجاري الفرنسي. مع ذلك، فإنّه لا يمكن أن تتجاوز العقوبة المالية المسطرة من قبلها مبلغ 750.000 أورو لكل واحد من مرتكبي الممارسات المحظورة⁽³⁾. ويتم تطبيق هذا الإجراء على وجه الخصوص على الممارسات المحدودة جغرافيا أو تلك التي تمّ التّديد بعدم مشروعيتها عدة مرات⁽⁴⁾.

لم يدرج المشرّع الجزائري الإجراء المبسط (المختصر) في قانون المنافسة، مع أنّ له أهمية مزدوجة:

- يكون التّحقيق في القضية سريعا مقارنة بالإجراء العادي.

- يكون مبلغ الغرامات المالية التي يمكن الحكم بها على مرتكبي التعسف في وضعية الهيمنة محدودة بالنسبة للغرامات المالية التي يحكم بها في إطار تطبيق الإجراء العادي للتّحقيق.

وانطلاقا ممّا سبق ذكره، نستخلص ضرورة أخذ المشرّع الجزائري بالإجراء المبسط الذي يسهل الإجراءات ويخفف العبء على مجلس المنافسة، ولاسيما أن إرادة المشرّع في تخفيف إجراءات التّحقيق واضحة من خلال المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، التي نصت على ما يلي:

« يمكن مجلس المنافسة تخفيف مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التّحقيق في القضية وتتعاون في التّحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر »⁽⁵⁾.

في فرنسا، قد يكون إبداء ملاحظات الأطراف آخر مرحلة للتّحقيق وفق الإجراء المختصر، وإذا لم يعمل بهذا الإجراء يكون المقرّر العام لسلطة المنافسة الفرنسية لم يقدّم باختيار الإجراء المختصر كما تمنحه ذلك المادة L.463-3 من التّقنين التجاري الفرنسي، فإنه يجب مواصلة إجراء التّحقيق بعد إبداء الأطراف لملاحظاتهم المكتوبة، ويقتضي الأمر التعرف عن كيفية تنظيم التّحقيق بعد تبليغ المآخذ تبعا للإجراء العادي. ووفقا للقانون المنافسة الجزائري لسنة 2003، فإن مرحلة إبداء الملاحظات لا تعتبر إلّا مرحلة من مراحل التّحقيق الحضور.

الفرع الثالث: تقرير المقرّر النهائي

¹ - Voir l'article L.463-3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Voir l'article R.463-12 du même code.

³ - Voir l'article L.464-5 du code précité.

⁴ - Francis LEFEBVRE & Thomas PIQUEREAU, concurrence-consommation, Éditions Francis LEFEBVRE, Paris, 2009, p. 538.

⁵ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

تبدأ المرحلة الثانية بتبليغ التقرير المعد من طرف مقرر مجلس المنافسة الجزائري، والتي تليه مرحلة إبداء الملاحظات من طرف المعنيين. فنلاحظ أن هذه المرحلة من التحقيق تركز أساسا على التقرير، باعتباره محل التبليغ وتقوم الأطراف بتقديم ملاحظاتها بشأنه.

لذا نتناول دراسة طبيعة التقرير والقواعد التي تنظمه مع بيان إلى من يبلغ التقرير، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نتناول دراسة الملاحظات التي يبدونها الأطراف.

أولا: طبيعة التقرير

يعتبر تقرير المقرر وثيقة موجهة إلى الأطراف، والذي يختم تحقيق المقرر وترد فيه المآخذ النهائية المتخذة من طرفه. ويجب أن يكون متميزا عن التقرير الإداري الذي يعده محققو الإدارة نتيجة لتحرياتهم. وهذا التقرير هي الوثيقة الوحيدة التي توجه إلى الأطراف⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 54 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يقوم المقرر عند اختتام التحقيق بإيداع تقرير مغل لدى مجلس المنافسة يتضمن المآخذ المسجلة، ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وكذا، عند الاقتضاء، اقتراح تدابير تنظيمية طبقا لأحكام المادة 37 أعلاه ».

يفهم من نص المادة L.463-2,2 من التقنين التجاري الفرنسي بأنه يتم، بعد ذلك، تبليغ القرار للأطراف، وإلى محافظ الحكومة وإلى الوزراء المعنيين. ويتم إرفاق هذا القرار بالوثائق التي يتأسس عليها المقرر والملاحظات المقدمة، عند الاقتضاء من قبل المعنيين⁽²⁾.

يعرض تقرير مقرر سلطة المنافسة الفرنسية تحليل الوقائع وجميع المآخذ المبلغ عنها. يتمتع محافظ الحكومة بأجل شهرين لتقديم ملاحظاته المكتوبة عن التقرير. وتحال الآراء المكتوبة المحتملة للوزراء المعنيين إلى السلطة في أجل شهرين عن طريق محافظ الحكومة⁽³⁾. ليس للمقرر العام ولا للمقرر أن يلغي أحد هذه المآخذ، ويتضمن التقرير كذلك العناصر التي تسمح بتحديد العقوبات ليتمكن الأطراف من مناقشتها.

لا يوجد أي أجل يتقيد به المقرر لإعداد تقريره، فقد يأخذ المقرر وقتا أطول من الأجل الممنوح للأطراف للإدلاء بملاحظاتهم، ويعود سبب ذلك لطبيعة عمل المقرر الذي يقتضي منه تحليل ودراسة مجمل الإجراءات والإجابة على الملاحظات المدلى بها بمناسبة الرد على تبليغ المآخذ. يجب الإشارة إلى أن المقرر غير مجبر على الإجابة على كل حجج الأطراف الواردة في مذكراتهم وملاحظاتهم⁽⁴⁾.

ثانيا: القواعد المنظمة للتقرير النهائي

¹ - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 128.

² - Voir l'article L.463-2,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article R.463-11,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 366.

يشترط في التقرير النهائي توفر بعض القواعد الشكلية والموضوعية، وأن يتم تبليغه إلى الأشخاص المحددة قانونا.

1 - القواعد الشكلية للتقرير

يجب أن يتوفر التقرير على بعض الشروط، فهو يتضمن عرض الوقائع والمآخذ المسجلة من طرف المقرر ويقوم هذا الأخير بعرض ملاحظات الأطراف كجواب عن تبليغ المآخذ.

2 - القواعد الموضوعية للتقرير

إنّ المآخذ التي يتمسك بها في النهاية المقرر ليست بالضرورة هي التي عرضها في وثيقة تبليغ المآخذ، لأنه قد يتراجع عن بعضها بعد اطلاعه على ملاحظات الأطراف وبعد أن يكون قد تحصل على عناصر إثبات جديدة أثناء تحقيقه⁽¹⁾. لا يمكن لمجلس المنافسة أن يفصل في القضية إلا بناءً على مآخذ خاضعة لمناقشة الأطراف. يمكن إجراء تبليغ جديد للمآخذ، لكن يجب أن يساهم في توضيح وتفسير التبليغ الأصلي. كما يمكن إجراء تبليغ مآخذ إضافية، لكن يجب أن يكون متوفر على الطابع الحضورى والوجاهي للعملية، أي يتم منح أجل إضافي للأطراف لتقديم ملاحظاتهم، ويجب أن يكون التقرير مرفقا بالوثائق والمستندات التي يؤسس المقرر عليها ملاحظاته الختامية، كما أنه يجب أن يكون معللا.

ويلحظ أن موقف المقرر لا يمكن أن يلزم مجلس المنافسة، لأنه قد يحدث في أحيان كثيرة أن يكون لمجلس المنافسة تقييم مختلف عن تقييم المقرر، ولا يتمسك بالتالي بالمآخذ التي اعتمدها المقرر، لكن لا يمكن للمجلس أن يتمسك بمآخذ في مواجهة طرف معين ما لم يكن هذا الطرف قد تلقى التقرير⁽²⁾.

كثيرا ما تلجأ المؤسسات المتهمه بارتكاب الممارسات المقيّدة للمنافسة إلى ادعاء عدم صحة التقرير النهائي لنقص مضمونه، وعدم إرفاقه بكلّ الوثائق التي استند عليها المقرر لتجريم ممارساتهم، وكان رد مجلس المنافسة الفرنسي في هذه الحالة دائما صارما وثابتا، ففي كل مناسبة، يذكر المجلس في قراراته أنه تم احترام مبدأ الحضورية، وأنه تم تبليغ المآخذ التي عوقبت بشأنها المؤسسة وأنّ المقرر قد أجاب على ملاحظاتهم ومذكراتهم، وبما أنه كان للمؤسسات المعنية الحرية التامة في الاطلاع على ملف الدعوى ومناقشته حضوريا، وقدمت على هذا الأساس ملاحظاتها، فلا يمكن قبول ادعاءاتهم خاصة أن المقرر يرفق التقرير بمجموعة من نسخ الوثائق التي يستند عليها في تحليله ودراسته للقضية، ولهذا تشكل ادعاءاتهم هذه مساسا بمبدأ الحضورية، ولا يؤدي إلى التشكيك في صحة التقرير فالمؤسسات المعنية لم تعترضها أية موانع لتقديم ملاحظاتها⁽³⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 324.

² - المرجع نفسه، ص 325.

³ - Cons. conc., décision n° 09-D-05 du 02 février 2009, BOCCRF n° 2 du 18 février 2009 ;

3 - الأشخاص المعنية بتبليغ التقرير النهائي

يبلغ التقرير النهائي بكل مرفقاته من طرف رئيس مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة في القانون الجزائري⁽¹⁾.

ونصت المادة 2,2-463 L من التّقنين التجاري الفرنسي بأنه يتم تبليغ القرار إلى الأطراف وإلى محافظ الحكومة وإلى الوزراء المعنيين. ويتم إرفاق هذا القرار بالوثائق التي يتأسس عليها المقرّر والملاحظات المقدمة، عند الاقتضاء، من قبل المعنيين⁽²⁾. ومن أجل تطبيق المادة 2-463 L السالف ذكرها، فإنّ المقرّر العام يقوم بتبليغ التقرير لصاحب الإخطار، للوزراء المعنيين ولباقي الأطراف المعنية ومحافظ الحكومة. ويكون تبليغ القرار محل إرسال موصى عليه مع طلب الإشعار بالاستلام⁽³⁾.

ثالثا: ملاحظات الأطراف بعد إرسال التقرير

نصت المادة 1/55 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: « يبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين، ويحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية ». وبمقتضى هذا النص، تملك الأطراف المعنية أجل شهرين لإبداء ملاحظاتها المكتوبة، ويُحسب ابتداء من تاريخ تبليغ التقرير إليها.

نلاحظ أنه خلافا للإجراء الذي تبلغ فيه المآخذ (والذي يفتح ملفا يوضع للاطلاع عليه من قبل الأطراف)، فإنّه في هذه المرحلة لا وجود لملف، لأنّ كلّ الوثائق التي اعتمدت لتأسيس المآخذ النهائية ترفق وجوبا مع التقرير. وتقدم الملاحظات بشأن التقرير بحرية والأطراف ليسوا ملزمين بالملاحظات التي قدموها سابقا بعد تبليغ المآخذ⁽⁴⁾. إذ بالرجوع إلى نص المادة 2/55 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة فإنّ للأطراف حق الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة نفسها وذلك قبل 15 يوما من تاريخ الجلسة⁽⁵⁾.

- حول هذه النقطة أنظر، جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 366 - 367.

¹ - أنظر المادة 55 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.463-2,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article R.463-11,1 du même code.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص. 325 - 326.

⁵ - أنظر المادة 55 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

ويفهم من نص المادة L.463-2,3 من التّقنين التجاري الفرنسي بأنّ الأطراف تتمتع بأجل شهرين لتقديم مذكرة الرّد التي يمكن الاطلاع عليها خلال خمسة عشر (15) يوما قبل الجلسة من طرف الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الثانية من المادة ذاتها⁽¹⁾. وأخيرا، بعد تقديم الأطراف الملاحظات بشأن التقرير، يتم إعداد الملف والذي يتضمن مذكرات الرد على التقرير.

¹ - Voir les articles L.463-2,3 et R.463-11 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

الفصل الثاني

البتّ في القضايا المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة

تعتبر مرحلة انعقاد جلسة مجلس المنافسة مرحلة رئيسية في عمل المجلس باعتبار أنّ الفصل في الملفات والقضايا المعروضة عليه بما في ذلك تلك المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة على السوق، تتمّ خلال هذه المرحلة.

هكذا وبعد تطرّفنا إلى كل الإجراءات التي يجب احترامها عند إخطار مجلس المنافسة وشروط ذلك وكيف تتمّ عملية التحقيق التي يقوم بها المجلس من أجل التأكّد وتكييف الوقائع الواردة في العريضة المرفوعة أمامه، يكون قد توفّرت لديه المعلومات الضرورية التي تمكّنه من البتّ في القضية المرفوعة إليه، ولهذا يتوجّب عليه عقد جلسة من أجل اتّخاذ القرار الملائم، إذ تنتهي الجلسة بإصدار المجلس، بعد مداولاته، لقرارات تختلف طبيعتها باختلاف القضايا المدروسة. وإذا أثبتت التحريات أنّ مؤسسة ما متورطة في ارتكاب التعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة، فإنّه يُصدر عقوبات ضدها، وهذا ما نتطرّق إليه عند دراسة فصل هيئة مجلس المنافسة في التعسف في وضعية الهيمنة (المبحث الأول).

قد تتضرّر الأطراف المعنية من القرار الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري بشأن التعسف المعني، ولهذا فقد تمّ فتح المجال لهذه الأطراف لإمكانية الطعن في ذلك القرار أمام الجهة القضائية المختصة، وهذا ما نتطرّق إليه من خلال دراسة الطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة (المبحث الثاني). إن تمثّع مجلس المنافسة الجزائري بالاختصاص الأصلي في مجال المنافسة وحماية هذه الأخيرة من الممارسات المقيدة لها، بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة، وهذا باعتباره صاحب الاختصاص العام في هذا المجال، لا ينفي حقيقة تمتع بعض الهيئات الإدارية الأخرى كسلطات الضبط القطاعية بسلطة فرض احترام قواعد المنافسة وحماية ووقاية المنافسة من الممارسات السالفة الذّكر، وإن كان دور كل منها ينحصر فقط على القطاع الذي يكون تحت إشرافها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن اختصاص المجلس السالف الذّكر لا ينفي أيضا حقيقة تمتع بعض الهيئات القضائية بدور استثنائي في المجال ذاته، وهذا ما نتناوله عند دراسة حدود صلاحيات مجلس المنافسة في مادة التعسف في وضعية الهيمنة (المبحث الثالث).

المبحث الأول: فصل هيئة مجلس المنافسة في التعسف في وضعية الهيمنة

نصّت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسييره⁽¹⁾، على ما يلي:

« يمكن أن يدرس المجلس الملفات المعروضة عليه في إطار لجان مصغرة قبل دراستها في جلسة علنية. يرأس اللجنة المصغرة رئيس المجلس أو أحد نائبيه وتضم على الأقل عضوا واحدا من الفئات المنصوص عليها في المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمذكور أعلاه. يحدد الرئيس، عند الحاجة، عدد اللجان المصغرة ويعين أعضاء المجلس غير الدائمين في كل لجنة⁽²⁾. وهذا ما أكدّه النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري⁽³⁾.

كما يمكن لمجلس المنافسة الجزائري، أن ينشئ، عند الحاجة، أي فوج عمل أو أي لجنة تقنية للتفكير والدراسة والتحليل وتحدد تشكيلتها وطبيعة ومدة أشغالها، بعد مداولة المجلس بموجب مقرر صادر من الرئيس يرسل إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر في النشرة الرسمية للمنافسة⁽⁴⁾. وهذا ما أكدّه أيضا النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري⁽⁵⁾.

ولكي تفصل هيئة مجلس المنافسة الجزائري في التعسف في وضعية الهيمنة، فإنّ ذلك يتطلب منها عقد جلسة (تامة) طبقا لأحكام المواد من 28 إلى 30 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة (المطلب الأول)، وهذا بهدف إصدارها للقرارات الفاصلة في النزاعات المتعلقة به، وذلك من أجل ضبط المنافسة الحرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جلسات مجلس المنافسة

يتطلب إصدار مجلس المنافسة الجزائري للقرارات الفاصلة في النزاعات المرفوعة إليه والمتعلّقة بالتعسف في وضعية الهيمنة على السوق، موضوع دراستنا، عقد جلسة.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسييره، المرجع السابق الذكر.

² - في حين جاء نص الفقرة الأولى من المادة ذاتها باللغة الفرنسية كما يلي :

« Le conseil peut décider du traitement des dossiers qui lui sont soumis en commission restreinte préalablement à leur examen en séance plénière ».

وبالتالي، فإنه، حسب اعتقادنا، ورد خطأ في نص الفقرة السالفة الذكر باللغة العربية، إذ يجب إعادة صياغته كما يلي :

« يمكن أن يدرس المجلس الملفات المعروضة عليه في إطار لجان مصغرة قبل دراستها في جلسة عامة (بدلا من جلسة علنية) ».

³ - راجع نص المادة 29 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011 السالف ذكره.

⁵ - اطلع على نص المادة 30 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

إلا أنّ جلسة المجلس لا تتعقد إلاّ باحترام القواعد المنصوص عليها قانوناً، وخلال هذه المرحلة تتمّ دراسة الملفّات المحقّق فيها، وذلك بتدخل جميع الأطراف المعنية، وبعدها ينسحب أعضاء المجلس للمداولة، وهكذا، فالإلى جانب القاعدة العامة التي تنص على سرّية الجلسات، والتي تعتبر من بين الأحكام الجديدة التي جاء بها الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، وذلك بإلغائه لعننية جلسات مجلس المنافسة الجزائري (الفرع الأول)، فإنه هناك قواعد أخرى تهدف إلى ضمان السّير الحسن لهذه الجلسات والحفاظ على حقوق الدّفاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سرّية الجلسات

كان الأمر رقم 95-06 المتعلّق بالمنافسة (الملغى) يقضي بعننية جلسات مجلس المنافسة الجزائري، وذلك في نص المادة 43/2 منه⁽¹⁾، لكن من الناحية العملية، فإنّ جلسات المجلس كانت تتمّ في إطار مغلق وسريّ، بالرّغم من النّص الصريح للمادة السالفة الذّكر، والسبب الرئيسي الذي جعل المجلس يعقد جلساته في إطار مغلق، هو عدم توفّره على مقر دائم ومستقل، وأنّ المقر المؤقت الذي يحتله على مستوى وزارة العمل ضيق، بحيث لا يسمح له بتخصيص مكان للمصالح التي يسيرها، فما بالنا بتخصيص مكان واسع يسمح له بعقد جلساته علنية. إلاّ أنّ الأمر الجديد لعام 2003 المتعلّق بالمنافسة ألغى هذه العننية صراحة من خلال المادة 28/3 الآتي نصها:

« جلسات مجلس المنافسة ليست علنية »⁽²⁾.

ويقابل هذا النّص في القانون الفرنسي المادة 7,1-L.463 من التّقنين التجاري الفرنسي والتي نصّت على ما يلي:

« إنّ جلسات سلطة المنافسة ليست علنية. تستطيع الأطراف ومحافظ الحكومة فقط حضورها ... »⁽³⁾.

لقد أثارت هذه القاعدة نقاشاً في الفقه الفرنسي بين مؤيّد ومعارض لها.

أولاً: أسانيد علنية الجلسات

تتمثّل الأسانيد التي يتمسّك بها أنصار علنية الجلسات في أنّ الفائدة من العلنية هي توفير الإشهار اللازم للمناقشات التي تدور في الجلسة والخاصة بالممارسات المقيدة للمنافسة، وهذا كفيلاً بأن يحدث بعض الآثار المحمودة القادرة على ردع المرتكبين المحتملين لهذه الممارسات. وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ قاعدة سرّية الجلسات تعتبر غير فعّالة، حيث لا تستطيع أن تحول دون تسرّب المعلومات المتعلّقة بالأطراف المعنية.

¹ - راجع المادة 43/2 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - اطلع على نص المادة 28/3 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - L'article L.463-7,1 du code de commerce français dispose :

« Les séances de l'Autorité de la concurrence ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister. Les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister » ; www.legifrance.gouv.fr/

وأخيرا تتعارض قاعدة سرية الجلسات مع الإجراءات المطبقة أمام محكمة استئناف باريس التي تعمل وفق نظام الجلسات العلنية، وهذا ما يؤكد عدم جدوى قاعدة سرية الجلسات⁽¹⁾، كما أنه نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على هذه الضمانة (علنية الجلسات) في المادة 1/6 منها⁽²⁾، فلا يمكن التذرع بمبادئ القانون الداخلي، فيجب تطبيق هذه الضمانة طالما أن العقوبات التي تنطق بها هذه الهيئات لها طابع ردي (Punitif)⁽³⁾.

ثانيا: أسانيد سرية الجلسات

رغم أن محكمة استئناف باريس تُطبق قاعدة علنية الجلسات، إلا أن العلنية هنا ليس لها صدى كبير، كما أنها ليست عملية لأن عدد المتابعين لمناقشات محكمة الاستئناف في مجال المنافسة محدود. تتعارض قاعدة علنية الجلسات مع قاعدة أخرى أساسية في مجال الممارسات المقيّدة للمنافسة كالتعسف في وضعيّة الهيمنة ألا وهي قاعدة سرّ الأعمال⁽⁴⁾. كما أنه تعتبر قاعدة سرية جلسات مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) أمرا غير مخالف للمادة 06 من الاتفاقية الأوروبية للمحافظة على حقوق الإنسان، لأن قرارات المجلس (السلطة) تقبل الطعن (الإلغاء أو المراجعة) حول تقدير الوقائع وتطبيق القانون ومبدأ تناسب الجزاء الموقع مع الفعل المرتكب أمام هيئة قضائية مختصة، والتي تقدم كل الضمانات التي تحتوي عليها الاتفاقية، خاصة في مجال صدور الأحكام والنطق بها في جلسة علنية⁽⁵⁾.

وقد نصّت المادة 27 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يرفع مجلس المنافسة تقريرا سنويا عن نشاطه إلى الهيئة التشريعية وإلى رئيس الحكومة وإلى الوزير المكلف بالتجارة.

ينشر تقرير النشاط في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 49 من هذا الأمر، كما يمكن نشره كليا أو مستخرجات منه في أي وسيلة إعلامية أخرى ملائمة »⁽⁶⁾.
وتقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة 5,3-L.461 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁷⁾.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 329.

² - Voir l'article 6/1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; www.echr.coe.int/

³ - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 104.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 329.

⁵ - لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المنافسة للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 79.

⁶ - راجع المادة 14 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 28 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁷ - L'article L.461-5,3 du code de commerce français dispose :

لذا، فإنه يمكن التحقق من صرامة وجدية الجلسات السرية لسلطة المنافسة الفرنسية أو لمجلس المنافسة الجزائري، وذلك عن طريق قيام السلطة أو المجلس بإرسال تقرير سنوي عن نشاطه، وهذا من شأنه أن يضمن الشفافية اللازمة لأعماله.

الفرع الثاني: قواعد سير الجلسات

تقوم جلسات مجلس المنافسة الجزائري على احترام المبادئ المتمثلة في مبدأ الوجاهية ومبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ احترام سرية القضايا والمحافظة عليها. كما تجدر الإشارة هنا، إلى أن موضوع الجلسات يتعلّق بمتابعة المخالفات الواردة في المادة 2/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، ولاسيما الواردة في المادة 7 منه (التعسف في وضعيّة الهيمنة).

نتطرّق لدراسة القواعد المتعلّقة بالجلسات، وبعدها نتناول كيفية انعقاد جلسات المجلس. وأخيرا، نقوم بالتطرّق لمداولاته.

أولا: القواعد الخاصة بالجلسات

نتناول دراسة حقوق الأطراف المعنية في الجلسة، ثم إلى تنظيمها وتوزيعها.

1 - حقوق الأطراف المعنية

تتمتّع الأطراف المعنية بثلاثة حقوق أساسية والمتمثلة في:

- الحق في حضور جلسات المجلس، الحق في طلب الاستماع إليها أثناء الجلسة، الحق في أن تمثل أثناء الجلسة أو تحضر مع محاميها أو أي شخص تختاره.

أ - حق حضور جلسات المجلس

يتم إرسال الدعوة لحضور الجلسات للأطراف وممثل الوزير المكلف بالتجارة من قبل رئيس المجلس. وتشير الدعوة إلى رقم القضية المعنية؛ موضوع القضية المعنية؛ تاريخ ومكان وساعة الجلسة⁽¹⁾.

يجب على الأطراف الراغبة في حضور الجلسة أن تعلم رئيس المجلس بذلك في أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة، مع تحديد أسمائهم وصفاتهم⁽²⁾. تهدف عملية إرسال الدعاوى إلى إعلام الأطراف بتاريخ انعقاد الجلسة، وبالتالي تعلمهم بفتح المجال أمامهم للاطلاع على ملفات القضية، من أجل إعداد مذكراتها التي تتدخل بها أمام المجلس.

وفي القانون الفرنسي، يفهم من نص المادة 1/41 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة لسنة 2009، بأنه لتطبيق الفقرة الأولى من المادة L.463-7 من التقنين التجاري⁽³⁾، يجب على الأطراف الراغبة في حضور الجلسة

« L'Autorité de la concurrence établit chaque année, avant le 30 juin, un rapport public rendant compte de son activité qu'elle adresse au Gouvernement et au Parlement » ; www.legifrance.gouv.fr/

¹ - راجع المادة 32 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - اطلع على نص المادة 1/34 من القرار نفسه.

³ - Voir l'article L.463-7,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

أن تعلم رئيس السلطة عن رغبتها تلك في موعد أقصاه ثمانية أيام قبل التاريخ المحدد للجلسة، مشيرة إلى ألقابها وصفاتها⁽¹⁾.

فيتوقف حضور الأطراف المعنية جلسات المجلس أو السلطة تبعاً لرغبتها في ذلك، لذا يجب التعبير عن هذه الرغبة.

ب - حق الأطراف المعنية في طلب الاستماع إليها

نصّت المادة 2/34 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري الساري المفعول⁽²⁾، على ما يلي: « يجب على الأطراف الراغبة في أن يستمع إليها خلال الجلسة أن تقدم طلباً طبقاً للأشكال المنصوص عليها في الفقرة أعلاه »⁽³⁾.

وبالتالي، يجب على الأطراف الراغبة في أن يستمع إليها خلال الجلسة أن يصل طلبها المشتمل على أسمائها وصفاتها إلى رئيس المجلس في أجل لا يتعدى ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة.

وللأطراف كذلك، حسب النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية، حق في طلب الاستماع إليها، ويعتبر النقاش الشفهي حقاً للأطراف، حيث يفهم من نص المادة 2/41 من النظام الداخلي للسلطة لسنة 2009 أنه يجب على الأطراف الراغبة في أن يتم الاستماع إليها أثناء الجلسة أن تطلب ذلك بمناسبة إعلام رئيس السلطة برغبتها في الحضور، مشيرة إلى مدة إعطاء الكلمة المرغوب فيها، وإذا لزم الأمر، عزمها على استخدام الأجهزة المعلوماتية أو الإسقاط (projection)⁽⁴⁾. وقد أكدت المادة L.463-7,1 من التقنين التجاري الفرنسي على حق الأطراف في طلب الاستماع إليها⁽⁵⁾.

ج - حق الأطراف المعنية في الاستعانة بمدافع

نصت المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يستمع مجلس المنافسة حضورياً إلى الأطراف المعنية في القضايا المرفوعة إليه والتي يجب عليها تقديم مذكرة بذلك. ويمكن أن تعين هذه الأطراف ممثلاً عنها أو تحضر مع محاميها أو مع أي شخص تختاره ».

ويقابل هذه المادة نص المادة L.463-7,1 من التقنين التجاري الفرنسي، المذكور أعلاه. وبالرجوع إلى المادة 1/41 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية، فإنه على الأطراف الراغبة في الحضور أو في تمثيلها

¹ - Aut. conc., décision du 30 mars 2009, portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

² - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم : 01، مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - نصت الفقرة الأولى من المادة 34 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، السالف الذكر، على ما يلي: « يجب على الأطراف الراغبة في حضور الجلسة أن تعلم رئيس المجلس في أجل لا يتجاوز ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة، مع تحديد أسمائهم وصفاتهم ».

⁴ - Voir l'article 41/2 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit.

⁵ - Voir l'article L.463-7,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

أن تعلن ذلك لرئيس السلطة في أجل أقصاه 8 أيام قبل التاريخ المحدد للجلسة، مشيرة إلى أسمائها وصفاتها. وبعد إجراء اتصال مع الأطراف أو مع مستشاريها، إن كان هناك داعٍ لذلك، فإنّه يعلمها مدير مكتب الإجراءات بكيفيات تنظيم الجلسة المحددة من قبل رئيس الجلسة، وهذا تطبيقاً للفقرة الأخيرة من المادة 41 المذكورة أعلاه⁽¹⁾.

2 - تنظيم وتوزيع الجلسات

بالرجوع إلى النظام الداخلي في مجلس المنافسة الجزائري، نجد أنّه يتناول تنظيم وتوزيع الجلسات التي يعقدها المجلس، بحيث يضبط رئيس المجلس الرزنامة لتاريخ وساعة الجلسات. وترسل من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات إلى نواب الرئيس والأعضاء والمقرّر العام وممثل الوزير المكلف بالتجارة واحد وعشرون (21) يوماً قبل تاريخ انعقاد الجلسة⁽²⁾.

يبلغ ملف القضية إلى أعضاء المجلس وممثل الوزير المكلف بالتجارة، في أجل لا يقل عن واحد وعشرين (21) يوماً من التاريخ المقرّر لانعقاد الجلسة. في حالة ما إذا قام طرف بإرسال وثيقة ما بين تاريخ هذا الإرسال والأجل المنصوص في المادة 13 من هذا النظام الداخلي (قبل ثمانية (08) أيام من تاريخ الجلسة)، يجب أن ترسل فوراً بأية وسيلة كانت إلى أعضاء المجلس وممثل الوزير المكلف بالتجارة⁽³⁾.

في حالة ما إذا، بالنظر إلى جدول أعمال الجلسة، شعر عضو بعدم قدرته على المداولة لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة 29 الفقرة 1 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة⁽⁴⁾، فعليه أن يبلغ على الفور رئيس المجلس، في جميع الأحوال، ثمانية (08) أيام قبل تاريخ انعقاد الجلسة.

وفي حالة ما إذا يرى رئيس المجلس أن عضواً من الأعضاء لا يمكنه المشاركة في المداولة في قضية ما، يخبره بذلك على الأقل ثمانية (08) أيام قبل انعقاد الجلسة⁽⁵⁾.

تجتمع سلطة المنافسة الفرنسية، وهذا حسب درجة تعقيد القضية المعروضة عليه، إمّا بحضور السلطة بكامل هيئتها En formation plénière أو أمام قسم من أقسامها الذي يشمل ثلاث أعضاء من السلطة يعيّنهم

¹ - Voir l'article 41/3 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit..

² - راجع المادة 31 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - اطلع على نص المادة 33 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - حيث نصت المادة 1/29 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003 على ما يلي : « لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثّل أو يمثّل أحد الأطراف المعنية ».

⁵ - راجع المادة 35 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، السالف الذكر.

رئيس السلطة، وإما أمام اللجنة الدائمة Commission permanente المشكلة من الرئيس وأربعة نوابه، وهذا تطبيقاً لنص المادة L.461-3,1 من التقنين التجاري الفرنسي⁽¹⁾.

تتعدّد الجلسة عادة في شكل لجنة دائمة بالنسبة للقضايا التي تدرس وفقاً للإجراء المبسّط⁽²⁾.

يسند رئيس سلطة المنافسة الفرنسية كل قضية جاهزة لدراستها من قبل أعضاء السلطة لإحدى التشكيلات المنصوص عليها في المادة L.461-3 من التقنين التجاري الفرنسي المذكورة أعلاه. ويستطيع الرئيس أن يسندها لاحقاً إلى تشكيلة أخرى إذا رأى أن هناك ظروفًا خاصة تبرّر ذلك. وهذا، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 37 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية والتي يفهم منها بأنّه في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة L.461-3 المذكورة سابقاً، يستطيع رئيس سلطة المنافسة الفرنسية أن يبتّ لوحده أو يعيّن نائباً له لهذا الغرض إذا ما رأى بأنّه لا تشكل القضية صعوبات قانونية أو واقعية خاصة، أو أنّ هناك ظروفًا أخرى تبرّر ذلك. لا يؤثر هذا القرار على إمكانية إحالة القضية لاحقاً إلى إحدى التشكيلات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 37 ذاتها.

يحدّد رئيس سلطة المنافسة الفرنسية الرزنامة لتاريخ وساعة الجلسات بموجب قراره الذي يتمّ تبليغه إلى محافظ الحكومة من قبل مدير مكتب الإجراءات، ويتمّ استدعاء أعضاء التشكيلة التي تمّ إسناد القضية إليها. ويعلم الأعضاء، وهذا دون تأخير، وبأية وسيلة، مكتب الإجراءات بأنهم سيشاركون في الجلسة أو أنهم غير قادرين على الحضور.

توجّه الاستدعاءات لجلسات السلطة المذكورة في المواد R.464-2 و R.464-6 من التقنين التجاري الفرنسي إلى الأطراف وإلى محافظ الحكومة من قبل مدير مكتب الإجراءات. وفي حالة الجلسات المخصّصة لدراسة اقتراح عدم المتابعة، فإنّه يمكن كذلك أن يوجّه الاستدعاء إلى شخص أو عدة أشخاص معنية إذا رأى رئيس السلطة أو رئيس الجلسة ذلك ضرورياً⁽³⁾.

يبلغ ملف القضية إلى أعضاء التشكيلة، التي يطلب منها الفصل فيها، في أجل أقصاه 10 أيام المفتوحة قبل الجلسة، مع مراعاة حالات الاستعجال.

في حالة ما إذا قام طرف بإرسال وثيقة بين هذا التبليغ والأجل المنصوص عليه في المادة 17 من هذا النظام الداخلي⁽⁴⁾، يجب أن ترسل فوراً بأية وسيلة كانت إلى أعضاء التشكيلة المطلوب منها الفصل⁽⁵⁾.

¹ - Voir l'article L.461-3,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 369.

³ - Voir les articles 37, 38 et 39 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit.

⁴ - L'article 17 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française dispose :

« Les documents envoyés dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires ou dont l'envoi est justifié par l'existence d'un fait nouveau doivent parvenir à l'Autorité dans un délai raisonnable et compatible avec l'exercice du contradictoire, et au plus tard deux jours ouvrés francs avant la séance, sauf décision contraire du président de séance ».

⁵ - Voir l'article 40 du règlement précité.

ثانيا - انعقاد الجلسات

تُعقد جلسات المجلس، وذلك من أجل اتخاذ قراراته، طبقا لأحكام المواد 28 إلى 30 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)⁽¹⁾. تفتتح الجلسة بعد التحقق من اكتمال النصاب القانوني (والمتمثل في حضور ثمانية (08) أعضاء من المجلس على الأقل وهذا حتى تصح الجلسة⁽²⁾) من طرف رئيس مجلس المنافسة أو نائبه الذي يحلّ محله في حالة غيابه أو وجود مانع يحول دون حضوره. يقوم رئيس الجلسة بتسيير المناقشات وضبط النظام أثناء انعقادها.

يستمتع رئيس المجلس إلى الأطراف المتنازعة وفقا لمبدأ الوجاهية. يمكن للأطراف الاستعانة بمحاميهي أو أي شخص آخر تختاره. يقوم رئيس الجلسة مع افتتاحها بإعطاء الكلمة على التوالي للمقرّر أو المقررين، المقرر العام، ممثل الوزير المكلف بالتجارة ثم للأطراف المعنية بالقضايا في حال ما إذا كانت حاضرة أو ممثلة. يمكن للرئيس أن يعطي الكلمة للأعضاء الذين يريدون التدخل. ترفع الجلسة من قبل رئيس الجلسة⁽³⁾.

لضمان انعقاد جلسات هيئة المجلس بانتظام، دون عدم مقدرة عضو من أعضائه، فسيتم قبول وكالة تمثيل الأعضاء لزملائهم في نفس الفئة في حدود وكالة واحدة لكل عضو⁽⁴⁾.

يمكن للرئيس تعليق الجلسة في جميع الحالات التي يبدو له فيها هذا التعليق مناسبا بعد أخذ رأي أعضاء المجلس. في حالة ما إذا كان الهدف من التعليق هو السماح لطرف ما بتقديم ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، يقوم الرئيس بتحديد أجل مناسب لذلك. يتم إرسال المستند منذ تسلّمه إلى أعضاء التشكيلة الذين حضروا كذلك إلى المقرّر العام أو المقرّر الذي حقق في القضية وإلى الأطراف الأخرى وإلى ممثل الوزير المكلف بالتجارة⁽⁵⁾.

تحرّر المحاضر الرسمية من قبل كاتب الجلسة، تحت مسؤولية مدير الإجراءات ومتابعة الملفات. وتتضمن هذه المحاضر البيانات الواردة في المادة 1/39 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري⁽⁶⁾.

¹ - أنظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، المرجع السابق الذكر.

² - راجع المادة 14 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 28 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - أنظر المادة 36 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 37 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - اطلع على نص المادة 38 من القرار نفسه.

⁶ - أنظر المادة 1/39 من القرار ذاته.

إذا سُمح للمقرّر أو مجموعة من المقرّرين استخدام أجهزة الإعلام الآلي أو وسائل عرض أخرى، فإنّ الدعائم يجب أن تُلحق بمحضر الجلسة ماعدا في حالة تقديم نسخة ورقية إلى الأطراف خلال الجلسة. ويوقع المحضر من قبل رئيس وكاتب الجلسة. في حالة وجود مانع بالنسبة لكاتب الجلسة، يتمّ توقيعه من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات⁽¹⁾.

في القانون الفرنسي، لا تصح مداولات سلطة المنافسة الفرنسية إلّا إذا تضمنت ثمانية أعضاء على الأقل، وهذا لما تجتمع بتشكيلتها الكاملة، وثلاثة أعضاء على الأقل عندما تجتمع بتشكيله اللّجنة الدائمة أو القسم، وهذا تطبيقا لنص المادة 45 من النظام الداخلي للسلطة⁽²⁾. وفي حالة ما إذا، بالنظر إلى جدول أعمال الجلسة، رأى عضو بأنه غير قادر على المداولة لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة L.461-2 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾، أو بسبب الفوائد والوظائف أو العهودات المتحصل عليها أو التي قام بممارستها خلال فترة خمس (05) سنوات وفقا للفقرة الأولى من المادة 2 من النظام الداخلي للسلطة⁽⁴⁾، فعليه أن يبلغ على الفور رئيس السلطة أو، إذا تعذّر ذلك، رئيس الجلسة من أجل أن يقرّر هذا الأخير.

وفي حالة ما إذا رأى رئيس السلطة أن عضوا لا يمكنه المشاركة في المداولة في قضية ما، يخبر بذلك على الفور المعني بقراره⁽⁵⁾.

وفي حالة الإزاحة أو الغياب الذي له تأثير يجعل من المستحيل احترام النّصاب القانوني المحدد بموجب المادة 45 السالفة الذكر، يتمّ تكملة التشكيلة الفاصلة في القضية، بالقدر اللازم لتحقيق النّصاب القانوني، من أعضاء يعينهم رئيس السلطة.

في حالة إزاحة أو غياب رئيس الجلسة، فإنّه يتمّ إنابته من طرف نائب الرئيس، وفقا للفقرة الأخيرة من المادة R.461-1 والفقرة الأخيرة من المادة R.461-6 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽⁶⁾، أو، إذا تعذّر ذلك، يتمّ إنابته إنابته من قبل عضو يعينه رئيس السلطة.

في حالة منع مقرّر أو عدة مقرّرين المعيّنين لدراسة القضية، يعيّن المقرّر العام مقرّرا آخر للمشاركة في الجلسة أو يخبر على الفور رئيس الجلسة باستحالة إجراء هذا التعيين.

لا يمنع غياب المقرّر العام أو المقرّر العام المساعد عقد الجلسة، والأمر ذاته بالنسبة لغياب محافظ الحكومة⁽⁷⁾.

¹ - أنظر المادة 39 من القرار نفسه.

² - L'article 45 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, dispose :

« L'Autorité ne peut valablement délibérer que si elle comprend au moins huit membres lorsqu'elle siège en formation plénière et au moins trois membre lorsqu'elle siège en commission permanente ou en section ».

³ - Voir l'article L.461-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article 2/1 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit.

⁵ - Voir l'article 46 du règlement précité.

⁶ - Voir les articles R.461-1 et R.461-6 du code de commerce français ; www.legifrance.fr/

⁷ - Voir l'article 47 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit.

تفتتح جلسة سلطة المنافسة الفرنسية بعد التحقق من اكتمال النصاب القانوني من طرف رئيس الجلسة. يقوم رئيس الجلسة بتسيير المناقشات وضبط النظام أثناء انعقادها.

يقوم رئيس الجلسة بإعطاء الكلمة تبعا للترتيب الآتي: المقرر أو المقررين، المقرر العام، ثم محافظ الحكومة. وأخيرا، الأطراف التي طلبت الاستماع إليها وفقا للفقرة الأولى من المادة L.463-7 من التقنين التجاري الفرنسي، وهذا لما تكون حاضرة أو ممثلة.

يمكن أن تقرّر السلطة الاستماع لشخص أو عدة أشخاص، وهذا تطبيقا للفقرة الثانية من المادة L.463-7 من التقنين التجاري الفرنسي⁽¹⁾.

ترفع الجلسة من قبل رئيس الجلسة.

يمكن للرئيس تعليق الجلسة في جميع الحالات التي يبدو له فيها هذا التعليق مناسباً وهذا إلى غاية الساعة أو التاريخ الذي يحدده. في حالة ما إذا كان الهدف من التعليق هو السماح لطرف ما بتقديم ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، يقوم الرئيس بتحديد أجل مناسب لذلك، وكذلك الأجل المعطى للأطراف الأخرى، ومحافظ الحكومة لتقديم الملاحظات المحتملة في هذا الموضوع وكذا تحديد تاريخ استئناف الجلسة.

يتم إرسال الوثيقة، منذ تسلّمها من قبل مكتب الإجراءات، إلى أعضاء التشكيلة المجتمعة وكذا إلى المقرر وإلى الأطراف الأخرى ومحافظ الحكومة⁽²⁾.

ووفقا للمادة 50 من النظام الداخلي لسلطة المنافسة الفرنسية، فإنه يتم إعداد محضر الجلسة في شكل إلكتروني من قبل أمين الجلسة، تحت مسؤولية مدير مكتب الإجراءات. يتم الاحتفاظ بالمحاضر من قبل مكتب الإجراءات⁽³⁾.

ثالثا: مداولات المجلس

يتكون مجلس المنافسة الجزائري من اثني عشر (12) عضوا⁽⁴⁾، ولكي تصح جلسات هذا الأخير، فإنه يجب أن يحضرها ثمانية (08) أعضاء على الأقل وتتخذ قراراته بالأغلبية البسيطة. وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجّحا⁽⁵⁾.

تتم المداولة في جلسة مغلقة. يشرف رئيس الجلسة على المناقشات وإن بدا له ضروريا، يخضع القرار إلى التصويت عن طريق رفع اليد أو ورقة سرية. إن التصويت غير المعبر عنه أو الامتناع لا يؤخذان بعين

¹ - L'article L.463-7,2 du code de commerce français dispose :

« L'Autorité de la concurrence peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information » ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Voir les articles 48 et 49 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit.

³ - Voir l'article 50 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit.

⁴ - راجع المادة 10 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - اطلع على نص المادة 28 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 14 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

الاعتبار عند احتساب الأغلبية⁽¹⁾. مع الإشارة في هذا المقام، إلى مشاركة الممثل الدائم للوزير المكلف بالتجارة والممثل المستخلف له لدى مجلس المنافسة في أشغال هذا الأخير، دون أن يكون لهما الحق في التصويت⁽²⁾. والأمر ذاته بالنسبة للمقررين والمقرر العام⁽³⁾.

في فرنسا، تتمّ المداولة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة L.463-7 من التقنين التجاري الفرنسي في جلسة مغلقة. يقوم رئيس الجلسة بتوجيه المناقشات وإن بدا له ضرورياً، يعرض اتجاه القرار إلى التصويت. إن التصويت غير المعبر عنه أو الامتناع لا يؤخذان بعين الاعتبار عند احتساب الأغلبية⁽⁴⁾.

في زمن تطبيق الأمر المؤرخ في 01 ديسمبر 1986⁽⁵⁾، كان يحضر كل من المقرر العام والمقرر المداولة، دون أن يكون لهما صوت تداولي. مع ذلك، منذ 1999، قالت المحكمة العالية الفرنسية من أجل القانون بأنه « تتعارض مشاركة المقرر في المداولات وإن كان ذلك دون أن يكون له صوت تداولي مع المبدأ المثار [مبدأ تكافؤ وسائل الدفاع principe de l'égalité des armes]⁽⁶⁾، المنصوص عليه في المادة 6-1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽⁷⁾] طالما قام هذا الأخير بإجراء تحريات مفيدة للتحقيق في الوقائع التي تم

¹ - انظر المادة 40 من القرار : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 12 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 26 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - يستخلص من المواد 36 و39 و40 و41 من القرار رقم: 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 24 جويلية 2013، السالف الذكر، بأنه يشارك المقرر العام والمقررون أشغال مجلس المنافسة دون أن يكون لهم الحق في التصويت.

⁴ - Voir l'article 51 du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence française, op. cit..

⁵ - Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, op. cit.

⁶ - تكافؤ وسائل الدفاع هو المبدأ الذي يتم من خلاله الحفاظ على توازن حقوق الأطراف (الادعاء والدفاع)، وهو مبدأ منصوص عليه في المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، وتعني مساواة (تكافؤ) وسائل الدفاع على وجه الخصوص أنه "يجب على كل طرف من الأطراف أن يُعلم الأطراف المتبقية بشكل متبادل وفي الوقت المناسب بالوسائل الواقعية التي يسند عليها ادعاءاته ويعناصر الإثبات التي يقدمها وبالوسائل القانونية التي يُثيرها، بحيث يكون كل واحد منهم قادراً على تنظيم دفاعه". وهذا ما نصت عليه المادة 15 من القانون نفسه ؛ حول هذه النقطة أنظر، .../...

.../... - Marie-Camille ECK, « Egalité des armes – définition juridique » ; mce-avocat.fr/lexique-dictionnaire-juridique/

وقد نصت المادة 2/03 و3 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

على ما يلي :

« يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم.

يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية ».

⁷ - Voir l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.

إخطار المجلس بها؛ [...] والأمر ذاته بالنسبة لحضور المقرّر العام في هذه المداولات، إذ أنّ التحقيق الذي قام به المقرّر تمّ تحت رقابته «⁽¹⁾».

وقد سبق أن اعتبرت محكمة استئناف باريس في السنة ذاتها أن حضور كل من المقرّر (المكلف بالتحقيق في القضية وبتبليغ المآخذ) والمقرّر العام (المكلف بالتنسيق ورقابة نشاط المقرّرين) في المداولة « قد سمح لهما بالتعبير عن القضية أمام مجلس المنافسة الفرنسي في غياب الأطراف، إنها وضعيات لم تكن فيها هذه الأخيرة قادرة على الإجابة؛ وبأنّه تتعارض هذه الحالة في آن واحد مع المادة 6-1 من الاتفاقية الأوروبية للمحافظة على حقوق الإنسان، وضمانات الدفاع والمادة [1-463 L. من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾] »⁽³⁾.

يستخلص من نص الفقرة الرابعة من المادة 7-463 L. من التقنين التجاري الفرنسي أنّه لا يحضر المقرّر العام أو المقرّر العام المساعد المعيّن من طرفه والمقرّر المداولة، وهذا عندما تفصل سلطة المنافسة الفرنسية في الممارسات التي أخطرت بها وفقا لأحكام المادة 5-462 L. من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁴⁾.

في 2004، ألغت محكمة استئناف باريس قرارا صادرا عن مجلس المنافسة الفرنسي بسبب حضور المقرّر في المداولة⁽⁵⁾.

وفي 2008، ذكر مجلس المنافسة الفرنسي بأنّ للفقرة الرابعة من المادة 7-463 L. من التقنين التجاري السالفة الذكر أثر استبعاد حضور المقرّر العام أو مساعده والمقرّرون في المداولات، وهذا عندما يفصل المجلس في الممارسات التي أخطرت بها بموجب المادة 5-462 L. من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁶⁾، « التي تناولت الإخطارات المتعلقة بمخالفات المواد 1-420 L. و 2-420 L. (التعسّفات في الهيمنة) و 5-420 L. من التقنين نفسه والتي يمكن أن تؤدي خصوصا إلى صدور القرارات التي تتضمن أوامر وفرض عقوبات مالية ». وهذا لأنّه « كان من أجل ضمان حيادية هذه الإجراءات، الذي تتطلبه خصوصا المادة 6-0 من الاتفاقية الأوروبية للمحافظة على حقوق الإنسان والحريات الأساسية، قام المشرّع (الفرنسي) باستبعاد، خلال هذه الإجراءات، حضور

¹ - Cass. com., arrêt du 5 octobre 1999, n° 97-15.617 : Juris-Data n° 1999-003372 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 31.

² - L'article L.463-1 du code de commerce français dispose :

« L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L.463-4 » ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - CA Paris, arrêt du 15 juin 1999 : Juris-Data n° 1999-118630, confirmé par Cass. com., 30 mai 2000, n° 99-17.038 : Juris-Data n° 2000-002281 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., pp. 31 – 32.

⁴ - L'article L.463-7,4 du code de commerce français dispose :

« Le rapporteur général, ou le rapporteur général adjoint désigné par lui et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix délibérative, sauf lorsque l'Autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L.462-5 » ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - CA Paris, 16 novembre 2004, confirmé par Cass. com., 31 janvier 2006, n° 04-20.360, ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », op. cit., p. 32.

⁶ - Voir l'article L.462-5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

المقررين والمقررين العامين في المداولات «⁽¹⁾؛ إذ يتطلب مبدأ الحياد الفصل الواضح لمهام التحقيق والمحاكمة⁽²⁾.

نلاحظ، انطلاقاً مما سبق ذكره، أنه خلافاً للمشروع الجزائري استبعد المشرع الفرنسي صراحة حضور المقرر العام أو المقرر العام المساعد والمقرر في المداولات المتعلقة بالفصل في الممارسات المقيّدة للمنافسة بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة موضوع دراستنا، ولم يكتف بعدم منحهم صوت تداولي.

المطلب الثاني: القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بشأن التعسف في وضعية الهيمنة

يملك مجلس المنافسة الجزائري سلطة إصدار القرارات المختلفة من أجل ضبط المنافسة والسماح له بالحفاظ على حرّيتها. وانطلاقاً من هنا، عندما تُعرض عليه قضايا تتعلق بإحدى الأعمال أو الممارسات المقيّدة للمنافسة بما في ذلك التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، فإنه بعد أن يتأكد من وجودها، له أن يتخذ قرارات مختلفة ومتنوعة بهدف قمعها.

فبعد إجراء المداولة، يصدر المجلس قراره (الفرع الأول). وعند قيام التعسف، فإن قرار المجلس يتضمن عقوبات بغرض وضع حدّ لتلك الممارسة المقيّدة للمنافسة (الفرع الثاني). وأخيراً، يتم تنفيذ القرارات المختلفة للمجلس عن طريق تبليغها للأطراف ونشرها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إصدار القرارات

إن تمتع مجلس المنافسة الجزائري بسلطة اتخاذ القرار فيما يتعلّق بالقضايا التي يكون موضوعها وجود تعسف في وضعية الهيمنة، من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة. وبناءً عليه، يمكن أن تتنوع مضامين القرارات حسب ما يقرره المجلس. كما يجب أن تكون القرارات معلّلة (des décisions motivées)، ويستخلص من ذلك أن هذا التعليل يجعلها قرارات مباشرة صريحة مفصلة. كما أنه يجب تنفيذ تلك القرارات عن طريق إبلاغ الأطراف المعنية بها من جهة، ونشرها في النشرة الرسمية للمنافسة من جهة ثانية، لأنّ صدور تلك القرارات دون تنفيذها يجعلها عديمة الجدوى.

أولاً: تصنيف قرارات مجلس المنافسة الخاصة بالتعسف في وضعية الهيمنة

يمكن تصنيف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري بشأن إخطار مضمونه وجود تعسف في وضعية الهيمنة على السوق حسب الكيفية التالية:

- الحفظ ويصدر هذا القرار عندما يتنازل صاحب الإخطار عن ادعاءاته.
- قرار انتفاء وجه الدعوى décision de non-lieu، وذلك عندما لا يؤدي التحقيق إلى إثبات وجود ممارسة مقيّدة للمنافسة (التعسف في وضعية الهيمنة).

¹ - Cons. conc., décision n° 08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production de contreplaqué, p. 22 ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

² - Rachid ZOUAÏMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 225.

- قرار رفض الإخطار لانتفاء الصفة والمصلحة في رافع المتابعة أمام المجلس⁽¹⁾ أو عندما لا يتمسك المجلس بالمآخذ التي تمّ تبليغه بها⁽²⁾.

- قرار يتضمن الإنذار، وهو أمر احترازي لضمان السير الحسن للمنافسة.

