

## الممارسات المنافية للمنافسة: بين الحظر و الإباحة

مخاتشة أمنة

طالبة دكتوراه قانون الاعمال

جامعة الحاج لخضر -باتنة-

### مقدمة

تفرض قواعد السوق على المؤسسات أن تتنافس فيما بينها وذلك لتحقيق هدف مزدوج، فمن جهة تضمن المنافسة تحقيق تطور الاقتصاد الوطني بتحسين المنتوجات والخدمات المقدمة نوعا وكما، ومن جهة أخرى تسمح للمؤسسات المتنافسة باحتلال كل أو جزء من السوق بغرض تحقيق أكبر قدر من الأرباح، فخلق مناخ تنافسي داخل السوق يعد هدفا جوهريا للسياسة الاقتصادية في ظل الاقتصاد الحر، ولسلامة ذلك المناخ يشترط أن تتم المنافسة الحرة في إطار مشروع ومحدد، وهو ما أقرت به جل قوانين المنافسة ومن بينها الأمر 03-03 الذي يرمي بالدرجة الأولى إلى ضمان السير التنافسي للأسواق ، ومنع كل ما يعرقل سيرها الحسن وحمايتها من ما أطلق عليها بالممارسات المقيدة للمنافسة والتي تلحق أثار جسيمة بالسوق، كالاتفاقات والتعسف في الممارسات...، لذا عمد إلى حظر كل ما من شأنه تقييد المنافسة في المادة 14 منه الأمر 03-03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة.

إلا أنه تعرف هذه الأخيرة - قاعدة منع الممارسات المنافية لقواعد المنافسة- والتي تجد سندها القانوني من خلال المواد 6 -7- 10-11-12 من أمر 03-03، حالات استثنائية يرفع فيها المشرع الحظر عن هذه الممارسات، أخذاً بعين الاعتبار التقدم الاقتصادي الذي تحققه حتى ولو ترتب عليه تقييد للمنافسة، مما يدفعنا إلى القول بأن مناط التجريم والإباحة هو المصلحة الاقتصادية العامة،

إذ لم تعد لحرية المنافسة قيمة في حد ذاتها يجب الدفاع عنها، بل أصبحت وسيلة يجب توظيفها لتحقيق التنمية الاقتصادية، ولا يقبل بها إذا ما تعارضت مع هذا الهدف لهذا تضمن قانون المنافسة بعض التبريرات وبعض التنازلات التي تُلطف من القاعدة العامة باعتباره قانون مرن. لذا فالإشكالية التي يمكن طرحها هنا: ما مدى توفيق المشرع الجزائري في حظره للممارسات المقيدة للمنافسة ومن جهة وإباحتها من جهة أخرى؟.

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأت أن أقسم مداخلتني من خلال مبحثين مسبقين بمقدمة تناولت في المبحث الأول تطبيق الحظر على الممارسات المنافسة للمنافسة أما عن المبحث الثاني ميدان إباحة تبرير الممارسات المنافسة للمنافسة، وأنهيت البحث بخاتمة ضمنتها بعض الاستنتاجات والتوصيات.

هذا واستعملت في بحثي المنهج التاريخي والتحليلي للنصوص القانونية والوصفي كلما استدعت الضرورة لذلك، وكذا المنهج المقارن نظرا لما يتطلبه الموضوع.

### **المبحث الأول: تطبيق الحظر على الممارسات المنافسة للمنافسة**

في إطار ممارسة المؤسسات و الأعوان الاقتصاديين لمختلف أوجه النشاط الاقتصادي في السوق قد تتجه إرادة أحدهم إلى الإفراط في المنافسة الحرة و يتعدى بذلك عليها نفس السوق و يقوم بممارسات تنافيتها و تعرقلها وسلوكات خطيرة قد تحد من الأهداف المرجوة لها لذا كان من الضروري سن تشريعات و قوانين تكفل حمايتها من كل ما قد يمس بها أو يحدها (الفرع الأول) كلما توافرت شروط المساس بها (الفرع الثاني).

### **المطلب الأول: الإطار القانوني للممارسات المنافسة للمنافسة**

تعتبر الممارسات المقيدة للمنافسة بصفة عامة كل تصرف أو سلوك صادر عن بعض المؤسسات لا يترك مكان للمنافسة الحرة مما يعرقلها و يحد منها في السوق وهي التي تأخذ الأشكال المنصوص عليها في المادة 14 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم كمايلي:

" تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6-7-10-11-12 أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة.<sup>1</sup> والتي من خلالها يتضح أنّ الممارسات التي تشكل قيوداً وتحد من فعالية المنافسة تضمنها الفصل الثاني الموسوم بالممارسات المقيدة للمنافسة<sup>(2)</sup> في المواد 06/07/10/11/12 من ذات الأمر.<sup>(3)</sup> وهي الاتفاقات التي تشكل قيوداً للمنافسة (الفرع الأول) وكذا الاستغلال التعسفي للقوة الاقتصادية التعسف وكل بيع بأسعار مخفضة تعسفاً التي تتخذ شكل ممارسات تعسفية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الاتفاقيات التي تشكل قيوداً للمنافسة:

وهو ما تضمنته أحكام المادة 06 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم وهي التي تهدف إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مرقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين ، مما يحرمهم المنافسة .
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

<sup>1</sup>- الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر 43 مؤرخ في 20-07-2003 المعدل و المتمم ب القانون رقم 08-12 مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو 2008، والقانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل و يتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

<sup>2</sup>- و الجدير بالإشارة إلى أنّ المشرع في ظل الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة قد أضاف ممارسات وجعلها من ضمن الأفعال التي تشكل منافية للمنافسة و التي لا نجدتها في الأمر السابق 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) هذا من جهة و من جهة أخرى أنه في الأمر السابق جعل المشرع بالتجميعات ضمن نطاق الأفعال التي هي منافية للمنافسة. أما في ظل الأمر الحالي فجعلها ضمن فصل مستقل هو الفصل الثالث بعنوان بالتجميعات الاقتصادية.

<sup>3</sup>- وما يمكن ملاحظته في هذا الخصوص، أن المشرع الجزائري، أنه تناول الممارسات المنافية للمنافسة في الأمر السابق 06-95 المتعلق بالمنافسة و قصد بها تلك الاتفاقات والاستغلال التعسفي للوضع المهيمن و... وكذلك الممارسات التجارية إلا أنه فصل كلا منهما بقانون مستقل بالنسبة للممارسات التجارية ينظمها القانون 02-04 أما الممارسات المنافية أصبح يطلق عليها بالمقيدة للمنافسة و ينظمها القانون 03-03 المعدل و المتمم بالأمر 08-12 و كذا 10-05 المتعلق بالمنافسة.

