

جامعة مولود معمري _ تيزي وزو _

كلية الحقوق والعلوم السياسية

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث (ل. م. د) في القانون

تخصص: القانون الخاص الداخلي

من إعداد الطالبة:

بلخيري حنان

تحت إشراف الأستاذ:

أ/د. كتو محمد الشريف

لجنة المناقشة:

- د. كايس شريف، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا
- د. كتو محمد الشريف، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا ومقررا
- د. محتوت جلال مسعد، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة
- د. لمطاعي نو الدين، أستاذ، جامعة الجزائر.....ممتحنا
- د. زايدي خالد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة الجزائر.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 14 / 02 / 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((وَلَوْ بَسَطَ اللَّهُ الرِّزْقَ لِعِبَادِهِ لَبَغَوْا فِي
الْأَرْضِ وَلَكِنْ يُنْزِلُ بِقَدَرٍ مَّا يَشَاءُ إِنَّهُ بِعِبَادِهِ
خَبِيرٌ بَصِيرٌ))

صدق الله العظيم

سورة الشورى الآية 27.

إهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى أخواتي الأعزاء: شريفة، نعيمة، حياة وكهينة

إلى أخواني العزيزين، الياس والطاهر

إلى روح جدتي رحمها الله

إلى كل العائلة

إلى كل من ساعدني في إنهاء هذا العمل

من قريب أو من بعيد

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي.

كلمة شكر

بداية أحمد الله سبحانه وتعالى وأشكره فيما وفقني لإتمام هذه الأطروحة

كما أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير إلى أستاذنا الفاضل

الدكتور "كتو محمد الشريف"

لقبوله الإشراف على هذه الأطروحة

ولما بذله من جهد في تصويبها في جميع جوانبها

ولما قدمه لي من نصيحة طيلة مراحل إنجازها

فجزاه الله خير جزاء.

قائمة أهم المختصرات

ج ر: جريدة رسمية.

د ب ن: دون بلد النشر.

د ج: دينار جزائري.

د د ن: دون دار النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

كلغ: كيلو غرام.

Liste des principales abréviations

ADSL: Asymmetric Digital Subscriber Line.

ART: Article.

Boccrf: Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

C.A.E: Conseil d'Analyse Economique.

C. consom: Code de consommation.

CEE: Communauté Economique Européenne.

Chron: Chronique.

CNUCED: Conférence des Nations Unies sur le Commerce Et le Développement.

DA: Dinard Algérien.

D.E.A: Diplôme d'Etude Approfondies.

Doc: Doctrine.

ENIE: Entreprise Nationale des Industries Electroniques.

F: Franc.

FR 3: France 3.

Gaz. Pal: Gazette du Palais.

GIE: Groupement d'Intérêt Economique.

Ibid: Ibidem (au même endroit).

JO: Journal Officiel.

JVC: Japan Victor Company.

L: Loi.

L.G.D.J: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

N⁰: Numéro.

N.M.P.P: Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne.

Op.cit: Opère citato, référence précédemment citée.

OTA: Orascom Télécom Algérie.

P: Page.

PME: Petites et Moyennes Entreprises.

Po: Politique.

PUF: Presses Universitaires de France.

R.T.D.Civ: Revue Trimestrielle de Droit Civil.

SFR: Société Française du Radiotéléphone.

SNTA: Société Nationale des Tabacs et Allumettes.

VHS: Video Home System.

Vol: Volume.

مقدمة

تتميّز في غالب الأحيان العلاقات الاجتماعية والاقتصادية على مرّ الأزمان سواءً على مستوى الدول أو على مستوى المؤسسات أو الأفراد بأنها غير متوازنة، وذلك راجع إلى مقومات القوة التي يحوزها أحد الأطراف دون الآخر، فمنذ أن عرف الإنسان المعاملات على اختلاف أنواعها وأشكالها كان هدفه الوحيد هو الحصول على أكبر قدر ممكن من القوة والاحتفاظ بها مستخدماً في ذلك كلّ الطرق. لذا فإنّ علاقات الأفراد والجماعات تتطلّب فيما ينشأ بينها من معاملات نتيجة لمقتضيات الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتعقدهما قواعد تنظّمها وتوازن بين العوامل المختلفة في هذه العلاقات، ويمكن حصر هذه القواعد فيما نصّ عليه القانون من حقوق وضرورة الموازنة بينها، وهذا ما يكون في مجموعه قواعد القانون الاجتماعي.

فمن المفروض إذن في حياة المجتمع التوفيق بين المصالح المتعدّدة، والتوازن بين الحقوق والمطالب المتضاربة، ويمكن توفير ذلك بمراعاة الثقة التي يجب أن يتبادلها الأطراف في مجتمع واحد، وبإتباع مبادئ الأمانة والأخلاق والعدالة. إلّا أنّ هذا الرأي قد يتغيّر، وتختلف بصدده وجهات النظر¹ خصوصاً بظهور المذاهب المتطرّفة؛ فالمذهب الفردي مثلاً يساير الطبع الإنساني في طموحه للتفوّق، وحرصه على الاستثثار وحبّه للغلبة، وقد كان هذا المذهب سائداً طوال القرن التاسع عشر²، ويقيم أنصاره القانون على أساس تحقيق المصالح الفردية، فيرون أنّ للفرد حقوقاً وحرّيات طبيعية مستمّدة من ذاته هو باعتباره إنساناً ولدت معه، ويتمتّع بها منذ عهد الفطرة الأولى. وقد ترجم التشريع السائد آنذاك هذه الأفكار في صياغة واضحة مقتضاها أنّ حقوق الأفراد وحرّياتهم مطلقة إلى أبعد حدّ، بحيث يصعب تصوّر فرض رقابة على مباشرتها.

¹ عامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1960، ص 2، 3.

² يعدّ المذهب الفردي أقوى المذاهب الفلسفية وأكثرها ذيوفاً، فلقد هيمن ولمدّة طويلة على النظريات المتعلّقة بفلسفة القانون، فهذا المذهب ليس وليد القرون الوسطى أو العصر الحديث كما قد يتوهّم البعض، بل إنّ ضارب في عمق التاريخ إلى الفلسفة اليونانية، كما نجد الفردية لدى السوفسطائيين والأبيقورلين والإباحيين، غير أنّها لم تتعدّى المجال الفلسفي، فلقد كان "لوك" أوّل من قدّم فكرة نظامية عن المذهب في نتائجه القانونية، ثم استأنفه "روسو" في عبارة مختلفة، ثم وجد لدى "كانط" نصّه الدقيق، وقد اتّخذ "فيخته" أيضاً نقطة انطلاق، ثم أضفى عليه بيان حقوق الإنسان صداه السياسي، ولذلك أصبح يسود التفسير القانوني في القرن التاسع عشر.

حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، مذكرة تخرّج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2012، ص 8.

إلا أنه ما يؤخذ على المذهب الفردي أنه لا يراعي الصالح العام، كما أن الأساس الفلسفي الذي بني عليه يحمل في طياته بذور فاسدة حينما غالى في إطلاق الحقوق بدعوى أنها طبيعية للإنسان، لكن هذا التصوير للإنسان المنعزل لا وجود له في الواقع، لأن الإنسان لا يقبل بالعيش إلا في جماعة¹، وهذا ما أدى إلى إعادة النظر في مسألة استعمال الحقوق، من خلال تقييدها وجعلها تتماشى والتطلّعات الاجتماعية، لأن إطلاق الحقوق وإفساح المجال الواسع لأصحابها قد أدى إلى استخدامها أسوء استخدام.

وعلى أنقاض المذهب الفردي نشأ المذهب الاجتماعي²، الذي يرى أن الحق هو مجرد سلطة منحها الجماعة للفرد الاجتماعي، والموكل باستعمالها على وجه يحقق الصالح العام.

وعموما فإذا كان المذهب الاجتماعي قد أملت الانتقادات الموجهة للمذهب الفردي نتيجة لتطرّفه في تقديس الفرد وحقوقه، إلا أنه قد وقع في تطرّف مثله، حينما ألغى فكرة الحق من أساسها وحولها إلى مجرد وظيفة اجتماعية، فقد كان بوسعه الإبقاء على فكرة الحق كدعامة أساسية في التشريع ثم تقييده بما يقيم التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة من جهة، وبين مصالح الأفراد فيما بينهم من جهة أخرى، وذلك على أساس معايير دقيقة ومنضبطة وواضحة مشتقة من مقتضيات العدل المثالية³.

ونظرا لما في هذين المذهبين من تطرّف وغلوّ، اتّجه الفقه القانوني في أواخر القرن التاسع عشر إلى التقريب بين النزعتين المتضادتين ومحاولة إقامة التوازن بينهما، فكان الاعتراف بفكرة التعسف في استعمال الحق مظهرا لهذا التوازن⁴، حيث أن الحق لم يبق بذلك المفهوم المطلق الذي يتزعمه المذهب الفردي، بل أصبح مقيدا وفق غايته الاجتماعية مع الإبقاء على فكرة الحق التي ألغاها المذهب الاجتماعي، إذ أن الحق شرع لغاية محدّدة، ولا يجب في أي حال من الأحوال تجاوزها، أمّا إذا حدث هذا التجاوز فتتحقق فكرة التعسف في استعمال الحق. فكان ذلك بداية نشوء هذه الفكرة التي أخذت مبادئها

¹ الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د س ن، ص 40، 43.

² كذلك فإن أفكار المذهب الاجتماعي ليست وليدة العصر الحديث، بل إنها ضاربة في عمق التاريخ، حيث تمتدّ إلى الحضارة الإغريقية، وإلى "أفلاطون" و"أرسطو"، بل أنه في المجتمعات البدائية كان الفرد يذوب في القبيلة أو العشيرة باعتباره جزء منها.

حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 12.

³ الدريني فتحي، مرجع سابق، ص 45، 46، 50، 51.

⁴ الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1981، ص 309.

تندرج باسم العدالة وإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، وبعدها تبلورت كنظرية عامة في العصر الحديث تقريبا في كل تشريعات العالم، بحيث قلما نجد اليوم تشريعا وضعيا لدولة يخلو من هذه النظرية.

لكن إذا كانت نظرية التعسف في استعمال الحق من أكبر النظريات التي أقرتها التشريعات الحديثة، إلا أن ذلك لا يعني أنها نظرية مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة، بل هي فكرة عتيقة تمتد جذورها في الواقع إلى الماضي البعيد، حتى وإن لم تكن في شكل نظرية عامة، ومنه فهي فكرة قديمة قدم القانون؛ فقد عرفت الشعوب المتحضرة قديما من بابليين وعبرانيين ومصريين قدماء، وبالتالي فقد مرت بمراحل تاريخية هامة.

وباعتبار القانون الروماني أب القوانين المستحدثة¹، فقد وجدت فيه بعض التطبيقات المتفرقة لنظرية التعسف في استعمال الحق على الرغم من أنها لم تتبلور في شكل قاعدة عامة، بل بالعكس فقد كان القانون الروماني مشبعا بالروح الفردية، فلم تظهر فيه فكرة التعسف بوضوح بل وردت في مدونة القانون عبارة مفادها أنه ليس بضار من يستعمل حقه «non videtur vin facere qui suo jure utitur»، إلا أن فقهاء الرومان قد خالفوا هذه القاعدة، من ذلك نجد الفقيه «Ulpein» الذي قرر أن صاحب حق الملكية يكون مسئولاً عن الضرر الذي يسببه لجاره عندما يستعمل حقه بصفة خبيثة ويقصد الإضرار، وبالتالي فقد اعتبر حق الملكية مقيد وليس مطلق². هذا إضافة إلى تطبيقات أخرى لنظرية التعسف.

وبعد ذلك انتقلت هذه النظرية إلى القانون الفرنسي القديم الذي يعدّ إحياء لدراسات القانون الروماني في العصور الوسطى (القرن السادس عشر)، وبالتالي فقد تأثر القانون الفرنسي القديم بأفكار القانون الروماني، ولكن على نحو أكثر اتساعاً؛ إذ أصبح التعسف متحققاً لا بمجرد قصد الإضرار فحسب، بل

¹ إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص 17.

² IONESCU Raluca Nicoleta, L'abus de droit en droit communautaire, Thèse pour le Doctorat en droit, sciences sociales, faculté de droit, Université Toulouse 1, 2009, p. 310, 311.

كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه، وهذا ما ذهب إليه ممثل مدرسة القانون الطبيعي الفقيه «Doma» إلى أنّ ذلك يشكّل تعسفا مخالفا للعدل¹.

لكن على الرغم أنّ القوانين القديمة قد تبنت فكرة التعسف منذ عهد طويل، إلا أنّ الشريعة الإسلامية كانت السبّاقة في وضع هذه الفكرة التي عرفت مكانتها منذ البداية كنظرية عامّة ومتكاملة في الفقه الإسلامي، والذي تناولها وقرّر أسسها وأحكامها، وذلك استنباطا من الكتاب العزيز والسنة المطهرة، وهذا ما ينبئ على أنّ الشريعة الإسلامية قد انطوت فيها فكرة التعسف منذ أن بزغ على الكون نورها.

فقد كانت فكرة التعسف في الشريعة الإسلامية بيّنة الأصول، تامّة الأركان منذ أربع عشر قرنا²، وقد صاغها الفقهاء المسلمون صياغة تعادل ما وصلت إليه القوانين الحديثة، حيث استرشدت بها في القوانين المدنية الحالية بقواعدها التي استقرّت في هذا الفقه³، وبالتالي فقد وصلت الشريعة الإسلامية

¹ COVACEVIE-KUSTRIMOVIE Radmila, «Le domaine de l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit», *The scientific journal facta universitatis*, series law and politics, vol 1, n° 1, University of Nis, 1997, p. 44.

² الدّرّيني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 17، 18.

³ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول: مصادر الالتزام، الكتاب الثاني: المسؤولية التقصيرية، العمل النافع، القانون - دراسة مقارنة في القوانين العربية-)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 52.

حيث لا يستبعد أن يكون الفقه الإسلامي هو مصدر القوانين الغربية في التعرّف على فكرة التعسف وصياغتها، بل هو الأقرب إلى التأثير في هذه القوانين من القانون الروماني الذي يعدّ مصدر هذه القوانين في التعرّف على هذه الفكرة الذي هو الافتراض الشائع، إلا أنّ هذا الافتراض غير مرجّح وذلك بسبب عدم نضج فكرة التعسف في القانون الروماني واكتمالها في فقه الشريعة الإسلامية على نحو يقترب من الصورة التي تبنتها القوانين الغربية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، كذلك فإنّ الفقه الإسلامي أقرب إلى القوانين الغربية زمانا وأوثق اتّصالا بها لوجود كتبه وترجمة كثير منها في القرن التاسع عشر إلى اللّغات الأوروبية، وقد عهد إلى الإنجليز أنفسهم بتطبيق أحكام الفقه الإسلامي في شبه القارة الهندية لفترة طويلة تزيد على قرنين.

سراج محمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 277، 278.

وهو مازال دافعا للدول الأوروبية وعلى الأخص معاهدها العلميّة المتخصصة أن تهتمّ بدراسة أحكام الفقه الإسلامي، وعلى سبيل المثال ما قرّره كلية الحقوق بجامعة هارفارد الأمريكية عام 1979 من إعداد دورة دراسية عن القوانين الإسلامية كمنهج أساسي بين دراستها القانونية المقارنة، كما كان ذلك دافعا إلى فقهاء الغرب أيضا إلى الاهتمام بدراسة الفقه الإسلامي، فقد كشفت أبحاث الفقيه الفرنسي "لامبير" والعلامة الألماني "جول زيشر" والإيطالي "دلفيكو" أنّ كثيرا من النظريات الحديثة كانت معروفة لدى فقهاء المسلمين، من ذلك نظرية التعسف في استعمال الحق.=

في رقيّها وسموّها مبلغاً لا تدانيه شريعة أخرى، وليس هذا غريباً لأنّه كلّما ارتقت البشرية في تشريعها تقترب من أحكام الفقه الإسلامي، الذي يثبت دائماً أنّه أرقى التشريعات، وما ذلك إلّا لأنّه مستمدّ من كتاب الله الكريم وسنّة رسوله صلى الله عليه وسلم، وما تضمّنهُ كلّ منهما من أدلّة تبنى عليها الأحكام¹.

كلّ هذا يدلّ على أنّ فكرة التعسف ليست من مبتكر التشريعات الحديثة، بل قد أظهرتها وقرّرتها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين القديمة.

غير أنّ فكرة التعسف هذه التي ظهرت بعض تطبيقاتها في القوانين القديمة وسارت بها أقلام فقهاء وقضاء محاكمها قد اختفت وتراجعت طوال القرن التاسع عشر، وذلك بسبب سيادة المذهب الفردي وما ينادي به من حرّية الفرد، فلم تكن هناك قيود على هذه الحرّية، هذا ما أدّى إلى انتشار التعسف في جميع نواحي الحياة ودون الاعتراف به. لكن تطوّر الحياة في أواخر القرن التاسع عشر من النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية أدّى إلى ضرورة تقييد حقوق وحرّيات الأفراد، وذلك بسبب الآثار السيئة التي خلفها المذهب الفردي على المجتمع بصفة عامّة، وبالتالي الاعتراف بفكرة التعسف من جديد. وقد حاول القضاء الفرنسي تحقيق هذا الهدف، ودعّمه بعد ذلك الفقه الفرنسي أمثال "سالي" و"جوسران"، في حين أنّ هناك فريق من الفقهاء لا يزال يناهض هذه الفكرة ويوجّه إليها انتقادات، ومهما يكن فإنّ معظم فقهاء العالم أصبحوا يعترفون بهذه الفكرة، وبالتالي لم يكتب لأراء الفقهاء المعارضين لفكرة التعسف البقاء ولا النجاح، إذ قد رجّحت كفة الآراء المؤيِّدة لها، فأصبحت بذلك واقعا لا يمكن تجاهله، ولا يجادل أحد في الوقت الحاضر في صحّة فكرة التعسف والأهمّية البالغة التي تكتسبها، لذلك لم تلبث فكرة التعسف أن ارتفع شأنها، وتحدّدت تطبيقاتها وامتدّت إلى جميع نواحي القانون، ما أدّى بالكثير من التشريعات الحديثة إلى النص عليها ضمن قوانينها المدنية على غرار المشرع الجزائري.

وعلى كلّ إذا كان هذا هو واقع فكرة التعسف في استعمال الحق التي نشأت على أنقاض النتائج السلبية التي خلفها المذهب الفردي، فإنّ هذا الأخير قد صاحبه في المجال الاقتصادي سيادة مذهب آخر شبيه له وقريب منه والذي أذاعه "آدم سميث" في القرن التاسع عشر بعنوان "دعه يعمل دعه يمر"، وقد

=محمد شوقي السيّد، التعسف في استعمال الحق (معيّاره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1979، ص 100.

¹ محمد رأفت عثمان، "التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، القاهرة، ص 2. elibrary.mediun.edu.my.

تجسّد ذلك في مذهب الحرّية الاقتصادية أو ما اصطلح على تسميته بنظام اقتصاد السوق أو الاقتصاد الحر الذي يعدّ المفهوم الاقتصادي للمذهب الفردي، ما أدّى إلى ظهور _على المستوى الاقتصادي_ نفس السُلبيّات التي نتجت عن المذهب الفردي.

لقد تمّ الأخذ بمذهب الحرّية الاقتصادية نتيجة انهيار المذهب الاشتراكي وما صاحبه من أزمات اقتصادية خانقة، خاصة بالنسبة للدول الناميّة مثل الجزائر، فقد أدّت الأزمة الاقتصادية التي عاشتها في أواخر الثمانينات بعد انخفاض عائداتها من البترول وارتفاع المديونية الخارجية وتدنيّ المستوى المعيشي وتدهور الأوضاع الاجتماعية إلى فشل النظام الاقتصادي _المتّبع غداة الاستقلال_ القائم على احتكار الدولة لمعظم النشاطات الاقتصادية، وحدثت تحولات جذرية هامة مسّت النشاط الاقتصادي، فتبنّت إصلاحات اقتصادية عديدة تدور في مجملها حول الانفتاح الاقتصادي أي اقتصاد السوق الذي يتعلّق بتطبيق الديمقراطية في المجال الاقتصادي، فالتنظيم الحرّ للسوق يمثّل الوجه الاقتصادي للديمقراطية ولدولة القانون. وقد نتج عن كلّ ذلك تراجع الدولة عن احتكار النشاط الاقتصادي وفتح المجال لروح المبادرة الفردية واتّساع سلطات المؤسسات الاقتصادية العامة والخاصة باعتبارها أصبحت مالكة للرأسمال.

وعموما فإنّ انتهاج نظام اقتصاد السوق يرتكز أساسا على عدّة مبادئ؛ لعلّ أهمّها هو مبدأ الحرّية الاقتصادية الذي استتبع بدوره مجموعة من المبادئ الأخرى منها مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي يعني حرية ممارسة النشاطات التجارية والصناعية، ويقضي مبدأ حرّية التجارة والصناعة مبدأ آخر هو مبدأ حرية المنافسة باعتبار المنافسة الحرة ملازمة للنشاط التجاري والصناعي حتّى اتّصفت بكونها أحد الشروط اللازمة لاحترافه، فقد باتت المنافسة الحرّة أمرا طبيعيا ومبدأ أساسيا في عالم الاقتصاد الحر، بعد أن تأكّد أنّ حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة وجهان لعملة واحدة¹. ولتمكين المؤسسات الاقتصادية من تجسيد حرية ممارسة النشاط الاقتصادي ميدانيا، فلا بدّ من الاعتراف لها بمبدأ آخر هو مبدأ الحرية التعاقدية، الذي يعدّ مبدأ أساسيا لحياة الأعمال وللحرّية الاقتصادية بصفة عامة، وذلك في صورة معاملات وعقود مختلفة²، والذي يعني أساسا حرّية التعاقد دون قيد أو شرط أي حرية التاجر أو الصانع

¹ حسن محمد محمد بودي، حرية المنافسة التجارية وضرورة حمايتها من الممارسات الاحتكارية (دراسة فقهية مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 9.

² كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 3، 28.

في بيع وعدم بيع مواد تجارته أو صناعته، وحرية تقديم خدمته وعدم تقديمها، وحرية التفاوض حول شروط العقد وحرية اختياره للطرف المتعاقد معه، وحرية تحديده لأسعار سلعه أو خدماته بالشكل الذي يتناسب مع سياسته التنافسية¹.

وقد كرس التشريع الجزائري مجمل هذه التحولات والإصلاحات الاقتصادية بصورة مؤكدة وجلية عن طريق سنّه لجملة من النصوص القانونية، وتجلى ذلك بصفة تمهيدية في دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989² في الفقرة الأولى من المادة 49 منه التي تنص على أن: **"الملكية الخاصة مضمونة"**، وبالتالي فقد مهد دستور 1989 لإرساء نظام الاقتصاد الحر، أمّا على المستوى التشريعي فقد كان القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار أول قانون يكرس مبدأ المنافسة الحرة ولو بصفة ضمنية، لأنّ المشرع لم يشر إلى هذا المبدأ في عنوان القانون، إلّا أنّ مضمونه كلّ كان متعلّقًا بحرية المنافسة، كذلك فإنّ تحطيم قاعدة تحديد الأسعار من طرف الدولة والاتّجاه نحو تحريرها بصدد هذا القانون كان من دعائم حرية المنافسة. وعلى ذلك فقد استتبع القانون رقم 89-12 بقانون آخر كرس مبدأ المنافسة الحرة بصفة صريحة وألغى القانون رقم 89-12 الذي تجسّد في الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، غير أنّ هذا الأمر وإن كرس مبدأ المنافسة الحرة، إلّا أنّه لم يكرس نظام الاقتصاد الحر بصفة صريحة، وهذا ما يشكّل ثغرة في النظام القانوني الجزائري، وعلى إثر ذلك فقد تنبّه المشرع الجزائري لهذه الثغرة من خلال التعديل الدستوري لسنة 1996³ في المادة 37 منه التي نصت على ما يلي: **"حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"**، وكذلك من خلال التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016⁴ الذي نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة 43 منه على ما يلي: **"حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون"**؛ وبالتالي فقد أكّد الدستور اعتناق الجزائر للحرية الاقتصادية ونظام

¹ بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009، ص 1.

² مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق ل 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989، ج ر عدد 9، الصادر في 23 رجب عام 1409 الموافق ل أول مارس سنة 1989، معدّل ومتمّم.

³ مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق ل 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلّق بإصدار نصّ تعديل الدّستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر عدد 76، الصادر في 27 رجب عام 1417 الموافق ل 8 ديسمبر سنة 1996، معدّل ومتمّم.

⁴ قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادي الأولى عام 1437 الموافق ل 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر في 27 جمادي الأولى عام 1437 الموافق ل 7 مارس سنة 2016.

اقتصاد السوق. وعلى امتداد ثماني (8) سنوات من صدور الأمر رقم 95-06 -الذي لم يطبق على أرض الواقع- ظهرت نقائصه وثغراته، لذا تم إلغاؤه واستبداله بقانونين أساسيين يحكمان النشاط الاقتصادي الحر بصفة عامة هما الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهما نصان يطبقان على كل الممارسات التجارية مهما كان نوعها وفي جل القطاعات الاقتصادية.

وبالرجوع إلى هذه القوانين التي جاءت بها الإصلاحات الاقتصادية، نلاحظ أنّ المشرع قد أعطى كثيراً من الحرية للمتعاملين الاقتصاديين، والواقع أنّ حرية المنافسة باعتبارها تتيح لهؤلاء المتعاملين حرية الدخول إلى السوق دون قيود أو عوائق تسمح للمتعاملين في السوق بجذب أكبر عدد ممكن من الزبائن والحصول على أقصى الأرباح، كما تحفزهم على جودة المنتجات¹ وإتقان العمل وزيادة الإنتاج وتخفيض أسعار السلع والخدمات، وهو ما من شأنه تحقيق المردودية الاقتصادية ككلّ ودفع عجلة التقدم الاقتصادي والرفي الاجتماعي إلى الأمام²، كذلك فإنّ مبدأ الحرية التعاقدية من شأنه إطلاق الإرادة في تكوين العقود وفي تحديد آثارها، وبالنظر إلى التساوي المفترض بين مراكز الأطراف وحرص كلّ منهم على تحقيق مصالحه، فيتحقق لهذه العقود توازنها الذاتي.

إلا أنّه كأثر لتغيير العوامل الاقتصادية والظروف الاجتماعية، سرعان ما أدّت هذه الظروف والمستجدات إلى ظهور فئة من المتعاملين الاقتصاديين يسعون إلى الشراء الفاحش والسريع وقيام مؤسسات ضخمة وقوية اقتصادياً، وأصبح وجود قدر من التفاوت البارز بين المتعاملين الاقتصاديين، حتّى صارت فعاليات المساواة والتوازن مجرد فروض نظرية³، وبالتالي فقد شهد الواقع العملي أنّ المؤسسات الاقتصادية ليست على قدم المساواة وأنّ العلاقات الاقتصادية غير متوازنة، ويرجع ذلك على وجه الخصوص إلى ما تملكه بعض هذه المؤسسات في مواجهة البعض الآخر من قوّة اقتصادية. وهذا ما انعكس سلباً على الممارسات الاقتصادية؛ فقد أفرزت القوّة الاقتصادية التي تتمتع بها

¹ كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 04-02)، منشورات بغدادية، الجزائر، 2010، ص 4.

² أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008، ص 8.

³ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 398.

بعض المؤسسات تعسفها في استعمال هذه القوة، بحيث استطاعت هذه المؤسسات القويّة نتيجة لسلطتها أن تملّي إرادتها وشروطها وسيطرتها وتحكّمها على الطرف المتعاقد معها، بل وعلى السوق ككلّ مستندة في ذلك على مبدأ الحرية الاقتصادية الذي يفرضه الاقتصاد الحر، هذه الحرية التي قد يتمّ التعسف في استعمالها إلى حدّ القضاء على روح المنافسة نفسها وانعكاس آثارها السيئة على النظام العام الاقتصادي.

وعلى ذلك فإنّ الحرية الاقتصادية مهما كانت أمرا مشروعاً ولها إيجابياتها، إلّا أنّ هذه الحرية لها قيود ينبغي على الأعوان الاقتصاديين احترامها، وذلك بتفادي التعسف في استعمال هذه الحرية، لأنّ الحرية الاقتصادية ليست مجرد البحث عن المراكز القوية بزيادة الإنتاج وتحسينه وتطوير أساليب تسويقه ثمّ استغلال ذلك أسوء استغلال، بل لابدّ من وضع قيود وقواعد قانونية تنظّم ممارسة النشاط الاقتصادي بالطرق الشرعية وتحمي ضعفاء السوق من أقويائه الذين قد يتعسفون في استعمال قوتهم الاقتصادية¹. لذا فقد كان لزاماً على المشرع تدارك هذا الأمر والتصدي للمشاكل المستجدة التي يعتبر التعسف عنواناً لها.

نتيجة لذلك حرصت غالبية الدول التي اعتنقت نظام الاقتصاد الحر على التدخل من أجل الحماية من تعسف القوة الاقتصادية، وذلك من خلال القوانين الاقتصادية التي كرّستها والتي تتضمن قيوداً على الحرية الاقتصادية. فإذا كانت مبادئ الحرية الاقتصادية ومبدأ حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة وحرية التعاقد تشكّل أحد الركائز الرئيسيّة التي يقوم عليها نظام اقتصاد السوق، إلّا أنّ إساءة استعمالها يستدعي إعادة النظر في محتوى هذه المبادئ والحدّ من إطلاقها، وهذه هي الوجهة التي اتّجهت إليها الجزائر منذ اعترافها الصريح بمبدأ حرية التجارة والصناعة من خلال المادة 37 من دستور 1996، وكذا من خلال المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث أنّ هذا الاعتراف لم يكن مطلقاً، بل كان مقيداً بضرورة ممارسة هذه الحرية في إطار القانون وحدوده، من خلال تكفل الدولة بضبط السوق، وحماية القانون لحقوق المستهلكين ومنعه للاحتكار والمنافسة غير النزيهة². غير أنّ تدخّل المشرع الجزائري لم يقتصر على هذا القيد الدستوري، بل أنّه قد سعى إلى إيراد قيود تشريعية على ممارسة الحرية الاقتصادية، ممّا يعني تدخّل السلطة التشريعية عن طريق نصوص تكفل عدم التعسف في استعمال هذه

¹ قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2007، ص 1.

² المادة 43 من قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادي الأولى عام 1437 الموافق ل 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

الحرية، وذلك من خلال القوانين الاقتصادية التي سنّها، والتي كانت آخر ما استقرّ بشأنها هو قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية كما سبق الإشارة إلى ذلك.

فقد تمّ هذا التدخّل على مستويين؛ الأول كان على مستوى السوق من أجل تحقيق الفعالية الاقتصادية، بحظر الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة وذلك بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والذي أريد منه حماية المنافسة في السوق، أمّا المستوى الثاني لهذا التدخّل فقد كان على مستوى العلاقات الفردية بمنع الممارسات التعسفية، وذلك بموجب القانون رقم 02-04 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم¹، والذي أريد منه حماية الطرف الضعيف على مستوى العلاقات الفردية وإعادة التوازن المفقود في هذه العلاقات.

وفعلا وباستقراء الأمر رقم 03-03 والقانون رقم 02-04 نجد أنّ للحرية الاقتصادية ضوابط وقيود ينبغي على المتعاملين الاقتصاديين احترامها، وذلك بتجنب مختلف أنواع وأشكال وأساليب التعسف في استعمال القوة الاقتصادية. وبواسطة هذين القانونين ذهب المشرع الجزائري إلى الأخذ بفكرة التعسف، وذلك بهدف محاربة ومنع إساءة استخدام حرية المنافسة لفرض الهيمنة والاحتكار في السوق.

وتكمن أهميّة الموضوع في الوقوف على فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية، وذلك من خلال محاولة الربط بينها وبين موضوع أو فكرة أخرى تبدو في غاية الأهميّة هي: فكرة التعسف في استعمال الحق باعتبارها منشأ فكرة التعسف بصفة عامّة، وعليه فإذا كانت فكرة التعسف في استعمال الحق قد نشأت على أنقاض ومساوئ المذهب الفردي، فإنّ فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية المنصوص عليها في القوانين الاقتصادية قد نشأت أيضا على أنقاض ومساوئ مبدأ الاقتصاد الحر، والذي يعبر عن المفهوم الاقتصادي للمذهب الفردي. كذلك فإذا كانت فكرة التعسف في استعمال الحق قد نشأت نتيجة تفاوت الأفراد في الحقوق التي يملكونها، وبالتالي إمكانية استعمال هذه الحقوق بصفة تعسفية، فإنّ فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية أيضا قد نشأت عن تفاوت المؤسسات الاقتصادية في المراكز القانونية وذلك نتيجة القوة الاقتصادية التي تتمتع بها بعض المؤسسات دون الأخرى، ما يفتح باب التعسف في استعمال هذه القوة.

¹ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 2.

وعلى ضوء كلّ هذه الحقائق والمعطيات نطرح الإشكالية التالية: هل فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية لاسيما في قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية هي نفسها فكرة التعسف في استعمال الحق ؟ أم أنّ فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية لها طابع خاص ؟ وفيما تتجسّد تطبيقات هذه الأخيرة؟

إنّ دراسة موضوع فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية يبدو من أول وهلة أنّه من المواضيع التي أسالت حبر الكثير من الفقهاء والباحثين، الشيء الذي يؤكّد أهميّة الموضوع من ناحية، إلّا أنّه من ناحية أخرى يعدّ من الدراسات الكلاسيكية الوصفية التي تكتفي بعرض وصفي لفكرة التعسف في القوانين الاقتصادية، وهو ما يجعلنا نبتعد نوعا ما عن هذا النمط من الدراسات، وذلك بانتهاج نمط الدراسة التحليلية من خلال محاولة الربط بين موضوعين مستقلّين في الدراسات القانونية؛ هما موضوع التعسف في استعمال الحق وموضوع التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهو ما يبيّن لنا أهميّة الموضوع من جهة، والغموض الذي يحوم حوله من جهة ثانية.

وعليه ومحاولة منّا للإجابة على التساؤلات المطروحة والتي نرجو أن تكون وافية، ارتأينا إلى أن تكون خطة الدراسة مقسّمة إلى بابين رئيسيين، أولهما يتعلّق بتحديد فكرة التعسف (الباب الأول) سواء في مجال استعمال الحق باعتبار أنّ فكرة التعسف بصفة عامة ظهرت بوادرها الأولى عن طريق ما يسمّى بفكرة التعسف في استعمال الحق، أو في مجال استعمال القوة الاقتصادية باعتبار أنّ فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو موضوع الدراسة. الشيء الذي يؤدي بنا إلى الوقوف عند حقيقة فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية ومدى ارتباطها أو اختلافها عن فكرة التعسف في استعمال الحق.

غير أنّ الدراسة التحليلية الخاصة بالبحث عن فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية عديمة الفعالية على أرض الواقع ما لم تستتبع تحديد تطبيقاتها التي نصّت عليها القوانين الاقتصادية، وهو ما يبرّر دراسة تطبيقات فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في (الباب الثاني) لما لهذه التطبيقات من ضرورة وأهميّة في المساهمة في تحديد فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية، وذلك سواء في مجال قانون المنافسة أو في مجال قانون الممارسات التجارية، باعتبار أنّ القوانين الاقتصادية يحوم حولها هذين القانونين، وقد خصّصنا باب كامل لتطبيقات فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية باعتبار أنّ هذه الأخيرة هي المحور الأساسي التي يدور حولها البحث.

الباب الأول

تحديد فكرة التعسف

لكلّ إنسان مجموعة من الحقوق والحريات، وهذه الأخيرة مكفولة ومحمية من قبل القانون، فمن استخدم حقه أو حريته بشكل طبيعي وغير متعد على حق أو حرية غيره، كان فعله مشروعاً في الأصل.

إلا أنّ الإنسان بطبيعته قد يستخدم حقوقه أو حرياته بصفة تعسفية أي بصفة منحرفة وبدون الخروج عن حدود هذه الحقوق أو حدود هذه الحريات، ومن هنا تتحدّد فكرة التعسف بصفة عامة على أساس أنّها فعل غير مشروع ويمنعه القانون.

تعدّ ظاهرة التعسف قديمة قدم وجود البشرية على الأرض، فهي نتيجة حالة نفسية غريزية تعترى الإنسان في حد ذاته، فكلّ فرد في تصرفاته يهدف إلى تحقيق أهدافه التي تخدم مصالحه الفردية على حساب مصالح الآخرين. وعلى هذا فقد تفتت ظاهرة التعسف وتنوعت أشكالها وأساليبها بحسب المحل الذي تنصب عليه، وأصبحت في العصر الحاضر الذي نعيشه قضية ذات بال وموضوعاً كبير الأهمية بارز الشأن، وقد ازدادت أهميته في الآونة الأخيرة خاصة بعد البروز القوي لفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي تمارسها المؤسسات الاقتصادية سواء كانت أشخاصاً طبيعيين أو معنويين. لذا فقد كان لزاماً تدخّل القانون لتدارك هذا الأمر ولتقادي المشاكل وتضارب المصالح، عن طريق منعه لكلّ تعسف.

وبذلك فقد أولى القانون الجزائري اهتماماً كبيراً لظاهرة التعسف سواءً في إطار القانون العام أو الخاص. ففي القانون المدني نص على منع نظرية التعسف في استعمال الحق، التي لا تعتبر نظرية جديدة أو مبتدعة في التشريعات الحديثة، بل تمتد جذورها إلى القوانين القديمة، وبالتالي فهي تشكل اللبنة الأولى لفكرة التعسف بصفة عامة. وفي المجال الاقتصادي وبالتحديد في فترة التحول إلى النظام الاقتصادي الليبرالي الذي يعد مهد التصرفات التعسفية، فقد نص في القوانين الاقتصادية على منع التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، لأنه وكما قيل بأنّ من يحوز على السلطة أو القوة الاقتصادية _أيّا كانت درجة هذه القوة_ فإنه يكون قابلاً للتعسف فيها. أمّا في إطار القانون العام فقد نص المشرع على منع التعسف في استعمال السلطة أو ما يسمى بالانحراف في استعمال السلطة، والذي يتجسد في تلك القرارات التي يتخذها رجل الإدارة والتي تدخل في مجال اختصاصه وتعود بالنفع عليه أو على الغير، وبالتالي تحقيق أغراض غير التي منحت لأجلها هذه السلطة، وقد تمّ تكريس فكرة التعسف في استعمال السلطة سواءً في إطار القانون الإداري، أو في إطار قانون العقوبات.

لكن إذا كانت فكرة التعسف تتحدد بصفة عامة في كلّ تصرف يهدف الفرد من ورائه إلى تحقيق مصالحه وأهدافه الشخصية دون الاكتراث للمصلحة العامة أو لمصالح الآخرين، إلّا أنّ هذه الفكرة لها معاني متعددة بحسب النطاق أو المحل الذي تنصب عليه، ولها صلة بكافة المجالات القانونية، وبالنتيجة فقد ظهرت أفكار عديدة وأشكال متنوعة للتعسف في المجال القانوني، فهناك تعسف مرتبط بالحقوق، وتعسف آخر مرتبط بالحريات.

إنّ يظهر جلياً أنّ موضوع التعسف واسع النطاق والمضمون، من أجل هذا قيل أنّ فكرة التعسف تنسّم بالعموم والغموض وتعدّد أشكالها المتزايدة، وأمام هذا الوضع يكون من الضروري حصر نطاق الدراسة في مجال محدد وتوضيح فكرة التعسف التي تنصب عليها الدراسة، حيث سيتم التركيز على تحديد فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في (الفصل الثاني) التي نصت على منعها القوانين الاقتصادية، لكن باعتبار أنّ القانون المدني هو مهد فكرة التعسف بصفة عامة، ولأنّ هذه الأخيرة لها ارتباطات بمختلف المجالات، ارتأينا إلى دراسة فكرة التعسف في استعمال الحق وارتباطها بالمجال الاقتصادي في (الفصل الأول).

الفصل الأول

فكرة التعسف في استعمال الحق
وارتباطها بالمجال الاقتصادي

لقد ظهرت فكرة التعسف في استعمال الحق نتيجةً لمقتضيات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، التي تقتضي على الشخص احترام مصالح الآخرين عند استعمال حقه ومراعاة ما يفرضه التضامن الاجتماعي من التزام نحو الجماعة باحترام حقوقهم الشخصية، وذلك لتحقيق التوازن بين المصلحة الخاصة لمستعمل الحق والمصلحة العامة للجماعة، بحيث لا يؤدي استعمال الحق إلى الإضرار بحقوق الآخرين¹. فنظرية التعسف في استعمال الحق تتلخص في أنّ حقوق الأشخاص لا تعلو على المصالح العامة، بل يجب أن تمارس في نطاقها، وهذا مبنى اجتماعي واقتصادي يرمي إلى الحدّ من الحريات الشخصية، حيث أنّ الحقوق ليست مطلقة بل هي نسبية يقيّد بعضها البعض الآخر لأنّ المصلحة الاجتماعية تتقدّم على سواها². فصاحب الحق عليه أن يمارس حقه بطريقة تتفق مع مصلحة الجماعة الجديرة بالرعاية والاعتبار، وعلى ذلك فقد وضعت التشريعات قيود تنظيمية على صاحب الحق لتحقيق مصلحة اجتماعية معينة عند استعمال حقه، ويجب على صاحب الحق الالتزام بهذه القيود، فمثلاً قد تتدخل الدولة في تعيين المحصول الزراعي الذي يجب على المزارع أن يتقيّد به في موسم معين وذلك رغبة في سدّ العجز في محصول هامّ تتطلب المصلحة الاقتصادية العامة إنتاجه، وفي أغلب الحالات تضع التشريعات مخالفات وعقوبات على كلّ من لا يلتزم بهذه القيود³.

وبذلك يكون للحق الفردي وظيفة اجتماعية، فلا إقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة أو بين الحق الفردي وحق الجماعة نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أنّه إذا أدّى استعمال الحق إلى مضارة راجحة فيكون ذلك تعسف في استعمال الحق، وهذا الحكم يطبّق من باب أولى إذا أدّى استعمال الحق إلى تعارضه مع مصلحة الجماعة. فالحق إذن له طبيعة مزدوجة فلا يكفي لمشروعية استعماله أن تتحقّق المصلحة الشخصية فقط، بل يجب أن لا يختلّ التوازن بينها وبين مصلحة خاصّة أخرى هي أشدّ رعاية أو بين مصلحة الجماعة، هذا هو المفهوم الفردي والاجتماعي للحق، ومن هنا يظهر جلياً مدى الارتباط بين نظرية التعسف في استعمال الحق بنظرية الحق وطبيعته، فلو كان الحق

¹ يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص 312.

² لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 226.

³ الفار عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون، النظرية العامة للحق)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 234، 235.

فردياً خالصاً أو جماعياً خالصاً لما أمكن لنظرية التعسف أن تظهر في الوجود أصلاً، لأنه لا يتصور الاختلال بالتوازن لو كانت طبيعة الحق فردية خالصة أو جماعية خالصة¹.

لذلك أصبحت نظرية التعسف في استعمال الحق تكتسي أهمية قصوى في التشريعات الحديثة، وهي ليست مقتصرة على البعض منها، بل نصّت عليها أغلب التشريعات الحديثة، بما فيها المشرع الجزائري.

وعلى ضوء الأهمية الكبيرة التي تكتسيها نظرية التعسف في استعمال الحق فقد أخذت مكانها ضمن المبادئ القانونية، ما جعلها تعتبر كمبدأ أو كنظرية عامة وذلك في مختلف تشريعات الدول والتي نصّت عليها في قوانينها المدنية وفي مختلف القوانين الأخرى²؛ فقد أخذت النظرية مكاناً بارزاً في التقنيات الحديثة مكانها الباب التمهيدي للقانون المدني، وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على سبيل المثال³، الشيء الذي جعل نظرية التعسف في استعمال الحق تنبسط على جميع نواحي القانون، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أنّ مبدأ إساءة استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن الالتزامات، بل يمتد إلى الحقوق العينية وإلى روابط الأحوال الشخصية وإلى القانون التجاري وقانون المرافعات، بل يشمل القانون العام أيضاً. لذلك فقد

¹ الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 8، 82.

² KOVACEVIC-KUSTRIMOVIE Radmila, op. cit., p. 41.

³ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 700.

ومن التشريعات التي نصت على هذه النظرية في الباب التمهيدي للقانون المدني، نجد المشرع المصري في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني، والمشرع السوري والليبي كلّ منهما في المادة السادسة من القانون المدني، والمشرع السويسري في المادة الثانية، والمشرع السوفيتي في المادة الأولى.

بوبكر مصطفى، "الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 246.

كذلك نجد المشرع العراقي نص على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة السابعة من القانون المدني بوصفها نظرية عامة يسري حكمها على الحقوق كافة.

نواف حازم خالد، السيد علي عبيد، "المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 44، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص 103.

كان جرياً بالمشروع أن يحلّ النص الخاص بإساءة استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية حتى تنبسط على جميع نواحي القانون بفروعه المختلفة¹.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ المشروع الجزائري قد خالف في ذلك أغلب التشريعات العربية، حيث أنّه لم يدرج النص الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني بعد تعديله سنة 2005، إلّا أنّه قبل التعديل أوردها في الباب الثاني من الكتاب الأول المتضمّن الأحكام العامة، ولعلّه في ذلك يريد تعميمها كمبدأ من المبادئ الأساسية في القانون، إلّا أنّه قد وضعها ضمن الفصل الخاص بالأشخاص الطبيعية وذلك مباشرة بعد أحكام الأهلية، ونتساءل هنا عن علاقة نظرية التعسف بالأشخاص الطبيعية وبالأهلية؟ لكن رغم أنّ المشروع الجزائري لم ينص على نظرية التعسف كمبدأ عام ضمن الباب التمهيدي، إلّا أنّه قد حدّد أحوال التعسف على سبيل المثال على أنّ تطبيقاتها غير محدّدة، حيث نص على مختلف هذه التطبيقات سواءً في القانون المدني أو في القوانين الأخرى.

لقد كانت نظرية التعسف في استعمال الحق في الأصل مطبّقة في القانونين المدني والإداري، إلّا أنّها لا تقتصر عليهما فحسب، بل تمتد لتشمل مختلف فروع القانون من قانون إداري ومدني واجتماعي وعقاري وقانون تجاري وغيرها، وهذا ما يؤكّد أهميّة نظرية التعسف في استعمال الحق مرة أخرى².

وعلى ذلك لا يقتصر تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على القانون المدني فحسب، بل تمتدّ لتطبّق على مختلف فروع القانون، وعلى ضوء ذلك نتطرق لتطبيق أو ارتباط النظرية بالمجال الاقتصادي باعتبارها كمبدأ عام تنبسط على جميع نواحي وفروع القانون.

لكن قبل ذلك، فمن باب أولى دراسة فكرة التعسف في استعمال الحق، لذلك نقسم هذا الفصل إلى بحثين؛ الأول نتطرّق فيه لفكرة التعسف في استعمال الحق (المبحث الأول)، والثاني لارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بالمجال الاقتصادي (المبحث الثاني).

¹ يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 313.

² إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 8، 9.

المبحث الأول

فكرة التعسف في استعمال الحق

لصاحب الحق أن يستفيد من حقه وذلك عن طريق مباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه والتي يحددها القانون، ومضمون أو سلطات الحقوق تختلف من حق لآخر؛ فسلطات حق الملكية عبارة عن الاستعمال والاستغلال والتصرف، أما مضمون حق الدائنية فهو إعطاء صاحبه القدرة على اقتضاء الدين من المدين في الأجل المضروب. والقانون لما حدّد سلطات ومضمون الحقوق قد وُقّق في ذلك بين كافة المصالح سواء كانت عامة أو خاصة، ولذلك فإنّ صاحب الحق له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها القانون دون أن يتجاوزها، وإذا تجاوز صاحب الحق في استعمال حقه الحدود التي رسمها له القانون فإنّه يكون مخطئاً ويلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز، كمن يبني في ملك جاره فهو يأتي عملاً متجاوزاً على حدود حقه وخارجاً عن مضمونه، فيكون عمله غير مشروع في ذاته¹.

إلا أنّ التزام الحدود الموضوعية في استعمال الحق لا تترتب أيّة مسؤولية عليه، وذلك لأنّ الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر، وهذا هو المبدأ العام في استعمال الحقوق الذي نصت عليه معظم التشريعات العربية كالمرشع العراقي في المادة 6 من القانون المدني، والمرشع المصري في المادة 4 من القانون المدني، والمرشع الأردني في المادة 61 من القانون المدني، وهذا يعني أنّ استعمال الحق ولو أضرّ بالغير فإنّ ذلك لا تترتب عليه مسؤولية قانونية لا مدنية ولا جزائية مادام أنّه قد استعمل وفق غايته وفي نطاق شروطه²، أي أنّ استعمال الحق قد يسبّب ضرر للغير، لكن بدون أن يكون صاحب الحق مخطئاً في ذلك، كالتاجر الذي يستقرّ في مكان قريب من منافسه يسبّب لهذا الأخير ضرر عن طريق أخذ منه جزء من زبائنه، لكن ليس

¹ الجمال مصطفى، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية، الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 647.

² والأمر ذاته بالنسبة لقانون العقوبات، حيث جاء فيه بأنّه لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون، وهو ما نصت عليه المادة 41 من قانون العقوبات العراقي والمادة 60 من قانون العقوبات المصري والمادة 59 من قانون العقوبات الأردني.

سامان فوزي عمر، إساءة استعمال حق النقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 135.

هناك أي خطأ، بل أن الضرر الناتج عن ذلك هو نتيجة لمبدأ المنافسة الحرة¹، فالتأثير بالمنافسة وإنشاء مشروع مماثل والاستحواذ على نسبة من العملاء على نحو يؤدي إلى نقص العائد لا يمنع، وذلك لأن المنافسة في المصالح العامة أمر مشروع، وهي أسلوب معترف به قانونا لتحقيق المصالح، ولا يلائمها بهذا الاعتبار أن تكون سببا للضمان، فالقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان²، وذلك لأن القانون يعترف بالحقوق للناس ويحميها وبالتالي إباحة الأفعال اللازمة لاستعماله بهدف الحصول على المزايا التي يتضمنها؛ إذ ليس من المعقول أن يقر القانون حقا ثم يحظر إتيان الأفعال اللازمة التي يقتضيها استعمال هذا الحق، وإلا تنافرت قواعد القانون وتجرد الحق من قيمته³. فالأصل العام أن من استعمل حقه لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر، إلا أن هذا الأصل لم ينص عليه المشرع الجزائري مخالفا في ذلك أغلب التشريعات العربية، لذلك فقد تم نقده من هذه الناحية، حيث أنه نص مباشرة على الاستثناء ألا وهو المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع للحق (الاستعمال التعسفي للحق)، والمنطق يقتضي بأن الاستثناء يرد على الأصل.

قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود المرسومة له قانونا، ومع ذلك قد يترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير، كالمالك الذي يبني جدارا في ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا لمجرد الإضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه، ومن هنا تترتب مسؤولية صاحب الحق دون أن يتجاوز حدود حقه بحال من الأحوال، وهذا هو عين التعسف في استعمال الحق⁴، حيث تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق على عنصرين متناقضين؛ الأول هو العمل المشروع لأنه يتم استعمالا لحق بمعنى أن صاحب الحق يتصرف تصرفا مشروعاً داخلاً في حدود اختصاصه، أما الثاني فهو العمل غير المشروع الذي يوصف به التعسف ويستتبع توقيع الجزاء المناسب له، ففكرة التعسف في استعمال الحق هي فكرة وسطى

¹ BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil (les obligations), 12^e édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 640.

² سراج محمد، مرجع سابق، ص 303.

³ عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 15، 16.

⁴ الجمال مصطفى، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 647، 648.

بين العمل المشروع والعمل غير المشروع¹، فالمشروعية تنصبّ على ذات الفعل، أمّا عدم المشروعية أو التعسف فينصبّ على كيفية استعماله.

إذن فهناك فرق واضح بين مجاوزة حدود الحق والتعسف فيه، حيث أنّ هناك من فرّق بينهما عن طريق التمييز بين تجاوز الحدود الخارجية للحق وتجاوز الحدود الداخلية للحق، ورغم اعتبار هذا الأخير مشروعاً في الأصل إلا أنّه قد يكون غير مشروع إذا تحقق في نطاقه التعسف²، ولهذه التفرقة أهميّة بالغة، ذلك أنّ مجاوزة الحدود الخارجية للحق غير مشروع لذاته سواء ترتّب عليه ضرر أم لا، بل يمنع ولو صاحبه نفع للغير، ويكفي مجرد إثبات حصول الفعل ليتشكّل الاعتداء، ولا يشترط إثبات حصول الضرر. أمّا التعسف فالفعل فيه مشروع لذاته لاستناده إلى حق إلا أنّه معيب في غايته أو هدفه، فقد يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو قد يشكل اختلالاً بالتوازن بين مصلحة وأخرى ودون أن يتوافر لديه أيّ عنصر للخطأ ومع ذلك يمنع وتترتب مسؤوليته إنّ هو تسبّب بالضرر³. كما أنّ التعسف يختلف عن التجاوز من حيث الفكرة والأحكام، فلكلّ حق حدود أو قيود، وهذه الأخيرة قد تكون مادية موضوعية أو شخصية غائية، فإذا تمّ تجاوز الحدود الموضوعية تحقّق التجاوز أو التعدي أو ما يصطلح عليه قانوناً بالخطأ، أمّا إذا تمّ تجاوز الحدود الغائية للحق تحقّق ما يسمّى بالتعسف في استعمال الحق.

وجدير بالذكر هنا أنّ الحدود الموضوعية أو الخارجية للحق قد تمّ تحديدها مسبقاً من طرف القانون، أمّا بالنسبة للحدود الغائية أو الداخلية والتي تدخل في نطاق ومضمون استعمال الحق فلم تحدّد مسبقاً من طرف القانون، ذلك أنّ تحديد الأهداف والغايات بصورة سابقة على استعمال الحقوق يؤدي إلى انهيار فكرة التعسف لأنّ الأصل أنّ استعمال الفرد لحقه إنّما يتمّ في ظاهرة غير مخالفة لأحكام القانون، فإذا حدّد القانون هدفاً معيناً لاستعمال الحق وخرج عنه صاحبه كان التصرف غير مشروع أساساً وليس تعسفاً، وهكذا تظهر فكرة التعسف في استعمال الحق أو الانحراف بالحق عن غايته متميّزة عن المخالفة الموضوعية للقانون⁴.

¹ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية)، الكتاب الأول: التطور التاريخي لفكرة الانحراف، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 50.

² MEHANNA Myriam, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de Doctorat en droit, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2014, p. 256.

³ الدّرّيني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 312، 313.

⁴ محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 70، 71.

وعلى ضوء ذلك فقد كانت نظرية التعسف في استعمال الحق محلّ اهتمام رجال القانون، بدليل الدراسات الفقهية الحديثة المنشورة هنا وهناك، والأحكام القضائية الصادرة من حين لآخر، والتعديلات التشريعية الطارئة عليها. ولعلّ سبب هذا الاهتمام المتزايد بنظرية التعسف يعود بالدرجة الأولى إلى الأسئلة الكثيرة المرتبطة بهذه النظرية، منها ما يتعلّق بتعريف التعسف، ومنها ما يتعلّق بأساسها القانوني، هل هي نظرية تابعة لنظام المسؤولية المدنية أم أنّها مستقلة عنها؟ ومنها ما يتعلّق بالمعيار الواجب الأخذ به لتحديد التعسف، وهل يجب تقنين هذا المعيار في شكل مبدأ عامّ أم في شكل تطبيقات له؟ ومنها ما يتعلّق بنطاقها، فهل هي ترد على الحقوق والحريات والرخص العامة معاً، أم ترد على الحقوق فحسب في مفهومها الضيق؟ وهل هي تشمل جميع الحقوق أم يستثنى منها ما يعرف بالحقوق التقديرية أو المطلقة؟ إذن فهناك أسئلة مهمّة ودقيقة طرحت حول نظرية التعسف في استعمال الحق¹.

وسوف نحاول الإجابة عن كلّ هذه الأسئلة التي من خلالها تحدّد فكرة التعسف في استعمال الحق، وذلك بتوضيح مدلول فكرة التعسف في استعمال الحق (المطلب الأول)، وضوابط فكرة التعسف في استعمال الحق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدلول فكرة التعسف في استعمال الحق

يقتضي دراسة وتحديد مدلول فكرة التعسف في استعمال الحق بيان تعريف التعسف (الفرع الأول)، ثمّ بيان الأساس القانوني للتعسف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التعسف في استعمال الحق

قبل تعريف التعسف يجب الانطلاق من معنى محدّد هو أنّ الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية وجماعية، وهي في الوقت نفسه وسائل لتحقيق غاية مزدوجة أيضاً وهي المصلحة الفردية لصاحب الحق والمصلحة الجماعية للغير، وينبغي التوفيق بينهما عند التعارض ما أمكن ذلك. وإذا كانت هاتان

¹ بنّاسي شوقي، "التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدّل للقانون المدني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 4، جامعة الجزائر، 2009، ص 185، 186.

المصلحتان هما غاية الحق، فقد شرّع الحق وسيلة لتحقيق تلك الغاية المزدوجة، فلا يجوز استعمال الحق بما يضر الفرد أو الجماعة، بل لابد من استعماله في المصلحة التي شرع من أجلها¹، حيث أنّ الحقوق شرعت لتحقيق مصلحة لصاحب الحق دون إيذاء الغير.

وعليه فإنّ ما شرع من المصالح الفردية لصاحب الحق تفقد صفة مشروعيتها إذا ما تعارضت مع مصالح فردية أخرى، لذلك فقد تمّ منع استعمال المالك لعقاره إذا ما كان يضر بجاره ضرراً فاحشاً أو غير مألوف، أو إذا تعارضت المصلحة الفردية لصاحب الحق مع المصلحة العامة كما في منع الاحتكار ووجوب التسعير إذا ما أدّى إلى حفظ المصلحة العامة، وعليه تظهر صلة نظرية الحق بنظرية التعسف في استعمال الحق².

وللوقوف على تعريف دقيق وجامع للتعسف في استعمال الحق، فينبغي تعريفه لغوياً (أولاً)، ثمّ شرعاً (ثانياً) باعتبار الشريعة الإسلامية المهد الأول لنظرية التعسف في استعمال الحق، ثمّ تعريفه من الناحية القانونية (ثالثاً) باعتبار ذلك مجال دراستنا.

أولاً- التعريف اللغوي:

التعسف لغة مأخوذ من الفعل "عسف"، والعسف هو: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، ويقال: إعتسف الطريق إعتسافاً إذا قطعه دون صواب توخّاه فأصابه، والعسف هو ركوب الأمر بلا تدبير ولا رويّة، ومن معانيه الظلم والإشراف على الهلاك، ويقال عسف فلان عسفاً: ظلمه، ويقال: عسف البعير يعسف عسفاً وعسوفاً؛ أي أشرف على الموت، والعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية، ولا توخّي صوب ولا طريق مملوك. وكلّها كلمات متقاربة ليست تدلّ على خير، وإنّما هي كالحيرة وقلة البصيرة³. ويقال أيضاً عسف عسفاً: أخذه بالقوّة والعنف وظلمه، وعنف عن الطريق: ماله وعدّله، ويقال عسف المرأة: غضبها واعتدى عليها، وعسف فلاناً: استخدمه فهو عاسف وعساف وعسوف

¹ عمر فخري الحديثي، مرجع سابق، ص 21.

² مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002، ص 28.

³ عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، قسم: العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 7، 66، 67.

إذا كان ظلوماً، ولذا يسمى الأجير المستعان به عسيفاً¹. وعسف السلطان، يعسف واعتسف وتعسف ظلم وهو من ذلك، وفي الحديث: "لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفاً أي جائراً ظلوماً"، والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم، وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف إذا كان ظلوماً². والتعسف هو ركوب الأمر من غير تدبر، والركوب مفاده بغير قصد ومنه التعسف، وهو أيضاً السير على غير علم ولا أثر، ومنه قيل رجل عسوف إذا لم يقصد الحق، والتعسف يأخذ معاني الظلم والجور³.

ثانياً_ التعريف الشرعي:

لم يرد مصطلح "التعسف" في عبارات وأقوال الفقهاء المسلمين والأصوليين، وإنما وردت بدلا عنه مصطلحات أخرى منها "التعنت" وذلك عند الفقيه الكاساني، حيث يتفق التعنت والعسف في إفادة معنى الظلم والإيذاء والإضرار بالغير، ويجوز إطلاق التعسف أو التعنت على نوع خاص من الظلم وهو الناشئ عن إساءة استعمال الحق أو التصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشرع من شرعه. كما قد اختار الإمام المرحوم أبو زهرة مصطلح "المضارة في الحقوق" على مفهوم التعسف، كذلك فقد ورد هذا المصطلح في كتاب الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية⁴، وذلك بصدد بحثه في قضية سمرة بن جندب وتعسفه في استعمال حق الدخول إلى بستان الأنصاري ليصل إلى نخلته، ف قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بقلعها دفعا لمضارته صاحب البستان⁵. فمصطلح "المضارة" هو التعبير الذي أتى به القرآن الكريم، كمن يتخذ الحق الذي أعطاه الله للمالك في الوصية طريقا للإضرار بالورثة، كما أن مصطلح المضارة أيضا هو تعبير السنة النبوية، فقد جاءت الأحاديث النبوية تدلّ على معنى التعسف بمصطلح "المضارة"⁶. أيضا

¹ حامد ملكاوي ليندا، "التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية 2012م/1433هـ"، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، جامعة الأردن، 2013، ص 142.

² بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 8.

³ عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، مرجع سابق، ص 66، 67.

⁴ سراج محمد، مرجع سابق، ص 279.

⁵ الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 46.

⁶ زكي زكي حسين زيدان، حدود المسؤولية عن مزار الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الكتاب القانوني، د ب ن، 2008، ص 60.

فقد تمّ استعمال مصطلح "الاستعمال المذموم" فيما قاله الشاطبي بصدد كلامه في استعمال المباح تعبيراً منه عن الإساءة أو التعسف في استعمال الحق بالمعنى الحالي له¹.

وبالرغم من وضوح معاني التعنت والمضارة والاستعمال المذموم واقتربها من معنى التعسف، إلّا أنّ المصطلح الأكثر تداولاً والأشهر استعمالاً هو مصطلح "التعسف" والذي استعمله كثير من الفقهاء المحدثين في الفقه الإسلامي، كالفقيه فتحي الدريني والشيخ علي الخفيف.

وقد تمّ تعريف التعسف في استعمال الحق بأنّه استعمال لحق على وجه يناقض مقصد الشارع من تشريعه، كما عرفه البعض بأنّه: استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع. وعرفه البعض الآخر بأنّه: استعمال الحق على الوجه المعتاد لا لمصلحة معتبرة شرعاً. كما عرفه الأستاذ الدكتور زكي حسين زيدان الذي فضّل مصطلح "المضارة" بأنّها: الانحراف بالحق المشروع عن الغاية منه على نحو يترتّب عليه الضرر بالغير²، وقد عرف أيضاً بأنّه: استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع، وأيضاً بأنّه: استعمال الحق في غير المصلحة أو الهدف الذي شرع من أجله شرعاً أو قانوناً عمّا يضر بالغير³، كما يفهم من كلام الأصوليين أنّ التعسف عبارة عن التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق من أجله، كمن يتحايل على واجب الزكاة، حيث يقوم بهبة أمواله سوريا قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة، ولا شك أنّ التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله، أو استعمال الحق في غير ما شرع له، مناقضة للشارع، ومناقضة الشرع باطلة، فما أدى إليها باطل، وهذا ما يفيد قول الإمام الشاطبي: "لما ثبت أنّ الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك لأنّ مقصود الشارع منها كما تمّ تبيينه، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأنّ الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها؛ وإنما قصد منها أموراً أخرى هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات، وهذا هو التعسف بعينه". وعلى كلّ فالتعسف معناه أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية.

¹ مجيدي العربي، مرجع سابق، ص 53.

² زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص 59، 60.

³ حامد ملكاوي ليندا، مرجع سابق، ص 142.

رغم تعدّد التعارف التي قيلت بشأن التعسف في استعمال الحق، إلّا أنّ التعريف الراجح والمفضل والذي مال إليه أغلب الفقهاء هو تعريف الدكتور فتحي الدّريني والذي عرّفه بأنّه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"¹.

وقد تمّ شرح هذا التعريف، فمعنى (مناقضة قصد الشارع): أي مضادّته، وهذه المضادّة إمّا أن تكون مقصودة بأن يقصد المكلف من العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق لمجرّد قصد الإضرار، أو أن يتذرّع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرّم الله كبيع العينة للتوصل إلى الربا المحرّم، أو يتذرّع إلى إسقاط ما أوجبه عليه كهبة المال احتيالا لإسقاط الزكاة، وكذلك سائر الحيل التي يتذرّع بها قصدا إلى إبطال حكم شرعي أو إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. كما أنّ المناقضة يمكن أن تكون غير مقصودة، ويشمل ذلك الأفعال التي تكون مآلاتها أو نتيجتها مخالفة للأصل في الشرع لأنّ الحقوق إنّما شرّعت لجلب المصلحة ودرء المفسدة، فإذا أدى استعمالها أو نتيجتها إلى ما يتنافى مع هذا الأصل أصبحت الحقوق غير مشروعة ومتعسفا فيها.

أمّا معنى (في تصرف مأذون فيه شرعا): فالتصرف يشمل التصرف القولي كالعقود، والذي قد يكون ايجابيا كبيع الحاضر للبادي إذا ترتّب عليه ضرر بالعامّة، وقد يكون سلبيا كامتناع التاجر عن البيع احتكارا لسلعة فهذا يشكّل تصرفا تعسفيا. كما أنّ التصرف يشمل أيضا التصرف الفعلي كاستعمال الحقوق مثلا، والذي قد يكون كذلك تصرف ايجابيا، كما في حالة استعمال المالك لعقاره لمجرّد قصد الإضرار بغيره، أو استعماله لعقاره دون قصد الإضرار، ولكن يلزم عن ذلك ضرر فاحش أو غير مألوف يلحق بجاره، كما قد يكون التصرف الفعلي سلبيا، كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل إلى الطريق العام عن هدمه.

أمّا في معنى (مأذون فيه شرعا بحسب الأصل) فهنا يتمّ إخراج الأفعال غير المشروعة لذاتها، لأنّ إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا، وهذا ما يحدّد مجال تطبيق نظرية التعسف². وقد سبق لنا أن ميّزنا بين مجاوزة حدود الحق والتعسف في استعماله.

¹ الدّريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 46، 47، 50-54.

² المرجع نفسه، ص 87-91. سراج محمد، مرجع سابق، ص 280. مجيدي العربي، مرجع سابق، ص 60، 61. حامد ملكاوي ليندا، مرجع سابق، ص 142، 143. أحمد الصويغي شلييك، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، جامعة=

ثالثاً_ التعريف القانوني:

لقد استعمل شراح القانون المحدثين لفظتين وهما: التعسف أو الإساءة، فتعبير التعسف هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب؛ فالفقهاء الفرنسيون يطلقون عليه L'abus des droits وهو عنوان لكتاب الفقيه الفرنسي المعاصر "جوسران"، أما الانجليز فيطلقون عليه The abuse of rights. إلا أن كلمة L'abus ترجمت إلى إساءة، لكن درج فقهاء القانون العرب على استعمال كلمة التعسف، في حين فضّل بعضهم استعمال كلمة إساءة¹، فقد استعمل شراح القانون المعاصرون اللفظتين بصفة مترادفة، إلا أن هناك من ميّز بين التعسف والإساءة، حيث أنّ لفظ التعسف كثيراً ما يستعمل في مجال استعمال الحقوق، فيقال التعسف في استعمال الحق، أمّا لفظة الإساءة فكثيراً ما تستعمل في المجال الإجرائي، فيقال إساءة استعمال الحق في التقاضي. كما يرى الدكتور عباس الصراف أنّ هناك اختلاف بينهما، فمصطلح الإساءة غالباً ما يعبر عن ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، فهي حالة من حالات الخروج عن الحق أي عدم وجود الحق أصلاً، أمّا التعسف فإنّ الحق يبقى ثابت لصاحبه ولكنه يستعمله وفق معايير التعسف².

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد استعمل مصطلح التعسف، ووصف استعمال الحق بأنّه تعسفي، حيث لم يعد متردداً في استعمال هذا المصطلح، ولم يعد متحفّظاً من سعة الاصطلاح وإيهامه

=الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2009، ص 19، 20. مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما)، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 19-21. شمش رشيد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها على حق الملكية العقارية (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2002، ص 52، 53.

¹ ففهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة وفي الجمهورية العربية السورية استعملوا كلمة التعسف.

الدّرّيني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 45، 46.

كما استعمل مصطلح التعسف فقهاء القانون في مصر وليبيا، أمّا فقهاء القانون في لبنان فقد استعملوا كلمة إساءة.

زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص 59.

² بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 55.

بعد أن ارتبطت فكرة التعسف بطبيعة الحق وغايته¹. ويعتبر موقف المشرع الجزائري مخالفاً لباقي التشريعات المدنية العربية التي استعملت مصطلح غير مشروع بصدد النص على نظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أن مصطلح التعسف أكثر دقة في التعبير عن مقصوده، إذ هو ذو طبيعة متميزة عن طبيعة الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، وهذا بخلاف وصف استعمال الحق بأنه غير مشروع لأنه يوحي بأنه فعل يجاوز حدود الحق الموضوعية، أو أنه غير مشروع أصلاً كصورة من صور الخطأ، بينما يعتبر استعمال الحق فعلاً مشروعاً في الأصل².

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى فكرة التعسف في استعمال الحق، ولعلّ المشرع في ذلك قد راعى أن مهمة التعريف ليست من اختصاصه، وإنما هي من اختصاص الفقه.

فقد عرف الفقه التعسف بأنه استعمال الحق على وجه غير مشروع، أو هو استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله منح أو بقصد إلحاق الضرر بالغير³، كما عرفه البعض الآخر عن طريق ربطه بفكرة سوء النية، وهذا ما تجسّد خاصة في الاجتهاد القضائي الفرنسي⁴، كذلك فقد عرف القضاء الفرنسي التعسف في استعمال الحق في قضية Kefalas بأنه كلّ استعمال للحق بصفة غير عادلة من أجل إلحاق الضرر بالغير أو من أجل الحصول على مزايا غير شرعية وخارجة عن هدف الحق⁵. ومهما يكن من اختلاف بشأن فكرة التعسف في استعمال الحق، إلا أن مضمون هذه الفكرة تتمثل في استعمال الحق المحمي قانوناً بصفة مخالفة أو معاكسة للغاية أو الهدف الذي وجد الحق من أجله، أو هو استعمال غير عادي للحق، والذي يسبّب ضرراً للغير أو يمسّ بحق من حقوقه، وهذا ما يوجب مسؤولية المتعسف في

¹ وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 57.

² التشريعات العربية التي وصفت استعمال الحق بأنه غير مشروع هي المشرع المصري في المادة 5 من القانون المدني، والأردني في المادة 66، والقطري في المادة 62، والبحريني في المادة 28، والعراقي في المادة 7. أحمد الصويكي شليبيك، مرجع سابق، ص 43.

³ المرجع نفسه، ص 20.

⁴ Par exemple, un arrêt de la première chambre civil du 29 novembre 1994 juge que la partie concernée «n'avait pas abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi». Pourtant, «il n'ya pas eu absorption de l'une par l'autre».

MEHANNA Myriam, op. cit., p. 257, 258.

⁵ CORNUT Etienne, «Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé», journal du droit international, n° 1, janvier-février-mars 2007, p. 40.

استعمال حقه¹، وقد اختلف الفقهاء في تحديد أساس هذه المسؤولية، وبالتالي تحديد أساس التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني

أساس التعسف في استعمال الحق

بعد أن برزت معالم نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أقرها الفقهاء ونصت عليها العديد من التشريعات وجرى الأخذ بها قضائياً، لم تعد المسألة تقتصر على إمكانية أو عدم إمكانية مساءلة مستعمل الحق عند إحداث ضرر بالغير، إذ أصبح من المسلّم به أنّ من يستعمل حقه استعمالاً تعسفياً تترتب عليه المسؤولية، فالمسؤولية هنا أمراً لا جدال فيه². وبعد أن استقرت التفرقة بين مجاوزة حدود الحق والتعسف في استعماله، اختلف الفقهاء حول تأصيل فكرة التعسف في استعمال الحق بين من يؤسّسه داخل نطاق المسؤولية التقصيرية (أولاً)، وبين من يؤسّسه خارج نطاق المسؤولية التقصيرية (ثانياً)، وقد صاحب هذا الاختلاف الفقهي اختلاف التشريعات في وضع الأساس القانوني لفكرة التعسف في استعمال الحق³، حيث انقسمت وتوزعت التشريعات بين متأثر بالرأي الأول فأدخل النظرية في الباب الخاص بالمسؤولية التقصيرية، ومتأثر بالرأي الثاني فنظّمها في أولى مواد القانون المدني⁴. لذلك سوف نتعرض لكل رأي على حدا؛ حيث اتفقت هذه الآراء على مسؤولية صاحب الحق عندما يتعسف في استعماله، ولكنها اختلفت في أساس هذه المسؤولية ونطاقها.

¹ KOVACEVIE-KUSTRIMOVIE Radmila, op. cit., p. 41, 42, 44.

² مجوبي عبد الرحمن، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 44.

³ بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 58.

⁴ فالتشريعات المتأثرة بالرأي الأول كالقانون التونسي الذي تناول النظرية في الفصل 103 من الباب الثالث من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود، والقانون المغربي الذي نظم النظرية في الفصل 94 من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، وكذا القانون اللبناني في المادة 124، والقانون الألماني في المادة 226 والمشرع الفرنسي الإيطالي في المادة 74.

أما عن التشريعات المتأثرة بالرأي الثاني كالقانون المدني المصري في المادتين الرابعة والخامسة، والقانون المدني السوري والليبي كلّ منهما في المادة السادسة، والقانون السويسري في المادة الثانية، والقانون السوفيتي في المادة الأولى. بويكر مصطفى، مرجع سابق، ص 245، 246.

أولاً- التعسف داخل نطاق المسؤولية التقصيرية:

يرى جانب كبير من الفقه والقضاء أنّ نظرية التعسف في استعمال الحق تجد أساسها في فكرة الخطأ، وعلى هذا النحو فهي تدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، والتي تجعل من كلّ خطأ سبباً ضرراً بالغير يلزم مرتكبه بالتعويض¹، فقد تمّ استعمال عبارة التعسف في استعمال الحق أساساً لوصف الخطأ الناتج في معرض استعمال الحق، والذي يفضي إلى المسؤولية التقصيرية².

وتجدر الإشارة إلى أنّ أصحاب هذا الرأي وإن اتّفقوا حول اعتبار التعسف خطأ داخل نطاق المسؤولية التقصيرية، إلّا أنّهم اختلفوا بخصوص تكييف فكرة التعسف في استعمال الحق وانقسموا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات:

1_ الاتجاه الأول:

لقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بلانيول، الذي يرى أنّ اصطلاح التعسف في استعمال الحق غير مقبول من الناحية اللفظية، لأنّه في الواقع هو خروج عن حدود الحق³، فالحق ينتهي حيث يبدأ التعسف، وذلك بسبب أنّ العمل الواحد لا يمكن أن يكون في نفس الوقت متّفق مع القانون ومخالف له، فاستعمال الحق يعدّ عملاً مشروعاً لأنّه داخل في مضمون الحق، أمّا التعسف فهو خارج هذا المضمون⁴. وعلى ذلك فإنّ الاستعمال التعسفي للحق يتضمّن تناقضاً، لأنّه إذا تمّ استعمال الحق فالحق

¹ إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاً، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 31.

MEHANNA Myriam, op. cit., p. 259.

² «L'expression abus de droit et tout d'abord employée pour qualifier une faute commise dans l'exercice d'un droit, et qui doit être retenue comme source de responsabilité, parce que l'acte est en réalité illicite et irrégulier».

نزيـم نعيم شلالا، دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 8.

³ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 241.

وهذا ما أيّده أغلب الفقه والقضاء البلجيكي، وعلى ذلك فقد قرّرت محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 12 جويلية ما يلي:

«L'abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière que dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente».

IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 327, 328.

⁴ DIDRY Claude, ANCEL Pascal, «L'abus de droit: une notion sans histoire? (l'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du xx^e siècle)», publication de l'université de Saint-Etienne, 3 avril 2011, p. 60, 61. [https:// halshs-archives-ouvertes.fr/halshs-00582646](https://halshs-archives-ouvertes.fr/halshs-00582646).

يكون مشروعاً، أمّا العمل غير المشروع فيكون عند مجاوزة الحق والعمل دون حق، وبالتالي فإنّ التعسف في استعمال الحق ليس عملاً مستقلاً عن العمل غير المشروع، لأنّه إذا وقع تعسف في عمل الأفراد، فلا يقع ذلك عندما يمارسون حقوقهم، وإنّما عندما يتجاوزونها. فالفقيه بلانيول يعترف بأنّ الحقوق ليست مطلقة وقد حدّد القانون حدودها، كما تمّ تحديد الغايات المنشودة للحق بواسطة القضاء، وهذا من شأنه أن يضيف حدود جديدة للحق، والخروج عليها يعدّ تجاوزاً للحق أو عملاً دون حق. وقد تبع رأي بلانيول جانب من الفقهاء كالأستاذ ستارك Starck.

إلا أنّ هذا الاتجاه قد تمّ الرد عليه ونقده وذلك من طرف العميد جوسران، فبخصوص تعبير اصطلاح التعسف، حيث أنّ كلمة «droit» تحمل معنيين في اللغة الفرنسية، أولهما الحق، والثاني هو القانون وهو أكثر شمولاً من الحق، إلا أنّ بلانيول استعمل كلمة «droit» بمعنى واحد، وعلى ذلك فيكون استعمال الحق موافقاً للحق لأنّه يدخل في نطاقه ومضمونه، ويكون في ذات الوقت مخالفاً للقانون في مجموعه، وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق، فلا وجود لأدنى تعارض في وجود عمل معيّن يتفق مع حق معيّن ويتعارض مع القانون، ففكرة التعسف تحمل معنى آخر غير التجاوز، وهو أن يتفق استعمال حق معيّن مع هذا الحق لأنّه لم يخرج عن حدوده الموضوعية، إلا أنّه قد تمّ الانحراف عن غاية الحق التي تميّز بها.

كما تمّ نقد هذا الاتجاه من طرف الأستاذ سالي حول ما ادّعاه بلانيول أنّ المحاكم تحدّد غايات الحق داخل مضمونه، لأنّ المحاكم لا تحدّد مطلقاً مضمون الحقوق التي يرد عليها التعسف، وإنّما تمارس رقابة يتأكد منها اتفاق العمل مع غايته التي منح من أجلها الحق. فالفقيه بلانيول قد سوى بين صورة الخروج عن الحق الذي يكون فعلاً غير مشروع في ذاته، وبين التعسف في استعمال الحق الذي يتعلّق بغاية الحق لا بمضمونه¹.

2_ الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه الذي يتزعمه العميد "جوسران" أنّ الأساس القانوني لفكرة التعسف في استعمال الحق ليس إلاّ تطبيقاً من تطبيقات الخطأ، والذي لا يختلف عن الخطأ في صورته الأخرى العادية وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، ووفق هذا الاتجاه فالتعسف يتحقّق وفق معيارين

¹ محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 76-78.

هما: معيار الخطأ في استعمال الحق، ومعيار إساءة استعمال الحق، وبالتالي فإنّ التعسف قد يأخذ مصطلح الخطأ، وقد يأخذ مصطلح الإساءة¹.

فهذا الاتجاه رغم أنّه ميّز بين الخروج عن حدود الحق والتعسف في استعمال الحق _على عكس الاتجاه الأول_، إلّا أنّه اعتبر كلّاً منهما صورة من صور الخطأ التقصيري، حيث حدّد معيار التعسف في استعمال الحق بمعيار الخطأ التقصيري، والذي هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي² وذلك متصوّر في مجال ممارسة الحقوق، ومتصوّر في ممارسة الرخص والحريات العامة.

إلّا أنّه تمّ نقد هذا الاتجاه لأنّه أقام تسوية بين مركز الشخص الذي يمارس رخصة والشخص الذي يمارس حقاً³، وذلك بالرغم من الاختلاف الواضح بين استعمال الحقوق واستعمال الرخص، حيث أنّه في مجال استعمال الرخص أو الحريات العامة، يلتزم كلّ فرد قبل الآخرين بواجب التبصّر واليقظة والحيطة، أمّا في مجال استعمال الحقوق فالأمر يختلف، حيث أنّ صاحب الحق يلتزم باستعمال حقه وفق غايته، فالتعسف يتحقّق كلّما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتّى ولو لم يكن قد أخلّ بواجب الحيطة واليقظة العادية، فهذا الإخلال يكوّن الخطأ في المعنى الفني الدقيق، أي أنّ التعسف يتحقّق حتّى ولو لم تتوافر مقومات الخطأ⁴.

كما تمّ نقد قول أنّ الاستعمال التعسفي للحق مساوٍ للخطأ التقصيري أو للسلوك من دون حق، ما يجعل التعسف مصدر للمسؤولية⁵، لأنّ هذا يتنافى مع القول بالتمييز بين صورة التعسف في استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق، فهذه الأخيرة تشكّل الخطأ التقصيري. ولكن إذا كانت كلتا صورتين تشكّلان خطأ، فما فائدة التمييز بينهما إذن؟ ومن ثمّ فإنّ الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه قد وقعوا في تناقض يصل بهم إلى الحقيقة وهي أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق تختلف عن فكرة الخطأ⁶.

¹ MEHANNA Myriam, op. cit., p. 256.

² نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 315، 316.

³ إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص 31.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 317، 318.

⁵ MEHANNA Myriam, op. cit., p. 260.

⁶ محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 81.

3_ الاتجاه الثالث:

وعلى ضوء الانتقادات الموجهة إلى الاتجاه الثاني، فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار التعسف نوعاً متميّزاً عن الخطأ، أو هو خطأ ذو طبيعة خاصة يستقلّ عن الخطأ العادي التقليدي، فهو خطأ يرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية وهذا ما يخرجّه عن مدلول الخطأ العادي، فهو إذن خطأ خاص يتحقّق بالانحراف عن غاية الحق¹.

وقد انتقد هذا الاتجاه بالرغم من أنّه يعتبر خطوة تقدّمية بالمقارنة مع الاتجاهين السابقين، إلّا أنّه أخذ عليه توقّفه في منتصف الطريق وعدم وصوله إلى النتيجة الحتمية التي يقود إليها منطق مقدّمته وهي إخراج فكرة التعسف في استعمال الحق من فكرة الخطأ كلّية والخروج من دائرة المسؤولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقلّ للتعسف². فهذا الاتجاه قد توصّل إلى جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق من خلال إقراره بضرورة البحث عن الهدف الذي منحت من أجله الحقوق لربط استعمالها بها، غير أنّه مع ذلك لا يحقّق فائدة عملية طالما أنّه يبقى دائماً فكرة التعسف في نطاق المسؤولية التقصيرية دون أن يعطي تأسيساً صحيحاً للتعسف، ودون أن يقف عند طبيعته الحقيقية. فإذا رفض الفقه تأسيس فكرة التعسف على الخطأ العادي المعروف، فمن باب أولى يرفض تأسيسها على خطأ من نوع خاص غير معروف³.

وجدير بالذكر هنا أنّ المشرع الجزائري قد اختار النص على نظرية التعسف في استعمال الحق في القسم الأول من الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان (المسؤولية عن الأعمال الشخصية)، أو ما يسمّى بالمسؤولية التقصيرية، فهذا الجانب الشكلي يوحي بأنّ المشرع الجزائري قد اعترف ضمناً أنّ أساس فكرة التعسف في استعمال الحق هو داخل نطاق المسؤولية التقصيرية. أمّا فيما يتعلّق بالجانب الموضوعي فقد نص المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 124 مكرّر من القانون المدني⁴ على ما يلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية...". فالمشرع الجزائري هنا حسم المسألة الفقهية بخصوص أساس التعسف، فبدل أن يتناول فكرة التعسف في استعمال

¹ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطه، مصر، 2005، ص 493.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 318، 319.

³ بوبكر مصطفى، مرجع سابق، ص 257، 258.

⁴ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم.

الحق، تناول الطبيعة القانونية لهذه الفكرة، لكن هذا لا يعدّ من قبيل العمل التشريعي وإنّما هو من عمل الفقه، وحتّى وإن عدّ من العمل التشريعي فقد تمّ نقد هذا الأساس الذي اختاره لفكرة التعسف، فكيف يمكن للمسؤولية التقصيرية التي تقوم على فعل غير مشروع أصلاً أن تكون أساساً قانونياً لفعل مشروع في ذاته؟ ويعتبر هذا الأساس قاصراً على أن يكون قاعدة تبنى عليها فكرة التعسف في استعمال الحق، فهو عاجز عن الإلمام بجميع حالات التعسف ممّا يترتّب عنه عجز القانون عن تغطية هذه النظرية¹، لأنّ الحالتين الأخيرتين الواردتين في نص المادة 124 مكرّر اللتان تعبّرتان عن المعيار الموضوعي للتعسف يتمّ من خلالهما فحص الفعل أو التصرف من خلال الأخذ بعين الاعتبار بالنتيجة التي آل إليها، فمن الصعب إذن القول بأنّ المستعمل لحقه في هذه الحالة قد ارتكب خطأ²، كذلك تمّ نقد هذا الأساس خاصة من طرف الأستاذ علي سليمان وذلك باستناده إلى الحجج التالية:

_ إنّ أغلب القوانين العربية قد فصلت نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية، فلو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية لورد النص عليها إلى جانب نصوص هذه المسؤولية.

_ إذا كان التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية، فما الفائدة من تخصيص نصوص له؟ فالنص على أنّ كلّ عمل خاطئ يضر بالغير يلزم فاعله بالتعويض كافياً ليشمل التعسف إذا كان مبنياً على الخطأ.

_ إنّ النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد تمّ مواجهتها لأنّها لم تستوعب كلّ الأفعال الضارة الموجبة للتعويض، فقد كادت فكرة الخطأ أن تختفي وذلك بصدد نظرية تحمّل التبعة أو نظرية الضمان، كما أنّ الخطأ قد عرف تطوّراً في القضاء الفرنسي من نظام المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ إلى نظام المسؤولية الموضوعية.

_ كذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقوانين المدنية العربية نجد أنّها قد صرّحت بأنّ فكرة التعسف في استعمال الحق ليست مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع.

_ إذا كان التعسف في استعمال الحق قد استمدته القوانين العربية أصلاً من الشريعة الإسلامية، فهذه الأخيرة لا تقيم المسؤولية عن التعسف على أساس الخطأ، بل تنظر إليها نظرة موضوعية.

¹ بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 63، 64، 67.

² مجوبي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 48.

_ إذا كان الفقهاء الذين بنو فكرة التعسف على أساس الخطأ قد استندوا إلى أنّ النصوص العربية تنص على أن يكون استعمال الحق غير مشروع، فإنّ هذا القول لا يصدق على القانون المدني الجزائري الذي نص بقوله على استعمال الحق تعسفيا ولم يقل عملا غير مشروع¹.

فقد تمّ سابقا تأصيل التعسف بفكرة الخطأ وحصر نطاقه داخل المسؤولية التقصيرية، وذلك لغياب نص تشريعي يقرّر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها، فقد تمّ الاستناد إلى نص المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي المتعلّقتين بالمسؤولية التقصيرية بغية اعتبار التعسف نوع من الخطأ العادي. أمّا اليوم فقد وجدت نصوص تشريعية تدين كمبدأ عام التعسف في استعمال الحق، وعلى ذلك فمن واجب الفقه تجاوز المرحلة السابقة وإعادة النظر في تأصيل التعسف خارج نطاق الخطأ والمسؤولية التقصيرية، وإمعان النظر في جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق وحقيقتها².

ثانيا- التعسف خارج نطاق المسؤولية التقصيرية:

يذهب بعض الفقه الحديث وعلى رأسهم الدكتور حسن كيرة إلى أنّ فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق الذي يعترف به القانون ويحميه لغاية معيّنة، حيث تظلّ حماية القانون له مبسطة بالتزام هذه الغاية وترتفع الحماية عنه بالانحراف عنها. فالحقوق التي تضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض لم تكن مقرّرة بوصفها غاية في ذاتها وإنّما بوصفها وسائل لإدراك هذه الغاية، وبالتالي تعتبر الحقوق من حيث الاستعمال نسبية وليست مطلقة، وهو ما يقتضي إخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيها بالخروج بها عن غاياتها، فالتعسف إذن يتوافّر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتّى ولو لم يكن قد ارتكب أيّ خطأ، وهذا ما يفرّق بين التعسف والخطأ، ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي مبدءا عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق³.

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 224، 225.

² بنّاسي شوقي، مرجع سابق، ص 195، 196.

³ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 493.

وعلى ذلك فمشكلة فكرة التعسف في استعمال الحق تجد حلا لها على ضوء حقيقة الحق وجوهره أي في ظلّ نظريته العامة وحدها، وبالتالي فحل مشكلة التعسف يقتضي أولا الاختيار بين الإطلاق والنسبية في استعمال الحقوق، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل إطار المسؤولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها¹.

وبذلك تبدو فكرة التعسف في استعمال الحق متعلّقة أساسا بتصوير الحق، إذ هي في حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته، ممّا يجعلها فكرة ملازمة ومكمّلة لفكرة الحق، حيث لا تكتمل صياغة نظرية عامّة للحق دونها، بل إنّ فكرة التعسف تصبح في الواقع هي التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق، فبدونها وبدون ما تحقّقه من رقابة على استعمال الحقوق تبدو فكرة الحق أهلا لما تعرّضت له من إنكار، وبفضل فكرة التعسف نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية في النظام القانوني دون حاجة إلى إلغائها أو تحويلها إلى فكرة واجب أو وظيفة اجتماعية خالصة.

وفكرة التعسف في استعمال الحق لا تثير دائما مشكلة المسؤولية، فقد يحرم صاحب الحق ابتداء من الاستعمال التعسفي لحقه، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا وبالتالي عدم قيام المسؤولية. وعلى هذا النحو تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة، كما أنّها تقوم بدور علاجي بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة لاحقة. وفي ذلك تتّسع فكرة التعسف في استعمال الحق اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسؤولية التقصيرية من دور علاجي فحسب، وهذا ما يبرّر أيضا استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتي خارج نطاق المسؤولية التقصيرية، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق. وقد حمل لواء هذا الاتجاه الذي يرى أنّ أساس التعسف هو خارج نطاق المسؤولية التقصيرية الأستاذ الكبير "حسن كيرة"²، بالإضافة إلى عدد من الفقهاء الآخرين³.

¹ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 100.

² رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 493، 494.

³ ومن أشهر هؤلاء الفقهاء نذكر: الفقيه "سالي" Saleilles، و"ريبير" Ripert، و"دابان" Dabin، و"ديموج" Demogue، و"كامبيان" Compion، و"كورنيل" Cornil.

وللتفصيل في آراء كلّ هؤلاء الفقهاء: بوبكر مصطفى، مرجع سابق، ص 260-271.

بنّاسي شوقي، مرجع سابق، ص 193-195.

ونحن بجانبنا أيضا نؤيد هذا الرأي باعتبار أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق منفصلة عن قواعد المسؤولية التقصيرية والخطأ، ومرتبطة بطبيعة الحق وغايته. وذلك لأنّ المسؤولية التقصيرية تضيق من فكرة التعسف في استعمال الحق، حيث أنّه لا يقوم التعسف إلّا إذا كان هناك انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي بمعنى الخطأ، وهذا ليس هو المجال الحقيقي لفكرة التعسف في استعمال الحق، بينما نرى أنّ إخراج فكرة التعسف في استعمال الحق عن نطاق المسؤولية التقصيرية يوسّع من فكرة التعسف في استعمال الحق، لأنّ المسؤولية تقوم بمجرد انحراف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتّى ولو لم يكن قد أخلّ بواجب الحيطة واليقظة العادية أي حتّى ولو لم يرتكب خطأ.

ولكن هذا التوسّع في فكرة التعسف في استعمال الحق يخشى منه على الحق نفسه _باعتبار أنّ المسؤولية تنقّر داخل حدود الحق_، فنرى ضرورة وضع الضوابط الموجّهة والمرشدة للقاضي لتحديد متى يكون هناك تعسفا في استعمال الحق¹، وهذا ما يجزّنا إلى الحديث عن معايير التعسف أو بصفة عامّة ضوابط فكرة التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني

ضوابط فكرة التعسف في استعمال الحق

إنّ تحديد ضوابط التعسف يقتضي البحث عن المعايير التي تحكم وتجسّد فكرة التعسف، والتي بفضلها نكيّف استعمال الحق على أنّه تعسفي، لذلك سنتّم دراسة هذه المعايير في (الفرع الأول). لكن هل هذه المعايير تطبّق على الحقوق بالمعنى الدقيق فقط؟ أم تتعدّها إلى الرخص والحريات العامة؟ وتكون الإجابة على هذا السؤال بدراسة نطاق تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق ضمن (الفرع الثاني).

=كما تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الفرنسي رغم أنّه لم ينظّم التعسف في استعمال الحق بنص عام ممّا لا يمكن معه القول بأنّه من التشريعات التي قنّنت موضوع التعسف داخل أو خارج نطاق المسؤولية التقصيرية، إلّا أنّ لجنة مراجعة تنقيح القانون المدني الفرنسي سنة 1950-1951 قد نادى بوجوب الاعتراف بفكرة التعسف كنظرية عامة مستقلّة عن فكرة المسؤولية التقصيرية.

وللاطلاع أكثر حول هذا الموضوع: محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 94-98.

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 320.

الفرع الأول

معايير تجسيد فكرة التعسف في استعمال الحق

يقصد بالمعايير تلك الضوابط التي يعرف بواسطتها توقّر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة فكرة التعسف في استعمال الحق، لأنّ وضع معايير للفعل التعسفي يساعد في ضبط وتحديد ماهية هذا الفعل، ذلك أنّ صاحب الحق في تصرفه قد تنتابه أكثر من غاية، منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع، فتحديد معايير لضبط الفعل تخدم القاضي عند الحكم في مسائل النزاع. وبالتالي فإنّ وضع هذه المعايير أصبح أكثر من ضرورة، خصوصاً وأنّها قد أصبحت المعوّل الأساسي في التطبيق العملي، وحتى تكون عملية الحكم ثابتة في الوقائع ذات الظروف المتشابهة، وهذا ما يؤدي إلى استقرار القضاء، لذلك فينبغي عند وضع معايير لتجسيد فكرة التعسف اعتبار أنّ الحقوق وسائل لتحقيق غايات معيّنة، وأنّ الوسيلة تدور مع غايتها وجوداً وعدماً¹.

وعلى ذلك تتجسّد فكرة التعسف في استعمال الحق بتحديد مدى استعمال الحق وفق غايته، وعلى هذا النحو يتحدّد المعيار العام للتعسف تحديداً طبيعياً بالانحراف عن غاية الحق، إلّا أنّ هذا المعيار العام لم يعد يحظى بتأييد تشريعي وفقهي كبيرين في القانون الحديث²، ذلك أنّ الاكتفاء بالمعيار العام للتعسف لا يساعد القاضي في تهيئة الضوابط التي يمكن الاسترشاد بها، ويمنع باب الاجتهاد بصورة واسعة أمام القضاء والفقهاء، وعلى ذلك فقد اتخذت بعض التشريعات وسيلة أخرى في وضع عدّة معايير تحدّد الحالات التي يعدّ فيها الشخص متعسفاً في استعمال حقه³، إلّا أنّ هناك من اعتبر أيضاً أنّ هذه

¹ عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، 2007، ص 35.

² الشواربي عبد الحميد، التعليق الموضوعي على القانون المدني (القانون وتطبيقه)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 209.

³ فمن التشريعات التي اكتفت بوضع معيار عام للتعسف نجد التشريع الألماني في المادة 226 من القانون المدني، وكذلك التشريع اللبناني في المادة 124 من قانون الموجبات والعقود، أمّا التشريعات التي اعتمدت الوسيلة الثانية في وضع عدّة معايير للتعسف نجد مثلاً المشرع المصري والأردني والعراقي. سامان فوزي عمر، مرجع سابق، ص 36-38.

الوسيلة الثانية تحصر معايير التعسف في صور محدّدة لا يلبث أن يظهر قصورها وعدم إحاطتها بكلّ ما يظهره تقدّم الزمن وتطوّر الأوضاع من ظروف وصور وأساليب جديدة للتعسف¹.

وعلى ضوء كلّ ذلك نتساءل عن أيّ الوسيلتين تعدّ الأفضل في تحديد ووضع معايير تجسيد فكرة التعسف في استعمال الحق؟ هل هي الوسيلة الأولى التي تحدّد معيار عام للتعسف دون أن تتعرّض إلى الصور المختلفة له، أم الوسيلة الثانية التي تعدّد الصور والمعايير المختلفة للتعسف دون إبراز المعيار العام له.

ونحن من جانبنا نرى أنّ الوسيلة الأفضل هي الجمع بينهما معاً، حيث يتمّ وضع معيار عام للتعسف الذي يستتبع الصور المختلفة له والتي يسترشد بها القاضي، ولكن يتم النصّ عليها على سبيل المثال حتى تستوعب التطوّرات الحاصلة في الميدان.

ولعلّ المشرع الجزائري يبدو أنّه قد سلك هذا المسلك، حيث نص على المعيار العام للتعسف، إلّا أنّه اعتبره متمثلاً في معيار الخطأ التقصيري والذي لا يتماشى مع جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق وقد سبق لنا أن فصلنا في هذه النقطة. ثمّ بعد ذلك عدّد صور هذا المعيار العام وذلك على سبيل المثال.

فلو أنّ المشرع الجزائري جسّد المعيار العام للتعسف بالانحراف عن غاية الحق لكان موقفه محموداً جداً. حيث نص على أنّه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

_ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

_ إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

_ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"².

وباعتبار أنّ هذه المعايير واردة على سبيل المثال لأنّ عبارة "لاسيما" توحى بذلك، يفهم من خلال ذلك أنّه يمكن إيراد وإضافة معايير أخرى لم يرد النص على ذكرها، ممّا يجعلنا نتساءل عن مدى إمكانية

¹ محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 52.

نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 321.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

اعتبار مضار الجوار غير المألوفة معياراً آخر لقيام التعسف¹.

وسوف نفصل الحديث عن كلّ هذه المعايير التي تتمثل في: معيار قصد الإضرار بالغير (أولاً)، معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير (ثانياً)، معيار عدم مشروعية المصلحة (ثالثاً)، ومعيار مضار الجوار غير المألوفة (رابعاً).

أولاً- معيار قصد الإضرار بالغير:

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير التقليدية المقترحة لتحديد التعسف²، وأكثرها تطبيقاً

¹ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 86، 87.

² فقد كان معروفاً عند الرومان، ثم انتقل إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم أمثال "ريبير Ripert" و"ديموج Demogue".
MEHANNA Myriam, op. cit., p. 261, 262.

واستندت إليه المحاكم لإدانة الاستعمال التعسفي للحقوق، فلقد كانت محكمة كولمار الاستئنافية أول من قال في القضاء الفرنسي بوجود المساءلة عند توفّر نية الإضرار، وكان ذلك سنة 1855، حيث قضت بهدم المدخنة كان قد أقامها صاحبها بسطح منزله، ولكن في مواجهة نافذة جاره بقصد إيذائه.

«Considérant qu'il est de principe que le droit de propriétaire est un droit en quelque sorte absolu, autorisant de propriétaire à user et abuser de la chose; cependant l'exercice de ce droit, comme celui de toute autre, droit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui: qu'ainsi c'est le cas, tout en reconnaissant l'affranchissement de la propriété de l'appelant de tout droit de servitude de vue, de maintenir la décision des premiers juges quant à la démolition de la fausse cheminée».

IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 322.

DIDRY Claude, ANCEL Pascal, op. cit., p. 53, 54.

ثم توالى الأحكام بعد ذلك على هذا المنوال، مثل حكم محكمة ليون الاستئنافية، الذي قرّر مساءلة المالك الذي يحدث حفراً في أرضه لمجرد منع وصول المياه إلى جاره، وما قضت به محكمة باريس الاستئنافية من مساءلة صاحب الحق لما تبين أنّ نية الإضرار كانت الدافع الوحيد له فيما أجراه، ومن أنّ الحق يعتبر تعسفاً إذا كان الغرض منه مجرد إضرار الغير دون أيّ نفع لصاحبه.

عامر حسين، مرجع سابق، ص 596، 597.

كما قضت محكمة سيدان بهدم سياج عالي مطلي باللون الأسود بقصد الإضرار بالجار ومنع الضوء عن عقاره، وعلى هذا المبدأ أيضاً استقرّ قضاء المحاكم البلجيكية في كثير من المنازعات وعلى الأخص في كثير من مسائل البناء، فقضت بمسؤولية المالك الذي لا يختار الوقت ولا المكان ولا الوسائل المناسبة للبناء. كما ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر بأنّ حق كلّ مالك محدود بحق الآخر فيما بين المالك، وأنّه حتّى في غير حالة الاعتداء على حق مكتسب للجار يعتبر استعمال حق الملكية تعسفي وموجب للتعويض إذا قصد المالك منه مجرد الإضرار بجاره، لأنّه إذا انتقت الضرورة والمصلحة الحقيقية أصبح استعمال حق الملكية وليد سوء النية، ولا يحمي القضاء مثل هذا العمل.

سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 340.

وانتشاراً، حيث عرف مجالا واسعا للتطبيق¹، كما يعدّ من أبرز حالات التعسف في استعمال الحق. وفيها يكون الشخص قد استغلّ الحق الممنوح له لا لتحقيق الغاية التي منح من أجلها الحق، ولكن ليلحق الضرر بالغير ويقصد الإساءة إليه.

وبهدف الإحاطة بهذا المعيار واستيعابه أكثر، يقتضي ذلك تحديد مضمونه وكذا تحديد تطبيقاته المختلفة.

1_ مضمون معيار قصد الإضرار بالغير:

يعدّ استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير معيارا ذاتيا أو شخصيا بحتا لأنه يتعلّق بالقصد والنية، بمعنى أنّه ينظر أساسا إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإذا كان يقصد بهذا الاستعمال الإضرار بغيره فهو بلا شكّ متعسفا في استعمال حقه، وذلك كمن يقيم جدارا عاليا في أرضه أو يغرس أشجار كثيفة وذلك بمجرّد حجب الضوء والهواء عن جاره. أمّا إذا كان الشخص يملك أرضا للصيد واصطاد فيها، فأصاب شخص آخر دون أن يتعمّد ذلك فإنّه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتّى ولو ثبت أنّه تصوّر احتمال وقوع هذه الإصابة، ولا يعدّ هذا التصرف تعسفا أصلا، لا باعتبار أنّه ينطوي على قصد الإضرار بالغير ولا بأيّ اعتبار آخر.

ورغم وضوح هذا المعيار إلّا أنّه اختلف بشأنه الشراح في الإجابة عن هذا السؤال: هل يجب أن يكون قصد الإضرار هو القصد الوحيد من استعمال الحق لاعتباره معيارا للتعسف؟ حيث ذهب بعضهم إلى القول بأنّه يجب لإعمال المعيار أن يكون قصد الإضرار هو القصد الوحيد، أمّا البعض الآخر فلم يشترط ذلك، بل يتحقّق هذا المعيار حتّى ولو صاحبه قصد أو نية جلب المنفعة، ولكن كعامل ثانوي وأن

¹ فهناك بعض التشريعات اكتفت فقط بهذا المعيار كمعيار وحيد للتعسف، ومن هذه التشريعات نجد القانون المدني الإنجليزي في مادته 226، وكذا المشرع الألماني خلال المادتين 226 و 826 من القانون المدني، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني النمساوي في المادة 1295، حيث أنّ هذه التشريعات قد أخذت بنظرية التعسف في استعمال الحق في نطاق ضيق، وقصّرت تطبيقها بمعيار واحد وهو معيار قصد الإضرار بالغير. شمشيد رشيد، مرجع سابق، ص 88.

كذلك نجد التشريع الإيطالي الذي نص على معيار قصد الإضرار كمعيار وحيد للتعسف، وذلك بصدد التعسف في استعمال حق الملكية الذي نصت عليه المادة 833 من القانون المدني الصادر سنة 1942.

IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 314.

يكون قصد الإضرار هو العامل الأصلي الذي دفع بصاحب الحق إلى استعمال حقه¹. وهذا أيضا ما اختلفت بشأنه التشريعات؛ حيث نجد أنّ المشرع المصري يشترط صراحة أن يكون قصد الإضرار هو القصد الوحيد من وراء استعمال الحق حتّى يتحقّق هذا المعيار الشخصي للتعسف، ويظهر ذلك جلياً من خلال مصطلح "سوى"، حيث نص على أنّه: "... إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير..."، كما نجد المشرع الأردني استعمال عبارة تمخّض قصد الإضرار بالغير². وعلى ذلك فإنّ هذه التشريعات تشترط شرطين ليتحقّق المعيار الذاتي وهما: أنّ يقصد صاحب الحق من وراء استعمال حقه الإضرار بالغير، وأن يكون هو القصد أو الدافع الوحيد إلى استعمال الحق، كما يتحقّق التعسف أيضا حتّى ولو تحقّقت فائدة لصاحب الحق لم يقصدها أصلاً بل تحقّقت عرضاً.

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يشترط أن يكون قصد الإضرار هو الدافع الوحيد من وراء استعمال الحق، حيث نصت المادة 124 مكرّر فقرة أولى على ما يلي: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير". وقد علّق على هذا الموقف الجزائري الأستاذ فتحي الدّريني بقوله أنّ هذا النص ينطوي على معيارين؛ الأول هو معيار قصد الإضرار المصحوب بقصد المنفعة أو المصلحة، لكن يكون قصد الإضرار هو الحافز الرئيسي من استعمال الحق حتّى يمكن اعتبار ذلك معيار ذاتي للتعسف، ولكن من باب أولى يتحقّق هذا المعيار عندما يكون قصد الإضرار غير مصحوب بقصد آخر، بل يكون هو القصد الوحيد وهذا هو المعيار الثاني³. وعلى هذا النحو يكون المشرع الجزائري قد وسّع من فكرة التعسف في استعمال الحق بخصوص هذا المعيار وذلك مقارنة بغيره من المشرعين العرب، لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنّ النص باللّغة العربية والذي يقضي: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير" لا يتطابق ولا ينسجم مع النص باللّغة الفرنسية «s'il a lieu dans le seul but de nuire a autrui»، حيث يظهر بوضوح أنّ النص باللّغة العربية أوسع مجالا من النص باللّغة الفرنسية، وحتّى يتمّ الانسجام بينهما فيجب حذف عبارة «seul» من النص باللّغة الفرنسية، لأنّ هذه العبارة تضيق من فكرة التعسف في معيارها الذاتي⁴.

¹ إسماعيل كاظم العيساوي، "استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير (دراسة مقارنة)"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد 4، الأردن، 2009، ص 70، 72.

² بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 27.

³ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 70، 71.

⁴ بوبكر مصطفى، مرجع سابق، ص 276، 277.

وينبغي على من يدّعي أنّ صاحب الحق قد استعمله بقصد الإضرار بالغير أن يثبت ذلك، لأنّ الأصل في الإنسان هو حسن النية، فالأصل أنّ صاحب الحق يستعمله بطريقة مشروعة، وعلى من يدّعي العكس إثبات ذلك، ويجوز إثبات قصد الإضرار بكافة طرق الإثبات¹، وبما أنّ هذا المعيار ذاتي يتمّ من خلاله البحث عن العوامل النفسية الكامنة داخل النفس البشرية، لذلك فإنّ إثباته أمر صعب وخاصة في مجال استعمال الحق، ولكن نظرا لصعوبة ذلك مع إلزام المدعي بالإثبات فقد تمّ إيجاد مجموعة من القرائن التي تثبت ذلك، ومنها قرينة انعدام المصلحة في ممارسة الحق في الوقت الذي يلحق فيه ضررا بالغير²، فصاحب الحق إذا أصرّ على تصرفه مع علمه بعدم ترتّب المصلحة عليه ومع ما يترتّب عن ذلك من أضرار بالغير فإنّه يكون بذلك قاصدا للضرر. بالإضافة إلى قرينة تفاهة المصلحة، وذلك عندما يرمي صاحب الحق إلى تحقيق مصلحة إلّا أنّها تافهة، بحيث لا تقارن بالضرر الذي يصيب الغير، فتفاهة هذه المصلحة تعدّ قرينة على قصد الإضرار، وكذا قرينة تخير صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء استعمال حقه، ويتحقّق ذلك عندما يكون لصاحب الحق طريقتان لاستعمال حقه، إلّا أنّ أحدهما يترتّب عليها ضرر والأخرى لا ضرر فيها، ولكن صاحب الحق يصرّ على استخدام أضر الوسائل، وفي إضراره هذا قرينة على قصده الإضرار بالغير³.

¹ محمد حسين منصور، نظرية الحق (ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته، الشخصية القانونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 305.

² DESERTEAUX M. Maro, «Abus de droit ou conflit de droit», *Revue trimestrielle de droit civil*, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1906, p. 121.

ففي حكم صدر في 22 يناير 1974، حيث وقع خلاف بين اثنين من الجيران، فقد قام أحدهما بتقليم أشجار حديقته تاركا ما يواجه حديقة جاره، فرأى قضاة الاستئناف أنّ ذلك ينطوي على إساءة استعمال الحق بقصد الإضرار وبدون أية منفعة هامة، في الوقت الذي يضر هذا العمل بالغير وتقرّر المحكمة في أسباب حكمها:

«L'exercice malicieux, portrait abusif, du droit du propriétaire le quel, ayant pour limite de satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ne saurait autoriser un comportement malveillant ne se justifiant par aucune utilité appréciable et portait préjudice a autrui».

محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 319.

³ عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 39.

وقد قضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية المالك لتعسفه في استعمال حقه، إذ قام ببناء حائط في مدخل منزله الكائن وسط حديقة، فسدّ به فناء جاره الذي كان يعدّ ممراّ له، كما سدّ عليه نوافذه، ومع أنّ ذلك كان بغرض منع الأتربة، وأنّ لدى المالك مصلحة جادة ومشروعة في أن يغلق هذا الفناء، إلّا أنّه قد اختار طريقة في التنفيذ أكثر ضررا بالنسبة للغير، إذ كان يسعه أن يقيم الحائط بمادة شفافة لا تحجب الضوء عن جاره وتمنع مرور الأتربة في ذات الوقت، ولم تقدّم الوسيلة التي أقام بها الحائط ميزة ذات قيمة بالنسبة له.

2_ تطبيقات معيار قصد الإضرار بالغير:

نظرا للأهمية البالغة التي يحتلها هذا المعيار، فقد تمت محاولة تطبيقه في عدة مجالات سواء على المستوى الفقهي أو القضائي أو التشريعي؛ فقد تمّ مثلا اعتبار رفض البيع من طرف البائع إلى المشتري بدون مبرر شرعي أنه تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق، فانعدام المبرر الشرعي قرينة على قصد الإضرار. كما تمّ اعتبار تخفيض الأسعار من تطبيقات فكرة التعسف، فالأصل في الاقتصاد الحرّ هو حرية الأسعار، وبالتالي شرعية تخفيض الأسعار، لكن خفض الأسعار إذا كان بهدف إبعاد مؤسسة من السوق أو بهدف التأثير سلبا على المنافسة ينطوي على قصد الإضرار بالمتنافسين، أمّا إذا لم يقصد ذلك الإضرار ولكن من شأن خفض الأسعار أن يؤدي إلى الإضرار بمؤسسة أخرى بالمقارنة مع تقاها المنفعة التي تعود على صاحب الحق في خفض الأسعار، فهذا يعدّ قرينة على قصد الإضرار كذلك¹. كما ورد حكم قضائي عن محكمة النقض البلجيكية سنة 1917، حيث قضت بأنه إذا كان لصاحب الحق عدة وجوه لاستعماله إيّاه وكلّها تتساوى في نفعه، فلا يصحّ له أن يختار ما تحدث ضررا لغيره، وكان ذلك في قضية محلين من المحلات التجارية الكبيرة وكانا متجاورين في بقعة آهلة بالسكان، وقد أقام أحدهما إعلانا من النور، ثمّ أقام الآخر على الفور إعلانا مشابها له تماما والذي حجب الإعلان الأوّل عن أنظار الخارجين من محطة قريبة، فرأت محكمة النقض أنّ الإعلان الثاني كان لغير ضرورة وفيه قصد للإضرار بالأوّل وأمرت المحكمة بإزالته²، لأنّ فيه قصد واضح بتضليل زبائن الأوّل وجلبهم إليه وبالتالي الإضرار بصاحب الإعلان الأوّل. فالتاجر الثاني هنا يستعمل حقوقه التجارية بوسائل مخالفة للأداب والأخلاق ويقصد الإضرار، إلّا أنّ التاجر قد يستعمل حقوقه التجارية بوسائل شرعية وبعيدا عن قصد الإضرار رغم

=وبهذا المعنى أيضا قضي بمسؤولية صاحب الحق الذي اختار من بين الوسائل المتعدّدة وسيلة أكثر ضررا بالغير دون نفع ذي قيمة كبيرة، كمن يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه، ويضر بالجار، وكان يسعه أن يجنب الجار هذا الضرر، أو يخفّف عنه بإقامتها في مكان آخر.

محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 316.

كذلك ما قضت به محكمة العدل الأوروبية في قرار Diamantis، بخصوص استعمال طرق الطعن أمام القضاء، حيث قرّرت ما يلي:

Un sujet abuse de son droit lorsque, «parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation (...), il a choisi celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêt légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée».

CORNUT Etienne, op. cit., p. 41.

¹ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 48، 51.

² عامر حسين، مرجع سابق، ص 108.

الأضرار التي تلحق بغيره من التجار والتي تقتضيها حرية ممارسة التجارة وحرية المنافسة، إلا أنه من الصعب دائما التمييز بين هذه الرغبة المشروعة في النجاح والتنافس الحر، وتلك النية الخبيثة في الإضرار بالغير. لذلك فيمكن القول بأنّ المعيار الشخصي للتعسف قوامه فكرة الاقتصاد الحر وسلطان الإرادة والتي تقوم جميعا على القصد والنية، وهي عامل لا يكاد يخلو منه أي عمل من أعمالنا المشروعة وغير المشروعة¹.

كما تمّ تطبيق المعيار الشخصي لفكرة التعسف بخصوص حق اللجوء إلى القضاء والتعسف في استعماله، والذي يظهر من خلال رفع الدعوى بهدف تحقيق غاية خارج الغاية التي تقرّر من أجلها هذا الحق². وهذا ما قضت به المحكمة التجارية بالإسكندرية حيث رأت أنّ الدعوى المرفوعة بإشهار إفلاس شخص بسبب توقّف هذا الأخير عن دفع دين يشكّل إساءة لاستعمال حق الدعوى، كما حكمت محكمة المنصورة بأنّه من المتّفق عليه قضاء أنّ طلبات إشهار الإفلاس بسبب التوقّف عن دفع دين ناتج من حساب جاري متنازع عليه ومازال موضوعا لدعوى أمام القضاء مرفوعة من المدعي عليه في دعوى الإفلاس تكون تعسفية وكيدية. وبهذا يكون قصد الإضرار والكيد في رفع الدعوى مظهرا من مظاهر عدم مشروعية المصلحة³.

أما على المستوى التشريعي فقد تمّ تطبيق المعيار الشخصي للتعسف بصدد عدّة نصوص قانونية ومنها نص المادة 343 من القانون المدني الجزائري⁴ التي تنص: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، غير أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك". فاليمين الحاسمة هي ملك للخصم، ومن ثمّ يتعيّن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها، إلا إذا تبين له أنّ الدافع إلى توجيه هذه اليمين هو غرض انتقامي ظاهر

¹ محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 129، 130.

² CORNUT Etienne, op. cit., p. 40.

³ صلاح الدين عبد الوهاب، "الدعوى الكيدية"، مجلة المحاماة، العدد السادس، مصر، السنة الرابعة والثلاثون، 1954، ص 4، 5.

⁴ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

أو الرغبة في إضرار خصمه وإحراجة، أو كان ثابتاً من عناصر الدعوى بطريقة لا تحتل الشك كذب الوقائع المطلوب التحليف عليها، إذ يكون الخصم بذلك متعسفاً في توجيه اليمين وقاصداً بذلك الإضرار¹.

ثانياً_ معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير:

يتحقق التعسف أيضاً وفقاً لهذا المعيار إذا استعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة ظاهرة ومشروعة وبطريقة سليمة ومن دون أن يصاحبه قصد سيئ، ولكنه قد تسبب بأضرار للغير من جراء هذا الاستعمال لا توازن بالمصلحة التي يجنيها صاحب الحق، وهذا يشكل استعمال تعسفي للحق²، وعلى ذلك فلا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة مشروعة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف، ولكن ينبغي أن تكون هذه المصلحة فضلاً عن ذلك ذات قيمة تبرّر ما قد يصيب الغير من ضرر جراء استعمال الحق، أما إذا كانت هذه المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير، فذلك يعدّ انحرافاً عن غاية الحق³، لأنّ الحقوق لم تشرّع كغايات في حدّ ذاتها وإنّما تعتبر كوسائل لتحقيق المصالح التي هي غايتها، والتي يجب أن تكون في حدود مصلحة الغير، وعلى ذلك فقد تمّ تقييد الحق من حيث آثاره ونتائجه، بأن لا يترتب عنه ضرر للغير أو مصلحة تافهة لصاحب الحق لا تتناسب مع ما يترتب عليها من أضرار. وعلى هذا الأساس فقد تمّ منع الاحتكار وذلك منذ عهد الشريعة الإسلامية لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر إلّا خاطئ"، وهذا بالنظر إلى الضرر الذي يصيب بالتجّار والمستهلكين بغلاء السلعة وندرتها، كما تمّ منع بيع تلقّي الركبان وهو تلقّي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم وشرائها بثمن أقلّ من السعر القائم وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع، وذلك لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم نهيه عن تلقّي الركبان⁴، فالفرض هنا أنّ المصلحة تافهة بالموازنة إلى الأضرار التي تصيب الغير، وبالتالي فقدان المصلحة أحد شروطها باعتبارها غاية الحق وهو شرط الجدّة، وتبعاً لذلك يعدّ خروجاً عن الحدود الغائية للحق أي تعسفاً في استعماله⁵.

¹ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني (المدخل للقانون)، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، ص 323، 324.

² به موبريز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 96.

³ الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 211، 212.

⁴ مجيدي العربي، مرجع سابق، ص 100.

⁵ محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 195، 196.

ويقتضي توضيح معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير تحديد مضمونه وكذا تطبيقاته.

1_ مضمون معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير:

يعتبر هذا المعيار على عكس سابقه معيار موضوعي مادّي، حيث لا يقيم فيه وزن لنية أو إرادة صاحب الحق، بل يعتمد على نتائج استعمال الحق، إلا أنّه غالبا ما يتّخذ قرينة على قصد الإضرار، فقد يلجأ صاحب الحق إلى ستر تصرفه الذي تدفعه إليه نية الإضرار بما يحقّقه من نفع، ولكن قد يصعب أو يتعذّر التعرّف على تلك النية فعندئذ يمكن الالتجاء إلى هذا المعيار¹، لأنّه يتسم بالمرونة والليونة ومن شأنه أن يسهّل كثيرا من مهمّة القضاء، حيث أنّه لا يعتمد على ضابط محدّد أو معيار نفسي، ويتيح للقضاء حرية كبيرة في تقدير مدى جدية المصلحة وهو تقدير يتمتّع فيه القضاء بسلطة واسعة لأنّ المشرع لم يحدّد ضابط لجدية المصلحة بل لا يسعه ذلك، وهو ما من شأنه أن يحقق مرونة كبيرة وسلطة تقديرية واسعة للقاضي في رقابة استعمال الحقوق في ضوء غايتها، وهذه الرقابة تؤدي إلى التوفيق والتناسق بين المصالح المتعارضة، وتضع الحق الشخصي في مكانه الصحيح وتؤكد غايته بالمصالح الفردية والاجتماعية على حدّ سواء². فهذا المعيار يوضّح المفهوم الحقيقي لفكرة التعسف، حيث لا خطأ ولا تعدي ولا قصد الإضرار من صاحب الحق، وكلّ ما في الأمر أنّه حقّ مصلحة من جرّاء استعمال حقه لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، غير أنّه للتأكّد من قيام التعسف وفق هذا المعيار ينبغي الموازنة بين هذه المصلحة العائدة لصاحب الحق والضرر اللاحق بالغير³، ومنطقيا ينتج عن هذه الموازنة ثلاث نتائج مختلفة، الأولى هي رجحان وغلبة مصلحة صاحب الحق على الضرر اللاحق بالغير، وفي هذه الحالة لا يتحقّق التعسف، حيث أنّ لصاحب الحق مصلحة جدية، ومن ثمّ فلا مسؤولية عليه ولا يمنع من استعمال حقه توقّيا لضرر بسيط يصيب الغير لأنّ من شأن ذلك أن يفقد صاحب الحق صلاحياته الممنوحة له، والثانية هي تساوي المصلحة والضرر، ففي هذه الحالة أيضا لا يتحقّق التعسف، ولا يمنع صاحب الحق من التصرف فيه لأنّ ذلك فيه إضرار بصاحب الحق، لأنّ حقه كان ثابتا ابتداء والمصلحة المترتبة على هذا الحق مشروعة كذلك، وبالتالي فمن الظلم أن يمنع من استعمال

¹ عامر حسين، مرجع سابق، ص 616.

² محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 197.

³ الفار عبد القادر، مرجع سابق، ص 237.

حقه توقياً من وقوع ضرر مساو للضرر الذي يلحق به جزاء منعه من هذا الاستعمال لأن الضرر لا يدفع بمثله، والثالثة هي رجحان الضرر اللاحق بالغير على مصلحة صاحب الحق، وفي هذه الحالة يتحقق التعسف ويمنع صاحب الحق من التصرف فيه¹. وتجدر الإشارة هنا أن بعض التشريعات اشترطت في هذا المعيار أن يكون الفرق كبيراً بين المصلحة والضرر اللاحق بالغير حتى يتحقق التعسف، أي اشترط أن يكون الضرر راجحاً راجحاً كبيراً على المصلحة التي يحققها صاحب الحق، وهذا من خلال ما أورده هذه التشريعات من كلمة "مطلقاً" في المادة 7 فقرة 2 من القانون المدني العراقي، وكلمة "البتة" في المادة 5 فقرة ب من القانون المدني المصري. وذلك عكس الشريعة الإسلامية التي لم تشترط لتطبيق المعيار انعدام التناسب المطلق أو التفاوت الشاسع بين المصلحة والضرر، بل أنه يكفي لتحقيق التعسف أن يكون الضرر أكبر من المنفعة مهما يكن هذا الفرق قليلاً²، وهذا ما سار عليه أيضاً المشرع الجزائري فقد صاغ المعيار على النحو التالي: "... إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير..."، وبذلك فالمشرع الجزائري قد اشترط فقط اختلال التوازن بين المصالح التي تعود على صاحب الحق والأضرار التي تصيب الغير حتى يتحقق هذا المعيار، بينما نجد التشريعات السابقة اشترطت انهيار هذا التوازن بينها، وهذا ما من شأنه أن يضيق من دائرة أعمال فكرة التعسف في استعمال الحق. ولكن ما يؤخذ فقط على المشرع الجزائري بخصوص هذا المعيار أنه استعمل مصطلح "الفائدة" عكس التشريعات العربية الأخرى التي استعملت مصطلح "المصلحة"، فمصطلح الفائدة يحمل في طياته فقط معاني مادية ومالية، إلا أن الشخص في استعماله لحقه يسعى إلى تحقيق مصالح قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، فالمصلحة هي غاية الحق وبالتالي فهو أكثر ملائمة في مجال استعمال الحق من مصطلح الفائدة³.

وقد وفق المشرع الجزائري بخصوص عدم اشتراطه انهيار التوازن بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير حتى يتحقق هذا المعيار، حيث أن الاكتفاء بالرجحان البسيط يوسع من نطاق هذا المعيار إلى أبعد مدى يمكن أن يصل إليه، فيتحقق التعسف كلما نتج عن استعمال الحق ضرر

¹ عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص 44، 45.

بنّاسي شوقي، مرجع سابق، ص 219.

² به موبرويز، مرجع سابق، ص 97، 98.

³ مجوبي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 40.

بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 71.

يلحق بالغير يتجاوز ولو قليلا المصلحة التي تعود على صاحب الحق، وهذا ما يفصله حتما عن الخطأ، أما اشتراط التفاوت الشاسع والبيّن بين المصلحة والضرر فيربطه حتما بالخطأ¹، وباعتبار المعيار مستمد من الفقه الإسلامي والذي لا يشترط عدم التناسب المطلق بين المصلحة والضرر، إذن فالتعسف يتحقّق بمجرد رجحان الضرر على المصلحة أيّا كانت درجة هذا الرجحان، أما اشتراط وصول رجحان الضرر على المصلحة درجة الإطلاق يمثل معيارا مستقلاً للتعسف أفصح عنه المشرع وطبقه في مجال استعمال حق الملكية في العلاقة بين الجيران وهو ما يسمّى بمضار الجوار غير المألوفة الذي يشترط أن يكون الضرر فاحشا أو بيّنا²، وسوف نأتي بتفصيل هذا المعيار في أوانه.

2_ تطبيقات معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير:

لقد كان معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير معروفا منذ القديم، ومن تطبيقاته ما جاءت به السنة من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على سمرة بن جندب بقلع نخلة والذي كان له هذه الشجرة في بستان الأنصاري، وهذا الأخير كان يتضرر من دخول سمرة إلى بستانه، فإذا كان بقلع هذه النخلة ضرر يسير على صاحبها، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، وهذا دفعا للضرر الأشد بالأخف³. وباعتبار أنّ حق الملكية هي من مستلزمات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فيتعيّن الحفاظ عليه وفرض حماية على استعماله من كلّ ما يمسّه، فإذا تسبّب مثلاً المالك أثناء قيامه بأعمال مصنعه في الإضرار بزراعات جاره بما يعوّق نموّها الطبيعي، فإنّ في ذلك إضرار بحق هذا الجار، فكما أنّ حق الملكية يصون مصالح صاحب المصنع، فإنّه كذلك يصون مصالح صاحب الزراعة، ويجب أن يتعادل الحقان في الحماية والرعاية، لذلك يجب التوازن بينهما عند التعارض، فإذا كان الإلتلاف الناشئ عن التعدي على ملكية الزرع يفوق ما ينشأ عن الحدّ من حق صاحب المصنع، فثمّة اختلال بالتوازن يستدعي تدخّل القاضي لتعسف صاحب المصنع هنا⁴. كما طبق القضاء هذا المعيار بخصوص شرط المنع من التصرف، حيث أقرّ بعدم صلاحية هذا الشرط ما لم يكن مؤقتا وتبرّره مصلحة جديّة مشروعة، حيث أنّه إذا أجاز للبائع أو الواهب أو الموصي أن يشترط على

¹ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 83.

² محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 276.

بنّاسي شوقي، مرجع سابق، ص 219.

³ الدّريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 266، 267.

⁴ عامر حسين، مرجع سابق، ص 602، 603.

المشتري أو الموهوب له أو الموصي له عدم التصرف في المال، والذي يكون صاحب الحق وفقا لنصوص العقد والذي يخوله سلطة إلزام المتصرف إليه باحترام هذا الشرط، ولما كان حقه هذا وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي تحقيق مصلحة جادة، ومن ثم فإن استعمال حقه يظل رهينا بتحقيق تلك المصلحة، وبعدّ متعسفا في استعماله إذا استعمل حقه لتحقيق مصلحة ضئيلة مقارنة بالضرر الذي يصيب المشتري أو الموهوب له أو الموصي له، وقضى بأنه إذا وهبت قطعة أرض لأحد المزارعين يحصل على إيراداتها مدى حياته بشرط عدم جواز التصرف فيها، فإذا رأى الموهوب له بيعها ليشترى أخرى أكثر إنتاجا وإيرادا، فيسوغ له ذلك ويسعه التخلص من الشرط المانع من التصرف، فيعدّ الواهب هنا متعسفا في استعمال حقه عند إصراره على التمسك بحقه لتحقيق مصلحة أقل أهمية من مصلحة الموهوب له¹، وعلى ذلك فإن شرط المنع من التصرف هو شرط تعسفي يخلّ بتوازن المصالح بين المتعاقدين.

والقضاء هنا يتخذ صورة تحقيق توازن المصالح في الالتزامات، فالشروط التي لا تتفق إلا مع مصلحة طرف واحد ويذعن الآخر لها هي شروط تعسفية، يملك القاضي إزاءها سلطة تعديلها خلافا للقاعدة العامة التي تقرّر قوة العقد الملزمة واعتبارها شريعة المتعاقدين، لذلك فقد طبق المشرع الجزائري معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير حتّى في مجال إبرام العقد، ويظهر ذلك جليّا من خلال المادة 110 من القانون المدني الجزائري² التي تنص: "إذا تم العقد

¹ محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 330، 331.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وقد طبق ذلك القضاء المصري باعتبار أنّ الحكم المطعون فيه بخصوص الردّ على دفاع الطاعنين بأنّ الشرط تعسفي، فقد تمّ عرضه على المادة 5 من القانون المدني المصري، وقرّر أنّ ذلك ليس شرطا تعسفيا لأنّ المصلحة المقصودة من هذا الشرط جدية، بل ثبت من الأوراق أنّ المطعون عليهم يرجون تحقيق مصالح جوهرية حرصوا على النص عليها صراحة بما لا يدع مجالا للقول بأنّها قليلة الأهمية بالنسبة لما يصيب الطاعنين من ضرر بسببها، وقد انتهت المحكمة إلى رفض الطعن. فهذا الذي عرض على المحكمة بمدى كون الشرط تعسفيا استعانت في تحديد ذلك بمعيار المصلحة الجوهرية، وهذا ما يعكس مدى مشروعية استعمال الحق الذي يخوله هذا الشرط استنادا إلى ذات المعيار الموضوعي للتعسف.

وبناء على ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف في الحكم المشار إليه بإلزام ملاك العقار المرتفق به بمبلغ 1035 جنيه قيمة إقامة السور الذي أشار إليه الخبير إزالة للضرر، وذلك بعد أن قدرت أنّ استعمال ملاك العقار المرتفق لهذا الحق يعدّ استعمالا مشروعاً وليس تعسفياً، لأنّ الشرط قصد به تحقيق مصلحة جدية مشروعة، ومن ثمّ فإنّ التمسك بهذا الحق والمطالبة بإعماله يتقيّد بتحقيق غايته من مصلحة جادة، وقد جرت الجدية هنا بالمقارنة إلى الأضرار التي تقع على ملك العقار المرتفق، بالمقارنة إلى المنفعة التي تعود على ملك العقار المرتفق به.=

بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، كما طبق المشرع هذا المعيار في مواطن كثيرة من نصوص القانون المدني، ومنها نص المادة 708 فقرة 2 الخاصة بهدم الحائط دون عذر قوي، إذا كان ذلك يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط. فالحائط الفاصل مادام مملوكا ملكية خاصة لأحد الجارين، فلمالكه سلطة هدمه إلا أنه يجب أن يكون هناك تناسب بين مصلحة مالك الحائط وبين الضرر اللاحق بالجار نتيجة ذلك، فإذا لم يوجد باعث قوي يبرر الهدم أو وجدت مصلحة ضئيلة تافهة لا تبرر أمام ما يصيب الجار من ضرر نتيجة الهدم، حيث كان يستتر ملكه بهذا الحائط، فيعدّ مالك الحائط متعسفا في هدمه. وكذا نص المادة 788 من القانون المدني بخصوص مالك الأرض الذي يطلب إزالة البناء الذي أقامه جاره في ملكه وتعدى بحسن نية على جزء يسير من الأرض الملاصقة لجاره، لأنّ هذا الطلب الذي يتقدّم به الجار يترتب عنه ضرر أكبر من الضرر اللاحق به إذا ما تنازل عن جزء من أرضه، وبذلك فإنّ القاضي يجبره على تسليم الجزء المشغول من أرضه لصاحب البناء، وكذا نص المادة 881 التي تقضي بتعسف مالك العقار المرتفق في طلبه البقاء على حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته أو لم تبقى منه سوى منفعة ضئيلة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، والجزاء هنا هو إزالة الضرر عينا بإنهاء حق الارتفاق. هذا بالإضافة إلى تطبيقات متعدّدة وفي مجالات متنوّعة، لا يسع المقام هنا لذكرها جميعا.

ثالثا_ معيار عدم مشروعية المصلحة:

في الحقيقة لا يكفي القول بأنّ صاحب الحق قد استعمل حقه لتحقيق مصلحة جدية حتّى يعتبر هذا الاستعمال مشروعاً ولا ينطوي على التعسف كما سبق شرحه في المعيار السابق، وإنّما علاوة على ذلك أيضا ينبغي أن تكون هذه المصلحة مشروعّة، لأنّ الحقوق تعدّ وسائل لتحقيق منفعة معينة مشروعّة. ويعدّ متعسفا في استعمال حقه من يحقّق من جرّاء هذا الاستعمال مصلحة غير مشروعّة، فالحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلّا بقدر ما تحقّقه من مصالح مشروعّة، أمّا إذا حقّقت مصالح غير مشروعّة فعندئذ تتجرّد من حماية القانون لها¹، لأنّه لما تقرّرت الحقوق تشريعيا كان الهدف من ذلك أن يرمي صاحبها إلى الاستفادة منها على نحو مشروع، وعلى هذا الأساس فقد تمّ تقييد استعمالها بأن تكون

=محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 375، 376.

¹ المرجع نفسه، ص 183.

المصالح المراد تحقيقها من وراء ذلك مشروعة، فمن ابتغى في استعمال حقه تحقيق مصلحة غير مشروعة، فهنا تسقط الحماية القانونية له بالرغم من أنه يمارس حقه، وبالتالي تتم مساءلته عن الأضرار التي لحقت بالغير، وهذه الممارسة هي من قبيل التعسف في استعمال الحق. ومن أمثلة ذلك مالك البناء إذا أطلق المذياع ليلاً ونهاراً أو أقام الحفلات الصاخبة بكثرة لحمل المستأجرين على إخلاء مساكنهم بالرغم من أن القانون يمنع المؤجر من طلب الإخلاء¹، وربّ العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال، ومؤجر العقار الذي يمتنع من الترخيص في الإيجار من الباطن لمشتري المصنع الذي أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك سعياً وراء كسب غير مشروع يجنيه من المشتري²، وكذلك المصنع الذي يبيع بضاعته بسعر يقل كثيراً عن تكاليف الإنتاج الذي يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وهي احتكار السلعة والإضرار بمصنع آخر³. فكل هؤلاء يتعسفون في استعمال حقوقهم لأنهم يرمون وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة. هذا إضافة إلى عدة أمثلة وتطبيقات لمعيار المصلحة غير المشروعة التي يقتضي منا دراستها، لكن قبل ذلك كان جديراً بنا تحديد مضمون هذا المعيار.

1_ مضمون معيار عدم مشروعية المصلحة:

تكون المصلحة غير مشروعة إذا ما كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون⁴، وإذا ما تعارضت مع النظام العام والآداب العامة، بمعنى مخالفتها لأحكام النظام السياسي والاقتصادي

¹ فودة عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 123.

² السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 706.

³ حامد ملكاوي ليندا، مرجع سابق، ص 144.

وهو ما نصت على حظره المادة 12 من أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادر في 20 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 20 يوليو سنة 2003، معدّل ومتّم.

⁴ وعلى أساس ذلك فقد اعتبر بعض الفقهاء أمثال "محمد أبو زهرة" أن هذا المعيار غير مشروع في ذاته، والذي يفعل ذلك لا يعدّ ابتداءً قد استعمل حقه حتى يعتبر متعسفاً فيه، فوصف المصلحة بأنها غير مشروعة مخالفة لأحكام القانون يوجي بأنه فعل يجاوز الحدود الموضوعية للحق وأنه غير مشروع أصلاً كصورة من صور الخطأ، إلا أن ذلك غير صحيح وتم نقده بأنه يسلب معيار المصلحة غير المشروعة الكثير من قيمته، وهذا ما يضيق من معناه إلى حدّ لم يبق معه مجال لتقديره داخل إطار مشروع أي داخل إطار ممارسة الحقوق، وهذا ما يؤدي بالتالي إلى انهيار فكرة التعسف من أساسها. إسماعيل كاظم العيساوي، مرجع سابق، ص 75-77. أحمد الصويغي شليبيك، مرجع سابق، ص 42.

والاجتماعي السائد في المجتمع، وكذلك مخالفتها لأحكام القرآن الكريم الذي هو شريعة المجتمع¹. وسواءً أكان تحقيق تلك المصلحة لصاحب الحق أم لغيره، إلا أنه يبدو أن الحقوق التي تحقق مصلحة للغير مجالا خصبا لتطبيق هذا المعيار، مثلا تصرف الولي في أموال القاصر لمصلحة نفسه وهي مصلحة غير مشروعة، أو تصرف الشريك في الشركة لمصلحة نفسه، وبالتالي الإضرار بمصالح الشركة وهي مصلحة غير مشروعة كذلك ولا يقرها القانون².

ويعتبر هذا المعيار موضوعيا لأنه من خلاله يتم النظر إلى نتائج وأثار استعمال الحق من خلال تحقيق المصلحة المشروعة من عدمها، وهذا ما يجعله معيارا مرنا يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في رؤية استعمال الحقوق ورقابتها. إلا أنه وإن كان معيار موضوعي في ظاهره إلا أنه قد يختلط بالمعيار الشخصي الذي يعتد بالناحية الشخصية وهي نية الاستعمال لدى صاحب الحق، حيث أنه إذا لم يكن لصاحب الحق باعث مشروع في مباشرة حقه، فلا شك فهو يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، فالنية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة³، فالدوافع أو البواعث النفسية هي التي توجه الاستعمال إلى تحقيق تلك المصلحة، فالتلازم إذن قائم بين الدافع النفسي غير المشروع والمصلحة غير المشروعة، والدليل على ذلك أن التشريعات لما صاغت هذا المعيار استعملت عبارات تتضمن عنصرا نفسيا من عناصر القصد والنية أو الرغبة على الأقل مثل عبارة المصالح التي "يرمي" إلى تحقيقها أو "يتوخى"، كما قد عبّر عنه المشرع الجزائري ب: "...إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"، وهي من العناصر التعسفية المعنوية أو الذاتية إلى درجة أنه لو أردنا أن نتمسك بظاهر اللفظ لعدنا بشكل غير مباشر إلى المعيار الذاتي أو الشخصي، إلا أن التوغل في هذه النية واعتبارها دليلا على عدم مشروعية المصلحة من شأنه أن يضيق حدود فكرة التعسف في هذا المعيار واعتباره معيار شخصي⁴، غير أن صفته الموضوعية هي التي تجعله مفضلا على معيار آخر شخصي وهو معيار الغرض غير المشروع الذي يرتبط به أشد الارتباط، بل هما في الحقيقة وجهان لمعيار واحد؛ إذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة إلا التعبير الموضوعي عن معيار الغرض غير

¹ مصطفى مصباح شلييك، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، الطبعة الأولى، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 2002، ص 311.

² حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 91.

³ به موبريز، مرجع سابق، ص 99.

⁴ أحمد الصويكي شلييك، مرجع سابق، ص 45، 48.

المشروع، وكلاهما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته¹. إلا أنّ هذا الارتباط بينهما لا يتحقّق في كلّ الأحوال، فقد تتحقّق مصلحة غير مشروعة من وراء استعمال الحق دون أن تظهر في ذلك الإرادة أي حتّى ولو كان صاحب الحق حسن النية، ومع ذلك يعدّ متعسفا في استعمال حقه. ولهذا فإنّ معيار انعدام المصلحة المشروعة أفضل وأعمّ وأكثر موضوعية وأسهل من ناحية التطبيق من معيار الغرض غير المشروع².

2_ تطبيقات معيار عدم مشروعية المصلحة:

تجدر الإشارة إلى أنّه تمّ تطبيق هذا المعيار في عدّة مجالات ومنها المجال الاقتصادي، وذلك فيما يتعلّق بممارسة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، فرغم أنّ قانون المنافسة لا يمنع أن تتمنّع المؤسسة بوضعية الهيمنة على السوق ما يجعل هذه الوضعية (الهيمنة) رخصة مشروعة، إلا أنّه إذا تمّ استعمال هذه الوضعية في سبيل تحقيق مصلحة غير مشروعة كالقضاء على المنافسة مثلا، وذلك ما يشكّل ممارسة مقبّدة للمنافسة إعتبر ذلك تعسفا في استعمال هذه الهيمنة. أمّا إذا كانت الممارسة التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة على السوق تؤدي إلى نتيجة ايجابية وتساهم في التطوّر الاقتصادي أو التقني مثلا، وبالتالي فإنّ هذه المصلحة التي تسعى إليها مصلحة مشروعة ولا تشكّل حالة التعسف، فهذه الممارسة المبرّرة بالتطوّر الاقتصادي تمثّل النموذج الفعلي لتقييد الحق بالغاية الاقتصادية³.

كما قد طبّق المشرع الجزائري معيار عدم مشروعية المصلحة لتحقيق فكرة التعسف بصدد نصوص متفرّقة من القانون المدني، ومنها نص المادة 187 والتي تتعلّق بالدائن الذي يبتغي في إطالة أمدّ النزاع إبان مطالبته بحقه وذلك لتحقيق مصلحة غير مشروعة لنفسه وهي زيادة مبلغ التعويض الإتفاقي أو ما يسمّى بالشرط الجزائي، فهذا الدافع غير مشروع، والمصلحة التي يريد تحقيقها بهذا الدافع غير مشروعة كذلك، لهذا فقد كان الجزاء أن يعامل بنقيض قصده وهو تخفيض مبلغ التعويض أو عدم الحكم به إطلاقاً حسب الأحوال⁴.

¹ الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 213، 214.

² محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 186.

³ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 49، 50.

⁴ أحمد الصويغي شليبيك، مرجع سابق، ص 60.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المعيار نجد قضية كليمان بيار، الذي أقام مباني في أرضه المجاور للمطار، ووضع فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها، وهذا كله يجبر شركة الطيران على شراء أرضه بثمن مرتفع، والتي تضطر لهذا الشراء لتبعد عن طائراتها خطر الهبوط والصعود¹.

رابعاً - معيار مضار الجوار غير المألوفة:

إلى جانب المعايير العامة للتعسف السابق ذكرها والواردة في نص المادة 124 مكرر، هناك معيار رابع لم يتم النص عليه مع هذه المعايير²، إلا أنه تمّ النص عليه في المادة 691 من القانون المدني الجزائري، والمتعلق بمضار الجوار غير المألوفة، فباعتبار أنّ المعايير العامة للتعسف واردة على سبيل المثال فلا مانع إذن من إضافة هذا المعيار، والذي يعتبر في الحقيقة ثمرة أو نتيجة لفعل مشروع في الأصل وهو التصرف الفعلي في حق الملكية، وسلطة التصرف هنا ثابتة للمالك بمقتضى هذا الحق فهي مشروعة لذاتها، ولكنها تصبح غير مشروعة بالنظر إلى نتيجتها غير المألوفة. وهذا ما يشكل تعسفا لأنّه يخلّ بمبدأ التوازن بين المصالح الفردية ويحيد بالحق عن غايته المقصودة من مشروعيته³، لذلك فهناك من أدرجه تحت معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، لأنّه يتفق معه من حيث جسامته الضرر المترتب على استعمال الحق، إلا أنّهما يختلفان من حيث مقياس الضرر؛ حيث أنّ جسامته في معيار مضار الجوار غير المألوفة ثابتة طالما أنّه ينظر إلى الضرر بذاته، أمّا جسامته

¹ Requête du 03 aout 1915, droit privée 1917. «La mauvaise foi du propriétaire était flagrante parce qu'il agit pour l'intérêt illégitime, La jurisprudence condamne un propriétaire voisin d'un aérodrome, qui avait élevé aux limite de son terrain des piquets de bois surmonté de pont de fer au vue de gêner l'arrivée et le départ des aéronefs et obliger ainsi le propriétaire de l'aérodrome a lui acheter son terrain a un prix élevé».

خوارجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 100.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, op. cit., p. 641.

² غير أنّ المشرع السوداني نص عليه ضمن المعايير العامة للتعسف وذلك في نص المادة 29 من قانون المعاملات السوداني وعبر عنه بـ "تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة".

إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، "التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته"، مجلة العدل، العدد الثاني والعشرون، جامعة النيلين، السنة التاسعة، ص 25.

وكذلك المشرع الأردني الذي نص عليه في المادة 66 فقرة 4 من القانون المدني، بينما لم يرد هذا المعيار ضمن المعايير العامة للتعسف في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.

به موبرويز، مرجع سابق، ص 99، 100.

³ الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 336، 337.

في معيار انعدام التناسب بين المصلحة والضرر غير ثابتة نتيجة مقارنته مع المصلحة، وعلى ذلك فقد يكون الضرر جسيما بالنسبة للمصلحة المترتبة على استعمال الحق إلا أنه لا يكون جسيما بذاته¹، فمعيار انعدام التناسب بين المصلحة والضرر نسبي يرجّحه الجانب الذي يقع عليه الضرر أكثر، أمّا في حالة مضار الجوار غير المألوفة فلا موازنة فيه لأنّ الضرر اللاحق بالآخرين مطلق ولا يقارن بالضرر الواقع على صاحب الحق من جرّاء منعه من استعمال حقه، ومن هنا فإنّ معيار مضار الجوار غير المألوفة يعدّ ضابطا مهماً ومستقلاً في تحديد الفعل التعسفي²، فهو معيار متميّز بحيث يشترط أن يكون الضرر فاحشاً حتّى يكون ثمّة تعسف وليس ضرراً عادياً أو راجحاً أيّ درجة من الرجحان³.

لذلك فقد أفرد المشرع تطبيقه على حق الملكية العقارية في مجال علاقات الجوار، وباعتباره أكثر الحقوق عرضة للتعسف، بل ويعدّ مجالا خصباً لتطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق عليه، فإنّ هذا الحق تسري عليه المعايير العامة للتعسف إضافة إلى إيراد معيار خاص به وهو معيار مضار الجوار غير المألوفة⁴.

لقد كانت الشريعة الإسلامية السبّاقة في تطبيق فكرة التعسف في استعمال حق الملكية في علاقات الجوار، وقد اعتبرت مضار الجوار غير المألوفة أو الضرر الفاحش كما تسمّيه معياراً مستقلاً للتعسف، وبعد ذلك أدرك الفقهاء الغربيون هذه الصلة بين علاقات الجوار والتعسف في استعمال الحق نتيجة كثرة المضار التي تنشأ عن علاقات الجوار⁵، فرغم أنّ هذا المعيار كان معروفاً منذ القدم، إلا أنّه لم يكتسب أهمية خاصة إلا في العصر الحديث وذلك بفعل عوامل مختلفة؛ كتغيّر الأوضاع الاقتصادية وازدياد المصانع وكثرة الضوضاء وانتشار التلوث وغير ذلك ممّا يقلق راحة الجار، هذا ما أدّى إلى انتشار هذه الأضرار⁶. فقد أصبحت الاستثمارات الصناعية والتجارية ضرورة اجتماعية ما زاد من اتّساع

¹ به موبرويز، مرجع سابق، ص 102، 103.

² عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 50.

³ محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 290.

⁴ شمشم رشيد، مرجع سابق، ص 16.

⁵ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 218، 219.

⁶ زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2008، ص 58.

إطار هذه النشاطات المستجدة التي دخلت في صلب العادات الاجتماعية، وهذا ما يستوجب حماية الملاكين ضدّ مضار الجوار التي قد تنجم عن هذه الاستثمارات.

وقد نصّ المشرع الجزائري على هذه المضار في نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري¹ كما يلي: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له".

وعلى ذلك يبدو أنّ المشرع الجزائري قد اعتبر صراحة أنّ مضار الجوار غير المألوفة هو معيار من معايير فكرة التعسف في استعمال الحق، مخالفاً بذلك أغلب التشريعات العربية التي استخدمت مصطلح "الغلوّ" كالمشرع المصري محاولاً بذلك قطع العلاقة بين مضار الجوار غير المألوفة وفكرة التعسف في استعمال الحق. ونحن نرى أنّ سبب هذا الاختلاف التشريعي في توظيف المصطلحات يرجع أساساً إلى الخلاف الفقهي الدائر حول أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة بين قائل بأنّها تجاوز لحدود الحق أي أنّها خطأ أمثال السنهوري، وقائل بأنّها تعسف في استعمال الحق إلا أنّ هذا الرأي هو الذي اعتبر التعسف فكرة مستقلة عن الخطأ²، ونحن من جانبنا نرجّح هذا الرأي الأخير الذي يعتبر أنّ أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ينطلق أساساً من فكرة التعسف في استعمال الحق، لأنّ هذه الفكرة هي المرجع الوحيد للمسؤولية ضمن نطاق ممارسة الحق، فصاحب الحق هنا يمارس ولمصلحته الخاصة الامتيازات الممنوحة له بمقتضى حق الملكية العائد له، فضلاً على أنّه التزم حدود اليقظة لكي لا يتسبّب بأيّ إزعاج تجاه الجار، ممّا يعني أنّه لم يرتكب أيّ خطأ³.

وفضلاً عن ذلك فإنّ قواعد المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تختلف عن قواعد المسؤولية التقصيرية كون هذه الأخيرة تشترط لإيقاعها الخطأ والضرر كلّ منهما على استقلال، ولا يشترط في الضرر أن يكون على قدر معيّن من الجسامة لأنّ المتضرر هنا يستطيع المطالبة بالتعويض الكامل

¹ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 92، 93.

³ كتاب مروان، المسؤولية عن مضار الجوار، الطبعة الأولى، د د ن، بيروت، 1998، ص 42.

مهما يكن مقدار الضرر ضئيلاً، فقد يكون بسيطاً أو جسيماً، ثم ينظر إلى علاقة السببية بين الخطأ والضرر، في حين أنّ المسؤولية التعسفية بصفة عامة والمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة بصفة خاصة هي مسؤولية مطلقة غير مشروطة بالخطأ، كما أنّ المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تشترط في الضرر أن يكون فاحشاً أو بئياً أو جسيماً¹، فبالنظر إلى الموجب السلبي الملقى على عاتق الجار بحكم مبادئ وعلاقات الجوار، فيجب تحمّل ما هو مألوف من المضار الحاصلة، بمعنى أنّ الجار المتضرّر لا تكون دعواه مسموعة من هذا القبيل إلاّ عندما يتجاوز الضرر الحدّ المألوف²، أي عندما يكون الضرر فاحشاً وكبيراً.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع الجزائري موقّف عندما أسّس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على فكرة التعسف في استعمال الحق في نص المادة 691 من القانون المدني، لكن ما يؤخذ عليه أنّه وقع في تناقض مع نص المادة 124 مكرّر، لأنّ المادة 691 تقيم المسؤولية على أساس الضرر دون أن تقيم لسلوك المتسبّب فيه أيّ وزن وتصف ذلك بأنّه تعسف، ثم تأتي المادة 124 مكرّر وتعطي وصفاً عاماً مفاده أنّ كلّ تعسف خطأ، وقد سبق لنا انتقاد هذا الموقف. وفي هذا المقام وللتنسيق بين نصوص القانون وفق منطق قانوني سليم لم يبقى أمامنا سوى حلّ وحيد، وهو التسليم على أنّ مضار الجوار غير المألوفة هو معيار من معايير فكرة التعسف في استعمال الحق، وبالتالي الإبقاء على نص المادة 691 كما هي، وهو معيار لا ينطبق إلاّ في حالة خاصة ومجال محدود جدّاً هو الملكيات العقارية المتجاورة، لذا فمن الحكمة عدم النص عليه في صلب المادة 124 مكرّر لكي لا يكون معياراً عاماً، لذلك فقد جاء النص عليه في باب القيود التي ترد على الملكية، وهذا ما يدلّ على حصر مجال تطبيقه في ذلك المجال دون سواه³. وفي المقابل حتّى ينفكّ التناقض بين نص المادتين نرى ضرورة تعديل المادة 124 مكرّر في فقرتها الأولى التي نصت على أنّ الاستعمال التعسفي للحق هو خطأ، وذلك بجعل فكرة التعسف ملازمة ومكمّلة لفكرة الحق، وقد سبق لنا توضيح ذلك.

والضرر غير المألوف هو ما يكون سبباً للهدم ويمنع الانتفاع بالكلية بالحوادث الأصلية للجار كسدّ الضوء كلياً، وهذا ما يكون مبرراً بمنع المالك من استعمال حقه نظراً لهذا الضرر الذي يصيب جاره، أمّا

¹ الدّريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 29، 30.

² كتاب مروان، مرجع سابق، ص 470، 471.

³ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 94-96.

الضرر المألوف الذي ينجم عن الاستعمال العادي لا يكون مبرراً لمنع المالك من تصرفه فيما يملك، فالجيران عليهم أن يتحملوا من المضايقات أو الأضرار العادية التي لا يمكن أن يخلوا منها الاستعمال العادي المألوف، حيث لا يمكن تجنبها كصوت المذياع العادي، وبالتالي فإن المالك لا يكون محلّ مساءلة، لكن الضرر غير المألوف يكون محلّ مساءلة المالك باعتبار أن ضرره بالجار فاحشاً¹.

