الممارسات الإستئثارية في ظل قانون المنافسة الجزائري

Exclusive Practices in Algerian Competition Law

تاريخ استلام المقال: 2018/10/12 تاريخ قبول المقال للنشر: 2018/12/10 تاريخ نشر المقال: 2018/12/20

د. برحو وسيلة

جامعة محمد بن أحمد، وهران 2- الجزائر

ملخص:

إنَّ أولى أهداف قانون المنافسة هو ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفعالية الاقتصادية، وللوصول إلى هذا الهدف قام المشرع الجزائري بالتدخل بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بحظر جميع الممارسات التي تعيق أو تعطل اللعبة التنافسية في السوق، والتي أطلق عليها تسمية "الممارسات المقيدة للمنافسة".

إلا أن هناك بعض الممارسات التي حاول المشرع التدخل في العديد من المواطن للتأكيد على هذا الحظر، بل والتوسع في مجال حظرها نظرا لخطورتها على المستوى السوق الجزائرية والتي أطلق عليها المشرع بالممارسات الاستئثارية، والتي حاولنا معالجتها في هذه الدراسة ووضحنا مواطن الاختلاف بينها وبين باقي الممارسات المقيدة للمنافسة.

الكلمات المفتاحية: الاستئثار ؛ عقد؛ مؤسسة اقتصادية؛ المنافسة؛ السوق؛ التعسف؛ الاتفاقات المحظورة.

Abstract :

The first objective of competition law is to ensure the proper functioning of the market and to improve economic efficiency. In order to achieve this objective, the Algerian legislator intervened with Ordinance 03/03, modified and completed, to prohibit all practices that hinder or disrupt the free play of competition.

However, the legislator has tried to intervene with many practices in order to confirm and extend this prohibition because of its gravity in the Algerian market, and which it has qualified as exclusive practices. Our study allows to treat this practice and try to compare it with other anticompetitive practices.

Keywords: Exclusive; contract; company; competition; market; abuse; entente.

مقدمة:

تعتبر المنافسة ركنا أساسيا من أركان الاقتصاد الحر وعنصرا فعالا من عناصر استمرار النظام الاقتصادي، والتي سوف تنعكس إيجابا على الأطراف الناشطة في السوق، وإن كان الواقع العملي أثبت استحالة تحقيق منافسة مثلى أو كاملة، إلاَّ أنه لا ضير من إيقاظ روح المنافسة بين المؤسسات الاقتصادية من حين لآخر من أجل توفير بيئة محفزة للنشاط الاقتصادي.

ذلك أنَّ الحياة التنافسية بين المؤسسات الاقتصادية لا تستقيم إلا بالبحث والتحري عن الممارسات المعيقة للمنافسة الشريفة ومحاربتها بشتى الوسائل القانونية والمؤسساتية، فإنَّ الإرادة الصارمة للمشرع

الجزائري كانت بالمرصاد، ولعل أبرز دليل على ذلك هو إدراج فصل كامل يحظر كل الممارسات التي تعيق أو تقيد المنافسة، أطلق عليه تسمية: الممارسات المقيدة للمنافسة،

إلا أن ما يلفت الانتباه من خلال استقراء التعديلات التي طرأت على هذه الممارسات، نجد أن المشرع الجزائري استحدث مؤخرا ممارسة جديدة ضمن قائمة الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث أنه نظم هذه الممارسة بموجب المادة10 من الأمر03/03[1] والتي لم يأت على ذكرها في الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى)[2]، والمتمثلة في: ممارسة عقد شراء إستئثاري لاحتكار التوزيع في السوق، حيث جاء هذا الحظر في نص المادة السالفة الذكر بأنه: "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو حد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استئثاري يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق."

إلا أنه وبمناسبة تعديل المشرع الجزائري للأمر03/03 سنة 2008[3] أعاد صياغة المادة العاشرة منه بطريقة مختلفة تماما عما كانت عليه سابق، لا من حيث المضمون، ولا من حيث الشكل، والتي أصبحت تنص على أنَّه: "تعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه، يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر."

إنَّ القراءة الأولية لهاتين المادتين تظهر أنهما تدور فكرتهما حول الاستئثار أو الحصرية، إلاَّ أنَّه في ظل النص القديم كان المشرع الجزائري يمنع ويحظر عقد شراء الإستئثاري لاحتكار عقود التوزيع، أما في ظل النص الجديد أصبح يحظر كل الممارسات الإستئثارية (سواء تجسدت في شكل أو عمل).

والإشكالية التي تطرح نفسها في هذا المقام، ماذا نعني بالممارسات الاستئثارية؟ وماهي الشروط الواجب توافرها في هذه الممارسة لاعتبارها من ممارسات المقيدة للمنافسة؟

نظرا لحداثة هذه الممارسة كان لزامًا علينا التحري على معناها الحقيقي، ومحاولة رسمٍ لمعالمها بناء على ما جاءت به هذه المادة وما توصل إليه الفقه الجزائري، ومقارنتها بما جاء في التشريع الفرنسي والأوروبي، ثم تحديد الشروط اللازمة لاعتبار هذا التصرف من الممارسات المقيدة للمنافسة. وذلك وفق المخطط التالي:

---

[1]– الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو2003، ص 25.

[2]– الأمر رقم 06/95 المؤرخ في25 جانفي 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد9، الصادر بتاريخ 22 فيفري 1995، ص13.

[3]– القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو2008، ص11.

المبحث الأول: مفهوم الممارسات الاستئثارية

المطلب الأول: تحديد مفهوم الممارسات الاستئثارية في ظل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

المطلب الثاني: تحديد الممارسة الاستئثارية في ظل القانون 12/08 المتعلق بالمنافسة.

المبحث الثاني: شروط قيام الممارسات الاستئثارية

المطلب الأول: الشروط الشكلية لقيام ممارسة استئثارية.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لقيام ممارسة استئثارية

***

المبحث الاول: مفهوم الممارسات الاستئثارية

تدخل المشرع الجزائري-كما قلنا سابقا- بموجب المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم من أجل استحداث ممارسة جديدة ضمن طائفة الممارسات المقيدة للمنافسة، والتي لم يَأتِ على ذكرها في الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة الملغى.