وللاشارة إلى أنه بعد تعديل قانون المنافسة بموجب القانون رقم: 08-12 لاسيما المادة 05 منه التي تنتم أحكام المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر و التي أضافت الفقرة التالية: السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة. وهي التي تقابل المادة 07 من القانون الفرنسي<sup>(1)</sup> والذي اعتبر من جهته أن هذه الممارسة تدخل في إطار تطبيق المادة L.1-420 من التقنين التجاري الفرنسي<sup>(2)</sup> وتمنع بدورها كل تحديد وتقليص من الدخول إلى السوق، وكذا الحد من الممارسة الحرة للمنافسة، بحيث يدخل ضمن هذه المعاملة الأخيرة أغلبية الممارسات المنصوص عليها في مضمون هذه المادة كالاتفاق الذي يكون موضوعه أو يكون له أثر مثل تقليص عدد المنافسين وبالتالي الحد من الممارسة التنافسية. ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري اتبع المشرع الفرنسي والأوروبي، غير أنه استعمل المشرع الفرنسي عبارة "الأعمال المدبرة" بينما استعمل القانون الأوروبي عبارة "الممارسات المدبرة"، أما بالنسبة لمحتوى الاتفاقات المنافية للمنافسة التي لخصها مجلس المنافسة الفرنسي بدوره فيما يلي: إتباع وتطبيق إستراتيجية عامة من قبل مجموعة من الأطراف في شكل اتفاق ضمني صريح، بمقتضاه يتنازل هؤلاء (الأطراف) على استقلاليتهم في اتخاذ القرارات، تبادل المعلومات بين الأطراف حول الإستراتيجية المتبعة من قبل كل واحد منهم، القيام ببعض الممارسات التي تؤدي إلى الاقتصاد من دخول بعض الأسواق، أو على الأقل الحد من هذه العملية.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثاني: الممارسات التعسفية:

يعرف التعسف أنه كل استعمال بغير وجه حق وفي قانون المنافسة تمثل كممارسة مقيدة للمنافسة في التعسف الناتج عن وضعية هيمنة (أولا) والتعسف الناتج عن تبعية اقتصادية (ثانيا) و البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي (ثالثا).

<sup>1</sup> -L'ordonnance n°86/1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (abrogée) relative a la liberté des prix et de la concurrence J.O. du 9/12/1986

<sup>2</sup> -la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 04 aout 2008,JO du 05/08/2008.

<sup>3</sup> -MARIE Cantal Broutard-Lanbarde et Guy Ganivet, op-cit,p47.

## أولاً: التعسف الناتج عن الهيمنة والاحتكار في السوق :

وهذا ما تضمنته المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم ، ذلك أنه يعتبر من قبيل الهيمنة على السوق أو الاحتكار لها كل فعل يؤدي إلى :

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني، اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها، تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين ، مما يحرمهم المنافسة، إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية. فهذه الأفعال تعتبر من قبيل الممارسات المحظورة التي تشكل هيمنة اقتصادية أو أعمال احتكارية في السوق. وهو ما نلمسه في كل من القانون الفرنسي للمنافسة في مادته 8 من الأمر 01 ديسمبر 1986 سابقا و في حاليا المادة L.420-02<sup>(1)</sup> الذي منع التعسف في وضعية الهيمنة سواء كان مقصودا أم لا، وكذلك القانون الأوروبي الذي منع هذه الممارسة ان كان هناك احتمال المساس بالتجارة في المادة 82 من قانون المجموعة الأوروبية (المادة 86 سابقا) حيث لعبت فيه سلطات المنافسة دورا كبيرا في إبراز مفهوم وضعية الهيمنة الذي أفرزته الحياة الاقتصادية الحديثة خاصة الذي تضمنته اتفاقية الاتحاد الأوروبي<sup>2</sup> في مادتها 86 .

<sup>1</sup> -l'article L.420-02 al du code de commerce francais énonce : « est prohibée, dans les condition prévues a l'article L.420-01,l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre a des conditions commerciales injustifiées.. » , op.cit.

<sup>2</sup> - معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي واحدة من المعاهدات الأساسية اثنين من المؤسسات السياسية للاتحاد الأوروبي ومعاهدة الاتحاد الأوروبي. ارتدى اسم المعاهدة المنشئة للجماعة الاقتصادية الأوروبية أو معاهدة الجماعة الأوروبية قبل دخول "معاهدة لشبونة" حيز التنفيذ في 1 ديسمبر 2009. أيضا المعروف أنه "معاهدة روما". سميت في الأصل "المعاهدة المنشئة للجماعة الاقتصادية الأوروبية"، كان القانون التأسيسي "الجماعة الاقتصادية الأوروبية" (EEC) ثم وقع في 25 مارس 1957 في الغرفة منظم والكوريانيين من مبنى الكابيتول، في روما، بألمانيا وفرنسا، وإيطاليا وبلدان البنلوكس الثلاثة: وفود بلجيكا ولكسمبرغ وهولندا بعد الاستعداد للانخراط في عملية لا رجعة فيها. ووفقا للديباجة، وتهدف المعاهدة إلى "إرساء أسس اتحاد أوثق من أي وقت مضى بين شعوب أوروبا". جميع التصديقات تم الحصول عليها في نهاية عام 1957، ويمكن أن تدخل المعاهدة حيز النفاذ في 1 يناير 1958 إنشاء السوق الأوروبية المشتركة، ووضع الأسس للسياسة الزراعية المشتركة التي نفذت في عام 1962.

وكذلك المادة 02 من التنظيم الأوروبي رقم 89-4064<sup>(1)</sup> الذي تم استبداله سنة 2004 بالتنظيم 2004-139<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية :

وهذا ما النوع من الممارسات تضمنته المادة 11 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة، ذلك أنه يعتبر من قبيل التعسف ما يلي: رفض البيع بدون ميرر شرعي، البيع المتلازم أو التمييزي، البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى، قطع العلاقة التجارية بمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق. وللإشارة فقط إلى أنه في ضل الأمر السابق 95-06 المتعلق بالمنافسة اعتبر المشرع التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية حالة من حالات الهيمنة أو الاحتكار في السوق ، غير أنه ومواكبة منه – المشرع – للتطورات الحاصلة أدرجها المشرع في مادة مستقلة بذاتها في ضل الأمر 03-03 المعدل و المتمم و أنّ هذه الممارسات تتعارض ومبادئ حرية المنافسة وهي حرية الأسعار.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فنجده قد نص على منع التعسف في استخدام وضعية التبعية الاقتصادية في المادة 8 فقرة 02 من الأمر 01 ديسمبر 1986 وحاليا المادة L.420-2/2 من التقنين التجاري الفرنسي قبل تعديلها<sup>(3)</sup> ويمكن الإشارة هنا إلى أن قانون المجموعة الأوروبية لا يعرف ولا ينص على منع الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية على أساس أنه يهتم أكثر بغاية قانون المنافسة وليس بحماية المؤسسات و ينتج عن هذا المنطق عدم تجريم الممارسة إلا إذا وفقط نجم عنها آثار تضر بلعبة المنافسة الحرة.<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> -André Décocq et George Décocq, Droit de la concurrence interne et communautaire, LGDJ, Paris,2002, p 333.

<sup>2</sup> -Robert Kovar, Code Européen de la concurrence, Dalloz ,Paris,1993,p 236.

<sup>3</sup> - L'article L.420-2 alinéa 2 du code de commerce français dispose : est prohibée, dans les même conditions l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : 1...2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve a son égard, une entreprise client ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente », op.cit.

<sup>4</sup> - جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة على الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2012/12/6، ص 162.