وفي الواقع فإنّ هذه المسألة موضوعية عند التطبيق، لأنّ القاضي يستنتج من مختلف الوقائع وبلاستعانة بأهل الخبرة ما يعدّ ضرر غير مألوف وما لا يعدّ كذلك، وهذا ما يجعل هذا المعيار مرناً يتّسع لما قد يستحدثه التقدّم الصناعي والعلمي في المستقبل، وذلك نتيجة لاختلاف طبيعة العقارات وموقعها من عقار لآخر، إضافة إلى الأعراف السائدة وظروف الزمان والمكان، والغرض المخصّص له العقار، وهذا ما أقرّته التشريعات المدنية²، على غرار المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 691 من القانون المدني، حيث أنّ القاضي له سلطة تقديرية واسعة لاعتبار الضرر مألوف أو غير مألوف وذلك بالنظر إلى مجموع هذه الاعتبارات، ومن ثمّ فالمسألة غير ثابتة فهي تختلف من حالة إلى أخرى.

وباعتبار المعيار موضوعي، فلا يعتدّ بالظروف الخاصة بالجار الذي أصابه ضرر، كما لو كان مريضاً أو مرهف الحسّ أو ضعيف الأعصاب، فهي ظروف استثنائية لا يعوّل عليها، وذلك لأنّ الاعتبارات التي ذكرها المشرع من العرف وطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصّص لها ينظر فيها إلى الطابع العام الذي يسود الملكيات في مجموعها، وليس من المعقول أن يتغيّر حق المالك في الاستعمال تبعاً للظروف الخاصة بكلّ جار على حدا. فالمشرع لمّا نص على هذه الاعتبارات لم يذكر فيها الجار المضرور.

ونفس المنطق المتقدّم ينطبق في تحديد وصف الضرر في حالة أسبقية الاستغلال، فينظر إلى الطابع العام للحق؛ حيث أنّه إذا كان ذو طابع سكني، فلا يحتجّ صاحب المصنع مثلاً بأسبقية في الاستغلال، فيكون الضرر الناتج عن استغلال هذا المصنع ضرر غير مألوف، بينما إذا كان الطابع

¹ محمد رأفت عثمان، مرجع سابق.

² شروق عباس فاضل، أسماء صبر علوان، "مضار الجوار غير المألوفة (دراسة تطبيقية)"، الجامعة المستنصرية، العراق، ص 6، 8. www.iasj.net.

العام للحَيِّ طابعًا صناعيًا، فلا يحتجّ من يشغل عقارا سكنيا بالضرر غير المألوف حتّى ولو كان سابقا في وجوده على وجود هذه المصانع، لذا فإنّ هذه المضار مألوفة¹.

كثيرا ما يكون الاستعمال الذي قام به المالك وأدّى إلى الإضرار بجاره مرخصا به من الجهة الإدارية المختصة، كما هو الحال بالنسبة للمحال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة، حيث يشترط القانون الحصول على ترخيص إداري لإنشائها. ولكن صدور هذا الترخيص لا يحول دون قيام المسؤولية المدنية للمالك عن المضار غير المألوفة التي تصيب جاره، وهذا ما صرّحت به أغلب التشريعات العربية عكس المشرع الجزائري الذي لم يشر إلى ذلك.

وإن كان هذا الترخيص لا يمنع من قيام المسؤولية، إلّا أنّ هناك من قيّد سلطة القاضي في قيامها واختيار الجزاء المناسب للضرر، فليس له الحكم بالتنفيذ أو التعويض العيني كالحكم بالإزالة مثلا أو غلق المصنع المرخص به، لأنّ ذلك من شأنه المساس بموضوع العمل الإداري، إلّا أنّ الراجح أنّه يجوز للقاضي لأن يحكم بالتعويض العيني، لأنّ ذلك هو الأصل والدليل على ذلك أنّ المشرع الجزائري استخدم عبارة "طلب إزالة المضار" الذي يفيد التعويض العيني، ولكن هذا لا يمنع من الحكم بالتعويض النقدي حسب القواعد العامة للتعويض².

وكما سبق القول فإنّ معيار مضار الجوار غير المألوفة هو معيار خاص بحق الملكية العقارية، إلّا أنّه تجدر الإشارة أنّ المشرع الجزائري قد أوجد معيار آخر له وخصّصه للملكية العقارية غير المبنية، حيث تدخّل في ذلك سنة 1990 بقانون خاص، وجعل استغلال هذه الأملاك مرتبط بتحقق المصلحة العامة، فاستعمالها واستغلالها مرتبط بطبيعتها وغرضها، وهي إشارة واضحة إلى غائية حق الملكية العقارية غير المبنية، فهو وسيلة لتحقيق غاية معيّنة وهي الوظيفة الاجتماعية وليس غاية في حدّ ذاته.

إنّ الأراضي الفلاحية يجب استغلالها من طرف المالك وفق طبيعتها، فلا يمكن مثلا تحويلها من أراضي فلاحية إلى أراضي عمرانية، ومن هنا فإنّ المشرع قيّد استعمال هذا الحق وفق غايته، كما لا يسوغ للمالك تركها بدون استغلال، فهذا هو التعسف بعينه الذي أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 48

¹ شمشيم رشيد، مرجع سابق، ص 108، 109.

² زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص 142، 143.

من قانون التوجيه العقاري¹ كما يلي: "يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق نظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفية الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي".

ومن خلال هذا النص تتأكد رقابة القضاء على حق الملكية ويتكرّس مبدأ نسبية هذا الحق، والذي يفرض على المالك عدم التعسف في استعماله.

وإذا تمّ البحث عن المعيار الذي اعتمده المشرع هنا لتكييف عدم استغلال الأراضي الفلاحية بأنه تعسف، فلا نجد سوى معيار الإخلال بمصلحة عامة لأنّ هذه الأخيرة تعتبر من مقتضيات الوظيفة الاجتماعية للملكية، وبذلك فإنّ المالك الذي يضر بالمصلحة العامة تخرج مسؤوليته من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية التعسفية.

وبذلك نجد أنّ المشرع الجزائري أدرك أنّ المادة 124 مكرّر لا تستوعب مثل هذه الحالة المستجدة ولا تستوعبها كذلك نص المادة 691 من القانون المدني، وهي حالة عدم استثمار الأراضي الفلاحية. وهو الأمر الذي نستنتج منه أنّ هذه الحالة يحكمها معيار جديد هو الإخلال بمصلحة عامة، وهذا ما يقرّه الفقه الإسلامي أيضا².

إن كانت هذه أهمّ المعايير المجسّدة لفكرة التعسف في استعمال الحق، والتي يمكن إضافة إليها معايير أخرى باعتبارها واردة على سبيل المثال كما سبق القول، وبذلك تتّضح أكثر ضوابط فكرة التعسف في استعمال الحق. لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ هذه الضوابط لا يكتمل تحديدها إلّا بتحديد نطاق تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق

بعد أن تحدّدت فكرة التعسف في استعمال الحق من حيث معاييرها على النحو السابق تفصيله، فمن الضروري بعد ذلك تحديد نطاق تطبيقها أي تحديد المحل الذي يرد عليه التعسف، وفي

¹ قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادي الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في أول جمادي الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990.

² شمش رشيد، مرجع سابق، ص 15-17.

شأن ذلك نجد اتجاهاً، أولهما يوسع من نطاقه ببسط محلّ التعسف على الحقوق والحريات معا (أولاً)، والثاني يقصّر محلّه على الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق (ثانياً).

أولاً- التعسف يرد على استعمال الحقوق والحريات العامة:

ذهب هذا الاتجاه إلى توسيع نطاق تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق، حيث لا يقتصر تطبيقها على الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق فحسب، بل تتبسط كذلك على الحريات والرخص العامة، وتشمل حتّى كلّ فعل مشروع ومباح في الأصل أيّا كان نوعه. فكلاً من الحق والرخصة يردان من مصدر واحد وهو الحرّية، وأنّ هذه الحرية ليست مطلقة، بل محدودة ونسبيّة بصرف النظر عن كونها حقاً أم رخصة¹.

وباعتبار أنّ كلاهما مشروعان في الأصل، فإنّهما يحتاجان -فضلاً إلى ترتيب المسؤولية المدنية عند وقوع الضرر بسبب الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة- إلى المسؤولية التعسفية عند وقوع ضرر نتيجة استعمال حق أو رخصة، وثبت من ظروف الواقع أنّه قد تمّ هذا الاستعمال بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو بقصد الإضرار بالغير، أو تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. فالمسؤولية المدنية بما فيها من قواعد بشأن العمل غير المشروع لا تغني عن اللجوء إلى مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وهذا ليس فقط في مجال الحقوق الخاصة، بل أيضاً في مجال الحقوق العامة المعترف بها للناس كافّة والتي يصطّح على تسميتها بالحريات. وبالتالي تعميم فكرة التعسف على استعمال الحقوق وممارسة الحريات²، فيحقّ مثلاً لكلّ شخص أن يجري منافسة مع الغير، وتعتبر تلك رخصة أو حرية، ويتميّز استعمالها بالمشروعية بالرغم من أنّه ينتج عنها أضرار بالغير، ولكن إذا انطوى هذا الاستعمال على تحقيق مصلحة غير مشروعة مثل الرغبة في تحطيم المنافسة، فإنّ ذلك يعتبر تعسفاً. وعلى هذا فإنّ من يستعمل رخصة ويسبّب أضراراً مشروعة للغير يحميه القانون شأنه شأن من يستعمل حق بالمعنى الدقيق، أمّا إذا تمّ استعمال رخصة في ظروف غير مشروعة، فإنّ التعسف عندئذ يتحقّق سواءً بالنسبة للرخصة أو الحق³.

¹ به موبريز، مرجع سابق، ص 64، 67.

² عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار الجامعيين للطباعة، الإسكندرية، 2007، ص 379-381.

³ بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 57، 58.

إلا أنه قد تمّ نقد هذا الاتجاه، وأكبر نقد موجه إليه هو أنه سوى بين الحق والرخصة، بالرغم من اختلافهما¹، فالحق يتعلّق بمركز قانوني يتمتّع به الشخص في حدود معيّنة، كما أنّ له غاية محدودة لا يجوز الخروج عنها، أمّا الحريات فهي أوضاع عامة غير منضبطة وليست واضحة المعالم والحدود، وليس لها غايات محدّدة، فالشخص عندما يتمتّع بحرية ما ليس مطالب بإتباع مسلك معيّن، وإنّما له مكنة إتباع أيّ مسلك لم يمنعه القانون. فنظرية التعسف في استعمال الحق لا تنطبق على ممارسة الحريات²، ففي هذا المجال لا يحتاج الأمر إلّا إلى التنسيق في هذه الممارسة الجماعية المعاصرة للحريّة، ولا يتحقّق ذلك إلّا بالتزام كلّ فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر وبقظة وحيطة، حتّى لا يحدّ ممّا لهم من نفس الحريّات المتماثلة. بينما في مجال استعمال الحقوق فالأمر مختلف، لأنّه ينبغي استعمالها لتحقيق الغاية التي شرّعت لأجلها لا لمناقضتها، وهو ما يقتضي قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفق هذه الغاية لا وفق فكرة الحيطة أو اليقظة العامة، ممّا يعني إمكانية توقّر التعسف كلّما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتّى ولو لم يكن قد أخلّ بواجب الحيطة واليقظة العادية، ذلك الإخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الفني الدقيق، لذلك قيل بأنّ قواعد المسؤولية المدنية تتكفّل بالانحراف في ممارسة الحريات على أحسن وجه، فإذا وقع من الشخص انحراف في سلوكه عندما يمارس رخصة من الرخص يكون بذلك قد أخطأ خطأ عادي يلزمه بالتعويض³، وبالتالي تظلّ فكرة الخطأ هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في ممارسة الحريات أو الرخص العامة، في حين تعتبر فكرة التعسف في استعمال الحق هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في استعمال الحقوق. ومقتضى ذلك كلّ التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل، فتقتصر فكرة التعسف على استعمال الحقوق

¹ فالحق هو كلّ مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصّص والإفراد، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان، أو حقه في اقتضاء دين من الديون. أمّا الحريّة فلا تفترض وجود الاستثناء أو اختصاص حاجز تتفاوت بشأنها المراكز القانونية بين الأشخاص، بل تفترض وجود الأفراد جميعا في نفس المركز، وهو مركز عام مشترك من إمكانية التمتع به من قبل الجميع تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين.

الدّرني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 205.

² عمر فخري الحديثي، مرجع سابق، ص 29، 30.

³ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 317، 318، 326.

بالمعنى القانوني الدقيق، وتظل فكرة الخطأ منبسطة على ممارسة الرخص أو الحريات العامة، وهذا ما يعطي أهمية بالغة في شأن تحديد محل ونطاق فكرة التعسف في استعمال الحق¹.

ثانياً_ التعسف يرد على استعمال الحقوق دون الحريات:

هذا الاتجاه يقصر نطاق تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق على استعمال الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق دون الحريات أو الرخص العامة، وبالتالي استقلالية فكرة التعسف في استعمال الحق بالنسبة للحقوق عن فكرة الخطأ بالنسبة للحريات العامة. ومنطقه في ذلك أن هذه الحريات هي سلطات تسمح لصاحبها أن يدخل بها إلى ميدان القانون دون أية غاية لها، وهي تخرج من نطاق السلطة التقديرية للقاضي، ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لهذا التقدير. وهذا على خلاف السلطة المقررة لاستعمال الحق، فهي بطبيعتها تخضع لتقدير القاضي، وبالتالي تدخل في محل فكرة التعسف في استعمال الحق².

فنظرية التعسف في استعمال الحق لا تعني _كما هو ظاهر من اسمها_ إلا الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق، وهذا ما يجسد ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق وغايته.

وهذا ما كشف عن التضخم المصطنع الذي يدخله الاتجاه الأول على فكرة التعسف، والذي من شأنه أن يفقد التعسف في استعمال الحق معناه باعتباره يرتبط بالحق وغايته، وبوصفه التقويم والتصحيح اللازم لفكرة الحق، وهذا ما يهدد فكرة التعسف في استعمال الحق بالعجز والضعف وانطاماس حدودها، فالاتجاه الأول ليس بالمسلك الذي يحمل كسبب لنظرية التعسف في استعمال الحق، أو بالذي يعين على تدعيمها وتقويتها، لأنه ليس من قيمة النظريات في اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو في دقة تحديدها.

وعلى هذا النحو يتحدد محل التعسف في استعمال الحق ونطاق نظريته باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة كحرية التجارة، فمن يقوم مثلاً بدعاية أو منافسة غير مشروعة، فهذا الفعل تتوفر فيه شرط الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، وليس تعسفاً في استعمال حق مزعوم لا وجود له في المعنى القانوني الدقيق³.

¹ الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 220.

² به موبريز، مرجع سابق، ص 63، 64.

³ الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 218، 219، 221.

وفي هذا الصدد نقدّم مثال للتمييز بين الحق والرخصة، فمن يستعمل حق ملكيته ويحفر بئرا في أرضه قريبا من بئر جاره وذلك بقصد الإضرار به وإنقاص مائه، فهذا يعدّ تعسفا في استعمال حق الملكية، لكن ممارسة حرية التجارة بإنشاء مؤسسة تجارية مماثلة لمؤسسة منافسة وبالقرب منه، ويؤدي ذلك إلى انسحاب عملاء المنافس وزبائنه إلى صاحب المشروع التجاري، وبالتالي التأثير على المنافسة، ورغم ذلك إلا أنه لا يعدّ تعسفا في استعمال الحق¹، كما أنه قد ينتج عن ممارسة حرية التجارة اكتساب المؤسسة التجارية لوضعية هيمنة أو سلطة على السوق، لكن التعسف في استغلال هذه الوضعية والذي من شأنه التقييد والتأثير على المنافسة لا يعدّ استعمال تعسفي للحق، لأنّ وضعية الهيمنة بالرغم من أنها مشروعة إلا أنها ليست بحق، بل تشكّل هذه الممارسة استغلال تعسفي لسلطة اكتسبتها المؤسسة التجارية في السوق².

ومن خلال ذلك نستنتج عدم إمكانية إيراد فكرة التعسف في استعمال الحق على حرية التجارة وعلى سائر الحريات الأخرى، فهي تختصّ فقط بممارسة الحقوق.

وإذا تحدّد محل فكرة التعسف في استعمال الحق على استعمال الحقوق فقط، إلا أنه قد طرح تساؤل حول مدى سريان فكرة التعسف على كافة الحقوق، أم أنها تقتصر على بعضها دون البعض الآخر؟ وعلى ذلك فقد ظهر اتجاه قويّ في الفقه الفرنسي خاصة، والذي ذهب إلى عدم سريان فكرة التعسف بالنسبة لطائفة معينة من الحقوق والتي يطلق عليها بالحقوق المطلقة أو المجردة أو غير المسببة، واعتبروها حقوقا يملك صاحبها مطلق التقدير والحرية في استعمالها كيف يشاء، حيث تحكمه في ذلك دوافع شخصية محضة لا يستطيع القاضي أن يراقبها أو يناقش هذا التقدير.

إلا أنه قد تمّ نقد هذا الاتجاه بالقول بأنّه لا وجود لفكرة الحقوق المطلقة، باعتبار أنّ كلّ الحقوق مقيدة بغايتها التي يجب أن تستعمل وفق هذه الغاية، وبالتالي إخضاعها لرقابة القانون والقضاء، ما يعني إمكانية تصوّر التعسف في استعمالها³، وإذا كان من المسلّم به أنّ الحقوق التعاقدية مثلا يمكن أن تكون تقديرية مطلقة وفقا لإرادة واتفاق المتعاقدين، إلا أنه قد يترتب على ذلك عواقب ناتجة عن نوايا سيئة⁴

¹ سراج محمد، مرجع سابق، ص 302، 303.

² KARAYANNIS Vassilios, «L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire a propos de l'arrêt c-367/96 alexandros keffalas e. a. ielliniko dimosion (état hellénique)», Cahiers de droit européen, n° 5-6, Bruxelles, 1999, p. 526.

³ KOVACEVIE-KUSTRIMOVIE Radmila, op. cit., p. 46, 48, 49.

⁴ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil (les obligations), 8^e édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 713.

نابعة عن الإرادة المطلقة للمتعاقدين. كما تمّ نقد هذا الاتجاه أيضا باعتباره أثرا من آثار النزعة الفردية المتطرّفة، التي تجعل لصاحب الحق سلطة مطلقة في استعمال حقه، كما أنّه لا يوجد أدنى مبرّر لاستبعاد أيّ نوع من أنواع الحقوق من نطاق فكرة التعسف، وقد جاءت أحكام القانون صريحة في حظر التعسف في استعمال الحق كمبدأ ينطبق على كافة الحقوق دون تمييز. بل أنّه حتّى بالنسبة للحق الأدبي للمؤلف الذي قد تمّ اعتباره حقا مطلقا خالصا، إلّا أنّ المشرع قد فرض عليه رقابة قضائية مبتدئة على صاحبه في تعديل مصنّفه أو سحبه من التداول، إذا كان قد تصرف في حق الاستغلال المالي له، وذلك للتأكّد من قيام الأسباب الجديّة والخطيرة للقيام بذلك وإلا اعتبر متعسفا في هذا التعديل أو السحب لمصنّفه¹. ولا يقتصر التعسف في استعمال الحق المعنوي للمؤلف على صاحبه فقط، بل قد يتمّ ممارسة هذا التعسف أيضا من قبل ورثة صاحب الحق، وذلك بحكم انتقال هذا الحق إلى الورثة، لأنّ المنطق يقتضي باستمراره بعد وفاة صاحبه. لذلك فإنّه ليس من المستبعد أن تتدخل مصلحة غريبة شخصية على الحق في استعماله، كأن يقوم الوارث برفض نشر المصنّف خوفا من سلبية الصورة التي يمكن للمصنّف أن يعطيها للمؤلف، وبالتالي تنعكس على سمعته. أو أن يخالف رغبة المؤلف الذي طلب منه إتلاف المصنّف، ويقوم بنشره وذلك لغايات تجارية ربحية، ومن هنا تأتي أهميّة الرقابة القضائية على ممارسة الحق المعنوي بعد وفاة المؤلف من خلال تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق².

بعد أن تعرّفنا على فكرة التعسف في استعمال الحق التي تتجسّد في استعمال الحق لغير الغاية أو الهدف الذي شرّع من أجله الحق، وبالتالي فهي فكرة مرتبطة أساسا بفكرة الحق ولها أهميّة خاصّة، فهي تحلّ مكانا بارزا في ظلّ النظام القانوني المعاصر، لأنّ لهذه الفكرة من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي وفروع القانون، وعلى الحقوق جميعا في نطاق القانون المدني أو في نطاق قوانين أخرى، وعليه فهي فكرة شاملة وذات نطاق واسع.

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 303، 304.

² الشمري محمد، مساعدة أيمن، "التعسف في استعمال حق المؤلف المعنوي من قبل الورثة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الخامس والأربعون، جامعة اليرموك، الأردن، جانفي 2011، ص 34، 35.

وتحقيقاً لهذا الغرض ارتأينا إلى البحث ما لهذه الفكرة من ارتباطات بالمجالات الأخرى، وخصوصا المجال الاقتصادي، لذلك فإنّ موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل هو ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بالمجال الاقتصادي.

المبحث الثاني

ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بالمجال الاقتصادي

بما أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق تحتوي على معايير واردة على سبيل المثال، ممّا يجعلها تشمل جميع حالات التعسف في استعمال الحق الممكنة، فهي تتمتع بنوع من المرونة ما يجعلها كقاعدة عامّة للتعسف تندرج تحتها تطبيقات كثيرة في مختلف فروع القانون¹، إلّا أنّ التوسيع في فكرة التعسف يكون حسب النظام القانوني المطبّق، وحسب الاتجاه الفلسفي السائد والنظام الاقتصادي المكرّس؛ حيث أنّه يعرف عن نظام اقتصاد السوق الذي تبنته الجزائر وأغلب البلدان الأخرى أنّه يجعل الحقوق الفردية مطلقة ويوسّع من مجال الحرية الفردية، وهذا الأمر يجعل فكرة التعسف في استعمال الحق في أضيق صورها².

وعلى ذلك نتساءل عن مدى إمكانية تقييد الحقوق _التي تمارس في المجال الاقتصادي_ بتحقيق غايتها، وبالتالي ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق في هذا المجال القائم على نظام اقتصاد السوق أو الحر.

غير أنّه سنقتصر الدراسة في ذلك على ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال عقود العمل (المطلب الأول)، وفي مجال الشركات التجارية (المطلب الثاني)، باعتبار أنّ هذين المجالين وثيقي الصلة بالحياة الاقتصادية، فكيف عالج المشرع الجزائري فكرة التعسف في هذين المجالين؟ وهل تناول تطبيقها في كلّ مجالات القانون الخاص بغضّ النظر عن تكريس فكرة التعسف في القواعد العامّة للقانون المدني، أم أنّه اكتفى بالنص العام عليها في المادة 124 مكرّر من القانون المدني كفكرة مرنة تستوعب جميع المجالات وحتىّ المجال الاقتصادي؟

¹ مجيدي العربي، مرجع سابق، ص 113.

² حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 113.

المطلب الأول

في مجال عقود العمل

لقد كان للنظام الليبرالي القائم على الثورة الصناعية والنقد الحضاري بوجه عام أثر بالغ في تطوير مفهوم الحق، إذ لم يعد يتفق والأوضاع المستحدثة لهذا النظام التسليم بالمفهوم الفلسفي للحقوق الفردية التي يجعل منها سلطات مطلقة يمارسها الفرد، وذلك نظرا لما استتبعه ذلك من نتائج ظالمة من الاستغلال والتعسف والتحكم. وكان من مظاهر هذا التعسف في مجال علاقات العمل محاباة صاحب العمل على حساب العامل، حيث بدا التناقض جليا بين مصلحة ربّ العمل والعمال¹، لأنّ المستخدم يتمتع بسلطات وحقوق واسعة تشمل مجالات التأديب والتسريح والتشغيل وتحديد الأجر، وعلى العموم كلّ ما يتعلّق بالعمل باعتباره المسير الرئيسي داخل المؤسسة، والمسئول عن تحقيق النجاعة الاقتصادية علاوة على كونه صاحب وسائل الإنتاج والرأسمال ممّا استوجب توسيع سلطاته وحقوقه وصلاحياته، وهذا ما كرّسته القوانين المستحدثة التي جاءت بها الإصلاحات الاقتصادية وخاصة القانون رقم 90-11² المتعلق بعلاقات العمل، فمن خلال تحليل مختلف النصوص التي تضمّنّها نلاحظ أنّ المشرع قد أعطى كثيرا من الحرية للمستخدم في تحديد القواعد والأسس القانونية المتعلقة بعلاقة العمل، وهذا ما من شأنه أن يفتح المجال واسعا أمام تعسفه، فأبى انحراف أو مخالفة من صاحب العمل تطبق عليه فكرة التعسف في استعمال الحق³، هذا إضافة إلى إمكانية تعسف العمال في استعمال حقوقهم، وذلك مهما كانت طبيعة العقد المبرم بين صاحب العمل والعمال سواء كان محدّد المدة أو غير محدّد المدة، وبالتالي فهناك تطبيق واسع لفكرة التعسف في استعمال الحق في مجال عقود العمل أكثر من أية عقود أخرى، ما يجعل هذه الفكرة مرنة في هذا المجال، وهو ما سوف يتمّ دراسته في (الفرع الأول)، لكن رغم مرونة فكرة التعسف

¹ الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 308.

² قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 21 أفريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، الصادر في أول شوال عام 1410 الموافق ل 25 أفريل سنة 1990، معدّل ومتمّم.

³ وهذا على خلاف الوضع الذي كان سائدا في ظلّ النظام الاشتراكي، فمن خلال دراسة مختلف القوانين التي تنظّم عالم الشغل قبل سنة 1990 أي قبل ظهور الإصلاحات الاقتصادية، نلاحظ أنّ الدولة هي المالكة لوسائل الإنتاج، ولها الحق في تنظيم وتسيير الإنتاج والتوزيع، دون أن تترك أية سلطة لطرفي علاقة العمل؛ فلم يكن للمستخدم أي دور في تنظيم علاقات العمل، بل هو ملزم باحترام القانون الأساسي العام للعامل عند استعمال أي حق له، أمّا إذا خالف القانون، فإنّ القرار الذي اتّخذه مخالفا له هو قرار باطل وليس تعسفي.

للمزيد من التفاصيل: سرور محمد، "نظرية التعسف والبطلان في تشريع العمل الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 53-68.

في استعمال الحق في مجال عقود العمل، إلا أنّ أغلب الحالات التعسفية التي تتحقّق بصدده تتجلى في إساءة استعمال حق إنهاء العقد، لذلك سوف يتمّ دراسة هذا الإنهاء التعسفي بتحديد معاييرها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مرونة فكرة التعسف في مجال عقود العمل

يتحقّق التعسف في كلّ أنواع عقود العمل سواء كانت محدّدة المدة أو غير محدّدة. كما قد يتحقّق سواء من جانب صاحب العمل أو من جانب العامل. كذلك فإنّه يتحقّق في كلّ مراحل العملية التعاقدية سواء أثناء إبرام العقد (أولاً)، أو أثناء تنفيذه (ثانياً)، أو أثناء إنهائه (ثالثاً).

أولاً- تحقّق التعسف في مرحلة إبرام العقد:

في إطار إبرام عقد العمل، قد يسعى ربّ العمل في سبيل حماية مصالحه إلى فرض شروط على العامل الذي يلتزم بها¹، ومنها شرط عدم المنافسة الذي يصطدم بوجود مبادئ دستورية سامية تتمثّل أساساً في مبدأ حرية العمل، حيث أنّ كلّ عامل يرغب في الحصول على منصب عمل بشروط أفضل، ما يجعل له حرية البحث عن مستخدم آخر². كما أنّ شرط عدم المنافسة يصطدم مع مبدأ المنافسة الحرة أو ما يعرف بمبدأ حرية التجارة والصناعة، لذلك فقد يعوّل ربّ العمل على هذا الشرط لدرجة التعسف والمغالاة في بعض الأحيان في فرضه. وفي غياب أحكام تشريعية خاصة تتولّى تحديد شروطه، تدرّج القضاء خاصّة الفرنسي على تحديد شروط صحة الاتفاق على عدم المنافسة، واستقرّ في آخر المطاف على أنّ شرط عدم المنافسة لا يكون مشروعاً إلا إذا وجدت مصلحة جدية لربّ العمل وأن يكون للشرط نسبية من حيث زمان ومكان التقيد به، كما يجب مراعاة طبيعة نشاط العامل، لذلك فإنّ وضع إطار تشريعي لهذا الشرط يعدّ ضرورة عملية تجد مبرّرها في الظروف الاقتصادية الراهنة التي تؤثر على إبرام علاقات العمل وسيرها، لاسيما في ظلّ الأزمة المالية الحالية التي قد تقسح المجال لتعسف

¹ لذلك فإنّ هناك من الفقهاء من يعتبر عقد العمل بصفة عامة عقد إذعان، توضع شروط من صاحب العمل دون أن يكون للعامل حريّة مناقشتها، لهذا السبب يجب تدخّل المشرع لحماية العمال.

بلخيسر عبد الحفيظ، الإنهاء التعسفي لعقد العمل (دراسة مقارنة)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 85.

² EL RAJAB Dima, L'opposabilité des droits contractuels (étude de droit comparé français et libanais), Thèse de Doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 33.

أرباب العمل في فرض شرط عدم المنافسة على طالب العمل واستغلال حاجته له¹. ومن جهة أخرى فقد يتحقق التعسف أيضا من جانب المستخدم الجديد الذي يتعاقد مع العامل الذي ارتبط بشرط عدم المنافسة مع المستخدم الأول، فالأصل أنه لا تتحقق مسؤولية من يستخدم عمال منافسيه، على اعتبار أنه يستعمل حقا مقررًا له في ذلك، إلا أنه قد تتحقق هذه المسؤولية إذا تعسف في استعمال هذا الحق، أي عندما يعلم بالظروف التي تقتضي بمنع هذا الاستخدام وذلك بقصد الإضرار بالمستخدم الأول المنافس له، إلا أن المستخدم الجديد لا يعتبر متعسفا إذا كان العامل الذي استخدمه غير مرتبط بشرط عدم المنافسة مع مخدومه السابق².

إن فالشرط الأساسي لإثارة مسؤولية المستخدم الجديد هو علمه بوجود شرط عدم المنافسة، وقد ألقى الاجتهاد القضائي عبئ إثبات هذا العلم على العامل الذي يجب عليه إعلام المستخدم الجديد بموضوع هذا الشرط، وفي حال عدم التزام العامل بهذا الواجب، فإن المستخدم الجديد لا تثار ضده أية مسؤولية³.

¹ بوقطة فاطمة الزهراء، "شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 03، جامعة الجزائر، 2009، ص 472-476، 483.

² فقد أقيمت مسؤولية مدير المسرح الذي أغرى ممثلا بعروض سخية على فسخ تعاقد مع منافس له، مع ما يعلمه من قيام الارتباط بينهما، والشركة التي استخدمت مديرا سابقا لإحدى الشركات لمهارته مع ما تعرفه من الاتفاق بين هذا المدير والشركة السابقة على عدم منافستها.

عامر حسين، مرجع سابق، ص 179، 180.

وقد أثيرت الإشكالية عن مسؤولية المستخدم الجديد _الذي يعدّ طرف أجنبي عن عقد العمل الأول_ منذ وقت طويل، ويتطور الاجتهاد القضائي تم الاعتراف بهذه المسؤولية، وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في

1 فيفري 1932، وهو ما تجسّد اليوم من خلال المادة 3-1237.L من قانون العمل التي نصت على ما يلي:

«L'orsqu'un salarié ayant rompu abusivement un contrat de travail conclu un nouveau contrat, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent dans les cas suivants:

1⁰ S'il est démontré que le nouvel employeur est intervenu dans la rupture;

2⁰ Si le nouvel employeur a engagé un salarié qu'il savait déjà lié par un contrat de travail;

3⁰ Si le nouvel employeur a continué d'employer le salarié après avoir appris que ce dernier tait encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans ce cas, sa responsabilité n'est pas engagée si, au moment ou il a été averti, le contrat de travail abusivement rompu par le salarié était venu a expiration, soit s'il s'agit de contrat a duré indéterminée par l'expiration du préavis ou si un délai de quinze jours s'était écoulé depuis la rupture de contrat».

EL RAJAB Dima, op. cit., p. 32, 33.

³ Ibid, p. 35.

ثانياً_ تحقق التعسف في مرحلة تنفيذ العقد:

في مرحلة تنفيذ عقد العمل، قد يتعسف ربّ العمل في استعمال حقه برفض تجديد عقد العمل المحدّد المدة الذي يربطه بالعامل، وذلك بغير الاستناد إلى أسباب جدّية، وذلك كأن يكون العامل قد أمضى مدة طويلة من العمل مرتبطاً بالمشروع ولم يكن له باقياً غير مدة قصيرة على استحقاق معاش التقاعد، فهذا دليل واضح على تعسف ربّ العمل في استعمال حقه في رفض تجديد عقد العمل المحدّد المدة¹.

ثالثاً_ تحقق التعسف في مرحلة إنهاء العقد:

رغم التطبيق الواسع لفكرة التعسف في استعمال الحق في مجال علاقات العمل، إلّا أنّ أغلب الحالات التعسفية التي تتحقّق في هذا الميدان وتطرح أمام القضاء تتجسّد عملياً في استعمال حق إنهاء عقود العمل غير محدّدة المدة²، حيث أنّ استعمال حق إنهاء العقد من جانب واحد قد يتدخّل فيه التعسف كتنقييد لحرية وحق التعاقد³. ويعدّ إنهاء عقد العمل غير المحدّد المدة طريقاً عادياً من طرق انتهاء هذا النوع من العقود، وذلك للحيلولة دون تأبيدها باعتبارها عقود مؤقتة بطبيعتها، لأنّ تأبيد العقد هو أمر مخالف للنظام العام وانتهاكاً للحريات الشخصية التي كفلها الدستور، لذلك فقد منح المشرع لكلّ من العاقدین وخروجاً عن المبادئ العامة وخوفاً من تأبيد العقد الحق في إنهائه⁴، ومقتضى ذلك هو احتفاظ

¹ محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 63، 64.

وهذا ما قضت به محكمة التعقيب الفرنسية، حيث ألزمت ربّ العمل بتعويض الضرر اللاحق بالعامل مبيّنة أنّه لا يجوز لربّ العمل أن يتعسف في استعمال حقه في التحلّل من العقد ومنع تجديده مضيئة أنّ إقرار حق التحلّل لربّ العمل لا يجوز أن يترتّب عليه استبعاد القيود التي يجب أن تفرض عليه كغيره من الحقوق بمنع إساءة الاستعمال، وقد أصاب الحكم المطعون فيه عندما قضى بأنّ الحق في رفض تجديد العقد ليس حقاً مطلقاً أو تقديرياً.

هدى لطيف العقيدى، التعويض عن الفصل التعسفي في قانون العمل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 43، 44.

² حيث أنّ المشرع الفرنسي أصدر تشريع خاص ينظّم فيه إنهاء عقد العمل من جانب واحد وهو القانون الصادر في 27 ديسمبر 1890، وقد طبّق في ذلك فكرة التعسف في استعمال الحق.

DIDRY Claude, ANCEL Pascal, op. cit., p. 55.

³ MEHANNA Myriam, op. cit., p. 268.

⁴ عبد الله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء عقد العمل (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الإمارات، 2011، ص 15، 16.

كلّ من العاقدین بحريته الكاملة في التحلّل من الرابطة القانونية الناشئة عنه وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته، وبصرف النظر عن إرادة أو مصلحة المتعاقد الآخر في الاستمرار في هذه الرابطة، طالما كان لهذا الأخير كذلك مثل هذا الحق¹، ونتيجة لذلك فإنّ لصاحب العمل الاستغناء عن اليد العاملة الزائدة أو غير الخبيرة، وللعامل أيضاً حق استرجاع حريته كلّما ظهر له ذلك²، إلّا أنّ حق الإنهاء المخوّل لطرفي عقد العمل غير المحدّد المدة يعدّ من أخطر الحقوق التي يستعملها صاحب العمل أو العامل، حيث أنّه غالباً ما ينتج عن استعماله ضرر بالطرف الآخر، لذلك حرص المشرع على ضبط استعمال هذا الحق وأقامه على أساس منع التعسف في استعماله حرصاً منه على استمرارية العمل ودفعاً للضرر الذي قد ينجم عن الانحراف بهذا الحق عن غايته.

وبما أنّ العقود التي تبرم لمدة غير محدّدة هي التي تمنح حق الإنهاء للطرفين في أيّ وقت نظراً لطبيعتها³، لذلك فإنّ التعسف يحدث بمناسبة إنهاء هذه العقود، أمّا إذا حدث أن تمّ إنهاء عقد العمل محدّد المدة، فإنّنا نكون أمام فسخ العقد وليس ممارسة لحق الإنهاء، فلا وجود لهذا الحق بصدد العقد المحدّد المدة، حيث أنّ القواعد المتعلقة بالتسريح لا تنطبق عليه، ولقد ردّد هذه الفكرة فقهاء كثيرون وأخذ بها القضاء في مختلف أحكامه⁴، إلّا أنّ هذا لا يمنع من قيام التعسف في هذه العقود، فتسريح العامل عند انتهاء مدة العقد والمبرم مخالفة لنص المادة 12 من القانون رقم 90-11 أي مخالفة للحالات والشروط القانونية لإبرام عقود العمل المحدّدة المدة⁵ هو إنهاء تعسفي لعقد العمل المحدّد المدة⁶. كما يمكن إنهاء عقد العمل محدّد المدة قبل حلول أجله باتفاق الطرفين، وفي هذا الصدد فإنّ تسريح العامل دون صدور خطأ منه وقبل انتهاء مدة العقد، يعدّ هو الآخر تسريح تعسفي، ومن ثمّ فإنّ هذا النوع من

¹ هدى لطيف العقدي، مرجع سابق، ص 151.

² بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 13.

³ FRASSON Vanessa, Les clauses de fin de contrat, Doctorat en droit, mention: droit privé, Université Jean Moulin, Lyon 3, 2014, p. 37.

⁴ بوحميّة عطاء الله، التسريح لسبب اقتصادي (مفهومه، إجراءاته وآثاره)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 126.

⁵ زوبة عز الدين، سلطة المستخدم التأديبية في إطار المادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون في إطار مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، فرع: القانون الخاص، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011، ص 129.

⁶ وذلك لأنّ عقد العمل المحدّد المدة إذا تمّ تجديده، أو أبرم خارج الحالات المنصوص عليها صراحة في نص المادة 12 من القانون رقم 90-11، يتحوّل إلى عقد عمل غير محدّد المدة، وذلك حسب نص المادة 14 من نفس القانون، لهذا السبب فيمكن تحقّق التعسف في إنهاءه.

عقود العمل يتقارب مع العقود غير المحددة المدة من حيث تطبيق نظرية التعسف في التسريح¹، لكن بصفة استثنائية ومع إثبات ذلك.

ورغم الحق المخول لكلا طرفي عقد العمل غير المحدد المدة في إنهائه، إلا أنه قد ثبت أن المستفيد الوحيد منه هو صاحب العمل الذي لا يلحقه أي ضرر عندما يقوم بإنهاء العقد، لكونه يستطيع أن يجد عمالا جدد بكل سهولة، أما العامل فقلما يلتجئ إلى الاستقالة لحرصه على وصل عيشه، وإذا وقع الإنهاء من جانبه فصوره تكاد تنحصر في حالات قليلة جدًا أغلبها تتحقق في حالة اتفاق العامل مع منافس المستخدم على ترك العمل لأجل تعطيل المؤسسة التي يعمل فيها خصوصا أثناء الموسم، حيث يتعدّر وجود عامل آخر بسرعة²، فالعامل رغم تمتّعه بحق إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادته المنفردة، والذي عبّرت عنه المادة 68 من قانون رقم 90-11 بمصطلح الاستقالة، إلا أن هذا الحق يجب أن يمارس في حدود مشروعة، فحقه ينتهي عندما يبدأ حق الطرف الآخر، لذا فيجب عليه أن يحترم مدة الإشعار التي يمنحها للمستخدم قبل ترك عمله، وذلك حتى لا يلحق به ضرر، حيث تسمح هذه الفترة للمستخدم بالبحث عن عامل جديد ومؤهل، أما إذا ترك العامل منصب عمله قبل انقضاء هذه المهلة وبدون احترامها، فيعدّ ذلك إنهاء تعسفي من جانب العامل³.

ورغم مرونة فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال عقود العمل، إلا أننا سنقصر الدراسة في ذلك على الإنهاء التعسفي لعقود العمل غير المحددة المدة بالإرادة المنفردة من صاحب العمل، وذلك لكثرة استعمال حق الإنهاء من جانب صاحب العمل بصفة تعسفية، وهذا ما يلحق بالعامل المسرّح أضرارا جسيمة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية مقارنة بالضرر البسيط الذي يصيب المستخدم

¹ بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 90.

² بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 13.

إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، مرجع سابق، ص 44.

³ BORSALI HAMDAN Leila, Droit du travail, Berti éditions, Alger, 2014, p. 158, 160.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها، حيث جاء في إحدى حيثياته: "... ذلك أنّ العامل لما أنهى علاقة العمل التي تربطه مع المطعون ضدها مباشرة بعد تقديم طلب الاستقالة إلى هذه الأخيرة دون احترام فترة الإشعار المسبق المحدد بثلاثة أشهر في العقد، فإنّه يكون بهذا التصرف أخلّ بالتزامه التعاقدي، وألحق ضررا بالهيئة المستخدمة يترتب عليه التعويض، وحتى وإن كانت الاستقالة حق معترف به للعامل، فإنّ هذا الأخير يتعيّن استخدامه بما يسمح به القانون، وأن لا يلحق أضرار بالغير عند استعماله...".

ملف رقم 450460، قرار بتاريخ 2008/07/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، ص 439.

نتيجة استعمال هذا الحق من قبل العامل والذي نادرا ما يستعمله، ويقتضي دراسة هذا الإنهاء التعسفي توضيح معايير التي تجسّد فكرته.

الفرع الثاني

معايير الإنهاء التعسفي

حتى تتّضح هذه المعايير ينبغي تعريف الإنهاء التعسفي والذي قد اختلف الفقه في تعريفه، وذلك فيما إذا كان الإنهاء التعسفي تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق أم أنّ هناك اختلاف بينهما، وهذا ما صاحبه عدم وضوح معايير الإنهاء التعسفي.

نجد بعض التشريعات وكذلك بعض الفقهاء وأحكام القضاء قد استعملوا عدّة مصطلحات للتعبير عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل كالإنهاء التعسفي، الإنهاء بلا مبرّر، الفسخ التعسفي، الفسخ بلا مبرّر¹، غير أنّ المشرع الجزائري لم يقع في هذا الخلط، فقد أضفى وصف التعسف فقط على حق الإنهاء المقرّر للعقود غير المحدّدة المدة، وعبر عن ذلك بمصطلح التسريح إذا تمّ استعمال هذا الحق من قبل

¹ ومن التشريعات التي لم تميّز بين هذه المصطلحات واستعملتها كمعاني مترادفة، نذكر التشريع المصري والتشريع التونسي، إلّا أنّ هناك اختلافات جوهريّة تقتضي التمييز خاصة بين مصطلحي الفسخ والإنهاء، وذلك نظرا لما يترتّب على كلّ منهما من نتائج مختلفة وخاصة فيما يتعلّق بالتعسف، ويمكن إجمال أوجه الاختلاف بينهما في عدة نواحي؛ فمن حيث السبب فالفسخ سببه هو إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته فهو جزء لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد التبادلي، أمّا الإنهاء من جانب واحد فلا يتوقّف وجوده على الإخلال بأيّ التزام وإنّما يعتبر حقا خالصا لكلا المتعاقدين لوضع حدّ لعلاقتهم دون رضا الطرف الآخر، لكن هناك قيود ترد على استعمال هذا الحق. أمّا من حيث المصدر فالفسخ مصدره إمّا القضاء أو القانون أو الاتفاق حسب القواعد العامة للقانون المدني، بينما الإنهاء بالإرادة المنفردة هو حق خالص لأحد المتعاقدين. ومن حيث النطاق، فالفسخ يرد على عقود العمل المحدّدة المدة وغير المحدّدة المدة إذا تحقّق سببها، بينما الإنهاء فلا يرد إلّا على عقود العمل غير المحدّدة المدة، باستثناء حالة واحدة تتمثّل في عقود العمل تحت التجربة، فرغم اعتبار هذه العقود محدّدة المدة في المادة 18 من القانون رقم 90-11، إلّا أنّ طبيعتها تقتضي منح طرفي العقد حق إنهائه في أيّ وقت، على هذا الأساس فقد تمّ نقد المشرع الجزائري الذي استعمل مصطلح الفسخ بصدد هذه العقود وذلك بمقتضى المادة 20 من القانون رقم 90-11، لأنّ المصطلح الأصح هو "الإنهاء". ومن حيث الآثار القانونية فالفسخ يعفي المتعاقد من مهلة الإخطار ومن التعويضات، بينما الإنهاء يفرض القانون على صاحبه قيدين أحدهما موضوعي وهو مراعاة مهلة الإخطار وثانيهما شخصي هو عدم التعسف. ومن حيث الجزاء فيترتّب على تخلف سبب الفسخ البطلان، بينما يترتّب على تخلف السبب الشرعي للإنهاء التعسف في استعمال حق الإنهاء، وهكذا نجد أنّ التعسف لا يلحق سوى الإنهاء، باعتباره حق مكرّس قانونا.

للمزيد من التفاصيل حول الموضوع: بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 49-72.

صاحب العمل، ومصطلح الاستقالة إذا استعمله العامل رغم ندرة استعمال هذا الأخير لحقه¹، وعليه فالمصطلح الأصح والأدق هو مصطلح الإنهاء التعسفي.

لكن ورغم أنّ المشرع الجزائري واضح في ضبطه للمصطلحات، إلا أنّه لم يعرف فكرة الإنهاء التعسفي لا في القانون المدني ولا في قوانين العمل، وبالتالي فقد اختلف الفقه بشأن تحديد مفهومها وتعريفها، وذلك فيما إذا كان الإنهاء التعسفي لعقد العمل تطبيقاً لفكرة التعسف في استعمال الحق، أم أنّ هناك اختلاف بينهما²، لذلك فقد تعددت التعاريف الفقهية للإنهاء التعسفي لعقد العمل، حيث عرفه الفقه الفرنسي بأنّه يتجلى في نية ورغبة المستخدم في تسريح العامل للمساس بحرياته العامة أو الخاصة، أو بقصد التحايل على القانون وحقوق العمال في حياتهم المهنية، أو بقصد تقاضي التزاماته تجاه العمال، وعليه فإنّ الفقه الفرنسي اعتبر أنّ الإنهاء التعسفي هو كلّ تسريح صادر من طرف المستخدم ضدّ عامل خرقاً للأحكام التشريعية³، إلا أنّ ما يؤخذ على هذا التعريف أنّه حصر الإنهاء التعسفي في جانب صاحب العمل على الرغم من أنّ الإنهاء التعسفي يرد بالنسبة للعامل وصاحب العمل على حدّ سواء، وعليه فإنّ الإنهاء التعسفي لعقد العمل هو كلّ تصرف من قبل صاحب العمل أو العامل بقصد إنهاء عقد العمل بدون أيّ مبرّر قانوني، حيث يهدف للإضرار بالعامل أو بصاحب العمل، على الرغم من أنّ الأهمية العملية للإنهاء التعسفي لعقد العمل تبرز على الأخصّ في مجال إنهاء عقد العمل من قبل صاحب العمل⁴. لذلك فإنّ أغلب التعاريف الواردة بخصوص الإنهاء التعسفي تركز على الإنهاء الصادر من صاحب العمل، وعلى ذلك فقد عرفه الأستاذ "المنجي طرشونة" بأنّه عمل غير مشروع، وبعبارة أدقّ غير مبرّر يبادر بمقتضاه صاحب العمل بإنهاء العلاقة الشغلية الناتجة عن عقد العمل المبرم لمدة غير محدّدة، بحيث تكمن صبغته التعسفية في ارتكاب صاحب العمل خطأ عند ممارسة حقه في الطرد ينجّر عنه ضرر للعامل يستوجب التعويض. إلا أنّ هذا التعريف قد اقتصر فقط على عدم وجود تبرير للفصل، وبذلك يكون قد أقصى من ميدان الفصل التعسفي عدم احترام الإجراءات القانونية الواجب

¹ المرجع نفسه، ص 71.

² المرجع نفسه، ص 6-8.

³ طربيت سعيد، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون المؤسسات، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 79، 80.

⁴ عبد الله فواز حمادنة، مرجع سابق، ص 13.

مراعاتها عند إنهاء عقد العمل¹، كما يعاب على تعريف الأستاذ "طرشونة" أنه كيف إنهاء التعسفي على أساس أنه خطأ يرتكبه صاحب العمل، لذلك فإنّ الإنهاء التعسفي في الحقيقة هو إنهاء بلا مبرر لعقد العمل غير المحدّد المدة أو إنهاؤه دون احترام الإجراءات المحدّدة قانوناً، فهو لا يقوم حتماً على الخطأ لأنّ التعسف يكون دون وجود الخطأ، وبالتالي فكلّ إنهاء غير مبرر أو بدون احترام الإجراءات هو إنهاء تعسفي²، كما أنّ الإنهاء التعسفي هو استعمال حق الإنهاء دون أن تتوافر في الطرف الراغب في إنهاء العقد مصلحة مشروعة من ورائه وفقاً للنص العام الذي يتضمّن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، حيث أنّ هذا الإنهاء يصدق عليه وصف التعسف إذا كان الطرف الراغب في الإنهاء قد أراد من وراء ذلك مجرد الإضرار بالطرف الآخر، أو تحقيق مصلحة تتّصف بعدم المشروعية، أو حتّى ولو انطوت المصلحة على المشروعية، ولكنها لا تتناسب البتّة مع ما يصيب المتعاقد الآخر من ضرر من جرّاء الإنهاء، وبعبارة أخرى فإنّ الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل هو كلّ تصرف من قبل صاحب العمل أو العامل بقصد إنهاء عقد العمل بدون مبرر ويهدف إلى الإضرار بالطرف الآخر³.

من خلال كلّ هذه التعاريف الفقهية المختلفة نستنتج أنّه يصعب وضع تعريف جامع ومانع لفكرة الإنهاء التعسفي لعقد العمل، لأنّ كلّ تعريف منها يلقي الضوء على حالة للإنهاء التعسفي دون شموله على الحالات الأخرى له. لذلك سنحاول استجماع كلّ هذه الحالات من خلال تحديد معايير الإنهاء التعسفي، وبذلك تتّضح أكثر فكرة الإنهاء التعسفي لعقد العمل والتي تعدّ تطبيقاً من تطبيقات فكرة التعسف في استعمال الحق.

فعلى اعتبار أنّه يتعدّر وضع تعريف دقيق محدّد النطاق للإنهاء التعسفي، فإنّه يصعب أيضاً تحديد معايير ثابتة لأحوال الإنهاء التعسفي، حيث لم يستطع أيّ تشريع أن يتناول مثل ذلك أو يحدّد نطاق الإنهاء التعسفي بأيّة صيغ أو أيّة معايير⁴. لذلك فيمكن أن نشير في هذا السياق إلى أنّ المعايير التي تضمّنتها فكرة التعسف في استعمال الحق الواردة في نص المادة 124 مكرّر من القانون المدني

¹ هدى لطيف العقيدي، مرجع سابق، ص 36، 37.

² واضح رشيد، "إنهاء عقود العمل غير محددة المدة بين المشروعية والتعسف"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 189، 190.

³ بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 86، 87.

⁴ عامر حسين، مرجع سابق، ص 329.

يمكن تطبيقها على بعض حالات الإنهاء التعسفي، إلا أن هناك حالات أخرى قد لا تستوعبها هذه المعايير بالنظر إلى كثرة وتعدد حالات الإنهاء التعسفي.

وباعتبار أن فكرة التعسف في استعمال الحق في عموميتها لم تتقيد بتلك المعايير، حيث تم إيرادها على سبيل المثال، فما بالك فكرة الإنهاء التعسفي لعقد العمل التي تعد مجرد تطبيق لها. وبالتالي يمكن القول أن التعسف في استعمال حق إنهاء عقد العمل قد يتحقق أيضا بالخروج أو عدم احترام القواعد الموضوعية والشكلية التي وضعها التشريع العمالي الذي لم ينص على معايير الإنهاء التعسفي، بل قد اكتفى فقط على مجرد النص على حق إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة لكلا طرفيه، وهذا ما يؤدي إلى اتساع معايير التعسف في استعمال حق الإنهاء التي تشمل كل خرق للأحكام القانونية، فكل إنهاء يقوم به صاحب العمل أو العامل مخالفا في ذلك تشريع العمل، فإنه يكون مشوبا بطابع التعسف بغض النظر عن مدى توافر المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق، ولكن رغم إمكانية إضافة معايير خاصة بالإنهاء التعسفي إلى جانب المعايير العامة، إلا أن الإنهاء التعسفي لا يختلف عن مفهوم التعسف في استعمال الحق، بحيث لا يجوز أن يناقض استعمال حق الإنهاء الغرض الذي منح من أجله هذا الحق.

وبصدد الحديث عن كل ذلك سنتناول معايير الإنهاء التعسفي من جانبين وهما: معايير حسب القواعد العامة للقانون المدني (أولا)، ومعايير حسب القواعد الخاصة لقانون العمل (ثانيا).

أولا- معايير حسب القواعد العامة:

لقد نصت المادة 124 مكرّر من القانون المدني الجزائري على ثلاثة معايير جوهرية تجسّد فكرة التعسف في استعمال الحق والتي تتمثل في: قصد الإضرار بالغير، انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها، وبما أن الإنهاء التعسفي لعقد العمل يعدّ تطبيقا من تطبيقات فكرة التعسف في استعمال الحق، وبالتالي فإن هذه المعايير تجسّد أيضا فكرة الاستعمال التعسفي لحق إنهاء عقد العمل غير محدّد المدة، وهو ما سوف نحاول توضيحه.

1_ معيار قصد الإضرار بالغير:

إنَّ أول معيار يجسّد هذا التطبيق هو معيار قصد الإضرار، حيث يرى جانب من الفقه أنَّ دفع صاحب العمل للعامل بترك العمل بسبب التصرفات غير المشروعة من قبل صاحب العمل هو تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق من خلال نيّة الإضرار بالعامل التي تظهر لدى صاحب العمل¹، والذي يتحایل للتخلص من حكم التعسف في الإنهاء، وذلك بامتناعه عن الإقدام مباشرة على إنهاء العقد من جانبه، واكتفائه بإتّباع مسلك غير مبرّر أو غير مشروع من شأنه دفع العامل إلى الإنهاء وقاصداً بذلك إرغامه على الاستقالة، بحيث يبدو أنَّ العامل هو المنهي للعقد في الظاهر، في حين أنَّ صاحب العمل هو المنهي له في الحقيقة، وبذلك فقد تمّ ردّ التحايل إلى صاحبه ولم يتمّ الاعتداد بالظاهر، وإنّما اعتدّ بالوضع الحقيقي، فاعتبر الإنهاء _رغم صدوره من العامل_ في حكم الإنهاء الصادر من صاحب العمل وهو إنهاء تعسفي، فطالما أنَّ مسلك صاحب العمل المتسبّب في الإنهاء هو مسلك غير مبرّر أو غير مشروع، فيعتبر بالتّالي هذا الإنهاء مشوباً بالتعسف. ومن بين الحالات التي تجعل سلوك صاحب العمل هو السبب في إنهاء العقد من طرف العامل، نجد حالة نقل العامل إلى مركز أقلّ ميزة أو ملائمة، فإذا كان الأصل أنَّ لصاحب العمل الحق في نقل العامل إلى مركز آخر أقلّ ميزة أو ملائمة من المركز الذي يشغله استعمالاً لحقه في تنظيم مؤسسته، فإنّ ذلك مقيد بمصلحة العمل وانعدام قصد الإساءة إلى العامل، وبالتالي فإذا كان النقل لا تقتضيه مصلحة العمل، وإنّما كان لمجرّد الإساءة والإضرار بالعامل، ورفض هذا الأخير تنفيذ أمر النقل أو قدّم استقالته وقام صاحب العمل بفصله، فإنّ هذا الفصل يعدّ تعسفياً²، وكذلك حالة تخفيض أجر العامل والذي يعتبر إخلالاً من رب العمل بركن أساسي من أركان عقد العمل، وهذا ما يعطي للعامل الحق في ترك العمل لما للأجر من أهميّة بالغة في عقد العمل، فلا يقوم العقد بدونه، لأنّ تخفيض الأجر في مضمونه وجوهره فصل للعامل عن طريق حمله على ترك العمل بسبب تخفيض أجره والذي يعدّ فصلاً تعسفياً³.

¹ عبد الله فواز حمادنة، مرجع سابق، ص 130.

² بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 217-219.

³ عبد الله فواز حمادنة، مرجع سابق، ص 124.

كذلك من تطبيقات معيار قصد الإضرار نجد التعسف في إنهاء عقد العمل بشرط الاختبار¹ خلال مدة الاختبار، حيث أنه من المعتاد أن يقوم صاحب العمل بتعيين أحد العمال تحت الاختبار، وهو في قرارة نفسه يعلم أنه لن يحتفظ به بعد انقضاء مدة الاختبار بصرف النظر عن نتيجة هذا الاختبار على سند من سلطته التقديرية التي يتمتع بها في إنهاء عقد العمل تحت الاختبار، والتي يستعملها للإضرار بالعامل الذي ثبت من حيث الواقع صلاحياته الفنية وأهليته الإنسانية، فإذا تمّ إنهاء هذا العقد بقصد الإضرار بالعامل فيعدّ ذلك إنهاء تعسفياً، كذلك فإنّ صاحب العمل الذي ينهي عقد العمل تحت الاختبار وأثناء مدة الاختبار دون أن يسمح للعامل بالوقت الملائم والكافي لأداء العمل المطلوب منه² يعدّ قرينة على قصد الإضرار، وبالتالي فهو إنهاء تعسفي.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ إثبات الإنهاء التعسفي يقع على عاتق العامل المفصول، وعلى ذلك فهو يثبت سوء نية صاحب العمل بكافة وسائل الإثبات، إلّا أنّ إثبات قصد الإضرار تعدّ مسألة في غاية الصعوبة لأنها تتعلق بحالة نفسية داخلية. لذلك نشير في هذا المضمار أنّ إثبات سوء نية صاحب العمل في حالة عدم وجود سبب حقيقي وجدي لإنهاء عقد العمل لا يمثل صعوبة إثبات للعامل على اعتبار أنّ مجرد غياب السبب يمثل قرينة على سوء نية صاحب العمل. أمّا في حالة عدم احترام الإجراءات، فإنّ إثبات سوء نية صاحب العمل يكون صعباً لوجود سبب حقيقي يبرّر فصله للعامل.

2_ معيار عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير:

إذا ما ألقينا بظلّ هذا المعيار على الإنهاء التعسفي نجد أنّه من المؤكّد مبدئياً أنّ العامل المفصول بدون سبب يبرّر فصله يكون ضرره كبيراً سواءً من الناحية المادية، إذ أنّه سيفقد مورد رزقه وبالتالي ستعوّزه الحاجة، أو من الناحية الأدبية على اعتبار أنّ نفسيته ستكون سيئة جداً نظراً بإحساسه بالظلم والقهر³، وهذا الضرر الذي يصيب العامل يكون كبيراً مقارنة بالمصلحة الضئيلة التي تعود على صاحب

¹ رغم اعتبار عقد العمل تحت التجربة محدّد المدة حسب المادة 18 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، إلّا أنّه يخوّل لطرفي العقد حق الإنهاء خلال فترة التجربة حسب المادة 20 من القانون رقم 90-11 وذلك على خلاف عقود العمل المحدّدة المدة، نظراً لطبيعة عقد العمل تحت التجربة، وبالتالي إمكانية التعسف في استعماله.

² أسامة أحمد بدر، الدور التكميلي لقواعد المسؤولية المدنية عند الرجوع على صاحب العمل (دراسة تحليلية قضائية في القانونين الفرنسي والمصري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 122، 123.

³ هدى لطيف العقيدى، مرجع سابق، ص 49، 50.

العمل، ويتحقق هذا المعيار مثلا إذا قام ربّ العمل بطرد أحد عماله مستندا في هذا الطرد إلى غياب العامل بعض الأيام مدّعا المرض، وهنا يكون على القاضي أن يدخل في حسابه جميع الاعتبارات العامة بأن يوازن بين موقف العامل من وراء هذا التصرف وبين حرية ربّ العمل غير المرتبط بالتزام محدّد المدة، وما يظهر من أن تلك الحرية لربّ العمل يحميها حقه في إنهاء عقد العمل غير المحدّد المدة، مع تقدير مدى النفع العام في عدم المساس بهذا الحق ومدى ذلك النفع في تقادي ما ينشأ عن استعمال هذا الحق من أضرار، وإذا تبيّن أنّ ربّ العمل كان قد تصرف بباعث مشروع، فإنّه من السهل عندئذ تغليب المصالح الأخرى على تلك التي يركن إليها ربّ العمل، وهذا ما يحقّق اختلال التوازن بين المصالح¹. كما يعدّ تسريح العامل تعسفيا إذا تمّ بسبب حوز على مستحقّات العامل تحت يد صاحب العمل، أو بسبب الديون المتراكمة على العامل قبل الغير، وذلك لأنّ المصلحة التي يرمي صاحب العمل إلى تحقيقها - وهي تجنّب مضايقة دائني العامل الذين يحجزون على مستحقّاته تحت يد صاحب العمل - هي مصلحة قليلة الأهمية ولا تتناسب مع الضرر الكبير الذي يصيب العامل نتيجة فصله، وتعدّ هذه الحالة تطبيقا مباشرا لمعيار التعسف في استعمال الحق² المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرّر من القانون المدني الجزائري.

3_ معيار المصلحة غير المشروعة:

بخصوص تطبيق هذا المعيار، فإنّ صاحب العمل الذي يطلب من عماله توقيع ورقة إضافية باستلام أجور إضافية تحت ستار إنهاء عقودهم يكون متعسفا، لأنّ المصلحة المرجوة غير مشروعة، وكذلك الأمر إذا فصل عامل من عمله بحجّة أنّه يمارس نشاطا نقابيا، تكون المصلحة فيه مخالفة للقانون، وبالتالي غير مشروعة³، وذلك لأنّ النقابة تعدّ الهيئة الأساسية التي تدافع عن مصالح العمال والبحث عن استقرارهم، وهذا ما طبّقه القضاء الفرنسي الذي اعتبر التسريح تعسفيا إذا كان بسبب ممارسة النشاط النقابي أو الانخراط في النقابة أو الانضمام إليها أو دعوة العامل إلى الانضمام لنقابته أو لاستقالته من نقابته، وعليه فكلّ قرار يتّخذه صاحب العمل آخذا بعين الاعتبار انتماء العامل إلى نقابة أو

¹ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 97، 98.

² وهذا ما تضمّنته المادة 695 فقرة 2 من القانون المدني المصري التي نصت على أنّ الفصل يكون تعسفيا إذا وقع بسبب حوز أوقعت تحت يد ربّ العمل أو وقع الفصل بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير.

بلخضر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 216.

³ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 97.

ممارسة نشاطه النقابي يعتبر قرار تعسفي¹، وذلك لأن المصلحة التي يريد صاحب العمل هنا تحقيقها هي مصلحة غير مشروعة، لكون الحق النقابي يعدّ من الحريات الأساسية للأفراد، وهذا ما أقرته جُلّ الدساتير العالمية. كما أنه من المعروف أنّ للعامل الحق في أن يطالب بكلّ الوسائل المشروعة بحقوقه تجاه صاحب العمل، بحيث يستطيع العامل أن يسلك الطريق القضائي للمطالبة بحقه، فمن حق العامل أن يطالب صاحب العمل بالالتزام بشروط عقد العمل وحقه بالمطالبة بالحد الأدنى من الأجور، وبالتالي فإنّ هذه المطالبة يجب أن لا تكون سببا يتّخذها صاحب العمل لإنهاء خدمات العامل أو اتخاذ إجراء تأديبي بحقه، ومن هنا فإذا قام صاحب العمل وعلى ضوء مطالبات العامل بحقوقه بإنهاء خدمات هذا الأخير، فإنّ هذا الإنهاء يعدّ فصلاً تعسفياً² وتطبيقاً لمعيار المصلحة غير المشروعة، والذي يطبق أيضاً في مجال إنهاء عقود العمل تحت التجربة، حيث أنّ صاحب العمل وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تخوله إنهاء مثل هذه العقود خلال فترة التجربة، إلّا أنّه ليس من الجائز قانوناً التعسف في استعمال هذا الحق لغير بواعث مشروعة، كالتهرّب والنجاة من الالتزامات التي يفرضها القانون على عاتقه لاسيما وأنّ إنتهائه للعقد في مدة الاختبار يكون وفق شروط يسيرة، في حين أنّ هذا الإجراء يخضع لقيود قانونية أشدّ بعد انقضاء تلك المدة رغم وحدة الطبيعة القانونية للإجراءين³.

¹ وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة في نص المادة 412 فقرة 2 من قانون 13 جويلية 1973 المتعلق بقانون التسريح كما يلي:

«Il interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantage sociaux, les mesures de discipline et de congédiement. Il est interdit à tout employeur de prélever les cotisations syndicales sur les salaires de son personnel et de les payer au lieu et place de ce lui-ci. Le chef d'entreprise ou ses représentants ne doivent employer aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque. Toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents est considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts. Ces dispositions sont d'ordre public».

بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 126، 127.

² عبد الله فواز حمادنة، مرجع سابق، ص 183.

وقد قضت محكمة النقض بأنّه إذا كان الحكم قد أثبت تعسف الشركة المطعون عليها في فصل الطاعن عن عمله بمجرد رفعه دعوى بالمطالبة بما يعتقد أنّه من حقه أو اعتبر الحكم أنّ هذا الفصل التعسفي رتبّ عليه مسؤولية الشركة المطعون عليها عن تعويض الطاعن عن الضرر ثمّ قرّر الحكم التعويض في حدود حقه المطلق في التقدير على هدى العناصر التي أشار إليها ويستوجبها قانون عقد العمل الفردي عند التقدير، فإنّ ما ورد في الحكم يتضمّن الردّ الكافي على ما ينبغي به الطاعن عليه من القصور ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 69.

³ أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 120، 121.

رغم كلّ هذه التطبيقات العديدة لمعايير فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير المحدّد المدة، إلّا أنّ ذلك لا يخدم مصلحة العامل ولا يحقق له الحماية الكافية، وهذا ما أدّى بقانون العمل رغم تبنيّه لفكرة التعسف في استعمال الحق بمختلف معاييرها إلى تجاوز هذه الأخيرة باعتبار أنّها واردة على سبيل المثال، ومحاولة وضع معايير أخرى أكثر توسّعا وتجسيدا لفكرة الإنهاء التعسفي¹.

ثانياً_ معايير حسب القواعد الخاصة:

إنّ المعايير المحدّدة في النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق تعدّ معايير عامة تمتاز بالشمول لكافة استعمال الحقوق، ويقتصر تطبيقها عند انتفاء نص خاص يحدّد طريقة استعمال حق من الحقوق، وإلّا فإنّ هذا النص هو واجب التطبيق أيضا. وبناء عليه فإذا ورد نص ينظّم طريقة استعمال حق الإنهاء يجب أن يتقيّد بها صاحب الحق عند لجوئه إلى الإنهاء، وبخلافه يعدّ متعسفا في استعمال حقه في الإنهاء وإن لم يكن متعسفا وفقا للمعايير العامة للتعسف².

هذا ما جاء صراحة في نص المادة 73-3 من قانون العمل الجزائري³ على أنّه: "كلّ تسريح فردي، يتم خرقا لأحكام هذا القانون، يعتبر تعسفيا وعلى المستخدم أن يثبت العكس". فالمشرع هنا جمع بين الإنهاء التعسفي ومخالفة أحكام قانون العمل، وقضى بأنّ الإنهاء يكون تعسفيا إذا كان مخالفا لأحكام القانون، وبالتالي فيمكن تحديد معيار الإنهاء التعسفي الذي اتّخذه المشرع بمعيار مخالفة وخرق أحكام قانون العمل. لذلك فقد تولّى قانون العمل تحديد طريقة استعمال حق إنهاء العقد، أمّا إذا استعمل بطريقة تخالف ذلك، فينبطوي الإنهاء على التعسف، فالقانون قد منح للمتعاقدین حق إنهاء عقد العمل غير محدّد المدة، إلّا أنّ استعمال هذا الحق يجب أن يتقيّد بالإطار القانوني الذي وضعه المشرع⁴، والذي لم يترك الباب مفتوحا على مصراعيه، حيث لم يسمح للمستخدم باستعمال هذا الحق على حسب

¹ هدى لطيف العقيدي، مرجع سابق، ص 54.

² به مويريز، مرجع سابق، ص 105.

³ قانون رقم 91-29 مؤرخ في 14 جمادي الثانية عام 1412 الموافق ل 21 ديسمبر سنة 1991، يعدّل ويتمّ القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 68، الصادر في 18 جمادي الثانية عام 1412 الموافق ل 25 ديسمبر سنة 1991.

⁴ به مويريز، مرجع سابق، ص 106، 107.

أهوائه، وإثما نظمته من خلال الضوابط الموضوعية والإجرائية التي تحكم هذا الإنهاء، والتي تقضي بضرورة أن يكون للإنهاء سبب حقيقي وجدّي يبرّره، وأن يتمّ ضمن الإطار الإجرائي القانوني المحدّد له.

ويتمّ معالجة ضوابط وقيود حق إنهاء عقد العمل غير المحدّد المدة بقصد الكشف عن دورها في ضمان الحماية اللازمة للعمال، والتي تتمثّل في الضابط الموضوعي الذي يتجسّد في السبب الحقيقي والجدّي للإنهاء، والضابط الإجرائي والمتمثّل في ضرورة احترام إجراءات الإنهاء، ومن خلال هذين الضابطين يسعى المشرع إلى ضمان عدم التعسف في استعمال حق الإنهاء¹، فكلّ إنهاء لعقد العمل غير محدّد المدة دون مراعاة هذه الضوابط فهو إنهاء تعسفي، وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري الذي اعتبر أنّ كلّ تسريح فردي يقع خرقاً للقانون يعدّ إنهاء تعسفي، وهذا يعني أنّه مهما كانت القاعدة القانونية التي يتمّ خرقها موضوعية كانت أو إجرائية². وعلى هذا الأساس فيمكن القول أنّ التعسف في مجال التشريع العمالي هو الخروج أو عدم احترام القواعد الموضوعية والشكلية التي وضعها المشرع، بمعنى أنّ معيار التعسف في هذا المجال يتمثّل في خرق الأحكام القانونية.

فإذا كان المعيار العام للإنهاء التعسفي الذي تبناه قانون العمل الجزائري هو معيار مخالفة هذا القانون الذي نصّ طريقة استعمال حق الإنهاء، حيث نص على أنّه يتمّ استعمال هذا الحق إذا وجد سبب حقيقي وجدّي يبرّر ذلك الإنهاء، كما نص على أنّه يجب احترام إجراءات محدّدة قانوناً عند استعمال هذا الحق، وأيّ مخالفة للقانون عند استعمال حق الإنهاء فيقع تعسفياً، وعلى ذلك فيتفرّع عن معيار مخالفة القانون معياران ثانويان يجسّدان فكرة الإنهاء التعسفي حسب قانون العمل الذي انتقل من المفهوم الضيق للتعسف إلى مفهوم واسع من خلال معيار مخالفة القانون الذي يقوم على معيارين مستقلّين في الواقع هما: الإنهاء غير المبرّر والإنهاء غير الصحيح من الناحية الإجرائية، وأدخلهما تحت طائلة التعسف الذي أصبح جزءاً لمخالفة قانون العمل من خلال غياب السبب الحقيقي والجدّي للإنهاء، وعدم احترام إجراءات الإنهاء³.

¹ فتحي وردية، ضوابط إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 18.

² بن رجال آمال، حماية العامل عند انتهاء علاقة العمل في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 132.

³ هدى لطيف العقيدي، مرجع سابق، ص 54، 55.

1_ معيار غياب سبب حقيقي وجدي للإنهاء:

لم يحدّد المشرع الجزائري حالات الإنهاء التعسفي، بل اكتفى بالنص على ضرورة تبرير الإنهاء بسبب، حيث أنّ إنهاء عقد العمل غير محدّد المدة بالإرادة المنفردة يجب أن تبرره إما أسباب تأديبية أو أسباب اقتصادية¹، أو أيّ سبب آخر يستدعي هذا الإنهاء، وهذا ما أكّده المادة 4 من الاتفاقية رقم 158 بشأن إنهاء الاستخدام بمبادرة من صاحب العمل لسنة 1982 التي جاء فيها: "لا ينهي استخدام عامل ما لم يوجد سبب صحيح لهذا الإنهاء يرتبط بمقدرة العامل أو بسلوكه، أو يستند إلى مقتضيات تشغيل المنشأة أو المرفق"، وهو أيضا ما أوضحه مَفْوُض الحكومة الفرنسي «Dondoux philipe» في مقال حول إنهاء عقد العمل ممثلي العمال وتحديدًا بشأن قضية «SAUBOUROU» بأنّه لا يوجد إلّا سببين لإنهاء عقد العمل، السبب الاقتصادي والسبب الشخصي، والسبب الأوّل يشمل كل الأسباب الأخرى التي لا تكون خاصة بالعامل.

ومنه فإن كان المشرع الجزائري قد استخدم فكرة الإنهاء التعسفي الذي يشمل جميع الحالات غير المبرّرة بأسباب تأديبية أو اقتصادية من جانب المستخدم²، ما يعني أنّ كلّ إنهاء غير مبرّر بسبب حقيقي وجديّ فهو إنهاء تعسفي³، إلّا أنّ مصطلح الحقيقي والجديّ لم يقع التتبع عليه ضمن أحكام المواد

¹ إضافة إلى الأسباب العامة التي تنتهي بها علاقة العمل، تنتهي أيضا بالإرادة المنفردة إمّا لأسباب تأديبية أو لأسباب اقتصادية. حيث نصت على ذلك صراحة المادة 66 من القانون رقم 90-11 كما يلي: "تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية: ... 4- العزل ... 6- التسريح للتقليص من عدد العمال ...".

² فتحي وردية، مرجع سابق، ص 20، 52، 103.

³ إلّا أنّه هناك جدل واختلاف فقهي حول التكييف القانوني للإنهاء الخالي من السبب الحقيقي والجديّ، حيث يرى الاتجاه الأوّل بأنّ الإنهاء الخالي من السبب الحقيقي والجديّ يعدّ إنهاء غير مبرّر وصاحبه لا يعتبر قد استخدم حقا، وإنّما يكون متجاوزا حدود حقه، ففي غياب السبب الحقيقي والجديّ لا يمكن القول بالتعسف في استعمال الحق في الإنهاء وإنّما يعدّ غيابا للحق، وعليه فإنّ التسريحات غير المبرّرة بسبب حقيقي وجديّ لا تعدّ تسريحات تعسفية. بينما الاتجاه الغالب في الفقه يرى بأنّ الإنهاء غير المبرّر بسبب حقيقي وجديّ هو اصطلاح مرادف للإنهاء التعسفي، حيث قال في ذلك الفقيه "برنارد فورني" أنّه أمام غياب توضيحات قانونية أو قضائية فيمكن أن تعتبر تسريحات تعسفية تلك التسريحات المفتقرة إلى سبب حقيقي وجديّ، وفي ذلك أيضا ذهب الفقيه "بيارت رونجر" إلى القول بأنّ التسريح سواء سمّناه غير شرعي أو تعسفي فالأمر يتعلّق بتسريح لم تثبت أسبابه الحقيقية والجديّة، هذا إضافة إلى العديد من الفقهاء وأحكام القضاء خاصة الفرنسي التي أخذت بهذا الاتجاه الثاني. فالتسريح التعسفي أو غير المبرّر بأسباب حقيقية وجديّة يحقّق نتيجة مفادها أنّ صاحب العمل قد استخدم حقا منافيا لغايته، وغاية الحق هي تحقيق مصالح غير مشروعة، وهذا يعدّ معيارا ماديا للتعسف قد تبنّاه قانون العمل، وبذلك فيكون قد وسّع كثيرا من مجال نظرية التعسف في استعمال الحق، وهذا يعود إلى الطبيعة الخاصة التي يتميّز بها قانون العمل.=

73 و 69 من القانون رقم 90-11 والمتعلقين بالسبب التأديبي والسبب الاقتصادي على التوالي والمبررة للإنهاء، فالمرجع الجزائري إذن لم يكرس صراحة نظرية السبب الحقيقي والجدي على غرار مختلف التشريعات كالمشرع الفرنسي والتونسي، رغم أن الإنهاء لا يكون مبرراً إلا إذا كان قائماً على سبب حقيقي وجدي يستهدف تحقيق مصلحة حقيقية مشروعة وإلا كان تعسفياً¹.

وللوقوف على مختلف حالات الإنهاء التعسفي التي تعدّ تطبيقاً لمعيار غياب سبب حقيقي وجدي للإنهاء، يقتضي ذلك تحديد حقيقة كل من السبب الحقيقي والسبب الجدي باعتبار أنه بغياب أحدهما يتحقق التعسف في إنهاء العقد، فتحديد حقيقة السبب وجديته تمكّننا من ملاحظة ما إذا كان التسريح شرعياً أو تعسفياً، ومن خلال كل ذلك يتّضح أخذ المشرع الجزائري بفكرة السبب الحقيقي والجدي لإنهاء العقد، وذلك سواءً على المستوى التشريعي أو على المستوى القضائي حتّى وإن لم ينص على ذلك صراحة.

أ_ السبب الحقيقي:

لا يوجد تعريف قانوني للسبب الحقيقي، لذلك فيمكن تعريفه بأنه السبب غير الموهوم أو غير الصوري، وقد عرفه وزير العمل الفرنسي بالقول بأنه يكون السبب حقيقياً إذا اتّسم بطابع موضوعي وهو ما يقصي الأحكام المسبقة والقناعات الشخصية، فالسبب الحقيقي وبالتالي المبرر للإنهاء يمكن أن يكون

=المزيد من التفاصيل: بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 115-125.

وفي هذا الشأن فقد كوّنت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 9 جانفي 1985 أن إنهاء العقد من جانب واحد يكون تعسفياً إذا كان ناتجاً عن غياب أي مبرر للإنهاء.

MEHANNA Myriam, op. cit., p. 275.

¹ إن أول من بادر بوضع نظرية السبب الحقيقي والجدي هو المشرع الإيطالي بمقتضى قانون عدد 604 مؤرخ في 15 جويلية 1966، ثم تلاه المشرع الألماني ضمن قانون 25 أوت 1969، ليكرسها بصورة صريحة القانون الفرنسي المؤرخ في 13 جويلية 1973.

فتحي وردية، مرجع سابق، ص 51، 52.

حيث نصت المادة 122-14-2 من قانون العمل الفرنسي على ما يلي:

«L'employeur est tenu a la demande écrite du salarié, d'énoncer la ou les causes réelles et sérieuses du licenciement. Les délais et les conditions de la demande et de l'énonciations sont fixés par voie réglementaire».

بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 108.

خطأ أو إعادة تنظيم المؤسسة¹، أي أنّ السبب الحقيقي قد يتعلّق بسبب تأديبي أو بسبب اقتصادي، فهو ينبغي دائما أن يكون سببا قائما وصحيحا وموضوعيا في ذات الوقت، وذلك يعني أنّه لا يحق لصاحب العمل تسريح العامل إذا لم يستند إلى أيّ سبب أو إذا أعلن عن سبب غير صحيح أو إذا استند إلى سبب شخصي يتعدّر التحققّ منه، لذلك يستخلص ثلاث خصائص للسبب الحقيقي وهي أن يكون موجودا وصحيحا وموضوعيا².

فلا يعتبر السبب حقيقيا إلّا إذا كان موجودا بالفعل، أي أنّه لا يجب أن تكون الأسباب التي استند إليها ربّ العمل لفصل العامل أسبابا وهمية وصورية، لذلك فإنّ السبب الحقيقي هو السبب الموجود، والسبب الموجود هو السبب الفعلي، والسبب الفعلي هو سبب موضوعي، والسبب الموضوعي هو سبب دقيق، والسبب الدقيق هو السبب الذي يسهل تقديره والتنبّث منه على أساس وقائع مادية ملموسة³، وعليه فإذا خلا التسريح من وجود أيّ سبب فهو تعسفي، لذلك يجب أن يكون للسبب وجود في العالم الخارجي ولا يقام أيّ وزن لسبب ليس له من الوجود إلّا في ضمير صاحب العمل⁴، فإذا ادّعى المستخدم مثلا بأنّه قام بتسريح العامل من منصب عمله لأنّه قام بتاريخ معيّن بالمشاركة في توقّف جماعي عن العمل، ويثبت العامل أنّه بذلك التاريخ كان في عطلة مرضية، ففي هذه الحالة يكون سبب التسريح من الناحية الواقعية غير موجود أصلا، وعليه يكون قرار التسريح تعسفيا⁵.

لذلك فإنّ المشرع الجزائري قد نص على قائمة الأخطاء الجسيمة التي تعتبر أسباب حقيقية موجودة تبرّر التسريح التأديبي للعامل بدون مهلة العطلة، وذلك في نص المادة 73 من القانون رقم 90-11

¹ «La cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. La cause réelle et par conséquent légitime de licenciement peut être, par exemple une faute, une inaptitude professionnelle ou une réorganisation de l'entreprise».

هدى لطيف العقيدي، مرجع سابق، ص 77.

² مهملّي ميلود، الخطأ المهني للأجير وأثره على علاقة العمل في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2003، ص 102، 103.

³ هدى لطيف العقيدي، مرجع سابق، ص 78.

⁴ مهملّي ميلود، مرجع سابق، ص 104.

⁵ بلخيري محمد علي، الرقابة القضائية على التسريح التعسفي من خلال تكييف السبب الحقيقي والجدي لقرار التسريح، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء بومرداس، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006، ص 13.

المعدّلة بالمادة 2 من القانون رقم 91-29¹، فكلّ تسريح مع عدم ارتكاب العامل أيّ خطأ هو تسريح تعسفي لعدم وجود سبب يبرّره، ومثال ذلك أن يطرد صاحب العمل العامل من منصبه على أساس أنّه شتمه، ويستندلّ صاحب العمل ببعض العمال على أساس أنّهم شهود، وفي الأخير تبين أنّ العمال صرّحوا في المحاضر بأنّهم لم يسمعوا الشتم الموجه لصاحب العمل، فهنا الخطأ المنسوب للعامل غير ثابت الدليل وغير مسبّب، وبالتالي فهو غير موجود أصلاً، وهو المبدأ الذي أقرّته وأكّدت المحكمة العليا في عدّة قرارات لها، ومنها القرار الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2001 القاضي بأنّه من الثابت أنّ الخطأ المنسوب لمّا يكون غير ثابت أو غير قائم يجعل قرار التسريح تعسفياً².

وبخلاف التسريح لأسباب تأديبية التي نص عليها المشرع الجزائري، فإنّ الأسباب الاقتصادية قد اكتفى بصدها المشرع بتكريس المبدأ في نص المادة 69 من القانون رقم 90-11 والتي نصت على أنّه: "يجوز للمستخدم تقليص عدد المستخدمين إذا بررت ذلك أسباب اقتصادية..."، دون تحديد مفهوم الأسباب الاقتصادية المبرّرة لهذا النوع من الإنهاء ولا عناصرها أو حالاتها، وهذا ما يجعل المجال مفتوحاً أمام السلطة التقديرية المتروكة للمستخدم للجوء إلى مثل هذا النوع من الإنهاء، وبالتالي فمن الطبيعي إذن أن يتعسف صاحب العمل عند إنهاء عقد العمل باستناده إلى أيّ سبب اقتصادي ولو كان غير موجود بالفعل. وعلى ضوء هذه الآثار الناجمة عن هذا الفراغ القانوني في تحديد الأسباب الاقتصادية، ندعو المشرع الجزائري للتدخّل لسدّ هذا الفراغ، وذلك ليس بحصر حالات الأسباب الاقتصادية نظراً لصعوبة ذلك، وإنّما على الأقلّ بوضع معايير تساهم في تحديدها ويراعى فيها كلّ من المصلحة الاجتماعية للعامل والمصلحة الاقتصادية لصاحب العمل، حيث يجب أن تكون هذه الأسباب الاقتصادية استثنائية، وهو ما يعني ضرورة ربطها بالظروف الاقتصادية التي استدعتها وتزول بزوالها³. وهذا ما

¹ إلّا أنّ نص المادة 73 من القانون رقم 90-11 قبل تعديلها لم تحدّد قائمة الأخطاء الجسيمة التي تستوجب تسريح العامل، بل إنّ الأنظمة الداخلية للمؤسسات هي التي تحدّد هذه الأخطاء، وهذا ما خلق مشكلاً كبيراً، حيث تباينت الأنظمة الداخلية للمؤسسات الاقتصادية في تحديد الأخطاء التي تستوجب التسريح، فما يعدّ خطأ جسيماً في مؤسسة ما يستوجب التسريح لا يعدّ كذلك في مؤسسة أخرى، كما خلقت المادة 73 مشكلاً آخر الذي يخصّ المؤسسات التي تشغل أقلّ من 20 عامل حيث أنّ القانون لم يلزمها بوضع نظام داخلي وهو ما جعل المشرع يعدّل المادة 73 بموجب القانون رقم 91-29 لتحديد قائمة الأخطاء الجسيمة التي ينجم عنها التسريح.

بلحوراني سعاد، مرجع سابق، ص 87.

² المرجع نفسه، ص 89.

³ فتحي وردية، مرجع سابق، ص 65، 73، 74.

يسمح بالوقوف عند حقيقة الأسباب الاقتصادية ومدى اعتبارها موجودة، وبالتالي اعتبار الإنهاء بسببها مبرراً وإلا كان تعسفياً، لذلك فإذا تبين بأن الإدعاء بالظروف الاقتصادية مجرد علة للتخلص من العمال الذين أنهيت عقودهم، وبالتالي قيام صاحب العمل بإحلال عمال آخرين محلّ العمال المفصولين دون أن يطرأ تحسين في الوضع الاقتصادي للمؤسسة، فيعدّ ذلك تسريح تعسفي¹ لعدم وجود سبب اقتصادي يبرّره، وهو ما نصت عليه المادة 69 في فقرتها الثالثة على أنه: "يمنع على أي مستخدم قام بتقليص عدد المستخدمين اللجوء في أماكن العمل نفسها إلى توظيفات جديدة في الأصناف المهنية المعنية بالتقليص". كما يمكن اعتبار إحالة العامل إلى التقاعد المسبق بمثابة تسريح تعسفي دون وجود أي سبب يبرّره، وذلك إذا لم تتوافر أحد الشروط القانونية للإحالة على التقاعد، والتي تتمثل في شرطين أساسيين وهما: شرط السن أي بلوغ العامل 60 سنة على الأقل، وكذا شرط مدة الخدمة التي يجب أن تستغرق مدة 15 سنة على الأقل، أمّا إذا توافر الشرطان معا فيحق هنا للمستخدم إنهاء عقد العمل بتطبيق الفقرة 8 من المادة 66 من قانون رقم 90-11²، إلا أنّ الإحالة على التقاعد المسبق رغم عدم توافر شروطها قد تبرزها أسباب اقتصادية، وبالتالي اعتبار التسريح هنا غير تعسفي بل هو تسريح مبرر بوجود سبب اقتصادي³. وكذلك قد يكون تسريح العامل تعسفي إذا لم يستند إلى وجود أي سبب يبرّره في حالة مثلاً ما إذا اتخذ صاحب العمل من أسباب تعليق علاقة العمل حجة لإنهاء هذه العلاقة كلياً، وهذا ما يخالف نص المادة 65 من قانون رقم 90-11 التي نصت على ضرورة إعادة إدراج العمال في مناصب عملهم بعد انقضاء الفترات التي تسببت في تعليق علاقة العمل، وهذه الأسباب نصت عليها المادة 64 من نفس القانون⁴.

رغم أنّه في بعض الأحيان قد يكون السبب موجوداً ولكنه غير صحيح، وهذا ما يجعل أيضاً قرار إنهاء العقد غير مبرر وبالتالي تعسفي، فالمستخدم الذي يقوم بتسريح عامل بفندق بسبب أخذه لبعض بقايا الطعام التي يتركها النزلاء يكون سبب غير صحيح رغم أنّه موجود، لأنّ العامل قدّم الدليل على أنّ قرار التسريح إنّما اتّخذه المستخدم لأنّه سبق للعامل أن تقدّم بشهادته أثناء دعوى طلاق بين المستخدم وزوجته، فالسبب الحقيقي لتسريحه من منصب عمله هو شهادته ضدّ مستخدمه أمام القضاء، وبما أنّ هذا السبب غير مشروع أصلاً، فإنّ المستخدم استند إلى سبب آخر مشروع ليخفي بذلك الدافع

¹ بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 227.

² BORSALI HAMDAN Leila, op. cit., p. 161.

³ Ibid, p. 162.

⁴ للمزيد من التفاصيل حول ذلك: بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 91-93.

الحقيقي، فالسبب الحقيقي لم يكن خطأ العامل بأخذه بقايا الطعام وإنما شهادته ضدّ مستخدمه أمام القضاء¹. كما قد يحدث أن يستند صاحب العمل في قرار تسريحه إلى خطأ جسيم ارتكبه العامل ضمن قائمة الأخطاء الواردة في نص المادة 73 من القانون رقم 91-29، لكن هذا الخطأ لم تكتمل شروطه ما يجعله غير صحيح، وبالتالي قرار التسريح تعسفياً، فبخصوص مثلاً الأفعال الجزائية التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والتي تعدّ أخطاء جسيمة حسب نص المادة 73، فإنّ المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 17 جانفي 2001، اعتبرت أنّ الخطأ المهني المؤدي إلى إنهاء علاقة العمل والتي تشكّل جريمة في القانون الجزائي لا يمكن اعتماده كسبب للتسريح ما لم يثبت وقوعه بحكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه قبل التسريح من العمل، إذ جاء في قضية رقم 211629 بين (م.أ) و(ص.م) وفي حيثيات قرار المحكمة العليا أنّه: "لكن حيث أنّه بالرجوع إلى الحكم المنتقد تبينّ منه أنّ قاضي الدرجة الأولى أسّس قضاؤه بأنّ تهمة السرقة المنسوبة للعامل تعدّ من الأخطاء التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والتي لا يمكن إثباتها في حق العامل إلّا بموجب حكم قضائي نهائي بإدانتته، وفي قضية الحال فإنّ هذه التهمة تبقى مجرّد اتّهام غير ثابت في حق العامل بانعدام الحكم القضائي، وبالتالي فإنّ قاضي الدرجة الأولى لمّا أسّس قضاؤه بأنّ طرد العامل لا يوجد ما يبرّره بانعدام الحكم القضائي المثبت للخطأ فإنّ قضاؤه مطابق للاجتهاد القضائي"². وكذلك قد يستند صاحب العمل في تسريح العامل إلى مشاركة هذا الأخير في توقّف جماعي وتشاوري عن العمل، إلّا أنّ ذلك لا يشكّل خطأ جسيماً بمقتضى المادة 73، بل يجب أن يكون الإضراب الذي يمارسه العامل غير شرعي، وهذا ما يبرّر تسريحه، غير أنّه قبل لجوء صاحب العمل إلى أيّ جزاء تأديبي تجاه العمال المشاركين في الإضراب لابدّ أولاً من استصدار حكم قضائي يؤكّد عدم شرعية الإضراب، وعلى هذا الأساس جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنّ

¹ بلخيري محمد علي، مرجع سابق، ص 13.

² قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17/01/2001، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص 173.

وبهذا الصدد أيضاً قضى المجلس الأعلى بأنّ التسريح الناتج عن مجرّد اتّهام العامل بارتكاب الجريمة يعتبر تسريحاً تعسفياً فقال في حيثياته: يؤخذ على القرار المطعون فيه بانعدام الأسباب الصحيحة والقصور في التعليل الناتج عن تشويه الوقائع، إذ لاحظ وجود الأخطاء المنسوبة إلى المطعون ضده وخطورتها، واعتبر أنّ تلك الطاعنة لم تلاحظ وجود الأخطاء المنسوبة للمطعون ضده، ولكنّه أبدى شكّه في وجودها لأنّ المطعون ضده لم يتابع جزائياً من أجلها أو على الأقلّ إثبات إدانتته، وقد أضاف أنّ المستأنف عليه ينكر مزاعم المستأنفة بخصوص ما نسب إليه من أخطاء، وعليه فهذا الوجه أيضاً غير مبرّر، وحيث أنّه من المعقول والحالة هذه أن يعتبر قضاء الموضوع بما تخوّله لهم سلطتهم التقديرية أنّ التسريح تعسفي، ولهذه الأسباب قرّر المجلس الأعلى رفض الطعن.

بلخيسر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 257، 258.

المستخدم سلط عقوبة على العامل دون أن يثبت لدى القضاء عدم شرعية الإضراب، فإن العقوبة المسلطة في هذه الحالة غير مبررة بسبب صحيح والتسريح يصبح تعسفي، ولما حكمت المحكمة بإعادة إدراج العامل تكون قد طبقت القاعدة القانونية أحسن تطبيق¹. ولذلك فيجب أن تكون الوقائع المعتمدة في إنهاء العقد صحيحة، كأن تكون الأزمة الاقتصادية المحتج بها قد حصلت بطريقة واقعية وفعلية وصحيحة²، وعليه فإن قرار التسريح الاقتصادي الذي يتخذه صاحب العمل يكتسي الطابع التعسفي إذا كانت الأسباب التي يستند إليها كاذبة أي غير صحيحة يقصد من ورائها إلحاق الضرر بالعامل³.

إضافة إلى وجوب أن يكون السبب الحقيقي موجودا وصحيحا حتى يكون الإنهاء مبررا، يجب أيضا أن يكون السبب الذي يستند إليه الإنهاء موضوعي، وهذا ما أكدته وزير العمل الفرنسي الذي عرف السبب الحقيقي بأنه السبب الذي يشتمل على عنصر موضوعي والذي يستبعد الآراء التحكيمية والآراء الشخصية، وقد اقترح تعريفا آخر فقال أن السبب الحقيقي هو السبب الموضوعي المستقل عن مزاج صاحب العمل⁴، وهذا يعني عدم نسبة الإنهاء إلى أهواء متعلقة بذات المستخدم وعوامل شخصية متعلقة بالعامل، فإذا تم إنهاء عقد العمل تحت الاختبار لأسباب شخصية لا علاقة لها بمضمون الاختبار مضمونها مثلا إخفاء العاملة أمر خطوبتها، أو أن العاملة كانت متزوجة، أو أن والد العامل كان قد سبق فصله من نفس المؤسسة، أو لأن العامل قد طلب من رئيسه المباشر تفسيرات حول نطاق الروابط العقدية في المؤسسة، أو لأنه استشعر أن إطالة مدة الاختبار تخلق له نوعا من الإحساس بعدم الأمان⁵، وكذلك بصدد إنهاء عقود العمل غير محددة المدة، فقد استقر المبدأ في القضاء الفرنسي على الفصل بين الحياة المهنية والحياة الخاصة، فكل تسريح كان سببه شخصي غير موضوعي يعد تعسفيا، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية من أنه يعد تعسفيا تسريح صاحب العمل لابنه بسبب رفضه التخلي عن زوجته، كما قضت أيضا بالتعسف في تسريح عامل بسبب قيام زوجته برفع دعوى ضد صاحب عمله، أو بسبب تطبيقه لحفيدة المدير العام، كما قد اعتبرت محكمة استئناف باريس إنهاء تعسفيا تسريح عامل بسبب رفضه تسوية العلاقة غير الشرعية القائمة بينه وبين عاملة في نفس المشروع عن طريق الزواج

¹ زوية عز الدين، مرجع سابق، ص 64، 65.

² فتحي وردية، مرجع سابق، ص 54.

³ بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 148.

⁴ المرجع نفسه، ص 111.

⁵ أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 124، 125.

نظرا لكون هذه العلاقة لم تنشأ عنها أية فضيحة، ونفس الشيء ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بالتعسف في إنهاء عقد العمل لعاملة حامل دون زواج¹.

ب_ السبب الجدّي:

لقد عرف وزير العمل الفرنسي السبب الجدّي بأنه السبب الذي يكتسي نوعا من درجة الخطورة تؤدي إلى الإخلال بعلاقة العمل، ومن ثمّ إلى استحالة استمرار العمل دون إلحاق الضرر بالمشروع، الشيء الذي يؤدي إلى ضرورة التسريح. وهذا الطابع الجدّي هو الذي يمكن القاضي من تجاوز الرقابة العادية للتسريح إلى رقابة الملائمة، وذلك من خلال البحث في مدى ملائمة السبب المثار وإجراء التسريح على ضوء مصلحة المؤسسة²، والسبب الجدّي قد يكون متّصلا بخطأ العامل الذي يستدعي تسريحه، وقد يكون متّصلا بالصعوبات الاقتصادية للمؤسسة التي تؤدي إلى ضرورة التسريح.

وعليه فإذا كانت الجسامة شرط ضروري لتوقيع عقوبة التسريح التأديبي، فلم يعد مقبولا في القانون مجرد الخطأ البسيط لتبرير التسريح، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 73 من القانون رقم 91-29 الذي اشترط أن يكون التسريح التأديبي مبررا بخطأ جسيم وهذا ما يعدّ تطبيقا لفكرة السبب الجدّي، وعليه فإنّ الخطأ المنعوت بالجسامة هو نفسه السبب الجدّي³، فكلّ خطأ جسيم يرتكبه العامل يؤدي إلى تسريحه سواء كان هذا الخطأ ضمن قائمة الأخطاء المحددة في نص المادة 73 أو أيّ خطأ جسيم آخر حتّى ولو لم يقع النص عليه ضمن هذه المادة بما أنّها وضعت هذه القائمة على سبيل المثال، وهذا ما يفهم من عبارة "على الخصوص"⁴، وما يدعّم ذلك أيضا أنّ المشرع الجزائري نص على

¹ بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 157، 162، 163.

² «Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible son dommagier pour l'entreprise la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement».

المرجع نفسه، ص 112.

³ مهملّي ميلود، مرجع سابق، ص 105، 107، 108.

غير أنّ محكمة النقض الفرنسية قد ميّزت بين الخطأ الجسيم والخطأ الجدّي، واعتبرت أنّ الخطأ الجسيم يبرّر إنهاء عقد العمل فوراً بدون مهلة الإخطار ولا تعويض، أمّا الخطأ الجدّي فيسمح لصاحب العمل في إنهاء عقد العمل غير محدّد المدة مع مراعاة مهلة الإخطار والتعويض.

واضح رشيد، مرجع سابق، ص 225.

⁴ إلّا أنّ هناك جانب كبير من الفقه والقضاء الجزائري يعتمد على التعداد الحصري للأخطاء الجسيمة الواردة في نص المادة 73، وقد تمّ ترجيح أنّها واردة على سبيل المثال، وبالتالي فالمستخدم يمكن له أن يستعمل سلطته التنظيمية وإضافة=

حالات أخرى للأخطاء الجسيمة خارج الحالات المنصوص عليها في المادة 73 وذلك بموجب القانون رقم 90-02¹، وعليه فإذا تمّ تسريح عامل لمجرد ارتكابه أيّ خطأ بسيط فهو إنهاء تعسفي لغياب سبب جدّي يبرّره.

ورغم سهولة معيار السبب الجدّي الذي يكمن في كلّ خطأ جسيم يرتكبه العامل سواءً بالرجوع إلى قائمة هذه الأخطاء المحدّدة في المادة 73 أو أيّ خطأ جسيم آخر لم يتم النص عليه باعتبار أنّها واردة على سبيل المثال، إلّا أنّه لا يجب التوسّع في فهم المادة 73 التي اعتبرت مثلاً أنّ كلّ خطأ معاقب عليه جزائياً يرتكبه العامل داخل العمل هو خطأ جسيم يبرّر تسريحه، فقد يحدث أن يكون هذا الفعل معاقب عليه جزائياً لكنّه ليس من قبيل الأفعال التي تبرّر التسريح، لأنّه لا يحدث اضطراباً على حسن سير المؤسسة وعرقلتها، وبالتالي فليس كلّ خطأ جزائي يرتكب أثناء العمل هو خطأ تأديبي جسيم، وعليه فإذا استند التسريح إليه فهو تعسفي لأنّه ليس سبب جدّي، وبالعكس من ذلك فقد ترتكب أخطاء جسيمة جزائية خارج أماكن العمل، إلّا أنّها تؤثر على سير المؤسسة، الشيء الذي يجعلها مبرّرة للتسريح، لأنّ السبب الذي تستند إليه سبب جدّي، فالعبرة في قرار التسريح التأديبي هي بالسبب الجدّي المرتبط بذلك الخطأ الجسيم الذي يؤثر على حسن سير المؤسسة وعرقلتها سواءً ارتكب داخل أماكن العمل أو خارجها².

وما تجدر الإشارة إليه أنّه يدخل أيضاً في مجال تكييف السبب الجدّي إضافة إلى اشتراط المشرع أن يكون الخطأ جسيماً_ ضرورة مراعاة الظروف التي ارتكب فيها الخطأ، حيث يجب على المستخدم أن يأخذ بعين الاعتبار في تحديد وتكييف الخطأ الجسيم الذي ارتكبه العامل الظروف التي ارتكب فيها الخطأ ومدى اتساعه ودرجة خطورته والضرر الناجم عنه، وكذلك السيرة التي كان يسلكها العامل حتّى تاريخ

=أخطاء جسيمة أخرى في نظامه الداخلي يعتدّ بها كسبب جدّي للتسريح وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 77 فقرة 2 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

BORSALI HAMDAN Leila, op. cit., p. 168, 169.

¹ المواد 26 و 33 مكرّر و 40 من قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر عدد 6، الصادر في 11 رجب عام 1411. معدل ومتمم بالقانون رقم 91-27 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق ل 21 ديسمبر سنة 1991، ج ر عدد 68، صادر في سنة 1991.

² بلخيري محمد علي، مرجع سابق، ص 22-24.

ارتكابه الخطأ نحو عمله ونحو ممتلكات هيئته المستخدمة¹، وعليه فإنّ المستخدم ملزم بأن يركز في قرار التسريح التأديبي الذي يتّخذه على كلّ هذه الظروف والاعتبارات، وإلاّ كان قراره هذا تعسفياً لغياب سبب جدّي يبرّره، لذلك فقد اعتبر القضاء أنّ التسريح حتّى وإن كان سببه مبرّراً، ولكنه قد يتمّ في ظروف تجعله تسريح غير جدّي² وبالتالي تعسفياً؛ فرفض العامل تنفيذ التزامات ربّ العمل مثلاً رفضه قيادة شاحنة تابعة للمؤسسة في إطار العمل المكلف به يكون سبباً جدّياً يبرّر تسريحه على أساس الخطأ الجسيم الوارد في نص المادة 73، أمّا إذا كان هذا الرفض فيه احتمال كبير لتعريض حياة العامل للخطر، كأن تكون هذه الشاحنة معطّلة الفرامل والأضواء، فإنّ قرار التسريح هنا يكون غير مبرّر بالنظر إلى هذا الظرف الموضوعي، كما أنّ القاضي في تقديره جدّية سبب التسريح لا يستند فقط إلى الظروف الموضوعية للخطأ، بل لابدّ أن يأخذ بعين الاعتبار أيضاً الظروف الذاتية للعامل والذي يتطلّب النظر في مدى وعي العامل بالخطأ الذي ارتكبه، فإذا كان واعياً بما فعله فإنّ ذلك يوفّر لديه عنصر القصد الذي يغيّر من وصف الخطأ من خطأ بسيط إلى خطأ جسيم، وخلافاً لذلك فإنّه إذا لم تتصرف إرادة العامل إلى ارتكاب الفعل الصادر بالمؤسسة فإنّ وصف الخطأ الجسيم ينتفي ويصبح معه التسريح تعسفياً³.

أمّا بالنسبة للسبب الاقتصادي الذي يجب أن يكون جدّياً أيضاً، حيث يمكن استنتاج عنصر الجدّية في السبب الاقتصادي المبرّر للتسريح في نص المادة 69 من القانون رقم 90-11، فاستعمال عبارة "إذا بررت ذلك أسباب اقتصادية" توحى بذلك⁴، ويسمح معيار جدّية السبب الاقتصادي بتضييق نطاق الإنهاء المبرّر، بحيث لا يكون كذلك إلاّ إذا اقتضته حقيقة المركز الاقتصادي للمؤسسة، كأن يستطيع المستخدم مثلاً إثبات قيام عنصر المحافظة على القدرة التنافسية للمؤسسة، أو إذا كان إجراء الإنهاء الاقتصادي لا يمكن في ظل ظروف الواقع تجنّبه⁵، أمّا إذا كان السبب الاقتصادي غير جدّي، فإنّ الإنهاء الذي يكون على هذا الأساس هو تعسفي.

¹ المادة 73-1 من قانون رقم 91-29 مؤرخ في 14 جمادي الثانية عام 1412 الموافق ل 21 ديسمبر سنة 1991، يعدّل ويتمّ القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، المتعلق بعلاقات العمل، مرجع سابق.

² بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 186.

³ بلخيري محمد علي، مرجع سابق، ص 36، 38.

⁴ بوحميّة عطاء الله، مرجع سابق، ص 131.

⁵ فتحي وردية، مرجع سابق، ص 55.

وعلى ضوء كلّ ما قد قيل بخصوص غياب سبب حقيقي وجديّ كمعيار للإنهاء التعسفي نستنتج أنّه يجب توفرّ الصفتين معا في السبب التأديبي أو السبب الاقتصادي؛ إذ يجب أن تكون أسباب التسريح حقيقية وجديّة في نفس الوقت، وبالنتيجة يكون صاحب العمل قد تعسف في استعمال حقه في الإنهاء ليس فقط إن لم يكن السبب حقيقيا وجديا، بل كذلك إذا كان السبب جديا ولكنه ليس حقيقي أو إذا كان حقيقيا ولكنه ليس جدي¹.

وبالنسبة لجزاء الإنهاء التعسفي، فقد نص عليه بداية تشريع العمل الجزائري الصادر عام 1991 وذلك بموجب المادة 73-4 منه والذي يتمثل في إعادة إدماج العامل المفصول تعسفيا في منصب عمله بموجب طلب إلغاء قرار التسريح، أمّا إذا لم يطلب ذلك العامل أو إذا تمّ رفضه من طرف المستخدم فيحكم القاضي بتعويض نقدي عن الضرر الحاصل للعامل، غير أنّ هذا الجزاء يعتبر عاما يطبّق على كلّ إنهاء تعسفي لعقد العمل بما فيه الإنهاء غير المبرّر بسبب حقيقي وجديّ، إلّا أنّ المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير الذي أجراه على تشريع العمل والمتمثل في الأمر رقم 96-21 قد أفرد للإنهاء التعسفي غير المبرّر بسبب حقيقي وجديّ جزاء خاصا يتمثل إمّا بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع احتفاظه بامتيازاته المكتسبة، أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقلّ عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة 6 أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة²، غير أنّ المشرع جعله خاصا فقط للإنهاء التعسفي غير المبرّر بسبب تأديبي حقيقي وجديّ، وعلى ذلك نتساءل عن الجزاء المترتب في حالة الإنهاء التعسفي غير المبرّر بسبب اقتصادي حقيقي وجديّ؟

لكن إذا كان كلّ إنهاء لم يبرّره سبب حقيقي وجديّ يشكّل إنهاء تعسفي، إلّا أنّ التعسف قد يتحقّق أيضا حتّى ولو كان الإنهاء مبرّرا بسبب حقيقي وجديّ، وذلك إذا كان صاحب العمل لم يقدّم بالإجراءات القانونية الواجب إتباعها لتسريح العامل. وهذا ما يتجسّد في معيار آخر للإنهاء التعسفي والمتمثل في معيار عدم احترام إجراءات الإنهاء.

¹ بوحميذة عطاء الله، مرجع سابق، ص 131.

² المادة 9 فقرة 2 من أمر رقم 96-21 مؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق ل 9 يوليو سنة 1996، يعدّل ويتمّم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 43، الصادر في سنة 1996.

2_ معيار عدم احترام إجراءات الإنهاء:

إنَّ السلطة الممنوحة لصاحب العمل يجب أن تستخدم في الغاية التي أنشأت من أجلها، ومن هنا كان لابدّ من التوازن بين سلطة صاحب العمل وحماية حقوق العامل من خلال وضع ضوابط وقيود إجرائية، لذلك تدخل المشرع للحدّ من سلطات صاحب العمل في مجال التسريح والإنهاء لعقود العمل من خلال فرض مجموعة من الإجراءات التي تضمن عدم التعسف بحق العامل، وبالتالي فإذا قام صاحب العمل باتباع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً فإنّ إنهاء خدمات العامل يعدّ مشروعاً، ولكن إذا لم يراعي صاحب العمل هذه الإجراءات فإنّه يعدّ متعسفاً في استعمال حقه في إنهاء العقد¹.

غير أنّه بالرجوع إلى تشريع العمل الجزائري، يفهم من خلال نص المادة 73-4 من القانون رقم 91-29 أنّ التعسف يتحقّق فقط في حالة غياب سبب حقيقي وجديّ للإنهاء، وبالتالي إقصاء الإنهاء المنفّذ خرقاً للإجراءات القانونية من ميدان الإنهاء التعسفي، ويظهر ذلك من خلال استعمال مصطلح "أو" حيث نصت على ما يلي: "في حالة التسريح المعتبر تعسفياً أو المنفّذ خرقاً للإجراءات القانونية..."، وعليه اختلاف الإنهاء التعسفي عن الإنهاء المنفّذ خرقاً للإجراءات، كما تجلّى ذلك أيضاً حتّى بعد تعديل هذه المادة بالمادة 9 من الأمر رقم 96-21 أين تمّ التمييز بين جزاء الإنهاء التعسفي وجزاء الإنهاء المخالف للإجراءات²، إلّا أنّ هذا القول قاصر، على اعتبار أنّ صاحب العمل يكون متعسفاً حتى في صورة عدم احترام الإجراءات القانونية الواجب إتباعها في فصل العامل من عمله، لأنّ

¹ عبد الله فواز حمادنة، مرجع سابق، ص 102، 107.

² غير أنّ المرحلة السابقة لصدور تعديل القانون رقم 91-29 لم يكن يميّز إطلاقاً ما بين التسريح التعسفي والتسريح المخالف للإجراءات، ففي كلّ الأحوال يعتبر التسريح تعسفياً سواءً في ظلّ الأمر رقم 75-31 أو في ظلّ القانون رقم 82-06 في المادة 78 منه المتعلق بعلاقات العمل الفردية. وقد بقي هذا الوضع إلى غاية صدور القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، حيث لم يظهر في نص المادة 73 منه أيّ تمييز بين عقوبة التسريح بسبب عدم مراعاة الإجراءات وعقوبة التسريح التعسفي، وفي كلّ الأحوال يعتبر الطرد تعسفياً، ورثبت المحكمة العليا مجموعة من المبادئ بهذا الصدد واعتبرت أنّه يعدّ تعسفياً كلّ طرد متّخذ على أساس خطأ غير منصوص عليه في النظام الداخلي أو غير مصنّف كخطأ جسيم أو كلّ طرد متّخذ مخالفة للإجراءات المنصوص عليها في القانون الداخلي، كذلك نجد نص المادة 21 من قانون رقم 90-02 المتعلق بتسوية نزاعات العمل الفردية أوردت قاعدة عامة مدلولها إلغاء الإنهاء التأديبي مهما كان نوعه أو درجته وبدون تمييز بين الإنهاء لعدم مراعاة الإجراءات أو التعسف، إلّا أنّ نص المادة 9 من الأمر رقم 96-21 المعدلة للمادة 73-4 من القانون رقم 91-29 ميّزت بوضوح بين التسريح لعدم مراعاة الإجراءات والتسريح للتعسف.

مهملي ميلود، مرجع سابق، ص 168، 169، 171.

لقواعد الإجراءات الخاصة بالإلغاء نفس القيمة المعترف بها للقواعد الموضوعية كضرورة وجود سبب حقيقي وجدي، حيث أنه بالعودة إلى التسلسل المنطقي الذي نظمته التعديل الذي تم بموجب القانون رقم 91-29 يمكن اعتبار أن الإلغاء المنفذ خرقاً للإجراءات القانونية قد يشكل إنهاء تعسفي، فبعد أن نص هذا القانون في المادتين 73 و 73-1 على ضرورة تبرير الإلغاء بسبب حقيقي وجدي بصدد التسريح التأديبي تم النص في المادة 73-2 على ضرورة احترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي، جاءت بعدها المادة 73-3 لتعتبر أن كل تسريح فردي يتم خرقاً لأحكام هذا القانون هو تعسفي، أي سواء كان التسريح بدون مبرر حقيقي وجدي أو تم بدون احترام الإجراءات القانونية المحددة له. وعلى ذلك نكشف أن هناك تناقض صارخ بين نص المادة 73-3 التي جعلت حالة التعسف مفترضة في ذمة صاحب العمل إلى غاية أن يثبت بأنه اتخذ الإجراء المطلوب، ونص المادة 73-4 التي أقصت الإلغاء لعدم احترام الإجراءات من مجال الإلغاء التعسفي. وعلى هذا الأساس فإن عدم احترام إجراءات الإلغاء هو بمثابة معيار للإلغاء التعسفي الذي يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد تبناه ولو بصفة ضمنية في المادة 73-3 كما سبق توضيح ذلك.

وعلى ضوء كل ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري قد تبني مفهوم خاص لفكرة التعسف بما يخدم مصلحة العامل ووضع معياراً جديداً لا عبرة فيه بتوافر السبب الحقيقي والجدّي فحسب، إذ كلما ثبت إنهاء علاقة العمل دون إتباع الإجراءات المشترطة فإن التعسف يكون قائماً¹، فهذا القيد الشكلي اعتمده المشرع كقاعدة عامة لحماية العامل من خطر التسريح التعسفي الذي يتخذ عادة صاحب العمل مستنداً إلى استعماله لحق إنهاء العقد الذي توافرت أسبابه الحقيقية والجدية، إلا أنه قد يكون تعسفي لعدم احترام إجراءات هذا الإلغاء. وحماية لمصالح كلا الطرفين باعتبار حق إنهاء العقد مخول لكلاهما، فقد قيد المشرع استعمال هذا الحق بعدة قيود إجرائية سواء كان صادراً من العامل أو من صاحب العمل، أهمها نصت عليها المادة 68 من قانون رقم 90-11 بخصوص الإلغاء الصادر من العامل، وتتمثل هذه القيود في أن تكون الاستقالة في وثيقة مكتوبة مع احترام مهلة الإشعار المسبق، وتختلف هذه المهلة من مؤسسة إلى أخرى ومن منصب إلى آخر، فمثلاً شركة "سوناطراك" تشترط مهلة ما بين شهر إلى ثلاثة أشهر بالنسبة للعمال غير المؤهلين، ومن 6 أشهر إلى 12 شهر بالنسبة للإطارات السامية، فمتى احترام العامل هذه الإجراءات كان إنهاءه لعلاقة العمل مشروعاً حتى ولو رفض صاحب العمل استقالته، أما إذا لم

¹ زوية عز الدين، مرجع سابق، ص 137.

يحترم العامل إجراء ملزما وترك منصب عمله قبل انتهاء مدة الإخطار مثلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه¹. وعلى ذلك فتعتبر مهلة الإخطار قيد شكلي وضعه المشرع على الطرف المنهي لعلاقة العمل غير المحدد المدة، وهذا حماية للمتعاقد الآخر من المفاجأة، وتمكينه من البحث عن عامل أو عمل جديد²، وعليه فإن صاحب العمل أيضا قد يخرق هذا الإجراء والذي يعتبر ضروريا لكلّ تسريح يقوم به ضدّ العامل. ومن هنا فقد أجمعت جلّ تشريعات العمل على اعتبار التسريح الذي لا تحترم فيه إجراء الإشعار_الذي يعدّ من الضمانات المقررة للعامل خاصة_ على أنّه تسريح تعسفي مهما كان سبب الإنهاء³، لذلك فقد نصت المادة 73-5 من القانون رقم 91-29 على أنّ العامل المسرّح بدون ارتكابه خطأ جسيم يستفيد من مهلة العطلة. أمّا بالنسبة للتسريح التأديبي الذي يتمّ بارتكاب العامل خطأ جسيم فلا يستفيد في هذه الحالة من مهلة العطلة حسب المادة 73 من القانون رقم 91-29. هذا إضافة إلى إجراءات أخرى ينبغي على صاحب العمل احترامها بصدد كلّ تسريح يتّخذه ضدّ عماله سواء كان تسريح تأديبي أو تسريح اقتصادي، وإلا كان قرار التسريح تعسفيا.

أ- إجراءات التسريح التأديبي:

إن كان صاحب العمل بصدد التسريح التأديبي_الذي يتّخذه ضدّ العامل الذي يرتكب خطأ جسيم_ معفى وغير مقيد بمهلة العطلة، إلّا أنّ المشرع الجزائري لم يغفل دور القواعد الإجرائية الأخرى في حماية العامل ضدّ هذا التسريح، حيث ألزم صاحب العمل بضرورة إتباع إجراءات محدّدة في النظام الداخلي، والتي تناولها بالنص عليها في الفقرة الثانية من المادة 73-2 من القانون رقم 91-29، هذه الأخيرة تضمّنت الحدّ الأدنى من الإجراءات الملزمة التي يتعيّن على صاحب العمل احترامها لزوما وهي إجراءات جوهرية أساسية يجب أن تدرج في النظام الداخلي لكلّ المؤسسات سواء التي تشغل أكثر من 20 عامل أي الملزمة بوضع النظام الداخلي، أو المؤسسات التي تستخدم أقلّ من 20 عامل أي غير

¹ بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 94، 95.

² بوصنبورة مسعود، إنهاء علاقة العمل غير محدّدة المدة (الإرادة المنفردة في التشريع الجزائري)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2003، ص 199.

³ واضح رشيد، مرجع سابق، ص 212.

الملزمة باكتساب النظام الداخلي، ورغم ذلك فهي ملزمة باحترام هذه الإجراءات القانونية، فلا عذر بجهل القانون¹.

وعلى العموم تتمثل هذه الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 73-2 الواجب مراعاتها عند كل تسريح تأديبي في أنّ صاحب العمل ملزم بالتبليغ الكتابي لقرار التسريح وسماعه للعامل المعني، وتمكين هذا الأخير من حق الدفاع المعترف به دستوريا. إلا أنه تجدر الإشارة في هذا المضمار إلى أنّ المشرع الجزائري قد خلط بين مراحل تتبّع هذه الإجراءات، لأن المنطق العملي يقتضي أولاً الاستماع للعامل المخطئ الذي قد يستعين بأيّ عامل تابع للهيئة المستخدمة، وهذا قد يؤثر على اتخاذ قرار التسريح التأديبي بالعدول عنه مثلاً، وبعد ذلك يتمّ تبليغ قرار التسريح إذا لم يجدي الاستماع أيّ نفع²، وعليه فإذا تمّ تسريح العامل خرقاً لإجراء من هذه الإجراءات فيعدّ إنهاء تعسفي كعدم سماع العامل أو عدم السماح له بالاستعانة بشخص آخر للدفاع عنه أو عدم تبليغه لقرار التسريح التأديبي للعامل.

فبالنسبة لإجراء سماع المستخدم للعامل، فقد نص عليه المشرع الجزائري دون التفصيل في إجراءاته، وربما ترك هذه المهمة للأنظمة الداخلية، إلا أنه لا يعتقد أنّ هذه الإجراءات سيحرص عليها المستخدم أشدّ الحرص عند وضعه للنظام الداخلي، وعليه فمن الأفضل لو نظم المشرع هذا الإجراء بنفسه بدقة وتفصيل لأهمية تعلّقه بحقوق الدفاع، ومن ثمّ تجنّب إسناد هذه المهمة للنظام الداخلي، تجنّباً لأيّ تعسف وإهدار لحقوق العامل في هذا المجال³، وعند سماع صاحب العمل للعامل المعني بإجراءات التسريح التأديبي يمكن لهذا الأخير الاستعانة بأيّ عامل تابع للهيئة المستخدمة، وبالتالي فإنّ المشرع قد اشترط أن يكون المساعد الذي يختاره العامل من بين العمال التابعين للهيئة المستخدمة⁴، ما يعني أنّه

¹ زوبة عز الدين، مرجع سابق، ص 94، 95.

² BORSALI HAMDAN Leila, op. cit., p. 176.

³ YAKOUB Zina, De l'insuffisance de la protection du travailleur en matière de licenciement en droit algérien, Mémoire pour l'obtention du Magistère en droit, option: droit des affaires, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2007, p. 140.

وقد قرّرت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا بتاريخ 15/10/1984 أنّه يتعيّن سماع العامل المعني بإجراء التأديب وجوباً، الذي يخبر بذلك مسبقاً بمدة 8 أيام، فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقاً للقانون وبالتالي اعتبار قرار التسريح تعسفي. وهذا القرار قد استند لنص المادة 56 من الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16/11/1971 والمتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات.

مهملي ميلود، مرجع سابق، ص 149.

⁴ وذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي تطرّق فيما يخصّ هذا الإجراء لحق العامل في الاستعانة بأيّ مساعد عند سماعه من صاحب العمل.

حرّمه من اللجوء خارج إطار المؤسسة المستخدمة للاستعانة بشخص آخر يتمتع بمؤهلات أعلى، وهو ما يمثل تقييدا لحرية العامل ومساسا بحقه في الدفاع، ومما لا شك فيه أنّ اختيار مساعد خارج المؤسسة يوفّر أكثر حماية للعامل لأنّه لا يكون تابع لصاحب العمل، وبالإضافة إلى ذلك فهل أنّ صاحب العمل ملزم بتبنيه العامل بهذا الحق قبل سماعه حتى لا يتذرّع العامل بعدم معرفة هذا الحق، ومن ثمّ تمسكه أمام القضاء بخرق إجراء جوهري من حقوق الدفاع بالتّالي اعتبار التسريح الصادر ضده تعسفي لعدم احترام هذا الإجراء. لذلك فلا بدّ من تدخّل المشرع لتنظيم هذا الإجراء وسدّ هذه النقائص بغرض توسيع مجال الضمانات الممنوحة للعامل لحمايته من خطر التسريح التعسفي وتحقيق دفاعه على أكمل وجه.

بعد سماع العامل وتمكينه من ممارسة حقه في الدفاع يقوم صاحب العمل بالتبليغ الكتابي لقرار التسريح، والذي يعدّ كذلك إجراء ضروريا يجب مراعاته حتّى يتأكّد العامل من أسباب إدانته وأوجه الاتّهام التي تمّت مواجهتها به وتحقيق دفاعه بما يحول دون انحراف أو تعسف المستخدم في ممارسة سلطته التأديبية¹، إلّا أنّ المشرع الجزائري قد أغفل النص على التفاصيل المتعلقة بطريقة تبليغ قرار التسريح التأديبي وشكله، وهذا الإغفال من شأنه إضعاف الضمانات والحدّ من فعّاليتها في تحقيق دفاع كامل للعامل²، كما أنّ هذا الإغفال من شأنه أيضا ترك المجال واسعا لصاحب العمل في كيفية هذا التبليغ، فقد يقوم به بأيّة طريقة غير مناسبة للعامل وقد لا يصل هذا التبليغ إلى علمه أصلا، وبالتالي كثرة التسريحات التعسفية التي تتمّ دون تبليغ العامل حقيقة، إلّا أنّ القضاء قد يعتبره تسريحا مشروعا إذا أثبت صاحب العمل أنّه قام بإجراء هذا التبليغ حتّى وإن لم يصل إلى علم العامل حقيقة.

= بن صاري ياسين، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 87.

كذلك نجد أنّ المشرع الجزائري قبل صدور قانون العمل الجديد سنة 1990 كان ينص على إمكانية استعانة العامل بأيّ شخص ولو كان خارج المؤسسة، وذلك في المادة 64 فقرة 2 من مرسوم رقم 82-302 مؤرخ في 11 سبتمبر سنة 1982، يتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج ر عدد 35، الصادر في 11 سبتمبر سنة 1982، (ملغى). وكذلك في المادة 12 من المرسوم رقم 75-65 المؤرخ في 29/04/1975 والمتضمّن كيفيات تأسيس وتسيير اللجان المتساوية الأعضاء التأديبية في المؤسسات التابعة للقطاع الخاص.

¹ زوية عز الدين، مرجع سابق، ص 83-85.

² وهذا عكس القانون الفرنسي الذي يلقي عبئ تبليغ قرار التسريح من طرف صاحب العمل إلى العامل عن طريق رسالة مضمّنة مع إشعار بالاستلام.

بن صاري ياسين، مرجع سابق، ص 88.

إضافة إلى هذه الإجراءات التأديبية التي يكون مصدرها التشريع التي يجب تنظيمها في النظام الداخلي للمؤسسة، فهناك إجراءات أخرى يمكن أن يكون مصدرها النظام الداخلي، وهذا ما نستشفه عند قراءة الفقرة الأولى من المادة 73-2، وهو ما تؤكد أيضا الفقرة الثانية من المادة 77 من قانون رقم 90-11، كل ذلك يبين أن المشرع قد سمح لصاحب العمل بموجب النظام الداخلي بتنظيم إجراءات وتضمينها فيه، بحيث أنها جوازية وليست إلزامية الغرض منها تحقيق أكبر قدر من المصادقية للقرار التأديبي المزمع إصداره ضدّ العامل محلّ المتابعة التأديبية، ولكن نشير إلى أن هذه الإجراءات التأديبية المنصوص عليها في النظام الداخلي والتي يتم إدراجها بصفة جوازية، تلزم صاحب العمل باحترامها متى أصبحت سارية المفعول، وإلا كان القرار الذي يتّخذه بدون احترامها تعسفي، شأنه في ذلك شأن الإجراءات التأديبية القانونية السابق ذكرها¹، لكن الإشكال الذي يطرح نفسه يتمثل في مدى إلزامية إجراء العرض على لجنة التأديب وإحالة أو مثول العامل المرتكب لخطأ مهني جسيم أمامها، باعتباره إجراء ضروري لم يتم النص عليه ضمن الإجراءات القانونية الملزمة في المادة 73-2، لكن قد نص عليه سابقا وذلك في الأمر رقم 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقة العمل في القطاع الخاص²، كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد اعتبر أن استشارة المجلس التأديبي لتقديم رأيه حول عقوبة تأديبية يعتزم

¹ زوبة عز الدين، مرجع سابق، ص 86، 87.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة العمة بتاريخ 27/02/1995 أنه من المقرر قانونا أن يعلن عن قرار التسريح التأديبي ضمن احترام الإجراءات المحددة بالنظام الداخلي، وحيث أن المادة 91 من النظام الداخلي لبنك التنمية المحلية تنص على وجوب توقيع محضر لجنة التأديب من قبل كافة الأعضاء المشاركة في الاجتماع، وحيث أن المحكمة وبعد إطلاعها على قرار التسريح الصادر من المدعي وعلى محضر لجنة التأديب المركزية لم يثبت لديها احترام المدعي عليه للإجراءات الجوهرية المذكورة أعلاه وعدم تقديم هذا الأخير ما يثبت مشروعية الإجراءات المتخذة ضدّ المدعي مما يتعين القضاء باعتبار قرار الفصل الصادر ضدّه تعسفيا لمخالفته لتلك الإجراءات.

مهملي ميلود، مرجع سابق، ص 148، 149.

² حيث اعتبر أن كلّ تسريح مهما كان سببه سواء كان سببه خطأ جسيما أو أخطاء بسيطة متكررة دون اللجوء إلى استشارة اللجنة المتساوية الأعضاء التي تسمى حاليا لجنة التأديب يعتبر تسريحا تعسفيا، وهذا ما نصت عليه بصفة صريحة المادة 38 فقرة 1 و 4 من هذا الأمر. وهكذا يعدّ حظر تسريح عامل دون موافقة سابقة من اللجنة المتساوية الأعضاء ضمنا مؤكدا ضدّ التسريحات التعسفية من قبل صاحب العمل. وبهذا الصدد أيضا نص حكم محكمة "سيدي أحمد" بالتسريح التعسفي لعدم استشارة اللجنة المتساوية الأعضاء ذلك بتاريخ 11 ماي 1981 والتي تعرضت لقرار فصل من المدعي عليها، وقد ثبت أن الطرد قد حصل دون إتباع الإجراءات القانونية المطلوبة من ربّ العمل، لهذا السبب فقد قرّرت المحكمة أن فصل المدعي قد حصل بصفة غير قانونية، لأنّ عدم استشارة اللجنة المتساوية الأعضاء يؤدي إلى اعتبار التسريح تعسفيا.

بلخيزر عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 245، 246، 255، 256.

المستخدم اتخاذها يعتبر بمثابة ضمان لحماية حقوق العامل المصانة قانونا، ومن ثم فإن أيّ تسريح تصدره الهيئة المستخدمة دون أخذ رأي المجلس التأديبي يعتبر خرقا لإجراء جوهري، ومن ثمّ يكون التسريح تعسفي¹. غير أنّ القضاء الجزائري الجديد اعتبر أنّ العرض على مجلس التأديب حتّى يكون إجراء إلزاميا فيجب النص عليه في النظام الداخلي، حيث جاء في إحدى حيثيات قرار المحكمة سنة 2005 أنّ الحكم المطعون فيه لمّا ناقش الخطأ الجسيم المنسوب إلى الطاعن ووقف أنّه ثابت بحكم جزائي نهائي وقضى بأنّ تسريحه غير تعسفي، فإنّ الحكم المطعون فيه استبعد ضمنا مناقشة الإجراءات التي تمسكت بها الطاعنة، وذلك أنّ إحالة العامل على لجنة التأديب لم تصبح إلزامية بموجب القانون، وإنّما يجب أن يتضمّن النظام الداخلي للمؤسسة².

وبالتالي فسكوت المشرع الجزائري عن النص على إجراء العرض على مجلس التأديب ضمن الإجراءات القانونية الملزمة يعني أنّه خول ضمنا للمستخدم أن يحدّد هيئة التأديب وإحالة العامل المخطئ عليها وفقا للنظام الداخلي للهيئة المستخدمة وله كامل الحرية في ذلك، فإذا أراد أنشأها وإن لم يرد ليس هناك ما يجبره قانونا³، إلّا أنّ هناك من يرى في هذا الصدد وبخصوص أهميّة إجراء العرض على لجنة التأديب أنّه قد تمّ تعويضه بإجراء الاستماع للعامل، حيث أنّ المشرع بصدد المادة 73-2 قد اكتفى بضرورة الاستماع للعامل المعني ليقرّر صاحب العمل بعد ذلك الجزاء التأديبي، فهذا معناه التخلي عن فكرة العرض على لجنة التأديب الذي كان مقررا في القوانين السابقة عن القانون رقم 90-11 رغم أنّ هذا الأمر يقلل من تلك الحماية التي كان يتمتع بها العامل سابقا⁴.

ب_ إجراءات التسريح الاقتصادي:

إذا كانت إجراءات التسريح التأديبي أقلّ تعقيدا، فإنّ إجراءات التسريح لسبب اقتصادي طويلة ومعقّدة والتي يجب إتباعها عند كل تسريح اقتصادي، وتجنّبا لعدم احترامها من طرف المستخدمين فقد جاءت المادة 70 من قانون رقم 90-11 أمرة، حيث نصت على أنّه يجب على المستخدم قبل القيام

¹ بن صاري ياسين، مرجع سابق، ص 91.

² ملف رقم 299518، قرار مؤرخ في 11/05/2005، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2005، ص 241.

³ زوية عز الدين، مرجع سابق، ص 90.

⁴ مهملي ميلود، مرجع سابق، ص 150.

بتقليص عدد العمال أن يلجأ إلى جميع الوسائل التي من شأنها التقليل من عدد التسريحات¹، ثم ذكرت على سبيل المثال بعض هذه الإجراءات منها تخفيض ساعات العمل، العمل الجزئي، الإحالة على التقاعد المسبق، دراسة إمكانيات تحويل المستخدمين إلى أنشطة أخرى أو تحويلهم إلى مؤسسات أخرى إذا لم يرغبوا في ذلك، وبعد استنفاد جميع هذه الوسائل تحدّد كفاءات تقليص عدد المستخدمين على أساس معايير ولاسيما الأقدمية والخبرة والتأهيل لكلّ منصب عمل²، وهذا ما يفرض توفير القدر الأدنى من الحماية للعامل _ الطرف الضعيف اقتصاديا _ بتقييد سلطة المستخدم في الإنهاء بالإرادة المنفردة ولأسباب اقتصادية بضوابط إجرائية أولية تهدف لتفاديه وجعله الحلّ الأخير لأزمته³، وهو ما استحدثه المشرع الجزائري بصفة خاصة بموجب المرسوم التشريعي رقم 94-09⁴ الذي ألزم المستخدم باتخاذ إجراءات سابقة لإجراء التسريح والتقليل من عددها وإيجاد الحلول البديلة لها وهذا ما يسمّى بالجانب الاجتماعي⁵، والتي تعود للمستخدم حرية واسعة في اختيار التدابير التي يدرجها ضمن هذا المشروع والتي تتناسب مع وضعية مؤسسته، لذلك فإنّ هذا الجانب يخضع لإجراء هامّ يحقق نوع من التوازن بين مصلحة المستخدم ومصلحة العامل وهو إجراء التشاور أو التفاوض الجماعي مع ممثلي العمال حول هذا الجانب، وإلى جانب إجراء إعداد مشروع الجانب الاجتماعي والتفاوض بشأنه، أوجد المشرع الجزائري إجراءات أخرى تسمح بتنفيذ قرار التسريح الاقتصادي خارج إرادة المستخدمين وحماية أيضا لمصالح العمال المسرّحين، وتتمحور أساسا في إجراءات تمسّ العامل المعني بقرار التسريح وتفرض على المستخدم ضرورة إعلامه إلى جانب الإجراءات الزامية إلى إخطار بعض الجهات الإدارية بالقوائم الاسمية

¹ زوبة عز الدين، مرجع سابق، ص 17، 18.

² المادة 71 من قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، مرجع سابق.

³ فتحي وردية، مرجع سابق، ص 115.

⁴ مرسوم تشريعي رقم 94-09 مؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1414 الموافق ل 26 مايو سنة 1994، يتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، ج ر عدد 34، الصادر في 1 جوان سنة 1994، معدّل ومتمّم.

⁵ وتجدر الإشارة أنّه بصدد الأمر رقم 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص نجد أنّ المشرع الجزائري قد ألزم صاحب العمل بإجراء الحصول على الرخصة الإدارية من مفتش العمل قبل كلّ تسريح اقتصادي وإلاّ كان تعسفيا، إلّا أنّ الإصلاحات الاقتصادية التي تمّ اعتمادها مع نهاية القرن الماضي وتجلى ذلك في تشريع العمل في القانون رقم 90-11 الذي استبعد إجراء الموافقة الإدارية المسبقة باعتبارها إجراء شكليًا وعوضها بالإلزام المستخدم بتقديم الجانب الاجتماعي.

واضح رشيد، مرجع سابق، ص 215، 216.

للعامل المعنّين بإجراء التسريح¹. وعلى ذلك فكلّ تسريح يتّخذه صاحب العمل دون احترامه لأيّ إجراء من هذه الإجراءات فيعدّ تعسفياً، حيث قضت المحكمة العليا في هذا السياق بأنّ الاتفاق المبرم مع النقابة والذي بمقتضاه تمّ ضبط قوائم العمال المعنّين بالتقليص لا يشكل إثبات احترام المعايير القانونية، إذا لم ينص المحضر على أنّ الأطراف بحثوا فيها صراحة، لذلك فقد اعتبرت أنّ التقليص الواقع في هذه الحالة تعسفياً رغم حصول الاتفاق حوله بين النقابة والمستخدم، ومن جهته أكدّ الاجتهاد القضائي الفرنسي أنّ عدم احترام القواعد الخاصة بترتيب التسريحات يجعل التسريح الواقع غير مبرّر أي تعسفي رغم أنّه لم يخلو من السبب الحقيقي والجدي².

وبخصوص الجزاء المترتب على الإنهاء التعسفي بدون احترام الإجراءات الإلزامية سواء كان التسريح تأديبي أو اقتصادي، فقد نص عليه المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 96-21 والذي يتمثل في إلغاء المحكمة المختصة ابتدائياً ونهائياً قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به وتمنح للعامل تعويضاً مالياً على نفقة المستخدم لا يقلّ عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمرّ في عمله³، وتجدر الإشارة إلى أنّ اجتهاد المحكمة العليا يتّجه إلى اعتبار أنّ هذا الجزاء لا يتعلّق بمخالفة الإجراءات التأديبية للتسريح وإنّما يتعلّق بمخالفة الإجراءات الخاصة بتقليص عدد العمال⁴، لكن إذا كان الأمر كذلك، فما هو الجزاء المترتب عن التسريح التعسفي الذي تمّ خرق الإجراءات التأديبية فيه؟

كذلك يمكن القول أنّه لا يمكن الجمع بين جزاء الفصل التعسفي لعدم وجود سبب حقيقي وجديّ وجزاء الفصل لعدم احترام الإجراءات حتّى إذا كان الفصل تعسفياً في نفس الوقت من حيث أسبابه وإجراءاته، ففي هذه الصورة يقع الاقتصار على جزاء الفصل التعسفي لعدم وجود سبب حقيقي وجديّ⁵.

بعد الانتهاء من دراسة تطبيق ومدى ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال عقود العمل وبالأخص مجال الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدّد المدة، نصل في الأخير إلى القول أنّ فكرة

¹ للمزيد من التفاصيل حول إجراءات التسريح لسبب اقتصادي: فتحي وردية، مرجع سابق، ص 114-205.

² المرجع نفسه، ص 170، 171.

³ المادة 9 فقرة 1 من أمر رقم 96-21 مؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق ل 9 يوليو سنة 1996، يعدّل ويتمّم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، يتعلّق بعلاقات العمل، مرجع سابق.

⁴ بن رجال آمال، مرجع سابق، ص 131.

⁵ هدى لطيف العقيدي، مرجع سابق، ص 102.

الإنهاء التعسفي لا تختلف عن فكرة التعسف في استعمال الحق، حيث أنّها لا تعدّ إلا تطبيقاً من تطبيقاتها، وذلك لأنّ معايير فكرة التعسف في استعمال الحق تمّ إيرادها على سبيل المثال، لذلك فقد تمّ القياس عليها بإيراد معيارين آخرين لفكرة الإنهاء التعسفي.

وعلى ضوء ذلك نتساءل عن مدى إمكانية ارتباط وتطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال الشركات التجارية باعتباره أيضاً مجالاً اقتصادياً خصباً لممارسة الحقوق؟

المطلب الثاني

في مجال الشركات التجارية

مع التفتح الاقتصادي الذي تبنته الجزائر وتشجيعها للقطاع الخاص، فإنّ الاهتمام بالشركات التجارية وتسييرها يتزايد نظراً للدور الكبير الذي تلعبه هذه الشركات في الاقتصاد الوطني، حيث تمثل الأداة المثلى للنهوض الاقتصادي، بل تعاضد هذا الاهتمام لدرجة أصبحت معه هذه الشركات تشكل قوّة اقتصادية واجتماعية تخشى الدولة من سطوتها وترى من واجبها أن تسهر على رقابتها حتّى لا تتحرف عن الطريق السويّ وتصبح أداة للاستغلال الاجتماعي أو للسيطرة¹، هذا عن الشركة كشخص معنوي له شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء وذمة مستقلة عن ذمتهم.

غير أنّ اكتساب هذه الشخصية المعنوية، وبالتالي وجود الشركات التجارية لا يتمّ إلا بمشاركة شخصين طبيعيين أو معنويين أو أكثر في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة²، فهؤلاء الأشخاص ليسوا شركاء فقط بما يقدمونه من حصص، بل هم أكثر من ذلك؛ إذ أنّهم أعضاء فعالة يمارسون دورهم داخل الشركة بما لهم من حقوق³ وسلطات يتمتع بها الشركاء والمسيرون في ظلّ الشركة التجارية ويمارسونها بكلّ حرية وفي إطار حدود القانون، إذ أنّه من الأهمية لكلّ الشركاء معرفة حقوقهم وواجباتهم من أجل تفادي الإضرار بالشركة، وبالتالي حسن تسييرها⁴، حيث تخضع الشركة التجارية لطابع تسيير ديمقراطي، أي أنّ كلّ

¹ مزوار فتحي، حماية المساهم في شركة المساهمة (دراسة في القانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 9.

² المادة 416 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

³ مزوار فتحي، مرجع سابق، ص 10.

⁴ BELLOULA Tayeb, Droit des société, Berti éditions, Alger, 2006, p. 171.

شريك يتمتع بحق التعبير عن رأيه والمساهمة في تسيير الشركة، غير أنّ ممارسة الحقوق في الشركة التجارية لا يسلم من تعسف البعض في استعمالها أي الانحراف والخروج عن الغرض الاجتماعي لتلك الحقوق لما تتمتع به الأطراف المتعسفة من وسائل وحيل للوصول إلى أهدافهم، وهذا ما يجعل الشركة التجارية ميدانا واسعا لانتشار تصرفات تعسفية¹.

فانتشار بعض الظواهر كالجمع بين صفتي الشريك والمسير أو ظاهرة الجمع بين عدّة مناصب تسيير في عدّة شركات مختلفة أدّت إلى استحواذ البعض على اتخاذ القرارات في الشركة والتحكّم فيها، كما أنّ عدم اهتمام صغار المدخرين خاصة في شركة المساهمة رغم كثرتهم بإدارة الشركة، قد يسمح للأقلية التي بحوزتها رؤوس الأموال الاستئثار بإدارة الشركة، ويعتبر حق التصويت أهمّ حق يتمتع به الشركاء في الشركة التجارية يمارسونه بكل حرية، ويخضع هذا الحق لقانون الأغلبية، غير أنّ هذا المبدأ غير مطلق بل هو مقيد، فيجد حدوده حيث يبدأ التعسف، ويعتبر التعسف في استعمال حق التصويت أحسن مثال لتطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال الشركات التجارية، وهذا ما اتّجه إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي ربط مصطلح تعسف الأقلية بالنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، كما ارتبط الفصل التعسفي للمسير بنفس النظرية.

وعلى العموم تتخذ التصرفات التعسفية في الشركات التجارية عدّة أشكال، وكان أول شكل اكتسب صفة التعسف في استعمال الحق هو التعسف في فصل المسير، وتلاه التعسف في استعمال أموال الشركة، وظهر بعد ذلك مصطلح تعسف الأغلبية، وكان آخر من ظهر في أشكال التعسف في مجال الشركات التجارية هو تعسف الأقلية. وكلّ هذه التصرفات التعسفية من شأنها أن تشكّل عائق أمام تطور الشركات التجارية والدور المنوط بها في الاقتصاد الوطني، لذلك فلا بدّ من المشرع أن ينتهج السياسة التدخلية تنظّم سير الشركة التجارية، وذلك باعتماده آليات رقابة على حقوق الشركاء أو المسيرين وجعل هذه الحقوق غير مطلقة، بل يجب تقييدها بالغاية الأساسية التي منح الحق لأجلها التي تتجسّد في ظلّ الشركة التجارية في تحقيق الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي أسست من أجله الشركة التجارية، فلا يجب أن يسعى من يمارس تلك الحقوق إلى هدف ينافي هذا الغرض²، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه

¹ فرندي نبيل، تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الشركات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 1، 2.

² المرجع نفسه، ص 1-3، 9.

نظرا للارتباط الوثيق بين فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية والنظرية المدنية للتعسف في استعمال الحق¹ باعتبارها نظرية عامة يمكن تطبيقها على كلّ حالة يتم فيها إساءة استعمال الحق من طرف صاحبه، حيث أصبحت نظرية قائمة يؤخذ بها في كثير من المسائل خاصّة بالنسبة للأمور التي لا يوجد بشأنها نص قانوني خاص كما هو الحال في مجال الشركات التجارية².

ولمّا كانت فكرة التعسف في استعمال الحق تجد لها تطبيقا واسعا على كلّ التصرفات الصادرة عن المسيرين والشركاء في مجال الشركات التجارية، ومهما كانت أشكال هذه الشركات، يجدر بنا تحديد مختلف هذه التصرفات التعسفية التي تتميز بالمرونة (الفرع الأول)، لذلك فقد أولى الفقه بدوره اهتماما كبيرا بدراستها وذلك عبر سعيه لوضع معايير تحديد تجمعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مرونة فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية

تعدّ الشركة التجارية مجالا واسعا لانتشار التصرفات التعسفية، فيتميّز مفهوم التعسف في هذا المجال بطابعه العام؛ إذ أنّ التحكم بمفهوم التعسف وتحديد كافة أشكال وتطبيقات فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال الشركات التجارية أمر صعب المنال، لما يتميّز به مفهوم التعسف في استعمال الحق من خصائص بصفة عامة، ونظرا لاتّساع مجاله وتعرّضه لتطورات عديدة في مجال الشركات التجارية بصفة خاصة.

¹ غير أنّ البعض اعتبر مفهوم فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية هو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال السلطة، لأنّ الشركة التجارية تعدّ فضاء واسعا لممارسة السلطات من جهة وخلق السلطات من جهة أخرى. للمزيد من التفاصيل حول هذا الرأي: المرجع نفسه، ص 10-13.

غير أنّنا لا نوافق هذا الرأي، بل نؤيّد أنّ التصرفات التعسفية التي تمارس في مجال الشركات التجارية هو تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق مادام أنّها مرتبطة بممارسة الحق وعدم جواز الخروج عن غايته.

وكان أول اجتهاد قضائي ربط فكرة التعسف في استعمال الحق في مجال الشركات التجارية هو قرار «Pafitis» الصادر في 12 مارس 1996، وذلك بشأن قضية بين شركة «EPAS» وشركائها، وقد ثار هذا النزاع بين المصلحة الاقتصادية للشركة ومصلحة الشركاء، وقد اعتبرت المحكمة أنّ ذلك يشكلّ تعسفا في استعمال الحق، حيث قرّرت ما يلي:

«Il s'agit notamment des questions se savoir si les justiciables, invoquant devant le juge national des droits fondés sur une disposition de droit communautaire sont soumis à un principe général de droit Solon lequel les justiciable doivent avoir un intérêt légitime à invoquer une disposition de droit, sous peine que leur demande constitue un détournement ou un abus de droit...».

IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 175, 176.

² مزوار فتحي، مرجع سابق، ص 64.

لذا فيتميّز مفهوم التعسف في مجال الشركات التجارية بمرونته، الأمر الذي يجعله يتلاءم مع أحكام الشركات التجارية مهما كانت طبيعتها القانونية سواءً كانت عقدية أم نظامية، فقد أثار تحديد الطبيعة القانونية للشركة التجارية تساؤلات وجدلا فقهيًا لم يحسم إلى يومنا هذا، فهل هي عقد أم نظام¹؟ غير أنّ هذا الجدل الفقهي لا تأثير له، على كون الشركة مسرح لوقوع تصرفات تعسفية مختلفة، بل على العكس فمفهوم التعسف يؤكد الطبيعة الازدواجية للشركة التجارية، باعتبار أنّ التعسف يتحقّق سواءً كانت الطبيعة القانونية للشركة عقد الذي يفتح المجال أمام التصرفات التعسفية، فتتفّذ عقد الشركة بسوء نية من طرف الأغلبية يجعلهم يتعسفون في استعمال غطاء الشخصية المعنوية لخدمة مصالحهم الشخصية، كما أنّ التعسف يتحقّق إذا كانت الطبيعة القانونية للشركة نظامًا قانونيًا، والذي تظهر فيه أيضًا بعض التصرفات التعسفية عبر ممارسة مجموعة من الحقوق كحق الشركاء في التصويت، عزل المسيرين، حق اللجوء إلى العدالة².

كذلك فإنّ مرونة فكرة التعسف يتلاءم مع الأشكال المختلفة التي يمكن أن تتّخذها الشركات التجارية سواءً كانت شركات أشخاص أو أموال، أو كانت الشركة ذات شخص وحيد أو متعددة الشركاء (أولاً)، كما يتلاءم مع تصرفات أشخاص الشركات التجارية سواءً كانت هذه التصرفات صادرة من الشركاء أو من المسيرين (ثانيًا).

أولاً - تلاؤم فكرة التعسف مع أشكال الشركات التجارية:

تعمّ فكرة التعسف في استعمال الحق كافة أشكال الشركات التجارية، سواءً كانت شركات أشخاص أو شركات أموال، وسواءً كانت شركات ذات شخص وحيد أو شركات متعدّدة الشركاء.

¹ حيث يرى بعض الفقه أنّ الطبيعة القانونية للشركة التجارية هي عقد استناداً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بالحرية الاقتصادية تكريساً للنظرية التعاقدية، كما أنّ هناك من التشريعات من تقرّر بذلك كالمشرع الجزائري الذي عرف الشركة باعتبارها عقد في نص المادة 416 من القانون المدني. أمّا البعض الآخر من الفقه فينكر الصبغة التعاقدية للشركة، ويعتبرها بمثابة نظام أم تنظيم قانوني يستمدّ وجوده من النصوص القانونية بمعنى مجموعة القواعد التي تنظّم على نحو ملزم تجمع من الأشخاص حول هدف معيّن.

فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 14، 15، 99، 100.

² المرجع نفسه، ص 15، 16.

1_ شركات الأشخاص وشركات الأموال:

نجد مثلا المادتين 1869 و 1870 من القانون المدني الفرنسي تجسّدان فكرة التعسف فيما يتعلق بـحل شركة الأشخاص لمدة غير محدودة، فمثل هذه الشركة يمكن أن تنتهي عند تنازل كلّ الأعضاء شريطة أن يكون التنازل بحسن نية وليس في وقت غير مناسب، وإلا كان تعسفيا¹. أمّا شركات الأموال التي تشكّل الركيزة الأساسية التي يقوم عليها النظام الرأسمالي وقاعدة من القواعد الرئيسية التي يعتمد عليها الاقتصاد الوطني لأيّ دولة تتبّع هذا المنهج، حيث تقوم شركة المساهمة _ باعتبارها النموذج الأمثل لشركات الأموال _ بتنفيذ المشاريع الاقتصادية الكبرى لقدرتها على تجميع الأموال اللازمة للقيام بهذه المشاريع، فهيمنت بذلك على النشاط الاقتصادي لكثير من الدول، ممّا جعل مسيروها يتمتعون بحقوق مطلقة في تسييرها، لكن قد يتعسفون في استعمال هذه الحقوق، وهذا ما أدى بالمشروع الجزائري للتدخل لتنظيمها بنصوص قانونية آمرة وترتّب على ذلك تضاؤل الصفة التعاقدية فيها، فأصبحت أقرب إلى التنظيم القانوني منها إلى العقد²، وذلك للحدّ من التصرفات التعسفية التي تشوبها.

2_ الشركات ذات الشخص الوحيد والشركات المتعدّدة الشركاء:

كذلك فإنّ مرونة فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية يجعله يتأقلم مع أيّ شكل قد تتخذه هذه الشركات، سواءً كانت مؤسسة ذات شخص وحيد أو متعدّدة الشركاء، لكن السؤال الذي يتمّ طرحه هنا يتمثّل في: هل يمكن تحقيق التعسف في ظلّ الشركة ذات الشخص الوحيد؟ ومع صعوبة تطبيق فكرة التعسف في المؤسسة ذات الشخص الوحيد، إلّا أنّه ليس بالأمر المستحيل، وأحسن مثال عن ذلك يكمن في حالة عدم ممارسة الشريك الوحيد شخصيا تسيير الشركة، فإذا عيّن مسيرا بدلا عنه فيمكن تصوّر وقوع التعسف في فصل المسير، كما يمكن وقوع تعسف الأغلبية في حالة انعدام الأقلية، وفي هذه الحالة يأخذ هذا التصرف التعسفي ما يسمّى بتعسف الإجماع وهو شكل من أشكال تعسف الأغلبية. أمّا الشركات المتعدّدة الشركاء، فتمارس في ظلّها عدّة حقوق عبر أجهزة مختلفة مكلفة بتسييرها، ويمكن أن تنشأ بينها نزاعات سواءً بين المسيرين والشركاء أو بين الشركاء فيما بينهم أو بين المسيرين فيما

¹ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 47.

² نوي هناء، "جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة في التشريع الجزائري"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014، ص 333.

بينهم¹، ممّا يجعل هذا النوع من الشركات عرضة للكثير من التصرفات التعسفية الناتجة عن مختلف هذه النزاعات، والتي قد تصدر إمّا من المسيرين أو من الشركاء؛ حيث تخوّل صفة الشريك أو المسير في الشركات التجارية حقوقاً تمارس في إطار منظّم بالقانون الأساسي للشركة وأحكام القانون التجاري وبالقواعد العامة للقانون المدني، وقد يقدم من يمارس تلك الحقوق على التعسف في استعمالها.