إن المُتتبع للتعديلات الواردة على قانون المنافسة الجزائري، يجد أنَّ المشرع لِدلالة على هذه الممارسة استعمل مصطلحا غريبًا نوعا ما وجديدا في نفس الوقت وهو "الاستئثار"، كما يَخلُص أيضا إلى أنَّ هذه الممارسة تغيرت ملامِحها أكثر من مرة، ممَّا يَستوجب علينا ضرورة تحديد المفهوم السليم لهذه الممارسة، وإبراز أهم ما يميزها عن باقي الممارسات المتوفرة في قوانين المنافسة المقارنة، وُصولا إلى رسمِ الأركان العامة لقيام هذه المخالفة.

المطلب الاول: تحديد مفهوم الممارسات الاستئثارية في ظل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة

لتحديد مفهوم الممارسات الاستئثارية، وجب تتبع المصطلحات التي استعملها المشرع الجزائري، وكذا التعديلات التي لحقت بالمادة العاشرة من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

بالرجوع إلى أحكام هذه المادة، نجد أنَّ المشرع الجزائري حصر حدود هذه الممارسة المحظورة بعقد الشراء الاستئثاري دون غيره من العقود الأخرى، والذي عرف هذا العقد منذ القدم تحت تسمية "عقد البيرة contrat de bière" نظرا لكثرة استعماله في مجال توزيع المشروبات الكحولية، كما عرف هذا العقد في مجال توزيع الوقود تحت تسمية "عقد خدمة المحطة contrat de station-service"[1].

[1]- Blaise Jean- Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 6éme edition, lextenso édition, LGDJ, 2011 , p.602

ما يلاحظ على المشرع الجزائري في ظل هذه المادة أنَّه استعمل لأول مرة مصطلح "عقد الشراء"، رغم أنَّه عندما تناول العلاقة التي تربط بين البائع والمشتري في القانون المدني أطلق عليها تسمية "عقد البيع"، وهذا ما يعتبر خروجا عن المألوف أو القاعدة باستعماله "عقد الشراء بدل عقد البيع"، ولعل التفسير الوحيد لهذا الفرض هو هدف المشرع للتركيز بشكل مباشر على المستفيد الأول من العقد هو "المشتري[1]".

كما يلاحظ أيضا، أنَّ المشرع الجزائري لم يأت بتعريف لعقد الشراء الإستئثاري، إلاَّ أنَّ هذا الأمر لا يحول دون إمكانية استنتاج تعريفا له استنادا للعناصر المذكورة في المادة نفسها وما توصل إليه الفقه الفرنسي.

وعليه، فعقد الشراء الإستئثاري:"هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع اتجاه المشتري بأن يستأثر هذا الأخير دون غيره للحصول على السلعة موضوع العقد لهدف توزيعها في السوق المعنية بصفة احتكارية[2].

بمعنى أدق يلتزم المشتري بموجب عقد الشراء الاستئثاري بألا يقوم بالتموين من سلعة معينة(تم التعاقد عليها)، إلاَّ من قبلِ البائع المتعاقد معه بموجب هذا العقد أو الشخص الذي يعينه له البائع[3]، فالالتزام الأساسي في هذا العقد يقع على عاتق المشتري.

ومن الملاحظات التي يمكن استخلاصها أيضا من المادة السالفة الذكر، أن المشرع الجزائري بعد تخصيصه للممارسة الاستئثارية بعقود الشراء الاستئثاري، اكتفى بذكر آثارها في السوق المعنية، واعتبرها من قبيل الممارسات المعرقلة للحرية التنافسية أو التي تحد منها أو تخل بها، وكنتيجة حتمية لذلك، فإنّهاَ من المحتمل أن تسمح لمرتكبها احتكار التوزيع في السوق المعنية.

في حقيقة الأمر، ما جاءت به المادة 10 مبهم وغير كاف للتعبير الصريح عن موقف المشرع الجزائري من هذه الممارسة، والسؤال الذي تبادر إلى أذهاننا: هل هذه الممارسة محظورة؟ وإن صادف واعتبرناها كذلك فمتى يتحقق هذا الفرض؟

إنَّ استقراء المادة السالفة الذكر، يفيد أنها لم تحظر ولم تمنع صراحة ممارسة شراء استئثاري، بل اكتفت باعتبارها معرقلة للمنافسة أو تحد منها أو تحل بها، عكس ما جاءت به المادة 6 (من نفس الأمر) مثلا، التي أشارت إلى أن الممارسة المعنية بهذه المادة مقيدة للمنافسة، واستهلت نصها بمصطلح:" يحظر..."،. وهذا الحل أقرب منه إلى المنطق والمقبول كونه ينفي الوقوع في الشبهات[4].

---

[1]- بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،2013-2014، ص78.

[2]- المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم.

[3]- Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.602.

[4] - بدرة لعور، مرجع سابق، ص79.

أخيرا، يمكن الجزم أن هذه المادة لا نجد مقابل لها في التشريع الفرنسي والأوروبي، ولعل السبب بسيط كون الممارسات أو العقود الاستئثارية لا تعتبر محظورة أو ممنوعة في حد ذاتها، إلاَّ أنَّه يمكن أن تصبح كذلك إذا اتخذت شكل اتفاقا محظورا أو تعسف في استغلال وضعية الهيمنة، وكذا التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وفي هذه الحالة يجب مراعاة الأثر أو الهدف المقيد للمنافسة تطبيقا لأحكام المادتين(1 -420 L و2-L420 من ق ت ف)، ولذلك لم يفرد لها المشرعان الفرنسي والأوروبي أحكاما خاصة.[1]

المطلب الثاني: تحديد الممارسة الاستئثارية في ظل القانون 12/08 المتعلق بالمنافسة

إنَّ التعديل الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري لسنة 2008 غيَر اتجاهات المادة 10، وجعلها أكثر شمولية مما كانت عليه، فلم تعد تقتصر هذه الممارسة فقط على عقود الشراء الإستئثاري، بل أصبح يدخل في إطار هذا الحظر:"... كل عقد و/ أو عمل مهما كانت طبيعته وموضوعه[2]...".

وعليه، فإنَّ هذه الممارسة لم تعد محصورة في شكل واحد بل أصبح لها عدة أشكال(عقد، اتفاق، ممارسة، عمل) مهما كانت طبيعتها أو موضوعها، وهذا ما يجعلنا نقارب هذا المفهوم مع ما ينطبق على الاتفاقات الأفقية والعمودية، إلا أنه شتان بين الممارستين ولا بأس من بعض التوضيح.