### ثالثا: البيع بأسعار منخفضة تعسفا:

تضمن البيع بأسعار مخفضة تعسفا المادة 12 من الأمر 03-03-03 المعدل و المتمم إذ أنه يحضر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذ أنه قد يؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق . ويتضح لنا أنّ المشرع منع ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي و منع أيضا مجرد عرض مثل تلك الأسعار . كما أنّ البيع بأسعار مخفضة تعسفيا لا يشكل طريقة بيع بقدر ما يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة، الهدف منها إزاحة المنافسين للاستيلاء على السوق، و الرجوع بعد ذلك إلى السعر العادي وهو الهدف الحقيقي من هذه العملية ، و بالنسبة للمستهلك فإنه قد يدرك لأول وهلة الهدف من هذه الممارسة ، إذ أنه يعتقد بأنّ المنتوجات التي يعاد بيعها بسعر أقل من سعر تكلفة إنتاج وتحويل و تسويق تلك السلعة المراد بيعها قد تخدم مصالحه إلا أن الحقيقة غير ذلك، فالعملية الأولى تكون بمثابة فخ إذ أن الزبائن يغرون مما يدفعهم إلى الشراء أكثر فقد ذهب بعض الفقهاء إلى إيجاد عبارة تدل على هذا النوع من الممارسات و التي يعبر عنها " بجزيرة من الخسائر في محيط من الأرباح".

كما تجد الإشارة أيضا إلى أن المشرع الجزائري يحظر كل عمل أو عقد مهما كانت طبيعته يكون ويسمح لمؤسسة في ممارسة نشاط يدخل في مال تطبيق هذا الأمر، والقصد من وراء إدراج المشرع من اعتبار هذا التصرف ضمن الأعمال التي تؤدي إلى عرقلة المنافسة كون أنّ العقد الاستثنائي هو عقد الذي بمقتضاه يلتزم البائع تجاه المشتري بأن يستأثر هذا الأخير دون غيره للحصول على مضمون العقد بهدف توزيعها بصفة احتكارية وهذا ما يتنافى ومبدأ حرية المنافسة.

### المطلب الثاني: شروط حظر الممارسات المنافية للمنافسة

ويتضح لنا بالتركيز على نص المواد السابقة، أن هذه الممارسات التي تبرم بين المؤسسات كثيرا ما تؤدي إلى الإخلال بحرية المنافسة عن طريق عرقلة السوق وهو ما دفع بالمشرع إلى حظرها، وأوجب منعها والمعاقبة عليها، إذ لا تصبح الاتفاقات محظورة إلا إذا كانت تهدف أو تحدث أثر الحد من المنافسة في السوق، وإذا كان هذا هو الغرض منها فمعنى ذلك أن الممارسة أو الاتفاق بهذا

الشكل اتفاق خطير قد يؤدي إلى القضاء على المنافسة ولا بد من متابعته<sup>(1)</sup> فللقول بوجود مثل هذه الحالات يجب توافر شرطين أساسيين يتمثلان في ما يلي<sup>(2)</sup>: وجود هذه الممارسات المقيد للمنافسة الحرة (أولاً) وأن يكون الهدف منها المساس بها (ثانياً).

### الفرع الأول: وجود الممارسات المنافية للمنافسة:

إن حظر الممارسات المقيدة للمنافسة بين المؤسسات أو الأعوان الاقتصاديين يتطلب قيام هذه الأخيرة واستيفاء شرط وجودها حسبما يتطلبه قانون المنافسة، ونشير في البداية إلى الاتفاقات التي تشكل أفعال منافية للمنافسة لا بد من توافر اتفاق une collision أو عقد كان مكتوباً أو شفويًا بين مؤسستين أو أكثر و كذا الإخلال بحرية المنافسة مع وجود علاقة سببية بينهم. فأما عن وجود اتفاق سواء كان صريحاً أم ضمني والذي نقصد به تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات ولا يقوم هذا الاتفاق في غياب هذا الشرط معنى ذلك الإخلال باستقرار قرار كل متعامل اقتصادي في السوق. أي المهم في كل هذه الحالات أن يكون هناك توافق أو تفاهم بين الأطراف من شأنه أن يؤدي إلى إعاقة المنافسة الحرة أو تقيدها لكي يعد محظوراً أو مقيداً للمنافسة. كذلك لكي يتم تكييف اتفاق معين بأنه مخالف لقانون المنافسة فلا بد أن تكون أطرافه ممن يمارس النشاط الاقتصادي، وممن يتمتع بالاستقلالية في اتخاذ قراراته الاقتصادية في السوق.<sup>(3)</sup>

أما بالنسبة لوضعية هيمنة على السوق l'abus de position dominante فنشير أولاً إلى أن ولم المشرع الجزائري يتطرق إلى تعريف وضعية الهيمنة ضمن الأمر رقم 06/95 الصادر في 25 جانفي 1995.<sup>4</sup> وقد ظل الوضع على حاله إلى غاية صدور الأمر 03/03 في 19 جويلية 2003 الذي وضع من خلاله المشرع الجزائري تنظيمًا جديدًا للمنافسة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>-جلال مسعد، المرجع السابق، ص 40، 41.

<sup>2</sup>« Pour qu'il y'ait entente illicite, deux conditions sont nécessaires ; il faut d'abord une collusion, c'est-à-dire une entente, il faut ensuite que cette collision comporte une incidence sur la concurrence, autrement dit entrave cette dernière. »

<sup>3</sup>- وبالتالي حتى نقول أن هذا اتفاق محظور يفترض التعددية في أطرافه واستقلالية بعضها عن البعض لذا فإن الاتفاق الذي يبرم بين الشركة الأم وفرع لها مثلاً لا يعتبر اتفاقاً مقيداً للمنافسة، ذلك لوجود وحدة اقتصادية وتجارية فيما بين الشخصين، وعدم توفر التعددية في أطرافه، وكما هو معروف فإن الإرادة المنفردة للشخص لا تنشئ اتفاقاً بمفردها، وبناء عليه فلا يعتبر من الاتفاقات المحظورة إصدار مؤسسة لبروتوكول اتفاق مقيد للمنافسة بمفردها ما لم يحظ بموافقة غيرها من الأطراف، أنظر: كثر محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 37، 38، 40.

<sup>4</sup>-François Brunet et Guy Ganivet, la nouvelle Droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2008, p 256.

<sup>5</sup>- المادة 7 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم المتعلقة بالمنافسة، المرجع السابق.