ثانياً_ تلاؤم فكرة التعسف مع تصرفات أشخاص الشركات التجارية:

بالرجوع إلى شركات الأموال عموماً، فإنّ هذه الشركات تتألّف من قطبين أساسيين؛ الأول هم مسيرو الشركة والقائمون بإدارتها والذين يشكلون الجهاز التنفيذي لها، والثاني هم الشركاء الذين يشكلون مصدر كلّ السلطات في الشركة، ويكوّنون للجهاز الأوّل ممارسة مهامه، غير أنّ تقسيم هذه الأجهزة من حيث قوّة المركز والوضعية، فيمكن القول أنّه بالرغم من كون الشركاء هم أصحاب الشركة، إلّا أنّهم في مركز ضعيف مقارنة بالجهاز المسير الذي هو في مركز قوّة² نظراً للحقوق الواسعة التي يتمتّع بها المسيريون في الشركة التجارية باعتبارهم وكلاء عنها ويتصرفون باسمها، لذلك فقد يتعسفون في استعمالهم لهذه الحقوق. غير أنّ المركز الضعيف الذي يحتلّه الشركاء _مقارنة بمسيري الشركة_ لم يمنعهم من التعسف في استعمال حقوقهم.

1_ تعسف المسيرين:

إنّ تعسف المسيرين يتمّ سواءً تجاه الشركة والشركاء أو تجاه الغير؛ فبالنسبة لتعسف المسيرين تجاه الغير أو ما يسمّى بالتعسف في استعمال الشخصية المعنوية والذي يقصد به انحراف المسير في استعمال حقوقه والخروج عن الغاية المنشئة لها، وهذا لتحقيق مصلحة لا ترتبط بمصلحة الشخص المعنوي (الشركة)، وهذا معناه تسترّ شخص طبيعي وراء غطاء الشخص المعنوي لتحقيق مصالحه الشخصية، فتعامل الغير مع الشركة يكون على أساس الأوضاع الظاهرة، وعلى هذا يكون معرّضاً لتعسف المسيرين المستترين تحت غطاء الشخصية المعنوية للشركة³. أمّا بالنسبة لتعسف المسيرين تجاه

¹ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 17، 18.

² خلفاوي عبد الباقي، حق المساهم في رقابة شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2009، ص 2، 3.

³ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 26، 27.

الشركة والشركاء فيتجسّد في حالتين هما: التعسف في استعمال أموال الشركة¹ والتعسف في استعمال الأصوات في الشركة، وقد جرّم المشرع الجزائري كلا هذين التصرفين التعسفيين في القانون التجاري²، حيث تؤوّل إلى القائمين بإدارة الشركة وتسييرها بعض الحقوق، إلّا أنّهم ملزمون عند ممارسة هذه الحقوق بمراعاة مصلحة الشركة لا غير باعتبار أنّ هذه الأخيرة هي مجموع مصالح الشركاء الذين هم في مركز ضعيف مقارنة بالمركز القويّ للمسيرين، لذلك فلا بدّ من تدعيم القاعدة التي تعتمدها معظم القوانين والتشريعات، ألا وهي ضرورة تدخّل المشرع في كلّ علاقة يكون أحد أطرافها قويا والآخر ضعيفا، وهو تدخّل يسعى من خلاله المشرع إلى دعم الطرف الضعيف وتوفير الحماية له حتّى يحافظ على حقوقه ومصالحه في مواجهة الطرف القويّ وهذا ما يحقّق التوازن بينهما، وبإسقاط هذه القاعدة على حالة الشركاء، فقد تدخّلت القوانين والتشريعات بقواعد تحمي الشركاء³ ضدّ تعسف المسيرين تجاههم، غير أنّ ذلك لا يعني أنّ الشركاء هم الطرف الضحية دائما، بل إنّهم قد يتعسفون بدورهم في استعمال الحقوق المخولة لهم.

2_ تعسف الشركاء:

تتمّ حماية الشركاء عن طريق تقوية حقهم في الرقابة داخل الشركة أو ما يسمّى بالحق في التصويت، والذي يمارس بطلب من الشريك المسؤول عن سداد ديون الشركة، حيث أنّ أهمّ القرارات المعدّلة لحسن تسيير الشركة يجب أن تتخذ من طرف الأغلبية، وهذا ما يسمح لهم بالمشاركة في اتخاذ القرارات داخل الجمعية العامة⁴، لأنّه بغياب الإجماع فإنّ الأغلبية هي التي تمثّل ملاك الشركة وأصحابها، وبالتالي أصحاب القرار فيها باعتبارها صاحبة أكبر قدر من المصلحة داخل الشركة، وهو من المفروض أن يجعل قراراتها سليمة وصائبة وتحقّق وبالدرجة الأولى مصلحة الشركة التي تمثّل مصلحة كلّ الشركاء، غير أنّ هذا التحليل النظري لا يتوافق دائما مع الحقيقة والواقع، فقد تختلف مصلحة الأغلبية⁵ عن مصلحة الشركة وعن مصلحة الأقلية، حيث تسعى الأغلبية إلى تحقيق مصلحتها على

¹ BELLOULA Tayeb, op. cit., p. 170.

² وذلك في المادتين 800 فقرة 4 و 811 فقرة 3 من قانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 11، الصادر في 9 فبراير سنة 2005.

³ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 3.

⁴ BELLOULA Tayeb, op. cit., p. 172.

⁵ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 207.

حساب مصلحة الشركة عن طريق التعسف في استعمال حقوقها. كذلك قد تسعى الأقلية باعتبارهم أيضا شركاء_ إلى تحقيق مصلحتها على حساب مصلحة الشركة ومصلحة الأغلبية، وذلك عن طريق ممارسة الحقوق المخولة لها، وبالتالي يتحقق ما يسمّى بتعسف الأقلية. وعلى ذلك فإنّ تعسف الشركاء في الشركة التجارية يتحقق إمّا عن طريق تعسف الأغلبية وإمّا عن طريق تعسف الأقلية.

أ_ تعسف الأغلبية:

يعتبر حق التصويت حق خالص للأغلبية، إلّا أنّه من الأسباب الأساسية لتقرير هذا الحق هو حماية مصلحة الشركة، وعليه فإذا كانت الأغلبية قد اتخذت قرارات من شأنها تحقيق مصلحة الشركة، فهي بهذا تحقق الغاية من منحها حق التصويت والتقرير، أمّا إذا لم تحترم الأغلبية مصلحة الشركة عند اتخاذ قراراتها فهذه الوضعية تحقق ما يسمّى بتعسف الأغلبية¹. والمشرع الجزائري لم يتطرق لوضع تعريف لتعسف الأغلبية حاذيا في ذلك حذو المشرع الفرنسي، لذلك فلا مناص من اللجوء إلى الاجتهاد القضائي، حيث أنّ محكمة النقض الفرنسية قد عرفت تعسف الأغلبية في قرار لها صادر بتاريخ 18 أبريل 1961 بأنّه كلّ قرار تتخذه الأغلبية ولا يخدم المصلحة العامة للشركة، ولا يهدف سوى لخدمة مصالح الأغلبية على حساب شركاء الأقلية، ما يعني أنّ تعسف الأغلبية يتحقق إذا كان القرار المتخذ مخالف لمصلحة الشركة، كما يفقد التوازن والمساواة بين الشركاء². ففكرة تعسف الأغلبية ظهرت عن طريق الاجتهاد القضائي في العديد من البلدان لاسيما في فرنسا بين الحريين العالميتين، حيث حكم ببطالان مداولة لجمعية عامة ولا يشوبها أيّ عيب في الشكل والإجراءات، ولكنها اتخذت بالغش في الحقوق_حقوق الأقلية_، وذلك عن طريق التعسف في استعمال الحق_حق الأغلبية_، وقد تلى هذا الحكم أحكام أخرى، كحكم تمّ الإقرار فيه بأنّ انتظام الزيادة في رأسمال لا يمكن أن يشكل عائقا يحول دون بطلانها، إذا ثبت أنّ قرارات مجلس الإدارة لم تتخذ بحسن نية وليست في مصلحة الشركة، والهدف منها هو فقط تفضيل مجموعة من الشركاء وهم أغلبية أو الإضرار بالشركاء الأقل عددا، وكذلك تمّ الحكم

¹ المرجع نفسه، ص 207، 208.

² La résolution prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.
DELECOURT Benoist, L'intérêt social, Mémoire D.E.A, droit des contrats, Université de Lille 2, France, 2001, p. 23, 24.

بأنّ أيّة مداولة متّخذة طبقاً للمصلحة العامة للشركة، لا يمكنها منح امتيازات لفئة من الشركاء وهي الأغلبية وحرمان الأقلية¹.

كذلك يتحقق التعسف إذا كانت الأغلبية تمثل شخص معنوي، وهذا ما يحصل عند استحواذ شركة تجارية تدعى الشركة القابضة أو المستحوذة على شركة أخرى تدعى الشركة التابعة أو المستحوذ عليها، حيث تكتسب الشركة المستحوذة حقوق تصويت داخل الجمعية العامة للشركة المستحوذ عليها مع استمرار الشخصية المعنوية المستقلة لهذه الأخيرة، وهذا ما يجسّد السيطرة عن طريق الاستحواذ على رأسمال الشركة المستهدفة والتي تتطلّب أن يكون المستحوذ قد امتلك أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة للشركة المستحوذ عليها. لذلك فإنّ المستحوذ مهما كان نشاطه الأصلي فيعتبر بالنسبة للشركة المستحوذ عليها بمثابة مدير لها ويعاملها كما لو كانت شركة تابعة له، وبالتالي تكون له الهيمنة والسيطرة على القرارات الهامة الصادرة عن الجمعية العامة التي تنظّم حياة الشركة بفعل ما يمتلكه من قوّة تصويتية داخل هذه الجمعية، ومن ثمّ يحدّد سياستها بما يخدم مصالحه، وهذا ما يحقق تعسف المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها التي تجد أساسها في فكرة التعسف في استعمال الحق التي تتمثّل في حالة الخروج عن غاية الحق، وبالتالي فالتعسف يتحقّق بمجرد أنّ المستحوذ لم يهدف إلى تحقيق مصالح مجموع الشركاء، وإنّما يهدف إلى خدمة مصالحه الخاصة، كما لو قام بأعمال تجارية لحسابه الخاص وباسم الشركة المستحوذ عليها وغيرها من الأعمال التي تعتبر تعسف في الإدارة².

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 208.

² ومن التطبيقات العملية لتعسف المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها ما صدر عن القضاء الفرنسي في قضية فريهوف، ففي هذه القضية كانت شركة أمريكية مستحوذة على ثلثي أسهم شركة فريهوف الفرنسية ولها 5 مقاعد في مجلس الإدارة من أصل 8 مقاعد، حيث أبرمت الشركة الأمريكية المستحوذة عقداً مع شركة برليية تلتزم بمقتضاه الشركة الفرنسية بتسليم الشركة البرليية معدّات قيمتها مليون ونصف دولار، إلّا أنّ الشركة الفرنسية المستحوذ عليها رفضت الصفقة لأنّها مخصّصة لجمهورية الصين الشعبية، فعرض الأمر على محكمة (Corbeil-Essonnes)، فقرّرت المحكمة أنّ الشركة المستحوذة اتخذت قراراً يتعارض مع مصالح الشركة المستحوذ عليها، إذ يترتّب عليه فصل 6000 عامل فرنسي ويهدّد مصالح الشركة بالخطر، أي أنّ المحكمة اعتبرت أنّ قرار الشركة المستحوذة معياراً للتعسف في الإدارة فرفضت الصفقة.

إبراهيم إسماعيل إبراهيم، "المسؤولية القانونية للمستحوذ على شركة المساهمة"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، جامعة بابل، العراق، السنة الرابعة، ص 12، 15، 20-22.

ب_ تعسف الأقلية:

باعتبار الأقلية شركاء، فإنّ القانون منح لهم حقوق داخل الشركة، ولاسيما تلك المقررة في الجمعيات العامة والمتعلقة أساسا بحقها في التصويت، ولأنّ القانون وكما سبق تبيانه يمنح الحقوق لأهداف وغايات محدّدة، فإنّ استعمالها في غير محلها ولأهداف غير تلك المقررة يجعلنا ندخل في حيز ما يسمّى بالتعسف في استعمال الحق. لكن وإن كان من السهل فهم واستيعاب ومن الوهلة الأولى تعسف الأغلبية باعتبار أنّ هذه الأخيرة تملك حق التقرير في الشركة، إلّا أنّ الأمر يختلف عندما نتكلم عن تعسف الأقلية والتي لا يمكنها التقرير، فكيف تتعسف الأقلية إذن؟

لقد منح القانون للأقلية حقوق ودعمها، والهدف من ذلك هو تمكين هذه الفئة الضعيفة من حماية مصالحها داخل الشركة، إلّا أنّ هذه المصالح لا يمكن أن تكون حيادية عن مصلحة الشركة، بل تتطلب اتخاذ قرارات معينة، فإذا قامت الأقلية باستغلال الحقوق الممنوحة لها لعرقلة الأغلبية عن طريق معارضتها لها مغلبة بذلك مصالحها الشخصية وأنانيتها وحبّها للمعارضة، فإنّها بهذا تكون _وكالأغلبية في تعسفها_ قد استعملت حقا ضدّ الأهداف التي تقررت لتحقيقها، والأقلية بهذا تتعسف¹، ويتجسّد هذا التعسف خاصة في استعمال حق احترام قرارات الأغلبية، وكذا استعمال حق مراقبة التسيير².

ولم يعط المشرع الجزائري ولا الفرنسي تعريفا لهذا الشكل من التعسف، غير أنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي عرف تعسف الأقلية في قرار له صادر بتاريخ 5 ماي 1998، بأنّه كلّ استعمال للأقلية المجمّدة لحقها في التصويت استعمالا منافيا للمصلحة الاجتماعية للشركة التجارية خدمة للمصالح الشخصية للأقلية على حساب مصالح الأغلبية³، وعلى كلّ فيمكن ترجمة تعسف الأقلية في حالتين، الحالة الأولى تتمثّل في اتّخاذ الأقلية وبشكل مفاجئ قرارات في غير محلّها كاللجوء إلى القضاء بشكل تعسفي وغير مبرّر وهو ما يسمّى بتعسف الأقلية الإيجابي abus de minorité positif، أمّا الحالة الثانية والتي تعدّ الأكثر انتشارا وذيوعا فتتمثّل في عرقلة كلّ التعديلات الأساسية الخاصة بمصلحة الشركة عن طريق

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 224، 226.

² BELLOULA Tayeb, op. cit., p. 173.

³ L'abus de minorité est: vote de blocage contraire à l'intérêt général de la société dans l'unique dessein de nuire aux majoritaires. La minorité de blocage doit exister et pouvoir servir d'arme dans les mains des minoritaires, mais sous réserve de l'intérêt social.

HENAFF Gaël, «L'intérêt social», Université de Rennes 2, Haute Bretagne, 2005, p. 6.

المعارضة ورفض القرارات المقترحة من طرف الأغلبية، وهو التعسف الذي تقوم به الأقلية عند ممارستها لحقها في التصويت وهو ما يسمّى بتعسف الأقلية السلبي *abus de minorité négatif*¹.

وتجدر الإشارة أنّه إضافة إلى تعسف الأغلبية وتعسف الأقلية، فإنّ هناك نوع آخر من التعسف ألا وهو تعسف المساواة *abus d'égalité*، وهو يقترب في مفهومه من تعسف الأقلية، حيث يرفض القرار المقترح الشركاء الذين يملكون حصة مساوية لحصة الشركاء الذين يريدون اتّخاذها، ويكون هذا النوع من التعسف عادة عند اتّخاذ القرارات التي تتطلب أغلبية عادية أو بسيطة، أو في الشركة التي تتكوّن من فرعين متساويين في الحصص، ويشترط لوجود هذا التعسف وتقريره نفس شروط تعسف الأقلية².

ونظرا للتطبيقات الكثيرة لفكرة التعسف في استعمال الحق في مجال الشركات التجارية، نقول أنّ هذه المرونة تحتاج إلى معايير تجمع كلّ هذه الحالات التعسفية، وهذا ما يساهم أكثر في تحديد فكرة التعسف في استعمال الحق في هذا المجال.

الفرع الثاني

معايير تحديد فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية

لقد أثار تعريف التعسف في مجال الشركات التجارية وتحديد معاييرها جدلا فقهيًا واسعًا، وهذا يعود لأسباب مرتبطة أساسًا بطبيعة التعسف نفسه، لكونه مفهومًا يتميّز بالمرونة والغموض وعدم الشفافية، وبالتالي عدم جدوى السعي إلى وضع تعريف جامع مانع للتعسف في مجال الشركات، بل حتّى أنّ الاجتهاد القضائي لم يصل إلى وضع معايير ثابتة وحاسمة تسمح لنا بالتحكّم في مفهوم التعسف في الشركات التجارية، فالتعسف بطبيعته يركّز على معايير متذبذبة *incertains*³.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 124 مكرّر من القانون المدني الجزائري نجد أنّها قد وضعت معايير تجسّد فكرة التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، وبالتالي تطبيقها على التعسف في مجال الشركات التجارية، وبما أنّ هذه المعايير جاءت على سبيل المثال، فقد عمل فريق من الفقهاء على وضع معايير خاصة بهذا النوع من التعسف ومرتبطة أكثر بالممارسات التعسفية في الشركات التجارية. وعلى ذلك

¹ DELECOURT Benoist, op. cit., p. 30, 31.

² خلافي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 233.

³ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 31.

سنتناول معايير تحديد فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية حسب القواعد العامة (أولاً)، ثمّ المعايير المحددة لفكرة التعسف في هذا المجال حسب القواعد الخاصة (ثانياً).

أولاً- معايير حسب القواعد العامة:

من خلال نص المادة 124 مكرّر من القانون المدني الجزائري يتّضح لنا أنّ المشرع قد وضع معايير عامة لتحديد فكرة التعسف في استعمال الحقّ نظّم كافة أشكال التعسف، بما فيها التعسف في مجال الشركات التجارية، وذلك في غياب أيّ نص خاص في القانون التجاري، لذلك فلا مانع من تعميم هذه المعايير على الفروع الأخرى للقانون الخاص خاصة منها ما يتعلق بالقانون التجاري وأحكام الشركات التجارية. وتتمثل هذه المعايير في: معيار قصد الإضرار بالغير، معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، ومعيار المصلحة غير المشروعة.

1- معيار قصد الإضرار بالغير:

لقد أكّد المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني تطبيق معيار قصد الإضرار بالغير في مجال الشركات التجارية، منها نص المادة 427 المتعلقة بعزل الشريك عن الإدارة بدون مبرّر معقول¹، حيث يعدّ ذلك قرينة على قصد الإضرار به، وبالتالي تعسف في استعمال حق العزل. والمادة 432 التي نصت على امتناع الشريك عن أيّ نشاط يلحق ضرراً بالشركة أو يعاكس الغاية التي أنشأت لأدائها وإلاّ كان متعسفاً، وكذلك المادة 433 التي ألزمت على الشريك الذي يأخذ أو يحتجز مبلغاً من مال الشركة أن يعوضها عن الأضرار التي لحقتها جراء هذا التصرف التعسفي.

فإذا اعتمدنا على معيار قصد الإضرار بالغير نجد أنّه يعدّ من أكثر تطبيقات فكرة التعسف في مجال الشركات، وذلك لتعدّد المصالح فيها، فكلّ شريك يسعى إلى تحقيق مصلحته وبالتالي الإضرار بالمصالح الأخرى وبمصلحة الشركة ككلّ. ويعدّ تعسف الأغلبية أحسن مثال عن تنازع المصالح بين الشركاء، الذي يفترض فيه قصد الإضرار بالأقلية²، ويتجسّد ذلك خاصة من خلال قيام الأغلبية بتحويل الأرباح الاجتماعية للشركة وبصفة متكررة إلى احتياطات، غير أنّ الأقلية ترغب دائماً في توزيع هذه

¹ بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 21.

² IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 317.

الأرباح، ويمكن التعسف في هذه الحالة في تحويل أرباح الشركة لعدة سنوات مثلاً بقصد الإضرار بالأقلية ودون أي فائدة تعود على مصلحة الشركة¹.

كذلك إذا عدنا إلى مثال تعسف الأقلية السلبي نجد أنه يخضع لمعيار قصد الإضرار، فقصد إضرار الأقلية المعيقة - كما يصفها الفقه - خفي ذو صفة غير ظاهرة، يتجسد باتخاذ الأقلية موقف معارضة باستمرار، ويظهر ذلك في انعدام أي مصلحة في معارضتهم قرار يمس باستمرارية الشركة وديمومتها، لكن في غياب قصد الإضرار لن يقر القاضي بوجود هذا النوع من تعسف الأقلية، ومن جهة أخرى لا يجب أن يتحول حق الأقلية في الانتقاد إلى حق في الإضرار، هذا مع الإشارة إلى أن تعسف الأقلية الإيجابي قد يخضع لنفس المعيار، وقد اعتمد الاجتهاد القضائي على تصور واسع لمعيار قصد الإضرار في مجال الشركات التجارية².

2_ معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير:

يعتبر هذا المعيار من أهم العناصر التي تدخل في تحديد التصرفات التعسفية في الشركات التجارية، فنكون أمام حالة تعسف الأغلبية إذا تم استعمال قانون الأغلبية بطريقة مبالغة أو غير متناسبة مع الضرر اللاحق بالأقلية، ونكون أمام حالة تعسف الأقلية حين تتصرف الأقلية بنوع من الأنانية تجعل من المصلحة التي تجنيها أقل بكثير من الأضرار التي تلحق الشركة، فمثلاً يكمن تعسف الأقلية السلبي في التصويت بالرفض على قرار معين بما لا يتناسب مع المصلحة الاجتماعية للشركة³، كرفض الأقلية تقرير زيادة رأس مال الشركة؛ لأن وضعهم المادي الذي عادة ما يكون متواضعاً لا يسمح لهم بالاكنتاب بالأسهم الجديدة باعتبار أن لهم حق الأفضلية في هذا الاكنتاب، وعليه فإنهم ويرفضهم لهذه الزيادة إنما يتجنبون المساس بمصالحهم المادية في الشركة، والذي يمكن أن يكون بدخول شركاء جدد، وما قد ينتج عنه من انخفاض في قيمة السهم الحقيقية وانخفاض في قيمة الأرباح التي ترجع لكل شريك مادام أن عدد

¹ DELECOURT Benoist, op. cit., p. 23.

² وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في إحدى القضايا التي وسّعت بصدها من نطاق تطبيق معيار قصد الإضرار في مجال الشركات بخصوص متابعة الشريك الذي صدر منه خطأ شخصي، حيث ألغت قرار صدر عن محكمة استئناف نفى مسؤولية الشركاء في ارتكابهم التعسف في فصل المسير، وهذا في حالة ما إذا ثبت أن القرار المتابع (قرار الفصل) كان من ورائه نوايا سيئة تهدف لإهانة المسير، الأمر الذي يتعارض مع المصلحة الاجتماعية للشركة.

فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 34، 60.

³ المرجع نفسه، ص 39، 40.

الشركاء قد ارتفع، بينما الأغلبية فإنّ من مصلحتها زيادة رأس المال لأنّ بإمكانها الاكتتاب بالأسهم الجديدة، وهي مصلحة جديرة بالرعاية لأنّها تمثّل مصلحة الشركة ككلّ، لذلك فقد قرّر القضاء بوجود تعسف للأقلية في الكثير من الحالات التي اعترضت فيها على قرار زيادة رأس مال الشركة، فالأقلية وبحكم ما تمتلكه من حقوق في الشركة ليس لها مصالح معتبرة لتدافع عنها، فعندما تعرقل اتخاذ قرارات لصالح الشركة فهي لا تخاطر بالكثير مقابل ما ستخسره الأغلبية إذا نتج عن عدم اتخاذ قرار معين إفلاس الشركة مثلاً، وبهذا يتجسّد التعسف أكثر فأكثر وتبرز ملامحه جيّداً¹ وفقاً لمعيار انعدام التناسب بين مصلحة الأقلية والضرر الكبير الذي يصيب الأغلبية والشركة. كما يطبّق هذا المعيار أيضاً بخصوص وجوب أن تتناسب العقوبة المتخذة مع الفعل أو التصرف المتابع في الشركة، فيخضع قرار إبعاد الشريك إلى هذا المعيار، أي نضع في كفة قرار إبعاد الشريك والأضرار التي تلحق به، ونضع في كفة أخرى الدوافع أو الأسباب التي أدت إلى العزل، فنكون أمام حالة تعسف في عزل الشريك إذا كانت أسباب العزل (المصلحة المتوخاة من العزل) لم تصل إلى درجة من الخطورة التي تقتضي لا محالة عزل الشريك. كذلك من تطبيقات هذا المعيار في مجال الشركات التجارية نجد التعويضات الممنوحة للمسير التي يجب أن تحدّد مع الأخذ بعين الاعتبار مقدار وأهميّة الخدمات التي يقدمها المسير للشركة من جهة، والإمكانات المالية للشركة من جهة أخرى، أي أنّ التعويضات الممنوحة للمسير يجب أن تتناسب مع الحالة المالية للشركة² وإلا كانت تعسفية.

3_ معيار المصلحة غير المشروعة:

بالنسبة لمعيار المصلحة غير المشروعة، فيبدو أنّ الحقوق التي تحقّق مصلحة غيرية مجالا خصباً لتطبيق هذا المعيار خاصة في مجال الشركات التجارية، فيعدّ تصرف الشريك في الشركة لمصلحة نفسه تعسفاً لأنّها مصلحة غير مشروعة ولم يقرّ بها القانون³، وأكثر تطبيقات هذا المعيار تتجسّد خاصة في المداولات غير العادية التي تتعلّق بتعديل القانون الأساسي للشركة، ونظراً لأهميّة القرارات المتخذة في هذه المداولات، فإنّ التشريعات والقوانين تشترط أغلبية أكبر من تلك المفروضة في المداولات العادية، وعلى الرغم من ذلك فقد تتعسف الأغلبية في استعمال حقها، لذلك فقد أقرّ الاجتهاد القضائي

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 226، 227.

² فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 40، 41.

³ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 91.

الفرنسي مثلا بطلان مداولة غير عادية قرّرت فيها الأغلبية تحويل الشركة لتحقيق مصلحة غير مشروعة، وهو عرقلة ومنع مساهم أقلّي من ممارسة حقه في إعادة الشراء والذي يمنحه إياه القانون الأساسي للشركة المحوّلة¹، كذلك قد يتمّ حرمان أقلية الشركاء من حقوقها الأساسية عن طريق دائما تعسف الأغلبية كحرمان المساهمين القدامى من حق الأفضلية في الاكتتاب الذي يتمّ به جميع المساهمين عند زيادة رأس مال الشركة، لكن قد تحدث عدّة تجاوزات تهضم حقوق الأقلية المساهمة، فإن كان المشرع قد منح للجمعية العامة غير العادية حق وسلطة إلغاء حق الأفضلية في الاكتتاب في نص المادة 697 من القانون التجاري الجزائري، إلّا أنّ قرار الأغلبية المساهمة بالقضاء على حق الأفضلية في الاكتتاب قد يكون بدون مبرّر إذا كانت الشركة لا تحتاج إلى مساهمين جدد ممّا يجعل قرار الأغلبية هنا تعسفي لأنّه يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، إذ أنّه عن طريق حق الأفضلية في الاكتتاب كان يمكن للأقلية المساهمة أن تدعّم مركزها في الشركة عن طريق الالتحاق بالأغلبية وتتفادى دخول مساهمين جدد.

وإضافة إلى حرمان الأقلية المساهمة من حق الأفضلية في الاكتتاب، فقد يتمّ حرمانهم كذلك من حق التصويت عن طريق عقد اتفاقيات تصويت غير مشروعة، وذلك بوضع شرط في القانون الأساسي يقضي بحيازة المساهمين على عدد من الأسهم حتى يتمكّنوا من المشاركة في الجمعية العامة للتصويت، أو عن طريق تعرّض الأقلية المساهمة إلى ضغوطات من طرف الأغلبية من أجل التصويت على نحو معيّن بالرغم من أنّ المبدأ العام يقضي بأن يمارس هذا التصويت بكلّ حرية وبدون قيد، وبالتالي فإنّ الأقلية قد تصبح عرضة للإغراءات من أجل الامتناع عن التصويت أو للتصويت في اتجاه معين، كما يمكن أنّ تستغلّ عدم مبالاتها من أجل توجيه أصواتها إلى نحو معين أو لدفعهم إلى عدم التصويت، لذلك فقد منع المشرع عقد مثل هذه الاتفاقيات التي تمسّ حق التصويت في المادة 814 من القانون التجاري²، والتي تعتبر ممارسة تعسفية تطبيقا لمعيار المصلحة غير المشروعة، بالإضافة إلى تطبيقات أخرى لهذا المعيار في مجال الشركات التجارية التي أقرّها خاصة الاجتهاد القضائي³.

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 215.

² مزوار فتحي، مرجع سابق، ص 66-68.

³ أهمّها التعسف في إنهاء المفاوضات تحقيقا لمصلحة غير مشروعة، في قضية تتلخص وقائعها في أنّ إحدى الشركات العقارية أعدّت مكانا بالدور الأرضي لاستغلاله لأغراض تجارية، وقد تلقت عرضا من إحدى الشركات التجارية لشراؤه تحت شرط إجراء تعديلات معيّنة، ووافقت الشركة العقارية على ذلك، إلّا أنّ الشركة التجارية قد عدّلت عن ذلك واستقرّ =

وإذا كانت هذه هي مجمل المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق والتي تمّ تطبيقها في مجال الشركات التجارية، كما يمكن تطبيقها في جميع المجالات، فإنّ الشركات التجارية قد تمّ إيجاد لها معايير التعسف الخاصة بها، والتي تطبّق عليها دون سواها.

ثانياً_ معايير حسب القواعد الخاصة:

بعد أن تطرّفنا إلى المعايير التقليدية لتحديد التصرفات التعسفية في الشركات التجارية، سنتطرق إلى معايير مستحدثة أكثر تلاؤماً مع طبيعة التعسف في مجال الشركات التجارية.

حيث لا يزال مفهوم التعسف في هذا المجال يثير اهتمام الفقه، وهذا لاعتباره مفهوماً قانونياً يحيط به نوع من الغموض، ولهذا نجد الفقه في بحث وتفكير مستمرّ حول وضع معايير خاصة لتحديد فكرة التعسف في مجال الشركات أمام غياب أيّ نص خاص في القانون التجاري يشير إلى ذلك. وفي هذا الصدد فقد توصّل الفقه إلى معياران يتعلّقان بطبيعة الشركة التجارية¹ ويساهمان أكثر في تحديد فكرة التعسف في هذا المجال وهما: معيار فقدان المساواة بين الشركاء ومعيار تضارب المصالح.

1_ معيار فقدان المساواة بين الشركاء:

تعتبر المساواة بين الشركاء من أهمّ عناصر ركن نيّة الاشتراك لانعقاد عقد الشركة، حيث يجعل كلّ الشركاء وإن اختلف مقدار حصّتهم ومصلحتهم متساوون في الحقوق والالتزامات، ويجب مراعاة هذه المساواة عند اتّخاذ القرارات داخل الجمعية العامة، فإذا نجحت الشركة فإنّ خيرها يجب أن يعم كلّ الشركاء وليس فئة منهم فقط حتّى ولو كانت الأغلبية، والعكس صحيح أيضاً. وبصفة عامة فإنّ مبدأ المساواة يعني أنّه في حالة خضوع الشركاء لأحكام أو تمتّعهم بحقوق فإنّ ذلك يكون على قدم المساواة

=نشاطها في مكان آخر، لهذا فقد طالبت الشركة العقارية التعويض استناداً إلى تعسف الشركة التجارية في استعمال حقها في إنهاء المفاوضات، فقضت محكمة استئناف «Bastia» الفرنسية برفض التعويض على أساس انتفاء قصد الإضرار بالشركة العقارية. وطعنّت هذه الشركة الأخيرة على هذا الحكم بالنقض، وقضت محكمة النقض بإلغاء الحكم بأنّ المسؤولية يمكن أن تقام على الشركة التجارية حتّى مع غيبة قصد الإضرار بالغير، وذلك في حالة غياب مصلحة مشروعة في استعمال الحق، إذ نكون عندئذ أمام حالة تعسف في استعمال الحق وفقاً لمعيار موضوعي مستمد من غاية الحق ذاته وهو معيار المصلحة غير المشروعة.

محمد شوقي السيّد، مرجع سابق، ص 320، 321.

¹ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 33، 38.

بينهم جميعاً دون استثناء لأي سبب كان، فلا يجوز بالتالي تمييز شريك عن آخر¹، ونظراً لأهمية هذا المبدأ فإنّ المشرع الجزائري قد نص عليه في المادة 678 من القانون التجاري الصادر عام 1975، وأكّد عليه من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-08، حيث كلّف صراحة مندوب الحسابات بالتأكّد من تطبيق المبدأ واحترامه².

وعلى ضوء هذه الأهمية الكبيرة التي يكتسبها مبدأ المساواة فقد ذهب فريق من الفقه إلى أنّ التعسف في مجال الشركات التجارية مرتبط بتحقيق معيار فقدان المساواة بين الشركاء، وقد كان الفقيه "Schmidt" من أوائل الذين اعتبروا أنّ فقدان العمدي للمساواة بين الشركاء كمعيار أساسي لتحقيق تعسف الأغلبية³، هذا إضافة إلى عدّة فقهاء آخرين، وهذا ما جعل معيار فقدان المساواة بين الشركاء يطبق في أغلبه على حالات تعسف الأغلبية، غير أنّ ذلك لا يمنع من إمكانية تطبيقه على أشكال أخرى من التعسف في مجال الشركات التجارية.

أ- تطبيق المعيار على تعسف الأغلبية:

إنّ أساس تعسف الأغلبية هو الاعتداء على مبدأ المساواة، وحتّى أنّ مفهوم المصلحة الاجتماعية يحمل في طياته فكرة حماية المساواة بين الشركاء، فإذا كان القرار المتخذ يخالف مصلحة الشركة وبفضله تتمتع الأغلبية بامتيازات دون غيرها، وأن هذا التفضيل يلحق أضراراً بالأقلية، فإنّنا هنا نكون بصدد الاعتداء على مبدأ المساواة بين الشركاء، وبالتالي تقرير وجود تعسف في استعمال الحق من طرف الأغلبية، وذلك في حالة مثلاً تحديد أجور مبالغ فيها للمسيرين والقائمين، فقد تقوم الأغلبية بتحديد أجور مبالغ فيها للمسيرين، غير مراعية في ذلك العناصر التي تدخل في تحديد هذه الأجور، وقد يرجع ذلك إلى كون بعض عناصر الأغلبية تشغل مناصب تسيير في الشركة، وحتّى في غياب ذلك، فقد تتحالف الأغلبية مع مسيري الشركة مقابل منحها امتيازات خاصة، وفي كلتا الحالتين تتعدى المساواة بين شركاء الأغلبية وشركاء الأقلية نتيجة تعسف الأغلبية في استعمال حقها، وأنّ هذا التعسف سيعود على الشركة

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 209، 210.

² المادة 715 مكرّر 4 من مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 أفريل سنة 1993، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 27، الصادر في سنة 1993.

³ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 37.

وعلى باقي الشركاء حتما بالخسارة والضرر¹، كذلك يمكن اعتبار القرار الصادر من الأغلبية تعسفي إذا كان يخلّ بمبدأ المساواة بين الشركاء ويحرّم الأقلية من الحقوق الأساسية، أو عن طريق التماطل في توزيع الأرباح، لأنّ الهدف الأول من انضمام أيّ مساهم إلى شركة المساهمة هو رغبته في تنمية أمواله والحصول على أرباح، لذلك فإنّ كلّ قرار صادر من الأغلبية المساهمة يقضي بحرمان الأقلية المساهمة من الحصول على الأرباح يعدّ قرارا تعسفيا، إذ أنّ الشركة التي يكون فيها للشريك الغنم دون الغرم أو الغرم دون الغنم تسمّى شركة الأسد وهي شركة باطلة².

ب_ تطبيق المعيار على أشكال أخرى من التعسف:

إضافة إلى تطبيق معيار فقدان المساواة بين الشركاء على تعسف الأغلبية، فقد أصبح هذا المعيار يعمّ أشكالا أخرى من التعسف في مجال الشركات التجارية، حيث يشترط أيضا لوقوع تعسف الأقلية تحقّق معيار فقدان المساواة، فسعي الأقلية إلى تحقيق مصلحة شخصية محضة تتجسّد عبر فقدان المساواة بين الشركاء، كما يشترط تحقّق نفس المعيار لتشخيص جنحة العالم بأسرار الشركة (جرائم البورصة) فالتعسف في استعمال المعلومات الخاصة بالشركة يمسّ بالمساواة بين الشركاء³، وكذلك فقد تقرّر التعسف وفقا لهذا المعيار عندما تمّ تنظيم مديرية الشركة بهدف وفي اتجاه وحيد وهو تفضيل تكتل عائلي، وتقرّر التعسف أيضا عندما أخذت الشركة على عاتقها ديون فرع لها، وأنّ هذا القرار لم يتّخذ لمصلحة الشركة كما هو ظاهر، ولكن اتخذ بهدف وحيد وهو تغطية سوء تسيير مساهم ينتمي للأغلبية والذي كان يشرف على إدارة الشركة الفرع⁴، وفي كلّ هذه الحالات تنعدم المساواة بين الشركاء.

2_ معيار تضارب المصالح:

قد تصدر عدّة تصرفات تعسفية من الشركاء أو المسيرين تهدف إلى تحقيق مصالحهم الشخصية البحتة على حساب المصلحة الاجتماعية للشركة أو على حساب مصالح باقي الشركاء أو المسيرين، لذلك فقد آثرت فكرة التعسف في استعمال الحق شرط تضارب المصالح أو تضارب الحقوق

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 213-215.

² مزوار فتحي، مرجع سابق، ص 65.

³ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 37.

⁴ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 215.

بين الطرف المتعسف والضحية لتحقيق التعسف في استعمال الحق، فيعدّ تضارب المصالح المختلفة في الشركة التجارية معياراً لقيام التعسف في مجال الشركات التجارية.

ويشترط الفقه لتحقيق وقيام هذا المعيار شرطين أساسيين وهما: المساس بالمصلحة الاجتماعية للشركة والسعي إلى تحقيق المصلحة الشخصية.

أ_ المساس بالمصلحة الاجتماعية للشركة:

قبل التطرّق لشرط المساس بالمصلحة الاجتماعية للشركة، ينبغي تحديد مفهوم هذه المصلحة _التي يفترض أن تصبّ كافة مجهودات الشركاء والمسيرين إلى تحقيقها_ حتّى يتسنى لنا الكشف عن مختلف التصرفات التعسفية في الشركة التجارية¹.

وقد ثار نقاش حادّ حول مفهوم مصلحة الشركة، فجاء بعدّة نظريات وأفكار في هذا الصدد، والتي حاولت تفسير والوصول إلى ما يعنيه هذا المصطلح: L'intérêt social de la société²، حيث ذهب بعض الفقه التقليدي إلى حصر مفهوم المصلحة الاجتماعية للشركة في الغرض الاجتماعي للشركة لتحديد التصرفات التعسفية، كما يأخذ الاجتهاد القضائي أحياناً بمخالفة الغرض الاجتماعي للشركة كشرط لقيام التعسف في مجال الشركات. ولكن من جهة أخرى نجد بعض القرارات القضائية أسست عدم ثبوت التعسف نظراً لتوافق التصرف المتابع مع المصلحة الاجتماعية للشركة رغم عدم توافق هذا التصرف مع الغرض الاجتماعي للشركة. ومن خلال ذلك يتّضح أنّ مفهوم الغرض الاجتماعي للشركة لم يحقق الإجماع فقها وقضاء، فالتصرف الذي يشكّل خرقاً للغرض الاجتماعي للشركة لا يشكّل حتماً تصرفاً تعسفياً، بينما التصرف الذي يطابق الغرض الاجتماعي للشركة لا يعني حتماً عدم اعتباره تصرفاً تعسفياً³، وبالتالي عدم صلاحية مفهوم الغرض الاجتماعي للشركة كمعيار لقيام التعسف في مجال الشركات التجارية، ومن ثمّ فهو يختلف عن مفهوم المصلحة الاجتماعية للشركة.

¹ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 42، 48.

² خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 206.

³ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 43.

وعلى ضوء ذلك فقد تمّ الاتفاق بين الكثير من الفقهاء والمؤلفين على أنّه يعتبر من المصلحة الاجتماعية للشركة كلّ ما يؤدي إلى تدعيم القوة الاقتصادية لها¹، وذلك عن طريق السهر على استمرارية نشاط الشركة والعمل على رقيّها. وقد وضع المشرع عدّة قواعد خاصة لتفادي أيّ تهديد قد يمسّ استمرارية الشركة وديمومتها، حتّى أنّ القاضي يتردّد كلّما تعلّق الأمر بحل شركة تجارية، ويقول الفقيه «Mestre» في هذا الشأن أنّه: من الواضح أنّ القاضي لا يحب النطق بحكم يقضي بحل الشركة، وهذا ما يتّجه إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث يرى الفقيه «Hauriou» أنّ الشركة بطبيعتها النظامية العقدية تتطوي على فكرة الديمومة، لذا نجد القاضي يدين أيّ تصرف تعسفي يعيق تقويم الشركة. وهذا يعني أنّ التعسف في مجال الشركات التجارية يتحقّق حينما تكون استمرارية وديمومة الشركة مهدّدة، حيث تعتبر استمرارية الشركة من أهمّ العوامل المساعدة على الكشف عن التعسف في مجال الشركات التجارية.

وقد جاء الفقه بعدّة أمثلة تؤيّد حماية المصلحة الاجتماعية للشركة، كمعيار للكشف عن حالة تعسف الأغلبية وحتّى تعسف الأقلية وغيرها من أشكال التعسف في الشركات التجارية، فإذا عدنا مثلاً لحالة تعسف الأغلبية²، فقد اعتمد الاجتهاد القضائي لتقرير هذا التعسف أساساً مفاده أنّ القانون منح للأغلبية حق إصدار القرار بغرض تحقيق مصلحة الشركة وبالتالي مصلحة كلّ الشركاء فيها، لكونها تعبر عن إرادة الجماعة وتمثّلها، فإذا استعملت هذه الأغلبية الحقوق الممنوحة لها لتفضيل وترجيح مصلحتها الخاصة على حساب مصلحة الشركة، فإنّها بهذا تستعمل حقاً بطريقة وأسلوب ولأهداف غير تلك التي حدّدها وضبطها القانون الذي منحها هذا الحق، وبهذا وبهذه الطريقة فإنّها تستعمل هذا الحق ضدّ الأهداف والغايات التي جاء من أجلها، كيف لا وهي تتخلى عن مصلحة الشركة، وهو ما يفقدها شرط الأمانة والنزاهة في استعمال حق التقرير، وعليه فيتحقّق تعسف الأغلبية كلّما كان القرار المتخذ منها مخالف للمصلحة العامة للشركة³. كما لو استعملت مثلاً حقها في التصويت وقرّرت تحويل شركة المساهمة إلى شركة من نوع آخر لخدمة مصلحتها الشخصية فقط دون الاكتراث بمصلحة الشركة، إضافة إلى عدّة قرارات تعسفية تتخذها الأغلبية مخالفة لمصلحة الشركة والتي لا يمكن حصرها⁴. أمّا إذا التزمت الأغلبية بالسبب أو بالهدف الرئيسي الذي منح وفقه حق التقرير ألا وهو تحقيق مصلحة

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 206.

² فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 43-45.

³ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 209.

⁴ مزوار فتحي، مرجع سابق، ص 69.

الشركة، حتّى وإن تضررت الأقلية نوعاً ما من القرار، فإنّ هذا الضرر مبرّر بمصلحة الشركة والتي تعتبر في نفس الوقت مصلحة كلّ الشركاء بما فيهم الأقلية نفسها، وعليه وبعبارة أخرى فإنّ الأقلية قد خسرت القليل لتكسب الكثير، وبهذا فلا مجال للكلام عن تعسف الأغلبية.

كذلك بالنسبة لتعسف الأقلية السلبي فيشترط لتحقيقه أن تكون عرقلة القرار هي ضدّ مصلحة الشركة ولا تخدمها، وإنّما يهدف الأقلية فقط بهذه العرقلة إلى تحقيق مصالح شخصية عن طريق التعبير بأنانية أو عن مجرد وجود فكر أو روح المعارضة، وهو ما يسمّى بروح المعارضة التلقائية والتي تلحق أضراراً بالشركة، وبالتالي تأثير هذا النوع من التعسف على مصلحة الشركة لأنّ حرمان الأغلبية من إمكانية اتخاذ القرارات المناسبة وفي الوقت المناسب والتي تحقّق بها مصلحة الشركة ومصلحة الشركاء، إنّما هو هدم لأحد المبادئ التي تقوم عليها الشركات التجارية عموماً¹، لذلك فإنّ الاتجاه القضائي يرى بأنّ تعسف الأقلية السلبي يرتكب بمناسبة اتخاذ قرار يخص عملية هامة للشركة، أي أنّ شركاء الأقلية ملزمون بعدم معارضة قرار يخص مثلاً رفع رأس مال الشركة إذا كان هذا يمسّ بمصلحة الشركة واستمراريتها. كذلك قد يتجسّد تعسف الأقلية في حالة اتخاذ قرار يؤدي إلى تعطيل أو تجميد نشاط الشركة، الأمر الذي يؤدي على المدى القصير أو الطويل إلى زوال الشركة، وأيضاً وحسب اجتهاد قضائي منعزل، فإنّ معارضة شركاء الأقلية لقرار مهمّ للشركة قد يفقد الشركة فرصة تحسين نتائجها، وبالتالي المساس بمصلحتها واستمراريتها.

وإذا كان المساس بالمصلحة الاجتماعية للشركة (المساس باستمرارية وديمومة الشركة) يعدّ شرطاً لمعيار تضارب المصالح الذي من خلاله يمكن إثبات مختلف التصرفات التعسفية في الشركة التجارية، فإنّ نفس هذا الشرط يمكن أن يتّخذ كذريعة لتبرير بعض التصرفات التعسفية، حيث أنّه بالنسبة للمثال التقليدي للفصل التعسفي للمسير، فنجد أنّ الصفة التعسفية للفصل تتناقض كلّما كانت وضعية الشركة المالية صعبة، فالمصلحة الاجتماعية للشركة قد تحثّ على استبدال المسير أو المسيرين المفترض أن يكونوا وراء الوضعية المالية الحرجة للشركة، وهذا ما يفسّر تدخل القاضي في تسيير الشركة إذا تعرضت استمراريته وديمومتها للخطر، وذلك بتغاضيه عن اعتبار فصل المسير في هذه الحالة تعسفي، وقد ذهب اتجاه من الاجتهاد القضائي إلى استبعاد الصفة التعسفية عن فصل المسير كلّما برّرت الصعوبات المالية للشركة ذلك. ونفس الشيء فيما يخص عزل الشريك، وهذا في حالة ما إذا تقدّم أحد

¹ خلفاوي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 212، 225.

الشركاء بطلب حلّ الشركة، هذا ما قد يجعل باقي الشركاء يعملون على عزل الشريك المتقدّم بالطلب حفاظاً على مصلحة الشركة واستمراريتها وديمومتها، فيصعب اعتبار عزل الشريك في هذه الحالة تعسفياً، بل يمكن اعتبار عزل الشريك في هذه الحالة كالحل الأخير لضمان استمرارية وديمومة الشركة وقد توصل الفقيه «Guyon Yves» إلى نتيجة مفادها أنّه يمكن أن تبرّر الوضعية المالية الصعبة للشركة، أي قرار يمكن اعتباره غير عادي إذا كانت الشركة في حالة مالية عادية¹. أمّا إذا كان القرار غير العادي يمسّ بمصلحة الشركة فهو قرار تعسفي، كما لو تعهّد المستحوذ بتزويد مصنع تابع إلى الشركة المستحوذ عليها بالمواد الأولية للإنتاج في فترات متعاقبة، فعند توقّف المستحوذ عن التوريد بصورة مفاجئة، فهذا يلحق ضرر بالمصنع، وبالتالي المساس بمصلحة الشركة المستحوذ عليها، لأنّ المصنع سوف يضطرّ إلى التوقّف عن الإنتاج، وأنّ هذا التوقّف يسبّب له خسارة².

بـ السعي إلى تحقيق المصلحة الشخصية:

لتحقّق معيار تضارب المصالح يشترط شرط آخر يتمثّل في السعي لتحقيق المصلحة الشخصية، والذي يعدّ من أهمّ إن لم نقل أهمّ دافع لارتكاب التصرفات التعسفية في الشركات التجارية، إذ يسعى الطرف المتعسف بتصرفه لتحقيق مصالحه الشخصية البحتة، فيعتبر السعي وراء المصلحة الشخصية من أهمّ عناصر قيام التعسف في مجال الشركات التجارية.

وبصدّد الحديث عن المصلحة الشخصية كعنصر لقيام التعسف في مجال الشركات التجارية، تجدر الإشارة إلى أنّ هذا العنصر ينطبق سواءً على الشريك أو على المسير.

فعن المصلحة الشخصية للشريك فلا يوجد أيّ نص قانوني يمنعه عن السعي لتحقيق هذه المصلحة حتّى عند ممارسة حق التصويت أثناء الجمعيات العامة، لكن لهذا المبدأ قيود، فيمكن أن يجد الشريك نفسه مجبراً عن التخلي عن مصالحه الشخصية الضيقة للتصرف على نحو يغلب فيه مصلحة الشركة عن مصالحه الأنانية، لذلك فيمكن تحقّق تعسف الأغلبية إذا تعمّد الشريك أو الشركاء الممثلين للأغلبية السعي لتحقيق مصلحتهم الشخصية عند تصويتهم على قرار ما أثناء الجمعيات العامة، فمثلاً لا يعتبر قرار رفع احتياطي الشركة تعسفياً إلّا إذا كان يهدف إلى تعزيز وضعية الشركاء الممثلين للأغلبية

¹ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 45-48.

² إبراهيم إسماعيل إبراهيم، مرجع سابق، ص 38.

على حساب الأقلية عن طريق السعي لتحقيق المصلحة الشخصية للأغلبية وحرمان الأقلية من الاستفادة من الأرباح التي تحققها الشركة.

أما عن تعسف الأقلية، فيعدّ من الحالات التي يصعب فيها اكتشاف سعي الشريك لتحقيق مصالحه الشخصية، حيث تشترط محكمة النقض الفرنسية لتحقيق تعسف الأقلية أن يهدف الشريك الذي ينتمي للأقلية إلى تحقيق مصالحه الخاصة على حساب باقي الشركاء، وهنا نكون أمام حالة تعسف الأقلية الإيجابي، كما يصعب إثبات سعي الشريك لتحقيق مصلحته الشخصية أكثر في حالة تعسف الأقلية السلبي.

وعلى ذلك فيعتبر إثبات سعي الشريك إلى تحقيق مصلحته الشخصية من أهم عناصر إثبات تعسف الشريك، وللكشف عن ذلك تستعمل الطريقة التي تدعى وزن المصالح، فنضع في كفة المصلحة الشخصية للشريك، ونضع المصلحة الاجتماعية للشركة في الكفة الأخرى، فيعتبر مثلاً قرار معارضة رفع رأس مال الشركة قراراً تعسفياً إذا كان مصير نشاط الشركة مرتبط بهذا القرار، فيسعى الشريك المصوت بالرفض من خلال القرار الانتحاري المتخذ إلى تحقيق مصلحته الشخصية البحتة على حساب مصلحة الشركة. لكن بالنسبة لسعي الشريك لتحقيق مصلحته الشخصية المنفصلة عن صفة الشريك والتي تدعى بالمصلحة الشخصية غير المباشرة، فيتسم إثبات ذلك بنوع من السهولة، ويظهر هذا النوع من المصلحة في حالتين هما؛ حالة الجمع بين صفة الشريك وصفة المسير في نفس الشركة الذي يؤدي إلى ازدياد حالات التعسف والتي تتجسد خاصة في شكل تعسف الأغلبية المسيرة التي تصوت مثلاً بمنح المسيرين تعويضات مبالغ فيها، لأنّ الشركاء المصوتين بالأغلبية يحملون في نفس الوقت صفة المسير، أما الحالة الثانية للمصلحة غير المباشرة للشريك فتتمثل في حالة حصول الشريك على مزايا خارج الشركة نفسها، فإذا تصرف الشريك على نحو لا يتماشى والمصلحة الاجتماعية للشركة وكان له مصالح غير مباشرة في شركات أخرى فيعدّ متعسفاً، وهذا ما كشفت عنه محكمة النقض الفرنسية في أحد القضايا المرفوعة إليها عن وقوع تعسف الأقلية وجاء في أحد حيثياتها: "أنّ التصويت بالرفض veto الذي اتّخذه الشريك في إطار الأقلية ضدّ قرار رفع رأس مال الشركة، كان هدفه تحقيق مصلحة شخصية

انتقامية، وهذا يعود لإبعاده عن مجلس إدارة الشركة وامتلاكه لمصالح لدى شركة منافسة، يمتلك فيها صهره لأغلبية رأس المال"¹.

أمّا عن المصلحة الشخصية للمسير، ويتعلّق الأمر في هذا النوع من المصلحة غالباً بجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة، وهو الفعل المعاقب عليه بنص المادة 800 فقرة 4 وكذا المادة 811 من القانون التجاري الجزائري². ويتّسع مصطلح أموال الشركة ليشمل أصول الشركة التي تحتوي على المنقولات والعقارات والأموال غير المجرّدة، بما في ذلك عتادها، سلعها، مخزنها، ومالها من ديون، وحقوقها، وعلاماتها، وبراءاتها. وقد يقتصر الاستعمال على مجرّد استخدام المال، كاستخدام سيارة تابعة للشركة لأغراض شخصية، ويقصد بالاستعمال الاعتماد المالي، استعمال قدرة الشركة على الوفاء وقدرتها المالية، وكذا سمعتها ومصداقيتها، كما لو وقّع مدير الشركة باسم الشركة على ضمان دين شخصي، أو كأن يقوم مدير الشركة بضمان نفسه بواسطة الشركة عن طريق تأمينات عينية كالرهن العقاري ورهن المنقول، أو تأمينات شخصية كال كفالة والضمان الاحتياطي، فكلّ هذه الأفعال تشكّل تصرفات تعسفية تخضع لأحكام المادتين السابقتي الذكر، ويجب أن يهدف المسير وراء تصرفه التعسفي إلى تحقيق مصلحته الشخصية، وهذه المصلحة إمّا أن تكون مصلحة شخصية مباشرة، حيث يستفيد المسير مباشرة من تصرفه التعسفي، ويظهر ذلك عبر سعي المسير لتحقيق مصلحته الشخصية على حساب الشركة عبر المكافآت التعسفية التي يستفيد منها مثلاً، وإمّا أن تكون المصلحة الشخصية للمسير غير مباشرة والتي تهدف إلى خدمة مصالح شركة أو مؤسسة أخرى للمسير وهي تشمل كلّ التصرفات التي تخدم الغير وتخدم مصالح المسير سواء على المدى القصير أو الطويل. ولا تنحصر المصلحة الشخصية غير المباشرة للمسير في خدمة مصالح الشركة أو مؤسسة أخرى فحسب، بل تذهب إلى أبعد

¹ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 48-53.

² غير أنّ المشرع الفرنسي قد حدّد الحالات التي يكون فيها المسير متعسف بالإدارة من خلال سعيه لتحقيق مصالحه الشخصية، وذلك في نص المادة 182 من القانون رقم 98 لسنة 1985 وهي:

ـ إذا تصرف في أموال الشركة التي يديرها على أنّها أمواله الخاصة.

ـ إذا مارس تحت ستار مشروع أعمالاً تجارية تحقّق له أرباحاً خاصة لا تدخل ضمن موازنة المشروع.

ـ إذا قام في أعمال تعسفية أدّت إلى تعثّر الشركة التي يديرها أو جعل موقف هذه الشركة يزداد صعوبة.

ـ إذا حصل على أموال أو ائتمان لصالح المشروع واستخدمها في أغراض تخالف مصالح هذا المشروع وتوافق مصالحه الشخصية أو فضّل مصالح مشروع آخر على مصالح المشروع الذي يديره.

إبراهيم إسماعيل إبراهيم، مرجع سابق، ص 21.

من ذلك، فالمسير الذي يتصرف في أموال الشركة لخدمة مصالح أصدقاء أو لتحقيق علاقة عاطفية، فيعدّ هذا خرقاً للمصلحة الاجتماعية للشركة، وتتعرّض تصرفاته التعسفية للمتابعة بشرط استفادة أقرائه أو أصدقائه من هذه التصرفات التعسفية¹.

من خلال كلّ ما سبق قوله نصل إلى أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق وإن كانت ممكنة التطبيق في المجالات الاقتصادية وبمختلف معاييرها سواءً في مجال عقود العمل أو في مجال الشركات التجارية، ورغم أنّ هذه الفكرة قد عرفت تطوراً ملحوظاً في هذين المجالين من خلال إيجاد معايير خاصة بكلّ منهما، إلّا أنّ هذه المعايير الخاصة لم تخرج عن أصل فكرة التعسف في استعمال الحق والتي تتمثّل في استعمال الحق استعمالاً منافياً للغاية التي شرع من أجلها الحق، والتي نشأت نتيجة عدم التساوي بين الأفراد في الحقوق، وبالتالي فإنّ فكرة التعسف في استعمال الحق تبقى دائماً مرتبطة بنطاق ممارسة الحقوق.

بعد تحديد ماهية فكرة التعسف في استعمال الحق، والوصول إلى اعتبار أنّها نظرية عامة تسري على جميع أنواع الحقوق، وبالتالي إمكانية تطبيقها على مختلف المجالات وحتى المجال الاقتصادي. نتساءل بعد ذلك عن ماهية فكرة التعسف في استعمال القوّة الاقتصادية والتي نصت عليها القوانين الاقتصادية.

¹ فرندي نبيل، مرجع سابق، ص 54-56.

الفصل الثاني

فكرة التعسف في استعمال القوة

الاقتصادية

لقد ظهر مفهوم التعسف أساسا لحماية الطرف الضعيف المضروب، وهو مفهوم مصدره القانون المدني عن طريق ما يسمّى بفكرة التعسف في استعمال الحق. لكن إذا كانت فكرة التعسف في استعمال الحق _التي ينصبّ نطاق تطبيقها على الحقوق_ قد نشأت نتيجة عدم التساوي بين الأفراد في الحقوق، ما يعني إمكانية استعمال هذه الحقوق بصفة تعسفية من قبل أصحابها، فإنّ فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية _التي ينصبّ نطاق تطبيقها على الحرية الاقتصادية وما ينتج عنها من مراكز قانونية قوية في السوق_ قد نشأت أيضا نتيجة تفاوت المؤسسات وعدم التساوي بينها في المراكز القانونية التي تحتلّها في السوق، حيث أنّ بعض هذه المؤسسات تتمتع بقوة اقتصادية دون البعض الآخر، وهو ما يجعل المؤسسات القوية اقتصاديا تتعسف في استعمال هذه القوة.

وعليه فقد توسّع المفهوم الكلاسيكي لفكرة التعسف شيئا فشيئا بعد ظهور التشريعات الاقتصادية الحديثة التي نصت على فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية. وبالتالي فإذا كان التعسف بصفة عامة له مصدر واحد وهو القانون المدني، فهل أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق وفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية يمثلان نفس الفكرة؟

يعدّ التعسف من أخطر الظواهر التي عرفتھا المنظومة القانونية، فبعدما أصاب مبدأ الحق المطلق وجعله نسبيا مقيدا بغايته، تعدّاه إلى المجال الاقتصادي ومجال العقود، فمسّ بقواعده الأساسية المعروفة بمبدأ القوة الملزمة للعقد¹، ومبدأ حرية المنافسة² التي هي حرية من الحريات الاقتصادية وتعني حق

¹ عنصري بوزار شهنار، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص 2.

² ويرى بعض الفقه أنّ قانون المنافسة اعتمد على النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق المكرّسة في القانون المدني، واستلهم منها ما يسمّى بفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، على اعتبار أنّ القانون المدني هو الشريعة العامة لكلّ القوانين.

شروط حسين، شرح قانون المنافسة (على ضوء الأمر 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 08-12 المعدل والمتمم بالقانون 10-05 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميله، الجزائر، 2012، ص 23.

فالممارسات الاحتكارية تندرج في إطار المنافسة التجارية التي تعدّ حقا مشروعاً لكلّ شخص، لكن أيّ تجاوز لهذا الحق يعدّ عملا تعسفيا تطبق عليه أحكام المادة 124 مكرّر من القانون المدني مهما كان الغرض منه، إمّا إلحاق الضرر بالمنافسين الآخرين في السوق أو استغلال المؤسسة لقوتها الاقتصادية وإلحاق الضرر بغيرها من المؤسسات أو كانت ترمي إلى تحقيق مصالح غير مشروعة للمحتكر.

بن يطو آمال، حماية المستهلك من الاحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010، ص 49.

الدخول إلى السوق أو ممارسة حرية العرض دون قيود بما حاصله حظر تكوين عوائق لدخول تجار منافسين إلى السوق أو إقصاء منافسين من السوق، وأدخلت إلى المجال القانوني بواسطة مبدأ شهير هو مبدأ حرية التجارة والصناعة¹، لكن رغم أن المنافسة والتجارة تقوم على أساس الحرية، إلا أنها ليست مطلقة، ذلك أن المنافسة ليست حالة طبيعية تلقائية عادية كما يعتقد ذلك أصحاب الاقتصاد الحر²، بل هي مقيدة بمقتضى وجود نظام قانوني يرتب قيودا على هذه الحرية تمليه حماية المنافسة الحرة ذاتها، وذلك باتخاذ الوسائل التشريعية التي تؤدي إلى التوازن بين المؤسسات المتنافسة³، ومن بين هذه الوسائل نجد منع التعسف في استعمال القوة الاقتصادية. لأنه وكما هو معروف منذ القدم بأن من يحوز على السلطة أو القوة يكون قابلا للتعسف فيها، أي كانت هذه السلطة⁴، لذلك تم وضع حدود وضوابط

=إلا أنه يمكن القول أن قانون المنافسة قد أخذ مصطلح التعسف من القواعد العامة دون المعنى الحقيقي لفكرة التعسف في استعمال الحق التي تعني الإساءة وسوء الاستعمال للحق والإضرار بالآخرين، أما التعسف في قانون المنافسة فهو يؤدي إلى قصر المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في السوق المعنية.

جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 140. وبالتالي فإذا كان مفهوم التعسف في استعمال الحق مفهوم تقليدي، حيث تناوله المشرع ضمن نصوص القانون المدني، وقرر عدم جواز التعسف إذا كان واقعا بقصد الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة فإنه في قانون المنافسة أكثر مرونة، حيث لا يشترط فيه قصد الإضرار، وإنما يعتبر في حد ذاته ضررا بالنسبة للمؤسسات الأخرى في السوق التي تصبح غير قادرة على المنافسة.

بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005، ص 17.

لذا يبدو أن المفهوم التقليدي للتعسف غير كاف للحماية من إساءة استخدام السلطة الاقتصادية، لذلك يقوم قانون المنافسة بحماية جميع المؤسسات الاقتصادية من التعسف الصادر عن المؤسسة ذات القوة الاقتصادية.

كتو محمد الشريف، "حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، العدد 23، الجزائر، 2002، ص 64.

¹ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 15.

² GUYON Yves, Droit des affaires (droit commercial général et société), tome 1, 7^{ème} édition, Economica, Paris, 1992, p. 873.

³ أحمد محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 71.

⁴ CHAPUT Yves, Le droit de la concurrence, PUF, Paris, 1990, p. 42.

وتجدر الإشارة إلى أن الممارسات المنافية أو المقيدة للمنافسة بصفة عامة قد عرفت تطورا ملحوظا في ظل العولمة الاقتصادية، ومن بين هذه الممارسات نجد التعسف في استعمال القوة الاقتصادية.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, «Abus de puissance économique et droit international privé», Revue internationale de droit économique, n° 1, Bruxelles, 2010, p. 37.

على السلطة أو القوة الاقتصادية - كما تمّ ذلك مع الحقوق من تقييد - حتى لا يساء استغلالها أو التعسف في استعمالها، لأنّه إذا افترضنا أنّ المؤسسات تتمتع بحرية مطلقة في التصرف والسلوك، فإنّ ممارسة هذه الحرية المطلقة سيهدّد بالقضاء على المنافسة، بحيث تفرض المؤسسات الأكثر قوة اقتصادية احتكارها على السوق عن طريق ممارسة التعسف في قوتها الاقتصادية¹.

ويتّضح من موقف أغلب التشريعات أنّها تنظر إلى المنافسة على أنّها هدف في حدّ ذاتها لا وسيلة لتحقيق غاية معيّنة². وهذا ما يميّز فكرة التعسف في حرية المنافسة أو ما يسمّى بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية عن فكرة التعسف في استعمال الحق الذي يتحقّق بالخروج عن غاية الحق، باعتبار الحق وسيلة لتحقيق غاية معيّنة. وعلى ضوء ذلك كان لزاماً على المشرع تدارك كلّ هذه الأمور لمواكبة التطوّرات وإمكانية التصدي للمشاكل المستجدة والتي يعتبر التعسف عنواناً لها، وهذا ما تصدّى له المشرع الجزائري من خلال القوانين الاقتصادية التي سنّها.

وتتخذ الممارسات التعسفية في استعمال القوة الاقتصادية عدّة أشكال، فهناك ممارسات تعسفية تهدف إلى عرقلة المسار التنافسي سواءً للحدّ من المنافسة أو إقصاء مؤسسة من السوق، والتي نص على حظرها قانون المنافسة، وهناك ممارسات تعسفية أخرى تمسّ بنزاهة الممارسات التجارية وشرعيتها ومن شأنها الإضرار بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية سواءً كان مستهلكاً أو مهنيّاً، والتي نص على منعها قانون الممارسات التجارية.

وأساس اختيار قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية محلاً للدراسة يعود إلى أنّهما يشكّلان القاعدة العامة التي تحكم النشاط التجاري من جهة، والمنافسة من جهة ثانية، وبعبارة أخرى هما نصان يطبّقان على كلّ الممارسات التجارية مهما كان نوعها، وفي كلّ القطاعات الاقتصادية إلى جانب

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 1.

² عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 193.

النصوص المؤطرة لكل قطاع أو نشاط¹. لذلك سنتولى دراسة فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال قانون المنافسة (المبحث الأول)، ثم في مجال قانون الممارسات التجارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة

إذا كانت المنافسة الحرة والنزيهة تستدعي وجود الشفافية في العلاقات التجارية بين المؤسسات وحماية المستهلكين من كل أساليب التدليس والغش، فإننا نجد بعض الممارسات التي تمسّ بشرعية هذه المنافسة، وذلك نتيجة لوجود المؤسسة في مركز قوة اقتصادية، وهو ما يجعلها تتعسف في استغلال هذه الوضعية ضدّ قواعد المنافسة²، وبالتالي فإنّ المنافسة يمكن عرقلتها في السوق، وذلك بفعل تصرفات المؤسسات القويّة. إلّا أنّ اكتساب القوة الاقتصادية في السوق ليس بالتصرف المحظور في حدّ ذاته ولا المخلّ بالمنافسة، بل أنّ الاستغلال التعسفي لهذه القوة هو الذي يشكّل التصرف المحظور عندما يؤدي إلى تقييد وتحديد المنافسة³. وعليه فإنّ عمليات الاستغلال التعسفي للقوة الاقتصادية في السوق يعتبر من أهمّ الممارسات المخلة بالمنافسة التي تركز على مقاومتها والتصدي لها أغلب تشريعات المنافسة نظرا لآثار السلبية لهذه السلوكيات على توازن السوق⁴، لذا فإنّ هدف قانون المنافسة هو حماية المنافسين والمستهلكين والجمهور بصفة عامة، وضمان حسن أداء اقتصاد السوق لوظيفته⁵.

وقد تمّ حظر التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال قانون المنافسة تطبيقا لقاعدتين؛ الأولى تقليدية وتتعلّق بالتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، والثانية حديثة نوعا ما وتتمثّل

¹ بوعولي نصيرة، حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 6، 43.

² بوقرين عبد الحليم، "تأثير التحول الاقتصادي على التجريم في مجال المنافسة"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جامعة جيجل، 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص 262.

³ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 3^e édition, L.G.D.J, Paris, 2002, p. 437.

⁴ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 3.

⁵ BEHAR-TOUCHAIS Martine, op. cit., p. 47.

في التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، حيث أضافها المشرع الفرنسي بموجب إصلاح 1986 (الأمر المؤرخ في 1 ديسمبر 1986)¹.

وعلى غرار المشرع الفرنسي، فإنّ المشرع الجزائري وبالرجوع إلى القانون المنظم للمنافسة في الجزائر نجد أنّ هذا الأخير لم يكن بداية يعترف بحظر صوري التعسف في استعمال القوة الاقتصادية؛ حيث اقتصر النص في أول الأمر على حظر الصورة الأولى للتعسف المتعلقة بوضعية الهيمنة الاقتصادية، أمّا الصورة الثانية المتعلقة بالتعسف في حالة التبعية الاقتصادية، فقد تأخّر المشرع الجزائري في تنظيمها². وبهذا نكون أمام نوعين من الممارسات التعسفية في استعمال القوة الاقتصادية في ميدان قانون المنافسة، أولهما تتّصف بالإطلاق، وثانيتهما تتّصف بالنسبية³، وقد يظهر أنّهما ممارستان متشابهتان إلى حدّ معيّن لكنهما مختلفتان، لذلك سوف يتمّ دراسة كل واحدة منهما على حدّ⁴، حيث نتولّى

¹ LEGAIS Dominique, Droit commercial et des affaires, 18^{ème} édition, Sirey, Paris, 2009, p. 337.

BLAISE Jean-Bernard, op. cit., p. 437.

وحاليا فقد نص المشرع الفرنسي على منع هاتين الممارستين في مادة واحدة هي المادة 2-420 L من قانون التجارة الفرنسي، لكن بالنسبة للتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية تمّ تعديلها بموجب المادة 66 من القانون رقم 2001-420 الصادر في 15 ماي 2001 المتعلق بالتنظيم الاقتصادي الجديد.

ALLOUI Farida, L'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence, Mémoire en vue d'obtention du diplôme de Magistère en droit, option: droit des affaires, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2011, p. 68.

² ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص 405، 406.

³ PEDAMON Michel, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce), 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 425.

⁴ غير أنّ قانون المنافسة الجزائري على غرار باقي التشريعات قد نص على ممارسة تعسفية أخرى تتمثل في البيع بأسعار مخفضة تعسفا، إلّا أنّ هذه الممارسة لا تدخل في إطار فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية كأصل عام رغم أنّها غالبا ما تتمّ من مؤسسات تحوز على قوّة اقتصادية في السوق، إلّا أنّه لا يشترط لحظرها أن تشغل المؤسسة التي ترتكب التعسف موضعا مهيمنّا كما في حظر التعسف في وضعية الهيمنة أو أن توجد الضحية في حالة تبعية اقتصادية كما في حظر التعسف في حالة التبعية الاقتصادية.

ج. ريبير-ر. رولو، لويس قوجال، المطوّل في القانون التجاري (التجار، محاكم التجارة، الملكية الصناعية، المنافسة)، ترجمة: منصور القاضي، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 890.

رغم أنّه يمكن اعتبار البيع بأسعار مخفضة تعسفا يدخل تحت طائلة التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على أساس أنّ المؤسسة تهدف من خلال هذا النوع من الممارسات إلى الهيمنة على السوق مستقبلا.

جراي يمينه، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 82.

أولا تحديد فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية (المطلب الأول)، ثم ثانيا تحديد فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية (المطلب الثاني)

المطلب الأول

فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية¹

توجد في بعض الأسواق مؤسسات تتمتع بهيمنة على هذه الأسواق أكبر من منافسيها، كما توجد في حالات قصوى مؤسسة وحيدة تحتكر السوق لانعدام وجود منافسين لها. وهاتان الحالتان أو الوضعيتان إنما تتشآن نتيجة عدّة عوامل منها: أنّ المؤسسة لها القدرة على الإنتاج بفعالية وبتكلفة أقلّ، أو أنّها تحوز على أجهزة حديثة ومتطورة وكفاءات عالية تتمتع بقدرات وإبداعات في إنتاج السلع والخدمات، وهذه الأمور مستحبة وتعتبر من المزايا والإيجابيات التي يشجّع ويحثّ عليها قانون المنافسة، لذا فإنّ المشرع لم يحظر وضعية الهيمنة أو الاحتكار بحدّ ذاتهما، حيث أنّهما أمران جائزان، وإنّما حظر التعسف في استعمال هاتين الوضعيتين واستغلالهما بما يؤدي إلى الإضرار بالمنافسين والمستهلكين وبالاقتصاد بشكل عام² أي الإخلال بالمنافسة وعرقلة السوق، ففي حالة غياب الأثر السلبي على المنافسة من خلال الحدّ منها أو عرقلتها، تخرج ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة من حيّز تطبيق قانون المنافسة، وتخضع لقانون الممارسات التجارية الذي ينظر في التعسف الصادر عن الطرف القويّ في العقد دون الأخذ في الاعتبار الأثر الذي يترتب على السوق³، وهذا ما يميّز فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة عن فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية.

¹ وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك من الفقهاء من ربط فكرة التعسف في وضعية الهيمنة بفكرة التعسف في استعمال الحق، لكن هناك فقهاء آخرون فصلوا بين الفكرتين، لأنّ فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية لا تتعلّق بحقيقة فكرة التعسف في استعمال الحق _التي تتحدّد في مجال ممارسة الحقوق_، بل تتعلّق بممارسة القوة الاقتصادية.

IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 13.

² كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 43.

زردوم صورية، "التعسف في استعمال وضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة الحرة"، الملتقى الوطني الأول حول: آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 15 و 16 ماي 2013، ص 2.

³ مختور دليلية، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 81.

ولعلّ الحكمة من وراء حظر الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة تكمن في الحدّ من المنافسة أو الإخلال بها، لكون التعسف في استعمال المركز المهيمن يؤدي إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعّالة، ممّا يؤثّر سلباً على المسار الطبيعي للنشاط الاقتصادي في السوق، لذلك أصبح من الضروري منع التعسف في استخدام وضعية الهيمنة حسب ما حدّده قانون المنافسة¹.

وقد حظر المشرع الجزائري التعسف في وضعية الهيمنة² لأول مرة بموجب المادة 27 من قانون الأسعار الصادر عام 1989³، ثمّ في المادة 7 من قانون المنافسة لعام 1995⁴، وأخيراً في المادة 7 من الأمر الصادر عام 2003 المتعلق بالمنافسة⁵ والتي نصت الفقرة الأولى منها على أنّه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:....".

يظهر من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع يتطلب شرطين لمنع التعسف في وضعية الهيمنة أو الاحتكار ومعاقبة المؤسسة المتورّطة فيه؛ يتمثّل الشرط الأول في تحقّق وضعية الهيمنة الاقتصادية

¹ ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر رقم 03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 92.

² وذلك على غرار باقي التشريعات، حيث تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أول الدول التي بادرت إلى منع ممارسات التعسف في استخدام الهيمنة على السوق بتبني أول قوانين المنافسة في سنة 1880 قبل أن يصدر قانون شيرمان سنة 1890 الذي نص عليها في مادته الثانية.

جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 123.

كذلك تمّ حظر التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الأوروبي بموجب المادة 86 من معاهدة روما لعام 1957 (المادة 82 حالياً)، وقد استوحى المشرع الفرنسي من القانون الأوروبي فكرة التعسف في وضعية الهيمنة بموجب القانون الصادر في 2 جويلية 1963.

MALAUURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et communautaire, 3^{ème} édition, Dalloz-Armand Colin, Paris, 2005, p. 193.

كما نصت المادة 1-4-22 من قانون الأفعال المقيدة للمنافسة الألماني المعدّل بتاريخ 1987 على منع التعسف في وضعية الهيمنة، وهو ما نص عليه أيضاً المشرع الكويتي في المادة 60 مكرّر.

أحمد عبد الرحمن الملحم، "إتحاد التجار ومخالفة أحكام المنافسة التجارية في ضوء القانون رقم 13 لسنة 1996"، مجلة الحقوق، مجلد النشر العلمي، العدد الرابع، جامعة الكويت، السنة العشرون، ديسمبر 1996، ص 137.

³ قانون رقم 89-12 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1409 الموافق ل 5 يوليو سنة 1989، يتعلق بالأسعار، ج ر عدد 29، الصادر في 16 ذي الحجة عام 1409 الموافق ل 19 يوليو سنة 1989، (ملغى).

⁴ أمر رقم 95-06 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 9، الصادر في 22 رمضان عام 1415 الموافق ل 22 فبراير سنة 1995، (ملغى).

⁵ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

(الفرع الأول)، حيث أنّ هذا الشرط يظلّ ركنا مفترضا لقيام فكرة التعسف في الهيمنة، إذ لا يتمّ إدانة مؤسسة ما إلا إذا كانت حائزة على وضعيّة هيمنة على سوق السلع والخدمات، أمّا الشرط الثاني فيتعلق بعمل أو سلوك يتعيّن أن تقوم به المؤسسة المهيمنة وهو ما يشكّل الاستغلال التعسفي لوضعيّة الهيمنة الاقتصادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وضعيّة الهيمنة الاقتصادية

تكون في وضعيّة هيمنة كلّ مؤسسة تتواجد في موضع يسمح لها بأن تلعب دورا رئيسيا في سوق ما للسلع والخدمات دون أن يكون بمقدرة أيّ منافس آخر توفير بدائل معتبرة سواء لزبائن أو مورّدي المؤسسة المتواجدة في هذه الوضعيّة¹، وبالتالي فينبغي أن تملك المؤسسة لوضعيّة هيمنة حتّى تتمكّن من السيطرة على معظم الإنتاج في هذه السوق، ومن ثمّ تستطيع زيادة أرباحها من خلال زيادة الأسعار وتخفيض الإنتاج².

يمكن حيازة وضعيّة الهيمنة من طرف مؤسسة واحدة (الهيمنة الفردية) أو من طرف مجموعة من المؤسسات (الهيمنة الجماعية)³، وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بالهيمنة الجماعية، بل أخذ فقط بالهيمنة المنفردة، وهو ما يستنتج من العبارة الواردة في المادة 3 من الأمر رقم 03-03 لما عرفت وضعيّة الهيمنة، وذلك ما يتحقّق في أغلب الحالات، وهي أنّ وضعيّة الهيمنة تحوزها مؤسسة واحدة فقط⁴.

فالهيمنة الفردية هي تلك الوضعيّة التي تحوزها مؤسسة وحيدة في سوق معيّنة، أي تلك القوّة الاقتصادية التي يحوزها شخص طبيعي أو معنوي وحيد أيّا كانت طبيعته، فيمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات دون أن تتمكّن أيّ مؤسسة أخرى من التأثير عليه بأيّ شكل كان، كما

¹ CHAPUT Yves, op. cit., p. 42.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، أبو الخير للطباعة والتجليد، د ب ن، 2008، ص 43.

³ لكن المؤسسات ليست هي الوحيدة التي يمكن أن تحوز على الوضع المهيمن، بل يمكن كذلك للأشخاص العامة حيازة هذا الوضع.

CABANES Christophe, NEVEU Benoit, Droit de la concurrence dans les contrats publics (pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions), éditions Le Moniteur, Paris, 2008, p. 72.

⁴ BLAISE Jean-Bernard, op. cit., p. 442.

يمكن لمؤسسة ما أو لمجموعة الفروع التابعة لها أن تكون في وضعية هيمنة اقتصادية منفردة، باعتبار أن الفروع لا تتمتع بأي استقلالية في سياستها الاقتصادية¹.

أما الهيمنة الجماعية فيقصد بها تلك الوضعية التي تحوزها مؤسستان فأكثر، والتي تتصرف في السوق كمجموعة واحدة وليس بصفة منفردة، إلا أن الإشكال المطروح فيما يخص الهيمنة الجماعية يتمثل في: هل يجب أن تكون المؤسسات المعنية بوضعية الهيمنة تابعة للمجموعة نفسها، أم أنه يمكن اعتبار مجموعة من المؤسسات في هذه الوضعية رغم غياب الرابط الهيكلي الذي يجمعها؟ وإجابة على هذا السؤال، فقد اعتبرت اللجنة الأوروبية للمنافسة أن مجموعة من المؤسسات تكون في وضعية هيمنة اقتصادية رغم عدم وجود رابط هيكلي يجمعها²، أي أنه يمكن للمؤسسات التي هي غير مرتبطة ماليا أن تمارس معا وضعية الهيمنة، وتعتبر بالتالي كمجموعة من المؤسسات بسبب انسجامها المسبق لسياستها التجارية، والذي يكتسي شكل ركيزة قانونية واحدة كالجمعية أو تجمع المصالح الاقتصادية³، بينما مجلس المنافسة الفرنسي فقد كان أكثر تشدداً فيما يخص الهيمنة الجماعية، فاشتراط وجود علاقة بين المؤسسات المعنية، سواء كانت هذه العلاقة هيكلية، مالية أو تجارية، المهم أن تثبت هذه العلاقة الضرورية لوجود وضعية الهيمنة الجماعية⁴، كأن تكون عبارة عن اتحاد مجموعة من الفروع دون أن يكون أحدهم مهيمناً على السوق، إلا أن اتحادهم يشكل مؤسسة مهيمنة على السوق أو جزء جوهري منه، وفي هذه الحالة ينبغي تحديد العلاقة التي تربط الفرع بمؤسسة الأم، فإذا كانت الفروع حرة في تصرفاتها وغير خاضعة لمؤسسة الأم في هذه الحالة تعتبر هذه الفروع مؤسسات مستقلة اتفقت لغرض الهيمنة الجماعية على السوق⁵.

كما تجدر الإشارة إلى أنه توجد صورتين للهيمنة: الصورة الأولى هي وضعية الاحتكار، الذي يقصد به الاستحواذ على مجمل الطلب وكل حصص السوق، والصورة الثانية هي وضعية الهيمنة والتي لا تصل إلى حد الاحتكار⁶.

¹ PIRONON Valérie, Droit de la concurrence, Gualino éditions, Paris, 2009, p. 83.

² مختور دليلية، مرجع سابق، ص 91.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, Droit français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994, p. 70, 71.

⁴ VOGEL Louis, Droit français de la concurrence, 3^{ème} édition, Lawlex, Paris, 2006, p. 358.

⁵ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), L.G.D.J-Delta éditions, Paris, 1999, p. 420, 421.

⁶ زردوم سورية، مرجع سابق، ص 3.

وإذا كانت وضعية الاحتكار لا يصعب تحديدها باعتبار أنّ المحتكر يستحوذ على مجمل الطلب وكلّ حصص السوق، فإنّ تواجد المؤسسة في وضعية الهيمنة هي حالة من حالات السوق التي يصعب تحديدها، وهذا ما يقتضي منّا تعريفها، وكذا تحديد السوق المناسبة لها ومعايير تقديرها¹.

إذن فالسؤال الذي يطرح هو كيف يمكن الحكم على أنّ المؤسسة في وضعية هيمنة؟ وما هي معايير تقدير هذه الوضعية؟ (ثالثا)، ولمعرفة ذلك يجب قبل كل شيء تحديد السوق المعنية (أولا)، ثم تعريف وضعية الهيمنة الاقتصادية (ثانيا)².

أولا_ تحديد السوق المعنية:

يشكّل تحديد السوق المعنية la délimitation du marché وسيلة تحليل أساسية في قانون المنافسة، ويتجلى ذلك من خلال قياس مقدار المنافسة الواقعة أو المحتملة، الأمر الذي يسمح بقياس سلطة الهيمنة لمؤسسة ما³، حيث يعدّ تحديد السوق المرجعي خطوة أولى في طريق البحث عن مدى حيازة المؤسسة حصة هامة فيه، والتي تملك بموجبها القدرة على التأثير السلبي على المنافسة. وعلى كلّ فإنّه لا يمكن الوقوف على موقع الهيمنة إلا بتحديد هذه السوق⁴. لذلك فقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنّ تحديد السوق المعنية شرط أساسي للتحقق من وضعية الهيمنة الاقتصادية، وبالتالي تحقق فكرة التعسف في وضعية الهيمنة من عدمها⁵.

وتحديد السوق المعنية له أهمية قصوى، وذلك بالنسبة للأجهزة والسلطات القائمة على مراقبة ومتابعة حسن تشغيل السوق ومراعاة قواعد المنافسة الحرة واتخاذ الإجراءات اللازمة إزاء الممارسات

¹ كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 45.

² AREZKI Nabila, Contentieux de la concurrence, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Magistère en droit, option: droit public des affaires, faculté de droit, Université Abderrahmane Mira, Bejaia, 2011, p. 64.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 7.

⁴ LÉLOUP Jean Marie, «Caractères généraux du droit de la concurrence», *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 4, Paris, avril 2000, p. 83.

قوعراب فريزة، ردع الممارسات المنافية للمنافسة في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2007-2008، ص 7.

بن عزة محمد، "دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري"، *مجلة الندوة للدراسات القانونية*، العدد الأول، جامعة تلمسان، 2013، ص 253.

⁵ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2003, p. 55.

ALLOUI Farida, op. cit., p. 70.

الضارة بالمنافسة¹، ومنها التعسف في وضعية الهيمنة، وعليه لا يمكن الاستغناء عن تحديد هذه السوق بمناسبة النظر في هذه المخالفة، كما ينطبق الأمر كذلك بالنسبة لمراقبة التجميعات الاقتصادية، لأنّ هذه المراقبة تهدف أساساً إلى حماية المنافسة والسوق من وضعية الهيمنة الاقتصادية التي تنشأ أو تتأكد نتيجة تجمع المؤسسات².

ونظراً لأهمية تحديد السوق المرجعي، خاصة في مجال التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، تمّ تعريف السوق بأنّه ذلك المكان الذي تلتقي فيه العروض والطلبات على مواد وخدمات يعتبرها المشترون أو المستعملون بديلة فيما بينها وغير بديلة مع غيرها من المواد والخدمات الأخرى المعروضة³.

ويقصد بالسوق المعنوية نوع النشاط التجاري المتضمّن تقييداً لحرية المنافسة في المنتجات والمنطقة الجغرافية التي يمارس فيها هذا النشاط⁴، كما عرف مجلس المنافسة الجزائري السوق بأنّه: "مجموع المنتجات أو الخدمات التي يعتبرها المستهلك تعاوضية أو قابلة للتبادل بالنظر إلى خصائصها من حيث أسعارها والاستعمال الموجّه إليه"⁵.

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في ظلّ المرسوم التنفيذي رقم 314-2000⁶ في مادته الثالثة كما يلي: "يقصد بالسوق أو جزء من السوق المرجعي لتحديد وضعية الهيمنة، السلع أو الخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي والسلع أو الخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المنافسون في نفس المنطقة الجغرافية". لكن بإلغاء هذا المرسوم تمّ استبدال هذا التعريف بالتعريف الوارد في المادة الثالثة فقرة ب من الأمر رقم 03-03 بأنّه: "كل سوق للسلع أو الخدمات المعنوية

¹ الماحي حسين، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 18.

² DECOCQ André, DECOCQ Georges, Droit de la concurrence (droit interne et droit de l'union européenne), 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2010, p. 100.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 72.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 2006, p. 42.

LELOUP Jean Marie, op. cit., p. 83.

⁴ الماحي حسين، مرجع سابق، ص 17.

⁵ مختور دليّة، مرجع سابق، ص 105.

⁶ مرسوم تنفيذي رقم 314-2000 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق ل 14 أكتوبر سنة 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، ج ر عدد 61، الصادر في 20 رجب عام 1421 الموافق ل 18 أكتوبر سنة 2000، (ملغى).

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 المعنية¹.

ومن خلال هذه التعارف، يتم طرح سؤالين حتى نتمكن من تحديد السوق المعنية بوضعية الهيمنة الاقتصادية وهما: ما هو المنتج المعني؟ وما هي المنطقة الجغرافية المغطاة؟ ومن خلال هذين السؤالين ميّز الاجتهاد القضائي الفرنسي في أحد القضايا المعروضة عليه بين سوق المنتجات أو الخدمات أو ما يسمى بالسوق النوعية، وبين السوق الجغرافية²، لذلك سنتولى دراسة كلّ واحد منهما على حدة.

1_ السوق النوعية (سوق المنتجات أو الخدمات):

يتم تعريف السوق النوعية _الذي يتم في إطاره تحديد مدى هيمنة المؤسسة عليه_ وفقا لمدى إمكانية تبادل السلع والخدمات في ذلك السوق بالنسبة للمستهلك، فالتبادلية تعني إمكانية قيام المستهلك بالاستغناء عن سلعة أو خدمة واستبدالها بأخرى لها نفس المميزات النوعية والقيمة³.

لذلك تم تعريف السوق النوعية على أنه السوق الذي يتضمن كلّ السلع والخدمات التي يعتبرها المستهلك بديلة نضرا لخصائصها، سعرها، والاستعمال الموجّه له⁴. فالسوق النوعية تتعلق بنوع معين من

¹ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد وضع نفس التعريف الذي تبنته التشريعات الأوروبية.

ALLOUI Farida, op. cit., p. 51.

² Dans sa jurisprudence, affaire United Brands «Chiquita», n° 27/76 du 14/02/1976.

Ibid, p. 50.

³ عدنان باقي لطيف، مرجع سابق، ص 149.

⁴ GRYNFOGEL Catherine, Droit communautaire de la concurrence, 3^{ème} édition, L.G.D.J-Lextenso éditions, Paris, 2008, p. 99, 100.

MENOUER Mustapha, Le droit de la concurrence, Berti éditions, Alger, 2013, p. 113.

LOUDOT Pascal, «L'atteinte à la concurrence par les prix», Les nouveaux modèles économiques (économie et management), n° 134, janvier 2010, p. 1. <https://cdn.reseau-canope.fr>.

ALLOUI Farida, op. cit., p. 50.

Avis n° 01 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formulée par le ministère 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, Conseil de la concurrence (Bulletin officiel de la concurrence), n° 2, Alger, 2013, p. 38.

مختور دليّة، مرجع سابق، ص 106.

أما بالنسبة للسلع أو الخدمات غير القابلة للاستبدال فلا تشكّل سوقا واحدة، وفي هذا الإطار فقد اعتبر مجلس المنافسة الجزائري في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (ENIE) أنّ نوع التلفاز الذي تصنعه غير قابلة=

المنتجات سلعا كانت أو خدمات، وقد تشمل هذه السوق سلعة واحدة أو خدمة، وقد تشمل مجموعة من السلع أو الخدمات بشرط أن تكون متماثلة أي بديلة¹، فإذا كانت هناك سلع أو خدمات بديلة يلجأ إليها المستهلكون إذا ما غلا السعر مثلا لدى المؤسسة المهيمنة، فإننا لن نكون بصدد سوق مناسبة للمهيمنة أو الاحتكار، أما في حالة عدم وجود سلع أو خدمات بديلة، فإن السوق تكون مناسبة للمهيمنة أو الاحتكار².

ويقتضي الأمر في هذه الحالة البحث عن إمكانية استبدال منتج معين بمنتج آخر إذا كان سعره في ارتفاع، ويعتبر معيار المبادلة العامل المشترك بين العرض والطلب، لذا سيتم التمييز بين الطلب البديل والعرض البديل³.

=للاستبدال، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار وفرة قطاع غيارياته، الخدمة ما بعد البيع للمؤسسة ووجود عدة خدمات المصالح المختصة في صيانة وتصليح المنتجات المعنية.
قوسم غالبية، مرجع سابق، ص 28.

كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 46.
AREZKI Nabila, op. cit., p. 39.

كما تجدر الإشارة إلى أن لجنة الإتحاد الأوروبي المختصة بالمنافسة تحدّد السوق بحسب القضايا، مثلاً في قضية Michelin تمّ الوصول إلى وجود سوقين: سوق العجلات الخاصة بالوزن الثقيل، وسوق لعجلات سيارات السياحة، وبالتالي عدم قابلية هذه المنتجات للاستبدال لأنّ السوق الأولى لا يتعامل بها إلا المهنيين، أما الثانية فتتعلق بالمستهلكين. وفي قضية Tétrapack، نجد أنّ اللجنة وصلت إلى وجود عدة أسواق للمواد الغذائية تختلف حسب طريقة تغليف وحفظ هذه المواد هل توضع وتغلّف بمادة كارتونية أم لا؟

بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 32.

كما ذكر مجلس المنافسة التونسي في إحدى قراراته ما يلي: "حيث تتمثل السوق النوعية المعنية في القضية الراهنة في سوق العطور الرفيعة، ضرورة أنّه لا يمكن استبدالها بالعطور العادية التي تنتمي رغم اشتراكها معها في الاستعمال إلى سوق أخرى بحكم اختلاف المستهلكين وفارق السعر والجودة وشهرة العلامة، فالعطور الرفيعة تشكّل سوق خاصة بها، إذ تتميز بكونها ذات جودة عالية وذات أسعار مرتفعة نسبياً ويقع توزيعها وفقاً لعلامة مشهورة".

بن فرج محمد وآخرون، "التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس"، مشروع تعزيز القوانين التجارية في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، جانفي 2010، ص 40.

www.arabruleoflaw.org.

¹ الماحي حسين، مرجع سابق، ص 23.

² كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 46.

³ زوايمية رشيد، قانون النشاط الاقتصادي (نظام المنافسة الحرة)، مطبوعة غير منشورة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1999، ص 9.

فالطلب البديل يكون بالوقوف على مدى اعتبار المنتجات من ضمن سوق واحدة، ولتحقيق ذلك لابد من قياس درجة مرونة التبادل بين المنتجات، ذلك أنه كلما كانت درجة التبادل مرتفعة - قدرة المشتري على التحول من منتج لآخر عند ارتفاع سعر منتج معين أو قلّة عرضه في السوق - كلما اعتبرنا أنّ تلك المنتجات المتحوّل إليها ضمن سوق واحدة مع المنتج المتحول عنه، فمثلا في سوق المواد الدسمة تعدّ المارجرين منتوجا يعوّض الزيدة، لكن في سوق العجلات المطاطية لا تعوّض العجلات المطاطية للسيارات الخفيفة تلك المخصّصة لسيارات نقل البضائع¹. وبالتالي فتحديد الطلب أمر ضروري وصعب، وتكمن الصعوبة في هذه الحالة في ندرة البدائل المتماثلة تماما وهي مسألة نسبية، لذلك فقد حدّد مجلس المنافسة الفرنسي معايير مختلفة للمماثلة لتقادي التعسف وعدم العدل في الأحكام وهي معايير متساوية في الدرجة، حيث يقتضي الاستعانة بمقتضيات عديدة مجتمعة لتحديد السوق ولا يكفي وجود أحدها لرسم حدود سوق معيّن، وتتمثّل أهمّ هذه المؤشرات والمعايير فيما يلي: طبيعة السلعة (المنتج)، إعجاب وتفضيل أكبر عدد من المستهلكين والعملاء، إضافة إلى مدى اعتبار هؤلاء أنّ السلعتين متشابهتين، فلا يمكن استبعاد وتفضيل معيار عن الآخر، فكلّ معيار أهميته².

أما العرض البديل فهو يقوم على افتراض أنّه عند ارتفاع أسعار سلعة معيّنة، فإنّ من شأن ذلك تشجيع مؤسسات أخرى للدخول إلى سوق السلعة أو الخدمة من أجل توفير تلك السلعة أو الخدمة أو سلعة مشابهة لها من أجل تغطية الطلب³، حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة بالبحث عن مدى توافر عروض بديلة لتلك المقدمة من طرف المؤسسة المعنية⁴ أي البحث عن مدى استعداد مؤسسات أخرى

¹ عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص 89.

² جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 29، 30.

كذلك من ضمن المعايير التي اعتمدها مجلس المنافسة الفرنسي نجد الخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات، والشروط التقنية للاستعمال وأسعار المنتجات وإستراتيجية المنتجين وطرق تسويق هذا المنتج، وقد وردت بعض هذه المعايير في التعريف الذي أورده الأمر رقم 03-03.

كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 162.

³ لحراري (شالح) ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 67.

⁴ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 8.

على توفير السلعة أو البديل لها عندما يكون ثمة زيادة في سعر السلعة الأصلية، بمعنى إذا كان هناك عرض للمنتجات في سوق ما وكان في هذا السوق تجارا قادرين على التحول إلى إنتاج منتجات مماثلة وهم في الأصل لا يقومون بإنتاج هذه السلعة، فلا يكون للتاجر الذي يتعامل بالمنتج الأصلي مركز مسيطر أو مهيم في هذا السوق، وذلك لأنه باستطاعة العملاء التحول إلى تجار آخرين للتعامل معهم بدلا من التاجر الأول وهذا سيؤدي إلى عدم مقدرة المؤسسة التي زادت في ثمن سلعتها على التصرف بشكل مستقل بل لابد أن تضع في حسابها المنافسة الآتية من التجار الآخرين¹.

إلا أن منهج العرض البديل قليل الاستعمال ولم يحض إلا بالقليل من الاهتمام من قبل مجلس المنافسة الفرنسي، ولا يستعمل إلا نادرا عكس الطلب البديل لأنه يشترط على المؤسسة أن توفر السلعة البديلة في وقت قصير، وهو ما يصعب تحقيقه مما يؤثر على الطلب من جانب العملاء أو المستهلكين بتغيير وجهتهم إلى طلب آخر، وإذا تغيرت وجهة طلبهم إلى سلعة أخرى فهذا يعني أننا سوف نطبق منهج الطلب البديل، ولهذا كان الاعتماد على هذا الأخير كمنهج منطقي وسهل لتقدير درجة الاستبدال².

2_ السوق الجغرافية:

لا يكتمل تحديد السوق المناسب للهيمنة أو الاحتكار دون تحديد بعده الجغرافي، الذي يقصد به المنطقة الجغرافية التي تعرض فيها المؤسسة سلعتها وخدماتها³، وقد عرفت اللجنة الأوروبية السوق الجغرافية بأنه المنطقة التي تعرض فيها المؤسسات المعنية منتجاتها أو خدماتها، وتكون ظروف المنافسة فيها متجانسة بشكل كاف، وهو السوق الذي يمكن تمييزه عن المناطق الجغرافية المجاورة بسبب اختلاف ظروف المنافسة فيه اختلافا ملحوظا⁴، كذلك عرفته محكمة العدل الأوروبية في قرارها «United Brands» بأنه المنطقة الجغرافية التي يتم فيها الاتجار بالمنتج المعني، وأين تكون فيها شروط وظروف المنافسة متجانسة بشكل كاف، وقد تتحقق في هذه السوق القوة والهيمنة الاقتصادية للمؤسسة المعنية⁵.

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 31، 32.

² عدوان سميرة، مرجع سابق، ص 92.

³ كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 46.

⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, op. cit., p. 103.

GRYNFOGEL Catherine, op. cit., p. 98.

⁵ MENOUEUR Mustapha, op. cit., p. 116.

فلكي يكون بمقدور سلطات المنافسة إذن الوقوف على مدى وجود وضعية هيمنة في سوق ما، لابدّ من تحديد حدود السوق الجغرافية التي تتمتع بها المؤسسة ضمنها بالسيطرة وتلافي أو تفادي المنافسة، فقد تكون هذه السوق وطنية تشمل كلّ إقليم الدولة أو محلية تشمل جهة من إقليم الدولة أو منطقة معيّنة كمدينة أو مكان معيّن¹، فيجب إذن الأخذ بعين الاعتبار امتداد منتجات وخدمات المؤسسة على طول إقليم الدولة أم أنّها تقتصر فقط على جزء منه، وفي هذه الحالة الأخيرة نكون أمام سوق محلية، وبالتالي تكون الهيمنة على جزء من السوق المعنيّة².

وتجدر الإشارة إلى أنّه من الطبيعي أن يختلف مدى سعة هذا السوق باختلاف النشاط التجاري الذي يزاوله التاجر، إذ كلّما كان النشاط واسع المدى، كان مدى السوق أوسع خاصة إذا كان مدى السوق الجغرافي يشمل كلّ نطاق الدولة، وكلّما كان محيط السوق الجغرافي ضيقاً، كان إثبات استحواذ المؤسسة لمركز مسيطر أو مهيم أسهل، إذ أنّ إثبات استحواذ المؤسسة في سوق جغرافي محلي أيسر عادة من إثباته في سوق جغرافي وطني يمتدّ عبر حدود الدولة³، وهذا ما يؤثر أيضاً على إثبات التعسف في

¹ وقد ثار نقاش في فرنسا بخصوص المادة 8 من أمر 1 ديسمبر 1986 التي حدّدت السوق الجغرافي الذي يؤخذ بعين الاعتبار من أجل إثبات وضعية الهيمنة، والتي نصت على أنّه السوق الداخلي أو جزء جوهري منه، وهذا ما أدى إلى الخلط بين مفهوم السوق الداخلية ومفهوم السوق الوطني، إلّا أنّ القضاء الفرنسي ذهب إلى وجوب عدم الخلط بين المفهومين، لأنّه ليس شرطاً أن يفهم السوق الداخلي على أنّه السوق الوطني. أما المشرع الجزائري فقد تلافى الإحالة إلى السوق الداخلية لتحديد وضعية الهيمنة، حيث لم يستخدم هذه العبارة، فذكر السوق دون إضافتها إلى السوق الداخلية التي قد يفهم منها السوق الوطنية. كتر محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 163، 164.

² LELoup Jean Marie, op. cit., p. 85.

³ ففي قضية (U.S.V. Grinnell Corporation) قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بأنّ مدى السوق الجغرافي للمنتج يشمل كلّ نطاق الدولة على اعتبار أنّه على الرغم من أنّ الخدمة تقدّم محلياً في محيط 25 ميلاً، إلّا أنّها كانت مهيّئة على نطاق كلّ إقليم الدولة بحسبان وجود خطّة وطنية وأسعار وشروط للخدمة على نطاق الدولة فضلاً عن وجود عملاء مرتبطين بعقود مع الشركة للتمتع بالخدمة. وقضت نفس المحكمة في دعوى أخرى هي Fruitand Beacon (Produce co. V.H. Hannis) بأنّ مدى السوق الجغرافي للسلعة يشمل فقط المنطقة المحيطة مباشرة بالمدينة. أما في دعوى (U.S.V. Griffith) فقد حدّدت المحكمة محيط السوق الجغرافي للسلعة بخمس وثمانين مدينة. عدنان باقي لطيف، مرجع سابق، ص 138.

وفي قرار لمجلس المنافسة الجزائري فقد حدّد السوق الذي تهيمن عليه المؤسسة بالمنطقة الغربية كما يلي: "يستخلص من معطيات مختلفة أنّ المؤسسة المشتكى منها تعدّ في الفترة التي حدثت فيها الوقائع موضوع الإخطار (1996) الممّون الرئيسي للسوق من المنتجات الالكترونية والهوائيات...، لاسيما في المنطقة الغربية من الوطن".

وضعية الهيمنة، إذ كلما كان السوق واسعا كلما كان ردع التعسف في وضعية الهيمنة محدود وضئيل، وبالعكس فكلما كان السوق الجغرافي ضيق المدى كلما كان من السهولة إثبات وردع التعسف في وضعية الهيمنة¹. وقد يتعلّق الأمر بسوق عالمية إذا كان المنتج مستوردا أي نكون بصدد مؤسسة توزّع منتجاتها أو تعرض خدماتها عبر دول وأقاليم مختلفة².

ويدخل البعد الجغرافي للسوق كأحد المحدّدات الهامّة لاعتبار السوق مناسبا للهيمنة أو الاحتكار من عدمه، والمقصود من ذلك أنّ إمكانية المؤسسة الاقتصادية في تقليص الإنتاج مثلا أو فرض الأسعار في نطاق جغرافي معيّن، لا يقابله لا رغبة سريعة من طرف المستهلكين في تبديل اختيارهم نحو العرض المقدّم من المؤسسات الواقعة خارج المنطقة الجغرافية، ولا قدرة المؤسسات الموجودة خارج هذا النطاق الجغرافي من السوق الاستجابة لرغبات المستهلكين، والانصراف عن المؤسسة المعنية بالهيمنة بسبب سلوكها ذي الصبغة التقييدية للمنافسة³، فهذه أهمّ العوامل التي تساعد على تحديد السوق الجغرافية المناسبة للهيمنة، إضافة إلى عوامل عديدة أخرى تؤثر على التحديد الجغرافي للسوق، أهمّها تكاليف النقل، فكلما كانت مرتفعة كلما كان السوق محدود، وهناك أيضا معيار خصائص السلعة كطبيعتها القابلة للتلف، وبالتالي تأثير النقل على هذا النوع من السلع، خاصة لو كان لمسافة طويلة، وهناك أخيرا عوامل قانونية، كالعراقيل القانونية لدخول متعاملين اقتصاديين جدد، وأيضا قواعد تنظيم المهنة والسياسة التجارية للاستيراد⁴.

=قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، غير منشور.

¹ MENOUER Mustapha, op. cit., p. 117.

² تيورسي محمّد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 214.

³ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 47.

كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 163.

⁴ NICOLAS-VULLIERME Laurence, Droit de la concurrence, Vuibert éditions, Paris, 2008, p. 98-100.

ثانياً_ تعريف وضعية الهيمنة الاقتصادية:

يرتكز تعريف وضعية الهيمنة على غياب منافسة فعلية في السوق، حيث تمارس مؤسسة بسبب قوتها الاقتصادية نفوذاً محدداً لسياسة منافسيها، وينتج عنها هيمنة مؤسسة لسوق معيّنة أو لسوق مرجعي¹.

وغنيّ عن القول أنّ كلّ القوانين المتعلّقة بالمنافسة تنصّ على متى تكون هناك وضعية الهيمنة على السوق، ولكن أغلبية هذه القوانين لم تعرف مفهوم وضعية الهيمنة على وجه التحديد، إلّا أنّ المشرع الجزائري يبدو أنّه من بين المشرعين القلائل الذين عرفوا وضعية الهيمنة²، وذلك في المادة الثالثة فقرة ج

¹ LEGAIS Dominique, op. cit., p. 337.

² سحوت جهيد، الممارسات المنافسة والمقيدة للمنافسة بين الأمر رقم 06-95 والأمر رقم 03-03، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص 39.

غير أنّ بعض قوانين المنافسة الحديثة قد تصدّت على استحياء لتعريف ما أسمته بالسيطرة أو الهيمنة، كقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الذي عرفها في المادة 4، كما عرفها نظام المنافسة السعودي في المادة 2، كما عرفتها المادة الأولى من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية القطري. أمل محمد شلبي، مرجع سابق، ص 44، 45.

وعرفته أيضاً المادة الثانية من قانون المنافسة الأردني.

معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة (في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 92.

كذلك عرفت المادة 22 من القانون الألماني الصادر في 27 جويلية 1957 وضعية الهيمنة، كما عرفها أيضاً القانون الأوروبي.

كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 157، 158.

وأيضاً تمّ تعريف وضعية الهيمنة في قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار السوري.

www.Syria-news.com.

كذلك فقد عرفها قانون جنوب إفريقيا للمنافسة كما يلي:

«Le pouvoir d'une entreprise de contrôler les prix ou d'exclure la concurrence ou d'avoir des comportements indépendantes dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients ou de ses fournisseurs».

كذلك فإنّ التشريع الكولومبي قد عرف وضعية الهيمنة كما يلي:

«La capacité d'une entreprise de déterminer directement ou indirectement les conditions sur un marché particulier».

كما عرفها القانون الزيمبابوي للمنافسة كما يلي:

«Une situation dans la quelle une seule personne contrôle de manière substantiel le marché d'un bien ou d'un service».=

من الأمر رقم 03-03 التي تنص: "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"¹. ولكن ما يعاب على هذا التعريف هو أنّ المشرع جعل من وضعية الهيمنة سببا لحصول المؤسسة على قوتها الاقتصادية، في حين أنّها هي نفسها القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة، كما أنّه من جهة أخرى يظهر من خلال هذا التعريف وكأنّ المشرع يعتبر وضعية الهيمنة هي الممارسة المعنوية بالحظر، في حين أنّ اقترانها بالتعسف هو الذي يجعل منها مخالفة تستوجب العقوبة².

ونظرا لهذا القصور التشريعي في تعريف وضعية الهيمنة _ باعتبار أنّ التعريفات ليست أصلا من اختصاص المشرع _، تولّى الفقه _ خاصة الفرنسي _ ذلك، فهناك من يعرف وضعية الهيمنة على النحو التالي: "يقصد بمؤسسة في وضعية هيمنة، مؤسسة واحدة أو مجموعة مؤسسات تمارس نشاطا تجاريا اقتصاديا أو فيه مضاربة، والتي تتمتع بقوة اقتصادية أكيدة أو بوضعية احتكار، تحدث تغييرا ظاهرا في العرض على مستوى السوق"³. وهناك من يرى أنّ المؤسسة تكون في وضعية هيمنة عندما تملك سلطة على السوق أو جزء جوهرية منه، بحيث تعتبر قوة اقتصادية في تصرفاتها وحرّة في أفعالها، ترفع الأسعار إلى ما دون السعر التنافسي دون أن يؤثر ذلك في تسويق المنتج أو توقّف المؤسسة عن النشاط⁴. كما أنّ هناك من عرفها بأنّها وضعية المؤسسة التي تكون فيها قابلة لإمكانية تجريد شروط السوق، ما يجعلها تنتهج سلوكيات حرّة دون الاهتمام بمنافسيها بسبب قوتها الاقتصادية أو سلطتها التي تقيّد بها المنافسة في السوق⁵. كذلك تمّ تحليلها على أنّها كقوة أو كسلطة لعرقلة فعالية المنافسة في السوق المرجعي⁶.

وعموما فقد ميّز الفقه بين تعريفين مختلفين لوضعية الهيمنة؛ الأول يسمّى التعريف الإحصائي «statique» الذي يتعلق بحصة المؤسسات في السوق، وبالتالي اقتراب وضعية الهيمنة من وضعية

=«L'abus de position dominante (rapport du secrétariat de la CNUCED)», conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, conseil du commerce et du développement, commission de l'investissement de la technologie et des questions financières connexes, groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, 9^{ème} session, 15-18 juillet 2008, p. 6. www.unctad.org.

¹ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

² بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 14.

³ BUSSY Jack, Droit des affaires, 2^{ème} édition, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 1998, p. 401.

⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, op. cit., p. 119.

⁵ MARREF M. Fawzi, «De la concentration économique à la position dominante», Conseil de la concurrence (Bulletin officiel de la concurrence), n° 2, Alger, 2013, p. 13.

⁶ HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit des affaires, 19^e édition, Dalloz, Paris, 2012, p. 121.

الاحتكار أو شبه الاحتكار، والثاني يسمّى التعريف الديناميكي «dynamique» الذي لا يدرس مباشرة حالة السوق، ولكن يعرف وضعيّة الهيمنة بقدرات المؤسسة المعنية أو القوة الاقتصادية التي تحوزها¹، فوضعية الهيمنة الاقتصادية للمؤسسة ما هي إلا تعبير قانوني عن قوتها في السوق، ونتيجة لهذه القوة لا تبالي هذه الأخيرة بالتصرفات التي قد تصدر عن المؤسسات الأخرى ولا تكثر لها، لأنها وإن لم تكن محتكرة للسوق، فهي تتمتع بالقوة الكافية للتأثير عليه وإعاقته²، وبالتالي فالمؤسسة المهيمنة تلعب دوراً أساسياً في السوق المعني، فهي تتحكم في أسعار السلع، كمياتها، جودتها، تطورها وغيرها من عناصر أو عوامل السوق الأخرى، وهو غير حالة المؤسسة غير المهيمنة³. كما تولّى تعريف وضعيّة الهيمنة العديد من الهيئات القضائية والإدارية⁴.

¹ VOGEL Louis, VOGEL Joseph, Le droit européen des affaires, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1994, p. 78.

² VOGEL Louis, op. cit., p. 344.

³ «L'abus de position dominante (rapport du secrétariat de la CNUCED)», op. cit., p. 6.

⁴ ومنها التعريف المقدم من محكمة العدل الأوروبية عام 1976 في قضية United Brands والتي عرفتها كما يلي:

«La position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause. En fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents de ses clients et finalement des consommateurs».

CABANES Christophe, NEVEU Benoit, op. cit., p. 71.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, op. cit., p. 119.

NICOLAS-VULLIERME Laurence, op. cit., p. 208.

BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 418.

BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 439.

BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 71.

VOGEL Louis, VOGEL Joseph, op. cit., p. 78.

DECOCQ André, DECOCQ Georges, op. cit., p. 138.

CHARRIER CONSULTANT Guy, «Les règles de la concurrence (les abus de position dominante)», Conférence cuts Dakar, Sénégal, avril 2010, p. 2, 3. www.cuts-ccier.org.

كما عرفتها محكمة استئناف باريس كما يلي:

«La position dominante s'entend comme le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective, elle suppose que l'entreprise considérée occupe sur le marché une place prépondérante que lui assurent notamment l'importance des parts de marché qu'elle détient dans celui-ci, la disproportion entre celles-ci et celles des entreprises concurrentes, comme éventuellement son statut et ses modes d'action commerciale».

كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 159.

كما جاء في التقرير السنوي لمجلس المنافسة الفرنسي لعام 1998 ما يلي:

«Ayant délimité les contours du ou des marchés pertinents, le conseil examine si une entreprise ou un groupe d'entreprise détient une position dominante sur ce ou ces marchés, en d'autre terme, il recherche si une entreprise est en position de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises présentes sur le même marché».

<http://www.Finances.gouv.fr/conseilconcurrence/activités/1998/rap98>.

كذلك فقد أعلن مجلس المنافسة الفرنسي في تقريره السنوي لعام 2000 بأن:

«Pour savoir si une entreprise détient une position dominante sur le marché, il recherche si cette entreprise est en position de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises présentes sur le même marché».

BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 439.=

أما الاحتكار «Le monopole» فهو الانفراد بسوق سلعة أو خدمة من طرف مؤسسة واحدة، بمعنى فعل يؤدي إلى السيطرة والنفوذ بهدف إحداث اختناقات في معدلات وفرة السلع وجودتها وأسعارها بغرض إلغاء المنافسة أو إجبار المنافسين على إخلاء السوق، وبالتالي فالعنصر الرئيسي في الاحتكار هو القضاء على المنافسين في السوق¹، وبالتالي فإنّ وضعية الاحتكار قد تتمثل وضعية هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة المعنية تشمل أو تضمّ جميع الحصص أو القسط الأكبر منها، الأمر الذي يجعلها لا تخضع لأيّة منافسة نظرا للتمركز الفعلي والأكيد للقوة الاقتصادية الذي تكون قد حقّقت انطلاقا من هذه الصفة أو الوضعية².

فالوضع المسيطر أو المهيمن محدّد كسلطة تصرف تتمثل في مظهرين، يعطي في وجهه الإيجابي المؤسسة المهيمنة تأثيرا في المؤسسات الأخرى الموجودة في السوق، وفي وجهه السلبي يخلّص المؤسسة التي هي في وضع مهيمن من تأثير المنافسين الآخرين في السوق³، أي أنّ المؤسسة تتصرف بصفة مستقلة من جهة، ومن جهة ثانية لا تخضع للضغط⁴.

وقد تأثر مجلس المنافسة الجزائري بهذا التحليل عندما نص على أنّه: "...تتأكد أهمية معيار استقلالية التصرف في ترسيم حدود السوق الملائم أو تنفيذ اختبار الهيمنة مع تقييم إمكانية شركة ما بأن

=أما مجلس المنافسة الجزائري، ومع أنّه لم تعرض عليه قضايا عديدة لحدثة نشأته، ففي القضايا القليلة التي أخطر بها وفصل فيها، فقد اعتمد في تقدير وضعية الهيمنة بالتحليل في نطاق السوق المعنية: طبيعة الموقع الذي تحتله مؤسسة ما في السوق لمعرفة إن كانت لا تؤثر بحكم موقعها بإستراتيجية منافسيها في ذات السوق. سحوت جهيد، مرجع سابق، ص 40.

أما مجلس المنافسة التونسي فقد ذكر في تعريف المركز المهيمن ما يلي: "إنّ تواجد مؤسسة اقتصادية في مركز هيمنة على السوق لا يتحقّق إلّا متى كانت تلك المؤسسة تملك قدرا من القوة الاقتصادية الذي يمنحها استقلالية التصرف والتعامل مع المنافسين والمستهلكين وفقا لإرادتها المنفردة، ودون الخضوع إلى ضغوطات السوق ومتطلباتها في قطاع معيّن بكيفية تجعلها قادرة على فرض شروطها والتحكّم في آليات السوق والتأثير الجذري على وضعية المتعاملين فيها، وذلك بحكم أهميّة نصيبها منها أو تفوّقها التكنولوجي أو أسلوبها التجاري أو مواردها المالية أو تمركزها الجغرافي".

بن فرج محمد وآخرون، مرجع سابق، ص 36، 37.

¹ أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار (منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 2.

² تيورسي محمّد، مرجع سابق، ص 216.

³ ج.ريبير-ر.رويلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 856.

⁴ مختور دليلة، مرجع سابق، ص 84.

يكون لها تصرف مستقل عن تصرف منافسيها والمستهلكين، حسب التعريف الذي اعتمدته سلطات المنافسة في العالم، أنّ لهم هدفا مشتركا أي تقييم سلطة سوق شركة ما، أي قدرتها على زيادة أسعارها فوق السعر التنافسي، وإذن التصرف بطريقة مستقلة¹.

ثالثا_ معايير تقدير وضعية الهيمنة الاقتصادية:

إنّ تواجد المؤسسة الاقتصادية بشكل قويّ في السوق لا يجعلها بالضرورة في حالة وضعية الهيمنة، فكان من الضروري إذن البحث عن معايير لتحديد وضعية الهيمنة من عدمها²، لذلك فقد تولّى قانون المنافسة الجزائري السابق_ الأمر رقم 95-06_ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 تحديد بعض هذه المعايير في المادة الثانية منه التي تنص: "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 الآخرين الموجودين في نفس السوق،

_ الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوافر لدى العون الاقتصادي المعني،

_ العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العون الاقتصادي بعون أو عدة أعوان اقتصاديين والتي تمنحه امتيازات متعددة الأنواع،

_ امتيازات القرب الجغرافي التي يستفيد منها العون الاقتصادي المعني"³.

ورغم ما توفّره هذه المعايير من تسهيل للسلطة المختصة باكتشاف وجود وضعية الهيمنة، إلا أنّ هذا المرسوم قد تمّ إلغاؤه بموجب الأمر رقم 03-03 ولم تتضمن المادة 7 من هذا الأخير النص على صدور مرسوم جديد يتولّى تحديد هذه المعايير، وعلى ذلك نتساءل هل قصد المشرع بذلك تحرير السلطة

¹ Avis n° 1 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formuler par la ministère du commerce sur la présomption d'abus de position dominante au niveaux du marché du ciment en application de l'article 35 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative a la concurrence, op. cit., p. 39.

² بوقرين عبد الحليم، مرجع سابق، ص 263.

³ مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق ل 14 أكتوبر سنة 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، مرجع سابق.

المختصة من القيود الناتجة عن ضرورة إتباع هذه المقاييس لتقدير مدى وجود وضعية هيمنة؟ ومهما يكن من أمر، فإنّ هذه المعايير المذكورة في المرسوم الملغى تبدو منطقية وقابلة للتدليل بها على وجود وضعية الهيمنة لمؤسسة على سوق ما¹، فالغاء هذه المعايير قانونيا لا يمنع من وجودها اقتصاديا كمعايير لتحديد وضعية الهيمنة على السوق.

ومن ظاهر نص المادة 2 من المرسوم السالف الذكر التي استعملت عبارة "على الخصوص" يتّضح أنّ المشرع قد ذكر هذه المعايير على سبيل المثال وليس الحصر، ومن ثمّ يكون من صلاحية مجلس المنافسة الاعتماد على غيرها من المعايير أو المقاييس التي تحدّد وضعية الهيمنة التي تتواجد فيها المؤسسة الاقتصادية، وهذا ما من شأنه أن يتماشى مع التطورات السريعة والتحوّلات العميقة التي تؤثر في طبيعة السوق ووضعية المؤسسات الاقتصادية.

وعموما فإنّ معايير تحديد وضعية الهيمنة على السوق -سواءً تلك المذكورة في المرسوم التنفيذي رقم 314-2000، أو التي لم يتمّ ذكرها- يمكن تقسيمها إلى معايير كمية وأخرى نوعية.

1_ معايير كمية:

تعبّر هذه المعايير أساسا على حجم قوّة وهيمنة المؤسسة والتي تتمثّل أساسا في معيار حصة السوق، ومعيار القوة الاقتصادية والمالية للمؤسسة.

وبخصوص معيار حصة السوق، فالإشكال الذي يطرح بصدده يتمثّل في معرفة مدى أهميّة حصة السوق التي تحوزها المؤسسة في تقدير وضعيتها المهيمنة²، حيث يعتبر معيار حصة السوق من أهمّ المعايير لتقدير وضعية الهيمنة، لأنّ امتلاك حصة كبيرة ومعتبرة من حصص السوق، يعتبر دليلا على امتلاك المؤسسة لوضعية الهيمنة، لكن لا يوجد رقم معيّن يحدّد هذه الحصة؛ فلم تنص أغلب التشريعات على نسبة معيّنة تتحقّق عندها وضعية الهيمنة³، غير أنّه من المسلّم به أن تجاوز حصة المؤسسة نسبة

¹ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 16.

² DECOCQ André, DECOCQ Georges, op. cit., p. 147.

³ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 419.
BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 440.

لكن هناك من التشريعات التي نصت على نسبة حصة السوق لتحقّق المركز المهيمن، فالتشريع البولندي مثلا حدّد هذه النسبة ب 30%، والقانون السلوفاكي ينص على أنّ المؤسسة التي تحقّق 40% من حصة السوق تعدّ حائزة على مركز مهيمن على ذلك السوق.=

70 أو 80% من حصص السوق يعتبر مؤشر واضح على قيام وضعية الهيمنة¹، كما يرى مجلس المنافسة الفرنسي بأن المؤسسة التي تملك على مستوى سوق ما حصة تفوق 50% تحتل هيمنة على مستوى هذا السوق². والواقع أن هذا المنهج لم يتم تطبيقه في جميع الحالات التي عرضت على المجلس، وهكذا فقد قضي في قضية France-Gabions التي رغم حيازة المؤسسة لحصة تزيد على 50% من سوق Les nappes de protection و 60% من Gabions و 80% من Matelas métallique بعدم امتلاك الشركة لوضعية الهيمنة³، لذلك فإن نسبة 50% من حصة السوق تعد قرينة بسيطة على تواجد المؤسسة في وضعية الهيمنة، حيث يمكن إثبات عكسها إذا تبين وجود منافسة فعلية، رغم استحواذه لهذه النسبة من الحصص، ذلك أن حصة السوق (50%) لا تعدّ إلا عاملاً يتخذ به إضافة إلى مؤشرات أخرى

=معين فندي الشناق، مرجع سابق، ص 92.

وبالنسبة للتشريع الاندونيسي والتشريع الروسي فقد عرفا وضعية الهيمنة انطلاقاً من معيار حصة السوق، حيث تعدّ المؤسسة حائزة لوضعية الهيمنة إذا كانت حصتها من السوق تفوق 50%. وحددها المشرع المصري ب 25% فأكثر من حصة السوق.

«L'abus de position dominante (rapport du secrétariat de la CNUCED)», op. cit., p. 7.

أما المشرع الجزائري وإن نص على هذا المعيار، إلا أنه لم يحدد نسبة معينة من حصة السوق لتحقق المركز المهيمن.

¹ ZAMBRANO Guillaume, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence (étude du contentieux français devant le tribunal de commerce de paris), Thèse pour obtenir le grade de Doctorat en droit privé, école doctorale-droit et science politique, Université Montpellier 1, 2012, p. 64.

حيث قرر القضاء الأمريكي أنه لما كان نصيب "ميكروسوفت Microsoft" في السوق يتراوح ما بين 90 إلى 95% فإنّ هذا يقطع بأنها مهيمنة على السوق.

أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 48.

كما تم اعتبار شركة Canal plus في وضع مهيمن نتيجة استحواذها على حصة 80% من سوق البث التلفزيوني المدفوع في فرنسا، حيث قامت هذه الشركة بشراء 80% من حقوق البث التلفزيوني للأفلام الفرنسية.

المحي حسين، مرجع سابق، ص 98، 99.

كذلك فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن استحواذ مؤسسة France Télécom على نسبة 100% من حصص سوق الهواتف الأرضية، ونسبة 100% من حصص سوق الهواتف النقالة، يعدّ دليلاً كافياً على تمتّعها بوضعية الهيمنة على السوق.

MERVEN Thomas, «Abus de position dominante -Téléphonie mobile-», *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 12, Paris, décembre 2000, p. 361.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 74, 75.

AUGUET Yvan, Droit de la concurrence (droit interne), Ellipses, Paris, 2002, p. 119.

وهذا أيضاً ما قدره مجلس المنافسة الجزائري، حيث اعتبر أن حيازة مؤسسة "سفيطال" نسبة 51% من سوق الزيوت وكذا استفادتها من امتيازات جبائية في إطار ترقية الاستثمارات تجعلها تحتل وضعية هيمنة في سوق الزيوت.

براهمي فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون رقم 12-08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 77.

³ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 168.

حتى يتمّ التوصل إلى تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة¹، وبالمقابل فإنّ استحواذ المؤسسة على مجموع من الحصص أقلّ من 10% في مجال معيّن فهذا لا تعدّ أبداً في وضعية هيمنة²، وهو ما أوضحته أيضاً محكمة عدل المجموعات الأوروبية، حيث بيّنت المحكمة في حكم Metro أنّ الحصص في السوق بين 5 و10% تستبعد كقاعدة عامة وجود وضع مهيم³، والتي تتحدّد بالعلاقة بين حصة المؤسسة المعنية وحصص جميع المؤسسات الموجودة في نفس السوق والمنافسين للمؤسسة المعنية⁴.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد نسبة معيّنة من حصة السوق تتوقّف عندها تحقّق وضعية الهيمنة، لكن تدارك هذا النقص باعتماده على معيار رقم الأعمال لتحديد حصة السوق⁵. ويقصد بمعيار رقم الأعمال، حجم المبيعات مقوّماً تقويماً مالياً، بمعنى ذلك الرقم الذي حقّقته المؤسسة خلال السنة المالية المنصرمة⁶.

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 38.

وهو ما أقرّته السلطة الجزائرية للبريد والمواصلات بأنّ مؤسسة (OTA) في وضعية الهيمنة بالقياس إلى معيارين هما: معيار حصة رقم الأعمال، ومعيار عدد الزبائن.

MARREF M. Fawzi, op. cit., p. 14.

² AUGUET Yvan, op. cit., p. 119.

BURST Jean-Jacques, KOVAR Robert, Droit de la concurrence, Economica, Paris, 1981, p. 293.

³ ZAMBRANO Guillaume, op. cit., p. 64.

⁴ MARREF M. Fawzi, op. cit., p. 14.

⁵ المادة 4 من مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق ل 14 أكتوبر سنة 2000، يحدّد المقاييس التي تبين أنّ العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، مرجع سابق.

وهو ما قام به مجلس المنافسة الجزائري في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، حيث تبين المقارنة بين رقم أعمالها ومبلغ ما تمّ استرداده من منتجات الأجهزة التلفزيونية على المستوى الوطني أنّها كانت في سنة 1996 تحتلّ وبدون منازع وضعية الهيمنة، بل وضعية شبه احتكار على كامل السوق الداخلية، وبالأخص على مستوى المنطقة الغربية، وتؤكد الإحصائيات الجمركية هذا الواقع، حيث تفيد أنّ قيمة الأجهزة المستوردة خلال فترة 1996 بلغت 408.716.036.00 دينار، بينما بلغ رقم أعمال المؤسسة المذكورة خلال نفس الفترة 3988 مليون دينار، ممّا يجعل قيمة الواردات من هذه المنتجات لا يتجاوز 20% من رقم أعمالها.

قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، مرجع سابق.

⁶ ويعدّ التشريع البلجيكي من التشريعات التي تأخذ بمعيار رقم الأعمال الذي تحقّقه المؤسسة لتحديد قيام المركز المهيمن من عدمه، وكذلك التشريع السويدي الذي حدّده بأربعة ملايين كورونا من إجمالي رقم الأعمال المحقّق في السوق، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريع الياباني للمنافسة الذي حدّده بأكثر من خمسين مليون ين ياباني.

جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 136، 137.

لكن رغم أهميّة معيار حصة السوق لمعرفة مدى تمتّع المؤسسة بوضعية الهيمنة في السوق، إلّا أنّه غير كاف لوحده، إذ قد تستحوذ هذه المؤسسة على نصيب 90% من السوق، ومع ذلك فقد لا تعدّ في مركز مهيمن¹، حيث تصل إلى هذه النسبة بفضل جودة منتجها وبفضل عملها الدعوب في الحفاظ على هذه النسبة بطريقة مشروعة، وفي أحيان أخرى قد تبلغ حصتها نسبة ليست كبيرة ولكنّها تكون مهيمنة²، لذلك فمن المستحسن عدم ربط حجم الحصة السوقية بنسبة معيّنة من السوق المعنيّة³.

أمّا عن معيار القوة الاقتصادية والمالية فلا يقلّ أهميّة عن معيار حصة السوق، حيث يعتمد على القدرة التي تكتسبها المؤسسة فتمارس تأثير معتبر على سير السوق، الأمر الذي يجعلها تحقّق عرقلة لمنافسة حقيقية وفعّالة مادامت تؤثر على القرارات التي ستتخذها المؤسسات الأخرى⁴.

يتمّ تحديد وضعية الهيمنة وفقا لهذا المعيار بالنظر إلى وضع المؤسسة المعنيّة في السوق وكذلك بالنظر إلى وضع المجموعة التي تنتمي إليها أو التي تربطها بها علاقات اقتصادية ومالية، فالانتماء لأحد المجموعات الاقتصادية القويّة التي تحتلّ الصدارة في إحدى قطاعات النشاط، يعدّ مؤشرا يمكن الاسترشاد به لتحديد مدى هيمنة المؤسسة المنتمية⁵، وقد قضت محكمة استئناف باريس بأنّ الانتماء إلى مجموعة اقتصادية قويّة تنبئ بوضعية قيادية على المستوى الوطني في النشاط الاقتصادي، ويعدّ مؤشرا ضمن مؤشرات أخرى لإثبات وضعية الهيمنة⁶.

بالإضافة إلى معياري حصة السوق والقوة الاقتصادية والمالية للمؤسسة كمعايير كمّية لتقدير وضعية الهيمنة، هناك معيار ثالث أضافه بعض الفقه يتمثّل في معيار الفرق بين الثمن والنفقة الحديّة، ووفقا لهذا المعيار فكلّما عظم الفرق بين ثمن المنتج والنفقة الحديّة كانت درجة الهيمنة كبيرة، أي أنّ هذا المعيار يعول على نسبة الأرباح التي يحققها التاجر. وتعرف النفقة الحديّة بأنّها عبارة عن مقدار

¹ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, op. cit., p. 184.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 52، 53.

³ الماحي حسين، مرجع سابق، ص 99.

⁴ ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 411.

⁵ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 137.

⁶ كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 169.

التغير في التكاليف الكلية نتيجة تغير الكمية المنتجة، أي هي عبارة عن الزيادة في التكلفة الكلية على أثر نقصان الكمية المنتجة¹.

2_ معايير نوعية (كيفية):

بالإضافة إلى المعايير الكمية السالفة الذكر، هناك معايير أخرى ذات طابع نوعي أو كيفي يمكن أخذها بعين الاعتبار في تحديد مدى تحقق وضعية الهيمنة، وقد نصت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 على بعض هذه المعايير والتي تتمثل في:

_ معيار الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى المؤسسة المعنية، فمن الامتيازات القانونية نجد مثلاً إعفاء المؤسسة من دفع الضريبة لمدة معينة، أما عن الامتيازات التقنية مثلاً تفوق المؤسسة المعنية من الناحية التقنية وشهرة العلامة وعدد العقود التي تبرمها، وعدد الزبائن الذين تمونهم²، وهذا ما يميزها عن منافسيها في كونها قادرة على مواجهة منافسيها الذين لا يتمتعون بكل هذه الامتيازات³.

_ معيار العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط المؤسسة الاقتصادية بمؤسسة أو عدة مؤسسات والتي تمنحها امتيازات متعددة الأنواع، وهذا المعيار يخص المؤسسات المالية التي تراقب المؤسسات الخاضعة لها نتيجة الروابط المالية التي تربطها بها لأنها هي الممولة لها، وقد تكون هذه الرابطة أيضاً نتيجة علاقة تعاقدية بين المؤسسة المهيمنة ومؤسسات أخرى قصد التمويل عندها أو توزيع سلعة بصفة قصيرة، وفي المقابل تجني بعض الامتيازات⁴ تجعلها تصل مرتبة الهيمنة، ومن أمثلة هذه الامتيازات نجد الاستفادة من مجانية تكلفة الإشهار، والاستفادة من مجانية تكاليف التعبئة والنقل. كما

¹ معين فندي الشناق، مرجع سابق، ص 87.

² وفي إطار الامتيازات التقنية كمعيار لتحقيق وضعية الهيمنة نجد مثلاً أن مجلس المنافسة الفرنسي أصدر قراراً سنة 2005، حيث اعتبر أن مؤسسة France Telecom في وضعية هيمنة وذلك بالامتيازات التقنية التي تملكها، حيث تعدّ الوحيدة التي تملك تقنية ال «A D S L».

بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 38.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 139.

كما اعتبر مجلس قضاء باريس في قرار صادر بتاريخ 28 جانفي 1992 أن القناة التلفزيونية العمومية (FR 3) توجد في وضعية هيمنة باعتبارها تملك مصادر تمويل غير متاحة للشركات التجارية العادية.

سحوت جهيد، مرجع سابق، ص 49.

⁴ جمعون محمد، حماية المنافسة في مدونة أخلاقيات الطب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2004، ص 116.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يجب ألا تكون الامتيازات في ميدان العلاقات التعاقدية ناتجة عن شروط تعسفية¹.

ـ معيار امتيازات القرب الجغرافي التي تستفيد منها المؤسسة المعنية، ويقصد بهذا المعيار أن يكون للمؤسسة الاقتصادية موقعا جغرافيا قريبا مقارنة بباقي المؤسسات التي تتنافسها، حيث تجد المؤسسات نفسها أمام الوضعية التالية: وجود عدة مؤسسات مصدرة لمنتجات متماثلة وتتنافس في ميدان الأسعار وتقنيات التسويق، ولكن إحدى هذه المؤسسات تمارس نشاطها في مكان أقرب جغرافيا للمتعاملين من المؤسسات الأخرى، وغالبا ما يختار المتعاملون أقرب هذه المؤسسات الاقتصادية لهم، وذلك لتجنب فارق مصاريف الانتقال، وبذلك فمعيار القرب الجغرافي يساعد على تحديد إن كانت المؤسسة في وضعية هيمنة أم لا².

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المعايير النوعية التي نص عليها المشرع الجزائري لتقدير مدى هيمنة المؤسسة على السوق تعدّ غير كافية، مما يستوجب الجمع بينها من أجل تحديد وضعية الهيمنة³.

وعلى سبيل المقارنة، فإنّ المشرع الفرنسي نجده قد اعتمد على معايير نوعية أخرى تتمثل أساسا في معيار التقدّم التكنولوجي للمؤسسة الاقتصادية، ومعيار الوضعية التنافسية للمؤسسة وتصرفاتها في السوق⁴، فيجب لإثبات وضعية الهيمنة أن يضاف إلى تحليل حصة السوق تحليل حالة المنافسة في القطاع الاقتصادي المعني وتتبع تطورها، وهذا يؤدي إلى القول أن تتمتع مؤسستين بنفس الحصة السوقية قد تختلف الأحكام التي تصدر بشأن امتلاكهم لوضعية الهيمنة أم لا، وذلك بسبب المناخ التنافسي السائد

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 39.

² المرجع نفسه، ص 39.

³ على هذا الأساس تمّ اعتبار الوكالة الوطنية للنشر والإشهار في وضعية هيمنة على سوق الإعلانات، والدليل على ذلك أنها تتوفر فيها جميع المقومات أو المعايير التي نصت عليها المادة 2 من مرسوم رقم 314-2000 سواء بالنسبة لمعيار حصة السوق، أو بالنسبة للامتيازات القانونية أو التقنية المتوفرة لدى الوكالة، فيما أنّها عمومية أي أنّ تمويلها يكون مستمدا من الخزينة العامة للدولة ولا يمكن مقارنتها بامتيازات وكالة خاصة يافعة مهما كانت قدرتها، كذلك فيما يخص معيار العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط الوكالة بالصحف والتي تمنحها امتيازات متعدّدة الأنواع تجعلها تملّي الشروط التي تريدها بما أنّها تعتبر الموزّع الوحيد لكلّ الإعلانات المؤسساتية. وانطلاقا من ذلك فالوكالة الوطنية تعدّ في وضعية هيمنة على سوق كبير من سوق الإشهار، إن لم نقل على السوق بأكملها.

جدايني زكية، الإشهار والمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 130.

⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, op. cit., p. 123-129.

في السوق، فيجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ليس عدد المنافسين في السوق فقط، بل حصصهم في ذلك السوق، وأيضاً قدرة المؤسسة على الاحتفاظ بوضعيتها المهيمنة لمدة طويلة وذلك رغم المنافسة الشديدة¹. كما نص المشرع الفرنسي أيضاً على معيار إمكانية المؤسسة من دخول الأسواق المالية والاقتصادية العالمية وانتمائها إلى منظمة أو مجموعة دولية²، بالإضافة إلى معيار وجود عوائق تعرقل الدخول إلى السوق أو غياب المنافسة المحتملة³.

بعد دراسة وتحديد وضعية الهيمنة على السوق التي هي شرط مفترض لقيام فكرة التعسف في وضعية الهيمنة، فيجب التذكير بأن وضعية الهيمنة ليست هي المحظورة، والدليل على ذلك أن بعض الممارسات المسندة إلى المؤسسة في وضعية الهيمنة الاقتصادية لم يتعرض لها مجلس المنافسة بسبب ضعف تأثيرها على السوق⁴، وإنما التعسف في وضعية الهيمنة هو المحظور، وهذا ما يتم دراسته ضمن الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة الاقتصادية

يتحقق الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة الاقتصادية عند وجود وضعية هيمنة متبوعة بتعسف المؤسسة في استعمالها، بمعنى ضرورة وجود علاقة سببية بين وضعية الهيمنة والتعسف، أي أن وضعية الهيمنة هي التي أدت بصفة مباشرة إلى هذا التعسف⁵، إلا أن هذه الوضعية لا يقابلها دائماً التعسف وعرقلة قواعد المنافسة، لأن المؤسسة المهيمنة قد يكون لها موقف سلبي أو ايجابي تجاه المنافسة، فالسيطرة الاقتصادية لا تؤدي بالضرورة إلى تقييد المنافسة، ولا تكون الهيمنة محل حظر إلا إذا وجدت نية تزييف المنافسة وتقييدها⁶، وهو ما يحقق التعسف في وضعية الهيمنة.

¹ كـتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 170.

جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 138، 139.

² BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 420.

³ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, op. cit., p. 185.

للمزيد من التفاصيل حول معيار وجود عوائق الدخول إلى السوق: أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 53-55.

⁴ MARREF M. Fawzi, op. cit., p. 13.

⁵ BUSSY Jack, op. cit., p. 342.

⁶ بوقرين عبد الحليم، مرجع سابق، ص 264.

ويقتضي تحديد فكرة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية، تعريفها (أولاً)، كما أنّه يجب التحقق والتأكد من أنّ التصرف الصادر عن المؤسسة المهيمنة على السوق يترتب عنه مساساً بالمنافسة باعتباره المعيار الذي يتمّ على أساسه القول بوجود التعسف من عدمه، بالإضافة إلى معايير أخرى (ثانياً).

أولاً- تعريف التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية:

لم يعرف المشرع الجزائري فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية _على غرار معظم التشريعات المقارنة¹، وإنما اكتفت كلّ هذه التشريعات بإيراد أمثلة وصور عن التعسف.

وتظهر فكرة التعسف في وضعية الهيمنة عموماً في صورتين هما: التعسف السلوكي والتعسف الهيكلي، ويكون التعسف سلوكي Abus de comportement عند السعي وراء الحصول على ميزة لا تسمح المنافسة الفعلية بالحصول عليها، لأنّه تمّ التأكد من أنّ المؤسسة قد قامت فعلاً باستغلال مركزها القويّ للحصول على مميّزات لا يمكن الحصول عليها من غير هذا الاستغلال². أمّا التعسف الهيكلي Abus de structure فهو يكمن في فساد البنية والهيكل التنافسي، ويتعلق بكلّ ممارسة من قبل مؤسسة مهيمنة تهدف إلى الإخلال بقواعد المنافسة³، وبالتالي فإذا كان التعسف السلوكي سلوكاً تعسفي في مصدره، فإنّ التعسف الهيكلي سلوكاً تعسفي في آثاره⁴.

وإزاء غياب تعريف قانوني لفكرة التعسف في وضعية الهيمنة، حاول القضاء وضع تعريف للاستغلال التعسفي، ففي القرار الصادر في 13 فيفري 1979 في قضية HOFFMANN-LA ROCHE

¹ إلا أنّ مشروع قانون المنافسة لإقليم كردستان العراق، بخلاف هذه التشريعات قد عرف إساءة استعمال الموقع المهيمن في المادة 12/3 من مشروع القانون بأنها: "أن تقوم مؤسسة أو مؤسسات بأعمال تسيطر على موقع مهيمن بانتهاج سلوك يقيد المنافسة".

عدنان باقي لطيف، مرجع سابق، ص 232.

كذلك فإنّ المادة 82 من قانون الاتحاد الأوروبي عرفت التعسف في استغلال وضعية الهيمنة كما يلي:

«Le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci».

IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 13.

² GRYNFOGEL Catherine, op. cit., p. 104, 105.

³ Ibid, p. 106, 107.

⁴ BENMARZOUK Abdelkader, «Ententes et abus de position dominante», Actes du colloque intitulé (consommation et concurrence en droit algérien), Université Aboubekr Belkaid, Tlemcen, 14 au 15 avril 2001, p. 135.

وضعت محكمة العدل الأوروبية تعريفا لهذه الفكرة وقضت بأن: "فكرة الاستغلال التعسفي فكرة موضوعية تتعلق بالتصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة والتي تؤدي بطبيعتها إلى التأثير على هيكل السوق، الذي تكون فيه درجة المنافسة قد ضعفت وتقلّصت بالتحديد إثر تواجد المؤسسة المعنية، حيث يكون من شأن هذه التصرفات التأثير على درجة المنافسة التي كانت موجودة في السوق بتقييدها..."¹.

وقد تأثر مجلس المنافسة الجزائري بالتعريف الأوروبي للتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وهذا ما يظهر من خلال الرأي الذي أبداه بخصوص احترام قواعد المنافسة في سوق الاسمنت، فعرف المخالفة بأنها: "إنّ 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 أنّ هناك من يرى أنّ التعسف في وضعية الهيمنة يتمثل في استخدام وضعية الهيمنة من طرف المؤسسة الاقتصادية حينما تقوم بعمل من الأعمال المحددة بإعاقة المسار الطبيعي للنشاط الاقتصادي في السوق³. كذلك تمّ تعريف التعسف في وضعية الهيمنة بأنه تلك السلوكيات التي تتبّعها المؤسسة أو مجموع المؤسسات التي تحوز على وضعية الهيمنة في السوق، وتبحث بموجب هذه السلوكيات عن الحصول عن مزايا اقتصادية أو تنافسية غير مبرّرة بفضل وضعيتها المهيمنة على السوق، وذلك إضراراً بشركائها الاقتصاديين، ومنافسيها الحاليين أو المستقبليين وكذا بالمستهلكين. وعلى العموم تمّ اعتبار أنّ فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية فكرة غامضة⁴.

ونظرا لقلّة وغموض التعريفات التي قيلت بشأن التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، ظهرت الحاجة إلى الاستئناس بمقاييس أو معايير تساعد على ضبط فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.

¹ VOGEL Louis, VOGEL Joseph, op. cit., p. 75.

DECOCQ André, DECOCQ Georges, op. cit., p. 381.

² Avis n° 1 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formuler par le ministère du commerce sur le présomption d'abus de position dominante au niveaux du marché du ciment en application de l'article 35 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative a la concurrence, op. cit., p. 41.

³ كتو محمد الشريف، "حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مرجع سابق، ص 63.

⁴ BENCHIKH Nourredine, «Les pratiques prohibées», Conseil de la concurrence (Bulletin officiel de la concurrence), n° 2, Alger, 2013, p. 18, 19.

ثانياً_ معايير قياس التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية:

رغم أنّ المشرع الجزائري لم يعرف فكرة التعسف في وضعية الهيمنة _كما سبق القول_، إلا أنّه نص على معايير تساعد على تحديد هذه الفكرة، وقد أشارت إليها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 بنصها: "يعتبر تعسفا في وضعية الهيمنة على سوق أو على جزء منه، 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 حل بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية"¹.

ما يستنتج من استعمال مصطلح "على الخصوص" في مضمون المادة أنّ هذه المعايير تمّ ذكرها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ممّا يفتح المجال لمجلس المنافسة للبحث عن معايير أخرى، وهذا ما عبّر عنه مجلس المنافسة الجزائري في تقريره لسنة 2000، حيث أراد أن تترك له حرية إضافة معايير أخرى².

رغم أهميّة معايير قياس التعسف في وضعية الهيمنة، إلا أنّ المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 _الذي تضمّنّها_ قد تمّ إلغاؤه وإن كان وجوده ضروريا لخلق المادة 7 من الأمر رقم 03-03 من ذكر هذه المعايير، وتظهر الحاجة أكثر لهذه المعايير في بعض الممارسات، التي تعتبر مشروعة ومقبولة من وجهة نظر قانون المنافسة وذلك متى صدرت من مؤسسة ضعيفة في السوق، وتعتبر محظورة متى صدرت من مؤسسة مهيمنة³.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 314-2000 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق ل 14 أكتوبر سنة 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، مرجع سابق.

² سحوت جهيد، مرجع سابق، ص 52.

³ FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, op. cit., p. 145.

وعلى العموم تتمثل معايير قياس التعسف في وضعية الهيمنة في: معيار المساس بالمنافسة باعتباره معيار أساسي للقول بوجود التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية من عدمه، هذا إضافة إلى معايير أخرى.

1_ معيار المساس بالمنافسة:

لتحقّق فكرة التعسف في وضعية الهيمنة يجب أن يكون هناك تقييد للمنافسة على السوق، إلّا أنّه يجب أن يكون هذا التقييد واضحا أو ذا طابع ملموس¹، لذلك فإنّه يتمّ البحث عما إذا كانت الممارسة التعسفية في وضعية الهيمنة لها غرض أو أثر مقيد للمنافسة، وتستبعد بالتالي كلّ عقوبة إذا كانت الممارسة لا تؤثر على عمل المنافسين في السوق المعني، خصوصا لما لا تمنع حرية المنافسة بين المتعاملين²، وبالتالي فإنّ الأثر غير الحساس يخرج الممارسة من اختصاص مجلس المنافسة، وهذا رغم الصفة التعسفية التي تتسم بها الممارسة؛ ولمعرفة ما إذا كانت درجة المنافسة قد نقصت بشكل ملحوظ

¹ ومن خلال ذلك تمّ اعتبار الوكالة الوطنية للنشر والإشهار في وضع تعسفي لأنّ مساسها الفعلي بالمنافسة الحرة والنزاهة واضح من خلال عدم وجود أيّ وجه للمقارنة بينها وبين باقي المؤسسات الاقتصادية العاملة في المجال، فصحيفة «jeune indépendant» التي منعت من الإشهار الموزّع من طرف الوكالة والتي كانت ضحيّتها لوقت ليس بهيّن، وهذا ما ذكرته جريدة الوطن تحت عنوان le jeune indépendant محروم من الإشهار وذلك منذ 23/12/1998، وكان السيد "شفيق عبد" وهو مدير النشر بهذه الصحيفة صرّح في هذا الصدد بما يلي: "لقد مررنا من 95% إلى 100% من الحصر أو توقيف الإشهار، والآن لا يصلنا شيء، فقد وصلت خسائرنا إلى 250 مليون، وهذا يعدّ كثيرا بالنسبة لمؤسسة صغيرة، ومن المفروض أنّ الوكالة الوطنية تمارس التجارة، وإن كانت تمارس السياسة، فعلى السلطات العمومية أن تتحمّل مسؤولية ذلك".

جدايني زكية، مرجع سابق، ص 131.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 83.

وتطبيقا لذلك قرّر مجلس المنافسة الفرنسي رفض معاقبة مؤسسة مهيمنة على أساس رفضها نشر إعلان لصالح أحد المؤسسات لأنّ مثل هذا الرفض لن يكون له أثر ملموس على المنافسة.

«...Le comportement d'une entreprise en position dominante, déclaré abusif, a nécessairement un effet sensible sur le marché».

Décision n° 04-D-14 du 20 avril 2004, Rapport annuel de conseil de concurrence français pour l'année 2004, p. 230, 231. www.autoritedelaconcurrence.fr.

كذلك نجد أنّ لجنة المنافسة في فرنسا رغم أنّها قد سلّمت بأنّ شركة ميشلان société Michelin قد رفضت البيع مرتين لتاجرين منافسين لها في سوق العجلات المسترجعة وذلك دون مبرر مشروع، ممّا يعدّ تعسفا في قوّتها الاقتصادية، إلّا أنّ اللجنة لاحظت أنّ الشركة ليس لها أيّة خطّة رامية إلى عرقلة السير العادي للسوق اعتمادا على وضعيتها المهيمنة في سوق العجلات المطاطية، وذلك نظرا للطابع الاستثنائي والمعزول للممارستين اللتين قامت بهما.

كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 182، 183.

بسبب التعسف الصادر عن المؤسسة المهيمنة، يجب النظر في درجة المنافسة المتبقية في السوق ودرجة الهيمنة، وكذلك طبيعة وخطورة التصرفات التعسفية¹، ويعتبر تقييد المنافسة الأثر المشترك لكل الممارسات المنافسة للمنافسة².

وقد أشار المشرع الجزائري إلى تقييد المنافسة أو المساس بها كمعيار لتقدير التعسف في وضعية الهيمنة في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314، حيث وسّع المشرع الجزائري من نطاق هذا المعيار؛ إذ أنه لا يضيف وصف التعسف على الأعمال التي من شأنها المساس فعلا بالمنافسة فقط، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك ليدخل جميع الممارسات التي يحتمل أو يتوقع أن تحدّد وتعرقل من منافع المنافسة في السوق تحت طائلة وصف التعسف³ باستعمال عبارة "المساس الفعلي أو المتوقع بالمنافسة". ويبدو هذا الأمر منطقيا، ذلك أنّ قانون المنافسة يهدف إلى تحرير المنافسة من جميع العراقيل التي يمكن أن تعترضها، لذلك فهو يطبق بصفة آلية ودون انتظار أن تتجسّد آثار هذه الممارسة في الميدان⁴.

وبالرجوع إلى نص المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة نجد أنّها نصت على حظر كلّ تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها، فهذه الصيغة تدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: هل يجب أن يكون السوق الذي لوحظت فيه الهيمنة هو نفسه الذي نبحث فيه عن الإخلال بالمنافسة؟ وبعبارة أخرى هل يجب أن يتمّ التعسف في السوق الذي لوحظت فيه الهيمنة؟⁵ وقد طرحت هذه الإشكالية أيضا على مجلس المنافسة الفرنسي الذي أجاب عنها في قضية الرسائل الصحافية، إذ تتدخل مؤسسة les nouvelles messageries de le presse parisienne (N.M .P.P) في ثلاثة أسواق هي: سوق توزيع الجرائد اليومية المكتوبة والمدفوعة، سوق تعبئة المحلات المتخصصة في الجرائد وسوق توزيع الورق بالجملة، فوضعية الهيمنة قائمة على السوق الأول، ولكن قرار المجلس اعتبر قوّة المؤسسة بالضبط هي التي سمحت لها بارتكاب تعسفات على أسواق أخرى غير الذي تمارس فيه

¹ ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, Maison d'édition Belkeise, Alger, 2012, p. 97.

² PEDAMON Michel, op. cit., p. 431.

³ توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 131.

⁴ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 410.

⁵ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 36.

نشاطها الرئيسي¹، كما رأت سلطات المنافسة الفرنسية والأوروبية أنّ هناك تعسف في وضعية هيمنة اقتصادية حتّى ولو لم تتواجد المؤسسة المتعسفة والمؤسسة المتضررة في نفس السوق المرجعي، المهمّ أن تتأكّد علاقة السببية بين التعسف والضرر².

2_ معايير أخرى:

إضافة إلى معيار المساس بالمنافسة فقد نصّ المشرع الجزائري على معيارين آخرين لتقدير فكرة التعسف في وضعية الهيمنة هما:

_ معيار المناورات التي تهدف إلى مراقبة الدخول إلى السوق أو سيرها، ووفقا لهذا المعيار تتجسّد فكرة التعسف في وضعية الهيمنة في جميع المناورات والسلوكيات التجارية التعاقدية أو ما قبل التعاقدية التي تسلكها مؤسسة في وضعية هيمنة، والرامية إلى إقصاء مؤسسة من السوق أو منعها من الدخول إليه سواءً بالرفض غير المبرّر للتعامل معها، أو المماطلة عن الاستجابة لاحتياجاتها وطلباتها، ومنعها من استخدام تجهيزات معيّنة، والحصول على المواد الأولية والمعلومات والمعطيات الضرورية والأساسية لممارسة نشاطها، أو تطبيق أسعار منخفضة بشكل غير عادي³؛ كذلك من بين المناورات التي يمكن أن تقوم بها المؤسسة المهيمنة نجد فرض نوع من الرقابة التقنيّة على كلّ شخص يريد الدخول إلى تلك السوق كفرض علامة الجودة مثلا⁴، أو تحديد شروط تعسفية لقبول اعتماد التوزيع داخل شبكة توزيعها، ممّا يجعل الدخول إلى السوق المتعلق بالتوزيع يحتوي على قيود⁵.