بالتدقيق في مضمون المادتين 6 و10 من الأمر03/03 المتعلق بالمنافسة، نجد أنهما يشتركان في مسألة تقيد وعرقلة المنافسة في السوق، الأمر الذي يتوجب معه القمع ومعاقبة مرتكبيها، إلاَّ أنَّ تأثير الاتفاقات المحظورة في السوق أوسع وأشمل، وهذا ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة 6 من الأمر03/03:"...لاسيما..."

أما بالنسبة للممارسات المنصوص عليها في المادة 10، فإن الأثر الوحيد الذي ترتبه على السوق هو السماح لمرتكبها الاستئثار على نشاط يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة[3].

بالمقابل، فإن التدقيق في العناصر المشكلة للاتفاق المحظور نجد تعدد وتنوع في الأشكال التي يتخذها هذه الممارسة في الحياة العملية، والتي حاولت المادة 6 من الأمر 03/03 تسليط الضوء على أهمها بقولها:"ممارسات، أعمال مدبرة، اتفاقات، اتفاقيات...".

بينما تتجسد الممارسات الاستئثارية بموجب المادة10في صورة:"...كل عقد و/أو عمل..."وهذا ما يجعل المقاربة بينهما كبيرة إلى حد القول أن الممارسات الاستئثارية ما هي إلاَّ نموذج أو صورة من صور

---

1 – إيمان بن وطاس، مسؤولية العون الاقتصادي(في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي)، دار هومه،2011، ص125.

2– المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

3 – بدرة لعور، مرجع سابق، ص83.

الاتفاق المحظور[1]، وهذا ما يفسر فعلا غياب نص مستقل في القانون الفرنسي والقانون الأوروبي خاص بها. ضف إلى ما قيل، أن المشرع الجزائري –في إطار تعديله للمادة السابقة الذكر–أوضح نهائيا موقفه من هذه الممارسة، إذ جاء في صلب هذه المادة أن هذه الممارسة تمس بقواعد اللعبة التنافسية وهي محظورة، متفطنا للغموض واللبس الذي اعترى المادة 10 من الأمر 03/03 قبل التعديل. وما يثير الانتباه أكثر في مسألة الحظر، أن هذه الممارسة تعتبر في حد ذاتها ممارسة محظورة وهذا عكس ما نجده في الصور الأخرى للممارسات المقيدة للمنافسة (المواد6، 7، 1و12) من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والتي تعتبر أن أصل هذه الممارسات مشروعا ماعدا تلك التي تخل أو تحد من المنافسة في السوق المعنية.

وأخيرا، غاب على المادة 10 قبل التعديل تحديد بدقة الأطراف المعنية بهذه الممارسة، حيث جاء في صلبها:"...تسمح لصاحبها..."، الأمر الذي كان يفتح آنذاك الباب لجميع الافتراضات والتكهنات، إلا أن هذا الأمر تم حله من خلال تدخله الأخير، إذ حدد بشكل دقيق المعنيين بهذه المادة وهي:"المؤسسة".

ونخلص في النهاية، أنَّ المشرع الجزائري أدرج الممارسة الاستئثارية ضمن من منظومته التشريعية إلاَّ أنَّه لم يفرد لها تعريفا خاصا بها كما فعل بمصطلح ""السوق[2]"، و"المؤسسة[3]"...

الأمر سيتطلب معه اللَّجوء إلى الفقه والقضاء، إلا أننا نلمح تغييبا كبيرا لهذه الممارسة في الدراسات القانونية الجزائرية، وكذا الاجتهاد القضائي، لهذا سنحاول تحديد هذه الممارسة من خلال ما جاء في نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

ومن خلال العرض السابق وبناءً على ما تم استنتاجه، نجد أنَّ إعطاء تعريف لهذه الممارسة يتطلب قبل كل شيء تحديد العناصر الواجب توفرها لاكتمال معالمها، ويمكن استخلاصها من المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وتتمثل هذه الأخيرة فيما يلي:

–وجود عقد و/أو عمل استئثاري.

–أن يُمارس هذا العقد و/أو العمل من قبل مؤسسة اقتصادية.

---

[1]– نفس المرجع، ص83.

[2]– عرفت المادة 2/3 من الأمر 03/03 المتعلق المنافسة المعدل والمتمم السوق بأنه: "ب– السوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسة مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية

[3]– المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة: " كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات."

-أن يَسمح هذا العقد و/أو العمل إستئثار ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

-ضرورة توافر عنصر الاستئثار.

-مساس هذا العقد و/أو العمل مهما كان شكله وموضوعه بالمنافسة من خلال (عرقلتها أو الحد منها أو الإخلال بها).

المبحث الثاني: شروط قيام الممارسات الاستئثارية.

إنَّ اكتمال ملامح هذه الممارسة يتطلب اجتماع جملة من الشروط والعناصر حددتها أحكام المادة 10من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وفيما يلي شرح لها بالتفصيل:

المطلب الاول: الشروط الشكلية لقيام ممارسة استئثارية

إن قيام ممارسة استئثارية يتطلب توافر شروط شكلية حددتها المادة العاشرة من الأمر 03/03 السالف الذكر بصفة دقيقة، وفيما يلي سرد لهذه العناصر.

1.1.2 أن نكون أمام عقد و/أو عمل استئثاري

حرص المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة السالفة الذكر على توسيع دائرة الحظر، فبعدما كان يقتصر حدود الممارسة في مجال عقود الشراء الاستئثاري، أصبحت الممارسة المحظورة تشمل كل **عقد** و/أو **عمل** مهما كانت طبيعته أو موضوعه.

لعل الهدف الرئيسي الذي ابتغاه المشرع الجزائري من وراء هذه الشمولية هو تضييق النطاق على مرتكبي هذه الممارسة، وبسط حماية أشمل للمعاملات الاقتصادية واللعبة التنافسية في السوق المعنية الجزائرية.

2.1.2 أن تُمارس هذا العقد و/أو العمل مؤسسة اقتصادية.