- قرار يتضمن تدابير إضافية، وهذا في حالة عدم احترام الأوامر الاحترازية في الآجال المحددة⁽³⁾.

- قرار قبول أو رفض طلبات الإجراءات التحفظية، وذلك تطبيقاً للمادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المقابلة للمادة L.464-1 من التقنين التجاري الفرنسي.

- قرار عدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى المجلس أنّ الوقائع المذكورة لا تتدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية⁽⁴⁾.

ومثال عن ذلك: القرار الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري المؤرخ في 17 أكتوبر 1999 بشأن الممارسة الموضوعية حيّز التنفيذ من طرف مديرية التشغيل والتكوين المهني، في فنوغيل "Fennoughil" وتسبيت "Tsabit"⁽⁵⁾.

يجب التذكير، هنا، أنّ مجلس المنافسة المعاد تنشيطه في العام 2013، ورث 18 ملفاً عن المجلس السابق للمنافسة.

في مواجهة إشكالية مبدأ التقادم المنصوص عليه في المادة 4/44 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، استشار مجلس المنافسة قضاة في المحكمة العليا ومجلس الدولة والذين اعتبروا أنّ تجميد نشاطات المجلس السابق من 2003 و 2013 لم يؤدّي إلى حلّه. وبالتالي، هناك تواصل في سير المؤسسة إلى غاية إعادة النشاط إليه، ومنها القرار المتخذ بإعادة مخاطبة المشتكين على العناوين المحددة في شكاويهم قصد الاطلاع على نياتهم في الحفاظ أو استرجاع تلك الإخطارات⁽⁶⁾.

وبالتالي، في القضية رقم 38/2006 التي تتخاض فيها "شركة شوكت ورازا" ضدّ "شركة ISPAT عناية":

¹ - مجلس المنافسة الجزائري، « مجلس المنافسة وسيلة لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين »، المرجع السابق، ص 04.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 333.

³ - مجلس المنافسة الجزائري، « مجلس المنافسة وسيلة لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين »، المرجع السابق، ص 04.

⁴ - نصت المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 على ما يلي :

« يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية ».

⁵ - Décision n° 99-D-02 du 17 octobre 1999 relative à la dévolution d'un marché public pour la réalisation des centres de formation professionnelle de Fennoughil et Tsabit (inédate).

⁶ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 35.

للتذكير، فإنّ "شركة شوكت ورازا" تحدّثت عن خطأ يتمثّل في استغلال وضعيّة هيمنة ضدّ "شركة، ISPAT" المجسّدة في تطبيق سعر مرتفع وعدم احترام آجال التسليم التعاقدية.

قرّرت هيئة مجلس المنافسة في جلسته 13 نوفمبر 2014، وهذا بعد نقاش، بأغلبية أعضائه، إعلان هذا الإخطار غير مقبول مع معرفة أنّ القضية قد تم اتخاذ قرارات بشأنها من قبل محاكم وبأنّها لا تدخل في نطاق اختصاصات مجلس المنافسة⁽¹⁾.

- قرار تعليق الفصل في القضية حينما يتطلب الأمر تحقيقا تكميليا أو في حالة انتظار حكم محكمة قضائية أو إدارية التي تكون قد أخطرت هي الأخرى بالوقائع نفسها⁽²⁾.

- القرار التنازعي (décision contentieuse)، ويصدر المجلس مثل هذا القرار عندما يحكم على الأطراف المعنية المرتكبة بالتعسف في وضعيّة الهيمنة (على غرار الممارسات المقيدة للمنافسة) بالعقوبات المنصوص عليها لهذه الممارسة، مثال عن ذلك: أصدر مجلس المنافسة الجزائري قرار رقم 99-ق-01 بشأن الإخطار الذي قدمه وزير التجارة ضد المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (E.N.I.E) وحدة سيدي بلعباس المتضمن: أولاً: أمر شركة (E.N.I.E) بوضع حدّ نهائي للممارسات التي قامت بها، وذلك خرقاً لأحكام المادة 07 من الأمر المتعلّق بالمنافسة لسنة 1995 (الخاصة بالتعسف في وضعيّة الهيمنة).

ثانياً: فرض غرامة قدرها (4.348.560,00 دج) على شركة (E.N.I.E)⁽³⁾.

في القضية رقم 25/2003 لـ 21 أبريل 2003 التي يتخاصم فيها "سليمانى مجيد" ضدّ "شركة إيفري"، والتي تمّ تأكيدها بتاريخ 18 فيفري 2013 لدى المجلس من طرف مؤرّع المياه المعدنية "سليمانى مجيد" ضدّ شركة "إيفري". قام المجلس بتكييف الوقائع المذكورة ضمن خطأ استغلال وضعيّة الهيمنة المجسّد ببيع تمييزي كان معمولاً به حين ارتكاب المخالفات.

وفي مداولته التي تمّت بتاريخ 13 نوفمبر 2014، قرّر المجلس، تحديد مقدار الغرامة في حدّها الأدنى الذي تسمح به أحكام المادة 14 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995⁽⁴⁾، حيث يهدف هذا الحجم الحجم المتدني للغرامة إلى تحقيق هدف بيداغوجي أكثر منه هدف قمعي بما أنّ الوقائع الخاصة بالقضية تعود إلى عشر سنوات خلت (2001 - 2003).

¹ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 40.

² - Cons. conc. algérien, décision n° 99-D-05 du 5 décembre 1999 relative à la saisine de la Société SOMEX International contre la Société SAFEX (inédicté).

³ - قرار رقم 99-ق-01 مؤرخ في 23 جوان 1999 يتعلّق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 14 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره (الملغى).

وتقرّر الاعتماد في حساب مقدار الغرامة رقم أعمال المحقق برسم سنة 2013 من قبل شركة "إيفري"، وهو الرقم المستخرج من الأوضاع المالية التي تمّ إبلاغ المجلس بها من طرف المديرية العامة للضرائب والمديرية الجهوية للتجارة.

في هذا الإطار، وعلى سبيل المقارنة مع الممارسات الدولية في هذا المجال، أكّد مجلس المنافسة بأنّه يجب التذكير بتوصية مدير الشبكة الدولية للمنافسة (ICN) الذي يعتبر أنّ « تقييم سلطة المنافسة لا يتركز على رقم الأعمال المعالج أو باعتبار الغرامات الموقعة بل من خلال الأثر الذي تتركه قرارات سلطات المنافسة على السوق التنافسي »⁽¹⁾.

ثانيا: شكل القرارات

إنّ القواعد الشكلية الواجب مراعاتها بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم القضائية ليست واجبة التطبيق بالنسبة للقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري باعتباره سلطة إدارية مستقلة⁽²⁾.

يجب أن يكون كل قرار صادر عن مجلس المنافسة محلّ نسخة أصلية تحرّر في نسخة واحدة ويعطى لها رمز يتطابق مع طبيعة القضية ورقمها التسلسلي. تتضمن النسخة الأصلية للقرارات اسم ولقب الأعضاء، اسم ولقب المقرّر العام، أو المقرّرين الذين حضروا الجلسة⁽³⁾.

يجب أن تبيّن هذه القرارات، تحت طائلة البطلان، أجل الطعن وكذلك أسماء وصفات وعناوين الأطراف التي بلّغت إليها⁽⁴⁾.

وتوقّع القرارات من قبل رئيس وكاتب الجلسة. في حالة وجود مانع بالنسبة لكاتب الجلسة، يتمّ توقيعها من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات.

يتمّ الاحتفاظ بالمحاضر من قبل مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات⁽⁵⁾.

كما أنّه يجب تسبيب وتعليل هذه القرارات، وهذا ما يستخلص من المادة 44/2 والمادة 45/1 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة واللّتان تتصان على الترتيب على ما يلي:

¹ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص ص. 46 - 47.

² - محمد الشريف كتّو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 333.

³ - راجع المادة 41 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 22 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - اطلع على نص المادة 41 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، السالف الذكر.

« يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية ».

« يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حدّ للممارسات المعايينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه والتي يبادر هو بها، من اختصاصه ».

بما أنّ القرارات - الجزاءات - التي توقعها الهيئات الإدارية المستقلة (مجلس المنافسة الجزائري) تشكل مساسا بالشخص المعاقب سواء في ذمته المالية أو في حقوق أخرى، فيجب على هذه الهيئات التسبب رغم سكوت النصوص على فرضه، لأنّ التسبب مبدأ من مبادئ القانون، كما عبر عنه مجلس الدولة الجزائري في قراره⁽¹⁾.

لهذا، فإنّ قرارات سلطة المنافسة الفرنسية، كما هو جار العمل به في فرنسا، معنية بالمادة الأولى من القانون رقم 79-587 المؤرخ في 11 جويلية 1979 المتعلّق بتسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقات بين الإدارة والجمهور⁽²⁾، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فقد استنتجت محكمة استئناف باريس أنّه يقع على مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) التزام بتحديد السوق المرجعية قبل تحديد الممارسات المشتكى منها طبقا للمادة 11 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 المتعلّق بحرية الأسعار والمنافسة (حاليا المادتين L.462-5 و L.462-6 من التقنين التجاري الفرنسي)⁽³⁾. كما أنّه تحدد المادة 13 من الأمر السابق ذكره (حاليا المادة L.464-2, L.464-3 من التقنين التجاري الفرنسي)، التسبب الذي يجب أن تحتوي عليه القرارات التنافسية الصادرة عن مجلس المنافسة الفرنسي فيما يتعلق بالعقوبات التي يحكم بها⁽⁴⁾. وهذا ما نتطرق إليه أدناه.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة ضمن القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة

إذا أثبتت التحقيقات أنّ الفعل المنوّه به يشكل تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق المنصوص عليه في المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة والتي تقابلها المادة L.420-2, L.420-1 من التقنين التجاري الفرنسي، فإنّ مجلس المنافسة الجزائري يملك إلى جانب صلاحياته في إصدار الأوامر لوقف التعسف الذي تعتبر بمثابة إجراءات أو تدابير وقائية سلطة توقيع العقوبات. لذا، فقبل التطرّق لدراسة العقوبات الصادرة عن المجلس، نتعرض أولا لتمييز هذه الأخيرة عن التدابير الوقائية (الأوامر).

أولا: تمييز العقوبات عن التدابير الوقائية (الأوامر)

¹ - مجلس الدولة، قرار رقم 13 صادر في 09 فيفري 1999، قضية اتحاد البنك المؤسسة المالية في شكل شركة المساهمة (يونين بنك) ضدّ محافظ بنك الجزائر، مجلة إدارة، عدد 01، 1999.

² - Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF du 12 juillet 1979, p. 01711 ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - CA Paris, arrêt du 29 avril 1993, société AGS Armorique ; Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 157.

⁴ - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 157.

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة إصدار الأوامر التي تختلف باختلاف المعطيات المتوفرة وتحدد مهلة للتنفيذ، وإن لم تستجب لها المؤسسات المخالفة، يتدخل المجلس لفرض احترام هذه الأوامر، فالأوامر ليست بعقوبات، إنما تعتبر بمثابة إجراءات أو تدابير وقائية.

1 - فكرة الأوامر وتمييزها عن العقوبات

نصت المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حدّ للممارسات المعاينة المقيّدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه.

كما يمكن أن يقرّر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فوراً وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر.

ويمكنه أيضاً أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجاً منه أو توزيعه أو تعليقه ».

نصت المادة L.464-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي على ما يلي:

« تستطيع سلطة المنافسة توجيه أمر إلى المعنيين بوضع حدّ للممارسات المقيّدة للمنافسة في أجل محدد أو فرض شروط خاصة ... »⁽¹⁾.

ولفهم فكرة الأوامر باعتبارها تدابير وقائية وتمييزها عن العقوبات، لا بأس أن نضرب مثلاً عن الأوامر الصادرة عن اللجنة المصرفية، إذ تكمن أصالة هذه الأخيرة، والتي يشاركها فيها من دون شك مجلس المنافسة، في المهمة الوقائية التي خولها إياها القانون.

فلما تكتشف عملية الرقابة إما نقائص في قواعد السير الحسن للمهنة، وإما عدم التوازن المالي أو تطبيق طرق تسيير من طبيعة تحمل مساساً بمصالح العملاء والمساهمين، تتمتع اللجنة المصرفية بسلطة اتخاذ إجراءات وقائية اتجاه البنوك والمؤسسات المالية المعنية في حالة المخالفات⁽²⁾. ونصت المادة 112 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي:

« يمكن اللجنة أن تدعو أي بنك أو مؤسسة مالية، عندما تبرّر وضعيته ذلك، ليتخذ، في أجل معين، كل التدابير التي من شأنها أن تعيد أو تدعم توازنه المالي أو تصحح أساليب تسييره »⁽³⁾.

يمكن أن تكون تلك الإجراءات الوقائية مقترنة بأوامر اتخاذ التدابير المنصوص عليها في المادة 103/5 من الأمر نفسه التي نصت على أن:

« تخول اللجنة المصرفية أن تأمر المؤسسات المعنية بالقيام بنشريات تصحيحية في حالة وجود بيانات غير صحيحة أو وقوع سهو في المستندات المنشورة ».

¹ - Voir l'article L.464-2¹ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, Éditions Houma, Alger, 2005, p. 72.

³ - أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق ذكره.

ومن جهة الطابع الوقائي لهذه التدابير التي لا يجب أن يقع التباس واختلاط بينها وبين العقوبات التي يمكن أن توقعها اللجنة، يسمح معيّار الغاية التمييز بينهما، إذ أنّه يستجيب تنفيذ تلك التدابير، بالفعل، لمنطق وقائي. وبناءً على ذلك، لا تسعى تلك التدابير إلى تحقيق الغاية القمعية للعقوبة الإدارية، بمعنى آخر، « تتميز العقوبة الإدارية بغايتها القمعية: تعاقب التقصير في الالتزام، في حين أنّ التدابير الإدارية المعنية ذات طبيعة وقائية: لا تقصد قمع التقصير في الالتزام، "لكن الوقاية من وضعية أكيدة الوقوع" ». فالغاية المقصودة من طرف اللجنة المصرفية ليس قمع المساس بالقواعد والمقاييس التي تنظم المهنة، لكن إرجاع الوضعية إلى الحالة السابقة لمعاينة الوقائع المنسوبة، وكذا الوقاية من الفوضى الناجمة عن المساس بقواعد السير الحسن للمهنة، وهذا ما يبرّر بدون شكّ أنّ مثل هذه التدابير تتخذ خارج مجال المتابعة التأديبية وما تتضمنه من ضمانات لصالح الأشخاص المتابعة أمام اللجنة المصرفية⁽¹⁾.

بتطبيق كلّ ما سبق ذكره على الأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة الجزائري، نستخلص أنّ لهذه الأخيرة غاية تصحيح الاختلال الذي يعتري لعبة المنافسة في السوق. فللقرار المتضمن أمراً طابع مؤقت، إعلامي ووقائي. فيمكن أن يشكل نهاية المتابعة، ويفقد الهدف من وجوده في حالة احترام مضمونه، أو بالعكس في حالة عدم الاحترام، يشكل مرحلة سابقة للقرار المتضمن العقوبة. يمكن تصنيف الأوامر ضمن الأعمال الإدارية لأنّها متخذة من طرف سلطة إدارية مستقلة⁽²⁾.

2 - مضمون الأوامر

مكّن المشرّع الجزائري مجلس المنافسة من إصدار أوامر إلى الأطراف المعنية لوضع حدّ للممارسات المقيّدة للمنافسة. ويجب الإشارة إلى أنّه هناك اختلاف قائم في مضامين تلك الأوامر، إذ في ظلّ الأمر رقم 06-95 المتعلّق بالمنافسة -الملغى- عندما تصرّ مؤسسة على ممارسة التعسّف في وضعية الهيمنة على السوق، فيمكن لمجلس المنافسة الجزائري أن يصدر أمراً للمؤسسة المعنية لإعادة هيكلتها قصد وضع حدّ لهذه الممارسات ويتخذ هذا الإجراء بعد تبليغ إنذار يؤكّد اللجوء إلى إعادة هيكلة المؤسسة في حالة العود⁽³⁾.

كما يفهم من نصّ المادة 24 من الأمر المذكور أعلاه، أنّ مجلس المنافسة الجزائري يتخذ مقررات تتضمن أمراً للجهات المعنية، بوضع حدّ للممارسات المنافية للمنافسة و/أو بالرجوع إلى الوضعية السابقة في

¹ - Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, op. cit, p. 75.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 347.

³ - راجع المادة 22 من الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 17 جوان 1995، المتعلّق بالمنافسة (الملغى)، المرجع السابق ذكره.

الأجل المحدّد من طرفه. وبالتالي، يتمنّع المجلس آنذاك بسلطة تعديل داخلية، إذ له سلطة فرض الأشكال التعاقدية المتعلقة بهياكل المؤسسات⁽¹⁾.

أمّا في ظلّ الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، فلم ينص هذا الأخير على إمكانية إصدار المجلس لأوامر تتضمن إعادة هيكلة المؤسسة المعنية ولم ينص على إمكانية أمر الجهات المعنية، بالرجوع إلى الوضعية السابقة في الأجل المحدّد من طرف المجلس، وإنّما اكتفى بالتّص بصفة عامة دون تفصيل في المادة 45 منه على إمكانيةه في اتخاذ أوامر معللة ترمي إلى وضع حدّ للممارسة المقيدة للمنافسة. وبذلك يمكن للمجلس أن يتخذ أي أمر من شأنه وضع حدّ للتّعسف في وضعية الهيمنة على السوق.

في فرنسا، تستطيع سلطة المنافسة توجيه أمر إلى المعنيين بوضع حدّ للممارسات المقيدة للمنافسة في أجل محدد، أو فرض شروط خاصة⁽²⁾، وإذا كان بإمكان السلطة أن تتدخل في المجال التعاقدية، فإنّما يكون ذلك بمراعاة عدم تدخلها في إبطال الاتفاقات والعقود⁽³⁾.

بعد أن حوّل المشرّع الفرنسي للسلطة إمكانية أمر المعنيين بوضع حدّ للممارسة المقيدة للمنافسة، أضاف لها هذا الأخير إمكانية أخرى متمثلة في إمكانية اتخاذ الأوامر والتي تتضمن فرض شروط خاصة، ومثال ذلك تعديل الشروط العامة للبيع، احترام الأحكام التنظيمية في مجال إعلان الأسعار، إعلام الزبائن بالأحكام التنظيمية، تخفيف وإمكانية إعادة التفاوض حول شروط العقد للسماح بقيام أحسن منافسة. وبالتالي، وفي مجال التعسف في وضعية الهيمنة، تتعلّق الأوامر الصادرة عن السلطة بتصرفات المؤسسة، إذ أنّ لسلطة المنافسة الفرنسية سلطة تعديل الأحكام التعاقدية الخارجية Les dispositions contractuelles en externe.

إلاّ أنّه كان يجوز لمجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة)، في حالة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة أن يطلب من الوزير المكلف بالاقتصاد أن يأمر مع الوزير المعني بالقطاع، بقرار معلّل، المؤسسة أو مجموعة المؤسسات المعنية تعديل أو تكملة أو إنهاء، في غضون فترة محدّدة، جميع الاتفاقات وجميع الأعمال التي تمّ بها تحقيق تركيز القوة الاقتصادية التي سمحت بوقوع التعسّفات، حتّى ولو كانت تلك الأعمال موضوع الإجراءات المتعلقة بالتجميع الاقتصادي، وهذا كلّ تطبيقاً لنص المادة L.430-9 من التقنين التجاري الفرنسي.

طبّق مجلس المنافسة الفرنسي، وهذا لأول مرّة، نص المادة L.430-9 المذكورة سابقاً، وهذا في 2002، وكان قراره متعلّقاً بسوق المياه⁽⁴⁾. اغتتم المجلس، في هذه القضية، فرصة إمكانية الرقابة اللاحقة للتجميعات.

¹ - René POÉSY, « Le rôle du conseil de la concurrence et du juge judiciaire en Algérie et en France en droit des pratiques anticoncurrentielles : aspects procéduraux », Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n° 03, 2000, p. 176.

² - Voir l'article L.464-2, I, 1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - راجع الصفحات من 436 إلى 449 من الأطروحة محل الدراسة.

⁴ - Cons. conc., décision n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

كما أشارت إلى ذلك رئيسة مجلس المنافسة الفرنسي آنذاك Marie-Dominique HAGELSTEEN⁽¹⁾، « إنه إذن النهج الذي يمكن وصفه بأنه "ضبطي" (Une approche régulatrice) والذي تم اختياره من قبل المجلس - ليتصرف على هياكل السوق - بدلاً من نهج أكثر قمعا وعقابا بمقتضى المادة L.420-2 من القانون التجاري التي تعاقب التعسفات في وضعية الهيمنة ».

حيث أنه في فرنسا، كان ينظر عادة إلى رقابة عمليات التجميعات باعتبارها رقابة سابقة، أي تتم الرقابة الممنوحة لسلطات المنافسة قبل أن يتحقق التركيز أو التجميع، وقد تم تعزيز ذلك بالزامية تبليغ التجميعات التي تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 420-2001 المؤرخ في 15 ماي 2001، المتعلق بالأنظمة الاقتصادية الجديدة (NRE)⁽²⁾. ومع ذلك، يوجد هناك كتكملة لهذا النص (القانوني) إمكانية الرقابة اللاحقة، التي تسمح للسلطات بالرجوع إلى تجميع تم إنجازه من قبل لما يطرح هذا الأخير مشاكل محددة للمنافسة، ويتعلق الأمر بالمادة L.430-9 من القانون التجاري المذكور أعلاه⁽³⁾.

وأخيراً، تم تعديل المادة L.430-9 المذكورة أعلاه بموجب نص المادة 96 من القانون رقم 776-2008، المؤرخ في 04 أوت 2008⁽⁴⁾. حيث يفهم من صياغة نصها الجديد بأنه أصبح لسلطة المنافسة الفرنسية (وليس للوزير المكلف بالاقتصاد مع الوزير المعني بالقطاع)، في حالة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، أن تأمر بقرار معطل تعديل أو تكملة أو إنهاء، في غضون فترة محدودة، جميع الاتفاقات وجميع الأعمال التي تم بها تحقيق تركيز القوة الاقتصادية التي سمحت بوقوع التعسفات، حتى ولو كانت هذه الأعمال موضوع الإجراءات المنصوص عليها في الباب الثالث من القانون التجاري الفرنسي المتعلق بالتركيز الاقتصادي⁽⁵⁾، كإخضاع التجميع لرقابة سابقة وحصوله على ترخيص من قبل سلطة المنافسة الفرنسية أو لم يتم إخضاعه أصلاً لرقابة سابقة. إذن، أصبحت للسلطة إمكانية التصرف على هياكل السوق. وتضاف هذه التدابير الهيكلية إلى العقوبات التي تطبق عادة على الممارسات المقيّدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة⁽⁶⁾.

ولكن لتطبيق المادة L.430-9 من القانون التجاري الفرنسي، المذكورة أعلاه، يجب أن يتوفر شرطين:
- وجود تركيز اقتصادي سابق للتعسف المعايين.

¹ - Discours de Marie-Dominique HAGELSTEEN, Présidente du conseil de la concurrence, lors de la présentation du rapport annuel pour l'année 2002 ; Patrice BOUGETTE & Florent VENAYRE, « Le contrôle à posteriori des concentrations peut-il augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », Document de travail LAMETA n° 2005-07, p. 02 ; www.lameta.univ-montp1.fr/

² - Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, op. cit.

³ - Patrice BOUGETTE & Florent VENAYRE, « Le contrôle à posteriori des concentrations peut-il augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », op. cit., p. 02.

⁴ - Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, op. cit.

⁵ - Voir l'article L.430-9 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - Didier FERRIER & Dominique FERRE, Droit du contrôle national des concentrations, 1^{ère} édition, Dalloz, Paris, 2004, p. 184.

- معاينة وجود التعسف في وضعية الهيمنة، وذلك بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي. يمكن أن يكون التعسف في الهيمنة متأصلا في التجميع، لأنه ليس سوى نتيجة منطقية وملزمة للعملية. في هذه حالة، فوفقا لمبدأ التطبيق بالتأويل لرقابة السلوكيات ولرقابة الهياكل، فإنه ينبغي ألا يتم تكيف التعسف بالتعسف في وضعية الهيمنة بالمعنى المقصود في المادة L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي⁽¹⁾.

لا يعتزم مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) تطبيق المادة L.430-9 المذكورة آنفا إلا على السلوك المنفصل عن عملية التجميع⁽²⁾. مبدئيا، يتم اعتبار التعسف منفصلا لما يعبر عن تصرف يقصد منه ليس استغلال السلطة الناشئة عن التجميع، وإنما الإخلال بصورة واضحة بالمنافسة: السعر العدواني، التمييز غير المبرر ... إلخ. وبذلك، يعتبر المجلس (حاليا السلطة) بأنه تشكل الممارسات عدم المنافسة بين الشركة الأم والفروع تصرفا منفصلا بسبب أن هذه المؤسسات في وضعية هيمنة جماعية على السوق.

وفي هذا المجال، تعتبر التعسفات في الهيمنة والمجسدة في امتناع الشركات الأم عن إنشاء وكالات على بعد أقل من 50 كلم من مقر فروعها الموحدة والامتناع عن الاستجابة لطلب العروض المقدمة على إقليم هذه الأخيرة كنتيجة منطقية لتشكيل الفروع الموحدة⁽³⁾.

علاوة على ذلك، نصت المادة L.752-26 من التقنين التجاري الفرنسي على ما يلي:

« تستطيع سلطة المنافسة الفرنسية أن تتخذ الأوامر والعقوبات المالية المنصوص عليها في المادة L.464-2 من التقنين التجاري الفرنسي، وهذا في حالة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة أو لحالة التبعية الاقتصادية من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات التي تستغل محلا أو عدة محلات للتجارة بالتجزئة.

إذا أخفقت الأوامر المتخذة أو العقوبات المالية المطبقة في وضع حد للتعسف في وضعية الهيمنة أو لحالة التبعية الاقتصادية، فإنه تستطيع سلطة المنافسة، وهذا بقرار معلل يتم اتخاذه بعد تلقي ملاحظات المؤسسة أو مجموعة من المؤسسات المعنية، أن تأمرها بتعديل أو تكملة أو إنهاء، في غضون فترة محددة، جميع الاتفاقات وجميع الأعمال التي تشكلت بها القوة الاقتصادية (La puissance économique) التي سمحت بوقوع هذه التعسفات. ويجوز لها، في ظل الظروف نفسها، أن تأمرها بالمضي قدما في بيع الأصول، إذا كان هذا التنازل هو السبيل الوحيد لضمان المنافسة الفعلية في المنطقة التجارية المعنية »⁽⁴⁾.

¹ - Didier FERRIER & Dominique FERRE, Droit du contrôle national des concentrations, op. cit., p. 184.

² - Le conseil de la concurrence français n'envisage l'application de l'article L.420-2 du code de commerce français qu'au comportement « détachable » de l'opération de concentration :

« L'application du titre III du livre IV du code de commerce à la création ou à la survie d'une entreprise commune ne fait, cependant, pas obstacle à l'application du titre II du livre IV du même code à des comportements qui sont détachables de cette création ou de cette survie » ; Cons. conc., décision n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 (précitée).

³ - Didier FERRIER & Dominique FERRE, Droit du contrôle national des concentrations, op. cit., p. 184.

⁴ - Voir l'article L.752-26 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

ويجب الإشارة هنا إلى أن نص المادة L.752-26 المذكور أعلاه قد تم إدراجه في التقنين التجاري الفرنسي بالضبط في قسم 4 (Section 4) الذي تمّ عنوانته كما يلي: "رقابة سلطة المنافسة في حالة وضعية الهيمنة" « Du contrôle de l'Autorité de la concurrence en cas de position dominante » بالتالي، في فرنسا، إنّ وضعية الهيمنة مشروعة في حدّ ذاتها، إلّا أنّه إذا سمحت بوقوع التعسّف في وضعية الهيمنة، فإنّ هذه الأخيرة (وضعية الهيمنة) ستكون محل رقابة سلطة المنافسة والتي لها اتخاذ أوامر بشأنها، تبعا لنص المادة L.752-26 من التقنين التجاري الفرنسي المذكور أعلاه. ولا نجد مثيلا لهذا النصّ في قانون المنافسة الجزائري.

نصّت المادة 2/45 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة على ما يلي: « كما يمكن أن يقرّر المجلس عقوبات مالية إمّا نافذة فورا وإمّا في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر »⁽¹⁾.

انطلاقا من هذه المادة، نتوصل إلى القول بأنّ لمجلس المنافسة الجزائري، عندما يقوم بإصدار أمر، أن يرفق هذا الأخير بعقوبة مالية، وهذه العقوبة إمّا أن تكون متميزة عن الأمر وتكون فورية، وإمّا لا تكون مستحقة الدفع إلّا إذا لم يتمّ تنفيذ الأمر، وذلك بعد نفاذ الأجل المحدد للتنفيذ. وفي هذا الصدد، نصّت المادة 58 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب المادة 27 من القانون رقم 12-08 على ما يلي: « يمكن مجلس المنافسة إذا لم تنفذ الأوامر والإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 من هذا الأمر، في الآجال المحددة، أن يحكم بغرامات تهديدية لا تقل عن مبلغ مائة وخمسين ألف دينار (150.000 دج) عن كل يوم تأخير »⁽²⁾.

ثانيا: العقوبات

يتمتع مجلس المنافسة الجزائري بسلطة توقيع عقوبات مالية، والتي تعتبر بمثابة عقوبات أصلية، ويمكن له إلى جانبها أن يتخذ عقوبات تكميلية، يدرج المجلس جميع هذه العقوبات ضمن القرار التنازعي الفاصل في النزاع.

1 - العقوبات الأصلية (العقوبات المالية)

نتطرق أولا لدراسة الحدّ الأقصى للعقوبات المالية (العقوبات الأصلية) ثمّ لخصائصها وبعدها نشرع في دراسة المعايير القانونية لتقدير مبلغها، ثمّ للظروف المشدّدة والمخفّفة لفرض العقوبة.

أ - الحدّ الأقصى للعقوبات المالية

¹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

إذا أثبت مجلس المنافسة الجزائري قيام تعسف في وضعية الهيمنة، فله سلطة إصدار عقوبات مالية، إذ نصّت المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« يعاقب على الممارسات المقيّدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمّة، أو بغرامة تساوي على الأقلّ ضعفي الرّبح المحقّق بواسطة هذه الممارسات، على ألاّ تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الرّبح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدّد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) «⁽¹⁾.

في حالة ما إذا كانت السّنة المالية المقفلة (المختتمّة) المذكورة في المادة 56 السالفة الذّكر لا تغطي مدّة سنة، فإنّه يتمّ حساب العقوبات المالية المطبقة على مرتكبي المخالفة حسب قيمة رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقّق في الجزائر خلال مدة النشاط المنجز⁽²⁾.

وفي القانون الفرنسي، يفهم من الشطر 2 و 4 من الفقرة (I) من المادة L.464-2 من التّقنين التّجاري الفرنسي ما يلي:

- تستطيع سلطة المنافسة الفرنسية تسليط عقوبة مالية واجبة التطبيق في الحال، أو في حالة عدم تنفيذ الأوامر أو في حالة عدم الامتثال للتعهدات التي قبلتها.

- إذا لم يكن مرتكب المخالفة مؤسسة. ففي هذه الحالة لا يتجاوز مبلغ العقوبة 03 ملايين أورو. أمّا إذا كان الفاعل مؤسسة، ففي هذه الحالة، إنّ الحدّ الأقصى للعقوبة المالية هو 10% من مبلغ رقم الأعمال العالمي الأكثر ارتفاعاً من غير الرسوم، المحقق أثناء إحدى السنوات المالية المختتمّة ابتداءً من السنة المالية السابقة للسنة التي نفّذت فيها الممارسات⁽³⁾.

تتّسم العقوبات المالية بطبيعة مزدوجة: قمعية ووقائية، ولهذا السبب يجب أن تكون العقوبة ردعية بما فيه الكفاية حيث يجب أن يتجاوز مبلغها مبلغ الأرباح المحصل عليها من جزاء الممارسات المخالفة للقانون أو تلك المرجوة من خلال هذه الممارسات⁽⁴⁾.

ب - خصائص العقوبات الأصلية

¹ - راجع المادة 26 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - اطلع على المادة 29 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir l'article L.464-2, 4 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثّر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 386.

تتميز العقوبات الأصلية بأنها عقوبات مالية، وتخويل مجلس المنافسة الجزائري باتخاذها على غرار الجهات القضائية، لا يجردّها من صفة العقوبة الإدارية.

ب 1 - العقوبات الأصلية هي عقوبات مالية

تتميز هذه العقوبات بأنها غرامات مالية، وهذا ما بيّنته المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة المذكورة أعلاه، فإنّها تُدفع للخرينة العامة، فلا يستطيع مجلس المنافسة أن يصدر عقوبات تمسّ بحريّة الأشخاص الطبيعية ولا أن يحكم بتعويضات لصالح الأطراف المتضررة. كما لا يستطيع إبطال التصرفات والالتزامات المترتبة عنها⁽¹⁾.

كما أنّه يعاقب بغرامة قدرها 2.000.000 دج، كلّ شخص طبيعي ساهم شخصياً، بصفة احتيالية في تنظيم ممارسة التعسّف في وضعية الهيمنة وفي تنفيذها كما هي محدّدة في الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة⁽²⁾.

تعتبر هذه العقوبات، في القانون الفرنسي، عقوبات مالية وهذا ما أوضحته المادة L.464-2¹ من النّقنين التجاري الفرنسي المذكورة أعلاه.

ب 2 - العقوبات الأصلية ذات طابع إداري

إنّ منح سلطة توقيع العقاب من شأنه أن يضع مجلس المنافسة في مركز مساوٍ للجهات القضائية علماً بأنّ توقيع العقاب يُعدّ اختصاصاً خاصاً بالمحاكم.

سبق أن قام مجلس المنافسة الفرنسي بتحديد طبيعة تدخّله في المجال التنافسي كما يلي: « إن قرار مجلس المنافسة، رغم أنّ له طابع عقابي، هو قرار إداري ليس قضائي (...) صادر عن الهيئة التي تنفذ مهمة هدفها هو الدفاع عن النظام العام الاقتصادي، ولا تتدخل لتلبية طلب صادر عن طرف، ولكن تعاقب الممارسات المقيدة للمنافسة والتي تمكّن المجلس، سلطة ضبط السوق، من إثبات وجودها »⁽³⁾. تبقى هذه المبادئ سارية اتجاه سلطة المنافسة الفرنسية⁽⁴⁾. علاوة على ذلك، يفهم من الفقرة (I) من المادة L.461-1 من النّقنين التجاري الفرنسي بأنّ هذه الأخيرة هي سلطة إدارية مستقلة⁽⁵⁾. وبالتالي، فالعقوبات المالية التي تتخذها ذات طابع إداري

¹ - عيساوي محمّد، القانون الإجزائي للمنافسة، المرجع السابق، ص 07.

² - راجع المادة 57 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - Cons. conc., décision n° 04-D-45 du 30 septembre 2004 relative à une saisine de l'entreprise Arnaud Marin concernant des pratiques mises en œuvre par la société R. Marin, p. 6 ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁴ - Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 266.

⁵ - Voir l'article L.461-1¹ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

بدورها. وبما أنّ القانون الجزائري يعتبر كذلك مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة⁽¹⁾، فإنّ العقوبات التي يتخذها تكتسي طابعا إداريا أيضا.

ج - المعايير القانونية لتقدير العقوبات المالية (العقوبات الأصلية)

يجب أن يستجيب تحديد العقوبة المالية للمبادئ العامة المتعلقة بالعدالة والتناسب ومبدأ شخصية العقوبة⁽²⁾.

نصّت المادة 62 مكرر 1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« 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 المتهمّة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق »⁽³⁾.

وعليه، فإنّه يتم تقرير العقوبات من قبل مجلس المنافسة الجزائري على أساس معايير حددها المشرع الجزائري، على سبيل المثال، في المادة المذكورة أعلاه والتي تقابلها المادة L.464-2,1,3 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽⁴⁾.

تتمثل المعايير التي يقاس عليها مبدأ تناسب العقوبة في خطورة الممارسة المرتكبة والضرر الذي لحق بالاقتصاد، والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة، ومدى تعاون المؤسسات المتهمّة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق.

¹ - راجع المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب المادة 9 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

² - يترتب عن مبدأ شخصية العقوبة عدم فرض العقوبة المالية مثلا على المؤسسات المخالفة لقانون المنافسة إلا في إطار ما قدمته من مساهمة، فكل مؤسسة تتحمل مسؤولية ما ارتكبته على حدا بالنسبة لما تُسبب إليها من وقائع فقط، ويفهم من ذلك أن المؤسسات المرتكبة معا للمخالفة لا تتقاسم بالتساوي مسؤولية دفع مبلغ العقوبة المالية، بل تتحمل كل واحدة منها المسؤولية في حدود ما قدّمته من مساهمة في تنفيذ الممارسة المقيدة بالمنافسة. ويمكن أن تكون الوقائع المنسوبة إلى كل من المؤسسات المعنية مجرد تهاون وإهمال، كما يمكن أن يكون في شكل سلوك عمدي ويمثل إدراك عواقب الممارسات ظرف مشدّد في تقدير قيمة العقوبة المالية؛ حول هذه المسألة، أنظر جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 391 - 392.

³ - راجع المادة 30 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

⁴ - L'article L.464-2,1,3 du code de commerce français dispose :

« Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction » ; www.legifrance.gouv.fr/

ج1 - تناسب العقوبة مع خطورة الممارسة المرتكبة

تظهر خطورة الأفعال المنتقدة أو الممارسات المرتكبة من الوصف المعطى للممارسة، فتشكل مثلاً تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق، وتقاس خطورتها على أساس عدم مشروعيتها ومدتها، طابعها المتكرر والمألوف وسريتها، والوسائل الاحتياالية المصاحبة لها واستمراريتها رغم وجود التحقيق، والنفوذ الاقتصادي للمؤسسات المعنية بها، ومعرفتها للطابع غير المشروع للممارسات، وهل سبق وأن عوقبت على الأفعال نفسها، مكانتها، دورها في السوق وتأثيرها على الأعوان الاقتصاديين المتعاملين معها⁽¹⁾.

وقد اعتمد مجلس المنافسة الجزائري على هذا المعيار، حيث أشار في إحدى حيثيات قراره أنه « اعتباراً أنه يعتمد المجلس في تحديد مبلغ الغرامة على مبدأ التدرج بحسب خطورة الممارسات التي يأخذ بها، ومدى تأثيرها على السوق »⁽²⁾.

ج2 - تناسب العقوبة مع الضرر الذي لحق بالاقتصاد

تقدر جسامه الضرر اللاحق بالاقتصاد بصفة ملموسة في السوق المرجعية، وتستخلص من عدد المؤسسات المتدخلة ومن حصص السوق التي تمثلها، ومن تشكيلاتها، ومن طبيعة المنتوجات المعنية، وحالة المنافسة في السوق التي تمّ مساسها بفعل الممارسات المقيّدة للمنافسة، وآثارها على ارتفاع الأسعار وتضييق الدخول إلى السوق وعرقلة التطور الاقتصادي والتقني، ومن تأثيرها على الأسواق المجاورة أو المرتبطة ومن تأثيرها على عمليات الإنتاج والتوزيع والخدمات ومن تأثيرها على المستهلكين وعلى القدرة الشرائية لهم⁽³⁾.

ج3 - تناسب العقوبة مع الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة

يصعب عموماً تحديد الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة في الجزائر أين يكون، بشكل عام، غياب التحكم في المعطيات المرقمة للاقتصاد راسخاً⁽⁴⁾. وقد كان لمجلس المنافسة الجزائري فرصة إثارة هذه الصعوبة في قرارين يعاقبان التعسفات في وضعية الهيمنة المسندة لمؤسستين عموميتين، يتعلق أحدهما

¹ - لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المناهضة للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 90.

² - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99-ق-01، مؤرخ في 23 جوان 1999 يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، المرجع السابق ذكره.

³ - Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 218.

⁴ - Rachid ZOUAÏMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 214.

بالممارسات المرتكبة من قبل الشركة الوطنية للتبغ والكبريت⁽¹⁾؛ أمّا الآخر فبالممارسات التعسّفية المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)⁽²⁾.

ج4 - تناسب العقوبة مع مدى تعاون المؤسسات المتهمّة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية

يمكن لمجلس المنافسة الجزائري أن يقرّر 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 الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة (المعدّل والمتمم)، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 60 من الأمر السالف الذكر، بينما لا تطبق أحكام الفقرة السابق ذكرها، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة، وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة 60 من الأمر نفسه⁽³⁾.

ج5 - تناسب العقوبة مع أهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق

يتمّ الأخذ بعين الاعتبار حجم المؤسسة في السوق مقارنة مع منافسيها. فيجب أن تكون العقوبة أشدّ عندما تكون المؤسسة مثلاً في حالة احتكار أو وضعية هيمنة على السوق أين تكون المؤسسات الأخرى لها حجم صغير. ولتحديد حجم المؤسسة، يكون بمقدرة مجلس المنافسة الرجوع إلى رقم أعمال هذه الأخيرة ويمكن له كذلك الأخذ بعين الاعتبار المركز القانوني للمؤسسة وتنوع نشاطاتها. أخيراً، يمكن للمجلس أن يخفض مبلغ العقوبة وهذا أخذاً في الاعتبار نتائج خسارة المؤسسة أو حتّى عدم فرض عقوبة إذا كانت المؤسسة موضوع إجراء جماعي مثلاً⁽⁴⁾، فيمكن له أن يقرّر تخفيض العقوبة المالية بسبب ضعف إمكانيات وموارد المؤسسة أو لأن هذه الأخيرة تعاني من صعوبات مالية، خاصة وخطيرة، بسبب تعرضها لتصفية قضائية⁽⁵⁾.

د - الظروف المشدّدة والظروف المخفّفة لفرض العقوبة

هناك ظروف مشدّدة لفرض العقوبة، تؤدي إلى ارتفاع مبلغ العقوبة المالية وظروف مخفّفة تخفّف العقوبة وينجم عن ذلك تخفيض مبلغ هذه العقوبة المفروضة.

د1 - الظروف المشدّدة

تأخذ سلطة المنافسة الفرنسية في الحسبان، مبادرة المؤسسة إلى ارتكاب الممارسة المقيّدة للمنافسة، ومدى مساهمتها بصفة فعلية وفعّالة في تنفيذها، ومدى كونها المستفيدة الأساسية من الممارسة. يؤدي ذلك إلى تشديد

¹ - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 98-ق-03، مؤرخ في 13 ديسمبر 1998 يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، المرجع السابق ذكره.

² - مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99-ق-01، مؤرخ في 23 جوان 1999 يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 214 - 215.

⁵ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثّر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 395.

العقوبة عامل الاستمرار في تنفيذ المخالفة حتى بعد البدء في إجراءات المتابعة. يُعتبر ظرفاً مشدداً **العود** بمعنى أنه رغم محاكمة ومتابعة المؤسسة سابقاً على سلوكات مقيّدة للمنافسة مماثلة، إلا أن المؤسسة عادت لترتكب مرة أخرى الممارسة نفسها في مواجهة المؤسسات المنافسة نفسها أو غيرها، فلن يعود بإمكان المؤسسة المرتكبة للمخالفة التذرع بعدم إدراك عواقب سلوكها المخالف لقانون المنافسة⁽¹⁾.

في الجزائر، نصت الفقرة الأخيرة من المادة 60 من الأمر رقم 03-03 على ما يلي:

« لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة »⁽²⁾.

لم يكتف المشرع الفرنسي باعتبار العود كظرف مشدد فحسب، بل كمعيار لتقدير العقوبة المالية⁽³⁾.

د 2 - الظروف المخففة

تنظر سلطة المنافسة الفرنسية عند تقدير قيمة العقوبة المالية، إلى عدم ارتكاب المؤسسة المخالفة لأية ممارسة مقيّدة للمنافسة فيما سبق، وقيامها بوضع حدّ للممارسات المرتكبة تلقائياً. يعتبر قانون المنافسة الجزائري من الظروف المخففة التي تؤدي إلى تخفيف مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها، عامل الاعتراف بالمخالفات المنسوبة إلى المؤسسات المعنية وتعاون هذه الأخيرة أثناء التحقيق وتعهدها بعدم ارتكاب المخالفات أو الممارسات المقيّدة للمنافسة⁽⁴⁾.

إنّ قدم الوقائع وطول فترة الإجراءات أمام المجلس لا يكون مبرراً لتخفيض مبلغ العقوبة⁽⁵⁾.

وتظهر فعالية قانون المنافسة وقرارات مجلس المنافسة الجزائري في مدى تحقيق التناسب بين مبلغ هذه الجزاءات المسلطة مع الإخلال بالمنافسة الذي يريد وقفه. وهنا تكمن الوظيفة أو المهمة الردعية للمجلس. تراقب الهيئة القضائية المكلفة بالنظر في الطعن المقدم ضد قرار المجلس تقدير الوقائع وتطبيق القانون وتناسب كل جزاء مسلط مع هذه المعايير والظروف بواسطة تسبيب القرار المتخذ من طرفه.

إلى جانب العقوبات الأصلية التي يوقعها المجلس على مرتكب التعسف في وضعية الهيمنة، يتمتع المجلس بسلطة توقيع العقوبات التكميلية.

2 - العقوبات التكميلية

نصت المادة 3/45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

¹ - المرجع نفسه، ص 396.

² - حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

« 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 هذا الأمر ».

³ - Voir l'article L.464-2, I, 3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - راجع المادة 1/60 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 397.

« ويمكنه أيضا أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه ».

وفي القانون الفرنسي، يستخلص من نص المادة L.464-2,1,5 من النّقنين التجاري الفرنسي بأنه تستطيع سلطة المنافسة أن تأمر بنشر أو توزيع أو تعليق قرارها أو مستخرجا منه تبعا للكيفيات التي تحددها. ويمكن لها أيضا أن تأمر بإدراج القرار أو مستخرج منه في التقرير المعد من طرف المسيرين أو مجلس الإدارة أو مجلس مديرية المؤسسة حول عمليات السنة. تقع المصاريف على عاتق الشخص المعني بالأمر⁽¹⁾.

تستطيع سلطة المنافسة الفرنسية أن تأمر بنشر قرارها في الصحف الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو المنشورات المهنية أو المتخصصة أو الجمعوية أو أجهزة إعلام المستهلكين، بحسب صيغة الممارسة المقيّدة للمنافسة (التعسف في وضعية الهيمنة)، أو بحسب الأسواق المعنية بها، أو بحسب المصالح الواجب حمايتها، أو بحسب الأهمية البيداغوجية التي تعطيها السلطة لقرارها هذا.

تعتبر الإجراءات المتعلقة بالنشر جزاءات مستقلة، أي يمكن أن يؤمر بها دون أن تقرر السلطة توجيه أوامر إلى المعنيين بالأمر أو تسليط جزاء مالي عليهم.

والطعن المرفوع ضد القرار القاضي بالنشر لا يوقف تنفيذه. يمكن أن يحتوي القرار المنشور على توضيح يفيد بأنه يمكن أن يكون محل طعن⁽²⁾.

الفرع الثالث: تنفيذ قرارات مجلس المنافسة الفاصلة في التعسف في وضعية الهيمنة

إنّ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري باختلاف أنواعها، تعتبر واجبة النفاذ.

قبل سنة 2008، خوّل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة للوزير المكلف بالتجارة مهمة السّهر على تنفيذ القرارات وهو ما أشارت إليه الفقرة (01) من المادة 47 منه:

« تبلغ القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية لتنفيذها، بواسطة إرسال موصى عليه مع وصل بالاستلام وترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة الذي يسهر على تنفيذها ».

وبعد تعديل المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المذكورة أعلاه بموجب المادة 22 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، أصبح نصّ الفقرة الأولى منها كما يلي:

« تبلغ القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي.

وترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة »⁽³⁾.

وتضيف الفقرة الأخيرة من المادة 47 نفسها ما يلي:

¹ - Voir l'article L.464-2,1,5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE & Guy CANIVET, Droit français de la concurrence, op. cit., p. 219.

³ - قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

« يتم تنفيذ قرارات مجلس المنافسة طبقا للتشريع المعمول به »⁽¹⁾.

أما في فرنسا، فإنه تسهر سلطة المنافسة على تنفيذ قراراتها تطبيقا لنص الفقرة الأخيرة من المادة L.464-8 من التّقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾، وهذا بعدما كانت مهمة السهر على تنفيذ تلك القرارات من اختصاص الوزير المكلف بالاقتصاد، حيث نصّت المادة 2/15 من الأمر رقم 86-1234 المتعلّق بحرية الأسعار والمنافسة (الملغى) على ما يلي:

« تنشر القرارات في النشرة الرسمية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش ويسهر الوزير المكلف بالاقتصاد على تنفيذها »⁽³⁾.

نلاحظ، انطلاقا ممّا سبق ذكره، أنّ المشرّع الجزائري قام بنقل مهمة السهر على تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري من الوزير المكلف بالتجارة إلى المجلس، وهذا ممّا يدعم استقلالية هذا الأخير، والأمر ذاته يقال على المشرّع الفرنسي.

وحتى يتم تنفيذ تلك القرارات، يجب المرور عبر مرحلتين هما:

- تبليغ القرارات إلى الأطراف المعنية بالقضية والقيام بنشرها.

أولا: تبليغ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية

يتم تبليغ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق المحضر القضائي، وتتمثل الأطراف المعنية في: الطرف الذي قام بإخطار المجلس والطرف الذي وجه ضده الإخطار هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يتم إرسال تلك القرارات إلى الوزير المكلف بالتجارة⁽⁴⁾.
تبلّغ قرارات سلطة المنافسة الفرنسية كما يلي:

- فيما يخص القرارات المذكورة في المادة L.464-1 من التّقنين التجاري الفرنسي (أي القرارات المتعلقة بالإجراءات التحفظية)، فإنّها تبلّغ إلى مقدم طلب التدابير التحفظية وإلى الأشخاص الذين وجه الطلب ضدهم وكذا إلى محافظ الحكومة.

- فيما يخص القرارات المذكورة في المادة L.462-8 من التّقنين التجاري الفرنسي (أي القرارات المتعلقة بعدم قبول الإخطار أو رفضه)، فإنّها تبلّغ إلى مقدم الإخطار وكذا إلى الوزير المكلف بالاقتصاد.

¹ - راجع المواد من 406 إلى 416 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008 ؛ واطلع أيضا على المواد 600 وما يليها من القانون نفسه.

² - L'article L.464-8,6 du code de commerce français dispose :

« L'Autorité de la concurrence veille à l'exécution de ses décisions » ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article 15/2 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, op. cit.

⁴ - راجع المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 22 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

- فيما يخص القرارات المذكورة في المادة L.464-6 من التّقنين نفسه (أي القرارات المتعلّقة بعدم متابعة الإجراءات)، فإنّها تبْلَغ إلى مقدم الإخطار، وإلى الأشخاص الذين دُرست سلوكياتهم من طرف المقرّر بالنظر إلى المواد L.420-1 و L.420-2 (التعسّف في وضعية الهيمنة) و L.420-5 من التّقنين المذكور أعلاه وكذلك بالنظر، عند الاقتضاء، إلى المواد 81 و 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (حاليا المواد 101 و 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي TFUE) وكذا إلى الوزير المكلف بالاقتصاد.

- فيما يخص القرارات المتخذة تطبيقا للكيفيات المذكورة في المواد L.463-2 و L.463-3 و L.464-2 (القرارات المتعلّقة بالجزاءات الإدارية) و L.464-3 و L.464-5 من التّقنين التجاري الفرنسي، فإنّها تبْلَغ إلى الأشخاص الذين أرسل إليهم تبليغ المآخذ أو التقرير وإلى المؤسسات أو الهيئات التي التزمت بتعهدات وكذا إلى الوزير المكلف بالاقتصاد.

- فيما يخص القرارات المذكورة في الفقرة الأخيرة من المادة L.461-3 من التّقنين نفسه والمتخذة تبعا لإخطار الوزير المكلف بالاقتصاد وهذا تطبيقا للفقرة الرابعة من المادة L.464-9 من التّقنين ذاته (بشأن الممارسات المنافسة للمنافسة الصغيرة)، فإنّها تبْلَغ إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالاقتصاد⁽¹⁾. نلاحظ أن المشرّع الفرنسي كان أكثر دقة من المشرّع الجزائري، إذ قام هذا الأول بتحديد الأشخاص المعنية بالتبليغ وذلك حسب أصناف القرارات، في حين نجد أنّ الثاني اكتفى بالنص على وجوب تبليغ القرارات إلى الأطراف المعنية لتنفيذها مع إرسالها إلى الوزير المكلف بالتجارة.

في الجزائر، يقوم المحضر القضائي بتبليغ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري إلى الأطراف المعنية لتنفيذها، فإذا لم تحترم ولم تنفذ، فإنّ المجلس يتمتع بسلطة اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة 58 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، حيث نصت هذه الأخيرة على ما يلي:

« يمكن مجلس المنافسة إذا لم تنفذ الأوامر والإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 من هذا الأمر، في الآجال المحددة، أن يحكم بغرامات تهديدية لا تقل عن مبلغ مائة وخمسين ألف دينار (150.000 دج) عن كل يوم تأخير »⁽²⁾.