_ معيار غياب حل بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية، ويفترض هذا المعيار وجود مؤسسة اقتصادية في وضعية تلزم عليها التعامل مع المؤسسة المحتلّة لوضعية الهيمنة⁶.

¹ المرجع نفسه، ص 27.

² مختور دليلية، مرجع سابق، ص 108.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 81.

⁴ قابة صورية، مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 140.

⁵ بن زيدان زويّنة، العقود والمنافسة: مثال عن عقد الامتياز التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 55، 56.

⁶ توات نور الدين، مرجع سابق، ص 132.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا المعيار لتقدير فكرة التعسف في وضعية الهيمنة، وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 الصادر بموجب الأمر رقم 95-06، في حين أنه في المادة 11 من قانون المنافسة الحالي (الأمر 03-03) يعتبر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية فكرة مستقلة بحد ذاتها عن فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، غير أنه يمكن تبرير وتوضيح هذا الموقف بأن المشرع الجزائري قد نص على فكرة التعسف في وضعية الهيمنة في بادئ الأمر بموجب المادة 7 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة دون النص على فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، ولعلّ المشرع أراد تدارك ذلك بصور المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 الذي يعدّ تطبيقاً للمادة 7 من الأمر رقم 95-06، وذلك إلى غاية صدور الأمر رقم 03-03 الذي ألغى الأمر السابق ونص على فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية كفكرة مستقلة.

وقد أدرج المشرع الجزائري هذه الأخيرة مسaireً للتطور السريع للمعاملات التجارية وعالم الأعمال بصفة عامة، ويكون بهذا قد استمرّ في مسار التشريعات المقارنة التي أدرجت في معظمها فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في قوانينها الداخلية¹. الشيء الذي يتطلب منا دراستها باعتبارها النموذج الثاني لفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال قانون المنافسة.

المطلب الثاني

فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية

تحتاج المؤسسة في تعاملاتها في السوق إلى المؤسسات الأخرى، وقد تتعدّى هذه الحاجة حدّ المألوف، فتصبح المؤسسة تابعة لمؤسسة أخرى سواءً كانت تلك المؤسسة المتبوعة زبونة أو ممونة لها²، وإثبات قيام حالة التبعية الاقتصادية في هذه الحالة يتطلب إثبات أنّ المؤسسة التابعة في العقد تقع في مركز ضعيف بالنسبة للمؤسسة المتبوعة، إذ يكون الطرف الضعيف مجبرا على الرضوخ للشروط التي يفرضها الطرف القوي في الشراكة الاقتصادية التي تقوم بينهما³، وهذا ما يجعل المؤسسة القويّة المتبوعة تتعسف في وضعية التبعية التي تتواجد فيها المؤسسة التابعة.

¹ ناصري نبيل، مرجع سابق، ص 92.

² بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 60.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 160.

ولعلّ ما يميّز هذه الوضعية عن التعسف في وضعية الهيمنة هو درجة وقوة تأثير فعل التعسف، ففي حالة وضعية الهيمنة فإنّه يمتدّ إلى السوق كلّها، أمّا في حالتنا هذه (التبعية الاقتصادية)، فإنّ محيط التأثير جدّ محدود؛ إذ لا يتعدّى الطرف المتعاقد الآخر¹ الضعيف اقتصادياً، والسبب في ذلك راجع إلى أنّ التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية يشترط لإدانته أن يكون صادراً من مؤسسة حائزة على وضعية هيمنة وقوة مطلقة، أمّا بالنسبة للتعسف في حالة التبعية الاقتصادية، فإنّه يكفي أن يكون للمؤسسة هيمنة أو قوة نسبية على المؤسسة التي تتعامل معها فقط. وعلى ذلك فإذا كانت فكرة التعسف في وضعية الهيمنة تتجسّد في كلّ فعل تقوم به المؤسسة المهيمنة متعسفة في ذلك على السوق، فإنّ فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية تتجسّد في كلّ فعل تعسفي تقوم به المؤسسة القويّة في مواجهة متعاملها التجاريين أو مورّعيها وليس في مواجهة السوق².

تعتبر فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية فكرة حديثة نسبياً بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد جاء متأخراً في معالجتها مقارنة بالتشريعات الأخرى³، حيث أنّه لم يعالجها صراحة إلاّ في سنة 2003، وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 11 من الأمر المتعلق بالمنافسة⁴، والتي تنص: "يحظر

¹ تيورسي محمّد، مرجع سابق، ص 226.

² OUDOT Pascal, op. cit., p. 3.

³ فمثلاً التشريع الألماني عرفها منذ سنة 1957 الذي يعدّ مصدر القانون الفرنسي الذي نظّمها في الأمر المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار.

KNANI Youssef, «L'abus de position dominante», *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 4, Paris, avril 2000, p. 95.

BOGE Ulf et autres (colloque), «PME et pratiques prohibées en-deçà du seuil de la dominance», *Revue des droits de la concurrence*, n° 2, Paris, 2007, p. 67.

وقبل حظر المشرع الفرنسي لفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، نجد أنّ لجنة المنافسة الفرنسية قد اهتمّت بهذه الفكرة في رأيها الصادر في 14 مارس 1985، والتي لاحظت هيمنة بعض المؤسسات المنتجة وهيمنة بعض مراكز الشراء القويّة لمؤسسات التوزيع الكبير.

DECOCQ André, DECOCQ Georges, op. cit., p. 165.

أمّا المشرع التونسي فقد اهتمّ بها وعالجها في قانونه المؤرخ في 10 ماي 1999 المتعلق بالمنافسة.

KNANI Youssef, op. cit., p. 95.

وبالنسبة للمشرع المغربي فقد نظّمها صراحة في المادة السابعة من القانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، كذلك فإنّ المشرع المصري قد حظرها في المادة السابعة من القانون رقم 03 لسنة 2005 المتعلق بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

تيورسي محمّد، مرجع سابق، ص 225، 226.

⁴ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة...".

لقد ظهرت فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية نتيجة للتحوّلات التي شهدتها الحياة الاقتصادية، حيث أنه بعد أن كان المشتري (المورّع) تحت رحمة المنتج عموماً، وذلك بما لهذا الأخير من قوّة ونفوذ عليه، انقلبت الآية وأصبح المورّع أو المشتري هو الذي يفرض شروطه على المنتج، وحدث هذا بفضل التمرّكز في مجال التوزيع؛ حيث ظهرت مراكز الشراء القويّة، وانقلبت بذلك موازين القوى بين الصناعة والتجارة لصالح التوزيع المتجمّع، وأصبح في مقدوره ممارسة ضغوطات متنوّعة على المنتجين وفرض شروطه عليهم¹.

إلا أنّ منع فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية بصفة عامة لا تتحقّق فقط عن طريق تعسف مراكز الشراء القويّة، بل يعني كلّ أشكال وصور التبعية الاقتصادية التي تضع المؤسسة في وضعية الهيمنة النسبية على مؤسسة أخرى²، مهما كانت هذه المؤسسة سواءً كانت منتجا أو مشتريا.

ويقتضي الإحاطة بمدلول فكرة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية ومعرفة حقيقة هذه الفكرة تحديد أولاً وضعية التبعية الاقتصادية (الفرع الأول)، ثم الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وضعية التبعية الاقتصادية

تظهر وضعية التبعية الاقتصادية أساساً في العلاقة التي تربط بين المؤسسات، لتخرج بذلك عن هذا المجال العلاقة التعاقدية القائمة بين المؤسسة والمستهلك، فالأمر يتعلق هنا بالقوّة وعدم المساواة في المراكز بين المؤسسات³، وحالة التبعية الاقتصادية التي تربط بين المؤسسات لا تنشأ بمناسبة العلاقات

¹ كثر محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 185، 186.

كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 51.

² BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 444.

³ علّال سميحة، جرائم البيع في قانوني المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005، ص 9، 10.

AUGUET Yvan, op. cit., p. 92.

الاقتصادية الأفقية Rappports horizontaux التي تنشأ بين متنافسين على نفس المستوى من العملية الإنتاجية أو التسويقية، وإنما تنشأ بمناسبة العلاقات الاقتصادية الرأسية Rappports verticaux التي تنشأ بين مؤسسات اقتصادية تقف عند مستويين مختلفين من العملية الاقتصادية كالعلاقة بين منتج وموزع، بحيث تنشأ حالة التبعية الاقتصادية بين المنتج أو المورد وموزعيه أو بالعكس بين الموزع ومورديه¹، وبالتالي فالتبعية الاقتصادية يمكن أن تتحقق في اتجاهين، فقد يكون الزبون أو الموزع في تبعية إزاء الممّون أو المورد نظرا للعلامة التي يحتكرها أو التقنيات التي يستعملها، أو حصته في السوق المعنية²، أو نظرا للعقود الطويلة المدى التي يعرضها الممّون على الزبون خاصة وإن كان هذا الأخير في أزمة مالية³، ويظهر مراكز الشراء العظمى التي تملك قوة في شراء وتسويق المنتج le pouvoir d'achat، ظهرت هناك تبعية الممّون إزاء الموزع أو الزبون نظرا للدور الفعال الذي يلعبه هذا الأخير في تسويق منتج الممّون⁴.

ونظرا لتشابه وضعيّة التبعية الاقتصادية مع علاقة التبعية الاقتصادية، فقد تمّ التمييز بينهما، وذلك من عدّة جوانب سواء من حيث الإثبات، حيث يقع الإثبات على من يدّعيه في التبعية الاقتصادية، أو من حيث النطاق، حيث نجد أنّ علاقة التبعية الاقتصادية أكثر اتساعا من وضعيّة التبعية الاقتصادية، بحيث تستهدف علاقة التبعية كلّ متعاقد دون تحديد ما إذا كان تاجرا أم لا، عكس ما هو عليه في وضعيّة التبعية الاقتصادية التي تربط دائما تاجرين أو مؤسستين كما سبق القول، ومن حيث أشكال التعسف، فإنّ وضعيّة التبعية ليست في حدّ ذاتها التي تمنع، بل التعسف الناتج عن هذه الوضعيّة هو الذي يمنع، أمّا التعسف في علاقة التبعية فهو خضوع أحد الأطراف إلى شروط والتزامات غير مبرّرة، فتقديرها ذاتيا وليس موضوعيا⁵.

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 160.

² FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, op. cit., p. 133-136.

فمثلا تتميّز السوق المعنيّة للأجهزة التلفزيونية والهوائيات الخ... بندرة المتدخلين فيها على مستوى الإنتاج وتبعية جلّ المتعاملين من حيث التوزيع على المستوى الوطني وبوجه أخصّ على مستوى المنطقة الغربية للبلاد.

قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، مرجع سابق.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 88, 89.

⁴ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, op. cit., p. 197-199.

⁵ مختور دليّة، التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 14-16.

ولإزالة اللبس عن وضعية التبعية الاقتصادية، فإنّ ذلك يقتضي التطرّق إلى تعريفها (أولاً)، وكذا تحديد شروط تحقّقها (ثانياً)، ومعايير تقديرها (ثالثاً).

أولاً- تعريف وضعية التبعية الاقتصادية:

لقد عرف المشرع الجزائري وضعية التبعية الاقتصادية في المادة 3 فقرة د من الأمر رقم 03-03 كما يلي: "وضعية التبعية الاقتصادية: هي 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"¹. أمّا المشرع الفرنسي فقد عرفها في قانونه المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، وذلك بموجب المادة 2/8 كما يلي: "هي العلاقة التي لا يكون بموجبها لأحد الأطراف مؤسسة زبونة كانت أو ممونة حلا بديلا"².

وتجدر الإشارة إلى أنّ تعريف المشرع الجزائري جاء في عمومته مطابقا لتعريف المشرع الفرنسي، الذي جاء بتعريف جامع مانع لوضعية التبعية الاقتصادية، ورغم ذلك فقد تولّى القضاء الفرنسي هذا التعريف كذلك، حيث أنّ محكمة باريس عرفت هذه الوضعية على أنّها: "غياب الاختيار الكافي لأحد الشركاء والأعوان الاقتصاديين بصفته مورّع في علاقته بمنتج أو ممون"³. وعرفها مجلس الاستئناف بباريس بأنّها العلاقة التي لا يوجد من خلالها لأحد الأطراف حلا بديلا إذا رفض التعاقد بالشروط المفروضة عليه من طرف زبونه أو ممونه⁴، وعرفت محكمة النقض الفرنسية على أنّ: "وضعية التبعية الاقتصادية تصف الوضعية التي تكون فيها مؤسسة ما مضطرة للخضوع للالتزامات التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى متعاملة معها، لأجل ضمان مواصلة علاقاتها التجارية، لاستحالة التمويل بمواد بديلة وفي ظروف مماثلة من مؤسسة أخرى منافسة"⁵.

¹ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

² PEDAMON Michel, op. cit., p. 432.

³ جري يمينه، مرجع سابق، ص 87.

⁴ www.Lexinter.net/dépendance économique.

⁵ <http://www.Courdecassation.fr/>.

كما عرف مجلس المنافسة الفرنسي التبعية الاقتصادية بأنها الوضع الذي ترتبط فيه المؤسسة بمورد أو عميل يحقق لها القدر الهام من مبيعاتها أو مشترياتها، بحيث لا يكون أمام تلك المؤسسة بديل معادل لذلك الارتباط يضمن استمرارية نشاطها¹.

وبدوره قدّم وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي لسنة 1985 تعريفاً لوضعية التبعية الاقتصادية، وهو تعريف لا يزال مفيداً، حيث عرفها بأنها: علاقة تجارية تجمع ما بين مؤسستين، التي لا يكون فيها لإحدهما حل بديل إذا أرادت رفض التعاقد بنفس الشروط التي يفرضها عليه الزبون أو الممّون².

ونجد الفقه من جانبه لم يغفل عن تعريف التبعية الاقتصادية، فقد عرفها على أنها: الوضعية التي توجد فيها مؤسسة في علاقتها مع مؤسسة أخرى سواء كانت زبونة أو ممّونة والتي تمارس عليها نفوذاً، وخضوع المؤسسة التابعة لا يعود لهيمنة موضوعية واحتكارية للسوق، بل مجرد هيمنة نسبية، تجعل الطرف الآخر في وضعية حرجة³، كما أنّ هناك من عرفها بأنها الوضعية التي تكون فيها المؤسسة مجبرة على إتباع مؤسسة أخرى في علاقاتها التجارية، وذلك في حالة استحالة إيجاد بدائل أخرى في نفس الظروف المشابهة⁴.

ومن خلال كلّ هذه التعاريف تتضح شروط تحقق التبعية الاقتصادية، التي يقتضي تحديدها ليكتمل تعريف وضعية التبعية الاقتصادية.

ثانياً - شروط تحقق التبعية الاقتصادية:

يستوجب قيام حالة التبعية الاقتصادية توفّر ثلاثة شروط هي: وجود علاقة تعاقدية، أهميّة العلاقة التعاقدية بالنسبة للتابع، استمرارية وانتظام العلاقة التعاقدية.

¹ MALAURIE-VIGNAL Marie, «Contrats-concurrence-consommation», *Les revues Juris-Classeur*, avril 2000, p. 14.

² بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 49.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 88.
COURTES Marc, Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Montpellier 1, 1999, p. 32.

⁴ GRYNBAUM Luc, Assurances (acteurs, contrat, risques des consommateurs, risques des entreprises), L'Argus éditions, Paris, 2011, p. 138.

HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, op. cit., p. 122.

1_ وجود علاقة تعاقدية:

لا يمكن التحدّث عن حالة التبعية، إلّا إذا وجدت علاقة تعاقدية بين مؤسستين تقوم على التمويل أو التوزيع، فإذا كانت علاقة تعاقدية تموينية فهي تكشف عن حاجة الموزّع إلى منتج السلعة أو الخدمة، أمّا إذا كانت علاقة تعاقدية توزيعية فهي تكشف عن حاجة المنتج للموزّع¹. وعليه فلا يمكن لأيّ مؤسسة أن تتمسّك بوجودها في حالة تبعية اقتصادية مع مؤسسة أخرى ما لم تدخل بعد في علاقات تجارية معها، وهذا ما أكّدته محكمة استئناف باريس حيث قضت أنّ M. Boulanger مستودع للصحف Dépositaire de la presse لا يمكنه أن يدّعي أنّه في حالة تبعية اقتصادية تجاه الشركة التي كانت ترفض أن تموّنه بالصحف الوطنية بما أنّ المشتكي لم يدخل في علاقات تجارية مع هذه الشركة لتوزيع الصحف الوطنية²، أي أنّه لا يمكن لأيّ شخص ليس طرفاً في العلاقة أن يدّعي تبعيته الاقتصادية، ولو تضرّر فعلاً من انقطاع العلاقة، إذ يجب أن يكون طرفاً فيها، وهذا ما يؤدي إلى تضيق وحصر عدد الأشخاص الذين يحق لهم إدّعاء خضوعهم للتبعية الاقتصادية. لكن وجود علاقة تعاقدية لوحدها عامل غير كاف، بل يجب أن تكون لهذه العلاقة درجة من الأهميّة تجعل الخاضع لها غير قادر على الاستمرار في نشاطه الاقتصادي من دونها³.

2_ أهميّة العلاقة التعاقدية بالنسبة للتابع:

ليست كلّ العلاقات التعاقدية تتوقّر على تبعية طرف لطرف آخر، حيث أنّ المبدأ في العقود أن يكون أطرافها متساوون، لكن تتحقّق التبعية متى كانت هذه العلاقة ذات قيمة وأهميّة بالنسبة لأحد المتعاقدين، حيث لا يملك الاختيار في التعاقد بل يكون مجبراً عليه مع هذا الطرف بالذات دون سواه⁴، وتقدير درجة هذه التبعية يقتضي النظر في أهميّة الفائدة التي يتحصل عليها المتعامل من جرّاء تلك العلاقة التعاقدية التي تحسب بطريقة موضوعية، فأهميّة الربح هي معيار تحديد درجة التبعية الاقتصادية، وبالتالي معيار تحديد ما إذا كان الخاضع لها يحتاج إلى حماية المشرع أم لا؟ وعليه إذا ثبت أنّ للمؤسسة ربحاً نتيجة لعلاقة تعاقدية أخرى إضافة إلى العلاقة الأولى التي تجعلها في وضعية تبعية اقتصادية، فلا

¹ لحراري (شالغ) ويزة، مرجع سابق، ص 73.

² جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 164.

³ SOLUS Henri, GHESTIN Jacques, Les contrats de dépendance (essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique), LGDJ, Paris, 1986, p. 135, 136.

⁴ لحراري (شالغ) ويزة، مرجع سابق، ص 74.

تستحقّ هذه الأخيرة الحماية، فكلّ متعامل ثبت له إضافة إلى نشاطه مع المتعامل الأساسي نشاطاً ثانوياً يحقق له قدراً من الربح لا يمكن اعتباره في وضعية تبعية اقتصادية¹.

إذن فالإشكال في وضعية التبعية الاقتصادية هو تقييم وتقدير درجة التبعية وأهمّية العلاقة بالنسبة لأطراف العقد، خاصة الطرف الضعيف، وبالأخذ بعين الاعتبار وضعية التعامل الوحيد، فكلّ طرف متعاقد بموجب عقد ذو أهمّية معتبرة في نشاطه التجاري من خلال رقم أعماله، يمكن أن يدّعي التبعية الاقتصادية شريطة أن تمتاز تلك العلاقة التعاقدية بالاستمرارية والديمومة².

3_ استمرارية وانتظام العلاقة التعاقدية:

لا يمكن الحديث عن حالة التبعية إذا تحقّقت العلاقة التعاقدية مرّة واحدة فقط في معاملة أو صفقة وحيدة، بل يجب أن تقوم العلاقة التعاقدية لفترة من الزمن أو بطريقة متكرّرة، أين يرتبط المنتج بالمورّع بانتظام واستمرار لتوزيع منتجاته، أو العكس أين يرتبط المورّع بالمنتج للحصول على السلعة أو الخدمة المرغوب فيها³، فوضعية التبعية الاقتصادية تقتضي ديمومة واستمرارية العلاقة التعاقدية، فلا يمكن أن نعتدّ بالطابع المؤقت والظرفي لعلاقة تعاقدية لإقامة وضعية التبعية الاقتصادية على أساسها، كأن يقوم متعامل وبصفة عرضية بشراء كلّ إنتاج صانع معيّن أو معظمه دون أن يتمّ تجديد العقد، عكس ما إذا تمّ الاتفاق على شراء كلّ أو معظم الإنتاج لمدة زمنية طويلة⁴.

واجتماع هذه الشروط الثلاثة يحقق وضعية التبعية الاقتصادية، غير أنّ هذه الوضعية تحتاج إلى معايير لتقديرها.

ثالثاً_ معايير تقدير وضعية التبعية الاقتصادية:

يتمّ إثبات وجود وضعية التبعية الاقتصادية من خلال توفّر جملة من المعايير والمقاييس، غير أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلّا لمعيار واحد فقط، وهو معيار غياب الحل البديل، الذي اعتبره معياراً كافياً لتحقيق وضعية التبعية الاقتصادية، إلّا أنّ قيام هذه الوضعية تحتاج للعديد من المعايير.

¹ SOLUS Henri, GHESTIN Jacques, op. cit., p. 136-138.

² مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 12.

³ لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 74.

⁴ SOLUS Henri, GHESTIN Jacques, op. cit., p. 140, 141.

لذلك سوف يتمّ اللجوء إلى المعايير المعتمدة في الأنظمة المقارنة، وخصوصاً تلك المستنبطة من قرارات مجلس المنافسة الفرنسي¹ الذي نص على بعض هذه المعايير صراحة بمناسبة الفصل في الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن شركة «Mercedes Benz France» ضدّ شركة «Chaptal S.A» بتاريخ 2 ماي 1989²، والتي تتمثل في أربعة معايير هي: شهرة العلامة، أهمية حصة السوق، أهمية حصة رقم الأعمال بالنسبة للتابع، وأخيراً غياب حل بديل بالنسبة للتابع³.

وكما سبق القول فقد يتواجد في وضعية التبعية الاقتصادية سواءً الممّون أو الموزّع⁴، وهذا ما يقتضي تحديد معايير تبعية الموزّع تجاه الممّون، ومعايير تبعية الممّون تجاه الموزّع كلّ على حدا.

1_ معايير تبعية الموزّع تجاه الممّون:

يقصد بوضعية التبعية الاقتصادية التي يتواجد فيها الموزّع تجاه الممّون تلك الوضعية التي لا يكون فيها للمؤسسة الموزّعة إمكانية تعويض مورّدها أو مورّديها بغيرهم عند تلبية طلبها بنفس الشروط التقنية أو الاقتصادية المماثلة⁵، وعادة ما يكون قطع العلاقات التجارية بين الطرفين أي إبعاد الموزّع من شبكة التوزيع هو الذي يدفع بهذا الأخير إلى إدعاء تبعية الاقتصادية تجاه الممّون. وعلى العموم فقد قضى مجلس المنافسة الفرنسي بأنه يتمّ تقدير حالة تبعية الموزّع تجاه المورّد على ضوء أربعة معايير هي: شهرة علامة المورّد، حصة المورّد من السوق، حصة المورّد في رقم أعمال الموزّع، وأخيراً غياب حل بديل⁶.

_ معيار شهرة علامة المورّد، وتتوقّف شهرة العلامة على حجم استهلاك المادة من المستهلك مقارنة بغيرها، فإذا كان إقبال الزبائن إلى الموزّع مرهون بتوقّر تلك المادة لديه، يكون تابعا لمنتج هذه

¹ ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 416.

² «Considérant que le situation d'un état de dépendance économique au sens de l'article 8 alinéa 2, s'apprécie en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque de fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents; que ces critères doivent être simultanément présent pour entraîner que cette qualification».

Décision 89-D-16 du 2 mai 1989 de conseil de concurrence français, Mercedes Benz France C/Chaptal, Bocrf, 30 mai 1989, p. 145. <http://www.economie.gouv.fr/>.

³ BOGE Ulf et autres (colloque), op. cit., p. 71.

⁴ MONTFORT Cédric, La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché (origines nationales et perspectives d'harmonisation), Thèse pour le Doctorat en droit, faculté de droit, Université Jean Moulin, Lyon 3, 2004, p. 101.

⁵ «Abus de dépendance économique: confirmation du maintien du critère de l'absence de solution équivalente», recueil Dalloz, cahier droit des affaires, actualité jurisprudentielle, n° 12, France, 25 mars 2004, p. 874. www.legalnewsnotaires.com.

⁶ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 423, 424.

المادة¹، لأنّه لا يمكنه الاستمرار في نشاطه إن لم يعد يتوافر لديه ذلك المنتج، فقد يفقد الموزّع زبائنه بسبب فقدانه لأهمّ علامة تجارية يستغلّها في نشاطه التجاري، وهذا ما يحدث بالنسبة لبائع سلعة معيّنة دون سواها الذي يتوقّف نشاطه مع الممّون، ممّا يؤدي بالضرورة إلى توقّف كلّ نشاطه التجاري بسبب اعتماده الكلّي على التموين من منتج وحيد. والواقع أنّه لا تقدّر شهرة العلامة التجارية بصفة عامة، بل بالنسبة لكلّ منتج من نفس العلامة، إذ أنّ علامة معيّنة قد تكون ذات شهرة وجودة عالية بالنسبة لمنتج معيّن خاصة إذا حازت على تطوّرات تكنولوجية هامّة، وقد لا يكون الأمر كذلك بالنسبة لمنتج آخر من نفس العلامة والتي تتوقّر لدى منافسين آخرين من السوق².

وقد سلّمت محكمة استئناف باريس بوجود حالة تبعية اقتصادية للموزّع Chapelle في مواجهة شركة JVC، لأنّ الشركة الأخيرة ذات شهرة كبيرة، وهذه الشهرة راجعة إلى أنّ هذه الشركة هي المخترعة لنظام VHS، وقد حكمت هذه المحكمة عكس ذلك في قضية أخرى جمعت شركة مجموعة Chapelle مع شركة Sony الممّونة، وقد تبيّن أنّ طابع التجديد في المنتجات غير ثابت وشهرة العلامة ضعيفة بالنظر إلى دراسات Ipsos المبنية على ميولات وأراء المستهلكين³.

ـ معيار حصة المورد من السوق، حيث تترجم هذه الحصة القوة الاقتصادية للممّون، إلّا أنّه لا يشترط في هذا الأخير أن يكون في وضعية هيمنة لتحقيق التبعية إليه، بل فقط يشترط أن تكون حصة معتبرة بالقدر الذي يؤدي إلى تبعية الموزّع إليه⁴، وعلى هذا الأساس ففي إحدى القضايا المعروضة على مجلس المنافسة الفرنسي، اعتبرت نسبة 7% غير كافية لإدعاء الخضوع للتبعية الاقتصادية، وفي قرار آخر اعتبر المجلس أنّ نسبة 17% قد تؤدي إلى التبعية الاقتصادية⁵، أمّا في قرار آخر اشترط أن تقدّر نسبة حصة السوق التي يحوزها الممّون ب 60%⁶، وقد جعل مجلس المنافسة الفرنسي من ذلك معياراً أساسياً، وسار عليه بانتظام، وهو ما يعني أنّه في مرحلة معيّنة من فحص حالة التبعية الاقتصادية، يجب أن يحدّد السوق المناسب، كما يحدّد في وضعية الهيمنة، وتقدّر حصة السوق أيضاً بالنسبة إلى

¹ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 445, 446.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 90, 91.

³ كـتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 188.

مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 55.

⁴ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 91.

⁵ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 446.

⁶ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., p. 208.

الحصص المحوزة في هذا السوق من طرف المموّنين المنافسين، وذلك بأن يأخذ بعين الاعتبار تطوّر هذه الحصص¹.

_ معيار حصة المورد في رقم أعمال الموزّع، ويجب أن تكون الحصة أو النسبة معتبرة، تحدّد على الأقلّ بنسبة 25% من رقم أعمال الموزّع²، وذلك بالنسبة لكلّ مادة على حدا، وتقدر بصورة نسبية ودينامكية أي بنتبع وملاحظة هذه الحصة على طول الفترة الزمنية المعنيّة وبحسب تطوّر حصص السوق المحوزة من طرف المموّن³. كما يجب أن يأخذ بعين الاعتبار أثناء التقدير عامل آخر، وهو أن تكون حصة مواد المموّن في رقم أعمال الموزّع قد وقع بفعل تركيبة السوق أو أيّة ظروف أخرى، وليس بسبب الموزّع، ولهذا إذا تبين أنّ الموزّع كان له ضلع في تبعيته للمموّن، بأن اختار عمدا هذه الإستراتيجية التجارية، رفض إدّعاؤه بوجود تبعية اقتصادية للمموّن⁴.

_ معيار غياب حل بديل، لمعرفة وجود الحل البديل من عدمه يقتضي دراسة السوق المرجعي، حيث يجب البحث في إمكانيات التموين بسلع بديلة، وكذلك البحث في السبل الأخرى للتموين، مع الأخذ في الاعتبار الأجل الذي يمكن خلاله إيجاد ذلك الحل المغاير دون إلحاق أضرار معتبرة بالموزّع.

ويقدّر غياب الحل البديل بصفة موضوعية، كالبحت خاصة في التكاليف التي تنشأ من تغيير المموّن، لأنّ الموزّع سيضطر إلى إبرام عقد مع مموّن آخر وبشروط مختلفة، لكن في الواقع نادرا ما نكون في وضعية يستحيل فيها للموزّع أن يجد حلا بديلا، فعادة ما توجد سلع بديلة يمكن الحصول عليها في آجال معقولة ودون تكاليف معتبرة⁵، كما أنّ الموزّع قد يحوز حلا معادلا أو بديلا حتّى وإن كان ذلك يسبّب له صعوبات عرضية أو يؤدي إلى ربح فائت ضعيف، إذ ليس الحل المعادل بالضرورة حلا مماثلا، فسلطات المنافسة لم تحدّد بوضوح العتبة التي انطلاقا منها يمكن التحقق من غياب التعادل⁶.

¹ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 91, 92.

² BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 446.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 92.

⁴ كـتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 189.

⁵ مختور دلييلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 122، 123.

مختور دلييلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 39، 40.

⁶ ج.ريبير - روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 906.

ويعتبر الحل المتعادل أو البديل متوفراً إذا وجد في السوق مواد مشابهة لمواد الممّون وتملك نفس الشهرة أو تدرّ على صاحبها نفس رقم الأعمال، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، حيث قرّرت أنّ الموزّع ليس في حالة تعسف في التبعية الاقتصادية، باعتبار أنّ هناك منتجات في السوق تقترب من منتجات الممّون، الذي هو في قضية الحال شركة JVC، وهذا ما يتّضح من رقم أعمال الشركة الموزّعة التي لم يلاحظ أيّ انخفاض في رقم أعمالها بعدما استبدلت المنتجات التي كانت تقوم بتموينها بها سابقاً شركة JVC بمنتجات بديلة من شركة ممّونة أخرى¹.

ونظراً لصعوبة تحقّق تبعية الموزّع تجاه الممّون، فيقع على الموزّع إثبات توفّر المعايير السابقة مجتمعة².

2_ معايير تبعية الممّون تجاه الموزّع:

على خلاف تبعية الموزّع للممّون، فإنّ الحالة العكسية وهي تبعية الممّون للموزّع تعدّ نادرة الوقوع والحدوث، إذ ترجع إلى أسباب اقتصادية، وخصوصاً القوة الشرائية التي يتمتّع بها الموزّع، وبالتالي انقلبت موازين القوى وأصبح الممّون هو الضحية لتعسف الموزّع، وعلى ذلك لا مفرّ للممّون من الخضوع والامتثال للشروط التي يفرضها عليه الموزّع³ الشيء الذي يجعله تابعاً له، وقد تولّت لجنة المنافسة الفرنسية شرح حالة تبعية الممّون للموزّع والتي لها طابع تقييد المنافسة في السوق عن طريق تكوين قوّة الشراء التي تضع الموردين في حالة التبعية الاقتصادية⁴، كما حدد مجلس المنافسة الفرنسي معايير هذه التبعية بموجب القرار الصادر في 8 جوان 1993، والتي تتلخص فيما يلي: حصة رقم الأعمال المحقّقة من طرف الممّون مع الموزّع، أهميّة الموزّع في تسويق منتجات الممّون، العوامل المؤدية إلى تركيز بيع منتجات الممّون لدى الموزّع، ومعيّار غياب الحل البديل⁵.

¹ كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 190، 191.

² AUGUET Yvan, op. cit., p. 115.

³ مزغيش عبير، مرجع سابق، ص 52.

مزغيش عبير، "التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 508.

⁴ DECOCQ André, DECOCQ Georges, op. cit., p. 133.

⁵ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 425.

_ معيار حصة رقم الأعمال المحققة من طرف الممّون مع الموزّع، حيث تتحقّق حالة تبعية الممّون للموزّع على الحصة التي حازها الموزّع في رقم أعمال الممّون، وبالتالي تتّضح أهميّة الموزّع في تسويق منتجاته، خاصة إذا كانت السلع أو الخدمات ذات جودة عالية، ويجب أن تكون هذه الحصة معتبرة¹، حيث يعتبر نصيب الموزّع من رقم أعمال الممّون قرينة على قيام حالة التبعية الاقتصادية إذا تعدّى ذلك النصيب سقف 20% من رقم أعمال الممّون².

_ معيار أهميّة الموزّع في تسويق منتجات الممّون، فإذا كان الممّون عاجز عن الاستغناء عن خدمات الموزّع في التسويق، كشف ذلك عن تبعيته للموزّع³.

وإذا لم يكن من الممكن تبيان وضعية التبعية الاقتصادية من خلال هذين المعيارين السابقين، فإنّه يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار معطيات أخرى تكميلية، مثل الموارد المالية للممّون، وشهرة علامته التجارية...

_ معيار العوامل المؤدّية إلى تركيز بيع منتجات الممّون لدى الموزّع، حيث يؤخذ بعين الاعتبار الظروف التي أدّت إلى تركيز بيع منتجات الممّون لدى الموزّع، ولاسيما إذا كانت هذه الظروف نتيجة اختيارات إستراتيجية وتجارية أو ضرورات تقنية مفروضة على المنتج⁴.

_ معيار غياب الحل البديل، إذا كان ذلك معيارا لتحديد التبعية الاقتصادية للممّون تجاه الموزّع ويبحث عما إذا كان هناك حل بديل للممّون أم لا، أي مدى توقّر حلول بديلة فعلية من أجل تصريف

¹ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 126.

² ففي قضية تتعلق بمجموعة التوزيع تدعى "كورا" Groupe distribution CORA، لم يستبعد مجلس المنافسة الفرنسي أنّ يكون عدد كبير من موردي السلع الاستهلاكية في تبعية اقتصادية في مواجهة هذه المجموعة التي تقوم باستغلال مجموعة من أسواق الشراء الكبيرة ومجموعة من أسواق الشراء العملاقة، وقرّر المجلس في تقريره لقيام حالة تبعية الشركات المنتجة لمجموعة CORA لأنّ نصيب هذه المجموعة من رقم أعمال تلك الشركات الصغيرة يتراوح ما بين 22% و 67,5% وهي نسب ذات أهميّة في تقدير قيام حالة التبعية الاقتصادية.

جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 168، 169.

³ لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 76.

⁴ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 94.

منتجاته، ولا يوجد حل معادل وبديل للمؤسسة الممونة، إلا إذا كان في مقدورها إيجاد المنافذ الضرورية لتصرف البضاعة المشابهة لتلك التي تحوزها¹.

وعلى ضوء كل هذه المعايير - سواء تلك المتعلقة بتبعية الموزع للممون أو العكس أي تلك المتعلقة بتبعية الممون للموزع - تقوم وضعية التبعية الاقتصادية بين المؤسستين، غير أن قيام المسؤولية لا يتوقف عند تحقق هذه الوضعية، وإنما قيامها يتوجب البحث عن عامل آخر ليكون أساسا لها، والذي يتمثل في التعسف، ومن ثم فإن التبعية تعدّ وضعية اقتصادية مشروعة إلا إذا اقترنت بالتعسف²، وهذا ما يقتضي منّا تحديد ماهية التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية.

الفرع الثاني

الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية

تتحقق فكرة التعسف عند وجود وضعية تبعية متبوعة بتعسف المؤسسة في استعمالها، بمعنى ضرورة وجود علاقة سببية بين وضعية التبعية ووضعية التعسف³، إلا أن التبعية الاقتصادية لا يعاقب عليها القانون في حدّ ذاتها، حيث لا يمكن في نظام السوق، أين يحق للمؤسسات ممارسة النشاطات التجارية بكلّ حرية أن تعاقب بسبب قوتها الاقتصادية، بل أن التصرف المحظور والمعاقب عليه هو فقط التعسف الذي يمكن أن ينتج عن هذه الوضعية، وبالتالي فكلّ الممارسات المحظورة بسبب القوة الاقتصادية في مجال قانون المنافسة، يشترط أن يكون هناك تعسف⁴ في استعمال هذه القوة.

ولتحديد فكرة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، يجب قبل كلّ شيء تعريف هذا التعسف المحظور (أولاً)، إلا أن قانون المنافسة يشترط لحظر أيّ ممارسة تعسفية ومقيّدة للمنافسة أن يكون لها غرض أو أثر يؤدي إلى إعاقة المنافسة، أي وجود مساس أو إخلال بالمنافسة، وعلى ذلك نتساءل عن مدى مساس التعسف في التبعية الاقتصادية بالمنافسة على السوق (ثانياً).

¹ كثر محمد الشريف، الممارسات المناهية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 192.

² علل سميحة، مرجع سابق، ص 10.

³ BUSSY Jack, op. cit., p. 324.

⁴ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 128.

أولاً- تعريف التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية:

يتمثل الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية في فرض شروط غير عادلة على الشريك التجاري الذي ما كان ليقبلها إذا كان متمتعاً باستقلاليتيه، ويمكن أن تفرض هذه الشروط الضارة أثناء إبرام العقد، كما يمكن أن تظهر أثناء فسخ هذه العقود أو أثناء رفض تجديدها، وتعتبر المؤسسة متعسفة في استخدام وضعية التبعية الاقتصادية التي يوجد فيها شريكها الاقتصادي، إذا رفضت أن تبيع له مواد ذات شهرة تجارية معروفة، أو إذا استغلت هذه التبعية لفرض شروط مالية أو تجارية جائرة بشكل مفرط في حق الشريك التابع¹، وعليه فتقوم فكرة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية بمجرد إمكانية فرض أحد الأطراف المتعاقدة (المتبوع) على الطرف الآخر (التابع) شروطاً مجحفة، لا يكون فيها لهذا الطرف الضعيف خياراً آخر إلاّ تقبلها لعدم إمكانية الاستغناء عن المتعاقد معه².

كما تمّ تعريف التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية بإمكانية قيام إحدى المؤسسات التي تتمتع بوضعية الهيمنة بفرض قانونها، ليس على السوق بصفة عامة، ولكن على مؤسسة أخرى تجمع بينهما علاقة تعاقدية ثنائية³.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم يعرف التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية _على خلاف المشرع الفرنسي_⁴، وإنّما اكتفى فقط بإيراد أمثلة عن صور هذا التعسف في نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03 واشترط فيها الإخلال والمساس بقواعد المنافسة.

ثانياً- مدى مساس التعسف في التبعية الاقتصادية بالمنافسة على السوق:

إنّ تعسف المؤسسة في وضعية التبعية الاقتصادية، لا يكفي للحظر ولمعاقبة هذه المؤسسة، بل لابدّ من أن تؤدي هذه الممارسة التعسفية _وكباقي الممارسات المنافية للمنافسة_ إلى الإخلال بقواعد

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 172.

² مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 130.

³ HUYGENS Audrey, La violence économique, Mémoire D.E.A, droit des contrats, option: droit des affaires, école doctorale, Université de Lille 2, 2001, p. 66.

⁴ La définition légale est donnée par l'article L.442-6 du code de commerce: «Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé de fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan: (...) d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant a des conditions injustifiées».

AUGUET Yvan, op. cit., p. 90.

المنافسة في السوق، على حدّ تعبير الفقرة الأولى من المادة 11 من خلال استعمالها للعبارة "إذا كان ذلك يخلّ بقواعد المنافسة".

وعموماً لتقدير ما إذا كان هناك تعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية من طرف عون اقتصادي، يتمّ استبعاد المفاهيم الكلاسيكية للتعسف في استعمال الحق والنيّة السيئة، فمعاينة فكرة التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية بشكل خاص، وفكرة التعسف في مجال قانون المنافسة بشكل عام يركز أساساً على مفهوم الإخلال بالمنافسة¹ والتأثير سلبياً على السوق ككلّ، عكس ما هو عليه الحال في فكرة التعسف في استعمال الحق التي لا يتعدّى تأثيرها الضحية أو المضرور.

فحظر التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية يقتضي النظر في وجود الإخلال بالمنافسة من عدمه، وكذلك النظر في مدى تأثير هذه الممارسة المرتكبة على حرية المنافسة، لأنّه لا يؤخذ في الاعتبار إلّا المساس الحساس لإمكانية تكييف الممارسة على أنّها تعسفية ومنافية للمنافسة، وبالتالي يجب تحديد درجة الإخلال الذي لم يصل إلى عتبة الحساسية لكي تنفذ المؤسسة المعنية من المتابعة²، إلّا أنّ الأمر الصادر عام 2003 المتعلق بالمنافسة لم يحدّد هذه الدرجة، وهذا يعني أنّ المشرع ترك لمجلس المنافسة سلطة واسعة لتحديد عتبة الحساسية عند النظر في كلّ قضية³.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الفرنسي أيضاً تشدّد عند تطبيق الشروط الواجب توفّرها لمعاقبة المؤسسة على أساس مخالفة التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية، واشترط إثبات أنّ لهذه الممارسة طابع مناهض ومناف للمنافسة، بأن تعرقل السير العادي للسوق، لكن يصعب في معظم الأحيان تحقّق هذا الأثر⁴، لأنّ قاعدة حظر الاستغلال التعسفي لوضعيّة التبعية الاقتصادية لا تحمي إلّا المؤسسات المتواجدة في حالة ضعف وتبعية اقتصادية، إذ يستغرب إدراج هذه الممارسة ضمن قانون المنافسة الذي يكون هدفه الرئيسي هو السهر على السير الحسن للسوق، وليس حماية المؤسسات التابعة ولا إيجاد حلول للعلاقات العقدية غير المتكافئة والمختلّة التوازن، لذلك فعدم إدراك الغاية الأساسية التي يسعى وراءها قانون المنافسة، هو الذي أدّى إلى تعديل القانون الفرنسي وصدر قانون 15 ماي 2001 الذي ألغى شرط المساس المحسوس بالمنافسة في السوق لمنع ممارسة التعسف في حالة التبعية الاقتصادية، حيث

¹ سحوت جهيد، مرجع سابق، ص 57.

² مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 131.

³ ZOUAIMIA Rachid, op. cit., p. 112.

⁴ Ibid, p. 112.

أستبدل بشرط يعتبره القانونيين شرطاً مخففاً، وهو شرط المساس ببنية وسير المنافسة المدرج في المادة L.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي¹، حيث لم يعد هذا القانون يلزم المدعي بتقديم الدليل على الإخلال بالمنافسة في السوق، بل يكفي إثبات عدم التوازن بين الأطراف المتعاقدة، وذلك كون زوال مؤسسة صغيرة أو متوسطة في السوق لن يؤثر سلباً على السوق المعنية. وعلى ذلك فإن شرط الإخلال بالمنافسة في السوق قد حال دون منع العديد من الممارسات التعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، وبالتالي كان من الطبيعي إحداث هذا التعديل في قانون المنافسة².

والجدير بالذكر أنّ هناك تهميش في تطبيق فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، خاصة بظهور أحكام قانونية جديدة في التشريع الفرنسي تسمح بمعاينة نفس الممارسات بطريقة أسهل، أي دون الحاجة إلى تحقق شرط التأثير السلبي على السوق، ولا سيما المادة L.442-6 من القانون التجاري الفرنسي³، والتي وضعها المشرع لمواجهة الممارسات التعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية التي تقوم بها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وذلك بهدف حماية مصالح المؤسسة التابعة اقتصادياً وإعادة التوازن العقدي الذي يتكفل به القاضي التجاري، وهذا كلّه لتمييز هذه الممارسات عن الممارسات المنافية للمنافسة التي تقوم بها المؤسسات الضخمة، وباعتبار أنّ هدف قانون المنافسة هو الحفاظ على حسن سير المنافسة في السوق، فقد كرّس المشرع الفرنسي الممارسات المنافية للمنافسة في هذا القانون.

ونفس الشيء بالنسبة للقانون الجزائري الذي نص بموجب القانون المتعلق بالممارسات التجارية على منع ممارسات تعسفية خارج إطار الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي لا تشترط الإخلال بالمنافسة لحظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، وبالتالي فمن الأسهل الرجوع إلى قانون الممارسات التجارية وخاصة المواد 15، 17 و 18⁴ وغيرها.

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 173، 174.

² مختور دليّة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 54.

³ AUGUET Yvan, op. cit., p. 113.

L'article L.442-6 modifié par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008- art. 8: «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:

b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées, notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l' inexécution d' «engagements contractuels. Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente...».

www.Legifrance.gov.fr/code de commerce.

⁴ ZOUAIMIA Rachid, op. cit., p. 113, 114.

من خلال دراستنا لفكرة التعسف في مجال قانون المنافسة سواءً تلك المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية أو بالتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، وبالرغم من اختلاف هاتين الممارستين، إلّا أنّ المشرع يشترط لحظرهما ضرورة تحقق شرط الإخلال أو المساس بالمنافسة في السوق حسب أحكام قانون المنافسة.

لكن ما يؤخذ على هذا الأمر بالنسبة لحظر فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية أنّه يحيط بها الغموض من الناحية الواقعية؛ إذ يصعب إن لم نقل يستحيل إثبات تحقق هذا الشرط بصدد هذه الممارسة، لأنّ فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية لا يتعدّى تأثيرها المؤسسة التابعة والضعيفة اقتصاديا ولا يصل هذا التأثير إلى حدّ الإخلال أو المساس بالمنافسة على مستوى السوق. ومن أجل التخلص من هذا الغموض من جهة وتقوية الترسنة القانونية من جهة أخرى، فقد أوجد المشرع الجزائري قانون الممارسات التجارية الذي تضمّن بعض نصوصه فكرة التعسف والممارسات التعسفية التي تضمّنتها المادة 11 من الأمر رقم 03-03 ودون اشتراط إثبات الإخلال بالمنافسة، لأنّ قانون الممارسات التجارية هو قانون ينضمّ العلاقات التجارية بين مؤسستين أو بين مؤسسة ومستهلك ولا يهتم بحماية المنافسة عن طريق منع الإخلال بها في السوق.

وعلى ذلك نتساءل عن ماهية فكرة التعسف التي تضمّنها قانون الممارسات التجارية.

المبحث الثاني

فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية

من أهم المبادئ التقليدية التي تسيطر على المذهب الفردي والليبرالي نجد مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة، ومقتضاهما أن الإرادة مادامت قد أقدمت على إبرام العقد عن حرية وبيّنة من أمرها، فقد اختارت الصالح لها وما يحقق مصلحة صاحبها، فلا يحق للقاضي أو المشرع التدخل بعد ذلك في أن يعدّل أو يهدم ما تمّ وفق هذه الإرادة من أجل تحقيق المساواة التعاقدية، لأنّ الحماية القانونية للمبدأ تفترض احترام العقد¹. لكن هذا المبدأ لم يعد صالحاً لكي يسيطر على التشريع بعد أن تطوّرت الحياة وتعدّدت، وظهرت صور كثيرة من العقود تبرم عن بيّنة واختيار للمتعاقدين، لكن أحدهما قويّ ومستبدّ بمركزه الاقتصادي المتميز، والآخر ضعيف بفقره وجهله وحاجته، وبالتالي فقد شهد الواقع العملي أن المتعاقدين ليسا على قدم المساواة، وأنّ أحدهما عادة ما يكون أقوى من الآخر من الناحية الاقتصادية، وبسبب هذا التفاوت فعادة ما يتعسف الطرف القويّ في ذلك، وهذا ما جعل المشرع يتدخّل لأجل حماية الطرف الضعيف في العقد من تعسف الطرف القويّ²، وبالتالي إعادة النظر في محتوى مبدئي سلطان الإرادة وحرية التعاقد بالحد من إطلاقهما.

وقد ظهرت فكرة التعسف في النطاق التعاقدي في القرن الماضي، ثمّ تطورت هذه الفكرة شيئاً فشيئاً حتّى أصبحت أكثر انتشاراً في قانون العقد³، الشيء الذي استدعى تدخّل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد.

وقد تجسّدت هذه الحماية في التشريع الجزائري من خلال القانون المتعلق بالممارسات التجارية الذي منع مختلف الممارسات التي تعكس استغلال وتعسف العون الاقتصادي لقوّته الاقتصادية، وبالتالي معالجة مشكلة الضعف التعاقدي. أمّا في التشريع الفرنسي فقد تجسّدت الحماية من خلال منع الممارسات التقييدية للمنافسة، وذلك بهدف حماية المستهلك (الطرف الضعيف) وتكريس حريته في الاختيار، وبالتالي حماية رضاؤه بشكل عام، لأنّ هذه الممارسات تقيد ممارسة حقوقه التعاقدية، فهي تشكّل خطراً على المستهلك خاصة⁴، وعلى الطرف الضعيف عامة.

¹ ALLOUI Farida, op. cit., p. 67.

² أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 2، 12.

³ MEHANNA Myriam, op. cit., p. 255.

⁴ GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 166.

وعليه، فإذا كان أصل فكرة التعسف الواردة في قانون المنافسة هو تقييد مبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ حرية المنافسة، فإن أصل فكرة التعسف الواردة في قانون الممارسات التجارية هو تقييد مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة. غير أن فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة وفكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية تشتركان في أن كلاهما تعبران عن إساءة استعمال القوة الاقتصادية التي قد يحوزها العون الاقتصادي، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في الهدف من حظر كل واحدة منهما؛ فهدف حظر فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة هو الحفاظ على حسن سير السوق وحماية المنافسة ككل، في حين أن الهدف من منع فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية هو حماية المصالح الخاصة للأطراف الضعيفة المتعاقدة سواء كانوا أعوان اقتصاديين أو مستهلكين، وبذلك يظهر الاختلاف بين الممارسات التعسفية المنافسة للمنافسة الواردة في قانون المنافسة والممارسات التعسفية الواردة في قانون الممارسات التجارية، باعتبار أن هذه الأخيرة يتم منعها والعقاب عليها في حد ذاتها، إذ ليس من الضروري أن ينتج عنها تقييد المنافسة في السوق¹.

وفي هذا السياق فقد منع قانون الممارسات التجارية مختلف الممارسات التعسفية بكونها تمس بأحد أطراف العقد، والتي تتجسد بصفة واضحة وصريحة في منعه لفكرة الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد (المطلب الأول)، هذا إضافة إلى منع العديد من الممارسات التجارية التي يظهر فيها عنصر التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بصفة ضمنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

فكرة الشروط التعسفية

إن تطوّر الحياة الاقتصادية بالإضافة إلى عدم التناسب الظاهر في المراكز الاقتصادية بين أطراف العقد أدّى إلى سيطرة الطرف الأقوى اقتصاديا على تحديد بنود العقد والتحكّم في وضع شروطه بالشكل الذي يخدم مصالحه ويحقّق أهدافه، مهماً بذلك مصالح الطرف الضعيف الذي أصبح لا يستطيع حتى مناقشة هذه الشروط التي تعتبر تجسيدا صارخا لتعسف الطرف القوي في استعمال قوته الاقتصادية، وفي نفس الوقت إجحافا بمصالح الطرف الضعيف، وهو الأمر الذي يتطلّب توفير حماية تشريعية فعالة لهذا

¹ HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, op. cit., p. 125.

الأخير¹، أي حماية المتعاقد الذي يكون في وضعية ضعف ضد المتعاقد الذي يكون في وضعية القوة، والتي تسمح له بفرض شروط تعسفية على المتعاقد الضعيف خاصة في مجال عقود الإذعان².

وقد تجسدت هذه الحماية التشريعية بداية بالقانون المدني³ عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها، متجاهلا بذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد.

إلا أنّ هذه الحماية التقليدية تجاه الشروط التعسفية لا تعدّ كافية بالنسبة للطرف الضعيف، لكونها تقتصر على طائفة معيّنة من العقود وهي عقود الإذعان، التي لم يعد مفهومها يستغرق كافة أوجه التعسف العقدي⁴، ولأنّ الحماية في القانون المدني من الشروط التعسفية تظهر في وقت لاحق عن إبرام العقد، وتتخذ شكل الجزاء القضائي، لذلك فإنّه لا بدّ من حماية سابقة تتجسّد في شكل إجراءات وقائية⁵، وهو ما سعى إليه المشرع الجزائري مؤخراً⁶، حيث نص على منع إدراج بعض الشروط التعسفية

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 8-10.

² GUILLEMARD Sylvette, «Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle», *Revue du Barreau*, tome 59, 1999, p. 373.

³ المادة 110 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

⁴ عياض محمد عماد الدين، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية (دراسة على ضوء القانون 04-02)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع: الحقوق، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006، ص 145.

⁵ أحمد يحيوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011، ص 6.

⁶ غير أنّ فكرة الشروط التعسفية كانت معروفة منذ وقت طويل، حيث عرفت بداية الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1962 بظهور التنظيم التجاري الفدرالي المتعلق بتنظيم القضاء الاتحادي، والذي سمح للقاضي بإلغاء أو إبطال كلّ شرط يظهر فيه التعسف، وبعد ذلك ظهرت فكرة الشروط التعسفية في الدول الأوروبية، وذلك اعتباراً من سنة 1970، حيث تمّ إصدار قوانين تتعلق بمكافحة الشروط التعسفية وهي على التوالي: السويد عام 1971، ثمّ في المملكة المتحدة (إنجلترا) سنة 1973 و 1977، ثمّ في الدنمارك سنة 1974، ثمّ في ألمانيا سنة 1976. وفي فرنسا ظهر ذلك بصور القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 الذي لحقته عدّة تعديلات بعد ذلك.

وفي إطار ذلك أيضاً نجد مجلس الاتحاد الأوروبي نظم من جانبه التوجيه الصادر في 5 أفريل سنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

CALAIS-AULOY Jean, STEINMETZ Frank, *Droit de la consommation*, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 203, 204.

MONTFORT Cédric, op. cit., p. 115, 116.=

في عقود الاستهلاك، وذلك في الفصل الخامس من الباب الثالث من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية¹ بعنوان الممارسات التعاقدية التعسفية، حيث نصت المادة 29 فقرة أولى منه على ما يلي: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير...".

وبصدد البحث عن حقيقة فكرة التعسف في الشروط التعاقدية، هناك اتجاه فقهي يرى أنّ هذه الفكرة ما هي إلا تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق المعروفة في القواعد العامة، ووفقا لذلك فتضمنين العقد

= كما صدر قانون خاص بالحماية القانونية للمستهلكين في لوكسمبورغ بتاريخ 1983/08/25 ثمّ قانون حماية المستهلك بتاريخ 1984/06/16، وفي البرتغال صدر القانون رقم 85/446 بتاريخ 1985/10/25 يهدف إلى حماية المستهلك، ثمّ في هولندا قانون حماية المستهلك بتاريخ 1987/06/18، وفي بلجيكا قانون تنظيم ممارسة وإعلام المستهلكين في 1991/01/14.

بن بوخميس علي بولحية، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 14.

وإضافة إلى التشريعات الأوروبية المتخصصة في مقاومة الشروط التعسفية، فالدول الأمريكية أيضا اهتمت بذلك منها التشريع الكندي الصادر عام 1976.

عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 125.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد عرفت هي الأخرى تنظيمات خاصة بمقاومة الشروط التعسفية ومن بينها نجد: التشريع اللبناني المجسد في قانون حماية المستهلك رقم 659 لسنة 2005 بموجب المادة 26 منه، وقانون حماية المستهلك في سلطنة عمان الأردن رقم 81 لسنة 2002 في المادة 18 منه، وقانون حماية المستهلك في فلسطين رقم 21 لسنة 2005 بموجب المادة 23 منه.

أميرة حسن الرافعي، المحاكم الاقتصادية (قوانين الاستثمار، قوانين حماية المستهلك)، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 503، 550، 562.

وقد خلت معظم قوانين الاستهلاك العربية من قواعد خاصة بالحماية من الشروط التعسفية كالمشرع المصري والإماراتي، في حين توجد مشاريع قوانين أخرى لحماية المستهلك تتضمن الحماية من الشروط التعسفية، منها مشروع القانون المغربي رقم 31/09 المعروض على البرلمان المغربي في دورة أكتوبر 2009، وقانون حماية المستهلك المعروض على البرلمان السوري بتاريخ 2009/10/31. أما بالنسبة لمشاريع القوانين في الدول الغربية نجد القانون الأسترالي المزمع تطبيقه ابتداء من 2010/01/01.

براحلية بدر الدين، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، أعمال الملتقى الوطني حول: المنافسة وحماية المستهلك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 204، 205.

¹ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، الصادر في 9 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 27 يونيو سنة 2004، معدّل ومتمّم.

بالشروط التعسفية هو نتيجة تعسف الشخص في استعمال حق التعاقد بإدراج تلك البنود التي تساعد، وعليه فإن إدراج شرط في العقد يعتبر حقا، ويصبح هذا الشرط تعسفي متى انطبقت عليه إحدى معايير التعسف في استعمال الحق¹، وبالتالي تعريف الشروط التعسفية بالتعريف التقليدي للتعسف في استعمال الحق، الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق، إلا أن البعض الآخر من الفقه يرى أن تحرير شروط العقد يمثل ممارسة لحرية التعاقد²، وليس ممارسة لحق شخصي، على هذا فإنه يبدو من الصعب النظر إلى فكرة الشروط التعسفية على أنها مجرد تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق، إذن فالاستناد إلى مفهوم تعسف الحق أمر منتقد³، وبالتالي رفض الاستعانة بمعايير التعسف في استعمال الحق في تحديد فكرة الشروط التعسفية، لأنّ اللجوء إلى هذه المعايير غير كاف لتحديد فكرة الشروط التعسفية تحديدا كاملا وشاملا لكل حالات التعسف التي تصيب الطرف الضعيف، لأنها تؤدي في الكثير من الأحيان إلى حصر وصف التعسف في إطار ضيق، فقد يتوقّر الشرط التعسفي بالرغم أن الطرف القوي لم يتعمّد الإضرار بالطرف الضعيف⁴، لأنّ مجرد وجود شرط يخلّ بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه سواءً انطوت نية المشتري إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لم تنطو، ولا يشفع للمشتري القوي حسن نيته.

¹ وعليه يكون الشرط تعسفيا إذا لم يقصد منه صاحبه سوى الإضرار بالطرف الآخر، أو إذا كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من خلال إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي تحدثه للمتعاقد معه، أو إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من إدراجه في العقد غير مشروعة.

عننري بوزار شهناز، مرجع سابق، ص 12، 13.

للمزيد من التفاصيل حول تطبيق معايير فكرة التعسف في استعمال الحق على فكرة الشروط التعسفية: نساخ فاطمة، مفهوم الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1998، ص 86-92.

² PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive (au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation), Thèse de Doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 127, 128.

³ سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 111.

⁴ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 38.

وبالتالي يظهر أنّ لمصطلح التعسف في الشرط التعسفي مدلولاً يختلف عن مدلوله في فكرة التعسف في استعمال الحق¹.

ولتوضيح ذلك فكان لزاماً البحث في مفهوم الشروط التعسفية (الفرع الأول)، للكشف عن خصوصيتها التي تميزها عن مفهوم التعسف في استعمال الحق.

ولمّا كانت فكرة الشروط التعسفية مختلفة عن فكرة التعسف في استعمال الحق، على اعتبار أنّ نطاق كلّ واحدة منهما مختلف عن الآخر، فيجدر بنا تحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية (الفرع الثاني)، عسى أن يكتمل توضيح معالم فكرة الشروط التعسفية.

الفرع الأول

مفهوم الشروط التعسفية

طبقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، فإنّه يحق لطرفي العقد أن يضمنا عقدهما ما شاءا من الشروط، إلّا أنّ الطرف القوي قد يفرض إرادته على الطرف الضعيف ويتعسف في ذلك، فيقوم بفرض شروط تعسفية مجحفة يحمي بها مصالحه أو يقرر حقوقاً يتمتع بها دون الطرف الضعيف المتعاقد معه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنال هذه الشروط بحقوق الطرف الضعيف أو تنقل كاهله بالتزامات غير مبرّرة.

وبالتالي فإذا كانت الشروط التعسفية مظهراً من مظاهر اختلال التوازن العقدي بين الطرف القوي والطرف الضعيف، فإنّ الإحاطة بفكرتها يقتضي بيان مفهومها الذي يستوجب بداية تعريفها (أولاً)، ثمّ تبيان المعايير التي يعتمد عليها لاعتبار شرط ما بأنّه تعسفي (ثانياً).

أولاً- تعريف الشروط التعسفية:

يقول القدّيس "أوغسطين" بخصوص الزمن ما نصه: "إذا سألت عنه فسأقول: إنّني أعرفه، ولكن إذا طلب منّي وأردت تعريفه، فسأقول: لا أعرف شيئاً"، هكذا كتب بعض الفقهاء عن الشرط التعسفي، حيث أنّ

¹ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الزين الحقوقية، بغداد، 2011، ص 253.

لفظة الشروط التعسفية من الألفاظ التي كثيرا ما نستعملها، لكن قد يصعب في أحيان كثيرة تعريفها¹.

ورغم هذه الصعوبة، إلا أن هناك تعريفات عدة قيلت بشأن الشروط التعسفية سواء من ناحية التشريع، أو من ناحية الفقه.

1_ التعريف التشريعي:

لقد تولّت العديد من التشريعات تعريف الشروط التعسفية سواء كان ذلك في النصوص الخاصة أو حتى في ظلّ القواعد العامة، ومن بين هذه التشريعات التي تكفلت بذلك نجد التشريع الأمريكي والتشريعات الأوروبية إلى جانب المشرع الجزائري.

فالقانون الأمريكي باعتباره أول من قنّن فكرة الشرط التعسفي Unconscionable clause بمقتضى قانون التجارة الموحد الصادر بتاريخ 1962، فقد عرفه في مادته 2/302 أنه: "ذلك الشرط الذي يخالف مبدأ حسن النية، ويطبق هذا المبدأ على كل الأشخاص وكل العقود إلا ما استثني بنص خاص"².

أما بالنسبة للتشريعات الأوروبية، فقد عرفها مثلا المشرع الألماني في المادة 9 من القانون المتعلق بالشروط العامة الصادر سنة 1976 بالنص على أنه: "تعتبر شروط عامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة، ومجحفة بالشريك في العقد مع المشتري بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية"³.

والمشرع الإنجليزي عرف الشرط التعسفي أو ما أسماه بالشرط غير العادل في المادة 4 فقرة 2 من النظام المتعلق بالشروط المجحفة الواردة في عقود المستهلكين لسنة 1999 كما يلي: "يعتبر الشرط

¹ العطياوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 14.

² براحلية بدر الدين، مرجع سابق، ص 205.

³ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 264.

التعاقد الذي لم تجر مناقشته بشكل فردي غير عادل، إذا كان وخلافا لمتطلبات حسن النية، قد سبب إخلالا جوهريا بتوازن العقد فيما يخص حقوق والتزامات أطرافه وبشكل يضر بمصلحة المستهلك"¹.

ومن جانبه نص المشرع الإسباني على المقصود بالشروط التعسفية، وذلك في المادة 10 من قانون 19 يوليو 1984 المعدل بقانون 13 أبريل 1998 كما يلي: "تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس أسلوب عدم التكافؤ أو الملائمة، أو بأسلوب غير عادل، أو ما يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والتزامات لأطراف العقد".

وبدوره عرف المشرع البلجيكي الشرط التعسفي في المادة 31 من قانون 14 يوليو 1991 بأنه يشمل: "كل شرط يمكن أن يؤدي بمفرده أو بالتعاون مع شروط أخرى إلى خلق حالة من عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الأطراف".

أما عن التشريعات الأوروبية التي عرفت الشروط التعسفية في القانون المدني، فنجد المشرع الإيطالي بموجب القانون الصادر في 6 فبراير 1996 الذي عدّل في المواد 1469 وما يليها من القانون المدني، متبنياً معيار التوازن العقدي في تعريف الشروط التعسفية²، كذلك نجد القانون المدني الكيبيكي الذي عرف الشرط التعسفي بالمادة 1437 على أنه: "كل شرط يضر المستهلك أو المذعن بشكل مفرط وغير معقول، وبشكل مخالف لمبدأ حسن النية. وبوجه خاص يكون تعسفا الشرط الذي يؤدي إلى التباعد بين الالتزامات الرئيسية الناشئة عن القواعد التي تحكم العقد بشكل عادي، ويؤدي إلى تغيير طبيعته"³.

¹ نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة (دراسة في القانون الإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع 1980 "اتفاقية فينا")، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 116، 117. MONTFORT Cédric, op. cit., p. 291. وهو نفس التعريف الذي قدمته المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

IONESCU Raluca Nicoleta, op. cit., p. 14.

² إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 114، 115.

³ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 79.

رياحي أحمد، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5، جامعة الشلف، الجزائر، مارس 2010، ص 345.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عرف الشرط التعسفي بداية في المادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات كما يلي: "تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة"¹، وبموجب هذا التعريف نجد أن المشرع الفرنسي قد اعتمد على الجمع بين معيارين لتقدير الطابع التعسفي للشرط هما: معيار تعسف النفوذ الاقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة، غير أنه قد عدل عن ذلك بالاعتماد على معيار واحد فقط هو معيار اختلال التوازن العقدي، وذلك بصدد التعريف العام الذي قدّمه للشروط التعسفية بموجب المادة L.132-1 الفقرة الأولى من قانون الاستهلاك الفرنسي بأنها: "تلك الشروط التي يكون موضوعها أو من آثارها أن تخلق على حساب غير المحترف أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد". والهدف من ذلك هو القضاء على اختلال التوازن العقدي، وليس تحقيق التوازن الاقتصادي التام للعقد².

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف الأخير للمشرع الفرنسي قد جاء مسابقة للتوجيه الأوروبي الصادر في 5 أبريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، والذي عرفها في المادة 1/3 منه على أنها: "الشرط المندرج في العقد وغير خاضع لأي مفاوضة فردية بين طرفي العقد، ويكون الشرط تعسفيا خلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية، ويرتب ضررا للمستهلك يتمثل في عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد"³.

=«Mettre un frein aux clauses abusives dans les contrats de consommation (rapport final du projet présenté au bureau de la consommation d'industrie)», union des consommateurs, Canada, septembre 2011, p. 27. www.consommateur.qc.ca/union.

¹ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 32.

موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 248.

رياحي أحمد، مرجع سابق، ص 344، 345.

BETTINGER Christian, «L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics: une révolution aux suites multiples», *Revue de droit administratif*, n° 10, Paris, octobre 1993, p. 10.

² AUGUET Yvan et autres, *Droit de la consommation*, Ellipses, Paris, 2008, p. 83, 84.

GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 167.

³ Directive européenne n° 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. www.legifrance.gouv.fr.

BETTINGER Christian, op. cit., p. 12.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فمعظمها لم تتكفل بهذه المسألة رغم أنها كانت السبابة في مواجهة الشروط التعسفية، وربما يكون الدافع إلى ذلك هو حداثة هذه الفكرة، إلا أن المشرع اللبناني تولى ذلك بعد صدور قانون حماية المستهلك، وذلك بموجب المادة 26 منه التي نصت على أنه: "تعتبر بنودا تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير"¹.

كما تولى ذلك أيضا المشرع الجزائري بعد صدور القانون رقم 04-02²، حيث نصت المادة 3 فقرة 5 منه على ما يلي: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وبما أن التعريف لا يعدّ من الاختصاص الأصلي للتشريع، فقد يكون ذلك فقط على سبيل الاسترشاد، لذلك فقد تكلف الفقه أيضا بإيراد تعارف للشروط التعسفية.

2_ التعريف الفقهي والقضائي:

إنّ مهمة وضع التعارف هي مهمة الفقه والقضاء وليس مهمة التشريع، لأنّ تعريف المشرع ملزم لا يجوز الخروج عنه إلاّ بتشريع مماثل، أما تعريف الفقه والقضاء فهو مفسّر يجوز الخروج عنه أو عدم التقيد به، وذلك وفقا لظروف وحاجات المجتمع، فترك هذه المهمة للفقه والقضاء يحقق للقانون المرونة الكافية لتلبية حاجات المجتمع حسب ظروفه وتطوره دون حاجة إلى تغيير أو تعديل التشريع نفسه³.

ومن هنا بادر العديد من الفقهاء، وكذا الاجتهاد القضائي بتعريف فكرة الشروط التعسفية، وترتبط كلّ هذه التعريفات في عمومها بالتفاوت في القدرة الفنية والاقتصادية بين أطراف العقد، إذ تتسم العلاقة بين أطراف العقد بأنها غير متكافئة للتفاوت الواضح في القدرة العلمية والاقتصادية، فهي علاقة بين قوي وضعيف _إن جاز التعبير_⁴.

¹ عبد المنعم مويسي إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 455.

² قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

³ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 49.

⁴ موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 247.

وقد تناول الفقه القانوني تعريف الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا، فمن حيث المصدر فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف. ومن حيث الطبيعة، فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة. ومن حيث الآثار، فهو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه.

وفي إطار هذه الزوايا، فقد جاءت كتابات الفقه العربي غزيرة في تعريف الشروط التعسفية ولعل السبب في ذلك يعود إلى عدم اهتمام أغلب التشريعات العربية بهذه المسألة كما سبق القول، حيث اعتبره بعض الفقه شرطاً في العقد، يترتب عليه عدم توازن واضح -ممقوت- بين حقوق والتزامات كل من العون الاقتصادي والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا العون بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك، وبمعنى آخر فهو الشرط الذي يفرضه العون الاقتصادي على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة. وفي هذا الاتجاه أيضاً ذهب بعض الفقه إلى أنه ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح ذلك الذي يفرضه على المتعاقد الآخر الذي لا خبرة له، أو ذلك المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر¹، وهناك اتجاه في الفقه المصري ذهب إلى تعريف الشرط التعسفي، بعد أن اعترف بصعوبة هذه المهمة بقوله أنه ذلك الشرط الجائر الذي يتضمّن أحكاماً تتنافى مع العدالة، ويضيف قائلاً أنّ هذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر حسب ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة، وينتهي مرة أخرى إلى القول أنّ أمر تقديرها يعود إلى محكمة الموضوع². وهناك من يرى أنّ الشروط تعتبر تعسفية إذا جاءت منافية لما يستوجبه التعامل من حسن نية، ولما يجب أن يسود في هذا التعامل من نزاهة وشرف³. كما عرفه جانب آخر من الفقه العربي بأنه شرط يفرضه العون الاقتصادي على المستهلك، مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة العون

¹ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 401، 402.

² عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة في القانون المدني والمقارن)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 38.

³ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 48.

الاقتصادي، ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواءً كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره¹. وكذلك عرفه البعض بأنه كلّ بند يفرضه العون الاقتصادي المحترف أو متعاقد يتمتع بموقع طاغ في العقد على المتعاقد الآخر غير المحترف أو المستهلك، ويؤدي البند الجائر إلى عدم توفر التوازن بين الموجبات العقدية².

وبالنسبة للفقهاء الجزائريين، فنجد أنّه لم يهتم كثيراً بتعريف الشرط التعسفي ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى اهتمام المشرع الجزائري بهذه المسألة، إلا أنّ الأستاذ "محمد بودالي" عرفه بأنه الشرط الذي يورده العون الاقتصادي في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، ويقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة³. كما تمّ تعريفه أيضاً من طرف الأستاذة "بركات كريمة" بأنه ذلك البند الذي يفرضه العون الاقتصادي على المستهلك نتيجة التعسف في استعماله لسلطته الاقتصادية، أو ما يعرف بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية تجاه المستهلك ذي المركز الضعيف اقتصادياً وفنياً بالمقارنة معه⁴، إلى جانب ذلك عرفه الأستاذ "رباعي أحمد" بأنه: الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفاً على الطرف الآخر، بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كلّ مراحله، ويظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئاً على الطرف الآخر دون مقتضى⁵.

والى جانب الفقهاء العرب، نجد الفقهاء الغربيين أيضاً تولّوا تعريف الشرط التعسفي، حيث اعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أنّه يعدّ من قبيل التعسف، الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويخلق عدم

¹ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 97.

² العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 15.

³ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 261.

بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، مرجع سابق، ص 60.

⁴ بركات كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 291.

⁵ رباعي أحمد، مرجع سابق، ص 347.

توازن واضح على حساب الطرف الضعيف، وتعتبر شروط تعسفية على سبيل المثال الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية، الشروط الجزائية، وكذا شروط إسناد الاختصاص¹، كما أنّ هناك من عرفه بأنّه ذلك الشرط الذي يفرضه العون الاقتصادي ويكون هدفه أو أثره هو اختلال التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وبالتالي خلق ميزة فاحشة لصالح العون الاقتصادي².

وقد عرف الفقهاء المسلمون الشرط التعسفي بأنّه كلّ شرط ليس من مقتضى العقد، ويكون منافياً لقصدّه أو مخالفاً للشرع، وبالتالي فهو من قبيل الشروط الفاسدة التي يؤدي وجودها في عقود المعاوضات إلى فساد هذه العقود وبطلانها، لأنّ هذه الشروط الفاسدة تعتبر خالية من العوض فهي من قبيل الربا المنهي عنه شرعاً³.

هذه إذن عن التعريفات الفقهية للشرط التعسفي، أمّا عن التعريفات القضائية له، فنتجسّد مثلاً في محاولة محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها وضع تعريف للشرط التعسفي، فقرّرت أنّه: "الشرط الذي يأتي متناقضاً مع جوهر العقد باعتباره مخالفاً للنظام العام"⁴.

كما عرفته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأنّه: "ذلك الشرط الذي من شأن وجوده أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيّاً كانت"⁵.

كذلك فإنّ هناك من القضاة من عرف الشرط التعسفي بأنّه من مقتضيات سوء النية، بل قد اعتبر أنّ سوء نية الطرف القوي في العقد هو المعيار الأساسي الذي يقاس به الطابع التعسفي للشرط الوارد في العقد⁶.

¹ CALAIS-AULOY Jean, STEINMETZ Frank, op. cit., p. 203.

² NOBLOT Cyril, Droit de la consommation, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 42.

³ فايز أحمد عبد الرحمن، الشروط التعسفية في وثائق التأمين (دراسة في نطاق التأمين البري الخاص)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 155.

⁴ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 402.

الهيثم عمر سليم، "حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية إلى الإذعان (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، المجلد 10، العدد 2، جامعة البحرين، 2013/1/14، ص 192.

نقلاً عن: مجموعة أحكام النقض، نقض مدني مصري، 21 أبريل 1960، السنة الحادية عشر، رقم 50، ص 220.

⁵ بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008، ص 15.

⁶ «Mettre un frein aux clauses abusives dans les contrats de consommation (rapport final du projet présenté au bureau de la consommation d'industrie)», op. cit., p. 28.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنّه ورغم هذا التراكم الفقهي وحتى التشريعي في تعريف فكرة الشروط التعسفية، إلّا أنّ هذه الفكرة مازال يعتريها بعض اللبس ليس في فهمها ولكن في كيفية تقدير الطابع التعسفي لشرط ما، فقد يكون الشرط قانوني وعادل في إحدى العقود، وتعسفي في عقد آخر. والتميز بين هذا وذاك يتمّ بالاعتماد على المعايير التي تساعد على تحديد الشروط التعسفية.

ثانياً_ معايير تحديد الشروط التعسفية:

إذا كان تحديد مفهوم أيّ موضوع قانوني يركز أساساً على تحديد معايير التي لا قيام له بدونها، فإنّ الشرط التعسفي لا يشذّ عن هذه القاعدة، فتقدير فكرة الشروط التعسفية إذن يتطلّب وضع معايير محدّدة لها تجنباً لحدوث أيّ تحكم من جانب قاضي الموضوع في تقديرها، وهو ما يسمح كذلك باستقبال عدد غير محدود من المواقف المستجدة في الواقع العملي، كما أنّه يستوعب التطورات الطارئة على العقود وما تتضمنها من شروط تعسفية مستحدثة، دون الحاجة لانتظار تعديلات تشريعية¹.

وعليه فمن مظاهر المعاملة التشريعية لفكرة الشروط التعسفية نجد تراجع دور القاضي في تحديد معايير الشروط التعسفية، على عكس الوضع في القانون المدني الذي يتمتع فيه القاضي بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، ومنهج القانون المدني وإن كان يتميز بالبساطة، إلّا أنّه لا يتضمن معايير واضحة ومحدّدة يتقيّد بها القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط، على نحو يفتح الباب واسعاً أمام احتمالات تحكم القضاة وإساءة استعمال السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لهم².

ونحاول في هذا المقام الإلمام بكلّ المعايير التي مرت بها فكرة الشرط التعسفي، والتي اهتمت التشريعات بالنص عليها، وذلك بداية بالمعيار التقليدي مجسّداً في معيار العدالة الذي ظهرت به فكرة الشرط التعسفي في بداية الأمر في ظل القواعد العامة للقانون المدني، ثمّ المعايير المستحدثة التي يمكن استنتاجها من خلال التشريعات الخاصة بمقاومة الشروط التعسفية.

¹ أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013، ص 93.

² إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 102.

1_ المعيار التقليدي:

تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منه، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

من خلال هذه المادة نجد أنّ المشرع الجزائري -وكغيره من التشريعات العربية التي تضمنت نفس النص-، قد نص على "العدالة" كمعيار يتمّ على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، ولكن المشرع لم يرسم أنماطا معينة يتمّ على أساسها التعديل أو الإعفاء، بل ترك ذلك كلّ للسلطة التقديرية للقاضي¹. ويرى بعض الفقه أنّ ذلك من شأنه أن يؤدي إلى صعوبة في توحيد الشروط التعسفية، ولا شيء يضمن عدم انزلاق القضاء في تفسير هذه الشروط².

إلا أنّ الأمر الذي حدا بالمشرع إلى تقرير هذه السلطة للقاضي، هو حرصه على تحقيق العدالة التعاقدية، ورفع الضرر الذي لحق بالطرف الضعيف المذعن بسبب سيطرة الطرف القوي واستغلاله بفرض الشروط التي يتضمنها العقد، وبالتالي حماية الطرف الضعيف المذعن من استغلال وتعسف الطرف القوي، وليس على القاضي من حدود في ذلك إلا ما يقتضيه العدل. والمقصود بالعدالة هو مجموعة من الأسس الثابتة التي تنشئ القانون الأعلى للبشرية والنظام المثالي الذي يتعيّن الوصول إليه، وهذه القاعدة يجب أن تسيطر على العقد في كلّ مراحلها سواءً في المحادثات السابقة عليه أو عند إبرامه أو تنفيذه³، باعتباره مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما

¹ نوبري سعاد، "الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين (دراسة مقارنة)"، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون حول: الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 13 و 14 مايو 2014، ص 58.

² بحماوي الشريف، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2014، ص 106.

³ بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 159، 167، 168.

بينهم، والابتعاد عن الجور والظلم، وهذا الإحساس الطبيعي هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشرط التعسفي أو إعفاء المذعن منه¹.

ويعتبر من أفضل التعارف الفقهية للشرط التعسفي ما ذهب إليه جانب من الفقه بأنّه الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تنافي العدالة، حيث يتم وصف الشرط التعسفي بأنّه لا يتفق مع العدالة، وبذلك يكون هذا التعريف جامع مانع، لأنّ العدالة قد يقصد بها العدالة الاجتماعية أو الاقتصادية أو غيرها.

إلا أنّ معيار العدالة قد أحاط به الغموض، وذلك لاختلاف الإحساس بالعدالة من شخص لآخر، بل قد يتغير هذا المبدأ باختلاف الأزمنة والأمكنة²، كما أنّ معيار العدالة يقتصر على تفسير الشروط الخاصة بالإذعان، ويلجأ إليه القاضي إذا غم عليه الأمر في بيان ما إذا كان الشرط المعروض للتفسير تعسفياً أم لا، بالنظر إلى العناصر الداخلية أو الخارجية للعقد، وقد وضع المشرع هذا المعيار للاسترشاد به خشية أن يتهم القاضي بالنكول عن أداء العدالة. كما يتّضح أنّ معيار العدالة ليس معياراً للشرط التعسفي في حدّ ذاته، بل هو معيار يعتمد على القاضي للنظر في الشرط التعسفي بصدد عقود الإذعان، وهذا لا يكشف عن ماهيته، وبالتالي عدم صلاحيته كمعيار للشرط التعسفي، بل يحدّد مجاله من حيث نوع العقد الذي يرد عليه، وتبقى ذاتية الشرط مستقلة عن نوع العقد، والدليل على ذلك أنّه يمكن ورود عدّة شروط بعقد الإذعان دون أن تكون تعسفية³. لذلك فيبدو ملحاً على التشريعات بصفة عامة، والمشرع الجزائري بصفة خاصة ضرورة وضع نظام خاص يتعلق بالشروط التعسفية ويتكفل بتحديد معاييرها.

2_ المعايير المستحدثة:

بعد توضيح المعيار التقليدي المتمثّل في معيار العدالة الذي تضمنته قواعد القانون المدني، والذي يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في العقد تعسفياً أو لا، واعتباره معيار يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية لاختلاف الشعور بالعدالة من قاضي لآخر وهو ما يهدّد استقرار المعاملات.

¹ فودة عبد الحكيم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون المدني، قسم: القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص 363.

² أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 94، 196، 197.

³ رباحي أحمد، مرجع سابق، ص 358، 359.

يتمّ توضيح المعايير المستحدثة التي يتحدّد وفقها مدى كون الشرط المدرج في العقد تعسفياً من عدمه، وذلك في ظل القواعد المعاصرة للحماية من الشروط التعسفية¹.

لقد سبق للمشرع الفرنسي أن عالج فكرة الشروط التعسفية في القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، وبصدد تعريفه للشرط التعسفي تبنى معيارين لاعتبار الشرط تعسفياً هما: معيار تعسف النفوذ الاقتصادي، ومعيار الميزة المفرطة أو الفاحشة.

لكن بعد تبني المشرع الفرنسي للتوجيه الأوروبي لسنة 1993، هجر المعيارين السابقين بموجب القانون الصادر في 1 فيفري 1995 وأخذ بمعيار جديد هو معيار اختلال التوازن العقدي²، وهو ما سار عليه أيضاً المشرع الجزائري في تعريفه للشرط التعسفي في المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 04-02.

تقتضي تحديد فكرة الشروط التعسفية دراسة كلّ هذه المعايير التي مرت بها هذه الفكرة، وذلك بداية بمعيار تعسف النفوذ الاقتصادي، ثمّ معيار الميزة المفرطة، وأخيراً معيار اختلال التوازن العقدي الذي استقرت عليه معظم التشريعات.

أ_ معيار تعسف النفوذ الاقتصادي:

وفقاً لهذا المعيار يوصف شرط ما بأنّه تعسفي إذا كان ناشئاً عن تعسف النفوذ الاقتصادي للعون الاقتصادي، وذلك بأن يسيء استعمال مركزه الاقتصادي المتفوّق ليفرض على الطرف الضعيف المتعاقد معه شروطاً تخل بتوازن العقد، بمعنى آخر لو لم يتعسف العون الاقتصادي في ممارسة تفوقه الاقتصادي لما وجد الشرط التعسفي الذي يخلّ بتوازن العقد. وعليه فإنّ السيطرة والقدرة الاقتصادية هي التي مكنت العون الاقتصادي من فرض شروطه التعسفية باعتباره تعود إبرام العقود، حيث يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتّب على العقد، ويعرف ما يجري عليه العمل في حرفته، فيمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلاً عن الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون

¹ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 109.

² AUGUET Yvan et autres, op. cit., p. 84, 85.

معه¹، وبالتالي يعدّ التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والتخصص في مجال المعاملة فيصلا في القدرة على فرض هذه الشروط التي تعتبر في غالبيتها تعسفية، لذلك يوصف هذا المعيار بأنه شخصي².

غير أنّ خضوع الطرف الضعيف لضغوط فعلية وعملية هو الذي يجعله يقبل بمثل هذه الشروط، وإلا فإنّ البديل هو أن تكون هذه الشروط قد فرضت عليه فرضا، ويسهل إثبات الخضوع الذي يسيطر على هذه الأنواع من العقود، خصوصا وإن تمّ إعدادها وطباعتها مسبقا لينظّم إليها من يرغب في التعاقد بغض النظر عما قد يستشعره فيها من تعسف أو عدم توازن³، فمقتضى أعمال الشرط التعسفي في مرحلة إبرام العقد هي أن يخلق وراءه عيبا في الرضا يلحق بالإرادة، وهو التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة⁴، لذلك وصفه البعض بأنه تعسف في الموقف تمييزا له عن التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة⁵.

ولتوضيح مفهوم الوضع الاقتصادي للعون الاقتصادي، فإنّه من المناسب اللجوء إلى قانون المنافسة لمقارنة ذلك بتعسف النفوذ الاقتصادي المسيطر فيها، على أنّ مفهوم الوضع المسيطر أو الهيمنة في قانون المنافسة حسب مجلس المنافسة الفرنسي يتميز بواقع أنّه سلطة تنتزع تكاليفات من السوق وتلزم المتنافسين على أن يوفقوا أوضاعهم وفق تصرفها الخاص⁶، أو أنّه المشروع الذي يؤدي بالسلطة التي يملكها هذا المشروع من واقع نفوذه الاقتصادي إلى تبني تصرفات مستقلة إزاء منافسيه، عملائه والمستهلكين، فالوضع المسيطر يسمح للمستفيد منه بإبطال تأثير نفوذ خصومه، ويؤدي إلى جعلهم مجبرين على الخضوع له⁷. أمّا من ناحية التعسف فإنّه يقوم ابتداءً من الوضع المسيطر، وبواسطة الحصول على شروط ملائمة له بشكل مبالغ فيه⁸ وإبطال فرص نجاح الغير، وعلى

¹ موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 251، 252.

² بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 56.

³ زوية سميرة، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 63.

⁴ GHESTIN Jacques, «L'abus dans les contrats», *Gaz. Pal.*, n° 2, doc, 1981, p. 379.

⁵ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 404.

⁶ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 113.

⁷ GRIDEL Jean-Pierre, «Remarque de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif a la prohibition des clauses abusives», *Dalloz*, chron, 1984, p. 153.

⁸ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 113.

هذا فمفهوم تعسف النفوذ الاقتصادي في قانون المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدًا نطاق الشروط العقدية المفروضة¹.

لكن هذا المعيار تعرّض للانتقاد²، لأنّه غامض، فإذا كان صحيحاً أنّه يجب أن يكون هناك نفوذ لفرض شرط تعسفي، إلّا أنّ النفوذ ليس مرادفاً للقوة أو عظم الشأن، فبإمكان عون اقتصادي بسيط أو ميكانيكي أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر، ولا يتمكّن من ذلك مشروع كبير على المستوى الوطني، لأنّه قد يخشى على سمعته، أو يخشى حدوث كارثة تجارية له³، كذلك تمّ انتقاد هذا المعيار باعتبار أنّ كلّ شرط تعسفي لابدّ وأن يفرض بموجب تفوق مهما كان، وبالتالي فإنّ التعسف في استعمال التفوّق أو النفوذ الاقتصادي سواءً تمّ النص عليه أم لا فإنّه موجود، لأنّه مرتبط بطبيعة الشروط التعسفية، إذ لا يمكن تصوّر وجود شرط يوصف بأنّه تعسفي ولم يكن قد فرض من الطرف الأقوى في العقد.

كما أنّ التعسف حقيقة لا يأخذ دائماً شكل التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي، بل قد يتعلق بأشكال أخرى من النفوذ، كالنفوذ الاجتماعي، التقني أو القانوني...⁴.

وأمام كلّ هذه الانتقادات والغموض الذي يشوب هذا المعيار، حاول الفقه البحث عن المقومات والمؤشرات التي تكشف عن القوة الاقتصادية للمحترف. وقد ذهب البعض إلى أنّه ابتداءً من اللحظة التي تشير فيها الدلائل إلى وجود شرط في اتفاق ما أدّى إلى وجود عدم تعادل جسيم، فإنّ ذلك يعدّ كافياً لاعتباره غير فعال⁵، ومن المؤشرات التي يمكن اعتمادها أيضاً لمعيار تعسف النفوذ الاقتصادي وضع العون الاقتصادي في السوق، لا بالنظر إلى حصته فيه التي يصعب تحديدها، بل بالنظر إلى السوق

¹ GRIDEL Jean-Pierre, op. cit., p. 153, 157.

² وهذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى التخلي عن معيار تعسف النفوذ الاقتصادي بعدما كان يعتبره من أهمّ الشروط التي يتطلبها القانون الصادر في 10 جانفي 1978 لتقدير الطابع التعسفي للشرط. أمّا بعد ذلك فقد تمّ اعتباره شرطاً أو معيار غير واقعي وصعب التقدير.

BEAUCHARD Jean, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, Paris, 1996, p. 349.

³ GODE Pierre, «Protection des consommateurs: clauses abusives», R.T.D.Civ, 1978, p. 744, 746.

⁴ غوشي نعيمة، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 36، 37.

⁵ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 405.

ذاته، وكذا النظر إلى وضع المحترف في ذلك السوق ومدى تأثيره فيه¹. وإضافة إلى ذلك فإنّ تعسف النفوذ الاقتصادي يؤدي إلى حصول العون الاقتصادي أو المحترف على ميزة مفرطة.

ب_ معيار الميزة المفرطة:

الميزة المفرطة أو الفاحشة يعرفها الفقيه «GIAME» على أنّها المقابل المغالى فيه، وذلك بواسطة شرط أو عدّة شروط عديدة تكون مخالفة للقانون المدني أو للقانون التجاري². ووفقا لهذا المعيار، فإنّ الشرط يعتبر تعسفيا إذا منح للمتعاقد الأقوى اقتصاديا في العقد ميزة مفرطة، وفي نفس الوقت فرض على المتعاقد الآخر التزاما مرهقا، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ ترك تحديد الثمن لإرادة أحد المتعاقدين لا يعدّ شرطا تعسفيا، لأنّه أعطى هذا المتعاقد الآخر ميزة دون أن يفرض التزاما على عاتق المتعاقد الآخر باعتبار أنّ الأخير لن يبرم العقد إلّا إذا وافق على الثمن. ووضعت أيضا محكمة النقض الفرنسية قيда آخر على معيار الميزة المفرطة التي يمنحها الشرط ليصبح تعسفيا، وهو أن يمنح الشرط أحد المتعاقدين هذه الميزة دون الآخر، أمّا الشرط الذي يمنح لكليهما نفس الميزة فلا يعتبر تعسفيا³، وحتى يعتبر الشرط تعسفيا أيضا _وفقا لهذا المعيار_ فيجب أن تكون الميزة التي يحصل عليها الطرف الأقوى في العقد ميزة غير معتادة، أمّا إذا كانت معتادة بمعنى أنّ الشرط الذي يتضمنها مألوف ويتعامل به كلّ المهنيين _في نفس المجال_ في عقودهم، فلا يعدّ الشرط تعسفيا⁴.

وقد تمّ نقد هذا المعيار لأنّه أثار بعض الغموض واللبس، فعدم وجود حدّ أقصى أو سقف معين تكون عنده الميزة مفرطة أو مجحفة، أمر يؤدي إلى تحكم القضاء وهو في طريقه لتقدير مدى تحقق هذه الميزة، وهذا ما لا يتطابق أو يتوافق مع تحديد فكرة الشرط التعسفي التي تقتضي بأن تكون مصاغة بشكل أكثر تحديدا لتجنب أيّ تحكّم يمكن أن يصدر من قاضي الموضوع في هذا الشأن⁵. فلم يحدّد المشرع الفرنسي بالتّالي رقما معينا تصل إليه هذه الميزة، وذلك على غرار الغبن الذي تمّ تحديد سقفه من طرف أغلب التشريعات، ومنها المشرع الجزائري الذي حدده بالخمس 5/1، ويكون الغبن سببا في إبطال بعض

¹ رياحي أحمد، مرجع سابق، ص 353.

² LARROUMET Christian, Droit civil (les obligations), 3^{ème} édition, Delta, Paris, 1996, p. 64.

³ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 55، 57.

⁴ TROCHU Michel, TREMORIN Yannick, BERCHON Pierre, «La protection des consommateurs contre les clauses abusives (étude de la législation française du 10-1-1978)», droit et pratique du commerce international trade law and practice, tome 7, n° 1, Paris/ New York/ Barcelone/ Milan, mars 1981, p. 45.

⁵ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 107، 108.

العقود إذا زاد عن هذا الحدّ، ورغم ذلك فإنّ فكرة الميزة المفرطة تقترب من فكرة الغبن في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، وإن كانا يختلفان من حيث محل التعسف، فينصب في الغبن على الثمن في بيع العقار، أمّا في الشروط التعسفية فينصب التعسف على الشروط المقترنة بالعقد¹.

غير أنّ هذه الشروط التعسفية التي يتم تقديرها استناداً إلى معيار الميزة المفرطة قد تثار تساؤل بشأنها يتعلق بضرورة أن تكون ذات طابع مالي، وبعبارة أخرى هل أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها الطرف الأقوى في العقد _ من خلال هذه الشروط التعسفية _ تتعلق بالثمن فقط؟

وقد تمّ الإجابة على ذلك بالنفي لأسباب ذكرها الفقه، حيث أنّه بالعودة إلى قائمة الشروط التعسفية المنصوص عليها في قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1978، فهناك عدّة شروط تعسفية ذات طابع مالي، إلّا أنّ هذه القائمة لا تخلو من شروط أخرى ليس لها طابع مالي، وعلى إثر ذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنّ أمر تقدير الصفة التعسفية فيما يتعلق بهذا المعيار لا يجوز أن تتعلق بمحل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن، وإنّما ذلك الذي يؤدي إلى اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات الواقعة على طرفي العقد، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنّ الرغبة في تحقيق حماية أشمل، دفعت بالفقه إلى القول بعدم حصر هذه الميزة المفرطة في هذا النطاق الضيق، بل وجوب النظر إليها بحسب ما تخلفه على العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين².

وعلى العموم يبدو أنّ معيار الميزة المفرطة يعتبر نتيجة للمعيار الأول المتمثل في تعسف النفوذ الاقتصادي، أي أنّ الميزة المفرطة هي النتيجة أو المحصلة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية، ويرتبطان مع بعضهما بعلاقة سببية³، لذلك قام المشرع الفرنسي باختزالهما في معيار واحد هو معيار اختلال التوازن العقدي.

جـ معيار اختلال التوازن العقدي:

من أهمّ الانتقادات التي يمكن توجيهها إلى المعيارين السابقين تتمثل في أنّهما لا يتناسبان مع منهجية التعامل المباشر مع فكرة الشروط التعسفية، وما تقتضيه هذه المنهجية من التركيز على العناصر

¹ GHESTIN Jaques, Traité de droit civil (les obligations, le contrat, formation), 1^{ère} édition, LGDJ, Paris, 1980, p. 686.

² العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 38، 39.

³ GODE Pierre, op. cit., p. 746.

الداخلية لهذه الشروط. لذلك نصت العديد من التشريعات على فكرة التوازن العقدي كمعيار موضوعي يمكن الاستناد إليه لتحديد فكرة الشروط التعسفية، وعلى ذلك فيتم تقدير الشرط التعسفي في ظل معيار اختلال التوازن العقدي تقديراً موضوعياً، أي أنّ نظرة القاضي تركز على الشرط التعسفي نفسه وليس على المتعاقدين، وبمعنى آخر لا يشترط سوى ملاحظة عدم التوازن الظاهر في الحقوق والالتزامات لطرفي العقد، دون أيّ تقدير لسلوك الأشخاص. ومن الجدير بالذكر أنّ التعريف الموضوعي للشرط التعسفي دون استلزام البحث في سلوك الأفراد يمكن أن يؤدي إلى تحقيق الاستقرار القانوني¹.

ولاشك أنّ تأسيس التعسف على معيار مادي أو موضوعي له إيجابيته بالنسبة للطرف الضعيف من حيث إثباته للتعسف، لأنّ إثبات اختلال التوازن في مجمل حقوق وواجبات الطرفين أمر يسهل، مادام هذا الإثبات يتوقف على تقدير وموازنة حقوق وواجبات الطرفين بصرف النظر عن اعتبارات أخرى، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بعقود نموذجية حيث تكون الشروط مطبوعة مسبقاً، وبذلك يكون المشرع قد تفادى أسباب القصور التي ميزت² فكرة التعسف في استعمال الحق المتمثلة أساساً في صعوبة إثبات العنصر المعنوي أو الذاتي فيها والمتمثل في معيار قصد الإضرار بالغير.

ويعتبر تبني معيار واحد محدد أفضل وسيلة تضمن دقة تعريف الشروط التعسفية، ويعدّ هذا أفضل من اللجوء إلى جملة من المعايير³ التي يمكن أن تتضارب فيما بينها، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم الأمان أو الاستقرار القانوني، فعدم الانحياز لسياسة التعدد في المعايير في تحديد فكرة الشروط التعسفية

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 110، 113، 114.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 147.

³ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 118.

وهذا ما تقطن إليه المشرع الفرنسي بموجب تعديله لقانون الاستهلاك لسنة 1995، حيث تخطى عن معياري تعسف النفوذ الاقتصادي والميزة المفرطة، وعوضهما بمعيار واحد هو معيار اختلال التوازن العقدي. إلّا أنّ بعض الفقه يرى أنّ شيئاً لم يتغير من حيث الموضوع، لأنّ معيار اختلال التوازن العقدي ليس إلّا تردداً لمعيار الميزة المفرطة.

وعموماً فقد نصت المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك الفرنسي على معيار اختلال التوازن العقدي كما يلي:

«...qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat».

CALAIS-AULOY Jean, STEINMETZ Frank, op. cit., p. 211, 212.

كذلك نجد قانون التجارة الفرنسي من جانبه نص أيضاً على هذا المعيار بمناسبة حظره للممارسات التجارية المقيدة للمنافسة، وذلك في نص المادة 2⁰, 1, 6-442 L كما يلي:

«...de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties».

MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 19.

بالذات لها ما يبررها، فنحن أمام فكرة حساسة يمكن أن يستغلها العون الاقتصادي لأبعد الحدود ضد الطرف الضعيف، ومثل هذه الأفكار تحتاج إلى تحديد دقيق، وهو ما يضمنه وجود معيار واحد محدد، وذلك على عكس بعض الأفكار التي يتركها المشرع متعمداً بدون تعريف، والتي يكون من الأنسب بشأنها تبني سياسة تعدد المعايير، وكمثال على ذلك نجد فكرة التعسف في استعمال الحق المعروفة في القانون المدني، حيث تركه المشرع بدون تعريف ملقياً بتلك المهمة على القضاء والفقه لتحديد حرسا منه على التجديد المستمر في هذه الفكرة واستيعاب أكبر عدد ممكن من المواقف، أمّا فيما يتعلق بفكرة الشروط التعسفية، فهي من الأفكار التي يجب أن تحدّد بدقّة عن طريق معيار واحد¹.

وبالرجوع إلى التعريف القانوني لفكرة الشرط التعسفي الذي تضمنته المادة الثالثة فقرة 5 من القانون رقم 04-02 السالفة الذكر، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار واحد للشروط التعسفية، وهو معيار اختلال التوازن بين حقوق وواجبات طرفي العقد، وقد استمد المشرع الجزائري هذا المعيار من المشرع الفرنسي الذي اعتمده في المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وبالتالي فإنّ الشروط التعسفية هي التي تهدف أو تؤدي إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الطرفين في العقد.

وعليه يمكن القول أنّه لمعرفة مدى وجود الشرط التعسفي في العقد، يتمّ الرجوع إلى البحث عن عدم وجود توازن في العقد المبرم بين المتعاقدين، والنتائج عن ضعف أحدهما أمام قوة المتعاقد الآخر الذي يفرض عليه شروطا بما يملكه من نفوذ وقوة اقتصادية. ويطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الشروط اصطلاح آخر هو اصطلاح الشروط التي تخلّ باقتصاد العقد، ولكن القضاء الفرنسي لم يتقبّل اصطلاح الإخلال باقتصاد العقد، بل استخدم اصطلاح الإخلال بالتوازن المنشود في العقد، والمقصود بالتوازن المنشود في العقد هو أن تكون الأداءات المتقابلة الملقاة على عاتق طرفي العقد متوازنة، ولا يقصد بالتوازن المساواة لأنّه عادة ما تتفاوت تلك الأداءات المتقابلة، ولكن حينما تكون تلك الأداءات متقاربة في قيمتها يكون العقد متوازنا، وهذا التوازن تختلف صورته من عقد إلى آخر، وهذا ما يجعل مفهوم التوازن ليس عاما ولا مجرّدا، وإنّما يترك تقديره لقاضي الموضوع في كلّ حالة على حدة.

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 118، 119.

إلا أنّ هذا المعيار الوحيد والمتمثل في معيار اختلال التوازن العقدي والذي حدده القانون، هناك من اعتبره معيار عام ليس سهل التحديد، وذلك لصعوبة تقدير فكرة التوازن العقدي، بالإضافة إلى اعتباره معيار جد واسع.

BEAUCHARD Jean, op. cit., p. 349.

وعليه فإنّ الشرط التعسفي هو الذي يهدد هذا التوازن المنشود في العقد، فيجعل التزامات أحد أطراف العقد أكبر بكثير من التزامات الطرف الآخر، أو يلقي على عاتقه التزامات لا تقابلها حقوق في العقد، وعليه فمعيار اختلال التوازن العقدي ينحصر تطبيقه في العقود الملزمة للجانبين، ولا ينطبق على العقود الملزمة لجانب واحد¹، لأنّ هذه الأخيرة تنشأ أصلاً مختلة التوازن لانعدام الأداءات المتقابلة للطرفين.

وقد حاول جمع من الفقهاء إعطاء تعريف للمعنى المقصود بالإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، الأمر الذي أدى إلى تعدّد المفاهيم واختلافها بحسب المنظور الذي يبسط عليه، ممّا جعلها مفاهيم متناقضة، فهناك من أسّسه على مفهوم أخلاقي، وعرفه انطلاقاً من سبب ظهوره بالقول أنّ الاختلال يكون ظاهراً بسبب خطأ يرتكبه العون الاقتصادي عن طريق التعسف في استعمال قوته الاقتصادية عند التفاوض، مخالفاً بذلك مبدأ حسن النية في التعاقد، وبالتالي فطبقاً لهذا الرأي، نعني بالإخلال الظاهر خطأ العون الاقتصادي لعدم احترامه للمبادئ الأخلاقية المتعلقة بالعقد.

أمّا جانب آخر من الفقه فيعرفون معيار الاختلال الظاهر من منظور اقتصادي، ويعتبرون أنّ فكرة الاختلال الظاهر بالتوازن معادلة لمفهوم العقد، إلّا أنّ التدقيق في الفكرتين يبرز الاختلاف الجوهرى بينهما الذي سبق تبياناه.

أمّا أصحاب النزعة المختلطة (الاقتصادية القانونية)، فيرى أنّ الاختلال الظاهر بالتوازن له بعد قانوني واقتصادي في الوقت نفسه، ويعتبران أنّ التوازن الاقتصادي والقانوني مرتبطان، فالتوازن القانوني ما هو إلّا تعبير عن التوازن الاقتصادي للعقد، واختلال التوازن ما هو إلّا نتيجة اقتصادية تأخذ إحدى صورتين: إمّا تحقيق المتعسف لأرباح اقتصادية أو تفاديه للخسارة. ويبدو أنّ هذا التعريف هو الصائب².

لكن ما يلاحظ على هذا المعيار أنّه يطرح تساؤلاً مهماً يتعلق بكيفية تقدير عدم التوازن العقدي، فهل يجب أن يتمّ هذا التقدير بالنظر إلى الشرط في حدّ ذاته أم من خلال النظر إلى مجموع شروط وينود العقد؟

¹ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 52، 53.

² عنصري بوزار شهناز، مرجع سابق، ص 24، 25.

بالرجوع إلى قانون الاستهلاك الفرنسي نجده يقرر جوابا صريحا مضمونه أنّ الطابع التعسفي للشرط يقدر بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة لكل الشروط الأخرى للعقد، ويقدر أيضا بالرجوع إلى تلك الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يرتبط فيه أحدهما قانونا بالآخر، وهو ما نصت عليه المادة 1-132.L.5 من قانون الاستهلاك الفرنسي¹.

ويستفاد من هذا النص الواضح أنّ المشرع الفرنسي اختار الحل الثاني، وهو وجوب النظر إلى مجموع العقد، فقد يكون أحد الشروط ظاهره الإخلال بالتوازن العقدي، لأنّه يعطي ميزة لطرف ما، لكن بالرجوع إلى شروط العقد الأخرى نجد من بينها شرطا يعيد التوازن إلى العقد، فمثلا قد يظهر شرطا ما قاسيا بالنسبة للطرف الضعيف المشتري، لكن يمكن تبرير هذا الشرط عندما يكون الثمن المشتري ضعيف مثلا²، في حين نجد المشرع الجزائري في تعريفه للشرط التعسفي من خلال المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 04-02 أنّه حدّد كيفية تقدير اختلال التوازن بالنظر إمّا للشرط بصفة منفردة، أو في إطار كلي للعقد، لكن إذا كان النظر للشرط بصفة منفردة يتماشى مع وضع قائمة سوداء للشروط التي تعتبر تعسفية كما جاء بها المشرع في المادة 29 من القانون رقم 04-02، إلّا أنّ النظر إلى مجموع شروط العقد لتقدير اختلال التوازن العقدي لا يتماشى مع وضع هذه القائمة على أساس أنّ نفس الشرط يمكن أن يكتف على أنّه تعسفا في حالة، وغير تعسفي في حالة أخرى تبعا للمحتوى العقدي الذي وجد فيه الشرط، فحبذا لو يعيد المشرع النظر في قائمة الشروط التعسفية التي نص عليها ويجعلها قائمة رمادية، وبالتالي لا يكون الشرط تعسفا إلّا بالنظر إلى مجموع الشروط الأخرى الواردة في نفس العقد أو حتّى في عقد آخر، وهذا ما يتماشى مع معيار اختلال التوازن العقدي.

لكن إذا كان معيار اختلال التوازن العقدي مسلّمًا به بالنظر إلى مجموع شروط العقد في حالة ما إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة واحدة، إلّا أنّ الصعوبة تكمن في تقدير المقابل في حالة ما إذا

¹ «Le caractère abusive d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, a toutes les circonstances qui, entourent sa conclusion, de même qu'a toutes les autres clauses du contrat, il s'apprécie également au regard de celles contenus dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrat dépendent juridiquement l'une de l'autre».

BAZEX Michel, «Clauses abusives et contrats de l'administration», Les revues Juris-Classeur (contrats, concurrence, consommation), n° 7, juillet 2006, p. 34.

MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, op. cit., p. 19.

GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 167.

² بنّاسي شوقي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2، جامعة الجزائر، 2009، ص 147.

كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة، كما هو الحال إذا وجد من جهة شرط يقضي بتحديد مسؤولية الطرف القوي، ومن جهة أخرى شرط آخر يعطي للطرف الضعيف الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة. ومع ذلك، فليس هناك من حل آخر غير النظر للعقد باعتباره كلاً لا يتجزأ، أو كياناً واحداً يتضمن العديد من الشروط، وأنه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفياً والتأكد من عدم وجود التوازن العقدي¹.

بعد توضيح مفهوم فكرة الشروط التعسفية عن طريق تعريفها وبيان المعايير التي تحددها، يستلزم بعد ذلك تحديد نطاق تطبيقها لتكتمل ماهية فكرة الشروط التعسفية.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الشروط التعسفية

إنّ أيّ موضوع حتى تكون له فعاليته، لابدّ له من مجال ونطاق للتطبيق يسري فيه من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، وتحديد فكرة الشرط التعسفي لا تخرج عن هذه القاعدة، وعلى ذلك نتساءل عن النطاق الذي يتحدد في إطاره تطبيق فكرة الشرط التعسفي؟

ولعلّ التساؤلات التي تثار في هذا الصدد هي: أيّ من العقود تدرج بها تلك الشروط؟ فهل تطبق على كلّ العقود، أم أنّها تطبق على عقود الإذعان فقط باعتبارها النموذج الأمثل لمثل هذه الشروط نظراً لإعدادها المسبق من طرف واحد؟ ومن المتعاقدون الجديرون بالحماية لمواجهة هذه الشروط؟²، فهل الأمر يقتصر على تلك العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، أم يشمل أيضاً تلك المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم؟

من القراءة الأولية لنص المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 04-02 التي تعرف الشرط التعسفي، يبدو لنا أنّ المشرع الجزائري قد اعتمد أسلوب التوسيع في نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث العقود والأشخاص؛ بحيث تشمل كلّ عقد مهما شابه من تعسف، وكذلك أيّ متعاقد دون أهمية

¹ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، مرجع سابق، ص 96.

² الهيثم عمر سليم، مرجع سابق، ص 194.

لمركزه التعاقدى سواء كان ضعيفا أم قويا¹، غير أنّه بتفحص نصوص أخرى من نفس القانون يظهر أنّ المشرع قد ضيق هذا النطاق، سواء من حيث الأشخاص، أو من حيث الموضوع.

ويهدف معرفة نطاق تطبيق الشروط التعسفية، كان لزاما علينا النظر من جهة في نطاقه من حيث الأشخاص (أولا)، ومن جهة ثانية في نطاقه من حيث الموضوع (ثانيا).

أولا- نطاق التطبيق الشخصي:

يقصد بنطاق التطبيق الشخصي الأشخاص الذين تفرض عليهم الشروط التعسفية وهم الجديرون بالحماية منها، ولكن قبل تحديد هؤلاء، كان جديرا بنا أن نبيّن الطرف الذي يفرض هذه الشروط التعسفية، والذي يتمثل عموما في الطرف القوي في العقد الذي عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 29 من القانون رقم 04-02 بمصطلح "البائع"، لكن ما يؤخذ على هذا المصطلح أنّه يقصي مقدم الخدمات من فرض الشروط التعسفية، وهذا غير مبرر باعتبار أنّ مقدم الخدمات أيضا قد يتجسّد في الطرف القوي في العقد ما يعني إمكانية فرضه للشروط التعسفية على الطرف الضعيف في العقد.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ السياق العام للقانون رقم 04-02 عبر عن البائع ومقدم الخدمات معا بمصطلح العون الاقتصادي، الذي يشمل كلّ منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيّا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسّس من أجلها². وبالتالي فإنّ المقصود بمفهوم البائع الذي ركزت عليه المادة 29 هنا هو العون الاقتصادي الذي يتسع ليشمل البائع وكذا مقدم الخدمات.

كذلك نجد أنّ المشرع الجزائري قد أقصى المشتري من مجال فرض الشروط التعسفية، غير أنّ المشتري قد يكون عون اقتصادي (موزع مثلا)، ويكون هو الطرف القوي في العقد، خاصة بعد ظهور مراكز الشراء القوية في السوق، ما يعني إمكانية فرض هذه الأخيرة شروط تعسفية على البائع المنتج المتعاقد معها، والذي يكون في وضعية ضعف.

¹ عنصري بوزار شهناز، مرجع سابق، ص 10.

² المادة 3 فقرة 1 من قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

أما بالنسبة للشخص المشمول بالحماية من الشروط التعسفية¹ الذي يتجسّد في الطرف الضعيف في العقد والذي تفرض عليه هذه الشروط، فقد عبرت عنه المادة 29 بمصطلح "المستهلك"، وهذا ما أدى للاعتقاد بأنّ للشروط التعسفية مظهرا واحدا في ميدان الممارسات التجارية، وهو التعسف بإدراج شروط تعسفية في عقود الاستهلاك فقط، فأضحى من المسلّم به اعتبار المستهلك طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية، والشخص الوحيد الذي يكون عرضة للشروط التعسفية في إطار الممارسات التجارية، والطرف الذي يجب إحاطته بالحماية والرعاية، غير أنّ الواقع لا يثبت ذلك، ففي الحقيقة فإنّ التركيز على هذه الفئة من المتعاقدين أدّى إلى تناسي وإهمال فئة أخرى غير المستهلك تكون عرضة للشروط التعسفية في مجال الممارسات التجارية، والتي تتمثل في فئة الأعوان الاقتصاديين² سواء كانوا من المنتجين أو من الموزعين، فبروز هذه الفئة كطرف ضعيف في العلاقة مع عون آخر قوي اقتصاديا يجعلها عرضة للشروط التعسفية.

وبما أنّ القانون رقم 04-02 جاء لينظم الممارسات التجارية بشكل مجمل، فهذا يعني أنّه ينظم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وعلاقة هؤلاء بالمستهلكين طبقا للمادة الأولى منه، وهذا ما يجب أن يكون متناسقا مع نص المادة 29 من هذا القانون التي يجب أن تتناول الحماية من الشروط التعسفية سواء تلك الواردة في إطار عقود الاستهلاك من جهة، أو تلك الصادرة في إطار العقود التي تبرم بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم من جهة أخرى.

¹ لقد تباينت التشريعات الحديثة في تحديدها للأشخاص الذين يستفيدون من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية. فبعد الإطلاع على نصوص بعض التشريعات الحديثة يمكننا أن نسجل وجود اتجاهين بارزين؛ أولهما يمثل التوجه الألماني ودائرته واسعة، وثانيهما يمثل التوجه الآتيني ودائرته ضيقة، ويتزعم الاتجاه الموسع القانون الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد، الذي يقرر حماية كلّ من كان طرفا في عقد الإذعان مستهلكا كان أو محترفا، لأنّه لم يكن في مقدوره مناقشة شروط العقد بصورة حرة، وفي نفس الاتجاه يسير القانون المدني لمقاطعة الكيباك في مادته 1437. وعلى ذلك فوفق هذا الاتجاه لا تقتصر الحماية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين، بل تشمل أيضا العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم.

أما الاتجاه الضيق فقد أخذت به التعلية الأوروبية لسنة 1993، التي تقتصر الحماية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين فقط، وفي نفس الاتجاه سار المشرع الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995.

بنّاسي شوقي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، مرجع سابق، ص 154.

² عنصري بوزار شهنّاز، مرجع سابق، ص 8.

أما عن الشروط الواردة في العقود المبرمة بين الأفراد فيما بينهم فلا ينطبق عليها وصف الشروط التعسفية¹.

وعلى ذلك فيقتصر نطاق التطبيق الشخصي للشروط التعسفية على المستهلكين من جهة، والأعوان الاقتصاديين من جهة أخرى.

1_ الشروط التعسفية في مواجهة المستهلكين:

تنص المادة 29 فقرة 1 من القانون رقم 04-02 على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع..."، ومن خلال هذا النص نلمس حماية واضحة للمستهلك من الشروط التعسفية، حيث أنّ المشرع الجزائري قصر هذه الحماية على العقود المبرمة بين المستهلك والعون الاقتصادي، واستبعد العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، وهو نفس الموقف الذي اتجه إليه المشرع الفرنسي، الذي يشترط لاعتبار الشرط تعسفيا في مفهوم المادة 1-132 L. من قانون الاستهلاك أن يظهر في عقد مبرم نهائيا بين المهني والمستهلك أو غير المهني، وبالنتيجة من ذلك يخرج من نطاق الحماية من الشروط التعسفية كلّ العقود المبرمة بين عوبيين أو تاجرين². وهذا التوجه الفرنسي جاء موافقا للتعليلة الأوروبية التي تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين التي حصرت تطبيق الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فقط.

¹ NOBLOT Cyril, op. cit., p. 41.

HUYGENS Audrey, op. cit., p. 138.

² MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, op. cit., p. 20.

وفي هذا الصدد، صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1996/10/07، والذي لفت نظر القضاء، حيث أنّ مؤسسة «Chrompost» لم تقم بتقديم الطرد للمرسل عن طريقها في الوقت المناسب، وقد أدرجت هذه الأخيرة في عقودها النموذجية شرطا محددا للمسؤولية، وبما أنّ الزبون كان عون اقتصادي لم يكن له نفس الاختصاص، فإنّ محكمة النقض لم تعتبر هذا الشرط تعسفيا، وإنّما اعتبرت شرطا محددا للمسؤولية.

HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, «Clauses abusives», *Revue Juris-Classeur (concurrence, consommation)*, 1995, p. 328.

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، رفضت بموجبه هذه الأخيرة إفادة تاجر من الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية، بمناسبة إبرامه لعقد توريد الكهرباء، وفي قرار آخر لنفس الغرفة رفضت إفادة زجاج Verrier من أحكام الشروط التعسفية بمناسبة إبرامه لعقد توريد الماء، وفي قرار آخر تعلق الأمر بمجموعة زراعية بمناسبة شراءها لأجهزة سقي.

سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 102.

ويظهر أنّ سبب التمييز بين العقود التجارية الاقتصادية وعقود الاستهلاك هو توفير الحماية للمستهلك، حيث يحتاج هذا الأخير لمثل هذه الحماية أكثر من العون الاقتصادي، لأنّ التفاوض في العقود التجارية يعطي المجال لطرفي العقد بالحفاظ على مصالحهم وتصور المخاطر وتجنبها، وبالتالي فلا عبء بإبطال الشروط المعفية من المسؤولية مثلاً طالما كانت واضحة وتحتمل معنى واحد ارتضاه الأطراف. ففي المسائل التجارية عموماً وطالما أطراف العقد يفترض أنّهم في مستوى متساو من القوة التفاوضية وعندما تكون مخاطر العقد مغطاة، فهنا يجب ترك الأطراف أحراراً في تقدير المخاطر، ويتوج في هذه الحالة احترام قراراتهم¹، أمّا في إطار المعاملات الاستهلاكية فتظهر أنّ العلاقة بين المستهلك والعون الاقتصادي غير متوازنة لما لهذا الأخير من قوة اقتصادية تسيطر على العملية الاستهلاكية بكلّ ما تتضمنها وبكلّ آثارها، هذه العملية التي يسعى الفرد من خلالها إلى إتباع حاجاته اليومية دون أن تكون له نية في تحقيق الربح ك شراء الألبسة والأغذية والاستفادة من الخدمات الفندقية² دون أيّ خبرة فنية أو تقنية، وعليه يظهر أنّ المستهلكين أكثر عرضة لمخاطر الشروط التعسفية من الأعوان الاقتصاديين.

لقد اختلفت آراء الفقهاء في تعريفهم للمستهلك؛ ففريق ضيق في تعريفه، وفريق آخر يوسع من هذا التعريف، وقد ذهب غالبيتهم إلى تضيق مفهوم المستهلك، ووفقاً لهذا الرأي فيعتبر مستهلكاً الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية، يصبح طرفاً في عقد البيع أو أداء خدمة لإشباع حاجاته الخاصة وحاجات من يعولهم من أشخاص، أي هو ذلك الشخص الذي يحصل أو يستعمل أموالاً أو خدمات لغرض غير مهني، وعلى هذا الأساس لا يعتبر مستهلكاً من يتعاقد لأغراض مهنته، كما لا تنطبق صفة المستهلك على من يقتني منتجاً أو خدمة لغرض مزدوج، كأن يشتري وكيل عقاري سيارة يستعملها في تنقلاته الخاصة مع عائلته إلى جانب استعمالها في جولاته المهنية³، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المفهوم الضيق للمستهلك، حيث يستشف ذلك من عبارة "مجردة من كلّ طابع مهني" التي نصت عليها المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 04-02 بصددها تعريفها للمستهلك كما يلي: "مستهلك: كل

¹ نسرين سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص 102.

² كالم حبيبية، حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005، ص 3.

³ علي أحمد صالح، "مفهوم المستهلك والمهني في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 1، جامعة الجزائر، مارس 2011، ص 185.

شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني¹.

أما الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك، فيعرفه بأنه كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك أي بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، فيعتبر مستهلكا من يقتني سيارة لاستعماله الشخصي، ومن يقتنيها لاستعماله المهني، مادام أن السيارة تستهلك في الحالتين عن طريق الاستعمال².

ووفقا لهذا الاتجاه الذي يوسع من مفهوم المستهلك، يعتبر مستهلكا العون الاقتصادي أو المهني الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه المهني ولكن لأغراض مهنته، وذلك على أساس أنه يظهر في الواقع ضعيفا مثله مثل المستهلك العادي، ومثال ذلك التاجر الذي يشتري الأثاث اللازمة لمباشرة نشاطه، فيجد نفسه في مواجهة بائع محترف في تلك الأثاث التي يشتريها منه، وبالتالي إمكانية تعرضه للشروط التعسفية. وقد أسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم في فرنسا على نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، والتي أصبحت فيما بعد المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك الفرنسي التي حددت مجال تطبيق الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين المهنيين والمستهلكين أو غير المهنيين³، واعتبروا مصطلح "غير المهني" غير مرادف لمصطلح المستهلك العادي بمفهومه الضيق وغير مرادف لمصطلح العون الاقتصادي، بل هو كل شخص معنوي مهني يتعامل لأغراض مهنية في غير تخصصه المهني في مواجهة عون مهني آخر⁴. وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي الفرنسي بأنه كل شخص معنوي يبرم عقد دون أن يكون لهذا العقد علاقة مباشرة مع تخصصه المهني⁵، وفي اجتهاد آخر أكد القضاء الفرنسي بأن العلاقة أو الرابطة المباشرة تتحقق عندما يكون العون الاقتصادي قد أبرم عقد في مجال تخصصه المهني⁶، وهنا لا يعتبر مستهلكا بمفهومه الواسع أو غير مهني بتعبير المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، بل هو مهني بآتم معنى الكلمة.

¹ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

² السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 8.

³ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 41.

⁴ MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, op. cit., p. 21.

⁵ «Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation: mouvement des entreprises de France», guide pratique a destination des entreprises et des organisations professionnelles, Paris, mars 2010, p. 8. www.medef.fr.

⁶ GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 168.

وعلى مسار الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك سارت محكمة النقض الفرنسية عام 1987، حيث أفادت وكيلا عقاريا _ قام بشراء جهاز للإنذار لحماية محلاته _ من قواعد الحماية بوصفه مستهلكا أو غير مهني، مؤهلا لنقض الشروط التعسفية الواردة في العقد، وبالتالي يجوز استفادته من أحكام القانون الصادر في 10 جانفي 1978، ومنها اعتبار الشرط _ الذي ينص على عدم حقه في التعويض أو فسخ العقد _ من قبيل الشروط التعسفية.

ويهدف أنصار هذا الاتجاه إلى امتداد الحماية القانونية المقررة للمستهلك إلى العون الاقتصادي الذي يقوم بإبرام التصرفات التي تخدم مهنته خارج نطاق تخصصه، وذلك ما يؤدي إلى استفادة أكبر عدد ممكن من الأشخاص المتعاقدين من القواعد الحماية¹ من الشروط التعسفية، فكان على المشرع الجزائري إذن تكريس هذا الاتجاه الواسع الذي مهّد له من خلال مصطلح "الشخص المعنوي" الذي تبناه في تعريفه للمستهلك بموجب المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 04-02 السالفة الذكر، لأنّ مصطلح الشخص المعنوي لا يشمل إلاّ العون الاقتصادي، كذلك فإنّ الشخص المعنوي لا يتصور أن تكون تصرفاته مجردة من كلّ طابع مهني أي لإشباع حاجاته الخاصة، فرغم أنّه قد يتعاقد خارج اختصاصه المهني، إلاّ أنّ ذلك لا يخرجّه عن تلبية أغراض مهنته، من هنا كان جديرا بالمشرع الجزائري أن يزيل هذا التناقض الذي وقع فيه؛ فمن جهة عرف المستهلك كشخص معنوي، ومن جهة أخرى اعتبر أنّ تصرفاته مجردة من كلّ طابع مهني، وذلك بأن يأخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك على أكمل وجه تماشيا مع المشرع الفرنسي الذي عرف المستهلك بمفهومه الضيق كشخص طبيعي، كما عرف المستهلك بمفهومه الواسع (غير المهني) كشخص معنوي.

2_ الشروط التعسفية في مواجهة المهنيين:

لقد انصبت أغلب التشريعات المتخصصة في مجال الحماية من الشروط التعسفية أساسا على حماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة بينهم وبين الأعوان الاقتصاديين، وهذه التشريعات تعطي الانطباع بأنّ العون الاقتصادي المتعاقد مع المستهلك يعتبر شخصا محتالا أو على الأقل شخصا مأكرا عديم الذمة، وفي المقابل يبدو أنّ المستهلك وكأنّه نصف معنوي أو عديم الأهلية؛ حيث أنّه غير قادر على مقاومة الحثّ والإغراء على التعاقد، ومن ثمّ قامت هذه التشريعات بإحاطته بكثير من وسائل الوقاية والحماية.

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 42.

لكن المنطق يقتضي أن يتدخل المشرع ليمنع بوجه عام القوي ماليا واقتصاديا وعلميا وفنيا من سحق الضعيف أيّا كانت الطائفة التي ينتمي إليها هذا الأخير، سواءً كان من طائفة المستهلكين أو من طائفة الأعوان الاقتصاديين. وهذا بذاته يكشف عن وجه قصور التشريعات التي ميزت طائفة المستهلكين في هذا الخصوص، والتي كان يمكن أن تكون أفضل من ذلك لو أنّها تهدف إلى الوقاية من تعسف الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف الذي لا يتمثل فقط في المستهلك، فقد يكون عون اقتصادي أيضا¹.

فقد كان من أثر الإنتاج والتوزيع للسلع والتركيز الصناعي والرأسمالي ظهور عدم المساواة بين الأعوان الاقتصاديين نتيجة التفوق الكبير لصالح البعض منهم في العلاقات العقدية، وبالتالي يكون الطرف الآخر في وضعية ضعف، وذلك حتّى مع عدم وجود الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة، لكن هذا الضعف والنقص يكون واضحا بشكل خاص في العلاقات بين المنتجين والموزعين²، خاصة عندما يتمتع الطرف القوي بوضعية الهيمنة على السوق، وبالتالي إمكانية التعسف في ذلك فيفرض شروط تعسفية على المورّع أو الممّون الذي يكون طرفا ضعيفا في العقد، أو عندما يكون هذا الأخير في وضعية تبعية اقتصادية، وبالتالي تعسف الطرف المتبوع القوي في استغلال التبعية الاقتصادية بفرض الشروط التعسفية على الطرف الضعيف التابع. إذن فلا مجال للتمييز بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين، فإذا كان الغالب أنّ الشروط التعسفية تفرض على المستهلكين، إلّا أنّها من الممكن أن تفرض كذلك على الأعوان الاقتصاديين أنفسهم حينما يبرمون عقودا لتلبية متطلباتهم المهنية، كأن يبرم تاجر التجزئة عقد توريد مع تاجر الجملة دون أن يسمح له الأخير بالتفاوض في شروطه، لذلك فمن العدل أن يستفيد العون الاقتصادي من هذه الحماية التشريعية عندما يكون طرفا ضعيفا في العقد³، فلا معنى لحرمان الأعوان الاقتصاديين من حماية القانون ضد الشروط التعسفية في مثل هذه الأحوال، وأكبر دليل على ذلك هو المعيار المعتمد لتحديد فكرة الشرط التعسفي المتمثل في وجود اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فالقاضي يمكن له التدخل بخصوص أيّ شرط تعسفي يخلّ بالتوازن

¹ أميرة حسن الراجعي، مرجع سابق، ص 415، 416.

² سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 106.

³ رجب كريم عبد الإله، التقاضي على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص 192.

العقدي¹، وهو ما سار عليه بداية الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي تبنى حماية واسعة ضد مخاطر الشروط التعسفية، حيث شملت الحماية أيضا الشروط التعسفية في مواجهة الأعوان الاقتصاديين، وذلك بمناسبة القضية التي طرحت بين مؤسسة SA Abonnement téléphonique ضد مؤسسة Pigranel في 28 أبريل 1984². فالشرط التعسفي بلا ريب قد يتضمنه العقد المبرم بين المستهلك والعون الاقتصادي، وقد يتضمنه العقد الذي يبرم بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم.

فعدم المساواة وعدم العدالة التعاقدية التي تعتبر مصدر للشروط التعسفية هي وحدها التي يجب أن تؤخذ كمعيار لتطبيق الحماية من الشروط التعسفية، وليس الصفة المجردة للمستهلك أو للعون الاقتصادي، لأن فكرة الشرط التعسفي مستقلة عن صفة المتعاقد المفروض عليه هذا الشرط، هذا الأخير الذي يجد مصدره بالأساس في الاختلال الكبير في التوازن³.

إذن فينبغي على التشريعات الحديثة والمتخصصة في مجال الحماية من الشروط التعسفية أن توسع نطاق هذه الحماية من حيث الأشخاص لتشمل المستهلكين والأعوان الاقتصاديين على حد سواء⁴، بما فيها التشريع الجزائري الذي يبدو أنه قصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين فقط، وذلك من خلال المادة 29 من القانون رقم 04-02، لكن بالعودة إلى نص المادة 30 من نفس القانون من خلال عبارة "...منع العمل في مختلف أنواع العقود..."، يمكن القول أن المشرع لم يقصر هذه الحماية على عقود الاستهلاك، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشروط التعسفية في جميع أنواع العقود سواء كانت مبرمة بين أعوان اقتصاديين فيما بينهم، أو بين هؤلاء والمستهلكين. كما أن نص المادة 3 فقرة 5

¹ Loi française n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation: impact sur les services publics d'eau et d'assainissement et sur les relations avec leurs usagers, Novembre 2014. www.fnccr.asso.fr.

² HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit des affaires, op. cit., p. 148.

³ أحمد يحيوي سليمة، مرجع سابق، ص 56.

⁴ وهو ما سارت عليه بعض التشريعات الخاصة التي لم تقصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين فقط، كالقانون الألماني الذي ذهب بموجب قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد إلى عدم قصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين، وامتدادها إلى كل طرف في العقد الذي لم يتسنى له مناقشة شروط العقد بشكل حر، ويستوي أن يكون مستهلكا أم لا. ونفس الشيء بالنسبة للقانون الإنجليزي لسنة 1977.

بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، مرجع سابق، ص 87، 88.

وهو ما سار عليه أيضا القانون التجاري الفرنسي، حيث فرضت المادة 6-442 منه عقابا على بعض الشروط التعسفية التي تدرج في إطار العقود المبرمة بين المهنيين.

HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit des affaires, op. cit., p. 148.

التي عرفت الشرط التعسفي. اكتفت إلى الإشارة إلى أطراف العقد دون اقتصار الحماية على المستهلكين. إلا أن امتداد الحماية من الشروط التعسفية إلى فئة الأعوان الاقتصاديين في التشريع الجزائري الخاص بالحماية من الشروط التعسفية تبقى مجرد افتراضات وتفسيرات نأمل تحققها.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن القواعد العامة التقليدية قد تضمنت في نصوص متفرقة وغير متجانسة عدة وسائل وقواعد لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية سواء كان عونا اقتصاديا أو مستهلكا، وذلك عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه، وبالتالي فإن القواعد العامة مدت الحماية من هذه الشروط إلى أي طرف متعاقد يكون قد تضرر بسبب قيام الطرف الآخر بإدراج شرط من الشروط التعسفية المغايرة للقانون في العقد المبرم بينهما¹، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني، وكذا المشرع الفرنسي مؤخرا في المادة 1171 من القانون المدني المعدلة².

لكن إذا كانت القواعد العامة للقانون المدني قد وسعت نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، حيث شملت أي شرط يتم فرضه على أحد أطراف العقد سواء كان مستهلكا أو مهنيا، إلا أنها من جهة أخرى قصرت نطاق التطبيق الموضوعي للشروط التعسفية على عقود الإذعان فقط، ما يجعلها قواعد غير كافية وغير فعالة للحماية من الشروط التعسفية.

ثانيا - نطاق التطبيق الموضوعي:

يتحدّد النطاق الموضوعي لتطبيق الشروط التعسفية بالعقود التي ترد فيها هذه الشروط، وقد نص المشرع الجزائري على موضوع العقد بوضوح في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية من خلال تعريفه للعقد في المادة 3 فقرة 4 بنصه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث

¹ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 31، 107.

² Article 1171 du code civil modifié par l'ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO n° 0035 du 11 février 2016. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

تغيير حقيقي فيه...¹، وهو نفس النص الوارد في المادة الأولى فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 02-306-06.²

من خلال هذين النصين، يبدو واضحاً أنّ المشرع الجزائري اشترط أن يتعلق موضوع العقد إما بعقود بيع السلع أو بعقود تأدية الخدمات، لكن بالعودة إلى المادة 29 من قانون رقم 02-04 نجد أنّ المشرع الجزائري قد حصر موضوع العقد لتحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية على عقود البيع فقط دون عقود أداء الخدمات، في حين أنّ الطرف الضعيف قد يتعرض لتعسف الطرف القوي في هذا المجال أيضاً، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي عمّم تطبيق نص المادة 132 من قانون الاستهلاك على كلّ عقود الاستهلاك مهما كان شكلها سواء كانت وثائق الطلبات أو فواتير، سندات الضمان، جداول أو وصلات التسليم أو التذاكر.³

هذا من ناحية شكل العقد، أمّا من ناحية الطبيعة القانونية للعقد، فيتحدّد نطاق تطبيق الشروط التعسفية في التشريع الجزائري من خلال المادتين الثالثة فقرة 5 من القانون رقم 02-04 والمادة الأولى فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 02-306-06 السالفتي الذكر واللذان عرفتا العقد، ومن خلالهما يفهم أنّ العقود المعنية بالشروط التعسفية هي وحدها عقود الإذعان، ممّا يعني أنّ هذه العقود مقصودة في المقام الأول، إلّا أنّه لا يجب الاعتقاد أنّ حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية يمكن أن تختزل فقط في عقود الإذعان، لأنّ التنظيم القانوني لا ينحصر فيها فقط، حيث أنّ كلّ ما يجب الاهتمام به هو الطرف الضعيف، حتّى ولو ترجم ذلك في عقد مساومة.⁴

لذلك فينبغي مدّ الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة كذلك.

¹ قانون رقم 02-04 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

² مرسوم تنفيذي رقم 02-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56، الصادر في 18 شعبان عام 1427 الموافق ل 11 سبتمبر سنة 2006.

³ BAZEX Michel, op. cit., p. 34.

«Eviter les clauses abusives dans les contrat de consommation: mouvement des entreprises de France», op. cit., p. 9.

MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, op. cit., p. 21.

⁴ أميرة حسن الراجعي، مرجع سابق، ص 416، 417.

1_ عقود الإذعان:

نشأت عقود الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية للمستهلك، حيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملي إرادتها وشروطها المعدّة مسبقاً على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكو مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر والاستسلام لشروطه.

ويزداد ظهور عقود الإذعان عندما يكون هناك تبعية اقتصادية، إذ تصبح هناك سيطرة تامة من طرف الموجب القوي على التابع (المتعاقد الضعيف)، وتصبح تبعية اقتصادية مؤثرة على العقد الذي يتم بينهما، لذلك يقول كورني: «Les moyens conaminatoires que la partie dominante met en réserve entrent dans l'économie du contrat d'adhésion, au même titre que le couteau sous la table fait partie du jeu»¹

ويرى الفقه أنّ عقود الإذعان هي تلك العقود التي تبرم بين طرفين، أحدهما هو الطرف الأقوى في العقد من الناحية الاقتصادية القانونية؛ لأنه يتحكّم في سلعة ضرورية يحتاج إليها الطرف الثاني، لذلك فهو يفرض عليه شروطاً تعاقدية بعضها تعسفي تحقق مصلحة الطرف القوي على حساب مصلحة الطرف الضعيف، ولا يقبل المناقشة فيها، فإما أن يقبلها الطرف الضعيف (المذعن) كلّها أو أن يرفضها كلّها². وهناك من يرى بأنّها العقود التي يفرض بموجبها الطرف القوي - بصفة غير صحيحة أو بصفة تعسفية - إرادته على الطرف الآخر الذي هو في وضعية ضعف، وهذا الأخير له اختيار واحد؛ فهو إما أن يذعن للعقد أو يرفض التعاقد³. ولم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، فقد عرفه "سالي" بأنّه محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدّد، بل على مجموعة غير محدّدة، وتفرضها مسبقاً ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد. أمّا الأستاذ الدكتور "السنهوري" فلم يتطرّق إلّا للقبول في عقود الإذعان، فيقول أنّ القبول قد يكون مجرد إذعان لما يملّيه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من

¹ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 9، 89.

² أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 15.

³ GUILLEMARD Sylvette, op. cit., p. 375.

الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنّه مفروض عليه، ومن ثمّ سمّيت هذه العقود بعقود الإذعان¹.

إنّ هذه العقود التي تتّصف بهذه الطريقة في الانعقاد عقودا لا تحمل في طياتها مخاطر في هضم حقوق الأطراف المذعنة المنظمة إلى هذا المحتوى التعاقدى المعدّ مسبقا، ومن ثمّ فعقود الإذعان ليست خطيرة في حدّ ذاتها، بل إنّ الخطر يكمن في استعمال هذا الوضع كأسلوب أو طريق لفرض مضمون تعاقدى تعسفي مستغلا صفة العقد في تحقيق مصالح ذاتية وأنانية²، فمجرّد توقّر عقد الإذعان كعقد صحيح لا يترتب عليه احتوائه على شروط تعسفية، وذلك رغم أنّ الواقع يؤكّد وجود ارتباط وثيق بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان، حيث أنّ هذه الأخيرة تمثّل التربة الخصبة لنموّ الأولى، أي أنّها بيئة صالحة تساعد على استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف، فمن الطبيعي أنّ عقود الإذعان والشروط التعسفية يجمعهما علاقة سببية، فوجود عقد الإذعان يعتبر بمثابة السبب أو المقدمة المنطقية التي يترتب عليها وجود شروط مجحفة كنتيجة لهذا السبب أو المقدمة، لكن ليس معنى ذلك أنّ علاقة السببية التي تجمع عقود الإذعان بالشروط التعسفية تعمل بشكل تلقائي، فالذي ينشئ هذه الرابطة هو استغلال الطرف القوي لنفوذه وإجباره للطرف الضعيف على قبول شروط مجحفة، فهذا الارتباط يتوقّف على شرط واقف هو تعسف الطرف القوي في استعمال سلطاته لتحقيق مكاسب ومصالح على حساب الطرف الآخر³.

وأصبحت عقود الإذعان بما تتضمنه من شروط تعسفية تزداد رويدا رويدا، وأصبح العمل بها يمتدّ لكافة مجالات الحياة ولا يقتصر فقط على عقود الاستهلاك⁴، ورغم أنّ أغلب مظاهر عقود الإذعان تترجم

¹ وما تجدر الإشارة إليه أنّ الفقيه الفرنسي "سالي" أطلق عليها تسمية عقود الانضمام لأنّ من يقبل العقد إنّما ينظم إليه دون مناقشة، غير أنّ الدكتور السنهوري أطلق عليه عقد الإذعان، وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الأستاذ "سالي"، لأنّ الإذعان يدلّ على معنى الاضطرار في القبول، بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة.

لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 23، 25-27.

وقد جرى الفقه المصري على تسمية عقود الإذعان بعقود التسليم، والقانون اللبناني يسمّيها عقود الموافقة، لأنّ القابل يوافق على العقد دون مناقشة.

بوكماش محمد، مرجع سابق، ص 148.

² نساخ فاطمة، مرجع سابق، ص 75.

³ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 35، 36.

⁴ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 16.

في العلاقات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين متمثلة في العقود النموذجية¹، إلا أن عقود الإذعان تشمل صور أخرى من العقود كعقود العمل في الصناعات الكبيرة، وعقود النقل مع مصلحة السكك الحديدية، وشركات السيارات العامة، وشركات البواخر وشركات الطيران، وعقود الاشتراك في المياه والغاز والتليفون، والتعاقد مع مصلحة البريد والتلغراف²، وعقود التأمين³، وعقود بيع العقار على التصاميم، وقد اعتبر التشريع الفرنسي مثلاً إعفاء المتعامل العقاري من التضامن بصدد الضمان العشري شرطاً تعسفياً⁴، هذا بالإضافة إلى عقود التجارة الإلكترونية⁵.

ولعلّ هذا الامتداد لعقود الإذعان إلى معظم صور العقود سببه هو التوسع الملحوظ في مفهوم عقود الإذعان بهدف زيادة قدرتها على استيعاب الشروط التعسفية، وإعادة التوازن بين أطراف العقد، فعقود الإذعان لم تعد تلك التي تقوم على الاحتكار الفعلي أو القانوني لسلعة أو خدمة معينة، بل امتدّ مفهوم هذه العقود ليشمل العقود التي تعد من قبل أحد المتعاقدين سلفاً، ودون أن يملك الطرف الآخر مناقشتها. وبمعنى آخر يعتبر من عقود الإذعان كلّ عقد يحظر فيه على الطرف الضعيف المفاوضة عند إبرام العقد، وبالتالي فحظر المفاوضة هو الذي يضيف على العقد وصف الإذعان⁶ ما يجعله عرضة للكثير من الشروط التعسفية.

¹ HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit des affaires, op. cit., p. 147.

² السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 28.

³ نويري سعاد، مرجع سابق، ص 50، 51.

⁴ محمدي سليمان، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010، ص 67.

⁵ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 33.

عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 45.

موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 273.

أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 149. زرداوي عبد العزيز، "الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، جامعة باجي مختار، عنابة، جوان 2014، ص 263.

⁶ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 37، 38.

غير أنه إذا كان عدم التفاوض حول شروط العقد خاصية مميزة لعقود الإذعان، إلا أنه ليس خاصية لتمييز فكرة الشروط التعسفية¹، ما يعني إمكانية تحقق الشروط التعسفية في العقود التي تتم عن طريق التفاوض أو ما يسمّى بعقود المساومة.

فعلى الرغم من أن عقود الإذعان تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد، إلا أن هذه العلاقات ليست كلّها عقود إذعان، ما يجعل هذه الأخيرة غير كافية وحدها لخدمة قضية الحماية من الشروط التعسفية². لذا فيكون من اللازم حماية المتعاقدين الذين يكونون في حالة ضعف كيفما كان شكل العقد، لأنّ الحماية الناجمة تقتضي إبطال الشروط التعسفية من العقود ولو كانت محل مفاوضات بين طرفي العقد إذا تبين أنها تتضمن اختلالاً ظاهراً في الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد.

2_ عقود المساومة:

إنّ الشروط التعسفية يتصور وجودها في عقود غير عقود الإذعان، وهذا يعني أنّ هذه الأخيرة أضيق من أن تتسع لتشمل علاقات أخرى التي قد تحتوي على شروط تعسفية بالرغم من غياب وصف الإذعان لوجود مناقشة بين طرفي العقد، وهذا ما يتحقق في إطار ما يسمّى بعقود المساومة، وبالتالي ففكرة الإذعان لا تقدم حلاً كاملاً لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، حيث تقصر الحماية على غياب المفاوضة والمناقشة لبنود العقد فقط، غير أنّ الواقع العملي يؤكد أنّ الطرف الأقوى اقتصادياً في العقد يمتلك من الوسائل ما يمكنه من فرض إرادته وشروطه في العقد، بالرغم من توقّر ووجود مناقشة لبنود العقد مع الطرف الضعيف، وهذا يدل على عدم كفاية عدم المفاوضة _ التي لم تمنع سيطرة الطرف الأقوى على الطرف الضعيف _ كوسيلة للحماية من الشروط التعسفية، بل أنّ الطرف الضعيف يحتاج لحماية كاملة في كلّ حالة يتوقّر فيها شرطاً من الشروط التعسفية التي قد يحويها العقد الذي تم مناقشة بنوده (عقد المساومة)³، ويقصد بعقد المساومة ذلك العقد الذي يشترك فيه كلّ من الطرفين في وضع شروط التعاقد، بحيث يستطيع كلّ من طرفيه مناقشة شروطه إلى أن يتفقا على ما يرتضيه⁴.

¹ PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op. cit., p. 119.

² عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 38.

³ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 76-78.

⁴ عنصري بوزار شهناز، مرجع سابق، ص 46.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أنّ المشرع قد قصر الحماية من الشروط التعسفية على العقود التي تتسم بطابع الإذعان¹، فكان الأجدر بالمشرع ألا يحصر تطبيق نصوص القانون رقم 04-02 على عقود الإذعان فقط، لأنّ هذا من شأنه تضيق نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية، وكان ينبغي عليه مد هذه الحماية إلى عقود المساومة أيضا. وبذلك يكون المشرع قد ساير التوجيه الأوروبي لسنة 1993 الذي لا ينطبق إلا على شروط العقد التي لم تكن محل للمفاوضات الفردية على نحو ما هو قائم في عقود الإذعان، إلا أنّ المشرع الفرنسي قد حاول أن يحقق حماية أفضل وذلك في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 والتي أصبحت فيما بعد المادة 1/132 من قانون الاستهلاك، والتي أبرزت أنّ منع الشروط التعسفية لا يتعلق فقط بنوع معين من الشروط الواردة في عقود معينة، بل أنّ استبعاد هذه الشروط التعسفية يتعلق بكافة أنواع العقود كيفما كان شكلها (عقود إذعان أو مساومة). إذن وعلى خلاف المشرع الجزائري، يدخل في مجال تطبيق قانون الاستهلاك الفرنسي ليس فقط عقود الإذعان، بل حتّى العقود الرضائية إذا تضمّنت شروطا تعسفية، ويا ليت المشرع الجزائري سار نحو ما سار عليه المشرع الفرنسي من أجل توفير حماية أكثر فعالية للطرف الضعيف، وحتّى لا تقلت العقود الرضائية المتضمّنة شروطا تعسفية من مجال تطبيق القانون رقم 04-02².

وإذا كان القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قد تناول فكرة الشروط التعسفية التي يظهر من خلالها عنصر التعسف بصفة صريحة، فإنّ هذا القانون قد تناول أيضا فكرة التعسف بصفة ضمنية بصدد معظم الممارسات التجارية التي منعها، وهو ما يقتضي دراسة هذه الممارسات التجارية التعسفية.

¹ وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع المصري وأيده القضاء المصري كذلك، حيث تمّ اقتصار الحماية على عقود الإذعان فقط، ففي الدعوى الأصلية التي رفعت من مستأجر الأرض الزراعية للمطالبة باستبعاد الشرط الذي فرضه المؤجر والذي يقضي بعدم مسؤوليته عما يصيب المحصول من هلاك أو تلف بسبب القوة القاهرة، وادّعى المستأجر أنّ هذا الشرط يعتبر من الشروط التعسفية بما يتيح للمحكمة استبعاد هذا الشرط، فإنّ محكمة النقض قد أيدت حكم محكمة الاستئناف الصادر بصحة الاتفاق على إعفاء المؤجر من المسؤولية لأنّ عقد الإيجار ليس من عقود الإذعان، وقضت بأنّ شرط إعفاء التاجر من المسؤولية عن هلاك أو تلف المحصول بسبب القوة القاهرة يعدّ اتفاقا صحيحا لأنّه جائز قانونا ولا يخالف النظام العام.

الهيثم عمر سليم، مرجع سابق، ص 226.

² أحمد يحيى ولي سليمة، مرجع سابق، ص 58، 59.

المطلب الثاني

فكرة الممارسات التجارية التعسفية

لقد سبق القول أنه إذا كان قانون المنافسة يهدف أساسا للحفاظ على حسن سير السوق، فإنّ القانون رقم 02-04 يساهم بدوره في تحقيق هذا الهدف، وذلك من خلال تحديده للمبادئ التي تقوم عليها العلاقات التعاقدية التجارية سواءً تلك التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، أو التي تتم بين العون الاقتصادي والمستهلك، وبالتالي فهو يحافظ على نزاهة الممارسات التجارية والتي من شأنها أن توفر الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية سواءً كان عون اقتصادي أو مستهلك.

فنظرا للمركز الأقوى الذي يتحلّى به الطرف القوي بالنسبة للطرف الضعيف، فقد يعمد إلى استعمال هذه القوة بشكل تعسفي في علاقاته مع هذا الأخير خاصة في عقود البيع وأداء الخدمات.

وباستقراء أحكام القانون رقم 02-04 نجده ينطوي على منع عدة ممارسات تجارية تعسفية، ولو أنّ المشرع لم ينص على الطابع التعسفي لهذه الممارسات. وأغلب هذه الممارسات مطابقة تماما لتلك التي نص عليها المشرع في المادة 2/11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بصدد تعدادها لصور فكرة التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية، وهذا حسب رأينا لا يعد تكرارا باعتبار أنّ فكرة الممارسات التجارية التعسفية الواردة في القانون رقم 02-04 مختلفة تماما عن فكرة التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية الواردة في الأمر رقم 03-03 مادام أنّه يكون لكلّ فكرة منهما مجال تطبيقها من حيث الأطراف، ولكلّ منهما سلطة مختصة بزجرها، كما أنّ القانون رقم 02-04 لا يشترط تحقق حالة التبعية الاقتصادية ولا يشترط أن يتمّ الإخلال بالمنافسة في السوق لمعاقبة هذه الممارسات التجارية.

وعلى ذلك نتساءل عن ماهية فكرة التعسف التي تشوب الممارسات التجارية الواردة في القانون رقم 02-04؟ وحتىّ نتضح معالم هذه الفكرة ينبغي دراسة كلّ ممارسة من هذه الممارسات التعسفية على حدا، وبذلك يمكن معرفة أوجه التعسف التي تعترّوها.

وعموما يمكن إجمال هذه الممارسات في الممارسات التعسفية المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات (الفرع الأول)، والممارسات التعسفية المتعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي (الفرع الثاني).

ونظرا لأهمية الأسعار في استقرار السوق بل في استقرار المجتمع ككلّ، تدخّل المشرع لمنع ممارسة تعسفية أخرى تتعلق بالأسعار، ورغم اعتبار هذه الأخيرة ممارسة غير شرعية كسابقاتها، إلّا أنّ

المشرع خصص لها فصلا مستقلا عنها تحت عنوان ممارسة أسعار غير شرعية، ونحن بدورنا ارتأينا إلى دراستها في فرع مستقل هو (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الممارسات التعسفية المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات

تتمثل الممارسات التعسفية المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات والتي نص عليها المشرع تحت عنوان "الممارسات التجارية غير الشرعية" في: رفض البيع أو أداء الخدمة (أولا)، البيع أو أداء الخدمة بمكافأة (ثانيا)، البيع أو أداء الخدمة المشروط (ثالثا)، وأخيرا ممارسة إعادة البيع بالخسارة (رابعا).

أولا- رفض البيع أو أداء الخدمة:

لقد نصت على منع هذه الممارسة الفقرة الثانية من المادة 15 من القانون رقم 04-02 التي جاء فيها: "يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة"¹.

ويعتبر رفض البيع أو تأدية الخدمة ممارسة تعسفية لأنها مطابقة للتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر رقم 03-03، مما قد يؤدي إلى الإبهام والخلط بين الممارستين، لكن يمكن الفصل بينهما باعتبار أن المادة 11 من قانون المنافسة تشترط

¹ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نص على منع رفض البيع أو تأدية الخدمة لأول مرة منذ صدور القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار الملغى، وذلك بموجب المادة 27 منه، ليعيد تنظيم الممارسة بعد ذلك بموجب الأمر رقم 95-06 الملغى وذلك سواء في المادة 58 منه كممارسة تجارية غير نزيهة، أو في المادة 7 كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية. وتجدر الملاحظة أنه بمقارنة نص المادتين 58 من الأمر رقم 95-06 والمادة 15 من القانون رقم 04-02 محل الدراسة، نجد أن المشرع حذف عبارة "وطلبها المستهلك" المنصوص عليها في المادة 58، ما يعني أن رفض البيع المقصود من المادة 15 من القانون رقم 04-02 يشمل المنع الموجه للمستهلكين وكذا المنع الموجه للأعوان الاقتصاديين. وهو ما يؤكد أن القانون رقم 04-02 جاء مكملا للنقص الذي يعتري القوانين الاقتصادية السابقة له. أما المشرع الفرنسي فقد اقتصر منع رفض البيع أو تأدية الخدمة على المستهلكين فقط وذلك في المادة 1/122 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي نصت على ما يلي:

«Il interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime».

NICOLAS-VULLIERME Laurence, op. cit., p. 275.

لاعتبار رفض البيع بدون مبرر شرعي ممارسة تعسفية إثبات أولاً أنّ العون الاقتصادي في وضعية تبعية اقتصادية، كما أنّها تتمّ دائماً في مواجهة عون اقتصادي، في حين أنّ ممارسة رفض البيع المنصوص عليها في المادة 15 السالفة الذكر لا تشترط إثبات وضعية التبعية الاقتصادية لعون اقتصادي تجاه آخر، كما أنّها قد تتم في مواجهة العون الاقتصادي أو في مواجهة المستهلك.

كما قد يشكل رفض البيع تعسفاً في وضعية الهيمنة على السوق إذا صدر عن عون اقتصادي متمتع بوضعية الهيمنة على السوق، وكان العون الاقتصادي يستهدف الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها أو يقصد منه تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني وذلك وفقاً للمادة 7 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003. كما نصت المادة 3/8 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 على رفض البيع الصادر عن عون اقتصادي مهيمن كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة¹.