كما قلنا سابقا، أن هذا العنصر كان مغيبا في ظل نص المادة 10 من الأمر 03/03 قبل التعديل، لهذا كان من المناسب جدا تدخل المشرع سنة2008 لتخفيف الغموض الذي رافق صدور هذه المادة.

وعليه يطبق هذا الحظر على المؤسسات الاقتصادية بمفهوم الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وما يلاحظ على المادة 10 منه جاءت على ذكر المؤسسة بصفة فردية وليس بصيغة الجمع، وهذا ما يدل على أن الممارسة قد ترتكب من قبل مؤسسة واحدة دون الحاجة إلى إجماع المؤسسات.

ويقصد بالمؤسسة وفقا لأحكام المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة: " كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات."

ومن تم يمكن تحديد وحصر الأشخاص التي تدخل تحت غطاء المؤسسة في ظل المادة 3 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم[1] فيما يلي:

–أشخاص القانون الخاص، ويدخل في هذا الإطار:

*الأشخاص الطبيعية التي تمارس نشاطا اقتصاديا.

*الأشخاص المعنوية (الشركات التجارية مهما كان شكلها وموضوعها، المنظمات والتنظيمات، التعاضيات، نقابات الأجراء، الأشخاص الخاصة المستثمرة في إطار مهمة تتعلق بالمرفق العام).

–أشخاص القانون العام، إذا تصرفت فعلا كمؤسسة في إطار المجال التنافسي الصناعي والتجاري.

3.1.2 أن يسمح العقد و/أو العمل إستئثار ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

تعد الممارسات الإستئثارية بمفهوم المادة 10 من القانون 12/08 المتعلق بقانون المنافسة محظورة ومخلة بقواعد المنافسة في حد ذاتها مهما كانت الظروف التي تحيط بها، وما يلاحظ على هذه المادة أنها توسعت كثيرا في مجال تطبيقها، فبعدما كانت تخص نشاطا واحدا وهو التوزيع أصبح التعديل الجديد يشمل جميع القطاعات التي تدخل في مجال تطبيق المادة 02 من ق 02/08[2] التي تنص على أنه : تطبق أحكام هذا الأمر على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها الاستيراد وتلك التي يقوم بها.... الصفقات العمومية إبتداء من الإعلان عن المناقصة ...."

إلا أن هذه المادة تعدلت مرة أخرى بموجب المادة 02 من القانون رقم 05/10[3] التي جاء كالآتي:

" ..... تطبق أحكام هذا الأمر على مايأتي :

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

- الصفقات العمومية بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...."

1– محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2013، ص49.

2– القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص11.

3 – القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 غشت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية، العدد46، الصادر بتاريخ 18 غشت2010، ص10.

بالتالي، فإن كل عقد و/أو عمل مهما كان موضوعه أو طبيعته يحاول الاستئثار على نشاط الإنتاج، نشاط التوزيع، نشاط الاستيراد الوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، فإنها تعتبر محظورة وممنوعة من الأساس ولا تحتاج السلطات الرقابة البحث عن الهدف أو الأثر المقيد للمنافسة لأنها حسب المشرع الجزائري في حد ذاتها مقيدة ومعرقلة لقواعد اللعبة التنافسية في السوق المعنية.

لا تكتمل ملامح هذه الممارسة إلا بتوافر شروط موضوعية يمكن استخلاصها من المادة نفسها التي حظرت هذه الممارسة.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لقيام ممارسة استئثارية.

لا تكتمل ملامح هذه الممارسة إلا بتوافر شروط موضوعية يمكن استخلاصها من المادة نفسها التي حظرت هذه الممارسة، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1.2.2 ضرورة توافر عنصر" الاستئثار".

استعمل المشرع الجزائري مصطلح الاستئثار لأول مرة في القانون رقم 10/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بالمؤلف والحقوق المجاورة[1]، ولعل الغرض الرئيسي الذي ابتغاه المشرع الجزائري آنذاك هو حماية حقوق المؤلف، فعنصر الاستئثار يعد أحد مقومات هذه الممارسات وأساسها، كونه يهدف في الأساس لحماية وضمان أمن المتعاقدين[2]، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الفرض ماذا نعني بالاستئثار؟

مفهوم الاستئثار لغة: استأثر(اسم): استأثر/ استئثار ب، يستأثر، استئثارا، فهو مستأثر، والمفعول مستأثر، ويقال استأثر الله فلانا/ استأثر الله بفلان توفاه، استأثر بالشيء: خص به نفسه، استبد وانفرد به، استأثر البخيل بماله، الاستئثار بالحكم أمر يتنافى ومبادئ الحرية، استأثر الموضوع باهتمام كبير، استأثر بالانتباه: استرعاه، استأثر بالسلطة استبد به، استأثره بالشيء أعطاه إياه دون غيره من الناس، استئثاري: أناني، يريد الاستئثار بشيء، ويرفض أية مشاركة والاستئثار بالتوزيعات شراء الأسهم قبل توزيع أرباحها[3].

---

[1]- المادة 102 من القانون رقم 10/97 المتعلق بالمؤلف والحقوق المجاورة، والتي جاء فيها أنه:" لا تخول رخصة إبلاغ المصنف إلى الجمهور أي حق استئثاري للاستغلال إلا إذا كانت هناك اتفاقية صريحة تقضي بخلاف ذلك.

لا يمكن أن يتجاوز شرط الاستئثار ثلاث 3 سنوات من تاريخ عملية الإبلاغ الأولى إلى الجمهور.

يفقد الشرط المذكور أعلاه إذا لم يستغل المصنف خلال مدة أقصاها سنة واحدة من تاريخ إبرام الاتفاقية دون مبرر غير مشروع." الجريدة الرسمية، العدد13، الصادرة بتاريخ12 مارس 1997، ص17.

[2]- بدرة لعور، مرجع سابق، ص80.

[3]- أنطوان نعمه وآخرون، المنجد (في اللغة العربية المعاصرة)، طبعة ثانية، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2001، ص7.

أما اصطلاحا، فإنَّ المتتبع للتطورات التاريخية لظهور هذا المصطلح[1]، يجد أنه من الصعب تحديد تاريخ محدد لاستعمال هذا المصطلح نظرا لقدمه، حيث يرى بعض الفقهاء أن استعمال هذا المصطلح نشط منذ القدم في ظل القانون الكنسي، للدلالة على الإجراء الذي تم منحه لأعضاء المجلس(conclave) للإقصاء أي مرشح للبابوية بمناسبة التصويت[2].