في فرنسا، تسهر سلطة المنافسة الفرنسية على تنفيذ قراراتها، فإذا لم تحترم ولم تنفذ، فلها القيام بالإجراءات المنصوص عليها في المادة L.464-3 من التّقنين التجاري الفرنسي، أي تستطيع السلطة في هذه الحالة تسليط عقوبة مالية ضمن الحدود المنصوص عليها في المادة L.464-2 من التّقنين نفسه وهذا من أجل تنفيذ تلك القرارات⁽³⁾.

ثانيا: نشر قرارات مجلس المنافسة المتعلّقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة

¹ - Voir l'article R.464-8 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - راجع المادة 27 من الأمر رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir les articles L.464-3 et L.464-2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

قبل 2008، خول الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة للوزير المكلف بالتجارة مهمة نشر هذه القرارات في النشرة الرسمية للمنافسة، حيث نصت المادة 49 منه، على ما يلي:

« ينشر الوزير المكلف بالتجارة القرارات في مجال المنافسة الصادرة عن مجلس المنافسة ومجلس قضاء الجزائر في النشرة الرسمية للمنافسة. كما يمكن نشر مستخرج من القرارات عن طريق الصحف أو بواسطة أي وسيلة إعلامية أخرى ».

وبعد تعديل المادة 49 من الأمر رقم 03-03 المذكورة أعلاه بموجب المادة 23 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 أصبح نصّها كما يلي:

« ينشر مجلس المنافسة القرارات الصادرة عنه وعن مجلس قضاء الجزائر، وعن المحكمة العليا وكذا عن مجلس الدولة، والمتعلقة بالمنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة.

كما يمكن نشر مستخرجات من قراراته وكل المعلومات الأخرى بواسطة أي وسيلة إعلامية أخرى.

يحدّد إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة ومضمونها وكيفيات إعدادها عن طريق التنظيم ».

وبالتالي، أصبحت عملية نشر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري من مهام هذا الأخير، ممّا يدعم مرّة أخرى استقلاليته.

والى جانب نشر تلك القرارات في النشرة الرسمية للمنافسة، فإنّها تنشر أيضا على الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة⁽¹⁾، والمتمثل في: [\(2\)](http://www.conseil-concurrence.dz)

يمكن تصحيح الأخطاء أو الإغفال المادي الوارد في القرار الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري بقرار يصدره هذا الأخير سواء من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب من أحد الأطراف في أجل شهر واحد (01) ابتداءً من تاريخ تبليغ القرار، ويبلغ قرار التصحيح لنفس الأشخاص المعنيين بالقرار محل التصحيح. وينشر في النشرة الرسمية لمجلس المنافسة وعلى الموقع الإلكتروني للمجلس، بعد تحرير النسخة الأصلية. يبيّن على هامش تلك النسخة القرار الذي خضع للتصحيح. ويؤشر على مطابقة النسخ المتعلقة بالقرارات للأصل من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات⁽³⁾.

نصت المادة D.464-8-1 من التقنين التجاري الفرنسي، المنشأة بموجب المادة 02 من المرسوم رقم 2009-312 المؤرخ في 20 مارس 2009⁽⁴⁾، على ما يلي:

¹ - راجع المادة 42 من القرار رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - اطلع على نص المادة 22 من القرار نفسه.

³ - أنظر المادتين 43 و 44 من رقم : 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Décret n° 2009-312 du 20 mars 2009 relatif à la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, JORF n° 0069 du 22 mars 2009, p. 5187 ; www.legifrance.gouv.fr/

« يتم نشر قرارات سلطة المنافسة المشار إليها في المادة L.470-7-1 من التقنين التجاري الفرنسي على الموقع الإلكتروني للسلطة. يمكن أن يكون نشرها محدودا، وهذا من أجل الأخذ في الاعتبار المصلحة المشروعة للأطراف والأشخاص المذكورة والمتمثلة في عدم إفشاء سر أعمالهم »⁽¹⁾.

وبالتالي، يتم نشر قرارات سلطة المنافسة الفرنسية على موقعها الإلكتروني: www.autoritedelaconurrence.fr، مع مراعاة الحماية اللازمة لسر الأعمال.

نلاحظ أنه في فرنسا، تم تأطير هذا النشر من ناحيتين وهذا من حيث موضوعه وكذا اتجاه المصلحة المشروعة للأطراف.

ففيما يتعلق بالموضوع، إنّ مجال تطبيق هذا النشر ليس مطلقا، بل مقتصر فقط على القرارات المنصوص عليها في المادة L.470-7-1 من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾. وعلاوة على ذلك، لا يجب أن يمسّ النشر « المصلحة المشروعة للأطراف والأشخاص المذكورة والمتمثلة في عدم إفشاء سر أعمالهم ».

نلاحظ، انطلاقا مما سبق ذكره، أنّ المشرّع الفرنسي كان أكثر دقة من المشرّع الجزائري، إذ أنّ هذا الأول قد قام بتأطير عملية النشر من ناحيتين، كما سبق ذكره أعلاه، في حين أنّ الثاني اكتفى بالنص على نشر مجلس المنافسة الجزائري القرارات الصادرة عنه، من دون تحديد، في النشرة الرسمية للمنافسة⁽³⁾، ودون التأكيد على ضرورة حماية المصلحة المشروعة للأطراف والأشخاص المذكورة في عدم إفشاء سر أعمالهم.

¹ - Voir l'article D.464-8-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Voir l'article L.470-7-1 du même code.

³ - راجع المادة 49 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 23 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

المبحث الثاني: الطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة

قد تتضرر الأطراف المعنية من القرار الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري بشأن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، ولهذا فقد حرص المشرع الجزائري على فتح المجال لهذه الأطراف لإمكانية الطعن في ذلك القرار. حيث نصّت المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أن:

« تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداءً من تاريخ استلام القرار.

يرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من هذا الأمر، في أجل عشرين (20) يوما.

لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة. غير أنه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 أعلاه، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة»⁽¹⁾.

منح المشرع الفرنسي بدوره للأطراف المعنية إمكانية الطعن في القرارات الصادرة عن سلطة المنافسة الفرنسية والتي تمّ تحديدها على سبيل الحصر بموجب المادة L.464-8 من التقنين التجاري الفرنسي، والتي جاء نص الفقرة الأولى منها كما يلي:

« تبلغ قرارات سلطة المنافسة المذكورة في المواد L.462-8 و L.464-2 و L.464-3 و L.464-5 و L.464-6 و L.464-6-1 و L.752-27 إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالاقتصاد، والذين يستطيعون، في أجل شهر، تقديم طعن بالإلغاء أو بالتعديل أمام محكمة استئناف باريس»⁽²⁾.

كما يفهم من نص المادة L.464-7¹ من التقنين التجاري الفرنسي بأن للأطراف المعنية أمام سلطة المنافسة الفرنسية ولمحافظ الحكومة حق الطعن في قرارات السلطة المتعلقة بالإجراءات التحفظية أمام محكمة استئناف باريس، في أجل أقصاه (10) أيام بعد تبليغ قرار السلطة، كما يجب على محكمة الاستئناف أن تقرر في أجل شهر واحد ابتداءً من يوم رفع الطعن⁽³⁾.

سنبحث، بناءً على ما سبق ذكره، في طريقة تقديم الطعن ضدّ قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة من بين الممارسات المقيدة للمنافسة (المطلب الأول)، ثم نقوم بدراسة أثر ذلك الطعن على تنفيذ القرارات المعنية وكيفية الفصل فيه من طرف الجهة القضائية المختصة (المطلب الثاني).

¹ - راجع المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Voir l'article L.464-8¹ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article L.464-7¹ du même code.

المطلب الأول: تقديم الطعن

تكون جميع القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة الجزائري والمتعلقة بالممارسات المقيّدة للمنافسة، بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة قابلة للطعن، وهذا تطبيقاً لنص المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المذكور أعلاه، في حين حدّد المشرّع الفرنسي بموجب الفقرة الأولى من المادة 8-464 L من النّقنين التجاري الفرنسي قائمة أصناف القرارات القابلة لأن تكون محلاً للطعن. ووفقاً لهذا النص، فإنّه تمّ التحديد المسبق لتلك القرارات على سبيل الحصر ويكون كل طعن يقدم بشأن صنف آخر من القرار غير مقبول، فمثلاً تمّ القضاء بأنّه تشكل القرارات المتعلقة بضم عدة قضايا أو القرارات التي تتضمن إحالة القضايا غير الكاملة إلى التحقيق أعمالاً داخلية (des actes internes)، والتي تمّ إنجازها لحسن سير العدالة، وبالتالي لا يمكن أن تكون محلاً للطعن⁽¹⁾.

نتعرض إلى الجهة القضائية التي يُرفع إليها الطعن (الفرع الأول)، ثمّ نتطرق إلى الإجراءات الخاصة به.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن في القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية

الهيمنة

ترفع الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة الجزائري إلى مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية⁽²⁾، وقد انتقد البعض هذه الإمكانية على أساس أنّ مجلس المنافسة سلطة إدارية⁽³⁾، يتخذ قرارات لمعاقبة الممارسات المقيّدة للمنافسة، بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة، أو أوامر لوقف تلك الممارسات، والتي تعتبر نشاطاً ذا طبيعة إدارية، إلّا أنّ الطعن في هذه القرارات يتمّ أمام جهة قضائية عادية. ولتوضيح أسباب هذا الاختصاص، يجدر بنا الرجوع إلى القانون الفرنسي لمعرفة خلفيات ودواعي هذا المسلك الذي ثار في فرنسا غداة صدور الأمر رقم 86-1243 المؤرخ في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

وبالفعل، فقد كان ينظر في الطعون في قرارات مجلس المنافسة الفرنسي من طرف مجلس الدولة الفرنسي. غير أنه بعد صدور القانون رقم 87-499 المؤرخ في 06 جويلية 1987⁽⁴⁾، والذي قام بتعديل المادتين 12 و 15 من الأمر رقم 86-1243، المذكور أعلاه، المتعلقين على التوالي بالقرارات الفاصلة في طلب الإجراءات التحفظية وبباقي القرارات بما فيها تلك المتعلقة بالعقوبات الإدارية، وذلك على الترتيب، بموجب المادتين 1 و 2 منه، فأصبحتا

¹ - Cons. conc., décision n° 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvres dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France ; Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 avril 2010 et arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2011, pourvoi n° 10-17044 ; Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 341.

² - راجع المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

³ - أنظر المادة 09 من القانون نفسه.

⁴ - Loi n° 87-499 du 06 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, JORF du 07 juillet 1987, p. 7391 ; www.legifrance.gouv.fr/

(المادتين 12 و 15 المذكورتين سابقا) تحيلان ولاية النظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة إلى محكمة استئناف باريس، في غرفة مخصصة لهذا الغرض وهي غرفة المنافسة.

أولا: الآراء المعارضة لمنح الاختصاص للقضاء العادي

هناك من عارض اختصاص المحكمة العادية في النظر في الطعون المشار إليها، إذ أن مجلس المنافسة زيادة عن تدخله في قضايا المنافسة باسم الدولة من أجل المحافظة على المصالح الفردية (حقوق المستهلكين والمؤسسات المتضررة)، فإنه يتدخل كذلك من أجل المحافظة على الحقوق الجماعية (الاقتصاد العام). فإذا اعتبرنا أن المنافسة تخص المؤسسات فقط، فإن القاضي العادي هو الذي يكون مختصا في النظر في الطعون، بينما إذا اعتبرنا أن للمنافسة اهتمام بالمصلحة العامة، فإن القاضي الإداري يجب أن يكون هو المختص.

ويلاحظ أيضا أن اعتبار مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة يؤدي إلى اعتبار أعماله قرارات إدارية يختص بالنظر فيها القاضي الإداري أي مجلس الدولة وذلك طبقا لقانون 16-24 أوت 1970 الذي أسس مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، ولهذا يعتبر منح ولاية النظر في قرارات مجلس المنافسة متعارضا مع مبدأ توزيع الاختصاصات⁽¹⁾.

لكن ورغم قوة هذه الحجج التي تدل على عدم اختصاص محكمة استئناف باريس في الفصل في الطعون المذكورة، إلا أن مبررات التيار الفقهي القائل باختصاص هذه المحكمة تعتبر أقوى، وهذا ما نبينه أدناه.

ثانيا: مبررات منح الاختصاص للقضاء العادي

من الطبيعي أن ينظر في قرارات السلطات الإدارية المستقلة القضاء الإداري بالنظر إلى المعيار العضوي، لكن قبل المشرع بصفة استثنائية أن ينظر القضاء العادي في الطعون ضد العقوبات التي تصدرها السلطات الإدارية المستقلة، وذلك كان شأن العقوبات التي يوقعها مجلس المنافسة. كان المشرع الفرنسي هو السابق إلى تكريس هذا الاستثناء، وقبل المجلس الدستوري الفرنسي هذا النقل من القاضي الإداري إلى القاضي العادي مستندا على مبدأ السير الحسن لجهاز العدالة ومستبعدا بالمقابل المبدأ القاضي بالفصل بين الهيئات الإدارية والقضاء العادي⁽²⁾، حيث اعتبر المجلس الدستوري في إطار تنفيذ توزيع اختصاصات عن طريق تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية بأنه « إذا كان تطبيق نص معين أو تنظيم خاص يسمح بإثارة منازعات مختلفة تتفرق بين جهات قضائية عادية وإدارية، فمن المستحسن بالنسبة للمشرع ولهدف حسن سير العدالة، أن يوحد قواعد الاختصاص القضائي في نظام واحد وهو المختص أساسا⁽³⁾ ». وبالتالي، تم تحويل المنازعات المتعلقة بمجلس المنافسة من مجلس الدولة إلى محكمة استئناف باريس في 1987.

¹ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 337.

² - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 117.

³ - Rachid ZOUAIMIA, « Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien », Revue El Mouhamat n° 2, décembre 2004, p. 39.

إذا حاولنا البحث عن كيفية إعمال مبدأ حسن سير العدالة في هذا النقل في الاختصاص، نجد بأنّ هناك إرادة في ضم جميع المنازعات المرتبطة بقانون المنافسة وإخضاعها لرقابة هيئة قضائية واحدة، وذلك لتفادي تشتت منازعات المنافسة بين أنظمة قضائية مختلفة، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى تعارض الأحكام، فتنشأ عن منازعات المنافسة عدة منازعات في الجانب المدني والجزائي، بالتالي فإنّ القضاء المعني بصفة أكبر هو القضاء العادي، يؤدي تجميع كل المنازعات تحت رقابة محكمة النقض إلى توحيد الاجتهاد القضائي⁽¹⁾.

ثالثاً: الغموض القانوني الذي يطغى على الاختصاص القضائي محل الدراسة

إنّ الجهة القضائية المختصة في النظر في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة، هي مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، إلّا أنّ نقل الاختصاص الذي جاء به الأمر المتعلّق بالمنافسة لا يمكن أن يُقبل بسهولة في القانون الجزائري، إذ يطرح تساؤلات فيما يخص دستوريته. إذ نصت المادة 153 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على ما يلي:

« يحدّد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، واختصاصهم الأخرى »⁽²⁾.

طالما أنّه يتمّ تحديد اختصاصات مجلس الدولة من قبل القانون العضوي، فإنّه ليس للمشرع العادي أن يحدد له اختصاصات جديدة، ولا التأكيد على تلك الاختصاصات المعترف بها له بموجب القانون العضوي، ولا مخالفة أو الخروج عن قواعد الاختصاص المنصوص عليها في القانون العضوي السالف الذكر⁽³⁾. بما أنّ اختصاص مجلس الدولة في هذه الحالة محدد بالقانون العضوي رقم 98-01⁽⁴⁾، حيث نصت المادة 09 منه على ما يلي:

« يفصل مجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً في:

1 - الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

2 - الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة ».

لكن في حالة الطعون المقدمة ضدّ قرارات مجلس المنافسة الجزائري أين يكون الاختصاص للغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، وهذا الاختصاص تمّ تحديده، بقانون عادي (أمر تمت الموافقة عليه

¹ - عيسوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 118.

² - مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المرجع السابق ذكره.

³ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 230.

⁴ - قانون عضوي رقم 98-01 مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج. عدد 37، الصادر في 1 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 03 أوت 2011.

بقانون⁽¹⁾(2)، فيظهر أنّ المشرّع قد تجاهل مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يبيّن موقع القواعد القانونية، ففي أعلى الهرم نجد الدستور، ثم تأتي القوانين العضوية وبعدها القوانين العادية⁽³⁾.

مع الإشارة في هذا المجال إلى أنّه في ظلّ الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلّق بالمنافسة، لم تطرح مسألة تدرج القواعد القانونية، بحيث تمّ بموجب أمر (une ordonnance) وضع استثناء على أحكام أمر آخر (قانون الإجراءات المدنية). وعلاوة على ذلك، فإنّه لم يظهر مفهوم القانون العضوي إلّا في عام 1996 مع مراجعة الدستور⁽⁴⁾.

وقد أكد المجلس الدستوري ضرورة احترام مركز القانون العضوي، وذلك بمناسبة تقديره لمدى مطابقة القانون الداخلي للمجلس الشعبي الوطني مع الدستور، حيث أشار في حيثيات الرأي الذي أصدره إلى أنّه:

« - اعتبارا أنّ الفقرة الأولى من المادة 59 من النظام الداخلي، موضوع الإخطار، تخضع كل مشروع قانون أو اقتراح قانون تضمّن حكما أو أحكاما من اختصاص القانون العضوي للإجراءات المخصصة لدراسة القوانين العضوية والمصادقة عليها، ممّا يستنتج أن دراسة الحكم أو الأحكام التي هي من مجال القانون العادي الواردة في نفس النص والمصادقة عليها لنفس إجراءات المصادقة التي يخضع لها القانون العضوي، واعتبارا أنّ كلا من مجال تدخّل القانون العادي ومجال تدخل القانون العضوي محدّدان على التوالي في المادة 122 والمادة 123 والأحكام الأخرى من الدستور، وأنّ المؤسس الدستوري أقر لكليهما إجراءات مصادقة مختلفة كون القانون العضوي، على عكس القانون العادي، تتمّ المصادقة عليه وفق أحكام الفقرتين 2 و 3 من المادة 123 من الدستور بالأغلبية المطلقة للنواب، ويخضع قبل صدوره وجوبا لمراقبة مطابقتها مع الدستور، - واعتبارا أنّ التوزيع الدستوري للاختصاصات بيّن ما يدخل في مجال القانون العضوي وما يدخل في مجال القانون العادي وأخضعهما لإجراءات مصادقة مختلفة تستمد من مبدأ تدرج النصوص في النظام القانوني الداخلي الذي يقضي بأنّ القانون العضوي، بحكم مركزه في هذا النظام، والقانون العادي لا يمكن أن يتدخل أي منهما إلّا في المجال وفق الإجراءات التي حدّدها وأقرها لهما الدستور، ممّا يستنتج أن المجلس الشعبي الوطني لا يمكنه أن يخضع حكما أو أحكاما من مجال القانون العادي لنفس إجراءات المصادقة التي يخضع لها القانون العضوي،

¹ - قانون رقم 03-12 مؤرخ في 25 أكتوبر 2003، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلّق بالمنافسة، ج.ج.ج. عدد 64، الصادر في 26 أكتوبر 2003.

² - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثّر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 410.

³ - Rachid ZOUAIMIA, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique », op. cit., p. 156.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, « Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien », op. cit., p. 44.

- واعتبارا بالنتيجة، أنّ المجلس الشعبي الوطني بصياغته للفقرة الأولى من المادة 59 على النحو الذي ورد في النظام الداخلي، موضوع الإخطار، يكون قد أخلّ بتوزيع الاختصاصات المحددة في الدستور «(1).

وفي رأي أكثر حداثة، قام المجلس الدستوري بمناقشة هذه المسألة من جديد، وذلك بالمصطلحات التالية: « - واعتبارا أنّ المؤسس الدستوري قد حدد بعض اختصاصات مجلس الدولة وأحال تحديد اختصاصات أخرى لمجال القانون العضوي،

- واعتبارا أنّ هذا التوزيع الدستوري للاختصاصات يهدف إلى تحديد صارم لمجال اختصاص كل من المؤسس الدستوري ومجال اختصاص المشرّع العضوي،

- واعتبارا بالنتيجة، فإنّ اعتماد اختصاصات أخرى لمجلس الدولة بالإحالة إلى "نصوص خاصة" بدون تحديد طابع ومضمون هذه النصوص، يكون المشرّع العضوي قد أغفل مجال اختصاصه في هذا الموضوع، - غير أنّه اعتبارا أنّه إذا كانت عبارة "نصوص خاصة" المستعملة من طرف المشرّع القصد منها هو نصوص تكتسي نفس طابع القانون، موضوع الإخطار، وأنّ موضوعه ذو علاقة بهذا القانون العضوي، فإنّ الفقرات الأخيرة من المواد 9 و10 و11 المذكورة أعلاه تعدّ مطابقة للدستور شريطة مراعاة هذا التحفظ «(2).

ندرك، ممّا سبق ذكره، أنّ المجلس الدستوري قد كرّس سمو القانون العضوي على القانون العادي وبناءً عليه، لا يمكن أن يرد استثناء على اختصاص مجلس الدولة - الذي تمّ تحديده بموجب قانون عضوي - إلّا بموجب قانون عضوي، ويترتب عن ذلك أنّ تعديل مضمون قانون عضوي بقانون عادي يعتبر مخالفة صريحة للدستور.

نلاحظ في حالة مجلس المنافسة الجزائري أنّه لا يمكن تطبيق بكيفية آلية الحلّ الفرنسي المتعلّق بالاختصاص القضائي في القانون الجزائري دون أن يثير ذلك مشاكل قانونية متشابكة(1).

¹ - المجلس الدستوري، رأي رقم 10/ر.ن.د/م د/2000 مؤرخ في 13 ماي 2000، يتعلّق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، للدستور، ج.ر.ج. عدد 46، الصادر في 30 جويلية 2000 ؛ أنظر كذلك، حول ضرورة احترام مركز القانون العضوي، آراء المجلس الدستوري التالية:

- رأي رقم 02/ر.ق.ع/م د/04، مؤرخ في 22 أوت 2004 يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، للدستور، ج.ر.ج. عدد 57، الصادر في 8 سبتمبر 2004؛

- رأي رقم 03/ر.ق.ع/م د/04، مؤرخ في 22 أوت 2004 يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، للدستور، ج.ر.ج. عدد 57، الصادر في 8 سبتمبر 2004؛

- رأي رقم 01/ر.ق.ع/م د/05، مؤرخ في 17 جوان 2005 يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلّق بالتنظيم القضائي، للدستور، ج.ر.ج. عدد 51، الصادر في 20 جويلية 2005.

² - المجلس الدستوري، رأي رقم 02/ر.م.د/م د/11، مؤرخ في 6 جويلية 2011، يتعلّق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، للدستور، ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 3 أوت 2011.

الفرع الثاني: إجراءات الطعن

خصّص الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة (المعدل والمتمم) الفصل الخامس من الباب الثالث منه لإجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، وذلك من المادة 63 إلى المادة 70، وقد أحالت المادة 64 منه فيما يتعلّق برفع أطراف القضية طعنا ضد قرارات مجلس المنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾. كما قام المشرّع الجزائري بتفصيل هذه الإجراءات عكسا لما كان عليه الأمر رقم 95-06 المتعلّق بالمنافسة -الملغى-.

وفي فرنسا، وردت إجراءات الطعن ضد قرارات سلطة المنافسة الفرنسية أمام محكمة استئناف باريس في المواد R.464-10 وما يليها من النّقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾.

يجب الإشارة هنا إلى أنّه تختلف إجراءات الطعن بحسب ما إذا كان القرار الصادر عن مجلس المنافسة يتعلق بالقرارات الصادرة في الموضوع أو في الإجراءات التحفظية. لذا نستعرض بإيجاز الإجراءات الخاصة بكلّ طعن على حدّ، ثمّ نشرع في دراسة الإجراءات المشتركة بين الطعنين.

أولا: الإجراءات الخاصة بمختلف الطعون

تختلف الإجراءات المتبعة للطعن في قرارات مجلس المنافسة الصادرة في الموضوع والمتعلّقة بالتعسف في وضعية الهيمنة عن تلك الصادرة في الإجراءات التحفظية كما هو ملاحظ في القانونين الجزائري والفرنسي.

1 - الطعن ضدّ القرارات الصادرة في الموضوع

تتمثّل هذه القرارات في تلك الصادرة عن مجلس المنافسة المتعلّقة بالألا وجه للمتابعة والقرارات المتضمنة عقوبات والقرارات المتعلّقة بتنفيذ الأوامر، وتكون الإجراءات هنا ذات طابع إداري شكلي حسبما يتبين من استعراض أنواع الطعون⁽⁴⁾.

أ - الطعن الرئيسي

يفهم من نص المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة أنّ قرارات مجلس المنافسة المتعلّقة بالتعسف في وضعية الهيمنة، باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة، قابلة للطعن فيها من قبل الأطراف المعنية ومن قبل الوزير المكلف بالتجارة، وذلك في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا من تاريخ استلام قرار المجلس⁽⁵⁾، ولم يوضح النص السابق كيفية رفع هذا الطعن. لذا يجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نتوصل من

¹ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 230 – 234.

² - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir les articles R.464-10 et suivants du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 339.

⁵ - أنظر المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

خلاله إلى أنّ الطعن يرفع بعريضة تودع بأمانة ضبط المجلس القضائي (مجلس قضاء الجزائر)⁽¹⁾، بحيث يجب أن تتضمن تلك العريضة، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، البيانات المنصوص عليها في المادة 540 من القانون السالف الذكر والتي من بينها ذكر الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه (مجلس المنافسة)⁽²⁾.

كما أنّه يجب إرفاق عريضة الطعن، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، بنسخة مطابقة لأصل القرار المطعون فيه⁽³⁾، وتقيّد تلك العريضة حالا في سجل خاص، مرقم ومؤشر عليه من قبل رئيس المجلس القضائي (مجلس قضاء الجزائر) تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة. يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ عريضة الطعن، وتبلغ رسميا من قبل الطاعن للمطعون ضده. يجب مراعاة أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة⁽⁴⁾.

يجب على الطاعن القيام بالتبليغ الرسمي لعريضة الطعن إلى المطعون ضده طبقا للمواد من 404 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁵⁾، وإحضار نسخة من محاضر التبليغ الرسمي والوثائق المدعمة للطعن في أول جلسة. في حالة عدم القيام بذلك، يمنح له أجل لذات الغرض، وإذا لم يقدم محضر التبليغ الرسمي والوثائق المطلوبة بعد فوات هذا الأجل دون مبرر مقبول، تشطب القضية بأمر غير قابل للطعن⁽⁶⁾.

بمجرد إيداع الطعن، ترسل نسخة منه إلى رئيس مجلس المنافسة وإلى الوزير المكلف بالتجارة لمّا لا يكون هذا الأخير طرفا في القضية. يرسل رئيس مجلس المنافسة ملف القضية موضوع الطعن إلى رئيس مجلس قضاء الجزائر، وذلك في الآجال التي يحددها هذا الأخير. وفي المقابل، يرسل المستشار المقرر نسخة من جميع المستندات الجديدة المتبادلة بين أطراف القضية، إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى رئيس مجلس المنافسة قصد الحصول على الملاحظات المحتملة، إذ أنه يمكن لهما تقديم ملاحظات مكتوبة وذلك في آجال يحددها المستشار المقرر، والتي تبلغ إلى أطراف القضية⁽⁷⁾.

¹ - راجع المادة 539/1 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

² - أنظر المادة 540 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

³ - اطلع على المادة 541 من القانون ذاته.

⁴ - أنظر الفقرات 3 و4 و5 من المادة 539 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

⁵ - راجع المواد من 404 إلى 416 من القانون ذاته.

⁶ - أنظر المادة 542/1 و2 من القانون نفسه.

⁷ - راجع المواد من 65 إلى 67 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

في القانون الفرنسي، تملك الأطراف المعنية والوزير المكلف بالاقتصاد حق تقديم طعن ضد قرارات سلطة المنافسة الفرنسية، خلال شهر، أمام محكمة استئناف باريس وهذا وفقا لنص المادة 8-464.L من التقنين التجاري الفرنسي⁽¹⁾. وتطبيقا لنص المادة 10-464.R من التقنين نفسه، فإنه بغض النظر عن أحكام الباب السادس من الكتاب الثاني من التقنين الفرنسي للإجراءات المدنية المعنون "الأحكام الخاصة بمحكمة الاستئناف"، المواد من 899 إلى 973 منه⁽²⁾، يتم تشكيل والتحقيق والفصل في الطعون الممارسة أمام محكمة استئناف باريس ضد قرارات سلطة المنافسة الفرنسية وفقا لأحكام القسم الثاني المعنون "الطعون الممارسة أمام محكمة استئناف باريس ضد قرارات سلطة المنافسة"، المواد 10-464.R وما يليها من التقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾. ولا تكون سلطة المنافسة الفرنسية طرفا في الدعوى⁽⁴⁾.

يتم تقديم الطعون المنصوص عليها في المادة 8-464.L من التقنين التجاري الفرنسي عن طريق تصريح مكتوب على ثلاث نسخ، والتي يتم إيداعها لدى كاتب الضبط لمحكمة استئناف باريس مقابل وصل الاستلام، وتحتوي، تحت طائلة البطالان، على البيانات الواردة في المادة 12-464.R من التقنين ذاته⁽⁵⁾.

ب - الطعن الفرعي

نصت المادة 337 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجوز للمستأنف عليه، استئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة، ولو بلغ رسميا بالحكم دون تحفظ وحتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الأصلي. لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول. يترتب على التنازل في الاستئناف الأصلي عدم قبول الاستئناف الفرعي إذا وقع بعد التنازل»⁽⁶⁾.

وإذا كان الطعن في قرارات مجلس المنافسة الجزائري لا يعتبر استئنافا لكون المجلس ليس بهيئة قضائية وإنما هو سلطة إدارية مستقلة، فإنه يمكن اعتبار هذه المادة أساسا لتقديم طعن فرعي أمام مجلس قضاء الجزائر في مقابل الطعن الرئيسي، ولا يمكن تقديم هذا الطعن إلا إذا قدم الطعن الرئيسي، ولا يقبل بالطعن الفرعي إلا إذا كان الطعن الرئيسي مقبولا، ويسمح بتقديم طلب الطعن الفرعي للأطراف المعنية أو الوزير المكلف بالتجارة⁽⁷⁾. وعندما يرفع أحد الأطراف المعنية أو الوزير المكلف بالتجارة طعنا رئيسيا، يمكن لأحد الأطراف المعنية المتبقية

¹ - La Cour d'appel de Paris a jugé que le délai d'un mois court à compter de la notification de la décision, même si celle-ci comportait une erreur matérielle rectifiée par une décision ultérieure, dès lors que les parties ne pouvaient se méprendre sur le sujet de la décision, Cour d'appel de Paris, arrêt du 5 novembre 2008, RG n° 2008/00 138 (concernant la décision n° 07-D-41 du 28 novembre 2007) ; Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., pp. 340 – 341.

² - Voir les articles 899 et suivants du code de procédure civile français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir les articles R.464-10 et suivants du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article R.464-11 du même code.

⁵ - Voir l'article R.464-12 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

⁷ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

أو الوزير المكلف بالتجارة إذا لم يقدم طعنا رئيسيا خلال الخصومة، رفع طعن فرعي. فالطعن الفرعي هو الطعن الذي يرد به الطاعن ضده في مواجهة الطاعن. ويمكن رفع الطعن الفرعي في أية حالة كانت عليها الدعوى. وفي فرنسا، يمكن تقديم طعن فرعي، حتى وإن كان يمنع على صاحبه من ممارسة الطعن الرئيسي. وفي هذه الحالة الأخيرة، يكون الطعن، مع ذلك، غير مقبول إذا تمّ تقديمه أكثر من شهر واحد بعد استلام رسالة تبليغ الطعن الرئيسي المنصوص عليها في المادة R.464-14 من التّقنين التجاري الفرنسي أو إذا كان الطعن الرئيسي في حدّ ذاته غير مقبول.

ويتم تقديم الطعن الفرعي تبعا للكيفيات الواردة في المادة R.464-12 من التّقنين ذاته. ويتم إعلام طالبي الطعن الرئيسي به في الشروط المذكورة في المادة R.464-14 من التّقنين نفسه⁽¹⁾.

ج - التدخّل الإرادي والإدخال التلقائي

نصّت المادة 68 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة على ما يلي:

« 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 »⁽²⁾.

وقد تضمّن هذا النص نوعين من الطعون: التدخّل الإرادي في الدعوى والإدخال التلقائي. وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يكون التدخّل في الخصومة اختياريًا أو وجوبيًا. لا يقبل التدخّل إلّا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة. ولا يقبل التدخّل ما لم يكن مرتبطا ارتباطا كافيا بادعاءات الخصوم⁽³⁾.

ج 1 - التدخّل الإرادي (التدخل الاختياري)

يفهم من نص المادة 68 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، المذكورة آنفا، أنه بإمكان الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة الجزائري والذين ليسوا أطرافا في الطعن، التدخل في الدعوى. فتماما مثل الإدخال التلقائي، فإنّ التدخّل الإرادي يُسمح به للأطراف المعنية أمام مجلس المنافسة التي لم تقدم طعنا أمام مجلس قضاء الجزائر.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنّ التدخّل الاختياري يكون أصليا أو فرعيا. يكون التدخّل أصليا عندما يتضمّن ادعاءات لصالح المتدخل، ويكون التدخّل فرعيا عندما يدعم ادعاءات أحد الخصوم في الدعوى. لا يقبل التدخّل إلّا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه في مساندة هذا الخصم⁽⁴⁾.

¹ - Voir l'article R.464-16 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المادتين 194 و195 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - اطلع على المواد 196 و197 و198 من القانون نفسه.

في القانون الفرنسي، عندما يمكن أن يؤثر الطعن على حقوق أو أعباء باقي الأشخاص الذين كانوا أطرافاً معنية أمام سلطة المنافسة الفرنسية، تستطيع هذه الأشخاص الانضمام إلى الخصومة أمام محكمة استئناف باريس عن طريق تصريح مكتوب ومعلّل، يتمّ إيداعه لدى كاتب الضبط في الشروط المنصوص عليها في المادة R.464-12 من النّقنين التجاري الفرنسي، في أجل شهر بعد استلام رسالة تبليغ الطعن الرئيسي المنصوص عليها في المادة L.464-14 من النّقنين نفسه. ويتمّ تبليغه إلى طالبي الطعن⁽¹⁾.

ج2 - الإدخال التلقائي

يفهم من نص المادة 68 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة المذكورة أعلاه، أنّه بإمكان الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة والذين ليسوا أطرافاً في الطعن، أن يلحقوا بالدعوى في أية مرحلة من مراحل الإجراء الجاري، طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبالرجوع إلى أحكام هذا الأخير، فإنه يجوز لأيّ خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده. كما يجوز لأيّ خصم القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزماً بالحكم الصادر. يجب إدخال الغير قبل إقفال باب المرافعات. يمكن للقاضي، ولو من تلقاء نفسه، أن يأمر أحد الخصوم، عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى أنّ إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة⁽²⁾.

في القانون الفرنسي، يجوز في أي وقت للرئيس الأوّل لمحكمة استئناف باريس أو من ينوب عنه أو للمحكمة ذاتها القيام بإدخال تلقائياً إلى الخصومة باقي الأشخاص الذين كانوا أطرافاً معنية أمام سلطة المنافسة الفرنسية، وهذا عندما يمكن أن يؤثر الطعن على حقوقهم أو أعبائهم، أي إذا كان الطعن الرئيسي المقدم ضدّ قرارات سلطة المنافسة قد يمسّ بمصالحهم بشرط أن لا يكونوا قد تقدّموا بأيّ طعن بصورة إرادية⁽³⁾. ويقوم كاتب الضبط بتبليغ القرار المتضمن الإدخال التلقائي عن طريق إرسال مضمون مع طلب إشعار بالاستلام⁽⁴⁾.

ويمكن أن تكون الأطراف المعنية بالإدخال التلقائي:

- صاحب الإخطار غير الوزير المكلف بالاقتصاد، وذلك عندما يكون قرار سلطة المنافسة الفرنسية قد استجابت إلى طلباته على حساب الطرف الذي قدّم الطعن الرئيسي.
- الأشخاص الذين تمّت معاقبتهم من طرف السلطة لكن لم يقدّموا طعناً رئيسياً ولا فرعياً.
- الأشخاص الذين وجهت إليهم مآخذ لكن لم تتمسك بها سلطة المنافسة أو لم تكن محلّ معاقبة من طرف السلطة. ويلاحظ أن الشخص الذي وجه إليه الإدخال قادر على ممارسة طعن فرعي. غير أنّه في حالة عدم

¹ - Voir l'article R.464-17,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - راجع المواد 199 و 200 و 201 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص

⁴ - Voir l'article R.464-17,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

ممارسته، فإنّه لا يستطيع التصرف إلاّ كمتدخل على أساس الإدخال التلقائي، وهذا يحدّ من حرية تصرفه، فلا يمكن له إلاّ أن يساند مزاعم هذا الطرف أو ذاك دون أن يكون له الحقّ في عرض ادعاءاته الخاصة⁽¹⁾.

2 - الطعن ضدّ قرارات مجلس المنافسة الفاصلة في طلب الإجراءات التحفظية

حسب المادة 63/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، تكون قرارات مجلس المنافسة الفاصلة في الإجراءات المؤقتة، المنصوص عليها في المادة 46 من هذا الأمر قابلة للطعن فيها أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية في أجل 20 يوما من تاريخ استلام القرار⁽²⁾، وذلك دون تحديد مدّة فصل هذا الأخير في الطعن.

وفي القانون الفرنسي، يُفهم من نص المادة L.464-7¹ من التّقنين التجاري الفرنسي بأنّ للأطراف المعنية أمام سلطة المنافسة الفرنسية ولمحافظ الحكومة حقّ الطعن في قرارات السلطة المتعلّقة بالإجراءات التحفظية أمام محكمة استئناف باريس، في أجل أقصاه (10) أيام بعد تبليغ قرار السلطة. كما يجب على محكمة الاستئناف اتخاذ قرارها في أجل شهر واحد ابتداءً من يوم رفع الطعن⁽³⁾. وذلك كلّه يفسّر على أساس أنّنا هنا بصدد طعون ضدّ قرارات سلطة المنافسة المتعلّقة بالإجراءات التحفظية الوقائية الوقتية. إنها لا تتناول صلب الموضوع بالدراسة⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى المادة R.464-20 من التّقنين التجاري السالف الذّكر، فإنّه يرفع الطعن هنا بواسطة التكاليف بالحضور إلى جلسة محدّدة سلفاً من قبل الرئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف أو من ينوب عنه. يجب أن يحتوي التكاليف بالحضور إضافة إلى البيانات اللازمة لأعمال المحضر القضائي، وهذا تحت طائلة البطلان، موضوع الطعن ويرفق بعرض الوسائل والدّفوع القانونية. ودائماً، وتحت طائلة البطلان، يرفق هذا التكاليف بنسخة من القرار المخاصم ويتمّ إيداع نسخة منه (التكاليف) لدى كاتب ضبط المحكمة في (03) نسخ في أجل أقصاه (05) أيام التّي تلي يوم رفع الطعن.

تحت طائلة عدم قبول الطعن الذي ينطق به تلقائياً، يتمّ تسليم التكاليف بالحضور لكل الأطراف المعنية أمام سلطة المنافسة وكذا إلى الوزير المكلف بالاقتصاد. ويتمّ تبليغ نسخة من هذا التكاليف فوراً تحت حرص المحضر القضائي إلى سلطة المنافسة بإرسال موصى عليه مع طلب إشعار بالاستلام⁽⁵⁾.

¹ - Renée GALÈNE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 166.

² - راجع المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - Voir l'article L.464-7¹ du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المناهضة للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 130.

⁵ - Voir l'article R.464-20 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

يتمتع كل من الوزير المكلف بالاقتصاد، عندما لا يكون طرفا في الدعوى، وسلطة المنافسة بإمكانية تقديم ملاحظات مكتوبة أو شفوية. يتم تقديم هذه الأخيرة بناءً على طلبهما أو بناءً على طلب الرئيس الأول لمحكمة استئناف باريس أو المحكمة ذاتها⁽¹⁾.

ثانياً: القواعد المشتركة بين الطعون

تتمثل القواعد المشتركة بين كل الطعون فيما يلي:

- احترام ضمانات جلسة عادلة واحترام حقوق الدفاع.
- مساعدة وتمثيل الأطراف من طرف المحامي، ويتم تمثيل الوزير المكلف بالاقتصاد الفرنسي من طرف المدير العام للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش أو من ينوب عنه⁽²⁾.
- ممارسة النائب العام لمهام النيابة العامة وإبداء التماسات مكتوبة أو شفوية أثناء الجلسة⁽³⁾.
- تبليغ كل الأطراف وإيداع القرار والمذكرات والوثائق المتعلقة بالطعن عن طريق إرسال موصى عليه مع وصل الاستلام وتبليغ الوزير المكلف بالاقتصاد. ولا تخرج هذه القواعد الواردة في القانون الفرنسي عما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁽⁴⁾.
- التحقيق في الطعون: يخضع الطعن إلى التحقيق من قبل محكمة استئناف باريس، ومجلس قضاء الجزائر طبقاً للمادتين 66 و67 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: أثر الطعن على تنفيذ القرارات المتعلقة بالتعسف في وضع الهيمنة وكيفية الفصل فيه

لا يترتب عن الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة. غير أنه يمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوماً، أن يوقف تنفيذ التدابير الواردة في المادتين 45 و46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة. وهذا تطبيقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 63 من الأمر ذاته⁽⁶⁾. مما يدفعنا لدراسة أثر الطعن على تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بشأن التعسف في وضع الهيمنة، باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة قد تصدر بشأنه قرارات في الموضوع و/أو قرارات فاصلة في طلبات الإجراءات المؤقتة (الفرع الأول).

¹ - Voir l'article R.464-21 du même code.

² - Voir l'article R.464-26 du code précité.

³ - Voir l'article R.464-27 du même code.

⁴ - راجع مثلاً المادتين 10 و538 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

⁵ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 343.

⁶ - اطلع على نص المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدلة لأحكام المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

كرّس المشرّع الجزائري إمكانية الطعن في القرارات المذكورة سابقا، وذلك من خلال نصي الفقرتين الأولى والثانية من المادة 63 المذكورة أعلاه، حيث تكون هذه القرارات قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية. ممّا يحتثنا على التطرّق لكيفية فصل هذا الأخير في ذلك الطعن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر الطعن على تنفيذ القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة

نستخلص من نص المادة 3/63 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، المذكور أعلاه، بأنه كقاعدة عامة، لا يترتّب عن الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أيّ أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة. استثناءً، يمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز 15 يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 من الأمر نفسه، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة.

أولاً: الأثر غير الموقف للطعن على تنفيذ القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة (قاعدة عامة)

يتأكّد من خلال الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، المعدل والمتمّم، صفة السلطة الإدارية لمجلس المنافسة الجزائري⁽¹⁾، وبالتالي فإنّ ما يصدر عنه من قرارات تعتبر بمثابة قرارات إدارية. تستفيد أعمال الإدارة الانفرادية (القرارات الإدارية) بقرينة المشروعية وامتياز الأولوية، لذلك فإنّها تتفّذ فوراً، حتّى في حالة كونها محلّ طعن بالإلغاء أمام القاضي⁽²⁾.

أثار الأساس القانوني لقاعدة الأثر غير الموقف للطعن ضدّ القرارات الإدارية (بصفة عامة) نقاشاً حاداً، ويؤسس التبرير المنقّق عليه عادة على القوة التنفيذية للقرار الإداري، والتي تستطيع بموجبها الإدارة، بصفة عامة، تنفيذ قراراتها مباشرة بنفسها دون ترخيص من القاضي. كما حاول البعض تبرير هذا الأثر غير الموقف بمبدأ الفصل بين الإدارة والقضاء، وفي واقع الأمر، فإنّ تفسير هذا الأثر يعود لثلاثة أنواع من الأسباب:

- أسباب تاريخية مرتبطة بظهور دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ذلك أنّ الرقابة القضائية كانت في السّابق رقابة لاحقة حاول فيها القاضي جاهداً عدم التّدخّل في صلاحيات الإدارة، إعمالاً بمبدأ الفصل بين الإدارة والقضاء.

- أسباب مؤسّسة على نظرية مفادها أن نشاط الإدارة يهدف إلى خدمة الصالح العام، فهو يكتسي بالتالي طابع الضّرورة والاستعجال، فلا يُعقل منه إذن أن تقوم مصالح فردية بعرقلة هذا النشاط بواسطة طعون قضائية.
- أسباب مؤسّسة على اعتبارات عملية، ذلك أنّه لا يمكن قبول إعاقَة السير العادي للإدارة بواسطة طعون يتزايد عددها إذا ما اعترفنا لها بالأثر الموقف. ويبقى هذا الاعتبار الأخير هو الأرجح لتبرير انعدام الأثر الموقف للطعن القضائي⁽¹⁾.

¹ - راجع المادة 09 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 239.

أراد المشرع الجزائري من استبعاده لوقف التنفيذ كأثر للطعن في قرارات مجلس المنافسة (بصفة خاصة) دعم الدور القوي الذي يلعبه هذا الأخير في ضبط السوق وحماية المصالح الاقتصادية، حتى لا تصبح قراراته غير مجدية في مواجهة مرتكبي الممارسات المقيّدة للمنافسة⁽²⁾، بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة.

يعتري قاعدة الأثر غير الموقف للطعن القضائي عيب جوهري بالنظر إلى بقاء الهيئة القضائية في الفصل فيه بين تاريخ التصرف الإداري وتاريخ القرار القضائي الفاصل في الطعن، فلا يصبح لهذا الأخير إلا طابعا أكاديميا. لكن بالمقابل، فإن تطور الإجراءات الإدارية القبلية، على سبيل المثال: إجراء التظلم الإداري المسبق، قد آلت إلى التخفيف من حدة عيوب القاعدة كونها تؤدي أحيانا إلى تفادي الطعون القضائية المحتملة⁽³⁾.

يتضمن التنفيذ الفوري للقرارات الإدارية مخاطر كبيرة وآثار لا يمكن إصلاحها في حالة إلغاء التصرف أو القرار المتنازع فيه من قبل قاضي تجاوز السلطة⁽⁴⁾، مما دفع بالمشرع الجزائري إلى سنّ قاعدة قانونية وهي إمكانية وقف تنفيذ القرارات الإدارية كاستثناء لقاعدة الأثر غير الموقف للطعن القضائي، والأمر ذاته بالنسبة للقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة.

ثانيا: إمكانية وقف تنفيذ القرارات الفاصلة في التعسف في وضعية الهيمنة (استثناء)

سيؤدي تطبيق الأثر غير الموقف للطعون على إطلاقها في بعض الأحيان بالقرار القضائي المتضمن الإلغاء إلى اعتباره قرارا صوريا مجرّدا من كلّ آثاره إذا ما أسرعت الإدارة ونفّذت قرارها دون انتظار قرار القضاء في المنازعة. يمثل هذا الأمر في الحقيقة أشدّ المساوئ التي تترتب عن إطلاق تطبيق قاعدة الأثر غير الموقف للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية⁽⁵⁾، مما دفع بالمشرع الجزائري إلى الأخذ بنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها وتكريسه إذا ما توقّرت بعض الشروط في طلب وقف تنفيذ تلك القرارات والذي يتم وفق إجراءات محدّدة قانونا.

وهذا ما سنتطرّق إليه أدناه فيما يتعلّق بإمكانية وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة والمتعلّقة بالتعسف في وضعية الهيمنة.

1 - تكريس ضمانات وقف تنفيذ القرارات المتعلّقة بالتعسف في وضعية الهيمنة

بتطبيق أحكام المادة 3/63 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة (المعدّل والمتمم)، « لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس قضاء الجزائر ». يُضيف نصّ

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 448.

² - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 131.

³ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 449.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 239.

⁵ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 449.

الفقرة ذاتها « غير أنه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز خمسة عشرة (15) يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 أعلاه، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة ».

صحيح أنه لا تركز هذه الأحكام مبدأ وقف التنفيذ كحق معترف به لصالح الطرف المدعي، إذ وضّح القانون بأنه لا يمكن أن يؤمر به إلا في حالات استثنائية. ومع ذلك، يتعلّق الأمر ببعض التقدّم في عملية تعزيز مبدأ المشروعية الذي يتطلّب بأن يكون القاضي قادرا على إجبار الإدارة على احترام القاعدة القانونية في نطاق إجراء استثنائي في مجال الوقف.

ويكون الأمر كذلك في جميع المرات التي يرى فيها القاضي، حتّى قبل الحكم في موضوع الدعوى، أنّ القرار الإداري المقدم له شابه عيب عدم المشروعية الواضح. وبالتالي، إنّ وقف التنفيذ يشلّ على هذا النحو القرار الذي لو كان واجب النفاذ فورا لكان له آثار ضارة على مستقبل المؤسسة التي هي موضوع القرار الخاضع لتقدير القاضي.

وهكذا، لا يعتبر وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة مجرد قاعدة إجرائية، وهذا بسبب المصالح الاقتصادية والمالية المعرضة للخطر والتي يمكن أن تكون كبيرة. لذا فإنّه يشكّل الضمانة التي يجب أن تمنح للأشخاص والمؤسسات المتنافسة اتجاه ضابط المنافسة في تنفيذ سلطته في توقيع العقوبات، حتّى ولو كان من المناسب منح القاضي سلطة تقديرية تسمح له بأن يفصل تبعا لظروف القضية في الطلبات المتعلقة بالوقف⁽¹⁾.

وبالتالي، كرّس المشرّع الجزائري مبدأ وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة، وهذا تطبيقا لإحدى ضمانات التقاضي وتحقيقا لأهداف هذا الوقف، وهو في الأصل موقف اتّخذه المشرّع الفرنسي، حيث أدرج هذا الأخير مبدأ وقف التنفيذ في القانون الصادر في 06 جويلية 1987 الذي نقل اختصاص الفصل في المنازعات الخاصة بقرارات مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) من مجلس الدولة إلى محكمة استئناف باريس. إذ أنّه أبدى المجلس الدستوري الفرنسي ملاحظة هامّة بخصوص هذا النقل، حيث أكّد على أنّ المشكلة التي يثيرها تكمن في عدم وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة المطعون فيها أمام محكمة استئناف باريس كنتيجة للطعن مثلما هو متّبع أمام مجلس الدولة، ممّا كان يفتوّ ضمانات للمتقاضين يحرمون منها أمام محكمة استئناف باريس ويتمتعون بها إذ ظلّ الاختصاص لمجلس الدولة، وفقا للقواعد التقليدية المتعلقة باختصاصه في النظر في الطعون في القرارات الإدارية وكان هذا الوضع يشكّل مخالفة دستورية، حيث يناقض مبدأ المساواة و ضمانات التقاضي المنصوص عليها في الدستور الفرنسي⁽²⁾.

لهذا، فإنّه بصدر قانون 06 جويلية 1987 المخوّل لمحكمة استئناف باريس الاختصاص بالفصل في المنازعات الخاصة بقرارات مجلس المنافسة مراعيّا ما أبداه المجلس الدستوري من ملاحظات، وبصفة خاصّة

¹ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 239 – 240.

² - عبد الله حنفي، السلطات الإدارية المستقلة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 120.

تلك المتعلقة بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها كأثر للطعن ضدها أمام القضاء، فقد قرّر المشرّع الفرنسي أنّ الطعن أمام محكمة استئناف باريس ليس له أثر موقف كقاعدة عامة، ولكن يمكن للرئيس الأول لهذه المحكمة أن يأمر بوقف التنفيذ لحين الفصل في موضوع الدعوى بشرط أن يُثبت الطاعن أنّ هناك ظروف ووقائع خطيرة يمكن أن تترتب عن التنفيذ⁽¹⁾.

2 - شروط طلب وقف تنفيذ القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة

يشترط في طلب وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة الجزائري المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة مجموعة من الشروط وهي:

- لا يمكن تقديم طلب الوقف إلاّ من قبل صاحب الطعن الرئيسي أو الوزير المكلف بالتجارة.
- لا يقبل طلب وقف التنفيذ إلاّ بعد تقديم الطعن الذي يجب أن يرفق بقرار مجلس المنافسة⁽²⁾، أي ضرورة تقديم الطعن القضائي ضدّ قرار المجلس أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر قبل التقدّم بطلب وقف التنفيذ، يجب أن يكون ذلك الطعن قد رفع في الميعاد القانوني وهو شهر واحد ابتداءً من تاريخ استلام القرار المعني بالطعن والمتضمّن التدابير المنصوص عليها في المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة. أمّا إذا تعلّق الأمر برفع الطعن في القرار المتضمّن الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من الأمر ذاته، فلا يجوز أن يتجاوز ميعاد الطعن 20 يوما. وما يمكن استخلاصه ضمنيا، أنّ هذا الوقف يعتبر تدبيرا استعجاليا، وهذا بالنظر إلى الأجل الذي من خلاله يمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر وقف تنفيذ تلك القرارات والذي لا يتجاوز 15 يوما وعبرة "عندما تقتضي ذلك الظروف والوقائع الخطيرة".

- ويمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر، بناءً على طلب صاحب الطعن الرئيسي أو الوزير المكلف بالتجارة، وقف تنفيذ القرار المطعون فيه (قرار مجلس المنافسة)، إذا أثار دفعا جديا من شأنه أن يؤدي إلى إلغاء القرار المطعون فيه، كما عليه إثبات أنّ مواصلة تنفيذ هذا القرار من شأنه إلحاق ضرر نهائي لا يمكن تداركه⁽³⁾. وقد عبّر المشرّع الجزائري عن هذا كلّه في المادة 3/63 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة (المعدّل والمتمّم) بعبارة "إذا اقتضت ذلك الظروف والوقائع الخطيرة".

- أن يطلب رئيس مجلس قضاء الجزائر رأي الوزير المكلف بالتجارة في طلب وقف التنفيذ عندما لا يكون هذا الأخير طرفا في القضية⁽⁴⁾.

3 - الإجراءات المتعلقة بطلب وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة الفاصلة في التعسف في وضعية الهيمنة

¹ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 453.

² - راجع المادة 2/69 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - بن ناصر محمد، « إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية »، مجلة مجلس الدولة، عدد 4، منشورات الساحل، الجزائر، 2003، ص 25.

⁴ - راجع المادة 3/69 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

يتمّ طلب وقف التنفيذ المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة (المعدّل والمتّم)، طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾. وبالرجوع إلى هذا الأخير، فنجدّه يتناول وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام القاضي الإداري، ممّا يعني أنّه يُطلب من القاضي التجاري تطبيق الأحكام القانونية الخاصّة بالجهات القضائية الإدارية⁽²⁾. ونصّت المادة 910 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

« تطبق الأحكام المتعلّقة بوقف التنفيذ المنصوص عليها في المواد من 833 إلى 837 أعلاه، أمام مجلس الدولة ».

ويُفهم من نص المادة 834 من القانون نفسه بأنّه تُقدّم الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلّة. ولا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، ما لم يكن مترامناً مع دعوى مرفوعة في الموضوع⁽³⁾. يستخلص من المادة 835 من القانون السالف الذّكر أنّه يتمّ التحقيق في طلب وقف التنفيذ بصفة عاجلة، وتُقلص الأجال الممنوحة للإدارات المعنية لتقديم الملاحظات حول هذا الطلب، وإلاّ استغني عن هذه الملاحظات دون إعدار. ومن جهة أخرى، عندما يظهر للقاضي من عريضة افتتاح الدّعى ومن طلبات وقف التنفيذ أنّ رفض هذه الطلبات مؤكّد، يجوز الفصل في الطلب بدون التحقيق⁽⁴⁾. أمّا بالنسبة للمادة 836 من القانون ذاته، فإنّها نصّت على أنّ:

« في جميع الأحوال، تفصل التشكيلة التي تنتظر في الموضوع في الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بأمر مسبب.

ينتهي أثر وقف التنفيذ بالفصل في دعوى الموضوع ».

لا يمكن تطبيق أحكام المادة السالفة الذّكر إلاّ جزئياً، لأنّ نص الأمر المتعلّق بالمنافسة يمنح مثل هذه السلطة لرئيس مجلس قضاء الجزائر وليس للتشكيلة التي تنتظر في الموضوع⁽⁵⁾.

وأخيراً، توضّح المادة 837 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنّه يتمّ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بوقف تنفيذ القرار الإداري خلال (24) ساعة، وعند الاقتضاء، يبلّغ بجميع الوسائل، إلى الخصوم المعنيين وإلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري المطعون فيه (مجلس المنافسة). توقف آثار القرار الإداري المطعون فيه ابتداءً من تاريخ وساعة التبليغ الرسمي أو تبليغ أمر وقف التنفيذ إلى الجهة الإدارية التي أصدرته (مجلس

¹ - أنظر المادة 1/69 من الأمر نفسه.

² - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 240.

³ - راجع نص المادة 834 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - اطلع على الفقرة الثانية من المادة 835 من القانون نفسه.

⁵ - راجع المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

المنافسة⁽¹⁾. وتُضيف المادة ذاتها بأن: « يجوز استئناف أمر وقف التنفيذ أمام مجلس الدولة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ التبليغ »⁽²⁾. بينما في حالة قرارات رئيس مجلس قضاء الجزائر، فإن الاختصاص في النظر في الطعن بالاستئناف يعود للمحكمة العليا⁽³⁾.

في القانون الفرنسي، ليس للطعن أي أثر موقف للقرارات الصادرة عن سلطة المنافسة الفرنسية، إلا في حالة كون الآثار التي يمكن أن تترتب عن القرار ستؤدي إلى نتائج وخيمة لا يمكن إصلاحها، أو إذا وقعت بعد تبليغه وقائع جديدة ذات خطورة استثنائية. في هذه الحالة، يمكن طلب اتخاذ إجراء استعجالي يتمثل في وقف تنفيذ القرار إلى غاية الفصل في الطعن، وهذا أمام الرئيس الأول لمحكمة استئناف باريس، الذي يأمر بذلك الوقف، وهو ما نصت عليه المادتين L.464-7,2 و L.464-8,2 من النّقنين التجاري الفرنسي المتعلّقتين على التوالي بالقرارات الفاصلة في طلب الإجراءات التحفظية وبباقي القرارات بما فيها تلك المتعلقة بالعقوبات الإدارية⁽⁴⁾.

مثلا، يمكن للرئيس الأول لمحكمة استئناف باريس وقف تنفيذ قرار الإدانة، فيما يتعلّق بنصف العقوبة المالية المعنية، وهذا إذا رأى بأنه « بإمكان دفع كامل العقوبة بالأقساط، وأن دفعها في الحال من شأنه أن يعرّض استمرارية المؤسسة، الضعيفة أصلا، للخطر »⁽⁵⁾. بالمقابل، لا يتمّ منح وقف التنفيذ إذا لم يتمّ إثبات أن دفع الغرامة يشكّل « خطر حقيقي على توازن المؤسسة »، وهذا بالنظر إلى تمتّع هذه الأخيرة بإمكانية طلب دفع الغرامة بالأقساط⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: كيفية الفصل في الطعن ضدّ قرارات مجلس المنافسة بشأن التعسف في وضعية الهيمنة

نتعرّض بداية لدراسة السلطات المخوّلة لمجلس قضاء الجزائر في الفصل في الطعون المقدّمة ضدّ قرارات مجلس المنافسة، ثمّ نتناول دراسة مشكلة تحديد القاضي المختص للنظر في دعوى مسؤولية المجلس.

أوّلا: سلطات القاضي الفاصل في الطعن

اكتمى الأمر لسنة 2003 بالنصّ في مادته 1/63 و² على أنّ قرارات مجلس المنافسة المتعلّقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية⁽⁷⁾، دون أن يحدّد طبيعة

¹ - أنظر المادة 1/837 و² من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 3/837 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المرجع السابق ذكره.

³ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 241.

⁴ - Voir les articles L.464-7,2 et L.464-8,2 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁵ - Ordonnance du 5 octobre 2004, BOCCRF n° 8 du 26 septembre 2006 ; Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., pp. 342 – 343.

⁶ - Ordonnance du 23 août 2002, BOCCRF n° 16 du 28 octobre 2002 ; Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 343.

⁷ - راجع المادة 31 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

هذا الطعن⁽¹⁾. ويتوَلَد عن هذه الأحكام عند قراءتها عدم التأكيد المتعلّق بطبيعة الرقابة القضائية المخوَّلة لمجلس قضاء الجزائر: هل تتعلّق برقابة بسيطة لمشروعية قرارات مجلس المنافسة أو بالعكس، تتعلّق بطعن خاص بالقضاء الكامل؟ وتعبير آخر، هل يتعلّق الأمر بكل بساطة بالطعن بالإلغاء أم يختص القاضي العادي في تعديل قرارات مجلس المنافسة؟

في فرنسا، أتى المشرّع بإجابة صريحة لهذه المسألة، فعندما يتعلّق الأمر بالطعون في القرارات الفاصلة في طلب الإجراءات التحفظية، نصّت المادة L.464-7,1 من التّقنين التّجاري الفرنسي على أنّه:

« يمكن أن يكون قرار السلطة المتخذ بناءً على المادة L.464-1 (المتعلّقة بالإجراءات التحفظية) محلاً للطعن بالإلغاء أو بالتعديل من قبل الأطراف المعنية ومحافظ الحكومة أمام محكمة استئناف باريس على الأكثر عشرة أيام بعد تبليغه. يجب على المحكمة أن تقرّر في أجل شهر واحد ابتداءً من يوم رفع الطعن »⁽²⁾.

وبنفس الكيفية، نصت المادة L.464-8,1 من التّقنين التّجاري الفرنسي فيما يتعلّق بباقي القرارات الصادرة عن سلطة المنافسة الفرنسية الفاصلة في الموضوع على ما يلي:

« تبُلَغ قرارات سلطة المنافسة المذكورة في المواد L.462-8 و L.464-2 و L.464-3 و L.464-5 و L.464-6 و L.464-6-1 و L.752-27 إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالاقتصاد الذين يستطيعون، خلال شهر واحد، رفع طعن بالإلغاء أو بالتعديل أمام محكمة استئناف باريس »⁽³⁾.

وبذلك، تتمنّع الأشخاص المقصودة بإمكانية اللّجوء إمّا لطعن بالإلغاء ضدّ القرارات المتنازع فيها الصادرة عن سلطة المنافسة أو اللّجوء إلى طعن من أجل تعديلها.

عندما تتلقّى محكمة استئناف باريس قرار السلطة، فإنّها تقوم بذلك باعتبارها قاضي المشروعية الخارجية (فحص الاختصاص، احترام الإجراءات والأشكال) والمشروعية الدّاخلية (رقابة الخطأ في القانون، الخطأ في الواقع والخطأ الظاهر في التقدير). يضع قرار المحكمة حداً للمتابعة لما يمس عدم المشروعية المتابعة في مجملها، مثلاً في حالة المساس الجوهرى بحقوق الدّفاع أو إذا أدّى الإلغاء إلى "إفراغ الملف"، وذلك باستبعاد عناصر الإثبات.

وفي الحالة العكسية، لا يضع الإلغاء حداً للمتابعة وتستعمل المحكمة الأثر الناقل L'effet dévolutif الذي ينتجه الطعن لتتأسّس من جديد، إمّا وفقاً لعناصر الملف الموجودة في الحال وإمّا بعد استعمال السلطات التي تخوِّله إياه (القاضي) قواعد قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ليأمر بإجراء تحقيق تكميلي. وبالتالي، وفي إطار الطعن، فإنّه يجب على محكمة استئناف باريس أن تقوم بدراسة الوقائع التي قدمت إلى سلطة المنافسة من

¹ - في حين كان الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة (الملغى) يشير صراحة في المادة 2/25 منه إلى أنّ مقررات مجلس المنافسة قابلة للطعن فيها بالاستئناف أمام المجلس القضائي لمدينة الجزائر الفاصل في المواد التجارية.

² - Voir l'article L.464-7,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article L.464-8,1 du même code.

جديد وأن تقرر في الواقع وفي القانون. وبذلك نقضت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة استئناف باريس بسبب قضاء هذه الأخيرة بإلغاء قرار مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة) وإحالة القضية أمام هذا الأخير عوض أن تفصل هي بنفسها في تلك القضية⁽¹⁾. رغم ذلك، لما تلغي المحكمة قرارا متخذا قبل تبليغ المآخذ مثلا قرارات عدم قبول الإخطار، تقدر المحكمة رغم الأثر الناقل للطعن بأنه لا يرجع لها إعادة المتابعة فتحيلها إلى مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة).

لما تعدّل المحكمة قرار سلطة المنافسة، فإنها تقوم بإجراء تقييم جديد في الواقع وفي القانون، كما سبق أن ذكر، والذي ليس له إلا قيد واحد والمتمثل في منعها زيادة قساوة الأوامر والعقوبات وذلك لما يصدر الطعن من طرف غير الوزير المكلف بالاقتصاد أو الطرف الذي قام بإخطار مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة). تحت هذا التحفظ، يمكن للمحكمة أن تعدّل أو تلغي الأوامر أو العقوبات المالية، كذلك يمكن لها أن تلغي أو تعدّل الإجراءات التحفظية أو تعلن عن تلك التي رفضها المجلس (السلطة)⁽²⁾.

في القانون الجزائري وفي غياب نصوص صريحة، إن التردد جائز⁽³⁾:

بداية يتعلق الأمر بمعرفة إذا كان القاضي ما هو إلا وارث للقاضي الإداري المختص في تجاوز السلطة. في هذه الحالة، يقتصر دوره على إلغاء القرارات غير المشروعة أو إذا كان يستفيد من اختصاص ذاتي وعليه أن يتصرّف تبعا لذلك كقاضي عادي⁽⁴⁾، فكما هو قاضي في الواقع، فهو قاضي في القانون، وفي هذه الحالة عليه ممارسة سلطة إثارية Un pouvoir d'évocation.

علاوة على ذلك، يؤدي الطعن بالتعديل إلى أن يكون القاضي المختص متمتعا بسلطة إجراء الخبرة على الأقل مساوية للتي تتمتع بها الهيئة التي أوقعت العقوبة، لكن الأمر ليس كذلك على الأقل في الوقت الراهن. وأخيرا، في حالة سلطة تعديل قرار المجلس التي تؤدي إلى ممارسة السلطة الإثارية، فإنه يجب على القاضي أن يقوم بدراسة ملف القضية من بدايته، أي انطلاقا من إخطار مجلس المنافسة. قد تكون المتابعة التي تمت أمام مجلس المنافسة مشوبة بعييب أو بباقي عيوب عدم المشروعية، مما يفرض إجراء تحقیقات وإجراءات

¹ - Cass. com., arrêt du 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-20.360, Juris-Data n° 2006-032001 ; Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 341.

² - Emanuel PUTMAN, Contentieux économique, op. cit., pp. 211 – 212.

³ - « "En France, le Conseil d'Etat a jugé qu'en l'absence de dispositions législatives expresses, le recours dirigé contre une sanction est retenu comme un recours pour excès de pouvoir" ; Voir R. SCHWARTZ & C. MAUGÜE, « Chronique de recours de jurisprudence administrative française », AJDA, 1991, p. 358 » ; Sur ce point, voir, Rachid ZOUAIMIA, « Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien », op. cit., p. 46.

⁴ - حيث نصت المادة 332 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

على ما يلي :

« يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة ».

جديدة. في حين أن مجلس المنافسة هو المخول للقيام بها، وهذا يبيّن تعدد المشاكل التي يتعرض لها القاضي في الفرضية التي يعترف له فيها بسلطة التعديل⁽¹⁾.

ونشير، في الأخير، إلى أنه يمكن لمجلس قضاء الجزائر أو لمحكمة استئناف باريس، على الترتيب، تأييد القرار الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري أو سلطة المنافسة الفرنسية إذا تبين لهما أن القرار اتخذ طبقا للقانون المعمول به ولم يشبه أي عيب.

يُفهم من نص المادة 70 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بأنه ترسل القرارات الصادرة عن مجلس قضاء الجزائر والمتعلقة بالمنافسة إلى الوزير المكلف بالتجارة، وإلى رئيس مجلس المنافسة⁽²⁾. وتكون تلك القرارات قابلة للطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهران ابتداءً من تاريخ تبليغها وفقا للإجراءات المعمول بها في القواعد العامة⁽³⁾. ويتم أيضا إرسال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والمتعلقة بالمنافسة إلى الوزير السالف الذكر وإلى رئيس مجلس المنافسة.

ثانيا: مشكلة تحديد القاضي المختص للنظر في دعوى مسؤولية مجلس المنافسة

هناك عدم اليقين فيما يتعلق بتحديد القاضي المختص للنظر في مسؤولية مجلس المنافسة بسبب قراراته أو تقصيراته⁽⁴⁾.

بالفعل، قد تطلب مؤسسة إلى جانب إلغاء القرار الصادر عن مجلس المنافسة التعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء هذا القرار. فما هو موقف مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية ؟ هل يختص بالنظر في طلب التعويض لما يقتزن بطلب إلغاء القرار لتجاوز السلطة ؟

في الواقع، يعتبر الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن التصرفات الصادرة عن السلطات الإدارية من اختصاص القضاء الإداري من حيث الأصل، ولا يختص مجلس قضاء الجزائر إلا في النظر في الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة على سبيل الاستثناء، ويجب عدم التوسع في تفسير النص القانوني الذي أورد هذا الاستثناء ليشمل مسألة الحكم بالتعويض⁽⁵⁾.

¹ - Rachid ZOUAIMIA, « Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien », op. cit., p. 46.

² - راجع المادة 32 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام المادة 70 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - أنظر المادتين 349 و354 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 236.

⁵ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 344.

غير أنّ الطرح سيؤدي، لا محالة، إلى أنّ المتقاضي سيضطر إلى رفع طعن أمام مجلس قضاء الجزائر لإلغاء قرار مجلس المنافسة، ثم رفع دعوى أمام القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه القرار المطعون فيه، وهذا ما يؤدي إلى مخاطر كبيرة تكمن في تجزئة منازعات نشاط مجلس المنافسة⁽¹⁾. ولهذا، فإنّ الأسلوب الأمثل لمعالجة تلك المسألة هو أن تتولى الجهة المختصة بالنظر في قرارات مجلس المنافسة الاختصاص في الحكم في الطلبات الخاصة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقها القرارات الصادرة عنه، وسيضمن هذا الحل حقوق المتقاضين ويدعم هدف توحيد الاجتهاد القضائي في مادة المنازعات المتعلقة بالمنافسة مهما تكن الجهة القضائية التي عرضت عليها (محكمة مدنية، أو تجارية، مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية)، وهذا تحت رقابة المحكمة العليا⁽²⁾.

كما أنّه، إذا قبلنا اختصاص الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر للنظر في دعاوى المسؤولية المرفوعة ضدّ مجلس المنافسة بسبب قراراته، فإنه من الصعب إيجاد حلّ عندما يتمّ توجيه الدعوى ضدّ الجهاز نفسه بالنظر إلى تقصيراته التي سببت الضرر، وهذا في غياب أي قرار.

في فرنسا، على سبيل المثال، تمّ القضاء بأنّه يعود اختصاص النظر في الدعاوى الرامية إلى تعويض الأضرار الناجمة عن سوء تسيير مصالح سلطة الأسواق المالية L'autorité des marchés financiers إلى القاضي الإداري⁽³⁾.

فوفقا لمحكمة التنازع الفرنسية، عندما يكون النزاع ليس له علاقة بأيّ قرار فردي قد اتخذته السلطة و"يتعلّق بأداء مهام المرفق العام الإداري (...) من قبل هذه السلطة، فإنّ هذا النزاع من اختصاص الجهات القضائية الإدارية". يمكن، بصفة منطقية، تمديد هذا الحل إلى سلطة المنافسة. في الواقع، إذا كان القاضي العادي هو المختص فعلا، من خلال نصّ صريح للقانون، للنظر في الطعون المرفوعة ضدّ بعض القرارات الفردية للسلطة، وإذا كان الأمر ذاته بالنسبة للدعاوى الرامية إلى التعويض عن العواقب الوخيمة الناشئة عن مثل هذه القرارات، فإنّه "بالمقابل، لا يفرض القانون الخروج عن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية من أجل الدعاوى المتعلقة بسوء تسيير مصالح هذه السلطة، والتي تدخل إذن في الاختصاص الطبيعي للجهات القضائية الإدارية". يمكن تطبيق الحلّ الذي اعتمدته محكمة التنازع الفرنسية على حالة القانون الجزائري، طالما أنّ الأمر المتعلّق بالمنافسة لا يعطي الاختصاص لمجلس قضاء الجزائر إلّا للنظر في الطعون المرفوعة ضدّ قرارات مجلس المنافسة الجزائري⁽⁴⁾.

المبحث الثالث: حدود صلاحيات مجلس المنافسة في مادة التعسف في وضعية الهيمنة

¹ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 237.

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 345.

³ - TC, arrêt du 2 mai 2011, Sté Europ finance et industrie, AJDA, 2011, p. 932 ; Voir, Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 238.

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 238 – 239.

إنّ فتح بعض المرافق العامة للمنافسة قد رافقه إنشاء سلطات متخصصة سُميت بسلطات الضبط، والتي تتكفل بعدّة مهام من بينها مهمّة السهر على حسن سير المنافسة في قطاع النشاط الموضوع تحت رقابتها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، إنّ إنشاء المشرّع لهيئة متخصصة (مجلس المنافسة)، منحها الشخصية المعنوية والاستقلال المالي وأوكل إليها مهمّة مراقبة المنافسة، وزودها، كما رأينا، بالوسائل والسلطات من أجل التصديّ للتعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة لم يمنعه، في الواقع، من الاحتفاظ بتلك القواعد الكلاسيكية لاختصاص الهيئات القضائية العادية والإدارية.

إنّ توزيع الاختصاصات الدستورية بين السلطات الثلاثة: التشريعية والتنفيذية والقضائية هو توزيع مرن، وقد أصبح، نظرا لما يحصل من تطوّرات، يتعرّض لتوسيع أو لتضييق اختصاصات أيّة سلطة من هذه السلطات⁽¹⁾. يمسّ هذا التضييق في الاختصاصات، فيما يخص مجال المنافسة وحمايتها من الممارسات المقيدة لها، على وجه الخصوص السلطة القضائية، وذلك بإنشاء مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية والذي أعطاه المشرّع الجزائري دورا أساسيا في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة، بحيث قام هذا الأخير بنقل هذا الدور إليه الذي كان في الأصل عائدا للهيئات القضائية. ومع ذلك، فإنّه تحتفظ الهيئات القضائية العادية بدور استثنائي في المجال نفسه، وهذا بموجب أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدّل والمتمم)⁽²⁾، كما أنّه قد تجد الهيئات القضائية الإدارية نفسها مضطرة للتدخل في المجال ذاته، وذلك نتيجة لدورها الكلاسيكي.

وبالتالي، قد تطبّق سلطات الضبط القطاعية والهيئات القضائية العادية أو الإدارية وهذا في حدود مجال اختصاصها الأحكام القانونية المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة. ومن أجل ذلك، فإنّه يتطلب اختصاص سلطات الضبط القطاعية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة (المطلب الأول) واختصاص الجهات القضائية العادية في مجال حماية المنافسة من التعسف المعني (المطلب الثاني) وكذا اختصاص الهيئات القضائية الإدارية في المجال ذاته (المطلب الثالث) البحث والدراسة من أجل تقييمها (أي تلك الاختصاصات) ومعرفة مدى تأثيرها وتأثيرها بالاختصاصات الممنوحة لمجلس المنافسة الجزائري.

المطلب الأول: اختصاص سلطات الضبط القطاعية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة

إنّ القول بأنّ مجلس المنافسة الجزائري هو صاحب الاختصاص الحصري في مادة التعسف في وضعية الهيمنة قول تنفيه مضامين النصوص القانونية المؤسسة لسلطات الضبط القطاعية، والذي تؤكد عليه بعض القرارات الصادرة عن إحدى هذه السلطات في مجال المنافسة، وهذا ما نتطرق إليه عند دراسة تحديد دور سلطات الضبط القطاعية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة (الفرع الأول)، ويترتّب عن التوزيع المتداخل

¹ - بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - قانون الأعمال -، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة منتوري، 2004 - 2005، ص 78.

² - راجع المادتين 13 و48 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

للاختصاص بين مجلس المنافسة باعتباره سلطة الضبط الأفقية وسلطات الضبط القطاعية باعتبارها سلطات ضبط عمودية مساوي، مما يتطلب إيجاد طرق لمعالجتها، وهذا ما نتطرق إليه عند دراسة التوزيع المتداخل للاختصاص: مساوئه وطرق معالجتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد دور سلطات الضبط القطاعية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة

نشر في دراسة دور سلطات الضبط الاقتصادي ثم دور سلطات الضبط المالي في مادة التعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة.

أولاً: دور سلطات الضبط الاقتصادي في مادة التعسف في وضعية الهيمنة

يستخلص من بعض النصوص القانونية المؤسسة لسلطات الضبط القطاعية، في المجال الاقتصادي، إشراك البعض منها الاختصاص في مجال حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة (لكونه ممارسة مقيدة لها) مع مجلس المنافسة، باعتبارها الخبير التقني والاقتصادي بكل شؤون القطاع المعني، بما فيها تلك المتعلقة بالمنافسة. وسنوضح ذلك من خلال دور كل من لجنة ضبط الكهرباء والغاز ولجنة الإشراف على التأمينات وأخيراً دور سلطة ضبط البريد والمواصلات.

1 - دور لجنة ضبط الكهرباء والغاز

يفهم من نص المادة 06 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات بأنه تفتح نشاطات إنتاج الكهرباء على المنافسة طبقاً للتشريع المعمول به وأحكام هذا القانون⁽¹⁾. وتطبيقاً لأحكام المادة 113 من القانون نفسه والتي نصت على أنه: « تقوم اللجنة بمهمة السهر على السير التنافسي والشفاف لسوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز لفائدة المستهلكين وفائدة المتعاملين ».

وأخيراً، وبالرجوع إلى نص المادة 115 من القانون ذاته والذي يفهم منه بأنه تقوم لجنة ضبط الكهرباء والغاز في إطار المهام المحددة لها بموجب هذا القانون بـ « التعاون مع المؤسسات المعنية من أجل احترام قواعد المنافسة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها » و « التأكد من عدم وجود وضعية مهيمنة يمارسها متدخلون آخرون على تسيير مسير المنظومة ومسير السوق⁽²⁾ »⁽³⁾.

نستخلص من النصوص القانونية السالفة الذكر، بأنه تضطلع لجنة ضبط الكهرباء والغاز بمهمة تدخل أصلاً في المجال الطبيعي لمجلس المنافسة، فالبحث عن وجود وضعية هيمنة ما لا يكون إلا بالاستئناس

¹ - قانون رقم 01-02 مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق ذكره.

² - وبالرجوع إلى المادة 02 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، فإنه يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

- مسير المنظومة : كل شخص معنوي مكلف بتنسيق منظومة إنتاج ونقل الكهرباء (مركز التحكم) ؛

- مسير السوق : شخص معنوي مكلف بالتسيير الاقتصادي لنظام عروض بيع وشراء الكهرباء.

³ - راجع المادة 115 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، السالف الذكر.

بالقواعد الكلاسيكية لقانون المنافسة لإعادة التوازن التنافسي إلى السوق المعنية⁽¹⁾. وكما نعلم بأنّ وضعية الهيمنة تعتبر شرط ضروري أولي لتحقيق التعسف في وضعية الهيمنة والذي يعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة. فبذلك، تلعب لجنة ضبط الكهرباء والغاز دورا وقائيا تسعى من خلاله إلى منع وقوع هذا التعسف المحظور قانونا، إذ أنها تتأكد وتراقب عدم وجود وضعية مهيمنة والتي يمارسها متدخلون آخرون على تسيير مسير المنظومة ومسير السوق، وبدون هذه الوضعية لا يمكن تصوّر وجود التعسف فيها.

وبالرجوع إلى المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي جاءت كما يلي:

« كلّ تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبتّ فيه في أجل (3) أشهر ».

بالتالي وكما رأينا، فإنّ رقابة عمليات التجميع من قبل مجلس المنافسة يعتبر إجراءً وقائياً أيضا يهدف إلى منع وقوع التعسفات في وضعية الهيمنة كحالة صدور قرار رفض التجميع⁽²⁾.

تقوم لجنة ضبط الكهرباء والغاز، تطبيقاً للفقرة 13 من المادة 115 من القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، السالفة الذكر، بما يلي:

« 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 وفي إطار التشريع المعمول به »⁽³⁾.

نلاحظ بداية أنّ هذا النص قد تضمّن حالتين من بين الحالات الثلاثة التي يمكن أن تظهر عليها التجميعات الاقتصادية، كما هو مبين في قانون المنافسة⁽⁴⁾. كما يثير هذا النص تساؤلات بالمعنى الذي قد يؤدي إلى تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة ولجنة ضبط الكهرباء والغاز. فبوصفه سلطة ضبط ذات اختصاصات شاملة، يختصّ مجلس المنافسة بموجب القانون في رقابة عمليات التجميع في جميع قطاعات

¹ - شيخ أمر يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام - تخصص القانون العام للأعمال -، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2008/2009، ص 128.

² - أنظر المادة 07 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام الفقرة الأولى من المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - نصت المادة 01 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، على ما يلي:

« يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة على النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه بواسطة القنوات.

يقوم بهذه النشاطات، طبقاً للقواعد التجارية، أشخاص طبيعيين أو معنويون خاضعون للقانون العام أو الخاص، ويمارسونها في إطار المرفق العام ».

⁴ - راجع المواد 15 و16 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

النشاط. إنه يستطيع ترخيص أو رفض عملية تجميع بقرار معلّل⁽¹⁾. على هذا النحو، يمكن تصوّر الحالة التي ترخص فيها لجنة ضبط الكهرباء والغاز عمليات التجميع في قطاعها، بينما يرفضها مجلس المنافسة على أساس أنّه من المرجّح أن تؤدّي إلى المساس بالمنافسة، لاسيما بتعزيز وضعيّة هيمنة المؤسسات المعنية في السوق⁽²⁾.

2 - دور لجنة الإشراف على التأمينات

بالرجوع إلى المادة 229 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات (المعدّل والمتمّم)⁽³⁾، والتي نصت على أنّه:

« يمكن شركات التأمين المنصوص عليها في هذا الأمر، بعد موافقة لجنة الإشراف على التأمينات، تحويل محفظة عقودها كلياً أو جزئياً مع حقوقها والتزاماتها لشركة أو عدّة شركات تأمين معتمدة. تطلع الشركة المعنية المدينين بطلب التحويل بواسطة إشعار منشور في نشرة الإعلانات القانونية وفي يوميتين وطنيتين، إحداها باللغة العربية، والذي يمنح لهم مدّة شهرين (2) لتقديم ملاحظاتهم. توافق لجنة الإشراف على التأمينات على التحويل بعد الأجل المذكور أعلاه، إذا كان مطابقاً لمصالح المؤمن لهم، ونقوم بنشر إشعار التحويل حسب نفس الأشكال الخاصة بطلب التحويل ». كما يُفهم من نص المادة 1/230 من الأمر نفسه أنّه يخضع لموافقة إدارة الرقابة كلّ إجراء يهدف إلى تجميع شركات التأمين و/أو إعادة التأمين في شكل تركز أو دمج لهذه الشركات. كما يستخلص من نص الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها أنّه يتمّ إشهار عمليات التركز أو الدمج المشار إليها سابقاً، بنفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة 229 المذكورة آنفاً.

يتّضح، من خلال ما سبق ذكره، بأنّ لجنة الإشراف على التأمينات مخولة صراحة، بصلاحيّة الرقابة على إحدى حالات التجميعات الاقتصادية المذكورة في قانون المنافسة (اندماج مؤسّستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل)⁽⁴⁾، إذ بمقتضى نص هذه المادة يمكن للجنة الموافقة على كل تركز أو دمج لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين إذا ما تبين أنّه لا يسيء إلى السير العادي في سوق التأمينات⁽⁵⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 228 مكرر من الأمر السالف الذكر والذي يُفهم منه أنّه تخضع كلّ مساهمة في رأسمال شركة التأمين و/أو إعادة التأمين، التي تتعدّى نسبة 20% من رأسمال الشركة، إلى الموافقة المسبقة من

¹ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 05-219، المؤرخ في 22 جوان 2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 22 جوان 2005.

² - Rachid ZOUAIMIA, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, op. cit., p. 207.

³ - أنظر المادة 43 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المعدلة لأحكام المادة 229 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁵ - شيخ أعمر بسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 127.

لجنة الإشراف على التأمينات⁽¹⁾، وبالإطلاع على نص المادة 228 مكرر 2 من الأمر نفسه، فإنّه تخضع كل مساهمة لشركة التأمين و/أو إعادة التأمين التي تتعدى نسبة 20% من أموالها الخاصة، إلى الموافقة المسبقة للجنة الإشراف على التأمينات⁽²⁾. نلاحظ أنّه يمكن للجنة الإشراف على التأمينات، باتخاذها هذه الإجراءات، أن تراقب مدى حصول شركة أو شركات التأمين على مراقبة شركة أو عدّة شركات تأمين أو جزء منها، وبالتالي المراقبة على التجميعات الاقتصادية التي تأخذ الشكل الثاني الذي يمكن أن تظهر به هذه التمرّكات كما هو منصوص عليه في المادة 2/15 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾.

يتّضح جلياً، من خلال ما سبق ذكره، أنّ لجنة الإشراف على التأمينات تنافس مجلس المنافسة اختصاصه في مراقبة التجميعات الاقتصادية على مستوى قطاع التأمين، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نصّت المادة 248 مكرر 1 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمذكور أعلاه على ما يلي:

« بغض النظر عن العقوبات التي يمكن أن تتعرض لها، تعاقب شركات التأمين و/أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية التي تخالف الأحكام القانونية المتعلقة بالمنافسة، بغرامة لا يتجاوز مبلغها 10% من مبلغ الصفقة.

يحصل ناتج هذه الغرامة كما هو الحال في مجال الضرائب المباشرة، ويدفع لفائدة الخزينة العمومية «⁽⁴⁾. يتّضح، من خلال هذه المواد، أنّه لا تقوم لجنة الإشراف على التأمينات بتشديد المنافسة في السوق فحسب، بل تقوم كذلك بمراقبة عمليات التجميع الاقتصادي في مجال التأمين، كما تعاقب كل مخالفة للأحكام القانونية المتعلقة بالمنافسة.

3 - دور سلطة ضبط البريد والمواصلات

تتولى سلطة ضبط البريد والمواصلات عدّة مهام من بينها السهر على وجود منافسة فعلية ومشروعة في سوقي البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية باتخاذ كلّ التدابير الضرورية لترقية أو استعادة المنافسة في هاتين السوقين، وهذا تطبيقاً لنص المادة 13 من القانون المحدّد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية

¹ - راجع المادة 42 من القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتممة لأحكام الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، بالمواد 228 مكرر و 228 مكرر 1 و 228 مكرر 2، المرجع السابق ذكره.

² - المرجع نفسه.

³ - أنظر المادة 2/15 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 52 من القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتممة لأحكام الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، بالمادتين 248 مكرر و 248 مكرر 1، المرجع السابق ذكره.

واللاسلكية⁽¹⁾. ولكن تتطلب استعادة المنافسة في السوق من سلطة الضبط معرفة ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة مثلا⁽²⁾.

بالإضافة إلى ذلك، نصت المادة 27 من القانون السالف الذكر بأنه:

« لا يمكن لمعامل أو موقر الخدمات أن يقدم إلى نشاطات أخرى إعانة مالية مأخوذة من نشاط يكون فيه هذا المتعامل أو موقر الخدمات في وضعية مهيم، حسب مفهوم أحكام الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق لـ 25 يناير سنة 1995 والمتعلق بالمنافسة ».

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال، هو معرفة من هو المختص في تقييم حالة وضعية الهيمنة، هل هو مجلس المنافسة أم سلطة ضبط البريد والمواصلات ؟، مع العلم أن نص المادة السالفة الذكر يشير صراحة إلى قانون المنافسة.

وتطبيقا للنصوص القانونية السالفة الذكر، أعلنت سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية عن اختصاصها في تطبيق قانون المنافسة على النزاع المعروض عليها والقائم بين شركة "أوراسكوم اتصالات الجزائر" (OTA) و"الجزائرية للاتصالات" (AT)، كما أشارت سلطة الضبط السالفة الذكر إلى أنه « يمكن أن تخضع تسعيرات التوصيل البيني للمتعاملين المهيمنين لتأطير من قبل سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية »، وأن « الغرض من هذا التأطير هو ترقية المنافسة »⁽³⁾.

وفي قرارها الصادر في 06 فيفري 2007، المتعلق بإعلان المتعامل "أوراسكوم اتصالات الجزائر" (OTA) في وضعية هيمنة على سوق تقديم الخدمة الهاتفية الخلوية للجمهور من نوع GSM⁽⁴⁾، قامت سلطة ضبط البريد والمواصلات أيضا بتطبيق قواعد قانون المنافسة، حيث أشارت في مقدمة هذا القرار إلى ما يلي: « بمقتضى الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، لاسيما المادة 03 منه »،

كما أنها أشارت صراحة في حيثيات هذا القرار ذاته إلى أنه:

« - اعتبارا للمادة 13 من القانون رقم 03-2000 المذكور أعلاه ... ؛

¹ - أنظر المادة 13 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، المرجع السابق ذكره.

² - Rachid ZOUAIMIA, « De l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien », Revue IDARA, n° 33, volume 17, numéro 1-2007, p. 44.

³ - Décision n° 03/SP/PC/ARPT/03 du 30 juin 2003 relative à la détermination de la taxe de terminaison d'un appel en provenance de l'international sur les réseaux mobiles de Orascom Télécom Algérie (OTA) et Algérie Télécom (AT) ; www.arpt.dz/

⁴ - Décision n° 06/SP/PC/ARPT du 6 février 2007 déclarant l'opérateur Orascom Télécom Algérie en position dominante sur le marché du service de la téléphonie mobile au public de type GSM ; www.arpt.dz/

- اعتبارا للنقطة (ج) من المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه والتي تعرّف وضعية الهيمنة على أنّها: "الوضعية التي تمكّن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوّة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرّفات منفردة إلى حدّ معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها" ؛

- اعتبارا أنّه تمّ تعريف سوق تقديم الخدمة الهاتفية الخلوية للجمهور من نوع GSM، بموجب قرار مجلس سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية (La décision n° 05/SP/PC/ARPT)، على أنّها سوق مرجعية ؛

- واعتبارا للممارسات الدّولية في مجال تحديد المتعاملين الأقوياء في أسواق المواصلات السلكية واللاسلكية ؛

- واعتبارا لمعايير تحديد قوّة المتعاملين في سوق المواصلات السلكية واللاسلكية والمستعملة عادة على الصّعيد الدّولي والمتخذة من قبل سلطة ضبط البريد والمواصلات ؛

- اعتبارا للمؤشّر الكميّ والذي يعتبر معيارا أساسيا لقياس قوّة المتعاملين في الأسواق المرجعية ؛

- اعتبارا لحيازة أوراسكوم اتصالات الجزائر (OTA) في آخر شهر ديسمبر 2006 على سوق تقديم الخدمة الهاتفية الخلوية للجمهور من نوع GSM، حصّة رقم الأعمال تقدّر بـ ... ».

قرّرت السّلطة إعلان المتعامل (OTA)، بموجب هذا القرار، في وضعية الهيمنة على سوق تقديم الخدمة الهاتفية الخلوية للجمهور من نوع GSM.

ثانيا: دور سلطات الضبط المالي في مادة التعسّف في وضعية الهيمنة

يستخلص من بعض النصوص القانونية المؤسّسة لسلطات الضبط القطاعية في المجال المالي على إشراك البعض منها الاختصاص في مجال حماية المنافسة من التعسّف في وضعية الهيمنة (لكونه ممارسة مقيدة لها) مع مجلس المنافسة، باعتبارها سلطات ضبط عمودية. وسنوضّح ذلك من خلال دور كل من مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية.

1 - دور مجلس النقد والقرض

نصّت المادة 75 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض⁽¹⁾، على ما يلي:

« لا يجوز للبنوك والمؤسسات المالية أن تمارس بشكل اعتيادي نشاطا غير النشاطات المذكورة في المواد السابقة إلّا إذا كان ذلك مرخصا لها بموجب أنظمة يتخذها المجلس.

ينبغي أن تبقى النشاطات المذكورة في الفقرة السابقة، مهما يكن من أمر، محدودة الأهمية بالمقارنة بمجموع نشاطات البنك أو المؤسسة المالية. ويجب ألا تمنع ممارسة هذه النشاطات المنافسة أو تحدّ منها أو تحرفها ».

¹ - أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق ذكره.

علاوة على ذلك، يفهم من نص المادة 129 من الأمر ذاته بأنه لا يجب أن تؤدي الحركات المالية مع الخارج، بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى إحداث أي وضع في الجزائر يتسم بطابع الاحتكار، وتحظر كلّ ممارسة تستهدف إحداث مثل هذه الأوضاع⁽¹⁾.

وكما نعلم، فإنّ الاحتكار هو وضعية تسمح بوقوع التعسّف في وضعية الهيمنة، إذ أنّه مبدئياً، يمكن أن يدلّ الاحتكار على وجود وضعية هيمنة. وبالتالي، يلعب مجلس النقد والقرض، بموجب نص المادة 129 السالفة الذكر، دوراً وقائياً يتمثل في حماية المنافسة من وقوع التعسّف في وضعية الهيمنة، وهذا برقابة عدم إحداث أي وضع في الجزائر يتسم بطابع الاحتكار عن طريق حركات الأموال مع الخارج. وقد أضاف الشرط الأخير من المادة ذاتها بأنه تحظر كلّ ممارسة تستهدف إحداث مثل هذا الوضع (الاحتكار).

2 - دور اللجنة المصرفية

تكلف اللجنة المصرفية بعدّة مهام منها مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، وتقوم بمعاينة الإخلالات التي تتمّ معابنتها وتفحص اللجنة شروط استغلال البنوك والمؤسسات المالية وتسهر على نوعية وضعياتها المالية، وهذا تطبيقاً للمادة 105 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض⁽²⁾. أمّا في مجال حماية المنافسة من التعسّف في وضعية الهيمنة، باعتباره ممارسة مقيدة لها، فإنّه تُوسّع اللجنة تحريّاتها إلى المساهمات والعلاقات المالية بين الأشخاص المعنويين الذين يسيطرون بصفة مباشرة أو غير مباشرة على بنك أو مؤسسة مالية، وإلى الفروع التابعة لهما⁽³⁾. فبذلك، فإنّها قد تتدخل إن لزم الأمر لمنع إحداث احتكار ولمراقبة التركيزات الاقتصادية في المجال المصرفي.

إذا أُخلّت إحدى البنوك أو المؤسسات المالية بقواعد حسن سير المهنة البنكية⁽⁴⁾، والتي تعتبر احترام قواعد المنافسة والعمل بالأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بها من أهمها، حسبما يفهم من المادة 75 من الأمر رقم 11-03 السالفة الذكر، يمكن للجنة، بناء على نص المادة 112 من الأمر نفسه⁽⁵⁾، أن تدعو البنوك أو المؤسسات المالية موضوع الرقابة إلى العمل على إعادة أو دعم توازناتها المالية أو تصحيح وتكييف أساليبها الإدارية التي قد تبدو للجنة غير فعالة أو مخالفة للتنظيم، وهذا ما يمكن أن ينتج عن الاندماج المصرفي، إذ يتوقع أن يؤثر هذا الأخير سلباً على المنافسة في القطاع المصرفي⁽⁶⁾.

¹ - راجع المادة 129 من الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 105 من الأمر نفسه.

³ - اطلع على المادة 110 من الأمر ذاته.

⁴ - أنظر المادة 105 من الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق ذكره.

⁵ - اطلع على المادة 112 من الأمر نفسه.

⁶ - بو الخضرة نورة، « الاندماج المصرفي ما بين اللجنة المصرفية ومجلس المنافسة »، الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 23 و 24 ماي 2007، ص 376.

انطلاقاً مما سبق ذكره، فإنّه تهدف سلطات الضبط القطاعية إلى الوقاية من التعسّفات في وضعية الهيمنة قبل وقوعها، وهذا من خلال تدابير الرقابة السابقة (رقابة التسعيرة، تأطير العروض، ...). وبالتالي، فإنّها تتدخل أساساً بصفة سابقة. من جهته، يقوم مجلس المنافسة خصوصاً بالدور العلاجي: يعاقب هذا الأخير التعسّفات في وضعية الهيمنة بعد ارتكابها ويتدخل أساساً بصفة لاحقة (وهذا ما عدا التجميعات الاقتصادية)⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التوزيع المتداخل للاختصاص: مساوئه وطرق معالجتها

يوجد توزيع متداخل للاختصاص بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية في مادة التعسّف في وضعية الهيمنة، باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة. فإذا كان الأمر المتعلق بالمنافسة يعطي الاختصاص الحصري للمجلس للنظر فيه، فإنّ النصوص المتعلقة بباقي القطاعات تمنح اختصاصات موازية للسلطات القطاعية للنظر في الممارسة ذاتها، وهذا ما يؤدي إلى فوضى حقيقية فيما يتعلق بتوزيع الاختصاص بين تلك الهيئات. وهذا ما نتطرق إليه من خلال دراسة مساوئ التوزيع المتداخل للاختصاص بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية والتي تتطلب طرقاً لمعالجتها.

أولاً: مساوئ التوزيع المتداخل للاختصاص

إنّ عدم وضوح معالم توزيع الاختصاص بين نموذجي الضبط العام والخاص قد يؤدي إلى ظهور قرارات متعارضة صادرة عن كل من مجلس المنافسة وسلطة الضبط المختصة والمتعلقة بنفس الموضوع والأطراف، بحكم اختلاف الأهداف التي يتوخاها كل واحد منهما من جهة، والتي يسعى إلى تحقيقها بالاعتماد على وسائلها الخاصة والمتباينة من جهة أخرى⁽²⁾.

ففي مادة التعسّف في وضعية الهيمنة، يمكن لإحدى المؤسسات أن تتقدّم إلى مجلس المنافسة من أجل الحصول على تصريح منه بعدم التدخل والتأكد من سلامة ممارستها، وعدم وقوعها في حظر التعسّف في وضعية الهيمنة، وذلك طبقاً لنص المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، فيمنح المجلس إياها التصريح بعدم التدخل نظراً لعدم حيازتها لوضعية الهيمنة مثلاً، والتي تعتبر شرطاً إلزامياً أولياً لتحقيق التعسّف المعني. في المقابل، تقرّر سلطة ضبط البريد والمواصلات السلّكية واللاسلكية بأنّ هذه المؤسسة بالذات في وضعية هيمنة على السوق، وهذا تطبيقاً للمادتين 13 و 27 من القانون المحدّد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلّكية واللاسلكية⁽⁴⁾.

¹ - Sabine NAUGÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », AJDA, 2007, p. 672.

² - شيخ أعمار يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 140.

³ - راجع المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادتين 13 و 27 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلّكية واللاسلكية، المرجع السابق ذكره.

جاء في إحدى حيثيات القرار الصادر عن مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة)، المؤرخ في 21 جوان 2004⁽¹⁾، ما يلي: « إنَّ إمكانية تطبيق قواعد المنافسة غير مستبعدة، وهذا بشرط أن تترك الأحكام القطاعية ذات الصلة بالمؤسسات الخاضعة لها إمكانية القيام بتصرّف مستقل من شأنه منع أو تقييد أو الإخلال بلعبة المنافسة ». وبالتالي، تمسك المجلس باختصاصه لدراسة الممارسات التسعيرية الناشئة عن عرض ذو "المسافة الطويلة" لشركة « France Télécom »، الخاضعة، بتطبيق التنظيم القطاعي للاتصالات الإلكترونية، للإجراء الوزاري للموافقة التسعيرية.

وبذلك، رغم أنَّ العرض قد تمّت الموافقة عليه مسبقاً، فإنَّ المجلس قام بدراسة ورقابة الممارسة التسعيرية للمتعامل والمجسدة في تقديم خصم على اشتراك الهاتف الثابت (وضعية الهيمنة) عند الاكتتاب في اشتراك الهاتف النقال (السوق التنافسية). وهكذا، توصّل المجلس من خلال الدراسة التي قام بها إلى غياب الممارسات المقيّدة للمنافسة⁽²⁾، والمتمثلة في التعسّف في وضعية الهيمنة، أي أنّ شركة « France Télécom » لم تخرق أحكام المادة L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي والمادة 82 من اتفاقية روما. وبالتالي، تمكّن مجلس المنافسة الفرنسي من التدخل لضبط سوق الاتصالات الإلكترونية لفرض احترام قواعد قانون المنافسة.

ومع ذلك، لا ينحصر هذا الاختصاص للمجلس في رقابة احترام قواعد المنافسة، إذ يستعمل كذلك هذا الأخير كذلك قانون المنافسة من أجل ضبط وتنظيم السوق. وقد تمّ التأكيد بوضوح على هذا الدور في قراره المؤرخ في 07 نوفمبر 2005⁽³⁾، أين يذكرّ المجلس بأنّ: « وجود إطار تنظيمي خاص يضمن فتح القطاع على المنافسة لا يضع هذا الأخير خارج مجال تطبيق أحكام الكتاب الرابع من التقنين التجاري الفرنسي. لا يوجد ما يمنع المتعامل من إخطار المجلس والتمسك بصفة موازية بفتح المفاوضات تحت رعاية السلطة القطاعية »⁽⁴⁾. وبالتالي، قرّر المجلس بأنّه « بالرغم من رقابة التوازنات التنافسية في سوق الجملة للحصول على الإنترنت عالي السرعة "ADSL"، والتي تمارسها سلطة الضبط القطاعية، فإنّ الأدوات التنظيمية الموضوعة تحت خدمة هذه السلطة لم تسمح لها بوضع حدّ للشروط المقيّدة غير المبررة والمفروضة من قبل شركة "France Télécom" ... »⁽⁵⁾.

¹ - Cons. conc., décision n° 04-D-22 du 21 juin 2004, relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés en télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel « Primaliste longue distance », p. 07 ; www.autoritedelaconurrence.fr/

² - Sabine NAUGÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », op. cit., p. 678.

³ - Cons. conc., décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁴ - Ibid., p. 23.

⁵ - Ibid., pp. 25 – 26.

لقد لاحظنا أنّ سلطات الضبط القطاعية تتدخل، بصفة سابقة، للوقاية من التعسف المحتمل (بدلاً من معاقبته بصفة لاحقة) أو لفرض التزامات (علاجات) على المتعامل القوي، بحيث تستطيع المنافسة أن تتطور في السوق رغم وجود حواجز قوية للدخول.

عندما يكون هذا المتعامل خاضعاً للالتزامات المفروضة من قبل سلطة الضبط القطاعية المعنية لتعويض هيمنته: أي قدرته على تفادي المنافسة وقواعد السريان العادي للسوق (حرية التسعير مقلصة، الالتزام بعدم التمييز المعزز بالالتزامات بالشفافية الصارمة)، فإنّ السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل دائماً يعتبر هذا العون الذي خضع للضبط، اتجاه الالتزامات المفروضة عليه، في حالة تفادي المنافسة؟ إنّه بطريقة أو بأخرى، تمّ إرجاعه بواسطة العوائق المفروضة عليه إلى مستوى منافسيه. ومع ذلك، لا يظهر مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) أخذاً في الاعتبار هذه الحالة الواقعية ويهمل وجود الضبط القطاعي، وهذا يسمح له، في الأخير، بالتعدي على مجال اختصاصه. وبالتالي، لا يرى المجلس أنه عليه الأخذ في الاعتبار عمل سلطة الضبط القطاعية، فيصبح هذا المجلس بالضرورة سلطة الضبط الثانية⁽¹⁾.

مثلاً، في قرار لمجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) المؤرخ في 18 فيفري 2000⁽²⁾، تمكّن المجلس من أن يفرض على شركة « France Télécom » تقديم عرض جديد بالجملة على سوق "ADSL" لأغراض تحفيز المنافسة على أسواق بالتجزئة للإنترنت عالي السرعة. يرجع هذا القرار، في الواقع، إلى تنفيذ السياسة الاقتصادية التابعة للضبط القطاعي أكثر من تطبيق قواعد قانون المنافسة⁽³⁾.

يعود مجلس المنافسة الفرنسي، بشكل عام، في تقريره لعام 2005⁽⁴⁾، إلى سياسته العقابية ويصرّ ليس فقط على الطابع القمعي للعقوبات التي ينطق بها ولكن كذلك على طابعها الوقائي. إنّه يعتبرها عنصراً حاسماً يسمح "بضبط" التصرفات المستقبلية ضمن المعنى الواسع "للفعالية الاقتصادية"⁽⁵⁾.

مثال آخر، تمّ اعتبار تسعيرة خضعت للضبط - أي تمّ التحقق من صحتها مسبقاً من قبل سلطة ضبط الاتصالات الإلكترونية والبريدية (L'ARCEP)، والتصريح إذن بأنّه ليس من شأنها الإخلال بالمنافسة - بأنها عدوانية من قبل مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) في قراره المؤرخ في 14 أكتوبر 2004⁽⁶⁾. حيث برّرت هذه التسعيرة إدانات ثقيلة، بعد عدّة سنوات لاحقة، على أساس تحليل مختلف عن التحليل المتخذ

¹ - Sabine NAUGÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », op. cit., pp. 678 – 679.

² - Cons. conc., décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société 9 Télécom Réseau ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

³ - Sabine NAUGÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », op. cit., p. 679.

⁴ - Cons. conc., rapport annuel 2005, pp. 102 – 108 ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁵ - Sabine NAUGÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », op. cit., p. 679.