غير أنّ ممارسة رفض البيع أو أداء الخدمة المنصوص عليها في المادة 15 من القانون رقم 02-04 لا يشترط لمنعها إثبات وجود وضعية الهيمنة الاقتصادية أو تحقق حالة التبعية الاقتصادية، بل تعتبر ممارسة تعسفية فقط إذا لم تكن مبررة بأسباب شرعية، حيث يرجع سبب رفض البيع أو تقديم الخدمة في القانون رقم 02-04 إلى كون هذه الممارسة تعسفية لأنها تقلص في الواقع من المنافسة على مستوى التوزيع إضافة إلى كونها تضر بالمصالح الاقتصادية للمستهلكين، لأنّ العون الاقتصادي قد يرفض بيع سلعة إلى المستهلكين سواءً لأنهم ليسوا زبائنه المعتادين أو لأنهم يشترون كمية ضئيلة جداً².

ولاستيعاب ماهية هذه الممارسة التعسفية أكثر، وتمييزها عن غيرها من الممارسات التعسفية الأخرى الشبيهة لها، يقتضي ذلك تعريفها وذكر شروط منعها.

1_ تعريف رفض البيع أو أداء الخدمة:

رفض البيع أو تأدية الخدمة هو عمل سلبي يصدر من العون الاقتصادي، ويتضمن إنكار وجود السلعة لديه، ويدخل في مفهوم الرفض عدّة مسائل، إذ ليس كلّ رفض تلقائي يعدّ رفضاً يمنعه القانون، ولا يمكن أن يكون هناك رفض إذا لم يكن هناك طلب ثابت وحقيقي، كما أنّ الرفض يعبر عن

¹ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 61، 62.

² بوعولي نصيرة، مرجع سابق، ص 56، 57.

خطأ من البائع، والذي بموجبه يظهر سوء نيته وضعف المشتري، كما يجب أن يكون الطلب الموجه من المشتري من ضمن الطلبات الرئيسية، وأنّ طلبه هذا يعد عاديا في إطار المعاملات المعتادة لهذا العون الاقتصادي مع باقي الزبائن، فطلب الشراء يعد غير عادي لمجرد أنّ المشتري لا يستوفي على الشروط المقررة في محلات البيع، ويعد الرفض ممنوعا حتى ولو كان جزئيا¹.

كما أنّ محكمة النقض المصرية عرفت الامتناع عن البيع بأنّه: إنكار وجود السلعة أو رفض بيعها أو إخفائها وحبسها عن التداول، وبذلك تكون قد توسعت في نطاق الحظر مقارنة بالمشروع الجزائري، حيث أنّ المنع لا يقتصر على السلع المعروضة للبيع بل يمتد إلى السلع التي يحوزها البائع حتّى وإن كانت مخفية عن الجمهور².

2_ شروط منع رفض البيع أو أداء الخدمة:

لقد أناط كلا من التشريع والفقهاء لمنع رفض البيع أو أداء الخدمة بشروط عديدة لعل أهمها ما يلي:

_ أن يكون الطلب عاديا، ويكون الطلب المقدم للبائع أو لمقدم الخدمة طلبا عاديا، عندما لا يتجاوز هذا الطلب مقدرة البائع أو مؤدي الخدمة، إذ يستطيع تلبيته، وبالتالي فالطلب غير العادي للسلعة أو الخدمة يكون مبررا مشروعا لرفض البيع، ومن أمثلة الطلبات غير العادية، أن يرد الطلب على مقدار مبالغ فيه من المنتجات، إذ يترتب على تلبيتها نفاذ السلعة لدى البائع.

_ أن يكون الطالب حسن النية، فإذا ثبت حسن نية الطالب أو المشتري، فلا يمكن للبائع أن يرفض البيع، فلكي يبرر رفضه للبيع وبالتالي يكون مشروعا، يتعين عليه أن يثبت سوء نية المشتري.

ويعتبر من سوء نية المشتري رفض احترام الأسعار المفروضة، وأي عمل يسعى من خلاله إلى الحصول على منتج بهدف إقامة مقارنة بينه وبين منتج آخر، وأن يطلب الشراء سعيا منه لاستعمال هذا

¹ كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011، ص 23.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 106.

المنتج بطريقة تؤدي إلى إلحاق الضرر بالبائع¹. كذلك يعتبر الطالب سيء النية، إذا أخل بالتزاماته السابقة التي تربطه بالبائع، كعدم الوفاء بالثمن في شراء سابق أو سوء تنفيذ عقد توزيع سابق².

_ أن يكون هناك رفض، فلكي يتحقق رفض البيع أو أداء الخدمة بدون مبرر شرعي في مفهوم المادة 15، لا بدّ أن يكون هناك رفض فعلي للبيع أو أداء الخدمة، وليس مجرد التهديد بالرفض أو التأخير في تسليم السلعة أو تقديم الخدمة، ومن أمثلة رفض البيع، أن يتم تسليم السلعة من غير العلامة، في حين أنّه في الأحوال العادية يتم تسليم السلعة ذات علامة، أو أن يتم تسليم المنتج ولكنه يحمل تغليفا مختلفا³.

_ أن تكون السلعة معروضة للبيع أو أن تكون الخدمة متوفرة، إذ لا يمكن تكييف الممارسة رفضا إذا لم يكن البائع قد عرض سلعة للبيع أو لم يكن بإمكانه توفير الخدمة المطلوبة من طرف الزبون، وما يلاحظ هنا أنّ المشرع الجزائري قد اشترط عرض السلعة للبيع، بمعنى أنّه إذا كان البائع حائزا للسلعة دون عرضها، فلا يعتبر أنّه قد رفض البيع، على خلاف المشرع المصري مثلا الذي يقيم فعل الرفض بمجرد توافر الحياة المادية للسلعة، وبالتالي يعتبر رفضا إنكار البائع وجود السلعة في محله، في حين أنّه يحوز منها كميات تفوق بكثير ما كان يطلب منه بيعه⁴.

وقد أسست الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون رقم 04-02 قرينة قانونية لصالح جمهور المشتريين مفادها أنّ عرض السلعة على نظر الجمهور قرينة على عرضها للبيع، فالمشرع قد استدل على واقعة مجهولة هي قصد البيع من ثبوت واقعة بديلة معلومة، وهي عرض السلعة على نظر الجمهور، ومن هنا تتجلى أهمية اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، كونها أسست لقرينة قانونية لصالح المشتري (المدعي) بإعفائه من عبئ إثبات قصد التعاقد (البيع) لدى العون الاقتصادي مادام المشرع يفترض عزم هذا الأخير على البيع لمجرد عرضه للسلعة على نظر الجمهور، ومن ثمّ لا يمكنه رفض التعاقد بداعي أنّ السلعة غير معروضة للبيع، وبذلك فإنّ المشرع قد سدّ بهذه القرينة باب التحايل على الأعوان الاقتصاديين.

¹ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 71.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 152.

³ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 71.

⁴ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 27.

والمحصلة أنّ السلعة مادامت معروضة للبيع، فيمتنع على العارض رفض بيعها ولو كان سبب الرفض هو نفاذها، ولا يتحلل العارض من هذا الحظر إلا باتفاق عرض السلعة للبيع، وفي المقابل إذا لم تكن السلعة معروضة للبيع، فمن حق البائع رفض بيعها ولو كانت السلعة متوفرة فعلا لديه.

وتجدر الملاحظة إلى أنّ الفقرة الثانية من المادة 15 ركزت على السلع دون الخدمات، وعليه فإنّ ضرورة الالتزام بالنص تقضي أنّ هذه القرينة تخص السلع فقط، بمعنى أنّ الخدمات المعروضة على نظر الجمهور لا تعتبر بالضرورة معروضة للأداء¹، بل قد اعتد المشرع في هذه الحالة بتوفر الخدمة كأساس لاعتبار مقدم الخدمة رافضا لتأديتها، ويترتب على ذلك أنّ استمرار عرض الخدمة على الجمهور لا يحول دون عدم تأديتها إذا لم تكن متوفرة. ولا شك أنّ ذلك يتماشى مع طبيعة عرض الخدمات كونها عروضاً تتضمن تحفّزاً ضمناً مفاده أنّ الاستجابة إلى الطلبات تكون في حدود الإمكانيات المتوفرة لدى مقدم هذه الخدمات².

_ انعدام المبرر الشرعي، حيث يشترط أخيراً لاعتبار فعل الامتناع عن البيع أو تأدية الخدمة رفضاً أن يكون ذلك لمبرر غير شرعي، ومثال ذلك أن يتعلل البائع أو عارض الخدمة بأنه كان يقصد من وراء الامتناع تنظيم عمله، والموازنة بين حاجات الناس، كما يعتبر مبرراً غير مشروع وجود حساسيات أو ضغائن شخصية، تمييز ديني أو عرقي بين الناس.

ومن جهة أخرى قد يعتبر الرفض راجعاً إلى مبرر شرعي، وذلك إذا تمكّن صاحبه من تأكيد أنّه يحقق منفعة اقتصادية بالنسبة إليه، ودون أن يمنح لأعوان اقتصاديين آخرين إمكانية نفي المنافسة³.

غير أنّ رفض البيع أو أداء الخدمة الذي يشكل ممارسة سلبية في السوق، لا يعني أنّ الممارسات الإيجابية التي يظهر فيها عنصر التعسف معفية من المنع، بل أن مشرع القانون رقم 04-02 قد نص على منع عدة ممارسات تجارية تعسفية أخرى التي تعتبر ممارسات إيجابية، ويظهر ذلك من خلال فعل البيع أو أداء الخدمة، ومن بينها نكد البيع أو أداء الخدمة بمكافأة.

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 101، 102، 106.

² إبراهيم هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة -1، 2013، ص 86.

³ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 25، 26.

ثانياً_ البيع أو أداء الخدمة بمكافأة:

نصت على منع هذه الممارسة التعسفية المادة 16 من القانون رقم 04-02 كما يلي: "يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع وكذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلاً أو آجلاً مشروطاً بمكافأة مجانية، من سلع أو خدمات..."¹.

إنّ بيع السلعة أو تقديم الخدمة مقروناً بمكافأة يعتبر عملية خادعة بالنسبة للمشتري عن طريق جلب انتباهه بهذه المكافأة إلى المنتج أو الخدمة المقدمة ممّا يضر بمصلحته، حيث يقدم على شراء المنتج فقط بسبب الإغراء المقدم من طرف البائع²، وبالتالي التأثير على قرار الشراء.

والحكمة في منع هذه الممارسة تبدو ظاهرياً أنّ الهدية سلمت بدون مقابل للمشتري، إلّا أنّه في حقيقة الأمر ثمن الهدية أدرج ضمن الثمن الذي قيّم به المبيع³، وهذا توجه تعسفي خطير كونه يعرقل منافع المنافسة، فضلاً عن أنّ القدرة على ممارسة هذا النوع من البيع يقتصر على فئة معينة من الأعوان الاقتصاديين وهم الذين يتمتعون بمراكز اقتصادية قوية، أمّا الصغار منهم فلا طاقة لهم بذلك، ممّا يجعل البيع بالمكافأة وسيلة للقضاء عليهم، فالعون الاقتصادي القوي عادة ما يعتمد مثل هذه الأساليب التعسفية

¹ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

والمشرع الجزائري جرم هذا النوع من الممارسات لأول مرة خلال الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة في المادة 59 منه، ومن هذه المادة يبدو أنّ حظر البيع بالمكافأة مقصوراً فقط على عقود البيع المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، ليبقى البيع بالمكافأة مشروعاً إذا تمّ بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، لذا فقد تدارك المشرع الجزائري هذا النقص في المادة 16 من القانون رقم 04-02 التي لم تحدد الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية، وبالتالي تفسير النص تفسيراً واسعاً ليشمل حظر البيع بالمكافأة سواءً في مواجهة المستهلك أو في مواجهة العون الاقتصادي. غير أنّ المشرع الفرنسي قد اشترط لحظر البيع بالمكافأة أن يتمّ في مواجهة المستهلك وذلك في المادة 35/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

NICOLAS-VULLIERME Laurence, op. cit., p. 274.

غير أنّ المادة 2-1-312 L من قانون النقد والمال الفرنسي، منع ممارسة البيع أو أداء الخدمة بمكافأة التي قد تمارسها البنوك في مواجهة الزبائن، دون اشتراط أن يكونوا من المستهلكين، وبالتالي فقد يكونوا من المستهلكين أو من الأعوان الاقتصاديين.

GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 171.

² كيموش نوال، مرجع سابق، ص 28.

³ جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 69.

لدفع منافسيه الضعفاء_الذين لا يقوون على مثل هذه الممارسات_ إلى الخروج من المنافسة ليتسنى له بعد ذلك التفرد بالسوق، ومن ثم التحكم في الأسعار حسب رغباته¹.

ولتوضيح فكرة التعسف التي تشوب البيع أو أداء الخدمة بمكافأة، يقتضي ذلك التطرق إلى تعريفها وتحديد شروط منعها.

1_ تعريف البيع أو أداء الخدمة بمكافأة:

يعد البيع بمكافأة ممارسة يمنح بموجبها البائع (العون الاقتصادي) لكل زبون يقتني منتوجا من محلاته هدية مجانية، وهذه الأخيرة هي التي تميز هذه الممارسة عن عملية البيع العادية.

وهذا الأسلوب التجاري من شأنه أن يجعل الزبائن _سواء كانوا أعوان اقتصاديين أو مستهلكين_ يتهافتون على شراء منتجات هذا العون الاقتصادي دون سواها، حيث تشكّل الهدايا المرافقة لعملية الشراء بالنسبة لهم فائدة، لأنهم سيحصلون على منتجات دون مقابل مما يسمح لهم بتوفير مبالغ مالية كانوا سيفقدونها لو أنهم تعاقدوا مع عون اقتصادي آخر.

وفي واقع الأمر أنّ البيع بالمكافأة يبقى محافظا على طابعه المحظور حتّى ولو كان عقد البيع ذو طابع مدني وليس تجاري. كما يطبق الحظر المقرر للبيع بالمكافأة مهما كان مستوى النشاط التجاري لمقدم الهدية سواء كان منتج، تاجر الجملة أو تاجر التجزئة، مادام أنّ المكافأة ستمنح للطرف المتعاقد مع العون الاقتصادي مباشرة².

2_ شروط منع البيع أو أداء الخدمة بمكافأة:

يتوقف منع ممارسة البيع أو أداء الخدمة بالمكافأة على توفر جملة من الشروط يتمّ استخلاصها من نص المادة 16 من القانون رقم 04-02، ويتخلف أحد هذه الشروط يكون البيع أو أداء الخدمة بالمكافأة ممارسة مشروعة وليست ممنوعة، وتتمثل هذه الشروط في:

_ وجود عقد بين العون الاقتصادي والزبون، حيث يعتبر هذا العقد أساس منع البيع أو أداء الخدمة بالمكافأة، بالرغم من أنّ المشرع حظر أيضا مجرد عرض البيع أو تقديم خدمة مرفق بمكافأة مجانية

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 112.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 53، 54.

للزبون، ويرجع ذلك إلى أنَّ الهدف الأساسي من وراء هذا العرض هو الوصول إلى إنشاء علاقة تعاقدية تامة.

وعليه يكون تسليم المكافأة مرتبطاً بالعقد وجوداً وعدماً، بمعنى أنَّه حتى يتحصل الزبون على مكافأة لا بد أولاً أن يقتني منتوجاً أو تقدم له خدمة من قبل العون الاقتصادي¹، أمّا إذا تمّ تسليم المكافأة للزبون بدون أي التزام من جانبه بالشراء أي دون أن يرتبط بعقد بيع أو عقد تقديم خدمات، فإنّ المكافأة تعتبر مشروعة، لذلك لا شيء يمنع العون الاقتصادي من تقديم أشياء أو خدمات بالمجان إلى الزبائن، طالما لم تكن هذه الأشياء أو تلك الخدمات المجانية مرتبطة بعقد بيع أو عقد تقديم خدمات أبرم بين الطرفين².

ويجب أن تكون المكافأة الممنوحة من العون الاقتصادي إلى الزبون مباشرة في إطار العلاقة التعاقدية، لذا فإذا كان المستفيد من المكافأة هو شخص وسيط بين العون الاقتصادي والزبون، فإنه في هذه الحالة لا يمكن تطبيق أحكام المادة 16 السالفة الذكر، بمعنى أنَّه يبقى مشروعاً منح مكافأة مجانية للذي لا يكون له علاقة بعملية الشراء، ومن ثمّ فإذا انعدمت العلاقة التعاقدية بين العون الاقتصادي والزبون أصبح البيع بالمكافأة ممارسة قانونية.

_ عدم تجانس المكافأة مع السلعة أو الخدمة موضوع العقد، فحتّى يتمّ إدانة العون الاقتصادي بسبب ارتكابه لجريمة البيع بالمكافأة، فإنّ الأمر يتطلب في هذه الحالة إجراء مقارنة بين المنتج أو الخدمة محل التعاقد من جهة، والمنتج أو الخدمة المقدم كمكافأة من جهة أخرى، حتى إذا ما أسفرت نتيجة المقارنة على عدم تطابق المنتجين، ثبت بذلك وجود خرق قانوني، ومثال ذلك أن يسلم العون الاقتصادي زجاجة عطر لكلّ من يشتري قميصاً³، أو كأن يشتري الزبون مادة غذائية ويحصل على شريط فيديو مجاناً، والسبب في هذا الشرط أنّ الاختلاف في طبيعة البضائع هو الذي يغري الزبون أكثر من التماثل بينها⁴.

¹ المرجع نفسه، ص 56.

² كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 94، 95.

³ علل سميحة، مرجع سابق، ص 55، 56.

⁴ كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 95.

_ مجانية المكافأة، ويقصد بهذا الشرط أن تكون المكافأة المسلمة من قبل البائع أو مقدم الخدمة بدون مقابل، بحيث لا يدفع الزبون سوى ثمن المنتج أو الخدمة الأساسية موضوع العقد، ليحصل على الهدية المرجوة من وراء هذا التعاقد، وبالتالي فإذا كانت هذه الهدية أو المكافأة بمقابل مالي، فهذا سيؤدي إلى انتفاء الحظر القانوني، ويصبح هذا البيع بيعا عاديا مشروعاً¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المكافأة المجانية تغري الزبون، فتدفعه إلى اقتناء أشياء رديئة الجودة أو مرتفعة السعر، ففي سبيل الحصول مجانا على مكافأة ما يقوم الزبون باقتناء بضائع أو خدمات، وبذلك تكون البيوع بالمكافأة ممنوعة، ولو تمّ منح الزبون سلعا أو منتجات على أساس أنّ سعرها ممتاز وله فيه غنم كبير².

_ زمن منح المكافأة، لم يأخذ المشرع الجزائري عند منعه للبيع أو أداء الخدمة بالمكافأة بعين الاعتبار الزمن الذي تمنح فيه هذه الأخيرة، حيث يستوي تسليمها للزبون عاجلا أو آجلا، بمعنى أنّه سواء سلمت الهدية في ذات الوقت الذي يقتني فيه الزبون المنتج أو تقدّم له الخدمة الرئيسية، أم أجل تسليمها لوقت آخر، كما لو كان مثلا البيع بالمكافأة محدد المدة، وأنّ الهدية لا تسلم للزبائن الذين تربطهم بالعون الاقتصادي علاقة تعاقدية إلا بعد انقضاء هذه المدة.

ومنه فإذا اجتمعت هذه الشروط الأربعة، طبق على البيع أو أداء الخدمة بمكافأة الحظر المقرر بموجب المادة 16 من القانون رقم 04-02³.

غير أنّ منع البيع أو أداء الخدمة المشروط لم يقتصر نطاقه على المكافأة فقط، بل أنّ المشرع قد منع أيضا البيع أو أداء الخدمة المشروط بشروط أخرى.

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 56.

² كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 95.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 57.

ثالثاً_ البيع أو أداء الخدمة المشروط:

لقد نصت على منع البيع أو أداء الخدمة المشروط الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون رقم 02-04 كما يلي: "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة"¹.

وعلة حظر هذا النوع من الممارسات ترجع لكون البيع أو أداء الخدمة المشروط يتخذ وسيلة غير نزيهة لترقية المبيعات، فالبائع خصوصاً إذا كان محتكراً لسلعة أو خدمة يفرض من خلال مركزه الاقتصادي القوي على المشتري الضعيف شراء قدر من السلع تفوق حاجته أو شراء سلع أو خدمات لا حاجة له فيها أساساً أو لا تلبى كلّ حاجاته، فيصير هذا الأسلوب في البيع بمثابة ضغط وإخضاع لإرادة المشتري من خلال استغلال رغبته وحاجاته الملحة التي لا مناص له من تلبيتها، فيتحتّم عليه بذلك أن يدفع مبلغاً يفوق المنفعة الحقيقية التي يربحها من هذا الشراء²، وعلى ذلك تمّ اعتبار هذه الممارسة تعسفية.

ورغم اختلاف التسمية بين البيع أو أداء الخدمة المشروط _محل الدراسة_ والبيع المتلازم الذي أورده المادة 11 فقرة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة كصورة من صور التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، إلّا أنّهما تتشابهان إلى حد بعيد وتجسّدان فكرة التعسف، غير أنّ البيع أو أداء الخدمة المشروط لا يشترط تحقق حالة التبعية الاقتصادية مثلما هو الحال بالنسبة لممارسة البيع المتلازم.

¹ قانون رقم 02-04 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد منع البيع المشروط لأول مرة بموجب المادة 27 فقرة 3 و4 من قانون الأسعار لسنة 1989 الملغى، وذلك كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة على السوق، ثم بعد ذلك بموجب المادة 60 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى كذلك، لكن هذه المرة كممارسة تجارية غير نزيهة. لكن بقراءة نص هذه المادة الأخيرة نلاحظ أنّ المشرع قد منع البيع المشروط الذي يشترطه العون الاقتصادي على المستهلك، غير أنّ المادة 17 من القانون رقم 02-04 لم تحدد الطرف الثاني لمنع هذه الممارسة، ما يعني أنّه قد يكون عون اقتصادي أو مستهلك. في حين أنّ المشرع الفرنسي لمّا منع البيع المشروط أو المترابط في قانون الاستهلاك قيده في إطار العقود التي تبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك. لكن المادة 2-1-312.L من القانون الفرنسي المتعلق بالنقد والمال منعت مثل هذه الممارسة التي قد يمارسها البنك مع أي زبون، سواء كان عون اقتصادي أو مستهلك.

GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 171.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 117.

كما أنّ النّظرة التقليدية للبيع أو أداء الخدمة المشروط تكيف هذه الأخيرة على أنّها ممارسة مقيدة للمنافسة، ويقوم بها العون الاقتصادي الذي يتمتع بوضعية الهيمنة على السوق¹، والذي قد يتعسف في استغلال هذه الوضعية، فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على مثل هذه الممارسة كصورة تعسفية لوضعية الهيمنة الاقتصادية.

ورغم كلّ هذا تعد ممارسة البيع أو أداء الخدمة المشروط _محل الدراسة_ ممارسة تعسفية مستقلة عن فكرة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية وعن فكرة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وهذا ما يتضح جليا من خلال تعريفها وتحديد شروط منعها.

1_ تعريف البيع أو أداء الخدمة المشروط:

حسب المادة 17 فقرة أولى من القانون رقم 04-02، يعني البيع المشروط أنّ البائع يشترط على المشتري اقتناء كمية محدودة ويرفض البيع خارج هذه الكمية، أو يشترط عليه شراء سلعة أخرى أو خدمة أخرى إلى جانب السلعة أو الخدمة المعنية²، حيث يهدف الأعوان الاقتصاديين من وراء هذا الفعل إلى تخلصهم من السلع الكاسدة والتي لم ينجحوا في توزيعها، وذلك ببيعها متلازمة مع سلع أخرى أكثر رواجاً، وبالتالي وجود اقتران أو ارتباط بين شيئين، أي أنّه إلى جانب العقد الأصلي الذي عوّل عليه المشتري هناك عقد خفي ألزمه به العون الاقتصادي³.

وعلى العموم يمكن تعريف البيع المشروط بأنّه ذلك الأسلوب التجاري الذي يلجأ إليه العون الاقتصادي المموّن والذي يكون في مركز قوة من أجل إلزام الغير على قبول شروطه التعسفية، والمتمثلة في بيع أحد المنتجات مرافقا لمنتج آخر والذي يكون من نوع مخالف، بحيث يكون الغير في غالب الأحيان ليس بحاجة إليه⁴.

¹ ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, Politique de la concurrence, C.A.E, Paris, 2006, p. 263.

² تعولت كريم، "حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك من الممارسات التجارية في القانون الجزائري"، أيام دراسية حول التعديلات المستحدثة في المنظومة القانونية الوطنية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 15-16-17 نوفمبر 2005، ص 6.

³ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 71.

⁴ BIHL Luc, Vente commerciales (droit commercial, répertoire de droit commercial 29 années), tome 7, Dalloz, Paris, 2001, p. 13.

2_ شروط منع البيع أو أداء الخدمة المشروط:

حتى نكون أمام بيع أو أداء خدمة مشروط طبقا لنص المادة 17 لا بدّ من توافر شروط معينة تتمثل في:

_ فرض شروط خاصة من قبل البائع أو مؤدي الخدمة على الزبون، وتتجلى هذه الشروط في: اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة، أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات، أو اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة.

_ يجب أن يتمّ بيع المنتج الأصلي والذي هو أساس العلاقة التعاقدية والمنتج الآخر الإضافي سواء سلع أو خدمات في نفس الوقت دون أن يكون فاصل زمني بينهما.

_ يجب أن يكون المنتج محلّ التعاقد من طبيعة مختلفة عن المنتج الملازم له، أي يتمّ البيع بين منتوجين مختلفين بعقد واحد يكون فيه الزبون مكرها على اقتناء منتج ليس بحاجة إليه¹.

والى جانب هذه الممارسات التعسفية المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات التي منعها المشرع الجزائري في القانون رقم 04-02، نجد كذلك ممارسة إعادة البيع بالخسارة.

رابعاً_ إعادة البيع بالخسارة:

لقد نصت المادة 19 فقرة أولى من القانون رقم 04-02 على منع إعادة البيع بالخسارة أو بسعر أدنى من سعر التكلفة كما يلي: "يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي..."².

¹ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 71.

² قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ هذا الحظر لا يعدّ جديداً على مشرعنا، حيث سبق أن جرم الممارسة في المادة 10 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة بوصفها إحدى الممارسات المناهضة للمنافسة، لكن بإلغاء هذا الأمر وصدر الأمر رقم 03-03 تمّ استبعاد هذه الممارسة من مجال الحظر، ممّا ترتب عليه وجود فراغ قانوني استغله الأعوان الاقتصاديين لتحقيق مآربهم، غير أنّ هذه الوضعية لم تدم إلا سنة واحدة، وتدارك المشرع هذا النقص التشريعي، حيث تمّ النص من جديد على منع الممارسة بصور القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. علال سميحة، مرجع سابق، ص 72.=

والهدف من منع هذه الممارسة هو حماية صغار الموزعين ضد المنافسة العنيفة والشرسة التي يمارسها كبار الموزعين¹، فإذا كان القانون يجيز المنافسة بالأسعار المخفضة، وبالتالي يحق لكلّ عون اقتصادي أن يخفض أسعاره عن أسعار منافسيه، وذلك غير مخالف للقانون ولا لشرعية المنافسة، إلّا أنّه حماية للمنافسة وللمستهلكين ضد مخاطر الممارسات التعسفية، فقد منع القانون المنافسة بالأسعار المخفضة² ضمن بعض الشروط، فيجب في المقام الأول أن لا تكون المنافسة الحرة قد أفسدها التعسف وأدت إلى تحويل الزبائن أو إلى خداع المستهلك، وهذا هو حال البيع بعد الشراء بخسارة³.

وتعد ممارسة إعادة البيع بالخسارة ممارسة تعسفية، ولا يمارسها إلّا العون الاقتصادي القوي أو الذي يتمتع بوضعية الهيمنة على السوق، لذلك هناك من اعتبرها ممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة على السوق⁴. غير أنّه إذا كانت ممارسة إعادة البيع بالخسارة تعسفية، إلّا أنّها مستقلة عن فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.

وللتفصيل أكثر في ممارسة إعادة البيع بالخسارة يقتضي ذلك تعريفها، ثمّ تحديد مجال تطبيقها، وأخيرا تحديد عتبة أو معيار إعادة البيع بالخسارة.

1_ تعريف إعادة البيع بالخسارة:

تمّ تعريف إعادة البيع بالخسارة بأنّه نوع من الاحتكار بتخفيض ثمن السلعة، والهدف منه تدمير صغار البائعين والأعوان الاقتصاديين، فقد يتفق الأعوان الاقتصاديون المحتكرون فيما بينهم على تخفيض سعر سلعة معينة مؤقتا من أجل إغلاق المؤسسات الصغيرة المنافسة، ثمّ بعد ذلك يقوم هؤلاء

=أما المشرع الفرنسي فقد حظر إعادة البيع بالخسارة لأول مرة في قانون المالية رقم 63-628 الصادر في 2 جويلية 1963، ثم في الأمر رقم 86-1243 الصادر في 1 ديسمبر 1986، وأخيرا في المادة 2/442 من القانون التجاري الفرنسي التي نصت على ما يلي:

«Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur a son prix d'achat effectif est puni...».

AUGUET Yvan, op. cit., p. 105, 106.

¹ LEGAIS Dominique, op. cit., p. 322.

² CHEVALIER Cindy, Le prix (son influence sur la décision d'achat du consommateur et son rôle au sein de la concurrence), Mémoire de Master 2, consommation et concurrence, centre du droit de la consommation et du marché, Université Montpellier 1, 2011, p. 57.

³ ج.ريبير-ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 800.

⁴ NICOLAS-VULLIERME Laurence, op. cit., p. 277.

المحتكرون برفع السعر مرة أخرى، لأنه لا يوجد غيرهم في السوق¹، كما تمّ تعريفه بأنه كلّ فعل من التاجر في إعادة بيع المنتج على حالته بسعر أقل من سعر الشراء الحقيقي².

2_ مجال تطبيق إعادة البيع بالخسارة:

يتعلق منع إعادة البيع بالخسارة بالسلع والمنتجات المباعة بعد الشراء، ولم تتضمن المادة 19 من القانون رقم 02-04 منع عرض إعادة البيع، وعليه فإنّ مجرد العرض لا يعدّ فعلاً محظوراً في التشريع الجزائري، مادام أنّ المشرع قد أخذ بعين الاعتبار العلاقة التعاقدية التامة دون سواها، وذلك عكس التشريع الفرنسي الذي منع كلّ من إعادة البيع أو مجرد عرضه بخسارة³، وهذا ما من شأنه ضمان فعالية الحظر.

كما يتعلق منع إعادة البيع بالخسارة بالسلع أو المنتجات التي يعاد بيعها على حالتها أي لم يتناولها أيّ تحويل رغم أنّ نص المادة 19 جاء خالياً من عبارة "إعادة البيع على الحالة"، أمّا المشرع الفرنسي فقد نص صراحة على ذلك⁴.

وأخيراً يتعلق الحظر القانوني الذي جاءت به المادة 19 أساساً بالمنتجات التي يعاد بيعها، بمعنى أنّ الحظر يخصّ كلّ التجار _دون استثناء_ الذين يمارسون عملية الشراء من أجل البيع وعلى وجه الخصوص المستوردين، تجار الجملة، تجار التجزئة، لذا فإنّه يخرج من مجال الحظر نشاط الإنتاج وكذا تقديم الخدمات، كما أنّ الحظر القانوني يطبق على كلّ تعاملات الأعوان الاقتصاديين سواء تلك التي تكون بينهم وبين عون آخر، أو التي تتمّ بينهم وبين المستهلك مادام أنّ نص المادة 19 لم يحدد

¹ بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 75.

² LEGAIS Dominique, op. cit., p. 322.
NICOLAS-VULLIERME Laurence, op. cit., p. 276.

³ وهذا ما نصت عليه المادة 442-2 من القانون التجاري الفرنسي المعدّل سنة 1996، أمّا قبل هذا التعديل فقد اقتصر المشرع الفرنسي على حظر إعادة البيع بالخسارة.

ج. ريبير - ر. روللو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 801.

⁴ La revente à perte est désormais visée par l'article 442-2 code commerciale: «il est interdit de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif».
CALAIS-AULOY Jean, STEINMETZ Frank, op. cit., p. 171.

المستعمل النهائي لهذه السلعة، وبالتالي فإنّ جميع عقود إعادة البيع بالخسارة التي يبرمها الأعوان الاقتصاديّين يشملها الحظر القانوني، مهما كان الطرف المتعاقد معهم¹.

3_ عتبة أو معيار إعادة البيع بالخسارة:

يظهر أنّ المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري لاعتبار إعادة البيع بالخسارة ممارسة تعسفية محظورة هو المعيار المادي، قوامه الموازنة والمقارنة بين سعر إعادة بيع السلعة وسعر تكلفتها الحقيقي، فإذا كان سعر إعادة البيع أدنى من سعر التكلفة فتتحقق هذه الممارسة على أساس أنّها تعسفية وغير شرعية. وقد عرف المشرع سعر التكلفة الحقيقي في صلب المادة 19 فقرتها الثانية بأنّه: "يقصد بسعر التكلفة الحقيقي، سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء، أعباء النقل"²، وبالتالي فسعر التكلفة الحقيقي هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار لاحتساب الحد الأدنى لإعادة البيع بالخسارة.

لكن ما نلاحظه في هذا الصدد هو عدم دقة مصطلح "سعر التكلفة"، لأنّه يخضع لعمليات حسابية معقدة، تجعل هذه الممارسة صعبة التحديد، كما أنّ سعر التكلفة يجعل من الممارسة شبه محصورة على الأعوان الاقتصاديّين المنتجين، بينما نجدها شائعة عند بائعي التجزئة والموزعين³ أو ما يسمى بفئة التجار، أمّا نشاط الإنتاج فيخرج عن نطاق هذه الممارسة، لهذا السبب فضّل المشرع الفرنسي استعمال مصطلح "سعر الشراء" الذي يعد الأكثر وضوحاً ودقة لإجراء مقارنة بينه وبين سعر إعادة البيع، وبالتالي التعريف بممارسة إعادة البيع بالخسارة⁴.

ومن أجل إجراء هذه المقارنة، فكان لزاماً تحديد سعر الشراء الذي هو السعر المكتوب على الفاتورة يضاف إليه الحقوق والرسوم وأعباء النقل وكلّ المصاريف التي تكبدها التاجر، وهذا ما يسهل عملية إثبات الممارسة بمجرد الإطلاع على فواتير الشراء⁵.

إلا أنّه حتى سعر الشراء الحقيقي قد يصعب معرفته، خاصة إذا تحصل التاجر على تخفيضات لم

¹ علل سميحة، مرجع سابق، ص 74.

² قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

³ قابّة صورية، مرجع سابق، ص 145.

⁴ CALAIS-AULOY Jean, STEINMETZ Frank, op. cit., p. 171.

⁵ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 140.

تتضمنها الفاتورة أو لم تشر إليها، فهذا لا يعد سعر الشراء المدون بالفاتورة نفسه سعر الشراء الحقيقي¹، لكن إذا أشارت الفاتورة إلى هذه التخفيضات والتي ترتبط مباشرة بعملية البيع التي أبرمها التاجر مع العون الاقتصادي الممّون، فهذا يتم اقتطاع هذه التخفيضات من سعر الشراء المدون بالفاتورة، أما إذا لم تشر الفاتورة إلى هذه التخفيضات، فهذا تقوم قرينة قانونية على أنّ الثمن الوارد بالفاتورة هو نفسه ثمن الشراء الحقيقي، إلا أنّها قرينة بسيطة يستطيع التاجر إثبات عكسها، أي إثبات أنّه تحصل على تخفيضات بعد تحرير الفاتورة، وبالتالي نفي الجريمة المنسوبة إليه إذا كان سعر إعادة البيع لا يقل عن سعر الشراء الحقيقي بحسم التخفيضات².

وما تجدر الإشارة إليه أنّ فكرة الممارسات التجارية التعسفية لا تنحصر فقط في إطار الممارسات التعسفية المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات السابق توضيحها، بل قد منع المشرع ممارسات تعسفية أخرى تتعلق بممارسة النفوذ الاقتصادي.

الفرع الثاني

الممارسات التعسفية المتعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي

نصت على منع مثل هذه الممارسات المادة 18 من القانون رقم 04-02 كما يلي: "يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذاً على أي عون اقتصادي آخر، أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزاهة والشريفة"³.

من المعلوم أنّ الحرية التعاقدية تمنح الحق للعون الاقتصادي في إجراء معاملاته وفق شروط خاصة ومختلفة عن تلك التي يعتمد عليها منافسوه، وله حرية التفاوض على تلك الشروط كما هو معمول به في المجال التجاري، وذلك بغرض الحصول على المزايا والتسهيلات المختلفة من أجل جذب الزبائن

¹ NICOLAS-VULLIERME Laurence, op. cit., p. 278.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 75.

³ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

وقد سبق للمشرع الجزائري أن منع مثل هذه الممارسة بتسمية أخرى هي "البيع التمييزي" وذلك من خلال المادة 27 من القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار والذي تم إلغاؤه، وذلك بتكييفها كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية على السوق.

والتفوق على منافسيه، غير أنه يلاحظ أنّ هذه الحرية في حالة عدم مراقبتها، قد تشجع وتخلق عدم مساواة في المعاملة إزاء الشركاء الاقتصاديين، لأنّ المنافسة لا يمكنها أن تكون حرة ونزيهة ما لم تستند إلى تكافؤ الفرص والمساواة بين الأعوان الاقتصاديين، ونبذ التمييز والتفرقة بينهم، لذا فإنّ المشرع منع التعسف في استغلال العلاقات التعاقدية وعلاقات التبعية التجارية، واستخدام كلّ أشكال النفوذ والتأثير لفرض شروط مجحفة على الشريك التجاري، والحصول منه على مزايا مختلفة دون مقابل حقيقي¹.

وتعد ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر ممارسة شبيهة إلى حد ما مع ممارسة البيع التمييزي الواردة في نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وشبيهة مع ممارسة تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين المنصوص عليها في المادة 7 من الأمر رقم 03-03. لكن الممارسة الأولى تمّ تكيفها على أنّها ممارسة تجارية غير شرعية، والثانية تكيف على أنّها ممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، أمّا الثالثة فتكيف على أنّها ممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، ولعل ذلك هو ما يميز بين كلّ هذه الممارسات إضافة إلى اختلاف طفيف بين ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر وبين هاتين الممارستين.

ولتوضيح هذا الاختلاف، يقتضي ذلك التطرق إلى تعريف ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر (أولاً)، وكذا تحديد شروط منعها (ثانياً).

أولاً- تعريف ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر:

من خلال مراجعة القواعد المنظمة لنزاهة الممارسات التجارية، فإنّ استعمال التاجر نفوذه على أحد التجار بناءً على مركزه الاقتصادي القوي يشكل تعد على حرية التجارة والصناعة، ممّا يجعل التاجر الأخير في مركز ضعيف بسبب العلاقة غير المتجانسة التي فرضتها تلك الممارسة غير الشرعية، والتي تجعل من التاجر يخضع لتبعية من يمارس عليه نفوذه في جميع العمليات المرتبطة بالتوزيع مثلاً أو الخدمات، فكلّ بيع تمييزي يخالف حرية المنافسة، يترتب عنه عدم التكافؤ بين التجار، وبشكل صورة من

¹ كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص

صور الإساءة والتعسف، كأن يقدم العون الاقتصادي على استخدام ما لديه من سيطرة وهيمنة عن طريق¹ النفوذ الذي يفرضه على المتعامل معه والحصول منه على امتياز، وبالتالي تفضيله عن منافسيه في مجالات التوزيع أو الخدمات مما يؤدي إلى الحد من حرية الدخول إلى السوق.

فالبيع التمييزي كممارسة تجارية غير شرعية يقصد به ذلك البيع الذي يمنح بموجبه العون الاقتصادي لأحد زبائنه جملة من الامتيازات دون غيره، بمعنى أنّ بعض الزبائن وليس كلّهم سوف تطبق عليهم شروط خاصة أو سعر خاص لا يبرره مقابل حقيقي مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة².

ثانياً - شروط منع التمييز:

لكي تتحقق ممارسة النفوذ من عون اقتصادي على آخر أو ما يسمى بالبيع التمييزي، لابدّ من توافر الشروط التالية:

ـ أن تتحقق الممارسة بين أعوان اقتصاديين³، وهذا ما جاء واضحاً في نص المادة 18 السالفة الذكر، فالبيع التمييزي يكون من عون اقتصادي نحو عون اقتصادي آخر. ويقتضي تطبيق النص أن يطبق على جميع نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وهذا ما يستفاد من نص المادة 3 فقرة أولى من القانون رقم 02-04 التي عرفت العون الاقتصادي، فالتمييز في المعاملة يمكن أن يقوم به البائع والمنتج

¹ مغربي قويدر، "أساليب تفعيل الرقابة على الممارسات التجارية غير الشرعية"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جامعة جيجل، 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص 234، 235.

² بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 72.

³ ومن هذا الشرط يمكن القول أنّ هذه الممارسة التعسفية تشبه الممارسة التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية وكذا الممارسة التعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية السابق الإشارة إليهما، باعتبارهما كذلك تتحققان بين أعوان اقتصاديين، لكن ما يميز بين كلّ هذه الممارسات هو أنّ الممارسة التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية تشترط تحقق وضعية الهيمنة الاقتصادية، والممارسة التعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية تشترط بدورها تحقق وضعية التبعية الاقتصادية، أمّا بالنسبة لممارسة النفوذ الاقتصادي فقد جاء منعها مطلقاً بدون اشتراط تحقق وضعية الهيمنة أو التبعية الاقتصادية، وهو حال كلّ الممارسات التجارية التعسفية الوارد منعها في إطار القانون رقم 02-04، كما يظهر الاختلاف بين كل هذه الممارسات في أنّ ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر بالرغم من اعتبارها ممارسة تعسفية تمييزية، إلّا أنّ التمييز يتحقق عن طريق الضغط على إرادة العون الاقتصادي الممارس له من طرف العون الاقتصادي القوي.

والتاجر والموزع والصناعي ومقدم الخدمات والحرفي. غير أنّ التمييز إذا كان من فعل المشتري يثير بعض الإشكال، لأنّ المشتري ليس ملزماً بالشراء من شخص معين مثلما يخضع البائع أو العارض للسلعة أو الخدمة، حيث أنّ المشتري يمكن أن يرفض الشراء ولا يسأل عن ذلك، باستثناء حالة ما إذا اتخذ الشراء صورة اتفاق جماعي، فإنّه في هذه الحالة يمكن مساءلة أطراف الاتفاق على رفض الشراء. لكن ما يلاحظ على نص المادة 18 أنّها نصت صراحة ليس على التمييز في مجال شروط البيع فحسب، وإنّما على كفاءات الشراء التمييزية أيضاً، ما يعني أنّ التمييز الصادر من الأعوان الاقتصاديين المشتريين، لاسيما في إطار التوزيع الكبير يدخل في مجال تطبيق النص¹.

أمّا المعني بالحماية فهو العون الاقتصادي، وهذا ما يجعل المستهلك الذي يقع ضحية البيوع التمييزية دون حماية قانونية رغم إخلال هذه البيوع بقواعد المساواة بين المستهلكين².

_ وجود شراكة اقتصادية بين العون الاقتصادي القائم بالتمييز والعون الاقتصادي القوي الذي يمارس عليه نفوذه، ولا يمكن أن يتعلق الأمر بمورد ولا بموزع محتمل لا تربطه علاقة تعاقدية مع القائم بالتمييز، وهكذا لا يمكن أن يتلقّى صاحب حق الامتياز، الذي تمّ فسخ عقد امتياز الحصري، صفة شريك اقتصادي طالما لم يعد مرتبطاً تعاقدياً بمانح الامتياز.

_ يشترط أن يكون التمييز قد استفاد منه عوناً اقتصادياً بمفرده، حيث يرمي نص المادة 18 إلى حماية منافسيه ضد الممارسات التي تغير بدون مبرر القدرات التنافسية لهم، ولابدّ من إثبات ذلك. ولا يمكن معرفة ما إذا كان هناك نفوذ على عون اقتصادي أو معاملة تمييزية ضدهم، ما لم يتم مقارنة المعاملة المخصصة لهم بالمعاملة المخصصة لعون اقتصادي آخر _ يمارس نفوذ _ ويتواجد معهم في نفس الأوضاع والظروف، لأنّ تواجد الأعوان الاقتصاديين في أوضاع مختلفة قد يبرر التمييز بينهم في المعاملة³.

¹ كـتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 97، 98.

² بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 72.

³ كـتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 98، 99.

_ انعدام المقابل الحقيقي، ويقصد بالمقابل الحقيقي ذلك العامل أو السبب الذي يؤدي إلى انتفاء مسؤولية العون الاقتصادي الممارس للتمييز، فإذا استطاع هذا الأخير تبرير سبب منحه امتيازات لعون اقتصادي دون آخر، سقط على هذا البيع الحظر المنصوص عليه في المادة 18¹، ويجب أن يكون المقابل متعلقاً بعملية الشراء ذاتها، وليس بعمليات سابقة أو لاحقة، وينبغي أيضاً أن يكون متناسباً مع المنافع المعطاة أو التي تم الحصول عليها².

إضافة إلى كل هذه الممارسات التعسفية المتعلقة بممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر، وكذا الممارسات التعسفية المتعلقة بالبيع وتأدية الخدمات، والتي نص على منعها مشرع القانون رقم 04-02، فإنّ هذا الأخير قد منع ممارسات تعسفية أخرى متعلقة بالأسعار غير الشرعية، والتي يقتضي الأمر دراستها أيضاً.

الفرع الثالث

الممارسات التعسفية المتعلقة بالأسعار غير الشرعية

لقد تطرّق المشرع الجزائري لهذا النوع من الممارسات من خلال الفصل الثاني من الباب الثالث من القانون رقم 04-02 في المادتين 22 و 23 منه، حيث نصت المادة 22 التي كانت محلاً للتعديل بالمادة 4 من القانون رقم 10-06³ على ما يلي: "يجب على كل عون اقتصادي، في مفهوم هذا القانون، تطبيق هوامش الربح والأسعار المحددة أو المسقفة أو المصدق عليها طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، وقد تمّت هذه المادة بالمادة 22 مكرّر من القانون رقم 10-06 التي تتضمن وجوب إيداع تركيبة أسعار السلع والخدمات، لاسيما تلك التي كانت محل تدابير تحديد أو تسقيف هوامش الربح والأسعار. أمّا المادة 23 فقد حددت الصور التي تتجسد فيها ممارسة الأسعار غير شرعية.

من خلال نص المادتين 22 و 22 مكرّر من القانون رقم 04-02، نجد أنّ المشرع قد حدد مجال معين لتطبيق منع ممارسة الأسعار غير الشرعية (أولاً). أمّا من خلال نص المادة 23 فقد نص على منع

¹ مزغيش عبيد، التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 75.

² ج.ريبير - ر.ويلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 816، 817.

³ قانون رقم 10-06 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، يعدّل ويتمّ القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 46، الصادر في 8 رمضان عام 1431 الموافق ل 18 غشت سنة 2010.

ممارسة الأسعار غير الشرعية، وهذا يتطلب منا تعريف هذه الممارسة وتحديد شروطها (ثانياً)، وبذلك تتضح فكرة التعسف التي تشوب ممارسة الأسعار غير الشرعية.

أولاً- مجال تطبيق ممارسة الأسعار غير الشرعية:

من المعلوم أنّ قانون المنافسة نص على حرية تحديد السعر وفقاً لقانون العرض والطلب، وذلك في المادة 4 من الأمر رقم 03-03¹، فحرية الأسعار في اقتصاد السوق هي القاعدة، أمّا تحديدها فهو الاستثناء، حيث هناك بعض السلع والخدمات تكون أسعارها أو هوامش الربح محددة من قبل الأجهزة الحكومية أو تكون مسقفة أو مصدق عليها نظراً لاعتبارات كبيرة، أهمها القضاء على كلّ أشكال المضاربة التي تتسبب في الارتفاع المفرط وغير المبرر لأسعار السلع والخدمات²، كما أنّ تحديد أسعار السلع والخدمات فيه مصلحة كبيرة بالنسبة للمستهلك، إذ يحميه من تعسف البائعين الذين يعتمدون رفع الأسعار بما يضر بالمشتري تمسكاً بحقوقهم في ممارسة التجارة، وبالتالي فإنّ مبدأ التسعير الجبري وتحديد الأرباح يحد من جشع وتعسف الأعوان الاقتصاديين واستغلالهم لاحتياجات المستهلكين للسلع والمنتجات المسعرة جبرياً أو المحدد ربحها³.

لكن رغم أهمية مبدأ تحديد أسعار السلع والخدمات في الحدّ من التعسف، إلّا أنّ السوق لم يسلم من الممارسات التعسفية التي ترتكب حتى في نطاق تطبيق هذا المبدأ. ونظراً للتأثير المباشر لهذه الممارسات على المصلحة الاقتصادية للمستهلك، فقد تدخل المشرع لضمان احترام الأسعار المقننة، واعتبر الخروج عنها ممارسات لأسعار غير شرعية، خاصة وأنّها تتعلق عادة بأسعار السلع والخدمات الضرورية التي لا يمكن للمستهلك أن يستغني عنها⁴.

¹ أمّا المشرع الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ منذ 1 جانفي 1987، وظلّ محتفظاً بهذا المبدأ في القانون التجاري الفرنسي في نص المادة 2-L.410، فقرة 2 و3 منه.

CHEVALIER Cindy, op. cit., p. 48.

OUDOT Pascal, op. cit., p. 1.

² كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 108.

³ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 39.

⁴ تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 6.

وبالتالي فإنّ الأسعار المحدّدة أو المقنّنة هي المجال الذي تطبق فيه ممارسة الأسعار غير الشرعية، لذلك فلا يمكن مخالفتها بالرفع من مستواها أو الخفض منها من طرف الأعوان الاقتصاديين، لما في ذلك من ضرر بالمنافسين والمستهلكين على حدّ سواء.

وفي ذلك يجدر بنا الإشارة إلى أنّ فكرة التعسف في مجال ممارسة الأسعار غير الشرعية تتحدّد داخل نطاق الأسعار المقنّنة وخارج نطاق حرية الأسعار، وذلك على خلاف باقي الممارسات التعسفية في استعمال القوة الاقتصادية والمتعلقة بالأسعار كالبيع بأسعار مخفضة تعسفيا المنصوص عليها في المادة 12 من الأمر رقم 03-03، وممارسة إعادة البيع بالخسارة المنصوص عليها في المادة 19 من القانون رقم 02-04، وكذا ممارسة عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق التي نصت عليها المادة 7 من الأمر رقم 03-03 كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، ففي كلّ هذه الممارسات تتحدّد فكرة التعسف داخل نطاق حرية الأسعار.

وعلى ذلك نقول أنّ الأعوان الاقتصاديين يتعسفون ليس فقط في نطاق استعمال حريتهم _ كما هو معروف عن فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية _، بل أنّهم قد يتعسفون حتى خارج نطاق هذه الحرية. وهذا ما يعد نقطة مهمة للتمييز بين فكرة التعسف في استعمال الحق وفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بصفة عامة أو فكرة التعسف في مجال ممارسة الأسعار غير الشرعية بصفة خاصة، لأنّ هذه الأخيرة يمتد نطاقها للخروج عن حدود الحرية، بينما فكرة التعسف في استعمال الحق فتتحدّد داخل حدود ممارسة الحق فقط، وبالتالي فكلّ خروج عن حدود الحق يعتبر خطأ وليس تعسفا.

ثانيا _ تعريف ممارسة الأسعار غير الشرعية وتحديد شروط منعها:

يمكن تعريف هذه الممارسات بصفة عامة بأنّها تلك التي تخل بالنصوص القانونية أو التنظيمية التي تحدد أسعار السلع والخدمات، وبالتالي فكلّ عملية بيع سلعة أو أداء خدمة لا تحترم القواعد المتعلقة بنظام الأسعار المقنّنة التي استوجبها القانون، سواءً باستعمال حيل تقضي إلى الخروج عن هذه القواعد أو الخروج عنها مباشرة، فقد اعتبرها المشرع ممارسة لأسعار غير شرعية، وذلك لما يعتري هذه الممارسة من تعسف وإجحاف بحقوق المشتريين.

ويشترط لقيام هذه الممارسة بعض الشروط تتمثل في:

_ وجود نص تشريعي أو تنظيمي يحدد ويقتن أسعار بعض السلع أو الخدمات.

_ بيع السلع أو أداء الخدمات، أي لا بد من وجود علاقة تعاقدية بين البائع والمشتري، أو بين مقدم الخدمات والمستفيد منها. ويلاحظ أنّ النص لم يتطرق إلى حالة عرض أو اقتراح سعر سلعة أو خدمة بما يخالف الأسعار المقتنّة، دون إجراء البيع أو تقديم الخدمة فعلاً.

_ أن تكون هناك مخالفة للنص الذي يحدد السعر عن طريق الرفع أو الخفض منه، وقد جاء النص عاماً، ممّا يجعل المخالفة لا تقتصر على الرفع من السعر فحسب، وإنّما تشمل كذلك التخفيض منه¹.

إذن بعد أن توضّحت فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية التي لا تختلف عن فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة²، حيث أنّ كلاهما يتجسّدان في إساءة استعمال القوة الاقتصادية، تبين أنّ فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية مختلفة تماماً عن فكرة التعسف في استعمال الحق، وذلك لاختلاف نطاق تطبيق كلّ منهما، حيث أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق ينصب مجال تطبيقها على استعمال الحقوق بالخروج عن الغاية التي تقررت من أجلها هذه الحقوق، بينما فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية فينصب نطاق تطبيقها على استخدام الأوضاع الاحتكارية والمهيمنة والقوية في السوق استخداماً تعسفياً من أجل القضاء على المنافسين الآخرين والمنافسة كلّ.

وباختلاف فكرة التعسف في استعمال الحق عن فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، كان جديراً بنا توضيح وتحديد تطبيقات فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية باعتباره موضوع الدراسة.

¹ كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 108، 109.

² إلّا أنّ هناك اختلاف طفيف بينهما، حيث أنّ فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية أوسع من فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة، لأنّ هذه الأخيرة يشترط القانون لتحقيقها بعض الشروط تتمثل سواءً في تحقق وضعيّة الهيمنة الاقتصادية بالنسبة لفكرة التعسف في وضعيّة الهيمنة، وضرورة تحقق حالة التبعية الاقتصادية بالنسبة لفكرة التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية، أمّا فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية فهي مجردة من أيّ شرط، بل إنّها تتحقق بمجرد إساءة استعمال القوة الاقتصادية التي يتمتع بها العون الاقتصادي المتعسف، مهما كانت درجة هذه القوة سواءً مطلقة أو نسبية، وبدون أن يكون الطرف المضرور الضعيف خاضعاً لتبعية العون الاقتصادي القوي. كما أنّ فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية تتحقق مهما كان الطرف المضرور سواءً كان عون اقتصادي أو مستهلك، أمّا فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة، فيشترط قانون المنافسة أن يكون الطرف المضرور عون اقتصادي باعتباره قانون النظام العام الاقتصادي.

ومن ذلك يمكن القول أنّ قانون الممارسات التجارية جاء مكملًا لقانون المنافسة، وهذا ما يحقّق حماية فعالة ضد فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بصفة عامة.

الباب الثاني

تطبيقات فكرة التعسف في استعمال

القوة الاقتصادية

كأصل عام في المجال الاقتصادي ووفقا لمبدأي حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة وما يقتضيه نظام الاقتصاد الحر، فإنّ المؤسسات الاقتصادية حرة فيما تكتسبه من أوضاع قوية في السوق، بل يعد اكتساب هذه الأوضاع من متطلبات ومحفزات حرية المنافسة، كما أنّها حرة في ممارسة أعمالها ونشاطاتها التجارية والصناعية طالما كانت في إطارها المشروع، لكن الخروج عن حدود المنافسة الحرة بممارسات تعسفية من شأنها أن تخرج المنافسة عن مجراها الطبيعي وتؤدي إلى تقييدها وعرقلتها، أو الإضرار بمصالح الأطراف الضعيفة المتعاقدة مع المؤسسة القوية اقتصاديا، هو أمر محظور ومعاقب عليه، لأنّ القانون الاقتصادي عموما هو قانون ضبط سلوكيات الأعوان الاقتصاديين داخل السوق من خلال حظر الممارسات التي من شأنها عرقلة لعبة المنافسة الحرة، وينطبق هذا الأمر بالنسبة للممارسات التعسفية في استعمال القوة الاقتصادية، والتي يعتبر حظرها أسلوبا من الأساليب التي وضعها المشرع الجزائري لحماية المنافسة في السوق وكذا لحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك من أجل ضمان الحد الأدنى من التوازن بين القوى الاقتصادية في السوق ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليه، وبالتالي السير المرن والفعال لحرية المنافسة.

وتأسيسا على ذلك فإنّه ليس محظورا القوة الاقتصادية التي تكتسبها مؤسسة في سوق ما، طالما أنّ اكتساب هذه القوة ليس له تأثير سلبي على حسن سير المنافسة، بل على العكس فله تأثير إيجابي باعتبار أنّ اكتساب هذه القوة في حد ذاتها أصبحت هدف كلّ متعامل اقتصادي في السوق من خلال محاولة زيادة إنتاجه وتحسينه وتطوير الأساليب التسويقية له، وبالتالي دفع عجلة التقدم الاقتصادي إلى الأمام وتحقيق الفعالية والرفاهية الاقتصادية ككلّ، ولكن التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والمفضي إلى الإخلال وعرقلة قواعد المنافسة في السوق هو الأمر المحظور والمعاقب عليه، لذلك فقد عمل المشرع الجزائري من خلال القانون الاقتصادي الذي سنّه على حظر جملة من الممارسات التعسفية في استعمال القوة الاقتصادية نظرا لآثار السلبية المترتبة عليها، وذلك لأنّ المؤسسات القوية اقتصاديا يمكن لها أن تتحرر من الضغوطات التي تفرضها عليها عملية المنافسة وتخفف بالتالي من كثافة المنافسة السائدة في السوق.

بعد أن تعرفنا على فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي لم يتول المشرع الجزائري تعريفها، وذلك على غرار باقي التشريعات الأخرى، نتطرق في التقسيم الثاني من هذه الأطروحة إلى دراسة تطبيقات هذا السلوك التعسفي الذي أعطى المشرع أهم الصور المجسدة له، وبالتالي فإنّ فكرة

التعسف في استعمال القوة الاقتصادية قد عرفت تطبيقاً واسعاً على صعيد القوانين الاقتصادية التي نصت على حظرها، الشيء الذي يساعد على الإلمام والإحاطة أكثر بفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، بل أنّ دراسة أيّ فكرة في المجال القانوني عديمة الفعالية على أرض الواقع ما لم تستتبع تحديد تطبيقاتها، لذلك فقد تضمن القانون الاقتصادي إلى جانب حظره لفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية تطبيقات مجسدة لفكرة التعسف، وسوف نتولى دراسة هذه التطبيقات من خلال مختلف القوانين الاقتصادية التي تحظر هذه الفكرة سواءً في مجال قانون المنافسة (الفصل الأول)، الذي تضمن تطبيقات كلّ من فكرة التعسف في وضعيّة الهيمنة الاقتصادية وفكرة التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية، أو في مجال قانون الممارسات التجارية (الفصل الثاني)، الذي تضمن هو الآخر تطبيقات لفكرة الشروط التعسفية وكذا بعض التطبيقات المتعلقة بالممارسات التجارية التعسفية.

الفصل الأول

تطبيقات فكرة التعسف في مجال

قانون المنافسة

يتمّ المساس بالمنافسة في سوق سلعة أو خدمة معينة بواسطة عدة وسائل؛ لعل أهمها يتحقق عندما تكون هناك مؤسسة تتمتع بقوة اقتصادية معتبرة على مستوى هذه السوق، والتي تسمح لها بانتهاج سياسة تجارية بعيدا عن ضغوطات المنافسة ومقتضياتها، وبالتالي ارتكاب ممارسات تعسفية مستغلة بذلك وضعية القوة الاقتصادية التي تحوزها، وتعد هذه الحالة صورة من صور المساس بالمنافسة التي يسعى مشرع قانون المنافسة إلى حظرها.

وقد تم منع فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال قانون المنافسة تطبيقا لقاعدتين أساسيتين؛ تتجسد أولهما في منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة الاقتصادية، والتي تنتج عن تمتع المؤسسة بهيمنة وقوة اقتصادية مطلقة على مستوى سوق معينة، وهذا ما يمنح لها استقلالية التصرف وفقا لإرادتها المنفردة بكيفية تجعلها قادرة على فرض شروطها على منافسيها وزبائنها أو مورديها، وبالتالي التحكم في آليات السوق. أما الثانية فتتمثل في منع الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية، وهذه الحالة تتحقق نتيجة وجود هيمنة وقوة اقتصادية نسبية لمؤسسة على أخرى أو على عدد معين من المؤسسات، بحيث تكون هذه الأخيرة في وضعية تبعية اقتصادية _التي تعبر عن حالة خضوع مفروضة وليست وليدة اختيار إرادي_ إزاء المؤسسة القوية التي تستغل هذه الوضعية.

هذا ولم يعرف المشرع الجزائري ولا التشريعات الأخرى فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة، بل اكتفى المشرع فقط بإعطاء أمثلة للأفعال التعسفية التي يكون هدفها أو أثرها هو القضاء على المنافسين الحاليين أو المحتملين أو الحصول على امتيازات غير مبررة، حيث حاول قانون المنافسة الوقوف على مختلف العمليات التي تحيط بهذا السلوك التعسفي واستيعاب أغلب الممارسات التعسفية التي من شأنها تقييد المنافسة وإلحاق الضرر الأكيد بالعملية التنافسية والتأثير السلبي على سيرها الطبيعي، وبالتالي التصدي لكلّ تعسف من شأنه عرقلة حرية المنافسة والقضاء عليها. وعلى ذلك فإنّ الدراسة في مضمون هذا الفصل تتوجه بشكل أساسي إلى تحديد أهم التطبيقات والصور والأعمال والممارسات الموصوفة بالتعسف والمجسدة لكلّ من فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية وفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، والتي نص عليها قانون المنافسة بصدد حظره لهاتين الفكرتين، لذلك سنتولى دراسة تطبيقات فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية في (المبحث الأول)، ثم تطبيقات فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تطبيقات فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية

سبق وأن أشرنا بأن هيمنة وسيطرة مؤسسة على سوق سلعة أو خدمة معينة لا تعني بالضرورة أنها في مركز محظور، وبمفهوم المخالفة فإنّ الحظر يقع في حال استغلال المركز المهيمن لجني منافع ما كان بمقدور المهيمن أو المحتكر الحصول عليها لو كانت هناك منافسة مشروعة في السوق.

وعلى ذلك إذا ثبت قيام المركز المهيمن أو الاحتكاري في جانب مؤسسة أو أكثر في سوق ما، فإنّ البحث يتركز على فحص الأعمال والتصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة، فإن انعدمت عنها الإساءة والتعسف فإنّها تكون مشروعة، أما إذا انطوت على الإساءة والتعسف فتكون غير مشروعة وتتنطبق عليها النصوص القانونية التي تجرم وتمنع مثل هذه الممارسات التعسفية¹. وتتخذ الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية عدة أشكال، وقد تم منع هذه الممارسات نتيجة لطابعها المقيد للمنافسة²، وهذا ما تضمنته المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، لذلك سنتولى تحديد هذه الممارسات التعسفية الناتجة عن إساءة استغلال الوضع المهيمن (المطلب الأول). ومع ذلك فقد توجد حالات مستثناة من هذه الممارسات التعسفية، وبالتالي فهي مبررة، لذلك سنتولى تحديد هذه الممارسات التعسفية المستثناة من الحظر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تحديد الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية

لا يكفي لاعتبار المؤسسة متعسفة حيازتها لمرتبة الهيمنة، بل لابد من أن يصدر عنها سلوك يتسم بالتعسف الذي يحظره قانون المنافسة، وفي الواقع نجد أنّ المشرع الجزائري لم يقدم لنا تعريفاً للتعسف، إلّا أنّه يمكن القول بأنّ التعسف من منظور قانون المنافسة يؤدي إلى قصر المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في السوق المعنية.

ويتجلى التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية في تلك الممارسات التي تتجاوز حدود المنافسة والتي ترتكبها مؤسسة في وضعية هيمنة، بحيث يكون هدفها أو من أثرها القضاء على المنافسين الحاليين

¹ عدنان باقي لطيف، مرجع سابق، ص 173.

² LINDITCH Florian, «Détachabilité et abus de position dominante dans le cadre de la délégation de service public, retour sur l'affaire corsica ferries», Revue la semaine juridique Juris-Classeur, administrations et collectivités territoriales, n° 44-45, 29 octobre 2007, p. 45.

أو المحتملين، أو يتجلى في تلك السلوكيات التي تهدف من ورائها المؤسسة المهيمنة إلى الحصول على امتيازات أو مصالح في ظل السوق المعني¹.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية في المادة 7 من الأمر رقم 03-03 كما يلي: "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 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.

من خلال استعراض هذه الممارسات التعسفية، نرى أنّ التشريع الجزائري أخذ بالمفهوم الشخصي للتعسف، بمعنى أنّه لا يقوم التعسف إلّا إذا صدر عن سلوك إرادي لصاحبه يتجه إلى تزيف المنافسة في السوق³، أي أنّ المشرع قد أعطى أهمية لنية مرتكب المخالفة، ويظهر ذلك من خلال مصطلح "قصد"، أمّا عند صياغة نفس المادة باللغة الفرنسية، فقد استعمل المشرع كلمة «tendent à» بدل كلمة "قصد"، وبالتالي فإنّ المشرع ينظر هنا إلى الآثار المترتبة عن الممارسة⁴. وعليه يمكن القول أنّ

¹ THAUVIN Elsa, Les prix prédateurs, Mémoire de Master, droit européen des affaires, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 11.

² أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

³ كثر محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 173.

⁴ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 96.

الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة يمكن قيامها دون توافر النية، ويعود ذلك لكون مفهوم التعسف وفقا لقانون المنافسة هو مفهوم أكثر مرونة مقارنة بمفهوم التعسف في استعمال الحق المعروف في القانون المدني، فقد نص هذا الأخير على عدم جواز التعسف في استعمال الحق إذا كان بقصد الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، أما في قانون المنافسة فلا يشترط فيه قصد الإضرار بالغير، وإنما يعتبر في حد ذاته ضررا بالنسبة للمؤسسات الأخرى في السوق التي تصبح غير قادرة على المنافسة¹، وهذا ما نلمسه في كلّ من القانون الفرنسي للمنافسة الذي منع التعسف في وضعية الهيمنة سواء كان مقصودا أم لا، وكذا القانون الأوروبي الذي منع مثل هذه الممارسة، إذا كان هناك احتمال المساس بالتجارة².

وبمقارنة قائمة الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية الواردة في المادة 7 من الأمر رقم 03-03 بالقائمة التي أوردتها المادة 7 من الأمر رقم 95-06 الملغى، نلاحظ اختلاف مضمون المادتين، حيث أنّ القائمة الواردة في المادة 7 من الأمر رقم 95-06 تمّ اعتبارها في ظل الأمر الحالي (الأمر رقم 03-03) كممارسات تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية.

كما يلاحظ أنّ الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية الواردة في المادة 7 من الأمر رقم 03-03 هي نفسها الممارسات التي قدمتها المادة 6 كصور للاتفاقات المقيدة للمنافسة، وإذا كانت أكثر هذه الصور تنطبق حقيقة على الممارسات التعسفية التي يمكن أن تصدر عن مؤسسة تتمتع بوضعية الهيمنة على السوق، فإنّ السعي من وراء التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية لاقتسام الأسواق ومصادر التموين غير منطقي، لأنّه في حالة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية يفترض إيجاد مؤسسة واحدة مهيمنة على السوق المعنية، خاصة وأنّ المشرع الجزائري لم يفترض إمكانية حيابة وضعية الهيمنة من طرف جماعة من المؤسسات³.

وبإمعان النظر إلى نص المادة 7 من الأمر رقم 03-03، يمكن رد التصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة إلى طائفتين، تتمثل الأولى في التصرفات والممارسات التعسفية الهيكلية، التي تهدف إلى تقييد هيكل المنافسة في السوق المعني، أما الثانية فتتمثل في التصرفات والممارسات التعسفية

¹ سحوت جهيد، مرجع سابق، ص 50.

² PIRONON Valérie, op. cit., p. 80.

³ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 44.

السلوكية التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة في مواجهة شركائها الاقتصاديين، والتي تبحث من ورائها _ من خلال استغلال وضعية الهيمنة التي تتمتع بها _ على الحصول على امتيازات لا يمكن الحصول عليها في ظل المنافسة العادية¹. وهذا ما يتوافق مع ما أشار إليه مجلس المنافسة الفرنسي في تقاريره المختلفة واجتهاداته القضائية على أنّ التعسف في الهيمنة الاقتصادية يتشكل من تعسف هيكلي وتعسف في السلوك²، فقد كان معروفا منذ وقت طويل بأنّ التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية قد يكون تعسف هيكلي أو تعسف سلوكي، وهو ما يمكن تطبيقه اليوم في مجال قانون المنافسة³، حيث أنّ بعض الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية مرتبطة أشد الارتباط بالعقد الذي تبرمه المؤسسة المهيمنة، أمّا البعض الآخر من هذه الممارسات فلا يرتبط بالعقد الذي تبرمه المؤسسة المهيمنة⁴.

وعلى ذلك ارتأينا إلى تقسيم الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية إلى ممارسات تعسفية هيكلية (الفرع الأول)، وممارسات تعسفية سلوكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الممارسات التعسفية الهيكلية

الممارسات التعسفية الهيكلية هي تلك الممارسات الناتجة عن آثار عملية حول شروط ممارسة وتكثيف المنافسة في السوق، وتتجسد عمليا في طرد المنافس الموجود أو المحتمل الوجود من السوق⁵، فالفعل التعسفي هنا يغير من شروط المنافسة، حيث يقوم بالإنقاص من هامش المنافسة الموجودة في السوق، أين تقوم فيه المؤسسة المهيمنة بتقوية هيمنتها بالقضاء على مؤسسات أخرى، وعليه لا يستخلص التعسف الهيكلي من خصائص تصرف المؤسسة المهيمنة، لكن يستخلص من أهمية الآثار المقيدة للمنافسة الناتجة في السوق⁶. لذلك فإنّ التعسف الهيكلي له مفهوم موضوعي يؤدي إلى إدانة كلّ

¹ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et communautaire, op. cit., p. 199.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 77.

³ THAUVIN Elsa, op. cit., p. 11.

⁴ BEHAR-TOUCHAIS Martine, op. cit., p. 40.

⁵ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 78.

⁶ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 42، 43.

عملية كفيلة بأن تمس من تركيبة السوق التنافسية structure concurrentielle du marché، من خلال سعي المؤسسة إلى تكوين أو تقوية وضعية الهيمنة¹.

وعلى ضوء كل هذا يمكن استخلاص الممارسات التعسفية الهيكلية الواردة في نص المادة 7 من الأمر رقم 03-03 والتي تتمثل في: الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها (أولاً)، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني (ثانياً)، اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل (ثالثاً)، عرقلة تحديد الأسعار بالتشجيع المصطنع لارتفاعها ولانخفاضها (رابعاً).

أولاً- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها:

تكون هذه الممارسة تعسفية عندما تهدف إلى إقصاء المنافس من السوق أو القضاء على المنافسة ككل²، وهذا ما يسمى بالمقاطعة التجارية، وهناك العديد من أشكال هذه المقاطعة منها: السعي إلى السيطرة على المنافسين ومحاولة إقصائهم من السوق بشراء ما يخصهم من حصة فيه، أو حجب المواد الأولية على المنافس، أو قطع قنوات التوزيع عليه³. وفي الحقيقة تهدف الممارسات التي تحد من الدخول إلى السوق إلى تقليص عدد المنافسين في السوق، ويتحقق هذا الغرض مثلاً من خلال إلزام المؤسسات الجديدة بالحصول على ترخيص مسبق لدخول المهنة أو الحصول على بطاقة معينة⁴.

¹ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 173.

² MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, op. cit., p. 193.

³ معين فندي الشناق، مرجع سابق، ص 116.

وكمثال عن المقاطعة أيضا نجد قيام اتحاد التجار بعدم قبول تاجر ما في الاتحاد، ومن هنا نميز بين هذه الممارسة كتعسف في استعمال الحق وبين اعتبارها ممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، حيث أنه إذا كان الهدف من عدم قبول التاجر في الاتحاد إعاقة منافسته بغية إخراجها من السوق كانت المسؤولية تقصيرية ونوعها التعسف في استعمال الحق، باعتبار أن المصلحة التي يرمي إليها إلى تحقيقها غير مشروعة. أما إذا كان الاتحاد يستحوذ على هيمنة اقتصادية تمكنه من استحواد خدمة ضرورية ومنعها عن بعض التجار دون غيرهم كانت مسؤولية تقصيرية، ونوعها إساءة استغلال المركز المهيمن أو المسيطر.

أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 154.

⁴ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 37.

وعلى العموم يتخذ هذا الحد صور متعددة يمكن جمعها تحت فئتين أساسيتين هما:¹

_ الحد المباشر للدخول إلى السوق وممارسة النشاطات التجارية فيه، ويشمل هذا التقليل الأشخاص والإنتاج والتوزيع، وذلك بفرض المؤسسة المهيمنة نوعاً من الرقابة التقنية على كل شخص يريد الدخول على تلك السوق، أو إلزامية الحصول على اعتماد ما، أو التسجيل في قائمة معينة... أو غيرها من الشروط الأخرى التي قد تجد بعضها مبرراً في حماية المصلحة العامة، إلا أن بعضها الآخر يخفي نية المساس بالمنافسة عن طريق تقليل الدخول إلى السوق أو الحد من الممارسة الشرعية للنشاطات التجارية²، وفي ذلك فقد لاحظ كل من مجلس المنافسة والقضاء الفرنسيين أن بعض التنظيمات المهنية تتضمن مثل هذه الممارسات التعسفية، مثال في حالة تجمع البطاقات البنكية الفرنسي تم رفض انضمام مؤسسة قرض إلى هذا التجمع الذي كان يستفيد بحق استعمال شبكة ما بين البنوك للسحب والدفع، حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن النظام الداخلي التأسيسي لمؤسسة القرض هذه يتضمن بنود مقيدة للمنافسة، فأمر المجلس مثلاً بإلغاء البند الذي ينص على إمكانية رفض الانضمام إلى التجمع دون الالتزام بإعطاء أي تبرير، لأنه بند يؤدي لا محالة إلى تخفيض عدد المنافسين والحد من دخول هؤلاء إلى السوق³.

كما قد يمس التقليل دخول المنتجات إلى السوق عن طريق وضع رقابة لجودة الإنتاج تكون من شأنها تعقيد الإجراءات أمام المؤسسات الاقتصادية، مما يؤدي بها بالنتيجة إلى التخلي عن فكرة الدخول إلى السوق.

_ الحد غير المباشر للدخول إلى السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيه، ويكون هذا عن طريق عقود التوزيع المتضمنة لبعض البنود التي تقلص من المنافسة، مثل بند التوزيع الحصري أين تلتزم المؤسسة المهيمنة بتحديد مبيعاتها على موزع واحد في سوق معينة، مما يخلق مساساً مزدوجاً بالمنافسة في السوق؛ فمن جهة تمنع المؤسسة المهيمنة على نفسها التعامل مع شخص آخر غير الموزع الذي

¹ BURST Jean-Jacques, KOVAR Robert, op. cit., p. 252.

² بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 42.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 83.

أبرمت معه العقد، ومن جهة أخرى يمنع بند التوزيع الحصري على الموزع التعامل مع شخص آخر غير المؤسسة المهيمنة التي تزوده بالسلع¹.

ثانياً_تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني:

قد تقوم المؤسسات الاقتصادية المهيمنة على سوق معينة بتحديد كمية إنتاج أو تسويق كل مؤسسة لمنتجات معينة، وذلك وفقاً لحصة السوق التي تحوزها كل مؤسسة، أو دون الأخذ بعين الاعتبار لهذه الحصة²، سواء كان هذا الفعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع لمنتج لفترة أو فترات محددة أو إلى الاقتصار على توزيع منتج دون غيره على أساس مناطق جغرافية أو مراكز توزيع أو الامتناع عن إنتاج أو إتاحة منتج شحيح متى كان إنتاجه أو إتاحتها ممكنة اقتصادياً³.

وفي هذا السياق نشير إلى الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 23-4-1991 في قضية Hofner and Elser V. Macrotron، حيث قضت بأنه على الرغم من أن وكالة العمل الألمانية المركزية حصلت على احتكار قانوني في شأن إيجاد فرص توظيف المديرين، إلا أنه من الناحية العملية ثمة وكالات خاصة تقدم هذه الخدمة، بسبب عدم مقدرة الوكالة الألمانية على تقديم خدمات مرضية أو فعالة، ومن هنا فإن الوكالة الألمانية تكون قد أساءت استغلال مركزها في حال منعها الوكالات الخاصة من تقديم الخدمات إلى سوق العمل. وبهذا الحكم تكون المحكمة قد قرّرت عدم جواز الحد أو التقليص من تقديم الخدمات في الأسواق وضرورة الأخذ بمصلحة تغطية الطلب، وبالتالي منع نقادي صاحب المركز المهيمن أو المسيطر، المنافسة المحتملة من التجار الآخرين أو منعه من إعاقة تطور المنافسة.

وقد فعل المشرع حسناً لما منع تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق -كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة-، لأن الغاية من المنافسة المشروعة هو توفير المنتجات بشكل يلاءم الطلب الوارد عليها، وأن الامتناع عن الإنتاج دون مبرر شرعي أو إنتاجه بشكل قليل يؤدي بالنتيجة إلى ارتفاع الأسعار وتقوية المركز المهيمن أو الاحتكاري للمنتج⁴.

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 42.

² المرجع نفسه، ص 42.

³ أحمد محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 82.

⁴ عدنان باقي لطيف، مرجع سابق، ص 203، 222.

كذلك قد منع المشرع الجزائري تقليص الاستثمارات والتي قد تقوم بها المؤسسات الاقتصادية المهيمنة، التي تهدف إلى الحد من الاستثمارات ذات القيمة الفائضة، والتي قد تصل إلى حد غلق بعض المصانع في حالة الأزمات، كما منع أيضا تقليص التطور التقني، سواءً تعلق الأمر بالقضاء عليها -من خلال تجميد كل عملية البحث والتطور، أو من خلال استغلالها الجماعي¹، أو عن طريق رفض استعمال التقنيات الحديثة، وهذا إما رغبة من المؤسسة المهيمنة في تسويق منتجاتها، أو رغبة في استهلاك العتاد الإنتاجي خلال فترة زمنية معينة، أو لأن التقنيات الحديثة تؤدي إلى انخفاض محسوس في الاستهلاك، وتمنع المستهلك من الاستفادة من التقدم الاقتصادي والتقني².

وقد أسست المفوضية الأوروبية أحد قراراتها على أساس أن صاحب المركز المهيمن أو الاحتكاري، نتيجة عدم وجود منافسة فعالة نحوه، سوف يتوانى عن تطوير عمله أو رفع فاعليته، أو الأخذ بالأساليب الفنية الجديدة التي يستحدثها التطور العلمي، الأمر الذي من شأنه الإضرار بالعملاء، إذ يتعين عليهم والحالة هذه أداء ثمن مرتفع للسلع والخدمات القديمة، التي يقدمها التاجر ذو المركز المسيطر، وهذا يشكل بالتالي إساءة استغلال المركز المهيمن³.

وتدخل مثل هذه الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة ضمن طائفة الممارسات المخالفة لأهداف المنافسة، لذلك فإن منعها ليس بهدف حماية المنافسين فقط، بل لتأكيد حسن سير المنافسة أيضا⁴.

ثالثا - اقتسام الأسواق أو مصادر التموين:

المشرع الجزائري لما حظر مثل هذه الممارسة التعسفية، نجد أنه قد افترض القيام بها من طرف عدة مؤسسات، وهذا ما يجعلها تدخل في عداد الاتفاقات المحظورة، أكثر من اعتبارها كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، إلا أن ذلك لا يمنع من قيامها بين عدد من المؤسسات تتمتع بمركز الهيمنة الجماعية.

إن الممارسة التعسفية التي يتم بموجبها اقتسام السوق بين المؤسسات تتمثل في قيام هؤلاء بتحديد نسب معينة من الإنتاج أو التوزيع أو البيع، ويتوجب عليهم احترامها، وهذه الممارسات غير مشروعة

¹ PIRONON Valérie, op. cit., p. 62.

² لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 63.

³ عدنان باقي لطيف، مرجع سابق، ص 203.

⁴ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, op. cit., p. 194.

لأنها تحدد مراكز المؤسسات في السوق وتمنعها من ممارسة نشاطاتها خارج الحدود التي رسمت لكلّ منها، وهذا يعرقل المنافسة فيما بينها¹. ويمكن لهذه الممارسة أن تجمع بين مؤسسات تريد الاستجابة لإعلان المناقصة، حيث يتضح أكثر هذا النوع من الممارسات في إطار الصفقات العمومية، خاصة في مجال البناء والأشغال العمومية، وهذا الشكل يجعلهم يتملصون من الرقابة، فتتفق هذه المؤسسات مسبقاً على اقتسام الصفقات العمومية في السوق بتعيين مسبق للمؤسسة التي تقترح أحسن وأفضل عرض بالتداول²، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أنّ عقود التوزيع، ومنها العقد التجاري يدخل كذلك في هذه الفئة؛ فالمتنازل عند منح الحق الاستثنائي لصاحب الامتياز يكون في إقليم معين وهو إقليم استثنائي. وكذلك تقسيم الأسواق بين مختلف أصحاب الامتياز الذين ينتمون إلى شبكة المتنازل بموجب تطبيق سياسته التوزيعية، حيث يؤدي هذا التقسيم إلى الندرة المصطنعة للمنتج حتى وإن كانت الحصص المتفق عليها لم يتم التمسك بها³. ويأخذ تقسيم السوق أشكالاً مختلفة:

_ التقسيم الجغرافي للسوق، حيث يخول التقسيم لكل مؤسسة منطقة إقليمية معينة تستحوذ عليها ولا ينافسها فيها غيرها، أو على الأقل تكون لها فيها نفوذ و تأثير فائق بين منافسيها.

_ تقسيم السوق عن طريق تقسيم حصص الإنتاج والتوزيع، حيث يقوم هذا التقسيم بالاعتراف لكل مؤسسة بحقها في إنتاج وبيع نسبة معينة أو كمية مقدرة من الإنتاج الإجمالي.

_ تقسيم السوق على أساس التخصص، وذلك بتحديد نشاط كل مؤسسة في صناعة وتسويق أنواع معينة من المنتجات أو أداء أنواع معينة من الخدمات⁴.

وتعود الغاية من تقسيم السوق إلى حرص المؤسسات المهيمنة على تعزيز أوضاعها المكتسبة والحفاظ عليها، بعرقلة وصول متنافسين محتملين إلى السوق⁵.

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 42، 43.

² شرواط حسين، مرجع سابق، ص 74.

³ بن زيدان زوينة، مرجع سابق، ص 49.

⁴ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 43.

⁵ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 133.

رابعاً_ عرقلة تحديد الأسعار بالتشجيع المصطنع لارتفاعها ولاخفائها:

يخضع تحديد الأسعار كمبدأ عام في نظام اقتصاد السوق لقانون العرض والطلب، وهذا تطبيقاً لنص المادة 4 من قانون المنافسة والتي تنص على مبدأ حرية الأسعار، الذي يعتبر شكل من أشكال حرية المنافسة وحرية التجارة والصناعة¹، حيث أنّ السعر يعتبر عنصر أساسي للمنافسة بين المؤسسات، إلا أنّ المؤسسة المهيمنة على السوق من أجل المحافظة على وضعيتها والحصول على مزايا تنافسية قد تعرقل أسعارها². فمن المفروض أنّ المؤسسات المتنافسة في السوق، يحق لها أن تحدد أسعارها بكلّ حرية وفقاً لقانون العرض والطلب، إلا أنّه لا يحق لها أن تتعسف في ذلك مع غيرها من المؤسسات. لذا فقد حظر المشرع الجزائري على المؤسسة المهيمنة عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق³.

¹ MENOUER Mustapha, op. cit., p. 121.

² CHEVALIER Cindy, op. cit., p. 56, 57.

³ كما قد سبق للمشرع الجزائري أن نص على جريمة المضاربة غير المشروعة في المادة 172 من قانون العقوبات التي تنص على ما يلي: "يعد مرتكباً لجريمة المضاربة غير المشروعة ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 5.000 إلى 100.000 دج كل من أحدث بطريق مباشر أو عن طريق وسيط رفعاً أو خفضاً مصطنعاً في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية العمومية أو الخاصة أو شرع في ذلك:

- 1_ بترويج أخبار أو أنباء كاذبة أو مغرضة عمداً بين الجمهور،
- 2_ أو بطرح عروض في السوق بغرض إحداث اضطراب في الأسعار،
- 3_ أو بتقديم عروض بأسعار مرتفعة عن تلك التي كان يطلبها البائعون،
- 4_ أو بالقيام بصفة فردية أو بناء على اجتماع أو ترابط بأعمال في السوق أو الشروع في ذلك بغرض الحصول على ربح غير ناتج عن التطبيق الطبيعي للعرض والطلب،
- 5_ أو بأي طرق أو وسائل احتيالية".

أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، الصادر في 11-6-1966، معدّل ومتمّم.

وهي جريمة شبيهة بممارسة عرقلة تحديد الأسعار، إلا أنّه بإجراء مقارنة بسيطة بين جريمة المضاربة غير المشروعة والاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، نجد أنّ هذه الأخيرة لا يمكن اعتبارها جريمة مضاربة غير مشروعة إلا إذا نتج عنها اضطراباً في الأسعار سواءً بالرفع أو الخفض، ذلك عن طريق عرقلة تحديد الأسعار، أما الحالات الأخرى فنجد أنّ النص الجنائي لا يشملها، حتّى وإن كان المشرع قد ترك الباب مفتوحاً عندما نص في الفقرة الأخيرة من المادة 172 على عبارة "أو بأي طرق أو وسائل احتيالية"، الأمر الذي يجعل من دخول الصور الأخرى في نص التجريم شيء ممكن، والأمر يخضع للتقدير الضيق للقاضي، مادام أنّه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. بوقرين عبد الحليم، مرجع سابق، ص 269.

أما المشرع الفرنسي فلم ينص على حظر هذه الممارسة¹، وهذا خلافا لمعاهدة روما التي نصت في المادة 86 منها على أنّ الممارسات التعسفية يمكن على الخصوص أن تتجسد في "فرض بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأسعار الشراء أو البيع"²، لذا فيمكن القول أنّ المشرع قد استهدف من وراء هذا الحظر منعه ممارسة عرقلة تحديد الأسعار في مستويات مختلفة في تركيبة السوق بين المنتجين والموزعين، وهي ممارسة تحدّ عادة من الحرية التجارية للموزعين، وكثيرا ما تتجسد في شكل فرض تحديد السعر الذي يتخذ وضع سعر محدد يجب على الموزعين التقيد به، أو يتجسد في شكل فرض الحد الأدنى لسعر إعادة البيع، وهي الحالة التي يفرض فيها المنتج سعر معين لسلعة ما، ويطلب من الموزع أن يلتزم به وألا يبيع بسعر أدنى منه، وأخيرا قد يتخذ شكل اقتراح سعر إعادة البيع على الموزع، وهذا الأمر ليس فيه مخالفة للقانون إذا اكتسب الاقتراح طابع النصح أو العرض أو الإقناع لحث الموزعين على الالتزام بالسعر المقترح، ولهم الحرية في الالتزام بهذا السعر أو عدم التقيد به، أمّا إذا اتجه المنتج إلى الإكراه والإلزام الموزعين بتطبيق سياسة تسعير مفروضة، فهو أمر يدخل في دائرة الحظر المنصوص عليه في قانون المنافسة³.

ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري لمّا حظر هذه الممارسة التعسفية والمتمثلة في عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق، قد استعمل عبارة "بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها"، الذي يقصد منه أنّ هذا الارتفاع أو الانخفاض له أغراض غير مشروعة، ومخلة بالمنافسة⁴. وعلى ذلك فإنّ حرية المنافسة وحرية تحديد الأسعار يقتضي أن يحظر على المؤسسات تحديد أسعار مرتفعة عما يجب أن تكون عليه حسب قواعد المنافسة، كما يقتضي أيضا أن يحظر على المؤسسات ممارسة أسعار منخفضة التي يكون هدفها أو أثرها إخراج منافس من السوق أو منع دخوله إليه⁵، وبالتالي فإنّ فرض أو تحديد الأسعار يكون إما برفعها أو خفضها اصطناعيا:

¹ إلا أنّه في الحقيقة تعدّ نظرية التعسف في تحديد الأسعار معروفة منذ وقت طويل في القضاء الفرنسي.

AUBERT DE VINCELLES Carole, «Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix», *Recueil Dalloz*, n° 38, 2 novembre 2006, p. 2629.

² كثر محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 174.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 94-96.

⁴ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 38.

⁵ SOROUR Ahmed Fathi, «Le droit de la concurrence et la franchise», *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 12, décembre 2001, p. 294.

ـ رفع الأسعار بصفة مصطنعة: إنّ ارتفاع أسعار السلع والخدمات أصبح إحدى الظواهر الاقتصادية التي يعاني منها المجتمع واقتصاد الدولة، والجزائر لم تكن بعيدة عن هذه الظاهرة، بل هي ممارسة كثيرة الحدوث في السوق الجزائرية أيضا خاصة في المناسبات، مما يؤثر على القدرة الشرائية للمشتري، وتحرمه من الانتفاع بموارده الاقتصادية، وأخطر من ذلك فهي دائما تقع على المنتجات الأساسية التي لا يستطيع المشتري الاستغناء عنها، فيشتريها بثمن عال مضطرا رغم عدم وجود علاقة متكاملة بين جودة السلعة وثمنها¹، وعلى ذلك تعتبر الممارسات الرامية إلى رفع أسعار المنتجات والخدمات اصطناعيا والصادرة عن المؤسسة المهيمنة ممارسات تعسفية، ويمكن ذكر في هذا المجال قرار محكمة العدل الأوروبية التي حكمت بأن ممارسة أسعار مرتفعة يعتبر منشئا للتعسف، إذا كان السعر ليس له علاقة معقولة مع القيمة الاقتصادية للخدمة المقدمة، وينقصه تبرير موضوعي²، فالمؤسسة المهيمنة أو المحتكرة في سبيل تحقيق نزواتها الخاصة تستغل حاجة المشتري، فترفع الأسعار مستغلة هذه الحاجة، وهي تلجأ إلى ذلك بعد القضاء على منافسيها الآخرين أو بعد الاتفاق معهم على الاحتكار الجماعي، وقد تلجأ المؤسسة المهيمنة في سبيل رفع الأسعار إلى تقليل حجم الإنتاج فتتجه الأسعار إلى الارتفاع بطبيعتها بسبب زيادة الطلب على العرض، وبذلك يتحول التعامل في الأسواق إلى عمليات اختلاس وانتهاك واغتصاب³.

ـ خفض الأسعار بصفة مصطنعة: تعد ممارسة تخفيض الأسعار ممارسة مشروعة في ذاتها، فقد تكون بغرض جلب الزبائن أو بغرض تحسين وضعية المؤسسة في مواجهة منافسيها⁴، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من أن تلجأ مؤسسة ما إلى خفض الأسعار، إذا كان ذلك يستجيب لضرورة تبرره، كتفادي خسائر أو تحسين التسيير أو تصريف المنتج القديم، مادام هذا الخفض لا يعرقل السير العادي للمنافسة، ولكن قد تتحقق هذه العرقلة إذا كان الممارس لهذا الخفض مؤسسة اقتصادية تتمتع بمركز مهيمن في السوق، وتستهدف من وراء هذا الخفض جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن من أجل الإشهار بالمنتج أو تصريف أكبر حجم ممكن منه، وقد يراد به إقصاء المنافسين من السوق، وبعدها تتمكن المؤسسة المعنية

¹ بوعولي نصيرة، مرجع سابق، ص 43، 44.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 174، 175.

³ حسن محمد محمد بودي، مرجع سابق، ص 53.

⁴ BUSSY Jack, op. cit., p. 99.

من الاستيلاء على السوق بصفة مطلقة¹، لذا فإن ممارسة خفض الأسعار تعتبر من الممارسات التعسفية، لأن المؤسسة الممارسة للأسعار المخفضة تهدف أو تؤدي إلى جلب زبائن منافسيها وتقييد المنافسة، وذلك من أجل الحفاظ على حصتها في السوق². وفي هذا المجال نص المشرع الجزائري في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 على ما يلي: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق"³.

وما يمكن الإشارة إليه هنا هو أن المشرع الجزائري قد اعتبر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا ممارسة تعسفية قائمة بذاتها⁴ وكيفها على أنها منافية للمنافسة، كما أنه حظر هذه الممارسة دون أن يشترط ضرورة حيازة المؤسسة المرتكبة لها لوضعية الهيمنة على السوق، وعليه فيمكن السماح بمراقبة السعر الممارس من طرف المؤسسة ولو كانت غير حائزة على وضعية الهيمنة، لكن أثبت الواقع العملي أن الأساس الذي يسمح للمؤسسة الاقتصادية بممارسة أسعار مخفضة بشكل تعسفي هو امتلاكها قوة أو سلطة على السوق⁵، وهذا ما أكدته اللجنة الأوروبية بأن ممارسة الأسعار المخفضة لا يمكن تحققها إلا إذا تم إثبات أن المؤسسة المخفضة للأسعار في وضعية هيمنة اقتصادية، كذلك فقد أدان مجلس المنافسة الفرنسي في 14 مارس 2007 -ولأول مرة في قضية Glaxo- ممارسة الأسعار المخفضة على أساس منع التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية⁶، لذا فقد تم اعتبار الممارسة من ضمن الممارسات التعسفية التعسفية الناتجة عن وضعية الهيمنة الاقتصادية⁷. فلا تكون للمؤسسة الصغيرة القدرة على تحمل

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 44.

² CHEVALIER Cindy, op. cit., p. 51.

DECOCQ Georges, «Abus de position dominante», *Les revues Juris-Classeur (contrats, concurrence, consommation)*, n° 5, mai 2007, p. 27.

³ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

⁴ وهو ما اعتمدته المشرع الفرنسي أيضا، حيث نص على منع مثل هذه الممارسة بموجب المادة 5-420 L. من القانون التجاري الفرنسي، وبالتالي استقلال هذه الممارسة عن التعسف في وضعية الهيمنة والتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية والمنصوص عليهما في المادة 2-420 L. كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

ALLOUI Farida, op. cit., p. 71.

⁵ FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, op. cit., p. 232.

⁶ THAUVIN Elsa, op. cit., p. 7, 58.

⁷ GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 134.

الخسارة، مما يؤدي إلى إفلاسها، فعادة ما تقوم هذه الأخيرة من التتحي من السوق قبل أن تصل إلى هذه الوضعية.

تعد ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفيا _التي تمارسها المؤسسة المهيمنة_ ليست مجرد تخفيض بسيط في الأسعار، بل هي تحديد أسعار على مستوى منخفض إلى حد يؤدي إلى إبعاد جزئي أو كلي للمنافسين الآخرين، أو دفع منافسين جدد محتملين إلى التخلي عن دخول السوق أساسا. وتهدف هذه السياسة إلى زيادة رقم الأعمال في المستقبل، لأنّ مرحلة تخفيض الأسعار ستتبعها مرحلة ثانية، وهي مرحلة رفع الأسعار، ولا يمكن تحقيق هذا الهدف إلّا إذا أدى التخفيض إلى إفلاس المنافسين، أو من خلال دفع المنافسين الجدد إلى عدم دخول السوق أساسا¹. لذلك فقد تمّ تعريف هذه الممارسة بأنّها قيام المؤسسة الاقتصادية بتحديد أسعار منتجاتها بصفة منخفضة مقارنة بتكاليف إنتاجها، وهو الشيء الذي يؤدي إما إلى إخراج كلي أو جزئي للمنافسين من السوق، وإما إلى منع دخول منافسين جدد إلى السوق المعني².

كذلك فقد عرف القضاء الفرنسي ممارسة الأسعار المخفضة تعسفيا بأنّها سياسة السعر التي تقوم بها المؤسسة في وضعية الهيمنة تفرض من خلالها أسعار منتجاتها أو خدماتها بطريقة تتحمل فيها الخسارة، وذلك بهدف إخراج منافس أو عدة منافسين من السوق المرجعي أو منع دخولهم إليه من أجل المحافظة على وضعيتها المهيمنة³.

ومن الأمثلة في هذا المجال نجد قضية مؤسسة «Netscape» ضد مؤسسة «Microsoft»، حيث قامت المؤسسة الثانية ببيع ما يسمى ب «Système d'exploitation Windows» بسعر يقل ست (6) مرات عن سعره الحقيقي، فمن خلال التخفيض غير العادي للأسعار، تكون هذه المؤسسة قد منعت مؤسسات اقتصادية جديدة من دخول السوق، كما أنّها أضعفت المنافسين الحاليين المتواجدين في السوق، فتكون إذن مؤسسة «Microsoft» قد ارتكبت ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفيا⁴.

¹ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 98.

² BENZONI Laurent, «Des stratégies de prix –prix prédateurs: les enseignements de l'analyse économique», Propriété de TERA consultants, n° 2683, Paris, 11 octobre 2000, p. 3.

³ THAUVIN Elsa, op. cit., p. 60.

DECOCQ Georges, op. cit., p. 29

⁴ BENZONI Laurent, op. cit., p. 5, 6.

كذلك ما قرره مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 2006/07/21، بخصوص ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفياً، وبصدد هذه القضية ذكر مجلس المنافسة أنه لتكييف البيع بأسعار مخفضة تعسفياً يجب تحقق ثلاثة شروط هي: أن يكون عرض البيع موجه للمستهلكين، أن يكون سعر البيع أقل من تكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق، تقييد المنافسة أو المنتجات في السوق¹. وكذا القرار الصادر في 14 مارس 2007، وبموجبه أدان مجلس المنافسة الفرنسي مخبر Glaxo Smithkline لصناعة الأدوية الذي مارس أسعار مخفضة تعسفياً، حيث قرر عليه دفع غرامة تقدر بـ 10 مليون أورو إضافة إلى نشر هذا القرار في الجرائد التي حددها المجلس².

أيضاً فقد صدر في هذا الشأن قرار عن ممثل الوزير الأول في المغرب يحث فيه كل من مؤسسة "صافولا ماروك"، والشركة الصناعية "أوليكل" بفاس التوقف عن ممارسة أسعار مخفضة بشكل تعسفي وتجنب عودتها في سوق الزيوت، مع العمل على احترام قواعد ومبادئ المنافسة النزيهة وبطريقة غير مباشرة ضمان حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك³. هذا إضافة إلى عدة قضايا طرحت بشأن هذه الممارسة التعسفية⁴.

بالإضافة إلى كل هذه الممارسات التعسفية الهيكلية التي نصت عليها المادة 7 من الأمر رقم 03-03، فقد نصت كذلك هذه المادة على الممارسات التعسفية السلوكية التي نتولى توضيحها فيما يلي.

¹ CHEVALIER Cindy, op. cit., p. 54.

² DECOCQ Georges, op. cit., p. 29.

³ Décision du ministre délégué auprès du premier ministre chargé des affaires économiques et générales n° 2-15, relative a des pratiques de vente dans le secteur des huiles de table.

بوعولي نصيرة، مرجع سابق، ص 53.

⁴ من بينها ما قرره لجنة الاتحاد الأوروبي بشأن قضية طرحت بين une multinationale hollandaise de l'industrie chimique Akzo وبين ECS une plus petite entreprise britannique produisaient du peroxyde de benzoyle حيث قررت ما يلي:

«Toute concurrence ne peut être considérée comme légitime: elle précise que les prix prédateurs sont: les prix fixés en dessous du gout variable moyen sont considéré comme prédateurs; les prix fixés au-dessus du gout variable moyen mais en dessous du gout total moyen sont considérés comme prédateurs uniquement lorsque la démonstration de l'intention de nuire a son concurrent est apportée. En l'espèce, la cour a trouvé que les prix pratiqués par Akzo sur le marché du peroxyde de benzoyle destiné aux producteurs de farine étaient supérieurs à la moyenne de ses gouts variable mais inférieur à la moyenne de ses gouts totaux. La nature prédatrice de ses prix est alors démontrée par l'intention de nuire à ACS illustrée notamment par des documents internes et témoignages ainsi que par le fait qu' Akzo avait sélectivement baissé ses prix à l'égard des seuls clients d' ACS et non à l'égard de sa propre clientèle existante...».

CHEVALIER Cindy, op. cit., p. 66.

الفرع الثاني

الممارسات التعسفية السلوكية

التعسف في السلوك يظهر في شكل فعل غير عادي مقارنة بالأفعال التي تمارس في ظل نظام المنافسة الحرة¹، ومصدر عدم شرعية التعسف السلوكي ينحدر من عناصر ذاتية لتصرف المؤسسة المهيمنة²، حيث ينجم الطابع التعسفي هنا عن عناصر جوهرية لعمل المؤسسة والذي تكون المؤسسة المهيمنة وحدها جديرة بإعماله، والذي يستنتج من خصائص مسلك المؤسسة المهيمنة، لا من أهمية المفاعيل التقيدية للمنافسة الناتجة في السوق³.

ففكرة التعسف في وضعية الهيمنة هنا تعتبر شخصية، وذلك لأنها تفترض وجود إرادة منصرفة إلى تزييف المنافسة بواسطة استغلال وضعية الهيمنة للحصول على المزايا المختلفة.

وقد اتبع الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الجزائري (الملغى) نظرية التعسف السلوكي، حيث نصت المادة 7 منه على هذه الأفعال غير العادية على سبيل المثال والتي تتمثل فيما يلي: 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، وقطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير شرعية، وكل عمل من شأنه أن يحد أو يلغي منافع المنافسة في السوق⁴.

أما قانون المنافسة الحالي (الأمر رقم 03-03)، فبالإضافة إلى الممارسات التعسفية الهيكلية التي نصت عليها المادة 7 منه والتي سبق توضيحها، فقد نص كذلك على الممارسات التعسفية السلوكية والتي تتمثل في: تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين (أولاً)، وإخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية (ثانياً).

¹ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 421.

² قوسم غالية، مرجع سابق، ص 42.

³ ج.ريبير - ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 900.

⁴ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 43.

أولاً- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين:

تتم هذه الممارسة عن طريق التمييز بين البائعين أو المشتريين_الذين تتشابه مراكزهم التجارية_ في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل¹، وذلك بإعطاء أحدهم أو بعضهم ميزة أو امتياز دون غيرهم من أجل إخضاع التجار المتنافسين إلى مراكز تنافسية مختلفة، بما حاصله تقييد المنافسة بينهم، لمصلحة البعض إضراراً بالآخرين.

ويستهدف حظر هذه الممارسة التعسفية إرساء العدالة والمساواة والسلوك التجاري القويم في السوق من خلال عدم تمييز بعض التجار في التعامل دون غيرهم، حال كونهم متساوين، من أجل انصراف العملاء إليهم والتخلي عن التجار المتنافسين²، إلا أنّ المساواة المطلقة في مجال العلاقات الاقتصادية لا وجود لها، فتنطبقها يؤدي إلى اختلال السوق، وذلك لأنّ المؤسسات لا تتمتع بنفس القوة الاقتصادية التي تكون إمّا مادية أو تقنية أو مالية...

وبالتالي حتى تكون عدم المساواة بين الشركاء التجاريين صورة من صور المساس بالمنافسة، لا بد أن يتعلق الأمر بتطبيق شروط غير متكافئة بالنسبة لنفس النوع من الخدمات المقدمة، وبالنسبة لشركاء تجاريين يحتلون مركزاً متساوياً من الناحية الاقتصادية³.

ويتم النظر في مدى مشروعية المعاملة التمييزية من خلال المقارنة بين معاملة كلّ المؤسسات الاقتصادية المتواجدة في الظروف نفسها، وفي الزمان والمكان نفسه، فإذا اختلفت معاملتها، كأن يتم فرض شروط مجحفة على البعض دون البعض الآخر، أو عكس ذلك، أي يتم تقديم تسهيلات للبعض دون البعض الآخر، فهنا نكون بصدد المعاملة التمييزية، أمّا إذا كانت المؤسسات الاقتصادية في ظروف مختلفة، سواءً من حيث الزمان أو من حيث المكان، فليس هناك إخلال بقواعد المنافسة، ولا حرمان الأطراف المعنية من منافع المنافسة، وما على المتضرر إلا إثبات تطابق الظروف والعلاقة العقدية لإدعاء المعاملة التمييزية⁴، وينتفي حظر هذه الممارسة إذا تمّ تبريرها أي تبرير المعاملة التمييزية، كأن

¹ أحمد محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 82، 83.

² أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 182.

³ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 45.

⁴ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 38، 39.

تمنح المؤسسة المهيمنة امتيازات لمؤسسة عميلة دون أخرى، من خلال منحها تخفيضات نتيجة اقتنائها كمية كبيرة من المنتجات التي تم تخفيض سعرها مثلاً¹.

وقد يحصل التمييز في العادة في شروط البيع أو سعره؛ حيث تشكل شروط البيع التمييزية تعسفا في وضعية الهيمنة إذا صدرت عن مؤسسة متمتعة بوضعية الهيمنة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 7 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى الذي يتجسد في البيع التمييزي. أما الأمر الحالي لسنة 2003 المتعلق بالمنافسة، فقد نص في مادته 7 على أنه يحظر كلّ تعسف ناتج عن وضعية هيمنة يقصد منه تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرّمهم من منافع المنافسة، أو ما يسمى بشروط البيع التمييزية².

وقد أعاب مجلس المنافسة الجزائري على المؤسسة المشتكى منها التمييز في المعاملة بين الزبائن، من حيث كفاءات الدفع ومنح تخفيضات معتبرة للزبائن الذين يقتنون كميات هامة من المنتجات، حيث اعتبر المجلس أنه: "إذا كان للمؤسسة كامل الحرية في تحديد السياسة التجارية التي تخدم مصالحها، فإنه لا يجوز لها من منظور قانون المنافسة استعمال هذه الحرية للحد من المنافسة بين مختلف البائعين، أو لإضعاف قدرة البعض على منافسة البعض الآخر، وتعتبر الممارسات التي أقدمت عليها المؤسسة قائمة وتشكل في حد ذاتها تعسفا في وضعية الهيمنة، طالما أنه من فعل مؤسسة في وضعية هيمنة، مما يستوجب معه الأخذ بأحكام المادة 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة".

كذلك من بين القضايا التي عرضت على مجلس المنافسة الجزائري، نجد القضية التي تتعلق بارتكاب مخالفة المعاملة التمييزية من طرف مؤسسة (ENIE)، حيث أنه يستخلص من أوراق الملف أنّ الطرف المشتكى منه أقر لفائدة الزبائن كفاءات دفع يتم بموجبها تسديد 30% من المبلغ الإجمالي عند رفع المنتجات ويدفع المبلغ الباقي في شكل أقساط على مدى فترة تتراوح بين أربعة وستة أشهر. واعتبارا أنّ الطرف المذكور يشير إلى أنّ كفاءة الدفع هذه تدخل ضمن السياسة التجارية التي تطبق على كافة المتعاملين معه، لكن اعتبارا أنه يتبين من أوراق الملف أنه إذا كان جل الزبائن يسددون النسبة المذكورة

¹ MENOUER Mustapha, op. cit., p. 124.

² كذلك فقد نص المشرع الجزائري على البيع التمييزي بصفة غير مباشرة، لكن دون اشتراط أن يكون صاحبها متمتعا بوضعية الهيمنة، وذلك بموجب المادة 18 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وسوف يأتي دراسة هذه الممارسة في أوانها. قوسم غالية، مرجع سابق، ص 59.

أعلاه، فإنّ هناك من الزبائن من يستفيد عند أول دفع بنسبة أقل بكثير حيث لا تتعدى 19% من المبلغ الإجمالي¹.

أمّا عن ممارسة الأسعار التمييزية، فتقوم المؤسسة المهيمنة بموجب ذلك بفرض أسعار مختلفة ومتفاوتة على الموردين والعملاء الذين يتعاملون معها. وقد أقرت محكمة العدل الأوروبية الذي كانت قد أيدته أيضا محكمة أول درجة فيما ذهبت إليه من إدانة مطار باريس بارتكابه تعسف في استغلال وضعيه الهيمنة بسبب قيامه بفرض رسومات وإتاوات على شركة FLIGHT ALPHA أكثر ارتفاعا من تلك المفروضة على أحد فروع شركة طيران فرنسا². كذلك فقد أدانت أيضا محكمة العدل الأوروبية مؤسسة «British Airways» «BA»، وفرضت عليها غرامة تقدر بـ 6,8 مليون أور، وذلك بارتكابها تعسف في وضعيه الهيمنة في سوق خدمات وكالات الطيران، حيث قد أبرمت عقود امتياز مع الوكالات التي تستفيد من خدماتها بتخفيض الأسعار في مواجهتها بغرض مكافأة وفائها لها، وبالتالي فقد ميزت بين هذه الوكالات ومنافسيها³. كما أدان مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 7 ديسمبر 1993 مؤسسة Bandai نتيجة منحها تخفيضات آخر السنة لبعض البائعين بالتجزئة إضرارا بالآخرين⁴.

ثانياً - إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية:

قد تفرض المؤسسة الاقتصادية التي تكون في وضعيه هيمنة وقوة على المتعامل معها شروط مجحفة عند إبرام العقد، وعادة ما تتحقق بفرض خدمات إضافية، حيث يضطر المتعامل إلى الخضوع لهذه الالتزامات غير المبررة⁵، التي هي أداءات إضافية لا تربط بينها وبين موضوع العقد الأصلي أية رابطة. وفي هذا الصدد نشير إلى أنّ المشرع الجزائري قد قصر هذه الأداءات الإضافية على الخدمات فقط، وعليه فإنّه يكون قد قصد من مصطلح "إبرام العقود"، عقود أداء الخدمات دون عقود البيع، إلّا أنّ إبرام العقود يشملهما معا، وبالتالي فالأداءات الإضافية قد تكون منتجات أو خدمات، لذلك فإنّه لا يجوز للمؤسسة المهيمنة ربط بيع منتج معين أو أداء خدمة محددة ببيع منتج آخر أو بأداء خدمة أخرى، على

¹ قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، مرجع سابق.

² جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 157.

³ DECOCQ Georges, op. cit., p. 28.

⁴ BENCHIKH Nourredine, op. cit., p. 23.

⁵ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 39.

الرغم من غياب أي علاقة بين المنتجين أو الخدمتين من حيث الطبيعة أي بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية¹.

وهذا النوع من السلوك الذي تقوم به المؤسسة المهيمنة في السوق يطلق عليه "صفقات الربط أو عقود الربط"، حيث يفرض البائع أو مقدم الخدمات على الزبون شرطا مؤداه أن يصاحب الشراء أو الأداء لمنتج معين يرغب فيه يسمى "المنتج الرابط" شراء أو أداء منتج إضافي يطلق عليه "المنتج المرتبط"، بقطع النظر عما إذا كان المنتج الإضافي مرغوبا فيه أم لا². ومن الطبيعي أنه لا يمكن للمؤسسة إكراه العميل على شراء أو أداء المنتج الإضافي، ما لم تكن هذه المؤسسة متمتعة بمركز مهيمن أو احتكاري بخصوص المنتج الأصلي المرغوب فيه من قبل العميل.

وقد قرر مجلس المنافسة الفرنسي أنه يعد أمرا تعسفيا _بصفة عامة_ قيام مؤسسة تتمتع بوضع مهيمن أو مسيطر في السوق التنافسية بربط قبولها للتعاقد الصادر منها في السوق التي تسيطر عليها بالتعاقد على منتج آخر لها في سوق لا تهيمن أو تسيطر عليها. وقد طبق ذلك على الإيجاب الصادر عن مؤسسة France Télécom، وكان هذا الإيجاب مقسما إلى أمرين: الأمر الأول يتعلق بتقديم خدمة الاتصال الهاتفي المحلي، وهي خدمة محل هيمنة واحتكار من قبل المؤسسة المذكورة، والأمر الثاني يتعلق بخدمات أخرى محل منافسة، ومع ذلك رأى المجلس الفرنسي أن الميزة التجارية التي تقررها الشركة لخدمة الاتصال الهاتفي المحلي مرتبطة بأن يكون المشترك متعاقدا في كل الخدمات التي تقدمها المؤسسة، أما المشتركون في خدمة الاتصال الهاتفي المحلي فقط فلا يستفيدون من تلك الميزة³.

وقد تم حظر مثل هذه الممارسة كونها تهدف إلى غلق السوق من جهة، ومن جهة أخرى إجبار المشتري على اقتناء منتج غير راغب فيه، مثال ذلك اشتراط مركز بيع السيارات اقتناء قطع الغيار من الوكلاء المعتمدين التابعين للمؤسسة المنتجة في حالة تصليح السيارة، وهذا ما يستبعد قيام الموزعين بتوريد قطاع غيار لدى منتجين آخرين، وهو ما يتعارض مع مبدأ المنافسة الحرة⁴.

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 159.

² معين فندي الشناق، مرجع سابق، ص 125.

³ الماحي حسين، مرجع سابق، ص 101، 102.

⁴ لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 64.

ومن بين القضايا التي طرحت على مجلس المنافسة الجزائري بخصوص هذه الممارسة التعسفية، نجد قضية الشركة الوطنية للتبغ والكبريت (SNTA) التي تعسفت في وضعية الهيمنة الاقتصادية عندما قامت بالبيع المتلازمة¹، فألزمت المؤسسات التي تتقدم بطلب شراء السجائر، باقتناء في نفس الوقت الكبريت وأوراق خاصة بالتبغ، مع أنّ المؤسسة المشتريّة لم تبدي رغبتها في شراء هذه السلع، وهذا ما يشكل مخالفة البيع المتلازمة².

أمّا عن القضايا الفرنسية بشأن هذه الممارسة، فنجد قضية «Microsoft» التي تتعلق بالبيع المترابط أو المتلازم، حيث ربطت مؤسسة Microsoft بيع برنامج «Windows Media Player» باقتناء برنامج «Exploitation Windows pour P C»³.

وما تجدر الإشارة إليه في الأخير هو أنّ المشرع الجزائري قد سبق له أن حظر نماذج عن الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وذلك بموجب المادة 7 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى، والتي لم تكن واردة على سبيل الحصر، بل تمّ إيرادها على سبيل المثال، ويفهم ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 7 التي تنص: "كل عمل آخر من شأنه أن يحد أو يلغي منافع المنافسة في السوق"، إلّا أنّ الأمر الحالي المتعلق بالمنافسة لسنة 2003، فبعد أن ذكر بعض الممارسات التعسفية في المادة 7 منه، لم يرادفها بالعبرة التي توحى أنّها واردة على سبيل المثال، مما يعطي الانطباع أنّ الممارسات المذكورة وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وهذا يعتبر تضيقاً من مجال تطبيق المادة 7، لأنّ الممارسات التعسفية التي يمكن أن ترتكب من المؤسسات المهيمنة على السوق لا يمكن أن تتحصر فيما ذكر، بل يمكن أن توجد ممارسات أخرى كثيرة تقيد المنافسة وتعيقها، فلا بد من حظرها ومنعها⁴.

¹ وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ المشرع الجزائري قد تناول ممارسة إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة بداية من خلال المادة 7 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى، لكن بتسمية البيع المتلازمة.

² قرار رقم 98 ق 03 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998، المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، غير منشور.

³ Décision. Comm., 24I03I2004, aff. 37. 792: JOUE n° L 32, 06I02I2007, p. 23, et TPICE, 17I09I2007, aff. T-201I04.

GRYNFOGEL Catherine, op. cit., p. 105.

⁴ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 180.

ومن بين هذه الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة _التي لم يتم النص عليها في المادة 7_، نجد مثلا الشروط التجارية التعسفية، التحدي المغشوش للإنتاج أو التوزيع، الرفض غير المبرر للبيع أو تقديم الخدمات لبعض الزبائن¹، كما نجد أيضا قيام المؤسسة المهيمنة بتهديد مستهلكيها بالانتقام منهم إذا لجئوا إلى شراء منتجات المنافسين، أو قيام المؤسسة المهيمنة باستخدام أسلوب الترغيب والتهديد ضد بعض منافسيها لضمان تعاونهم معها ضد منافسين آخرين لمنعهم من الوصول لقنوات التوزيع.

كما يعد من قبيل إساءة استخدام الوضع المهيمن إساءة استخدام براءات الاختراع، حيث تتعمد المؤسسة التي تتمتع بقوة احتكارية أو هيمنة في سوق مناسبة شراء حقوق استغلال كل براءات الاختراع التي تظهر في مجال نشاطها، وذلك بغرض عدم دخول منافسين جدد للسوق ولإحكام سيطرتها على هذه السوق². ومن هنا فقد أدان القضاء الأمريكي كثيرا من حالات إساءة استغلال هذه الحقوق لو ارتبط الأمر بمؤسسة مهيمنة أو محتكرة وقبل حصولها على البراءة أو الترخيص بالاستغلال، وكان للاختراع علاقة وثيقة بالمنتج النهائي محل الهيمنة أو الاحتكار، أو لو حصلت تلك المؤسسة على البراءة أو الترخيص بطريقة غير مشروع كالتجسس الصناعي. كما تصدت المحكمة العليا مبكرا لمؤسسة تجارية محتكرة التي تستغل براءة الاختراع لربط صفقاتها، بمعنى إدراج شرط يحتم على المشتري للمنتج ذي الصلة بالبراءة مع منتجات أخرى لا علاقة لها بهذه البراءة³.

وفي المجال الإداري، فقد أدان مجلس المنافسة الفرنسي الممارسة التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية التي ترتبها الإدارة، وذلك في قضية Corsica Ferries، حيث أن الإدارة هنا قبلت بتقديم عروض المشاركة في الصفقات العمومية من طرف بعض المترشحين بصفة فردية، وبالتالي فإن إبعاد المترشحين الآخرين المنافسين من المشاركة في الصفقة بعدم إمكانية تقديم عروضهم يعتبر تعسفا في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وبصدد ذلك اعتبر المجلس أن العروض التي تكونها الإدارة يجب أن لا تتضمن شروط خاصة للقبول أو أن تعرض تجاه مترشحين محددين بذواتهم⁴.

¹ SOROUR Ahmed Fathi, op. cit., p. 295.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 61، 62.

أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار (منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية)، مرجع سابق، ص 117.

³ عدنان باقي لطيف، مرجع سابق، ص 191.

⁴ LINDITCH Florian, op. cit., p. 46.

كذلك فقد أدانت المحكمة التجارية بباريس بتاريخ 27 سبتمبر عام 2000 مؤسسة France Télécom بارتكابها ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة في مواجهة مؤسسة SFR، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنّ المؤسستان قد أبرمتا اتفاقية وبموجبها تتولى مؤسسة SFR بدفع إتاوات مالية تتعلق بوضع تنظيم لهذه الأخيرة أي وضع أرقام مشتركها من طرف France Télécom، وقد اعتبرت مؤسسة SFR أنّ هذه الإتاوات غير مبررة، لذلك طالبت أمام المحكمة التجارية التعويض عن ذلك، وهو ما استجابت له المحكمة التي قضت بأنّ مؤسسة France Télécom متعسفة في وضعيتها المهيمنة، وطالبتها بدفع تعويض يقدر بـ 102 162 377 F لجبر الضرر الذي ألحقته¹.

ومهما توسعت دائرة حظر الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، إلّا أنّ هذه الدائرة تحدّها مجموعة من الاستثناءات التي نص عليها المشرع صراحة.

المطلب الثاني

تحديد الممارسات التعسفية المستثناة من الحظر

كمبدأ عام، تعد كلّ ممارسة لها هدف أو أثر تقييد المنافسة في السوق محظورة ومعاقب عليها من طرف مجلس المنافسة، لكن الأمر المتعلق بالمنافسة نص على الاستثناءات التي تخص المادتين السادسة والسابعة منه والمتعلقين بالاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية². فرغم أنّ مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق مؤكد في التشريع الجزائري، إلّا أنّه ليس بمبدأ مطلق، بل ترد عليه قيود.

تتمثل هذه القيود في الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة³ والتي تنص: "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له.

¹ MERVEN Thomas, op. cit., p. 357, 358.

² ZOUAIMIA Rachid, op. cit., p. 139.

³ وإضافة إلى هذه الاستثناءات، فإنّ المشرع الجزائري قد نص على قيد آخر يرد على الحظر، والتمثل في التصريح بعدم التدخل المنصوص عليه في مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 12 مايو سنة 2005، يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج ر عدد 35، الصادر في 9 ربيع الثاني عام 1426 الموافق لـ 18 مايو سنة 2005. حيث يعتبر التصريح بعدم التدخل قيداً=

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة¹.

إذن بعد أن حدد المشرع الجزائري الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية في المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، قرر في المادة 9 منه استثناءات على هذه الممارسات، وهي استثناءات مقتبسة من التشريع الفرنسي².

فمن خلال دراسة النصوص التشريعية الجزائرية والفرنسية تبين أن قاعدة حظر ومعاقبة التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق تحتمل استثناءين هما: الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له (الفرع الأول)، والممارسات التي تساهم في تحقيق التطور الاقتصادي (الفرع الثاني).

وفي كلا الاستثناءين، يتخذ مجلس المنافسة قرار بذلك، لكن بسلطات تقديرية مختلفة، ففي الافتراض الأول يجب على مجلس المنافسة أن يتأكد من أن الممارسات المرتكبة نجمت فعلاً عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، وفي الافتراض الثاني، يجب على مجلس المنافسة أن يحكم على هذه الممارسات بالبحث عما إذا كانت تساهم بشكل كاف في التطور الاقتصادي³.

=وارداً على مبدأ حظر التعسف في وضعية الهيمنة لأنه بمثابة شهادة تمنح صاحبها الأمن القانوني تجاه كل من يهاجمه بارتكابه التعسف المحظور، وذلك طيلة فترة صلاحية الشهادة.

¹ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

² Selon l'article 10 les deux catégories d'ententes et d'activités de domination admises au bénéfice de l'exonération individuelle sont celles: «1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application (ou) 2. Dont les autres peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elle 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...».

PEDAMON Michel, op. cit., p. 441.

³ Ibid, p. 442.

الفرع الأول

الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي

إنّ هذا النوع من الممارسات المستثناة من الحظر، هو أمر جديد استحدثه المشرع الجزائري في الأمر رقم 03-03، بعدما كان الأمر السابق المتعلق بالمنافسة وهو الأمر رقم 95-06 في المادة 9 منه يقتصر على استثناء الممارسات التي تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني، ثم أضيف هذا النوع من الممارسات الذي يتضمنه قانون المنافسة الفرنسي أيضا كما سبق القول.

وبمقتضى هذا الاستثناء، فإنّ الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية المحظورة طبقا للمادة 7 من الأمر رقم 03-03 تصبح تصرفات مشروعة، وتستمد شرعيتها من نص تشريعي، أي نص صادر عن السلطة التشريعية في نطاق اختصاصها¹، وبالتالي فإنّ الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة تجد مبررا لها في النصوص التشريعية التي تمارس وفقا لها إما بأن تفرض هذه الممارسات المقيدة للمنافسة أو أن تسمح بها فقط دون أن تصل إلى حد فرضها²، إذ يعتبر هذا تبريرا من المؤسسات المتورطة بارتكاب الممارسات المحظورة، يعفيها من المتابعة والعقاب طالما وجد هناك نص قانوني يسمح

¹ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 20.

² GUYON Yves, op. cit., p. 958.

وتطبيقا لذلك فقد نص المشرع المصري في أحكام المادة 9 من القانون رقم 3 لسنة 2005 فيما يتعلق بالمرافق العامة والمنتجات الأساسية، فتتص هذه المادة على: "لا تسري أحكام هذا القانون بالنسبة للمرافق العامة التي تديرها الدولة. وللجهاز بناء على طلب ذوي الشأن أن يخرج من نطاق الحظر كل أو بعض الأفعال المنصوص عليها في المواد 6 و7 و8 والمرافق العامة التي تديرها شركات خاضعة لأحكام القانون الخاص إذا كان من شأن ذلك تحقيق المصلحة العامة أو تحقيق منافع للمستهلك تفوق آثار الحد من حرية المنافسة، وذلك وفقا للضوابط والإجراءات التي تحددها الآئحة التنفيذية لهذا القانون".

وقد خصصت الآئحة التنفيذية الباب الخامس لبيان الأحكام التفصيلية المتعلقة بأحكام السيطرة في السوق التنافسية ووضع المرافق العامة والمنتجات الأساسية، وذلك في المواد من 14 إلى 20.

ففيما يتعلق بالمرافق العامة التي تديرها الدولة مباشرة، أكدت المادة 14 من الآئحة على عدم سريان أحكام القانون ولائحته التنفيذية بالنسبة للمرافق العامة التي تديرها الدولة. ومن ثم لا تخضع _وجوبا_ القرارات والاتفاقات والعقود والأعمال بالنسبة إلى هذه المرافق العامة التي تديرها الدولة لأي من أحكام الحظر المنصوص عليها في المواد 6، 7، 8 من القانون.

الماحي حسين، مرجع سابق، ص 110، 111.

صراحة بالممارسات المعنية¹. أما إذا لم تكن الممارسات التعسفية ناتجة عن تطبيق نص تشريعي، فلا يمكن للمؤسسات المعنية الاستناد إلى هذا الاستثناء للترخيص بالممارسات الصادرة عنها².

لكن رغم أن الممارسات التي تعد تعسفا في استغلال وضعيه الهيمنة الاقتصادية، والتي ترتكبها مؤسسة أو مؤسسات مهيمنة على السوق تطبيقا لنص تشريعي، تعتبر ممارسات مبررة تستفيد من الإعفاء المنصوص عليه في نص تشريعي، إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي فسر هذه القاعدة تفسيراً ضيقاً كي لا تتحجج به المؤسسات المهيمنة، حيث يشترط القانون التجاري الفرنسي وقانون المنافسة الجزائري³ شروط معينة تتعلق بموضوع النصوص القانونية المبررة (ثانياً)، حتى تتمكن المؤسسات المهيمنة من الاستفادة والاستناد إلى هذا الاستثناء، لكن قبل التطرق لتحديد هذه الشروط، نتساءل عن طبيعة هذه النصوص القانونية (أولاً) التي تسمح بارتكاب ممارسات تعسفية في وضعيه الهيمنة رغم تقييدها وتأثيرها السلبي على المنافسة.

أولاً - طبيعة النصوص القانونية:

النص القانوني الذي يبرر التصرف الصادر عن المؤسسة الاقتصادية والمقيد للمنافسة يجب أن يكون في شكل نص تشريعي كالتشريع العادي، التشريع العضوي أو الأمر، أو في شكل نص تنظيمي كالمرسوم التنفيذي الذي جاء تطبيقاً لنص تشريعي⁴.

فالنصوص التشريعية هي القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور. ويطلق على التشريع اسم القانون بالمعنى الضيق (La loi)، وهو يختلف عن اصطلاح القانون بالمعنى العام (Le droit) باعتباره القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد.

أما النصوص التنظيمية، فهي النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية في حدود الاختصاص المخول لها بمقتضى الدستور، وحينما تقوم السلطة التنفيذية بهذه التشريعات، فهي تمارس

¹ كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010، ص 85.

² مختور دليلية، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 41.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 176، 177.

⁴ مختور دليلية، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 42.

اختصاصا أصيلا يخوله لها الدستور، ولا تحل بذلك محل السلطة التشريعية¹.

ويتضمن النص التنظيمي قواعد عامة وموضوعية ومجردة، تنطبق على عدد من الحالات غير محددة بذاتها أو على عدد من الأفراد غير معينين بذواتهم، وتمتاز هذه الطائفة من النصوص القانونية بخاصية العمومية والتجريد والثبات النسبي، ومن أمثلتها اللوائح التنفيذية ولوائح التفويض. وتهدف النصوص التنظيمية كما تدل عليه تسميتها إلى التنظيم والتسيير الداخلي للإدارة ومصالحها، أو تفسير بعض النصوص القانونية العامة.

والنصوص التنظيمية المعنية بنص المادة 9 فقرة أولى من الأمر رقم 03-03 تتعلق ب:

_ المنشور التفسيري الذي يعرف على أنه منشور لا يضيف شيئا أو قاعدة إلى النص القانوني موضوع التفسير، وبالتالي لا يمس بالمراكز القانونية أي لا يلحق أذى بذاته.

_ المراسيم والقرارات المتخذة تطبيقا لنص تشريعي².

أما المناشير الإدارية التي تصدر عن الإدارات بخصوص نشاطاتها الدائمة، فلا تعد من قبيل النصوص المبررة للممارسات التعسفية من الوجهة القانونية. وفي هذا الصدد فإنّ القضاء الفرنسي قد استبعد كلّ النصوص الأخرى كالمناشير الوزارية، باعتبارها نصوصا إدارية غير تنظيمية، ومع ذلك فإنّه عمد إلى الأخذ باستثناء عن هذه القاعدة يتمثل بالأخذ بهذه المناشير بتوفر ثلاث شروط أساسية:

_ أن تصدر هذه المناشير عن وزير الاقتصاد دون غيره.

_ أن تكون عبارة عن ترجمة أو تفسير للنصوص القانونية المطبقة.

_ أن تسمح هذه المناشير للمؤسسات بالقيام ببعض الممارسات المقيدة.

كما يشترط أن لا تكون هذه النصوص عبارة عن تراخيص من السلطة الوصية مثل الشركة الأم بالنسبة لفروعها، فإنّ مثل هذه التراخيص الإدارية لا يمكن أن تعتبر من قبيل النصوص المبررة للممارسات المقيدة.

¹ بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 76.

² بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 46.

كما لا تعد من قبيل النصوص المبررة كذلك النصوص المنظمة للمهن، وفي هذا المجال رفض الاجتهاد القضائي الفرنسي عدة قضايا من هذا النوع، مثالها الاتفاقية التي عقدت في المجال الصيدلاني المتعلقة بساعات عمل الصيدلة لاسيما في أيام العطل¹.

ثانياً_ الشروط المتعلقة بموضوع النصوص القانونية المبررة:

يشترط لاستفادة المؤسسات المتعسفة من الاستثناء الناتج عن تطبيق نص قانوني، أن تتوفر بعض الشروط في النص المقرر للاستثناء من المنع، حيث يجب أن تكون الممارسات التعسفية المحظورة نتيجة مباشرة وضرورية للنصوص المتمسك بها². كما يجب أن تكون هذه النصوص المبررة صريحة ومباشرة.

وعليه يجب أن يتوفر شرطان أساسيان في موضوع النصوص القانونية لتكون جديرة بتبرير الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة، يتمثل الشرط الأول في أن تكون هذه النصوص صريحة ومباشرة، أما الشرط الثاني فيتمثل في أن تكون الممارسة كنتيجة حتمية ومباشرة لهذه النصوص.

1_ أن تكون صريحة ومباشرة:

يجب أن تكون النصوص التشريعية أو التنظيمية المبررة للممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية صريحة ومباشرة في إباحة مثل هذه الممارسات المحظورة أصلاً، ويكون ذلك بكيفيتين؛ فإما أن يفرض القانون مثل هذه الممارسات أو أن يسمح بها على الأقل³.

فالنص الذي يقرر الاستثناء وبالتالي الإعفاء من المنع، يجب أن يكون مفهوماً وفي إطار محدد، فمثلاً بالنسبة للمنشور الإداري، فلكي يعمل به كتبرير للتعسف في وضعية الهيمنة، يجب أن يكون تفسيره رسمياً للتشريع الساري المفعول.

ويجب أن يسمح النص صراحة بالممارسات المعنية، فمثلاً الممارسات المقيدة للمنافسة التي بإمكان بعض المنظمات المهنية في الفلاحة إبرامها طبقاً لقانون التوجيه العقاري رقم 57-99 تنقلت من مبدأ المنع تطبيقاً لنص المادة 1/10 من الأمر رقم 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة

¹ بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 76، 77.

² BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 427.

³ GUYON Yves, op. cit., p. 958.

الفرنسي، لوجود نص صريح في هذا المجال، فيجب إذن أن يكون موضوع النص تقييد المنافسة¹. ولهذا لا يمكن لممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة أن تنفلت من الحظر القانوني إذا لم يتوفر هذا الشرط.

2_ أن تكون الممارسة كنتيجة حتمية ومباشرة لهذه النصوص:

لتطبيق الاستثناء الناتج عن تطبيق نص تشريعي، يرى مجلس المنافسة الفرنسي ضرورة قيام علاقة سببية مباشرة بين الممارسات المقيدة للمنافسة والنص الذي يبررها، لهذا يجب أن يكون تقييد المنافسة من خلال الممارسات المحظورة نتيجة حتمية ومباشرة للنص التشريعي أو التنظيمي الذي يسمح بها²، أي أن يكون تطبيق النصوص يقتضي الإتيان بممارسة مقيدة للمنافسة أو على الأقل أن يتواجد معنى النص القانوني في نشاطات المؤسسات أو في قانونها الأساسي دون أن تكون مفروضة بموجب النصوص القانونية.

ومنه فإنه هناك حاجة ماسة لوجود العلاقة السببية بين الممارسات المقصودة والنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها، أي أن تكون النصوص القانونية هي السبب الأول في الممارسات المقيدة للمنافسة³.

إذن فلكي تكون الممارسة المقيدة للمنافسة مبررة بموجب نص قانوني، يجب أن تكون ناتجة عن تطبيق هذا النص، فالعلاقة المباشرة بين الممارسة المقيدة للمنافسة والنص القانوني، هي التي تؤدي إلى استفادة الممارسة من هذا الاستثناء، فهي نتيجة حتمية «La conséquence inéluctable» للنص القانوني الذي يبررها⁴. وبالتالي لا تنفلت المؤسسة المهيمنة من الحظر والعقوبة إلا إذا أثبتت فعلا أن ممارساتها التعسفية الناتجة عن وضعيتها المهيمنة، كانت نتيجة مباشرة وضرورية لتطبيق نص قانوني أو تنظيمي⁵. وفي غياب هذه العلاقة السببية المباشرة فإن تبرير الممارسة المقيدة للمنافسة يكون مرفوضا⁶.

¹ كـتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 143، 144.

² BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 406.

³ بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 77، 78.

⁴ AUGUET Yvan, op. cit., p. 132.

⁵ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 177.

⁶ كـتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 144.

ويجب أن يتم تقييم الطابع المباشر للعلاقة السببية بجدية، خاصة التي يجب أن تتوفر بين الممارسات الموضوعية حيز التنفيذ والنص المثار. بذلك لا يجب أن يكون النص المثار يتضمن فقط إجراء مقيد للمنافسة، بل يجب إضافة إلى ذلك أن يرغم المؤسسات اللجوء إلى القيام به أو يسمح به على الأقل، فمثلا نتج عن القانون الفرنسي الصادر في 20 مارس 1956 المتعلق بإيجار تسيير المحل التجاري السماح باللجوء إلى الحصرية (l'exclusivité)، ولم يكن بالإمكان اعتبار جميع النتائج المترتبة عن هذا الصنف من العقد أو الشرط بأنها متناسقة مع قواعد المنافسة، طالما لا يوجد التزام قانوني لتطبيق هذه الصيغة¹.

وإذا كانت الشروط الخاصة بتطبيق الاستثناء الناتج عن تطبيق نص قانوني والمنصوص عليه في المادة 9 من الأمر رقم 03-03_ خاصة ذلك الشرط المتعلق بضرورة أن تكون الممارسة كنتيجة حتمية ومباشرة لهذا النص القانوني_ شروط صارمة، فإنّ هذه الصرامة ضرورية لحرية المنافسة وحمايتها، بحيث لا يتسع نطاق الاستثناءات ونصبح أمام مجموعة من الممارسات المحظورة أصلا والمشروعة استثناءا، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإنّ هذه الصرامة التي تبدو على مستوى نص المادة 9 ليست على نفس القدر في الواقع، حيث أنّ تدخل الدولة في المجال الاقتصادي أمر تقليدي وغير مرفوض لحد الآن، كون الجزائر حديثة العهد في الاقتصاد الحر، وبذلك يصبح هذا النص قليل الجدوى في الواقع².

وإذا كانت النصوص القانونية مبررة للممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 9 فقرة أولى من الأمر رقم 03-03، فإنّ الفقرة الثانية من هذه المادة نصت على استثناء آخر يتعلق بالممارسات التي تساهم في تحقيق التطور الاقتصادي.

الفرع الثاني

الممارسات التي تساهم في تحقيق التطور الاقتصادي

يهدف المشرع من وراء قواعد المنافسة إلى ضمان تحقيق أمرين أساسيين في نفس الوقت وهما: إيجاد تلاؤم أفضل للإنتاج مع الاحتياجات، واستخدام أحسن للموارد من أجل إشباع حاجيات المستهلكين، لكن في بعض الظروف يمكن تحقيق الأهداف السابقة، بواسطة الممارسات المنافسة

¹ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 69.

² بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 20.

للمنافسة، ولهذا ومن أجل أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار الجوانب الإيجابية لتلك الممارسات، يصحح تلك الممارسات لكونها تتفق مع المصلحة العامة وذلك لفترة معينة. ويصبح التعسف في وضعية الهيمنة مبرراً بواسطة القانون، لأنه يساهم في التقدم أو التطور الاقتصادي، ويمحو عنه الطابع المناهض للمنافسة. وهذا يعني أنّ سبب الاستثناء أو الإعفاء أصبح هنا يلعب دوراً أساسياً باعتباره أداة من أدوات السياسة الاقتصادية¹.

وعليه فلا تعاقب الفقرة الثانية من المادة 9 من الأمر رقم 03-03 الممارسات المنافية للمنافسة المجسدة للتعسف في استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية، إذا كان من شأنها تحقيق التقدم الاقتصادي². والعلّة من ذلك هي أنّ القواعد المنظمة للمنافسة من وجهة نظر خاصة، لا تنظر إلى المنافسة كهدف في حد ذاتها، وإنما تنظر إليها كوسيلة لتحقيق الكفاية والفعالية الاقتصادية، ف القانون المنافسة الذي يعد أحد المحاور التي يقوم عليها القانون الاقتصادي يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق المصلحة العامة، وعليه فلا تعاقب الممارسات المنافية للمنافسة التي تؤدي إلى تحقيق نمو اقتصادي، حتى ولو كان من شأنها تقييد المنافسة على ألا تؤدي إلى استبعادها والقضاء عليها بصفة كلية. إلا أنّه يقع على عاتق المؤسسة التي

¹ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 145.

² كما ورد النص على هذا الاستثناء في الفقرة الأولى من المادة 4-420 من التقنين التجاري الفرنسي، والتي تقضي بأنّه لا تخضع لأحكام المادتين 1-420 و 2-420 الممارسات المقيدة لحرية المنافسة إذا نجح أصحابها في إثبات أنّها تستهدف وتساهم في التقدم الاقتصادي، وكانت تلك الممارسات توفر للمتعاملين جزءاً عادلاً من التقدم الناتج عنها، ودون أن تعطي للمؤسسة المستفيدة إمكانية إقصاء المؤسسات الأخرى عن المنافسة في نصيب جوهري من سوق المنتجات المعنية، وقد أضاف المشرع الفرنسي تعديلاً حديثاً على تلك الفقرة، بمقتضى القانون رقم 420-2001 الصادر في 10 مايو 2001، يقضي بحسبان استهداف خلق فرص عمل أو دعم فرص العمل القائمة مندرجاً ضمن التقدم الاقتصادي.

كما أنّ المشرع المصري قد أجاز مثل هذا الاستثناء بصورة ضمنية فيما نص عليه من ضابط المصلحة العامة في أحكام المادة التاسعة من القانون رقم 3 لسنة 2005. وفي هذا الصدد يمكن القول أنّ القانون المصري يخرج من نطاق الحظر الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن مرافق عامة تديرها شركات خاضعة لأحكام القانون الخاص والتي من شأنها أن تحقق المصلحة العامة؛ من ذلك مثلاً أن تستهدف هذه الممارسات خفض التكاليف أو تحسين ظروف الإنتاج أو التوزيع أو تشجيع التطور التكنولوجي.

المحي حسين، مرجع سابق، ص 112، 113.

ارتكبت الممارسات المجسدة للتعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق، عبئ إثبات ما إذا كانت هذه الممارسات قد حققت تقدما وتطورا اقتصاديا أم لا¹.

وتكثيف الممارسات المنافسة للمنافسة على أنها مفيدة هو الذي يؤدي إلى تبريرها القانوني، وبالتالي قبول المخالفة وتصحيحها وعدم توقيع الجزاء المقرر لها مادامت تلك الممارسات قد أدت أو ستؤدي إلى تحقيق نتائج مفيدة تحقق المصلحة العامة²، لأن مساهمة هذه الممارسات في تحقيق التقدم الاقتصادي والتقني والاجتماعي من خلال تحسين الإنتاجية وإحلال تقنيات مبتكرة وحديثة في مجال الإنتاج وتقديم الخدمات، وكذا تحسين مستوى التشغيل، يعتبر سببا منطقيا وكافيا في استبعادها من مجال الحظر والترخيص بها قانونا³.

ولمعرفة ما إذا كانت الممارسة تساهم في التقدم والتطور الاقتصادي أم لا، فلا بد من إجراء حصة اقتصادية للممارسة لمعرفة محاسنها ومساوئها، وفي سبيل ذلك، تؤخذ بعين الاعتبار عدة عوامل لتحقيق التقدم الاقتصادي⁴، فيأخذ بعين الاعتبار تحسين الإنتاجية وتحسين منافذ التسويق بخلق منافذ جديدة للإنتاج، كذلك التي تسمح بإزالة الصناعات التقليدية وتعويزها بصناعات حديثة، أو الممارسات الرامية إلى زيادة التصدير⁵، كما يؤخذ في الاعتبار المدة الزمنية التي يتحقق خلالها التطور الاقتصادي، فإذا كانت المدة معقولة وطويلة نسبيا، يمكن الترخيص بالممارسة المنافسة للمنافسة، حيث أنه يجب أن ينتج عن الممارسة المفيدة للمنافسة تأثير إيجابي على السوق من خلال تحقيق فوائد تطغى على الآثار السلبية التي يترتبها، وعليه يجب المقارنة بين الأضرار الناتجة عن الممارسة من جهة، وبين الفوائد التي ترتبها من جهة أخرى، فإذا كانت الفوائد تفوق الأضرار، تعتبر الممارسة محققة للتطور الاقتصادي. أما إذا كانت الأضرار تفوق المنافع التي تحققها الممارسة، فلا يمكن الترخيص بهذه الأخيرة، وبالتالي تكون محظورة ويخضع مرتكبيها للعقوبات المنصوص عليها قانونا⁶.

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 178.

² مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 44.

³ كحال سلمى، مرجع سابق، ص 85.

⁴ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 145.

⁵ لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 61.

⁶ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 45.

وهذه الحصيلة الاقتصادية تركز على تفسير محدد لمفهوم التطور الاقتصادي (أولاً)، الذي لا يعطي محلاً لتطبيق المادة 2/9 من الأمر رقم 03-03، إلا إذا كانت شروط التطور الاقتصادي مجتمعة¹ (ثانياً).

أولاً - مفهوم التطور الاقتصادي:

لقد أعطت لجنة المنافسة الفرنسية مفهوماً للتطور الاقتصادي المأخوذ كمبرر للممارسات المنافسة للمنافسة وخاصة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وذلك من خلال تقريرها الصادر عام 1985، حيث عرفته كما يلي: "التطور الاقتصادي هو ذلك التطور الذي يمس الكلّ في مجموعهم (أي مؤسسات ومستهلكين)، وحيثما كان يؤدي إلى بقاء مؤسسة واحدة في السوق دون أن يؤدي إلى تطوير غيرها من المؤسسات الاقتصادية (الموجودة أو المحتملة) لا يمكن أن يمثل تطوراً اقتصادياً عاماً".

ومنه فإنّ التطور الاقتصادي الواجب تحصيله من الممارسات المنافسة للمنافسة في الأصل هو ذلك التطور الذي يؤدي إلى تحسين الإنتاج، وبالإضافة إلى ذلك لابد وأن يتمثل ذلك على الخصوص في خفض أسعار التخزين، وضمان نقل البضائع والسير الحسن للعمل والمهن، وكذا ضمان تحسين إعلام وخدمة المستهلك وتنمية الاختراعات والاكتشافات في المجال الاقتصادي²، كما يمكن اعتبار من قبيل الممارسات التي تؤدي إلى تطور اقتصادي تلك التي تهدف إلى إيجاد أنواع جديدة من المنتجات أو التقنيات، أو طرق صنع جديدة، أو تخفيض التكاليف، أو حماية المستهلك وتطوير معلوماته³.

وبالتالي ففكرة التطور الاقتصادي فكرة واسعة جداً⁴، لذلك فإنّ القانون الفرنسي قام بتحديد المعايير التي يمكن من خلالها معرفة مدى تحقيق الممارسات المنافسة للمنافسة لبعض التطورات الاقتصادية، تتمثل هذه المؤشرات في:

__ عندما ينتج عن هذه الممارسات خلق لمناصب عمل.

__ عندما ينتج عن هذه الممارسات ادخار تقنيات متطورة وتكنولوجيا جديدة.

¹ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 70.

² بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 79.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 107.

⁴ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 44.

_ عندما ينتج عن هذه الممارسات تطوير لوسائل الإنتاج، وتحقيق نتائج إيجابية لا تكون فوائدها منحصرة على أصحاب هذه الممارسات فقط، وإنما على الاقتصاد بصفة عامة¹.

إنّ فكرة التقدم أو التطور الاقتصادي، لم يتحدد مضمونها إلا بالتدرج بفضل الاجتهاد القضائي وعمل مجلس المنافسة، وقد اعتمدت مجموعة من العناصر والعوامل لإبراز مغزى هذه الفكرة من بينها:

_ تحسين الإنتاجية، الذي يعتبر من أهم العوامل التي يأخذها مجلس المنافسة في الحسبان، عند تقدير مدى مساهمة الممارسة المنافسة للمنافسة في التقدم الاقتصادي. ولتحقيق الإنتاجية لابد من تقليل الفرق بين الكمية المنتجة والعمل المبذول والنفقات التي صرفت، كما يمكن تحقيقها بتخفيض النفقات العامة أو عن طريق التوصل إلى زيادة تحسين الإنتاجية، بتحسين شروط التوزيع والتي تؤدي إلى تخفيض الأسعار، أو بواسطة تخفيض تكاليف النقل². وفي قضية تتلخص وقائعها في وجود مجموعة من المؤسسات المنتجة للغاز المميع، قامت هذه المجموعة من المؤسسات بمعارضة عملية بيع الغاز بقارورات من إنتاج مؤسسات أخرى، حيث طلبت بيع غازها المميع باستعمال قارورات من إنتاجها وشبكاتها دون سواها، وإن كان التعسف في هذه الحالة يتمثل في استغلال هذه المؤسسة لوضعيتها المهيمنة وتقييد خيار المستهلكين، إلا أنه وفي مقابل ذلك فإن ذلك سيسمح لها باقتصاد مبالغ معتبرة خاصة تلك المرتبطة بمصاريف النقل والتوزيع وتحقيق حماية أكبر للموزعين والمستهلكين.

_ تحسين الإعلام والخدمات المقدمة للمستهلكين، حيث يقصد بذلك تحسين ظروف السوق المعتبرة، إذ لا تعاقب ولا تحظر الممارسات التي تؤدي إلى تحسين الخدمات المقدمة للمستهلكين وتحسين وسائل إعلامهم، وكذلك تحسين الخدمات المقدمة إلى العملاء من تقديم وسائل دفع جديدة، أو تسهيل الحصول على ضمانات بنكية، أو فتح اعتمادات بنكية وغيرها من وسائل التمويل³.

_ التقدم التقني والابتكار، فقد اتبعت اللجنة التقنية في فرنسا فكرة مطابقة لمفهوم التقدم الاقتصادي، والتي من خلالها تمّ اعتباره بأنه مرتبط بالتقدم التقني، بذلك قبلت بأن الابتكار يمكن أن يتخذ التبرير بشرط أن لا تسعى المؤسسات أن تجتنب غيرها من المؤسسات الاستفادة من منافع الانتقال

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 47، 48.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 146.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 179، 180.

التكنولوجي، ويمكن للابتكارات في بعض الحالات، تبرير الممارسات مثل شروط الحصرية Les clauses d'exclusivité لما تظهر بأنها ضرورية، ولهذا تم قبول الحصرية الإقليمية الممنوحة من طرف متنازل عن تقنيات الصناعة الأولية Procédés de préfabrication لمتنازليين لهم، بتأمين لهم ضمان أدنى تمس بالتسويق، تساهم في تأمين تطوير التقدم التقني من خلال استعمال الأفضل لتقنية المتنازل عنها¹.

_ تحسين شروط السوق، ففي هذا المجال نجد أنه قد استثنيت من المنع عدة ممارسات، منها تلك التي ساهمت بقسط وفير في إزالة صناعة تقليدية déclin d'une industrie traditionnelle وإحلال صناعة حديثة محلها، أو تلك الممارسات المنافسة للمنافسة الرامية إلى توسيع نشر المنتجات المشمولة ببراءة الاختراع pratiques anticoncurrentielles tendant à l'élargissement de la diffusion d'un produit breveté، أو الممارسات الرامية إلى زيادة التصدير... ويمكن ذكر أيضا الممارسات المنافسة للمنافسة التي تهدف إلى منع الإفراط في الإنتاج، حيث تسعى إلى تحقيق تكيف أفضل للعرض مع الطلب، وتستفيد مثل هذه الممارسات بالإعفاء على سبيل مساهمتها في التقدم الاقتصادي².

لكن وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على كلّ هذه العوامل التي تساعد على معرفة التطور الاقتصادي المبرر للتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، إلا أنّ نص المادة 9 فقرة 2 من الأمر رقم 03-03 أشار إلى عاملين ثانويين هما:

_ تحسين التشغيل، وذلك عن طريق خلق وظائف وفرص عمل جديدة، الذي يشكل عاملا حاسما في تحقيق النمو الاقتصادي في الاقتصاديات الحديثة، وذلك لأنه يتيح الاستفادة من خبرات ومهارات قد تتوفر لدى العمالة المعطلة، وبالتالي سيؤدي ذلك إلى التخفيف من عبئ البطالة³ أو القضاء عليها بإتاحة فرصة التشغيل للمؤسسات، وكذا ترقية اليد العاملة، حيث يفترض انتهاء هذه المؤسسات تقنيات جديدة تؤهلها للمنافسة في السوق.

¹ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 71.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 146، 147.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 180.

_ السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار وضعية بعض المؤسسات الضعيفة التي بدأت تظهر على الساحة الاقتصادية، والتي لا تؤهلها قدراتها المادية على المنافسة كما ولا كيفاً، وهو حال المؤسسات الصغيرة المتوسطة¹.

ثانياً_ شروط التطور الاقتصادي:

إنّ اتخاذ التطور الاقتصادي كسبب لاستثناء التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية من الحظر وفقاً لما هو منصوص عليه قانوناً، يتطلب شروط معينة، حيث نص مجلس المنافسة الفرنسي في الرأي الصادر سنة 2005 على هذه الشروط لاستفادة الممارسة التعسفية من الإعفاء على أساس تحقيقها للتطور الاقتصادي²، وقد استخلصها الاجتهاد القضائي الفرنسي في ثلاث شروط أساسية بتواجدها يمكن القول بوجود تطور في المجال الاقتصادي³.

وعليه يتضح أنّ التعسف لا يكون مبرراً بالتطور الاقتصادي إلا إذا توافرت عدة شروط، منها ما هو متصل بتحقيق التطور الاقتصادي ومن بينها استفادة الجميع من التطور الاقتصادي المفترض، ومنها ما هو متصل بالإعفاء من الحظر كأن يكون التعسف في وضعية الهيمنة ضرورياً لتحقيق التطور الاقتصادي، أي تلازم التطور الاقتصادي مع التعسف في وضعية الهيمنة، وألا يكون في مقدور المؤسسة أو المؤسسات المرتكبة للممارسة استبعاد المنافسة كلية من سوق المنتجات والخدمات محل السيطرة⁴، أي عدم قضاء الممارسة المستثناة على المنافسة في جزء هام من السوق.

1_ استفادة الجميع من التطور الاقتصادي المفترض:

سبق القول أنّه يشترط في الممارسات المحظورة بصفة عامة والتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية بصفة خاصة، أن تتضمن أثراً إيجابياً ملموساً وكافياً في ضمان التطور الاقتصادي يفوق الآثار السلبية الناجمة عنها. فيجب أن تساهم الممارسات المعنية حقيقة في التقدم الاقتصادي، ولا يكفي أن تساهم في مجرد تجنب بعض العراقيل، كأن تساهم مثلاً في استقرار الأسعار فقط، كما أنّه لا يكفي أن يكون لها غرض يرمي إلى تحقيق التقدم الاقتصادي دون تجسيده فعلياً وعملياً.

¹ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 23.

² مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 44، 45.

³ بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 79.

⁴ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 178.