أما مصطلح الاستئثار أو الحصرية بمفهومه الحديث لم يعرف النور إلا بعد 1818، ويقصد بالاستئثار أوالحصرية التحفظ " quant–à–soi"، أي كل القدرة على استبعاد الآخرين، وهي استبعاد كل مفهوم للمشاركة، وتعتبر الملكية الخاصة هي النموذج المثالي للممارسة الاستئثار، كونها تسمح للمالك باستبعاد الغير عن استعمال الشيء الذي يملكه: كالحقوق الشخصية، الحقوق المتعلقة بالملكية الأدبية...[3].

كما استعمل الفقيه دابان (Dabin) مصطلح الاستئثار في تعريفه للحق، حيث جاء فيه أنه:" استئثار شخص معين بشيء أو قيمة معينة يخول له التسلط والاقتضاء ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية[4].

في حين عرف الدكتور عمار بوضياف الاستئثار بناءً على مقاصد الفقيه دابان بأنه انفراد الشخص صاحب الحق دون غيره من الكافة بموضوع الحق، فله أن يختص بالانتفاع منه واستغلاله.

من هنا فإن فكرة الاستئثار تختلف عن فكرة المصلحة، ذلك أن الاستئثار دائما يجلب المصلحة أو المنفعة لصاحب الحق[5]، كما أن الاستئثار يستقل عن الإرادة فهو ثابت لناقصي الأهلية، فهؤلاء بإمكانهم الاستئثار بالقيمة محل الحق[6].

أما الالتزام بالاستئثار يقتضي وجود علاقة سلبية بين شخصين متعاقدين، أي بمعنى أدق الالتزام بالاستئثار يلزم شخص أو عدة أشخاص على تنفيذ خدمة أو خدمات تعاقدية لصالح أحد المتعاقدين دون غيره، فالأمر هنا يتعلق بمدى إخلاص ووفاء الذي ينتظره الدائن من وراء هذا الالتزام[1].

---

[1]– في حين يرجح بعض الفقهاء أن هذا المصطلح تم استخدامه في المجال التجاري منذ القرن السادس قبل الميلاد وبالضبط في مدينة Sybaris والتي كانت تمنح امتيازا لمن يقوم باختراع أشياءا جديدة في مجال الطبخ، حيث كان تمنح الاستئثار لكل رئيس لطهاة يخترع طبقا مميزا بحيث لا يسمح لغيره باستخدامه لمدة سنة كاملة وذلك من باب التشجيع على الاختراع... Gourdon Pascal, L'exclusivité, Edition alpha, L.G.D.J, Paris, 2009, p.2.

[2]- Ibid, p.1.

[3]- Bosco David, L'obligation d'exclusivité, Furum Européen de la communication, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.5.

[4]– عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط 1، جسور للنشر والتوزيع، 2010، ص16.

[5]– عمار بوضياف، نفس المرجع، ص16.

[6]– عمار بوضياف، نفس المرجع، ص17.

على هذا الأساس، فالالتزام بالاستئثار يفرض على المدين به حظرا مزدوج عام، كونه لا يسمح للغير أن يستفيد من الخدمة محل هذا التعاقد كالتزام رياضي مثلا: بعدم تمثيل أي علامة تجارية وفي أي حدث مخالف لما جاء في عقد الرياضي[2]...

من جهة ثانية، فإن الحظر المرفق بهذا الالتزام الحصري هو حظر بلا شرط (pure et simple)، اللَّهم إلاَّ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، أي أن أثاره غير موقوفة على أي شرط، كالالتزام بالتموين الحصري من قبل ممون واحد مهما كانت طبيعة أو جودة العروض المقدمة من قبله[3]...إلخ.

من باب أولى، فإنَّ الالتزام بالاستئثار يلغي كل عرض تنافسي، ذلك أن إخلاص ووفاء المدين لشرط الاستئثار مكتسب بالفعل مسبقا.

إذا فإن الحصرية –بموجب ما سبق ذكره–هي إدراك واعتراف من قبل شريكان بوجود رابط التفضيل والتمييز يضمهما، والذي يمنع معه التعامل في إطار تنافسي، هذا الرابط التفضيلي الناشئ عن هذه العلاقة يطبق على عمليات الشراء وعمليات البيع، وكذا تقديم الخدمات[4].

لقد أثبت الواقع العملي أهمية الالتزام الحصري وتنوعه في مجال الاقتصادي، إذ بحسب وجهة نظرة الاقتصادية محضة ينشط الالتزام بالاستئثار في مجال عقود التوزيع الحصري الدولية، وفي مفاوضات المتعلقة بحقوق البث التلفزيوني، ولعل أشهر وأعرق العقود التي ينشط فيها هذا الشرط هو عقود التوزيع الخاصة بالمشروبات والوقود والخمور[5]، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من تواجده في العقود الصغيرة على حد تعبير دافيد بوسكو(David Bosco) مثال عن ذلك: عقد وكيل التأمين[6]...إلخ.

قد شهد الواقع العملي في فرنسا التنوع القانوني الذي يتخذه الالتزام بالاستئثار، وذلك إمَّا بالنظر إلى هدفه أو موضوعه، فإذا تعهد المدين بتقديم خدمات حصرية اتجاه دائنه أو شريكه، يطلق عليها "حصرية أو استئثار الخدمات"، ينشط هذا النوع في عقود الوساطة أو عقود الوكالة(ووهي عقود عادة تفرض على أحد أطراف بعدم تمثيل إلا وكيل واحد)[7].

في نفس السياق، يوجد أيضا نوع آخر يطلق عليه بحصرية(الاستئثار) الشراكة، ويتضمن هذا الفرض مجموعة من الالتزامات التي تفرض على أطراف العقد بعدم التعاون مع الغير لأجل معالجة صفقة

---

1 -Bosco David, op. cit, p.6.
2- Ibid, p.6.
3 -Ibid, p.6.
4- Gourdon Pascal, op. cit, p.8.
5 -Ibid, p.8
6 - Bosco David, op. cit, p.8.
7 - Ibid, p.9.