⁶ - Cons. conc., 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.autoritedelaconcurrence.fr/

من قبل سلطة الضبط المعنية، أي أدان المجلس شركتا « France Télécom » و « SFR » لخرقهما المادة L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي والمادة 82 من اتفاقية روما، المتعلقة بالمتعسف في وضعية الهيمنة. تجدر الإشارة إلى أنّ ورود مثل هذه الحالات المذكورة على سبيل المثال لا الحصر، سوف يؤدي لامحالة إلى المساس بالأمن والاستقرار القانونيين في وسط المتعاملين الاقتصاديين، مما قد يساهم في زعزعة ثقتهم بالدرع القانوني الموجود الذي من المفروض أن يحميهم ويشجعهم على المبادرة الحرة في مختلف النشاطات الاقتصادية والمضي قدما بالمنافسة وتطويرها بشكل عام⁽¹⁾.

ثانيا: طرق معالجة مساوئ التوزيع المتداخل للاختصاص

يتطلب معالجة المساوئ المترتبة عن التوزيع المتداخل للاختصاص بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية تنظيم العلاقة الوظيفية بينهما تنظيما قانونيا فعالا، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يجب على سلطات الضبط كلّها البحث بنفسها، وهذا إلى جانب الجهة المنشئة لها عن الحلول لهذه المساوئ.

1 - التنظيم القانوني للعلاقة الوظيفية التعاونية عن طريق إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرأي

يتمّ التنظيم القانوني للعلاقة الوظيفية التعاونية بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية عن طريق تكريس إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرأي، وقد حاول المشرع الجزائري تأطير هذه العلاقة من خلال قواعد قانون المنافسة، وهذا ما توصلنا إليه سابقا⁽²⁾، فهل اتخذ هذا الأخير الموقف ذاته بالنسبة للقوانين القطاعية ؟

أ - مدى تكريس إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرأي من قبل أحكام القوانين القطاعية

يستخلص من نص المادة 11/13 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، أنّه تتولى سلطة ضبط البريد والمواصلات مهمة التعاون في إطار مهامها مع السلطات الأخرى أو الهيئات الوطنية والأجنبية ذات الهدف المشترك⁽³⁾.

ويُفهم من نص المادة 3/115 من القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، أنّه تقوم لجنة ضبط الكهرباء والغاز، في إطار المهام المنصوص عليها في المادة 114 من القانون ذاته⁽⁴⁾، بالتعاون مع المؤسسات المعنية من أجل احترام قواعد المنافسة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها⁽¹⁾.

¹ - شيخ أعمر يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص. 141 - 142.

² - راجع الصفحات من 315 إلى 319 من الأطروحة محل الدراسة.

³ - راجع المادة 11/13 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - أنظر المادة 114 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق ذكره.

نستخلص من خلال النصين السالف ذكرهما أنه على سلطة ضبط البريد والمواصلات وسلطة ضبط الكهرباء والغاز أن تتعاون مع مجلس المنافسة باعتباره السلطة المعنية بالمنافسة، في كل النزاعات ذات صلة بقواعد المنافسة. كما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد آليات دقيقة للتعاون، وإنما اكتفى ببعض العبارات الفضفاضة والتي لا تتماشى مع ضرورة التنسيق في المهام والتكامل في العمل وفق تنظيم قانوني فعال دقيق وجدي. كما أنه ما عدا القانونين السالفين الذكر، لم يتناول المشرع الجزائري على الإطلاق مسألة تكريس التعاون بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية المتبقية، وهذا من خلال النصوص القانونية المتعلقة بهذه الأخيرة.

وبالرجوع إلى التقنين الفرنسي المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية مثلا، وبالضبط إلى المادة L.36-10¹ منه⁽²⁾، فإنها نظمت العلاقة الوظيفية التعاونية بين سلطة المنافسة الفرنسية وسلطة ضبط الاتصالات الإلكترونية والبريد، بحيث نصت المادة ذاتها على إخطار رئيس هذه الأخيرة سلطة المنافسة بالتعسفات في وضعية الهيمنة وبالممارسات التي يمكن أن تخل بحرية ممارسة المنافسة، والتي يمكن أن يكون على علم بها في قطاع الاتصالات الإلكترونية. يمكن تقديم هذا الإخطار في إطار الإجراء الاستعجالي. في هذه الحالة، يتعين على سلطة المنافسة أن تبتّ خلال 30 يوما المفتوحة التي تلي تاريخ الإخطار. ويمكن له أيضا أن يخطر سلطة المنافسة لإبداء الرأي في كل مسألة متعلقة باختصاصها.

ومن جهة سلطة المنافسة الفرنسية، فإنه يتعين عليها أن تسلم لسلطة ضبط الاتصالات الإلكترونية والبريد كل إخطار يدخل في مجال اختصاص هذه الأخيرة، وأن تستلم رأيها حول الممارسات التي أخطرت بها في مجال قطاع الاتصالات الإلكترونية.

نتوصل، انطلاقا مما سبق ذكره، إلى أنه كرس المشرع الفرنسي إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرأي بين السلطتين السالفتي الذكر.

وبالرجوع أيضا إلى تقنين الطاقة الفرنسي (Le code de l'énergie)، وبالضبط إلى المادة L.134-16 منه⁽³⁾، فإنها أيضا نظمت العلاقة الوظيفية التعاونية بين سلطة المنافسة الفرنسية ولجنة ضبط الطاقة، بحيث نصت المادة ذاتها على إخطار رئيس اللجنة سلطة المنافسة بالتعسفات في وضعية الهيمنة وبالممارسات المخلة بحرية ممارسة المنافسة، والتي يكون على علم بها في قطاع الكهرباء أو الغاز الطبيعي، خصوصا عندما يرى بأن هذه الممارسات محظورة بموجب المواد L.420-1 أو L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي.

يمكن تقديم هذا الإخطار في إطار الإجراء الاستعجالي طبقا للمادة L.464-1 من التقنين نفسه⁽⁴⁾، ويمكن له أيضا إخطارها، لإبداء الرأي، في كل مسألة أخرى متعلقة باختصاصها. ومن جهة سلطة المنافسة الفرنسية، فإنها تسلم للجنة ضبط الطاقة كل إخطار يدخل في مجال اختصاص هذه الأخيرة. ويمكن للسلطة أيضا أن

¹ - راجع المادة 3/115 من القانون نفسه.

² - Voir l'article L.36-10¹ du code des postes et des communications électroniques ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Voir l'article L.134-16 du code de l'énergie ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article L.464-1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

تخطر اللّجنة، لإبداء الرأي، في كل مسألة أخرى متعلقة بقطاعات الكهرباء والغاز الطبيعي. وعند استشارتها، تطبيقاً للفقرة الحالية، من قبل سلطة المنافسة حول الممارسات التي تُخطر بها هذه الأخيرة في قطاع الكهرباء أو الغاز، فإنّ لجنة ضبط الطاقة ترفق رأيها، في الوقت المحدّد، بكل العناصر المفيدة للتحقيق في القضية والتي بحوزتها.

نتوصّل، انطلاقاً ممّا سبق ذكره، إلى أنّه كرّس المشرّع الفرنسي إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرأي بين سلطة المنافسة ولجنة ضبط الطاقة.

ب - مدى فعالية إجراء الإخطار

يُعد الإخطار المتبادل آلية تساهم حقا في تفعيل العلاقة التعاونية بين سلطة المنافسة الفرنسية وسلطات الضبط القطاعية، كونه يؤدي إلى تفادي المساوئ الناجمة عن التوزيع المتداخل للاختصاصات بينهما، وهذا ما أكّدت عليه سلطة ضبط الاتصالات الفرنسية (حاليا سلطة ضبط الاتصالات الإلكترونية والبريد) في تقريرها السنوي لعام 1998 والتي توصّلت من خلاله إلى أنّه: « في الممارسة العملية، أثبتت آلية التعاون بين المؤسستين بأنّها مفيدة وفعّالة. وقد تمّ إنشاء علاقات متناغمة ومتكرّرة، والتي تسمح بتبادلات مثمرة »⁽¹⁾.

حاول المشرّع الجزائري تنظيم وتأطير العلاقة الوظيفية التعاونية بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية من خلال قواعد قانون المنافسة، إذ تلزم المادة 39 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المجلس، عندما ترفع قضية أمامه حول ممارسة تتعلق بنشاط يكون تحت مراقبة سلطة ضبط، أن يرسل نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء الرأي في مدّة أقصاها ثلاثون (30) يوما⁽²⁾، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، تضيف المادة ذاتها بأنّه يقوم المجلس أيضا، في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط⁽³⁾.

إلاّ أنّه تبقى فعالية هذا التنظيم والتأطير نسبية، لأنّه تناول فقط إلزامية المجلس بإرسال نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء رأيها، وهذا كلّما تعلق الأمر بقضية ترفع أمامه حول ممارسة تتعلق بنشاط يكون تحت مراقبة تلك السلطة. ولا تلزم بناتا سلطات الضبط بضرورة استشارة المجلس في كل قضية تتعلق

¹ - ART., rapport annuel d'activité 1998, tome 1 : de l'ouverture du marché à la concurrence, p. 15 ; www.ladocumentationfrancaise.fr/

² - راجع المادة 21 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة لأحكام الفقرة الأولى من المادة 39 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

³ - أنظر الفقرة الثانية من المادة 39 من الأمر السابق ذكره.

بالمنافسة، وهذا رغم أن سلطات الضبط عادة ما تفتقر إلى ثقافة قانونية في مجال المنافسة، ولا بدّ لها من إعطاء الشرعية لقرارها، ولا يتأتى لها ذلك إلا من خلال استشارة مجلس المنافسة⁽¹⁾.

أما فيما يتعلّق بالنصوص القانونية القطاعية، باستثناء القانون المتعلّق بالبريد وبالمواصلات والقانون المتعلّق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، لم يتناول المشرّع الجزائري تنظيم وتأطير العلاقة الوظيفية التعاونية بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية. يمكن لسلطتي الضبط المعنيتين بالقطاعين السالفين الذكر، على الترتيب، أن تقوم بإخطار المجلس من أجل إبداء الرأي، وذلك في إطار التعاون من أجل احترام قواعد المنافسة. وبالتالي، يتوقف إجراء الإخطار هنا على رغبة السلطتين السالف ذكرهما في القيام به أم لا، إذ أنّه يتّسم هذا الإجراء بالطابع الاختياري⁽²⁾.

وفي الحقيقة، يتمتّع مجلس المنافسة بسلطة الإخطار التلقائي والتي من خلالها يمكنه أن يتدخّل لإبداء الرأي حتّى ولو لم يُطلب منه، وهذا ما نصّت عليه المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة⁽³⁾. إلّا أنّه من شأن إلزام سلطات الضبط القطاعية بإخطار مجلس المنافسة كلّما تعلّق الأمر باختصاصه لإبداء رأيه، تخفيف العبء على هذا الأخير، والعمل على جعله أكثر دراية وعلمًا بالممارسات المقيّدة للمنافسة (كالتعسف في وضعية الهيمنة) التي تمسّ بالقطاعات الخاضعة لرقابة سلطات الضبط.

تؤدّي الاختلافات في التفسير بين سلطات الضبط القطاعية وسلطات المنافسة، بالضرورة، إلى صدور قرارات متعارضة. وما يزيد من شدّة وتعقيد هذه الاختلافات عندما ترى سلطة الرقابة اللاحقة نفسها غير مرتبطة بما سجلته أثناء مشاركتها في ضبط سابق. مثلاً، يرى مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية)، مثلاً، أنّ ذلك عدّة مرات، أنّه غير مرتبط بالتحليلات التنافسية التي يمكن أن يُجريها في إطار الرأي الذي يقدّمه إلى لجنة ضبط الاتصالات الإلكترونية والبريد (L'ARCEP)⁽⁴⁾. ففي رأيه المؤرخ في 16 فيفري 2005⁽⁵⁾،

¹ - عدنان دقاس، « العلاقة الوظيفية بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط الأخرى »، الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلّة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 23 و 24 ماي 2007، ص 392.

² - راجع المادة 11/13 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، المرجع السابق ذكره؛ أنظر أيضاً المادة 3/115 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002، المتعلّق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق ذكره.

³ - اطلع على نص المادة 18 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدلة والمتممة لأحكام المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلّق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Sabine NAUGÈS, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », op. cit., p. 679.

⁵ - Cons. conc., avis n° 05-A-05 du 16 février 2005, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L.37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie fixe ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

قام المجلس بالتذكير: « إنَّ تحديد الأسواق الناشئ عن النشاط الحالي لا يلزم الدراسة التي يمكن لسلطات المنافسة أن تقوم بها في إطار المتابعات التنافسية على أساس حالات يتم معابقتها فعلا وليست محتملة من أجل تحديد السوق المرجعية. فإنَّه، لا يمكن أيضا أن يتم استبعاد إمكانية أن يؤدي تحليل قابلية الخدمات للاستبدال وحالة المنافسة بمجلس المنافسة إلى تحديد أسواق أضيق من تلك التي يُسأل عنها في الرأي الحالي »⁽¹⁾.

2 - الآليات الأخرى الممكنة لتوطيد وتنسيق العلاقة الوظيفية التعاونية بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية

أدى نسبية فعالية التنظيم القانوني للعلاقة الوظيفية التعاونية بين سلطة المنافسة الفرنسية وسلطات الضبط القطاعية الفرنسية بهذه الأخيرة إلى البحث عن حلول أخرى جدَّ عملية لتوطيد وتنسيق هذه العلاقة كرسم حدود لنطاق اختصاصها، وهذا ما لم تقعه سلطات الضبط القطاعية الجزائرية إلى حدَّ الآن.

والى جانب ذلك، يمكن اقتراح حلول وميكانيزمات أخرى جدَّ عملية لتوطيد وتنسيق هذه العلاقة، منها:

- إبرام اتفاق التعاون بين سلطات الضبط القطاعية ومجلس المنافسة.

- تعيين ممثل عن كل سلطة ضبط على المستويين الأفقي والعمودي.

أ - رسم سلطات الضبط حدودا لنطاق اختصاصها

في فرنسا، حاولت لجنة ضبط الطاقة الفرنسية (CRE) إبراز حدود الاختصاص بينها وبين مجلس المنافسة (حاليا سلطة المنافسة)، وهذا ما نستخلصه من قرارها المؤرخ في 14 أبريل 2005 والمتعلق بنزاع بين السيد "Marc PRALONG" والمؤسسة الفرنسية للكهرباء "Électricité de France (EDF)" المتعلق بفترة النفقات الخاصة بصيانة العدادات الكهربائية⁽²⁾، حيث بيّنت هذه السلطة في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي: « علاوة على ذلك، إذا رأى السيد "PRALONG" بأنَّ المؤسسة الفرنسية للكهرباء "EDF"، مسيرة شبكة التوزيع العامة، تتعسّف في وضعيتها المهيمنة عن طريق احتكار صيانة العدادات، فله أن يقوم بإخطار مجلس المنافسة، لا يمكن أن تبتَّ لجنة ضبط الطاقة، عندما يتمَّ إخطارها (...)، في الطابع المناف للمنافسة المزعوم للممارسة »⁽³⁾. كما أكّدت سلطة ضبط الاتصالات الفرنسية سابقا (حاليا ARCEP)، في تقريرها السنوي لنشاطها لعام 1997⁽⁴⁾، على أنَّه لمجلس المنافسة الفرنسي وللسلطة (سلطة ضبط الاتصالات) وظائف متميِّزة ومتكاملة. يُكلّف الأول بتطبيق قواعد قانون المنافسة، وتُكلّف الثانية بتنفيذ التشريع الجديد للاتصالات. فإنَّه يوطّر على وجه التحديد العلاقات بين المؤسستين⁽⁵⁾.

¹ - Ibid., pp. 6 - 7.

² - CRE., décision n° 05-38-11 du 14 avril 2005 se prononçant sur un différend, qui oppose Monsieur Marc PRALONG à Electricité de France (EDF), relatif à la facturation des frais d'entretien de compteurs d'électricité ; www.cre.fr/

³ - Ibid., p. 09.

⁴ - ART., rapport annuel d'activité 1997 ; www.ladocumentationfrancaise.fr/

⁵ - Ibid., p. 259.

وكما جاء في إحدى حيثيات قرار سلطة ضبط الاتصالات السالفة الذكر، المؤرخ في 07 جويلية 2000، الفاصل في النزاع بين شركة "ICS France" وشركة "France Télécom" بشأن تنفيذ عقد البيع بالجملة لخدمات الاتصال الدولي⁽¹⁾، ما يلي: « ثانيا، تزعم شركة "ICS France" بأن تدخل سلطة ضبط الاتصالات يغطي الظروف التي من خلالها تستخدم شركة "France Télécom" لوضعيتها المهيمنة التي لا يمكن تجنبها من الناحية التقنية (...) من خلال التهديد بالقطع بشكل منتظم من أجل ممارسة ضغط قوي جدا على زبائنها المتعاملين". ومع ذلك، فإنه لا يعود للسلطة على أساس الصلاحيات المسندة إليها (...)، البت في التعسف المزعم في وضعية الهيمنة لشركة "France Télécom".

يستنتج من كل ما سبق، أنه يجب رفض إخطار شركة "ICS France" السالف الذكر⁽²⁾.

في الجزائر، وتطبيقا لمضمون المادة 39 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدلة بموجب المادة 21 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008⁽³⁾، توجه رئيس مجلس المنافسة إلى مسؤولي مختلف سلطات الضبط القطاعية الوطنية بهدف اقتراح أسس إطار للتفاهم والتنسيق والتعاون بين مجلس المنافسة وكل سلطة ضبط.

على هذا، وبحلول شهر نوفمبر 2013، تم التوجه بتلك الطلبات إلى سلطات الضبط المعنية⁽⁴⁾، ووجهت خطابات التعاون هذه عملا بأحكام المادتين 39 و 50 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، الخاص بالمنافسة⁽⁵⁾. ولم تتم الاستجابة لطلب رئيس مجلس المنافسة بعقد اجتماع عمل استكشافي إلا لجنة ضبط الكهرباء والغاز والوكالة الوطنية لتقييم المحروقات (ALNAFT).

ونظمت لجنة ضبط الكهرباء والغاز اجتماع التنسيق بتاريخ 28 جانفي 2014 في مقره. وقد سمح هذا الاجتماع بعرض الإطار القانوني للجنة ضبط الكهرباء والغاز ونطاق تدخلاته بصفته ضابطا قطاعيا⁽⁶⁾.

¹ - ART., décision n° 00-703 du 07 juillet 2000 se prononçant sur un différend entre ICS France et France Télécom relatif à l'exécution d'un contrat de vente en gros de trafic international ; www.arcep.fr/

² - Ibid., p. 4.

³ - راجع المادة 21 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁴ - حيث تم التوجه بتلك الطلبات إلى رئيس اللجنة البنكية، رئيس سلطة الضبط للنقل، رئيس الوكالة الوطنية لتقييم المحروقات، رئيس لجنة ضبط الكهرباء والغاز، رئيس وكالة ضبط للماء، رئيس الوكالة الوطنية للتراث المنجمي، رئيس لجنة ضبط المحروقات، رئيس وكالة ضبط البريد والاتصالات؛ حول هذه النقطة، أنظر، التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لعام 2014، المرجع السابق، ص ص. 24 - 26.

⁵ - راجع المادة 50 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم بموجب المادة 25 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

⁶ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص ص. 24 - 25.

توصل الطرفان، باتفاقهما، إلى ترجمة مضمون مواد الأمر رقم 03-03 المذكور أعلاه ومواد قانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 الخاصة بالكهرباء وتوزيع الغاز بالأنابيب⁽¹⁾، في الواقع، وبالأخص تلك المواد المتصلة بـ:

- التعاون والتفاهم والتنسيق (المادتان 39 و 4/50 من الأمر رقم 03-03 السالف ذكرهما والمادة 115 من القانون رقم 01-02 السالف ذكره⁽²⁾).

- التجميعات (المادة 15 من الأمر رقم 03-03 نفسه والمادة 115 من القانون رقم 01-02 السابق ذكره).

- موقع السيطرة "وضعية الهيمنة" (المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمادة 115 المذكورة أعلاه).

كما تمّ التوصل إلى:

- تنظيم لقاء وطني يجمع مجموع سلطات الضبط ومجلس المنافسة للمناقشة بشأن موضوع الضبط والمنافسة.

- نشر آراء وقرارات لجنة ضبط الكهرباء والغاز في النشرة الرسمية عملا بأحكام المادة 4/04 من المرسوم التنفيذي رقم 11-242 المتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة⁽³⁾، ووفقا للمادة 138 من القانون رقم 01-02 الخاص بالكهرباء وتوزيع الغاز بالأنابيب⁽⁴⁾.

- تبادل المطبوعات المنشورة من قبل المؤسستين⁽⁵⁾.

ب - إبرام اتفاقات التعاون

يمكن لمجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية التعاقد كوسيلة لتنسيق العمل فيما بينهما والتعاون على أدائه عن طريق إبرام اتفاقات أو بروتوكولات التعاون⁽⁶⁾.

ج - تعيين ممثل عن كل سلطة ضبط على المستويين الأفقي والعمودي

¹ - قانون رقم 01-02 مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق ذكره.

² - راجع المادة 115 من القانون نفسه.

³ - أنظر المادة 4/04 من المرسوم التنفيذي رقم 11-242 المؤرخ في 10 جويلية 2011، المتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة والمحدد لمضمونها وكذا كفاءات إعدادها، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 138 من القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق ذكره.

⁵ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 25.

⁶ - شيخ أعمر يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 158.

يُعدّ تعيين موظفين يتمتعون بكفاءة وخبرة عاليتين في مجال المنافسة أو في مجالات تقنية خاصة يمثلون السلطة التابعين لها أمام سلطة أخرى، إحدى الحلول التي من شأنها تفادي مخاطر التوزيع المتداخل للاختصاص بين أجهزة الضبط الأفقية منها والعمودية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: اختصاص الهيئات القضائية العادية في مجال قمع التعسف في وضعية الهيمنة

بعد أن تعرّفنا على التعسف في وضعية الهيمنة باعتباره ممارسة مقيدة للمنافسة، رأينا أنّ لمجلس المنافسة صلاحيات كاملة في متابعته ومعاقبته، وذلك في إطار دوره الأساسي في تفاديه قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين باعتباره الهيئة المخولة قانوناً لذلك. ولكن، تعتبر صلاحياته الكاملة في هذا المجال كمبدأ عام، ترد عليه استثناءات، إذ توجد بعض الاختصاصات تخرج من مجال صلاحيات المجلس، وإن كانت تتعلق بالممارسة المقيدة للمنافسة، أي هناك حدود تتوقف عندها صلاحيات مجلس المنافسة التنازعية، إذ نصّت المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه:

« دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه ».

ومن جهة أخرى، نصت المادة 48 من الأمر نفسه على ما يلي:

« يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرراً من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به ».

انطلاقاً ممّا سبق ذكره، يتوجب علينا دراسة مجال اختصاص الهيئات القضائية العادية (المدينة والتجارية) في مادة التعسف في وضعية الهيمنة (الفرع الأول)، ثمّ نتناول دراسة العلاقة التكاملية والتوزيعية بين تلك الهيئات ومجلس المنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجال اختصاص الهيئات القضائية العادية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة

يلاحظ، انطلاقاً من المادتين 13 و 48 من الأمر رقم 03-03 السالف ذكرهما، أنّ صلاحيات مجلس المنافسة كما حدّدها المشرع الجزائري لا تتناول مسألة بطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية متعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة، ولا الحكم بالتعويض عن الأضرار التي سببها للأشخاص والهيئات، ذلك، أنّ مجلس المنافسة يهتم بحماية المنافسة في السوق بالدرجة الأولى أو بالنظام العام الاقتصادي، بواسطة إصدار قرارات وأوامر ملزمة بوقف الممارسات، وعند اللزوم الحكم بالغرامات المالية على المؤسسات المتورطة التي ثبت في حقها الإخلال بقواعد السوق والمنافسة الحرة. أمّا إصدار أحكام وقرارات ببطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط

¹ - المرجع نفسه، ص 159.

تعاقدى متعلق بالتعسف محل الدراسة وإزالتها نهائيا والحكم بالتعويض لفائدة المتضررين منها، فإنّ القضاء هو المختص بذلك⁽¹⁾.

وفي إطار الاختصاصات التقليدية للهيئات القضائية، يعود اختصاص بطلان الاتفاقيات أو الالتزامات إلى القاضي المدني في قضايا المسؤولية المدنية، بينما في الاتفاقيات بين التجّار، يمكن تقدير البطلان فيها من طرف القاضي التجارى⁽²⁾، ويمكن رفع دعوى التعويض أمام القاضي المختص بصفة تبعية أو بصفة مستقلة عن دعوى البطلان السالفة الذكر.

أمّا في فرنسا، تحيل المادة L.420-7 من التقنين التجارى الفرنسى إلى المرسوم المتعلق بتعيين الهيئات القضائية المدنية والتجارية الإقليمية المختصة في النظر في المنازعات المتعلقة بالمنافسة وكذا محاكم الاستئناف المؤهلة للنظر في القرارات الصادرة عن هذه الهيئات القضائية⁽³⁾. وبالتالي، أدرج المرسوم لعام 2005 السالف الذكر في التقنين التجارى الفرنسى المواد من R.420-3 إلى R.420-5 والتي تحدّد قواعد الاختصاص، في الدرجة الأولى، المحاكم الابتدائية الكبرى والمحاكم التجارية، والتي تحدّد أيضا محكمة استئناف باريس كجهة قضائية لاستئناف قرارات هذه المحاكم⁽⁴⁾.

أولا: بطلان التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى متعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة

نستخلص من نص المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، السالف الذكر، أنّه كلّما كان محل الاتفاقية أو أي التزام مقيّد للمنافسة فإنّه يبطل، بل وأكثر من ذلك، أقرّ المشرّع الجزائرى بطلان كل شرط تعاقدى مقيّد للمنافسة دون بطلان كل الاتفاقية.

¹ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، المرجع السابق، ص 62.

² - ناصري نبيل، المركز القانون لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر رقم 03-03، المرجع السابق، ص 49.

³ - Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, JORF n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20831 ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 344.

وقد نصّت المادة L.420-3 من التقنين التجاري الفرنسي على ما يلي:

« يكون كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى يتعلق بممارسة محظورة بموجب المواد L.420-1 و L.420-2 و L.420-2,1 باطلاً »⁽¹⁾.

1 - طبيعة البطلان

تهدف قاعدة حظر التعسف في وضعية الهيمنة المنصوص عليها في المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والمادة L.420-2,1 من التقنين التجاري الفرنسي إلى تحقيق مصلحة عامة وهي ضمان حرية المنافسة النزيهة وتنظيم سير اقتصاد السوق، فإنّها تعتبر متعلقة بالنظام العام الاقتصادي، وبالتالي يتعلق البطلان المقرر في كل من المادة 13 من الأمر السالف الذكر والمادة L.420-3 من التقنين التجاري الفرنسي أيضا "بالنظام العام الاقتصادي" وهو بطلان مطلق⁽²⁾، فإنّه يجب أن نكون قادرين على استخلاص كل ما يترتب عن المبادئ العامة للقانون المدني المتعلقة بالبطلان المطلق، لاسيما أنه يمكن إثارة البطلان من قبل أحد المتعاقدين⁽³⁾.

2 - صاحب الحق في رفع دعوى البطلان

يمكن أن ترفع دعوى البطلان المطلق أمام الهيئة القضائية المختصة طبقا للقواعد العامة، من كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة ومصلحة⁽⁴⁾، إذ نصّت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنّه:

« إذا كان العقد باطلا باطلا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة »⁽⁵⁾.

لا تمنح المادة L.420-3 من التقنين التجاري الفرنسي لوزير الاقتصاد الفرنسي السلطة ليحل محل الأطراف لطلب بطلان التزام متعلق بالمادة L.420-2,1 من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁶⁾، بينما يمنح له أو لمن يمثله إمكانية إيداع الاستنتاجات أمام الهيئات القضائية المدنية، وشرحها والتعمق في تحليلها شفويا في الجلسة. يمكن له أيضا

¹ - L'article L.420-3 du code de commerce français dispose :

« Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L.420-1, L.420-2 et L.420-2-1 » ; www.legifrance.gouv.fr/

² - Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 347.

³ - Ibid.

⁴ - لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المنافسة للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 147.

⁵ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المرجع السابق ذكره.

⁶ - Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », Juris-Classeur concurrence-consommation, Fasc. 382, 1/2010, p. 05.

تقديم محاضر وتقارير التحقيق وهذا تطبيقا للمادة L.470-5 من التقنين نفسه⁽¹⁾. أمّا في الجزائر، فإنّ للوزير المكلف بالتجارة التمسك بهذا البطلان، طبقا للمادة 102 من القانون المدني السالفة الذكر.

وفي غياب نص خاص، فإنّ هذا البطلان لا يصحح ويمكن أن يحكم به ولو كانت الممارسة المعنية قد تمّ تصحيحها بواسطة إصدار أمر من طرف مجلس المنافسة⁽²⁾.

يجوز لأطراف العقد المتعلق بالممارسة المقيّدة للمنافسة طلب بطلان الالتزام أو العقد الذي أبرمته. وتبعا لمحكمة النقض الفرنسية، فإنّه: « يحق لأي متعاقد الاحتجاج على الطابع غير المشروع للاتفاقية المعرضة للبطلان »⁽³⁾. وعلاوة على ذلك، وضّحت المحكمة أيضا بأنّه: « يجوز النطق ببطلان اتفاقية تتعلق بممارسة مقيّدة للمنافسة المحظورة حتى ولو لم تشارك كل الأطراف المتعاقدة أو أنها لم تكن على علم »⁽⁴⁾. ومع ذلك، لا تحتوي المادة L.420-3 من التقنين التجاري الفرنسي على « إعفاء من الامتثال لمبدأ الوجاهية الذي يترتب عنه استدعاء بشأن القضية (...) كل الأطراف التي وقعت على الاتفاقيات التي تحتوي على شرط موضوع دعوى البطلان التي تم رفعها »⁽⁵⁾.

لا يهم إذا كان مقدم طلب بطلان اتفاقية ليس طرفا في العقد. وهكذا، قضت محكمة استئناف باريس ببطلان اتفاقيتين وفقا لأحكام قانون المنافسة الاتحادي، وهذا مع أنّه لم تكن الشركة التي أثارت البطلان طرفا، إلّا في إحدى هذه العقود⁽⁶⁾. وبالمثل، يجب أن يتمّ نقض القرار الذي يرفض طلب بطلان عقد الإيجار الذي قدّمه المستأجر السابق، على أساس أنّ هذا الأخير لم يكن على الإطلاق حائزا على أيّ حق. وأشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أنّه كان ينبغي على محكمة استئناف باريس البحث، على وجه الخصوص، إذا كان لهذا المستأجر أم لا مصلحة في وقف الممارسة المقيّدة للمنافسة⁽⁷⁾.

3 - أثر البطلان

¹ - Voir l'article L.470-5 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

² - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 359.

³ - Cass. com., 3 janvier 1996, n° 94-13169 : Juris-Data n° 1996-000169 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 05.

⁴ - Cass. com., 24 octobre 2000, n° 98-14382 ; Voir, Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., pp. 347 – 348.

⁵ - CA Paris, 22 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-112581 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 05.

⁶ - CA Paris, arrêt du 31 mai 2006, MKat c/ Salmon et Interchange ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 05.

⁷ - Cass. com., 14 octobre 2000, n° 98-14382 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 05.

مثل اجتهداها في القانون المدني الفرنسي، ترى محكمة النقض الفرنسية أنه في قانون المنافسة، إن بطلان التزام « يترتب عنه حرمانه بصفة رجعية من أي أثر »⁽¹⁾. وفقا لذلك، يجب أن تعاد الأطراف إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، مما يعني الاسترداد المتبادل العيني حيثما أمكن ذلك، وإلا من حيث القيمة. وفي هذه الحالة الأخيرة، نقصد بالقيمة قيمة المال في تاريخ العقد والتي يجب أخذها بعين الاعتبار، وهي لا تساوي سعر البيع بالضرورة⁽²⁾.

وفي القانون الجزائري، فإنه في حالة بطلان العقد يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، فإن كان هذا مستحيلا، جاز الحكم بتعويض معادل⁽³⁾. ويقع البطلان على كل الاتفاق أو على شرط معين فيه. وفي الحالة الأخيرة، فإنه يبحث القاضي عما إذا كان الشرط جوهريا أو أنه يمكن استمرار الاتفاق بعد بطلان هذا الشرط أو تغييره⁽⁴⁾.

أ - أثر البطلان في مواجهة الغير

ينتج عن البطلان آثار في مواجهة الكافة (Les effets erga omnes). وفي فرنسا، لم يكن هذا هو الحال في إطار الأمر رقم 45-1483 المؤرخ في 30 جوان 1945⁽⁵⁾، والذي كان يمنع على الأطراف الاحتجاج على بطلان اتفاقهم في مواجهة الغير، وهذا بموجب المادة 2/50 منه، بينما لم يتضمن الأمر رقم 86-1243 المؤرخ في 12 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة وحرية الأسعار هذا الحكم. وقد تم استخلاص بأن هذا التخلي كان بمثابة عودة إلى القواعد العامة للبطلان⁽⁶⁾، إذ أن المقصود بالبطلان هو حماية حرية السوق وبالتالي المصلحة العامة⁽⁷⁾.

ب - أثر البطلان في مواجهة الطرفين

يستطيع أي طرف في الالتزام أو الاتفاق المقيّد للمنافسة المطالبة ببطلان ما التزم به من اتفاقات أو شروط في حالة تقييدها للمنافسة⁽⁸⁾.

¹ - Cass. com., 3 janvier 1996, n° 94-13.169 ; Cass. com., 6 février 2007, n° 05-13.204 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 06.

² - M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 584.

³ - راجع المادة 103 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق ذكره.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 359.

⁵ - Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, JORF du 8 juillet 1945, p. 4150 ; www.legifrance.gouv.fr/

⁶ - Sur ce point, voir, M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, op. cit., p. 584.

⁷ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 359.

⁸ - المرجع نفسه.

4 - تقادم دعوى البطلان

تتقادم دعوى البطلان بمضي خمسة عشر (15) سنة من وقت إبرام العقد، وهذا وفقا لنص المادة 102/2 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾. وفي القانون الفرنسي، تمّ تعديل النظام المتعلق بتقادم دعوى البطلان بموجب القانون رقم 561-2008 المؤرخ في 17 جوان 2008 والذي دخل حيّز التنفيذ في 19 جوان 2008⁽²⁾. عدّل هذا القانون الجديد المادة 2224 من التقنين المدني الفرنسي، والتي أصبحت تنص على أنّه تسقط الدعاوى الشخصية أو الدعاوى الواردة على المنقولات بمضي خمس (05) سنوات ابتداءً من اليوم الذي علم فيه صاحب الحق أو كان عليه أن يعلم بالوقائع التي تسمح له بممارسته. قبل دخول القانون السالف الذكر حيّز التنفيذ، كانت مدّة تقادم دعوى بطلان الاتفاقيات المتعلقة بالممارسة المقيّدة للمنافسة 30 سنة، وهذا راجع لطابع النظام العام للقانون الاقتصادي للمنافسة، والتي تبدأ سريانها من وقت إبرام العقد أو زوال سبب البطلان (المادة السابقة 2262 من التقنين المدني الفرنسي)⁽³⁾.

ثانيا: الفصل في طلب التعويض عن الأضرار التي سببها التعسّف في وضعية الهيمنة

يُفهم من نص المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، السالفة الذكر، بأنّه يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيّدة للمنافسة وفق مفهوم الأمر السالف الذكر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به. وكان الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة - الملغى - أكثر دقة، وذلك في مادته 1/27 والتي نصّت على:

« يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي اعتبر نفسه متضررا من ممارسة منافية للمنافسة، وفق مفهوم أحكام الأمر، أن يرفع دعوى أمام الهيئات القضائية المختصة طبقا لقانون الإجراءات المدنية لطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه »⁽⁴⁾.

ولا نجد لهذا النص ما يقابله في التقنين التجاري الفرنسي، إلّا أنّه يمكن رفع دعوى التعويض أمام القاضي المختص بصفة تبعية أو بصفة مستقلة عن دعوى البطلان، من كل شخص طبيعي أو معنوي اعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيّدة للمنافسة، وهذا بموجب المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي⁽⁵⁾.

¹ - راجع المادة 102/2 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المرجع السابق ذكره.

² - Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008, p. 9856 ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., pp. 05 - 06.

⁴ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره (ملغى).

⁵ - Voir l'article 1382 du code civil français ; www.legifrance.gouv.fr/

وقد قصد المشرع الجزائري، في إحالته في المادة 48 السالفة الذكر إلى التشريع المعمول به في هذا المجال، المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على أن: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض »⁽¹⁾.

1 - صاحب الحق في طلب التعويض

يمكن رفع دعوى التعويض إما من المتضرر من جراء التعسف في وضعية الهيمنة وإما من طرف جمعيات حماية المستهلك.

أ - طلب التعويض من طرف المتضرر من جراء التعسف في وضعية الهيمنة

وفقا للمادة 48 من الأمر رقم 03-03 المذكورة أعلاه، يمكن لأيّ متضرر من التعسف في وضعية الهيمنة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يطلب التعويض في مقابل الأضرار التي لحقت من جراء هذه الممارسة. ويكون الضحايا المباشرين للممارسات المقيدة للمنافسة هم المعنويين في المقام الأول برفع دعوى التعويض: المنافسين (الممارسات الاستيعادية)، والعملاء أو الشركاء (الممارسات التمييزية). أمّا بالنسبة للمستهلكين، فإنّهم عادة ما يكونون ضحايا غير مباشرين للممارسات المقيدة للمنافسة. ومع ذلك، قد تكون لديهم مصلحة في رفع الدعوى عندما تتأثر مصالحهم في حال ارتفاع الأسعار أو منع دخول منتج مثلا. وقد يتصرفون، إمّا بشكل فردي وذلك برفع دعوى التعويض، أو عن طريق الجمعية⁽²⁾، وهذا ما نتطرق إليه أدناه.

ب - طلب التعويض من طرف جمعيات حماية المستهلك

في الجزائر، يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تطلب التعويض في مقابل الضرر الذي لحق بمصالحها الجماعية، وهذا طبقا للمادة 48 المذكورة أعلاه.

وفي فرنسا، أدى عدم كفاية وفعالية الطعون الجماعية المفتوحة للمستهلكين، بمجملها، إلى تهميش حق المستهلكين في مقاضاة العدالة بشكل جماعي⁽³⁾. لذا تمّت المصادقة على مشروع القانون المتعلق بالاستهلاك

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المرجع السابق ذكره.

² - M-C. BOUTARDLABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, op. cit., pp. 597 - 598.

³ - في فرنسا، تتمثل الطعون الجماعية المفتوحة للمستهلكين في: دعوى من أجل المصلحة الجماعية للمستهلكين (L'action dans l'intérêt collectif des consommateurs ودعوى للحد من التصرفات غير المشروعة وإزالة الشروط غير المشروعة أو التعسفية) (L'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives) ودعوى التمثيل المشترك (L'action en représentation conjointe)؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذه الطعون، أنظر،

- Anne-Laure VINCENT & Hortense DE ROUX, « Les actions de groupe, une réforme nécessaire au regard des lacunes des procédures alternatives prévues par le droit français », LPA n° 60, Lextenso/éditions, 25 mars 2014, pp. 14 - 16.

في 13 فيفري 2014 والذي تمّ نشره في الجريدة الرسمية في 18 مارس 2014⁽¹⁾، والذي أنشأ الدعوى الجماعية والتي تتعلق « بالتعويض عن الخسارة المالية الناتجة عن الأضرار المادية التي لحقت بالمستهلكين سواء بمناسبة بيع أملاك أو تقديم خدمات أو عندما تكون هذه الخسارة ناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة »⁽²⁾.

وبذلك، يهدف قانون 13 فيفري 2014، السالف الذكر، إلى كسر عزلة المستهلكين في التعويض الجماعي عن الأضرار الفردية التي تصيبهم وخلق آلية فعالة للحصول على تعويضات. ويهدف هذا القانون أيضا إلى تبسيط المعالجة القضائية للضرر الشامل من خلال التركيز أمام محكمة واحدة ونفسها (الجهة القضائية المدنية) مجموعة من الدعاوى الفردية المرفوعة ضدّ مهني نفسه والتعويض عن النوع نفسه من الضرر⁽³⁾.

ويتمّ رفع هذه الدعاوى من قبل جمعيات المستهلكين المعتمدة من قبل الدولة، كما أنّه يتمّ حصر قرار التعويض فقط على الأشخاص المنخرطين في المجموعة.

وهكذا وبتعزيز الحقوق الجماعية للمستهلكين، يهدف هذا القانون إلى إدخال نظام فعال للدعوى الجماعية في فرنسا. يمكن أن تكون لهذه الدعاوى، وهذا خارج منطق تعويض هؤلاء، غاية اقتصادية واجتماعية: إعادة التوازن في العلاقات بين المستهلك والمؤسسة⁽⁴⁾.

2 - شروط التطبيق: طلب التعويض على أساس المسؤولية المدنية التقصيرية

ترفع دعوى التعويض عن الضرر اللاحق بسبب التعسف في وضعية الهيمنة أمام الجهات القضائية المدنية أو التجارية، على أساس المادة 48 من الأمر رقم 03-03 السالفة الذكر والمادة 124 من القانون المدني الجزائري، بينما ترفع هذه الدعوى في القانون الفرنسي على أساس المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي. ففي الواقع، تتوفّر في هذه الدعوى خصائص دعوى المسؤولية التقصيرية، إذ يجب على المدعي أن يثبت الممارسة الخاطئة والضرر التنافسي والعلاقة السببية بينهما⁽⁵⁾.

أ - إثبات الممارسة الخاطئة

هناك تفسيران يسمحان بوصف التعسف بخطأ مدني:

- تبعا للتفسير الأول، يصبح السلوك، الذي لا يشكل خطأ في حدّ ذاته، خطأ عندما تقوم مؤسسة مهيمنة بتنفيذه. علينا أن نتذكّر أنّه بسبب المسؤولية الخاصة التي تقع على عاتق المؤسسات المهيمنة، فإنّ القواعد

¹ - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, op. cit.

² - Voir l'article L.423-1 du code de la consommation (Créé par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 – art. 1) ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Ozan AKYUREK, « La class action enfin adoptée ! », LPA n° 60, Lextenso/éditions, 25 mars 2014, p. 03

⁴ - Ibid.

⁵ - لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المنافسة للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، المرجع السابق، ص 147.

السلوكية الواجب اتباعها من قبلها تتغير، مما يسمح بمعاقبته للسلوك الذي هو بطبيعته لا يشكل خطأ. ولأنه يصبح التعسف خطأ عندما يُرتكب من قبل مؤسسة مهيمنة، فإنه يترتب عنه المسؤولية المدنية⁽¹⁾.

- تبعا للتفسير الثاني، يشكل السلوك خطأ في حد ذاته لأنه يكشف عن خرق لقاعدة قانونية (المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والمادة L.420-2¹ من التقنين التجاري الفرنسي والمادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي والتي تتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة). في الواقع، ووفقا للتعريف التقليدي، فإن الخطأ هو « خرق لالتزام مسبق ». وكون التعسف في وضعية الهيمنة هو خرق للقواعد التي تحظره، فإنه يشكل خطأ⁽²⁾.

وبذلك، تم التمسك بخطأ تم ارتكابه من قبل شركتين والمتمثل في القيام بالضغط على شركات تنظيم الأحداث الرياضية، من خلال التعسف في وضعيتهما المهيمنة حتى في سوق المساحات الإعلانية لهذه المسابقة⁽³⁾.

ب - إثبات الضرر التنافسي

إذا انتفى الضرر فلا تقوم المسؤولية لأن هدفها إزالة الضرر وتكون الدعوى غير مقبولة، إذ لا دعوى بغير مصلحة. ويمكن أن تُعرف الضرر بمعناه العام بأنه « الأذى الذي يُصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه »⁽⁴⁾.

أما الضرر التنافسي، فهو الضرر الناتج عن خسارة مؤكدة و، عند الاقتضاء، ما فات من ربح. يتطلب مبدأ فعالية قانون الاتحاد الأوروبي أن يتم الأخذ في الاعتبار هذين العنصرين في تقييم الضرر التنافسي⁽⁵⁾. مبدئيا، يجب أن يكون الضرر اللاحق شخصا ومباشرا ومحققا⁽⁶⁾. ومع ذلك، يمكن أن يكون الضرر جماعيا ويُقصد به الضرر الذي لا يقع على شخص بعينه، وإنما يمس مجموعة من أفراد ينتمون إلى مهنة محددة، أو

¹ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 264.

² - Ibid.

³ - CA Paris, 28 juin 2002 : Juris-Data n° 2002-186210 ; Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 06.

⁴ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - الواقعة القانونية - (العمل غير المشروع - شبه العقود - والقانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، 2004، ص 75.

⁵ - CJCE, arrêt du 13 juillet 2006, Manfredi, aff. 295 à 298/04 ; Voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 265.

⁶ - CA Paris, arrêt du 22 octobre 1997 : Juris-Data n° 1997-023295 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 07.

أعضاء جمعية معينة كجمعيات حماية حقوق المستهلك، حيث يتمثل الضرر في التعدي على المصالح الجماعية التي تتولى هذه الجمعيات الدفاع عنها⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، يتم تقييم المصلحة في رفع الدعوى أمام الجهات القضائية العادية بشكل مختلف عن تقييم المصلحة في إخطار سلطة المنافسة الفرنسية (مجلس المنافسة الجزائري)، بحيث تقوم هذه الأخيرة بالبحث فقط عما إذا كانت الممارسة لها غرض مقيد للمنافسة أو من المحتمل أن يكون لها أثر مقيد للمنافسة في السوق، ولا تبحث ما إذا كانت الممارسة تحمل مساسا لحالة شخص معين⁽²⁾.

يتميز الضرر الشخصي عن الضرر الذي يلحق بالاقتصاد، بحيث يستطيع هذا الأخير أن يؤثر على جميع جوانب السوق، إما عن طريق المساس بالطلب، وإما عن طريق التأثير على العارضين المنافسين، ولا يقتصر على الأضرار التي لحقت بشركات محددة⁽³⁾.

وقد تم اعتبار كأضرار قابلة للتعويض في إطار الدعوى المرفوعة على أساس المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي: الضرر المالي والضرر الناتج عن امتصاص العملاء أو الضرر الناتج عن عودة العملاء (ظاهرة ولاء العملاء)⁽⁴⁾. قد يعتمد القضاة على الخبرة لتحديد الضرر الذي لحق بضحية الممارسات المقيدة للمنافسة وقيمه⁽⁵⁾.

ج - إثبات العلاقة السببية

يجب على الشخص الذي يدعي أنه ضحية الممارسات المقيدة للمنافسة أن يثبت وجود علاقة مباشرة بين الضرر والأخطاء المنسوبة إلى الشركات التي ارتكبت هذه الممارسات⁽⁶⁾.

وبالتالي، يجب على ضحية التعسف في وضعية الهيمنة أن تثبت بأن الممارسة التعسفية هي التي تسببت في ضررها. يجب التمييز بين ما هو نتيجة مباشرة للتعسف عما هو نتيجة لأسباب أخرى: الظروف الاقتصادية وتطور السوق وسلوك الضحية. تدمر هذه الأسباب الأجنبية العلاقة السببية بين التعسف والضرر⁽⁷⁾. لذا، يتحقق

¹ - لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006/2005، ص 374.

² - CA Paris, arrêt du 22 octobre 1997 : Juris-Data n° 1997-023295 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 07.

³ - Cons. conc., décision n° 05-D-45 du 22 juillet 2005, relative à des pratiques mises en œuvre lors de passation d'un marché de rénovation de l'usine d'incinération d'Issy les Moulineaux ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

⁴ - CA Paris, arrêt du 23 juin 2004 : Juris-Data n° 2004-247697 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 07.

⁵ - CA Paris, arrêt du 30 septembre 1998 : Juris-Data n° 1998-022264 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 07.

⁶ - CA Versailles, arrêt du 24 juin 2004 : Juris-Data n° 2004-282578 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 07.

⁷ - " A. Marchand, « Dommages concurrentiels. Contentieux et indemnisation. Réponses pratiques », RLC octobre/décembre, 2007, p. 154 : « Il arrive que le dommage résulte, non des pratiques anticoncurrentielles, mais de causes extrinsèques comme, par exemple, l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents, ou encore de causes intrinsèques, les choix effectués par la victime » ; Sur ce point, voir, Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 266.

القضاة ممّا إذا كان الضرر الذي تمّ إثارته ناتجا فقط عن الممارسات المقيدة للمنافسة، أو إذا كان آتيا من عوامل أخرى⁽¹⁾. وهكذا، يعوض القضاة جزئيا فقط الخسائر التي تتعرّض لها الضحية من الممارسات المقيدة للمنافسة، عندما ينسب الضرر الذي تمّ إثارته من قبل هذه الأخيرة إليها جزئيا، على سبيل المثال، « في جهلها الخاص لخصوصيات المهنة التي باشرت فيها وعدم وضوح بعض متطلباتها »⁽²⁾.

3 - تقادم دعوى التعويض

في الجزائر، تسقط دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن الممارسة المقيدة للمنافسة (التعسف في وضعية الهيمنة) بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار⁽³⁾.

وفي فرنسا، تمّ تعديل النظام المتعلق بتقادم دعوى المسؤولية (التعويض) بموجب القانون رقم 2008-561، المؤرخ في 17 جوان 2008 والذي دخل حيّز التنفيذ في 19 جوان 2008⁽⁴⁾. عدّل هذا القانون الجديد المادة 2224 من التقنين المدني الفرنسي، والتي أصبحت تنص على أنّه تسقط الدعاوى الشخصية أو الدعاوى الواردة على المنقولات بمضي خمس (05) سنوات ابتداءً من اليوم الذي علم فيه صاحب الحق أو كان عليه أن يعلم بالوقائع التي تسمح له بممارسته⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: العلاقة التوزيعية والتكاملية بين الهيئات القضائية العادية ومجلس المنافسة فيما يتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة

يمكن إخطار الهيئات القضائية العادية بالمنازعة المدنية للمنافسة (Contentieux civil de la concurrence)، إمّا بشكل مستقل، بغضّ النظر عن الدعوى المرفوعة أمام مجلس المنافسة الجزائري (سلطة المنافسة الفرنسية)، أو بعد الدعوى الممارسة أمام هذا الأخير.

ففي حالة الدّعى المدنية للمنافسة اللاحقة (une action consécutive)، يُستثنى بالتبعية من إمكانية المطالبة ببطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى متعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة المُستثنى من الحظر الموجب للعقوبة بموجب المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽⁶⁾، وما يترتب عن ذلك من حق في

¹ - إذ نصت المادة 127 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، على ما يلي :

« إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ».

² - CA Versailles, arrêt du 24 juin 2004 : Juris-Data n° 2004-282578 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 07.

³ - راجع المادة 133 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المرجع السابق ذكره.

⁴ - Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, op. cit.

⁵ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 07.

⁶ - راجع المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

في التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتضررين منه، وهذا تطبيقا لنص المادة 13 من الأمر ذاته، وذلك حتى لا يقع القاضي في إشكال بطلان التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى متعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة تم ترخيصه رغم تأثيره على المنافسة، وذلك لاعتبارات أخرى.

كما أنه، وبموجب المادة 13 ذاتها، فإذا تحصل صاحب ممارسة على تصريح بعدم التدخل بشأنها من قبل مجلس المنافسة الجزائري، والذي صرح من خلاله بأن تلك الممارسة المعنية لا تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة، وبالتالي، فإنها لا تستدعي تدخله وفقا لنص المادة 08 من الأمر السالف الذكر⁽¹⁾، فإنه من المنطقي جدا أنه لا يمكن المطالبة على أساس المادة 13 السالفة الذكر ببطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى متعلق بتلك الممارسة مادام أنها لا تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة وأقر المجلس بسلامتها.

أما في فرنسا، ودائما في حالة الدعوى المدنية للمنافسة اللاحقة، فإنه يجب أن نميز فيما إذا اتخذ قرار بشأن الدعوى العمومية (l'action publique) من قبل هيئات الاتحاد الأوروبي أو من قبل الهيئات الفرنسية.

عندما تكون اللجنة الأوروبية هي التي تفصل، فإن قرارها يكون ملزما اتجاه الجهات القضائية العادية، كما هو واضح من خلال المادة 16 من النظام رقم 2003/01 المؤرخ في 16 ديسمبر 2003⁽²⁾. بالمقابل، إذا كانت سلطة المنافسة الفرنسية هي من تفصل في المنازعة الموضوعية، فإن قرارها غير ملزم اتجاه القاضي العادي، والذي له أن يقرر بشأن تكيف التعسف في وضعية الهيمنة. وترى الأستاذة (Anne-Sophie CHONÉ) بأنه ينشأ غياب الأثر الملزم من حقيقة كون قرارات سلطة المنافسة الفرنسية غير حائزة على حجية الشيء المقضي (l'autorité de la chose jugée)، وهذا لعدم كون هذه السلطة جهازا ذا طبيعة قضائية⁽³⁾.