و التي جاءت الفقرة ج من المادة 3 منه لتعرف وضعية الهيمنة على أنها: "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 معتبرة إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيه". ومن خلال هذه الفقرة يتضح أن وضعية الهيمنة تنشأ من خلال ما تملكه مؤسسة أو أي مشروع أو أي مشروع اقتصادي مهما كان شكله القانوني من قدرة اقتصادية ومالية وكذلك إدارية تمكنها من التفوق على باقي منافسيها في السوق الذي تعرض فيه منتجاتها أو خدماتها مما يؤدي ذلك إلى انتفاء المنافسة الفعلية، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الأوروبي في اعتماده لتعريف وضعية الهيمنة. كما يعرف قانون المنافسة الجزائري في مادته الثالثة أيضا وضعية التبعية الاقتصادية على أنها العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا ما أرادت رفض التعاقد بالشروط التي ترفضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا، و يتمحور جوهر تعريف التبعية الاقتصادية في غياب الحل البديل في حالة رفض تبعية اقتصادية أمر مشروع و لكن المحظور هي الممارسات التعسفية الناتجة عن هذه الوضعية. فالتبعية الاقتصادية l'abus de dependence économique يمكن أن تتحقق في اتجاهين، حيث يكمن للزبون أن يكون في تبعية إزاء الممون نظرا للعلامة التي يحتكرها أو التقنيات التي يستعملها، أو حصته في السوق المعنية<sup>1</sup> أو نظرا للعقود طويلة المدى التي يعرضها الممون للزبون خاصة و إن كان هذا الخير في أزمة مالية<sup>2</sup>، وبظهور مراكز الشراء العظمى التي تملك قوة في شراء المنتج وتسويقه le pouvoir d'achat، ظهرت هناك تبعية الممون إزاء الزبون نظرا للدور الفعال الذي يلعبه الزبون في تسويق منتج الممون.<sup>3</sup> وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري تأخر في تنظيم هذه الممارسة مقارنة بالتشريع الفرنسي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> -Frison-Roch marie Anne et PAYET marie-Stéphane, droit de la concurrence, Dalloz, paris, 2006, p.p. 133-136.

<sup>2</sup> - Labarde Marie- Chantal Boutard et Guy canivet, droit français de la concurrence, L.G.D.J.paris, 1994, p.p. 88-89.

<sup>3</sup> -Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence, 2ème édition, Dalloz, Paris, p.p. 197-199.

<sup>4</sup> - أول ما أخذ المشرع الجزائري يحظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية وأصطلح هذه العبارة كان في سنة 2000 في إطار المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المؤرخ في 14 أكتوبر الذي يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة أما المشرع الفرنسي فقد نظمها في سنة 1986 في القانون المتعلق بحرية المنافسة و الأسعار.

أما بخصوص البيع بالأسعار مخفضة بشكل تعسفي فوجب أن يكون هنا بيع و الذي يتمثل في ذلك البيع الذي يعرض فيه البائع سلعة ما بسعر يقل عن سعر الإنتاج والتحويل والتسويق، ويوجه هذا المنتج أساسا إلى كل شخص طبيعي أو معنوي يستعمله لاستهلاكه الشخصي ويستثنى من ذلك البيوع المعروضة من طرف الدولة.

### **الفرع الثاني: ضرورة مساس الممارسة بالمنافسة: une incidence sur la concurrence**

لا يمكن فرض أي أية عقوبة على الممارسات التي لا تهدف إلى الحد من المنافسة الحرة ومعيار المساس بالمنافسة لم يعرف قانونا بل اكتفت النصوص القانونية بعرض قائمة لا يمكن حصرها من الممارسات التي تمس بالمنافسة، و باعتبار أن قانون المنافسة يهدف إلى حماية السوق بالتالي مبدأ المنافسة الحرة يطبق بصفة آلية في جميع القطاعات، ولكي يثبت المساس بالمنافسة ينبغي الاعتماد على عدة معايير وهي تحديد عدد المنافسين في ذلك السوق مدى استقلاليتهم في اتخاذ القرار، حريتهم في الدخول أو الخروج من السوق مدى تقسيم الأسواق... الخ، وينبغي دراسة السوق المعنية لتحديد التأثير في المنافسة الحرة، ويقع على عاتق مجلس المنافسة قمع الممارسات التي تمس بالمنافسة الحرة، الحرة دون التقييد بنية أصحابها.

فبالنسبة للاتفاقات فيجب أن تهدف إلى الإخلال بمبدأ حرية المنافسة ذلك أنّ الاتفاق يكون هدفه الإخلال بمبدأ المنافسة سواء في الإنتاج أو التجارة والخدمات سواء كانت هذه الاتفاقات صريحة أم ضمنية. أما بالنسبة لوجود علاقة سببية فشرط ورود علاقة سببية يعد شرطا ضروريا ذلك أنه لا بد من اتجاه إرادة الأطراف إلى تقييد المنافسة و أن تتجه رادتهم إلى ذلك حتى و لو لم يصل أطراف الاتفاق إلى تحقيق هذا الهدف كونه يشكل خطرا .

وأول ما يلاحظ على هذه المادة هو أن المشرع استعمل مصطلح: تحظر بعد أن كان في المادة 6 من الأمر 06.95 المتعلق بالمنافسة (الملغى) يستعمل مصطلح تمنع حيث جاء فيها: تمنع... الاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في سوق ما... إلا أنه و في الترجمة الفرنسية لهذه المادة ورد مصطلح Prohibées مع أن ما يقابل مصطلح "المنع" باللغة الفرنسية هو L'interdiction ولقد تدارك المشرع هذا الخلل، إن صح التعبير، من خلال نص المادة 06 من الأمر 03-03 السالف الذكر أين استعمل مصطلح الخطر بدل المنع. وهو الأمر كذلك بالنسبة لوضعية الهيمنة حيث لا تعد تصرفا محظورا في حد ذاتها خلافا للتعسف الذي ينتج عنها.

وهو ما أشارت إليه المادة 7 في فقرتها الأولى من قانون المنافسة الجزائري صراحة على أنه: " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها".

ومن خلال ذلك لا بد من التأكيد على أن الفعل المحظور لا يكمن في مجرد الاحتكام على وضعية هيمنة وإنما في كيفية استغلال هذه الهيمنة و/أو الوضعية الامتيازية، لأن كل متعامل اقتصادي بطبيعة الحال يسعى لتحقيق ذلك الموقع المميز، الذي يرضيه من جهة ومن جهة أخرى يساهم في تفعيل المنافسة إذا لم يكن مقترنا بالتعسف و/أو سواء استخدم لتلك الهيمنة، فلكي نكون بصدد اعتبار الممارسات التي تقوم بها مؤسسة مهيمنة ما تعسفية من عدمه لا بد من الوقوف على مبدأ المساس بالمنافسة ومدى ارتباطه بوضعية الهيمنة<sup>1</sup> كمعيار أساسي للحظر.

كما أن التعسف الناتج عن وضعية ذاته يجد إيداعه أوروبا بأحكام نص المادة 102 من معاهدة روما (معاهدة سير الاتحاد الأوروبي) عن كل مساس للتجارة بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فرقابة هذه الممارسة التعسفية تدخل ضمن الاختصاصات التنفيذية للجنة الأوروبية، كما أن القانون الأوروبي فيما يتعلق بالمنافسة تم تكملته بأحكام داخلية اتخذتها الدول الأعضاء لضمان إدانة وعقاب كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة ومن ثمة تبنى المشرع الفرنسي إدانة هذه الممارسة التعسفية على أساس المادة L.420-2 من القانون التجاري الفرنسي ولا يكون المساس بالمنافسة مؤسسا إلا في حالة ما إذا كانت المؤسسة في وضعية هيمنة وتعسف فيها<sup>2</sup> وتحضر هذه الممارسة لاعتبارها تهدف أو يمكن أن تهدف إلى إزاحة مؤسسة ما من السوق أو منع دخول منافسيها جدد إليها دون أن يعتد بنية البائع في إحداث ذلك الأثر<sup>3</sup>. كما اشترط الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في المادة 11 منه.