مشابهة لتلك التي تتعلق بموضوع الشراكة، مثلا: يتجسد شرط الاستئثار – في هذه الحالة– في الاتفاقات المتعلقة بالمهن الحرة المنعقد بين الأطباء والعيادات الخاصة، العقود المتعلقة بالاعلانات[1]...إلخ.

وآخر طائفة في مجال الحصرية أو الاستئثار، نجد ما يطلق عليه "بحصرية الزبائن"، ويقصد به أن التزام المدين بالبقاء زبونا دائما له وبصفة حصرية خلال مدة زمنية محددة، يعيش هذا الشرط في ظل عقود الإطار المتعلقة بالتموين يطلق عليه في هذه الحالة "بشرط التموين الحصري"[2].

يُمكن أن تَرد الحصرية على الإقليم فيطلق عليها في هذه الحالة "بالحصرية الإقليمية"، بحيث يلتزم الممون بموجب شرط" حصرية التموين" بالتعاقد بصفة حصرية مع المدين في إطار جغرافي محدد، ويضمن له بموجب هذا الشرط باكتساب زبائن دون الحاجة إلى تقديم عروض تنافسية في هذا المجال الجغرافي[3]، ويعتبر هذا الشرط –حصرية الإقليمية– ضروريا لتكييف عقد الامتياز التجاري[4]، كما يمكن العثور عليه بكثرة أيضا في عقود الفرنشيز، عقود الوكالة التجارية[5]...

لا يقتصر تنوع شرط الاستئثار (الحصرية) على ما سبق عرضه، بل يمكن تقسيم هذا الشرط بالنظر إلى الأدوار التي يلعبها في العقد، فيعتبر شرط الاستئثار أحادي الجانب(Exclusivité unilatérale) إذا كان المدين هو الوحيد الملزم بهذا الشرط دون الدائن أي أن هذا الالتزام ملقى على طرف واحد دون آخر كعقود التموين الحصري، عقود الفرنشيز، عقود العمل...إلخ.

في حقيقة الأمر، إن تبني هذا الشرط سيساهم بشدة في إبراز وضعية من الهيمنة العقدية، ذلك أن أحد أطراف العلاقة هنا سيرضى بتوجيه وتقييد حريته في الاختيار بمحض إرادته[6].

في المقابل، يعتبر شرط الاستئثار ثنائي الجانب(Exclusivité bilatérale) إذا كان تعهد أحد أطرافه يتناسب مع تعهد الطرف الآخر أي أن الالتزام ملقى على الطرفين، ينشط هذا الشرط أكثر في عقود الامتياز التجاري(وهو ما يطلق عليه عقد الامتياز الحصري المتبادل concession réciproque)[7] ...إلخ[8].

---

[1]- Gourdon Pascal, op. cit, p.8-9.
[2] -Bosco David, op. cit , p.11
[3] -Ibid, p.11.
[4]- Le Tourneau Philipe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats Formation, prix et durée), Juris-classeur, (contrat-distribution), LexisNexis, SA, 2006, p.4-5.
[5]- Bosco David, op. cit, p.12.
[6]- Ibid, p.13.
[7]- Mendoza-Caminde Alexandra, Droit de la distribution, Montchretien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p.129.
[8]- Bosco David, op. cit, p.13.

ISSN:2572-0082 المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار– الجزائر
EISSN: المجلد: 02، العدد: 02، السنة: ديسمبر 2018

كما يمكن أن تقسيم شرط الاستئثار بالنظر إلى شدتة وقوته في العقد، وهذا ما يمكن ترجمته بشرط الحصرية البسيط أو المطلق، فيعتبر شرط الحصرية بسيط عندما يحدد نطاق تطبيقها بصفة ضيقة، أي أن هذا الشرط لا يغطي إلا مجالا ضيقا، ويتحقق هذا الفرض مثلا في عقد الامتياز التجاري المتعلق بالسيارات، في حالة احتفاظ موزع المركبات لنفسه بحقه في تقديم مركبات للممونين غير المتفق معهم[1].

في حين يطلق عليه بشرط الحصرية المطلقة، إذا قام أطراف العلاقة بتحديد نطاق تطبيق هذا الشرط بشكل أوسع، بحيث يتعهد المدين بالامتناع بشكل كلي في علاقته مع الزبائن الواقعة في مجال تطبيق شرط الحصرية المتفق عليه والموعود به، وخير مثال عن ذلك هو حماية شرط حصرية الإقليم بصفة مطلقة، وتتجسد هذا الفرض في حالة منح الدائن بشرط الحصرية هيمنة أو احتكار كلي على الإقليم الممنوح له[2].

من خلال هذا العرض وما جاء في نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، نستنتج أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح الاستئثار ولكن لم يعرفه ولم يحدد مداه ولا الأشكال التي يتخذها في الحياة العملية، إنَّما أكد فقط أن كل عمل أو عقد يتضمن هذا الشرط يعتبر محظورا ومخالف لقواعد اللعبة التنافسية.

تطبيقا لذلك، فإنَّ جميع الصور (سواء أكانت مطلقة أو بسيطة، خدمات، الشراكة...إلخ)التي يتخذها شرط الاستئثار تعتبر محظورة بمفهوم هذه المادة، إلاَّ أنَّ هذه المادة نفسها تظهر بشكل جلي حالة معينة دون غيرها من الحالات وهي حالة الاستئثار أحادي الجانب، بحيث يلتزم أحد الأطراف دون الآخر، وقد حددها المشرع بالمؤسسة الممارسة للنشاط.

في حين أغفل المشرع صراحة حالة الاستئثار ثنائي الجانب، فهل هذا يعني أن ظلال هذه المادة لن تغطي هذه الحالة أم هو سهو من قبله؟

لا يجوز التوسع في النص فمصطلحات المادة جاء واضحة والحكم بيِّن، ولا يجب أن نحمل النص أكثر من طاقته، ذلك أن لب هذه المادة وفكرتها الأساسية تتمحور حول منع استئثار النشاطات الاقتصادية المعنية بهذا القانون من قبل مؤسسة اقتصادية، سواء تجسد هذا التصرف في شكل عقد أو عمل.

2.2.2 مساس الممارسات الاستئثارية بالمنافسة

بالرجوع إلى نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة قبل التعديل، نجد أن موقف المشرع الجزائري لم يكن واضحا لتحديد مصير مرتكب هذه الممارسة، حيث اكتفى باعتبار أن ممارسة عقد شراء

---

[1]- Ibid, p.14.
[2]- Ibid, p.14.