ولكن من الناحية العملية، يكون من الصعب على القاضي العادي أن يستبعد التكيف المتخذ من قبل سلطة المنافسة الفرنسية⁽⁴⁾، إذ مثلا، لا يمكن للهيئات القضائية العادية. ومع ذلك، عندما يتم إخطارها بطلب التعويض تبعا للممارسات الاتفاق التي تم معاينتها من قبل مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة)، أن تقوم بإعادة النظر في الوقائع والبحث من جديد إذا كانت تشكل اتفاقا أو ممارسات محظورة بموجب المادة L.420-1 أو L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي، وذلك تحت طائلة المساس بحجية الشيء المقضي للقرارات الصادرة في الموضوع عن مجلس المنافسة الفرنسي⁽⁵⁾، إذ يعترف هذا الأخير لقراراته الخاصة به بنوع من حجية

¹ - راجع المادة 08 من الأمر نفسه.

² - Voir l'article 16 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, op. cit.

³ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., p. 259.

⁴ - Ibid.

⁵ - CA Paris, arrêt du 22 octobre 1997 : Juris-Data n° 1997-023295 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 06.

حجية الشيء المقضي، من خلال عدم قبول الشكاوى المتعلقة بممارسات لم تكن "متميزة ماديا" عن الممارسات التي كانت محل قرار⁽¹⁾.

وينبغي على سلطة المنافسة اتباع هذا النهج، لأنه مبني على قاعدة عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين (Non bis in idem) والتي تُعرف بأنها تهدف لمنع الإدانة المزدوجة للأفعال ذاتها وعلى الأساس ذاته⁽²⁾. قام مجلس المنافسة الفرنسي، في قراره لعام 2007⁽³⁾، بوضع بصفة واضحة ثلاثة شروط لتطبيق مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص لمرتين للفعل ذاته: وجود القرار الأول في موضوع الدعوى، تحديد هوية الأطراف وهوية الموضوع، تبقى هذه الشروط الثلاثة صالحة دون شك، بشرط عدم تغيير المحتوى الاقتصادي والقانوني المعني⁽⁴⁾.

اقترح الكتاب الأبيض المتعلق بدعاوى التعويض - الفوائد لمخالفة قواعد الاتحاد الأوروبي بشأن الاتفاقات والتعسّفات في وضعية الهيمنة (والذي تمّ تقديمه من قبل اللجنة الأوروبية في 2 أبريل 2008) منح الأثر الملزم للقرارات الصادرة عن سلطات المنافسة الوطنية على أساس المواد 81 و 82 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية (TCE) (حاليا المواد 101 و 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي (TFUE)) من أجل ضمان "التطبيق الموحد" لمواده و"زيادة الأمن القانوني"⁽⁵⁾.

بالمقابل، فإنّ حرية القاضي كاملة في حالة الدعوى المستقلة (L'action autonome). يجب على الأطراف إثبات ادعاءاتهم بأنفسهم، والذي قد يكون صعباً في حالة الجرائم الاقتصادية. هناك صعوبة فيما يتعلق بالوصول إلى عناصر الإثبات والتي غالبا ما تكون في حوزة الخصم، وكذلك تحليل هذه العناصر التي تتطلب خبرة اقتصادية ذات درجة عالية من التقنية.

علاوة على ذلك، فإنّ القاضي المدني، وبخصوص الدعوى المدنية للمنافسة، يتعيّن عليه ومن أجل الوصول إلى حكم ببطالان التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى متعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة أو الحكم بالتعويض للضحية أن يقوم بتكييف الوقائع المطروحة عليه، وما إذا كانت هذه الوقائع تشكّل فعلا ممارسة مقيّدة للمنافسة، وبالتالي، تبطل كل الاتفاقيات المتعلقة بها. وبطبيعة الحال، يتمّ هذا التكيف وفقا لقواعد قانون المنافسة باعتباره القانون الذي يُعرّف بهذه الممارسة، كما يقوم بدراسة الأسواق التي تمت فيها الوقائع، وتحديد مدى تأثيرها على المنافسة. وبالتالي، فإنّه يُطلب من القاضي أن يستعمل إلى أقصى حدّ جميع السلطات

¹ - Cons. conc., décision n° 02-D-75 du 17 décembre 2002, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires des sociétés Scoot France et Fonecta France ; www.autoritedelaconurrence.fr/

² - Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 278.

³ - Cons. conc., décision n° 07-D-03 du 24 janvier 2007, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe par la société Clarins SA ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁴ - Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 278.

⁵ - Anne-Sophie CHONÉ, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), op. cit., pp. 259 – 260.

الممنوحة له، لاسيما تلك المتعلقة بإجراء تحقيق إيجابي أو طلب المساعدة من سلطة المنافسة الفرنسية (مجلس المنافسة الجزائري)⁽¹⁾.

ففي الجزائر، نصّت المادة 1/38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: « يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيّدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر، ولا يبدي رأيه إلاّ بعد إجراءات الاستماع الحضورى، إلاّ إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية ».

نستخلص من نص المادة السالفة الذكر، أنّ الهيئات القضائية من الهيئات المؤهلة لطلب استشارة مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيّدة للمنافسة، كالتعسف في وضعية الهيمنة محلّ الدراسة. مع أنّه يدخل رأي مجلس المنافسة ضمن أنواع الاستشارة الجوازية لمجلس المنافسة. إضافة إلى أنّه غير ملزم للقاضي، وإنّما يأخذه على سبيل الاستئناس تماما مثلما هو الحال بشأن تقرير الخبرة التي يطلبها القاضي في القضايا التي يرى ضرورة الاستعانة بخبير من أجل الحكم فيها⁽²⁾.

ويقابل المادة 1/38 المذكورة أعلاه نص الفقرة الأولى من المادة L.462-3 من التقنين التجاري الفرنسي⁽³⁾. وبالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها، فإنّه يمكن أن تسلم سلطة المنافسة الفرنسية كل العناصر التي بحوزتها والمتعلقة بالممارسات المقيّدة للمنافسة المعنية (التعسف في وضعية الهيمنة)، لأية هيئة قضائية تستشيرها أو تطلب منها تقديم مستندات لم تكن من قبل بحوزة طرف في القضية. ويمكن أن تفعل ذلك في الحدود ذاتها عندما تقدم ملاحظات بمبادرة منها أمام هيئة قضائية⁽⁴⁾. ولا نجد مثيلا لهذه الفقرة في قانون المنافسة الجزائري رغم أهميتها في مساعدة القاضي في حلّ المنازعات المدنية للمنافسة.

يرى مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) بأنّ الهيئات القضائية التي تخرجه هي الوحيدة التي تقرّر أهمية الأسئلة التي يتمّ إخضاعها لرأيه. وهكذا، رفض مجلس المنافسة الفرنسي إعادة صياغة سؤال طرح عليه، أو أن يخطر نفسه بسؤال لم يتمّ طرحه عليه⁽⁵⁾.

عندما يتمّ إخطارها من قبل الهيئات القضائية، فإنّه يمكن أن يُطلب من سلطة المنافسة الفرنسية البتّ في أسئلة مختلفة، لاسيما حول مشروعية شرط عدم المنافسة وحول تعريف الأسواق المرجعية أو عن وضعية

¹ - Ibid., p. 260.

² - بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، المرجع السابق، ص ص. 105 - 107.

³ - Voir l'article L.462-3,1 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁴ - Voir l'article L.462-3,2 du même code.

⁵ - Cons. conc., avis n° 05-A-20 du 9 novembre 2005, relatif à une demande présentée par le tribunal de grande instance de Paris concernant un litige opposant la société Luk Lamellen à la société Valeo ; www.autoritedelaconcurrence.fr/

مؤسسة في هذه الأسواق وحول وجود تعسف في وضعية الهيمنة أو عن تكييف منع البيع اتجاه حظر التعسفات في وضعية الهيمنة⁽¹⁾.

وبالمقابل، لا ينبغي أن يفرض حكم الهيئات القضائية العادية الفاصل في نزاع بين المؤسسات الرامي إلى وقف الممارسات والحصول على تعويض وفوائد على سلطة المنافسة الفرنسية (مجلس المنافسة الجزائري) التي ثبتت في إطار المحافظة على النظام العام الاقتصادي⁽²⁾. فبصفة عامة، لا ترتبط السلطة بما قرّرت المحاكم: « إنّ القرار الصادر في نزاع بين أشخاص محددين (Particuliers) ليس له تأثير على القرارات التي تصدرها سلطة المنافسة الفرنسية والمتمتعة بسلطة معاقبة الممارسات المقيّدة للمنافسة بهدف الحفاظ على النظام العام الاقتصادي، وهذا عند ممارسة المهام المسندة إليها »⁽³⁾.

وأخيرا، نتوصل في هذا الصدد إلى أنّ العلاقة القائمة بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية هي علاقة توزيعية، إذ أنّ مجلس المنافسة يرجع له الاختصاص في قمع التعسف في وضعية الهيمنة ما عدا بطلان أيّ التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى متعلّق بذلك التعسف أو الفصل في التعويض عن الضرر الناجم عنه، إذ أنّه يرجع الاختصاص في ذلك للمحاكم العادية (المدنية أو التجارية)، كما أنّها علاقة تكاملية، إذ أنّ مجلس المنافسة يسعى إلى حماية المنافسة في السوق والنظام العام الاقتصادي، في حين تسعى المحاكم إلى حماية المنافسين، وبالتالي لا يمكن تصوّر أحدهما دون الآخر، أي المنافسة والمنافسين في السوق.

المطلب الثاني: مساهمة القاضي الإداري في حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة

إنّ الحديث عن اختصاص الهيئات القضائية الإدارية في مجال المنافسة نابع من إخضاع المشرّع الجزائري، من خلال قانون المنافسة، الأشخاص العامة لقواعد المنافسة⁽⁴⁾، ممّا أدّى إلى إمكان توافر اختصاص القضاء الإداري، إذ لا يختص مجلس المنافسة الجزائري في الفصل في مشروعية القرارات الإدارية والتي تترجم ممارسة امتيازات السلطة العامة وإن كانت هذه القرارات سببا في وقوع ممارسات مقيّدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة.

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 08.

² - Cons. conc., décision n° 04-D-21 du 17 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise ; Décision n° 08-D-27 du 20 novembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Total France, sur le marché de la commercialisation de produits pétroliers raffinés dans le sud de la France ; www.autoritedelaconurrence.fr/

³ - Aut. conc., décision n° 13-D-10 du 6 mai 2013 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les Messageries Lyonnaises de presse (MLP) ; www.autoritedelaconurrence.fr/

⁴ - راجع المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 02 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، والمعدلة كذلك بموجب المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

ففي فرنسا، وبفضل اجتهاد محكمة التنازع ومجلس الدولة، يضمن حاليا القاضي الإداري امتثال أعمال الإدارة بالمعنى الواسع لقانون المنافسة⁽¹⁾. فأمام القاضي الإداري، يمكن أن تولد منازعات التعسف في وضعية الهيمنة لما يثير المتقاضي قاعدة من قواعد المنافسة بمناسبة عمل إداري صادر عن شخص عام ويدّعي أنّ هذا العمل مخالف للسير الحسن للمنافسة. في هذه الحالة، فإنّ الهيئة القضائية الإدارية مدعوة لتطبيق قانون المنافسة للفصل في النزاع⁽²⁾؛ لذا فإنّنا نتطرق، في هذا الصدد، لدراسة مسألة تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري. هذا من جهة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى، نتناول البحث عن مجالات تدخل القضاء الإداري الجزائري في مادة التعسف في وضعية الهيمنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسألة تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري

نتطرق في هذا المجال لدراسة قواعد الاختصاص للقاضي الإداري، ثمّ لسلطات هذا الأخير في المنازعات الإدارية المتصلة بالتعسف في وضعية الهيمنة.

أولاً: قواعد الاختصاص للقاضي الإداري

إذا تصرّفت الإدارة العامة بصفقتها عوناً اقتصادياً ومارست إحدى نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، فإنّه لا ينبغي الحديث عن مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي. من الواضح أنّ مجلس المنافسة هو المختصّ برقابة هذه النشاطات، والقضاء العادي هو المختصّ في الطعون ضدّ قرارات هذا المجلس. وإن لم يكن الأمر كذلك، بمعنى إذا تصرّفت الأشخاص العمومية بصفقتها سلطات عامة، فالقاضي المختص هو القاضي الإداري.

لكن ليس معنى هذا أنّ ممارسة الإدارة لنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات سيخضعها حتماً لرقابة مجلس المنافسة، إذ يمكن للإدارة العامة أن تمارس في الوقت نفسه مهمتين؛ مهمة الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، ومهام المرفق العام التي تستعمل من خلالها امتيازات السلطة العامة. وفي هذا الإطار، يمكن أن يتعلق الأمر بقرار تنظيم أو تفويض تسيير مرفق عمومي أو تسيير الدومين العام، ويمكن كذلك أن يتعلق الأمر باتخاذ قرار إبعاد مترشح معيّن عن إبرام صفقة عمومية معينة⁽³⁾. إذ يتعلق الأمر بمسألة مجاورة تمّ الفصل فيها في قضية "مدينة باميي" ولكن على أساس مختلف، والتي تعني توزيع الاختصاصات بين الهيئات القضائية العادية والهيئات القضائية الإدارية.

تعتبر سلطة المنافسة الفرنسية كهيئة تابعة للنظام الإداري ولكن يكون الطعون ضدّ قراراتها أمام محكمة استئناف باريس ثمّ محكمة النقض الفرنسية. من جهة أخرى، تطبق سلطة المنافسة الفرنسية قواعد الكتاب 4 من

¹ - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 09.

² - عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 127.

³ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص ص. 420 - 421.

التقنين التجاري الفرنسي. ونتحدث بهذا المعنى عن الاختصاص العادي الذي يواجه الاختصاص الإداري أين يتم تطبيق قانون المنافسة من قبل الهيئات القضائية الإدارية. وبالتالي، نتساءل عن أي قانون المنافسة الذي يتم تطبيقه من قبل الهيئات الإدارية. هل هو القانون الخاص بالمنافسة (Le droit privé de la concurrence) أو القانون العام بالمنافسة (Le droit public de la concurrence) المتميز والناشئ عن قواعد القانون الإداري، بالاستناد إلى مجال أو كتلة الشرعية Le bloc de légalité.

يستحق هذا السؤال أن يتم طرحه، وهذا إلى غاية 1997، أين ولأول مرة، قبلت الهيئات القضائية الإدارية تقييم عقد امتياز اتجاه قواعد القانون الخاص، الوطني والاتحادي، بالمنافسة في القرارات الثلاثة المؤرخة في 03 نوفمبر 1997 من بينها القرار الفاصل في قضية مليون وماري (Million et Marais)⁽¹⁾.

يتعلق الأمر في الواقع بعقود الامتياز الإدارية للمصلحة الخارجية للجائز، واعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن شروط العقد التي تمنح الحق الحصري لشركة من أجل استغلال المرفق العام، لا يمكن من الناحية القانونية أن يكون له أثر في وضع المؤسسة الحائزة على حق الامتياز في وضعية تخالف مضمون المادة 08 من الأمر رقم 86-1243 المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 (حاليا المادة 2-420 L من التقنين التجاري الفرنسي). ويتربط عن ذلك، قبول تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية أمام القاضي الإداري. ونعترف أنه تسمح نسبية توحيد قوانين المنافسة بأن يطرح بجدية مسألة الاختصاص.

تم تحديد مفتاح توزيع الاختصاصات بكيفية متجانسة من قبل محكمة النقض ومجلس الدولة الفرنسيين، تبعا لمعيار عضوي "Un critère organique": يتعلق الأمر بمعرفة، على سبيل المثال، ما إذا تم اعتبار الاتفاق بأنه « ينفذ امتيازات السلطة العامة بارتباطه بمهام المرفق العام ». وبالتالي، معرفة إذا كان التصرف قابلا للفصل (détachable) (اختصاص ممكن لسلطة المنافسة الفرنسية) أو غير قابل للفصل (non détachable) (اختصاص مفروض على الهيئات القضائية الإدارية). إذا كان الأمر كذلك، تكون الهيئات القضائية الإدارية هي المختصة. وفي غياب ذلك، تكون الهيئات القضائية العادية هي المختصة⁽²⁾.

وضّحت محكمة التنازع الفرنسية هذه المعايير التطبيقية في قرارها المؤرخ في 18 أكتوبر 1999⁽³⁾، بحيث طبقت نظرية "التصرفات المنفصلة" المعروفة في القانون الإداري. إن المعيار العام للتوزيع المتخذ كالتالي: « إذا كانت الأشخاص العامة تقوم بنشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، فإنه يمكن أن يتم معاقبتها من قبل مجلس المنافسة الذي يعمل تحت رقابة السلطة القضائية، تدخل القرارات التي من خلالها تضمن هذه الأشخاص

¹ - CE., 3 novembre 1997, 3 arrêts : Million et Marais, Yonne Funéraire et Inter-marbres ; Voir, Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD & Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, op. cit., p. 206.

² - Cass. com., arrêt du 12 décembre 1995, Météorologie nationale ; Voir, Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD & Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, op. cit., pp. 206 – 207.

³ - TC., arrêt du 18 octobre 1999, Préfet de la région de l'Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'Appel de Paris, Aéroports de Paris ; Voir, Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD & Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, op. cit., p. 207.

مهام المرفق العام الموكلة إليها عن طريق امتيازات السلطة العامة في اختصاص الهيئات القضائية الإدارية لتقييم الشرعية، وعند الاقتضاء، لاتخاذ قرار بشأن المسؤولية التي تتحملها الأشخاص العامة.»

تدخل إذن القرارات غير القابلة للفصل في اختصاص القاضي الإداري، ولكن يكون قانون المنافسة نافذا وساريا في مواجهة السلطة العامة، وهذا من خلال رقابة مشروعية القرار. هذا هو الحال بالنسبة لتنظيم المرفق العام أو أيضا تسيير الدومين العام. وعلى العكس، تبقى التصرفات القابلة للفصل عن امتيازات السلطة العامة من اختصاص مجلس المنافسة وثم الهيئات القضائية العادية⁽¹⁾.

فبمفهوم أحكام القانون الإداري الجزائري، تعتبر الأعمال المتصلة بتسيير المرفق العام أعمالا إدارية ولو أنها صادرة عن شخص غير إداري، أي أنّ المعيار العضوي لا يعمل هنا. وبالرجوع إلى القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽²⁾، وبالضبط إلى المادة 55 منه والتي جاءت كما يلي:

« عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المتوسطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة.

وفي هذا الإطار، يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة، وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية.»

ويُفهم من نص المادة 56 من القانون نفسه، أنّه عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإنّ كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة⁽³⁾.

فحسب المشرع الجزائري، لما تمارس الدولة بصفة مباشرة استغلال الأملاك العمومية، فإنّها تخضع للقانون الإداري بمقتضى المعيار العضوي. أمّا فيما يخص المؤسسة العمومية الاقتصادية، فرغم خضوعها للقانون

¹ - Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD & Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, op. cit., pp. 207 – 208.

² - قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج. عدد 2، الصادر في 13 جانفي 1988، [تمّ إلغاء أحكام هذا القانون بموجب المادة 28 من الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ج.ج. عدد 55، الصادر في 27 سبتمبر 1995، باستثناء البابين الثالث والرابع منه].

³ - راجع المادة 56 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المرجع السابق ذكره.

الخاص في مجمل نشاطها، ولا تخضع لرقابة القضاء الإداري، بل تخضع لرقابة القاضي العادي، إلا أن الأمر غير ذلك لما يتعلق الأمر بتسيير الأملاك الوطنية، فهي تخضع لقواعد القانون الإداري (ممارسة صلاحيات السلطة العامة، كإصدار قرارات إدارية قد تتضمن منح رخصة، أو منع ممارسة نشاط، أو إبرام عقود إدارية)، وتخضع، مثلها مثل الدولة لرقابة القضاء الإداري.

لا يتعلق الأمر هنا بالعمل بالمعيار المادي، لكن يمكن تفسير هذا الاستثناء بتطبيق "نظرية الوكالة"، فالمشرع يوظف كلمات مثل "باسم الدولة ولحسابها" و"عقد امتياز" وهي عبارات لا توحى باستعانة المشرع بالمعيار المادي، أي أن المؤسسة العامة الاقتصادية تتصرف كوكيل عن الدولة⁽¹⁾.

بالرجوع إلى النشاطات المرتبطة بالدومين العام، فإن النشاط الذي يتعلق بوضع المحلات والمنشآت مقابل إتاوات كمقابل، هو في حد ذاته نشاط اقتصادي، بمقتضى المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁾، ولو أن هذه التجهيزات ملك للدومين العام⁽³⁾، والهيئة المكلفة بالخدمة هي مؤسسة عمومية اقتصادية⁽⁴⁾.

في فرنسا، أظهر العمل بمعيار انفصال السلوك المقيّد للمنافسة عن القرارات الإدارية من أجل توزيع الاختصاص بين كل من القضاء العادي والقضاء الإداري تكامل عمل الجهتين - مجلس المنافسة والقاضي الإداري - وفعاليتها، إلا أن العمل المطلق بهذا المعيار أمر صعب للغاية لأنه يؤدي، في بعض الحالات، إلى حدوث تنازع إيجابي أو سلبي للاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، كما سيؤدي هذا المعيار، وهذا في إطار إثراء الشرعية الإدارية، لامحالة بالقضاء الإداري إلى تطوير أساليب رقابته عن طريق إضافة أسلوب التحليل الاقتصادي، إذ لن يقتصر دوره على تقدير مدى مشروعية القرارات الإدارية، لكن بالإضافة إلى ذلك، تقييم سلوك الأعوان العموميين في السوق وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار ما سيكون لهذا التطور من آثار على القضاء الإداري وأخطار في التوصل إلى اختلاف في تفسير قواعد المنافسة⁽⁵⁾. كما أن تعايش تفسيرين لنفس

¹ - حول هذه النقطة، أنظر، عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص ص. 145 - 146.

² - راجع المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 02 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، والمعدلة كذلك بموجب المادة 02 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، المرجع السابق ذكره.

³ - أمثلة ذلك كثيرة: كالدومين العام الصناعي، المطارات الجوية، والموانئ البحرية وتوابعها، المنشآت الفنية الكبرى، الطرق العادية والطرق السريعة، فيمكن أن تعتمد الدولة على التنازل عن تسيير هذا النوع من الدومين إلى مؤسسات تعمل باسم الدولة، حيث تمارس امتيازات السلطة العامة، لكن النشاط في حد ذاته هو نشاط تجاري. كالنشاط الذي تمارسه شركة مصالح ومنشآت مطارات الجزائر؛ عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 146.

⁴ - عيساوي عزالدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، المرجع السابق، ص 146.

⁵ - جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 422.

القاعدة القانونية يتناقض مع منطق قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 23 جانفي 1986 الذي يخضع منازعات الممارسات المقيدة للمنافسة لرقابة محكمة النقض، لأسباب متصلة بالسير الحسن لمرفق القضاء⁽¹⁾.

رغم الانتقادات الموجهة لهذا المعيار، فقد أبقى العمل به في فرنسا كمعيار لتوزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية) والقاضي الإداري⁽²⁾.

علاوة على ذلك، أدى تعزيز الدور الرقابي للقاضي الإداري وتفتحه على البيئة الاقتصادية إلى ظهور صعوبات نذكر منها صعوبة إلمام هذا الأخير بمفاهيم المنافسة، إذ لا يتسنى للقاضي الإداري القيام بدوره في حماية المنافسة من تعديلات الإدارة بمجرد قبوله لاختصاصه بالنظر في دعاوى المنافسة، ولا يمكنه ذلك أيضا بمجرد إدراجه لقانون المنافسة في كتلة الشرعية الإدارية. بل يجب على القاضي الإداري الإلمام بمفاهيم قانون المنافسة وتدبرها، حتى يتسنى تطبيقها وتكون حمايته للمنافسة حماية ناجعة. لكن، تكون عادة هذه المفاهيم على غاية من الدقة والفنية بشكل يصعب على القاضي غير المختص في الاقتصاد فهم محتواها⁽³⁾.

وبما أن القاضي يعتمد على نظامه الإجرائي الخاص عند نظره في منازعات المنافسة، عليه الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات هذا النزاع، من ذلك مثلا الحرص على سرعة الفصل في تلك النزاعات تأسيسا على مبدأ سرعة وحركة الحياة الاقتصادية⁽⁴⁾.

وأخيرا، تتمثل أحسن ضمانات لتوحيد الاجتهاد القضائي وتوحيد تفسير قواعد قانون المنافسة فيما يسمى بـ "حوار القضاء"، وذلك يقتضي من القاضي الإداري أن يسعى وراء طلب رأي مجلس المنافسة حول موضوع تكييف الممارسات التي يتعرض لها⁽⁵⁾، وهذا تطبيقا لنص المادة 3-462 L من التقنين التجاري الفرنسي⁽⁶⁾، إذ تستطيع الهيئات القضائية الإدارية إلى جانب الهيئات القضائية العادية استشارة سلطة المنافسة الفرنسية من أجل إبداء الرأي. وقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي هذه الإمكانية لأول مرة في عام 1999 بشأن مسألة معرفة ما إذا كان الالتزام بتقديم عرض مشترك على مطارين يشكل تعسفا في وضعية الهيمنة⁽⁷⁾.

¹ - المرجع نفسه، ص 425.

² - Cons. conc., décision n° 07-D-27 du 31 juillet 2007 ; Aut. conc., décision n° 09-D-10 du 27 février 2009 ; Décision n° 11-D-09 du 08 juin 2011 ; Décision n° 12-D-26 du 20 décembre 2012 ; Voir, Aurélien CONDONIMES, Guide pratique du droit français de la concurrence, op. cit., p. 269.

³ - أسماء الدخلاوي، القاضي الإداري وحرية المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار، 2008 - 2009، ص 62.

⁴ - المرجع نفسه، ص 63.

⁵ - جلال مسعد / محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 424.

⁶ - Voir l'article L.462-3 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

⁷ - CE, 26 mars 1999, Société EDA, n° 202260 : Juris-Data n° 1999-050078 ; Voir, Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 11.

ويقابل المادة السالفة الذكر نص المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾.

ثانيا: سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية المتصلة بالتعسف في وضعية الهيمنة

يمارس القاضي الإداري رقابته على مدى احترام الأشخاص العمومية لقواعد قانون المنافسة دون أي تدخل من طرف مجلس المنافسة، بمعنى دون أن يكون هناك أي فحص مسبق لمجلس المنافسة، ويمارس هذه الرقابة في ظروف مختلفة تماما عن الرقابة التي يمارسها المجلس.

في الواقع، لا يتمتع القاضي الإداري بسلطة توقيع الجزاءات. بالإضافة إلى ذلك، فإن رقابة الشرعية المفروضة على الأعمال الإدارية بالنسبة لمدى تطبيق قانون المنافسة تفرض على القاضي الإداري المختص بأن يهتم بتاريخ اتخاذ القرار الإداري من أجل الأخذ بعين الاعتبار مدى ترتيبه لآثار مقيدة للمنافسة دون التركيز أساسا على السلوكات المرتكبة من طرف المؤسسات في السوق بعد ذلك (رقابة سابقة)، وهذا عكس سلطات المنافسة التي عندما تفصل في النزاع تستطيع أن تأخذ بعين الاعتبار مجموع الممارسات اللاحقة التي تم ارتكابها في السوق بعد اتخاذ القرار (رقابة لاحقة) إلى غاية تاريخ صدور الحكم في النزاع⁽²⁾، إذ لضمان حسن تأويل أحكام قانون المنافسة، يجب على القاضي الإداري وضع النزاع المعروض عليه في إطاره الزمني، وذلك من خلال تقييم شرعية العمل الإداري موضوع النزاع في زمن صدور هذا القرار أو إبرام العقد، مما يقضي إمكانية تقييم العمل الإداري على أساس وضع السوق عند رفع الدعوى. يعني هذا أن الشرعية الإدارية من منظار قانون المنافسة تراقب قبل حصول الآثار ينتظر فيها تغير وضعية السوق بصفة فعلية⁽³⁾.

وبالتالي، يمكن للقاضي الإداري أن يكون متميزا في حكمه، حيث يمكنه أن يقضي ببطلان وإلغاء القرار والعمل الإداري المتخذ من طرف السلطة العامة المخالف لقواعد قانون المنافسة، مع إمكانية اللجوء إلى استخدام سلطته في اتخاذ الأوامر إن اقتضى الأمر.

يترتب كذلك جزاء معاقبة الإدارة العمومية لمخالفتها قواعد قانون المنافسة من خلال ممارسة الطعن ورفع دعوى المسؤولية على الإدارة العامة لتجاهلها الآثار المفيدة لقواعد قانون المنافسة، وهو ما يمثل ركن الخطأ في هذه الدعوى. وينجم عن ذلك، الحكم على الإدارة العامة بتعويض الأضرار التي تسببت فيها طبقا للقواعد العامة للمسؤولية الإدارية.

إن رقابة الممارسات المقيدة للمنافسة أصبحت الآن فعلية في فرنسا، فقد عادت منتشرة يمكن فرضها على المنازعات الاقتصادية في مجملها. بصفة عامة، يمكن معاقبة الأعمال الإدارية التي لها هدف مقيد للمنافسة

¹ - أنظر المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

² - جلال مسعد /محتوت، « مساهمة القضاء الإداري في حماية المنافسة الحرة في القانون الجزائري »، الملتقى الوطني الأول حول: "آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، يومي 15 و16 ماي 2013 (مقال غير منشور).

³ - أسماء الدخلاوي، القاضي الإداري وحرية المنافسة، المرجع السابق، ص 66.

وكذلك الأعمال الإدارية التي يترتب عنها مجرد أثر تقييد المنافسة الحرة، بمعنى تلك الأعمال الإدارية التي لم تحاول الأشخاص العمومية التدخل من أجل منع عرقلة أو الإخلال بالمنافسة الحرة، لكنها أعمال إدارية تتضمن بالضرورة أو بشكل ضمني آثار مقيّدة للمنافسة الحرة⁽¹⁾.

وبموجب المادة L.521-1 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي، عندما يكون قرار إداري (ولو بالرفض) موضوع طلب إلغاء أو تعديل، فإنه يمكن لرئيس المحكمة الإدارية الأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو بعض آثاره، إذا توفر الشرطين التاليين: أن يبرر الاستعجال ذلك، ومتى ظهر وجود وجه خاص من شأنه إحداث شكّ جدّي حول مشروعية القرار المعني ("الوقف الاستعجالي" (référé suspension))⁽²⁾. ويقابل المادة السالفة الذكر نصّ المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾.

من أجل قيام القاضي الإداري باتخاذ قرار تطبيق أو عدم تطبيق قانون المنافسة على الإدارة العامة، يجب أن يوفّق بين قانون المنافسة ومقتضيات مهام المرفق العام، بحيث يؤديّ تعميم تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري إلى إدراك الإدارة العامة وأخذها بعين الاعتبار لمقتضيات ومتطلبات المنافسة الحرة، وذلك سواء تصرفت بصفتها عوناً اقتصادياً أو بصفتها سلطة عمومية.

إنّ اتخاذ الإدارة العامة لتدابير وإجراءات من شأنها حماية النّظام العام أو تحقيق الصالح العام، لا يعفيها من الالتزام باحترام مبدأ حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة. فالقاضي الإداري هو الذي يحكم بمدى مشروعية الإجراءات المتخذة من طرف الإدارة العامة ومدى احترامها للالتزامات المفروضة عليها، لاسيما تلك المتعلقة باحترام مبدأ المنافسة الحرة والآثار المفيدة المترتبة عنها والتزامها بعدم تجاهل هذه الأخيرة. يقضي القاضي الإداري بإخضاع الإدارة العامة لقواعد قانون المنافسة كلّما ارتبط القرار بالسوق ارتباطاً ضيقاً، حيث يصعب بفعل ذلك تبرير استخدام امتيازات السلطة العامة في هذه الحالة، وينطبق هذا الأمر على القرارات الإدارية الفردية.

لكن، إذا تعلّق الأمر بقرار تنظيمي، ستكون رقابة القاضي الإداري سطحية، فلا يُحمّل الإدارة العامة مسؤولية تجاهل الآثار المفيدة للمنافسة ولا يُلغى إلاّ القرارات التي كان لها أثراً خطيراً على الاقتصاد العام للدولة.

¹ - جلال مسعد / محتوت، « مساهمة القضاء الإداري في حماية المنافسة الحرة في القانون الجزائري »، المرجع السابق.

² - Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », op. cit., p. 12.

³ - راجع المادة 919 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

وبالتالي، إذا تأكد القاضي الإداري من ضرورة استخدام امتيازات السلطة العامة، يحكم باستبعاد تطبيق قانون المنافسة⁽¹⁾.

يتمّ التوفيق بين متطلبات المنافسة الحرّة ومقتضيات المرفق العام من خلال ممارسة القاضي الإداري سلطته في ممارسة رقابة الملاءمة. يتمثل عمل الإدارة أساسا في الاختيار بين مجموعة القرارات التي يمكن اتخاذها قانونا لتختار من بينها أكثرها اتفاقا مع متطلبات الصالح العام.

يعرّف الأستاذ « Chaput » رقابة الملائمة على أنها: « مقارنة مزايا القرار الإداري وعيوبه. بعبارة أخرى، مقارنة آثاره المفيدة المرتقبة بالآثار السلبية التي تنجم عنه. فإذا كانت الأولى - الآثار الإيجابية - أكثر من الثانية - الآثار السلبية - بمعنى إذا كانت الحصلة إيجابية، في هذه الحالة يمكن تبرير اتخاذ هذا القرار الإداري ». لقد اعتاد القاضي الإداري منذ وقت طويل على ممارسة هذا النوع من الرقابة. ومن أجل ذلك، يقوم بترتيب الأولويات بين مختلف الأهداف التي تستجيب أكثر لمتطلبات الصالح العام، إذ ينبغي عليه أن يجد نقطة التوازن والتوفيق بين المنافسة وعدم المنافسة⁽²⁾.

الفرع الثاني: مجالات تدخل القضاء الإداري الجزائري في مادة التعسف في وضعية الهيمنة

نتطرق في هذا الصدد لدراسة دور القاضي الإداري الجزائري في حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية، ثمّ نتناول البحث عن اختصاصه الأصلي في الطعون ضدّ قرارات سلطات الضبط المستقلة.

أولا: دور القضاء الإداري في حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية

يقتضي نظام الصفقات العمومية احترام مبادئ حرّية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في المعاملة وشفافية الإجراءات، ويتدخل القضاء الإداري لاحترام قواعد المنافسة من خلال دعوى الاستعجال التي يمكن رفعها من طرف المقاولات التي تعترض على طريقة منح الصفقة، وكذا من خلال رفع دعوى لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية.

1 - دعوى الاستعجال

يُفهم من نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي:

- يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

¹ - جلال مسعد /محتوت، « مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، عدد 2014/1، ص ص. 165 - 166.

² - المرجع نفسه، ص ص. 166 - 167.

- يتمّ هذا الإخطار من قبل كلّ من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. وكما أنّه يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

- يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد. ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما⁽¹⁾. وعليه، فإنّ دور القاضي الإداري هنا لا يمتدّ إلى موضوع النزاع وتقدير قيمة الترشيحات والعروض المقدّمة، وإنّما يعتبر دوره وقائيا يتمثّل في تفادي إبرام عقد نهائي غير شرعي، قد يترتب عنه آثار يصعب معالجتها وإزالتها بعد ذلك⁽²⁾، كأن يتمّ منح الصفقة لمؤسسة مع أنّه ثبت أنّ بعض ممارساتها تُشكّل تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق⁽³⁾.

2 - دعوى الإلغاء

يملك القاضي الإداري اختصاص إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية⁽⁴⁾، مثل المداولة التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي التي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة واستبعاد المؤسسات الأخرى، فهذه المداولة تعتبر قرارا منفصلا عن العقد، فيمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة. وكما هو معروف، فإنّ عملية إبرام الصفقة ترتبط بإصدار قرارات إدارية من طرف المصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة، منها القرار المؤقت بمنح الصفقة وقرار منح التأشيرة وقرار فرض الجزاءات المالية على المتعاقد، وقرار فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة بصفة انفرادية. تعتبر مثل هذه الأعمال قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء. ولا يتعلق هذا الطعن بإلغاء العقد الإداري المبرم، ولكن هناك إمكانية للوصول إلى ذلك بواسطة نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال⁽⁵⁾.

¹ - أنظر المادة 946 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

² - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصّفات العمومية »، المرجع السابق، ص 83.

³ - راجع المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمّن تنظيم الصّفات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق ذكره.

⁴ - تعرّف القرارات الإدارية المنفصلة بأنّها تلك القرارات الصادرة في المراحل التي مر بها تعاقد الجهة الإدارية سواء أكان العقد إداريا أو خاصا كوضع الإدارة لشروط المناقصة وقرارات لجنة العطاءات والقرار بإرساء المناقصة، فهذه القرارات سواء أسهمت في تكوين عقد خاص أم عقد إداري، فإنّ الطعن فيها يكون أمام القضاء الإداري؛ حول هذه النقطة، أنظر، مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلّمان، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008، ص 345.

⁵ - محمد الشريف كتو، « حماية المنافسة في الصّفات العمومية »، المرجع السابق، ص ص. 83 - 84.

فالمسلّم به أنّ إلغاء القرارات المنفصلة يؤدّي إلى بطلان ما يترتب عنها من نتائج، لأنّ ما يُبنى على باطل فهو باطل. إلّا أنّ مجلس الدولة الفرنسي يحرص باستمرار ومنذ أمد بعيد على أنّ إلغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية لا يمكن أن يؤدّي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليماً وناظراً، حتى يتمسك أحد أطرافه بالقرار الصادر استناداً إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في إتمام عملية التعاقد. ويتّضح هذا المبدأ لمجلس الدولة الفرنسي من قراره الصادر في 1905/08/04 م في قضية (Martin)⁽¹⁾.

غير أنّه، ونظراً لأنّ هذا الإجراء قد لا يؤدي إلى إلغاء العقد الإداري بواسطة تقنية القرارات القابلة للانفصال، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي منح إمكانية أخرى للمتريشحين المقصين من الصفقات العمومية، تسمح لهم بالطعن في صحّة العقد الإداري ذاته، وذلك بعد إبرامه، مع إمكانية طلب التعويض في حالة وقوع الضرر نتيجة الإقصاء⁽²⁾.

ثانياً: الاختصاص الأصلي للقاضي الإداري في الطعون ضدّ قرارات سلطات الضبط المستقلّة

يمكن أن تُعرض قرارات السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المجال القمعي أمام القاضي الإداري، وذلك تماماً مثل القرارات الإدارية العادية⁽³⁾. ومع ذلك، تمثّل قرارات مجلس المنافسة الجزائري استثناءً وتُستبعد جزئياً من اختصاص القاضي الإداري، بحيث يقضي القانون بأنّها تعود لاختصاص القاضي العادي المتمثّل في مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية⁽⁴⁾.

وبالتّالي، يختص القضاء الإداري الجزائري في الطعون ضدّ قرارات سلطات الضبط المستقلة ما عدا قرارات مجلس المنافسة الجزائري التي لا تقبل الطعن إلّا أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة⁽⁵⁾، وذلك باستثناء القرارات المتعلقة برفض التجميعات الاقتصادية التي يعود اختصاص النظر في الطعون المقدمة ضدها إلى مجلس الدولة⁽⁶⁾.

1 - اختصاص القاضي الإداري في الطعون ضدّ قرارات سلطات الضبط القطاعية

¹ - حول هذه النقطة، أنظر، مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلّمان، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص 365 - 366.

² - CE, arrêt du 16 juillet 2007 (Société Tropic travaux signalisation) « tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former (devant le juge compétent) un recours en pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires » ;

حول هذه النقطة، أنظر، محمد الشريف كتر، « حماية المنافسة في الصفقات العمومية »، المرجع السابق، ص 84 وص 98.

³ - Rachid ZOUAIMIA, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, op. cit., p. 169.

⁴ - Ibid., p. 170.

⁵ - راجع المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

⁶ - أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 19 من الأمر نفسه.

منح المشرّع الجزائري حق النظر في الطعون المقدمة ضدّ قرارات سلطات الضبط القطاعية للقضاء الإداري، حيث تقضي النصوص المنشئة لهذه السلطات أنّ كل الطعون الموجهة ضدّ قراراتها يتم الفصل فيها من طرف مجلس الدولة، ويعود السبب في ذلك لكون السلطات الإدارية المستقلة تمارس صلاحيات الدولة باسمها ولحسابها وأنها ذات طابع إداري، ممّا يستدعي تطبيق المعيار العضوي⁽¹⁾.

إنّ معيار المادة الاقتصادية لا يمكن أن يمثل معياراً وحيداً لتوزيع الاختصاص بين القاضي الإداري والقاضي العادي، فإذا كان القاضي الإداري غير مختص تقليدياً للنظر في المنازعات الاقتصادية، إلّا أنّه قد توكل إليه مهمة رقابة السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي مثلاً. وبالتالي، خول المشرّع الجزائري القضاء الإداري، وبالأخص مجلس الدولة، حق النظر في الطعون المقدمة ضدّ القرارات القمعية للهيئات الإدارية المستقلة، فنصت المادة 17 من القانون رقم 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية على ما يلي:

« يجوز الطعن في قرارات مجلس سلطة الضبط أمام مجلس الدولة في أجل شهر واحد ابتداءً من تاريخ تبليغها. وليس لهذا الطعن أثر موقوف »⁽²⁾.

كما نصّت المادة 2/107 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي:

« تكون قرارات اللجنة المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتاً، أو المصفي، والعقوبات التأديبية وحدها قابلة للطعن القضائي ».

وتضيف الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها بأنّه:

« تكون الطعون من اختصاص مجلس الدولة وهي غير موقفة التنفيذ »⁽³⁾.

وفي مجال البورصة، نصّت المادة 1/57 من قانون بورصة القيم المنقولة على ما يلي:

« تعد قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة، خلال أجل شهر (1) واحد من تاريخ تبليغ القرار موضوع الاحتجاج »⁽⁴⁾.

ونصّت المادة 213 من قانون التأمينات في فقرتها الأخيرة على ما يلي:

¹ - جلال مسعد /محتوت، « مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة »، المرجع السابق، ص 155.

² - قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، المرجع السابق ذكره.

³ - أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 57 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدلة والمتممة بموجب المادة 18 من القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003، المرجع السابق ذكره.

« تكون قرارات لجنة الإشراف على التأمينات فيما يخص تعيين المتصرف المؤقت قابلة للطعن أمام مجلس الدولة »⁽¹⁾.

وفي مجال الطاقة، نصّت المادة 139 من القانون رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات على ما يلي:

« يجب أن تكون قرارات لجنة الضبط مبرّرة، ويمكن أن تكون موضوع طعن قضائي لدى مجلس الدولة »⁽²⁾.

وتضيف المادة 150 من القانون نفسه:

« يجب أن تكون العقوبات مبرّرة. ويمكن أن تكون موضوع طعن قضائي ».

2 - اختصاص القاضي الإداري في الفصل في الطعون ضدّ قرارات مجلس المنافسة القاضية برفض التجميعات الاقتصادية

بيّن المشرّع الجزائري ضمن أحكام الرقابة على تركيز الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون المقدمة ضدّ قرارات مجلس المنافسة المتضمنة رفض الترخيص للعملية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة:

« يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة ».

وبهذا، يكون المشرّع الجزائري قد استبعد قرارات الترخيص من نطاق الطعن، على اعتبار أنّ إمكانيات الطعن تخص فقط قرارات رفض الترخيص، إذ يفهم من نص المادة 19/1 و2 من الأمر رقم 03-03 السالف ذكرها أنّه يمكن لمجلس المنافسة أن يرخّص بالتجميع أو يرفضه بمقرر أو يقبله وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة⁽³⁾.

تترك صياغة نص الفقرة الأخيرة من المادة 19 السالفة الذكر المجال للتفكير بأنّ قرارات الترخيص المقترنة بشروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة غير قابلة لمثل هذا الطعن. وفي الحقيقة، يتعلق الأمر حتما بسوء صياغة هذا النص، بحيث يمكن لقرار الترخيص المقترن بشروط أن يلحق أضرارا للمؤسسات المعنية بسبب ثقل هذه الشروط. علاوة على ذلك، لا يوجد أيّ سبب جدّي يبرّر الحصانة القضائية للقرار الإداري بما أنّ الطعن لتجاوز السلطة موجود ضدّ أيّ قرار إداري، حتّى عندما ينص القانون على خلاف ذلك.

¹ - راجع المادة 213 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، المعدلة والمتممة بموجب المادة 31 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المرجع السابق ذكره.

² - قانون رقم 02-01 مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق ذكره.

³ - أنظر المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 07 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

كان لموقف مجلس الدولة الجزائري فرصة التأكيد، بشأن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء الفاصلة في المجال التأديبي، بأنّ كلّ قرار إداري قابل للطعن فيه بالإلغاء طالما أنّه يُتخذ مخالفة للقانون أو يكون مشوباً بتجاوز السلطة ولو أنّه نص القانون الأساسي للقضاء، السابق⁽¹⁾، في المادة 99 منه على أنّه لا تقبل مقررات المجلس التأديبي أي طريق من طرق الطعن⁽²⁾. حالياً، تمّ تكريس هذا الحل من قبل الدستور لسنة 1996، في المادة 143 منه والتي نصّت على ما يلي:

« ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية »⁽³⁾.

وهكذا، يجوز الطعن في قرارات رفض التجميع وقرارات الترخيص المقترن بشروط أمام مجلس الدولة⁽⁴⁾. كما نكتشف بأنّ نص المادة 19/1 و2 السالفة الذكر لا يتضمن الإشارة إلى حالة خاصة متمثلة في غياب قرار المجلس في أجل ثلاثة (03) أشهر المقرر له للبتّ في التجميع⁽⁵⁾.

في مثل هذه الحالة، ولو أنّها نظرية، فهل نتقبّل أنّ سكوت المجلس بمثابة قرار الرفض والذي يمكن حينئذ الطعن فيه أمام مجلس الدولة أم أنّه بمثابة قرار الترخيص والذي يستبعد فيه إمكانية تقديم هذا الطعن ؟ في فرنسا، يفهم من نص المادة L.430-5,IV من التقنين التجاري الفرنسي بأنّه إذا لم تتخذ سلطة المنافسة أيّ قرار من القرارات الثلاثة المنصوص عليها في الفقرة (III) من المادة ذاتها في الأجل المذكور في الفقرة (I) منها، والذي يمكن تمديده طبقاً للفقرة (II) منها، فإنّها تُعلم الوزير المكلف بالاقتصاد. تعتبر العملية موضوع قرار الترخيص مع مراعاة الأجل المفتوح للوزير المكلف بالاقتصاد بموجب الفقرة (I) من المادة L.430-7-1 من التقنين نفسه⁽⁶⁾.

في الجزائر، وفي غياب التدقيق في النصوص القانونية، يجب أن يُنظر إلى سكوت مجلس المنافسة كقرار ضمني لرفض الترخيص. وتتحدر مثل هذه النتيجة من تحليل التشريع الجزائري بصفة عامة والذي يبيّن أنّ سكوت الإدارة يعتبر بمثابة قرار ضمني للرفض. ويتمّ النص على الحالة العكسية بكيفية صريحة، بحيث يوضّح

¹ - قانون رقم 89-21 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989 يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ج.ج. عدد 53، الصادر في 13 ديسمبر 1989، ملغى بموجب القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، المتضمّن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ج.ج. عدد 57، الصادر في 8 سبتمبر 2004.

² - مجلس الدولة، قرار رقم 172994 صادر في 1998/07/27، مجلة مجلس الدولة، عدد 01، 2002، ص 83؛ مجلس الدولة، قرار رقم 182491، صادر في 2000/01/17، مجلة مجلس الدولة، عدد 01، 2002، ص 109؛ ولمزيد من التفاصيل، أنظر، - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 187.

³ - مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المرجع السابق ذكره

⁴ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 188.

⁵ - راجع المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق ذكره.

⁶ - Voir les articles L.430-5 et L.430-7-1, du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

القانون بصفة واضحة بأنه يجب أن يُنظر إلى مثل هذا السكوت كقرار لصالح الطالب (قرار إيجابي)، وهو الشيء الذي يكون استثنائياً⁽¹⁾.

لم يضع المشرع الجزائري آجالاً معينة لتقديم الطعن ضدّ قرارات مجلس المنافسة المتضمنة رفض التركيز ضمن الفقرة الأخيرة من المادة 19 المذكورة سابقاً، خلافاً لما نصّ عليه بالنسبة لآجال الطعن ضدّ القرارات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة⁽²⁾. فلذلك، تسري على هذه الدعاوى نفس آجال رفع دعاوى الإلغاء أمام مجلس الدولة المبيّنة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالرغم من أنّ المادة 907 من هذا الأخير أحالت إلى النصوص القانونية المبيّنة لميعاد رفع الدعوى الإدارية أمام المحاكم الإدارية المنصوص عليها في المواد: 829 إلى 832⁽³⁾، وبالتالي، تستفيد المؤسسات المعنية بقرار رفض التجميع من حقّ تقديم الطعن القضائي أمام مجلس الدولة، وهذا في أجل أربعة (04) أشهر تسري من تاريخ تبليغ قرار الرفض بواسطة المحضر القضائي⁽⁴⁾.

وفي حالة إلغاء القرار من قبل قاضي تجاوز السلطة، فهذا ليس معناه بأنّ العملية مرخصة أو أنّه على مجلس المنافسة أن يرخّصها. يترتّب عن إلغاء قرار سلبي فتح أجل التحقيق من جديد، والذي يبدأ سريانه من تاريخ تبليغ قرار مجلس الدولة⁽⁵⁾.

في فرنسا، لا يؤدي نقل الاختصاصات كما هو محدّد بموجب إصلاحات 2008 (بحيث أصبحت سلطة المنافسة الفرنسية تتمتع بسلطة اتخاذ القرار فيما يتعلق بالتجميع، فهي تلعب دوراً رئيسياً وإن كان يحتفظ الوزير المكلف بالاقتصاد الفرنسي بالدور المتبقي) إلى الشكوك في طبيعة وظيفة رقابة التجميعات الاقتصادية في كونها إدارية بحتة وليست تنازعية، بما أنّها تؤدي بسلطة المنافسة إلى منح أو رفض الترخيص للمتعاملين الاقتصاديين بإنجاز تجميع اقتصادي للمؤسسات. كما أنّه لرقابة التجميعات طابع وقائي بما أنّها تسعى إلى الوقاية من الممارسات المقيدة للمنافسة كالتعسف في وضعية الهيمنة التي قد تنتج عنها (وخلافاً لهذه الأخيرة، بالفعل فإنّ التجميعات ليست محظورة). وعلى هذا النحو، يتعلّق الأمر بتنفيذ مهمة حقيقية متعلقة بضبط إداري خاص والمتمثلة في ضبط التجميعات الاقتصادية⁽⁶⁾.

¹ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., pp. 186 – 187.

² - راجع المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 31 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

³ - راجع المواد من 829 إلى 832 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق ذكره.

⁴ - راجع المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 22 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المرجع السابق ذكره.

⁵ - Rachid ZOUAIMIA, Le droit de la concurrence, op. cit., p. 186.

⁶ - Jean-Jacques MENEURET, « Autorité de la concurrence », op. cit., p. 22.

وبالتالي، يمكن أن تكون قرارات رقابة التجميعات (التي هي قرارات فردية) محل طعن بالإلغاء أو التعديل أمام مجلس الدولة الفرنسي، كما يمكن أن تكون محل دعوى استعجالية، تبعا لقواعد المنازعات الإدارية. ويُعدّ هذا المجلس بالفعل الجهة القضائية المختصة للنظر في قرارات سلطة المنافسة اتجاه الطبيعة القانونية لهذه الأخيرة (سلطة إدارية مستقلة) وكذا تطبيقا للمادة R.311-1⁴ من تقنين القضاء الإداري. واستثناءً لهذه القاعدة، تحدد المادة L.464-8 من التقنين التجاري الفرنسي قرارات سلطة المنافسة العائدة لاختصاص محكمة استئناف باريس، والتي تستبعد منها القرارات المتخذة بناءً على المواد L.430-5 و L.430-7 و L.430-8 من التقنين نفسه. يختصّ مجلس الدولة أيضا في الطعن المتعلق بقرار الوزير المتخذ في إطار سلطته الإثارية (Son pouvoir d'évocation)⁽¹⁾.

كما أنّه لا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة) المتخذ بناءً على نصّ المادة L.430-9 من التقنين التجاري الفرنسي⁽²⁾ محلا للطعن إلّا أمام القاضي الإداري. يتمّ تبرير هذا الحل طالما أنّ المجلس (حاليا السلطة) يتدخل في إطار الباب الثالث من التقنين نفسه المتعلق بـ "التجميع الاقتصادي" والذي يعود اختصاص النظر في المنازعة التي تنور بشأنه إلى مجلس الدولة⁽³⁾.