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن التعسف الناجم عن الهيمنة على السوق أو على جزء منها فيكون بفعل مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات، وأما الاحتكار فقد يمثل وضعية هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة تشمل على جميع حصص السوق، الأمر الذي يجعلها لا تخضع إلى أي منافسة، وبالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تمركزا أكيد للقوة الاقتصادية.

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة أن المادة 82 من معاهدة روما التي أصبحت المادة 102 أو المادة 2-420 من قانون التجارة الفرنسي لا يتضمنان أي مفهوم حول التعسف بل تم ذكر فقط أمثلة ليس إلا: "فرض سعر شراء أو بيع أو شروط للمعاملات غير المتساوية، تحديد الإنتاج الفرص أو التطور التقني بما يضر المستهلكين، تطبيق شروط تمييزية على الشركاء أو البيع المشروط"، أما المادة 2-420 من القانون التجاري الفرنسي: "فرض البيع، البيع المشروط أو الشروط التمييزية، الانقطاع التعسفي." ولكن أجمع الفقه دائما أن القائمة ليست حصرية.

<sup>3</sup> -Tchotourian Ivan, Droit de la publicité et de la promotion des ventes e matière de presse écrite, édition publibook , Paris, 2004,p 102.

أي ضرورة اشتراط إخلال الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية بقواعد المنافسة الحرة و المساس بها دونما لأي تفصيل آخر. وهذا الشرط أيضا تبناه المشرع الفرنسي هو الآخر واستلزم في بداية الأمر هذا الشرط في المادة 8 فقرة 2 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة، إلا أن عدل عن هذا الشرط بعد 2001 بموجب التعديل الذي حمله القانون الصادر في 15 ماي 2001 المتعلق بالأحكام الجديدة في مجال الضبط الاقتصادي، تخلى بذلك عن شرط مساس التعسف بقواعد المنافسة في السوق.<sup>1</sup> كما يعتبر السعر المعرض مخفضا بشكل تعسفي إذا كان يقل عن سعر الإنتاج والتحويل والتسويق<sup>2</sup> بحيث تشمل هذه الممارسة السلع التي تباع مباشرة من المنتج إلى المستهلك وكذا السلع التي تم تحويلها قبل إعادة بيعها<sup>3</sup>، ولا يشترط لحظر هذه الممارسة تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق، وبالتالي يسمح من خلال ذلك بمراقبة تصرفات وأسعار الأعوان الاقتصاديين حتى وإن لا يشغلون وضعية هيمنة على السوق لكن أثبت الواقع العملي أن الأساس الذي يسمح للعون الاقتصادي بممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي هو امتلاكه قوة أو سلطة على السوق.<sup>4</sup>

فبالإضافة إلى موضوعها المقيد للمنافسة يشترط توجيهها للمستهلك النهائي ولذلك يتحدد مجال هذه الممارسة وهي:

العروض والبيوع الموجهة مباشر من المنتج إلى المستهلك، العروض والبيوع الموجهة من الموزع إلى المستهلك الذي قام بتحويل السلعة بعد شرائها، وعلى أن تقل عن سعر الإنتاج والتحويل والتسويق<sup>5</sup> بحيث يكون هناك فيها تظليل لاعتقاد المستهلك لأنه عند عرض عليه سلعة ذات سعر منخفض يظن أنه هناك إنتاج وفير وذات جودة عالية بالتالي القضاء على نقص الإنتاج إلا أنه في الحقيق أخاضتهم المؤسسة في معركة الأسعار.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> -yves auguet ,droit de la concurrence(droit interne),ellipses, paris,2002, p.p 122.113.114.115.

<sup>2</sup> - Malaurie-Vignal Marie, op.cit,p 199.

<sup>3</sup> -Didier Paul, Didier Philipe, Droit commercial, introduction générale a l'entreprise commerciale, tome 1, édition economica, Paris, 2005, p.p., 565 et suite.

<sup>4</sup> - Frison-Roch marie Anne et PAYET marie-Stéphane op, cit, p.232.

<sup>5</sup> -Blaise jean Bernard, droit des affaires, commerçant concurrence, distribution, 2 éme édition, L.G.D.J.paris 2000, p 434.

<sup>6</sup> -Frison-Roch marie Anne et PAYET marie-Stéphane, op, cit, p229.

## المبحث الثاني: ميدان إباحة تبرير الممارسات المنافسة للمنافسة

إن الخروج من الوضعية الاقتصادية الحرجة، يتطلب تفعيل كل الميكانيزمات الممكنة لذا عمد المشرع الجزائري في مجال المنافسة إلى وضع أحد الحلول وهذا من خلال نص المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة التي جاء فيها: "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له.

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي من أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة." ومن هنا نلاحظ أن المشرع قد خالف المبدأ بخصوص حظره للممارسات المنافسة للمنافسة، وهذا ما يوضح جلياً أنه وإن كان المبدأ في قانون المنافسة هو حماية و ترقية المنافسة في السوق الجزائرية، إلا أن هذا المبدأ يقع في المرتبة الثانية مقارنة مع مبدأ آخر أهم هو حماية الاقتصاد الوطني ككل وتطويره، ما يؤدي بدوره إلى تحقيق أهداف اجتماعية وكذا سياسية، ومن الملاحظ أن تبني المشرع الجزائري لنفس الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في كل من القانون الفرنسي والأوروبي، غير أنه تمكن من التفرقة في عدم تطرق التشريع الجزائري لعنصر الاحتفاظ بحصة عادلة من الفائدة الناتجة عن هذه الممارسات للمستعملين، وكان لابد له عدم تجاهل هذا العنصر نظراً لأهميته حيث يعتبر المستعمل جزءاً من السوق، وعدم تطرق القانون الأوروبي بدوره إلى الإعفاء المتعلق بالنص القانوني، إلا أنه يخضع بعض الفئات من الاتفاقات إلى الإعفاء عن طريق أنظمة صادرة عن لجنة المجموعة الأوروبية. وبالتالي كيف يمكن للممارسات المنافسة للمنافسة ممنوعة أن تعتبر مشروعة بالرغم من أن فيها مساس بالمنافسة؟ وما هي الحالات التي تطرأ عليها لتخرجها من دائرة الحظر؟.

## المطلب الأول: تبرير تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي

لقد نص المشرع الجزائري صراحة ضمن المادة 09-1 من قانون المنافسة على مايلي: لا تخضع لأحكام المادتين 06-07 أعلاه، الاتفاقات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له..... " أي أنه أجاز القيام بمثل هذه الممارسات كلما سمح بذلك نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقه فقط، على غرار ما فعله المشرع الفرنسي الحديث في الفصل 10 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986. في حين نجد أن دائرة المنع هذه كانت أكثر اتساعا في القانون الفرنسي القديم، حيث أباح الأمر الصادر في 30 يونيو 1945 في الفصل 51 منه القيام بهذه الممارسات كلما سمح بذلك نص تشريعي أو تنظيمي كيفما كان نوعه.