استئثاري تحد وتعرقل المنافسة في السوق المعنية متى نتج عنه احتكار القائم به للسوق المعنية هذا من جهة.

إنَّ المتأمل للنصوص القانونية المتضمنة الممارسات المقيدة للمنافسة[1]، يجد أنَّ هناك تضارب واضح بين ما جاء في المادة7 والمادة 10، ولكن كيف ذلك؟ إنَّ المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة[2] تحظر التعسف في وضعية الهيمنة أو الاحتكار، أي أنَّ الوصول إلى مرتبة الهيمنة أو الاحتكار لا يعد في حد ذاته مساسا بالمنافسة بل التعسف في استعمال هذه الوضعية هو المحظور، إلا أنَّ بتبني المشرع الجزائري للحل المنصوص عليه في مادة 10 هو بمثابة خروج عن الأصل المعتمد من قبل المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة قبل التعديل وجل التشريعات المقارنة.

الأمر لم يتغير بل زاد تشديدا عندما عُدل الأمر 03/03 بموجب القانون 12/08، واعتبر أن كل عقد /أو عمل استئثاري يعتبر محظور في حد ذاته، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه حذف مصطلح أساسي لتفعيل فكرة حظر هذه الممارسة، والتي كانت معروفة سابقا ألا وهو "الاحتكار على نشاط معين"، إذ أن الفكرة الأساسية للحظر –وفقا للتعديل الجديد– تدور حول فكرة "الاستئثار" في حد ذاتها دون الحاجة إلى أن يصل الأمر إلى حد احتكار نشاط معين.

إنَّ موقف المشرع الجزائري من فكرة الاستئثار ليس غريبا، ففي وقت ليس ببعيد اتخذ المشرع الأوروبي والفرنسي نفس هذا الموقف، إذ كان يعتبران الممارسات التي تتضمن شرط الاستئثار محظورة في حد ذاتها(interdit per se).

إنَّ هذا الحل يجد أصوله في القانون الأمريكي(antitrust)، الذي كان يعرف ما يسمى بقاعدة الحظر المطلق(interdiction perse)، ومع ذلك اعتد النظام الأمريكي بالالتزامات الاستئثارية(الحصرية) مبررا مشروعيتها بتبنيه قاعدة البرهان(rule of reason)، حيث أخضعت المحكمة العليا لأول مرة العقود العمودية لقاعدة العقل بمناسبة معالجة لقضية Standard Oil Co، وتوالت القضايا التي أبرزت من خلالها المحكمة العليا عن مشروعية الاتفاقات العمودية خاصة تلك التي تتضمن شرط الحصرية مستعينة بقاعدة البرهان[3].

رغم تأثر القانون الأوروبي والفرنسي بالحلول التي جاء بها القانون والقضاء الأمريكي، إلاَّ أنَّ كان له مواقف متذبذبة وغير ثابتة حول قبوله شرط الحصرية، حيث ارتأى أن الاتفاقات (الأفقية) التي تشمل

---

[1]- المادة6 و7 و10و 11و12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

[2]- المادة 7من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة:" يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد..."

[3]- Bosco David, op. cit, p.132.

على شرط الاستئثار تعتبر اتفاقا محظورا إذا كانت تمس أو تعرقل مسار المنافسة السوية في السوق المعنية، أي أن تقدير مشروعية الاتفاق الذي يتضمن الاستئثار يتطلب الأخذ بعين الاعتبار الهدف أو الأثر المقيد للمنافسة لهذا الاتفاق[1].

إلاَّ أنَّ الإشكالية التي طُرحت آنذاك كانت تتعلق بمدى مشروعية الشروط الاستئثارية في ظل العقود العمودية خاصة عقود التوزيع، التي عرفت رواجا كبيرا تلك الفترة؟ منذ القرار الشهير لمحكمة العدل الأوروبية (arrêt Conston et Grunding)، اعتبرت المادة 81 CE قابلة التطبيق على كل الممارسات التي تعيق المنافسة سواء كانت الاتفاقات بين متعاملين اقتصاديين في نفس المستوى(الاتفاق الأفقي) أو على مستويات مختلفة(الاتفاق العمودي)[2]، ومنذ ذلك الحين أصبحت الشروط الاستئثارية المدرجة في ظل العقود العمودية للتوزيع تخضع لرقابة القانون الأوروبي(مطابقة المادة 81 CE) قبل التعديل.

لم يعالج القانون الأوروبي شرط الحصرية في ظل الاتفاقات المحظورة فقط، وإنَّما تطرق إليها أيضا في ظل وضعية الهيمنة، حيث اعتبر –في قرار قديم– أن ممارسة المؤسسة في وضعية هيمنة استئثار الشراء يعتبر محظورا في حد ذاته، ولعل هذا الحل راجع للاجتهاد القضائي المتعلق بقضية الشهيرة" Hoffmann–La Roche المؤرخ في 13 فيفيري 1979.

وترجع أحداث هذه القضية إلى شركة Hoffmann–La Roche التي كانت تحتل وضعية هيمنة في ظل سوق الفيتامينات، حيث ارتضى المشترين المتعاملين بمحض ارادتهم بالتوقيع على تعهد صارم بالتموين الحصري من قبل هذه الشركة المهيمنة، على أن يلتزم الممون بتقديم حسومات وتخفيضات. الأمر الذي لم يرق لمحكمة العدل وعاقبت بشدة هذا التصرف واعتبرته من قبيل الممارسات التعسفية المعاقب عليها بموجب المادة 82 CE[3] قبل التعديل، وفي تعليلها لهذا الموقف ارتأت أن الهدف من وراء شرط التموين الحصري هو الحد من دخول منتجين جدد للسوق[4].

---

[1]- Gourdon Pascal, op. cit, p.182.

[2]- Nicolas-Vullierme Laurence, Droit de la concurrence, 2édition, Magnard-Vuibert, Paris, 2011, p.175.

[3]- La Cour sanctionna sévèrement la clause en expliquant que : « le fait de lier-fût- ce à leur demande- par une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part de leurs besoins exclusivement auprés de ladite entreprise, constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 CE(aujourd'hui 82) »…V. CJCE, 13 février 1979 , aff. 85/76, Hoffmann-La Roche c / Commission, rec. 1979. cité par Bosco David, op. cit, p167.