يمكن أن يؤدي الإلغاء الكلي أو الجزئي لقرار رقابة التجميعات بمجلس الدولة الفرنسي، تبعا للقرار الذي تمّ مخصصته (ترخيص أو رفض هذا الأخير) ولسبب الإلغاء، إلى تقرير أنّه هناك داعٍ لإعادة دراسة القضية وإحالتها أمام سلطة المنافسة الفرنسية. في هذه الحالة، بيّنت المادة R.430-9 من التقنين التجاري الفرنسي أنّه على المؤسسات المعنية التي قامت بتبليغ السلطة بالتجميع أن تقدّم تبليغا مستحدثا في أجل شهرين ابتداءً من تاريخ تبليغ قرار مجلس الدولة⁽⁴⁾.

¹ - Ibid., p. 27.

² - Voir l'article L.430-9 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

³ - Didier FERRIER & Dominique FERRÉ, Droit du contrôle national des concentrations, op. cit., p. 185.

⁴ - Jean-Jacques MENEURET, « Autorité de la concurrence », op. cit., p. 27.

خاتمة

إنّ قانون المنافسة جزء لا يتجزأ من السياسة الاقتصادية للدولة. تهدف هذه الأخيرة إلى تأسيس نظام اقتصادي فعال وإلى الاستجابة لاحتياجات الأشخاص.

وفي هذا السياق، تتمثل مهمة قانون المنافسة في حماية الآلية التنافسية ضدّ الأخطار الدّاتية للحرية الاقتصادية. بداية، لا ينبغي أن تُستخدم هذه الأخيرة للقضاء على المنافسة في الأسواق. ومع ذلك، وفي حالة معيّنة، إن كان لا توجد أيّة منافسة فعّالة، على سبيل المثال في وجود وضعية الهيمنة، فإنّ قانون المنافسة يُواجه هذه الحالة، وهكذا لا ينبغي أن يُحتمل أن تؤدي الهيمنة إلى زيادة إعاقة المنافسة أو استغلال الشّركاء التجاريين استغلالاً تعسفياً.

اقتدى المُشرّع الجزائري بالمشرّع الفرنسي، إذ أنّه لم يترك مركز الهيمنة على إطلاقه، إذ أقرّ عدم مشروعية التعسف في هذا المركز، حيث إذا وصل المتعامل الاقتصادي إلى هذه الوضعية، فهو مُلزم بعدم التعسف فيها. إنّ إلغاء المُشرّع الجزائري لمقاييس تحديد وضعية الهيمنة ليس بأمر إيجابي، لأنّ إلغاء هذه المقاييس قانونياً لا يعني عدم وجودها اقتصادياً في الحقل الاقتصادي، إذ أنّها مُهمّة ولازمة لتحديد وجود وضعية الهيمنة من عدمه.

هذا، ولم يُعرّف المُشرّع الجزائري ولا الفرنسي التعسف، إلّا أنّه يُمكن حسب الفقه أن يتجسّد في جميع السلوكات التجارية والتعاقدية أو ما قبل التعاقدية التي تتجاوز حدود المنافسة العادية والطبيعية، وذلك إذا كان هدفها أو الأثر المترتب عنها هو القضاء على المنافسين الحاليين أو المحتملين أو الحصول على امتيازات غير مبرّرة⁽¹⁾. يُعتبر حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السّوق أسلوباً من الأساليب التي وضعها المُشرّع الجزائري لحماية المنافسة في السّوق.

يُطبّق مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة على الأشخاص الخاصّة والعامة متى كانت تُمارس نشاطات اقتصادية. ويُستبعد تطبيق هذا المبدأ على الأشخاص العامة متى كانت تُمارس نشاطاتها بوصفها سلطة عامة مكلفة بمهام المرفق العام أو تُمارس امتيازات السلطة العامة في السوق. ومن النتائج المترتبة عن إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشّريعة الإدارية، التزام الشّخص العام بحماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في صفقات الأشخاص العامة.

¹ - كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص 370.

إن دَلَّ تقرير المُشرِّع الجزائري لاستثناءات أو لإعفاءات من مبدأ حظر التعسّف في وضعية الهيمنة على شيء فهو أنّ حماية المنافسة ليست غاية في حدّ ذاتها، وإنّما هي وسيلة من أجل زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف المستهلكين.

لا يكفي أن يُكرّس المُشرِّع الجزائري قواعد قانونية تكفل قمع التعسّف في وضعية الهيمنة، وإنّما يجب عليه علاوة على ذلك أن يخلق جهازا ملائما وفعّالا لمتابعة مثل هذه الممارسات. وفعلا، إنّ مجلس المنافسة هو الجهاز المناسب للقيام بهذا الدور، إلّا أنّ استقلاليته وحياده لا يزالان في الوقت الزاهن نسبيا. كما أنّه يعترى القرار رقم : 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، المُحدّد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة – والذي طالما انتظرناه – نقائص وثغرات فيما يتعلّق بتحديد حالات التنافي والتنحّي المتعلّقة بأعضاء المجلس.

سمحت التعديلات المتتالية التي أُدخلت على الإطار القانوني المتعلّق بالمنافسة في الجزائر بما يلي :

- توسيع مجال تطبيق الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة بما فيه المادّة 07 منه المتعلّقة بحظر التعسّف في وضعية الهيمنة إلى فئات من المتعاملين الاقتصاديين، لاسيما منهم الذين ينشطون في قطاعات الإنتاج والتوزيع الفلاحيين (الفلاحون والمرّيون والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة)، وفي قطاع الصيد البحري وكذا في استيراد السلع لإعادة بيعها في حالها. بالفعل، ترتبط هذه النشاطات بسلع وخدمات استراتيجية للغاية بالنسبة لتموين واستقرار السوق والقدرة الشرائية للمستهلك. كما تُطبّق أحكام الأمر السالف الذكر على الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

- توسيع تركيبة مجلس المنافسة الجزائري إلى بعض المهن والاتحادات المهنية وجمعيات حماية المستهلك، ممّا يمنح لهذه الهيئة ولقراراتها أكثر مصداقية وأكثر شرعية.

- تكريس وتعزيز مبدأ حقّ الدفاع (طلب خدمات المحامين، تكريس مبدأ الوجاهية، حقّ الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر ومجلس الدولة).

- رفع مبالغ الغرامات من أجل جعلها أكثر ردعية وقمعية.

- منح مجلس المنافسة الجزائري، ليس فقط وسائل قمع ممارسة التعسّف في وضعية الهيمنة من قبل المؤسسات، وإنّما منحه أيضا إمكانية ممارسة مراقبة وقائية لتلك الممارسة من خلال مجموعة من التدابير نذكر منها :

* تسليم شهادة السلبية للمؤسسات (التّصريح بعدم التّدخّل)، والتي تُعتبر شهادة من المجلس بأنّها ليست في وضعية خرق مبدأ حظر التعسّف في وضعية الهيمنة، وذلك في إطار الإجراءات القانونية المعمول بها. إذ كرّس المُشرِّع الجزائري إجراء التّصريح بعدم التّدخّل وهذا عكس المُشرِّع الفرنسي، والذي يُعتبر جانبا إيجابيا للأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، حيث يمنح هذا التّصريح لصاحبه الأمن والطمأنينة عند قيامه بنشاطات الإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات، ذلك طيلة مدّة صلاحية التّصريح.

* تسليم الرّخص الممنوحة للمتعاملين الاقتصاديين الذين يقومون بتجميعات كدمج المؤسّسات، إعادة شراء الأسهم، إلى غير ذلك، حيث تُعتبر مراقبة التجميعات إجراءً وقائياً من وقوع التعسّف في وضعية الهيمنة.

* إضافة إلى ذلك، يمتلك المجلس صلاحيات تحفظية مثل : توجيه تعليمات للمتعاملين الاقتصاديين بُغية الكفّ أو تقادي الممارسة المُقيّدة للمنافسة المعنية.

سُساهم كلّ هذه الأدوات الوقائية في استقرار المؤسّسات الاقتصادية من حث ضمان جوّ أعمال نزيه وخالٍ من الممارسات غير القانونية المحظورة.

- يمتلك مجلس المنافسة الجزائري سلطات مُعتبرة تعكس الاستقلالية القانونية الممنوحة له، وإن كانت نسبية، كسلطة الإخطار الدّاعي المُخوّلة له قانوناً وإصدار التنظيمات والمنشورات التي تُنشر في النّشرة الرّسمية للمنافسة.

يهدف المُشرّع الجزائري من وراء سنّ الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة إلى فصل القواعد المُحدّدة لشروط ممارسة المنافسة في السّوق وتقادي كلّ الممارسات المُقيّدة للمنافسة وكذا مراقبة التجميعات الاقتصادية عن القواعد المنظّمة لمبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين، وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه، والتي نظّمها بعد ذلك، بموجب القانون رقم 02-04، المُحدّد للقواعد المُطبّقة على الممارسات التجارية (المعدّل والمُتمّم)، فإنّنا نتساءل لماذا تراجع عن هذا الموقف بإخضاع كفاءات مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها في الأمر رقم 03-03 السّالف الذّكر للشّروط والأشكال نفسها التي تمّ تحديدها في القانون رقم 02-04 المذكور أعلاه، وذلك رغم عدم ملائمتها.

إنّ التحريات الثّقيلة غير منظّمة بموجب أحكام قانون المنافسة الجزائري، بل أحالنا المُشرّع الجزائري إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية الخاصّة بالتفتيش في الجناية أو الجُنحة المُلتبس بها، وهذا لا يتماشى وطبيعة الممارسات المُقيّدة للمنافسة التي يُعرف فيها ظاهرة إزالة التجريم، وهذا عكس ما فعله المُشرّع الفرنسي الذي نظّم التحريات الثّقيلة ضمن أحكام النّقنين التجاري في الكتاب السّادس منه الخاصّ بحرية الأسعار والمنافسة، بالضبط في القسم الخامس منه المُعنون "سلطات المحقّقين"⁽¹⁾.

وبالتالي، رغم محاولة المُشرّع الجزائري سدّ نقائص الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة عن طريق نصوص قانونية مُعدّلة ومُتمّمة فيما يخصّ التحقيقات في مجال الممارسات المُقيّدة للمنافسة بما فيها التعسّف في وضعية الهيمنة موضوع دراستنا، وهذا كتحديده للأشخاص المؤهّلة لإجراء التّحقيقات إلّا أنّ هذا الأمر لم يسلم إلى حدّ الآن من النقائص والفراغات القانونية، إذ أنّه لم ينص، مثلاً، على إجراء التّفتيش تحت رقابة القضاء، كما ذكرناه سابقاً، وهذا رغم أهميته، إذ أنّه يسمح بتفتيش أماكن سواء العامة أو الخاصة وذلك بإذن من القضاء ممّا يُساعد على الوصول إلى الحقيقة، وهذا مثلاً فعل المُشرّع الفرنسي.

¹ - Voir l'article L.450-4 du code de commerce français ; www.legifrance.gouv.fr/

إنَّ جعل قواعد مُنظمة لموضوع واحد (التحقيقات) مُبعثرة في عدّة قوانين لا يُساعد بتاتا على الحفاظ على حريّات الفرد وحقوق الدّفاع، فعلى المُشرّع الجزائري أن يُنظّمها ويسنّها ضمن القانون الخاص بالمنافسة. يتضمن الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة إجراءات العفو أو التخفيف من مبلغ الغرامة المقرّرة لمرتكب التعسّف في وضعية الهيمنة، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 60 منه، كما أنّ هذا الأمر تطغى عليه ظاهرة إزالة التّجريم كلية، وذلك على غرار المُشرّع الفرنسي مع أنّ هذا الأخير احتفظ بجُنحة مساهمة الشّخص الطبيعي في إعداد التعسّف وتنفيذه والذي أقرّ لها عقوبة الحبس. وبالتالي، فإنّ الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة أقلّ شدّة وقساوة من الأمر رقم 95-06 المتعلّق بالمنافسة - الملغى - وهذا ما يتناسب مع طبيعة الأشخاص والنشاطات الاقتصادية المعنية بقواعد قانون المنافسة.

كان على المُشرّع الجزائري، عند وضعه لقانون المنافسة لسنة 2003 وتعديلاته، أن يُكرّس الإجراء المُبسّط لمتابعة التعسّف المعني، وذلك أمام مجلس المنافسة من أجل ربح الوقت والاستفادة من تخفيف العقوبات. كما أنّه لا يجب على المُشرّع الجزائري أن يقوم بنقل أعمى لنصوص قانونية فرنسية دون مراعاة المحيط القانوني والاقتصادي السائد في فرنسا، والتي صدرت فيه تلك النصوص، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، كان عليه أن يُراعي تناسق وتطابق النصوص القانونية الخاصّة بالمنافسة مع باقي النصوص القانونية السارية المفعول في الجزائر، وهذا ما نلاحظه مثلا عند إخضاع الطّعون في قرارات مجلس المنافسة، الذي يُعتبر سلطة إدارية، إلى مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية بموجب قانون عادي، فهذا يُعتبر مخالفة لما نصّ عليه القانون العضوي رقم 98-01 المُنظّم لاختصاص مجلس الدّولة، وذلك من شأنه أن يُثير الشكّ في دستورية الأمر رقم 03-03 المُصادق عليه بقانون عادي بدلا من قانون عضوي، كما نصّ على ذلك الدّستور.

يُمثّل تطبيق قانون المنافسة تحت رقابة القضاء ضمانا للمؤسّسة، إلّا أنّ المُشرّع الجزائري لم يُحدّد سلطات القاضي الفاصل في الطّعون ضدّ قرارات مجلس المنافسة، كما فعل ذلك المُشرّع الفرنسي.

يجب على المُشرّع الجزائري أن يُنظّم ويُكرّس إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرّأي بين سلطات الضّبط القطاعية ومجلس المنافسة، وهذا من خلال النصوص القانونية المتعلّقة بالمنافسة وكذلك تلك المتعلّقة بالقطاعات الخاضعة للضّبط من أجل معالجة مساوئ التوزيع المتداخل للاختصاص. كما أنّه على سلطات الضّبط المعنية سواء القطاعية (الضّبط العمودي) أو مجلس المنافسة (الضّبط الأفقي) إبرام اتفاقات التعاون بينها، من جهة. ومن جهة أخرى، رسم كلّ منها نطاق اختصاصها. كما أنّه يجب تكريس إمكانية تعيين ممثّل عن كلّ سلطة ضبط على المستويين الأفقي والعمودي.

إنّ العلاقة بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية العادية هي علاقة تدرّجية، باعتبار أنّ الطّعن في القرارات التنازعية لمجلس المنافسة يتم أمام مجلس قضاء الجزائر. كما أنّها علاقة توزيعية، إذ أنّ مجلس المنافسة يرجع له الاختصاص في قمع التعسّف ما عدا إبطال أيّ التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية مُتعلّق

بالتعسف أو الفصل في التعويض عن الضرر الناتج عنه، بحيث يرجع الاختصاص للمحاكم العادية (المدنية والتجارية). كذلك إنها علاقة تكاملية، إذ يسعى مجلس المنافسة إلى حماية المنافسة في السوق والنظام العام الاقتصادي، في حين تسعى المحاكم إلى حماية المنافسين. وبالتالي، فلا يمكن تصوّر أحدهما دون الآخر أي المنافسة والمنافسين في السوق.

يُساهم القاضي الإداري في حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية عن طريق رفع دعاوى الاستعجال أو الإلغاء أمامه، وذلك بتوفّر الشروط القانونية اللازمة من أجل ذلك. كما أنّه يُراقب قرارات سلطات الضبط القطاعية فيما يتعلّق باحترام مبدأ المنافسة الحرة ووقايتها من التعسفات في وضعية الهيمنة. وكذلك يُراقب قرارات مجلس المنافسة القضائية برفض التجميعات الاقتصادية، وهذا باعتبار مراقبة التجميعات يُمثّل إجراءً وقائيًا من وقوع التعسفات في وضعية الهيمنة.

يجب تحديد السوق المرجعية ببعديها السلي والجغرافي، إلّا أنّه لا يمكنه نكران أنّ السوق الجغرافية تتجّه نحو التدويل، وهذا ما تقتضيه المقتضيات التجارية، إذ أنّ تجارة المنتجات عبر الحدود تنمو بشكل أسرع من إنتاجها، علاوة على أنّ الشركات الكبرى تتطوّر خارج دولها الأصلية، سواء بالاستثمار المباشر أو بالاستحواذ على مشروعات أجنبية، كما أنّه لا يمكن تجاهل أثر التكتلات الإقليمية في دفع السوق التنافسية إلى تخطّي الحدود الجغرافية الوطنية للدول أعضاء التكتّل.

ومن ثمّ، فإنّه يمكن القول بأنّ المعايير المطبقة على الحياة التجارية تتجّه أكثر فأكثر نحو معايير ذات طبيعة فوق وطنية، ونتيجة للبعد الدولي المتزايد في النطاق الجغرافي للسوق التنافسية من الممكن أن تصادف السلطات والأجهزة الجزائرية بعض المشاكل خاصّة فيما يتعلق بمدى اختصاصها للتصدّي لممارسات تمسّ إقليمها الوطني، أيّا كان مصدرها، فعلى المشرّع الجزائري أن يضع حلاً لهذه المشاكل خاصّة أنّ الجزائر مُقبلة على الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة.

اكتفت الفقرة (1-ب) من المادة 43 من اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها بالتصريح بأنّ الاستغلال المفرط لوضعية مهيمنة يتعارض مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أنّ من شأنه أن يؤثّر على التبادلات بين المجموعة والجزائر دون أن تمنعه صراحة⁽¹⁾. وهذا رغم أنّ نصّ المادة 102 من معاهدة حول عمل الاتحاد الأوروبي يمنع هذا التعسف صراحة، كما أنّ نصّ المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة يتضمّن صراحة حظر التعسف في وضعية الهيمنة.

¹ - راجع المادة 41/1(ب) من المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، المرجع السابق ذكره.

يفسّر هذا الاختلاف في تحرير تلك النصوص مقارنة بنصّ المادة 41/ب) من اتفاق الشراكة، السالف الذكر، نية محرري الاتفاق إلى عدم منع بصفة صارمة التعسف في وضعية الهيمنة، إذ يؤدي المنع الصارم للتعسف في المادة 41/ب) المذكورة آنفا إلى إدانة عدد كبير من الممارسات المفيدة. في حين أنّه لا يمكن إطلاقا نكران كلّ إمكانية إعفاء الممارسات التي يمكن أن تؤدي إلى تحسين الإنتاج أو التوزيع أو ترقية التقدّم التقني أو الاقتصادي. وبالتالي، أراد محررو الاتفاق المعني، من وراء استعمال عبارة "يتعارض مع السير الحسن لهذا الاتفاق" دون إضافة المصطلح "وممنوع" تجاهل أي أثر مباشر للمادة 41 السالفة الذكر. ممّا يترتّب عنه مرونة الالتزامات المترتبة عن نصّ المادة نفسها. هذا، وخاصة أنّ القانون الاتحادي لا يتضمّن إعفاءات بشأن التعسف في وضعية الهيمنة، في حين أنّ القانون الجزائري يتضمّن إمكانية الإعفاء أو ترخيص هذا التعسف. بذلك، يمكن لغياب المنع أن يحفظ السلطات المختصة لطرفي الاتفاق سلطة تقديرية لتحديد العقوبات (التدابير الملائمة). وبالتالي، فإنّ الالتزام المترتب عن نصّ المادة 41/ب) السالفة الذكر هو التزام ببذل العناية وليس التزام بتحقيق النتيجة. كما أنّ تطبيق أحكام المنافسة الواردة في اتفاق الشراكة السالف الذكر يتوقّف على إرادة الأطراف المتعاقدة.

إنّ التعايش بين مختلف التشريعات الوطنية (والإقليمية) ليس دائما بالأمر الهين، خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار تطبيق قانون المنافسة خارج الحدود الإقليمية، وهذا على أساس مبدأ الآثار. وهكذا، تنشأ الحاجة للتعاون الدولي. يُشكّل التعاون الثنائي الخطوة الأولى للتصدّي لأخطار التطبيق المتزامن للتشريعات المختلفة في مجال المنافسة بصفة عامة، وفي مادة التعسف في وضعية الهيمنة بصفة خاصة في قضية معيّنة، عن طريق خلق القاعدة نفسها للمعلومات وعن طريق تنسيق الإجراءات، أو من خلال تمكين تبادل المعلومات السريّة المتعلّقة بالتحقيقات الموازية. ومع ذلك، يبقى التنسيق المتعدّد الأطراف التدبير لحلّ مشكلة التي تثار في الموضوع.

وفي هذا الصدد، يُمكن أن نذكر خصوصا التعاون الذي تطوّر ضمن المنتديات الدولية مثل الفريق الحكومي الدولي للخبراء في القانون وسياسة المنافسة (مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED)، الفريق العامل على التفاعل بين التجارة والمنافسة بالمنظمة العالمية للتجارة (OMC) أو الشبكة الدولية للمنافسة (RIC) من أجل تبادل وجهات النظر حول مختلف القضايا وتعزيز التوافق في الآراء بشأن أفضل الممارسات واعتماد توصيات استراتيجية للحكومات والقطاع الخاص⁽¹⁾.

ومن أجل ذلك، شارك مجلس المنافسة الجزائري في المنتدى العالمي للمنافسة المنظم من قبل منظمة التعاون والتنمية في باريس في فيفري 2014، كما أنّه شارك في الاجتماع الـ 13 للشبكة الدولية للمنافسة (مراكش، أفريل 2014)، وشارك أيضا في الدورة الـ 14 للمجموعة الحكومية المشتركة لخبراء قانون وسياسة

¹ - Coopération internationale dans le domaine de la concurrence ; www.mincommerce.gov.dz/

المنافسة، المنظمة من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (كنوساد) في جنيف من 7 إلى 11 جويلية 2014⁽¹⁾.

وأكد مجلس المنافسة الجزائري بأنّ عملية المراجعة التشريعية تحت إشراف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (كنوساد) تبدو ملزمة وأمرًا مفروغا منه من أجل تجسيد الإطار القانوني الخاص بالمنافسة⁽²⁾. وبذلك، فقد سمحت لنا هذه الدراسة بالتوصّل إلى القول بأنّ للمنظومة القانونية المتعلقة بحظر التعسّف في وضعية الهيمنة في الجزائر جوانب إيجابية وبعض جوانب النقص التي يكتنفها، والتي نرجو أن يتمّ إصلاحها وإعادة النّظر فيها، بما يسمح بتعويض، ولو كان على الأقل جزئيًا، الرقابة الطبيعية لسلوك المؤسسة التي تتمتع بوضعية هيمنة بالرقابة القانونية للتعسّفات، وهذا حتّى تخضع المؤسسات المهيمنة لقواعد قانونية فعّالة وأكثر صرامة، لكي لا تستغل هذه الأخيرة وضعيتها المهيمنة استغلالًا تعسفيًا ممّا يؤدي إلى تقييد حريّة المنافسة في السوق.

¹ - مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014، المرجع السابق، ص 12.

² - المرجع نفسه، ص 15.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I - الكتب

1. الحديدي ياسر سيد، عقد الفرنشايز التجاري في ضوء تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
2. السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - الواقعة القانونية - (العمل غير المشروع - شبه العقود - والقانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، 2004.
3. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
4. الغريب محمد سليمان، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
5. الماحي حسين، تنظيم المنافسة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
6. الماحي حسين، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، المنصورة، 2007.
7. بعلي محمد الصغير، القانون الإداري (التنظيم الإداري - النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004.
8. بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 61.
9. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة 12، دار هومه، الجزائر، 2012.
10. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
11. تادرس خليل فيكتور، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
12. جمعة عبد الحكيم، الاحتكار وتأثيره على بعض قطاعات الاقتصاد المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
13. حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

14. سامي عبد الباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية (القانون رقم 03 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية "دراسة تحليلية مقارنة")، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
15. شرواط حسين، شرح قانون المنافسة (على ضوء الأمر : 03/03 المعدل والمتمم بالقانون : 12/08 المعدل والمتمم بالقانون : 05/10 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة)، دار الهدى، عين مليلة، 2012.
16. عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، درا الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2012.
17. فتحي حسين محمد، الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حرّيتي التجارة والمنافسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
18. كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
19. لنا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
20. مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق (تحليل لأهم التجارب الدولية والعربية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 - 2005.
21. مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008.

II - الرسائل والمذكرات الجامعية

أ - الرسائل الجامعية

1. أمل محمد شلبي، الحدّ من آليات الاحتكار من الوجهة القانونية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2005.
2. بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري - قسنطينة، 17 فيفري 2011.

3. جلال مسعد /محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرّة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع "قانون الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 06 ديسمبر 2012.
4. حماد عمر محمد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
5. ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 – 2010.
6. عيساوي عزالدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 18 مارس 2015.
7. كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، - فرع القانون العام -، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004 – 2005.
8. لينا حسن ذكي، الممارسات المقيّدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2004.
9. مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 24 جانفي 2015.

ب - المذكرات الجامعية

1. الدخلاوي أسماء، القاضي الإداري وحرية المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار، 2008 – 2009.
2. اليعقوبي عواطف، نظام الإثبات أمام مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس III، 2008 – 2009.
3. براهيم نوال، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
4. بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - قانون الأعمال -، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة منتوري، 2004 – 2005.

5. توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 2002.
6. جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة نيل شهادة الماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.
7. شقهام شيراز، دراسة السوق في قانون المنافسة، مذكرة تربص، شهادة الدراسات العليا المتخصصة (نزاعات المؤسسة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1998 - 1999.
8. شيخ أعر يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام - تخصص القانون العام للأعمال -، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2008 - 2009.
9. عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11 جويلية 2005.
10. عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2004 - 2005.
11. قابة صورية، مجلس المنافسة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
12. صويلح محسن، استقلالية مجال اختصاص مجلس المنافسة (دراسة في فقه القضاء)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام والمالي، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة 7 نوفمبر بقرطاج، 2006 - 2007.
13. لخضاري أعر، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "قانون الأعمال"، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 14 سبتمبر 2004.

III - المقالات والمداخلات

1. إرزيل الكاهنة، « الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص. 123 - 149.

2. **الملحم أحمد عبد الرحمن، « الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظلّ نظرية المنافسة التجارية »،** مجلة القانون والاقتصاد، عدد 63، القاهرة، 1993، ص ص. 377 - 461.
3. -----، « مدى مخالفة الاندماج والسيطرة لأحكام المنافسة التجارية (دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت) »، مجلة الحقوق، عدد 03، الكويت، 1995، ص ص. 11 - 84.
4. -----، « مدى تقييد عقد القصر للمنافسة الرأسية، دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الأمريكي والأوروبي مع العناية بالوضع في الكويت »، مجلة الحقوق، عدد 1، الكويت، 1996، ص ص. 13 - 107.
5. **آيت منصور كمال، « البيع بأسعار مخفضة تعسّفاً »، الملتقى الوطني حول: "المنافسة وحماية المستهلك"، كلية الحقوق، أبوداو، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 17 - 18 نوفمبر 2009، ص ص. 136 - 140.**
6. **آيت وازو زائنة، « دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة: في شرعية سلطات الضبط المستقلة »، الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، أيام 23 - 24 ماي 2007، ص ص. 355 - 366.**
7. **بن ناصر محمد، « إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية »، مجلة مجلس الدولة، عدد 4، منشورات الساحل، الجزائر، 2003، ص ص. 13 - 33.**
8. **بو الخضرة نورة، « الاندماج المصرفي ما بين اللجنة المصرفية ومجلس المنافسة »، الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 23 و 24 ماي 2007، ص ص. 367 - 387.**
9. **بوقرين عبد الحليم، « تأثير التحول الاقتصادي على التجريم في مجال المنافسة »، الملتقى الوطني حول: "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011، ص ص. 257 - 272.**
10. **جلال مسعد /محتوت، « مدى استقلالية وحياد مجلس المنافسة »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص ص. 221 - 252.**

11. جلال مسعد /محتوت، « مدى إخضاع الأشخاص العمومية لقانون المنافسة »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، عدد 2014/1، ص ص. 139 - 168.
12. دفاص عدنان، « العلاقة الوظيفية بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط الأخرى »، الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 23 و 24 ماي 2007، ص ص. 385 - 397.
13. عيساوي عز الدين، « جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة »، الملتقى الوطني حول: "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 1 ديسمبر 2011، ص ص. 99 - 108.
14. كايس شريف، « مدى فعالية رقابة مجلس المنافسة في الجزائر »، أعمال الملتقى الوطني: "المنافسة وحماية المستهلك"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، أيام 17 و 18 نوفمبر 2009، ص ص. 270 - 279.
15. كتو محمد الشريف، « حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة »، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 23، الجزائر، 2002، ص ص. 53 - 76.
16. -----، « حماية المنافسة في الصّفات العمومية »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص ص. 73 - 101.
17. موالك بختة، « التعليق على الأمر 03-03 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة (الجزء الأول) »، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد 2004/01، ص ص. 18 - 70.
18. هامل الهواري، « دور الجمعيات في حماية المستهلك »، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، الجزائر، 2005، ص ص. 221 - 231.

IV - المطبوعات الجامعية

- موالك بختة، محاضرات في قانون المنافسة، أُلقيت على الطلبة الأولى "ماجستير" فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003 - 2004.

V - النصوص القانونية

أ - الدساتير

- مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر.ج. ج عدد 09، الصادر في أول مارس 1989.
- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج. ج عدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 المتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج. ج عدد 25، الصادر في 14 أبريل 2002، ثم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. ج عدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008.

ب - الاتفاقات الدولية

- مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج.ر.ج. ج عدد 31، الصادر في 30 أبريل 2005.

ج - النصوص التشريعية

- قانون عضوي رقم 98-01 مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج. ج عدد 37، الصادر في 1 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر.ج. ج عدد 43، الصادر في 03 أوت 2011.
- قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 06 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ج. ج عدد 57، الصادر في 8 سبتمبر 2004.
- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج. ج عدد 48، الصادر في 10 جوان 1966 (معدل ومتمم).
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. ج عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005،

- ج.ر.ج.ج عدد 44، الصادر في 26 جوان 2005، ثم بمقتضى القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج عدد 31، الصادر في 13 ماي 2007.
- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج عدد 101، الصادر في 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 77، الصادر في 11 ديسمبر 1996، ثم بمقتضى القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج عدد 11، الصادر في 09 فيفري 2005.
- قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج.ج عدد 2، الصادر في 13 جانفي 1988، [تم إلغاء أحكام هذا القانون بموجب المادة 28 من الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ج.ج عدد 55، الصادر في 27 سبتمبر 1995، باستثناء البابين الثالث والرابع منه].
- قانون رقم 89-12 مؤرخ في 5 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج.ر.ج.ج عدد 29، الصادر في 19 جويلية 1989 (ملغى).
- قانون رقم 89-21 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ج.ج عدد 53، الصادر في 13 ديسمبر 1989 (ملغى).
- مرسوم تشريعي رقم 93-10 مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر.ج.ج عدد 34، الصادر في 23 ماي 1993، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 96-10 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج.ر.ج.ج عدد 03، الصادر في 14 جانفي 1996، ثم بمقتضى القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003، ج.ر.ج.ج عدد 11، الصادر في 19 فيفري 2003.
- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج عدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر.ج.ج عدد 15، الصادر في 12 مارس 2006، ثم معدل بمقتضى القانون رقم 06-24 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ج.ج عدد 85، الصادر في 27 ديسمبر 2006، ثم معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج عدد 49، الصادر في 29 أوت 2010.
- أمر رقم 95-25 مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ج.ج عدد 55، الصادر في 27 سبتمبر 1995.

- أمر رقم 96-01 مؤرخ في 10 جانفي 1996، يحدّد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج.ر.ج. عدد 03، الصادر في 14 جانفي 1996.
- قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج. عدد 48، الصادر في 06 أوت 2000، معدل بموجب القانون رقم 24-06 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ج. عدد 85، الصادر في 27 ديسمبر 2006، ثم معدل ومتمم بمقتضى القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ج. عدد 78، الصادر في 31 ديسمبر 2014.
- قانون رقم 01-21 مؤرخ في 22 ديسمبر 2001، يتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج.ر.ج. عدد 79، الصادر في 23 ديسمبر 2001 (معدل ومتمم).
- قانون رقم 02-01 مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ج. عدد 08، الصادر في 06 فيفري 2002.
- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم على التوالي بموجب القانونين التاليين:
- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر.ج. عدد 36، الصادر في 02 جويلية 2008.
- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.
- أمر رقم 03-04 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 15-15 المؤرخ في 15 جويلية 2015، ج.ر.ج. عدد 41، الصادر في 29 جويلية 2015.
- أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 23 جويلية 2003.
- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج. عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 26 جويلية 2009، ثم بمقتضى الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 50، الصادر في أول سبتمبر 2010.
- قانون رقم 03-12 مؤرخ في 25 أكتوبر 2003، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 64، الصادر في 26 أكتوبر 2003.

- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج. عدد 41، الصادر في 27 جوان 2004، معدل ومتم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.
- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج.ر.ج. عدد 60، الصادر في 4 سبتمبر 2005، معدل ومتم بموجب القانون رقم 08-03 المؤرخ في 23 جانفي 2008، ج.ر.ج. عدد 04، الصادر في 27 جانفي 2008، ثم بمقتضى الأمر رقم 09-02 المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 26 جويلية 2009.
- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج. عدد 14، الصادر في 08 مارس 2006، معدل ومتم بموجب الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 50، الصادر في أول سبتمبر 2010، ثم بمقتضى القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج. عدد 44، الصادر في 10 أوت 2011.
- أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج. عدد 46، الصادر في 16 جويلية 2006.
- أمر رقم 07-01 مؤرخ في أول مارس 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر.ج. عدد 16، الصادر في 7 مارس 2007.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.
- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. عدد 15، الصادر في 08 مارس 2009.
- قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج. عدد 37، الصادر في 03 أوت 2011.
- قانون رقم 12-06 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر.ج. عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2012.
- قانون رقم 13-07 مؤرخ في 29 أكتوبر 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر.ج. عدد 55، الصادر في 30 أكتوبر 2013.
- قانون رقم 14-05 مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتضمن قانون المناخ، ج.ر.ج. عدد 18، الصادر في 30 مارس 2014.

د - النصوص التنظيمية

- مرسوم رئاسي رقم 93-225 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتضمن إنشاء مجلس وطني اقتصادي واجتماعي، ج.ر.ج.ج عدد 64، الصادر في 10 أكتوبر 1993، معدل بالمرسوم الرئاسي رقم 96-156 المؤرخ في 04 ماي 1996، ج.ر.ج.ج عدد 28، الصادر في 08 ماي 1996.
- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 52، الصادر في 28 جويلية 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج.ر.ج.ج عدد 62، الصادر في 09 نوفمبر 2008 (ملغى).
- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 58، الصادر في 07 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011، ج.ر.ج.ج عدد 14، الصادر في 06 مارس 2011، ثم بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج.ر.ج.ج عدد 34، الصادر في 19 جوان 2011، ثم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج.ج عدد 04، الصادر في 26 جانفي 2012، وأخيرا بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013، ج.ر.ج.ج عدد 02، الصادر في 13 جانفي 2013 (ملغى).
- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج عدد 50، الصادر في 20 سبتمبر 2015.
- مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 05، الصادر في 31 جانفي 1990.
- مرسوم تنفيذي رقم 90-226 مؤرخ في 25 جويلية 1990، يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم، ج.ر.ج.ج عدد 31، الصادر في 28 جويلية 1990.
- مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في الهيمنة، ج.ر.ج.ج عدد 61، الصادر في 18 أكتوبر 2000 (ملغى).
- مرسوم تنفيذي رقم 02-453 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يحدد صلاحيات وزير التجارة، ج.ر.ج.ج عدد 85، الصادر في 22 ديسمبر 2002.
- مرسوم تنفيذي رقم 02-454 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج.ر.ج.ج عدد 85، الصادر في 22 ديسمبر 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-266 المؤرخ في 19 أوت 2008، ج.ر.ج.ج عدد 48، الصادر في 24 أوت 2008.

- مرسوم تنفيذي رقم 03-409 مؤرخ في 05 نوفمبر 2003، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج.ر.ج.ج عدد 68، الصادر في 09 نوفمبر 2003.
- مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 مارس 2005، يحدد كفايات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج.ر.ج.ج عدد 135، الصادر في 18 ماي 2005.
- مرسوم تنفيذي رقم 05-219 مؤرخ في 22 جوان 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ج.ج عدد 43، الصادر في 22 جوان 2005.
- مرسوم تنفيذي رقم 08-04 مؤرخ في 19 جانفي 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات والإدارات العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 03، الصادر في 20 جانفي 2008.
- مرسوم تنفيذي رقم 11-241 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ر.ج.ج عدد 39، الصادر في 13 جويلية 2011.
- مرسوم تنفيذي رقم 11-242 مؤرخ في 10 جويلية 2011، يتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة والمحدد لمضمونها وكذا كفايات إعدادها، ج.ر.ج.ج عدد 39، الصادر في 13 جويلية 2011.
- مرسوم تنفيذي رقم 12-204 مؤرخ في 06 ماي 2012، يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، ج.ر.ج.ج عدد 29، الصادر في 13 ماي 2012.

VI - الفقه الدستوري

- رأي رقم 10/ر.ن.د/م د/2000 مؤرخ في 13 ماي 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، للدستور، ج.ر.ج.ج عدد 46، الصادر في 30 جويلية 2000.
- رأي رقم 02/ر.ق.ع/م د/04، مؤرخ في 22 أوت 2004، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، للدستور، ج.ر.ج.ج عدد 57، الصادر في 8 سبتمبر 2004.
- رأي رقم 03/ر.ق.ع/م د/04، مؤرخ في 22 أوت 2004، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، للدستور، ج.ر.ج.ج عدد 57، الصادر في 8 سبتمبر 2004.
- رأي رقم 01/ر.ق.ع/م د/05، مؤرخ في 17 جوان 2005، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي، للدستور، ج.ر.ج.ج عدد 51، الصادر في 20 جويلية 2005.

- رأي رقم 02/ر.م.د/م د/11، مؤرخ في 6 جويلية 2011، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، للدستور، ج.ر.ج.ج عدد 43، الصادر في 3 أوت 2011.

VII - قضاء مجلس الدولة

- مجلس الدولة، قرار رقم 172994 صادر في 27/07/1998، مجلة مجلس الدولة، عدد 01، 2002، ص 83.
- مجلس الدولة، قرار رقم 13 صادر في 09 فيفري 1999، قضية اتحاد البنك المؤسسة المالية في شكل شركة المساهمة (يونين بنك) ضد محافظ بنك الجزائر، مجلة إدارة، عدد 01، 1999.
- مجلس الدولة، قرار رقم 182491، صادر في 17/01/2000، مجلة مجلس الدولة، عدد 01، 2002، ص 109.

VIII - آراء وقرارات ومنشورات مجلس المنافسة الجزائري

1 - الآراء

- إعلان (رأي) رقم 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013 لمجلس المنافسة الجزائري الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35 من الأمر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 02، 2013، ص ص. 10 - 17؛ www.conseil-concurrence.dz/

2 - القرارات

- مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99-ق-01 مؤرخ في 23 جوان 1999، يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)؛ www.conseil-concurrence.dz/
- مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 98-ق-03 مؤرخ في 13 ديسمبر 1998، يتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت؛ www.conseil-concurrence.dz/
- مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 01 مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 03، 2014، ص ص. 04 - 12؛ www.conseil-concurrence.dz/

3 - المنشورات

أ - النشرات الرسمية للمنافسة

- مجلس المنافسة الجزائري، النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 01، 2013؛ www.conseil-concurrence.dz/؛
 - « كلمة وزير التجارة "مصطفى بن بادة"، بمناسبة تنصيب مجلس المنافسة الجزائري بتاريخ 29 جانفي 2013 »، ص ص. 92 - 95.
 - « عمارة زيتوني رئيس مجلس المنافسة: الهيئة تتمتع بالاستقلالية التامة، التوفيق بين النجاعة الاقتصادية وحماية المستهلك هدفنا »، ص 58.
- مجلس المنافسة الجزائري، النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 02، 2013؛ www.conseil-concurrence.dz/؛
 - « مجلس المنافسة وسيلة لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين »، ص ص. 02 - 04.
- مجلس المنافسة الجزائري، النشرة الرسمية للمنافسة - العدد 03، 2014؛ www.conseil-concurrence.dz/؛
 - « مشاركة مجلس المنافسة الجزائري في أشغال الدورة الثالثة عشر (13) للشبكة الدولية لسلطات المنافسة (مراكش - أبريل 2014) » ص ص. (18 - 20).
 - « اتفاق إطار للتعاون والتعزيز المؤسساتي بين سلطة المنافسة الفرنسية ومجلس المنافسة الجزائري »، ص ص. 15 - 17.

ب - التقارير السنوية

- مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي لعام 2014 (باللغة العربية)، ص ص. 01 - 50؛ www.conseil-concurrence.dz/

IX - وثائق

1. آيت منصور كمال، « مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري: إشكالية التوفيق بين المصالح ؟ »، الملتقى الوطني حول: "حرية المنافسة في القانون الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار - عنابة، يومي 03 - 04 أبريل 2013، (مقال غير منشور).
2. جلال مسعد / محتوت، « مساهمة القضاء الإداري في حماية المنافسة الحرة في القانون الجزائري »، الملتقى الوطني الأول حول: "آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، يومي 15 و 16 ماي 2013 (مقال غير منشور).
3. حميودة أحمد، ملخص وجيز لمذكرة تخرج بعنوان "مبدأ تدرج القواعد القانونية وأثاره على الوظيفة القضائية"، الدفعة 14، 2006، منتديات الشروق أونلاين؛ mountada.echouroukonline.com/
4. غانم أحمد، « مبدأ المعاملة بالمثل »؛ www.masrawy.com/

I – OUVRAGES

1. **Autorité de la concurrence française**, Rapport annuel 2008, La documentation française, Paris, 2009.
2. **BEHAR – TOUCHAIS Martine & VIRASSAMY Georges**, Les contrats de la distribution, LGDJ, Paris, 1999.
3. **BOUTARD LABARDE Marie-Chantal & CANIVET Guy**, Droit français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994.
4. **BURST Jean-Jacques & KOVAR Robert**, Droit de la concurrence, Economica, Paris, 1981.
5. **COMBE Emmanuel**, La politique de la concurrence, Édition La découverte, Paris, 2002.
6. **CONDOMINES Aurélien**, Le nouveau droit français de la concurrence, 2^{ème} édition, Éditions Jurismanager, Paris, 2009.
7. -----, Guide pratique du droit français de la concurrence, Gualino – Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014.
8. **DE JUGLART Michel & IPPOLITO Benjamin**, Cours de droit commercial, 11^{ème} édition, EJA, Paris, 1995.
9. **DECOCQ André & DECOCQ Georges**, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2004.
10. **DELMAS-MARTY Mireille & GIUDICELLI-DELAGÉ Geneviève**, Droit pénal des affaires, 1^{ère} édition, PUF, Paris, 1999.
11. **DOUVRELEUR Olivier & GAVALDA Christian**, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, LGDJ, Paris, 2000.
12. **FASQUELLE Daniel, BERTREL Jean-Pierre, DELGA Jacques & COLLARD Christophe**, Droit de l'entreprise (L'essentiel pour comprendre le droit), 11^{ème} édition, Lamy, Paris, 2006.
13. **FERRIER Didier & FERRE Dominique**, Droit du contrôle national des concentrations, 1^{ère} édition, Dalloz, Paris, 2004.
14. **GALÈNE Renée**, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995.
15. **GAVALDA Christian & PARLEANI Gilbert**, Traité de droit communautaire des affaires, 2^{ème} édition, Litec, Paris, 1992.
16. **GLAIS Michel & LAURENT Philippe**, Traité d'économie et de droit de la concurrence, PUF, Paris, 1983.

17. **HESS-FALLON Brigitte & SIMO Anne-Marie**, Droits des affaires, 12^{ème} édition, Paris, 1999.
18. **LEFEBVRE Francis & PIQUEREAU Thomas**, Concurrence – Consommation, Éditions Francis LEFEBVRE, Paris, 2009.
19. **LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B.**, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999.
20. **MAINGUY Daniel, RESPAUD Jean-Louis & DEPINCE Malo**, Droit de la concurrence, Litec (lexis Nexis), Paris, 2010.
21. **MALAURIE-VIGNAL Marie**, Droit interne de la concurrence, Armand Colin, Paris, 1995.
22. -----, L'abus de position dominante, LGDJ, Paris, 2003.
23. -----, Droit de la concurrence interne et communautaire, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2008.
24. -----, Droit de la concurrence interne et européen, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2011.
25. **MARTENET Vincent & HEINEMANN Andreas**, Droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2012.
26. **M-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS**, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, Paris, 2008.
27. **MENOUER Mustapha**, Droit de la concurrence, Berty Éditions, Alger, 2013.
28. **MONGOUACHON Claire**, Abus de position dominante et secteur public, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2012.
29. **NICINSKI Sophie**, Droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2005.
30. **NIHOUL Paul**, La concurrence et le droit, Édition EMS, Paris, 2001.
31. **PEDAMON Michel**, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce), 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000.
32. **PIRONON Valérie**, Droit de la concurrence, Gualino Editeur/Lextenso Éditions, Paris, 2009.
33. **SCHAPIRA J., LETALLEC G. & BLAISE J. B.**, Droit européen des affaires, 1^{ère} édition, PUF, Paris, 1984.
34. **SERRA Yves**, Le droit français de la concurrence, Dalloz, Paris, 1993.
35. **SOUTY François**, Les collectivités locales et le droit de la concurrence, Dexia, Paris, 2003.
36. **VOGEL Louis**, Traité de droit commercial, 18^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2001.
37. -----, Code de la concurrence, Lawlex, Paris, 2009.

38. **VOGEL Louis**, Du droit commercial au droit économique (commerçants, justice commerciale, fonds de commerce, Bail commercial, propriété industrielle, concurrence déloyale, transparence tarifaire, pratiques restrictives, ententes, Abus de position dominante, procédure de la concurrence, concentration), Tome I, volume 1, 19^{ème} édition, LGDJ., Paris, 2010.
39. **ZOUAIMIA Rachid**, Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, Éditions Houma, Alger, 2005.
40. **ZOUAIMIA Rachid & ROUAULT Marie-Christine**, Droit administratif, Berti Éditions, Alger, 2009.
41. **ZOUAIMIA Rachid**, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeise, Alger, 2012.
42. -----, Le droit de la concurrence, Éditions Belkeise, Alger, 2012.
43. -----, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Éditions Belkeise, Alger, 2012.
44. -----, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, Éditions Belkeise, Alger, 2013.

II – Thèses et mémoires universitaires

A – Thèses universitaires

1. **ABOUL KHEIR Ashraf**, Le pouvoir de marché en droit de la concurrence, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'université Montpellier I, Discipline droit privé, Faculté de droit, Université Montpellier I, 18 janvier 2003.
2. **CHONÉ Anne-Sophie**, Les abus de domination (Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence), Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), droit, économie, sciences sociales, mardi 07 juillet 2009.
3. **ENGELHARD Didier**, Le marché pertinent en droit de la concurrence, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris, X Nanterre, 16 janvier 1998.
4. **JONGSA-NGUANDEE Jerawat**, La lutte contre l'abus de position dominante (Regards croisés entre le droit thaïlandais et le droit français), Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique d'AIX-MARSEILLE, Université AIX-MARSEILLE III, - Paul CEZANNE, 28 janvier 2010.

5. **RIZK Sajih**, La notion de pratique anticoncurrentielle, Tome I, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit de l'université Panthéon-Assas (Paris II), Discipline droit privé, Université Panthéon-Assas (Paris II) - droit, économie, sciences sociales, 2008.

B – Mémoires universitaires

1. **BENACHIBA Moktar**, Les ententes et abus de position dominante et l'accord d'association, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme des études approfondies en droit communautaire et relation Maghreb - Europe, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis II , Université de droit, d'économie et de gestion Tunis III, 1998/1999.
2. **SBAÏ Zakaria**, Les frontières entre l'entente et l'abus de position dominante, Mémoire de Master II, Droit international et Européen, Faculté de droit et de sciences économiques et de gestion, Université de Rouen, septembre 2006, Mémoire disponible sur : www.memoireonline.com/

III – Articles

1. **AKYUREK Ozan**, « La class action enfin adoptée ! », LPA n° 60, Lextenso/éditions, 25 mars 2014, p. 03.
2. **ARCELIN-LECUYER Linda**, « Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », Juris-Classeur concurrence - consommation, Fasc. 35, 1/2009, pp. 01 – 34.
3. **ARHEL Pierre**, « Activité de la cour d'appel de Paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles », LPA n° 16, 22 janvier 2002, p. 19.
4. **BARTHE Denis**, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L.420-4) », Juris-Classeur commercial, concurrence – consommation, Fasc. 320, 05/2009, pp. 01 – 20.
5. **BERMEK Hassan**, « La position dominante collective et l'analyse rétrospective du projet de réforme des concentrations », Revue en ligne « Etudes Européennes – dossier n° 05 » , 20/10/2004, pp. 01 – 13 ; www.etudes-europeennes.fr/
6. **BENNADJI Chérif**, « Le droit de la concurrence en Algérie », Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n° 3, 2000, p. 143.
7. **BLAISE Jean-Bernard**, « Abus de position dominante », Rép.com, Dalloz, Octobre 2005, pp. 01 – 35.

8. **BOUGETTE Patrice & VENAYRE Florent**, « Le contrôle à posteriori des concentrations peut-il augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », Document de travail LAMETA n° 2005-07, pp. 01 – 21 ; www.lameta.univ-montp1.fr/
9. **BOUKHROUFA Reda**, « L'abus de position dominante dans le droit algérien de la concurrence (Définition, analyse et approche méthodologique) », Conseil de la concurrence - programme d'appui à l'accord d'association P3A, Mercredi 22 mai 2013, ALGER, pp. 01 – 21 ; www.mincommerce.gov.dz/
10. **BOULOC Bernard**, « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », LPA n° 14, 20 janvier 2005, p. 11.
11. **BOY Laurence**, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », JCP n° 41, 2004, p. 1733.
12. **BRAULT Dominique**, « Service public et position dominante : peut-il y avoir abus ? (Droit communautaire de la concurrence) », LPA n° 239, 30 novembre 2004, p. 36, <http://cuja-intra.univ-paris1.fr/>
13. **CHONÉ Anne-Sophie**, « Abus de position dominante (Notion de position dominante. Article 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce) », Juris-Classeur concurrence – consommation, Fasc. 560, 5 octobre 2010, pp. 01 – 28.
14. **FILALI (B) & FETTAT (F) & BOUCENDA (A)**, « Concurrence et protection du consommateur dans le domaine alimentaire en Algérie », Revue IDARA, Volume 8, n° 01, Alger, 1998, p. 193.
15. **GLAIS Michel**, « État, marché et concurrence (les fondements d'une politique de la concurrence) », Cahiers français n° 313 (Concurrence et régulation des marchés), Mars – avril 2003, pp. 20 – 27.
16. **IDOT Laurence**, « Droit exclusifs et abus de position dominante (A propos de quelques développements récents) », LPA n° 235, 25 novembre 2005, pp. 01 – 13 ; <http://www.lextenso.fr/>
17. **LAURENT Philippe**, « Concurrence (procédures individuelles d'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome) », Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation, Fasc. 480, 05/1983, pp. 01 – 25.
18. **LAURENT Philippe**, « Abus de position dominante (Article 86 du traité de Rome) », Juris-Classeur commercial, concurrence–consommation, Fasc. 561, 11/1989, pp. 01 – 15.

19. **LAURENT Philippe**, « Abus de position dominante, (Notion de position dominante. Article 82 du Traité CE), Juris-Classeur concurrence–consommation », Fasc. 560, 1er mars 2000, pp. 01 – 16.
20. **MALAUZIE-VIGNAL Marie**, « La théorie du seuil de sensibilité à l'épreuve de l'abus de position dominante », note sous Cons. com., décision n° 04-D-14, 20 avril 2004, relative à la saisine de M. et Mme X, concernant un refus d'insertion d'annonce publicitaire, RJC (Contrats - Concurrence - Consommation) n° 07, juillet 2004, p. 24.
21. -----, « Clause de non concurrence », Juris-Classeur concurrence–consommation, Fasc. 110, 11/2004, pp. 01 – 45 ; www.lexisnexis.com/
22. **MARÉCHAL Camille**, « Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », Juris-Classeur concurrence–consommation, Fasc. 25, 4/2009, pp. 01 – 21.
23. **MARTY Frédéric & PILLOT Julien**, « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », Revue d'économie industrielle n° 129 – 130 (1^{er} et 2^{ème} trimestres 2010), pp. 277 – 300 ; www.cairn.info/
24. **MENURET Jean-Jacques**, « Autorité de la concurrence », Juris-Classeur concurrence–consommation, Fasc. 60, 3/2010, pp. 01 – 34.
25. **NAUGÈS Sabine**, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », AJDA, 2007, pp. 672 – 681.
26. **POÉSY René**, « Le rôle du conseil de la concurrence et du juge judiciaire en Algérie et en France en droit des pratiques anticoncurrentielles : aspects procéduraux », Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n° 03, 2000, pp. 161 – 177.
27. **POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine**, « La politique de la concurrence », RTD com, n° 01, Dalloz, Janvier/Mars 2002, p. 385.
28. **REIFEGERSTE Stephan**, « Sans constituer une pratique de prix prédateur, une pratique de prix bas peut constituer un abus de position dominante », LPA n° 47, 05 mars 2004, p. 09.
29. **RENUCCI Jean-François**, « Le juge pénal », Actes du colloque du 18 mars 1994 sur : "Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun", organisé par l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Institut du droit des affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1995, pp. 49 – 58.