بقراءة عبارات المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري و الفقرة 01 من المادة L.420-04 من التقنين التجاري الفرنسي التي تقرر أن الاتفاقات و الممارسات المحظورة و التي تتجم عن تطبيق نص قانوني تعفى من المتابعات الإدارية والقضائية<sup>1</sup> إذا فالسؤال هنا كيف يمكن لنص تشريعي صادر عن سلطة عليا في الدولة وهي السلطة التشريعية أن يمس بالمنافسة في السوق؟ قد يبدو هذا للوهلة الأولى أنه غير منطقي باعتبار أن السلطة التشريعية هي الضامن الأول لسن لقواعد التي تنظم السلوكات في مختلف في مختلف القطاعات في الدولة، وإصدارها لنص تشريعي يؤدي إلى إحداث ممارسات تعسفية قد يمس لا محالة بمصادقية هذه السلطة. ، ومواكبة المشرع لهذا التحول لاسيما في الجانب الاقتصادي تفرض عليه تغلب المصلحة العليا للبلاد، فمن النصوص التشريعية ما قد تسن لتنظيم قطاعات نشاط معينة، إلا أنها بطريقة أو بأخرى قد ينتج عنها ممارسات تعسفية، وقد جعل المشرع من وجود نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له استثناء على مبدأ منع الممارسات المقيدة للمنافسة وذلك لسببين: ضمان الاستقرار التشريعي الذي يعد أهم عوامل التطور الاقتصادي وتغليب المشرع المصلحة الاقتصادية العامة على المصلحة الخاصة للمتضرر من الممارسات المقيدة للمنافسة. ولا يقتصر هذا الاستثناء على النصوص التشريعية بل يمتد أيضا إلى النصوص التنظيمية، كما يلاحظ من نص المادة السابقة أنه يتوقف لتطبيق الترخيص بناء على نص قانوني وجوب توفر

<sup>1</sup> - l'article L.420-4.1, du code de commerce français:« Sont exemptées les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire prix pour son application... »

شرطين هما: التحقق من وجود نص قانوني يتيح الممارسة المقيدة للمنافسة وأنه نتج حتما عنها (الفرع الأول) وضرورة وجود علاقة بين النص القانوني والممارسة المقيدة لها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: من وجود نص قانوني يتيح الممارسة المقيدة للمنافسة وأنه نتج حتما عنها:

إن هذا الشرط يستوجب أن يكون النص المبرر للممارسات المقيدة للمنافسة ذو طبيعة تشريعية (قانون أو أمر)، أو تنظيمية (مرسوم تنفيذي، قرار إداري) اتخذ تطبيقا له وابتداء من صدور أمر 01 ديسمبر 1986 فإن النص المبرر الذي يعفي مرتكبي الاتفاقات و الممارسات المحظورة من العقاب لا يمكن لأن يكون نصا تنظيميا مستقلا

—مرسوما رئاسيا- كما لا يمكن أن يكون نصا إداريا غير تنظيميا مثل المنشور أو رسالة إدارية ولا يمكن أن يكون موقفا إدارية<sup>1</sup> ففي التطبيق العملي لهذا الاستثناء، يطرح هنا الإشكال عندما يتعلق الأمر بالنص التشريعي، لكن بالنسبة للنص التنظيمي فقد يطرح إشكالات عملية، حيث رغم أنه كان يطبق بمجال واسع من طرف مجلس المنافسة الفرنسية سابقا(سلطة المنافسة حاليا)، ليشمل كل مرسوم أو أمر أو منشور، إلا أنه يشترط أن تكون هذه النصوص مجرد تفسير شكلي للنص التشريعي، وبهذا فالتنظيمات واللوائح المهنية الداخلية تستثنى من النصوص التنظيمية وفقا لهذه المادة ولا يعفى من الحظر.

ومن التطبيقات العملية لمجلس المنافسة الفرنسي سابقا، في هذا الإطار رفضه تمسك مجموعة من الصيدليات المشكلة في اتفاق محظور بالاستثناء الناتج عن تطبيق قواعد النظام الداخلي المحدد لواجبات المهنة واتخاذ كمنص تنظيمي.<sup>2</sup> كما حدد مجلس المنافسة الفرنسي السابق والاجتهاد القضائي أن تكون الممارسات المرتكبة نتيجة حتمية لتطبيق النص الذي أثار النزاع، بعبارة أخرى يجب أن يكون عامل تقييد المنافسة، ناتجا مباشرة عن هذا النص لكي لا تخضع الممارسة للحظر المنصوص عليه في المادة 06 من القانون الجزائري والمادة L.420-01 من التقنين التجاري الفرنسي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - جلال مسعد، المرجع السابق، 107

<sup>2</sup> -galine rené, le droit de la concurrence, appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, litec, paris,1995.

<sup>3</sup> - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 108.

## الفرع الثاني: ضرورة وجود علاقة بين النص القانوني والممارسة المقيدة للمنافسة:

إن تدخل المشرع لترخيص بعض الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة وكما تم الإشارة إليه لا يكون إلا في ظروف ومجالات جد محددة، وبالتالي لا يستفيد من هذا الترخيص إلا تلك التي تثبت انتماءها إلى الفئة المحددة في النص، حيث يشترط أن تكون هناك علاقة مباشرة بين تواجد النص والممارسة المقيدة للمنافسة فإذا كان مثلاً ترخيص اتفاقات تحدد الأسعار في مجال معين، فلا تستفيد منه اتفاقات اقتسام الأسواق، أو اتفاقات اقتسام مصادر التمويل، ولا تستفيد أيضاً من تطبيق النص اتفاقات حول الأسعار التي تكون في نشاط ومجال آخر. إلا أن وجود نص تشريعي أو تنظيمي أتخذ تطبيقاً له لا يشكل الاستثناء الوحيد على حظر الاتفاقات والممارسات، خاصة في حالة تحقيق الاتفاق المحظور التطور التقني أو الاقتصادي أو الاجتماعي وهو ما يشكل الاستثناء الثاني التي يسمح بالترخيص بالاتفاقات التي كانت في الأصل محظورة.

## المطلب الثاني: تبرير ضمان التطور الاقتصادي أو التقني أو الاجتماعي:

ورد في النص على هذه العوامل في المادة 2/9 من قانون المنافسة الجزائري وهو تقريبا نفس الصياغة الواردة ضمن كل من الفقرة 2 من المادة 10 من الأمر الفرنسي لسنة 1986 الفقرة 3 من المادة 85 من اتفاقية روما ونص المادة 4-420 L. في الفقرة الثانية منها<sup>1</sup>.