وبالإضافة إلى كلّ ذلك، فإنّه يجب أيضا أن تخصص حصة من العائدات أو الفوائد الناتجة عن التقدم الاقتصادي للمستعملين؛ إذ يشترط في الممارسات المنافسة للمنافسة في استثنائها من المنع لمساهمتها في التطور الاقتصادي، أن لا يتم تخصيص العائدات الناتجة عن تحقيق هذا الأخير بموجب تلك الممارسات لفائدة المؤسسات المرتكبة لها فقط، بل لمصلحة الجماعة أيضا من مستعملي السلع والخدمات التي توفرها هذه المؤسسات¹، أي أن يستفيد المستهلك وكذا المؤسسات الاقتصادية من شركاء ومتنافسين من هذا التطور، ولا يبقى حكرًا على المؤسسة المستفيدة من الاستثناء².

فيكون التعسف مبررا إذا حصل المستهلكون على نصيب عادل من الفائدة التي تتولد عن التقدم الاقتصادي، ويقال أنّ المستهلكون يحصلون على هذا النصيب عندما يترتب على الممارسة التعسفية تحسين جودة المنتجات أو تحسين تسويقها أو توزيعها³، أو استفادتهم في انخفاض الأسعار أو تحسين الخدمة ما بعد البيع أو باقي الإيجابيات الاقتصادية أو التقنية، وبالتالي يستفيد المستعملون أو المستهلكون بصفة منصفة من الآثار الإيجابية في آن واحد مع المؤسسات المعنية⁴. فعندما يدخل التطور الاقتصادي مثلا ضمن تحسين وترقية العرض في السوق، يجب أن يكون تحقيق هذا الهدف ملموس في مجال الطلب أيضا، فمتطلبات الوسيط وكذلك المستهلك النهائي يجب إشباعها، فإذا حققت الممارسة المحظورة للمؤسسة أو المؤسسات المرتكبة لها ربحا فيما يخص الإنتاجية مثلا، يجب لهذا الربح أن يؤثر بطريقة إيجابية على الثمن وعلى نوعية الإنتاج أو الخدمة⁵، وبالتالي تأثيره الإيجابي على المستهلك.

لكن إذا كان قانون المنافسة الفرنسي قد استوجب أن تضمن الممارسات التعسفية للمستهلكين فائدة معادلة لما يمكن أن تحققه المؤسسات صاحبة هذه الممارسات من أرباح، فإنّ القانون الجزائري لم يشر إلى هذا الشرط، فيكفي أن تثبت المؤسسة أو المؤسسات المعنية نتيجة إيجابية لهذه الممارسات من الناحية الاقتصادية⁶.

¹ كحال سلمى، مرجع سابق، ص 86.

² بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 80.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 180.

⁴ PEDAMON Michel, op. cit., p. 444.

⁵ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 44.

⁶ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 22.

إلا أنّ تحقيق التقدم والتطور الاقتصادي لا يجب أن يفهم على إطلاقه، فإضافة إلى ضرورة استفادة المستهلكين منه إلى جانب المؤسسة المعنية، يجب أن يكون مفيدا أيضا للاقتصاد الوطني ككل، وهذا ما أكدته مجلس المنافسة الفرنسي في الكثير من القضايا¹. وكذا تأكيده على ضرورة تحقق شرط تلازم التطور الاقتصادي مع الممارسة المقيدة للمنافسة عامة، والتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية خاصة.

2_ تلازم التطور الاقتصادي مع التعسف في وضعية الهيمنة:

يجب أن يكون التقدم أو التطور الاقتصادي المستند إليه للحصول على الإعفاء نتيجة مباشرة للممارسات المعنية، فإذا أثبتت المؤسسة المتعسفة في الهيمنة أنّ هذه الممارسة وإن كانت تعرقل السير الحسن للمنافسة، إلا أنّها 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 لنشاطها، ويقع عليها عبئ إثبات ذلك كما يقع عليها عبئ إثبات وجود علاقة سببية بين النتائج الإيجابية التي يحققها التعسف (التطور الاقتصادي) وتقييد المنافسة، فلو أمكن تحقيق هذه النتائج دون أن تلجأ المؤسسة إلى هذا التعسف² أي تم تحقيق التطور الاقتصادي بسلوك طريق آخر غير هذا التعسف، فإنّ هذا الأخير يقع تحت طائلة الحظر واستحق مرتكبه العقاب.

بينما يكون التعسف مبررا ومعفيا من الحظر والعقاب إذا كان تقييده للمنافسة ضروريا لتحقيق التقدم الاقتصادي³، إذ يجب أن يكون تقييد المنافسة بفعل الممارسات المحظورة متناسبا تماما مع الأثر الإيجابي الناتج عنها والمتمثل في ضمان التقدم الاقتصادي، لذلك فقد تم اشتراط أن يكون التقدم الاقتصادي نتيجة مباشرة وضرورية للممارسات المرتكبة، فيثبت أنّه لم يكن ممكنا الوصول إلى هذا التقدم الاقتصادي بوسيلة أخرى غير تقييد المنافسة⁴. أي أنّ تتحقق علاقة السببية بين التطور الاقتصادي والممارسة المقيدة، فلا يمكن الوصول إلى هذا التطور إلا من خلال هذه الممارسة. ومثال ذلك ما قرره مجلس المنافسة الفرنسي في مجال خميرة الخبز، حيث أنّ النتائج المحصل عليها من طرف الهيئة

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 180.

² قوسم غالية، مرجع سابق، ص 73، 74.

³ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 181.

⁴ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 408.

النقابية كان يمكن الحصول عليها بطرق أخرى، ويعني ذلك بطرق مشروعة لأتّها الأصل، فلو أمكن تحقيق تلك النتائج دون اللجوء إلى تقييد المنافسة لما كان هناك مبرر لمثل هذا الاستثناء¹.

لكن إذا كان تقييد المنافسة الملازم للتطور الاقتصادي معفى من مجال الحظر والعقاب، إلّا أنّ الممارسة التعسفية المستثناة بموجبه لا يجب أن تقضي على كلّ المنافسة في جزء هام من السوق.

3_ عدم قضاء الممارسة المستثناة على المنافسة في جزء هام من السوق:

يكون الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة مبررا بالتطور الاقتصادي إذا لم يكن من شأنه القضاء على المنافسة كلية في السوق²، وعليه لا يجب أن تؤدي الممارسة المبررة بالتطور الاقتصادي إلى القضاء الكلي على المنافسة³، ذلك أن التقدم الاقتصادي يمكن له أن يبرر نوعا من التقييد للمنافسة، لكن لا يبرر أبدا القضاء عليها⁴، أي أنّ السماح بتقييد المنافسة لا يعني القضاء عليها كليا. وقد أشار مجلس المنافسة الفرنسي لهذا الشرط من خلال تقريره السنوي لعام 1987.

ونشير إلى أنّ هذا الشرط شرط مهم لأنّ المساس المعتبر بالمنافسة والقضاء عليها لا يتسنى معه تحقيق الشرط الأول المتعلق باستفادة الجميع وكل المتعاملين من هذا الاستثناء، بل يحقق نتائج إيجابية للمؤسسة المعنية دون غيرها، وبالتالي تحكمها في السوق وقضائها على كل المنافسة⁵، ما يؤدي إلى عدم منح الاستثناء إذا كان من شأن الممارسة التعسفية القضاء على المؤسسات الأخرى المتنافسة، وبالنتيجة لا يمكن أن يؤدي إلغاء المنافسة والقضاء عليها إلى تحقيق تطور اقتصادي⁶.

وللوقوف على ما إذا كانت الممارسة التعسفية تؤدي إلى تقدم أو تطور اقتصادي وفي نفس الوقت لا تستبعد المنافسة بشكل كلي، يكون من الضروري إجراء مقارنة وموازنة بين الأضرار التي تلحقها الممارسات التعسفية بالمنافسة وبين التقدم الاقتصادي الذي تحققه، فإذا زاد حجم التقدم الاقتصادي على الأضرار التي تترتب عنها حتى وإن كان ذلك على المدى البعيد، عدّت هذه الممارسة مبررة، ويحدث ذلك غالبا إذا لم تؤدي هذه الممارسات إلى استبعاد المنافسة كلية.

¹ بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 80.

² جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 181.

³ AUGUET Yvan, op. cit., p. 133.

⁴ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 407.

⁵ بن يطو آمال، مرجع سابق، ص 81.

⁶ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 46، 47.

ونشير هنا إلى أنّ القانون الجزائري المتعلق بالمنافسة لم يَقمَ باشتراط هذا الشرط رغم أهميته، عكس المشرع الفرنسي الذي أكد عليه ونص عليه صراحة في المادة 2، 1-4-420 L. من التقنين التجاري الفرنسي، حيث قضى مجلس المنافسة الفرنسي أنّه يجب التماس التقدم الاقتصادي على المدى البعيد وليس القريب، فإذا أثبت مرتكبي الممارسات التعسفية أنّ التقدم الاقتصادي الناجم عنها سوف يكون له وقع ومدى بعيد، سيستفيدون من الإعفاء من العقوبة واستبعاد تطبيق القانون على ممارساتهم التعسفية¹.

إذن هذه هي مجموع الشروط المتطلبة لتبرير التعسف في وضعية الهيمنة بالتطور الاقتصادي، وهذه الشروط نراها جد صارمة، حيث أنّ مجلس المنافسة الفرنسي يطبقها بشكل جدي أكثر مما كان عليه الحال بالنسبة للجنة المنافسة الفرنسية السابقة، ففي كل تقرير سنوي يصدره المجلس نجد أنّه يشترط في التقدم الاقتصادي أن يستفيد منه الجميع، وليس فقط المؤسسات المعنية، كما يجب أن يكون نتيجة مباشرة للممارسة المحظورة، وأن يكون كافيا وضروريا لتبرير التقييد الجزئي للمنافسة².

وإذا كانت الشروط السابقة التي تمّ التعرض إليها وشرحها بالتفصيل شروط موضوعية لتبرير التعسف في وضعية الهيمنة بالتطور الاقتصادي، فهناك أيضا شرط شكلي يبرر ذلك، يتمثل في الترخيص الذي تسعى المؤسسات المعنية إلى الحصول عليه من مجلس المنافسة حسب مضمون المادة 9 فقرة 2 من الأمر رقم 03-03، وذلك عن طريق إثبات المصلحة الممكنة التحقيق من خلال هذه الممارسات. وإذا كان من الممكن تصور طريقة ترخيص مجلس المنافسة، حيث يكون ذلك بناء على ما تقدمه هذه المؤسسات من إثباتات، وأن يقرر المجلس بمقتضى سلطته التقديرية جملة المنافع الاقتصادية أو التقنية التي يمكن تحقيقها، فإنّ النص لم يوضح الطريقة القانونية التي تستفيد بواسطتها المؤسسات المعنية من هذا الحكم، خاصة وأنّ الترخيص من الناحية القانونية هو إذن سابق من قبل السلطات المختصة من أجل القيام بتصرف ما³، أي أنّ الترخيص هنا لابدّ أن يكون قبلها. إلّا أنّه يطرح تساؤل عن إمكانية الاستفادة من أحكام المادة 9 بالنسبة للممارسات التعسفية الناتجة عن وضعية الهيمنة الاقتصادية بعد ممارستها أو أثناء القيام بها، خاصة في حالة عدم إخطار مجلس المنافسة بها؟ وبالرجوع

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 181.

² PEDAMON Michel, op. cit., p. 445.

³ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 22.

إلى الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة فلا نجد الإجابة عن هذا التساؤل، وننتظر بذلك مجلس المنافسة لسد هذا الفراغ¹.

وعلى ذلك وبمفهوم المخالفة لنص المادة 9 فقرة 2 من الأمر رقم 03-03، تصبح كل الممارسات التعسفية الناتجة عن وضعية الهيمنة الاقتصادية والتي لم ينظر فيها مجلس المنافسة ولم يرخص بها محظورة حتى ولو حققت مصلحة اقتصادية بصفة عرضية².

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه في الأخير بخصوص موقف المشرع الجزائري، هو أنّه رغم إقراره بفائدة بعض الممارسات المنافسة للمنافسة كحالة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وذلك في المادة التاسعة السالفة الذكر، إلا أنّه لم يورد نصا عاما يستثني فيه تطبيق قواعد المنافسة على بعض القطاعات الاقتصادية كالقطاعات الاقتصادية التي تتطلب مثلا استثمارات مرتفعة أو القطاعات القليلة المردودية والدخل³، وذلك خلافا للقوانين المقارنة⁴.

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 47.

² بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 22.

³ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 151.

⁴ فقد نص القانون الفرنسي على ذلك بعد التعديل الذي أدخل على المادة 4-420 L من القانون التجاري بموجب القانون رقم 96-588 الصادر في 1 جويلية 1996. حيث تمّ إعفاء الممارسات المتعلقة بالمواد الفلاحية أو ذات أصل فلاحية التي تحمل علامة واحدة أو اسم تجاري واحد، عندما ترمي إلى تنظيم كمية ونوعية الإنتاج والسياسة التجارية بما فيه تحديد سعر بيع مشترك، بشرط أن يكون تقييدها للمنافسة في حدود ما يسمح بتحقيق الأهداف المسطرة من التقدم في المجال الفلاحي.

كحال سلمى، مرجع سابق، ص 87.

كما أنّ المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية قد استثنى من أحكام المنافسة بعض الأعمال منها: المنظمات الزراعية والسمكية بموجب المادة 6 من قانون كلايتون لسنة 1914 والأعمال المنظمة بقوانين خاصة مثلا المحتكر الطبيعي والنقل والاتصالات نظرا للمبالغ التي تستثمر فيها وضرورة ضمان عائد للمستثمر تعويضا له عن المبالغ التي استثمرها بعيدا عن المنافسة. وبالنسبة للمشرع الأوروبي فقد استثنى الأعمال الآتية من أحكام المنافسة: الأعمال المتعلقة بالصلب والفحم وإنتاج الأسلحة والأعمال الزراعية في حدود معينة وذلك بموجب المادة 42 من اتفاقية روما، والنقل بواسطة الطريق والقطار والمياه الداخلية والنقل البحري والجوي لأنها خاضعة لاتفاقيات دولية.

كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 151.

ولضمان تقدم بعض القطاعات الاقتصادية والنهوض بها، يتطلب الأمر من المشرع الجزائري أن يستثني من المنع الممارسات المقيدة للمنافسة التي قد ترتكب في تحقيق التقدم الاقتصادي والتقني والاجتماعي في هذه القطاعات¹، وذلك لتشجيع المؤسسات في هذه الأخيرة من أجل النهوض بها اقتصاديا وتقنيا واجتماعيا، وطمأنة هذه المؤسسات على عدم متابعتها قانونيا. فينبغي إذن أن يحدد القانون مسبقا بنص عام وصريح القطاعات المستثناة والتي يسمح بها رغم معارضتها لقواعد المنافسة، وذلك متى كان من شأن تلك الممارسات المساهمة في التقدم الاقتصادي والتقني والاجتماعي، ولا يكتفي بما ورد من استثناء خاص _أي بتقديم طلب ترخيص مسبق إلى مجلس المنافسة_، وهذا ما يتماشى تماما مع الأهداف العامة لقانون المنافسة التي تعتبر أداة لبلوغ التقدم الاقتصادي وزيادة الفعالية الاقتصادية، وليست غاية في حد ذاتها².

هذه إذن هي أهم التطبيقات والاستثناءات الواردة على حظر فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 7 و 9 على التوالي من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

وبالإضافة إلى هذه التطبيقات المتعلقة أساسا بفكرة التعسف في مجال قانون المنافسة بصفة عامة، فقد نص المشرع الجزائري أيضا على تطبيقات فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في المادة 11 من الأمر رقم 03-03، وهو ما سنتطرق إليه أيضا.

¹ كحال سلمى، مرجع سابق، ص 87.

² كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 151.

المبحث الثاني

تطبيقات فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية

كأصل عام فإنّ كل شخص حر في العمل ومن حقه ممارسة أعمال يحصل من خلالها على منفعه ويتبادل بها مصالحه مع الآخرين، وطالما كانت هذه الأعمال مشروعة، فيحق لكل شخص ممارستها دون أن يتعرض لأي قيد أو اعتداء.

وكذلك الحال في مجال المنافسة، فالمؤسسات حرة في ممارسة أعمالها طالما كانت في إطارها المشروع، لكن الخروج عن حدود المنافسة الحرة بأعمال تعسفية تؤدي إلى تقييدها وعرقلتها هو الأمر المعاقب عليه.

وتأسيسا على ذلك وكما سبق القول، فإنّه ليس محظورا تبعية مؤسسة لمؤسسة أخرى اقتصاديا، ولكن الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية والمفضي إلى تقييد المنافسة والإخلال بقواعدها في السوق هو المحظور والمشكل لممارسة مقيدة للمنافسة في مفهوم المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة¹.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أغفل عن تعريف فكرة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في هذه المادة، إلّا أنّه حدد التطبيقات التي يتحقق معها التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية في الفقرة الثانية من المادة 11 والتي تنص على ما يلي: "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،

¹ مزغيش عبيد، "التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة"، مرجع سابق، ص 512.

ـ كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل سوق"¹.

هذه 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، فلا يكفي إذن خلق عدم توازن في العلاقات التجارية الثنائية بين مؤسستين ولو كان هناك تعسف ما لم يكن قد أدى إلى الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة. وعليه فإنّ تشريع المنافسة لا يقتصر دوره على خلق التوازن في العلاقات التجارية الثنائية بين المؤسسة الموجودة في وضعية التبعية الاقتصادية والمؤسسة المهيمنة، بل له دور آخر يشمل حماية المنافسة الحرة في السوق².

وإذا كانت هذه الممارسات التعسفية الناتجة عن حالة التبعية الاقتصادية المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 11 من الأمر رقم 03-03 كثيرة الوقوع والتطبيق في الحياة العملية³، إلا أنّها لم تحقق سوى نجاح نسبي، حيث أنّها لم تلب أمنية واضعيها، لأنّه قد تمّ تصورها في الأصل لحماية الموردين من الممارسات التعسفية لمساحات التوزيع الكبرى، فهذه الممارسات التعسفية وضعت أساسا لحماية المنتجين المتضررين من تعسف الموزعين، إلا أنّ أغلب القضايا المتعلقة بالممارسات التعسفية الناتجة عن حالة التبعية الاقتصادية، تمسك بها الموزعون باعتبارهم ضحايا رفض البيع أو الممارسات التمييزية التي يلجأ إليها مورديهم، وهذا ما جاء متناسقا مع هذه الممارسات التعسفية المنصوص عليها قانونا، فمعظمها تتعلق بتلك الممارسات الصادرة عن المنتجين أو الموردين في مواجهة

¹ أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

² BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 2002, op. cit., p. 448.

³ وذلك مقارنة بصور التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية المنصوص عليها في المادة 7 من الأمر رقم 03-03. أمّا المشرع الفرنسي فقد أورد هو الآخر في الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، قائمة من الأعمال التي تشكل تعسفا في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في المادة 8 منه، وهي تقريبا نفسها الأعمال التعسفية الناتجة عن حالة التبعية الاقتصادية المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الجزائري، والملاحظ أنّ الأعمال التي وضعها المشرع الفرنسي بأنّها تشكل تعسفا في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية هي نفسها الأعمال التي تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة، حيث أنّ المادة 8 دائما تضمنت حظر الممارستين المقيدتين للمنافسة، بعكس القانون الجزائري الذي جاء في الأمر رقم 03-03 على ذكر قائمة الأعمال الموصوفة بالتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية مختلفة تماما عن الأعمال الموصوفة بالتعسف في استغلال وضعية الهيمنة وفي مادتين منفصلتين.

مزغيش عيبر، "التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة"، مرجع سابق، ص 513.

الموزعين، وبالتالي إهمال الممارسات التعسفية التي قد تصدر من الموزعين تجاه الموردين. وعلى ذلك تبين أنّ النص قليل الفعالية، لأنّ التعسف عمليا يرتدي أشكالا مختلفة حسب أن تكون المؤسسة التابعة موزعا أو موردا¹، حتى أنّ هناك من قسم الممارسات التعسفية الناتجة عن حالة التبعية الاقتصادية إلى ممارسات تعسفية في حالة تبعية الموزع للمورد، وممارسات تعسفية في حالة تبعية المورد للموزع².

وما تجدر الإشارة إليه أيضا هو أنّ المشرع الجزائري لم يورد أي استثناء على عدم مشروعية الممارسات التعسفية الناتجة عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، على عكس الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية التي أورد عليها استثناءات في نص المادة 9 من الأمر رقم 03-03، إلّا أنّ المشرع الفرنسي قد أورد استثناء على عدم مشروعية الممارسات التعسفية الناتجة عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية³. وهذا ما يؤدي في التشريع الجزائري إلى حظر كلّ الممارسات التعسفية الناتجة عن وضعية التبعية الاقتصادية بصفة مطلقة وبدون أي استثناء.

وبالإطلاع على نص المادة 11 أعلاه، نجد أنّها قد جاءت بصياغة عامة؛ إذ اكتفت بذكر الممارسات التعسفية دون توضيح لمدلولها أو شروطها أو صورها أو غيرها من النقاط التي توصلنا لمعرفة مدلولها، وبالتالي تمييزها عن غيرها⁴، خاصة وأنّ القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية نص هو الآخر على حظر مثل هذه الممارسات كممارسات تجارية غير شرعية (المواد من 15 إلى 21)⁵.

ولتوضيح الممارسات التعسفية الناتجة عن وضعية التبعية الاقتصادية يقتضي ذلك تقسيمها، وذلك إلى ممارسات تعسفية متعلقة بالأسعار وشروط البيع (المطلب الأول)، وممارسات تعسفية متعلقة بالعلاقات التجارية (المطلب الثاني).

¹ ج. ريبير - ر. رويلو، لويس فوجال، مرجع سابق، ص 905، 909.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 97, 98.

³ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 55.

⁴ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 64.

⁵ MENOUEUR Mustapha, op. cit., p. 129.

المطلب الأول

الممارسات التعسفية المتعلقة بالأسعار وشروط البيع

يدخل في إطار هذا النوع من الممارسات حسب مضمون المادة 11 من الأمر رقم 03-03 الممارسات التالية: رفض البيع بدون مبرر شرعي (الفرع الأول)، البيع المتلازم أو التمييزي (الفرع الثاني)، البيع المشروط باقتناء كمية دنيا (الفرع الثالث)، الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى (الفرع الرابع).

الفرع الأول

رفض البيع بدون مبرر شرعي

إذا كانت القاعدة العامة التي تقتضيها حرية التجارة والصناعة وحرية التعاقد هي حرية كلّ مؤسسة في اختيار متعاقديها¹، أي أنّ الأصل في التعاملات التجارية هو حرية كلّ مؤسسة تجارية في التعاقد مع من تريد التعامل معه من المؤسسات، وفي المقابل لها حق رفض التعاقد مع مؤسسة أخرى²، فإنّ بعض المؤسسات القوية اقتصاديا قد تستغل ذلك في منع مؤسسات أخرى من التعاقد معها _خصوصا إذا كانت هذه الأخيرة في وضعية تبعية اقتصادية إزاء المؤسسة القوية_، وذلك بهدف إقصاء المؤسسة التابعة من سوق المنافسة، ممّا يؤدي بدوره إلى إعاقة المنافسة المشروعة وتعطيلها. لذلك فإنّ قانون المنافسة قد حظر مثل هذه الممارسات، واعتبر من قبيل التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية رفض البيع دون مبرر شرعي، سواء كان الرفض صريحا أو ضمنيا³.

وفي الأساس ظهر رفض البيع في فرنسا لحماية المستهلك من السوق الموازية أو السوداء، وإن كانت المخالفة معاقب عليها أساسا بموجب القانون الجنائي حتى في حالة عدم ندرة المنتج «Pénurie»، وبعد ذلك ظهرت مخالفة رفض البيع التي تخص العلاقة بين المنتجين وبين تجار الجملة والتجزئة⁴.

¹ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 25.

² FRASSON Vanessa, op. cit., p. 69.

³ BENCHIKH Nourredine, op. cit., p. 20.

⁴ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 134.

مختور دليّة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 56.

لم توضح المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة مفهوم رفض البيع بدون مبرر شرعي *un refus de vente sans motif légitime*، وبوجه عام فإنّ رفض البيع هو ذلك الرفض الفعلي والنهائي لبيع سلعة أو أداء خدمة موجودة لدى البائع أو مقدم الخدمة ماديا وقانونيا، والرفض هنا يكون مؤسسا على سبب غير شرعي، وبمعنى آخر فإنّ البائع يرفض تلبية الطلب الذي يقدمه المشتري المتواجد في وضعية تبعية اقتصادية إزاء البائع.

وفي مفهوم المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإنّ رفض البيع بدون مبرر شرعي هو أن ترفض المؤسسة (البائع) بيع سلعة أو أداء خدمة بدون مبرر شرعي لمؤسسة أخرى (المشتري) مستغلة بذلك تواجد المؤسسة الثانية (المشتري) في وضعية تبعية اقتصادية لها (المؤسسة البائعة).

إنّ رفض البيع ما هو في حقيقة الأمر إلّا امتناع المؤسسة المتبوعة عن تلبية وتأدية طلبات المؤسسة التابعة التي تتماشى مع الأعراف والعادات التجارية، متذرعة بحجج مختلفة لا تصل إلى درجة المبرر الشرعي، وهذا ما يشكل إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة ألا وهو التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية¹.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف رفض البيع بدون مبرر شرعي، إلّا أنّ المادة 2/36 من قانون حرية الأسعار الفرنسي عرفت رفض البيع على أنّه: "تصرف يصدر عن المنتج، التاجر، الصناعي أو الحرفي، فيرفض الاستجابة لطلب المشتري لاقتناء سلع أو خدمات، عندما تكون هذه الطلبات شرعية وعادية، والتي يعبر عنها بنية حسنة، وألا يكون رفض البيع مبرر..."².

ومن بين القضايا التي طرحت على مجلس المنافسة الجزائري بصدد ممارسة رفض البيع نجد قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الالكترونية، ولكن ليس كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية ولكن كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية في مفهوم المادة 7 من الأمر رقم 06-95 الملغى بالأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة. فقد أعاب مجلس المنافسة على المؤسسة قيامها بالتمييز بين الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم، إذ لا تستجيب لطلبات البعض بحجة عدم توفر المنتجات وتسلم البعض الآخر كميات تفوق طلباتهم، ورغم إنكار المؤسسة لهذا المأخذ، إلّا أنّه يتجلى

¹ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 64.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 151.

من الوثائق الملحقة بالملف أنّ المسمى "شرفي يحي" الذي أودع يومي 6 جانفي و 17 أفريل 1996 لاقتنائه 50 تلفاز و 700 هوائية، اشعر بعدم توفرها، بينما أستجيب كلية يومي 7 جانفي و 17 أفريل 1996 لطلبات المسمى "منصوري بوبكر" من نفس المنتجات، وقد اعتبر المجلس أنّ التذرع بعدم توفر المنتجات لتبرير عدم تلبية طلبات زبون في الوقت الذي تسلم فيه لزبون آخر يعد رفضا مقنعا للبيع¹.

يعد مجال تطبيق حظر هذه الممارسة جد واسع، إذ أنّه لا يطبق فقط على رفض بيع المنتجات، بل يطبق أيضا على رفض تأدية الخدمات دون مبرر شرعي²، حيث يعتبر رفض أحد المؤسسات تقديم خدمات أساسية وجوهرية شكل من أشكال التعسف، إذا كان المتعامل الاقتصادي غير قادر على دخول السوق من دون الحصول عليها، ومن بين هذه الخدمات نجد رفض السماح باستغلال حق فكري كبراءة اختراع، أو حقوق مؤلف أو رفض مؤسسة محتكرة توزيع مادة أولية، فتشكل هذه الأخيرة طريقة مباشرة للإبعاد من السوق³، ويقع تحت طائلة رفض تقديم الخدمات ما قامت به الفدرالية الفرنسية لكرة القدم من رفض منح شبكة التلفزيون La cinq ترخيص نقل وقائع مباراة في كرة القدم، وهذا ما حكمت به محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية.

إذا كانت ممارسة رفض البيع تصدر من الممون البائع تجاه الموزع المشتري وذلك في حالة تبعية هذا الأخير للممون، فإنّ ممارسة رفض الشراء يمكن أن تصدر في الحالة العكسية أي من طرف الموزع إذا كان الممون في حالة تبعية اقتصادية له، إلّا أنّ لجنة المنافسة السابقة في فرنسا قد عارضت تنظيم رفض الشراء، الذي سيؤدي إلى تجريم رفض الشراء كما كان الشأن بالنسبة لرفض البيع، وقد أعلنت أنّ تنظيم رفض الشراء لا يتماشى مع متطلبات المنافسة، لأنّه لا يمكن أن يفرض التزام بالشراء، وقد أوضحت لجنة المنافسة أنّ الاختيار الحر للمشتري يعتبر من أهم العناصر التي تقوم عليها المنافسة، وهي وسيلة يتمّ بواسطتها تشجيع التجارة والمنتجين على رفع إنتاجهم وتحسنه وخفض الأسعار. غير أنّ اللجنة أضافت أنّ حرية المشتري يمكن أن تتحدد إذا كان رفض الشراء يدل على أنّ له غرض

¹ قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، مرجع سابق.

² BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 151.

³ PIRONON Valérie, op. cit., p. 85.

أو أثر يقضي أو يزيل المنافسة¹، وهو ما يمكن تحقيقه في حالة تبعية البائع للمشتري الذي يتعسف في رفضه للشراء بدون مبرر شرعي².

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع الجزائري قد نظم رفض البيع بممارستين مختلفتين، الأولى هي رفض البيع الصادر من مؤسسة مستغلة وضعية التبعية التي تتواجد فيها مؤسسة أخرى، أمّا الثانية فهي المنصوص عليها في المادة 15 من القانون رقم 04-02 كممارسة تجارية غير شرعية. وللتمييز بينهما ينبغي التطرق إلى تحديد شروط رفض البيع المجسد للتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية (أولاً).

وبالرغم من خطورة رفض البيع لأنّه يؤدي إلى إفشال أحد المقومات الاقتصادية التي تحقق التوافق بين العرض والطلب في السوق، إلّا أنّ هذه الممارسة تصبح مباحة إذا وجد ما يبررها كالطابع غير العادي للطلبات، ومدى وفرة المنتجات³، أي أنّ هناك حالات مشروعة لرفض البيع (ثانياً).

أولاً- شروط رفض البيع المجسد للتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية:

حتى يعتبر رفض البيع تعسفاً في وضعية التبعية الاقتصادية، يجب أن يكون غير مبرر شرعاً كنفاد كمية المنتج مثلاً، ويجب أن يكون طلب المشتري عادي ومقدم بحسن نية ومتعلق بمنتجات أو خدمات موجودة فعلاً، لكن البائع يتعسف لإدراك أنّ المشتري لن يجد بائعاً آخر فيرفض⁴، وعلى ذلك فشرط رفض البيع المجسد للتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية تتمثل في ثلاثة شروط هي كالتالي:

ـ صدور طلب من مؤسسة في مواجهة مؤسسة أخرى، ويتمثل موضوع الطلب الذي تقدمه المؤسسة إما الرغبة في الحصول على سلعة وإما أداء خدمة معينة. وقد يكون الطلب كتابي كما في حالة البيع بالمراسلة، وقد يكون شفهي، وهذا الأخير يصعب إثباته، وهنا يرجع مقدم الطلب في إثباته للقواعد العامة كشهادة الشهود والقرائن. ويشترط كذلك أن يكون الطلب عادياً، وألا يتجاوز مقدرة المؤسسة في تلبية، إلّا أنّ هناك سلع وخدمات لا تكون محل طلب كالأسلحة والمتفجرات والمواد السامة.

¹ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 178، 194.

² للمزيد من التفاصيل حول رفض الشراء:

KNANI Youssef, op. cit., p. 95, 96.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 18.

⁴ لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 76.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ رفض البيع هنا يصدر دائماً في مواجهة المؤسسات، وذلك عكس رفض البيع المنصوص عليه في المادة 15 من القانون رقم 04-02 الذي قد يصدر إما في مواجهة المؤسسات أو في مواجهة المستهلكين.

_ صدور الرفض، فيجب أن يقابل تقديم الطلب إعلان المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية عن رفضها الفعلي لبيع السلعة أو أداء الخدمة بصفة نهائية، لأنّ التهديد بالرفض أو التأخر في تسليم أو إتمام الخدمة لا يعد رفضاً¹.

ويتخذ هذا الرفض عدة صور، فقد يكون صريحاً، أو ضمناً في شكل عدم الرد على الزبون أو اقتراح سلعة أو خدمة مختلفة عن تلك المطلوبة أو عند الإدعاء بعدم توفر السلعة²، أي أنّ الرفض يمكن أن يتم بطريقة مباشرة، حيث تعبر المؤسسة الممونة عن عدم رغبتها في التعاقد بصراحة ووضوح، أو أنّ يكون بطريقة غير مباشرة، وهنا لا يكون الرفض عن طريق التعبير وإنّما عن طريق الفعل أو السكوت، ومثاله أن تتعمد المؤسسة الممونة الإنقاص من كمية المنتجات التي تطلبها المؤسسة الزبونة، أو أنّها لا توافق على طلبها إلاّ بشروط³.

_ توفر المنتج لدى المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية، وبالتالي يكون رفض البيع غير مشروع إذا كان المنتج متوفر لدى المؤسسة من الناحية المادية والقانونية.

فوجود المنتج مادياً يعني استطاعة المؤسسة الحصول عليه بسهولة، أو يمكن إنتاجه، فإذا كان المنتج غير موجود فيكون رفض البيع مبرراً، وهذا مثلاً إذا كان المنتج موجود لكنّه محل طلبية لمعامل آخر، وعدم استطاعة المؤسسة توفيره بسهولة فيكون الرفض هنا مبرراً.

أمّا الوجود القانوني للمنتج، فيعني أنّه ليس محل حجز أو رهن، أو محل تنظيم قانوني مثل بيع الأدوية فهذا منظم، ففي هذه الحالات يكون رفض البيع مبرراً⁴.

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 52.

² مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 134.

مختور دليّة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 56.

³ علّال سميحة، مرجع سابق، ص 18.

⁴ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 52.

ثانياً_ حالات مشروعية رفض البيع:

إذا كان المشرع الجزائري لم يوضح مفهوم المبرر الشرعي، فإنّ هناك حالات لمشروعية رفض البيع محددة على سبيل المثال، والتي إذا استند رفض البيع إليها يزيل عنه صفة التعسف ويصبح ممارسة غير منافية للمنافسة في مفهوم المادة 11 من الأمر رقم 03-03. وبصفة عامة يكون رفض البيع مشروعاً في الحالات التالية:

_ أن يكون للطلب صفة غير عادية، حيث يكون طلب شراء السلع والخدمات غير عادي إذا كان مخالفاً لما جرى العمل به في العرف التجاري، أو إذا كانت مواعيد تسليم البضاعة أو الخدمة وكذا كفيات الدفع غير عادية وغير مشروعة.

ويكون للطلب صفة غير عادية سواءً بالنظر إلى كمية المنتج المطلوبة بالمقارنة مع احتياجات الطالب، كالطلب الضئيل الكمية، أو بالعكس طلب بكمية كبيرة وغير معقولة خاصة إذا كان غير مصحوب بتقديم الضمانات الكافية لتسديد ثمن المبيع¹. أو بالنظر إلى أدنى شروط البيع للبائع، كالتطلب الذي لا يمثل الكفاءة المهنية المكتسبة من أجل تحويل أو توزيع المنتج المطلوب وفقاً للشروط المعمول بها، كرفض بيع المنتج لتاجر التجزئة الذي لا يتمتع بتكوين خاص من أجل ضمان خدمة ما بعد البيع للمستهلك النهائي، وهذا نجده في حالة المنتجات التي تستلزم خدمة ما بعد البيع كبيع السيارات، الآلات الكهربائية والمنزلية والإلكترونية، أو أنّ الطالب لا يملك التجهيزات التي بإمكانها ضمان البيع حسب الشروط المعمول بها، مثل وضع الإطار المناسب للمنتجات الراقية².

_ سوء نية الطالب، حيث يتم الكشف عن سوء النية بالنظر إلى المواقف السابقة للطالب المشتري والتي يمكن استنتاجها من خلال مخالفته لالتزاماته التعاقدية، أو عدم دفعه ثمن طلبات سابقة، أو سوء تنفيذ عقد توزيع سابق³. كما يعتبر الطالب سيء النية إذا اقترح استعمال المنتج الذي اشتراه بصفة تضر البائع، مثل إعادة بيع المنتج بسعر منخفض جداً مما يضر بصورة المنتج في نظر المستهلك، إذ تعتبر هذه الحالة صورة من صور المنافسة غير النزيهة.

¹ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 135.

² بن زيدان زويّنة، مرجع سابق، ص 62.

³ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 152.

وتقدير سوء النية، يجب أن تكون وقت طلب المنتج، وتحقق سوء النية عندما يكون طالب السلعة ليس بإمكانه دفع الثمن أي يكون في حالة إعسار، أو في حالة علمه بعدم وجود السلعة المطلوبة لدى البائع، ورغم ذلك يصر الطلب عليها¹.

_ رفض البيع تطبيقاً لنص قانوني، حيث يكون رفض البيع مبرراً ومشروعاً إذا ما تمّ تطبيقاً لنص قانوني، وعادة ما تكون هناك نصوص قانونية منظمة لبعض المنتجات ذات الطبيعة الخاصة²، ذلك نظراً لخطورتها؛ فقد نصت مثلاً المادة 213-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي على بعض هذه المنتجات كالمشروبات، المنتجات الزراعية والأدوية الطبية خاصة عندما تكون مغشوشة أو مقلدة، فرفض بيعها يعد مشروعاً لأنّ البيع هنا تمّ تنظيمه قانوناً، وكذلك الشأن بالنسبة للبيوع المتعلقة بالمنتجات الصيدلانية أو الحيوانية، وأيضاً بالنسبة لمستلزمات الحروب كالأسلحة مثلاً³.

وكذلك يكون رفض البيع مبرراً بصدد عقد الامتياز التجاري، فبمجرد إبرام المنتج عقد الامتياز التجاري الذي يحوي بند استئثار التموين لصالح صاحب الامتياز، يقوم هذا المنتج ببيع منتوجه بصفة استثنائية للمتعاقد معه، حيث يكون هذا الأخير الموزع الوحيد للمنتج في إطار إقليم محدد وفق الاستئثار الإقليمي.

هذه الوضعية تجعل الممون أو المنتج لا محالة يرفض بيع منتجاته لباقي منافسي صاحب الامتياز، وإذا لم يرفض البيع فيكون قد أخل بالتزامه التعاقدي. وعلى ذلك فعقد الامتياز التجاري يبرر رفض البيع، أي أنّه يسمح للمنتج برفض البيع مع متعامل خارج شبكة التوزيع، لأنّه نتيجة حتمية للبند المتعلق بالتموين الاستثنائي الذي يستفيد منه الموزعون أعضاء شبكة الامتياز التجاري فقط.

تبرم عقود الامتياز التجاري خاصة في مجال توزيع السيارات، وفي هذا الصدد وعلى سبيل المثال نجد أنّه قد تمّ إبرام أربعة عقود امتياز تجارية خاصة بتوزيع سيارات من نوع Citroën على التراب الوطني.

¹ بن زيدان زوينة، مرجع سابق، ص 63.

² مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 135.

مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 57.

³ BUSSY Jack, op. cit., p. 420.

وقد يشتكى الغير من رفض المنتج تمويل أو بيع منتوجه، إلا أنّ المنتج ملزم ببيعه لأفراد شبكته فقط، وبالتالي فإنّ رفض البيع بالنسبة للموزعين الذين لا يعتبرون من أفراد شبكته يعتبر مشروع. أمّا رفض إدماج الموزع في إطار شبكته أو رفض منحه اعتماد بدون سبب مبرر، يعتبر شكل من أشكال رفض البيع الذي يعتبر منافيا للمنافسة، وهذا ما جاء به مجلس المنافسة الفرنسي بموجب قرار مؤرخ في 22 سبتمبر 1999 الذي اعتبر رفض اعتماد موزع بدون مبرر شرعي يعتبر معاملة منافية للمنافسة، ممّا يجعله يتحصل على اعتماد بصفة إجبارية¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الموزع المبعد عن شبكة التوزيع الانتقائي، يمكن له أن يؤسس دعواه على أساس أنّ رفض الإدماج قد تمّ تعسفيا وبصفة تمييزية² أي على أساس ممارسة البيع التمييزي.

الفرع الثاني

البيع المتلازم أو التمييزي

لقد نصّ المشرع الجزائري في نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على حظر ممارسة البيع المتلازم أو التمييزي كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، فعادة ما يكون البيع المتلازم أو التمييزي نتيجة لتعسف الممون تجاه الموزع.

وما يشد انتباهنا هنا هو أنّ المشرع قد أدرج كلا من البيع المتلازم والبيع التمييزي في فقرة واحدة واستعمل للربط بينهما حرف العطف "أو"، وكأنّه يريد حظر إحدى الممارستين دون الأخرى، بمعنى أنّه ترك أمر اختيار إحدى الممارستين لتجريمها، وبالتالي فإنّ كلّ مؤسسة ستعاقب على إحدى الجريمتين فقط حتى ولو ارتكبتها معا، وبطبيعة الحال نجزم أنّ نية المشرع لم تتجه إلى ذلك.

لذا كان لا بد أن يتم الربط بين الممارستين بحرف العطف "و" ليكون بذلك نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03 كالآتي: "البيع المتلازم والتمييزي"³، وبذلك تصبح كلّ ممارسة مستقلة عن الأخرى، واستحق مرتكب أي منهما العقاب على ذلك، لاختلاف موضوع كلّ منهما.

ولتجسيد هذا الاختلاف ندرس أولا البيع المتلازم (أولا)، ثمّ ممارسة البيع التمييزي (ثانيا).

¹ بن زيدان زويينة، مرجع سابق، ص 59-61.

² مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 136.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 32.

أولاً- البيع المتلازم:

لقد كان البيع المتلازم منذ الاستقلال وحتى وقت ليس بالبعيد من بين الممارسات المباحة التي يسمح بها القانون، وتلجأ إليها الدولة نفسها من أجل بيع منتجاتها.

إلا أنّ هذه الممارسة فقدت ميزتها هذه، وأصبحت تخضع للحظر القانوني المنصوص عليه في المادة 11 من الأمر رقم 03-03. ومن خلال هذا النص نجد أنّ المشرع قد اعتبر البيع المتلازم أحد صور التعسف الناجم عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، والتي لا يمكن الحديث عنها إلا في إطار عقود البيع المبرمة بين المؤسسات، إلا أنّه ليس هناك ما يمنع ظهورها في العلاقة التعاقدية التي تنشأ بين المؤسسة والمستهلك، وذلك حسب المادة 17 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

لقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على ممارسة البيع المتلازم دون تعريفها، وعلى ذلك فقد تمّ تعريفها بأنّها تلك الممارسة التجارية التي يقوم بها مورد السلع والذي يجبر المشتري من خلالها على شراء منتج آخر إضافة إلى محل الشراء الأصلي، وبالتالي فإنّ المورد هنا يقوم ببيع منتوجين بصفة متلازمة رغم اختلاف طبيعتهما¹. إلا أنّه إذا تمعنا في مصطلح "متلازم" الذي أشار إليه المشرع في نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03، نجده يدل على وجود اقتران أو ارتباط بين شيئين، ومادام أنّ دراستنا تتعلق أساساً بعقود البيع المبرمة بين المؤسسات الناشطة على مستوى السوق، فإنّ هذا يدفعنا للحديث عن التلازم الذي سيكون بين المنتوجات.

لذلك يمكن القول أنّ البيع المتلازم هو ذلك الأسلوب التجاري الذي تلجأ إليه المؤسسة الممونة، والتي تكون في مركز قوة من أجل إلزام المؤسسات التابعة لها اقتصادياً على قبول شروطها التعسفية والمتمثلة في بيع أحد المنتجات مرافقاً لمنتج آخر والذي يكون من نوع مخالف، بحيث يكون هذا الأخير في غالب الأحيان ليست بحاجة إليه، مما يسمح للمؤسسة الممونة من تحقيق عملية ممتازة تتحصل من ورائها على أرباح طائلة. وفي مقابل ذلك، لا تجد المؤسسة الزبونة سوى القبول بهذه الشروط

¹ OJHA Lauren, «Les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante (une perspective comparée)», Bulletin cedidac, centre du droit de l'entreprise, n° 59, Université de Lausanne, septembre 2012, p. 3. www.unil.ch.

من أجل المحافظة على العلاقة التعاقدية، وكذا على وجودها في السوق، وبالتالي فتحقق هذه العلاقة يكون مرهونا بالموافقة على التلازم الذي تفرضه المؤسسة الممونة¹.

وعليه فإنّ البيوع المتلازمة أو ما يسمى كذلك بالبيوع المترابطة يقصد بها اشتراط اقتناء منتج آخر لم يقدم الطلب عليه، فالأصل أنّ الطلب وجه إلى منتج معين، لكن البائع وإدراكه لوضعية التبعية القائمة بينه وبين المشتري يرهّن بيع المنتج باقتناء منتج آخر لم يطلبه المشتري². ففي هذه الممارسة تقوم المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية بتجميع عدة سلع مختلفة في حصة واحدة، بحيث يكون سعرها أقل من سعر كلّ سلعة على حدة، وذلك لجلب الزبائن وإغرائهم بالسعر المنخفض ودفعهم لشراء الحصة كاملة حتى ولو كانوا غير مهتمين سوى بسلعة واحدة. وغالبا ما يجسد هذا البيع في ملازمة بيع منتج معروف بمنتج أقل منه شهرة أو ليس معروفا أصلا لضمان رواجه³.

فأسلوب البيع المتلازم إذن هو أسلوب تجاري تلجأ إليه المؤسسات من أجل التخلص من البضائع والسلع الكاسدة والتي لم توفق في توزيعها، إذ تقوم ببيعها ملازمة لسلع أخرى تكون أكثر رواجاً وأكثر طلباً، وبالتالي تتاح أمام المؤسسة المتبوعة والقوية اقتصاديا فرصة كبيرة نحو تحقيق ارتفاع في نسبة مبيعاتها، وهو ما يؤدي إلى تقوية مركزها⁴.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ البيع المتلازم قد سبق للمشرع الجزائري أن حظره في القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار والملغى وذلك بتسمية البيع المشروط، وكذا في الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة والملغى كذلك، وفي كلا هذين القانونين تم تكييف البيع المتلازم على أنّه ممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية.

وفي هذا الصدد قرر مجلس المنافسة الجزائري أنّ المؤسسة المشتكى منها (الشركة الوطنية للتبغ والكبريت) تخضع بيع سجائرهما لاقتناء منتجات أخرى، لكن هذه الأخيرة تبرر تصرفها بالصعوبات التي تواجهها في تسويق هذه المنتجات وبحرصها على تحسين وضعيتها المالية والحفاظ على مناصب العمل. إلّا أنّه حتى على فرض أنّ الصعوبات المحتج بها تؤثر سلبا على سير المؤسسة، فإنّها مع ذلك لا تبرر

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 11-13.

² لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 77.

³ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 53.

⁴ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 66.

ممارسة البيع المتلازم في نظر قانون المنافسة لاسيما وأنها تحتل موقع هيمنة على السوق بدرجة يستحال معها إيجاد بدائل لمنتجاتها، وعلى ذلك فإن الممارسة التي أقدمت المؤسسة على ارتكابها تشكل في حد ذاتها تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة أو الاحتكار، مما يستوجب معه الأخذ بأحكام الفقرتين 1 و3 من المادة 7 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة¹.

كذلك فقد تم منع ممارسة البيع المتلازم بصدد المادة 17 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك كممارسة تجارية غير شرعية.

ولتمييز تكييف البيع المتلازم كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية وكذا تكييفه كممارسة تجارية غير شرعية عن ذلك البيع المتلازم الذي نصت عليه المادة 11 كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، لابد أن تتوفر في هذا الأخير مجموعة من الشروط هي:

__ أن يكون من فرض البيع مؤسسة مستغلة لوضعية التبعية.

__ أن يكون من فرض عليه البيع مؤسسة أخرى تابعة للمؤسسة التي فرضت عليها البيع المتلازم.

__ فرض المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية شروط خاصة عند البيع، وهو أن تشترط على المؤسسة المشتري شراء منتج آخر أو تقديم خدمة أخرى مقابل بيع المنتج المطلوب².

__ يجب أن يتم بيع المنتج الأصلي والذي هو أساس العلاقة التعاقدية والمنتج الآخر في نفس الوقت (أي بإيجاب وقبول واحد)، بحيث أنه إذا كان هناك فارق زمني فلا مجال للحديث عن التلازم، لأنه في هذه الحالة نكون أمام عقدين لكل واحد منهما إيجاب وقبول خاص به، وبالتالي فإن عامل الوقت مهم جدا لقياس التلازم.

__ يجب أن يكون المنتج محل التعاقد من طبيعة مختلفة عن المنتج الملازم له، وهذا الشرط بديهي لأن الاختلاف هو أساس التلازم، بحيث يتم بيع منتوجين مختلفين بعقد واحد، هذا البيع تكون فيه المؤسسة الزبونة مكرهة على اقتناء منتج ليست بحاجة إليه، مما يشكل عبئا عليها في حالة عدم تمكنها

¹ قرار رقم 98 ق 03 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998، مرجع سابق.

² بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 53.

من التصرف فيه، ومثال ذلك أن تلزم المؤسسة الممونة المؤسسة الزبونة والتي تريد شراء منتج العطر أن تقتني معه وفي نفس الوقت صابون الحلاقة.

على الرغم من أنّ المشرع الجزائري قد حصر النطاق القانوني للمنع في مجال عقد البيع، والذي يترتب عليه بالضرورة أن يكون التلازم بين منتوجين، إلّا أنّه ليس هناك ما يمنع من أن تكون هذه الممارسة ناتجة عن إبرام نوع آخر من العقود، وليكن عقد تقديم الخدمات، ومن ثم فإنّ الحديث عن البيع المتلازم يكون مهما كانت طبيعة العقد، سواء كان عقد بيع أو عقد تقديم خدمات.

هذه الممارسة من شأنها أن تؤدي إلى تراجع إرادة المؤسسة الزبونة وبروز إرادة المؤسسة الممونة نتيجة لأسلوب الضغط الذي تمارسه هذه الأخيرة، والذي يدفع بالأولى للرضوخ لها من أجل المحافظة على نشاطها التجاري¹. فحتى وإن كانت المؤسسة الزبونة راغبة بالسلعة التبعية أو الملازمة، إلّا أنّها تفقد حريتها، فهي لا تتنازعها بسبب جودتها أو انخفاض ثمنها، ولكن بسبب حاجتها للسلعة الأصلية، ومن ثم تمارس المؤسسة الممونة شيئاً من الإكراه أو الإجبار على المؤسسة الزبونة². وعلى هذا فإنّ المنع المقرر للبيع المتلازم، إنما الهدف من ورائه هو المحافظة على الحرية التجارية.

ونظراً للآثار الناتجة عن هذا الأسلوب التجاري سواءً تلك التي تلحق بالمؤسسة الزبونة والتي تصل إلى درجة إقصائها من السوق، أو التي تصيب المنافسة فتحد منها، فقد حرص المشرع على حظر البيع المتلازم الناتج عن التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية دون أن يترتب عليه أي استثناء، حيث أنّ الحظر جاء مطلقاً، ليسد بذلك كلّ الثغرات القانونية التي قد تستغلها المؤسسات الممونة لكي تقلت من العقاب المقرر لمثل هذا النوع من الجرائم³.

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 13، 14، 17.

² أحمد عبد الرحمن الملحم، "مدى تقييد عقد القصر للمنافسة الرأسية (دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الأمريكي والأوروبي مع العناية بالوضع في الكويت)"، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، السنة العشرون، مارس 1996، ص 47.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 18.

وأهم قضية بخصوص هذه الجريمة، نجد قضية مؤسسة Microsoft، حيث قامت اللجنة الأوروبية بعقاب هذه المؤسسة لأنها قامت ببيع شبكة Windows ملازمة مع شبكة أخرى هي Windows Media Player، وهذا ما أكدته أيضا المحكمة في قرارها الصادر في 7 ديسمبر 2005¹.

ثانياً_ البيع التمييزي:

لقد اعتبر الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة البيع التمييزي La vente discriminatoire صورة من صور التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في مفهوم المادة 11 منه، وبالتالي فإنّ الإتيان به يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة.

إن أساس حظر البيع التمييزي يعود إلى المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1945 والتي تنص: "لكلّ إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو رأي آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أية تفرقة بين الرجال والنساء". كما أنّ الدستور الجزائري يمنع التمييز بموجب المادة 29/2 من دستور 1996 التي جاء فيها: "لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

والبيع التمييزي الذي حظره الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة هو ذلك البيع الذي يكون بين مؤسستين تكون إحداها في وضعية تبعية اقتصادية للأخرى²، نتيجة لما لهذه الممارسة من تأثير مباشر على حركة السوق، حيث تؤدي إلى اختلالها وبالتالي إلى الإخلال بحرية المنافسة.

فلحماية المنافسة وتوفير الأرضية الملائمة لتكريس مبادئها، جرم المشرع الجزائري البيع التمييزي، لأنه لا يمكن الحديث عن منافسة حرة ونزيهة إلا إذا كانت مبنية على المساواة بين كلّ المؤسسات، حتى ولو كانت مساواة نسبية، فالأمر لا يستوجب البحث عن تلك المساواة المطبقة في مجال الرياضيات³، لذلك يجب أن يمنح المتعاملون الاقتصاديون نفس الحظوظ. وبالتالي فتحظر كلّ معاملة

¹ GSTALTER Jérôme, Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle (les nouveaux monopoles de la société de l'information), Bruylant éditions, Bruxelles, 2012, p. 426.

² مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 66.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 20.

تميزية لصالح أحد المتعاملين الاقتصاديين إذا ما وجد في نفس الظروف مع غيره من المتعاملين الاقتصاديين الآخرين الذين لم يحظوا بمثل هذه الامتيازات¹.

وقد تم تعريف البيع التمييزي بأنه ذلك البيع الذي يتحقق في كل حالة تتحصل من خلالها المؤسسة أو عدة مؤسسات _دون الأخرى_ على شروط خاصة بالبيع، تتمثل مثلاً في منحها امتيازات كأسعار خاصة أو تسهيلات في الدفع². وقد يتعلق الأمر مثلاً بعدم الاستجابة لطلبات المشتري _الذي يكون في وضعية التبعية الاقتصادية_ في الكمية المسلمة، حيث يرفض البائع تسليم كامل الكمية المطالب بها لأحد الزبائن (المشتري التابع للبائع)، في الوقت الذي يلبي فيه كامل طلبية بعض الزبائن. وهكذا يظهر تفضيل زبون على آخر، مما يؤثر سلباً على منافسي الزبون المفضل فتتقيد منافستهم في السوق، ومن هنا تظهر الحكمة من حظر هذه التصرفات غير المبررة³، لأنها تصرفات بعيدة عن الحياد تميل لتفضيل عميل على آخر، ومرد عدم مشروعيتها هو تفضيل مشتري على حساب مشتريين آخرين، أو أن يعامل متعامل بطريقة غير عادلة من طرف الممون أو الصانع أو البائع، حيث تفرض عليه شروط أكثر قسوة من تلك التي تفرض على منافسيه⁴.

إذن فالمقصود بالبيع التمييزي كجريمة يعاقب عليها القانون، ذلك البيع الذي تمنح بموجبه المؤسسة الممونة لأحد زبائنها سواء كان موزعاً، تاجر جملة أو تاجر تجزئة، والذي تربطه به علاقة تجارية جملة من الامتيازات دون غيره من المؤسسات الأخرى، بمعنى أن بعض الزبائن وليس كلهم سوف تطبق عليهم شروط خاصة أو سعر خاص تختلف عن شروط البيع العامة. وهذه المزايا التي يحصل عليها أحد العملاء دون غيره، تجعله في وضعية أفضل مقارنة بباقي المؤسسات المنافسة له، وهذا من شأنه أن يحسن من مركزه على مستوى السوق.

والمعاملة التمييزية التي تنفرد بها إحدى المؤسسات دون البقية يكون أساسها وجود علاقة تعاقدية تربط بين المؤسسات، بمعنى أنه إذا تحققت هذه الأخيرة، استفادت المؤسسة الزبونة من الامتياز الحصري الذي سيمنح لها، وعلى العكس من ذلك، فإنه إذا زالت هذه العلاقة لأي سبب من الأسباب كالإبطال أو

¹ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 137.

مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 59.

² BUSSY Jack, op. cit., p. 353.

³ ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 418.

⁴ لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 77.

الفسخ مثلا، فإنّ هذا بطبيعة الحال من شأنه أن يؤدي إلى زوال الامتياز. ولذا فإنّ الممارسة التمييزية المحظورة مرتبطة بالعقد وجودا وعدما¹.

وبمفهوم المخالفة فإنّ البيع التمييزي الذي ينوه له الأمر رقم 03-03 هو ذلك البيع الذي تحصل بموجبه المؤسسة الموجودة في وضعية تبعية اقتصادية على معاملة غير عادلة أو تفرض عليها شروط أكثر قسوة مقارنة مع المؤسسات الأخرى المنافسة لها والتي تتعامل أيضا مع المؤسسة المتبوعة، فمثلا هو ذلك البيع الذي تفرض بموجبه المؤسسة المتبوعة على المؤسسة التابعة لها اقتصاديا والتي تربطهما علاقة تجارية، مجموعة من الشروط القاسية تخص بها هذه المؤسسة التابعة دون غيرها من المؤسسات الأخرى المنافسة لها، مما يجعل هذه الأخيرة في وضعية أفضل من المؤسسة التابعة².

وعموما نكون بصدد معاملة تمييزية، كلّما فرضت مؤسسة على مؤسسة أخرى شروطا غير عادية، وما على المتضرر إلّا إثبات ما يدعيه، ولمعرفة ما إذا كنا بصدد هذه الوضعية يمكن الاستناد إلى عدة معايير من بينها:

_ المقارنة بين معاملة مؤسسات موجودة في الظروف نفسها وفي الزمان نفسه وفي المكان نفسه، أمّا إذا كانت المؤسسات في ظروف مختلفة، فالمعاملة التمييزية بينها طبيعية، ولن تشكل صورة من صور التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

_ يمكن أن يتعامل الممون مع فئات مختلفة من الموزعين، فقد يتعامل أساسا وبطريقة منتظمة مع شبكة توزيع انتقائية، إضافة إلى موزعين آخرين يتم التعامل معهم بصفة عرضية، فهنا لا يمكن أن نكون بصدد معاملة مماثلة، وهذا طبيعي ومشروع، وعليه ما على الضحية إلّا إثبات تطابق الظروف والعلاقة العقدية لإدعاء المعاملة التمييزية³.

وقد نص المشرع الجزائري على نوعين من البيع التمييزي، أولهما في المادة 11 من الأمر رقم 03-03، والثاني نصت عليه المادة 18 من القانون رقم 04-02، وحتى نكون أمام البيع التمييزي المنصوص عليه في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 لابد من توافر الشروط التالية:

¹ علل سميحة، مرجع سابق، ص 21، 22.

² مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 66.

³ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 137.

_ توافر الطابع التمييزي في بيع تقوم به مؤسسة مستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية.

_ أن يكون الطابع التمييزي للبيع ناتج عن عدم رغبة المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية التعامل مع مجموعة من المؤسسات¹.

_ ألا تبرر المعاملة التمييزية بمنح امتيازات مقابلة، حيث أنه لما تبرر المعاملة التمييزية بمنح امتيازات مقابلة لا نكون بصدد المعاملة التمييزية، لكن المقابل يجب أن يتعلق بنفس الصفقة وبفس العقد، وليس مرتبطا بعملية بيع أو شراء سابقة. ويجب أيضا أن يكون الامتياز الممنوح بقدر الخدمة المقدمة، وبالتالي يجب النظر في الشروط العامة للعقد والفواتير المقدمة والاتفاقيات المبرمة. فكل هذه العوامل تساعد على معرفة أهمية الامتياز بالنظر إلى الخدمة المقدمة².

وما تجدر الإشارة إليه أن النص القانوني المتضمن لجريمة البيع التمييزي جاء عاما، مما يسمح بتفسيره تفسيراً واسعاً، ومنه يمكن القول أن الحظر القانوني يشمل كل عقود البيع التي تبرمها المؤسسات فيما بينها مهما كان المجال الذي تنشط فيه، سواء كان مجال إنتاج أو توزيع، وسواء تمت هذه الممارسة بصفة اعتيادية أو مؤقتة. وإلى جانب هذا فإن الحظر القانوني يشمل أيضا عقود تقديم الخدمات حتى ولو لم يشر المشرع الجزائري إلى ذلك، حيث أقر مجلس النقض الفرنسي أن نص المادة 36 من الأمر رقم 1243-86 يتعلق أيضا بتقديم الخدمات ولو بصفة ضمنية³.

وبالرغم من أن الممارسة التمييزية تؤدي إلى عدم المساواة بين المؤسسات، إلا أنها لا تكون مجرمة إلا إذا تسببت في ضرر أو منفعة للطرف المتعاقد مع المؤسسة الممونة على مستوى المنافسة، وبالتالي فإن الآثار الناجمة عن البيع التمييزي إما أن تكون آثار إيجابية أو آثار سلبية. ونجد أن الآثار السلبية والإيجابية ما هي إلا وجهان لعملة واحدة، بمعنى أنه إذا عادت الممارسات التمييزية بالنفع على بعض المؤسسات، فإن هذا من شأنه أن يلحق ضررا بالمؤسسات الأخرى على مستوى المنافسة، وهذه المؤسسات تكون جميعها متواجدة في نفس السوق ومرتبطة بوضعية التبعية مع ذات المؤسسة الممونة⁴.

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 53، 54.

² مختور دليل، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 61.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 21.

⁴ المرجع نفسه، ص 25، 26.

ومن أهم القرارات التي صدرت عن مجلس المنافسة الجزائري بخصوص البيع التمييزي نجد القرار الصادر عام 1998 بخصوص ممارسات المؤسسة الوطنية للتبغ والكبريت (SNTA)، فباعتبار أن هذا القرار قد صدر في ظل الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى والذي لم ينص على ممارسة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، إلا أن مجلس المنافسة الجزائري قد تفتن لذلك، حيث اعتبر أن المؤسسة الوطنية للتبغ والكبريت تتذرع لتبرير سلوكها تجاه الزبائن بنظام الحصص الذي أقرته بسبب عدم قدرتها على تزويدهم بالكميات المطلوبة، لكن إذا كانت المؤسسة المذكورة مجبرة نظرا لضعف الإنتاج على اعتماد نظام الحصص في البيع، فإن ذلك لا يبرر معاملة بعض الزبائن بصفة تفضيلية وإقصاء البعض الآخر. كما تم اعتبار أن موقع المؤسسة المشتكى منها في السوق موقع احتكار أو هيمنة، وأن وضعية الزبائن في وضعية تبعية اقتصادية إزاءها، فإن التعامل معهم بصفة تمييزية يعد ممارسة تعسفية.

وقد تبين من المعايينات التي قامت بها المصالح المذكورة أن المؤسسة الوطنية للتبغ والكبريت تبيع لبعض الزبائن دفعة واحدة كميات من التبغ تصل إلى (1000) علبة للزبون الواحد، بينما لا يستفيد البعض الآخر إلا على مائة (100) علبة لكل زبون هذا في حالة عدم رفض حصصهم¹.

الفرع الثالث

البيع المشروط باقتناء كمية دنيا

يعتبر البيع المشروط باقتناء كمية دنيا La vente conditionnée par l'acquisition d'une quantité minimale صورة أخرى من صور التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، والتي أدرجها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في المادة 11 منه، فإذا تمسكت المؤسسة المتبوعة بالبيع المشروط باقتناء كمية دنيا في مواجهة مؤسسة أخرى تتواجد في وضعية تبعية اقتصادية لها، يشكل ذلك تعسفا في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية المحظور بموجب المادة 11 دائما، لإخلاله بقواعد المنافسة في السوق، وتقييد من حريتها المكفولة بموجب القانون.

فالبيع المشروط باقتناء كمية دنيا هو ذلك البيع الذي تفرض فيه المؤسسة على المؤسسة الأخرى التابعة لها اقتصاديا اقتناء كمية دنيا من المنتج، وهذه الكمية تحددها المؤسسة المتبوعة لا غير². أي أن

¹ قرار رقم 98 ق 03 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998، مرجع سابق.

² مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 67.

البيع المشروط باقتناء كمية دنيا يتمثل في اشتراط المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية من أجل بيع منتوجها اقتناء كمية دنيا، حيث أنّ عدم أخذ كمية تحددها هذه المؤسسة يؤدي ذلك لعدم منحها المنتج¹، كأن يريد شخص شراء 20 قنطار من القمح، لكن المؤسسة تفرض عليه أن يقتني كمية دنيا تقل عن 15 قنطار.

وحتى تكون هذه الممارسة محظورة، فيجب أن تكون المؤسسة التي تريد الشراء في حالة تبعية، فإن لم تكن كذلك فالفعل لا يعد محظورا²، لأنّ المشرع الجزائري يعتبر البيع المشروط باقتناء كمية دنيا مخلا بقواعد المنافسة الحرة والنزيهة، إذا ما صدر التصرف من مؤسسة اقتصادية مستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية.

فلا يحق إذن للممون أن يقيد الموزع عند اقتناء السلع من خلال التحديد المسبق للحد الأدنى من السلع التي يجب اقتنائها، لأنّ المنافسة الحرة والنزيهة تمنح الموزع الحق في اقتناء السلع وفقا لقانون العرض والطلب، والاستجابة لحاجياته بالنظر إلى نسبة المبيعات التي حققها³.

إنّ مبرر منع هذا البيع واعتباره مؤثرا في المنافسة هو إمكانية مساسه بمبدأ أساسي تضمنه قانون المنافسة، وهو مبدأ تحديد الأسعار بصفة حرة اعتمادا على قواعد المنافسة، وذلك عن طريق خرق معادلة العرض والطلب بطرح كمية قليلة من المنتج في السوق، مما يؤدي إلى ارتفاع الأسعار أو الحفاظ عليها مرتفعة، واستفادة المؤسسة صاحبة المنتج على حساب العملية التنافسية في السوق⁴.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع الجزائري عندما حظر البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، فهل معنى هذا أنّ البيع المشروط باقتناء كمية عالية يخرج من دائرة التجريم، وبالتالي تقلت المؤسسة الممونة التي تلزم زبائنهم بشراء كمية كبيرة من المنتجات تفوق حاجتهم من أجل إبرام عقد البيع من العقاب بالرغم من الضرر الذي قد تسببه لهم هذه الممارسة كعجزهم مثلا عن دفع قيمة أو ثمن المنتجات، وبالتالي زعزعة موقفهم المالي، أو تسببها في عدم قدرتهم على توزيع هذه الكمية الهائلة. ولذا

¹ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 54.

² قوعراب فريزة، مرجع سابق، ص 11.

بن عزة محمد، مرجع سابق، ص 256.

³ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 138.

⁴ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 26.

فإذا كان وجود هذه الفقرة ضروريا، فمن الممكن أن تكون صيغتها كالآتي "البيع المشروط باقتناء كمية مفروضة" أو "البيع المشروط باقتناء كمية معينة" وذلك لتعبيرها على المدلولين معا¹.

لكن إذا كان المشرع الجزائري لم ينص على حظر البيع المشروط باقتناء كمية عالية كصورة من صور التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في مضمون نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03، إلا أنّ هذه الحالة يشملها الحظر القانوني الوارد في نص المادة 17 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي منعت اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة، والتي تشمل سواء البيع المشروط بشراء كمية دنيا أو البيع المشروط بشراء كمية عالية.

وعلى العموم تم حظر البيع المشروط باقتناء كمية دنيا لأنه يخل بمبدأ الرضا في عملية البيع، وذلك عند اختيار وتحديد الكمية المطلوبة للشراء. كذلك قد يتحقق الإخلال بمبدأ الرضا من خلال ممارسة أخرى عن طريق التأثير على إرادة المشتري عند إعادة البيع فيكون بسعر أقل وهي ممارسة الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى²، غير أنّ التعسف هنا يظهر على مستوى الأسعار.

الفرع الرابع

الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى

تعد حرية الأسعار وشفافيتها من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المنافسة الحرة والنزيهة بالرغم من احتفاظ الدولة بدورها في تحديد أسعار بعض السلع والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي³.

وتفترض حرية الأسعار التي أقامها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁴ حرية تحديد البائع ثمن البيع، وهذا المبدأ مفروض على كلّ شخص أو مورد أو بائع بالجملة أو مستورد⁵. فكلّ مؤسسة حرية

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 19.

² ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 418.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 32.

⁴ في المادة 4 فقرة 1 منه التي تنص: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة".

أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

⁵ ج.ريبير - ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 808.

تحديد أسعار السلع والخدمات التي تعرضها للزبائن، لأن مبدأ المنافسة الحرة يقتضي أن كل بائع وكل عارض خدمات يحتفظ بحريته في تحديد الأسعار بطريقة مختلفة عن منافسيه¹. ومن أجل حماية هذا المبدأ، فقد سهر المشرع على وضع الإطار القانوني الذي ينظم المعاملات الاقتصادية، ويضمن حرية التجارة، وذلك بحظر كل الممارسات التي تتنافى ومبدأ حرية الأسعار ومن بينها الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.

وقد حظر المشرع الجزائري هذا النوع من الممارسات، لما لها من تأثير سلبي على توازن السوق واستقرار المعاملات، وكان ذلك بموجب المادة 11 من الأمر رقم 03-03 باعتباره مظهرا من مظاهر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية²، فقد يقوم الممون بتحديد سعر أدنى لبيع سلعه، وعادة ما يتخذ المنتجون هذا الشرط كوسيلة لمراقبة سعر التجزئة الذي تسعر به منتجاتهم، فالمنتج يهدف إلى تحقيق قدر من الربح، وخاصة إضفاء صفة الجودة على المنتجات³.

ففي هذه الممارسة تفرض المؤسسة المتبوعة على المؤسسة المتواجدة إزاءها في وضعية تبعية اقتصادية، إعادة بيع منتجاتها بسعر أدنى أو أقل مستغلة في ذلك هذه التبعية، أي أن المؤسسة المتبوعة تتكفل هي بتحديد أسعار إعادة البيع، وتجبر المؤسسة التابعة لها اقتصاديا الالتزام بهذه الأسعار⁴ والتي لا يمكن لها البيع بأقل من هذا السعر المحدد.

وتمارس المؤسسة الممونة هذه الأسعار لفترة معينة، وتكون متماثلة أو موحدة، بحيث تطبقها على كل الموزعين المتعاملين معها، ومثال ذلك أن يحدد مصنع "سفيتال Cevital" مثلا السعر الأدنى لإعادة بيع 5 لترات من الزيت ب 45 دينار وفرضه على الموزعين المتعاقدين معه الذين عليهم أن يلتزموا به، بحيث لا يمكنهم النزول عنه، أي لا يمكنهم البيع بأقل من السعر المحدد من قبل المصنع⁵. وهذا ما يؤدي إلى تقوية وضعية الممون تجاه الموزعين، وبالتالي وجود حاجز يعرقل إمكانية انخفاض الأسعار

¹ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 138.

مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 62.

² علل سميحة، مرجع سابق، ص 32، 33.

³ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 471.

⁴ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 67.

⁵ علل سميحة، مرجع سابق، ص 34.

وفقا للسوق¹. لذلك فتعتبر تعسفية الممارسات التي ترمي إلى الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، حيث يتم تحديدها بصفة اصطناعية مما يلحق ضررا بالحرية التجارية للزبون².

إلا أنه لا يمكن تحقق هذه الممارسة إلا إذا اجتمعت عدة شروط تتمثل أساسا في:

_ يجب أن تتمتع المؤسسة الممونة بمركز قوي في السوق، أي أنها تسيطر على جزء منه، وهذا لكي تضمن عدم وجود منافسين لها، لأنها إذا وجدت نفسها أمام منافسة حقيقية وفاعلة، فكل محاولة منها للمحافظة على عرض منتجاتها بسعر يفوق السعر المعروف من قبل منافسيها يعني بالنسبة لها استحالة بيع إنتاجها.

_ يجب ألا تكون المؤسسات الموزعة في وضعية تنافس تجاه المؤسسة الممونة، لأنه في هذه الحالة ستكتفي بفرض أسعار مرتفعة لمنتجاتها، وتترك للموزعين حرية اختيار السعر الذي يبيعون به.

_ شرط الإلزام، فحتى يمكن الحديث عن ممارسة الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، ناتجة عن خرق قانوني تعرض المؤسسة المخالفة للمساءلة القانونية، يجب توفر شرط مهم تم استخلاصه من نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03، والذي يتمثل في شرط الإلزام، وبالتالي فإن الطابع الإلزامي لهذه الممارسة هو الذي يقيد اختيار المؤسسات الموزعة لأسعار بيع منتجاتها وفقا لما يتطلبه السوق، والتي تخضع لضغوطات المؤسسة الممونة من أجل المحافظة على العلاقة التعاقدية، حيث أن عدم الاكتراث بالسعر الأدنى الذي تحدده المؤسسة الممونة من شأنه أن يؤدي إلى قطع العلاقة التعاقدية ودفع المؤسسة الزبونة إلى مصير مجهول. ومنه فإذا فقدت عملية البيع هذه طابعها الإلزامي فإنها ستخرج من دائرة الحظر.

ولذا فإن اقتراح المؤسسة الممونة لحد أدنى لإعادة البيع على المؤسسة الموزعة المتعاقدة معها لا تعد ممارسة محظورة لأنها تفتقد إلى الطابع الإلزامي، مما يسمح لهذه الأخيرة بإيصال السلع للمستهلك بالسعر الذي تراه مناسباً، أي أنها تكون حرة في تحديد إستراتيجيتها التجارية، وهو ما يفسح المجال للمنافسة بين المؤسسات على أساس حرية الأسعار³.

¹ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 26.

² قوعراب فريزة، مرجع سابق، ص 11.

بن عزة محمد، مرجع سابق، ص 256.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 36، 37.

وبالطبع فإنّ الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى ينطبق على المجالات الخاضعة لحرية الأسعار، لأنّ المجالات المستثناة من أعمال مبدأ حرية الأسعار، لا يمكن إعمال هذه الممارسة في إطارها¹.

ومبدأ حرية الأسعار يطبق بصفة عامة على كلّ المنتجات سلعا كانت أو خدمات، ولو أنّ فرض سعر أدنى في مجال الخدمات يصعب تصوّره خاصة لأنّه لا يوجد ما يبرره².

لكن إذا كان تحديد سعر أدنى لإعادة البيع يقتصر فقط على المنتجات التي تخضع لحرية الأسعار، فإنّ مجال تطبيق الحظر المقرر لهذه الممارسة واسع بحيث يخص كلّ الأنشطة سواء كانت إنتاجاً، توزيعاً أو حتى استيراداً، مادام أنّ المؤسسة ستبرم عقود بيع تكون فيها الممون الوحيد لغيرها من المؤسسات بالمنتجات الضرورية لنشاطها التجاري.

لذلك فغالبا ما تكون هذه الممارسة منتشرة بين المومنين وشبكات التوزيع المرتبطة معهم بعقود بيع³، وبالتالي فإنّ فرض سعر أدنى لإعادة البيع يعد من الممارسات التي تنتج عن التعاملات التجارية التي تتم بين المؤسسات، فلا يمكن أن تقع خارج هذا الإطار بالرغم من أنّ آثارها السلبية تمتد إلى المستهلك⁴.

وتتم هذه الممارسة بكيفيات مختلفة وصور متعددة (أولاً)، وهذا من شأنه أن يزيد من الآثار التي ترتبها ممارسة الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى (ثانياً).

أولاً- صور الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى:

تتبع المؤسسة الممونة عدة أساليب من أجل فرض سعر أدنى لإعادة بيع السلع وتقديم الخدمات، وبالتالي تجريد المؤسسات الموزعة من حقها في اختيار سعر البيع أو سعر تقديم الخدمة. هذه الأساليب قد تكون مباشرة أو غير مباشرة⁵.

¹ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 68.

² BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 471.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 33-35.

⁴ BUSSY Jack, op. cit., p. 353.

⁵ علال سميحة، مرجع سابق، ص 37.

فالأساليب المباشرة التي تتبعها المؤسسة الممونة، يمكن أن تتخذ شكل ضغط أو تهديد تدخله في العقد المبرم بينها وبين المؤسسات المتعاقدة معها (بند جزائي مثلاً)، ويطبق على هذه الأخيرة في حالة عدم احترامها للسعر المحدد.

كما أنه في وسع الممون أن يهدد الموزع بوضع نهاية للمنافع المالية المعطاة له إذا لم يحترم السعر المحدد¹، وتتمثل هذه المنافع مثلاً في التخفيضات التي تمنحها المؤسسة الممونة طوال فترة سريان الحد الأدنى للأسعار المحددة من قبلها، ومنه نجد أن منح المنافع أو الامتيازات مرتبط بمدى قبول أو رفض المؤسسة الموزعة لمثل هذه الممارسة المخلة بحرية المنافسة، هذا ما يجسد بوضوح التعسف في استغلال وضعيته التبعية.

بالإضافة إلى هذا فإن فرض نسبة ربح معينة على المؤسسة الموزعة من قبل المؤسسة الممونة، والتي يجب على الأولى عدم تجاوزها يشكل بدوره أحد مظاهر فرض صبغة دنيا على سعر إعادة البيع، كأن تحدد مثلاً مؤسسة "هنكل Henkel" للمؤسسات المتعاقدة معها نسبة ربح تقدر ب 2% والتي يجب عليها احترامها.

فضلاً عن هذا فإن فرض هامش تجاري معين من طرف المؤسسة الممونة على المؤسسات المتعاقدة معها يدخل بدوره في مجال الحظر القانوني².

إلا أن الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى يمكن أيضاً أن يظهر بأساليب غير مباشرة، وأكثر الممارسات شيوعاً هنا تركز على تعهد المورد بأن يحث الموزع على ممارسة مستوى معين من الأسعار، كأن يفرض المورد الذي يحتج برفض التسليم للبائع بعد الشراء بسبب سعر السلع الذي يراه منخفضاً جداً، بصورة غير مباشرة ثمناً أدنى للبيع بعد الشراء. وليس من الضروري أن يحدد المورد لبيع منتجه بعد الشراء قيمة نقدية محددة كي تكون هذه الممارسة محظورة³.

والأمر لا يتوقف عند هذا الأسلوب، بل قد يتعداه إلى حد قطع العلاقة التعاقدية التي تربط بين المؤسستين، نتيجة لرفض المؤسسة الموزعة احترام سياسة الأسعار التي تفرضها عليها المؤسسة

¹ ج.ريبير-ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 810.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 35، 37.

³ ج.ريبير-ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 811.

الممونة، بمعنى أنّ هذه الأخيرة تربط بين موافقتها على التعاقد مع مؤسسات سبق التعامل معها، وبين قبولهم لأسعار السلع والخدمات التي تحددها بنفسها وتلتزمهم بعدم النزول عنها.

ومن ثم فإنّ جميع هذه الصور من شأنها أن تؤدي إلى تحكم المؤسسة الممونة في أسعار المنتجات التي تدخل إلى السوق، مما يشكل حاجزا أمام انخفاض الأسعار، وبالتالي تقييد المنافسة¹.

ثانيا - آثار الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى:

لقد تمّ حظر ممارسة الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، لأنّها تعيق حرية تحديد الأسعار وفقا لقواعد العرض والطلب²، باعتبار أنّ الأسعار ستكون محددة مسبقا، وهذا يتعارض مع مبدأ حرية الأسعار الذي نص عليه المشرع الجزائري كأساس لتحقيق المنافسة الحرة في مجال التوزيع بالتجزئة³.

فمثل هذه الممارسة تجعل المؤسسة الممونة تتحكم في أسعار المنتجات ومنه في سير السوق من خلال مراقبة شبكات التوزيع، ما ينتج عنه الحد من المنافسة بين الموزعين نظرا لخضوعهم أو التزامهم بنفس السعر المحدد من قبل المؤسسة الممونة، هذا من شأنه أن يؤدي في النهاية إلى وضع حاجز أمام انخفاض الأسعار، وبالتالي فإنّ هذا الحظر القانوني الذي تستفيد منه خاصة شبكات التوزيع من شأنه أن يمنع الممون من أن يحدّ من حرية الموزع في تحديد أسعار المنتجات بنفسه.

والى جانب هذه الأضرار التي تلحقها ممارسة الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى بالمنافسة؛ حيث أنّها تقيدها إن لم نقل أنها تشلّها، فهناك أضرار أخرى تلحق بالمستهلك والذي يجد نفسه مضطرا إلى قبول أسعار موحدة تطرحها المؤسسات الموزعة، وبالتالي عدم استفادته من هذا التوجه الجديد، لأنّ حرية الأسعار هي المنفعة الحقيقية للمستهلك، ومنه فإنّ حظر هذه الممارسة ستمنح له فرصة الاستفادة من فارق السعر الناتج عن التنافس بين المؤسسات الاقتصادية⁴.

لكن إذا كان المشرع الجزائري قد حظر الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى حظرا مطلقا، فإنّ المشرع الفرنسي قد أورد استثناء على حظر هذه الممارسة وذلك في قانون 10 أوت 1981 والمتعلق بسعر

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 35، 37.

² لحراري (شالح) ويزة، مرجع سابق، ص 77.

³ مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 63.

⁴ علال سميحة، مرجع سابق، ص 34، 37، 38.

الكتاب المعدل بالقانون رقم 85-500 الصادر في 13 ماي 1985، حيث سمح لكل ناشر أو مستورد للكتب أن يوحد سعر بيعها، ويلزم به المكتبات التي عليها أن تحترم هذا السعر¹، أي يقع على عاتق كل ناشر أو مستورد للكتب واجب تحديد ثمن البيع للجمهور، وليس في وسع الموزع أن يعطي سوى تنزيل أدنى قدره 5%².

وإضافة إلى كل هذه الممارسات التعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية المتعلقة بالأسعار وشروط البيع المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فقد نصت كذلك هذه المادة على ممارسات تعسفية أخرى في وضعية التبعية الاقتصادية والمتعلقة بالعلاقات التجارية.

المطلب الثاني

الممارسات التعسفية المتعلقة بالعلاقات التجارية

تتمثل هذه الممارسات التعسفية المتعلقة بالعلاقات التجارية في ممارسة واحدة نص عليها المشرع الجزائري هي: قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.

إن القاعدة العامة هي حرية المعاملات التجارية، إذ لكل شركة أو مؤسسة الحق في التعامل مع من تريد التعامل معه، وبالتالي يكون رفض التعامل سلوك مشروع، إلا إذا اقترن الرفض بالرغبة في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية قصد التأثير على المنافسة وتقييدها، كأن تلجأ مؤسسة ما إلى فرض شروط غير مشروعة حتى تمارس ضغوط على المؤسسة التي تتعامل معها من أجل الإضرار وزعزعة وضعها في السوق، لكون هذه الأخيرة قد خصصت استثمارات وأصول هامة، يؤدي قطع العلاقة التجارية إلى إلحاق أضرار معتبرة بها³.

يعتبر قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة La rupture d'une relation commerciale seul motif que le partenaire refuse de se soumettre a des conditions commerciales injustifiées صورة أخرى من صور التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية حسب مضمون المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

¹ L'alinéa premier de l'article premier de la loi 10 août 1981 énonce que «toute personne physique ou morale qui édite ou importe des livres est tenue de fixer pour les livres qu'elle édite ou importe, un prix de vente au public».

NICOLAS-VULLIERME Laurence, op. cit., p. 280, 281.

² ج.ريبير-ر.رويلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 808.

³ ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 418، 419.

وتتجسد هذه الصورة في أنّ المؤسسة المتبوعة تقوم بفرض شروط تجارية غير مبررة على المؤسسة التابعة لها أي المتواجدة في وضعية تبعية اقتصادية إزاءها، فإن تمسكت هذه الأخيرة في مواجهة المؤسسة المتبوعة برفض الخضوع لهذه الشروط التجارية غير المبررة، تقوم المؤسسة المتبوعة وتعسفا منها في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية التي تتواجد فيها المؤسسة الأخرى _التابعة لها_ بقطع العلاقات التجارية بينهما¹، كأن تفرض المؤسسة المنتجة الدفع المسبق بشهر قبل اقتناء البضاعة، فإذا رفضت المؤسسة الموزعة هذا الشرط وقطعت معها المؤسسة المنتجة علاقاتها، فنكون هنا بصدد هذه الممارسة المحظورة².

فمثل هذه الممارسة تكون بين مؤسستين، وتكون إحداهما ذي وضع اقتصادي قوي تستطيع بموجب ذلك فرض شروط على زبائنها.

وقد ظهرت هذه المعاملات في فرنسا بين وكلاء التوزيع والشركات المنتجة، وهذه الأخيرة قد تشترط على وكلائها شروط تجارية غير شرعية³. إلا أنّ هناك من يرى أنّ ممارسة قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة ترتكبها مؤسسات التوزيع الكبرى التي تتمتع بقوة الشراء في مواجهة مورديها⁴.

وبين هذا الرأي وذاك يمكن القول أنّ أحكام المادة 11 من الأمر رقم 03-03 تسري سواء كان مرتكب هذه الممارسة التعسفية موزعا أو موردا، حيث تتيح عمومية صياغة نص المادة 11 تطبيقه على أي علاقة تبعية أو أي اختلال للتوازن التعاقدية بين الشركاء الاقتصاديين مادام هناك مجال للتعسف، ويشمل مفهوم الشريك كلّ مؤسسة تمارس نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمة، وعلى وجه الخصوص الصانعين أو البائعين بالجملة والبائعين والمشتريين⁵.

¹ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 68، 69.

² قوعراب فريزة، مرجع سابق، ص 11، 12.

بن عزة محمد، مرجع سابق، ص 256.

³ قوسم غالية، مرجع سابق، ص 63.

⁴ ZOUAIMIA Rachid, op. cit., p. 110, 111.

⁵ ج. ريبير - ر. روللو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 819.

إن قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة معناه أن توجد علاقة تجارية بين مؤسستين، وأن تقوم إحدهما مهما كانت صفتها بقطع هذه العلاقة لمجرد رفض المؤسسة الأخرى الخضوع لشروط غير مبررة¹.

لكن لكي تتحقق إدانة المؤسسة المرتكبة لهذه الممارسة، يجب على المؤسسة التي تدعي قطع العلاقات التجارية معها، أن تثبت تمتعها بوضعية التبعية الاقتصادية إزاء المؤسسة التي قطعت العلاقة التجارية، وأن لا يكون قطع هذه العلاقة التجارية نتيجة لانقضاء العقد المبرم بينهما، أو لأي سبب مشروع، وبالتالي فلا تتحقق الممارسة التعسفية والمقيدة للمنافسة إذا كان القطع مثلاً نتيجة لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أو بسبب القوة القاهرة.

وعلى ذلك فقد أديننت مؤسسة Brasseler et CMS Dental من طرف مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 15 ديسمبر 1992، بسبب قطع علاقاتها التجارية مع مؤسسات Distribution logistique Dentaire et Médicale لسبب وحيد هو أن المؤسسة الأخيرة تقوم بالبيع عن طريق المراسلة².

وفي قضية أخرى، فقد فسخت شركة فرنسية GIE عقد التموين الذي يربطها مع الشركة ذات المسؤولية المحددة Heims bio، وذلك بمجرد رفض هذه الأخيرة الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، وبذلك واجهت La Sarl الشركة ذات المسؤولية المحدودة صعوبة في إيجاد موارد أخرى للتموين، إذ كان من الصعب على هذه الشركة استبدال مكان تموينها في وقت قصير من قطع علاقاتها مع الشركة، وهذا راجع لطول الإجراءات الإدارية الخاصة بمنح ترخيص لها، وبالتالي فقد أدى هذا القطع للعلاقات التجارية إلى تصفية شركة Heims bio، حسب القرار الصادر عن مجلس المنافسة الفرنسي في 2004/06/30³.

لكن قبل أن يقوم الموزع أو الممون بقطع العلاقة التجارية لرفض المتعامل معه الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، يقوم أولاً بالتهديد بقطع تلك العلاقة التجارية في حالة عدم الخضوع لشروطه (الفرع الأول)، ثم تنفيذ التهديد⁴ (الفرع الثاني).

¹ بوحلايس إلهام، مرجع سابق، ص 26.

² BENCHIKH Nourredine, op. cit., p. 21.

³ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 69.

⁴ مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 64.

الفرع الأول

التهديد بقطع العلاقة التجارية

لا يقتصر الممون أو الموزع المستغل لوضعية التبعية الاقتصادية على طلب امتياز من المتعامل معه المتواجد في حالة تبعية اقتصادية إزاءه، بل يهدده بقطع العلاقة التجارية في حالة رفض منحه الامتيازات المطلوبة.

ويضطر المتعامل الخضوع لطلب الموزع أو الممون المتعسف إذا كان لهذا الأخير دورا مهما في السوق¹، حيث تعد هذه الشروط التي يفرضها على المتعامل ناتجة عن القوة التعاقدية للمؤسسة المستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية، بحيث تسمح لها أن تفرض على المؤسسات التابعة لها هذه الامتيازات² والتي تترجم من خلال فرض شروط تجارية أو التزامات غير مبررة³، أو محاولة الحصول بالتهديد بالقطع المفاجئ والتام أو الجزئي للعلاقات التجارية، على الأثمان أو مهل الدفع أو كفيات البيع أو شروط البيع التجاري الشاذة عن شروط البيع العامة، أو بصفة عامة محاولة الحصول على منافع غير مستحقة⁴.

ويدخل ضمن هذه الشروط غير المبررة أيضا على سبيل المثال: شرط الأسد، حصر السوق، بنود متضمنة توزيع السوق، بند عدم المنافسة...⁵.

ولكي يتحقق التهديد بقطع العلاقات التجارية لرفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، يجب توفر بعض العناصر أو الشروط من بينها:

_ أن يكون تهديد فعلي بقطع العلاقات التجارية.

_ الحصول أو محاولة الحصول على امتيازات في مجال الأسعار أو شروط التوزيع.

_ الطابع غير العادي للامتياز المطلوب، أي كونه مخالفا للقواعد العامة المعروفة في مجال البيع⁶.

¹ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 484.

² بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 54.

³ مختور دليل، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 64.

⁴ ج. ريبير - ر. رويلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 820.

⁵ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 69.

⁶ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 1999, op. cit., p. 485.

لكن في مرحلة التهديد بقطع العلاقة التجارية يصعب على الضحية اللجوء إلى القضاء واتهام المتعسف، خاصة وأنه أكيد بأن المتعسف لن يقيد تهديده كتابيا، وبالتالي يصعب على الضحية إثبات ما يدعيه¹، باعتبار أن التهديد لا يكون مثبتا خطيا، بل يتم في أغلب الأحيان في نطاق مفاوضات تجارية. لذلك يبدو أن مراجعة القاضي قبل تنفيذ التهديد ضعيفة الاحتمال²، بل تتم مراجعة القاضي بتنفيذ التهديد فعلا أي بقطع العلاقة التجارية.

الفرع الثاني

تنفيذ التهديد

بمجرد عدم انصياع المؤسسة التابعة اقتصاديا لشروط المؤسسة المتبوعة، يمكن لهذه الأخيرة أن تقطع العلاقة التجارية نظرا لتمتعها بقوة اقتصادية على السوق، مما يشكل بذلك التعسف³.

إن القاعدة العامة في مجال العقود أنه يمكن وضع حد لها، إلا أن التعسف يتمثل في وضع حد للعقد، وبالتالي قطع العلاقة التجارية بطريقة مفاجئة وبدون إعدار مسبق.

فلعامل المفاجأة دور أساسي ومهم في قيام ممارسة قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة⁴، ويفترض هذا العامل المباغتة وعدم التوقع أو المفاجأة⁵.

أما الإعدار المسبق فهو شرط أساسي قبل إنهاء كل علاقة تعاقدية، فبعد التعديل الذي عرفه التشريع الفرنسي لأمر 1986 المتعلق بالمنافسة، وذلك في سنتي 1996 و 2001 اشترط قبل قطع أي علاقة تجارية قائمة أن يكون الإعدار كتابيا ومحدد المدة ومع احترام ما هو متعارف عليه في الأعراف التجارية، هذا لتفادي القطع التعسفي والمفاجئ للعلاقات التجارية القائمة. وأعطى المشرع الفرنسي لوزير الاقتصاد صلاحية تحديد مدة الإعدار.

¹ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 139.

مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 65.

² ج.ريبيير-ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 820.

³ بن زيدان زوينة، مرجع سابق، ص 67.

⁴ مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 139.

مختور دليلة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 65.

⁵ ج.ريبيير-ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 822.

ويؤخذ بعين الاعتبار في تحديد مدة الإعذار عدة عوامل من بينها أقدمية العلاقة القائمة بين الطرفين، أهمية حجم النشاط الذي تم بين الطرفين، وكذلك الاستثمارات المحققة قبل قطع العلاقة التجارية¹.

ويضفي على مراعاة مدة الإعذار صفة القانونية على قطع العلاقات التعاقدية، وهو المعنى المكرس إلى حدّ ما من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي لمحكمة النقض لعام 1996، التي فرضت إمكانية الفسخ الأحادي الجانب الملازم للعقد غير المحدد المدة. وجرى مد هذا المبدأ إلى العلاقات التجارية المتميزة بأهميتها الاقتصادية وتبعية مؤسسة تجارية لأخرى.

والعقد لمدة محددة ليس معنيا بالمقابل بهذه الممارسة، طالما أنّه ينتهي بحلول الأجل، وبشكل القطع قبل الأجل عدم تنفيذ تعاقد مخطئ، كما لا تشكل ممارسة قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، عقبة أمام الفسخ بدون إخطار في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين موجباته أو في حالة القوة القاهرة².

بعد أن ذكر المشرع الجزائري الممارسات التعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية في نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03، والناجمة عن تبعية مؤسسة تجاه أخرى، جاءت الفقرة الأخيرة من هذه المادة لتمنع أي عمل آخر لم يرد ذكره، ومن شأنه أن يلغي أو يحد من المنافسة ومنافعها في السوق.

وبذلك يكون المشرع قد فتح المجال لكل عمل آخر خارج الأعمال التعسفية السالف ذكرها، والذي من شأنه أن يؤدي إلى التقليل أو الإلغاء من منافع المنافسة داخل السوق tout autre acte de nature a réduire ou a éliminer les avantages de la concurrence dans un marché استغلال وضعية التبعية الاقتصادية.

¹ MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, op. cit., p. 100.

² ج. ريبير - ر. روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 821، 822.

وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 36 فقرة 5 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة:

«Engage la responsabilité de son auteur...le fait:

_ De rompre brutalement, même partiellement? une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels, les disposition précédentes ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas de non exécution par l'autre partie de ses obligations, ou de force majeure».

MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, op. cit., p. 99.

ويفهم من ذلك أنّ المشرع قد أراد أن يوسع من مجال الأعمال والممارسات أو بالأحرى الصور المكونة للتعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية¹؛ فليس هناك شكل معين للتعسف الناتج عن وضعيّة التبعية الاقتصادية، فكلّ عمل مهما يكن شكله ومهما تكن طبيعته، قابل لأن يشكل ممارسة تعسفية في وضعيّة التبعية الاقتصادية، بل إنّ المسألة الأساسية فيه فقط هي الطابع المنافي للمنافسة²، أي أنّ كلّ الممارسات التي يمكن تكييفها تعسفا في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية لا تحظر، وبالتالي لا تخضع للعقوبات المقررة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، إلّا إذا كانت تهدف إلى تقييد المنافسة، فلا يكفي إذن مجرد الإدعاء بوجود هذه الممارسات، بل يجب إثبات علاقة السببية بينها وبين إزالة منافع المنافسة في السوق والحد منها³.

يستخلص من الفقرة الأخيرة من المادة 11 من الأمر رقم 03-03، أنّ هذه المادة نصت على الممارسات المشكلة للتعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يستخلص أيضا من عبارة "على الخصوص" المستعملة في الفقرة الثانية من نفس المادة. مما يؤدي إلى جعل قائمة الممارسات التعسفية مفتوحة. لذلك فقد تم اعتبار مثلا أنّ فرض المؤسسة القوية اقتصاديا على زبونها سعر مرتفع دون إمكانية هذا الزبون مناقشة ذلك ممارسة تعسفية في وضعيّة التبعية الاقتصادية⁴.

لكن رغم اعتبار الممارسات التعسفية في وضعيّة التبعية الاقتصادية منصوص عليها على سبيل المثال، إلّا أنّ مجلس المنافسة والقضاء الجزائريين لم يتصدوا إلى منع أعمال أو ممارسات تعسفية أخرى، أي عدم ذكر حالات أخرى خارج الحالات والأعمال المنصوص عليها في المادة 11 التي تؤدي إلى الاستغلال التعسفي لوضعيّة التبعية الاقتصادية، وبالتالي القول بأنّ شروط هذه المادة تنطبق عليها⁵.

¹ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 69.

² لخضاري أعمار، إجراءات قمع الممارسات المناهضة للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 18.

³ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 69.

⁴ OUDOT Pascal, op. cit., p. 3.

⁵ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 59.

مزغيش عبير، "التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة"، مرجع سابق، ص 513.

أما لجنة المنافسة الفرنسية فقد منعت عدد من الممارسات التعسفية القابلة لتطبيق المادة 2/8 من قانون المنافسة الفرنسي، لأنها تمثل استغلالاً تعسفياً لحالة التبعية الاقتصادية، مثل اشتراط منحة للاعتماد والتعويض ذي الأثر الرجعي *prime de référencement ou d'un dédommagement rétroactif* أو المطالبة بأثاث مجاني، وتضييق الدخول لبعض الموزعين، وإبعاد بعض الممونين والتخفيض المفاجئ لحصصهم بعد التقدم بطلبات مفرطة، إلى غير ذلك من الممارسات التعسفية.

بالإضافة إلى ذلك نجد أنّ مجلس المنافسة الفرنسي بدوره يعترف أنّ الموزع الذي يصل بفعل التركيز إلى امتلاك قوة أكبر في الشراء تمكنه من المطالبة بزيادة الفوائد لمصلحته والممنوحة من طرف مومنيه، يكتسي طابعاً تعسفياً، إذا كانت المفاوضة لم تكن مصحوبة بإعطاء الموزع مقابلاً لذلك أو خدمات محددة بوضوح.

ففي إحدى القضايا اعتبر مجلس المنافسة أنّ أحد مراكز الشراء ارتكب تعسفاً في حالة التبعية الاقتصادية، وذلك بفرضه على مؤسسة *régie* شرط الزبون الأولى بالرعاية *la clause du client le plus favorisé*، بإخضاعها إلى التخفيض من المسترجعات *remises* الممنوحة للغير¹.

كذلك فقد عمل مجلس المنافسة التونسي على توسيع صور التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية بما يتماشى ومطلب حماية المؤسسات الصغرى، التي لا تتوفر لها حلول بديلة للإبقاء على وجودها بالسوق، حيث حرص بمناسبة كل قضية على التثبت من الأسباب التي تذرعت بها المؤسسات المدعى عليها لفرض شروط تجارية جديدة أو إلزامها بالتزود من أحد المنافسين بالسوق الوطنية، وتعتبر تلك الأسباب من المسائل الواقعية التي يستعين المجلس لمراقبتها بدوره التتقيبي الذي يخول له مطالبة الأطراف بالإدلاء بما يراه لازماً من وثائق ووسائل الإثبات. وفي بعض القضايا توصلت الأطراف المدعى عليها إلى إثبات تقصير من المؤسسات المدعية كأن تتهاون في حماية العلامة التجارية الراجعة للمزود أو تتقاعس في حفظ المنتجات التي تحتاج بحكم طبيعتها إلى مواصفات معينة أو تتأخر في دفع ما بذمتها أو تمر بصعوبات اقتصادية تبرر توخي الحذر عند التعامل معها. وفي هذه الحالات قضى المجلس برفض الدعوى لعدم توفر التعسف في استغلال وضعيّة التبعية الاقتصادية².

¹ كـتـو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 194، 195.

² بن فرج محمد وآخرون، مرجع سابق، ص 42.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ كلّ الامتيازات التي تسعى المؤسسات القوية اقتصاديا إلى امتلاكها بطرق ملتوية وغير قانونية أي بصفة تعسفية يؤدي إلى تدخل مجلس المنافسة من أجل تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين الأطراف المتعاقدة، ومنع احتكار مؤسسة لأخرى وإساءة استعمال القوة الاقتصادية، سواءً كان تعسفا في وضعية الهيمنة الاقتصادية أو تعسفا في وضعية التبعية الاقتصادية، لأنّ الهدف الأسمى لقانون المنافسة هو حماية الطرف الضعيف، وبالتالي حماية المؤسسات الصغيرة¹.

لذلك فيتمتع مجلس المنافسة باختصاص قمع الممارسات المقيدة للمنافسة بما فيها التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية والتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، وقد أسند الاختصاص القمي لمجلس المنافسة استنادا إلى ظاهرة "إزالة التجريم الجنائي" أو ما يسمى بظاهرة الحد من العقاب، حيث تمّ استبدال القضاء الجنائي الذي كان يؤول له الاختصاص المانع بقمع مثل تلك الأفعال بجهاز إداري وهو مجلس المنافسة، وقد منح له هذا الاختصاص لتعزيز دوره كسلطة لضبط السوق.

وتعود أسباب إزالة التجريم في المجال الاقتصادي إلى عدم ملائمة القاضي الجنائي لقمع الجرائم المرتكبة في هذا المجال، الذي يتميز بسرعة في التعامل، ذلك عكس العدالة الجنائية التي تتميز بالتأخر والبطء في النطق بالعقوبة، ونظرا لعدم ملائمة عقوبة السجن والحبس مع الطبيعة القانونية للأشخاص المعنوية، فإنّ الغرامة المالية هو الأسلوب الملائم والمناسب لفرض العقاب على الأشخاص المعنوية.

وتبقى الوظيفة التنازعية المسندة لمجلس المنافسة كنتيجة لإزالة التجريم لقمع الممارسات المقيدة للمنافسة تحكمها إجراءات خاصة، ويتعلق الأمر بمختلف الإجراءات الخاصة بإخطاره مروراً بإجراءات التحري والتحقيق في ملابسات القضية للوصول إلى اتخاذ قرار بشأن النزاع المعروض أمامه².

فالإخطار إذن يعد بمثابة إجراء أولي تبدأ به الإجراءات الإدارية أمام مجلس المنافسة، ولا يخص إلاّ الوقائع التي لم تتجاوز مدتها 3 سنوات ابتداءً من حدوث الفعل المقيد للمنافسة، ما لم يحدث سبب يقطع هذا التقادم. والأمر هنا يتعلق بإخطار مجلس المنافسة وليس الشكوى أمام مجلس المنافسة، ومنه

¹ شروط حسين، مرجع سابق، ص 79.

² بن عبد الله صبرينة، متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة من طرف مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 10، 11.

فهي مجرد دعوة المجلس لممارسة سلطته، وقد تضمن القانون الداخلي لمجلس المنافسة الإجراءات الشكلية التي يجب أن يستوفيه الإخطار.

وبعد تدوين القضية لدى مصالح مجلس المنافسة، تأتي مرحلة التحقيق والتي يسند لها رئيس المجلس إلى المقررين الذين عينوا بموجب مرسوم رئاسي، وتمر مرحلة التحقيق بمرحلتين هما: مرحلة التحري الأولي ومرحلة التحقيق الحضورى. ويتم غلق التحقيق بعد تلقي جميع الملاحظات التي أبدتها الأطراف، ليقوم بعدها المقرر بإعداد ملف نهائي، يمكن للأطراف الإطلاع عليه في أجل 15 يوم قبل انعقاد جلسة مجلس المنافسة.

من بين الأحكام التي جاء بها الأمر الجديد للمنافسة إلغائه لعلنية جلسات مجلس المنافسة، وذلك وفقا للمادة 3/28 منه. وبالرجوع إلى النظام الداخلي لمجلس المنافسة، نجد أنه يتناول الجلسات التي يعقدها المجلس، ويتولى الرئيس تحديد رزمة الجلسات، وجدول أعمال كل جلسة، ويرسل هذا الأخير إلى كل الأعضاء والأطراف المعنية والمقررين المعنيين وممثل الوزير المكلف بالتجارة.

وتكون جلسات المجلس حضورية، ولكي تصح فيجب أن يحضرها حسب المادة 28 من الأمر رقم 03-03 ثمانية أعضاء على الأقل، وتتخذ قرارات المجلس بالأغلبية البسيطة، وفي حالة التساوي يكون صوت الرئيس مرجحا¹.

ويعاقب مرتكبي مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية أو مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعف الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على أن لا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000 دج)².

¹ بلاش ليندة، "دور مجلس المنافسة في مجال الردع الإداري للممارسات المنافسة للمنافسة"، أعمال الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 286-290.

² المادة 26 من قانون رقم 08-12 مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق ل 25 يونيو سنة 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، الصادر في 28 جمادى الثانية عام 1429 الموافق ل 2 يوليو سنة 2008.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه العقوبة قد تم تعديلها، حيث كانت في ظل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة تقدر ب 7% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، وإذا كان مرتكب المخالفة شخصا طبيعيا أو معنويا أو منظمة مهنية لا تملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج)¹. وذلك بعدما كانت في ظل الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة محددة بغرامة تساوي على الأقل مرة ونصف الربح المحقق الناتج عن التعسف باستعمال الهيمنة على السوق دون أن تتجاوز ثلاثة أضعاف الربح غير المشروع. وفي حالة غياب تقويم هذا الربح تساوي هذه الغرامة 7% على الأكثر من رقم الأعمال لآخر سنة مالية مختتمة أو للسنة المالية الجارية للمؤسسات التي لم تكتمل سنة من النشاط².

وتطبيقا لذلك فقد قرر مجلس المنافسة الجزائري على المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس) أن تكف فوراً عن الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية المحظورة بموجب المادة 7 من الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة، كما تسلط على هذه المؤسسة غرامة قدرها أربعة ملايين وثلاثمائة وثمان وأربعون ألف وخمسمائة وستون دينارا (4.348.560,00 دج)³. كما قرر على المؤسسة الوطنية للتبغ والكبريت أن تكف عن الممارسات المتمثلة في البيع المشروط والبيع التمييزي بمفهوم المادة 7 من الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة، وتسلط على المؤسسة المشتكى منها غرامة قدرها سبعمائة وثمانية وستون ألف دينار (768.000 دج)⁴.

غير أنّ هذا لا يعني إطلاقا الاستغناء تماما عن دور القضاء في المجالات التي أستحدثت فيها مجلس المنافسة، حيث يظهر التدخل المباشر للقاضي في مجال المنافسة حينما ترفع إليه دعوى قضائية من أجل إبطال أي ممارسة مقيدة للمنافسة، وذلك سواء تعلق الأمر بالتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية على السوق، أو في حالة وضعية التبعية الاقتصادية، وهو ما نصت عليه المادة 13 من

¹ المادة 56 من أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

² المادة 14 من أمر رقم 06-95 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

³ قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، مرجع سابق.

⁴ قرار رقم 98 ق 03 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998، مرجع سابق.

الأمر رقم 03-03. أو حينما ينظر في دعاوي التعويض الناتجة عن تلك الممارسات، وهو ما نصت عليه المادة 48 من الأمر رقم 03-03.

وإذا كان مجلس المنافسة يتمتع بسلطات واسعة في اتخاذ القرار تسهل له أداء مهامه في ضبط السوق والمنافسة، غير أنه لضمان شرعية وظيفته ومواجهة سلطة العقاب التي يتمتع بها، كان لابد من إيجاد ضمانات قانونية تحمي حقوق أطراف المنازعة التنافسية المعنية بالقرار، ومن هنا وجد القاضي مبررا لتدخله من أجل رقابة تلك القرارات¹.

وفي الأخير يمكن القول أن مجلس المنافسة الجزائري لم يشهد لحد الآن أي تطبيق لمخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، ولكن حتى المشرع الفرنسي تشدد عند تطبيق الشروط الواجب توافرها لمعاقبة المؤسسة على أساس هذه المخالفة، واشترط إثبات أن لهذه الممارسات طابع مناف ومناهض للمنافسة، بأن تعرقل السير العادي للسوق، لكن يصعب في معظم الأحيان تحقق هذا الأثر، لذلك ففي كل القضايا التي عرضت على سلطة المنافسة الفرنسية تمت معاقبة المؤسسات المتعسفة بسبب التبعية الاقتصادية فقط عندما كانت في نفس الوقت في وضعية هيمنة اقتصادية وتعسفت بسبب وضعيتها. ولعل هذا هو السبب الأساسي الذي أدى إلى فشل حظر هذه الممارسة عكس ما هو الأمر بالنسبة للتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.

فشل مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، دفع بالمتضررين إلى اللجوء إلى القضاء عند تعسف الطرف القوي في العقد، استنادا إلى أحكام أخرى في القانون، كما أن هذه المخالفة التي وضعت أساسا لحماية المنتجين المتضررين من تعسف الموزعين، لجأ إليها في أغلب القضايا الموزعين لا المومنين، لإدعاء أنهم ضحايا رفض البيع الصادر عن المنتجين مثلا، حيث يتردد المنتج من اللجوء إلى القضاء على أساس مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، خوفا من رد فعل الموزع، وأكثر من ذلك يصعب على المنتج إثبات توافر شروط المخالفة، كما أن هناك تهميش في تطبيق هذه الممارسة خاصة بظهور أحكام قانونية جديدة تسمح بمعاقبة نفس الممارسات التعسفية بطريقة أسهل، ودون الحاجة إلى تحقيق شرط التأثير السلبي على السوق، لاسيما المادة 6-442 من القانون التجاري الفرنسي.

¹ حمادي زوبير، "عن سلطة تدخل القاضي الجزائري في المنازعات الناتجة عن ممارسة النشاط الاقتصادي: منازعات المنافسة نموذجا"، مجلة المحامي، مجلة تصدر عن منظمة المحامين، عدد 24، سطيف، جوان 2015، ص 120-124.

لا تختلف هذه الأحكام التي نص عليها المشرع الفرنسي كثيرا عن تلك التي نص عليها المشرع الجزائري بموجب قانون الممارسات التجارية، والتي تعتبر أكثر فعالية من نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تشترط أن يكون هناك إخلال بالمنافسة لحظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، وأمام صعوبة تحقيق هذا الأثر، فمن الأسهل بالنسبة للمتضرر الرجوع إلى قانون الممارسات التجارية خاصة المواد 15، 17 و18.

وعليه بعدما كان ينظر إلى التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية على أنها وسيلة للحماية وإعادة التوازن في علاقات التبعية، اتضح أنها لم تحقق الأهداف المرجوة منها، لأنها طبقت بطريقة جامدة من طرف سلطات المنافسة، وكذلك من طرف الهيئات القضائية، فهذه المخالفة آلية لرقابة القوة الاقتصادية، لكن بهدف حماية المنافسة فقط وليس بهدف حماية المتعامل الاقتصادي، فالأحكام التي جاء بها قانون الممارسات التجارية أكثر فعالية لحماية الطرف الضعيف في العقد¹.

لذلك سيكون موضوع الفصل الثاني من هذا الباب المتعلق بتطبيقات فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، هو دراسة تطبيقات فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية.

¹ مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، مرجع سابق، ص 140-142.

الفصل الثاني

تطبيقات فكرة التعسف في مجال قانون
الممارسات التجارية

لم يكتف المشرع الجزائري من خلال قانون المنافسة الذي يهدف إلى زيادة الفعالية الاقتصادية بمنع الممارسات التعسفية في استعمال القوة الاقتصادية والتي من شأنها عرقلة لعبة المنافسة الحرة في السوق كما سبق التفصيل في ذلك، بل تدخل أيضا المشرع على مستوى قانون آخر لمنع ممارسات تعسفية أخرى والناجمة دائما عن إساءة استغلال القوة الاقتصادية، ولكن هذه المرة وإن كان هذا القانون يساهم بدوره في تحقيق الفعالية الاقتصادية، إلا أنه يهدف بصفة أساسية إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وبين هؤلاء المستهلكين، وبالتالي حماية مصالح الأعوان الاقتصاديين ومصالح المستهلكين باعتبارهم أطراف ضعيفة في العقد وجديرين بهذه الحماية، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي منع بدوره جملة من الممارسات التعسفية في استعمال القوة الاقتصادية، وذلك نظرا للآثار السلبية المترتبة عليها. فباعتبار أن هذه الممارسات تعد انعكاسا للنفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به العون الاقتصادي، فإن منعها يعد من أهم الوسائل التي رصدها المشرع لمواجهة ذلك النفوذ الذي ظل يشكل أهم أسباب اختلال التوازن العقدي لصالح العون الاقتصادي القوي على حساب الطرف الضعيف المتعاقد معه.

لذلك فلم تعد الحرية التعاقدية مكفولة بصفة مطلقة للأعوان الاقتصاديين في ظل واقع يتطلب فيه حماية الطرف الضعيف من تعسف وإجحاف ومغالاة الطرف القوي في العقد، وهو ما استدعى تدخل المشرع لمعالجة هذا الوضع بتقييد هذه الحرية ومنع الممارسات التعسفية.

تتمثل هذه الممارسات التعسفية على العموم في كل من الشروط التعسفية التي يظهر فيها عنصر التعسف بصفة صريحة كما هو ظاهر من اسمها، هذا إضافة إلى عدة ممارسات تجارية تعسفية التي يظهر فيها عنصر التعسف بصفة ضمنية، حيث يمكن استنتاج الطابع التعسفي لها من خلال تحليل كل ممارسة من هذه الممارسات.

ونظرا للعمومية التي ورد بها حظر فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية، تولى المشرع الجزائري بصدد ذلك تحديد أهم التطبيقات والحالات والصور المجسدة لفكرة التعسف، والتي تتمثل في تطبيقات كل من فكرة الشروط التعسفية (المبحث الأول)، وكذا تطبيقات فكرة الممارسات التجارية التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تطبيقات فكرة الشروط التعسفية

لقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات فكرة الشروط التعسفية في المادة 29 من القانون رقم 04-02¹ والتي نصت على ما يلي: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1_ أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2_ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3_ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4_ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،
- 5_ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
- 6_ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
- 7_ التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،

¹ وقد سبقه في ذلك المشرع الفرنسي الذي أورد قائمة ملحقه بقانون الاستهلاك تتكون من 17 شرط تعسفي. وفي بلجيكا فقد ألحق قانون 4 يوليو 1991 بقائمة طويلة حددت شروطا اعتبرها تعسفية. أما في ألمانيا فلقد نظم قانون 6 ديسمبر 1976 الشروط العامة في العقود، حيث أوردت المادة 19 منه (16) حالة يعتبر فيها الشرط باطلا بطلانا مطلقا، في حين أوردت المادة 10 ثمانية (8) حالات يمارس فيها القاضي سلطة تقديرية في رقابة أثر هذه الشروط على التوازن العقدي ليعمل على إعادته. أما في إنجلترا فقد نظم قانون 1977 الشروط التعاقدية غير العادلة. في حين نظم المشرع الهولندي الشروط العامة في العقد في قانون 18 يوليو 1987 الذي أورد قائمة تحدد شروطا تعتبر تعسفية. عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 148.

8_ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة¹.

إنّ المشرع الجزائري لما حدد هذه الشروط التعسفية، نجد أنّه قد حصر تطبيقها على عقود البيع فقط، وبالتالي استبعاده لعقود تقديم الخدمات، في حين أنّ المستهلك قد يتعرض لتعسف العون الاقتصادي في هذا المجال أيضا، فالنزيل في فندق مثلا قد يواجه شروطا معلقة في قاعات الاستقبال تتعلق بعدم المسؤولية، وعليه فقد كان من الأحسن على المشرع الجزائري مواكبة المشرع الفرنسي الذي يكفل حماية أكبر للمستهلك في هذا المجال²، أي سريان حظر الشروط التعسفية على جميع أنواع العقود سواء كانت عقود البيع أو عقود تأدية الخدمات.

لكن بالرجوع إلى المادة 30 من قانون رقم 04-02 نجد أنّ المشرع الجزائري قد أعطى إمكانية منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعد تعسفية وذلك عن طريق التنظيم. وبهذا فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306³ الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

وقد تضمن الفصل الثاني من هذا المرسوم البنود التي تعتبر تعسفية، وعلى خلاف ما جاء في المادة 29 من القانون رقم 04-02 التي حصرت الشروط التعسفية في عقود البيع، فإنّ المادة الخامسة من المرسوم رقم 06-306 قد أجملت كلّ الشروط التعسفية التي تدرج سواء في عقود البيع أو عقود أداء الخدمة. وقد نصت المادة 5 من المرسوم رقم 06-306 على ما يلي: "تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

_ تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه،

_ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،

¹ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

² كيموش نوال، مرجع سابق، ص 61.

³ مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

- _ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،
- _ التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- _ النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- _ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- _ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،
- _ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- _ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- _ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- _ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،
- _ يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

وتتنوع صور الرقابة على الشروط التعسفية إلى ثلاثة أساليب هي: الرقابة التشريعية، الرقابة القضائية، وأخيرا الرقابة الإدارية أو التنظيمية.

فالرقابة التشريعية تتمثل في تحديد الشروط التعسفية بواسطة المشرع وذلك عن طريق نظام القائمة الذي قد يكون بأحد الطريقتين أو أن يجمعهما معا؛ الطريق الأول: أن يذكر شروطا تعسفية ويعتبرها كذلك دائما، بحيث أن المستهلك يعفى من عبئ إثبات طابعها التعسفي، فهي تعسفية بقوة القانون، وهذا ما يطلق عليه الفقه الفرنسي بالقائمة السوداء للشروط التعسفية¹. والطريق الثاني: أن يذكر شروطا يرى أنها

¹ MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe , op. cit., p. 27.

إذا وردت في عقد يمكن أن تعتبر تعسفية، ويترك سلطة تقدير هذه الشروط لقاضي الموضوع، بحيث يحكم عليها بأنها تعسفية في بعض الأحيان، وله أن يحكم بأنها غير تعسفية في أحيان أخرى حسب ظروف الدعوى الماثلة أمامه¹، حيث يمكن للعون الاقتصادي أو للمستهلك أن يثبت الطابع غير التعسفي للشروط، ويطلق على هذه الطائفة من الشروط اصطلاح القائمة الرمادية².

كما سبق القول فإنّ المشرع الجزائري قد نص على حظر قائمة من الشروط التعسفية سواءً في المادة 29 من القانون رقم 04-02 أو في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306. وهذا السياق يجرنا إلى التساؤل عن نوع القوائم التي اعتمدها مشرعنا، هل هو نظام القائمة السوداء أو نظام القائمة الرمادية، أم أنّه جمع بين النظامين؟

بالرجوع إلى نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 نجد أنّ الأسلوب المعتمد في صياغة هذه المادة هو أسلوب تقريرى، ممّا يوحي أنّها قائمة ملزمة، وبالنتيجة يمكن القول هنا أنّها شروط محظورة بالضرورة، والإلزام يكون على الأعوان الاقتصاديين والقضاء معا بوصفها غير مشروعة، بحيث لا يكون للقاضي أمام هذه الشروط سوى الحكم بإلغائها لانتفاء سلطة تقدير الطابع التعسفي لها. أمّا بخصوص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، فإنّ العبارة المستعملة "تعتبر" تبين بوضوح أنّ الشروط المذكورة في إطار هذه المادة هي شروط تعسفية بقوة القانون، وبالنتيجة هي شروط تحمل نفس القيمة القانونية للشروط المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02، وبالتالي اعتبارها قائمة تكميلية للقائمة المنصوص عليها في المادة 29³ التي هي قائمة سوداء.

رغم ذلك إلّا أنّه يمكننا تصور وجود قائمتين للشروط التعسفية؛ القائمة السوداء التي تضم 20 شرط تعسفي منها ثمانية (8) شروط مذكورة في القانون رقم 04-02، و 12 شرط مذكور في المرسوم التنفيذي رقم 06-306، حيث أنّها شروط ممنوعة بقوة القانون وملزمة سواءً للأعوان الاقتصاديين أو للقاضي. وقائمة رمادية لم يتم النص عليها وهي باقي الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية، والتي تستلزم تدخل القاضي لتقدير طابعها التعسفي وفق معايير نص عليها القانون⁴. وذلك باعتبار أنّ الشروط التعسفية التي نص عليها المشرع في إطار المادة 29 من القانون رقم 04-02 واردة على سبيل المثال، وهذا ما

¹ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 68.

² HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit des affaires, op. cit., p. 149.

³ عنترى بوزار شهناز، مرجع سابق، ص 16-18.

⁴ أحمد يحيوي سليمة، مرجع سابق، ص 46، 47.

يستخلص من عبارة "لاسيما" التي جاءت في مطلع المادة 29، أمّا القائمة التي جاءت بها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 فيبدو أنها واردة على سبيل الحصر، حيث أنها لم تتضمن ما يفيد أنها جاءت على سبيل المثال، إلّا أنه بالعودة إلى نص المادة 30 من قانون رقم 04-02 نجد أنها تعطي للحكومة حق إصدار المراسيم تورد قوائم أخرى جديدة محدّدة للشروط التعسفية، وبالتالي نستنتج أنّ القائمة المذكورة في المادة 5 من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر¹، بل واردة على سبيل المثال أيضا.

وبالتالي فإنّ الإحاطة التشريعية بالشروط التعسفية كافة أمر ليس باليسير، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع الشروط التعسفية، ومن هنا يصعب حصر هذه الشروط، وإزاء عدم إمكانية الإحاطة بتلك الشروط وحصرها، أعطت التشريعات التي عالجت الشروط التعسفية للقضاء سلطة تقديرية في إمكانية اعتبار الشرط المتنازع عليه شرطا تعسفيا²، وهذا ما يجسد الرقابة القضائية لتحديد الشروط التعسفية.

أمّا الرقابة الإدارية أو التنظيمية فتتمثل في لجنة متخصصة تنشأ بقانون، ويكون من مهامها إصدار توصيات تحدد فيها الشروط التي يجوز أن تكون تعسفية³ وهي لجنة البنود التعسفية، وقد نص المشرع الجزائري على هذه اللجنة بموجب الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، وهي لجنة ذات طابع استشاري، تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة وتحت رئاسته، تتكون من سبعة (7) أعضاء، وتكّف بمهام البحث في كلّ العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين عن البنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والأعوان الاقتصاديين المعنيين، إضافة إلى قيامها بكلّ دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين⁴.

لقد أدى تنوع صور الرقابة على الشروط التعسفية إلى تنوع وتعدد الوسائل التي تحدد الشروط التعسفية، الأمر الذي يمهد لاستبعادها من العقد، ولاشكّ أنّه كلّما تنوعت وتعددت وسائل التحديد كلما

¹ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 135.

² موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 253، 254.

³ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 84.

⁴ المادة 6، 7 و 8 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

اتسعت أسباب منع وحظر الشروط التعسفية، بحيث يفيد كلّ هذا في النهاية ابتكار العديد من الوسائل الوقائية الخادمة لهدف المشرع في توفير حماية فعالة للطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية. فعدم اختزال هذه الطرق في أسلوب واحد يمثل ميزة كبيرة للطرف الضعيف عن طريق حمايته، وبالتالي استبعاد أكبر قدر ممكن من الشروط التعسفية¹.

ونظرا لتعدد الشروط التعسفية من جهة، وصعوبة حصرها من جهة أخرى، ومن أجل الإلمام بتطبيقات فكرة الشروط التعسفية، فإنّ ذلك يقتضي تجميع الشروط التعسفية المتشابهة لكي توضع في قسم واحد يسهل على القاضي حينما يعرض أمامه نزاع يتعلق بشرط من الشروط أن يعرف هل هو تعسفي أم لا؟ أي مساعدة القاضي في تقدير مدى تعسف شرط من الشروط الواردة في عقد متنازع عليه أمامه².

ولتحقيق هذا الغرض، فقد تعددت تقسيمات الشروط التعسفية، ويمكن إيجاز ذلك في ثلاثة (3) تقسيمات؛ الأول يقسمها إلى شروط تعسفية من شأنها تحقيق أفضلية للعون الاقتصادي عن طريق تخفيف التزاماته وزيادة الحقوق الممنوحة له، وشروط تعسفية من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك عن طريق تثقيله بالتزامات أكثر من طاقته وحرمانه من بعض الحقوق الممنوحة له.

التقسيم الثاني: قسم الشروط التعسفية إلى نوعين من الشروط، أولها شروط تعسفية بذاتها، والتي يظهر فيها التعسف من لحظة تضمينها بالعقد، وتكشف ألفاظها عن تناقضها وتعارضها مع الجوهر والمضمون، وثانيهما شروط تعسفية بحكم الاستعمال، وهي لا تظهر حال تكوين العقد كسابقها، ولكنها تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها، وعدم مراعاة روح النص والقانون.

أما بالنسبة للتقسيم الثالث، فيقسم الشروط التعسفية إلى ما يتعلق ويرتبط بتكوين العقد، وما ورد منها بصدد تنفيذ العقد، وما يتعلق بإنهاء العقد³.

وبالعودة إلى القائمتين اللتين نصا عليهما المشرع الجزائري سواء في المادة 29 من القانون رقم 02-04 أو في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، نجد أنّه قد اعتمد على هذا التقسيم الأخير

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 129، 136.

² أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 51.

³ الهيثم عمر سليم، مرجع سابق، ص 193، 194.

للشروط التعسفية، وبالتالي نصه على قوائم تستوعب جميع مراحل العقد، الأمر الذي من شأنه الحماية من الشروط التعسفية المتعلقة بأي مرحلة من مراحل العقد.

وعلى ذلك نتولى التفصيل في دراسة هذه الشروط التعسفية التي تضمنتها القائمتين بالاعتماد على هذا التقسيم، فهناك شروط تتعلق بمرحلة تكوين العقد، وهو محور (المطلب الأول)، وبعضها يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، وهو محور (المطلب الثاني)، أما البعض الآخر فيتعلق بمرحلة إنهاء العقد، وهو محور (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة تكوين العقد

تعد مرحلة إبرام العقد أهم مرحلة لتكوين العقد وتضمينه مختلف الشروط التعاقدية، وبصدد هذه المرحلة بالذات، فإنّ الطرف القوي قد يعتمد إلزام الطرف الضعيف بالتعاقد أي القبول، بينما يعطي لنفسه عادة مهلة طويلة ليقرر من خلالها التعاقد، أو ليبيدي رغبته في عدم التعاقد، ولذلك فإنّ هذا الشرط يعتبر تعسفياً دون النظر إلى أي ظرف آخر¹.

هذا بالإضافة إلى عدة شروط تعسفية أخرى قد يعمد الطرف القوي إلى فرضها على الطرف الضعيف أثناء تكوين العقد، وتتعلق خاصة باختلال الالتزامات التعاقدية المكونة للعقد.

وعلى ذلك، فإنّ أهمّ الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة تكوين العقد تتمثل في الشروط التعسفية المتعلقة بالقبول (الفرع الأول)، والشروط التعسفية المتعلقة باختلال الالتزامات التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط التعسفية المتعلقة بالقبول

بالرجوع إلى القائمتين اللتين نص عليهما المشرع الجزائري لتحديد الشروط التعسفية، نجد أنّ المشرع قد أشار بصدد ذلك إلى شرط تعسفي واحد يتعلق بالقبول، والذي يتمثل في "فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد"، وهو مضمون الشرط السادس الوارد في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، بمعنى أنّه تمنع البنود التي مضمونها قبول المستهلك لشروط لا وجود لها في

¹ زوية سميرة، مرجع سابق، ص 68.

العقد، أو التي لم يشر إليها أثناء إبرام العقد¹، وبالتالي فيعتبر تعسفيا الشرط الرامي إلى إزعان المستهلك وقبوله لشروط تعاقدية لم يكن على علم بها لحظة انعقاد العقد².

وغالبا ما يعمد الطرف القوي (العون الاقتصادي) إلى طبع هذه الشروط على إيصالات أو فواتير تجارية لاحقة لتاريخ إبرام العقد، خاصة وأن المستهلك قد قبل العقد ووقع عليه في البداية.

وبهدف توفير الحماية، فإنّ القضاء يراقب مدى علم المتعاقد الأقل قدرة أو خبرة بالشروط الواردة في وثيقة العقد الموقعة منه، أو في وثيقة ملحقة به³. فالقضاة كثيرا ما استبعدوا شروطا من العقد متى وصل إلى علمهم أنّ المستهلك لم يكن على علم بها لحظة قبول التعاقد، وبالنتيجة فإنّه يصبح من المبرر جدا التصريح بالطابع التعسفي للشرط الذي يفترض أنّه تمّ قبوله في مثل هذه الظروف.

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أبعد من ذلك، حين رأى أنّ هذا النوع من الشروط التعسفية يمتد ليشمل حتّى تلك الشروط التي لم يستطع المستهلك فهمها رغم قراءته لها وإطلاعه عليها، ما دام أنّ المقصود من منع هذه الشروط هو حماية رضا المستهلك⁴، إذ أنّه من خلال الإطلاع على البنود أو الشروط المعدة مسبقا بواسطة البائعين أو مقدمي الخدمات، يتضح أنّها تكتب بأنماط صغيرة ممّا يجعل قراءتها صعبة، ممّا يؤدي إلى عزوف المستهلكين عن التمتع في معانيها، وقد ترد هذه الشروط في عبارات غامضة غير مفهومة لديهم، ممّا يصعب على المستهلك مناقشتها.

وقد تأثّر القضاء الفرنسي كذلك بهذا الوضع، وأصبح يقضي بعدم نفاذ الشروط التي تصعب قراءتها أو فهمها على الطرف الأقل قدرة أو خبرة⁵.

كما أنّ القواعد العامة في مجملها تأبى إخضاع المتعاقد لشروط وآثار لم تتجه إرادته الصريحة أو الضمنية إلى تحملها، فما العقد إلّا وسيلة لتحقيق نتائج، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن تتحقق ما لم تكن

¹ عنصري بوزار شهناز، مرجع سابق، ص 21.

² العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 119.

³ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 83، 84.

⁴ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 119.

⁵ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 83، 84.

الوسيلة سليمة أي ما لم تكن الإرادة سليمة، يضاف إلى هذا أن العقد يصبح غير ملزم لأحد طرفيه متى كانت إرادة هذا الأخير معيبة فضلا عن أن تكون منعدمة¹.

الفرع الثاني

الشروط التعسفية المتعلقة باختلال الالتزامات التعاقدية

يتجسد هذا الاختلال من خلال بعض الشروط التعسفية التي نص عليها المشرع الجزائري، سواء في القانون رقم 02-04 أو في المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

فقد أوردت المادة 29 من قانون رقم 02-04 صورتين للشروط التعسفية المتعلقة باختلال الالتزامات التعاقدية تتمثل في: استفادة العون الاقتصادي من حقوق وامتيازات ليس للمستهلك ما يقابلها (أولا)، واستفادة العون الاقتصادي من آجال في التنفيذ (ثانيا). في حين تضمنت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الإشارة إلى شرط تعسفي واحد متعلق باختلال الالتزامات التعاقدية يتمثل في: تقليص عناصر العقد الأساسية (ثالثا).

أولا- استفادة العون الاقتصادي من حقوق وامتيازات ليس للمستهلك ما يقابلها:

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 29 من القانون رقم 02-04 على هذا الشرط التعسفي والذي ينتج عنه اختلال في التوازن العقدي، حيث أن العون الاقتصادي (البائع) يأخذ حقوقا وامتيازات لا تقابلها حقوقا وامتيازات مماثلة للمستهلك، لأن هذا الأخير يبدو كطرف ضعيف في مواجهة البائع الذي يستغل وحده بصياغة بنود العقد، ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته² وأهدافه، وهو بذلك يبتغي الحصول على امتيازات مبالغ فيها، ويرتب لنفسه حقوقا تتجاوز ما ينبغي أن يحصل عليه بموجب هذا العقد، مستغلا وضع المستهلك المتعاقد معه الذي يتصف بعدم الخبرة، مما يجعله غير قادر على مناقشة شروط التعاقد³.

¹ العطاوي راضية، مرجع سابق، ص 119.

² كيموش نوال، مرجع سابق، ص 61.

³ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 73.

وعلى ذلك فيعتبر تعسفيا كلّ شرط من شأنه أن يحقق مصلحة المهني فقط¹ دون مصلحة الطرف الضعيف في العقد.

ويبدو أنّ المقصود من هذا الشرط هو القضاء على الاتوازن العقدي الذي قد ينشأ عن مبدأ الحرية التعاقدية، الأمر الذي حمل المشرع على اعتبار كلّ شرط يسمح للعون الاقتصادي بالحصول على حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات لصالح المستهلك، شرطا تعسفيا.

ولقد اشترط المشرع الجزائري في هذه الصورة من الشرط التعسفي "التماثل بين الحقوق والامتيازات الممنوحة للطرفين"، إلا أنّه يصعب تقدير المزايا والحقوق المماثلة، حيث أنّ المشرع لم يضع معيارا يمكن من خلاله قياس معدل التماثل بين الحقوق والامتيازات المتقابلة لطرفي العلاقة العقدية²، وهو ما يثير التساؤل حول المقصود بالتماثل هل هو التماثل المطلق، أو مجرد التماثل في المنفعة؟ فمثلا إذا منح الشرط للبائع الحق في تغيير أوصاف المبيع مقابل منح المستهلك حق فسخ العقد بإرادته المنفردة، فهل يعتبر هذا الشرط تعسفيا لانتفاء عنصر المماثلة، أم يكفي أن تكون المنفعة الفعلية للحقين متماثلة؟

يبدو أنّ المقصود بالتماثل هنا ليس التماثل المطلق بأن يكون الحق أو الامتياز الممنوح للبائع هو ذاته الحق أو الامتياز الممنوح للمستهلك، بل يكفي التماثل في المنفعة التي يمثلها الامتياز أو الحق، فمثلا إذا كان الشرط يقضي بحرية البائع في تحديد وقت التسليم مقابل حرية المستهلك في تحديد وقت دفع الثمن، فمن الواضح أنّ هذه الحقوق متماثلة في المنفعة، رغم كونها ليست متماثلة في الطبيعة. إضافة إلى هذا فثمة امتيازات ترتبط بصفة الطرف في العقد ولا يقابلها ما يماثلها بالنسبة للطرف الآخر، فمثلا الامتيازات التي تنصب على المبيع بالنسبة للبائع تقابلها الامتيازات التي تنصب على الثمن بالنسبة للمستهلك. أمّا إذا كان المقصود هو التماثل المطلق، فإنّ ذلك يعد تشددا من شأنه إلحاق وصف التعسف بعدد كبير من العقود.

ويتضح من خلال الصياغة العامة التي وردت بها هذه الصورة أنّها تجسد مبدأ عاما للشرط التعسفي أكثر من كونها مجرد صورة من صوره، بل إنّ هذا الشرط التعسفي يكاد بمفرده أن يستغرق جميع الصور الأخرى للشروط التعسفية³، حيث أنّه يتضمن في مفهومه جميع أنواع الشروط الأخرى التي

¹ FRASSON Vanessa, op. cit., p. 292.

² العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 108.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 149.

وردت بعده، فهذه الأخيرة ما هي إلا تطبيقات عملية لهذا الشرط، ذلك أنّ سعي العون الاقتصادي للحصول على حقوق وامتيازات على حساب المستهلك هو ما يعد أساسا لانعدام التوازن العقدي¹، الذي يعتبر المعيار الراجح لفكرة الشروط التعسفية.

ثانياً_ استفادة العون الاقتصادي من آجال في التنفيذ:

تعد الالتزامات الناشئة عن العقد بين العون الاقتصادي والمستهلك التزامات متقابلة، بحيث لا يتحقق لهذا العقد توازنه وعدالته إلا إذا نفذ كلّ منهما التزامه على وجه لا يتعارض مع مقتضياته، ومنه لا يجوز للعون الاقتصادي أن يجبر المستهلك على تنفيذ التزامه بشكل فوري ونهائي، ويعلق هو التزامه على محض إرادته²، وذلك وفق ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 29 من القانون رقم 04-02.

ومن هنا فقد يتجسد التعسف في الشروط التي يضعها البائع لتحكم طريقة تنفيذ التزامات المتعاقدين، كما هو الحال في هذه الصورة التي يفرض فيها العون الاقتصادي على المستهلك التزامات فورية ونهائية أي بآتة، وفي المقابل يتعاقد العون الاقتصادي بشروط يحققها متى أراد، أي أنّه يعلق التزاماته على شروط يتوقف تحقيقها على إرادته هو، وفي هذا إحجاف بحق المستهلك الذي يهدف من خلال تعاقدته إلى سد حاجاته الشخصية أو العائلية، وهي حاجات عادة ما تكون ملحة.

ويجب التنبيه إلى أنّه يشترط لاعتبار الشرط تعسفيا وفق هذه الصورة شرطان يجب توفرهما في آن واحد، الأول هو أن تفرض على المستهلك التزامات فورية ونهائية، أمّا الثاني فهو أن يتعاقد العون الاقتصادي بشروط يحققها متى أراد. وبالتالي إذا اختل أحد هذان الشرطان انتفت صفة التعسف عن الشرط، مثال ذلك أن تكون التزامات المستهلك غير فورية ونهائية التنفيذ، وذلك بأن كان له حق التراخي في تنفيذ التزاماته إلى حين تحقق الشروط الإرادية التي علق العون الاقتصادي التعاقد عليها، فإنّ ذلك ينفي صفة التعسف عن الشرط، وهذا منطقي ما دام المستهلك غير ملزم بتنفيذ التزاماته قبل تنفيذ العون

=إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 144.

لذلك فيعد هذا الشرط غريبا مقارنة ببقية الشروط الواردة ضمن القانون رقم 04-02، فهو شرط بلا مقابل في القانون الفرنسي الذي يعتبر المصدر الأول للنص الجزائري، ذلك أنّ قانون رقم 95-96 الفرنسي لم يتناول لا من قريب ولا من بعيد الإشارة إلى حكم مماثل لهذا الشرط.

العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 108.

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 73.

² المرجع نفسه، ص 74.

الاقتصادي لالتزامه. كما لا يعتبر الشرط تعسفيا إذا كانت الشروط التي علق عليها العون الاقتصادي تعاقد لا يتوقف تحققها على إرادته ولو كانت التزامات المستهلك نهائية وفورية، كأن يعلق التزامه بالتسليم على شرط وصول السلعة إليه من المورد¹.

إن هذه الصورة من الشرط التعسفي تحيلنا إلى نص المادة 205 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "لا يكون الالتزام قائما، إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"²، فهذه المادة تفيد أنّ الالتزام المعلق بتنفيذه على شرط إرادي محض يعتبر غير قائم أي كأن لم يكن، لأنّ ترك زمام الرابطة القانونية في يد المدين وحده يتنافى مع وجود الالتزام ذاته، إذ سيكون له أن يلتزم إن شاء أو أن لا يلتزم إن شاء أيضا، بمعنى أنّه لم يلتزم في الحقيقة بأيّ التزام.

وإذا أسقطنا هذا الحكم على هذه الصورة، فإنّ تعاقد العون الاقتصادي بشروط يحققها متى أراد يجعل التزاماته غير قائمة أي كأن لم تكن، وبالتالي لا وجود للعقد من أساسه ما دام لا يوجد التزام مقابل لالتزام المستهلك، وهذه النتيجة في غير صالح المستهلك الذي يرغب في تلبية حاجاته من وراء العقد ليفجأ ببطلانه.

إلا أنّ المادة 29 خرجت عن هذه القاعدة، فاعتبرت الشرط الإرادي تعسفيا مآله البطلان إذا ما قوبل بفرض التزامات فورية ونهائية في جانب المستهلك، أمّا الالتزام المعلق على هذا الشرط فيبقى قائما، وبالتالي فإذا تعاقد العون الاقتصادي بشروط يحققها متى أراد، فإنّ هذه الشروط تبطل لتعسفها، أمّا الالتزامات التي علّقت عليها تصير بائنة أي قاطعة وفورية شأنها شأن التزامات المستهلك. وهنا تتجلى

¹ ومن هنا تجدر الإشارة إلى أنّ الفقه يفرق بين الشروط الإرادية البسيطة والشروط الإرادية المحضة. فالشرط الإرادي البسيط هو الذي يتوقف على إرادة أحد أطراف الالتزام (وهو البائع في هذه الصورة)، مع اقترانه بعمل معين كأن يقول البائع للمستهلك أسلمك السلعة عندما أجلبها من المخازن أو عندما أجلبها من الميناء، فهذا النوع من الشروط صحيح، ولا يؤثر في صحة الالتزام رغم كونه معلقا على شرط يتوقف تحققه على إرادة البائع.

أمّا الشرط الإرادي المحض فهو الذي يتوقف تحققه على محض إرادة أحد طرفي الالتزام دون اقتضاء أي شيء آخر، كأن يقول مقدم الخدمة للمستهلك ألتزم بأداء خدمتي إذا أردت أو شئت أنا، أو يقول التاجر أسلمك السلعة عندما أقرر ذلك، فهذه الشروط باطلة، وهي المقصودة في المادة 29 كما يبدو ذلك في عبارة "يتعاقد بشروط يحققها متى أراد".

عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 149، 150.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

أهمية هذه الصورة بالنسبة للمستهلك وخصوصيتها مقارنة بالقواعد العامة، إذ أنها تحافظ على كيان العقد مقابل درء ما لازمه من إجحاف وتعسف¹.

ثالثاً- تقليص عناصر العقد الأساسية:

على اعتبار أنّ المستهلك هو الطرف الضعيف في العقود، والذي يقع ضحية الشروط التعسفية التي يفرضها العون الاقتصادي، فإنّ المشرع الجزائري قد تدخل من أجل حمايته، بإلزام العون الاقتصادي بصفته هو من يبادر بالعقد وهو من يحرره بجملة من الالتزامات تقع على عاتقه، بأن يدرج ضمن العقد المقترح أكبر قدر ممكن من الشروط، وعدم ترك ذلك للقواعد المكملّة التي قد لا تكون في صالح المستهلك، وبهذا فإنّ المشرع يعمل على توسيع العناصر الواجب الاتفاق عليها في العقد، وعدم الاكتفاء بالمسائل الجوهرية كما هو منصوص عليه في القواعد العامة. وهو ما يقودنا للتعرف على العناصر التي يعتبرها المشرع عناصر أساسية². وقد نصت على ذلك المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 كما يلي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و /أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

كما نصت المادة 3 من نفس المرسوم على ما يلي: "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أعلاه، أساساً بما يأتي:

_ خصوصيات السلع و /أو الخدمات وطبيعتها،

_ الأسعار والتعريفات،

_ كفاءات الدفع،

_ شروط التسليم وأجاله،

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 149، 150.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 145.

² ريموش فرحات، الالتزام بالإعلام، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 249.

_ عقوبات التأخير عن الدفع و /أو التسليم،

_ كفيات الضمان ومطابقة السلع و /أو الخدمات،

_ شروط تعديل البنود التعاقدية،

_ شروط تسوية النزاعات،

_ إجراءات فسخ العقد¹.

وتعتبر هذه العناصر ضمانات أساسية للمستهلك في حمايته من الشروط التعسفية، وبالتالي فهي حقوق له والتزامات تقع على عاتق العون الاقتصادي، فإذا أخل هذا الأخير بها أو حاول التقليل منها، بأن أجبر مثلا المستهلك على التنازل عن عنصر منها وجعله يوقع في العقد على هذا التنازل اعتبر ذلك شرطا تعسفيا.

ويعتبر إلزام العون الاقتصادي بتحقيق هذه العناصر مساهمة في تحقيق التوازن العقدي بينه وبين المستهلك، لذلك اعتبر المشرع الجزائري تقليص هذه العناصر من قبل الملتزم بها شروطا تعسفية بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، باعتبار هذه العناصر حقوقا جوهرية للمستهلك المقبل على التعاقد نظرا لأهميتها البالغة في حماية رضاه². وعلى ذلك فيعتبر تعسفيا كل شرط مضمونه الإنقاص من هذه العناصر الأساسية، مادامت أنها تقلص من حقوق المستهلك، وهذا ما يحقق اختلال التوازن العقدي.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد أغفل ذكر عناصر العقد الثانوية، على الرغم من إمكانية التعسف أيضا بخصوص هذه العناصر الثانوية³.

ويندرج التصريح بالطابع التعسفي للشرط المتضمن إنقاص عناصر العقد ضمن السياق العام الرامي إلى توفير حماية شاملة ومتكاملة للمستهلك ولو كان ذلك على المستوى النظري، ويكمل ما تضمنه المرسوم رقم 06-306 ما جاء به القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لاسيما

¹ مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية لل عقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

² بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 81، 166.

³ GUILLEMARD Sylvette, op. cit., p. 377.

الفصل الثاني، الثالث، الرابع والخامس من الباب الثاني من هذا القانون والتي ينص تباعاً على: إلزامية أمن المنتجات، إلزامية مطابقة المنتجات، إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع وإلزامية إعلام المستهلك¹.

المطلب الثاني

الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد

إنّ معظم الشروط التعسفية قد ترد بمناسبة تنفيذ العقد بصفة عامة، حيث أنّ التزام العون الاقتصادي باحترام الوعود والضمانات والتزاماته بتحمل المسؤولية عادة ما تكون محلاً لشروط تعسفية تهدف إلى تخفيف أعباء العون الاقتصادي ومسؤوليته على حساب مصلحة المتعامل معه (المستهلك).

وتعتبر من أهم الشروط التعسفية وأخطرها² والمتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد تلك التي تعدل قواعد التنفيذ (الفرع الأول)، والشروط التعسفية المعفية أو المثقلة من تنفيذ الالتزامات (الفرع الثاني)، والشروط التعسفية المتعلقة بآجال التسليم (الفرع الثالث)، وكذا الشروط التعسفية المعفية أو المحددة للمسؤولية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

الشروط التعسفية المعدلة لقواعد التنفيذ

لقد تضمنت المادة 29 من القانون رقم 04-02 الإشارة إلى شرطين تعسفيتين معدلين لقواعد التنفيذ يتمثلان في تلك الشروط التي تخول احتفاظ العون الاقتصادي صلاحية تعديل عناصر العقد (أولاً)، وكذلك انفراد العون الاقتصادي بصلاحية تفسير العقد (ثانياً).

¹ قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، الصادر في 11 ربيع الأول عام 1430 الموافق ل 8 مارس سنة 2009، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق ل 10 يونيو سنة 2018، ج ر عدد 35، الصادر في 28 رمضان عام 1439 الموافق ل 13 يونيو سنة 2018.

² زوية سميرة، مرجع سابق، ص 69.

أولاً- احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحيّة تعديل عناصر العقد:

إنّ العون الاقتصادي بحكم تفوقه الاقتصادي قد يتحكم في العقد، وذلك بالتصرف بإرادته المنفردة فيما يتعلق بتعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المزمع تسليمه أو الخدمة المتفق على تقديمها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 29 من القانون رقم 04-02.

ويعد تصرف العون الاقتصادي على هذا النحو مخالفا للقاعدة العامة في القانون المدني التي تقضي بأنّ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون¹.

فطبقا لهذه الصورة يعتبر شرطا تعسفيا كلّ شرط يمنح العون الاقتصادي حق تعديل عناصر العقد الأساسية دون موافقة المستهلك. وبالتأكيد فإنّ عبارة "عناصر العقد الأساسية" لا تشمل المبيع والتمن باعتبارهما ركني العقد، فالمبيع يجب أن يكون معينا على الأقل من حيث النوع والقدر، أمّا الثمن فيجب أن يكون محددا أو على الأقل تبين الأسس التي يحدد بمقتضاها، لذا فإنّ امتلاك البائع حق تعديلها، معنى ذلك عدم تعيينهما، وبالتالي بطلان العقد بطلانا مطلقا، وعليه فلا مجال حينئذ للتساؤل عما إذا كان الشرط تعسفيا أو لا. لذا فإنّ المقصود بالعناصر الأساسية للعقد هي العناصر التي لا يتوقف عليها انعقاد العقد ولكنها ذات اعتبار فيه، مثال ذلك مكان تسليم المنتج أو أداء الخدمة أو الطريقة التي يتم بها تنفيذ العقد².

على أنّ ما يعاب على المشرع الجزائري بهذا الصدد أنّه اكتفى بالإشارة إلى عناصر العقد الأساسية فقط، مما يعني أنّ عناصر العقد غير الأساسية غير معنية بهذا الحكم، فلو أنّ شرطا تضمن صلاحية العون الاقتصادي بتعديل عناصر العقد غير الأساسية، فإنّه لا يعد تعسفيا بمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثالثة من المادة 29³.

¹ المادة 106 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 150، 151.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 146، 147.

³ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 111.

كما يعتبر شرطاً تعسفياً حسب هذه الفقرة أيضاً كلّ شرط يمنح العون الاقتصادي البائع حق تعديل مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، فطبقاً للقواعد العامة يكفي لانعقاد العقد أن يكون محل العقد معيناً بنوعه، أي أنّ ركن المحل يتوفر في العقد ولو لم تتحدد كافة الأوصاف التي تميز المنتج أو الخدمة طالما تحدد نوعها، وبالتالي يجوز من حيث المبدأ تضمين العقد شروطاً تسمح للعون الاقتصادي البائع بتعديل أوصاف المبيع طالما أنّها لا تؤدي إلى تغيير نوعه.

ولما كان امتلاك العون الاقتصادي حق تعديل مميزات المنتج أو الخدمة دون موافقة المستهلك فيه إخضاع وكسر لإرادة هذا الأخير وإخلال بمبدأ نزاهة المعاملات الذي توخاه المشرع، اعتبر كلّ شرط يكرس هذا الوضع شرطاً تعسفياً يتطلب حماية المستهلك تجاهه¹، وذلك لأنّ العون الاقتصادي بحكم مركزه القوي قد يلجأ إلى تعديل خصائص السلعة أو مواصفاتها، ويسلك في ذلك إما تسليم سلعة ذات مستوى أدنى من ذلك المتفق عليه أو إدخال عناصر أقل جودة فيها على نحو ينال من توافر الصفات المرجوة فيها، وبصورة من شأنها تقليل قيمتها، فتصبح ذات تكلفة أقل من التكلفة التي يلتزم بموجبها، متى توافرت هذه الصفات².

ومن أمثلة هذه الشروط التعسفية، الشرط الذي يرد ببعض عقود تصنيع السيارات في فرنسا مفاده: "...أنّ المنتج يحتفظ مقدماً بإعلان إمكانية إدخال ما يراه من تعديلات أو تغييرات -سواء كان ذلك في آلات الحركة أو في هياكل السيارات- وفي أي وقت يراه مناسباً، بل ويبيدي المنتج تحفظه بإمكان إدخال هذه التعديلات على السيارات التي يجري إنتاجها من ذات الطراز المطروح بالأسواق". ومثال آخر لشرط يتعلق بعقد بيع أثاث منزلي مفاده: "...للبيع أن يدخل ما يراه من تعديلات على التصميمات من حيث الحجم أو الشكل بالزيادة أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتباً لأية مسؤولية أو منشأ لأي التزام"³.

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 151.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 147.

² وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ الألواح المخصصة لتسقيف المباني التي اتضح أنّها غير ملائمة للظروف المناخية في المنطقة التي سوف تستعمل فيها غير مطابقة للمواصفات. كما قضت بأنّ عدم مقاومة الألوان التي استخدمت في لوحات الإعلانات لضوء الشمس يعد من قبيل عدم مطابقة المبيع للمواصفات، طالما أنّ البائع كان يعلم بالغرض الذي يستهدفه المشتري من وراء شراء هذه الألواح. كما قضت بأنّه يعد من قبيل إخلال البائع بالالتزام بالتسليم لسيارة نقل بضاعة بمعدات تبريد لا تتناسب كفاءتها ودرجة التبريد المطلوبة للبضاعة التي تخصص في نقلها.

بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 75.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 151.

وشرط آخر قد يضعه العون الاقتصادي في العقد ليرفع بمقتضاه السعر خلال الفترة ما بين الطلبية والتسليم، فمنتجي السيارات يدخلون في عقود شراء السيارات شروط من هذا القبيل: السيارة الحالة تباع بالسعر الذي سيصير إليه لحظة التسليم، وليس لحظة التعاقد¹. وفي مجال تقديم الخدمات، نجد مثلا الشرط الذي يرد في عقد تقديم خدمة تعليمية لتعلم اللغات، مع التزام المؤسسة التعليمية بتوفير الإقامة للطلاب، والذي يسمح لتلك المؤسسة بإرادتها المنفردة أن تعدل مكان الإقامة المتفق عليه².

وفي مجال خدمة الاتصالات الهاتفية، فقد ثار نزاع أمام محكمة مساوية بين عامل مهني لتقديم خدمة الاتصال الهاتفي الأرضي وجماعة من المستهلكين بشأن شرط وارد في عقد الوفاء الذي يربطهم بهذا المهني، حيث تضمن هذا الشرط إمكانية المهني بإرادته المنفردة تعديل التكاليف المرتبطة بالخدمة المقدمة، رغم أن هذه التكاليف قد تم الاتفاق عليها مسبقا، وتحت شعار "المصلحة العامة" تم رفع هذه الدعوى الجماعية، كما طالبت جمعية حماية المستهلكين النمساوية من القضاء بإبطال هذا الشرط باعتباره تعسفي³.

فهذه الشروط تعد تعسفية كونها تترك المستهلك في حالة من القلق وعدم الثقة، فهو لا يستطيع معرفة مواصفات السلعة أو الخدمة، كما أنه لا يستطيع أن يعدل عن التعاقد حتى ولو خالفت هذه المواصفات توقعاته.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع في هذه الصورة للشرط التعسفي يشترط عدم موافقة المستهلك على التعديل الذي يمس عنصرا أساسيا في العقد أو مميزات المنتج أو الخدمة، بمفهوم المخالفة أنه إذا كان الشرط يقضي بضرورة موافقة المستهلك على التعديل، فلا يعد شرطا تعسفيا⁴.