30. **SELINSKY Véronique**, « Concurrence (Contrôle des ententes et abus de domination en droit français, Conseil de la concurrence, Procédure de contrôle) », *Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation*, Fasc. 370, 8/1987, pp. 01 – 27.
31. -----, « Concurrence (Les abus de domination) », *Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation*, Fasc. 315, 6/1988, pp. 01 – 20.
32. -----, « Concurrence (Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles) », *Juris-Classeur commercial, concurrence-consommation*, Fasc. 320, 11/1988, pp. 01 – 19.
33. **SIBONY Anne-Lise & BARBIER de LA SERRE Eric**, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : Pour un changement de perspective », *RTD eur.* 43 (2), avril – juin 2007, pp. 205 – 252.
34. **SIBONY Anne-Lise**, « Pratiques unilatérales (article 82 CE – Lignes directrices : La commission européenne publie un guide de mise en œuvre de l'article 82 CE intégrant l'analyse économique à la qualification d'abus de position dominante) » ; *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n° 01, 2009, pp. 118 – 121.
35. **VINCENT Anne-Laure & DE ROUX Hortense**, « Les actions de groupe, une réforme nécessaire au regard des lacunes des procédures alternatives prévues par le droit français », *LPA* n° 60, Lextenso/éditions, 25 mars 2014, pp. 14 – 16.
36. **WILHELM Pascal & DELHAISE Anne-Sophie**, « Les "two sided markets" » (Two sided markets), Séminaire DGTPE-Concurrence - séance du 15 décembre 2005, Article paru dans la revue *LAMY « concurrences »* n° 9, octobre - décembre 2006, p. 106 ; en.wilhelmassociés.com/Les-two-sided-markets-Two-sided-markets_a76.html/
37. **Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE**, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (Enquêtes de concurrence) », *Juris-Classeur concurrence-consommation*, Fasc. 380, 1/2010, pp. 01 – 22.
38. -----, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence) », *Juris-Classeur concurrence-consommation*, Fasc. 381, 1/2010, pp. 01 – 68.

39. **Pascal WILHELM & Lila FERCHICHE**, « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédures judiciaires) », *Juris-Classeur concurrence-consommation*, Fasc. 382, 1/2010, pp. 01 – 24.
40. **ZOUAIMIA Rachid**, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique », *Revue IDARA*, n° 28, 2004, pp. 123 – 165.
41. -----, « Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien », *Revue El Mouhamat* n° 2, décembre 2004, pp. 35 – 48.
42. -----, « De l’articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien », *Revue IDARA*, Volume 17, n° 33, 1-2007, pp. 31 – 54.
43. -----, « Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence », *Revue critique de droit et sciences politiques*, Faculté de droit, Université Mouloud MAMMERI, Tizi-Ouzou, n° 1/2012, pp. 06 - 51.

IV – Textes juridiques

- Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 02 juillet 2008 ; modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.

V – Avis et décisions du conseil de la concurrence algérien

1 – Avis

- Avis n° 01 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formulée par le ministre du commerce sur la présomption d’abus de position dominante au niveau du marché du ciment en application de l’article 35 de l’ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence ; *BOC* n° 2, 2013, pp. 33 – 41 ; www.conseil-concurrence.dz/

2 – Décisions

- **Conseil de la concurrence algérien**, décision n° 99-D-02 du 17 octobre 1999 relative à la dévolution d’un marché public pour la réalisation des centres de formation professionnelle de Fennoughil et Tsabit (inédite).

- **Conseil de la concurrence algérien**, décision n° 99-D-05 du 5 décembre 1999 relative à la saisine de la Société SOMEX International contre la Société SAFEX (inédate).

VII – Divers

1. **ARPT**, décision n° 03/SP/PC/ARPT/03 du 30 juin 2003 relative à la détermination de la taxe de terminaison d'un appel en provenance de l'international sur les réseaux mobiles de Orascom Télécom Algérie (OTA) et Algérie Télécom (AT) ; www.arpt.dz/
2. **ARPT**, décision n° 06/SP/PC/ARPT du 6 février 2007 déclarant l'opérateur Orascom Télécom Algérie en position dominante sur le marché du service de la téléphonie mobile au public de type GSM ; www.arpt.dz/
3. **DALEY Nathalie & STRYSWOSKA Marta**, « Spécificités des marché bifaces : Davantage de prudence dans l'évaluation des effets unilatéraux d'une fusion ? » ; http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2012/06/22/cercle_48234.htm/
4. **ECK Marie-Camille**, « Egalité des armes – définition juridique » ; mce-avocat.fr/lexique-dictionnaire-juridique/
5. **ROIG Eric**, « Contradictoire (principe du contradictoire) (définition) » ; droit-finances.commentcamarche.net/
6. **SEGUR Philippe**, « Synthèse du litige SNPIET c/ EDF, (recours en responsabilité et recours en réparation) », ec.europa.eu/
7. **Code de commerce français** ; www.legifrance.fr/
8. Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, JORF du 8 juillet 1945, p. 4150 ; www.legifrance.gouv.fr/
9. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF du 12 juillet 1979, p. 01711 ; www.legifrance.gouv.fr/
10. Loi n° 87-499 du 06 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, JORF du 07 juillet 1987, p. 7391 ; www.legifrance.gouv.fr/
11. Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n° 113 du 16 mai 2001 ; www.legifrance.gouv.fr/
12. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008, p. 9856 ; www.legifrance.gouv.fr/
13. Loi n° 2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n° 0181 du 05 août 2008, p. 12471 ; www.legifrance.gouv.fr/
14. Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF n° 0265 du 14 novembre 2008, p. 17391 ; www.legifrance.gouv.fr/

15. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400 ; www.legifrance.gouv.fr/
16. Loi n° 2015-990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (1), JORF n° 0181 du 07 août 2015, p. 13537, www.legifrance.gouv.fr/
17. Décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, JORF n° 103 du 01 mai 2002 ; www.legifrance.gouv.fr/
18. Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, JORF n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20831 ; www.legifrance.gouv.fr/
19. Décret n° 2009-141 du 10 février 2009, relatif à la représentation de l'Autorité de la concurrence par son président, JORF n° 0035 du 11 février 2009, p. 2428 ; www.legifrance.gouv.fr/
20. Décret n° 2009-139 du 10 février 2009, JORF n°0035 du 10 février 2009 ; www.legifrance.gouv.fr/
21. Décret n° 2009-140 du 10 février 2009, JORF n° 0035 du 10 février 2009 ; www.legifrance.gouv.fr/
22. Décret n° 2009-141 du 10 février 2009, JORF n° 0035 du 10 février 2009 ; www.legifrance.gouv.fr/
23. Décret n° 2009-142 du 10 février 2009, JORF n° 0035 du 10 février 2009 ; www.legifrance.gouv.fr/
24. Décret n° 2009-185 du 17 février 2009, JORF n° 0042 du 19 février 2009 ; www.legifrance.gouv.fr/
25. Décret n° 2009-312 du 20 mars 2009 relatif à la publication des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, JORF n° 0069 du 22 mars 2009 p. 5187 ; www.legifrance.gouv.fr/
26. **Décisions et avis du conseil de la concurrence français (actuellement Autorité de la concurrence)** ; www.autoritedelaconcurrence.fr/
27. **Autorité de la concurrence française**, décision n° 12-D-28 du 20 décembre 2012 relative à une saisine de la Fédération Française de Rugby ; Sur data-over-blog-kiwi.com/
28. **Cons. conc.**, rapport annuel pour 2001, www.autoritedelaconcurrence.fr/
29. **Cass. com.**, arrêt du 30 mai 2000, relatif au pourvoi formé par la société Canal Plus contre l'arrêt rendu le 15 juin 1999 par la cour d'appel de Paris (1^{ère} chambre, section H), relatif au recours formé par la SA Canal Plus et la SNC Télévision par satellite (TPS) contre la décision n° 98-D-70 du conseil de la concurrence en date du 24 novembre 1998 concernant la saisine des sociétés Multi vision et Télévision par satellite (TPS) dans le secteur des droit de diffusion audiovisuelle ; www.finances.gouv.fr/

30. **Cass. com.**, arrêt du 09 mai 2001, relatif au pourvoi formé par la société Groupement d'Entreprises de Services (G.E.S) contre un arrêt rendu le 27 octobre 1998 par la C.A de Paris, BOCCRF, n° 9 du 23 juin 2001 ; www.finances.gouv.fr/
31. **Cass. com.**, arrêt du 26 novembre 2003, SA télévision française 1 (TF1) c/ SA éditions Montparnasse : JurisData, n° 00-22.605, JCP n° 04, 21 janvier 2004.
32. **ART.**, rapport annuel d'activité 1997 ; www.ladocumentationfrancaise.fr/
33. **ART.**, rapport annuel d'activité 1998, tome 1 : de l'ouverture du marché à la concurrence, p. 15 ; www.ladocumentationfrancaise.fr/
34. **ART.**, décision n° 00-703 du 07 juillet 2000 se prononçant sur un différend entre ICS France et France Télécom relatif à l'exécution d'un contrat de vente en gros de trafic international ; www.arcep.fr/
35. **CRE.**, décision n° 05-38-11 du 14 avril 2005 se prononçant sur un différend, qui oppose Monsieur Marc PRALONG à Electricité de France (EDF), relatif à la facturation des frais d'entretien de compteurs d'électricité ; www.cre.fr/
36. **Version consolidée du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne**, JOUE n° C326 du 26/10/2012 ; www.eur-lex.europa.eu/
37. **La Convention Européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H)** ; www.echr.coe.int/
38. Règlement (C.E.E) n° 17-62 du conseil : premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (actuellement articles 101 et 102 du TFUE), JOCE n° 13 du 21/02/1962 ; www.europa.eu/
39. Règlement (CE) n° 3385/94 de la commission du 21 décembre 1994, concernant la forme, la teneur et les autres modalités des demandes et notifications présentées en application du règlement n° 17 du conseil, JOCE n° L377 du 31/12/1994, pp. 28 – 58. eur-lex.europa.eu/
40. Règlement (C.E) n° 01/2003 du conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE n° L001 du 04/01/2003 ; Disponible sur www.europa.eu/
41. **La Communication de la commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence**, JOCE n° 372 du 09/12/1997, pp. 0005 – 0013 ; <http://eur-lex-europa.eu/>
42. **La Communication de la Commission de l'Union Européenne : Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité TCE**, JOUE n° 101 du 27/04/2004, <http://eur-lex-europa.eu/>
43. **La Communication de la Commission Européenne portant « Orientations sur les priorités retenues par la commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE [actuel article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes**, JOUE n° C45, 24 février 2009, p. 8, point 10 ; <http://eur-lex.europa.eu/>

- 44. Le formulaire A/B**, JOCE n° L337 du 31/12/1994, pp. 31 - 51 ;
eur-lex.europa.eu/
- 45. CJCE**, arrêt du 27 avril 1994, commune d'Almelo et autres contre NV
Energiebedrijf Ijsselmij, affaire n° C-393/92 ; www.eur-lex.europa.eu/

- فهرس المحتويات -

قائمة المختصرات

01	مقدمة
	الباب الأول
07	القواعد القانونية المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة من الناحية الموضوعية
10	الفصل الأول: وجود وضعية الهيمنة في السوق
11	المبحث الأول: مفهوم وضعية الهيمنة
11	المطلب الأول: ماهية وضعية الهيمنة
11	الفرع الأول: تعريف وضعية الهيمنة
12	أولاً: وجهة نظر الاقتصاديين
12	ثانياً: موقف بعض الهيئات الأوروبية المعنية بالمنافسة
12	1 - تعريف محكمة العدل للاتحاد الأوروبي
13	2 - تعريف اللجنة الأوروبية
14	ثالثاً: موقف بعض الهيئات الفرنسية المعنية بالمنافسة
14	1 - موقف مجلس المنافسة الفرنسي
15	2 - موقف القضاء الفرنسي
15	رابعاً: موقف المشرع ومجلس المنافسة الجزائريين
15	1 - موقف المشرع الجزائري
16	2 - موقف مجلس المنافسة الجزائري
17	الفرع الثاني: تمييز وضعية الهيمنة عما يُشابهها من مفاهيم أخرى
18	أولاً: تمييز وضعية الهيمنة عن الاحتكار البحت
19	ثانياً: تمييز وضعية الهيمنة عن شبه الاحتكار
20	ثالثاً: تمييز وضعية الهيمنة عن احتكار القلة
22	الفرع الثالث: أشكال حيازة وضعية الهيمنة على السوق
22	أولاً: الحيازة الفردية لوضعية الهيمنة على السوق
23	ثانياً: الحيازة الجماعية لوضعية الهيمنة على السوق
27	المطلب الثاني: تحديد مجال تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة

- 28 _____ الفرع الأول: التطبيق المادي للقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة: المؤسسة
- 29 _____ أولاً: مفهوم المؤسسة وفقاً لقانون المنافسة
- 29 _____ 1 - تعريف المؤسسة
- 30 _____ 2 - مركز المؤسسة في السوق
- 30 _____ أ - مركز العارض
- 31 _____ ب - مركز الطالب الوسطي
- 31 _____ ثانياً: تحديد مضمون النشاطات الاقتصادية للمؤسسة المعنية
- 32 _____ 1 - الإنتاج
- 33 _____ 2 - التوزيع
- 34 _____ 3 - الخدمات
- 34 _____ 4 - الاستيراد
- 35 _____ الفرع الثاني: التطبيق الشخصي للقواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة
- _____ أولاً: مبدأ المساواة في تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة على كل الأشخاص متى كانت
- 36 _____ تمارس نشاطات اقتصادية
- 37 _____ 1 - أشخاص القانون الخاص
- 38 _____ 2 - أشخاص القانون العام
- _____ ثانياً: استبعاد المساواة عند دخول أشخاص عامة مكلفة بمهام المرفق العام أو الممارسة لامتيازات السلطة
- 40 _____ العامة في السوق
- _____ 1 - الأنشطة التي تمارسها الأشخاص العامة بوصفها سلطة عامة غير خاضعة للقواعد القانونية
- 40 _____ المتعلقة بوضعية الهيمنة
- 40 _____ أ - الأنشطة السيادية للسلطات العامة
- _____ ب - الأنشطة التي يمارسها الشخص العام مستخدماً امتيازات السلطة العامة (التصرف أو القرار
- 41 _____ المتصل بممارسة امتيازات السلطة العامة)
- _____ ج - الأنشطة المتعلقة بتفويض إدارة المرفق العام (منح امتيازات إدارة المرفق العام) أو خيار
- 42 _____ القائم بالخدمات
- 46 _____ 2 - حدود تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بوضعية الهيمنة على صفقات الأشخاص العمومية
- 47 _____ المطلب الثالث: مسألة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية
- 48 _____ الفرع الأول: المراحل التاريخية لفكرة إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

- 48 _____ أولاً: مرحلة رفض إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية
- 50 _____ ثانياً: مرحلة تكريس إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية
- 53 _____ الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية
- 53 _____ أولاً: التزامات السلطة العامة بموجب أحكام المنافسة الواردة في اتفاق الأوروبي المتوسطي
- 54 1 - التزام الدولة بقواعد المنافسة عند تدخلها الحصري فيما يتعلق بالاحتكارات
- 55 2 - التزام الدولة بقواعد المنافسة عند تدخلها فيما يتعلق بالحقوق الحصرية والخاصة للاستغلال
- ثانياً: التزام الشخص العام بحماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في صفقات الأشخاص العامة
- 59 _____
- 61 1 - الالتزام الوارد على عاتق المشتري العام بعدم خلق التعسف في وضعية الهيمنة
- 61 2 - الالتزام الوارد على عاتق المشتري العام بمتابعة (كشف ومعاقبة) التعسف في وضعية الهيمنة الذي أدّين به المترشحون للطلبات العمومية
- 63 _____
- 66 _____ المبحث الثاني: تواجد المؤسسة في وضعية الهيمنة على السوق
- 67 _____ المطلب الأول: مفهوم السوق المرجعية
- 67 _____ الفرع الأول: ماهية السوق المرجعية
- 67 _____ أولاً: تعريف السوق المرجعية
- 68 1 - وجهة نظر الاقتصاديين
- 68 2 - موقف بعض الهيئات الأوروبية المعنية بالمنافسة
- 68 أ - تعريف محكمة العدل للاتحاد الأوروبي
- 68 ب - تعريف اللجنة الأوروبية
- 69 3 - موقف بعض الهيئات الفرنسية المعنية بالمنافسة
- 69 أ - موقف مجلس المنافسة الفرنسي (حاليا سلطة المنافسة الفرنسية)
- 70 ب - موقف القضاء الفرنسي
- 70 4 - موقف المشرع ومجلس المنافسة الجزائريين
- 70 أ - موقف المشرع الجزائري
- 71 ب - موقف مجلس المنافسة الجزائري
- 71 ثانياً: أهمية دراسة السوق المرجعية
- 73 ثالثاً: علاقة السوق المرجعية بباقي الأسواق
- 73 1 - سوق السلع الثانوية

- 75 2 - الأسواق ذات وجهين _____
- 77 3 - الأسواق المجاورة _____
- 79 الفرع الثاني: تحديد السوق المرجعية _____
- 79 أولاً: التحديد المادي للسوق: سوق المنتجات البديلة _____
- 79 1 - المقصود بقابلية الاستبدال _____
- 81 2 - وسائل قياس درجة قابلية المنتج للاستبدال _____
- 81 أ - مرونة الطلب (وسيلة أساسية) _____
- 81 أ₁ - المقصود من مرونة الطلب _____
- 83 2 - معايير تحديد قابلية الاستبدال من جانب الطلب _____
- 83 أ₂₋₁ - المعايير الموضوعية _____
- 83 أ₂₋₁₋₁ - المميزات الأساسية للمنتجات (السلعة و/ أو الخدمة) _____
- 83 أ₂₋₁₋₂ - الشروط التقنية للاستعمال _____
- 84 أ₂₋₁₋₃ - الغرض من الاستعمال _____
- 84 أ₂₋₁₋₄ - أسعار المنتجات _____
- 85 أ₂₋₂ - المعايير الشخصية _____
- 85 أ₂₋₂₋₁ - صورة وشهرة المنتج _____
- 85 أ₂₋₂₋₂ - سلوك المستهلكين _____
- 86 ب - مرونة العرض (وسيلة ثانوية) _____
- 86 ب₁ - المقصود من مرونة العرض _____
- 88 ب₂ - معيار تحديد قابلية الاستبدال من جانب العرض _____
- 89 ثانياً: التحديد الجغرافي للسوق: السوق الجغرافية _____
- 90 1 - المقصود بتحديد السوق جغرافياً _____
- 90 أ - المقصود بالتحديد الجغرافي للسوق في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) _____
- 92 ب - المقصود بالتحديد الجغرافي للسوق في ظل الاتفاق الأوروبي المتوسطي _____
- 94 2 - العوامل المتعلقة بالتحديد الجغرافي للسوق _____
- 95 أ - العوامل الطبيعية _____
- 95 ب - العوامل المتعلقة بالقواعد القانونية أو اللائحية _____
- 95 ج - العوامل المتعلقة بسلوكيات طالبي السلع والخدمات _____

96	المطلب الثاني: المعايير المميّزة لوضعية الهيمنة باعتبارها المنشأة للقوة الاقتصادية
98	الفرع الأول: المعايير المتعلقة بتشكيلة السوق
98	أولاً: حصة السوق
100	1 - الحصة الكبيرة في السوق مؤشر واضح على وجود وضعية الهيمنة
102	2 - الحصة الصغيرة في السوق مؤشر على عدم وجود وضعية الهيمنة
103	3 - الحصة المتوسطة في السوق
103	ثانياً: المعايير المكملّة المتعلقة بتشكيلة السوق
103	1 - حصص المنافسين في السوق
104	2 - حواجز الدخول أو التوسع Barrières à l'entrée ou à l'expansion
107	3 - القدرة الشرائية التعويضية للعملاء
107	الفرع الثاني: المعايير المتعلقة بالمؤسسة المعنية
107	أولاً: مزايا تحت خدمة المؤسسة Avantages à la disposition de l'entreprise
108	1 - ميزة التكنولوجيا والصناعة
108	2 - حجم المؤسسة
108	3 - الميزة المالية
109	4 - الأسبقية أو الأقدمية في السوق
109	5 - الميزة التجارية
109	ثانياً: سلوكيات المؤسسة في السوق
109	1 - إمكانية القيام بالتصرّفات المستقلة (التصرّفات المنفردة)
110	2 - أمثلة عن التصرّفات المستقلة
111	أ - التصرّفات المتعلقة بالأسعار
111	ب - التصرّفات المتعلقة بالكميات
112	ج - التصرّفات المتعلقة بالشروط الحصرية
112	المطلب الثالث: مدى إلزامية توفر معيار "وضعية الهيمنة" كشرط أولي لتحقيق التعسّف
112	الفرع الأول: رفض معيار "وضعية الهيمنة" كشرط أولي لتحقيق التعسّف (معيار مشكوك فيه)
113	أولاً: دواعي حذف وضعية الهيمنة
113	1 - المرونة الممنوحة من قبل المفهوم المسبق للسوق المرجعية
113	أ - الطابع المرن لمفهوم السوق المرجعية

114	ب - التحديد الضيق للسّوق على حساب المتعاملين الاقتصاديين
115	2 - استخلاص وضعية الهيمنة من التعسّف
116	3 - الأسواق المجاورة
116	4 - المفاهيم البديلة لمفهوم وضعية الهيمنة: وضعية الهيمنة الجماعية والأشكال الجديدة للهيمنة
117	ثانيا: اقتراح استبدال معيار وضعية الهيمنة بمعيار التقييد الحساس بالمنافسة
118	الفرع الثاني: إلزامية توفر معيار "وضعية الهيمنة" كشرط أولي لتحقيق التعسّف
118	أولا: دواعي وجود وضعية الهيمنة
118	1 - الأسباب التاريخية
119	2 - الأسباب القانونية
120	3 - المسؤولية الخاصة الواقعة على عاتق المؤسسة المهيمنة
120	ثانيا: المخاطر المترتبة عن حذف وضعية الهيمنة (عدم الأمن القانوني)
123	الفصل الثاني: الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة
124	المبحث الأول: إثبات التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة
124	المطلب الأول: ماهية التعسّف المحظور محل الإثبات
125	الفرع الأول: تعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة
125	أولا: تعريف التعسّف المحظور في نظر المشرّع
125	1 - موقف المشرّع الجزائري
125	أ - موقف المشرّع الجزائري في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدّل والمتمّم
125	ب - موقف المشرّع الجزائري في ظل الاتفاق الأوروبي المتوسطي
126	2 - موقف المشرّع الفرنسي
126	3 - موقف المشرّع الأوروبي
126	ثانيا: محاولات مجلس المنافسة الجزائري لتعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة
127	ثالثا: محاولات مجلس المنافسة الفرنسي لتعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة
129	رابعا: المحاولات القضائية والفقهية لتعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة
129	1 - محاولات القضاء لتعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة
131	2 - محاولات الفقه لتعريف التعسّف المحظور الناتج عن وضعية الهيمنة
	الفرع الثاني: الحدود الواردة بين التعسّف في وضعية الهيمنة وبعض الممارسات الواردة في قانون
132	المنافسة

132	أولاً: التعسف في وضعيّة الهيمنة والاتّفاقات المحظورة
135	ثانياً: التعسف في وضعيّة الهيمنة والتعسف في التبعيّة الاقتصاديّة
138	ثالثاً: التعسف في وضعيّة الهيمنة والتجميعات الاقتصاديّة
143	المطلب الثاني: مقياس تقدير التعسف محل الإثبات
144	الفرع الأول: المساس بالمنافسة في السوق
144	أولاً: وجود المساس بالمنافسة
144	1 - غرض أو أثر الممارسة: المساس بالمنافسة
146	2 - المساس المحسوس بالمنافسة
147	ثانياً: ارتباط المساس بالمنافسة بوضعيّة الهيمنة
148	الفرع الثاني: التأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبيّة والجزائر
149	أولاً: المقصود من التأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبيّة والجزائر
150	ثانياً: العناصر المكوّنة للتأثير على التبادلات بين المجموعة الأوروبيّة والجزائر
150	1 - عنصر التبادلات فيما بين المجموعة الأوروبيّة والجزائر
152	2 - عنصر التأثير (الإضرار) على التبادلات فيما بين المجموعة الأوروبيّة والجزائر
154	3 - عنصر التأثير (الإضرار) الملموس على التبادلات بين المجموعة الأوروبيّة والجزائر
155	ثالثاً: أهميّة شرط التأثير على التبادلات بين المجموعة والجزائر
155	الفرع الثالث: عبء الإثبات
158	المبحث الثاني: الممارسات الموصوفة بالتعسف في وضعيّة الهيمنة
160	المطلب الأول: الممارسات الاستيعاديّة المجسّدة للتعسف في وضعيّة الهيمنة
160	الفرع الأول: الممارسات الهادفة إلى غلق السوق في مواجهة المنافسين
160	أولاً: رفض البيع
162	ثانياً: التعسف في وضعيّة الهيمنة والتمسك بحقوق الملكية الفكرية
166	ثالثاً: شرط عدم المنافسة
169	رابعاً: منع المنافسين من استخدام بنية أساسية تمتلكها مؤسسة مهيمنة
171	الفرع الثاني: الممارسات الهادفة إلى الاستئثار بالعملاء والموردين
171	أولاً: الشّروط الحصريّة
173	ثانياً: تخفيضات الوفاء (rabais de fidélité)
	المطلب الثاني: ممارسات المؤسسة المهيمنة المجسّدة للتعسف والمرتبطة بعلاقاتها التجاريّة مع

175	غيرها من المؤسسات
175	الفرع الأول: الممارسات المتعلقة بالأسعار
176	أولاً: الرفع المفرط للأسعار
177	ثانياً: خفض الأسعار
178	1 - البيع بالخسارة
180	2 - الأسعار العدوانية
181	3 - أسعار بيع مخفضة تعسفياً
184	الفرع الثاني: الممارسات الخاصة بالعلاقات التجارية مع الشركاء الاقتصاديين
185	أولاً: البيوع المترابطة (المتلازمة)
187	ثانياً: البيوع التمييزية
189	ثالثاً: قطع العلاقات التجارية
190	رابعاً: فرض سعر إعادة البيع أو إلزام شروط خاصة على الموزعين
191	المبحث الثالث: القيود الواردة على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة
192	المطلب الأول: الاستثناءات الواردة على حظر التعسف في وضعية الهيمنة
192	الفرع الأول: الاستثناء الناتج عن نص قانوني (تشريعي أو تنظيمي)
193	أولاً: الشروط المتعلقة بالنص المحتمل إثارته
193	1 - طبيعة النص
194	أ - استبعاد التصرفات غير التشريعية أو التنظيمية
194	ب - استبعاد النصوص التنظيمية غير المطبقة مباشرة للقانون
197	2 - حادثة النص
197	ثانياً: الشروط المتعلقة بالعلاقة بين التعسف في وضعية الهيمنة المقيد للمنافسة والنص المثار
197	1 - وجود علاقة سببية بين التعسف في وضعية الهيمنة والنص المثار
198	أ - غرض النص
198	ب - مدى ملائمة النص
198	2 - الطابع المباشر والضروري للعلاقة السببية الموجودة
199	الفرع الثاني: الاستثناء الناتج عن مساهمة التعسف في وضعية الهيمنة في التقدم الاقتصادي والتقني
200	أولاً: مفهوم التقدم الاقتصادي
200	1 - تحسين الإنتاجية

201	2 - التقدم التقني والابتكار
201	3 - تحسين ظروف السوق المرجعية
202	4 - خلق وظائف جديدة
202	ثانيا: شروط التقدم الاقتصادي
202	1 - إثبات التقدم الاقتصادي الذي تضمنته ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة
203	* الاستثناء العام
203	* الاستثناء الخاص
204	2 - كون التقدم الاقتصادي المدعى به ملموسا وإيجابيا وكافيا
204	3 - تخصيص قسط من العائدات للمستهلكين
205	4 - علاقة التقدم الاقتصادي بالممارسات المرتكبة
205	5 - يجب ألا يكون تقييد المنافسة مطلقا
206	6 - التعادل بين عرقلة المنافسة والأثر المفيد المترتب عنها
210	المطلب الثاني: التصريح بعدم التدخل
211	الفرع الأول: مفهوم التصريح بعدم التدخل
212	أولا: المقصود من التصريح بعدم التدخل
214	ثانيا: المقارنة بين التصريح بعدم التدخل والاستثناءات الواردة في قانون المنافسة
215	1 - أوجه الشبه بين التصريح بعدم التدخل والاستثناءات الواردة في قانون المنافسة
216	2 - أوجه الاختلاف بين التصريح بعدم التدخل والاستثناءات الواردة في قانون المنافسة
217	المطلب الثاني: الإجراءات القانونية المتعلقة بالتصريح بعدم التدخل
218	الفرع الأول: كفاءات طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل
218	1 - الأشخاص المؤهلون لطلب التصريح بعدم التدخل
218	2 - تكوين الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل
221	الفرع الثاني: إيداع الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل ودراسته
221	أولا: إيداع الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل
222	ثانيا: دراسة الملف المتعلق بطلب التصريح بعدم التدخل
223	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن قرار التصريح بعدم التدخل
	الباب الثاني
227	القواعد القانونية المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة من الناحية الإجرائية

- 230 الفصل الأول: المراحل السابقة للبتّ في القضايا المتعلقة بالتعسف
- 231 المبحث الأول: تحريك المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة عن طريق الإخطار
- المطلب الأول: نقل متابعة التعسف من القاضي الجزائي إلى مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة
- 231 إدارية مستقلة
- 232 الفرع الأول: تراجع دور القاضي الجزائي في متابعة التعسف في وضعية الهيمنة
- 237 الفرع الثاني: أسباب نقل السلطة القمعية من القاضي إلى الجزائي إلى مجلس المنافسة
- 237 أولاً: عدم ملائمة المحاكم الجزائية لمتابعة التعسف في وضعية الهيمنة
- 239 ثانياً: إزالة التنظيم
- 240 الفرع الثالث: مدى ملائمة مجلس المنافسة الجزائري لمتابعة التعسف في وضعية الهيمنة
- 241 أولاً: مسألة استقلالية مجلس المنافسة
- 242 1 - مدى استقلالية المجلس على مستوى الإطار العضوي
- 242 أ - التركيبة البشرية لمجلس المنافسة
- 245 ب - طريقة تعيين أعضاء مجلس المنافسة
- 246 ج - مدة تعيين أعضاء مجلس المنافسة
- 247 د - حقوق وواجبات أعضاء مجلس المنافسة
- 274 د1 - حقوق أعضاء مجلس المنافسة
- 248 د2 - واجبات أعضاء مجلس المنافسة
- 249 هـ - تبعية مجلس المنافسة
- 250 2 - مدى استقلالية المجلس على مستوى الإطار الوظيفي
- 251 أ - الوسائل القانونية
- 251 أ1 - الشخصية القانونية
- 252 أ2 - أهلية وضع قواعد التنظيم والعمل (سلطة إعداد النظام الداخلي)
- 253 ب - الوسائل المالية وطرق التمويل
- 254 ج - رقابة السلطة التنفيذية على مجلس المنافسة
- 255 ج1 - رقابة السلطة التنفيذية على أعمال مجلس المنافسة
- 255 ج1-1 - تدخل السلطة التنفيذية في مهام مجلس المنافسة
- 257 ج1-2 - التأثير على استقلالية مجلس المنافسة أثناء إعداد ميزانيته
- ج2 - رقابة السلطة التنفيذية على قرارات مجلس المنافسة: سلطة التغاضي على قرارات مجلس

257	المنافسة (التجميعات)
259	ثانيا: مسألة حياد مجلس المنافسة
259	1 - التنافي
262	2 - التتحي
262	3- التسبب
263	المطلب الثاني: إخطار مجلس المنافسة من أجل متابعة التعسف في وضعية الهيمنة
263	الفرع الأول: الأشخاص المؤهلة للإخطار التنازعي
265	أولا: الوزير المكلف بالتجارة
266	ثانيا: الإخطار التلقائي للمجلس
267	ثالثا: الجماعات المحلية
267	رابعا: الهيئات الاقتصادية والمالية
268	خامسا: المؤسسات
268	سادسا: الجمعيات المهنية والنقابية
268	سابعا: جمعيات المستهلكين
270	الفرع الثاني: خصائص الإخطار التنازعي
270	أولا: الطابع المكتوب للإخطار
270	1 - الشكل المكتوب للإخطار
274	2 - مدى توفر القوة الملزمة للإخطار
275	ثانيا: الطابع الاختياري للإخطار التنازعي
275	1 - مبدأ الاختيار الحر بين إخطار مجلس المنافسة ورفع الدعوى أمام المحاكم
275	أ - فكرة حرية الإخطار
277	ب - نتائج مبدأ الاختيار
278	2 - القيود الواردة على مبدأ الاختيار
279	المطلب الثالث: مرحلة قبول الإخطار التنازعي
279	الفرع الأول: الشروط اللازمة لقبول الإخطار
279	أولا: الإخطار يفترض اختصاص مجلس المنافسة
280	1 - عدم اختصاص مجلس المنافسة لكون الوقائع غير داخلة في إطار مهامه
280	أ - الوقائع لا تدخل ضمن مجال تطبيق قانون المنافسة

- 280 ب - الوقائع المعروضة ليست من مهام مجلس المنافسة _____
- 281 2 - إخطار مجلس المنافسة بوقائع سقطت بالتقادم _____
- 282 أ - معنى التقادم _____
- 282 ب - نقطة انطلاق مدّة التقادم _____
- 283 ج - انقطاع مدة التقادم _____
- 283 د - التصرفات القاطعة للتقادم _____
- 283 د1 - التصرفات القاطعة للتقادم قبل إخطار مجلس المنافسة _____
- 284 د2 - التصرفات القاطعة للتقادم في مرحلة إخطار مجلس المنافسة _____
- 284 د3 - التصرفات القاطعة للتقادم واللاحقة لإخطار مجلس المنافسة _____
- 285 هـ - التصرفات غير القاطعة للتقادم _____
- 285 و - أثر قطع مدة التقادم _____
- 286 ي - اكتساب التقادم _____
- 287 و - شروط تمسك مجلس المنافسة بالتقادم _____
- 287 ثانيًا: إرفاق الإخطار بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية _____
- 287 1 - شرطي الصفة والمصلحة _____
- 287 أ - شرط المصلحة _____
- 288 ب - شرط الصفة _____
- 289 2 - شرط توفر العناصر المقنعة بما فيه الكفاية _____
- 289 أ - معنى فكرة العناصر المقنعة بما فيه الكفاية _____
- 290 ب - نطاق فكرة العناصر المقنعة بما فيه الكفاية _____
- 291 الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن توفر أو عدم توفر شروط الإخطار _____
- 291 أولاً: الآثار الناتجة عن عدم توفر شروط قبول الإخطار _____
- 291 1 - الإجراءات الخاصة بعدم قبول الإخطار _____
- 294 2 - تعليل قرار عدم القبول _____
- 295 3 - تبليغ قرار عدم القبول _____
- 296 ثانيًا: الآثار الناتجة عن توفر شروط قبول الإخطار _____
- 296 1 - التصريح بقبول الإخطار _____
- 296 2 - إعلام السلطات الإدارية المستقلة بالإخطار _____

296	3 - طلب اتخاذ التدابير التحفظية
298	أ - أساس التدابير المؤقتة: الاستعجال
300	ب - إجراء التدابير المؤقتة
304	ج - مضمون التدابير المؤقتة المقررة
305	د - تنفيذ القرار المتضمن التدبير المؤقت (تبليغه ونشره)
306	4 - إسناد القضية إلى المقرر العام والمقررون التابعون لمجلس المنافسة الجزائري
308	المبحث الثاني: التحقيق في الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة
308	المطلب الأول: القواعد العامة المتعلقة بالتحقيق في التعسف في وضعية الهيمنة
309	الفرع الأول: قاعدة الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة
309	أولاً: مضمون قاعدة الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة
311	ثانياً: جزاء عدم احترام قاعدة الالتزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة
312	الفرع الثاني: تكريس جريمة معارضة إجراء التحقيق
312	أولاً: مضمون جريمة معارضة إجراء التحقيق
314	ثانياً: جزاء معارضة إجراء التحقيق
315	الفرع الثالث: ضمان آلية التعاون في مجال البحث عن الأدلة
315	أولاً: التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات الضبط القطاعية من أجل البحث عن الأدلة (على المستوى الوطني)
319	ثانياً: التعاون بين مجلس المنافسة الجزائري وسلطات المنافسة الأجنبية من أجل البحث عن الأدلة (على مستوى الخارجي)
320	1 - التعاون في ظل أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة
321	2 - التعاون في ظل أحكام المنافسة الواردة في اتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها
321	أ - آليات التعاون
321	1 - الإشعار
322	2 - تبادل المعلومات والالتزام بالسرية
322	3 - تنسيق تدابير التطبيق
322	4 - المشاورات
323	5 - التعاون التقني

324	ب - تقييم آليات التعاون
324	ب1 - الإيجابيات
324	ب2 - السلبيات
325	ج - الآلية المقترحة
325	المطلب الثاني: التحريات الأولية في التعسف في وضعية الهيمنة
326	الفرع الأول: المبادرة بإجراء التحري والمكلفون به
326	أولاً: المبادرة بإجراء التحري
328	ثانياً: أصناف الموظفين المؤهلين للقيام بالتحقيقات
333	الفرع الثاني: مجريات التحريات الأولية في التعسف في وضعية الهيمنة
335	أولاً: التحريات غير القمعية Les enquêtes non coercitives
335	1 - تعريف التحريات غير القمعية
335	2 - سلطات المحققين أثناء التحريات غير القمعية
336	أ - الحق في الفحص واستلام الوثائق وحجزها
339	ب - الحق في الدخول إلى الأماكن
340	ج - الحق في الحصول على المعلومات أو جمعها
340	ثانياً: التحريات القمعية
341	1 - تعريف التحريات القمعية
341	2 - شروط إجراء التحريات الثقيلة
344	3 - مجريات عمليات الزيارة والحجز
346	ثالثاً: معايير الأعوان: التزام المحققين بإعداد المحاضر والتقارير
346	1 - القواعد المطبقة على كل المحاضر والتقارير
346	أ - المحاضر
347	ب - التقارير
348	2 - القواعد الإضافية المطبقة في التحقيقات الثقيلة
348	3 - قيمة المحاضر والتقارير
349	المطلب الثالث: التحقيق الحصري لمجلس المنافسة
350	الفرع الأول: تبليغ المآخذ
351	أولاً: طبيعة تبليغ المآخذ

352	ثانيا: محتوى تبليغ المآخذ
352	1 - القواعد الشكلية
352	2 - القواعد الموضوعية
352	ثالثا: الأشخاص المعنية بتبليغ المآخذ
354	1 - حالة تغيير في الشخصية القانونية للمؤسسة المرتكبة للتعسف في وضعية الهيمنة
356	2 - حالة المؤسسات والمنظمات المعقدة التركيب
358	الفرع الثاني: التّحقيق الحضورى L'instruction contradictoire
358	أولا: الاطلاع على الملف
358	1 - الحدود الواردة على حق الاطلاع على الملف
358	أ - سرّ الأعمال
359	ب - مسألة سرية المعلومات
360	2 - كيفية الاطلاع على الملف
361	ثانيا: ملاحظات الأطراف
362	الفرع الثالث: تقرير المقرّر النهائى
362	أولا: طبيعة التقرير
363	ثانيا: القواعد المنظمة للتقرير النهائى
363	1 - القواعد الشكلية للتقرير
363	2 - القواعد الموضوعية للتقرير
364	3 - الأشخاص المعنية بتبليغ التقرير النهائى
364	ثالثا: ملاحظات الأطراف بعد إرسال التقرير
366	الفصل الثانى: البتّ فى القضايا المتعلقة بالتعسف فى وضعية الهيمنة
367	المبحث الأول: فصل هيئة مجلس المنافسة فى التعسف فى وضعية الهيمنة
367	المطلب الأول: جلسات مجلس المنافسة
368	الفرع الأول: سرّية الجلسات
368	أولا: أسانيد علنية الجلسات
369	ثانيا: أسانيد سرّية الجلسات
369	الفرع الثانى: قواعد سير الجلسات
370	أولا: القواعد الخاصة بالجلسات

- 370 1 - حقوق الأطراف المعنية
- 370 أ - حق حضور جلسات المجلس
- 370 ب - حق الأطراف المعنية في طلب الاستماع إليها
- 371 ج - حق الأطراف المعنية في الاستعانة بمدافع
- 371 2 - تنظيم وتوزيع الجلسات
- 373 ثانيا - انعقاد الجلسات
- 376 ثالثا: مداولات المجلس
- 378 المطلب الثاني: القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بشأن التعسف في وضعية الهيمنة
- 378 الفرع الأول: إصدار القرارات
- 378 أولا: تصنيف قرارات مجلس المنافسة الخاصة بالتعسف في وضعية الهيمنة
- 381 ثانيا: شكل القرارات
- 382 الفرع الثاني: العقوبات المقررة ضمن القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة
- 382 أولا: تمييز العقوبات عن التدابير الوقائية (الأوامر)
- 382 1 - فكرة الأوامر وتمييزها عن العقوبات
- 384 2 - مضمون الأوامر
- 387 ثانيا: العقوبات
- 388 1 - العقوبات الأصلية (العقوبات المالية)
- 388 أ - الحد الأقصى للعقوبات المالية
- 389 ب - خصائص العقوبات الأصلية
- 389 ب1 - العقوبات الأصلية هي عقوبات مالية
- 389 ب2 - العقوبات الأصلية ذات طابع إداري
- 390 ج - المعايير القانونية لتقدير العقوبات المالية (العقوبات الأصلية)
- 390 ج1 - تناسب العقوبة مع خطورة الممارسة المرتكبة
- 391 ج2 - تناسب العقوبة مع الضرر الذي لحق بالاقتصاد
- 391 ج3 - تناسب العقوبة مع الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة
- 391 ج4 - تناسب العقوبة مع مدى تعاون المؤسسات المتهمه مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية
- 392 ج5 - تناسب العقوبة مع أهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق

392	د - الظروف المشدّدة والظروف المخفّفة لفرض العقوبة
392	د ₁ - الظروف المشدّدة
393	د ₂ - الظروف المخفّفة
393	2 - العقوبات التكميلية
394	الفرع الثالث: تنفيذ قرارات مجلس المنافسة الفاصلة في التعسّف في وضعية الهيمنة
395	أولاً: تبليغ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية
396	ثانياً: نشر قرارات مجلس المنافسة المتعلّقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة
398	المبحث الثاني: الطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلّقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة
399	المطلب الأول: تقديم الطعن
	الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن في القرارات المتعلّقة بالتعسّف في وضعية
399	الهيمنة
400	أولاً: الآراء المعارضة لمنح الاختصاص للقضاء العادي
400	ثانياً: مبررات منح الاختصاص للقضاء العادي
401	ثالثاً: الغموض القانوني الذي يطغى على الاختصاص القضائي محل الدراسة
403	الفرع الثاني: إجراءات الطعن
404	أولاً: الإجراءات الخاصة بمختلف الطعون
404	1 - الطعن ضدّ القرارات الصادرة في الموضوع
404	أ - الطعن الرئيسي
406	ب - الطعن الفرعي
406	ج - التدخّل الإرادي والإدخال التلقائي
407	ج ₁ - التدخل الإرادي (التدخل الاختياري)
407	ج ₂ - الإدخال التلقائي
408	2 - الطعن ضدّ قرارات مجلس المنافسة الفاصلة في طلب الإجراءات التحفظية
409	ثانياً: القواعد المشتركة بين الطعون
410	المطلب الثاني: أثر الطعن على تنفيذ القرارات المتعلّقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة وكيفية الفصل فيه
410	الفرع الأول: أثر الطعن على تنفيذ القرارات المتعلّقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة
410	أولاً: الأثر غير الموقف للطعن على تنفيذ القرارات المتعلقة بالتعسّف في وضعية الهيمنة (قاعدة عامة)
411	ثانياً: إمكانية وقف تنفيذ القرارات الفاصلة في التعسّف في وضعية الهيمنة (استثناء)

- 1 - تكريس ضمانات وقف تنفيذ القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة 412
- 2 - شروط طلب وقف تنفيذ القرارات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة 413
- 3 - الإجراءات المتعلقة بطلب وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة الفاصلة في التعسف في وضعية الهيمنة 414
- الفرع الثاني: كيفية الفصل في الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة بشأن التعسف في وضعية الهيمنة 415
- أولاً: سلطات القاضي الفاصل في الطعن 416
- ثانياً: مشكلة تحديد القاضي المختص للنظر في دعوى مسؤولية مجلس المنافسة 418
- المبحث الثالث: حدود صلاحيات مجلس المنافسة في مادة التعسف في وضعية الهيمنة 419
- المطلب الأول: اختصاص سلطات الضبط القطاعية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة 420
- الفرع الأول: تحديد دور سلطات الضبط القطاعية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة 420
- أولاً: دور سلطات الضبط الاقتصادي في مادة التعسف في وضعية الهيمنة 420
- 1 - دور لجنة ضبط الكهرباء والغاز 421
- 2 - دور لجنة الإشراف على التأمينات 422
- 3 - دور سلطة ضبط البريد والمواصلات 424
- ثانياً: دور سلطات الضبط المالي في مادة التعسف في وضعية الهيمنة 425
- 1 - دور مجلس النقد والقرض 425
- 2 - دور اللجنة المصرفية 426
- الفرع الثاني: التوزيع المتداخل للاختصاص: مساوئه وطرق معالجتها 427
- أولاً: مساوئ التوزيع المتداخل للاختصاص 427
- ثانياً: طرق معالجة مساوئ التوزيع المتداخل للاختصاص 430
- 1 - التنظيم القانوني للعلاقة الوظيفية التعاونية عن طريق إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرأي 430
- أ - مدى تكريس إجراء الإخطار المتبادل لإبداء الرأي من قبل أحكام القوانين القطاعية 430
- ب - مدى فعالية إجراء الإخطار 432
- 2 - الآليات الأخرى الممكنة لتوطيد وتنسيق العلاقة الوظيفية التعاونية بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية 433
- أ - رسم سلطات الضبط حدوداً لنطاق اختصاصها 434
- ب - إبرام اتفاقات التعاون 436
- ج - تعيين ممثل عن كل سلطة ضبط على المستويين الأفقي والعمودي 436

- المطلب الثاني: اختصاص الهيئات القضائية العادية في مجال قمع التعسف في وضعية الهيمنة _____ 436
- الفرع الأول: مجال اختصاص الهيئات القضائية العادية في مادة التعسف في وضعية الهيمنة _____ 437
- أولاً: بطلان التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى متعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة _____ 437
- 1 - طبيعة البطلان _____ 438
- 2 - صاحب الحق في رفع دعوى البطلان _____ 438
- 3 - أثر البطلان _____ 439
- أ - أثر البطلان في مواجهة الغير _____ 440
- ب - أثر البطلان في مواجهة الطرفين _____ 440
- 4 - تقادم دعوى البطلان _____ 440
- ثانياً: الفصل في طلب التعويض عن الأضرار التي سببها التعسف في وضعية الهيمنة _____ 441
- 1 - صاحب الحق في طلب التعويض _____ 441
- أ - طلب التعويض من طرف المتضرر من جراء التعسف في وضعية الهيمنة _____ 441
- ب - طلب التعويض من طرف جمعيات حماية المستهلك _____ 442
- 2 - شروط التطبيق: طلب التعويض على أساس المسؤولية المدنية التقصيرية _____ 443
- أ - إثبات الممارسة الخاطئة _____ 443
- ب - إثبات الضرر التنافسي _____ 443
- ج - إثبات العلاقة السببية _____ 444
- 3 - تقادم دعوى التعويض _____ 445
- الفرع الثاني: العلاقة التوزيعية والتكاملية بين الهيئات القضائية العادية ومجلس المنافسة فيما يتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة _____ 445
- المطلب الثاني: مساهمة القاضي الإداري في حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة _____ 449
- الفرع الأول: مسألة تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري _____ 449
- أولاً: قواعد الاختصاص للقاضي الإداري _____ 450
- ثانياً: سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية المتصلة بالتعسف في وضعية الهيمنة _____ 454
- الفرع الثاني: مجالات تدخل القضاء الإداري الجزائي في مادة التعسف في وضعية الهيمنة _____ 456
- أولاً: دور القضاء الإداري في حماية المنافسة من التعسف في وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية _____ 456

456	1 - دعوى الاستعجال
457	2 - دعوى الإلغاء
458	ثانياً: الاختصاص الأصلي للقاضي الإداري في الطعون ضدّ قرارات سلطات الضبط المستقلّة
458	1 - اختصاص القاضي الإداري في الطعون ضدّ قرارات سلطات الضبط القطاعية
	2 - اختصاص القاضي الإداري في الفصل في الطعون ضدّ قرارات مجلس المنافسة القاضية برفض
460	التجميعات الاقتصادية
463	خاتمة
470	قائمة المراجع
496	فهرس المحتويات

ملخص الأطروحة:

سنتناول، من خلال هذه الأطروحة، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، باعتباره ممارسة مقيّدة للمنافسة.

إنّ الوسيلة التي تمكّن من مكافحة السلوكات التعسّفية لمؤسسة ما، وعلى أحسن ما يرام، هو الضغط التنافسي. وبالنتيجة، فأفضل وقاية من التعسّفات هو ضمان وجود منافسة فعّالة. غير أنّه في حالة ما إذا تواجدت مؤسسة في وضعية هيمنة، فإنّ منافسيها غير أقوياء بما فيه الكفاية ليمنعوها من استغلال سلطتها الاقتصادية، وأنّ الضغط التنافسي الممارس من قبل هؤلاء ليس كافياً للوقاية من التعسّفات المحتملة من هذه الأخيرة. إنّ الحظر القانوني للتعسف في وضعية الهيمنة جدير بمعالجة ومجابهة الأخطار التي تتجم عن هذه الحالة. وعلى هذا النحو، تخضع المؤسسات المهيمنة لقواعد أكثر صرامة، خلافاً للمؤسسات الأخرى، بهدف تحديد مجالها العملي.

وبالتالي، تعرض هذه الدّراسة، مدى فعالية المنظومة القانونية المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة في الجزائر على ضوء القانون الفرنسي، وهذا من خلال دراسة القواعد القانونية المتعلقة بذلك الحظر من الناحية الموضوعية، وذلك بالرجوع إلى مفهوم وضعية الهيمنة على السوق وفي أية حالة يمكن للمؤسسة أن تتواجد في تلك الوضعية وبالتطرق كذلك إلى الاستغلال التعسّفي لتلك الوضعية والقيود الواردة على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة هذا من جهة. ومن جهة أخرى، دراسة القواعد القانونية المتعلقة بالحظر ذاته من الناحية الإجرائية، وهذا من خلال التطرق لدراسة المتابعة الإدارية أمام مجلس المنافسة لقمع هذه الممارسة، مع بيان دور سلطات الضبط القطاعية والهيئات القضائية في ذات المجال، وكل هذا ستمّ مناقشته بالرجوع إلى القانون الفرنسي.

Résumé de la thèse :

Nous allons traiter à travers cette thèse de l'abus de position dominante en droit algérien à la lumière du droit français considérant que c'est une pratique restrictive de la concurrence.

Le moyen permettant de lutter au mieux contre les comportements abusifs d'une entreprise est la pression concurrentielle. Par conséquent, la meilleure prévention contre les abus est d'assurer l'existence d'une concurrence efficace. Cependant, dans le cas où une entreprise se trouve en position dominante, ses concurrents ne sont pas suffisamment puissants pour l'empêcher de profiter de son pouvoir économique, la pression concurrentielle exercée par ceux-là n'étant pas suffisante pour prévenir les abus éventuels de celle-ci. L'interdiction légale de l'abus de position dominante est censée remédier aux dangers qui résultent de cette situation. À cet égard, les entreprises dominantes sont soumises à des règles plus strictes que les autres entreprises afin de limiter leur champ d'action.

Ainsi, cette étude expose l'étendue de l'efficacité du système juridique ayant trait à la prohibition de l'abus de position dominante en Algérie à la lumière du droit français. Nous étudierons les règles juridiques se rapportant à cette prohibition du point de vue objectif, en se référant à la notion de position dominante sur le marché et dans quel cas une entreprise peut s'y retrouver et en abordant l'exploitation abusive de cette position et les restrictions concernant le principe de prohibition de l'abus de position dominante d'une part. D'autre part, nous étudierons

les règles juridiques se rapportant à la prohibition en question du point de vue procédural et ce en abordant l'étude de la poursuite administrative devant le conseil de la concurrence pour réprimer cette pratique, en démontrant le rôle des autorités de régulation sectorielles et des juridictions judiciaires en ce domaine, le tout sera débattu en se référant au droit français.