بحيث تتمثل الأولى في مساهمة الممارسات المنافية للمنافسة في التطور الاقتصادي أو التقني والذي ينتج عنه تحسين الشغل ويتجلى التطور الاقتصادي في الزيادة في الإنتاج وعقلانيته، تحسين ظروف السوق، والآثار الايجابية على المستهلك في تحسين الخدمات المقدمة له وتطور وسائل إعلامه. أما الثانية تتمثل في مساهمته في تعزيز المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ووضعيتها في السوق. ويفسر ذلك لكون أن هذه الأخيرة التي هي في طريق النمو تفتقد إلى الوسائل والعناصر المؤهلة لمواجهة سيرورة السوق بهيكله العام، وفي هذه الظروف ومن أجل إعادة التوازن وتجنب انسحاب هذه المؤسسات يقوم مجلس المنافسة بتقدير معطياتها وإعطاء الأولوية لفرض مكانتها ولو

<sup>1</sup> - l'article L.420-4.2, du code de commerce français: « Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique y compris par la création ou le maintien d'emploi et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressée la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause... »

على حساب المنافسة، وذلك بالسماح لها بالقيام بممارسات تعسفية ولو من شأنها تقييد المنافسة، على أن يكون هذا الترخيص تفرضه حقيقة وضعية السوق، مع اشتراط أن يكون تأثير هذه الممارسات بسيط ولا يمس السوق بصفة جوهرية.<sup>1</sup>

في حين يشترط كل من القانون الفرنسي والأوروبي بالإضافة إلى التقدم الاقتصادي أو التقني، ضرورة استفادة المستعملين من نتائج الممارسة وبدون فرض على المؤسسات المعنية تقييدات غير ضرورية لبلوغ هذه الأهداف، مع عدم منحها إمكانية إقصاء المنافسة بالنسبة لجزء مهم من المنتجات المعنية. لذا فإن الظروف الاقتصادية لها تأثير واسع ومباشر ليس فقط على صياغة القواعد المتعلقة بالمنافسة، لكن حتى في تطبيقها حيث يؤخذ بعين الاعتبار وضعية السوق و العوامل الأخرى الناتجة عن حركتيه لتقدير آثار الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة، وما يترتب عنه أنه تستثنى من الحظر كل الاتفاقات التي تستجيب لهذه العوامل الاقتصادية (الفرع الأول)، بعد ترخيصها من طرف مجلس المنافسة وفق الإجراءات المحددة (الفرع الثاني).

#### **الفرع الأول: محتوى العوامل الاقتصادية:**

ترتبط العوامل الاقتصادية بمعطيات السوق، وهي تمثل الجوانب الايجابية التي يمكن أن تحققها الممارسات المقيدة للمنافسة والتي تكون سبب الإعفاء والمتابعة. ومن خلال نص المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري فإنه يمكن تحديد ظروف الترخيص في حالتين: تتمثل الأولى في مساهمة الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة في التطور الاقتصادي أو التقني والذي ينتج عنه تحسين التشغيل، والثانية في مساهمتها في تعزيز المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لوضعيتها في السوق.

#### **أولاً: مساهمة الممارسات في التقدم الاقتصادي والتقني وتحسين التشغيل:**

إن أول ملاحظة يمكن إبدائها قبل التطرق للشروط الموضوعية الواجب توفرها من أجل الترخيص بأي ممارسة محظورة يحقق التطور في جميع المجالات، هو أن المشرع في متن المادة 09 الفقرة 02 من الأمر 03-03 السالف الذكر، نصت على ضمان التطور الاقتصادي(أو) التقني (أو) الاجتماعي. ويعتبر هذا، في الحقيقة، توسعاً منه إذ لم يشترط أن يضمن الاتفاق أو الممارسة المحظورة التطور الاقتصادي (و) التقني (و) الاجتماعي بل اكتفى من أجل ترخيص هذه الممارسات أن يضمن على الأقل أحدها فقط.

<sup>1</sup> - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 178.

إلا أن المشكل المطروح هو أن المشرع لم يوضح لا معايير ولا خصائص ولا حتى شروط هذا التطور التقني أو الاقتصادي أو الاجتماعي المطلوب. بصورة أعم يتعلق التطور الاقتصادي والتقني بتحسين الإنتاجية وهذا عن طريق تخفيض التكاليف وتحسين ظروف التوزيع والتنسيق بين الاستثمارات استعمال التكنولوجيات المتطور... كما يتعلق الأمر أيضا بتحسين ظروف السوق وذلك بتنسيق جيد بين العرض والطلب، وزيادة الصادرات وتحسين مستوى الخدمات<sup>1</sup>.

وإن تقدير مساهمة الممارسات المقيدة للمنافسة لا يكون إلا بتوفر عدة شروط أهمها أن يتحقق التقدم الاقتصادي فعلا أي أن يكون مقترن بوجود نتائج ملموسة، فعلية وكافية، وفي هذا الصدد لا يؤخذ بعين الاعتبار مجرد نية الأطراف في تحقيق هذه الآثار والتي تبقى بدون نتيجة<sup>2</sup>، هذا بالإضافة إلى وجود علاقة مباشرة بين ممارسة المقيدة للمنافسة والتقدم الاقتصادي بحيث تكون الآثار الايجابية التي ساهمت في التطور الاقتصادي هي نتيجة مباشرة منها أي لا يجب أن لا تدخل عوامل أو وسائل أخرى في تحقيقه. نؤكد في الأخير أن المشرع في المادة 09 فقرة 2 من الأمر 03-03 السالف الذكر التطور الاقتصادي التقني إلى جانب التطور الاجتماعي وذلك لأن كل واحد منهم مرتبط بالآخر، ففيما يخص التشغيل فقد انتهجت سياسة الجزائر في السنوات الأخيرة إلى تشجيع كل سبيل لتوفير مناصب شغل خاصة بعد ارتفاع معدل البطالة في المجتمع الجزائري لأنه يتيح الاستفادة من الخبرات ومهارات قد تتوفر لدى العمالة المعطلة<sup>3</sup>، وكان من بين الحلول المعتمدة إنشاء العديد من الهيئات الهياكل التي تهتم بحل هذه المشكلة، نذكر منها: الوكالة الوطنية للتشغيل والوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب. وهذه الأخيرة ساهمت بفسط كبير بشكل مباشر في خلق المؤسسات الصغيرة المتوسطة التي أصبحت اليوم تحتل مكانة كبيرة في الاقتصاد الوطني بالنظر إلى المزايا التي تحققها.

<sup>1</sup> - francis le fevre, droit des affaires concurrence et les transports maritimes, éditions moreux, 1998.

<sup>2</sup> - véronique selinsky, l'entente prohibée a travers les avis de la commission technique des ententes et des positions dominantes, librairies techniques, paris, 1979.

<sup>3</sup> - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 180.

## ثانيا: مساهمة الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة في تعزيز وضعية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في السوق:

فإلى جانب توفير مناصب الشغل ساهمت المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في تحسين المنتج الوطني نوعا وكما هو ما يفسر اتجاه السياسة الاقتصادية الحالية إلى دعم هذه المؤسسات مسايرة لهذه السياسة رخص المشرع من خلال الفقرة 2 من المادة 09 من الأمر 03-03 السالف الذكر بالاتفاقات المحظورة التي من شأنها خلق مناصب شغل أكبر عدد ممكن من البطالين من جهة، ومساعدة المؤسسات الصغيرة المتوسطة على تحسين وضعيتها التنافسية في السوق مما يعكس اعتماد المشرع لمعيار براغماتي بتغليب المصلحة الاقتصادية على الأضرار الآنية أو حتى المستقبلية التي يمكن أن تتحملها مؤسسة معينة بسبب اتفاق أو ممارسة محظورة.