لكن المشرع الفرنسي _خلافًا للمشرع الجزائري_ قد سمح للعون الاقتصادي بالحق في إجراء هذا التعديل بإرادته المنفردة إذا تعلق بتطور تقني أو فني بشرط عدم زيادة ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة أو التقليل من الخصائص المميزة لها مع منح المستهلك الحق في معرفة حقيقة ما تم من تعديل فني أو تقني

¹ السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 33، 34.

² أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 72.

³ ABADIE Laurent, LECOURT Arnaud, Droit économique (actualité jurisprudentielle, concurrence, distribution, consommation), Lamy éditions, France, 2012, p. 311, 312.

⁴ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 151، 152.

في السلعة أو الخدمة المقدمة له¹. وهو استثناء يصب من دون شك في فائدة المستهلك، ذلك أن من مصلحة هذا الأخير الاستفادة مما قد يستجد في المجال التقني دون الحاجة إلى إبرام عقد جديد².

ثانياً_ انفراد العون الاقتصادي بصلاحيّة تفسير العقد:

لقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 29 من القانون رقم 04-02 على هذه الصورة التي تتضمن نوعين من الشروط التعسفية، الأولى هي الشروط التي تقضي بتفرد العون الاقتصادي بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، والثانية هي الشروط التي تقضي بتفرد العون الاقتصادي في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

فحسب النوع الأول، فكل شرط مضمونه السماح لل عون الاقتصادي بتفسير شروط العقد يعتبر شرطاً تعسفياً، لأنّ قواعد التفسير بصفة عامة من شأنها تعديل قواعد تنفيذ العقد. وقد نظم المشرع الجزائي أحكام التفسير في ظل القواعد العامة على نحو يضمن قدراً من الحماية للطرف الضعيف³، حيث أنّه لا يجوز تأويل أو تفسير عبارة العقد إذا كانت واضحة، وإذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات⁴، فالتفسير ما هو إلا استثناء عن الأصل متى كانت العبارات غامضة، والأمر حينها متروك لتقدير القاضي، وليس من صلاحيات أحد المتعاقدين، ويصبح القاضي ملزماً في هذا الفرض⁵ بتفسير الغموض أو الشك في مصلحة المدين، غير أنّه لا يجوز أن يكون تأويل أو تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن⁶.

¹ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 72.

² العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 110.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 152.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 148.

⁴ المادة 111 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

⁵ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 112.

⁶ المادة 112 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

ومن هنا نجد أنّ المشرع قد تفهم عدم قدرة الطرف المذعن على صياغة أي شرط من شروط التعاقد، بما في ذلك الشروط التي يبدو مستفيدا منها بوصفه دائئا، فجعل تأويل تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان يجب أن لا يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن، على أساس أنّ التفسير يجب أن لا يكون ضارا بمصلحة الطرف الذي لم يتدخل في صياغة الشرط بغض النظر عن كونه دائئا أو مدينا.

ومن هنا فإنّ حماية المستهلك من حيث تفسير العقد مضمونة من خلال القواعد العامة، لأنّه حتى وإنّ تفرد العون الاقتصادي البائع بحق تفسير شروط العقد، فإنّ تفسيره يجب أن يقتصر على حالة الغموض، وإن كان ثمة غموض فيجب أن يكون التفسير في مصلحة الطرف الضعيف وهو المستهلك، لأنّ نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية في القانون رقم 04-02 يقتصر أيضا على عقود الإذعان حسب المشرع الجزائري كما سبق تبين ذلك، وبالتالي حتى وإن تفرد العون الاقتصادي بتفسير الشرط وثار نزاع حول هذا التفسير، فإنّ القضاء سيميل لمصلحة المستهلك¹.

أمّا بالنسبة للشرط الذي يقضي بتفرد العون الاقتصادي في اتخاذ قرار البتّ في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، فإنّ هذا الشرط باعتباره تعسفي يتوافق كذلك مع ما نصت عليه النظرية العامة للعقد، حيث تنص المادة 107 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري على ما يلي: **"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"**²، مادام أنّ مثل هذا الشرط يمنح العون الاقتصادي صلاحية التصريح بالتنفيذ الحسن والسليم للعقد، وهو أمر من دون شك لا يتفق والنظرية العامة ولا حتى مع النصوص الخاصة.

إذ يلزم العون الاقتصادي حسب نص المادة 107 بتنفيذ الالتزام بحسن نية، ويبقى تقدير مدى مطابقة تنفيذ الالتزام للشروط العقدية متروكا لتقدير القاضي وليس من صلاحيات العون الاقتصادي³، لأنّ ذلك من شأنه أن يفوت على المستهلك فرصة التمسك بإخلال العون الاقتصادي بتنفيذ التزاماته، مادام هذا الشرط يجعل من هذا الأخير هو الخصم والحكم، وهو ما يضيف عليه وصف التعسف والإجحاف، مما يقتضي حماية المستهلك تجاهه.

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 152.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

³ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 112.

وتجدر الإشارة أنّ المشرع في هذه الصورة يستوجب تفرد العون الاقتصادي بالتفسير أو تفرده بالبتّ في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، وبالتالي إذا انتفى عنصر التفرد انتفت صفة التعسف على الشرط¹.

الفرع الثاني

الشروط التعسفية المعفية أو المثقلة من تنفيذ الالتزامات

تتمثل أهم الشروط التعسفية التي من شأنها إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته أو التثقل من التزامات المستهلك، والتي نص عليها سواء القانون رقم 02-04 أو المرسوم التنفيذي رقم 06-306 في: إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم العون الاقتصادي نفسه بذلك (أولاً)، فرض التزامات إضافية غير مبررة على المستهلك (ثانياً)، إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته (ثالثاً)، تحميل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعتبر من مسؤولية العون الاقتصادي (رابعاً).

أولاً- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم العون الاقتصادي نفسه بذلك:

لقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 29 من القانون رقم 02-04 على هذه الصورة من الشرط التعسفي، إلّا أنّ الصياغة التي أوردتها هذه المادة لهذا الشرط ليست دقيقة، بل الأصح هي الصياغة التالية "إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم العون الاقتصادي نفسه بالتزاماته"²، وذلك لاختلاف التزامات المستهلك عن التزامات العون الاقتصادي، ويبدو هذا الأخير هنا وكأنّه يعفي نفسه من تنفيذ التزاماته بصفة غير مباشرة.

إن حكم هذه الفقرة يتوافق مع مبدأ التنفيذ التقابلي للالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، فحسب القواعد العامة يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 152، 153.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 149.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 153.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 149.

التزم به، كذلك إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد¹ جبرا.

إلا أنّ العون الاقتصادي بحكم مركزه القوي في العقد، يتجه في كثير من الأحيان إلى مطالبة المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن ينفذ هو التزاماته، ويخل بذلك بمبدأ التقابل بين الالتزامات الذي تمت الإشارة إليه²، وعلى هذا فقد اعتبر المشرع الجزائري أن كل شرط مضمونه إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته إذا امتنع العون الاقتصادي عن تنفيذ ما التزم به شرطا تعسفيا، لأنّ مثل هذا الشرط مناف للعدالة من جهة، ولقوة العقد الملزمة من جهة ثانية، ويتعارض مع فكرة تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين من جهة ثالثة³.

وغالبا ما تتجسد مثل هذه الشروط التعسفية في الشروط المتعلقة بتحديد وقت دفع الثمن، فعلى الرغم من اهتمام التشريعات المدنية بتنظيم الأحكام العامة المتعلقة بالثمن من حيث تحديد زمان ومكان الوفاء به، ومع ذلك فإنّ بعض الباعة يستقلون بوضع شروط تنظم طريقة دفع الثمن بما يتيح لهم الحصول عليه قبل شروعه في تنفيذ التزاماتهم، وبالتالي فإنّهم يفرضون بموجب هذه الشروط على المستهلك تنفيذ التزاماته مقابل حريتهم في تنفيذ التزاماتهم، وبالتالي عدم تنفيذها أو الإعفاء منها أصلا.

ومن أمثلة هذه الشروط ما ورد في عقد نموذجي لإحدى وكالات السياحة الفرنسية مفاده "حتى يعتبر تسجيل العميل في الرحلة نهائيا فلا بدّ أن يدفع عربونا لبدء تنفيذ العقد مقداره 20% من التكلفة الإجمالية لها، بالإضافة إلى مبلغ ثابت كرسوم للتسجيل، ويجب أن يقوم كلّ مشارك بتسديد قيمة المشاركة قبل قيام الرحلة"، ومع كلّ هذا فإنّ المشارك في الرحلة مهدد بإلغاء الرحلة من جانب الشركة أي عدم تنفيذها لالتزاماتها، ولاشكّ أنّه من التعسف بمكان أن يفرض على المشارك (المستهلك) الوفاء بكلّ التزاماته قبل قيام الرحلة ثم يفاجئ بإلغائها لسبب أو لآخر⁴، وكذلك قد يشترط العون الاقتصادي

¹ المادتين 119 و 123 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 78.

³ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 113.

⁴ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 153.

على المستهلك دفع الثمن حتى في حالة عدم مطابقة المنتج أو الخدمة، أو اشتراطه عدم استرجاع المبالغ المدفوعة مسبقا في حالة التراجع عن إتمام البيع¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ قيام هذا الشرط يستوجب أن يتضمن في آن واحد إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته مقابل عدم إلزام العون الاقتصادي بتنفيذ التزاماته، وعليه إذا كان الشرط لا يلزم المستهلك بتنفيذ التزاماته فلا يعد تعسفيا ولو منح هذا الشرط للعون الاقتصادي حرية تنفيذ التزاماته، ومن باب أولى إذا كان الشرط يلزم الطرفين بالتنفيذ فلا يعد تعسفيا كذلك².

ثانياً_ فرض التزامات إضافية غير مبررة على المستهلك:

لقد نصت الفقرة التاسعة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على مثل هذا الشرط التعسفي، لكن ما يعاب على المشرع الجزائري في ذلك أنّه استخدم مصطلح "الواجبات"، إلّا أنّ المصطلح الأصح هو "الالتزامات"، وذلك توحيدا للمصطلح ومسايرة للمنهج الذي سار عليه مشرع قانون 02-04.

إنّ فحوى هذا الشرط التعسفي هو فرض التزامات إضافية على عاتق المستهلك، وهو من دون شك مبدأ يتنافى مع القواعد العامة التي تقضي بعدم تحميل شخص التزامات لم تتجه إرادته إلى تحملها.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع لم ينص ضمن هذا الشرط التعسفي على ما يمكن أن يكون مقابلا لإضافة المستهلك لالتزامات جديدة مثلما فعل بمناسبة الشروط التعسفية الأخرى، أين أشار في كلّ مرة إلى حقوق مقابلة لصالح المستهلك يمكن أن تقضي على الطابع التعسفي متى وجدت، بل اكتفى المشرع فقط بضرورة تبرير هذه الإضافة معتبرا إيّاها كأداة لتحقيق التوازن العقدي.

وبالتالي فإنّ المشرع قد قرن الطابع التعسفي للشرط بكون هذه الالتزامات الإضافية غير مبررة، مما يعني بالضرورة أنّ هذه الالتزامات إن كانت مبررة فإنّ الطابع التعسفي لشرط إضافتها يزول بثبوت مبررات إدراجها ضمن العقد.

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 78.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 153.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 150.

ويقع على عاتق العون الاقتصادي إثبات مبررات إضافة التزامات جديدة على المستهلك، والتي تختلف باختلاف العقود، فقد تكون مبررات تقنية أو اقتصادية أو غيرها¹.

ثالثاً - إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته:

لقد نصت الفقرة 11 من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على هذا الشرط التعسفي كما يلي: يعفي نفسه (أي العون الاقتصادي) من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

ويمكن القول هنا أنّ المشرع الجزائري سار بموجب هذا المرسوم على نفس النسق من حيث المصطلحات المستخدمة، إذ حافظ عليها طيلة فقرات المادة 5 مستخدماً لفظة "الواجبات" في كلّ مرة، وذلك خلافاً لمشرع القانون رقم 04-02، أين اعتمد لفظة "الالتزامات"، فكان الأولى إذن بمشرع المرسوم التنفيذي اعتمادها هو الآخر توحيداً للمصطلح واحتراماً لهرمية القاعدة القانونية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

إنّ وجه استفادة العون الاقتصادي من هذا الشرط التعسفي واضح وجلي، حيث أنّه يتخلص من تبعات ممارسة نشاطه، أي أنّه يعفى من تنفيذ التزاماته، وفي هذا ربح محض له.

إلا أنّ الصياغة التي جاء بها هذا الشرط التعسفي صياغة غامضة نوعاً ما، حيث يصعب معها فهم المقصود منها، حيث أنّ المشرع أشار إلى الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه إعفاء العون الاقتصادي من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته دون أن يحدد المقصود بالواجبات أو الالتزامات التي قد تترتب عن ممارسة النشاط، بخلاف المشرع الفرنسي الذي أشار إلى الإعفاء أو التحديد من الالتزامات المترتبة عن العقد وليس عن ممارسة النشاط، والأمر يختلف بين الاثنين. فكان الأولى إذن بالمشرع الجزائري الحديث عن الالتزامات التي قد ينشئها العقد كالالتزام بالضمان مثلاً، وليس التي من الممكن أن تنشأ عن مباشرة العون الاقتصادي لنشاطاته².

¹ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 123، 124.

² المرجع نفسه، ص 125، 126.

وبالعودة إلى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹ نجد أنه قد أشار مثلاً في المادة 13 منه إلى التزام البائع بالضمان المترتب عن العقد والذي يعتبر حق للمستهلك، واعتبر أن كل شرط يعفي البائع من هذا الالتزام هو شرط باطل.

لكن بمقتضى القواعد العامة، نجد أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 384 من القانون المدني أجاز إنقاص الضمان أو إسقاطه، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه².

كما أن المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 1643 من القانون المدني قد اعتبر الشرط الذي يرمي إلى إنقاص أو إسقاط التزام العون الاقتصادي البائع بالضمان غير مكتوب، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 7-211 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وبالتالي فإن الشروط التي تسقط التزام العون الاقتصادي البائع بضمان العيوب الخفية تعتبر شروطاً تعسفية³.

كذلك من أمثلة الشروط التعسفية التي تعفي العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته أن تدرج شركة تقوم ببيع شقق للجمهور في قرية سياحية تملكها في عقد بيع هذه الشقق شرطاً يعفيها من القيام بأعمال صيانة المرافق الرئيسية لهذه القرية، ككبلات الكهرباء الرئيسية، أو مواسير الصرف الصحي أو المياه الرئيسية التي تمد الشقق بهذه السلع الضرورية⁴.

رابعاً- تحميل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعتبر من مسؤولية العون الاقتصادي:

لقد نصت الفقرة 12 والأخيرة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على هذا الشرط التعسفي كما يلي: يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته (أي من مسؤولية العون الاقتصادي).

¹ قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

³ PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op. cit., p. 146.

⁴ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 57.

وما يلاحظ بخصوص هذه الفقرة وباقي فقرات المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 أنّ المشرع استخدم مصطلح "الواجبات"، إلّا أنّ المصطلح الأصح كما سبقت الإشارة إلى ذلك هو مصطلح "الالتزامات".

وبموجب هذه الفقرة الأخيرة من المادة 5 نجد أنّ المشرع قد أشار إلى تعسفية الشرط الذي مضمونه تحميل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعتبر من مسؤولية العون الاقتصادي بصفة عامة، دون تحديد لمبررات قيام مسؤولية هذا الأخير، فقد يتعلق الأمر مثلاً بتحميل المستهلك نفقات خدمة ما بعد البيع والتي تعد في الأصل من الالتزامات الملقاة على عاتق العون الاقتصادي بمقتضى القانون، كما قد يتعلق الأمر بالالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العرف. ومهما تكن التزامات العون الاقتصادي التي يتحملها المستهلك، فإنّ هذا الشرط التعسفي يتضمن في مجمله ربح مطلق للعون الاقتصادي وخسارة مطلقة للمستهلك¹.

ومن أمثلة هذه الشروط الشرط الذي تدرجه شركة تقوم ببيع شقق للجمهور في قرية سياحية تملكها في عقد بيع هذه الشقق، على أنّ المشتري يتحمل القيام بأعمال الصيانة بعد إعفاء الشركة من القيام بهذه الأخيرة، مادامت هذه الشركة هي المالكة للأرض المقام عليها الشقق المباعة. أمّا النص في العقد على إلزام المشتري بصيانة الوصلات الفرعية من مياه وكهرباء وغيرها، فلا يعتبر شرطاً تعسفياً² مادام أنّ هذه الالتزامات لا تدخل ضمن الالتزامات الملقاة على عاتق العون الاقتصادي.

كذلك من بين الشروط التعسفية التي تحمّل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعتبر من مسؤولية العون الاقتصادي الشروط المتعلقة بتحمل المخاطر الناجمة عن نقل المبيع، حيث يحرص الأعوان الاقتصاديون عادة على أن تتضمن عقودهم شرطاً يجعل تبعة أخطار النقل على عاتق المستهلك³.

لكن ما تجدر الإشارة إليه في الأخير أنّ حكم الشرط التعسفي الوارد في الفقرة 12 من المادة 5 يحمل ذات حكم الشرط التعسفي الوارد في الفقرة 11 من نفس المادة والذي سبق دراسته، ويعود السبب في ذلك إلى اشتراكهما في تنظيم موضوع واحد، حيث يتضمن أحدهما الآخر، ذلك أنّه إذا أعفى العون

¹ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 126.

² أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 57.

³ خالد محمد السباتين، "الحماية القانونية للمستهلك"، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن (سلسلة مشروع تطوير

القوانين)، رام الله، 2002، ص 23. <http://www.piccr.org>

الاقتصادي نفسه من الالتزامات المترتبة على نشاطاته طبقا للفقرة 11، فإنّ هذا يعني بالضرورة تحمل المستهلك لتلك الالتزامات طالما أنّ الأول قد أوفى نفسه منها، فلماذا إذا نص الفقرة 12؟ وإذا تحمل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعد من صميم مسؤولية العون الاقتصادي طبقا للفقرة 12، فإنّ هذا يعني بالضرورة إعفاء هذا الأخير منها، فلماذا إذا نص الفقرة 11؟ وعلى هذا كان يكفي على المشرع الإشارة إلى فقرة واحدة من هاتين الفقرتين مع تطويرها قليلا من حيث الصياغة لتكون قادرة على احتواء المعنيين بدلا من اعتماد فقرتين وهما في الأصل مشتركتان في المعنى¹.

الفرع الثالث

الشروط التعسفية المتعلقة بآجال التسليم

تنص الفقرة الأولى من المادة 281 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"²، فمن خلال هذه المادة يتبين أنّ لأطراف العقد كامل الحرية في تحديد الوقت الذي ينفذ فيه البائع التزامه بالتسليم، إلّا أنّ العون الاقتصادي عادة ما يستغل هذا الحكم لصالحه بأن يضع شروطا يتفرد بموجبها بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة³، وهو ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة 29 من القانون رقم 02-04 بأنّه شرط تعسفي.

وبالرجوع إلى ما جرى عليه العمل في إبرام عقود البيع، فإنّ الشروط التعاقدية التي تتكرر في مجال بيع السلع، تتجه إلى وضع تواريخ تقريبية تكاد لا تقيد العون الاقتصادي البائع بالتزامه، وتؤدي إلى

¹ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 125، 126.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 154.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 151.

استبعاد مسؤوليته عن التأخير في تسليم المبيع¹، لأنّه يستخدم سلطته المنفردة والمطلقة في تحديد موعد تسليم المبيع بدون التزامه بتقديم أعذار عن التأخير أو أسباب اختيار موعد معين دون غيره².

ويتجلى التعسف في هذا النوع من الشروط في كونها تفوت حق المستهلك في طلب التنفيذ أو الفسخ، وكذلك حقه في الدفع بعدم التنفيذ، ذلك لأنّ التأخر في تنفيذ الالتزام يأخذ حكم عدم التنفيذ، ولا يملك المستهلك في هذه الأحوال سوى انتظار العون الاقتصادي ليقرر تنفيذ التزامه بالتسليم أو أداء الخدمة، ومن هنا اعتبرها المشرع شروطاً تعسفية.

ومن أمثلة هذه الطائفة من الشروط التعسفية ما ورد في عقد بيع الأجهزة الكهربائية المنزلية: "لا تعتبر المدة المتفق عليها للتسليم في هذا العقد إلّا بمثابة توجيه غير ملزم للبائع، ولا يمكن أن يكون التأخير في التسليم سبباً للمطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بالتعويض، والبائع رغم حرصه على احترام المدة المتفق عليها لا يمكن أن يعد مسؤولاً بأي حال من الأحوال عن الأضرار الناجمة عن التأخير في التسليم...". وشرط آخر ورد في عقد بيع السيارات مفاده: "... بسبب تغيير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن مهلة التسليم المحددة ليست ملزمة للبائع، وإنما هي مهلة إرشادية،... والبائع يحتفظ مقدماً بإمكانية التأخر في التسليم...".

فهذه الشروط التعسفية وإن لم تنص صراحة على تفرد العون الاقتصادي البائع بتعيين آجال التسليم، إلّا أنّ فحواها هو عدم التزامه بمواعيد التسليم المعلنة وإمكانية مخالفتها أو تغييرها إن اقتضت الظروف ذلك³.

ومن أشهر القرارات القضائية الصادرة بخصوص هذا الشرط التعسفي نجد القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 16 جويلية 1987، وتتلخص وقائع القضية في بيع أثاث، حيث أنّ المشتري كان قد وقع على طلب بضاعة (سند)، وكان هذا السند يشير بحروف مطبوعة بطريقة واضحة في وجه السند إلى مدة للتسليم وهي شهران، ثمّ يشير بحروف صغيرة على أنّ ذلك منصوص عليه بصفة

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 80.

خالد محمد السبّاتين، مرجع سابق، ص 23.

زوية سميرة، مرجع سابق، ص 69.

² غدوشي نعيمة، مرجع سابق، ص 40.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 154، 155.

إرشادية، وفي ظهر السند كان مدرجا من بين شروط أخرى عديدة مادة مفادها: "أنّ تواريخ التسليم التي نلتزم باحترامها دائما ليست معطاة إلّا على سبيل الإرشاد (الدلالة)، وأن يكون واضحا أنّ التأخير في التسليم لا يمكن أن يشكل سببا للفسخ للطلب الحالي، ولا يعطي الحق في التعويضات...". وبعد انتظار 4 أشهر ولعدم التسليم، أعذر المستهلك البائع بالتسليم، وبعد مضي شهر و 8 أيام أخرى عرض البائع التسليم، لكن المشتري رفض وطلب الإبطال للعقد متذعرا بالتأخير الكبير في التسليم، وذلك لمدة 5 أشهر و 8 أيام بعد توقيع الطلب.

عرض النزاع أمام محكمة موندالييه والتي أصدرت حكمها في 25 سبتمبر 1984 برفض طلب المستهلك مسببة ذلك بأنّ الشرط محل النزاع لم يكن تعسفيا. لكن محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 16 جويلية 1987 نقضت القرار السابق، وذهبت إلى أنّ هذا الشرط محل النزاع تعسفي، لأنّه يمنح العون الاقتصادي البائع رخصة التقدير لمدة التسليم¹.

الفرع الرابع

الشروط التعسفية المعفية أو المحددة للمسؤولية

لما كانت المسؤولية العقدية تترتب عن العقد، ولما كان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فإنّ لهما الحرية في الاتفاق على تعديل قواعدها، حيث أنّه يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني الجزائري كما يلي: "... يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم..."².

وباستقراء هذا النص، يتضح أنّ الأصل هو جواز شروط الإعفاء أو التخفيف في مجال المسؤولية العقدية³، حيث أنّه يمكن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية مطلقا، أي دفع المسؤولية كلية عن مرتكب الخطأ، ومنع مطالبته بالتعويض. كما يمكن الاتفاق أيضا على التخفيف من المسؤولية، كالاتفاق على

¹ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 144، 145.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

³ أمّا في مجال المسؤولية التقصيرية أو في مجال المسؤولية الجزائية، فلا يمكن الاتفاق على شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية.

إنقاص مقدار التعويض. إلا أنه بمفهوم المخالفة لنص المادة 2/178، فإنّ هذا الجواز ينصب على الأخطاء اليسيرة فقط، أما إذا كان الشرط يرمي إلى الإغفاء مما قد ينشأ عن الغش، وما يلحق به من خطأ جسيم، فإنّه يعد باطلاً¹.

وتعد شروط الإغفاء أو التحديد للمسؤولية من الظواهر المستخدمة بشكل واسع النطاق في مجال تنفيذ الالتزامات التعاقدية، خاصة في إطار العقود التي تبرم في ميدان القانون الخاص، كما أنّ هذه الشروط لا نجدها فقط في عقود الإذعان التي تبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك، بل نجدها كذلك في عقود المساومة².

ويمكن تعريف هذه الشروط بأنّها تلك التي يقصد بها قيام أحد الأطراف باستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار مسؤوليته التعاقدية، حيث يستعمل الأعوان الاقتصاديون هذه الشروط للتخلص من التزاماتهم أو التخلص من دعاوى التعويض التي قد ترفع ضدهم، وبالتالي تكون مخاطر العقد متفاوتة بالنسبة لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر. فإذا نفذ العقد في مثل هذه الحالات بشكل غير مناسب، فيمكن المطالبة بتعويض الأضرار التي لا يمكن للمضروب أن يتحملها. وفي إطار هذه الشروط نجد أنّ القواعد القانونية للمسؤولية لا تؤدي إلى نتيجة عادلة³، لذلك فإنّه يعد من التعسف كلّ شرط يضعه العون الاقتصادي المهيمن ضمن الشروط العامة للبيع من شأنه تقييد المسؤولية إضراراً بالمستهلك⁴.

يمكن القول أنّ المشرع الجزائري حتى وإن قرّر صراحة صحة شروط الإغفاء من المسؤولية العقدية من خلال القواعد العامة، إلا أنّه من جهة أخرى نص صراحة على اعتبارها شروطاً تعسفية⁵ من خلال

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 119، 120.

² GHESTIN Jacques (actes du colloque), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en europe, L.G.D.J, Paris, 1990, p. 1.

³ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 85، 86.

⁴ Tel est le cas d'Algérie Télécom qui, dans sa pratique des débits d'internet, refusait à ses abonnées une réduction de débit mais accepte volontiers une augmentation au regard des bénéfices qui en découlent. Le tribunal de Sétif, constatant une situation monopolistique, a ordonné la réduction du débit de 4 mégas à 1 méga et condamné Algérie Télécom à 100 000 DA de dommages-intérêts. Sauf que le tribunal empruntant un autre raisonnement a qualifié le contrat d'abonnement liant les deux parties de contrat d'adhésion et ordonné la réduction du débit, en application de l'article 110 du code civil et l'article 1^{er} du décret exécutif 06-306. BENCHIKH Nourredine, op. cit., p. 19, 23.

⁵ وذلك على غرار معظم التشريعات التي اعتبرت كذلك شروطاً تعسفية، ومنها التشريع الإنجليزي من خلال قانون الشروط المجحفة في العقد لسنة 1977، وكذلك في النظام المتعلق بالشروط المجحفة الواردة في عقود المستهلكين لسنة 1999. نسرین سلامة محاسنة، مرجع سابق، ص 98.

القواعد الخاصة، وذلك نظرا للأثر السلبي الذي ينتج عن تطبيقها على حماية الطرف الضعيف في العقد (المستهلك)، ويظهر ذلك جليا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306، بل أنّ هذا الأخير قد أكد على الطابع التعسفي للشروط المحددة أو المعفية للمسؤولية في أكثر من حالة سواء كان ذلك بصفة مباشرة الذي يتمثل في: تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته تجاه المستهلك (ثانيا)، أو بصفة غير مباشرة ويتمثل ذلك في: تعديل العقد أو فسخه من طرف العون الاقتصادي بدون تعويض للمستهلك (أولا)، تخلي العون الاقتصادي عن تنفيذ العقد أو القيام بفسخه بدون تعويض للمستهلك (ثالثا)، عدم تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ التزاماته (رابعا)، وأخيرا عدم إلزامية العون الاقتصادي بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري (خامسا).

أولا- تعديل العقد أو فسخه من طرف العون الاقتصادي بدون تعويض للمستهلك:

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على هذا الشرط التعسفي الذي مضمونه احتفاظ العون الاقتصادي بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.

يبدو أنّ هذا الشرط التعسفي يقترب كثيرا من ذلك الذي نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 29 من القانون رقم 04-02، مع اختلاف بسيط بينهما، حيث أنّ نص الفقرة الثالثة من المادة 29 يجعل تعسفا الشرط الذي مضمونه احتفاظ العون الاقتصادي بحق تعديل عناصر العقد مطلقا، في حين أنّ نص الفقرة الثانية من المادة 5 يعتبر تعسفا الشرط الذي مضمونه احتفاظ العون الاقتصادي بحق تعديل العقد أو فسخه مقيدا بعدم دفع تعويض للمستهلك، وهو الذي يفهم منه أنّ الشرط المتعلق بتعديل العقد أو فسخه لا يعتبر تعسفا إذا ما تم دفع تعويض للمستهلك¹ أي إذا تحمّل العون الاقتصادي مسؤوليته عن تعديل العقد

=وكذلك المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 15/1386 من القانون رقم 98-389 الخاص بمسؤولية المنتج عن فعل المنتجات المعيبة على أنّ الشروط التي تستهدف إلغاء أو تحديد مسؤولية العون الاقتصادي باطلة، وتعتبر غير مكتوبة. ولعلها ذات الفلسفة التي استوعبها قانون التجارة المصري رقم 99-17 في مادته 6/67.

قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 269.

أيضا فإنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي اعتبر أنّ الشروط المعفية أو المحددة لمسؤولية العون الاقتصادي هي شروط تعسفية سواء في مواجهة المستهلكين أو في مواجهة الأعوان الاقتصاديين.

MONTFORT Cédric, op. cit., p. 188, 189.

¹ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 119، 120.

أو فسخه، أما إذا ألقى العون الاقتصادي نفسه من تحمل المسؤولية بعدم دفع تعويض للمستهلك مقابل هذا التعديل أو الفسخ للعقد، فعندئذ يعد هذا الشرط تعسفياً.

ثانياً_ تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته تجاه المستهلك:

يترتب على العقد إنشاء التزامات تقع على كاهل كل من طرفيه، والقوة الملزمة للعقد تقضي بأن يقوم كل طرف بتنفيذ التزامه العقدي، فإذا لم يتم المتعاقد بتنفيذ التزامه عيناً، وطلبه الدائن أجبر المدين على تنفيذه، فالأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، أما إذا لم يكن ذلك ممكناً، فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض، وبالتالي قيام مسؤوليته العقدية.

وهذا ما يطبق على العون الاقتصادي الذي لا ينفذ التزاماته المترتبة على العقد المبرم بينه وبين المستهلك أو ينفذها جزئياً أو بصفة غير صحيحة، فهو ملزم بتعويض المستهلك¹، وبالتالي قيام مسؤولية العون الاقتصادي. وعليه فكل شرط مضمونه تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح للالتزامات وبدون دفع أي تعويض للمستهلك يعتبر شرطاً تعسفياً، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

ومن أهم التطبيقات القضائية لهذا الشرط التعسفي في مجال عقود البيع، نجد قضية Mitchell v. Finneylock، حيث تفيد وقائع هذه الدعوى في أنّ تاجراً لبذور قام ببيع بذور معيبة لأحد المزارعين أي أنّ التاجر نفذ التزامه بشكل غير صحيح، وعلى ذلك طالب المزارع باستبدال البذور أو إرجاع ثمنها، كما طالب بإبطال شرط تحديد المسؤولية الذي أورده التاجر ضمن شروط العقد، وعلى ذلك فقد قررت المحكمة عدم معقولية هذا الشرط، لأنّ المزارع لم يكن بمقدوره اكتشاف عيب البذور إلا بعد زرعها²، وبالتالي قيام مسؤولية التاجر، واعتبار شرط تحديد المسؤولية شرط تعسفياً.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الشروط التعسفية التي مضمونها تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته تجاه المستهلك لا يقتصر تطبيقها فقط في مجال عقود البيع، بل لها تطبيق أوسع من ذلك في مجال عقود تقديم الخدمات، حيث تعتبر عقود النقل مثلاً من أبرز عقود الاستهلاك التي تقدم خدمة النقل إلى المستهلك والتي غالباً ما تحرر شروطها بصفة منفردة من طرف العون الاقتصادي أو الناقل، ومنها

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 82.

² عبد المنعم مويسي إبراهيم، مرجع سابق، ص 443.

شروط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية التي تعتبر شروطاً تعسفية لأنها تخالف القواعد العامة التي تقضي بأن الناقل يتعين عليه أن يثبت تنفيذه لالتزامه كاملاً، لذلك فقد حملت المادة 47 من القانون التجاري الجزائي الناقل المسؤولية عن الأشياء المراد نقلها عن فقدانها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخر في تسليمها، ومن جهة أخرى نصت المادة 52 في فقرتها الثالثة من نفس القانون على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاء كلياً من مسؤوليته عن فقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها¹.

وفي ذلك فقد ذهب محكمة التمييز العراقية إلى أنه لا يحتج على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل، لأنه لم يكن واضحاً ولم يكتب بكيفية تسترعي الانتباه، وبالتالي فهو شرط تعسفي. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقد نقل أبرم بين الناقل والمرسل، وقد تضمن شرطاً يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عما يصيب البضاعة من ضرر، وقد ورد الشرط ضمن شروط العقد الأخرى الواردة في محرر مطبوع، فاتخذت محكمة التمييز من عدم إظهار الشرط وتمييزه عن بنود العقد الأخرى ذريعة لإعفاء المرسل منه كونه لم يعلم به، لأنه كتب بطريقة لا تسترعي الانتباه، إلا أن اتخاذ القضاء العراقي من علم المذعن أو عدم علمه أساساً لإلغاء الشرط التعسفي غير مبرر، ذلك أن سلطة القاضي تنقيد بالتعسف الذي يشوب الشرط لا بغموض الشرط وخفاء مدلوله².

غير أن هذا الشرط التعسفي لا يقتصر تطبيقه في مجال عقود تقديم الخدمات على عقود النقل فقط، بل له عدة تطبيقات بصدد عقود التأمين³، حيث طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا الشرط التعسفي في حكم لها صدر في 26 فيفري 2002، قضت فيه أن شرط إعفاء شركة التأمين من تغطية الخطر المؤمن عليه خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد، أي إعفاء الشركة من مسؤوليتها الناجمة عن عدم تنفيذ التزامها بتغطية الخطر المؤمن عليه، يعتبر شرطاً تعسفياً إذا كانت مدة عقد التأمين تزيد قليلاً على السنة. هذا إضافة إلى تطبيقات أخرى وبصدد عقود أخرى، أشهرها حكم محكمة النقض المصرية، حيث انتهت المحكمة بتاريخ 26 مارس 1989 إلى أن عقد الإشتراك في خدمة التليفون الثابت (الأرضي) هو عقد إذعان، وأن إدراج شرط إعفاء هيئة المواصلات الأسلكية من المسؤولية عن تعطل التليفون الوارد في عقد الإشتراك من قبيل الشروط التعسفية التي لحقت بالعقد⁴.

¹ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 88-90.

² موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 267، 268.

³ GHESTIN Jacques (actes du colloque), op. cit., p. 82.

⁴ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 47، 53، 54.

كذلك فإنّ محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 14 ماي 1991 قد أيدت حكم محكمة الموضوع التي أكدت أنّ الشرط المدرج في نشرة الإيداع الذي كان يعفي المعمل من كلّ مسؤولية عن فقد أفلام Diapositive أودعها لديه أحد العملاء لإعادة طبعها، هو شرط تعسفي.

وبخصوص عقد فتح حساب بنكي، فإنّ محكمة النقض الفرنسية أيضا في قرارها الصادر في 23 جانفي 2013، قد صرحت بالطابع التعسفي للشرط الذي يلقي على المستهلك عبئ التحقق من الشيكات التي يصدرها، لأنّه شرط يعفي البنك من هذه المسؤولية¹.

ثالثا_ تخلي العون الاقتصادي عن تنفيذ العقد أو القيام بفسخه بدون تعويض للمستهلك:

لقد نصت الفقرة السابعة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على هذا الشرط التعسفي كما يلي: "الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا امتنع العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه".

وقد نص المشرع الفرنسي على حكم يقترب كثيرا من هذا الحكم، وهو ما جاء في الفقرة «d» من ملحق القانون الفرنسي رقم 95-96، والتي قضت بالطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه: "السماح للمحترف بالحفاظ على الأقساط المدفوعة من قبل المستهلك عندما يقرر هذا الأخير رفض التعاقد أو رفض تنفيذ العقد، دون أن يكون له حق المطالبة بتعويض معادل من المحترف في حال رفض هذا الأخير التعاقد أو تنفيذ العقد".

إلا أنّ نص الفقرة السابعة من المادة 5 من المرسوم الجزائري يختلف عن نص الفقرة «d» من الملحق الفرنسي في أنّ نطاق تطبيق هذا الأخير أوسع من نطاق تطبيق الفقرة السابعة طالما أنّ تطبيق هذه الفقرة قاصر على حالة الامتناع عن التنفيذ أو حالة الفسخ، في حين أنّ تطبيق الفقرة «d» يمتدّ من رفض التعاقد إلى رفض التنفيذ².

وعليه فإنّ الشرط التعسفي المنصوص عليه في الفقرة السابعة من المادة 5 قد أشار إلى حالتين هما: حالة عدم تنفيذ العقد وحالة الفسخ، وبالنسبة لحالة عدم تنفيذ العقد فقد سبقت الإشارة إلى أحكامها

¹ PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op. cit., p. 389, 390.

² العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 121، 122.

من خلال القواعد العامة التي تقضي بأن الطرف الذي لا ينفذ التزامه التعاقدي، يجبر على التنفيذ لأن الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام إذا كان ذلك ممكناً، أما إذا لم يكن ذلك ممكناً فالقاضي يحكم عليه بالتعويض، وبالتالي قيام المسؤولية العقدية.

أما بالنسبة لحالة فسخ العقد، فالأصل فيه هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وبالتالي إذا تم فسخ العقد من طرف المستهلك، فيجب على العون الاقتصادي رد المبالغ التي دفعها المستهلك بموجب هذا العقد، فإن لم يفعل ذلك أعتبر متعسفاً¹، خاصة إذا لم يمنح نفس الحق للمستهلك.

وعليه فإن المعيار المعتمد عليه للتصريح بالطابع التعسفي لهذا الشرط هو غياب المقابل، الذي قد يؤدي بدوره إلى اختلال التوازن العقدي، وتبعاً لذلك لم يكن هذا الشرط تعسفياً متى منح للمستهلك نفس الحق الممنوح للعون الاقتصادي ألا وهو إمكانية الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل العون الاقتصادي متى امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه²، أما إذا لم يعط هذا الشرط للمستهلك الحق في التعويض في حالة تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته المترتبة عن عدم تنفيذ العقد أو القيام بفسخه، فيعتبر الشرط حينها تعسفياً.

وغالباً ما تدرج مثل هذه الشروط في العقود الخاصة بالآلات الكهربائية المنزلية كالغسالة، الثلاجة والسخان...، حيث يدرج في هذه العقود شرط مؤداه أن المستهلك يمكنه الدفع في تواريخ معينة محددة، وعندما يمتنع المستهلك عن دفع واحد من هذه الدفعات وبدون استطاعته إقامة الدليل، فإن العقد سيفسخ، وما دفع من أقساط يكتسب كتعويض للعون الاقتصادي، وغني عن الذكر أن مثل هذه الشروط تضع المستهلك تحت قبضة العون الاقتصادي أو البائع، لذا تم الحكم بأنها تعسفية³.

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 84.

² العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 122.

³ السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 34.

رابعاً_ عدم تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ التزاماته:

تنص المادة 183 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181"¹، وعليه فحسب القواعد العامة يمكن تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من الطرف الذي لا ينفذ التزاماته، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي الذي يعرف بأنه ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان مسبقاً وبطريقة جزافية_ التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية، فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض، ويكون القصد منه غالباً استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، والتخلص من عبئ إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض².

إلا أنه غالباً ما يستخدم الأعوان الاقتصاديون هذا الشرط الجزائي لصالحهم، نظراً لما يتمتعون به من قوة اقتصادية، وذلك بغية الحصول على مزايا فاحشة، وبالنظر لعدم المساواة الاقتصادية بين هؤلاء الأعوان من جهة والمستهلكين من جهة أخرى، تدخلت التشريعات من أجل حماية مبدأ عدم المساس بعدالة الشرط الجزائي عندما يؤدي إلى نتائج ظالمة بشكل واضح بواقع عدم المساواة الاقتصادية، وهذا كله بسبب تعسفات ليست محل شك، في حالة إدراج شروط جزائية مطابقة لإرادة محرر العقد بإرادة شبه منفردة، لأنَّ إرادة المستهلك في الواقع غالباً ما تكون وهمية، حيث يقول البعض أنَّ هذه الشروط الجزائية مؤكدة للتحديد الرهيب والتحكمي³.

لذلك فيعد تعسفياً طبقاً للتشريع الجزائري ذلك الشرط الذي يتضمن تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ التزاماته، وهو ما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، فهذا الشرط التعسفي يفسر إعفاء العون الاقتصادي من مسؤوليته الناجمة عن عدم تنفيذ التزاماته. أمّا إذا كان الشرط يتضمن تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من الطرف الذي لا ينفذ التزاماته

¹ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، مرجع سابق، ص 64.

³ سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 64.

سواءً كان مستهلكاً أو عوناً اقتصادياً، فلا يعتبر تعسفياً لأنه يسوي بين الطرفين ولا يمنح ميزة فاحشة لأحدهما دون الآخر.

كما قد نظم المشرع الفرنسي أحكام الشرط الجزائي التعسفي بمقتضى الفقرة «e» من ملحق القانون رقم 95-96 والتي جاء فيها: "إلزام المستهلك الذي لا يتولى تنفيذ التزاماته دفع تعويض مرتفع تناسبياً". كما أصدرت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية التوصية رقم 01-91 والتي تضمنت إلغاء الشروط الجزائية المبالغ فيها، وكذا التوصية رقم 02-85، أين قضت بإلغاء الشرط الذي مضمونه إلزام المستهلك بدفع تعويض يفوق ذلك الذي يلتزم البائع بدفعه في حال تأخر أحدهما عن تنفيذ التزاماته.

وتماشياً مع ذلك، فقد نظم المشرع الفرنسي أحكام الشرط الجزائي بمقتضى المادة 1152 من القانون المدني، وكذا بموجب المادة 1-132.L من قانون الاستهلاك، وهو ما يسمح بمعالجة أكثر فعالية للشرط الجزائي التعسفي مقارنة بالنصوص العامة¹.

كذلك فإنّ المشرع الجزائري من جهته قد منح للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة².

خامساً - عدم إلزامية العون الاقتصادي بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري:

لقد نصت الفقرة العاشرة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على هذا الشرط التعسفي كما يلي: "الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق". ويتعلق الأمر هنا بالطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه أحقية العون الاقتصادي بإجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المترتبة عن التنفيذ الجبري للعقد، دون أن يكون للمستهلك نفس الحق، أي عدم إلزامية العون الاقتصادي بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري للعقد، لأنه أعفى نفسه مقدماً من هذه المسؤولية بموجب هذا الشرط.

وبالتالي فإنّ المشرع الجزائري قد اعتمد ضمن هذا الشرط التعسفي على أسلوب الصياغة المتضمن إمكانية زوال الطابع التعسفي للشرط متى تضمن مقابلاً للطرف الآخر، والمتمثل في استفادة المستهلك

¹ العطاوي راضية، مرجع سابق، ص 122، 123.

² المادة 184 فقرة 2 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

من إمكانية إجبار العون الاقتصادي على تعويض المصاريف والأتعاب المترتبة عن التنفيذ الجبري للعقد، معتبرا أنّ مثل هذا الأسلوب في الصياغة بإمكانه المحافظة على توازن العقد.

لكن ما يعاب على صياغة المشرع لهذا الشرط التعسفي هو عدم تحكمه في المصطلحات القانونية، ومن ذلك أنّه استخدم عبارة "التنفيذ الإجمالي" للدلالة على الأسلوب الواجب إتباعه في حال امتناع المدين عن التنفيذ، في حين أنّه لا توجد لفظة قانونية في تنفيذ العقد تعرف بهذا الاسم، لذلك كان على المشرع استخدام عبارة "التنفيذ الجبري"، لأنّها الأكثر توافقا مع اللغة القانونية لتنفيذ العقد.

إلا أنّ المشرع الجزائري من خلال تصريحه بالطابع التعسفي لهذا الشرط حاول تغطية كلّ مراحل العقد من بدايته وحتى نهايته بما في ذلك حالة امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به بموجب العقد، ولاشك أنّ هذا مسلك حميد يدل على حرص المشرع على حماية الطرف الضعيف حتى في المراحل الأخيرة للعقد، وعدم ترك هذه المرحلة خالية عن أية حماية لصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية¹، بل أكثر من ذلك فإنّ المشرع الجزائري قد نص على عدة شروط تعسفية أخرى تتعلق بالمرحلة الأخيرة للعقد، وهي مرحلة إنهاء العقد.

المطلب الثالث

الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة إنهاء العقد

قد يسعى الطرف القوي في أغلب الأحوال إلى تضمين العقد ما يفوضه سلطة واسعة في إنهاء العقد، بينما يقلص في ذات الوقت من سلطات الطرف الضعيف في استخدام هذا الحق²، وهذا ما يسمح بالتمييز بين أطراف العقد في سلطة الإنهاء أو فسخ العقد عن طريق فرض مجموعة من الشروط التعسفية.

فقد يضع العون الاقتصادي شروط تعسفية تؤدي إلى حرمان المستهلك من سلطة إنهاء العقد كجزاء على عدم تنفيذ العون الاقتصادي لالتزاماته العقدية، حيث أنّ هذه الشروط تمنع متلقي السلعة أو الخدمة من المطالبة بفسخ العقد حتى وإن قصر العون الاقتصادي في تسليم الشيء أو في القيام بالخدمة محل العقد. وقد يضع العون الاقتصادي شروط تلزم المستهلك بدفع مبلغ من المال كتعويض للعون في

¹ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 124، 125.

² خالد محمد السبائين، مرجع سابق، ص 23.

حالة ما إذا لم يرغب المستهلك الاستمرار في تنفيذ العقد¹، كما قد يضع العون الاقتصادي شروط يفرد بموجبها بممارسة سلطة الفسخ، وذلك عن طريق التهديد بقطع العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمستهلك.

وعلى العموم فقد تضمنت المادة 29 من القانون رقم 04-02 الإشارة إلى شرطين تعسفيين يتعلقان بمرحلة إنهاء العقد، الأول وارد ضمن الفقرة السادسة والذي يتمثل في حرمان المستهلك من حق فسخ العقد (الفرع الأول)، والثاني وارد ضمن الفقرة الثامنة والمتمثل في تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية (الفرع الثاني).

أما المرسوم التنفيذي رقم 06-306 فقد أشار فقط إلى شرط تعسفي واحد ووحيد يتعلق بمرحلة إنهاء العقد، وهو الوارد ضمن الفقرة الثالثة من المادة 5 منه، والذي يتمثل في عدم السماح للمستهلك بفسخ العقد في حالة القوة القاهرة إلاّ بمقابل دفع تعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حرمان المستهلك من حق فسخ العقد

المقصود بالفسخ هو حل الرابطة التعاقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه، فهو إذن جزاء إخلال المتعاقد بالتزامه ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد.

فالحق في الفسخ يتأسس على جانب من قواعد العدالة ومبادئ حسن النية، فالعدالة تقضي بعدم التزام شخص بعقد لم ينفذ طرفه الآخر الالتزام المقابل، كما تقضي أيضا برفع الظلم ولا سبيل لذلك في هذه الحالة سوى فسخ العقد. كما أنه يتنافى ومبادئ حسن النية الإبقاء على عقد لم يرق أحد طرفيه بتنفيذ التزامه العقدي، ولأنّ مناط الفسخ هو عدم التنفيذ، فهو يكتسب خصائص النظام الجزائي، وهو جزاء بالمعنى الواسع الذي لا يفيد العقوبة، وإنما يعبر عن كل وسيلة لحماية أمر قانوني².

لذلك نصت المادة 119 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ

¹ زوية سميرة، مرجع سابق، ص 69.

² بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 79.

العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"¹، فطبقا للقواعد العامة فإن حق فسخ العقد هو حق مشروع، ممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه.

وباعتبار أن كل من عقد بيع السلع وعقد تقديم الخدمات هي عقود ملزمة للجانبين، فيحق لكل طرف المطالبة بفسخ العقد إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزاماته، إلا أن البائع أو مقدم الخدمة وبحكم قوته الاقتصادية قد يرفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته²، وهو ما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة 29 من القانون رقم 04-02 بأنه شرط تعسفي، حيث أن البائع أو مقدم الخدمة يحاول بثني الطرق أن يتفادى النتائج المحتملة لإخلاله بتنفيذ التزاماته، لذا يسعى إلى تضمين العقد من الشروط ما يحد من سلطات المستهلك في استخدام حقه في الفسخ، وهو ما يقيد المستهلك حيال البائع كونه يسلبه إحدى أهم الضمانات الممنوحة للمتعاقد التي من خلالها يمكنه مواجهة عدم أو سوء تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته³.

غير أن الصياغة التي أتت بها الفقرة السادسة من المادة 29 يفهم من خلالها وكأن المستهلك هو الذي يخل بالتزاماته، وبالتالي فإن نص هذه الفقرة معيب من الناحية اللغوية باعتبار أن الضمير "هو" وكأنه في غير محله، لأنه يفهم من صياغته وكأنه يعود على المستهلك، مما قد يضيف صعوبة في فهم نص الفقرة، إلا أن الأكيد أن الضمير "هو" يعود على البائع، حيث أن حق الفسخ يترتب عنه إخلال البائع بالتزام أو عدة التزامات في ذمته⁴. وهذا ما يوضح التعسف والإجحاف عند حرمان المستهلك من ممارسة حقه في الفسخ في حالة إخلال البائع بالتزاماته، سيما وأن هذا الحرمان يبعث على عدم استقرار التعامل من وجهة نظر المستهلك الذي لا يعرف ما إذا كان البائع سينفذ التزاماته كاملة أو جزئيا وما مدى ملائمة طريقة التنفيذ لتوقعاته.

والملاحظ أن المشرع الجزائري استوجب لقيام التعسف أن يكون مضمون الشرط هو رفض حق المستهلك في طلب الفسخ، واستخدام المشرع لعبارة "الرفض" على إطلاقها معناه أن وصف التعسف

¹ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² كيموش نوال، مرجع سابق، ص 62، 63.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 153، 154.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 150.

⁴ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 115.

يلحق أي رفض لحق المستهلك في الفسخ سواء كان رفضا مطلقا أو مقيدا، فيدخل في ذلك الشرط الذي يقضي بتقييد حق المستهلك في طلب الفسخ خلال مدة معينة فقط، أو العكس بأن يقتصر حق فسخ العقد بالنسبة للمستهلك على فترة محددة فقط.

ومع ذلك يثور التساؤل حول مدى تعسفية بعض الشروط التي لا تقضي برفض حق المستهلك في الفسخ مطلقا، وإنما بفقدانه مثلا جزء من الثمن إذا استعمل حقه في الفسخ، أو الشرط الذي يقضي بتحديد مدة معينة لإعذار البائع بالفسخ بعد إخلاله بالتزامه، وبانقضائها يسقط حق المستهلك في الفسخ¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي من جهته نص أيضا على حظر مثل هذه الشروط التعسفية²، ولكن بصورة معاكسة لصياغة المشرع الجزائري، ذلك أنه يقضي بالسماح للعون الاقتصادي بفسخ العقد في الوقت الذي يحرم فيه المستهلك من نفس الحق. ففي الوقت الذي تحدث فيه المشرع الجزائري عن تعسفية الشرط الذي مضمونه عدم تمكين المستهلك من حق الفسخ، فإن المشرع الفرنسي يتحدث عن الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه السماح للعون الاقتصادي بفسخ العقد طالما لم يمنح المستهلك نفس هذا الخيار. وبالتالي يفهم من نص المشرع الفرنسي بمفهوم المخالفة أن الشرط لا يعتبر تعسفيا إذا تضمن نفس الحق للمستهلك، بخلاف نص الفقرة السادسة من المادة 29 من القانون رقم 02-04 والتي لا يمكن أن نفهم منها مثل هذا طالما أنها تتحدث عن مجرد رفض حق المستهلك في فسخ العقد في حال الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية³.

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 154.

² Déjà les projets de réforme du droit de la consommation proposaient la «**clause qui autorise le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire sans accorder la même faculté au consommateur**».

La commission des clauses abusives l'a aussi stigmatisée, dans des termes exactement similaires, non seulement dans sa recommandations.

La même interdiction avait été reprise au point «f» de l'ancienne liste annexée à l'article L.132-1 du code de la consommation.

Depuis le décret du 18 mars 2009, est présumée abusive, de manière irréfutable, la clause qui visant à: Art. R. 132-1, 8^o c. consom: «**Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur**».

La proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011 vise aussi ce type de clauses.

PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op. cit., p. 324, 325.

³ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 114، 115.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "يعتبر شرطاً تعسفياً، ذلك البند الوارد في العقد الذي يحرم المشتري (المستهلك) من طلب الفسخ في حالة التأخير عن التسليم في عقد بيع أثاث، متى كان هذا الشرط مفروضاً من عون اقتصادي بائع، فهذا الشرط يعتبر غير مكتوب"¹.

الفرع الثاني

تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية

إنّ هذا النوع من الشروط يتناسب أكثر مع العقود المستمرة التي يتطلب تنفيذها حيناً من الزمن، وهي عادة ما يكون محلها أداء خدمات كعقد العمل أو التوريد، فتحسباً لما قد يطرأ من ظروف أو تطورات قد لا تخدم مصلحة البائع أو مقدم الخدمة، يضع هذا الأخير شروطاً تتيح له إمكانية تضمين العقد شروط جديدة، ولكن حتى يتفادى خطر رفض المستهلك لهذه الشروط يضع البائع أو مقدم الخدمة شرطاً منذ البداية يقضي بإمكانية قطع العلاقة التعاقدية في حال رفض المستهلك الخضوع لهذه الشروط².

ففي هذه الحالة يتضح أنّ المستهلك يتعاقد وهو مهدد بقطع هذه العلاقة التعاقدية في أي وقت، وهو ما يعد إخلالاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يفرض تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، كما يفرض من ناحية أخرى أنّ العقد يحقق مصلحة المتعاقدين، وتنفيذه هو المقصود من التعاقد، وهو ما اتجهت إليه نيتهم، وذلك ما يحقق التوازن والمصلحة لكلّ من الطرفين لأنّ العقد يبرم لمصلحتهما³.

¹ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 794.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 155.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 152.

³ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 80.

والتهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، يعد من قبيل الإكراه الذي يجبر المستهلك على قبول الشروط غير المتكافئة المفروضة عليه، وفي هذا إهدار واضح للتوازن العقدي ولمبدأ حرية التعاقد، مما استدعى تدخل المشرع لحماية المستهلك الذي يعد طرفاً ضعيفاً¹، واعتبار هذا الشرط تعسفياً² في الفقرة الثامنة والأخيرة من المادة 29 من القانون رقم 04-02.

ووجه التعسف في هذا النوع من الشروط واضح وجلي، لكونها تترك الباب مفتوحاً للعون الاقتصادي لأن يكرس هيمنته على العلاقة التعاقدية دون أن يعترض المستهلك على ذلك في شيء، فيكون المستهلك بذلك عاجزاً على تقدير مركزه في العقد، كما أن قطع العلاقة التعاقدية في حال تجرأ المستهلك على الرفض يعني الرجوع إلى الحالة ما قبل التعاقد أي إنهاء العقد، وهذا الأثر لا يخدم المستهلك الذي يسعى أساساً لتلبية حاجاته من وراء هذا التعاقد.

ولا اعتبار الشرط تعسفياً حسب هذه الصورة، استوجب المشرع لذلك شرطين؛ أولهما أن يكون مضمون التهديد هو قطع العلاقة التعاقدية، وبفهم من ذلك أنه إذا كان مضمون الشرط مثلاً هو التهديد بإعادة النظر في شروط العقد الأخرى، أو التهديد بتقليص التزامات العون الاقتصادي، فلا يعد الشرط تعسفياً بحسب هذه الحالة. وثانيهما أن يتعلق الأمر برفض المستهلك لشروط جديدة وغير متكافئة، يفهم من ذلك أنه إذا كان مضمون الشرط هو تهديد العون الاقتصادي بقطع العلاقة التعاقدية إذا رفض المستهلك مثلاً شرطاً منصوصاً عليه في العقد (أي غير جديد)، أو كانت الشروط جديدة لكنها متكافئة، فإن الشرط لا يعتبر تعسفياً أيضاً. وإن كان مصطلح "الشروط التجارية" الذي ورد في هذه الصورة يؤثر بعض الغموض³، هذا بالإضافة إلى صعوبة تقدير الطابع التكافئي للشروط التجارية

¹ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 63.

² وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد سبق له وأن حظر مثل هذه الصورة من الشرط التعسفي بمقتضى المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، لكن كصورة من صور التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية التي يفرضها العون الاقتصادي على عون آخر تابع له. وقد سبق لنا دراسة ذلك في الفصل الأول.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 155.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 152، 153.

الجديدة، ذلك أنّ المشرع لم يضع معيارا يمكن من خلاله تحديد المقصود بالتكافؤ وأدوات حسابه، وهو ما يترك للقضاء دورا كبيرا في تقدير تكافؤ الشروط الجديدة من عدمها¹.

ومن أمثلة هذه الشروط التعسفية حالة ما إذا أبرم العون الاقتصادي مثلا وليكن _بائع الأثاث_ عقد بيع بالتقسيط مع مستهلك، يتضمن شرطا يخول له حق قطع العلاقة التجارية في حال رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة، ثم بعد إبرام العقد يطلب العون الاقتصادي من المستهلك دفع كل الأقساط مرة واحدة قبل صنع الأثاث، بحجة وجود شرط في العقد يمنح له الحق في هذا، ثم يهدده بقطع العلاقة التعاقدية في حال عدم قبول المستهلك بدفع كامل الثمن دفعة واحدة².

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الفرنسي قد أشار هو الآخر إلى شرط تعسفي يشبه إلى حد ما هذا الشرط، وذلك بمقتضى الفقرة «g» من ملحق القانون الفرنسي التي تنص: "السماح للمحترف بوضع حد لعقد غير محدد المدة بدون إشعار مسبق، باستثناء وجود سبب خطير"، وهو نص وإن كان يتضمن إنهاء العقد غير محدد المدة بمحض إرادة العون الاقتصادي، إلّا أنّه يختلف عن نص الفقرة الثامنة من المادة 29 من عدة نواحي، أهمها: أنّ نص الفقرة الثامنة من المادة 29 قضى بالطابع التعسفي لمجرد التهديد بقطع العلاقة التعاقدية في حال امتناع المستهلك عن الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة، في حين أنّ نص الفقرة «g» قضى بتعسفية شرط السماح للعون الاقتصادي بوضع حد للعقد مجردا عن أي تهديد. كما أنّ نص الفقرة الثامنة جعل علة الطابع التعسفي متضمنة في إخضاع المستهلك لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، في حين جعل المشرع الفرنسي علة ذلك في إنهاء العقد بغير إشعار مسبق.

لكن وإن اختلف نص الفقرة الثامنة من المادة 29 عن نص الفقرة «g» من ملحق القانون الفرنسي، إلّا أنّهما يتفقان في طبيعة العقد الذي يمكن أن يدرج فيه مثل هذا النوع من الشروط التعسفية، ويتعلق الأمر بالعقود الزمنية التي يعتبر الزمن فيها عنصرا جوهريا، والتي من الممكن أن تشهد تعديلات عليها مع مرور الوقت³.

ومن أحدث القضايا الفرنسية التي تطرقت إلى مثل هذه الشروط التعسفية نجد القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 23 جانفي 2013، والذي أنفى الطابع التعسفي للشرط الوارد في عقد فتح

¹ العطاوي راضية، مرجع سابق، ص 116.

² عنصري بوزار شهناز، مرجع سابق، ص 70.

³ العطاوي راضية، مرجع سابق، ص 115، 116.

حساب بنكي الذي يقضي بأن العقد مبرم لمدة غير محددة، وبالتالي فيمكن فسخه في أي وقت وبدون إشعار مسبق من الزبون، أما البنك فعليه إشعار الزبون لمدة شهرين قبل الفسخ. وقد اعتبرت محكمة النقض أن هذا الشرط غير تعسفي لأنه لا يسمح فقط للعون الاقتصادي بحق فسخ العقد، بل أن المستهلك أيضا يمكنه فسخ العقد في أي وقت، كما أن هذا الشرط يمنح للبنك مدة إشعار لا تقل عن شهرين¹.

الفرع الثالث

عدم السماح للمستهلك بفسخ العقد في حالة القوة القاهرة إلا بمقابل دفع تعويض

حسب القواعد العامة يكون العقد منفسخا بقوة القانون متى وقعت قوة القاهرة جعلت تنفيذه مستحيلا، وهذا ما نصت عليه المادة 121 من القانون المدني: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وفسخ العقد بحكم القانون"، وكذلك نص المادة 307 من نفس القانون: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته"².

من خلال هذين النصين يتضح أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام التعاقدي بين العون الاقتصادي والمستهلك لسبب أجنبي كالقوة القاهرة مثلا، فإن التزام المستهلك المدين ينقضي، وينقضي معه الالتزام المقابل للعون الاقتصادي، ويترتب على ذلك انفساخ العقد بقوة القانون، حيث يزول من تلقاء نفسه، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.

وفي هذه الحالة فإنه لا مجال للتعويض من قبل المدين المستهلك أي لا تقوم مسؤوليته العقدية، لأن عدم وفائه بالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي، إلا أن العون الاقتصادي بحكم مركزه القوي في العقد، قد يشترط على المستهلك دفع التعويض مقابل السماح له بفسخ العقد في حالة القوة القاهرة³، وهذا ما اعتبرته الفقرة الثالثة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 شرطا تعسفيا.

¹ PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op. cit., p. 327.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

³ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 82.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الشرط التعسفي وإن كان يقترب إلى حد ما من ذلك الشرط الذي نص عليه المشرع الجزائري ضمن الفقرة السادسة من المادة 29 من القانون رقم 04-02_ الذي سبق توضيحه، حيث أنّ كلاهما يحرمان المستهلك من حق فسخ العقد، إلّا أنّهما يختلفان في عدة نواحي أهمها: أنّ الشرط الوارد في الفقرة السادسة من المادة 29 يعتبر تعسفيا إذا حرم فيه المستهلك من حق فسخ العقد نتيجة إخلال العون الاقتصادي بالتزام أو عدة التزامات في ذمته، أمّا الشرط الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 5، فإنّه يعتبر تعسفيا إذا حرم فيه المستهلك من فسخ العقد تبعا لقوة القاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا. كذلك فإنّ الشرط الوارد في الفقرة السادسة من المادة 29 لم يجعل مقابلا لحرمان المستهلك من حق فسخ العقد، بخلاف الفقرة الثالثة من المادة 5 والتي قرنت الطابع التعسفي للشرط الوارد فيها بتعويض يلزم المستهلك بدفعه للعون الاقتصادي حتى يتسنى له ممارسة حقه في الفسخ تبعا للقوة القاهرة.

ولم يأت ضمن القانون الفرنسي ما يفيد أنّ المشرع قد تبنى مثل هذا الشرط التعسفي، لكن طالما أنّ نص الفقرة «f» جاءت بصياغة عامة قادرة على احتواء كل الأحوال التي يتم فيها فسخ العقد من قبل العون الاقتصادي ولم يمنح للمستهلك نفس الخيارات الممنوحة للعون الاقتصادي¹، فإنّ القضاء الفرنسي قد طبق الشرط التعسفي الذي مضمونه عدم السماح للمستهلك بفسخ العقد إلّا بمقابل دفع تعويض، ولكن لم يقرنه بحالة القوة القاهرة، وذلك من طرف محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 29 أكتوبر 2002، حيث اعتبرت أنّ الشرط الوارد في عقد اشتراك المستهلك في خدمة المراقبة التلفزيونية بواسطة العون الاقتصادي، والذي يقضي بأنّه من حق المشترك أن يلغي العقد بإرادته المنفردة في أي وقت أثناء مدة العقد بعد أن يدفع ما لا يقل عن 60% من قيمة الاشتراك شرطا تعسفيا، لأنّه يلزم المشترك بأن يدفع للعون الاقتصادي مبلغا يساوي تقريبا قسط الاشتراك عن المدة التي ألغاه².

إنّ بعد هذا العرض الموجز للشروط التعسفية التي حظرها المشرع الجزائري والمتعلقة أساسا بتكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه، نجد أنّ هذه الشروط ما هي إلّا تطبيق للقواعد العامة في العقود من حيث الإبرام والتنفيذ وسلطات إنهاء العقد، وبالتالي فالمشرع استوعب جميع مراحل العقد في هذا الصدد، بل وقد ذهب إلى أبعد من هذا، وذلك بالنص على شرط تعسفي آخر متعلق بممارسة الحقوق

¹ العطيائي راضية، مرجع سابق، ص 127.

² أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 54.

القضائية لما يثور نزاع بين العون الاقتصادي والمستهلك، والذي ينص من خلاله أنه في حالة وقوع الخلاف مع المستهلك، لابد على هذا الأخير التخلي عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضد العون الاقتصادي، وهو ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

إذن يتعلق الأمر هنا بالطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه حرمان المستهلك من استعمال حق التقاضي، رغم أن اللجوء إلى القضاء يعتبر حق من الحقوق العامة المشروعة والمعترف بها لكل أفراد المجتمع، وهو حق يدخل في نطاق الحريات العامة المكفولة دستوريا، وبناء على ذلك فإن للمستهلك الحق في اللجوء إلى القضاء إذا رأى بأن مصالحه مهددة من طرف المتعاقد معه.

إلا أنه جرت العادة أن يعتمد العون الاقتصادي إلى تضمين العقد شروط تعسفية ترمي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى حرمان المستهلك من حق اللجوء إلى القضاء، كأن ينص مثلا في هذا العقد على أن كل نزاع يمكن أن ينشأ بصدد هذا العقد تتم تسويته إلزاميا بطرق التسوية الودية، والتي غالبا ما تنتهي بالفشل، فقد يلجأ الطرفان إلى نظام التحكيم، ولكن العون الاقتصادي يبقي نفسه في مركز أقوى ويفرد بتعيين المحكمين¹، كما أنه كثيرا ما يرد في العقود شرط التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء وإذعان المستهلك لحكم هيئة صلح ينص غالبا على طريقة تكوينها في صلب العقد، وفيها يوقع المستهلك على موافقته أن تكون ما تتوصل إليه تلك الهيئة نهائيا يرضاه، ولا يلجأ إلى المحاكم بعد ذلك².

لكن إذا كانت الشروط المتعلقة بإجراءات التسوية الودية للنزاع شروط مشروعة في الأصل بحسب نصوص القانون، إلا أنها لا يجب أن تؤدي إلى إلغاء أو تقييد حق ممارسة الدعوى أمام المحكمة أو إحدى طرق الطعن، بل يجب أن تكون شروط استثنائية فقط وليست إلزامية، لأن القانون نص على طرق التسوية الودية بصفة عامة، وبالتالي فيجب إخضاع الشروط المتعلقة بها تحت المراقبة تقاديا لأي تعسف قد يشوبها³.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نص على حكم مماثل لحكم الفقرة الخامسة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الجزائري، غير أن مداه كان أبعد، إذ جاء ضمن الفقرة «q» من الملحق ما مضمونه: "إلغاء أو حرمان المستهلك من ممارسة حق التقاضي أو من طرق

¹ بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 82، 83.

² أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 74.

³ GRAS Nicolas, Essai sur les clauses contractuelles, Thèse pour le Doctorat en droit privé, école doctorale des sciences économiques juridiques et de gestion, Université d'Auvergne-Clermont Ferrand 1, France, 2014, p. 422.

الطعن، وخصوصا إلزامه بقضاء التحكيم عندما لا يكون هذا الأخير خاضع لأحكام قانونية، وكذا تحديد أدوات الإثبات أو إلزامه بتقديم الدليل على أمر يقع عبئ إثباته طبقا للقانون الساري المفعول على الطرف الثاني¹. كذلك فقد نص في المادة 4-152 L من قانون الاستهلاك على منع كل شرط أو اتفاق يجبر المستهلك في حالة النزاع، أن يلجأ إجباريا إلى الوساطة مسبقا وقبل اللجوء إلى القضاء².

وقد كان تنظيم المشرع الفرنسي لهذين الشرطين أكثر دقة واستيعابا من نواحي أهمها: أن المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة فقط إلى الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه إلزام المستهلك بالتخلي عن ممارسة أي طريق من طرق الطعن في حال خلافه مع العون الاقتصادي، في حين أن المشرع الفرنسي أشار إلى الطابع التعسفي لشرط حرمان المستهلك من حق التقاضي ومن طرق الطعن كذلك. وأيضا فإن المشرع الفرنسي قد أشار إلى قضاء التحكيم وقضاء الوساطة خصوصا عندما لا يكون ذلك خاضعا لأحكام القانون، وذلك لأن المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي تعتبر شرط التحكيم باطلا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، خلافا للمشرع الجزائري الذي لم يشر إلى قضاء التحكيم ولا إلى قضاء الوساطة على اعتبار أن التحكيم والوساطة في القانون الجزائري جائزين إلا ما استثنى بنص. وأخيرا فإن المشرع الفرنسي خلافا للمشرع الجزائري أشار إلى الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه تحديد أدوات الإثبات الواجب استخدامها من قبل المستهلك، وكذا إلزامه بتقديم الدليل على أمور يقع عبئ إثباتها على عاتق العون الاقتصادي طبقا للقانون الساري المفعول³.

إذن كانت هذه مجمل الشروط التعسفية التي تعرض إليها المشرع الجزائري في كل من المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، والتي تشمل ما يقارب عشرون (20) شرطا تعسفيا، وعلى الرغم من السعي لشرحها وتفسيرها، إلا أن الغموض لا يزال يكتنف بعضها نظرا لعموم العبارات التي وردت بها بعض هذه الشروط، فضلا عن تداخلها وتشابهها في بعض الحالات⁴. كما أن المشرع الجزائري وإن اقتبس معظم هذه الشروط التعسفية من ملحق القانون الفرنسي، إلا أنه أغفل بعض الشروط التي جاء على ذكرها هذا الأخير، ومن ذلك الشرط التعسفي الوارد

¹ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 128.

² ODILE Marie, DUARTE Thiry, «Les clauses abusives: mode d'emploi (fiche pratique)», Institut national de la consommation, 14/04/2016. [https:// www.inc-conso.fr](https://www.inc-conso.fr) .

³ العطياوي راضية، مرجع سابق، ص 128، 129.

⁴ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 155.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 153.

في الفقرة «n» المتعلق بتمديد العقد المحدد المدة بصفة تلقائية من قبل العون الاقتصادي، وكذا الشرط التعسفي الوارد في الفقرة «p» والمتعلق بإمكانية تحويل العقد من قبل العون الاقتصادي إذا أدى هذا التحويل إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك ودون موافقة هذا الأخير، وأيضا الشرط التعسفي الوارد في الفقرة «l» المتعلق باحتفاظ العون الاقتصادي بتحديد الثمن لحظة التسليم أو الزيادة في الثمن¹، وذلك لأن احتفاظ أحد المتعاقدين بتحديد الثمن أو السعر من جانب واحد تحقيقا لمصلحته فيه تعسف في حق المتعاقد الآخر².

وعلى العموم يمكن القول أنّ المشرع الجزائري قد أحاط الطرف الضعيف بحماية كبيرة للحول دون تعسف الأعوان الاقتصاديين نتيجة لاستخدام قوتهم الاقتصادية، وذلك من خلال نصه على حظر عدة شروط تعسفية استوعبت جميع مراحل العقد من لحظة تكوينه إلى غاية إنجائه، وأكثر من ذلك فقد ترك مجالا واسعا للقاضي في تقدير الشروط التعسفية خارج الحالات الواردة في المادة 29 من القانون رقم 04-02، والتي تعد أداة قوية في يد القاضي يحمي بها الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، على اعتبار أنّ هذه المادة ذكرت قائمة الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر، بدليل استخدام عبارة "لاسيما"³، إذ أنّ حصر هذه الشروط بشكل مطلق أو نهائي يعد من الأمور المستحيلة، لاسيما وأنّ حرية التعاقد تسمح دائما بالمزيد من التحايل حتى يستطيع الطرف الأكثر قوة أن يوجه العقد لمصلحته، وبغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر التي قد يسعى العون الاقتصادي متعمدا إلى إهدارها⁴.

¹ العطاوي راضية، مرجع سابق، ص 129، 130.

² Avec le revirement en la matière opéré par l'assemblée plénière dans ces arrêts du 1^{er} décembre 1995, et la validation du pouvoir de fixation unilatérale du prix octroyé à l'un des contractants, a été institué un contrôle de l'abus, une sorte de «réserve d'abus». En effet, «le pouvoir de fixation du prix est subordonné à une condition destinée à éviter qu'il ne serve l'intérêt de son seul titulaire; grâce à la réserve d'abus, la détermination unilatérale du prix doit s'exercer en conformité avec l'intérêt des contractants, faute de quoi ce pouvoir est détourné et son exercice sanctionnable».

MEHANNA Myriam, op. cit., p. 263, 264.

³ وفي هذا الصدد فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 16 جانفي 1994، بأنّ القاضي يمكنه تقرير أنّ الشرط تعسفي دون الاعتماد على مضمون المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، ودون الحاجة إلى الرجوع للمراسيم، وعليه فقد اعتبرت بأنّه يعد شرطا تعسفيا الشرط الذي ينص على أنّه منذ تسليم المركبة، فإنّ المشتري تقع على عاتقه الأخطار التي يمكن أن تلحق بها لاسيما الضياع، السرقة، الخلل الميكانيكي....

كيموش نوال، مرجع سابق، ص 64، 65.

⁴ زوية سميرة، مرجع سابق، ص 70.

وتظهر سلطة القاضي في استبعاد الشروط التعسفية عند وجود نزاع معروض على القاضي، أي أنه لا يحكم بتعسفية شرط من الشروط ما لم يثر نزاعاً انتهى برفعه أمام المحكمة، إلا أن إعطاء القاضي تلك السلطة لم يتم بسهولة، فقد وجد خلاف ما بين مؤيد ومعارض، وكان تبرير مؤيدي إعطاء القاضي هذه السلطة أنه على الرغم من وجود لجنة الشروط التعسفية في فرنسا، وسلطة الحكومة في إصدار مرسوم بعد موافقة مجلس الدولة باعتبار الشرط تعسفياً، إلا أنه ما زالت الشروط التعسفية تدرج في العقود، وكمثال على ذلك عقود بيع السيارات والتي يشترط فيها أن تتم عمليات الإصلاح لدى البائع، كما أن هناك شروطاً تستثني بعض قطع الغيار من نطاق الضمان، ولهذا وجب التدخل لعلاج هذه الأوضاع¹.

وفي الحقيقة فإن اهتمام المشرع بالحماية من الشروط التعسفية يتجسد في كل المجالات و في أغلب العقود، نذكر الأكثر أهمية منها: عقود التأمين، البنوك، النقل، الفنادق، الإيجار، البيع...².

حيث يزخر الواقع العملي بالكثير من الأمثلة للعقود وما يرد فيها من شروط تعسفية، ولكل نوع من العقود ظروفه وخصائصه لإدراج الشروط التعسفية فيها، ففي إطار العقود التي تبرم للاستهلاك يعتبر تعسفياً ذلك الشرط الذي يقضي باستحقاق جميع الأقساط المتبقية على المشتري دفعة واحدة في البيع بالتقسيط عند تأخره في الوفاء بأحد هذه الأقساط، أو ذلك الشرط الذي يجبر المستهلك على التنازل عن بعض أو كل حقوقه في المطالبة بالتعويض عما يصيبه من ضرر بسبب عيب في السلعة الاستهلاكية³.

وفي مجال خدمة الانترنت رأت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية أنه يعتبر تعسفياً ذلك الشرط الذي يسمح لشركة الانترنت بتغيير آجال الفوترة مع إعلام العميل عن طريق رسالة إلكترونية، وكذلك الشرط الذي يعفي الشركة من الخسائر التي أصابت العميل جراء عدم وصول الرسائل الإلكترونية أو تلفها أو عدم قدرته على الدخول على الانترنت، لأن العميل لم يعتمد على الخدمة الخاصة بالتجار أو الأعوان الاقتصاديين، وأيضاً الشرط الذي يسمح للشركة بنشر بعض المعلومات الخاصة بالعمل كالفاكس والبريد الإلكتروني بهدف التسويق.

¹ غدوشي نعيمة، مرجع سابق، ص 43-45.

² MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, op. cit., p. 21.

³ عبد المنعم مويسي إبراهيم، مرجع سابق، ص 435.

وفي المجال المصرفي يعتبر تعسفيا ذلك الشرط الذي يسمح للبنك في أي وقت باسترداد الشيكات غير المستخدمة، وكذا الشرط الذي يجعل مسؤولية البنك تتم وفق معيار بذل العناية فقط، وهذا ما يجعله غير مسئول عن التأخير أو الخطأ في التنفيذ، وأيضا الشرط الذي يجعل معارضة العميل عن الدفع غير مقبولة في حالة سرقة الشيك إلا إذا قام بتحريك دعوى قضائية أمام العدالة¹، وكذا الشرط الذي يقضي أن دفاتر البنك هي البيئة على الحسابات عند الاختلاف، وشرط سقوط حق العميل في الاعتراض على ما ورد في كشف الحساب من البنك بعد مدة وجيزة، وكذلك ما يرد في عقود المصارف عند إصدار بطاقات الائتمان أنه يحق للبنك إلغاء البطاقة الأساسية أو أية بطاقات إضافية تكون قد أصدرت عنها بدون إشعار العميل بإيقاف العمل بها².

وبخصوص هذه الشروط التعسفية التي ترد في عقود المصارف، فقد تلقى القضاء الإسباني قضية بشأن ذلك تتلخص وقائعها في أن شخص طبيعى أبرم عقد قرض مع أحد البنوك من أجل شراء سيارة، وقد تم إيراد شرط في العقد يحدد نسبة الفوائد عن التأخير التي تبلغ أكثر من 29%، إلا أن المدين بهذا القرض لم يتولى الدفع، وبهذا فقد رفعت البنك دعوى الدفع ضده أمام محكمة أول درجة في إسبانيا، إلا أن المحكمة بتاريخ 14 جوان 2012 اعتبرت أن الشرط المحدد لنسبة فوائد التأخير هو شرط تعسفي³.

وفي مجال عقد القرض الاستهلاكي، فيمكن إجمال الشروط التعسفية التي قد ترد في مثل هذه العقود والتي تنتج عن إخلال العون الاقتصادي مانح القرض بالتزاماته في مواجهة المستهلك في: الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك ببيانات عقد القرض الاستهلاكي، عدم منح مهلة للتروي للمستهلك قبل إبرام العقد، إخلال مانح القرض الاستهلاكي بالتربط الموجود بين العقد الرئيسي وعقد القرض، تحديد سعر فائدة مبالغ فيها، تحديد تعويض مبالغ فيه بالنسبة للمستهلك، حرمان المستهلك من أجل أو نظرة الميسرة، منع المستهلك من رد مبلغ القرض قبل نهاية الأجل، عدم ربط مانح القرض بين رد مبلغ القرض وتنفيذ العقد الرئيسي، إلزام المستهلك بتوقيع صفائح أو سندات لأمر في نطاق القرض الاستهلاكي⁴.

¹ براحلية بدر الدين، مرجع سابق، ص 214، 215.

² أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 74، 75.

³ ABADIE Laurent, LECOURT Arnaud, op. cit., p. 316.

⁴ للمزيد من التفاصيل حول هذه الشروط التعسفية التي قد ترد في عقد القرض الاستهلاكي: بوالكور رفيعة، مرجع سابق، ص 96-102.

وفي مجال عقود الإيجار فقد نص القانون الفرنسي الصادر في 6 جويلية 1989 على مجموعة من الشروط التعسفية والتي تم منعها بموجب المادة 4 من هذا القانون تتمثل خصوصا في: تقليص الحريات، التحديد أو الإعفاء من المسؤوليات، فرض تكاليف إضافية، تقليص استعمالات المال المؤجر وتسهيل إلغاء عقد الإيجار¹.

هذا بالإضافة إلى وجود عدة نصوص قانونية متناثرة تنظم الشروط التعسفية في بعض العقود، نذكر منها عقد المفاوضة، وفي ذلك تنص المادة 556 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه". أما بخصوص عقد التأمين، فتتص المادة 622 من القانون المدني الجزائري على: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

_ الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم، إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية،

_ الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول،

_ كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،

_ شرط التحكيم، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،

_ كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"².

فهذه الفقرة الأخيرة قد فتحت المجال للقاضي أن يحكم ببطلان أي شرط تعسفي آخر لم يتم ذكره في الفقرات السابقة يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

¹ ODILE Marie, DUARTE Thiry, op. cit.

² أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية: "في عقد التأمين إذا اشترطت شركة التأمين أنها لا تضمن الحوادث التي تسببها السيارة نتيجة عدم العناية بها أو بسبب تحميلها أكثر من الحمولة المقررة عدّ ذلك شرط غير تعسفي، لأنّه لا يناقض جوهر العقد، ولا يخالف النظام العام، بل الرغبة منه هو الحد من نطاق المسؤولية باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الخطر أشد احتمالاً، لأنّ إلغاء هذا الشرط يجعل الخطر المؤمن منه أشد احتمالاً بل محقق الوقوع"¹.

وبعد عرض معظم التطبيقات التي تلحق بفكرة الشروط التعسفية سواءً تلك المنصوص عليها في قانون الممارسات التجارية والقوانين المنظمة له، أو تلك التي لم ينص عليها مشرع القانون رقم 04-02 باعتبار أنّ هذا الأخير قد نص على تطبيقات فكرة الشروط التعسفية على سبيل المثال، نتطرق بعد ذلك إلى دراسة تطبيقات فكرة الممارسات التجارية التعسفية، باعتبار أنّ القانون رقم 04-02 قد نص كذلك على حظر فكرة الممارسات التجارية التعسفية إضافة إلى حظره لفكرة الشروط التعسفية.

¹ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 112.

المبحث الثاني

تطبيقات فكرة الممارسات التجارية التعسفية

لقد سبق القول أنّ المشرع الجزائري، وفي إطار القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، قام بحظر عدة ممارسات تجارية تعسفية، وذلك نظرا للآثار السلبية المترتبة عليها.

بعد أن حددنا فكرة التعسف التي تشوب كلّ ممارسة من هذه الممارسات في الباب الأول، سنقوم بصدد هذه الدراسة بتحديد تطبيقات هذه الممارسات التجارية التعسفية. وفي سبيل ذلك ارتأينا إلى تقسيم هذه الدراسة إلى تحديد تطبيقات الممارسات التجارية غير الشرعية (المطلب الأول)، على اعتبار أنّ المشرع في إطار القانون رقم 02-04 قد تناول أغلب الممارسات التعسفية في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان "الممارسات التجارية غير الشرعية". ثم بعد ذلك نتولى دراسة التطبيقات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية (المطلب الثاني)، باعتبار أنّ هذه التطبيقات أوردها المشرع في الفصل الثاني من الباب الثالث من القانون رقم 02-04، وذلك تحت عنوان "ممارسة أسعار غير شرعية".

المطلب الأول

تطبيقات الممارسات التجارية غير الشرعية

هذه الممارسات منها ما تطرقنا إليها سابقا كصور أو كتطبيقات لفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، لأنّه سبق للمشرع أن حظرها في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ومع ذلك سنكرر دراسة هذه التطبيقات مرة أخرى_ولو كان ذلك باختصار_، وذلك نظرا للأحكام الجديدة التي تضمنها القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ومن هذه الممارسات ما اقتضت الإشارة إليها فقط في إطار القانون رقم 02-04.

وكل ذلك سيشكل محل دراستنا، وذلك بتحديد تطبيقات الممارسات التجارية غير الشرعية، مع الإشارة إلى أنّ هذه الممارسات والتي سبق للمشرع أن تناولها كصور لفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، نجدها مفصلة أكثر في القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لما تناول تحديد تطبيقاتها.

وعلى العموم يمكن تقسيم تطبيقات الممارسات التجارية غير الشرعية والتي تشوبها فكرة التعسف إلى: تطبيقات متعلقة بالبيع وأداء الخدمات (الفرع الأول)، وتطبيقات متعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التطبيقات المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات

لقد سبق تحديد الممارسات التجارية التعسفية المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات، وفي هذا الصدد سنتولى دراسة تطبيقات هذه الممارسات كل على حدة، والتي تتمثل في: تطبيقات رفض البيع أو أداء الخدمة (أولاً)، تطبيقات البيع أو أداء الخدمة بمكافأة (ثانياً)، تطبيقات البيع أو أداء الخدمة المشروط (ثالثاً)، وتطبيقات ممارسة إعادة البيع بالخسارة (رابعاً).

أولاً- تطبيقات رفض البيع أو أداء الخدمة:

لقد سبق القول أنّ المشرع الجزائري قد نص على ممارسة رفض البيع أو أداء الخدمة بموجب المادة 15 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إلا أنّ المشرع لم ينص على تطبيقات هذه الممارسة التعسفية، كما أننا لم نجد تطبيقات من القضاء الجزائري بشأن هذه الممارسة.

غير أنّ القضاء الفرنسي قد طبق بصورة واسعة هذه الممارسة، حيث يعد الاجتهاد القضائي الفرنسي حريصاً على معاقبة وحظر الممارسات التي تأخذ شكل رفض البيع أو أداء الخدمة. وكما سبق القول فيشترط لحظر هذه الممارسة أن تكون بدون مبرر شرعي، ويعتبر مبرراً غير مشروع حسب القضاء الفرنسي وجود حساسيات أو ضغائن شخصية، تمييز ديني أو عرقي بين الناس، كحالة رفض صاحب الفندق، الذي بعد قبوله تأجير غرفة لامرأة، رفض بعد ذلك عندما ظهر له بأنّها رفقة رجل ذو بشرة سوداء، وهذا بصدد القضية التي عرضت على محكمة «Douai» بتاريخ 25 جوان 1974.

كما طبقت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 21 أكتوبر 1988، بأنّ رفض الصيدلي تسليم أدوية مانعة للحمل للزبائن بحجة أنّها تتعارض مع اقتناعاته الشخصية، لا يمكن اعتباره إلاّ رفضاً للبيع.

كذلك فقد أدانت محكمة الاستئناف لمنطقة «Fort» في فرنسا بتاريخ 21 فيفري 1994 مسيرة شركة، والتي رفضت تسليم سيارات لبعض الأشخاص بحجة وجود نزاع مع وكيلهم¹.

وفي هذا السياق أيضا، فقد اعتبر القضاء الفرنسي أنه من قبيل رفض أداء الخدمة، رفض صاحب المرآب un garagiste تجديد عقد الإيجار لإيداع سيارة، ومن ذلك أيضا رفض صاحب الفندق أن يؤجر الغرفة المخصصة لشخصين عندما يطلبها شخص لوحده بدون مرافق، وكذلك رفض صاحب المقهى أو المطعم أن يقدم خدمات للزبون أو الزبائن، بسبب عدم شغلهم للعدد المحدد من المقاعد لكل طاولة².

كما قضت محكمة دواي بأنه في القضية التالية تعسفا والتي مضمونها ما يلي: "كانت مصانع الأقمشة في شمال فرنسا تجبر على صباغة أقمشتها في المصانع المحتكرة لهذه المهنة احتكارا فعليا، فأنشأ أحد أصحاب هذه المصانع (أي مصانع الأقمشة) مصبغة في مصنعه ولكنها لم تكن لصباغة جميع أقمشته، فالتجأ إلى المصانع المحتكرة لصبغ بقية الأقمشة فرضته معلنة في قرار رفضها أنها لا تقبل طلبات من يكون لديهم مصانع إلا بشروط معينة من المتعذر قبولها، وكان ذلك بقصد تلافي ما يؤثر على احتكارها"³.

ومن خلال كل هذه التطبيقات القضائية يتضح مدى الأثر الذي تخلفه ممارسة رفض البيع أو أداء الخدمة، ومع ذلك فإن حظر هذه الممارسة التعسفية لم يكن مطلقا، بل ترد عليه استثناءات تجعلها ممارسة مبررة.

1_ أثار رفض البيع أو أداء الخدمة:

إن عرض المنتج للبيع أو عرض الخدمة على المشتري، يفترض معه أن العون الاقتصادي يريد من وراء ذلك بيع هذه السلعة أو تقديم هذه الخدمة، لكن قد يحصل أن يعتمد هذا العون الاقتصادي إلى رفض البيع أو أداء الخدمة رغم توفرها لديه. وعليه فإن المشتري في حالات عديدة يواجه بامتناع المنتج أو الموزع أو مقدم الخدمة عن التعامل معه، سواء لأسباب عرقية أو احتكارية، وسواء لأنه ليس من

¹ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 25.

² مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 72.

³ لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 167.

زيائنه المعتادين أو لأنه يشتري كمية ضئيلة جداً، وبالتالي الامتناع عن بيع السلع أو تقديم الخدمات للمشتري، في حين أنّ العون الاقتصادي قد يتعامل مع البعض الآخر.

وبذلك يقف المشتري موقف الطرف الضعيف الذي لا يمكنه إجبار هذا العون الاقتصادي على البيع أو تقديم الخدمة له، ومن شأن ذلك المساس بمصلحة المشتري الاقتصادية وكذا الاجتماعية، إذ أنّ فعل الرفض قد يشكل لديه ضغائن شخصية قد تؤدي به إلى ارتكاب الجرائم، كأن تدفعه إلى إلحاق خسائر مادية بالمحل المملوك للعون الاقتصادي أو جرائم تلحق أضرار جسيمة بهذا الأخير.

كما أنّ الامتناع عن البيع أو تقديم الخدمة يسبب أضراراً بالمشتري، فبالإضافة إلى الضرر المعنوي، فقد تترتب عليه أضرار مادية، كأن يضطر المشتري مثلاً إلى الانتقال لمنطقة أخرى لاقتناء دواء يحتاج إليه بالحاح، أو حتى أضرار جسمانية (صحية) نتيجة اصطدامه برفض تقديم علاج مستعجل من قبل إحدى العيادات الطبية.

ونظراً لأنّ فعل الرفض أو الامتناع يقع في المرحلة السابقة على التعاقد بين العون الاقتصادي والمشتري، فإنّه يكون من حق هذا الأخير المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه.

غير أنّ كفالة الحماية للطرف الضعيف من رفض البيع أو أداء الخدمة بمقتضى القانون رقم 02-04، يعد أداة فعالة للحول دون تعسف الأعوان الاقتصاديين عليه، الذي وإن لم تتوفر له هذه الحصانة، سوف يقع ضحية هذه الممارسة التعسفية¹.

كذلك فإنّ هذه الممارسة تقلص في الواقع من المنافسة على مستوى السوق.

لكن رغم أنّ رفض البيع أو أداء الخدمة تعتبر ممارسة ممنوعة نظراً لضررها الواضح على المشتري بصفة خاصة، وعلى التجارة والمنافسة بصفة عامة، إلّا أنّ المشرع استثنى بعض الحالات من تطبيق حكم المنع عليها.

2_ الاستثناءات الواردة على منع رفض البيع أو أداء الخدمة:

لقد استثنت الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة 15 من القانون رقم 02-04 صراحة أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات من حكم منع رفض البيع أو أداء

¹ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 27، 28، 95.

الخدمة، بنصها كما يلي: "لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات"¹.

يترتب على هذا الاستثناء أنّ عرض هذه الأدوات أو هذه المنتجات على نظر الجمهور لا يعني عرضها للبيع، ومن ثم يحق للعارض رفض بيعها.

وعلة استثناء أدوات تزيين المحلات هي كون وجودها في العرض يرجع لوظيفتها العادية وهي التزيين والتجميل لا غير، حيث أنّ المشرع ركز على ضرورة أن تكون هذه الأدوات لتزيين المحلات، ومن بينها نجد أدوات التعليق والدمى البلاستيكية التي تعرض عليها الملابس، وكذلك الأضواء التي تزين الواجهات وطاولات العرض والرفوف، وغير ذلك مما يستعمل في هذا المجال. أمّا إذا كانت هذه الأدوات معروضة على نظر الجمهور دون استخدامها في التزيين، فإنّها تعتبر سلعا معروضة للبيع، يحظر على العارض رفض بيعها لأنّ هذه الأدوات هي في الأصل سلع تعرض على الجمهور وتباع كغيرها من السلع، لذا فإنّ عرضها على نحو يتنافى مع وظيفتها يعني أنّها معروضة للبيع².

ونفس الشيء بالنسبة لعلّة استثناء المنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات، فكون أنّ المشرع قد استثناهما من نطاق منع رفض البيع، فيعني أنّ المشرع هنا قد قصد _وبدون شك_ تلك المعارض المخصصة لعرض المنتجات بقصد الإشهار والإعلام بها للزبائن لا غير، وليس تلك المعارض المخصصة لبيع المنتجات، لأنّ المشرع لو قصد هذه الأخيرة، فلا مبرر لاستثنائها من منع رفض البيع، مادامت أنّ هذه المنتجات أصلا معروضة للبيع ويحظر على العارض رفض بيعها.

وإن كانت هذه الاستثناءات التي نص عليها المشرع الجزائري³، تبدو منطقية لتبرير رفض البيع، إلّا أنّه لا يمكن الجزم أنّها الوحيدة التي تبرر رفض البيع، بل هناك عدة استثناءات ترد على

¹ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 106، 107.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 90.

³ كذلك فإنّ المشرع المغربي بدوره، وبموجب الفصل 49 من قانون حرية الأسعار والمنافسة قد استثنى بعض الحالات من منع رفض البيع أو تقديم الخدمة من بينها:

_ إذا كانت البضاعة أو الخدمة لا تدخل في التخصص المهني للبائع أو مقدم الخدمة.
_ إذا كان المستهلك يطلب كمية مفرطة من البضاعة.=

ذلك، وبالتالي فقد يكون رفض البيع مشروعاً وليس تعسفي ولو كان صادراً من عون اقتصادي يتمتع بقوة اقتصادية في السوق، وذلك إذا كان مثلاً لطلب المشتري طابع غير عادي، أو إذا كان رفض البيع مبرراً بوجود عقد توزيع حصري، أو إذا كان المورد غير قادر على الاستجابة لطلب الشراء¹.

كما أنّ المشرع الجزائري اقتصر على ذكر الاستثناءات الواردة على منع رفض البيع دون تلك التي ترد على رفض أداء الخدمات، لذلك فإنّ الفقرة الثالثة من المادة 15 من القانون رقم 04-02 جاءت بصياغة ناقصة، فكان الأجدر بالمشرع لو نص في هذه الفقرة على: "لا يطبق منع رفض بيع سلعة أو تأدية الخدمة إذا كان له مبرر شرعي"، لأنّ مصطلح المبرر الشرعي كفيل باحتواء جميع الاستثناءات التي لا تقع تحت حصر. ويبقى العمل القضائي بعد ذلك كفيل بتفسير المقصود بالمبرر الشرعي الذي يسمح للعون الاقتصادي برفض بيع السلعة أو تقديم الخدمة، كون تقدير مدى شرعية المبرر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي.

وعلى ذلك فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في 19 أبريل 1896 عندما أرادت إحدى الشركات القائمة بإدارة محل عام (كازينو) في بلدة نيس أن تستعمل حقها المطلق في قبول ورفض من ترى من المترددين حسبما تشاء، فقررت هذه المحكمة بأنّه ليس من أساس لذلك، إذ أنّ الامتياز الذي تختص به هذه الشركة (وهو الاحتكار وعدم وجود محلات أخرى في المنطقة)، لا يجعل لها الحرية الكاملة في وضع ما تراه مبرراً لمنع من يريد الدخول إلى الكازينو بغير أن يكون لذلك أسباب مقبولة (أي مبررات مشروعة).

=بوعولي نصيرة، مرجع سابق، ص 58.

وبهذا الصدد أيضاً فقد أصدرت وزارة التموين بمصر الكتاب الدوري لسنة 1958 إلى مراقبي وزارة التموين، بينت فيه أنّ هناك ظروفًا قانونية تجيز للبائع حق رفض البيع، ولا يكون ثمة جريمة، وقد استخلص هذا الكتاب أسباب الرفض المشروعة للبائع وحددها فيما يلي:

_ إذا أثبت بصفة قاطعة أنّ المقدار الذي يطلبه المشتري يزيد عن حاجته العادية.

_ إذا كان البيع يتعارض مع العرف المتبع في المحل التجاري.

_ إذا كان البيع يتعارض مع النظام الذي وضعه التاجر لتوزيع السلعة على عملائه المنتظمين باعتماد من مراقب التموين المختص.

كيموش نوال، مرجع سابق، ص 26.

¹ BENCHIKH Nourredine, op. cit., p. 19.

غير أنّ إلزام هذه الشركة بالتعاقد، وبالتالي منع رفض تقديم الخدمة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة (أي لها استثناءات) وفقا لما تراه المحاكم من ظروف وملابسات، لما لها من سلطة تقديرية في حل المنازعات المطروحة أمامها. وهي تعتمد في ذلك على معيار المنفعة العامة والغاية الاجتماعية.

فالأشخاص المصابون مثلا بأمراض معدية وأولئك السكيرون المعتدون على حرية الأخلاق العامة، أو الأشخاص المثيرون للقلق واضطرابات مخلة بالنظام العام، يمكن أن يمنعوا من الركوب في الحافلات، ذلك لأنّ السماح لهم بذلك يتنافى والغاية الاجتماعية التي يهدف إليها الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور في عقد النقل¹.

ومن بين القضايا المطروحة على القضاء الفرنسي، والتي كان فيها المبرر مشروعاً، ما حكمت به الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 نوفمبر 1983، أنّ رفض البيع الصادر عن مؤسسة توزيع المنتجات البترولية لأحد زبائنها مبرر بكون أنّ الوضع الاقتصادي في تلك الفترة قد أجبر هذه المؤسسة على تحديد حجم التوزيع لكل الزبائن².

كما اعتبر القضاء الفرنسي أنّ رفض البيع مبرر في حالة نفاذ المخزون من السلعة، أو عندما تكون الكمية المطلوبة كبيرة جداً، أو إذا كان البيع ممنوعاً. وبحسب الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية، فإنّ القاضي يجب عليه من تلقاء نفسه التحري عما إذا كان الرفض يستند على مبرر شرعي.

أمّا في مصر فلقد اعتبرت محكمة النقض المصرية الامتناع عن البيع مبرراً إذا كان البيع يتعارض مع العرف التجاري، لذا قضت أنّ امتناع المتهم (البائع) عن بيع الخبز، والثابت أنّ المحل ليس مخصصاً لبيع الخبز، وإنّما يقوم أساساً ببيع المأكولات الشعبية (القول والأطعمة)، حيث يباع الخبز تبعاً لهذه المأكولات عرفاً، ومن ثم فإنّ امتناع البائع عن بيع الخبز لوحده له مبرر شرعي يتعين معه تبرئته.

وعلى الرغم من صعوبة تحديد المبرر الشرعي الذي يجوز معه رفض البيع أو تأدية الخدمات، إلّا أنّه من البدهة أن يعتبر المبرر شرعياً إذا كان منسجماً مع أحكام القانون، مثال ذلك أن يكون طالب السلعة أو الخدمة ناقص الأهلية أو من في حكمه، فمن حق العون الاقتصادي أن يرفض البيع أو تأدية الخدمة لكون العقد حينئذ مهدداً بالبطلان، ومن باب أولى إذا كان الطالب فاقداً للأهلية لكون العقد باطلاً.

¹ لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 167، 168.

² كيموش نوال، مرجع سابق، ص 26، 27.

وقد يحدد المشرع سنا معينة كشرط للاستفادة من بعض الخدمات، وهو ما يجعل رفض العون الاقتصادي تأدية الخدمة تحت هذا السن مبرر قانونا، فمثلا حدد المشرع سن 18 سنة على الأقل بالنسبة لمستخدمي مؤسسات التسلية، وسن 25 سنة على الأقل بالنسبة لمستخدمي مؤسسات الترفيه، ومن ثم يكون رفض هذه المؤسسات تقديم خدماتها تحت هذا السن مبرر قانونا.

وقد يكون المبرر فني وتقني، حيث يرى مقدم الخدمة أن إمكانياته التقنية والفنية لا تؤهله لأداء الخدمة على الوجه المطلوب، كمؤسسة البناء التي ترفض الخدمة لأن وسائلها أو خبرتها الفنية لا تؤهلها لتشييد البناية المطلوبة منه، أو يرى الجراح أن العملية الجراحية معقدة وتحتاج إلى كفاءة عالية تفوق قدراته، فلاشك أن الرفض في هذه الحالات يكون مبررا بل واجبا.

كما يعتبر مبررا شرعيا كذلك رفض الصيدلي بيع دواء تجب معه وصفة طبية لم يقدمها المشتري، وكذلك رفض العون الاقتصادي بيع بعض المواد التي يشترط المشرع فيها ترخيصا من جهات معينة، كبعض المواد السامة أو الكيميائية الخطرة إذا لم يتوفر هذا الترخيص.

وهناك بعض المبررات الواقعية الأخرى التي تعتبر مبررات شرعية يجوز معها رفض التعاقد، ومن بين هذه المبررات نجد الاعتبار الشخصي الذي يكون محل اهتمام في عقود الخدمات، فمثلا يحق للمحامي رفض الزبون، لأن قبول ملف هذا الأخير لسبب ما سوف يخل بتقانيه وإخلاصه في خدمته في الوقت الذي تستلزم فيه هذه الخدمة الثقة المتبادلة، وعلى ذلك لن تكون ثمة منفعة من طلب خدمة المحامي. وكذلك الحال بالنسبة للطبيب، فطالما من حق المريض اختيار الطبيب فيكون من سلطة الأخير اختيار عملائه كذلك فيما عدا حالات الضرورة، لأن الامتناع عن تقديم الخدمة في مثل هذه الحالات فيه مراعاة لما تتطلبه الخدمة من رغبة وجدية لها علاقة مباشرة بمدى فاعلية الخدمة المؤداة، وهو ما قد يجعل الرفض حينئذ له مبرر شرعي.

ومن جهة أخرى فمن الصعب مساءلة سائق سيارة الأجرة أو صاحب الفندق الذي يخاف من ملامح أو هيئة أشخاص يطلبون خدمة النقل أو المبيت خصوصا إذا كان ذلك في الليل، أفلا يعد الخوف في مثل هذه الحالات مبررا شرعيا يجوز معه للناقل أو لصاحب الفندق رفض أداء خدمته¹.

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 104-106.

ثانياً_ تطبيقات البيع أو أداء الخدمة بمكافأة:

قد يضع العون الاقتصادي المشتري في ظرف يحثه على التعاقد للحصول على سلعة أو خدمة غير ما يحتاج إليه حقيقة، وهذا ما يعرف بالبيع بالمكافأة، كأن يضع العون الاقتصادي إعلاناً يبين فيه أنّ شراء مجموعة من الكتب يعطي للمشتري الحق في حصوله من صاحب المحل على شيك بمبلغ معين، وهذا ما يحصل في الواقع، حيث يقدم العون الاقتصادي القوي على وعد زبائنه بالحصول على هدايا قيمة مقابل المشاركة في مسابقة معينة مثلاً¹.

لكن إذا كان البيع أو أداء الخدمة بمكافأة يعتبر أسلوب تجاري له مميزاته، إلا أنّ تطبيقه على أرض الواقع يعد أسلوب تعسفي ينتج عنه آثار سلبية، لذلك فقد قام المشرع بمنع هذه الممارسة التعسفية في المادة 16 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك دون أن يورد أي تطبيق عليها، كما أنّه لم نعثر على أي تطبيق قضائي بخصوص هذه الممارسة التعسفية.

غير أنّه يمكن أن تتوضح تطبيقات هذه الممارسة من خلال دراسة الآثار التي تخلفها، إلا أنّ المشرع ورغم الآثار السلبية التي تترتب على هذه الممارسة، إلا أنّه استثنى حالات معينة من نطاق هذا المنع.

1_ آثار البيع أو أداء الخدمة بمكافأة:

بالرغم من أنّ البيع أو تقديم الخدمات بمكافأة يعتبر أسلوباً تجارياً ممتازاً لترويج السلع والخدمات وجلب الزبائن، إلا أنّه في حقيقة الأمر يعد أسلوباً مخادعاً ينتج عنه خطراً مزدوجاً يتناسب طردياً مع نوع المكافأة وقيمتها، حيث أنّه يمس من ناحية بالزبون (المشتري)، ومن ناحية أخرى بالأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق مع العون الممارس لهذا الأسلوب².

فبالنسبة للزبون أو المشتري، فإنّ البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة يشكل أسلوباً لتحريض وحث المشتري على التعاقد، ذلك أنّ إغراء المكافأة يجعل المشتري كالممنوم مغناطيسياً فيشتري أكثر من حاجته، بل بلا حاجة أحياناً، فبدلاً من شرائه قارورة واحدة من مشروب معين فإنّه يشتري عشرة، لأنّ

¹ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 28.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 64.

عشرة أغطية منها تمكنه من الحصول على ساعة مجانية مثلاً، كلّ ذلك على حساب سلوكه الإنفاقي الرتيب¹.

ومن جهة أخرى فإنّ البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة من شأنه الضغط على اختيار الزبون الذي ينقاد وراء جاذبية المكافأة، ممّا يدفعه إلى شراء منتجات ليس على أساس نوعيتها أو جودتها، وإنّما على أساس المكافأة الممنوحة²، وبالتالي فإنّ الإغراء هو الدافع للشراء بدل معايير النوعية والجودة، وهذا توجه خطير كونه يعرقل منافع المنافسة التي يفترض أن تساهم في ترقية جودة السلع والخدمات.

ولا يخفى أنّ العون الاقتصادي حين يقدم على البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة يكون قد درس المسألة جيداً، فقد يبدوا للمشتري أنّ هذه الممارسة في صالحه شأنه في ذلك شأن البيع بالتخفيض والبيع بالخسارة، في حين أنّ العون الاقتصادي قد عوض قيمة المكافأة أو أكثر من قيمة مجمل السلع التي تستحق معها المكافأة³، فالبائع أو مقدم الخدمة عادة ما يدرج ثمن المكافأة ضمن الثمن الأصلي أو النفقات العامة للبيع أو تقديم الخدمة، لذا فيتحمل المشتري ثمن الهدية التي يعتقد أنّها مجانية، ليكون في آخر المطاف هو الذي دفع قيمة المكافأة التي منحت له. وعليه فإنّ أسلوب البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة يخفي على الزبون حقيقة الأسعار⁴.

أما بالنسبة للأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق مع العون الممارس لهذا الأسلوب، فإنّ البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة يهدد الأعوان الاقتصاديين الصغار المتنافسين مع العون الممارس للبيع أو تقديم الخدمة بمكافأة، لأنّ هذا الأسلوب لا يستفيد منه إلا أصحاب المحلات الكبرى على حساب الأعوان الاقتصاديين الصغار الذين لا تكون لهم نفس الإمكانيات المادية التي تساعدهم على اللجوء إلى مثل هذه التقنية، مما يؤثر على مبيعاتهم ويفقد زبائنهم⁵.

وعلى اعتبار أنّ القدرة على ممارسة هذا النوع من الأساليب التجارية يقتصر على فئة معينة من الأعوان الاقتصاديين وهم الذين يتمتعون بمراكز اقتصادية قوية، أما الصغار منهم فلا طاقة لهم بذلك، فإنّ ذلك يجعل البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة وسيلة للقضاء عليهم، لأنّ العون الاقتصادي القوي

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 111.

² علّال سميحة، مرجع سابق، ص 64.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 111.

⁴ BIHL Luc, op. cit., p. 9.

⁵ علّال سميحة، مرجع سابق، ص 64.

عادة ما يعتمد مثل هذه الأساليب لدفع منافسيه الضعفاء الذين لا يقوون على مثل هذه الممارسات إلى الخروج من المنافسة، ليتسنى له بعد ذلك التفرد بالسوق ومن ثم التحكم في الأسعار حسب رغباته.

والواقع أنّ أهمية منع البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة تستهدف بصورة واضحة حماية منافع المنافسة في السوق، لذا فإنّ المتضرر من هذا الأسلوب بصفة مباشرة هم الأعوان الاقتصاديين المنافسين، ومن ثم يتوقع أن يكونوا أحرص على ردع هذه الممارسة التعسفية من المشتريين البسطاء الذين ربما رأوا مصلحتهم في هذا الأسلوب من غير إدراك منهم لمخاطره على المستوى البعيد¹.

2_ الاستثناءات الواردة على منع البيع أو أداء الخدمة بمكافأة:

نظرا لما تمثله المكافأة أو الهدية من أهمية في تنشيط المنافسة، حيث تعتبر حافزا لبذل أكبر جهد من أجل جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن، أورد المشرع الجزائري استثناءات على منع البيع أو أداء الخدمة بمكافأة²، وهو ما نصت عليه المادة 16 من القانون رقم 04-02 كما يلي: "...إلا إذا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية.

لا يطبق هذا الحكم على الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة وكذلك العينات".

من خلال هذا النص يتضح جليا أنّ المشرع الجزائري نص على ثلاثة حالات استثنائية تتمثل في:

1_ تجانس المكافأة مع السلعة أو الخدمة موضوع العقد الأساسي، وعدم تجاوز قيمتها 10% من المبلغ الإجمالي، حيث يتضح أنّ هذا الاستثناء يقوم على ضرورة توافر شرطان في آن واحد؛ الأول يتعلق بصفة المكافأة والثاني بقيمتها.

فبالنسبة لصفة المكافأة، فيجب أن تكون المكافأة عبارة عن سلعة من نفس السلعة محل البيع، أو خدمة من نفس الخدمة محل الأداء، فإذا كان البيع محله خبز مثلا فيجب أن تكون المكافأة عبارة عن خبز، وإذا كانت الخدمة المقدمة عبارة عن طبع لكتب أو مجلات فيجب أن تكون المكافأة هي طبع مجاني، كما تعتبر من نفس السلعة قطع الغيار التي تقدم مع السيارة أو الآلة كمكافأة مجانية دون

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 111، 117.

² بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 69.

الملحقات كالعجلة الخامسة أو الرافعة بالنسبة للسيارات كونها ليست مكافآت أصلاً. والتعامل الشائع في هذا الصدد هو إضافة وحدة مجانية لكل 12 وحدة مشتراة من نفس السلعة، وهو ما يعرف في فرنسا بطريقة «treize à la douzaine»¹، ومثال ذلك أن يدفع الزبون ثمن 12 بيضة لتكون بذلك البيضة 13 مجانية.

وبالتالي إذا ثبت تطابق بين المكافأة المقدمة ومحل العقد الأساسي، فإنّ هذا يترتب عليه عدم إدانة العون الاقتصادي الذي يمارس البيع أو يقدم خدمة بمكافأة².

أما إذا كانت المكافأة تختلف عن محل العقد الأساسي، فإنّ ذلك يترتب عليه إدانة العون الاقتصادي الذي يمارس هذه الممارسة، وهذا ما قضت به الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1973/05/16، حيث اعتبرت أنّ الحكم الذي أدان شركة «OPEL» للسيارات لتقديمها دراجة بخارية كمكافأة أو كمنحة لكل من يشتري سيارة «OPEL» صائباً، وقد يقال أنّ الدراجة غير مخالفة لمحل العقد الأساسي لكونها مركبة بمحرك مثل السيارة، لكن الدائرة الجنائية لم تخلط بينهما، لأنّ السيارة بأربعة عجلات بخلاف الدراجة، وبالتالي اختلاف المكافأة الممنوحة (الدراجة) عن محل العقد الأساسي (السيارة).

وفي مجال الخدمات، فإنّ خدمة التفريغ في السيارات تعتبر مختلفة عن خدمة تبديل قطع الغيار، وهذا ما قضت به محكمة «Nanterre» في 6 مارس 1991³.

كذلك يجب أن تكون المكافأة كلها من نفس السلع أو الخدمات محل البيع أو تأدية الخدمة، أمّا إذا كانت المكافأة خليطاً بين ما هو مماثل وما ليس بمماثل لمحل العقد بطل الاستثناء، وبالتالي إدانة العون الاقتصادي.

ومع ذلك فإنّ عبارة "من نفس السلع والخدمات" قد تثير التساؤل حول ما إذا كان يقصد بها التطابق والتجانس المطلق بين محل البيع والمكافأة من حيث الصفة والصنف والجودة وغيرها من

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 114، 115.

² علل سميحة، مرجع سابق، ص 58.

³ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 30، 31.

المواصفات، أم مجرد التماثل والتجانس في الصفة، لأنّ نفس السلعة قد تختلف من حيث مواصفاتها¹. وقد تم اعتبار أنّ هذا التجانس يتمّ تقييّمه على أساس نوع السلعة وطبيعتها، وليس على أساس نوعيتها وطابعها الخاص، لذلك فإنّه لا يعد ممارسة ممنوعة تسليم تلفاز بالأبيض والأسود من قبل العون الاقتصادي لكل مشتر لجهاز تلفاز ملون²، مادام أنّ المكافأة الممنوحة هي من نفس السلعة المشتراة.

أما بالنسبة لقيمة المكافأة، فيجب أن لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلعة أو الخدمة المعنية، أي أن يكون مبلغ السلعة أو الخدمة يضاعف عشر مرات على الأقل قيمة المكافأة، فإذا كان المبلغ الذي يدفعه المشتري مثلاً هو 1000 دج لشراء قدر معين من السكر، فيجب أن تكون المكافأة عبارة عن كمية من السكر لا تتجاوز قيمتها 100 دج، وإذا كانت المكافأة المجانية هي لتر من البنزين، فيجب أن تكون نظير شراء 10 لترات على الأقل من البنزين، وإذا كانت المكافأة هي 1 كغ من القمح، فيجب أن تكون نظير شراء 10 كغ على الأقل من القمح، وإذا كانت المكافأة قالباً مجانياً من الإسمنت، فيجب أن يكون نظير شراء 10 قوالب على الأقل³، وبالتالي كلما كانت قيمة المكافأة أقل أو تساوي نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للسلعة المراد شراؤها أو الخدمة المراد تأديتها كان البيع أو أداء الخدمة بمكافأة عملية تجارية قانونية، ويرجع ذلك إلى أنّ هذه النسبة ليس من شأنها أن تؤثر في أي حال من الأحوال على اختيار الزبون.

أما إذا تبين أنّ قيمة المكافأة أكبر من 10%، أصبح هذا الاستثناء والعدم سواء، حيث تصبح قيمة المكافأة تتجاوز الحد القانوني، مما يضيف على معاملات العون الاقتصادي صبغة الآشريعة⁴.

وقد تأخذ المكافأة صورة الخصم من السعر، كأن يكون العرض هو خصم 5% من قيمة السعر أو الخدمة المقتناة إذا بلغت قيمتها 1000 دج، أو يكون العرض هو خصم 10% من السعر عن كل 100 كغ من السكر، ففي هذه الحالة نكون بصدد بيع بمكافأة، لأنّ الخصم في السعر معناه تقديم جزء من المبيع مجاناً، وعليه إذا تجاوزت قيمة الخصم 10% من المبلغ الإجمالي المدفوع اعتبر البيع ممنوعاً، وإذا لم تتجاوز هذه النسبة اعتبر البيع جائزاً.

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 115.

² علّال سميحة، مرجع سابق، ص 58.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 115.

⁴ علّال سميحة، مرجع سابق، ص 58.

والعبرة بمبلغ السلعة أو الخدمة المعنية بالمكافأة وليس المبلغ الإجمالي المدفوع في الصفقة بوجه عام، فإذا اشترى شخص مثلاً دفعة واحدة 10 أقمص من نفس القيمة اثنان منها مجاناً كمكافأة، بالإضافة إلى شراء أغراض أخرى في نفس الصفقة، ففي هذه الحالة نكون بصدد بيع بمكافأة، وإن لم تبلغ قيمة المكافأة 10% المبلغ الإجمالي المدفوع للبائع في الصفقة بمجملها، لأن العبرة بالمبلغ الإجمالي للسلعة المعنية بالمكافأة¹.

وعموماً إذا تجاوزت قيمة المكافأة نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للسلعة أو الخدمة المعنية بالمكافأة، يصبح البيع يشكل ممارسة تجارية غير مشروعة. إلا أن سؤالاً عملياً يطرح بالحاح في ظل سوق الهاتف النقال الذي يشمل أكثر من 26 مليون مشترك في الجزائر؛ إذ منذ انفتاح هذا السوق شهد منافسة شرسة بين المتعاملين دون مراعاة لضوابط الممارسات التجارية النزيهة، فكثيراً من الأحيان يتم تقديم خدمات مجانية تتمثل في جعل نسبة المبلغ المضاف إلى الرصيد عند كل تعبئة يساوي 100%، أي أن تعبئة بطاقة ب 500 دج تعني رصيد ب 1000 دج، وهذا ما يخالف نص المادة 16 من القانون رقم 04-02، فأين هي سلطات الضبط من هذه الخروقات التي ترتكب علناً وبدون رقيب².

يجب الانتباه إلى أن قيام هذا الاستثناء يقتضي توفر الشرطان المذكوران معاً، بمعنى أنه إذا كانت المكافأة المجانية ليست من نفس السلعة أو الخدمة محل البيع أو الأداء بطل الاستثناء ولو لم تتجاوز قيمتها 10% من المبلغ الإجمالي المدفوع، كما يبطل الاستثناء أيضاً إذا تجاوزت قيمة المكافأة 10% من المبلغ الإجمالي المدفوع ولو كانت من نفس السلعة أو الخدمة محل البيع أو الأداء³.

2_ الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة، ويقصد بالأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة، تلك السلع أو الخدمات الممنوحة كهدية مجانية من طرف العون الاقتصادي لزيائنه، والتي تكون قيمتها المالية صغيرة جداً مقارنة بسعر شراء السلعة أو تقديم الخدمة موضوع العقد الرئيسي، على أن

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 115.

² بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 69.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 115، 116.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 103.

تحمل الأشياء الزهيدة الممنوحة كهدية - وكما هو الحال بالنسبة للمنتوج موضوع العقد الأساسي - علامة تجارية مسجلة بشكل واضح وغير قابل للمحو¹.

وعليه فكلما كان محل المكافأة أشياء زهيدة أو خدمات ضئيلة القيمة، فإنّها تستثنى من المنع المقرر للبيع أو أداء الخدمة بمكافأة حتى وإن لم تكن من نفس السلعة أو الخدمة محل البيع أو الأداء، وذلك نظرا لضعف جاذبيتها على الزبائن وضالة خطرها على نزاهة الممارسات التجارية.

ومع ذلك فإنّ اعتبار قيمة الشيء أو الخدمة زهيدة أو ضئيلة يختلف من شخص لآخر وحسب ضخامة الصفقة، لذا كان يستحسن لو أنّ المشرع كان أكثر دقة بأنّ حدد قيمة يجب أن لا تتجاوزها قيمة الشيء أو الخدمة محل المكافأة تفاديا للبس والغموض، ومادام الحال كذلك فإنّ تقدير قيام هذا الاستثناء من عدمه يبقى خاضعا لسلطة القاضي². كما أنّ هذا الأمر يجعلنا نخلص للقول أنّ المشرع قد منح للأعوان الاقتصاديين حرية تحديد قيمة المكافأة التي يقدمونها لزبائنهم والتي تعتبر حسب تقديرهم أشياء زهيدة وخدمات ضئيلة القيمة، وهذا من شأنه أن يفسح المجال أمام الأعوان الاقتصاديين الكبار لاستغلال مركزهم القوي والوصول إلى أهدافهم على حساب الأعوان الاقتصاديين الصغار، لأنّه ما يعد من قبيل الأشياء الزهيدة بالنسبة لأحد الأعوان الاقتصاديين لا يعد كذلك بالنسبة لعون آخر، ونفس الشيء يقال بالنسبة للخدمات ضئيلة القيمة³.

أمام هذا الفراغ القانوني، ندعو المشرع الجزائري إلى وضع معيار يمكن بموجبه معرفة ما إذا كانت المكافأة الممنوحة تندرج تحت مفهوم الأشياء الزهيدة والخدمات ضئيلة القيمة، بجعل قيمة مالية معينة ينبغي أن لا تتجاوزها قيمة المكافأة، كما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي⁴ الذي حدد قيمة الأشياء الزهيدة والخدمات ضئيلة القيمة ب 7% إذا كانت قيمة السلعة محل العقد أقل أو تساوي 500

¹ BIHL Luc, op. cit., p. 10.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 116.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 103.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 61.

⁴ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 70.

فرنك، و 30 فرنك زائد 1% إذا كانت قيمة السلعة أكثر من 500 فرنك، على أن لا تتعدى قيمة المكافأة في أي حال من الأحوال 350 فرنك¹.

على ذلك تم اقتراح صياغة نص المادة 16 من القانون رقم 04-02 لكي تكون أكثر دقة، حيث تطبق نسبة 10% على الاستثناء المتعلق بالأشياء الزهيدة والخدمات ضئيلة القيمة كما يلي: "...إلا إذا كانت من نفس السلعة أو الخدمة موضوع البيع أو تأدية الخدمة.

ولا يطبق هذا الحكم على الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة وكذا العينات.

على أن لا تتجاوز قيمة المكافأة في كل الحالات 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية".

وبهذا التعبير يصبح نص المادة 16 عملي أكثر، حيث يمكن القول بهذه الصيغة الجديدة أنه كلما كانت نسبة المكافأة 10% أو أقل من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية، أمكن اعتبارها من قبيل الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة، وبالتالي عدم خضوع معاملات العون الاقتصادي للمنع القانوني المقرر للبيع بمكافأة والعكس صحيح².

3_ العينات، حيث لا تعتبر من قبيل المكافأة المجانية العينات التي يقدمها البائع للمشتري، وهي عبارة عن جزء بسيط من المنتج أو الخدمة المعروضة للبيع أو الأداء، الهدف منها تمكين الزبون من تجربة أو اختبار المبيع والوقوف على مدى مطابقته لرغباته. وبالتالي يشترط أن تكون الكمية صغيرة في حدود القدر اللازم لتجربة المبيع وتقديره، وإلا ألحقت بمفهوم المكافأة³. وتعتبر هذه الطريقة بدورها إحدى

¹ حيث تنص المادة 23 من مرسوم 86-1309 الصادر في 29 ديسمبر 1986 والمحدد لشروط تطبيق الأمر 86-1243 الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة على أنه:

«La valeur maximale des échantillon, objets et service visé au deuxième alinéa de l'article 29 l'ordonnance est déterminé en fonction du prix de vente net, toutes taxes comprise, des produits des biens ou des services faisant l'objet de la vente dans les conditions suivantes: 7% du pris net défini ci-dessus si celui-ci est inférieur ou égale à 500 F: 30 F plus 1% du prix net définis ci-dessus si celui-ci est supérieur à 500F. Cette valeur ne doit en aucun cas dépasser 350 F et s'entend, toute taxes comprises, départ production pour des objets produits en France, et franco et dédouanés à la frontière française pour les objets importés».

علال سميحة، مرجع سابق، ص 59.

² المرجع نفسه، ص 61.

³ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 116.

الأساليب الإشهارية التي يلجأ إليها العون الاقتصادي من أجل التعريف بالمنتجات الجديدة ولفت انتباه الزبائن إليها.

ويجب أن تكون العينة الموضوعة في المحل معروضة بشكل واضح مع التتويه إلى أن العينات مجانية ولا يمكن أن تكون محلا للبيع، وتكون هذه الكتابة واضحة وفي وضعية تسمح بقراءتها دون أن تكون معرضة للمحو، وكما هو الشأن بالنسبة للأشياء الزهيدة، فإنه يجب أن تحمل العينات بدورها علامة تجارية تميزها عن غيرها من المنتجات المشابهة لها، ولا يشترط في العينات المقدمة كمكافأة أن تعود إلى نفس الصانع الذي أنتج المنتج الأصلي.

إضافة إلى كل هذه الاستثناءات الواردة على منع البيع أو تقديم الخدمة بمكافأة والتي أشارت إليها المادة 16 من القانون رقم 04-02، توجد حالات استثنائية أخرى أضافها التشريع الفرنسي تتمثل في: التعبئة العادية للمنتج، المنتجات والخدمات الضرورية لاستعمال المنتج المباع أو الخدمة المقدمة، خدمات ما بعد البيع، عملية التوقف المجاني للسيارات، والخدمات بدون قيمة تجارية كغسل الزجاج من قبل صاحب محطة بنزين بمناسبة بيع البنزين¹.

ثالثاً- تطبيقات البيع أو أداء الخدمة المشروط:

لقد سبق القول أن منع ممارسة البيع أو أداء الخدمة المشروط يجد أساسه القانوني في نص المادة 17 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وعلة منع هذا النوع من الممارسات ترجع لكون البيع أو أداء الخدمة المشروط يتخذ كوسيلة غير نزيهة لترقية المبيعات أو الخدمات، فالبائع أو مقدم الخدمة إذا كان محتكرا لسلعة أو خدمة يفرض من خلال مركزه الاقتصادي القوي على الزبون شراء قدر من السلع يفوق حاجته أو لا تلبي كل حاجته، كما قد يفرض شراء سلع أو خدمات لا حاجة له فيها أساسا، فيصير هذا الأسلوب في البيع أو أداء الخدمات بمثابة ضغط وإخضاع لإرادة الزبون من خلال استغلال رغباته وحاجاته الملحة التي لا مناص له من تلبيتها، فقد يتحتم عليه بذلك أن يدفع مبلغا يفوق المنفعة الحقيقية التي يربوها من هذا الشراء أو من تأدية الخدمات.

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 60، 62-64.

وينطبق وصف الشرط على البيع أو أداء الخدمة المشروط، لأنّ البائع أو مقدم الخدمة يضع شرطاً يحقق مصلحته ويوقف عليه عملية البيع أو تأدية الخدمة، حيث يعلق التعاقد على شرط قبول الزبون للكمية المفروضة أو للسلعة أو للخدمة المرتبطة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد¹.

وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون رقم 02-04 قد حددت تطبيقات أو صور البيع أو أداء الخدمة المشروط، فإنّ الفقرة الثانية منها قد أوردت استثناء على عدم مشروعية هذه الممارسة.

1_ صور البيع أو أداء الخدمة المشروط:

إنّ البيع أو أداء الخدمة المشروط كممارسة يعتمد عليها العون الاقتصادي ذي المركز القوي لتحقيق أهدافه، يمكن أن تأخذ عدة صور؛ فمن أجل تخلص العون الاقتصادي من المنتجات التي لم يتمكن من بيعها، يقوم بربطها بمنتجات أخرى أكثر رواجاً أو بتقديم خدمة، كما قد يلجأ العون الاقتصادي إلى أسلوب آخر يعمل من خلاله على الربط بين تقديم خدمة ضرورية وخدمة أخرى أو شراء سلعة، وقد يأخذ الاشتراط مظهرها آخر، حيث يعلق العون الاقتصادي إبرام عقد البيع على شراء كمية معينة يحددها بنفسه.

وفي جميع صور البيع أو أداء الخدمة المشروط نجد أنّ الزبون مكره أو مجبر على الخضوع لإرادة العون الاقتصادي، الذي يستغل حاجته لهذا المنتج أو الخدمة من أجل تحقيق أهدافه².

بالإطلاع على نص الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون رقم 02-04، تتجلى بوضوح هذه الصور في ثلاث حالات هي: اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة، اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات، وأخيراً اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة. وسوف نحلل هذه الصور الثلاثة كل على حدا.

أ_ اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة:

لقد منع المشرع الجزائري في إطار المادة 17 من القانون رقم 02-04، على كل عون اقتصادي سواءً في تعامله مع عون اقتصادي آخر أو في تعامله مع المستهلك، أن يشترط البيع بشراء كمية

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 117.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 105، 106.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 66.

مفروضة يحددها بنفسه، سواءً كانت تزيد أو تقل عن طلب الطرف المتعاقد معه، ومثاله أن يلزم العون الاقتصادي زبونه على شراء كمية معينة من الطماطم، في حين أنه لا يريد اقتناء سوى نصف هذه الكمية أو العكس. ومنه يمكن القول أنّ ربط عملية البيع بشراء كمية مفروضة هو ذلك النوع من البيوع الذي لا يستجيب فيه العون الاقتصادي لطلبات الزبون من حيث كمية المنتجات التي يريد هذا الأخير شراءها¹.

فالشرط في هذه الصورة يتعلق بمقدار المبيع، حيث يفرض البائع على الزبون شراء كمية محددة أو يحدد كمية دنيا لا يتم البيع تحتها، وبالتالي فهذا النوع من الشروط ممنوع، ويحظر كل بيع علق عليها، مثال ذلك أن يعلق البائع التعاقد على ضرورة اقتناء ما لا يقل عن 5 كغ من السكر، أو يشترط أن لا يقل الشراء عن 10 لترات من البنزين.

لكن يفترض في هذه الحالة أن يكون المبيع قابلاً للتجزئة بالمقدار أو الوحدة التي يطلبها المشتري، فإذا كان الدقيق مثلاً يباع بالأكياس أو الطماطم تباع في علب، فمن الطبيعي أن لا يقل البيع عن كيس من الدقيق أو علبة من الطماطم، وكذلك أجزاء الكتاب الواحد أو البذلة الواحدة باعتبارها كلا لا يتجزأ، ومن باب أولى السلع التي لا تقبل التجزئة بطبيعتها كالحوانات الحية والآلات.

ويشترط لقيام المنع في هذه الصورة أن تكون كمية المنتجات مفروضة، وذلك بأن يتوقف البيع على اقتنائها، أما إذا كانت على سبيل الاختيار أو التفضيل فلا نكون بصدد البيع المشروط² بشراء كمية مفروضة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المادة 17 من القانون رقم 02-04 لم تحدد طبيعة الكمية المفروضة، هل هي كمية دنيا أو كبيرة تفوق الطلب، مما يجعل كلا الفرضيتين قائمتين³، وعليه فإنّ البيع بهذا الأسلوب

¹ المرجع نفسه، ص 17، 67.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 118.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 107.

³ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 71.

أما في إطار المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والذي نص على حظر البيع المشروط باقتناء كمية دنيا كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، فقد اقتصر المشرع الجزائي بصدد ذلك على الاقتناء بكمية دنيا، وهذا ما يجعل صورة اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة التي جاءت بها المادة 17 من القانون رقم 02-04 أوسع من صورة البيع المشروط باقتناء كمية دنيا الواردة في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية على اعتبار أنّ اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة يشمل الكمية الدنيا والكمية الكبيرة.

الممنوع يضعنا أمام فرضيتين؛ الأولى هي أن تكون كمية المنتجات التي يريد العون الاقتصادي تزويد الزبون بها كبيرة تفوق طلب هذا الأخير، مما يترتب عليه دفع مبالغ طائلة من أجل حصوله على هذه المنتجات، وهذا الأمر من شأنه أن يرهق الجانب الإيجابي لدمته المالية هذا من جهة، ومن جهة ثانية وجود فائض من السلع تعود على الزبون إذا كان عون اقتصادي بخسارة أكيدة نتيجة لكساده في المخازن لعدم تمكنه من بيعها أو أن عملية البيع ستكون بالخسارة.

أما في الفرضية الثانية فيحدث العكس، بحيث تكون كمية المنتجات التي يفرضها العون الاقتصادي على الزبون تقل عن تلك التي يريد هذا الأخير شراءها، وبالتالي فإنّ عملية البيع تكون مرتبطة بقبول الزبون لهذه الكمية الضئيلة التي يحددها العون الاقتصادي ولا تلب حاجات الزبون، وهذا من شأنه أن ينمي وضعية الهيمنة والقوة الاقتصادية من خلال تحكم العون الاقتصادي الممون في كمية السلع التي تدخل للسوق، ومنه التحكم في عملية العرض والطلب، مما يؤدي إلى ارتفاع الأسعار نتيجة لقلة المنتجات، وبالتالي عرقلة السير الطبيعي للسوق¹.

غير أنّ البيع المشروط باقتناء كمية مفروضة، يبقى مشروعاً إذا كانت طبيعة عمل التاجر تحتم عليه البيع ابتداء من كمية معينة، كما هو الحال بالنسبة لبائع الجملة الذي يحق له أن يفرض عدد معين يبدأ به البيع²، فإذا ما اتجه المستهلك مثلاً إلى تاجر الجملة والذي يرفض البيع إلاّ ابتداء من كمية معينة، كما لو طلب المستهلك منه كيلواً من التفاح، إلاّ أنّ التاجر هنا لا يبيع إلاّ بالصندوق، ففي هذه الحالة لا يكون هناك خرق للقانون، وليس للمستهلك أن يحتج على مثل هذا التصرف، وإنما عليه أن يعود إلى العلاقة الطبيعية التي تربطه بتاجر التجزئة، أو يقبل بإبرام العقد وفقاً لطلب البائع³.

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه الصورة أنّه قد منع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة من السلعة دون أن يمنع اشتراط تأدية الخدمة بقدر مفروض، وهذا ما يفسر المادة 17 تفسيراً ضيقاً كونها تتضمن نصاً معاقباً عليه، ووفقاً لذلك يمكن القول أنّ اشتراط تأدية الخدمة بقدر مفروض أمر جائز، وبالتالي لا مانع بأن يشترط سائق سيارة الأجرة مثلاً مسافة معينة ليقوم بخدمة النقل، أو يشترط

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 17.

² بن يسعد عذراء، المصالحة في مجالي الجمارك والممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005، ص 20.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 67.

الناشر عددا محددا من النسخ ليقوم بخدمة النشر، ومن شأن كل ذلك أن يفتح المجال واسعا أمام مؤدي الخدمات للتعسف في اشتراط تأدية الخدمات بشكل مفروض. لذا فقد كان الأجدر على المشرع لو نص على منع كلا من اشتراط البيع أو أداء الخدمة بقدر مفروض وعدم اقتصار ذلك على البيع فقط، خصوصا وأنّ المشرع قد حرص بصدد نص المادة الثانية من القانون رقم 04-02 على تطبيق هذا الأخير على السلع والخدمات.

ب_ اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات:

إذا كان مضمون الشرط الممنوع في الصورة السابقة هو شراء كمية مفروضة من نفس السلعة محل البيع، فإنّ المنع يشمل في هذه الصورة كل شرط يفرض على الزبون بشراء سلعة أخرى أو خدمة تبعا للسلعة محل البيع.

فعادة ما يلجأ العون الاقتصادي لهذا الأسلوب للتخلص من بعض السلع التي توشك على التلف أو السلع المكدسة التي لم تلقى رواجاً من خلال فرضها مع سلع أخرى مطلوبة¹، كما قد تتجلى هذه الصورة بوضوح عند ندرة منتج تبعا لاحتكاره أو لإضراب بائعيه، ومن أمثلتها استغلال ظرف طبيعي في منطقة معينة يصعب وصول سلع إليها، فيفرض البائع شروطا خاصة بموجبها لا يتم بيع هذه السلع إلاّ ببيعها متلازمة² مع سلع أخرى أو خدمات.

إنّ أول مظهر يمكن أن تظهر بها هذه الصورة من البيع المشروط على مستوى السوق هو ذلك الناتج عن ربط العون الاقتصادي ببيع أحد منتجاته للزبون بشراء هذا الأخير وفي الوقت نفسه منتوجا ثانيا مرافق للأول، والذي يعد أساس العلاقة التعاقدية ومختلف عنه في النوع والجنس، كأن يشترط العون الاقتصادي على الزبون الذي يريد اقتناء كمية من السكر أنّه لن يوافق على إتمام العلاقة التعاقدية إلاّ إذا اقتنى في نفس الوقت شفرات للحلاقة.

ومن أشهر القضايا التي شهدتها القضاء الفرنسي والأوروبي بخصوص ذلك، نجد ممارسة البيع المترابط بين منتوجين، وذلك من طرف كل من شركة Orange وشركة France Telecom pour la

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 118، 119.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 107، 108.

² مزغيش عبيد، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 73.

téléphonie et la chaine sport، حيث تم بيع منتوجين بصفة متلازمة وبسعر واحد رغم إمكانية بيع كل واحد منهما على حدا¹.

كما تنظم هذه الصورة إلى جانب بيع منتوجين متلازمين، مظهر ثاني من التلازم والذي يكون في هذه المرة بين بيع منتج وتقديم خدمة، بمعنى أنه حتى يوافق العون الاقتصادي على طلب الزبون والمتمثل في شراء منتج معين، يجب على هذا الأخير بدوره القبول بالخدمة المقدمة من قبل العون الاقتصادي، والتي تكون مرافقة لهذا المنتج وإلا فإن طلبه سيقابل بالرفض، وبطبيعة الحال فإن هذه الخدمة ليست مجانية ولا من قبيل خدمات ما بعد البيع، وبالتالي لا يكون للزبون الخيار بين قبولها أو رفضها، وإنما هو مجبر على الموافقة عليها لأنها تعد الشرط الأساسي الذي تتوقف عليه عملية البيع، كأن يرفض مثلا صاحب هاتف عمومي «Taxi phone» بيع أي منتج من محله لأحد الزبائن، إلا إذا أجرى هذا الأخير مكالمة هاتفية من محله²، أو كأن تشتترط وكالة السيارات على الزبائن الذين يشترون سياراتها أن يكونوا ملزمين بإصلاح هذه السيارات عند ميكانيكي الوكالة، ولا يقصد في هذا المقام ضمان الصيانة أو خدمات ما بعد البيع المجانية³.

كذلك لا يدخل في معنى السلع المشروطة ملحقات المبيع على الرغم من احتسابها في الثمن، وبالتالي إذا لم يكن للزبون حاجة بها فلا يمكنه رفضها والمطالبة بخصم قيمتها معتبرا إياها سلعا إضافية مشروطة.

والملاحظ بصدد اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات، أن المشرع لم يستوجب أن يكون البائع قد اشتراط أن يتم الشراء أو تقديم الخدمة من عنده، وعليه فإن المنع يبقى قائما حتى ولو اشتراط الشراء من بائع آخر بالتحديد، أو أن يتم اقتناء الخدمة من مقدم خدمات بعينه، مثال ذلك أن يشترط بائع مواد البناء أن يتولى نقل هذه المواد فلان، أو أن يشترط الصيدلي أن تكون وصفة الدواء من طبيب بعينه، ولعل المشرع قصد من ذلك سد باب التحايل والتواطؤ بين الأعوان الاقتصاديين خصوصا مع ما نشهده من تكتلات مهيمنة⁴، كذلك فقد جرى العمل في فرنسا على أنه يعتبر من قبيل البيع أو أداء الخدمة المشروط، أن يقوم شخص آخر ببيع السلعة الإضافية أو أداء الخدمة الإضافية إلى جانب بائع

¹ CHEVALIER Cindy, op. cit., p. 71.

² علل سميحة، مرجع سابق، ص 15، 67.

³ بن يسعد عذراء، مرجع سابق، ص 21.

⁴ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 118، 119.

السلعة الأصلية. ومن جانب آخر فإنه لا يشترط تزامن عملية بيع السلعة المطلوبة مع عملية بيع السلعة أو أداء الخدمة المفروضين من البائع على المشتري¹.

هذه الشروط المجحفة، يمكن أن يقبل بها الزبون خاصة إذا كان مستهلكا لأنه يمكن خداعه بسهولة، وهذا لحاجته للمادة الاستهلاكية التي يريد اقتناءها، كما يقبل بها الزبون إذا كان عون اقتصادي وكان بحاجة إلى التموين بهذه المنتجات لاستمرار تجارته، وذلك مهما كانت الشروط المفروضة عليه.

وإن كانت هذه الصورة تعود بالفائدة على العون الاقتصادي الممون، فإنها في مقابل ذلك تلحق ضررا بالزبون نتيجة للخسارة التي يتكبدها من جراء اقتنائه لمنتجات أو استفادته من خدمات ليس بحاجة إليها من جهة، ويصعب عليه بيعها أو تأديتها إذا كان عون اقتصادي من جهة أخرى².

لكن إذا كانت صورة اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات تشبه إلى حد بعيد ممارسة البيع المتلازم المنصوص عليها بصدد المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وذلك كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، إلا أن هذه الأخيرة أضيق نطاقا من ممارسة البيع أو أداء الخدمة المشروط لأنها اقتصررت على عقود البيع، أما البيع أو أداء الخدمة المشروط فقد تأخذ شكل آخر يتمثل في اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة.

جـ. اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة:

إذا كان المشرع الجزائري في الصورة السابقة قد منع التلازم إذا كان محل العقد هو بيع السلعة، فإنه في هذه الصورة قد منع التلازم إذا كان محل العقد هو تأدية خدمة معينة، وعليه فإن تقديم الخدمات يمكن أن تكون بدورها مجالا للتلازم الذي يمنعه القانون.

إن الخدمة المقدمة من قبل العون الاقتصادي لزيائنه، قد تكون ذات طبيعة مادية كالتصليح والتنظيف، أو ذات طبيعة مالية كالتأمين والقرض، كما قد تكون ذات طبيعة فكرية كالعلاج الطبي والاستشارات القانونية. وقد منع المشرع على كل عون اقتصادي أن يربط بين أداء خدمتين، أو أن يربط بين أداء خدمة واقتناء منتج معين.

¹ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 74.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 15، 67.

وبالتالي فإنّ الترابط أو التلازم في هذه الصورة قد يكون بين خدمتين مختلفتين، بمعنى أنّ العون الاقتصادي مقدم الخدمة يربط أداء الخدمة التي يريد الزبون الاستفادة منها (محل التعاقد) بخدمة أخرى لم تتجه إرادة هذا الأخير للحصول عليها، مما ينتج عنه أن تحقق الأولى يكون مرتبطاً بتحقيق الثانية، ومثال ذلك أنّ يربط صاحب الفندق بين تأجير غرفة وأخذ وجبة في مطعم الفندق¹، أو أن يشترط الناقل على المسافرين أن يكون الرجوع معه، وذلك بحساب تذكرة الذهاب والإياب في آن واحد لأنّ كلا منهما في الأصل خدمة مستقلة على الأخرى، أو أن يشترط الناشر تولي خدمة الإشهار للكتاب محل النشر².

كما أنّ التلازم في هذه الصورة قد يكون بين تقديم خدمة واقتناء منتج معين، بحيث يفرض العون الاقتصادي مقدم الخدمة على الزبون شراء منتج معين نظير حصوله على الخدمة التي يطلبها، وهذا لعلم العون الاقتصادي مسبقاً أنّ الزبون سيقبل بهذه الشروط التعسفية، لأنّ رفضه لهذه السلعة المشروطة سيفقده حقه في الاستفادة من الخدمات المقدمة³، ومن أمثلة ذلك اشتراط مؤدي الخدمة (الميكانيكي) أنّ إصلاح السيارة يكون متزامناً مع شراء بعض قطع غيار السيارة، أو أن يشترط عارض الأفلام (دور السينما مثلاً) شراء شريط للفيلم محل العرض إضافة إلى تذكرة حضور العرض، أو يشترط ناشر الكتب على الزبائن شراء كتب أخرى للناشر.

وعلى غرار ما سبق ذكره في الصورة السابقة، فإنّ المشرع لم يشترط أيضاً بصدد هذه الصورة أن يكون مقدم الخدمة قد اشترط أن يقوم هو بتقديم الخدمة أو بيع السلعة المشروطة، وعليه حتى وإن كان مضمون الشرط هو اقتناء سلعة أو خدمة من عند شخص محدد بعينه فإنّ المنع يبقى قائماً، مثال ذلك أن يشترط الميكانيكي على صاحب السيارة شراء قطع الغيار من بائع بعينه، أو يشترط الطبيب شراء الدواء من صيدلي بعينه أو القيام بالفحوصات لدى عيادة بعينها، فهذه الشروط أيضاً تعتبر ممنوعة إلا إذا كان لهذا التحديد علاقة بنجاح الخدمة المؤداة، كأن تكون نتائج الفحوصات عند هذه العيادة أدق مقارنة مع غيرها.

هذه إذن هي الصور الثلاثة لممارسة البيع أو أداء الخدمة المشروط كما أوردتها الفقرة الأولى من المادة 17 من القانون رقم 04-02، وقد تبدوا أنّها نوع من أنواع ممارسة الإكراه المعيب للإرادة الذي

¹ المرجع نفسه، ص 16، 67، 68.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 119.

³ علّال سميحة، مرجع سابق، ص 16.

يخول الزبون طلب إبطال العقد، خصوصا إذا ما أخذنا بالاعتبار الحاجة الملحة لهذا الأخير واضطراره للتعاقد، إلا أن الفقه يرى أن مجرد اضطراب الزبون والضغوط الواقعية التي تملي عليه التعاقد لا ترقى لتكون نوعا من أنواع الإكراه، وبالتالي فإن منع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط شراء سلعة أو أداء خدمة مع السلعة أو الخدمة محل العقد، لا يستلزم أن تكون دائما في إطار عقود الإذعان¹، وذلك على الرغم أن نص المادة 3 فقرة 4 من القانون رقم 04-02 قد عرفت العقد في مفهوم هذا القانون بعقد الإذعان. وهذا هو الحال بالنسبة للشروط التعسفية الممنوعة بموجب المادة 29 من نفس القانون كما سبق القول بذلك.

لكن رغم الضرر المزدوج الذي يترتب على ممارسة البيع أو أداء الخدمة المشروط، حيث يصيب الزبون من جهة فيسلبه إرادته ويجعله لا يستفيد من مبادئ اقتصاد السوق، كما يؤثر على السير الطبيعي للسوق من جهة ثانية²، إلا أن المشرع قد رتب استثناء على منع هذه الممارسة.

2_ الاستثناء الوارد على عدم مشروعية البيع أو أداء الخدمة المشروط:

إذا كان البيع أو أداء الخدمة المشروط ممارسة ممنوعة إذا أخذت شكلا من الأشكال أو من الصور الثلاثة التي سبقت الإشارة إليها، إلا أن هذا المنع ليس مطلقا، بل خرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة باستثناء وحيد³ نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 04-02 كما يلي: "لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة"⁴.

من خلال هذه الفقرة نجد أن المشرع قد خفف من حدة المنع الذي فرضته الفقرة الأولى مراعى في ذلك الارتباط الحاصل بين بعض السلع، وهو ما يبرر جواز جمعها في شكل حصص تعرض للبيع دفعة

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 119، 121.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 71.

³ خلافا للمشرع الفرنسي والتونسي اللذان منعا البيع المشروط دون أن يوردا عليه أي استثناء. كما أن المشرع الجزائري قد حظر البيع المتلازم الناتج عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية حظرا مطلقا، فلم يرتب عليه أي استثناء وذلك نظرا للأضرار التي يلحقها بالمنافسة والاقتصاد ككل.

المرجع نفسه، ص 68.

⁴ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

واحدة¹، ومن ثم يجوز لكل عون اقتصادي أن يبيع السلع من نفس النوع والتي تكون مجمعة في حصة واحدة مع بعضها البعض، دون أن يكون قد ارتكب ممارسة البيع المشروط، كما لا يمكن للزبون أن يحتج على مثل هذا التصرف والمطالبة ببيعها منفصلة.

لكن هذا الاستثناء الذي يجعل البيع المشروط ممارسة شرعية، لا يمكن الحديث عنه إلا بتوفر شرطين اثنين هما:

_ يجب أن تكون المنتجات المشكلة لحصة واحدة من نفس النوع، فإذا اختلف نوعها فإنّ عملية بيعها مرتبطة مع بعضها في شكل حصة واحدة من شأنه أن يشكل ممارسة ممنوعة، ومثال ذلك بيع العون الاقتصادي لطاخم شرب القهوة والذي يتكون من عدة وحدات من نفس النوع، فمثل هذا المنتج يشكل حصة واحدة²، أو بيع مجموعة أقلام وكراريس وغلافات... في كيس واحدة على أساس أنّها الأدوات المعدة للتدريس في السنة أولى ابتدائي وهي من نفس النوع، وبالتالي لا يمكن أن تجمع الأدوات المدرسية مع اللعب مثلاً³، كذلك من أمثلة المنتجات المباعة من نفس النوع على شكل حصة أثاث غرفة النوم أو غرف الاستقبال، الحصص المكونة من مجموعة من الملابس شرط أن تكون معروضة للبيع في نفس المحل.

لكن رغم أنّ التشريع الفرنسي لم يشر إلى مثل هذا الاستثناء، إلا أنّ القضاء الفرنسي قد أورده ضمن أحكامه، وفي هذا الصدد فقد قررت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 أكتوبر 1984 بمشروعية البيع الذي محله بيع منتجات متماثلة في بعض المجالات منها بيع الحلويات، اللحوم والمواد الغذائية⁴، كما أنّ القضاء الفرنسي اعتبره عملاً مشروعاً تلازم بيع منتجات متكاملة فيما بينها، كبيع طاخم طاولة مع طاخم قهوة، لأنّه وإن كان يتكون من مجموعة من الأواني فهي تعتبر مكاملة لبعضها البعض⁵. كذلك فقد أصدر مجلس النقض الفرنسي حكماً بهذا الخصوص جاء فيه أنّه لا مجال

¹ عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 120.

إبراهيمي هانية، مرجع سابق، ص 109.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 68، 69.

³ بوعولي نصيرة، مرجع سابق، ص 56.

⁴ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 32.

⁵ مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 74.

للحديث عن بيع مشروط عندما نكون أمام عدة وحدات من نفس المنتج أو مجموعة متكاملة لمنتج واحد مجمعة في تعبئة واحدة¹.

_ يجب أن تكون السلع المشكلة لحصة واحدة معروضة للبيع بصفة منفصلة، بمعنى أن كل سلعة من هذه السلع المشكلة لحصة واحدة تكون معروضة للبيع على حدة، وهذا ما يمكن الزبون من الاطلاع على مجموع السلع التي تشملها الحصة الواحدة موضوع البيع.

لكن وإن كان هذا الشرط بديهي من ناحية ضرورة إطلاع الزبون على خصائص المبيع ونوعيته، فضلاً عن أن عرض هذه السلع بشكل منفصل يمكن هيئات الرقابة من الوقوف على مدى جواز الجمع بينها واعتبارها من نفس النوع والطبيعة، إلا أن المنطق يقتضي أن يكون عرض السلع المشكلة لحصة واحدة على أنها تباع في شكل مجمع أي في شكل حصص، وذلك بأن تجمع في شكل مجموعات أو في أكياس مع إعلان سعرها، وهذا حتى لا يفاجأ الزبون الذي يطلب سلعة معينة أنها تباع تبعاً لأخرى، وبالتالي فإذا تمّ عرض السلع بصفة منفصلة فلا يمكن للبائع أن يتمسك بكونها تباع مع غيرها في شكل حصص مادامت طريقة عرضها لا تدل على ذلك².

وعلى هذا، وحتى يمكن الحديث عن هذا الاستثناء الذي أشار إليه المشرع الجزائري، فيجب أن لا يتخلف شرط من هذين الشرطين، فبتخلف أحدهما يكون هذا الاستثناء بدوره محلاً للمنع القانوني المقرر للبيع أو أداء الخدمة المشروط. بمعنى أنه حسب الشرط الأول فإن بيع المنتجات من نفس النوع والمشكلة لحصة واحدة هو أمر مشروع، مما يفهم منه أنّ العون الاقتصادي بإمكانه أن يشترط على زبائنه اقتناء هذه المنتجات مترابطة أو متلازمة، وإلا فسيمتنع عن البيع دون أن يتعرض للمساءلة القانونية، أما حسب الشرط الثاني فلا بد أن تعرض هذه المنتجات بصفة منفصلة حتى يمكن الأخذ بهذا الاستثناء.

وأمام غموض هذا الشرط الثاني، وباعتبار أن الاستثناء ما هو إلا خروج عن القاعدة العامة، فليس أمام المشرع إذا أراد الاحتفاظ بالاستثناء إلا حذف الشرط الثاني والاحتفاظ بالأول منه فقط، لتصبح الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 04-02 كالتالي: "لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة"، وترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي لتقدير ما إذا كانت هذه المنتجات تشكل فعلاً

¹ BIHL Luc, op. cit., p. 13.

² عياض محمد عماد الدين، مرجع سابق، ص 120.

حصة، وبالتالي تدخل في مجال تطبيق هذه الفقرة، أو أنها على العكس من ذلك ومنه اعتبار هذه الممارسة ممنوعة قانوناً¹.

وتجدر الإشارة بخصوص هذا الاستثناء أنّ المشرع الجزائري قد حصر تطبيقه على عقود البيع فقط، أمّا عقود أداء الخدمات فيبدو من نص الفقرة الثانية من المادة 17 أنها لا تدخل ضمن هذا الاستثناء، لذلك فعلى المشرع تدارك هذا النقص أي النص أيضا على إمكانية تأدية الخدمات بصفة متلازمة.

رابعاً_ تطبيقات ممارسة إعادة البيع بالخسارة:

إذا كان المشرع الجزائري قد منع بصفة عامة الممارسة التعسفية المتمثلة في إعادة البيع بالخسارة بموجب المادة 19 من القانون رقم 04-02، إلا أنه لم يوضح بصفة دقيقة التطبيقات أو الصور الملحقة بهذه الممارسة، وهذا من شأنه أن يخلق صعوبة في إدراك وفهم فكرة التعسف التي تشوب إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي.

غير أنه بدراسة وتحليل الآثار الناتجة عن هذه الممارسة، تتضح جليا تطبيقاتها ولو على مستوى القضاء باعتباره الجهاز الذي تعرض عليه مختلف القضايا المرتبطة بممارسة إعادة البيع بالخسارة.

لكن إذا كان المشرع لم يوضح تطبيقات الممارسة، إلا أنه استثنى مجموعة من الحالات من نطاق المنع المقرر لإعادة البيع بالخسارة، وذلك رغم الآثار السلبية المترتبة عن هذه الممارسة.

1_ آثار إعادة البيع بالخسارة:

تعد ممارسة إعادة البيع بالخسارة من بين الأساليب التي يلجأ إليها العون الاقتصادي عادة لتحويل زبائن الأعوان الاقتصاديين المنافسين له، الأمر الذي يؤدي إلى ظهور منافسة غير مشروعة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ تخفيض قيمة السلع إلى درجة إعادة بيعها بالخسارة سيرافقه لا محالة وفي وقت قريب_ زيادة في سعر هذه السلعة أو سلعة أخرى، مما يسمح للعون الاقتصادي المخالف من تعويض خسارته من جيب المستهلك، وهذا بعد أن يكون قد حقق هدفه المتمثل في القضاء على

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 69-71.

المنافسين، وبالتالي احتكار السوق¹، فمثل هذا الفعل يعتبر قضاء على المنافسة من خلال التعسف في استعمال حرارة الأسعار، وهذا ما يؤدي إلى اضطراب السوق ككل².

لذا فقد منع القانون هذه الممارسة التعسفية لحماية صغار التجار ضد كبارهم الذين يملكون قوة شرائية جعلتهم يتحملون الخسارة في مقابل إقصاء منافسيهم من السوق، لأنهم غير قادرين على تحمل هذه الخسارة³. كذلك تم منع هذه الممارسة لحماية المستهلكين ضد عروض غالبا ما تكون خادعة، فتخفيض السعر ليس طبيعيا أي ناتجا عن قانون العرض والطلب، وإنما تمّ تزييفه وتخفيضه فقط لجذب زبائن التجار المنافسين بطريقة غير شرعية⁴، وبالتالي فإنّ هذه الممارسة ما هي إلا مجرد إستراتيجية لتضليل المستهلكين الذين يفقدون حرية اختيارهم وينجرون مباشرة إلى هذه الأسعار المخفضة، فيقعون ضحية لها⁵.

وتجدر الإشارة إلى أنّ التأثير السلبي الذي تخلفه ممارسة إعادة البيع بالخسارة لا يقتصر فقط على المستهلكين والمتنافسين، بل قد يتعداه إلى المورد الذي تعامل معه التاجر الموزع⁶، لأنّ إعادة البيع من طرف هذا الأخير بسعر مخفض من شأنه الإساءة إلى علامة منتج المورد⁷، كما أنّ الموزع الذي يعيد البيع بسعر منخفض قد يخلق الشك لدى المنافسين له أنّ المورد قد تعامل معه بسعر تمييزي وفضله على سائر الموزعين الآخرين، وبالتالي الإساءة إلى سمعة المورد بعدم نزاهة ممارساته⁸.

¹ BIHL Luc, op. cit., p. 14.

لكن من جهة أخرى قررت محكمة العدل الأوروبية في قضية Wanadoo بأنّ إمكانية تعويض الخسارة من طرف العون الاقتصادي ليس شرط ضروري لتحقيق ممارسة إعادة البيع بالخسارة.

THAUVIN Elsa, op. cit., p. 39.

² بوزيرة سهيلة، "الحماية الجزائية للسوق من الممارسات التجارية غير المشروعة في ظل القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جامعة جيجل، 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص 152.

³ BUSSY Jack, op. cit., p. 416.

⁴ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02)، مرجع سابق، ص 101.

⁵ CHAMBOLLE Claire, «Stratégies de revente à perte et réglementation», *Annales d'économie et de statistique*, n° 77, 2005, p. 70.

⁶ FERRIER Didier, «Les nouvelles pratiques abusives», *Recueil Dalloz*, n° 15, 17 avril 2014, p. 889.

⁷ LEGAIS Dominique, op. cit., p. 322.

CHAMBOLLE Claire, op. cit., p. 61.

⁸ Ibid, p. 61.

وفي هذا الصدد فقد صدر حكم قضائي عن المحكمة التجارية لمحكمة فرساي الفرنسية بتاريخ 7 مارس 1997، الذي اعتبر إعادة البيع بالخسارة بأنها ممارسة مقيدة للمنافسة، وقد تشكلت هذه الممارسة كنظام يعالج كيفية الفوترة، وذلك من طرف مجمع أوثن Auchan (الموزع) وجمعية سوبيا Sobiva (الممون)، حيث أنّ الموزع بإرادته قام بتنظيم شكل فاتورة خدمات تسليم اللحوم المباعة من طرف الممون، ثمّ قارن سعر اللحم المسلم إليه والمدون في فاتورة خدمات التسليم وقام بإعداد فواتير بتكاليف غير عادية ومنخفضة والتي يقوم بعرضها، وعلى هذا الأساس إمكانية إعادة البيع بتكاليف أو أسعار منخفضة وغير تنافسية.

وقد أدانت المحكمة هذه الممارسة التعسفية لأنها تتعلق بممارسة أسعار اصطناعية منخفضة أو أقل من سعر التكلفة الحقيقي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهي تؤدي إلى الحصول على مزايا تنافسية غير مشروعة والبحث عن الزبائن بإعانة الإشهارات الكبرى، وذلك كله بدون مزايا حقيقية يستفيد منها المستهلك. كذلك فقد ثبت أنّ هذا التصرف أو الأسلوب التعسفي مغل بالنظام العام الاقتصادي ككل¹.

ومن بين القضايا التي واجهها القضاء الأمريكي بخصوص هذه الممارسة نجد قضية Brooke الذي يعد منتجاً للسجائر، ونتيجة تعرضه لصعوبات مالية، قام برفع أسعاره بصفة مغرية، وعلى هذا قرر التاجر Brown et Williamson الاتجار بالسجائر المنافسة لسجائر Brooke وتخفيض أسعارها، وقد قررت المحكمة العليا الأمريكية بأنّ سلوك التاجر منافٍ للمنافسة وأنّ السعر الذي يمارسه أقل من سعر التكلفة الحقيقي، وبإمكانهما تعويض خسارتهما لاحقاً².

2_ الاستثناءات الواردة على منع إعادة البيع بالخسارة:

إذا كانت المادة 19 من القانون رقم 04-02 قد نصت على منع بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي، فإنّ هذه القاعدة لا تطبق على مجموعة من السلع والمنتجات والتي تشكل أعمال إعفائية أو استثناء على المبدأ باعتبارها من المبيعات بالخسارة المرخص بها.

¹ BUSSY Jack, op. cit., p. 417.

وفي هذا الصدد بالذات فقد تظنّ المشرع الفرنسي بموجب تعديله لقانون الاستهلاك في 17 مارس 2014، ونص بموجب المادة⁰ 12، 1، 6-442.L على منع كل ممارسة تعسفية من شأنها تنظيم أو فورة طلبية لبيع منتج أو أداء خدمة بسعر مختلف عن السعر المدون في الجدول المحدد لشروط البيع العامة.

FERRIER Didier, op. cit., p. 889.

² THAUVIN Elsa, op. cit., p. 37, 38.

وقد أوردت الفقرة 3 من المادة 19 خمس حالات استثنائية على سبيل الحصر تتمثل في:

_ السلع سهلة التلف والمهددة بالفساد السريع، كالحليب ومشتقاته، اللحوم، الخضار والفواكه والمنتجات المعلبة التي قرب أجل انتهاء صلاحيتها¹...، وذلك بشرط ألا يشكل عرض السعر المخفض لهذه السلع موضوع دعاية أو إعلان خارج نقطة البيع² للعون الاقتصادي الذي يقوم بإعادة البيع بالخسارة.

_ السلع التي بيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغيير النشاط أو إنهائه أو إثر تنفيذ حكم قضائي، كالحكم المتعلق بالإفلاس مثلاً، أو التصفية القضائية والمنصوص عليها في القانون التجاري، وقد أحالت المادة 21 من القانون رقم 04-02 على التنظيم لتحديد شروط وكيفيات البيع في حالة تصفية المخزونات، وهو ما تم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات...³، أما المشرع الفرنسي فقد نص بمقتضى المادة L.1-310 من قانون التجارة على أن البيع بعد الشراء بخسارة لا يكون مقبولا في حالة التصفية القضائية إلا مع مراعاة الحصول على إذن مسبق.

_ السلع الموسمية وكذلك السلع المتقادمة أو البالية تقنياً؛ فبالنسبة للسلع الموسمية، فمن الضروري أن يتم البيع بعد الشراء بخسارة في آونة تكون فيها المنتجات ناقصة، وهو ما يحدث خلال الفترة الختامية لفصل البيع وبالتحديد خلال الفترة الكائنة بين فصلي البيع⁴، بمعنى أنه يجوز للعون الاقتصادي بيع السلع الموسمية بأقل من تكلفتها بعد خروج موسمها، وبالتالي فإن عملية إعادة بيع السلع بأسعار منخفضة (solde) تكون مرتبطة بوقت محدد. لكن يجب أن لا يكون هذا الاستثناء الفرصة الذي يسمح للعون الاقتصادي بالتخلص من مخزونه من السلع بأي سعر كان.

لكن رغم وضوح هذا الاستثناء، إلا أنه لم يتم التقيد به، حيث يلاحظ أن ممارسات الأعوان الاقتصاديين الناشطة في أسواقنا يسودها الغش، فقد أصبح شعار الأسعار المخفضة (solde) موضوع في

¹ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 75.

² ج.ريبير - روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 806.

³ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 75.

⁴ ج.ريبير - روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 805.

محلاتهم طيلة أيام السنة، بالرغم من علمهم أنّ هذا الشعار يخص فقط السلع التي انتهى موسمها دون غيرها، لأنّها وحدها التي يمكن أن تباع بأقل من تكلفتها.

لذا فعلى أعوان الرقابة أن يضمنوا الحماية الكافية من مثل هذا الأسلوب التعسفي المخادع والذي من شأنه أن يوقع المشتريين في غلط ويدفعهم إلى شراء سلع ما كان لهم أن يشتروها لولا هذا الشعار الذي في غير محله.

أما بالنسبة للسلع المتقدمة أو البالية تقنيا كالأثاث، السيارات والأدوات الكهرومنزلية¹، فهي عبارة عن منتجات جرى تجاوزها تقنيا، ولم تعد تتجاوب مع الطلب العام، وإمكانية بيع هذا النوع من المنتجات بأدنى من سعر شرائها الفعلي لا يمكن أن تبرره بالمقابل أسباب اقتصادية أو مناخية.

_ السلع التي تم التموين منها أو يمكن التموين منها من جديد بسعر أقل، وفي هذه الحالة، يكون السعر الحقيقي لإعادة البيع يساوي سعر إعادة التموين الجديد، أي أنّ البيع بعد الشراء بخسارة يكون مبررا عندما يتعلق الأمر بمنتجات يتم التموين بها مجددا بسعر منخفض، وعليه يكون ثمن الشراء الفعلي هو الثمن الوارد في فاتورة الشراء الجديدة، لكنّه يجب أن يتعلق الأمر بمنتجات لها خصائص مماثلة لمنتجات التموين الأولى².

_ المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين، بشرط ألا يقل سعر البيع من طرف المنافسين حد البيع بالخسارة، بمعنى أنّه إذا كان السعر المطبق من قبل أحد الأعوان الاقتصاديين مرتفع نظرا لكون تكلفة منتجاته مرتفعة، ففي هذه الحالة وحتى يستطيع مواجهة منافسيه، فقد سمح له القانون بالبيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي، لكن هذا يبقى متوقفا على شرط ألا وهو كون السعر المطبق من قبل المنافسين لا يصل إلى حد البيع بالخسارة، مثال إذا كان كيلو من القهوة يباع من قبل الأعوان الاقتصاديين المنافسين ب 460 دج بينما وصلت تكلفته بالنسبة لأحدهم إلى 500 دج، فمن أجل مواجهة هذا العون الأخير منافسيه فيإمكانه البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي.

¹ علاال سميحة، مرجع سابق، ص 77، 78.

² ج.ريبيرر- روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 805.

ومنه فإِنَّه في هذه الحالة بإمكان العون الاقتصادي التاجر الذي يمارس إعادة البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي أن ينفي مسؤوليته إذا استطاع أن يثبت¹ أَنَّ التاجر الآخرين المنافسين له يمارسون نفس الأسعار بالنسبة لنفس المنتجات وفي نفس المنطقة الصناعية التي يتواجد فيها التاجر الذي يمارس إعادة البيع بالخسارة².

وبصدد هذا الاستثناء الأخير تجدر الإشارة إلى أَنه يعتبر الحد الفاصل الذي يميز بين ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفا التي لم تولي أية أهمية لأسعار باقي المتنافسين، وإعادة البيع بالخسارة التي تأخذ بعين الاعتبار بالسعر التنافسي، وهذا ما يسمح بالقول بأنَّ ممارسة إعادة البيع بالخسارة تتحقق من خلال معيارين يتمثلان في: مقارنة سعر إعادة البيع بتكاليف الشراء، وكذا مقارنة سعر إعادة البيع بأسعار المتنافسين³.

مما سبق يمكن القول أَنَّ الأضرار الناجمة عن إعادة البيع بالخسارة بشقيها، سواء تلك التي تلحق بالمستهلك باعتباره الطرف الأول الذي سيدفع ضريبة ارتكاب العون الاقتصادي التاجر لمثل هذه الممارسة، أو بالنسبة للسوق حيث تفقده توازنه نتيجة لاختفاء بعض الأعوان الاقتصاديين التاجر، وظهور أعوان مهيمنين، جعل إدراج هذه الممارسة من جديد ضمن قائمة الممارسات التعسفية تعد خطوة إيجابية لتقوية الترسانة القانونية خاصة وأنَّ نص المادة 19 من القانون رقم 02-04 يعد مكملا لما جاء به نص المادة 12 من الأمر رقم 03-03، وهذا التكامل من شأنه أن يخدم أكثر الحياة الاقتصادية والمشاكل التي تطرحها⁴.

غير أَنَّ منع الممارسات التعسفية المتعلقة بالأسعار لم يتوقف فقط عند حد حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفا بموجب المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة أو منع إعادة البيع بالخسارة بموجب المادة 19 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بل أَنَّ هذا الأخير قد منع ممارسات تعسفية أخرى تتعلق بممارسة أسعار غير شرعية، وعلى ذلك نتولى البحث عن التطبيقات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية. لكن قبل ذلك يستلزم علينا تكملة تطبيقات الممارسات التجارية غير الشرعية بتحديد التطبيقات المتعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي.

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 78، 79.

² BUSSY Jack, op. cit., p. 416.

³ CHEVALIER Cindy, op. cit., p. 62.

⁴ علال سميحة، مرجع سابق، ص 79.

الفرع الثاني

التطبيقات المتعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي

بداية يمكن القول أنه على الرغم من حظر المشرع الجزائري للبيع التمييزي بصدد المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، إلا أنّ النقص بقي ملازما لهذه الممارسة، مما نتج عنه وفي غياب اجتهادات قضائية صعبة في تطبيقها على أرض الواقع، خاصة وأنّ المشرع قد ربط الحظر المقرر للبيع التمييزي بضرورة تحقق حالة التبعية الاقتصادية بين مؤسستين، وهذا ما جعل الكثير من المؤسسات لا تتعرض للعقاب بالرغم من قيامها بهذه الممارسة، وذلك إذا لم تكن المؤسسات المتعاقدة معها في وضعية تبعية اقتصادية إزاءها.

وعلى ذلك فقد استطاع المشرع مؤخرا تدارك هذا النقص من خلال منعه لممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر للحصول على تمييز من هذا الأخير، وتنتج هذه الممارسة عن تعاقد الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم ودون اشتراط تحقق وضعية التبعية الاقتصادية، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من القانون رقم 02-04، وأكثر من ذلك فقد جاء نص هذه المادة أكثر وضوحا لما حدد تطبيقات هذه الممارسة.

بعد أن درسنا فكرة التعسف التي تشوب ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر، نقوم هنا بتحديد تطبيقات هذه الممارسة التعسفية، وذلك من خلال توضيح مختلف الصور التي يمكن أن يظهر من خلالها التمييز (أولا)، لكن وكمعظم الممارسات التعسفية الأخرى التي جاء حظرها بصفة نسبية، فإنّ هذه الممارسة أيضا لم تخلوا من الإشارة إلى الاستثناء الوارد على منعها، مما يعني أنّ هناك مبررات لهذا التمييز (ثانيا).

أولا- صور التمييز:

تظهر الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين على مستوى السوق وفق صور متعددة، وقد أشارت المادة 18 من القانون رقم 02-04 إلى بعض هذه الصور كما يلي: "...، أو يحصل منه على

أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة"¹.

وباعتبار أنّ صور التمييز التي تضمنتها المادة 18 واردة على سبيل المثال وليس الحصر، فليس هناك ما يمنع القاضي الأخذ بصور أخرى للممارسات التمييزية.

غير أننا سنكتفي بدراسة الصور التي أشارت إليها المادة 18 والتي يتجسد التمييز فيها إما عن طريق السعر، أو عن طريق آجال الدفع، أو عن طريق شروط البيع أو الشراء.

1_ التمييز عن طريق السعر:

يعتبر السعر عصب المعاملات التجارية، حيث أنّ هذه الأخيرة تقوم أساساً على السيولة النقدية، ولأنّ الثمن يعتبر الركن الأساسي في عقد البيع بحيث يدفعه العون الاقتصادي الزبون مقابل ما يحصل عليه من منتجات، فإنّ القانون يستوجب أن يكون متماثلاً بالنسبة لكل الأعوان الاقتصاديين المتعاقدين مع نفس العون الاقتصادي الممون، بحيث لا يستأثر أحدهم بسعر مميز دون البقية مما يجعله في مركز أفضل.

إلا أنّ التمييز عن طريق السعر يعد من أكثر صور التمييز وقوعاً، ويتم ذلك عن طريق تخفيض الأسعار الذي يعتبر من بين الممارسات الشائعة التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديين الممونين تجاه زبائنهم المفضلين، وهذا ما يؤدي إلى ظهور وبصورة واضحة التمييز في المعاملة بين الأعوان الاقتصاديين الزبائن، بحيث يتم تخفيض سعر بعض المنتجات لأحد الزبائن دون أن يكون هناك إمكانية استفادة باقي الأعوان من هذا الامتياز²، وهذا ما يعد إخلالاً لمبدأ المساواة، وبالتالي وجود ممارسة تمييزية يمنعها القانون ويعاقب عليها.

كذلك قد يحصل التمييز بصورة غير مباشرة، وذلك عن طريق فرض سعر مماثل أي بدون تخفيض السعر لأحد الزبائن دون البقية، كما لو باع مثلاً تاجر الجملة أخشاباً بسعر يتضمن مصاريف التسليم بصرف النظر عن تواجد الزبون على بعد عشرة كيلومتر أو بعد خمسين كيلومتراً، فهنا السعر تمييزي لأنّ

¹ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

² علال سميحة، مرجع سابق، ص 23.

تكلفة البائع ستكون أكبر بالنسبة للزبون الثاني الأبعد في الوقت الذي ستكون فيه أرباح البيع أقل، وبالعكس تكون تلك الأرباح أكبر إذا تم التعامل مع الزبون الأقرب، حيث ستقل تكلفة النقل وتزيد أرباح البيع.

والحكمة في عدم مشروعية التسعير التمييزي هو وجود محاباة زبون _نتيجة النفوذ الذي يمارسه هذا الأخير على العون الاقتصادي الممون_ على حساب زبائن آخرين، وبالتالي تقييد منافستهم في السوق، فالزبون المميز هو ذلك الذي يدفع سعرا أقل للبائع، فيتكبد الأخير معدل خسارة أكبر أو يحصل على ربح أقل، وبالعكس فإنّ الزبون غير المميز أو غير المحابي هو من يدفع سعرا أكبر من سعر الزبون الأول، وبالتالي حصول البائع منه على ربح أكبر أو تكبده لخسائر أقل¹.

وفي هذا الصدد فقد جاء في قرار للجنة المنافسة الفرنسية بتاريخ 14 سبتمبر عام 1978 أنّه لا شيء يمنع العون الاقتصادي من بيع منتجاته بسعر أقل خاصة إذا قام بذلك لتمكينه من الدخول إلى السوق أو زيادة حصته فيه، ولكن إذا كانت هذه السياسة قد تمت بطريقة تمييزية قصد القضاء على بعض الزبائن، فإنّ ذلك يعد منافيا ومقيدا للمنافسة². كذلك فقد أدان مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 8 ديسمبر 1992 مؤسسة appliquam التي تدير براءات الاختراع لمؤسسة Innovation، وذلك بممارستها أسعار تمييزية تجاه زبائنها، حيث تخفض الأسعار تجاه مستعملي هذه البراءات، وتمارس أسعار مرتفعة تجاه الزبائن الذين لا يستعملون هذه البراءات إضرارا بهم³.

2_ التمييز عن طريق آجال الدفع:

آجال الدفع هي عبارة عن تلك المدة أو المهلة التي يمنحها العون الاقتصادي إلى زبائنه لكي يدفعوا كامل أو بقية الثمن الذي لم يستطيعوا دفعه عند تسلم المنتج محل عقد البيع أو عند استفادتهم من الخدمات التي تؤدي إليهم من طرف العون الاقتصادي.

وآجال أو مهل الدفع إما أنّها تعطى من قبل العون الاقتصادي الممون أو مؤدي الخدمات، وذلك مراعاة لظروف الزبون المالية، أو أنّ هذا الأخير يمارس أسلوب النفوذ، وبالتالي الضغط على العون

¹ معين فندي الشناق، مرجع سابق، ص 122.

² BURST Jean-Jacques, KOVAR Robert, op. cit., p. 300.

³ BENCHIKH Nourredine, op. cit., p. 23.

الاقتصادي الممون أو مؤدي الخدمات لكي يمنحه مهلة لتسديد ثمن المنتج الذي اقتناه أو ثمن الخدمة التي استفاد منها.

والملاحظ أنّ آجال الدفع يرتبط ارتباطاً وثيقاً بملاءة الزبون ومدى قدرته على الوفاء، وعلى هذا فإنّ منح إحدى الزبائن آجالاً أو مهلة للدفع تفوق الآجال أو المهلة الممنوحة لبقية الزبائن الآخرين والذين لهم نفس الوضعية خاصة فيما يتعلق بالجانب المالي، يعتبر ممارسة تمييزية يجب أن يتجنبها الأعوان الاقتصاديون في تعاملاتهم¹.

وعموماً يتم التمييز في المعاملة عن طريق آجال الدفع إما من خلال منح آجال دفع ميسرة لعون اقتصادي زبون دون آخر، وإما عن طريق التخفيض أو الإلغاء لآجال الدفع ضد بقية الزبائن بدون مبرر² موضوعي.

وتجنباً لكل هذه التمييزات التعسفية في آجال الدفع، فقد حدد قانون التجارة الفرنسي مهلة للدفع، والتي كانت محل نقاش برلماني عند تبني قانون 15 أيار 2001، ونتج عن ذلك تحديد مهلة بعدها الأدنى عند عدم وجود توقعات تعاقدية والمحددة بثلاثين يوماً في المادة 441-6، وعلى ذلك فقد اعتبرت المادة 442-6 أنّ حصول أحد الزبائن على مهلة دفع نافعة مقارنة بغيره يشكل ممارسة تمييزية تعسفية³.

3_ التمييز عن طريق شروط البيع أو الشراء:

يعد الأعوان الاقتصاديون الزبائن والمتواجدين في نفس السوق في وضعية متماثلة، ومن ثم يجب التساوي بينهم في الحصول على السلع والخدمات بنفس المستويات ودون تمييز، مما يعني خضوعهم لنفس شروط البيع أو أساليب البيع أو الشراء، والتي تكون ناتجة عن العرف التجاري المعمول به في تلك المنطقة دون غيرها، ومنه فإنّ استفادة أحد الزبائن من شروط بيع أو أساليب بيع أو الشراء التمييزية على حساب الآخرين يعد خرقاً للأعراف التجارية.

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 24.

² كـتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص 100.

³ ج.ريبيرر. روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 815، 822، 823.

وتجد هذه الممارسة تطبيقها خاصة في تلك المعاملة غير المتماثلة التي تتعرض لها شبكات التوزيع التابعة لنفس العون الاقتصادي الممون، حيث يمنح هذا الأخير لأحد الموزعين شروطاً أو أساليب متميزة للبيع أو الشراء، وذلك نتيجة النفوذ الذي يمارسه على هذا الممون¹.

وإلى جانب ذلك يخضع منع الشروط التمييزية لتطبيق خاص في شبكات التوزيع الانتقائي، حيث يمكن على وجه الخصوص أن يظهر التمييز بتطبيق غير موحد لمعايير الانتقاء بمضرة موزع كان معتمدا ويرى نفسه مقترحاً عليه تنزيلات أدنى من التنزيلات المعطاة لموزعين آخرين. كذلك فإن الإطلاع غير الكامل على شروط البيع العامة يشكل أيضاً ممارسة تمييزية².

وعموماً فإن شروط البيع أو الشراء التي يمكن التمييز بصددتها تتعلق أساساً بمواعيد تنفيذ الطلبات، وطرق تسليمها، وكيفيات نقلها، وكيفية دفع ثمن البضاعة³، مثلاً تسهيل دفع ثمن البضاعة لزبون مقابل عدم منح ذلك الامتياز لآخر.

إلا أنه بالمقابل يخرج عن إطار المنع المقرر للتمييز عن طريق شروط البيع أو الشراء منح العون الاقتصادي الممون لشروط بيع أو أساليب بيع أو شراء تمييزية لأعوان اقتصاديين متواجدين في وضعيات غير متماثلة، وتعتبر كذلك إذا كان هؤلاء الأعوان ينشطون أو يتواجدون في أسواق مختلفة ومتميزة، وتشمل هذه الحالة أيضاً اتفاق العون الاقتصادي الممون مع أعوان اقتصاديين وطنيين وآخرين أجنبين أين يمكن منح أحدهم شروطاً أكثر نفعاً مقارنة بالآخرين.

وتبقى صورة التمييز عن طريق شروط البيع أو الشراء محتفظة بطابعها الممنوع سواءً منح العون الاقتصادي الممون مثل هذه الشروط والأساليب للعون الاقتصادي الزبون من تلقاء نفسه عن طريق فرض شروط وأساليب البيع، أو إذا كان ذلك بطلب من الزبون واستجابة الممون له عن طريق طلب شروط وأساليب الشراء، لأنه في كلتا الحالتين تعتبر ممارسة تمييزية من شأنها أن تلحق ضرراً بباقي الأعوان الآخرين وكذا بالمنافسة.

¹ علل سميحة، مرجع سابق، ص 23.

² ج. ريبير - ر. رويلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 814.

³ بن وطاس إيمان، مرجع سابق، ص 54.

وبالتالي فإنّ صور التمييز بالرغم من أنّها تؤدي إلى عدم المساواة بين الأعوان الاقتصاديين الزبائن، إلّا أنّها لا تكون ممنوعة إلّا إذا تسببت في ضرر أو منفعة للطرف المتعاقد مع العون الاقتصادي الممون على مستوى المنافسة¹، أي أنّ التمييز الممنوع يجب أن يترجم بإجحاف أو بنفع في المنافسة. فقد كان الاجتهاد القضائي الفرنسي يعتبر ذلك شرطا مستقلا لا يمكن استنتاجه من غياب المقابل الحقيقي للنفع المعطى، وبالتالي كان التحقق من الضرر يفترض المواجهة بين وضع العون الاقتصادي المستفيد مع وضع منافسيه، غير أنّ نفع أحدهما لا يمكن أن يستنتج منه إجحافا للآخر، حيث كان الاجتهاد القضائي يبحث عمليا في أول الأمر عن النفع الناتج عن التمييز ثم عن الإجحاف الناتج عنه الذي يمكن أن يتجسد مثلا باضطراب أو فوضى الشبكة التجارية أو تحويل الزبائن، وهكذا يمكن أن ينتج النفع عن تحسين الوضع المالي للعون الاقتصادي المستفيد.

والضحية الذي يقع على عاتقه عبئ إثبات حقيقة الإجحاف، وهو إثبات يصعب تقديمه وخاصة في حالة نفع في المنافسة، ولما كان الأمر كذلك فقد ظهر في حكم 6 نيسان 1999 أنّ محكمة النقض الفرنسية أعادت النظر في الاجتهاد السابق، ورأت أنّ العون الاقتصادي الذي لم يستفد إلّا من منافع المنافسة نفسها، ليس عليه أن يثبت وجود الضرر الناجم عن الممارسات التمييزية، والنفع أو الإجحاف في المنافسة مفترض مادامت الممارسة التمييزية تم إثباتها².

لكن وإن كانت هذه الممارسات التمييزية ترد على العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين، إلّا أنّ لها دورا ينعكس سلبا على المستهلك، بحيث قد تزيد من اضطراب الأسعار في السوق أو صعوبة تمويل السوق بالسلع التي يحتاجها المستهلك، خاصة إذا كان العون الاقتصادي الذي يقوم بهذا النوع من الممارسات يغطي مساحة جغرافية هامة ويقوم بتزويدها بمختلف السلع، حيث يؤدي ذلك إلى هيمنة العون الاقتصادي الذي شغل موقعه في السوق لبيع سلعته بطريقة تمييزية بين زبائنه المستهلكين³.

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 23-25.

² ج.ريبير-ر.روبلو، لويس قوجال، مرجع سابق، ص 815، 816.

³ زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 75، 76.

ورغم كل هذه الآثار السلبية التي تخلفها ممارسة النفوذ الاقتصادي من طرف عون اقتصادي على آخر، إلا أنّ المشرع قد أورد استثناء على منع هذه الممارسة والذي يمكن استخلاصه من نص المادة 18 من القانون رقم 04-02، وذلك من خلال ما يسمى بمبررات التمييز.

ثانياً_ الاستثناء الوارد على منع التمييز (مبررات التمييز):

إن ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر _وكأغلب الممارسات التجارية التعسفية والممنوعة بصدد القانون رقم 04-02_ ليست ممنوعة على إطلاقها، بل يرد عليها استثناء يتعلق بمبررات التمييز، ذلك أنّ فرض مساواة تامة في المعاملات التجارية بين جميع الأعوان الاقتصاديين الزبائن الذين يتعاملون مع نفس العون الاقتصادي الممون من شأنه أن يؤدي إلى إحباط التنافس والحد من الإبداع والتجديد¹، لذا فقد أجاز المشرع للعون الاقتصادي الممون إمكانية التمييز بين الأعوان المتعاقدين معه، ولكن شريطة أن يكون هناك مقابل حقيقي يبرر مثل هذه المعاملة.

ومنه فإنّ وجود مقابل حقيقي يبرر منح امتيازات لعون اقتصادي زبون دون آخر يعد ضرورة تتطلبها المعاملات الاقتصادية والأعراف التجارية، لأنّ المعاملة التمييزية تجعل الأعوان الاقتصاديين في مواقع مختلفة ومتميزة، ممّا يكون بمثابة الحافز الذي يدفعهم للتنافس فيما بينهم من أجل الحصول على هذه الامتيازات التي ستمنحهم فرصة تحسين وضعيتهم وتقوية مركزهم في السوق.

والمقابل الحقيقي هو عبارة عن ذلك العامل أو السبب الذي من شأنه أن يؤدي إلى زوال مسؤولية العون الاقتصادي المخالف، فإذا استطاع هذا الأخير أن يبرر سبب منحه امتيازات لعون اقتصادي دون البقية، اختفى الحديث عن التمييز كممارسة ممنوعة، لأنّه في هذه الحالة يعد ضرورة تقتضيها المعاملات التجارية.

لكن لا يمكن اعتبار المقابل الحقيقي استثناءً وارداً عن المبدأ العام الذي ينص على منع الممارسات التمييزية إلا إذا تحقق شرطان أساسيان يتمثلان في:

_ يجب أن يخص المقابل الحقيقي نفس العملية التجارية التي استفاد من خلالها الزبون من الامتيازات التي منحها العون الاقتصادي الممون، وبالتالي إذا كان هذا المقابل يخص معاملة تجارية سابقة أو لاحقة لتلك التي منحت له امتيازات خاصة فإنّ القانون لا يعتد به. لذا فلا يمكن تبرير تخفيض

¹ BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op. cit., p. 148.

سعر أحد المنتجات لأحد الزبائن بذلك الارتفاع في الأسعار الذي ساد التعاملات التي تمت بين العونين في السنوات الماضية.

ـ يجب أن يتناسب المقابل الحقيقي طردا مع المنفعة التي قد يتحصل عليها العون الاقتصادي الزبون، بحيث لا تكون الامتيازات الممنوحة أكبر من المقابل الحقيقي، والعكس صحيح. ومن أجل تقدير المطابقة أو التناسب فإنّه من الضروري الرجوع إلى شروط البيع والشراء، الفاتورة، وكذا الاتفاقات الخاصة.

ومنه فإذا تحقق هذان الشرطان فإنّه يكون أمام العون الاقتصادي الممون سببا قويا لنفي مسؤوليته¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون رقم 04-02 لم يشر لأي حالة من حالات المقابل الحقيقي المبرر للمعاملة التمييزية، بل ترك ذلك لتقدير القاضي حسب كل حالة في إطار ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة، وهذا ما يؤدي بنا إلى ذكر بعض الحالات التي درج الفقه على اعتبارها مقابل حقيقي مبرر للمعاملة التمييزية²، مما يضيف على معاملات العون الاقتصادي طابع الشرعية؛ هذه الحالات يمكن تلخيصها فيما يلي:

ـ ملاءة الذمة المالية، التي من شأنها أن تقوي مركز أي عون اقتصادي وتدعم عنصر الثقة الذي يعتبر أساس المعاملات التجارية، لذا فإنّ كل عون اقتصادي يتخذ كافة الاحتياطات اللازمة ضد خطر عدم التسديد الذي قد يواجهه أثناء تعاقد مع عون آخر، ولتفادي هذا الخطر فإنّ العون الاقتصادي الممون يعمل على فرض تعريف عالية ومهلة قصيرة على الزبون الذي يواجه صعوبات مالية، كما يلزمه أيضا بدفع قيمة المنتجات المتعاقد عليها نقدا، في مقابل ذلك يستفيد الزبائن المتمتعين بمركز مالي ممتاز من مدة أطول وتعريف أقل³، مثلا يستطيع المنتج أن يبيع منتجاته بأسعار منخفضة لتجار الجملة الذين

¹ علال سميحة، مرجع سابق، ص 27، 28، 30.

² بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 74.

³ علال سميحة، مرجع سابق، ص 28.

يتمتعون بوفرة مالية مؤكدة، ولا يبيع تلك المنتجات لتجار التجزئة بنفس الأسعار إذا كانت وضعياتهم المالية صعبة، بحيث يمكن أن تسبب للمنتج خطورة معينة¹.

_ أهمية الكمية، حيث أنّ مقدار المنتجات التي تكون محل عقد البيع المبرم بين العون الاقتصادي الممون والعون الاقتصادي الزبون يلعب دورا هاما في تبرير المعاملة التمييزية التي يحظى بها أحد الزبائن دون غيره، فقد أثبتت الخبرة أنّ سعر الوحدة الإنتاجية وفي بعض الأحيان السعر التجاري يتناسب عكسا مع قيمة الطلبات، فكلما كانت كمية المنتجات التي يطلبها الزبون كبيرة كلما كان سعر البيع أقل، والعكس صحيح. وهذا الأمر يستنتج ببساطة من الجدول المحدد لأسعار الوحدات والذي يبين أنّ السعر ينقص إلى غاية وزن معين في نفس الوقت الذي تزداد فيه الكميات المباعة.

_ الشروط الخاصة بالبيع، والمقابل الحقيقي في هذه الحالة يستنتج من الاتفاق الذي يحدث بين العون الاقتصادي الممون والزبون، حيث يأخذ بموجبه هذا الأخير على عاتقه مجموعة من الأعباء والتي تعود في الأصل إلى الممون كالتخزين والتغليف ونقل المنتجات، خدمات ما بعد البيع، وهذا من شأنه أن يخفف من الأعباء التي كان سيتحملها الممون، بما يفسر منح هذا الأخير للزبون بعض الامتيازات دون غيره شريطة أن يفي هو الآخر بوعوده.

_ التعاون التجاري، حيث تعتبر التعاملات التجارية السابقة بين الممون والزبون ولفترة طويلة مبررا حقيقيا للمعاملة المتميزة التي يستفيد منها هذا الأخير، ولذا فإنّه يمكن أن يبيع مثلا منتجاته وبسعر أقل لهذا الزبون الدائم.

_ الماضي القضائي للعون الاقتصادي الزبون، فبما أنّ المعاملات التجارية تقوم أساسا على الثقة والائتمان، فإننا نجد أنّ الممون يتمتع عن التعامل مع الأعوان الاقتصاديين الذي تكون قد صدرت بشأنهم أحكام قضائية أدت إلى الإساءة لسمعتهم، أما في حالة تعامله معهم فإنّه يكون حذر، بحيث يتم حرمانهم من الاستفادة من الامتيازات التي قد تمنح للأعوان المنافسين لهم، ولذا فلا يمكن لزبون سبق شهر إفلاسه

¹ كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04)، مرجع سابق، ص

أن يحتج على عدم منحه لذات الامتيازات التي يستفيد منها باقي الزبائن الذين يتواجدون معه في نفس السوق¹.

كانت هذه التطبيقات الملحقة بالممارسات التجارية غير الشرعية سواء تلك المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات أو تلك المتعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي، أما بالنسبة للتطبيقات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية فسوف نتولى تحديدها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

التطبيقات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية

لقد سبق القول أنّ القاعدة العامة في الأسعار هي حريتها، حيث يترك مسألة تحديد أسعار السلع والخدمات لمختلف الأعوان الاقتصاديين الفاعلين في السوق، إلا أنّ هذه الحرية قد تم تقييدها بتدخل الدولة بواسطة التنظيم لتحديد أسعار بعض السلع والخدمات نظرا لطابعها الاستراتيجي.

ولضمان عدم تعسف الأعوان الاقتصاديين² في ذلك، فقد منع المشرع الجزائري كل ممارسة من شأنها التلاعب بهذه الأسعار المقننة أو ما يسمى بممارسة الأسعار غير شرعية.

بعد أن تم تحديد فكرة التعسف التي تشوب ممارسة الأسعار غير الشرعية، والتي تتجسد من خلال التلاعب بالأسعار المقننة عن طريق استعمال حيل تقضي إلى التأثير على هذه الأسعار، نقوم بعد ذلك بإبراز أهم التطبيقات الملحقة بهذه الممارسة التعسفية؛ حيث نصت المادة 23 من القانون رقم 04-02 على مجموعة من الممارسات واعتبرتها كتطبيقات أو كصور لممارسة الأسعار غير الشرعية.

لقد جاء المنع الوارد في المادة 23 لهذه الصور عاما وشاملا لكل الممارسات والمناورات التي يقوم بها العون الاقتصادي للتحايل على السعر المحدد للسلعة أو الخدمة أو هوامش الربح أو الأسعار المسقفة³.

¹ علل سميحة، مرجع سابق، ص 29، 30.

² بوزيرة سهيلة، مرجع سابق، ص 153.

³ صبايحي ربيعة، "حرية الأسعار وإجبارية إشهارها: ضابط للنزاهة ولشفافية الممارسات التجارية"، الملتقى الوطني حول: آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 15 و 16 ماي 2013، ص 122، 123.

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري قد نص في البداية على صورتين فقط لممارسة الأسعار غير الشرعية بموجب المادة 23 من القانون رقم 04-02، إلا أنّه سرعان ما تم تعديل هذه المادة، وبصدد ذلك تمّ توسيع مجال أو نطاق ممارسة أسعار غير شرعية، حيث أضاف المشرع أربعة صور أخرى لم يكن منصوصاً عليها من قبل، ليصبح بذلك مضمون نص المادة 23 كما يلي: "تمنع الممارسات والمناورات التي ترمي، لاسيما إلى:

_ القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات المحددة أو المسقفة،

_ إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار،

_ عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع على أسعار البيع والإبقاء على ارتفاع أسعار السلع والخدمات المعنية،

_ عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما،

_ تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق،

_ إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع"¹.

وعلى العموم يمكن تقسيم هذه الممارسات التعسفية للأسعار غير الشرعية إلى قسمين رئيسيين؛ أولهما يتمثل في تلك الممارسات التعسفية التي تمس بالأسعار المقننة بصفة غير مباشرة، حيث يتم ذلك من خلال التلاعب بأسعار التكلفة (الفرع الأول)، وثانيهما يتمثل في تلك الممارسات التعسفية التي تمس بالأسعار المقننة بصفة مباشرة، وذلك عن طريق التلاعب بأسعار البيع وأداء الخدمات (الفرع الثاني).

¹ المادة 6 من قانون رقم 10-06 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، يعدّل ويتمّم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

الفرع الأول

الممارسات التعسفية المتعلقة بالتلاعب بأسعار التكلفة

إنّ العون الاقتصادي قصد تأثيره على أسعار السلع والخدمات المقننة قد يتحايل على ثمن تكلفة الإنتاج والاستيراد والتوزيع، وذلك لأنّ ثمن التكلفة مرتبط أشد الارتباط بالسعر الحقيقي للبيع أو تقديم الخدمة؛ حيث يتم تحديد هذا الأخير بـ ثمن التكلفة مضافا إليه هامش الربح، وبالتالي كلما كان ثمن التكلفة مرتفعا كلما ارتفع سعر البيع أو أداء الخدمة، وكلما انخفض ثمن التكلفة انخفض معه سعر البيع أو أداء الخدمة.

بتفحص نص المادة 23 السالفة الذكر نجد أنّها تضمنت صورتين أو تطبيقين من شأنهما التلاعب بأسعار التكلفة؛ أولهما يتجسد في قيام العون الاقتصادي بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة (أولا)، وثانيهما يتمثل في عدم تجسيد العون الاقتصادي أثر انخفاض التكاليف على أسعار البيع (ثانيا).

أولا- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة:

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة بموجب الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون رقم 04-02، وصورة هذه الممارسة التعسفية هي أن يعتمد العون الاقتصادي إلى إخفاء تفاصيل الأسعار الحقيقية للتكلفة، وهذا ما يؤثر على هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات التي سبق وأن حددت أسعارها من قبل الدولة أو وضعت لها سقفا.

وتحسب أسعار التكلفة على أساس تكاليف الإنتاج والضرائب والرسوم المفروضة على السلعة أو الخدمة.

تتم هذه الممارسة من خلال التصريح الكاذب بأسعار التكلفة بالتخفيض أو الرفع من قيمة سعر التكلفة الحقيقي بهدف التأثير على سعر البيع، ويتم التصريح بأسعار التكلفة لدى السلطات المختصة التي تحدد سعر البيع، وفي سبيل اعتماد آليات شفافة تكشف مدى مصداقية تصريحاتهم، ألزم القانون الأعوان الاقتصاديين بالتصريح بمكونات أسعار السلع والخدمات الموجهة للبيع من أجل التأكد من الأسعار والهوامش المطبقة في الأسواق سواء على مستوى الموزعين، أو على مستوى البائعين بالتقسيط.

وقد يظهر التصريح المزيف لأسعار التكاليف من خلال أجور اليد العاملة، أو من خلال تقديم الخدمات كنقل السلعة مثلاً¹، حيث يتم إدراج تكاليف وأعباء النقل دون أن تكون هناك تكاليف حقيقية خاصة بذلك.

وعلى ذلك فإنّ هذه الممارسة التعسفية تتجسد في غالب الأحيان في تزييف تكاليف إنتاج السلعة أو الخدمة لتظهر بصورة مرتفعة، ليتم بذلك تبرير البيع بأسعار مرتفعة لبعض المنتجات الاستهلاكية الضرورية غير الخاضعة لحرية الأسعار مثل سعر الحليب والخبز...²، وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى المساس بالمصلحة الاقتصادية للمستهلك، لأنّه يقوم بشراء منتج بثمن أعلى من سعره الحقيقي ضناً منه عكس ذلك تماماً، وذلك بإدراج تكاليف وأعباء وهمية من باب المناورة للزيادة في سعر التكلفة³، وبالتالي زيادة سعر البيع.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الممارسة التعسفية قد تصدر من أعوان اقتصاديين منفردين أو مجتمعين، حيث يتم النفاهم بينهم خلال مراحل الإنتاج لتزييف نفقات الإنتاج⁴.

والهدف من منع هذه الممارسة هو تحقيق الغرض الأساسي الذي يهدف إليه المشرع من وراء التسعير الجبري لسلع وخدمات معينة، وهو عدم المبالغة في أسعار هذه السلع والخدمات، وذلك لحماية المستهلك وتحقيقاً لسياسة الدولة الاقتصادية.

وبذلك فقد سائر المشرع الجزائري التشريعات المقارنة، حيث أنّ أغلب هذه التشريعات تمنع مثل هذا النوع من الممارسات، وفي هذا الشأن نشرت لجنة المنافسة البريطانية في أبريل 2000 تقريراً يوضح أنّ الأسعار التي تدفع من طرف المستهلكين البريطانيين مرتفعة بنسبة 10%، وقد لوحظ هذا الارتفاع على

¹ لعور بدرة، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 242.

² صبايحي ربيعة، مرجع سابق، ص 123.

³ بوعولي نصيرة، مرجع سابق، ص 54.

⁴ صبايحي ربيعة، مرجع سابق، ص 123.

مستوى العديد من قطاعات التوزيع، ونتيجة لهذا التدخل أصدر ممثل الدولة للصناعة والتجارة مرسوماً يمنع البيع للموزعين الذين لا يحترمون الأحكام المتعلقة بالتعريفات والأسعار في مختلف القطاعات¹.

ثانياً_ عدم تجسيد أثر انخفاض التكاليف على أسعار البيع وأداء الخدمات:

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة التعسفية لممارسة أسعار غير شرعية بموجب الفقرة 3 من المادة 23 من القانون رقم 04-02 المعدلة، وصورتها هي أن يتم رفع أسعار السلع والخدمات بشكل مؤثر على القدرة الشرائية للمستهلك وذلك نتيجة ارتفاع تكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع، لكن الدولة سرعان ما تعمد إلى تخفيض هذه الأسعار، أو أنّ السعر يخفض بناء على قانون السوق، وقد حدد المشرع الجزائري أنّ الانخفاض هنا يتعلق بتكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع أي أن تنخفض هذه التكاليف، لكن رغم ذلك يتمتع العون الاقتصادي عن التجسيد الفعلي لذلك، بل يبقى الأسعار مرتفعة بهدف تحقيق أرباح كثيرة²، وعلى ذلك فتعد هذه الممارسة تعسفية من شأنها التلاعب بأسعار التكلفة.

الفرع الثاني

الممارسات التعسفية المتعلقة بالتلاعب بأسعار البيع وأداء الخدمات

إذا كان العون الاقتصادي _بموجب التطبيقين السابقين لممارسة أسعار غير شرعية_ يتلاعب بالأسعار المقننة بصفة غير مباشرة، فإنه بموجب هذه الممارسات يتلاعب ويؤثر على هذه الأسعار بصفة مباشرة، حيث يظهر ذلك من خلال باقي الممارسات الأخرى التي نصت عليها المادة 23 من القانون رقم 04-02 المعدلة، والتي تتمثل في: إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار (أولاً)، عدم

¹ كذلك نجد أنّ المشرع المصري نص صراحة على منع هذه الممارسة، حيث تنص المادة 90 من المرسوم بقانون 163 لسنة 1950 المتعلق بالتسعير الجبري وتحديد الأرباح والمعدلة بالقانون رقم 128 لسنة 1982 على أنه: "يعاقب كل من باع سلعة مسعرة جبرياً أو محددة الربح أو عرضها للبيع بسعر أو بربح يزيد على السعر أو الربح أو امتنع عن بيعها بهذا السعر...".

كيموش نوال، مرجع سابق، ص 37، 38.

وهذا ما دعمه الاجتهاد القضائي المصري بخصوص مثلاً الطعن رقم 10308 لسنة 79 بتاريخ 5 جانفي 2010، جمهورية مصر العربية، السوابق القضائية، النقض الجنائي، تسعير جبري وتحديد الأرباح، بيع أو عرض للبيع سلعة بسعر يزيد عن السعر المحدد أو بربح يزيد عن الربح المحدد.

لعور بدر، مرجع سابق، ص 242.

² المرجع نفسه، ص 243.

إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما (ثانياً)، تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق (ثالثاً)، وأخيراً إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع (رابعاً).

أولاً- إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار:

لقد نص المشرع الجزائري على منع الممارسات السعيرية الضارة التي تتمثل في إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار، سواءً تعلق الأمر بأسعار السلع أو الخدمات، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون رقم 04-02 المعدلة بالقانون رقم 10-06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وبهذا فإنّ المنع الوارد في هذه المادة جاء واسعاً، حيث أنّه لم يفرق بين محل العلاقة التعاقدية سواءً كانت سلعة أو خدمة، كما أنّه لم يعتدّ بمآل فعل الزيادة غير الشرعية في الأسعار، سواءً أدى ذلك إلى إبرام العقد أم لا، وبالتالي فهذا الفعل مدان بغض النظر عن آثاره.

كذلك فإنّ هذه المادة لم تحصر وسائل إخفاء الزيادات في الأسعار في عناصر التكلفة فقط، بل أي إخفاء لأي عنصر من عناصر تقدير السعر الحقيقي للسلعة أو الخدمة يعد ممارسة ممنوعة¹، وهذا ما أكدّه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 23 قبل تعديلها بنصها على ما يلي: "القيام بكل ممارسة أو مناورة ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار"، وبذلك فقد ترك المشرع هذا النص مفتوحاً، وهذا ما يجعل القاضي يجتهد في هذه الممارسات أو المناورات التعسفية.

إلا أنّ نص المادة 23 فقرة 2 بعدم تحديده لعناصر هذا الفعل يطرح التخوف وباعتبار أنّ هذا النص جاء دون استثناء، مما قد يقيد من حرية المنافسة، وإخفاء بعض الأمور المتعلقة بالإنتاج قد يمكن اعتباره من الأسرار المهنية التي يعد إخفاؤها مشروعاً، لذلك ينبغي تدخل المشرع لرفع اللبس والغموض بوضع أمثلة عن الممارسات والمناورات التي من شأنها أن تؤدي إلى زيادات غير شرعية في الأسعار، وبعبارة أدق وضع معيار على ضوءه يمكن معرفة طبيعة أو هدف العون الاقتصادي، لاسيما وأنّ الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية ضعيف مما يستدعي تدعيم وتوضيح الركن المادي، وإخفاء الزيادات في الأسعار قد يكون مرجعه كفاءة تقنية أو وجود بدائل للسلعة أو الخدمة أو غيرها من العوامل

¹ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 85.

الأخرى، فمعروف أنّ إخفاء زيادة في الأسعار لا يخالف قواعد المنافسة، إذ قد يكون الهدف من وراء ذلك هو الحفاظ على الزبائن¹.

وعلى ذلك فيظهر أنّ إخفاء الزيادات في الأسعار قد يتخذ شكلان، شكل شرعي (إخفاء الزيادات الشرعية في الأسعار)، وشكل غير شرعي (إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار).

وكمبدأ عام فإنّ العون الاقتصادي بإمكانه أن يرفع من أسعار السلع أو الخدمات وفق المقتضيات التشريعية، وبشكل علني ويظهر ذلك من خلال نشر الأسعار، لكن إذا تم رفع الأسعار بشكل خفي فقد يكون ذلك مشروعاً، وقد يكون غير مشروع يعكس التدليس في الأسعار، وهو ما منعه المشرع². وهنا تثار الصعوبة في التمييز بين الزيادات الخفية المشروعة التي تكون بمثابة الفائدة المرجوة من البيع، وبين الزيادات الخفية غير المشروعة³.

وبالتالي فقد واجه المشرع الجزائري من خلال هذه الممارسة التعسفية - التلاعب بأسعار السلع أو الخدمات ومحاولة رفعها باستخدام أساليب غير مشروعة، أو باستعمال أية طريقة احتيالية تؤدي إلى رفع الأسعار وإخفاء ذلك، لما في ذلك من إضرار بالمستهلكين، وتحقيق الربح للبائعين⁴.

ثانياً - عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما:

استناداً إلى القانون رقم 10-06 المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كرس المشرع الجزائري إجراء مستحدثاً يلزم من خلاله الأعوان الاقتصاديين المعنيين بالإيداع الإلزامي لهياكل أسعار السلع والخدمات المراد تقنينها عن طريق تحديد أو ضبط سقف هوامش الربح والأسعار⁵، وفي ذلك فقد نصت المادة 22 مكرر على ما يلي: "يجب أن تودع تركيبة أسعار السلع والخدمات، لاسيما تلك التي كانت محل تدابير تحديد أو تسقيف هوامش الربح أو الأسعار، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، لدى السلطات المعنية قبل البيع أو تأدية الخدمة.

¹ المرجع نفسه، ص 85.

² لعور بدرة، مرجع سابق، ص 242.

³ زوبير أرزقي، مرجع سابق، ص 80.

⁴ كيموش نوال، مرجع سابق، ص 38.

⁵ لعور بدرة، مرجع سابق، ص 238.

يطبق أيضا الالتزام بإيداع تركيبة أسعار السلع والخدمات ضمن نفس الشروط، عندما تكون هذه السلع والخدمات محل تدابير تصديق على الهوامش والأسعار...¹.

والمقصود بتركيبية الأسعار مجموعة من العناصر المكونة للسعر منها: سعر الاستيراد وسعر التكلفة والتأمين والشحن وتكاليف أخرى مثل تكاليف اليد العاملة...، ويتم تحديد شروط وكيفيات إيداع تركيبة الأسعار وفئات الأعوان الاقتصاديين المعنيين بها، وكذا نموذج بطاقة تركيبة الأسعار والسلطات المعنية والمؤهلة التي يجب أن تودع لديها عن طريق التنظيم. وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 22 مكرر السالفة الذكر.

إلا أنّ ما يعاب على المشرع أنّه وإلى غاية اليوم لم يصدر هذا التنظيم، كون هذه الآلية من شأنها توضيح الإجراءات بشكل أكبر².

هذا وتتمثل الأهداف المتوخاة من وراء إيداع تركيبة الأسعار في:

_ ضمان شفافية الأسعار وهوامش الربح المطبقة، وكذا تزويد الدولة بأداة ناجعة لتقدير وتحليل تكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع وهوامش الربح المطبقة وأسعار البيع.

_ تمكين السلطات العمومية من الكشف عن تلاعبات الأسعار والاتفاقات غير المشروعة والوقاية منها، وكذا تعزيز فعالية الرقابة وتدعيم مصداقية السلطات العمومية في هذا المجال³.

وعلى ضوء هذه الأهمية التي يكتسبها ضرورة إيداع تركيبة أسعار السلع والخدمات لدى السلطات المعنية، فقد منع المشرع الجزائري بموجب المادة 23 فقرة 4 من القانون رقم 04-02 المعدلة عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، واعتبرها صورة من صور الممارسات التعسفية الماسة بشرعية الأسعار، ولقد اشترطت المادة 22 مكرر من القانون رقم 04-02 السالفة الذكر أن يكون هذا الإيداع قبل البيع أو تأدية الخدمة، على أن يتم ذلك ضمن بطاقة تركيبية تودع لدى السلطات المؤهلة لذلك. والمقصود من وراء ذلك تحديد العناصر التي تدخل ضمن تركيبة السعر، وهي

¹ المادة 5 من قانون رقم 10-06 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، يعدل ويتم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.

² لعور بدر، مرجع سابق، ص 238، 241، 242.

³ مذكرة تقديمية للقانون المتعلق بالممارسات التجارية، وزارة التجارة الجزائرية. www.mincommerce.gov.dz.

العوامل القابلة للتغيير بتغيير عامل الزمن¹. وعليه فكل إيداع يتم خارج إطار نص المادة 22 مكرر يعد ممنوعاً، ويشكل بالتالي ممارسة تعسفية لأسعار غير شرعية.

ثالثاً- تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق:

لقد نص المشرع الجزائري على مثل هذه الممارسة التعسفية بموجب الفقرة 5 من المادة 23 من القانون رقم 04-02 المعدلة، وتحدث هذه الممارسات من خلال عدم استقرار الأسعار في السوق، مما يدعم غموضها، حيث يعتمد بعض الأعوان الاقتصاديين إلى تشجيع هذا الغموض من خلال بعض الممارسات أهمها المضاربة في السوق، كأن نجد سوقاً يحتاج إلى سلعة معينة فيقوم العون الاقتصادي بتخزينها وحبسها عن التداول من خلال إخفائها أو عدم عرضها، كون سعر السوق لا يفي بالأرباح التي يتطلع إليها، مما يخلق ندرة في تلك السلعة وارتفاع الطلب عليها، بما يتسبب في اضطراب السوق².

وتعد هذه الممارسات خطيرة، وقد تشكل استغلالاً تعسفياً في وضعية الهيمنة الاقتصادية، حيث أنّ اختلاق الندرة والمضاربة من طرف المنتجين المحليين أو المستوردين والمتعاملين الاقتصاديين الذين ينشطون في مجال معين قد يؤثر ذلك على الأسعار المقننة، وبالتالي استغلال وضعية الهيمنة والقوة الاقتصادية³، لأنّ مثل هذه الممارسات لا يقدر عليها إلا الأعوان الاقتصاديين المتمتعين بمركز قوي في السوق.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد تأخر في إضافة هذه الممارسة وغيرها من الممارسات الأخرى الماسة بشرعية الأسعار في قانون الممارسات التجارية، فبالنظر إلى المشرع الفرنسي نجد أنّه قد جرم جريمة التلاعب بالأسعار بأساليب غير مشروعة في المادة 52 فقرة 1 من قانون 1 ديسمبر 1986 المضافة بقانون 16 ديسمبر 1992 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، حيث نص في الفقرة الأولى على معاقبة كل من نشر أو أذاع وقائع أو معلومات كاذبة أو غير حقيقية في السوق أو سعر سلعة ما من شأنها إحداث نوع من الاضطراب أو التأثير السلبي على الأسعار التي يقدمها البائع. وكذلك كل من استعمل أية طريقة احتيالية لرفع أو محاولة رفع أو خفض الأسعار غير الحقيقية لأموال أو خدمات

¹ لعور بدرة، مرجع سابق، ص 243.

² المرجع نفسه، ص 244.

³ صبايحي ربيعة، مرجع سابق، ص 123.

المؤسسات العامة أو الخاصة. وكذا إعاقة حرية تحديد الأسعار عن طريق قانون العرض والطلب بما يمكن من رفعها أو خفضها صورياً.

والملاحظ أنّ المشرع الفرنسي حاول قمع أي تلاعب بقانون العرض والطلب بصفة عامة، وليس لأحوال التلاعب بالسعر فقط¹.

رابعاً - إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع:

إنّ تحديد أسعار السلع والخدمات من طرف الدولة فيه مصلحة كبيرة بالنسبة للمستهلك؛ إذ يحميّه من تعسف البائعين الذين يعتمدون رفع الأسعار تمسكاً بحقهم في ممارسة التجارة، بما يضري بالمشتري، كما يهدف إلى تفادي الممارسات المنافية للمنافسة وكذا الممارسات غير الشرعية، ومن جهة أخرى مراقبة أساليب التوزيع².

وعلى هذا الأساس فقد منع المشرع الجزائري بموجب الفقرة السادسة والأخيرة من المادة 23 من القانون رقم 04-02 المعدلة - إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع، واعتبرها كتطبيق لممارسة أسعار غير شرعية. حيث يفهم من مصطلح "الدوائر الشرعية للتوزيع" مجموعة القنوات التي تحدد للمنتج لتوزيع منتجاته، وبناءً على ذلك تتم عملية التوزيع انطلاقاً من المنتج أو المستورد الذي يتعامل مباشرة مع تاجر الجملة، وهذا الأخير يتعامل بدوره مع تاجر التجزئة.

لكن قد يقوم المنتج بالتعامل مع طرف آخر كالوسيط أو السمسار، وهو ما يعتبر معاملة خارج الدائرة الشرعية للتوزيع مثلاً، كون تعدد الوسائط من شأنه توسيع دائرة التوزيع، وبالتالي التأثير على الأسعار في السوق.

وعلى ذلك فإنّ ممارسة إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع يمكن أن تشمل أية ممارسة قد تتم خارج الإطار الشرعي للتوزيع، ومن شأنها التأثير على الأسعار المقننة، وفي هذا الصدد

¹ لعور بدرة، مرجع سابق، ص 243.

² كيموش نوال، مرجع سابق، ص 39.

صدر حكم قضائي من محكمة النقض المصرية بتاريخ 1997/05/20، يتعلق بالإخلال بنظام توزيع السلع، ويتمثل ذلك في إخلال الموظف العام المسئول عن توزيع السلع بنظام توزيعها¹.

هذه إذن هي أهم التطبيقات الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 23 من القانون رقم 02-04 المعدلة بالقانون رقم 06-10 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وأول ما يلفت انتباهنا بخصوص هذا التعديل، هو أنّ المشرع لم يستحدث فقط الصور الأربعة الأخيرة المنصوص عليها في المادة 23، بل استحدث أيضا ذكر هذه التطبيقات أو الصور على سبيل المثال، وهو ما يمكن استنتاجه من مصطلح "لاسيما" الذي تم إضافته بموجب هذا التعديل.

وحسنا ما فعل المشرع لما ذكر هذه التطبيقات على سبيل المثال، لأنّ ذلك من شأنه فتح باب القضاء على مصراعيه لإمكانية الاجتهاد وإضافة صور أو تطبيقات أخرى لممارسة أسعار غير شرعية لم يتم إيرادها في المادة 23، وبالتالي توسيع دائرة منع هذه الممارسات التعسفية التي كثر التعامل بها في أسواقنا.

وإذا كان المشرع الجزائري قد حدد بموجب قانون الممارسات التجارية مجمل الممارسات التجارية التي تشوبها فكرة التعسف وكذا التطبيقات الواردة عليها _سواء فيما يتعلق بفكرة الشروط التعسفية أو فكرة الممارسات التجارية التعسفية_، فإنّه من جانب آخر درس القواعد الإجرائية لمتابعة هذه الممارسات التعسفية والجزاء المقرر على ارتكابها.

تتمثل القواعد الإجرائية في تلك الآليات القانونية التي تكفل الاحترام للقواعد الموضوعية المتعلقة بضبط الممارسات التجارية، وإذا كان الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة قد أناط بمجلس المنافسة صلاحية التحقيق والتحري والمتابعة بشأن الممارسات المنافية للمنافسة، فإنّ القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قد أناط هذه الصلاحية للجهات القضائية على مختلف مستوياتها.

ويجمع الفقه على أنّ الممارسات التي تضمنها القانون رقم 02-04 هي ممارسات مقيدة للمنافسة تعبر عن تلك الحالات المعزولة المخلة بقواعد الشفافية والنزاهة المطلوبة في العلاقات بين الأعوان

¹ لعور بدرة، مرجع سابق، ص 244.

الاقتصاديين فيما بينهم أو مع المستهلكين، وبالنظر لكثرتها وشيوعها ومحدودية أثرها، فإنه من غير المعقول إخضاعها لاختصاص مجلس المنافسة الذي لا يتوفر على الإمكانيات التي تسمح له بمتابعة هذه الممارسات.

لهذا ارتأى المشرع إبقاء اختصاص نظرها للجهات القضائية مادام أنها تعبر في الغالب عن العلاقات الفردية، ويلعب القضاء بمختلف مستوياته لاسيما الجزائي منه دورا كبيرا في نظر هذه المنازعات بالنظر للطابع الجزائي لكل أحكام القانون رقم 04-02¹.

وبالعودة إلى القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجده قد تضمن في بابه الرابع والخامس كل ما يتعلق بهذه المخالفات والعقوبات المطبقة عليها، وكذا كيفيات المعالجة والمتابعة والتحقيق. ومن استقراء هذه النصوص نجد أن المشرع قد رتب على ارتكاب الممارسات التعسفية المنصوص عليها مسؤولية على عاتق العون الاقتصادي المرتكب لها، مما جعل المشرع يكلف الجهات المختصة بإجراء تحريات وتحقيقات لأجل متابعة مرتكبي هذه الممارسات، وبعد التحقيق يتم تطبيق العقوبات المقررة عليهم.

فبالنسبة لإجراء التحقيق ومعالجة المخالفات ومتابعتها، فقد تضمنه الباب الخامس من قانون الممارسات التجارية وذلك في المواد من 49 إلى 65، حيث أن المادة 49 من القانون رقم 04-02 قد ذكرت الموظفين المؤهلين للقيام بالتحقيقات ومعالجة المخالفات، ولإتمام مهامهم يمكنهم طلب تدخل وكيل الجمهورية المختص إقليميا ضمن احترام القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.

وفي سبيل قيامهم بالتحقيق، فيمكنهم بموجب المادة 50 القيام بتفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية، وكذا أية وسائل مغناطيسية أو معلوماتية، دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني، ويمكنهم أن يشترطوا استلامها حيثما وجدت والقيام بحجزها. كما يمكنهم أيضا حسب المادة 51 القيام بحجز البضائع، ولهم بمقتضى المادة 52 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، ويمارسون كذلك أعمالهم خلال نقل البضائع، ويمكنهم كذلك عند القيام بمهامهم فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل أو المرسل إليه أو الناقل.

¹ بن قري سفيان، مرجع سابق، ص 89.

وحسب المادة 55 من القانون رقم 04-02، تختتم التحقيقات المنجزة بتقارير تحقيق أو محاضر تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة الذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً، إلا إذا كانت المخالفة المرتكبة تقبل المصالحة، فإنَّ المدير الولائي المكلف بالتجارة هو الذي يتولى ذلك، وتخضع المخالفة لحكم المصالحة إذا كانت في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار (1.000.000 دج) حسب مقتضيات المادة 60 من القانون رقم 04-02.

وتبين المحاضر التي يحررها الموظفون المختصون مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 56، كما أنَّ هذه المحاضر لابد أن تحرر في أجل 8 أيام من نهاية التحقيق، وتوقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفة، كما يوقعه مرتكب المخالفة إذا تم تحرير المحضر بحضوره، وفي حالة رفضه التوقيع أو إذا تم تحرير المحضر في غيابه يقيد ذلك في المحضر، وهو ما نصت عليه المادة 57.

وبموجب المادة 58 تكون للمحاضر وتقارير التحقيق حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير، وحسب المادة 59 تسجل المحاضر وتقارير التحقيق المحررة من طرف الموظفين المؤهلين لذلك في سجل مخصص لهذا الغرض مرقم ومؤشر عليه حسب الأشكال القانونية.

أما بالنسبة للعقوبات المقررة على مرتكبي الممارسات التعسفية، فقد رتب المشرع الجزائري هذه العقوبات الجزائية ضمن الباب الرابع من قانون الممارسات التجارية، وبموجب ذلك اعتبر الغرامة المالية كعقوبة أصلية على كل المخالفات المذكورة بصدد هذا القانون، والتي تعد من أنسب العقوبات في المجال الاقتصادي. وعلى ذلك فقد نص بموجب المادة 35 على الغرامة المقررة لكل من الممارسات التعسفية التالية: رفض البيع أو أداء الخدمة، البيع أو أداء الخدمة بمكافأة، البيع أو أداء الخدمة المشروط، ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر، وإعادة البيع بالخسارة التي تتراوح من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج). كما نص بموجب المادة 36 من القانون رقم 04-02 المعدلة بالمادة 7 من القانون رقم 10-06 على الغرامة المقررة لممارسة أسعار غير شرعية التي تتراوح ما بين عشرين ألف دينار (20.000 دج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج) وبموجب هذا التعديل فقد قام المشرع برفع الحد الأقصى لهذه الغرامة، فبعدما كان يصل إلى مائتي ألف دينار (200.000 دج) أصبح يقدر بعشرة ملايين دينار (10.000.000 دج)، أما بخصوص الحد الأدنى لهذه الغرامة فقد تم الإبقاء عليه.

أما عن الغرامة المقررة للممارسات التعاقدية التعسفية أو ما يسمى بالشروط التعسفية، فقد نصت عليها المادة 38 من القانون رقم 04-02 بأنها تتراوح من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج).

وبموجب ذلك تم ملاحظة أنّ ممارسة الأسعار غير الشرعية هي التي خصصت لها أكبر غرامة بالنسبة لحددها الأقصى، وذلك لما للأسعار من أهمية في مجال شفافية ونزاهة الممارسات التجارية، وبالتالي فإنّ هذه الممارسة تشكل إخلالا كبيرا على مستوى السوق. وأضن أنّ ذلك هو السبب في إضافة المشرع عقوبات إدارية لممارسة أسعار غير شرعية، أهمها عقوبة حجز البضائع وحجز العتاد أو التجهيزات التي استعملت في ارتكاب هذه الممارسة مع مراعاة حقوق الغير الحسن النية، هذا ما نصت عليه المادة 39 المعدلة بموجب المادة 8 من القانون رقم 10-06، وكذلك عقوبة إصدار قرار إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة لا تتجاوز ثلاثين يوما المنصوص عليها في المادة 46 المعدلة بالمادة 10 من القانون رقم 10-06 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وذلك دون أن تتعلق هاتين العقوبتين بباقي الممارسات التعسفية الأخرى.

وإضافة إلى العقوبات المالية المطبقة على الممارسات التعسفية السالفة الذكر، والمنصوص عليها بصدد قانون الممارسات التجارية، فإنّ القاضي يمكن له أيضا أن يحكم بمصادرة السلع المحجوزة، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون رقم 04-02 المعدلة بموجب المادة 9 من القانون رقم 10-06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وفي حالة العود لكل ممارسة تعسفية منصوص عليها في أحكام القانون رقم 04-02، يتم اتخاذ إجراء الغرق الإداري المنصوص عليه في المادة 46، كما تضاعف العقوبة ويمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط بصفة مؤقتة وهذا لمدة لا تزيد عن عشر سنوات، وزيادة على ذلك تضاف لهذه العقوبات عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات، وهذا ما نصت عليه المادة 47 المعدلة بموجب المادة 11 من القانون رقم 10-06. وأخيرا نصت المادة 48 من القانون رقم 04-02 على إمكانية الوالي المختص إقليميا وكذا القاضي أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة المحكوم عليه نهائيا بنشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها.

هذا فيما يتعلق بالمتابعة الجزائية والعقوبات المقررة للممارسات التعسفية الواردة في القانون رقم 02-04، أما بالنسبة للمتابعة المدنية لهذه الممارسات التي ينجر عنها الجزاء المدني، فلم يشر مشروع القانون رقم 02-04 لذلك سواءً بشأن الممارسات التعسفية أو بشأن باقي الممارسات التجارية الأخرى، إلا أنه قد مكن بموجب المادة 65 من القانون رقم 02-04 الأطراف المتضررة من جراء هذه الممارسات المطالبة بالتعويض على الضرر الذي لحقهم بالتأسيس كطرف مدني، وبالتالي فإنّ الدعوى المدنية هنا تكون بالتبعية للدعوى الجزائية، ما يعني أنّ المتابعة المقصودة هنا هي دائما المتابعة الجزائية.

هذا بخلاف الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، حيث نجد أنّ المشروع إضافة إلى نصه في المادة 48 من هذا الأمر على إمكانية رفع المتضرر دعوى التعويض عن الممارسات المحظورة، نجده أيضا قد نص صراحة في المادة 13 على بطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة، وهو ما تقاده المشروع في قانون رقم 02-04، حيث لم يصرح ببطلان الممارسات التعسفية.

وعلى ذلك فإنّ سكوت المشروع عن تحديد الجزاء المدني للممارسات التعسفية وباقي الممارسات الأخرى فيه إحالة ضمنية للقواعد العامة، فبالنسبة للشروط التعسفية مثلا فقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على إمكانية القاضي تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، وهو نفس الجزاء المدني الذي وضعه القانون الفرنسي في حالة وجود الشروط التعسفية، وذلك بموجب المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي نصت في الفقرة 6 على اعتبار الشروط التعسفية كأن لم تكتب أي باطلة، في حين نصت الفقرة 8 من نفس المادة على استمرار العقد بجميع شروطه من غير التي اعتبرت تعسفية إذا أمكن استمراره من دون تلك الشروط، وهو حل يخدم مصلحة الطرف الضعيف الذي يهيمه بقاء العقد مع تصفيته من الشروط التعسفية¹، وهذا ما قرره أيضا القضاء

¹ L'article L.132-1 du code de consommation énonce, dans son alinéa 6, que «les clauses abusives sont réputées non écrites», et dans son alinéa 8 que «le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autre que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites abusives».

CALAIS-AULOY Jean, STEINMTZ Frank, op. cit., p. 220, 221.

NOBLOT Cyril, op. cit., p. 44, 45.

GRYNBAUM Luc, op. cit., p. 169.

وتطبيقا للمادة L.132.1 فقرة 8 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا يتضمن إبطال العقد برمته، لأنّه لا يمكن استمرار هذا العقد إذا تم إبطال الشرط التعسفي المتعلق بالسعر، على اعتبار أنّ السعر يعد عنصر أساسي في العقد.

GUILLEMARD Sylvette, op. cit., p. 379.

النمساوي بشأن قضية عرضت عليه في 15 مارس 2012، وذلك تطبيقاً للمادة 6 فقرة أولى من التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة مع المستهلكين¹.

كذلك فقد مكن المشرع الفرنسي -بصدد النظر في الدعوى الجزائية- جمعيات حماية المستهلكين المطالبة بإبطال أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة في العقود أو نماذج العقود المقترحة على المستهلكين، وهو ما نصت عليه المادة 2-421.L من قانون الاستهلاك الفرنسي، لكن بشرط أن تكون هذه الشروط التعسفية قد تم منعها صراحة بموجب نص تشريعي أو تنظيمي. وإضافة إلى ذلك فقد نص المشرع الفرنسي أيضاً في المادة 6-421.L أنه حتى في غياب الدعوى الجزائية، فإنه يحق كذلك لجمعيات حماية المستهلكين المطالبة أمام القضاء المدني بإلغاء أو إبطال الشروط التعسفية الواردة في نماذج الاتفاقيات المقترحة من طرف المهنيين أو التنظيمات المهنية على المستهلكين، ولا يتعلق الأمر هنا فقط بتلك الشروط التعسفية التي تم منعها بموجب نص تشريعي أو تنظيمي، لكن أيضاً تلك الشروط التي اعتبرها القاضي تعسفية من تلقاء نفسه².

وبشأن القانون النمساوي، فقد قررت محكمة العدل النمساوية أنه تماشياً مع التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، فإنه يسمح لجميع المستهلكين المطالبة بإبطال الشرط التعسفي الذي يتضمنه العقد المبرم مع العون الاقتصادي، ويستفيد من آثار إبطال الشرط التعسفي حتى المستهلكين الذين لم يشاركوا في إجراءات الإبطال³.

وعلى هذا فإذا كان الحل المفترض في القانون الجزائري بالإحالة إلى القواعد العامة حل منتقد من طرف بعض الفقه الجزائري، إلا أنه حل لا مفرّ منه، لأنّ القاضي ملزم بالتصدي للشروط التعسفية ولو استدعى الأمر الاستعانة بالقواعد العامة وأنه من غير المعقول الاكتفاء بالجزاء الجنائي.

هذا فيما يتعلق بالشروط التعسفية، أما بالنسبة لباقي الممارسات التعسفية الأخرى فتحميها دعوى المنافسة غير المشروعة، والتي يركز القضاء الفرنسي في تأسيسها على نص المادتين 1382 و1383 من القانون المدني، والتي يقابلها نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، وهي دعوى تفترض وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

¹ ABADIE Laurent, LECOURT Arnaud, op. cit., p. 314, 315.

² FERRIER Didier, La protection des consommateurs, Dalloz, Paris, 1996, p. 74.

³ ABADIE Laurent, LECOURT Arnaud, op. cit., p. 311.

خاتمة

ختاماً لدراستنا يمكن القول أنّ فكرة التعسف تتحدد بصفة عامة داخل نطاق العمل المشروع، وهذا ما يجعل كلا من فكرة التعسف في استعمال الحق وفكرة التعسف في القوانين الاقتصادية تشتركان في هذه القاعدة العامة، لأنّ المتعسف في استعمال حقه إنّما هو يمارس في الأصل عملاً مشروعاً داخل نطاق حقه المخول له قانوناً، وكذلك فإنّ المتعسف في استعمال قوته الاقتصادية إنّما هو في الأصل يمارس نشاطه الاقتصادي والتجاري بالحرية التي ضمنها له الدستور الذي نص على حرية التجارة والاستثمار، وما تفرع عن ذلك فيما بعد من مبادئ الحرية الاقتصادية بمقتضى القوانين الاقتصادية، ما يعني أنّ الحرية الاقتصادية بصفة عامة واكتساب القوة الاقتصادية من وراء ذلك بصفة خاصة يعدّ أمراً مشروعاً. إلّا أنّ المشرع يبدو أنّه لم يترك استعمال هذه الحقوق وممارسة هذه الحريات _المعترف بها قانوناً_ بصفة مطلقة، بل قيدها بقيود ينبغي عدم تجاوزها، أما إذا تم تجاوزها فيتحقق ما يسمى بالتعسف.

لكن رغم اشتراك كلا من فكرة التعسف في استعمال الحق وفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من حيث أنّهما تتحددان داخل نطاق العمل المشروع، إلّا أنّ الاختلاف بينهما واضح وبارز من عدة نواحي أهمها؛ أنّ المشرع المدني لما نص على منع فكرة التعسف في استعمال الحق جعل المعيار العام لها يتجسد في الانحراف عن غاية الحق التي شرعت له، ما يعني أنّ الحقوق شرعت كوسائل لتحقيق غايات معينة، إلّا أنّ غاية الحق المقيدة له لم يحددها المشرع مسبقاً، بل حدد فقط الحدود الخارجية للحق التي يشكل الخروج عنها تعدياً أو خطأً أو ما يسمى بالفعل غير المشروع أصلاً، أما الحدود أو القيود الداخلية للحق أو ما يسمى بغاية الحق فلم يحددها، بل ترك أمر تحديدها حسب غاية كل حق، ومادام أنّ تحديد الأهداف والغايات بصورة سابقة لاستعمال الحقوق يؤدي إلى انهيار فكرة التعسف في استعمال الحق، لأنّ الأصل في استعمال الحقوق أنّه يتم في ظاهرة غير مخالفة لأحكام القانون، وهكذا تظهر أنّ فكرة التعسف بالحق متميزة عن المخالفة الموضوعية للقانون أو ما يسمى بتجاوز الحدود الخارجية للحق. وهذا على عكس فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي يظهر أنّها لا تتميز عن المخالفة الموضوعية للقانون، لأنّ المشرع الاقتصادي لما منع فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بصفة خاصة والممارسات المنافية أو المقيدة للمنافسة بصفة عامة حددها مسبقاً في تلك الممارسات أو التصرفات التي تتجاوز حدود وقيود الحرية الاقتصادية، فقد نصت مثلاً المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنّ حرية الاستثمار والتجارة تمارس في إطار القانون وحدوده، ما يعني أنّ تجاوز هذه الحدود يشكل في نفس الوقت فكرة التعدي وفكرة التعسف، لكن الفرق بينهما يكمن في أنّ فكرة التعدي تتحقق في القوانين الاقتصادية بما يسمى بأعمال المنافسة غير المشروعة، والتي قد

يرتكبها أي عون اقتصادي في السوق ومهما يكن مركزه ودرجة تفوقه، ويقتصر الضرر الذي يسببه على إحدى الأعوان فقط، بينما فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية تتحقق بشروط هي ضرورة ارتكاب هذا التعسف من طرف عون اقتصادي يتمتع بقوة اقتصادية معتبرة يكتسبها في السوق الذي يتعامل فيه، كما أنّ هذا التعسف لا يقتصر ضرره فقط على إحدى الأعوان أو أحد المستهلكين _ كما في حالة الممارسات التجارية التعسفية المنصوص عليها في قانون الممارسات التجارية _، بل قد يتعدى هذا الضرر إلى حد المساس بالمنافسة وبالنظام العام الاقتصادي ككل _ كما في حالة الممارسات التعسفية المنافسة للمنافسة المنصوص عليها في قانون المنافسة _.

وعلى ذلك يظهر أنّ الحريات بصفة عامة والحرية الاقتصادية بصفة خاصة لها حدود خارجية فقط، وليس لها قيود داخلية أو غايات معينة شرعت لأجلها، مادام أنّ هذه الحريات معترف بها لكل وعلى قدم المساواة، وهذا ما جعل القوانين الاقتصادية تنظر إلى الحرية الاقتصادية وما يترتب عنها من قوة اقتصادية على أنّها هدف في حد ذاتها، وليس وسيلة لتحقيق غاية معينة _ وذلك على الرغم من أنّ هذه الفكرة مختلف بشأنها، حيث أنّ هناك من يرى أنّها وسيلة لتحقيق غاية معينة _ كما في حالة استعمال الحقوق التي يتمتع بها البعض دون البعض الآخر وبصفة غير متساوية، الأمر الذي استدعى ضرورة وضع غايات معينة من وراء استعمال صاحب الحق لحقه حتى لا تتعارض مصلحته مع مصالح الآخرين.

كذلك يظهر الاختلاف بين فكرة التعسف في استعمال الحق وفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من خلال أنّ الفكرة الأولى أوسع من الثانية، وقد تجلّى توسع فكرة التعسف في استعمال الحق إلى حد خروجها عن فكرتها المحددة سابقا، خاصة لما تم تطبيقها في المجال الاقتصادي وتحديدًا في مجال استعمال حق إنهاء عقود العمل غير محددة المدة من طرف صاحب العمل، حيث أنّ مشروع العمل قد حدد غاية استعمال هذا الحق مسبقا بضرورة أن يكون له سبب حقيقي وجدي يبرر استعماله وأن يكون باحترام إجراءات محددة قانونا، ونصه صراحة على أنّ كل إنهاء لعقد العمل غير المحدد المدة بدون أن يكون له سبب حقيقي وجدي يبرره أو بدون مراعاة إجراءاته يعد إنهاء تعسفيا. وهذا ما جعل المعيار العام للتعسف في استعمال حق الإنهاء وفقا لتشريع العمل يتجلى في معيار مخالفة القانون، وبالتالي امتداد فكرة التعسف في استعمال الحق من معيار الانحراف عن غاية الحق التي لم يحددها القانون إلى معيار الانحراف عن غاية الحق المحددة قانونا. لكن رغم هذا التطور الذي عرفته فكرة التعسف في استعمال

الحق في المجال الاقتصادي، إلا أنه لا ينبغي التوسع في تطبيق هذا المعيار الجديد في كل المجالات، لأنه من شأن ذلك أن يخرج التعسف في استعمال الحق من فكرتها العامة التي لا يجوز الخروج عنها، بل ينبغي أن يقتصر تطبيق هذا المعيار بصدد استعمال حق الإنهاء في مجال عقود العمل غير المحددة المدة، واعتباره فقط مجرد استثناء أملت وفرضته التطورات التي عرفتتها فكرة التعسف في استعمال الحق لما تم تطبيقها في المجال الاقتصادي.

وبغض النظر عن هذا التوسع الاستثنائي الذي شهدته فكرة التعسف في استعمال الحق، فإن هذه الأخيرة تعد في الواقع أوسع نطاقا من فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية، لأن فكرة التعسف في استعمال الحق يمكن أن تنتج عن ممارسة أي نوع من أنواع الحقوق مادام أنها متعلقة أساسا بتصوير الحقوق، ما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحقوق، سواء كانت حقوق عينية أو شخصية. بل تمتد لتطبق على الحقوق المرتبطة بالأحوال الشخصية وقانون المرافعات والقانون الاجتماعي والقانون التجاري، وكذا امتدادها لتشمل الحقوق المرتبطة بالعقود كعقود الإيجار وعقود العمل وعقود الشركة وعقود البيع، وبالتالي فقد شملت حتى الحقوق التي تمارس في المجال الاقتصادي. والدليل على ذلك أن معاييرها طبقت على الحقوق التجارية والاقتصادية، بل يمكن القول أن هذه المعايير قوامها فكرة الاقتصاد الحر وسلطان الإرادة، وهي معايير لا يكاد يخلو منها أي عمل من أعمالنا التجارية والاقتصادية. بينما التعسف المنصوص عليه في القوانين الاقتصادية فلا يمكن أن ينتج عن ممارسة أي حرية من الحريات العامة، لكن ينتج فقط عن ممارسة الحرية الاقتصادية بصفة عامة، بل لا ينتج عن ممارسة هذه الحرية إلا من خلال القوة الاقتصادية التي تحتلها المؤسسة مادام أن هذه القوة تعد نتيجة من نتائج الحرية الاقتصادية والتي يشملها التعسف إذا نتج عنها آثار سلبية، وبالتالي فإن فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والمنصوص عليها في القوانين الاقتصادية ينصب نطاق تطبيقها على استخدام الأوضاع الاحتكارية والمهيمنة والقوية في السوق استخداما تعسفيا، ما يجعل هذه الفكرة في أضيق نطاقها مقارنة بفكرة التعسف في استعمال الحق. وهذا ما جعل المشرع الجزائري _على غرار باقي التشريعات_ لم يعرف فكرة التعسف في استعمال الحق متعمدا في ذلك لصعوبة وضع تعريف دقيق لها، وملقيا بهذه المهمة على الفقه والقضاء لتحديدها، وذلك حرصا منه على التجديد المستمر في هذه الفكرة واستيعاب أكبر عدد ممكن من المواقف، أما فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية فهي من الأفكار التي من السهولة بل ومن الواجب أن تحدد بدقة.

وما يؤكد كذلك أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق أوسع من فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو أنّ فكرة التعسف في استعمال الحق جاء منعها بصفة مطلقة ودون إيراد أي استثناء عليها، غير أنّ أغلب الممارسات التعسفية التي تجسد فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية سواء في مجال قانون المنافسة أو في مجال قانون الممارسات التجارية قد جاء حظرها بصفة نسبية، حيث نصّ المشرع على مجموعة من الاستثناءات التي تجعلها ممارسات مبررة وغير تعسفية.

وعلى ذلك فإذا كانت فكرة التعسف قد ظهرت بداية في القانون المدني عن طريق ما يسمى بفكرة التعسف في استعمال الحق، ثم ظهرت بعد ذلك فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية نتيجة توسع وتطور المفهوم الكلاسيكي لفكرة التعسف في استعمال الحق، إلّا أنّه يمكن القول أنّ القوانين الاقتصادية قد أخذت مصطلح "التعسف" من القواعد العامة للقانون المدني دون المعنى الحقيقي لفكرة التعسف في استعمال الحق، وهذا واضح من خلال ما سبقت الإشارة إليه من الاختلاف البين في مضمون وجوهر كلا الفكرتين، وكذلك من خلال دراسة كل فكرة منهما على حدة.

وقد عالج المشرع الجزائري فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية وذلك سواء في مجال قانون المنافسة أو في مجال قانون الممارسات التجارية. لكن المشرع الاقتصادي بالرغم من تنظيمه لفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، إلّا أنّه لم يتول تحديد هذه الفكرة بدقة، حيث أنّه في مجال قانون المنافسة لم يعرف لا فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية ولا فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، بل وعلى الرغم من نصه على معايير تساعد في تحديد فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية بصدد المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 314-2000، إلّا أنّ هذا الأخير قد تم إلغاؤه بصدور الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وعليه فقد اكتفى التشريع الجزائري بإيراد أمثلة وصور وتطبيقات لفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال قانون المنافسة.

لكن وإذا كان المشرع قد نص على تطبيقات فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية على سبيل المثال، الشيء الذي من شأنه استيعاب ممارسات تعسفية أخرى وبالتالي توسيع دائرة تطبيق فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، وهو ما يستخلص من مضمون المادة 11 من الأمر رقم 03-03، كما أنّ المشرع لم يبرر تطبيقات فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية بأي استثناء يرد عليها، إلّا أنّه لما نص على تطبيقات فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية في المادة 7 من الأمر رقم 03-03 جعلها واردة على سبيل الحصر، ذلك بعدما كانت واردة على سبيل المثال بمقتضى

المادة 7 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة والملغى، وهذه المادة تعد النقل الحرفي لنص المادة 11 حاليا من الأمر رقم 03-03. ومن ذلك نتساءل عن الهدف الذي يريد المشرع تحقيقه من وراء جعله لتطبيقات فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية واردة على سبيل المثال وجعل تطبيقات فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية واردة على سبيل الحصر؟ فإذا أراد المشرع الاحتفاظ بنص المادة 7 من الأمر رقم 95-06 الملغى وجعلها كصور أو كتطبيقات لفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية وتم ذكرها على سبيل المثال بمقتضى المادة 11 من القانون الحالي المتعلق بالمنافسة، فلماذا لم يفعل نفس الشيء مع تطبيقات فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، ويحتفظ بالتالي على إيرادها على سبيل المثال؟ علما بأن هذه الأخيرة لا يمكن أن تنحصر فيما ذكر، بل أنّ حصرها بشكل مطلق ونهائي يعد من الأمور المستحيلة لاسيما وأن القوة الاقتصادية واكتساب وضعية الهيمنة على السوق تسمح دائما بالمزيد من التحايل حتى تستطيع المؤسسة المهيمنة أن توجه السوق لمصلحتها، وبغض النظر عن مصلحة منافسيها التي قد تسعى متعمدة إلى إهدارها. وأكثر من ذلك فقد قيد المشرع الجزائري تطبيقات فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية باستثناءات تجعلها ممارسات مبررة رغم الطابع التعسفي الذي يشوبها. من كل ذلك نرى أنّ المشرع الجزائري قد ضيق فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية مقارنة بفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

وعموما فإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف لا فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية ولا فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مكتفيا بإيراد صور وتطبيقات لكل منهما، إلا أنّ فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال قانون المنافسة بشكل عام تركز أساسا على مفهوم الإخلال بالمنافسة والتأثير سلبا على السوق، فرغم أهمية شرط الإخلال بقواعد المنافسة لحظر فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، إلا أنّ المشرع لم يشر إلى ذلك بصدد المادة 7 من الأمر رقم 03-03، أما بالنسبة لحظر فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية فإنّ شرط التأثير والإخلال بالمنافسة شرط يصعب تحقيقه باعتبار أنّ فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية لا يتعدى تأثيرها إلى المؤسسة التابعة الضعيفة اقتصاديا، لذلك فإنّ المشرع الفرنسي قد خفف من حدة هذا الشرط، أما المشرع الجزائري فقد نص عليه صراحة بصدد المادة 11 من الأمر رقم 03-03 كما يلي: "...إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة..."، وبالتالي فيظهر أنّ المشرع الجزائري قد قلب الموازين، فبدل من أن ينص

على شرط الإخلال بقواعد المنافسة بصدد حظره لفكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، نص عليه بصدد حظره لفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

ونظرا لصعوبة تحقق هذا الشرط بخصوص ممارسة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، ما يجعلها ممارسة غامضة، فيظهر أنّ هناك تهميش في تطبيق فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية على أرض الواقع، حيث أنّ مجلس المنافسة الجزائري لم يشهد لحد الآن أي تطبيق لها، كما أنّ مجلس المنافسة الفرنسي لم يتعرض لها إلا عندما تكون ناتجة عن وضعية الهيمنة الاقتصادية. كما أنّ ممارسة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية لم يستفد من حظرها فئة الموردين أو المنتجين، لأنّ أغلب تطبيقات الممارسة تخدم فقط فئة الموزعين الذين يكونون عرضة لتعسف الموردين، أما الممارسات التعسفية الصادرة من الموزعين تجاه المنتجين فلم تشملها التطبيقات الواردة في المادة 11، كذلك فإنّ ممارسة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية لم يستفد منها فئة المستهلكين أيضا باعتبارها ممارسة تشترط توفر وضعية التبعية الاقتصادية بين مؤسستين.

ولعل هذه هي مجمل الأسباب التي أدت إلى فشل فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، الذي دفع بالمتضررين من ورائها سواء كانوا من فئة الأعوان الاقتصاديين أو من فئة المستهلكين إلى اللجوء إلى القضاء استنادا إلى أحكام أخرى في القانون الاقتصادي وليس استنادا إلى فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، خاصة بظهور أحكام قانونية جديدة تسمح بمعاقة نفس الممارسات بطريقة أسهل وأكثر فعالية وحماية، وهو ما تجسد فعلا من خلال أحكام القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

فقد نص القانون رقم 04-02 على منع عدد من الممارسات التجارية التعسفية، لكن أغلب هذه الممارسات قد نص عليها المشرع سابقا بصدد المادة 11 من الأمر رقم 03-03 كصور أو كتطبيقات لفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، وهذا حسب رأينا لا يعد تكرارا باعتبار أنّ القانون رقم 04-02 وإن اشترك مع الأمر رقم 03-03 في منعهما لفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، إلّا أنّ الاختلاف بينهما يكمن في الهدف الذي يتوخاه كل منهما من وراء هذا الحظر؛ فهدف حظر فكرة التعسف في قانون المنافسة هو الحفاظ على حسن سير السوق وحماية المنافسة ككل باعتباره قانون النظام العام الاقتصادي، في حين أنّ الهدف من منع فكرة التعسف في قانون الممارسات التجارية هو حماية المصالح الخاصة للأطراف الضعيفة المتعاقدة سواء كانوا أعوان اقتصاديين أو مستهلكين. كما

يظهر الاختلاف بين القانونين في أنّ لكل منهما سلطة مختصة بزجر فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، فإذا كان قانون المنافسة قد كلف مجلس المنافسة في ذلك، فإنّ قانون الممارسات التجارية قد منح الاختصاص في ذلك للقضاء العادي. كذلك يظهر جلياً أنّ قانون المنافسة قد تشدد عند حظره لفكرة التعسف لأنّه يشترط بعض الشروط لتحقيق هذا الحظر؛ أهمها حيازة وضعية الهيمنة الاقتصادية أو ضرورة وجود حالة التبعية الاقتصادية لمؤسسة تجاه أخرى، وكذا شرط الإخلال بالمنافسة، بينما فكرة التعسف في قانون الممارسات التجارية فحظره لفكرة التعسف جاء مجرداً من كل هذه الشروط، لأنّ هذه الفكرة تتحقق بمجرد إساءة استعمال القوة الاقتصادية مهما كانت درجة هذه القوة سواءً كانت مطلقة أو نسبية، وبدون إلزامية تحقق شرط الإخلال بالمنافسة.

من ذلك يمكن القول أنّ قانون الممارسات التجارية قد توسع في حظره لفكرة التعسف مقارنة بقانون المنافسة، فمثلاً عندما حظر هذا الأخير ممارسة البيع المشروط باقتناء كمية دنيا بصدد المادة 11 من الأمر رقم 03-03 كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية لم يشمل حظره كذلك لممارسة البيع المشروط باقتناء كمية عليا أو كبيرة، إلّا أنّ القانون رقم 02-04 لما منع ممارسة البيع المشروط بشراء كمية مفروضة بصدد المادة 17، لم يقصر المنع على اشتراط كمية مفروضة دنيا أو عليا، بل شمل المدلولين معاً. كذلك فإنّ نص المادة 17 من القانون رقم 02-04 قد جاء واسعاً من جهة أخرى لما منع ممارسة البيع أو أداء الخدمة المشروط، والتي هي ممارسة شبيهة بالبيع المتلازم المنصوص عليه في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 كممارسة تعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية، كذلك هي مشابهة لصورة إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية المنصوص عليه في المادة 7 من الأمر رقم 03-03 كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية، فإذا كانت هذه الأخيرة قد اقتصرّت على التلازم في مجال عقود تأدية الخدمات، والمادة 11 اقتصرّت بدورها على التلازم في مجال عقود البيع، فإنّ ممارسة البيع أو أداء الخدمة المشروط الوارد في نص المادة 17 من قانون رقم 02-04 فصورته لم تأخذ فقط اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات، بل شملت أيضاً صورة اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة، وبالتالي فقد جمعت التلازم في مجال عقود البيع وفي مجال تأدية الخدمات.

وعموماً فإنّ توسع القانون رقم 02-04 قد تجسّد أكثر من خلال حظره لمجموعة من الممارسات التجارية التعسفية والتي تعد في أغلبها كصور أو كتطبيقات لفكرة التعسف في قانون المنافسة، وذلك

بصفة مفصلة عما جاء في قانون المنافسة، فقد حظر القانون رقم 02-04 هذه الممارسات التعسفية كل منها في مادة مستقلة، حيث تولى تحديد لكل منها مدلولها وشروط تحققها وصورها، والاستثناءات التي ترد على كل واحدة منها، وهو ما جعلها ممارسات تعسفية في حد ذاتها وليس مجرد تطبيقات لفكرة التعسف كما جاء في قانون المنافسة، وهو ما ساهم في توضيح تطبيقات فكرة التعسف الواردة في قانون المنافسة. من ذلك يظهر أن قانون الممارسات التجارية قد جاء مكملا لقانون المنافسة، الشيء الذي يحقق حماية فعالة ضد فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بصفة عامة.

لكن رغم توسع القانون رقم 02-04 في تحديده لفكرة التعسف، إلا أن الاجتهاد القضائي الجزائري قد كان فقيرا بخصوص تطبيقات فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية، غير أننا حاولنا بقدر الإمكان تضمين البحث ببعض القضايا التي عثرنا عليها مبعثرة ولو بصدد القضاء الفرنسي باعتباره مهد التشريع الجزائري. كذلك فرغم الميزات التي حققها القانون رقم 02-04 مقارنة بقانون المنافسة، إلا أن أكبر نقد موجه إليه يتجلى في عدم تصريحه بالطابع التعسفي الذي يشوب معظم الممارسات التجارية التي نص على منعها، باستثناء فكرة الشروط التعسفية كما هو ظاهر من اسمها، حيث لم يرد مصطلح "التعسف" في نصوص القانون رقم 02-04 إلا من خلال حظره للشروط التعسفية، التي رغم تحديد فكرتها من خلال تعريف المشرع لفكرة الشرط التعسفي وذكر صور منها على سبيل المثال والتي استوعبت جميع مراحل العقد، إلا أن المشرع قد حصر نطاق تطبيقها الشخصي على المستهلكين، كما حصر نطاق تطبيقها الموضوعي على عقود الإذعان، وقد بينا أن هذه الفكرة تمتد لتشمل أيضا الشروط التعسفية في مواجهة المهنيين، كما أنها لا تقتصر على نماذج العقود التي لم تجر مناقشتها، بل تمتد حتى إلى تلك العقود التي يتم التفاوض بشأنها ومناقشتها أو ما يسمى بعقود المساومة.

إذن كانت هذه مجمل النقائص والثغرات التي وقع فيها المشرع الجزائري لما نص على حظر فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية سواء في مجال قانون المنافسة أو في مجال قانون الممارسات التجارية، والتي نأمل من المشرع أن يأخذها بعين الاعتبار من خلال تعديلات لاحقة لقانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية، وذلك تماشيا مع مستجدات الواقع الاقتصادي الذي يشهد يوما بعد يوم تنافس حاد بين المؤسسات القوية اقتصاديا ما يجعلها تتعسف في استعمال هذه القوة، وبالتالي تزايد ظاهرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، حيث تكاد تخلو ممارسات المؤسسات القوية من التعسف، وقد يساعدها في ذلك هذه الثغرات القانونية التي تجد من خلالها مخرجا يخلصها من العقاب.

وكذلك فمن شأن إصلاح هذه الثغرات القانونية أن يساهم أكثر في توضيح فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وتمييزها بالتالي عن فكرة التعسف في استعمال الحق وغيرها من الأفكار الأخرى للتعسف التي تشوب معظم المجالات كالمجال الإداري مثلاً الذي تسود فيه فكرة التعسف في استعمال السلطة، إلى غير ذلك من الأفكار الأخرى...، فرغم أن مصطلح "التعسف" واحد، إلا أن معانيه كثيرة ومتعددة حسب كل مجال.

تم بحمد الله وعونه.

قائمة المصادر والمراجع

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية) قائمة المصادر والمراجع

أولا_ باللغة العربية:

1_ الكتب:

أ_ الكتب العامة:

1. أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008.
2. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
3. _____، الدور التكميلي لقواعد المسؤولية المدنية عند الرجوع على صاحب العمل (دراسة تحليلية قضائية في القانونين الفرنسي والمصري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
4. أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، أبو الخير للطباعة والتجليد، ب ب ن، 2008.
5. _____، الحدّ من آليات الاحتكار (منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
6. أميرة حسن الرافعي، المحاكم الاقتصادية (قوانين الاستثمار، قوانين حماية المستهلك)، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009.
7. بن بوخميس على بولحية، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2000.
8. بن صاري ياسين، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2010.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

9. بوحميذة عطاء الله، التسريح لسبب اقتصادي (مفهومه، إجراءاته وآثاره)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
10. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.
11. تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
12. ج. ريبير-ر. روبلو، لويس قوجال، المطول في القانون التجاري (التجار، محاكم التجارة، الملكية الصناعية، المنافسة)، ترجمة: منصور القاضي، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007.
13. الجمال مصطفى، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية، الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
14. حسن محمد محمد بودي، حرية المنافسة التجارية وضرورة حمايتها من الممارسات الاحتكارية (دراسة فقهية مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
15. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2005.
16. زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
17. زكي زكي حسين زيدان، حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الكتاب القانوني، ب ب ن، 2008.
18. سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
19. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

20. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
21. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
22. شرواط حسين، شرح قانون المنافسة (على ضوء الأمر 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 12-08 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 ووفقاً لقرارات مجلس المنافسة)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، الجزائر، 2012.
23. الشواربي عبد الحميد، التعليق الموضوعي على القانون المدني (القانون وتطبيقه)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
24. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة في القانون المدني والمقارن)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
25. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
26. _____، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
27. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
28. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
29. عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.

30. عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار الجامعيين للطباعة، الإسكندرية، 2007.
31. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
32. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
33. الفار عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون، النظرية العامة للحق)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
34. فودة عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
35. كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04)، منشورات بغدادية، الجزائر، 2010.
36. كساب مروان، المسؤولية عن مضار الجوار، الطبعة الأولى، ب د ن، بيروت، 1998.
37. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
38. لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
39. الماحي حسين، حماية المنافسة (دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية)، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
40. محمد حسين منصور، نظرية الحق (ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته، الشخصية القانونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

41. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول: مصادر الالتزام، الكتاب الثاني: المسؤولية التقصيرية، العمل النافع، القانون _دراسة مقارنة في القوانين العربية_)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
42. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني (المدخل للقانون)، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.
43. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية)، الكتاب الأول: التطور التاريخي لفكرة الانحراف، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
44. مصطفى مصباح شليبك، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، الطبعة الأولى، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 2002.
45. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة (في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
46. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الزين الحقوقية، بغداد، 2011.
47. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
48. نسرین سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة (دراسة في القانون الإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع 1980 "اتفاقية فينا")، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
49. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية) قائمة المصادر والمراجع

ب_ الكتب المتخصصة:

1. إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاءً، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
2. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
3. أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013.
4. أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
5. به موبرويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
6. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
7. الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ب س ن.
8. _____، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقہ الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، 1981.
9. سامان فوزي عمر، إساءة استعمال حق النقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
10. سراج محمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقہ الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية) قائمة المصادر والمراجع

11. عامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1960.
12. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، 2007.
13. عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
14. فايز أحمد عبد الرحمن، الشروط التعسفية في وثائق التأمين (دراسة في نطاق التأمين البري الخاص)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
15. مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير وجه الصلة بينهما)، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
16. محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق (معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1979.
17. نزيه نعيم شلالا، دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
18. هدى لطيف العقيد، التعويض عن الفصل التعسفي في قانون العمل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية) قائمة المصادر والمراجع

2_ الرسائل الجامعية:

أ_ الأطروحات:

1. بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2012.
2. جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
3. ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.
4. رجب كريم عبد الإله، التقاضي على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
5. ريموش فرحات، الالتزام بالإعلام، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.
6. عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، قسم: العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.
7. فتحي وردية، ضوابط إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
8. فودة عبد الحكيم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون المدني، قسم: القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة طنطا.

9. **قادة شهيدة**، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

10. **كتو محمد الشريف**، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

11. **لعور بدرة**، مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.

12. **مختور دليّة**، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

ب_ المذكرات:

1. **إبراهيمي هانية**، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة -1، 2013.

2. **أحمد يحيوي سليمة**، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011.

3. **إيهاب علي محمد عبد العزيز**، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

4. **براهمي فضيلة**، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون رقم 08-12، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010.
5. **بلبولة بختة**، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2005.
6. **بلحورابي سعاد**، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
7. **بلخيري محمد علي**، الرقابة القضائية على التسريح التعسفي من خلال تكييف السبب الحقيقي والجدي لقرار التسريح، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء بومرداس، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006.
8. **بلخيزر عبد الحفيظ**، الإنهاء التعسفي لعقد العمل (دراسة مقارنة)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
9. **بن رجال آمال**، حماية العامل عند انتهاء علاقة العمل في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
10. **بن زيدان زوينة**، العقود والمنافسة: مثال عن عقد الامتياز التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
11. **بن عبد الله صبرينة**، متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة من طرف مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

12. بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009.
13. بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
14. بن يسعد عذراء، المصالحة في مجالي الجمارك والممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005.
15. بن يطو آمال، حماية المستهلك من الاحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010.
16. بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008.
17. بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
18. بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005.
19. بوصنبورة مسعود، إنهاء علاقة العمل غير محدّدة المدة (الإرادة المنفردة في التشريع الجزائري)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2003.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

20. بوعولي نصيرة، حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
21. توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002.
22. جديني زكية، الإشهار والمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001.
23. جري يمينية، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.
24. جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002.
25. جمعون محمد، حماية المنافسة في مدونة أخلاقيات الطب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2004.
26. حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2012.
27. خلفاوي عبد الباقي، حق المساهم في رقابة شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2009.
28. خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.

29. **زرارة عواطف**، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008.
30. **زوبة سميرة**، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.
31. **زوبة عز الدين**، سلطة المستخدم التأديبية في إطار المادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون في إطار مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، فرع: القانون الخاص، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011.
32. **زوبير أرزقي**، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
33. **سحوت جهيد**، الممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر رقم 03-03، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006.
34. **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
35. **شميشم رشيد**، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها على حق الملكية العقارية (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2002.
36. **طربيت سعيد**، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون المؤسسات، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

37. عبد الله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء عقد العمل (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الإمارات، 2011.
38. عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011.
39. العطاوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
40. علال سميحة، جرائم البيع في قانوني المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005.
41. عنصري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
42. عياض محمد عماد الدين، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية (دراسة على ضوء القانون 04-02)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع: الحقوق، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006.
43. غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
44. فرندي نبيل، تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الشركات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

45. قابة صورية، مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
46. قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2007.
47. قوعراب فريزة، ردع الممارسات المنافية للمنافسة في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2007-2008.
48. كالم حببية، حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005.
49. كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010.
50. كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.
51. لحراري (شالح) ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
52. لخضاري أعمر، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافسة في القانونين الجزائري والفرنسي (دراسة نقدية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
53. مجوبي عبد الرحمن، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

54. مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002.
55. مختور دليّة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.
56. مزغيش عبير، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
57. مزوار فتحي، حماية المساهم في شركة المساهمة (دراسة في القانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
58. مهملّي ميلود، الخطأ المهني للأجير وأثره على علاقة العمل في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2003.
59. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر رقم 03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
60. نساخ فاطمة، مفهوم الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1998.

3_ المقالات والمداخلات:

أ_ المقالات:

1. إبراهيم إسماعيل إبراهيم، "المسؤولية القانونية للمستحوز على شركة المساهمة"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، جامعة بابل، العراق، السنة الرابعة، ص 7-63.

2. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، "التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته"، مجلة العدل، العدد الثاني والعشرون، جامعة النيلين، السنة التاسعة، ص 19-52.
3. أحمد الصويحي شليبيك، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مجلة الشريعة القانون، العدد الثامن والثلاثون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2009، ص 15-79.
4. أحمد عبد الرحمن الملحم، "إتحاد التجار ومخالفة أحكام المنافسة التجارية في ضوء القانون رقم 13 لسنة 1996"، مجلة الحقوق، مجلد النشر العلمي، العدد الرابع، جامعة الكويت، السنة العشرون، ديسمبر 1996، ص 97-188.
5. _____، "مدى تقييد عقد القصر للمنافسة الرأسية (دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الأمريكي والأوروبي مع العناية بالوضع في الكويت)"، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، السنة العشرون، مارس 1996، ص 13-99.
6. إسماعيل كاظم العيساوي، "استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير (دراسة مقارنة)"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد 4، الأردن، 2009، ص 67-88.
7. بحماوي الشريف، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2014، ص 98-112.
8. بركات كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك في عقد الإذعان"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 275-307.
9. بنّاسي شوقي، "التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدّل للقانون المدني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، جامعة الجزائر، 2009، ص 185-229.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

10. _____، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 2، جامعة الجزائر، 2009، ص 141-195.
11. **بن عزة محمد**، "دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري"، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول، جامعة تلمسان، 2013، ص 246-261.
12. **بن فرج محمد وآخرون**، "التقرير الوطني حول سياسة وقانون المنافسة في تونس"، مشروع تعزيز القوانين التجارية في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، جانفي 2010، ص 1-111. www.arabruleoflaw.org.
13. **بوبكر مصطفى**، "الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 244-286.
14. **بوقطة فاطمة الزهراء**، "شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 03، جامعة الجزائر، 2009، ص 465-489.
15. **حامد ملكاوي ليندا**، "التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية 2012م/1433هـ"، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، جامعة الأردن، 2013، ص 140-151.
16. **حمادي زويبير**، "عن سلطة تدخل القاضي الجزائري في المنازعات الناتجة عن ممارسة النشاط الاقتصادي: منازعات المنافسة نموذجاً"، مجلة المحامي، مجلة تصدر عن منظمة المحامين، عدد 24، سطيف، جوان 2015، ص 119-128.
17. **خالد محمد السباتين**، "الحماية القانونية للمستهلك"، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن (سلسلة مشروع تطوير القوانين)، رام الله، 2002، ص 1-54. <http://www.piccr.org>.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

18. رباحي أحمد، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5، جامعة الشلف، الجزائر، مارس 2010، ص 343-368.
19. زرداوي عبد العزيز، "الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، جامعة باجي مختار، عنابة، جوان 2014، ص 262-272.
20. سرور محمد، "نظرية التعسف والبطلان في تشريع العمل الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 53-69.
21. شروق عباس فاضل، أسماء صبر علوان، "مضار الجوار غير المألوفة (دراسة تطبيقية)"، الجامعة المستنصرية، العراق، ص 1-35. <https://www.iasj.net>.
22. الشمري محمد، مساعدة أيمن، "التعسف في استعمال حق المؤلف المعنوي من قبل الورثة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الخامس والأربعون، جامعة اليرموك، الأردن، جانفي 2011، ص 21-61.
23. صلاح الدين عبد الوهاب، "الدعوى الكيدية"، مجلة المحاماة، العدد السادس، مصر، السنة الرابعة والثلاثون، 1954، ص 1-11.
24. علي أحمد صالح، "مفهوم المستهلك والمهني في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 1، جامعة الجزائر، مارس 2011، ص 179-198.
25. كتو محمد الشريف، "حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، العدد 23، الجزائر، 2002، ص 53-76.
26. محمد رأفت عثمان، "التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأول، القاهرة، ص 1-34. elibrary.mediun.edu.my.

27. محمدي سليمان، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2010، ص 61-72.

28. مزغيش عبيد، "التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 493-520.

29. نواف حازم خالد، السيد علي عبيد، "المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 44، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص 98-179.

30. نوي هناء، "جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة في التشريع الجزائري"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014، ص 329-341.

31. الهيثم عمر سليم، "حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية إلى الإذعان (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، المجلد 10، العدد 2، جامعة البحرين، 2013/1/14، ص 163-229.

32. واضح رشيد، "إنهاء عقود العمل غير محددة المدة بين المشروعية والتعسف"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 167-229.

ب_ المداخلات:

1. براحلية بدر الدين، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، أعمال الملتقى الوطني حول: المنافسة وحماية المستهلك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 192-225.

2. بلاش ليندة، "دور مجلس المنافسة في مجال الردع الإداري للممارسات المنافية للمنافسة"، أعمال الملتقى الوطني حول: المنافسة وحماية المستهلك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 17 و18 نوفمبر 2009، ص 280-298.
3. بوزيرة سهيلة، "الحماية الجزائية للسوق من الممارسات التجارية غير المشروعة في ظل القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جامعة جيجل، 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص 148-161.
4. بوقرين عبد الحليم، "تأثير التحول الاقتصادي على التجريم في مجال المنافسة"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جامعة جيجل، 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص 257-272.
5. تعويلت كريم، "حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك من الممارسات التجارية في القانون الجزائري"، أيام دراسية حول التعديلات المستحدثة في المنظومة القانونية الوطنية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 15-16-17 نوفمبر 2005، ص 1-20.
6. زردوم صورية، "التعسف في استعمال وضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة الحرة"، الملتقى الوطني الأول حول: آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 15 و16 ماي 2013، ص 1-14.
7. صبايحي ربيعة، "حرية الأسعار وإجبارية إشهارها: ضابط للنزاهة ولشفافية الممارسات التجارية"، الملتقى الوطني حول: آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 15 و16 ماي 2013، ص 116-129.
8. مغربي قويدر، "أساليب تفعيل الرقابة على الممارسات التجارية غير الشرعية"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست، جامعة جيجل، 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص 230-240.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

9. نويري سعاد، "الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين (دراسة مقارنة)"، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون حول: الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 13 و14 ماي 2014، ص 49-79.

4_ المطبوعات:

1. زوايمية رشيد، قانون النشاط الاقتصادي (نظام المنافسة الحرة)، مطبوعة غير منشورة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1999.

5_ الوثائق:

1. مذكرة تقديمية للقانون المتعلق بالممارسات التجارية، وزارة التجارة الجزائرية.
www.mincommerce.gov.dz

6_ النصوص القانونية:

أ_ الدساتير:

1. مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق ل 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989، ج ر عدد 9، الصادر في 23 رجب عام 1409 الموافق ل أول مارس سنة 1989، معدّل ومتمّم.
2. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق ل 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نصّ تعديل الدّستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر عدد 76، الصادر في 27 رجب عام 1417 الموافق ل 8 ديسمبر سنة 1996، معدّل ومتمّم.
3. قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادي الأولى عام 1437 الموافق ل 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر في 27 جمادي الأولى عام 1437 الموافق ل 7 مارس سنة 2016.

ب_ النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، الصادر في 11-6-1966، معدّل ومتمّم.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم.
3. قانون رقم 89-12 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1409 الموافق ل 5 يوليو سنة 1989، يتعلق بالأسعار، ج ر عدد 29، الصادر في 16 ذي الحجة عام 1409 الموافق ل 19 يوليو سنة 1989، (ملغى).
4. قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر عدد 6، الصادر في 11 رجب عام 1410. معدّل ومتمّم بالقانون رقم 91-27 مؤرخ في 14 جمادي الثانية عام 1412 الموافق ل 21 ديسمبر سنة 1991، ج ر عدد 68، صادر في سنة 1991.
5. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، الصادر في أول شوال عام 1410 الموافق ل 25 أبريل سنة 1990، معدّل ومتمّم.
6. قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادي الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، الصادر في أول جمادي الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990.
7. قانون رقم 91-29 مؤرخ في 14 جمادي الثانية عام 1412 الموافق ل 21 ديسمبر سنة 1991، يعدّل ويتمّم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 68، الصادر في 18 جمادي الثانية عام 1412 الموافق ل 25 ديسمبر سنة 1991.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

8. مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 أبريل سنة 1993، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 27، الصادر في سنة 1993.
9. مرسوم تشريعي رقم 94-09 مؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1414 الموافق ل 26 مايو سنة 1994، يتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، ج ر عدد 34، الصادر في 1 جوان سنة 1994، معدّل ومتمّم.
10. أمر رقم 95-06 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 9، الصادر في 22 رمضان عام 1415 الموافق ل 22 فبراير سنة 1995، (ملغى).
11. أمر رقم 96-21 مؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق ل 9 يوليو سنة 1996، يعدّل ويتمّم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 43، الصادر في سنة 1996.
12. أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادر في 20 جمادي الأولى عام 1424 الموافق ل 20 يوليو سنة 2003، معدّل ومتمّم.
13. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، الصادر في 9 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 27 يونيو سنة 2004، معدّل ومتمّم.
14. قانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 11، الصادر في 9 فبراير سنة 2005.

فكرة التعسف في القوانين الاقتصادية (قانون المنافسة وقانون الممارسات التجارية)

قائمة المصادر والمراجع

15. قانون رقم 08-12 مؤرخ في 21 جمادي الثانية عام 1429 الموافق ل 25 يونيو سنة 2008، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، الصادر في 28 جمادي الثانية عام 1429 الموافق ل 2 يوليو سنة 2008.

16. قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، الصادر في 11 ربيع الأول عام 1430 الموافق ل 8 مارس سنة 2009، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق ل 10 يونيو سنة 2018، ج ر عدد 35، الصادر في 28 رمضان عام 1439 الموافق ل 13 يونيو سنة 2018.

17. قانون رقم 10-06 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، يعدّل ويتمّ القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 46، الصادر في 8 رمضان عام 1431 الموافق ل 18 غشت سنة 2010.

ج_ النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رقم 82-302 مؤرخ في 11 سبتمبر سنة 1982، يتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج ر عدد 35، الصادر في 11 سبتمبر سنة 1982، (ملغى).

2. مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق ل 14 أكتوبر سنة 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، ج ر عدد 61، الصادر في 20 رجب عام 1421 الموافق ل 18 أكتوبر سنة 2000، (ملغى).

3. مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 12 مايو سنة 2005، يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج ر عدد 35، الصادر في 9 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 18 مايو سنة 2005.

4. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56، الصادر في 18 شعبان عام 1427 الموافق ل 11 سبتمبر سنة 2006.

7_ القرارات القضائية وقرارات مجلس المنافسة:

أ_ القرارات القضائية:

1. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/17، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص 173.
2. ملف رقم 299518، قرار مؤرخ في 2005/05/11، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2005، ص 241.
3. ملف رقم 450460، قرار بتاريخ 2008/07/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، ص 439.

ب_ قرارات مجلس المنافسة:

1. قرار رقم 98 ق 03 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998، المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، غير منشور.
2. قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999، المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)، غير منشور.

ثانيا_ باللغة الفرنسية:

1_ OUVRAGES:

1. ABADIE Laurent, LECOURT Arnaud, Droit économique (actualité jurisprudentielle, concurrence, distribution, consommation), Lamy éditions, France, 2012.
2. AUGUET Yvan, Droit de la concurrence (droit interne), Ellipses, Paris, 2002.
3. AUGUET Yvan et autres, Droit de la consommation, Ellipses, Paris, 2008.

4. **BEAUCHARD Jean**, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, Paris, 1996.
5. **BELLOULA Tayeb**, Droit des sociétés, Berti éditions, Alger, 2006.
6. **BIHL Luc**, Vente commerciales (droit commercial, répertoire de droit commercial 29 années), tome 7, Dalloz, Paris, 2001.
7. **BLAISE Jean-Bernard**, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), L.G.D.J-Delta éditions, Paris, 1999.
8. _____, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 3^e édition, L.G.D.J, Paris, 2002.
9. **BORSALI HAMDAN Leila**, Droit du travail, Berti éditions, Alger, 2014.
10. **BOUTARD-LABARDE Marie Chantal**, **CANIVET Guy**, Droit français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994.
11. **BUFFELAN-LANORE Yvaine**, **LARRIBAU-TERNEYRE Virginie**, Droit civil (les obligations), 12^e édition, Dalloz, Paris, 2010.
12. **BURST Jean-Jacques**, **KOVAR Robert**, Droit de la concurrence, Economica, Paris, 1981.
13. **BUSSY Jack**, Droit des affaires, 2^{ème} édition, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 1998.
14. **CABANES Christophe**, **NEVEU Benoit**, Droit de la concurrence dans les contrats publics (pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, contrôles et sanctions), éditions Le Moniteur, Paris, 2008.
15. **CALAIS-AULOY Jean**, **STEINMETZ Frank**, Droit de la consommation, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006.
16. **CHAPUT Yves**, Le droit de la concurrence, PUF, Paris, 1990.
17. **DECOCQ André**, **DECOCQ Georges**, Droit de la concurrence (droit interne et droit de l'union européenne), 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2010.
18. **ENCAOUA David**, **GHESNERIE Roger**, Politique de la concurrence, C.A.E, Paris, 2006.
19. **FERRIER Didier**, La protection des consommateurs, Dalloz, Paris, 1996.
20. **FRISON-ROCHE Marie-Anne**, **PAYET Marie-Stéphane**, Droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 2006.
21. **GHESTIN Jacques (actes du colloque)**, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, L.G.D.J, Paris, 1990.

22. **GHESTIN Jacques**, Traité de droit civil (les obligations, le contrat, formation), 1^{ère} édition, LGDJ, Paris, 1980.
23. **GRYNBAUM Luc**, Assurances (acteurs, contrat, risques des consommateurs, risques des entreprises), L'Argus éditions, Paris, 2011.
24. **GRYNFOGEL Catherine**, Droit communautaire de la concurrence, 3^{ème} édition, L.G.D.J-Lextenso éditions, Paris, 2008.
25. **GSTALTER Jérôme**, Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle (les nouveaux monopoles de la société de l'information), Bruylant éditions, Bruxelles, 2012.
26. **GUYON Yves**, Droit des affaires (droit commercial général et société), tome 1, 7^{ème} édition, Economica, Paris, 1992.
27. **HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie**, Droit des affaires, 19^e édition, Dalloz, Paris, 2012.
28. **LARROUMET Christian**, Droit civil (les obligations), 3^{ème} édition, Delta, Paris, 1996.
29. **LEGEAIS Dominique**, Droit commercial et des affaires, 18^{ème} édition, Sirey, Paris, 2009.
30. **MALAUURIE-VIGNAL Marie**, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2003.
31. _____, Droit de la concurrence interne et communautaire, 3^{ème} édition, Dalloz-Armand Colin, Paris, 2005.
32. **MENOUER Mustapha**, Le droit de la concurrence, Berti éditions, Alger, 2013.
33. **MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe**, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso éditions, Paris, 2011.
34. **NICOLAS-VULLIERME Laurence**, Droit de la concurrence, Vuibert éditions, Paris, 2008.
35. **NOBLOT Cyril**, Droit de la consommation, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2012.
36. **PEDAMON Michel**, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce), 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000.
37. **PIRONON Valérie**, Droit de la concurrence, Gualino éditions, Paris, 2009.
38. **SOLUS Henri, GHESTIN Jacques**, Les contrats de dépendance (essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique), LGDJ, Paris, 1986.

39. **TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, Droit civil (les obligations), 8^e édition, Dalloz, Paris, 2002.
40. **VOGEL Louis**, Droit français de la concurrence, 3^{ème} édition, Lawlex, Paris, 2006.
41. **VOGEL Louis, VOGEL Joseph**, Le droit européen des affaires, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1994.
42. **ZOUAIMIA Rachid**, Le droit de la concurrence, Maison d'édition Belkeise, Alger, 2012.

2_ THESES ET MEMOIRES:

A_ THESES:

1. **COURTES Marc**, Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Montpellier 1, 1999.
2. **EL RAJAB Dima**, L'opposabilité des droits contractuels (étude de droit comparé français et libanais), Thèse de Doctorat en droit privé, école doctoral de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013.
3. **FRASSON Vanessa**, Les clauses de fin de contrat, Doctorat en droit, mention: droit privé, Université Jean Moulin, Lyon 3, 2014.
4. **GRAS Nicolas**, Essai sur les clauses contractuelles, Thèse pour le Doctorat en droit privé, école doctorale des sciences économiques juridiques et de gestion, Université d'Auvergne-Clermont Ferrand 1, France, 2014.
5. **IONESCU Raluca Nicoleta**, L'abus de droit en droit communautaire, Thèse pour le Doctorat en droit, sciences sociales, faculté de droit, Université Toulouse 1, 2009.
6. **MEHANNA Myriam**, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de Doctorat en droit, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2014.
7. **MONTFORT Cédric**, La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché (origines nationales et perspectives d'harmonisation), Thèse pour le Doctorat en droit, faculté de droit, Université Jean Moulin, Lyon 3, 2004.
8. **PEGLION-ZIKA Claire-Marie**, La notion de clause abusive (au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation), Thèse de Doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013.
9. **ZAMBRANO Guillaume**, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence (étude du contentieux français devant le tribunal de commerce de paris), Thèse pour obtenir le grade de Doctorat en droit privé, école doctorale-droit et science politique, Université Montpellier 1, 2012.

B_ MEMOIRES:

1. **ALLOUI Farida**, L'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence, Mémoire en vue d'obtention du diplôme de Magistère en droit, option: droit des affaires, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2011.
2. **AREZKI Nabila**, Contentieux de la concurrence, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Magistère en droit, option: droit public des affaires, faculté de droit, Université Abderrahmane Mira, Bejaia, 2011.
3. **CHEVALIER Cindy**, Le prix (son influence sur la décision d'achat du consommateur et son rôle au sein de la concurrence), Mémoire de Master 2, consommation et concurrence, centre du droit de la consommation et du marché, Université Montpellier 1, 2011.
4. **DELECOURT Benoist**, L'intérêt social, Mémoire D.E.A, droit des contrats, Université de Lille 2, France, 2001.
5. **HUYGENS Audrey**, La violence économique, Mémoire D.E.A, droit des contrats, option: droit des affaires, école doctorale, Université de Lille 2, 2001.
6. **THAUVIN Elsa**, Les prix prédateurs, Mémoire de Master, droit européen des affaires, Université Panthéon-Assas, 2010.
7. **YAKOUB Zina**, De l'insuffisance de la protection du travailleur en matière de licenciement en droit algérien, Mémoire pour l'obtention du Magistère en droit, option: droit des affaires, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2007.

3_ ARTICLES:

1. **AUBERT DE VINCELLES Carole**, «Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix», Recueil Dalloz, n^o 38, 2 novembre 2006, p. 2629-2637.
2. **BAZEX Michel**, «Clauses abusives et contrats de l'administration», Les revues Juris-Classeur (contrats, concurrence, consommation), n^o 7, juillet 2006, p. 33-35.
3. **BEHAR-TOUCHAIS Martine**, «Abus de puissance économique et droit international privé», Revue internationale de droit économique, n^o 1, Bruxelles, 2010, p. 37-57.
4. **BENCHIKH Nourredine**, «Les pratiques prohibées», Conseil de la concurrence (Bulletin officiel de la concurrence), n^o 2, Alger, 2013, p. 18-23.
5. **BENZONI Laurent**, «Des stratégies de prix- prix prédateurs: les enseignements de l'analyse économique », Propriété de TERA consultants, n^o 2683, Paris, 11 octobre 2000, p. 1-15.

6. **BETTINGER Christian**, «L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics: une révolution aux suites multiples», Revue de droit administratif, n^o 10, Paris, octobre 1993, p. 9-13.
7. **BOGE Ulf et autres (colloque)**, «PME et pratiques prohibées en-deçà du seuil de la dominance», Revue des droits de la concurrence, n^o 2, Paris, 2007, p. 63-89.
8. **CHAMBOLLE Claire**, «Stratégies de revente à perte et réglementation», Annales d'économie et de statistique, n^o 77, 2005, p. 59-79.
9. **CORNUT Etienne**, «Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé», Journal du droit international, n^o 1, janvier-février-mars 2007, p. 27-55.
10. **COVACEVIE-KUSTRIMOVIE Radmila**, «Le domaine de l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit», The scientific journal facta universitatis, series law and politics, vol 1, n^o 1, University of Nis, 1997, p. 41-55.
11. **DECOCQ Georges**, «Abus de position dominante», Les revues Juris-Classeur (contrats, concurrence, consommation), n^o 5, mai 2007, p. 27-31.
12. **DESSERTAUX M. Maro**, «Abus de droit ou conflit de droit», Revue trimestrielle de droit civil, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1906, p. 119-139.
13. **DIDRY Claude, ANCEL Pascal**, «L'abus de droit: une notion sans histoire ? (l'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du xx^e siècle)», publication de l'université de Saint-Etienne, 3 avril 2011, p. 51-66. <https://halshs-archives-ouvertes.fr/halshs-00582646>.
14. **FERRIER Didier**, «Les nouvelles pratiques abusives», Recueil Dalloz, n^o 15, 17 avril 2014, p. 889-890.
15. **GHESTIN Jacques**, «L'abus dans les contrats», Gaz. pal., n^o 2, doc, 1981, p. 379.
16. **GODE Pierre**, «Protection des consommateurs: clauses abusives», R.T.D.Civ., 1978, p. 744_746.
17. **GRIDEL Jean-Pierre**, «Remarque de principe sur l'article 35 de la loi n^o 78-23 du 10 janvier 1978 relatif a la prohibition des clauses abusives», Dalloz, chron, 1984, p. 153-160.
18. **GUILLEMARD Sylvette**, «Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle», Revue du Barreau, tome 59, 1999, p. 369-392.
19. **HENAFF Gaël**, «L'intérêt social», Université de Rennes 2, Haute Bretagne, 2005, p. 1-9.
20. **HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie**, «Clauses abusives», Revues Juris-Classeur (concurrence, consommation), 1995.

21. **KARAYANNIS Vassilios**, «L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire a propos de l'arrêt c-367/96 alexandros keffalas e.a. ielliniko dimosion (état hellénique)», Cahiers de droit européen, n^o 5-6, Bruxelles, 1999, p. 521-535.
22. **KNANI Youssef**, «L'abus de position dominante», Revue de jurisprudence commerciale, n^o 4, Paris, avril 2000, p. 95-97.
23. **LELOUP Jean Marie**, «Caractère généraux du droit de la concurrence», Revue de jurisprudence commerciale, n^o 4, Paris, avril 2000, p. 75-88.
24. **LINDITCH Florian**, «Détachabilité et abus de position dominante dans le cadre de la délégation de service public, retour sur l'affaire corsica ferries», Revue la semaine juridique Juris-Classeur, administration et collectivités territoriales, n^o 44-45, 29 octobre 2007, p. 43-47.
25. **MALAURIE-VIGNAL Marie**, «Contrats-concurrence-consommation», Les revues Juris-Classeur, avril 2000.
26. **MARREF M. Fawzi**, «De la concentration économique à la position dominante», Conseil de la concurrence (Bulletin officiel de la concurrence), n^o 2, Alger, 2013, p. 10-17.
27. **MERVEN Thomas**, «Abus de position dominante -Téléphonie mobile-», Revue de jurisprudence commerciale, n^o 12, Paris, décembre 2000, p. 357-369.
28. **ODILE Marie, DUARTE Thiry**, «Les clauses abusives: mode d'emploi (fiche pratique)», Institut national de la consommation, 14/04/2016. <https://www.inc-conso.fr>.
29. **OJHA Lauren**, «Les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante (une perspective comparé)», Bulletin ceditac, centre du droit de l'entreprise, n^o 59, Université de Lausanne, septembre 2012, p. 1-8. www.unil.ch.
30. **UDOT Pascal**, «L'atteinte à la concurrence par les prix», Les nouveaux modèles économiques (économie et management), n^o 134, janvier 2010, p. 1-6. <https://cdn.reseau-canope.fr>.
31. **SOROUR Ahmed Fathi**, «Le droit de la concurrence et la franchise», Revue de jurisprudence commerciale, n^o 12, décembre 2001, p. 292-297.
32. **TROCHU Michel, TREMORIN Yannick, BERCHON Pierre**, «La protection des consommateurs contre les clauses abusives (étude de la législation française du 10-1-1978)», droit et pratique du commerce international trade law and practice, tome 7, n^o 1, Paris/ New York/ Barcelone/ Milan, mars 1981, p. 37-76.

4_ CONFERENCES :

1. **CHARRIER CONSULTANT Guy**, «Les règles de la concurrence (les abus de position dominante)», Conférence cuts Dakar, Sénégal, avril 2010, p. 1-7. www.cuts-ccier.org.

5_ COLLOQUES :

1. **BENMARZOUK Abdelkader**, «Ententes et abus de position dominante», Actes du colloque intitulé (consommation et concurrence en droit algérien), Université Aboubekr Belkaid, Tlemcen, 14 au 15 avril 2001.

6_ DOCUMENTS:

1. «Abus de dépendance économique: confirmation du maintien du critère de l'absence de solution équivalente», recueil Dalloz, cahier droit des affaires, actualité jurisprudentielle, n^o 12, France, 25 mars 2004. www.legalnewsnotaires.com.
2. «Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation: mouvement des entreprises de France», guide pratique a destination des entreprises et des organisations professionnelles, Paris, mars 2010. www.medef.fr.
3. «L'abus de position dominante (rapport du secrétariat de la CNUCED)», conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, conseil du commerce et du développement, commission de l'investissement de la technologie et des questions financières connexes, groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, 9^{ème} session, 15-18 juillet 2008. www.unctad.org.
4. «Mettre un frein aux clauses abusives dans les contrats de consommation (rapport final du projet présenté au bureau de la consommation d'industrie)», union des consommateurs, Canada, septembre 2011. www.consommateurs.qc.ca/union.

7_ TEXTES JURIDIQUES ETRANGERS :

1. Directive européenne n^o 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. www.legifrance.gouv.fr.
2. Loi française n^o 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation: impact sur les services publics d'eau et d'assainissement et sur les relations avec leurs usagers, novembre 2014. www.fnccr.asso.fr.
3. Ordonnance française n^o 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO n^o 0035 du 11 février 2016. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

8_ AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE ALGERIEN:

1. Avis n° 1 du 25 juillet 2013 du conseil de la concurrence rendu suite à la demande formuler par le ministère du commerce sur la présomption d'abus de position dominante au niveaux du marché du ciment en application de l'article 35 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative a la concurrence, Conseil de la concurrence (Bulletin officiel de la concurrence), n° 2, Alger, 2013.

9_ DECISION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE FRANÇAIS:

1. Décision 89-D-16 du 2 mai 1989 de conseil de concurrence français, Mercedes Benz France C/Chaptal. Boccrf, 30 mai 1989, p. 145. <http://www.economie.gouv.fr/>.
2. Décision n° 04-D-14 du 20 avril 2004, Rapport annuel de conseil de concurrence français pour l'année 2004, p. 230,231. www.autoritedelaconcurrence.fr.

10_ SITES INTERNET:

1. www.Syria-news.com.
2. http://www.Finances.gouv.fr/conseilconcurrence/activités/1998/rap_98.
3. [www.Lexinter.net/dépendance économique](http://www.Lexinter.net/dépendance_économique).
4. <http://www.Courdecassation.fr/>.
5. www.Legifrance.gov.fr/code de commerce.

فهرس

1.....مقدمة

الباب الأول

12 تحديد فكرة التعسف

الفصل الأول

14 فكرة التعسف في استعمال الحق وارتباطها بالمجال الاقتصادي

17.....المبحث الأول: فكرة التعسف في استعمال الحق

20.....المطلب الأول: مدلول فكرة التعسف في استعمال الحق

20.....الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

21.....أولاً: التعريف اللغوي

22.....ثانياً: التعريف الشرعي

25.....ثالثاً: التعريف القانوني

27.....الفرع الثاني: أساس التعسف في استعمال الحق

28.....أولاً: التعسف داخل نطاق المسؤولية التقصيرية

28.....1_ الاتجاه الأول

29.....2_ الاتجاه الثاني

31.....3_ الاتجاه الثالث

33.....ثانياً: التعسف خارج نطاق المسؤولية التقصيرية

35.....المطلب الثاني: ضوابط فكرة التعسف في استعمال الحق

36.....الفرع الأول: معايير تجسيد فكرة التعسف في استعمال الحق

38.....أولاً: معيار قصد الإضرار بالغير

39.....1_ مضمون معيار قصد الإضرار بالغير

42.....2_ تطبيقات معيار قصد الإضرار بالغير

44.....ثانياً: معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير

45.....1_ مضمون معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير

2_ تطبيقات معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير.....	47
ثالثا: معيار عدم مشروعية المصلحة.....	49
1_ مضمون معيار عدم مشروعية المصلحة.....	50
2_ تطبيقات معيار عدم مشروعية المصلحة.....	52
رابعا: معيار مضار الجوار غير المألوفة.....	53
الفرع الثاني: نطاق تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق.....	59
أولا: التعسف يرد على استعمال الحقوق والحريات العامة.....	60
ثانيا: التعسف يرد على استعمال الحقوق دون الحريات.....	62
المبحث الثاني: ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بالمجال الاقتصادي.....	65
المطلب الأول: في مجال عقود العمل.....	66
الفرع الأول: مرونة فكرة التعسف في مجال عقود العمل.....	67
أولا: تحقق التعسف في مرحلة إبرام العقد.....	67
ثانيا: تحقق التعسف في مرحلة تنفيذ العقد.....	69
ثالثا: تحقق التعسف في مرحلة إنهاء العقد.....	69
الفرع الثاني: معايير الإنهاء التعسفي.....	72
أولا: معايير حسب القواعد العامة.....	75
1_ معيار قصد الإضرار بالغير.....	76
2_ معيار عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير.....	77
3_ معيار المصلحة غير المشروعة.....	78
ثانيا: معايير حسب القواعد الخاصة.....	80
1_ معيار غياب سبب حقيقي وجدي للإنهاء.....	82
أ_ السبب الحقيقي.....	83
ب_ السبب الجدّي.....	89
2_ معيار عدم احترام إجراءات الإنهاء.....	93
أ_ إجراءات التسريح التأديبي.....	95
ب_ إجراءات التسريح الاقتصادي.....	99

المطلب الثاني: في مجال الشركات التجارية.....	102
الفرع الأول: مرونة فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية.....	104
أولاً: تلاؤم فكرة التعسف مع أشكال الشركات التجارية.....	105
1_ شركات الأشخاص وشركات الأموال.....	106
2_ الشركات ذات الشخص الوحيد والشركات المتعددة الشركاء.....	106
ثانياً: تلاؤم فكرة التعسف مع تصرفات أشخاص الشركات التجارية.....	107
1_ تعسف المسيرين.....	107
2_ تعسف الشركاء.....	108
أ_ تعسف الأغلبية.....	109
ب_ تعسف الأقلية.....	111
الفرع الثاني: معايير تحديد فكرة التعسف في مجال الشركات التجارية.....	112
أولاً: معايير حسب القواعد العامة.....	113
1_ معيار قصد الإضرار بالغير.....	113
2_ معيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير.....	114
3_ معيار المصلحة غير المشروعة.....	115
ثانياً: معايير حسب القواعد الخاصة.....	117
1_ معيار فقدان المساواة بين الشركاء.....	117
أ_ تطبيق المعيار على تعسف الأغلبية.....	118
ب_ تطبيق المعيار على أشكال أخرى من التعسف.....	119
2_ معيار تضارب المصالح.....	119
أ_ المساس بالمصلحة الاجتماعية للشركة.....	120
ب_ السعي إلى تحقيق المصلحة الشخصية.....	123

الفصل الثاني

فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية	127
المبحث الأول: فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة.....	130

المطلب الأول: فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	132
الفرع الأول: وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	134
أولاً: تحديد السوق المعنية.....	136
1_ السوق النوعية (سوق المنتجات أو الخدمات).....	138
2_ السوق الجغرافية.....	141
ثانياً: تعريف وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	144
ثالثاً: معايير تقدير وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	148
1_ معايير كمية.....	149
2_ معايير نوعية (كيفية).....	153
الفرع الثاني: الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة الاقتصادية.....	155
أولاً: تعريف التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	156
ثانياً: معايير قياس التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	158
1_ معيار المساس بالمنافسة.....	159
2_ معايير أخرى.....	161
المطلب الثاني: فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.....	162
الفرع الأول: وضعية التبعية الاقتصادية.....	164
أولاً: تعريف وضعية التبعية الاقتصادية.....	166
ثانياً: شروط تحقق التبعية الاقتصادية.....	167
1_ وجود علاقة تعاقدية.....	168
2_ أهمية العلاقة التعاقدية بالنسبة للتابع.....	168
3_ استمرارية وانتظام العلاقة التعاقدية.....	169
ثالثاً: معايير تقدير وضعية التبعية الاقتصادية.....	169
1_ معايير تبعية المورّع تجاه الممّون.....	170
2_ معايير تبعية الممّون تجاه المورّع.....	173
الفرع الثاني: الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية.....	175
أولاً: تعريف التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.....	176

176.....	ثانيا: مدى مساس التعسف في التبعية الاقتصادية بالمنافسة على السوق.....
180.....	المبحث الثاني: فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية.....
181.....	المطلب الأول: فكرة الشروط التعسفية.....
185.....	الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية.....
185.....	أولا: تعريف الشروط التعسفية.....
186.....	1_ التعريف التشريعي.....
189.....	2_ التعريف الفقهي والقضائي.....
193.....	ثانيا: معايير تحديد الشروط التعسفية.....
194.....	1_ المعيار التقليدي.....
195.....	2_ المعايير المستحدثة.....
196.....	أ_ معيار تعسف النفوذ الاقتصادي.....
199.....	ب_ معيار الميزة المفرطة.....
200.....	ج_ معيار اختلال التوازن العقدي.....
205.....	الفرع الثاني: نطاق تطبيق الشروط التعسفية.....
206.....	أولا: نطاق التطبيق الشخصي.....
208.....	1_ الشروط التعسفية في مواجهة المستهلكين.....
211.....	2_ الشروط التعسفية في مواجهة المهنيين.....
214.....	ثانيا: نطاق التطبيق الموضوعي.....
216.....	1_ عقود الإذعان.....
219.....	2_ عقود المساومة.....
221.....	المطلب الثاني: فكرة الممارسات التجارية التعسفية.....
222.....	الفرع الأول: الممارسات التعسفية المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات.....
222.....	أولا: رفض البيع أو أداء الخدمة.....
223.....	1_ تعريف رفض البيع أو أداء الخدمة.....
224.....	2_ شروط منع رفض البيع أو أداء الخدمة.....
227.....	ثانيا: البيع أو أداء الخدمة بمكافأة.....

1_ تعريف البيع أو أداء الخدمة بمكافأة.....	228
2_ شروط البيع أو أداء الخدمة بمكافأة.....	228
ثالثا: البيع أو أداء الخدمة المشروط.....	231
1_ تعريف البيع أو أداء الخدمة المشروط.....	232
2_ شروط منع البيع أو أداء الخدمة المشروط.....	233
رابعا: إعادة البيع بالخسارة.....	233
1_ تعريف إعادة البيع بالخسارة.....	234
2_ مجال تطبيق إعادة البيع بالخسارة.....	235
3_ عتبة أو معيار إعادة البيع بالخسارة.....	236
الفرع الثاني: الممارسات التعسفية المتعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي.....	237
أولا: تعريف ممارسة النفوذ من طرف عون اقتصادي على آخر.....	238
ثانيا: شروط منع التمييز.....	239
الفرع الثالث: الممارسات التعسفية المتعلقة بالأسعار غير الشرعية.....	241
أولا: مجال تطبيق ممارسة الأسعار غير الشرعية.....	242
ثانيا: تعريف ممارسة الأسعار غير الشرعية وتحديد شروط منعها.....	243

الباب الثاني

تطبيقات فكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية	245

الفصل الأول

تطبيقات فكرة التعسف في مجال قانون المنافسة	247

المبحث الأول: تطبيقات فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	248
المطلب الأول: تحديد الممارسات التعسفية في وضعية الهيمنة الاقتصادية.....	248
الفرع الأول: الممارسات التعسفية الهيكلية.....	251
أولا: الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.....	252
ثانيا: تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.....	254
ثالثا: اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.....	255

257.....	رابعاً: عرقلة تحديد الأسعار بالتشجيع المصطنع لارتفاعها وانخفاضها.
263.....	الفرع الثاني: الممارسات التعسفية السلوكية.
264.....	أولاً: تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين.
266.....	ثانياً: إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية.
270.....	المطلب الثاني: تحديد الممارسات التعسفية المستثناة من الحظر.
272.....	الفرع الأول: الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي.
273.....	أولاً: طبيعة النصوص القانونية.
275.....	ثانياً: الشروط المتعلقة بموضوع النصوص القانونية المبررة.
275.....	1_ أن تكون صريحة ومباشرة.
276.....	2_ أن تكون الممارسة كنتيجة حتمية ومباشرة لهذه النصوص.
277.....	الفرع الثاني: الممارسات التي تساهم في تحقيق التطور الاقتصادي.
280.....	أولاً: مفهوم التطور الاقتصادي.
283.....	ثانياً: شروط التطور الاقتصادي.
283.....	1_ استفادة الجميع من التطور الاقتصادي المفترض.
285.....	2_ تلازم التطور الاقتصادي مع التعسف في وضعية الهيمنة.
286.....	3_ عدم قضاء الممارسة المستثناة على المنافسة في جزء هام من السوق.
290.....	المبحث الثاني: تطبيقات فكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.
293.....	المطلب الأول: الممارسات التعسفية المتعلقة بالأسعار وشروط البيع.
293.....	الفرع الأول: رفض البيع بدون مبرر شرعي.
296.....	أولاً: شروط رفض البيع المجسد للتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.
298.....	ثانياً: حالات مشروعية رفض البيع.
300.....	الفرع الثاني: البيع المتلازم أو التمييزي.
301.....	أولاً: البيع المتلازم.
305.....	ثانياً: البيع التمييزي.
309.....	الفرع الثالث: البيع المشروط باقتناء كمية دنيا.
311.....	الفرع الرابع: الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.

أولاً: صور الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.....	314
ثانياً: آثار الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.....	316
المطلب الثاني: الممارسات التعسفية المتعلقة بالعلاقات التجارية.....	317
الفرع الأول: التهديد بقطع العلاقة التجارية.....	320
الفرع الثاني: تنفيذ التهديد.....	321

الفصل الثاني

تطبيقات فكرة التعسف في مجال قانون الممارسات التجارية	330
المبحث الأول: تطبيقات فكرة الشروط التعسفية.....	331
المطلب الأول: الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة تكوين العقد.....	337
الفرع الأول: الشروط التعسفية المتعلقة بالقبول.....	337
الفرع الثاني: الشروط التعسفية المتعلقة باختلال الالتزامات التعاقدية.....	339
أولاً: استفادة العون الاقتصادي من حقوق وامتيازات ليس للمستهلك ما يقابلها.....	339
ثانياً: استفادة العون الاقتصادي من آجال في التنفيذ.....	341
ثالثاً: تقليص عناصر العقد الأساسية.....	343
المطلب الثاني: الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد.....	345
الفرع الأول: الشروط التعسفية المعدلة لقواعد التنفيذ.....	345
أولاً: احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحيات تعديل عناصر العقد.....	346
ثانياً: انفراد العون الاقتصادي بصلاحيات تفسير العقد.....	349
الفرع الثاني: الشروط التعسفية المعفية أو المثقلة من تنفيذ الالتزامات.....	351
أولاً: إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم العون الاقتصادي نفسه بذلك.....	351
ثانياً: فرض التزامات إضافية غير مبررة على المستهلك.....	353
ثالثاً: إعفاء العون الاقتصادي من تنفيذ التزاماته.....	354
رابعاً: تحميل المستهلك عبئ الالتزامات التي تعتبر من مسؤولية العون الاقتصادي.....	355
الفرع الثالث: الشروط التعسفية المتعلقة بآجال التسليم.....	357
الفرع الرابع: الشروط التعسفية المعفية أو المحددة للمسؤولية.....	359

أولاً: تعديل العقد أو فسخه من طرف العون الاقتصادي بدون تعويض للمستهلك.....	361
ثانياً: تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته تجاه المستهلك.....	362
ثالثاً: تخلي العون الاقتصادي عن تنفيذ العقد أو القيام بفسخه بدون تعويض للمستهلك.....	364
رابعاً: عدم تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ التزاماته.....	366
خامساً: عدم إلزامية العون الاقتصادي بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ الجبري.....	367
المطلب الثالث: الشروط التعسفية المتعلقة بمرحلة إنهاء العقد.....	368
الفرع الأول: حرمان المستهلك من حق فسخ العقد.....	369
الفرع الثاني: تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية.....	372
الفرع الثالث: عدم السماح للمستهلك بفسخ العقد في حالة القوة القاهرة إلا بمقابل دفع تعويض.....	375
المبحث الثاني: تطبيقات فكرة الممارسات التجارية التعسفية.....	384
المطلب الأول: تطبيقات الممارسات التجارية غير الشرعية.....	384
الفرع الأول: التطبيقات المتعلقة بالبيع وأداء الخدمات.....	385
أولاً: تطبيقات رفض البيع أو أداء الخدمة.....	385
1_ آثار رفض البيع أو أداء الخدمة.....	386
2_ الاستثناءات الواردة على منع رفض البيع أو أداء الخدمة.....	387
ثانياً: تطبيقات البيع أو أداء الخدمة بمكافأة.....	392
1_ آثار البيع أو أداء الخدمة بمكافأة.....	392
2_ الاستثناءات الواردة على منع البيع أو أداء الخدمة بمكافأة.....	394
ثالثاً: تطبيقات البيع أو أداء الخدمة المشروط.....	400
1_ صور البيع أو أداء الخدمة المشروط.....	401
أ_ اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة.....	401
ب_ اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات.....	404
ج_ اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة.....	406
2_ الاستثناءات الوارد على عدم مشروعية البيع أو أداء الخدمة المشروط.....	408
رابعاً: تطبيقات ممارسة إعادة البيع بالخسارة.....	411

1_ آثار إعادة البيع بالخسارة.....	411
2_ الاستثناءات الواردة على منع إعادة البيع بالخسارة.....	413
الفرع الثاني: التطبيقات المتعلقة بممارسة النفوذ الاقتصادي.....	417
أولاً: صور التمييز.....	417
1_ التمييز عن طريق السعر.....	418
2_ التمييز عن طريق آجال الدفع.....	419
3_ التمييز عن طريق شروط البيع أو الشراء.....	420
ثانياً: الاستثناء الوارد على منع التمييز (مبررات التمييز).....	423
المطلب الثاني: التطبيقات الملحق بممارسة أسعار غير شرعية.....	426
الفرع الأول: الممارسات التعسفية المتعلقة بالتلاعب بأسعار التكلفة.....	428
أولاً: القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة.....	428
ثانياً: عدم تجسيد أثر انخفاض التكاليف على أسعار البيع وأداء الخدمات.....	430
الفرع الثاني: الممارسات التعسفية المتعلقة بالتلاعب بأسعار البيع وأداء الخدمات.....	430
أولاً: إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار.....	431
ثانياً: عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما.....	432
ثالثاً: تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق.....	434
رابعاً: إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع.....	435
خاتمة.....	442
قائمة المصادر والمراجع.....	451
فهرس.....	485

تعد فكرة التعسف بصفة عامة من أخطر الظواهر التي عرفتھا المنظومة القانونية؛ فبعدما أصابت مبدأ الحق المطلق وجعلته مقيدا بغايته، وقد نتج عن ذلك ما يسمى بفكرة التعسف في استعمال الحق، تعدت إلى المجال الاقتصادي، فمست بقواعده الأساسية المعروفة بمبدأ الحرية الاقتصادية وجعلته مقيدا بحدود لا يجوز للمتعامل الاقتصادي القوي الخروج عنها وإلا كان متعسفا، وبالتالي فقد ظهر ما يسمى بفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي ينصب مجال تطبيقها على استخدام الأوضاع الاحتكارية والقوية والمهيمنة، والتي يعد اكتسابها في السوق أمرا مشروعاً، بل ومن متطلبات القانون الاقتصادي، إلا أن التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو الأمر المحظور والمعاقب عليه سواءً في مجال قانون المنافسة أو في مجال قانون الممارسات التجارية.

فقد نص قانون المنافسة على حظر كلا من فكرة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية وفكرة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية وكذا التطبيقات المجسدة لكل منهما. أما قانون الممارسات التجارية فقد نص بدوره على منع فكرة الشروط التعسفية وتطبيقاتها، هذا إضافة إلى منعه لبعض الممارسات التجارية التي يشوبها طابع التعسف وكذا بعض صور هذه الممارسات.

L'abus de manière générale constitue le phénomène le plus dangereux qu'a connu la loi juridique. Après avoir été limitée au droit absolu en le liant à sa finalité, l'idée de l'abus s'est étendue au domaine économique. Tel est le cas du principe de libre concurrence qui est entouré de limites dont le non-respect par l'opérateur économique est constitutif d'abus. C'est ainsi qu'a émergé l'abus de puissance économique qui se manifeste tant par les situations monopolistiques que par la domination qui sont non seulement licites, mais nécessaires en droit économique, abus passible de sanction tant dans le domaine de la concurrence que dans celui des activités commerciales.

Ainsi, l'ordonnance relative à la concurrence interdit toute forme d'abus de position dominante et de position de dépendance économique. Quant à la loi relative à l'exercice des pratiques commerciales, elle prévoit l'interdiction de toute forme de condition abusive, de certaines pratiques commerciales entachées d'abus et de certaines formes de celles-ci.