كما تجدر الإشارة إلا أنه وحتى يتم الترخيص بهذه الاتفاقات المحظورة التي تضمن التطور الاقتصادي أو التقني أو الاجتماعي، فلا بد من إثبات علاقة سببية بين التطور والاتفاق أو الممارسة المحظورة. نلاحظ على نص المادة 9 من الأمر 03-03 السابق الذكر أن المشرع قد ألزم المؤسسات بإخطار مجلس المنافسة بوجود الاتفاقات المحظورة سواء تعلق الأمر بالاتفاقات أو بالممارسات المحظورة تعتبر هذه نوع من الرقابة المفروضة على هذه الممارسة المقيدة للمنافسة. إلا أن الإشكالية المطروحة هنا هي هل هذه الرقابة رقابة قبلية أم رقابة بعدية؟ من خلال صياغة نص المادة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة نستشف أن الرقابة التي تفرض في هذا الحالة هي رقابة قبلية وهو ما يتضح من خلال استعمال المشرع لصيغة "المضارع" خاصة في الفقرة الثانية من المادة 9 السالفة الذكر: "...يرخص بالاتفاقات الممارسات إلي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي..."

من جهة أخرى يثير نص المادة 09 من الأمر 03-03 السالف الذكر إشكالية مهمة هي: هل يمكن أن تستفيد من أحكام المادة 09 من الأمر 03-03 المذكورة أعلاه الاتفاقات المحظورة بعد إبرامها وأثناء تنفيذها خاصة في حالة عدم إخطار مجلس المنافسة بها؟ للأسف لا نجد الإجابة عن هذه الإشكالية في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة لذلك نتمنى أن يملأ هذا الفراغ اجتهاد مجلس المنافسة.

## الفرع الثاني: مراعاة الإجراءات الشكلية:

إن تطبيق الاستثناءات الواردة على حظر الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة لا يتوقف فقط على مجرد توافر تلك الشروط الموضوعية من تقدم اقتصادي أو تقني أو التمسك بظروف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، بل يشترط أيضا أن تراعى فيها إجراءات شكلية تتمثل في شرط الترخيص من طرف مجلس المنافسة مع تحمل المؤسسات عبء الإثبات من طرف أصحابها.

### 1- شرط الترخيص من مجلس المنافسة:

يعتبر ترخيص مجلس المنافسة إجراء جوهري للاستفادة من رفع الحظر باعتباره الهيئة المتخصصة لذلك في مجال المنافسة، والمشرع الجزائري نص صراحة على هذا الإجراء في المادة 09 من قانون المنافسة والتي تنص على أنه: "... لا يستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص مسبق من مجلس المنافسة." ويخضع أيضا إلى نفس الإجراء التصريح بعدم التدخل، لكن إذا كان النص المتعلق بالترخيص لم يبين إجراءات الحصول على هذا الأخير، إلا أن التصريح بعدم التدخل حدد له القانون إجراءات خاصة منصوص عليها في إطار المرسوم التنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005 يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضع الهيمنة على السوق.<sup>1</sup> حيث توضح المادة الثانية من هذا المرسوم مضمون هذا التصريح كما يلي: "التصريح بعدم التدخل .. تصريح يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية، يلاحظ المجلس بموجبه عدم وجود داع للتدخل بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من الأمر 03-03..." وتتخلص إجراءات طلب هذا التصريح، في تقديم طلب من طرف المؤسسات المعنية أو ممثلوها القانونيين، ويرفق هذا الأخير بالقانون الأساسي للمؤسسة، مع بيان الحصائل المالية الثلاثة الأخيرة، مصادق عليها من طرف محافظ الحسابات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المؤرخ في 12 ماي 2005 يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضع الهيمنة على السوق، الجريدة الرسمية عدد 35 المؤرخة في ماي 2005.  
<sup>2</sup> - المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المرجع السابق.

كما يودع الملف في 05 نسخ لدى الأمانة العامة لمجلس المنافسة مقابل وصل استلام، أو يرسل إليها بواسطة إرسال موسى عليه.<sup>1</sup> ويفصل مجلس المنافسة في الطلب بعد دراسة الملف من طرف المقرر.<sup>2</sup>

## 2- تحمل المؤسسات عبئ الإثبات:

إن إجراءات التحليل الاقتصادي التي تقوم بها أجهزة حماية المنافسة للاتفاقات والممارسات لتقدير أثارها يكون بمقارنة الجانب الايجابي بالجانب السلبي، حيث يعبر تحقق الأول محور الترخيص، وعبئ الإثبات يقع على المؤسسات التي تكون أطراف في الممارسة لبيان درجة مساهمة اتفاقها في التطور الاقتصادي أو الاجتماعي أو التقني.

وفي هذا الصدد يفترض محاولة أطراف الممارسة المحظورة بيان ايجابيات ممارستهم، اعتراف مسبق من طرف هؤلاء بوجود اتفاقهم أو وضعية الهيمنة أو التبعية وتعسفهم في استغلالها، أي إقرارهم بوجود الممارسة المقيدة للمنافسة- ويعتبر هذا الشرط ضروري- وفي حالة غيابه يكون قرينة على سوء نيتهم، وتؤخذ في هذه الآثار الايجابية كظروف للتخفيف فقط.<sup>3</sup>

والمشرع الجزائري أخذ بنفس موقف المشرع الفرنسي بالنسبة لعبء الإثبات وهذا ما اشترطه صراحة في نص المادة 09 السابقة الذكر، والتي تنص على: "... يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها..." وتقابلها المادة L.204-04 من القانون التجاري الفرنسي والتي تنص: «...dont les auteurs peuvent justifier...» فجعل عبء الإثبات تتحمله المؤسسات يمكن تبريره بالبحث عن الجدية لإقرار حالات الترخيص، وبالتالي لا يسمح اللجوء إلى المجلس للاستفادة من هذا الجراء، إلا من كان يملك معطيات واقعية، حقيقية وبالقدر الكاف عن مساهمة الممارسات المقيدة للمنافسة في التقدم الاقتصادي. وللتخفيف أيضا على مجلس المنافسة من عدد القضايا لكي يؤدي مهامه في أحسن الظروف.

<sup>1</sup> - المادتين 06-07 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المرجع السابق.

<sup>2</sup> -véronique selinsky ,op ,cit ,p 311.

<sup>3</sup> - véronique selinsky ,op ,cit ,p.p. 312,313.

## خاتمة

في الأخير يمكن القول أن المشرع ومن خلال وضعه لقواعد قانون المنافسة حاولوا التوفيق بين غايتين أساسيتين الأولى تتمثل في حماية المنافسة وحظر كل ممارسة يمكن أن تؤدي لتقييدها أو المساس بها، والتي تتمثل في الاتفاقات المحظورة وكذا الممارسات العسفية لها، هذا ويتعين توافر شروط معينة أولها للقول بوجود هذه الممارسة وثانيهما ضرورة المساس بها. والثانية اقتصادية وتتمثل تحقيق الفعالية الاقتصادية *économie efficiency* والزيادة في الإنتاج *increase of output* وماينجر عنها من آثار اجتماعية تفيد الغاية الأولى، وبهذا يكون قد ساهم المنهج الجزائري إلى حد ما في توفيقه بين فرض حماية للمنافسة من جهة والسهر على تحقيق هذه الأخيرة آثارا ايجابية على الاقتصاد الوطني والصالح العام من خلال التطور الاقتصادي أو التقني أو الاجتماعي ، أو كانت ناتجة عن تطبيق لنص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له.