[4] – يوجد العديد من القرارات التي اتخذت نفس هذا الموقف، ففي قضية Van den Berg Foodsحيث قام ممون للمثلجات في وضعية هيمنة بربط بعض موزعيه بشرط الاستئثار لتموينه بالثلاجات... حيث قضت محكمة العدل بأنه:

« le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, de lier de facto- fût- ce à leur demande –40% des points de vente du marché de référence par une clause

إلا أنَّ القضاء الأوروبي خفف من حدة هذا الحل، عندما أجاز التعهد بالتموين الحصري في مواجهة المؤسسة في وضعية هيمنة في بعض الظروف، أي يمكن الإقرار بمشروعية الاستئثار في حالة التي لا تؤثر سلبا على المنافسة في السوق المعنية[1].

أما بالنسبة للقانون الداخلي الفرنسي، فنجد أنه تأثر كثيرا بالحلول التي أتى بها القضاء الأوروبي، حيث عالج شرط الاستئثار مرات في ظل الاتفاقات المحظورة، ومرات أخرى في ظل التعسف في وضعية الهيمنة.

حيث كان القضاء الفرنسي جد صارم في معالجة هذا الشرط، إذ اعتبر الاتفاق الذي يتضمن شرط الحصرية يحتمل أن يشكل اتفاقا محظورا (طبقا للمادة 7 من الأمر رقم 1243 المؤرخ 1 ديسمبر 1986)، حيث تجسد هذا الحل في أحد قرارات محكمة النقض التي اعتبرت أن مجرد قبول مجموعة من الموزعين لشرط الاستئثار من قبل ممون مشترك يمكن أن يشكل اتفاقا محظورا.[2]

إلا أن سرعان ما تراجع القضاء الفرنسي على هذا الرأي متأثرا بما توصل إليه القضاء الأوروبي في هذا المجال، وأصبح ينظر بعين الحذر والحيطة إلى هذا الشرط، وعلى هذا الأساس يعتبر الاتفاق الذي يتضمن شرط الاستئثار محظورا إذا كان من هدفه أو أثره تقيد أو الحد أو القضاء على المنافسة في السوق المعنية.

لعل السبب الرئيسي وراء عدول القانون الفرنسي والأوروبي عن الحظر المطلق للشرط الاستئثار هو الضرر الذي سيصيب أهم مبدأ يقوم عليه النظام الاقتصاد الحر ألا وهو مبدأ حرية الصناعة والتجارة.

جسد القانون الفرنسي هذا الموقف عند معالجته للشروط الاستئثار في ظل التعسف في وضعية الهيمنة، حيث خالف ما جاء به القضاء الأوروبي واعتبر أن شرط التموين الحصري المستعمل لصالح مؤسسة في وضعية هيمنة لا يعتبر في حد ذاته محظورا[3].

d'exclusivité, qui opère en réalité comme une exclusivité imposée à ces points de vente, constitue l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité(aujoudhui art 82 CE) … » T.P.I.C.E, 23octobre 2003, aff. T-65/98, Van den Berg Food cité par. Ibid, p178-179.

[1]- Gourdon Pascal, op. cit, p220.

[2] - Cass. Com., 12 octobre 1993, CCC1993, p210 . cité par Ibid, p.183.

[3]- Selon le Conseil de la concurrence : « la conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de position dominante. Si, en effet, de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet – constaté ou potentiel- d'éviction qu'elle comportent un abus de position dominante prohibé

وبالتالي، يكون المشرع الفرنسي والأوروبي قد خرج من قوقعة حظر العلاقات التي تتضمن شرط الحصرية سواء تجسدت في شكل اتفاق أو استعملت لصالح مؤسسة في وضعية هيمنة، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من بقاءها خاضعة للرقابة لضمان الاستفادة منها على أكمل وجه[1].

إنَّ ما جاء به المشرعين الفرنسي والأوروبي في هذا المجال يبدوا واضحا ومنطقيا، فهما لم يعتبرا أن الممارسات الحصرية من الممارسات المقيدة للمنافسة ماعدا تلك التي تعرقل حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، وهذا هو الصواب ذلك أن مثل هذه العقود لها أهمية كبيرة في عالم الاقتصاد، وهدفها الرئيسي تنشيط وإشعال التنافس في قطاع اقتصادي معين، وهو حق تكتسبه المؤسسة الاقتصادية لما حققته من نجاح وتفوق على نظيرتها.

كما يشكل شرط الحصري فائدة كبيرة بالنسبة للمستهلك، في كونه يضمن له الحصول على منتوجات وخدمات مماثلة في جميع نقاط البيع التابعة لشبكة التوزيع، كما يسمح لهم أيضا هذا الشرط بمتابعة المنتج أو المورد عن كل الأضرار الناتجة عن عيب في أمن المنتوجات[2].

لا يشاطر هذا الرأي العديد من الفقهاء الذين ارتأوا في الحصرية مساوئ عديدة، إذ أنها تسمح بخفض وتقييد المنافسة في السوق، وكذا تحرم المستهلكون من حقهم في حرية الاختيار، كما يمكن لها أيضا المساس بمبدأ حرية التجارة والصناعة عن طريق تقييد نشاط بعض المهنيون[3].

إن الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري لا يعد خروجا عن المألوف، بل يجد تبريره في العديد من الأسباب النابعة من خصائص وميكانيزمات السوق الجزائرية، والتي يمكن سرد ومن أهمها:

1. تجنب المشرع الجزائري تشكيل وضعية هيمنة في السوق، مما يضر بالمؤسسات الاقتصادية الضعيفة.
2. إنَّ هذه الممارسة قد تعطي إمكانية وفرصة جيدة للمؤسسات التي تمتلك قوة اقتصادية لزيادة قواها والسماح لها بالتعسف مستقبلا.
3. إنَّ مفهوم الحصرية لا يعتبر مفهوما ضروريا في السوق الجزائرية، الذي تفقد إلى المقومات الأساسية، والمتمثلة في عدم استعمال المؤسسات الاقتصادية الجزائرية للتقنيات الحديثة للتسويق،

---

par l'article L420-2 du code commerce… » affaire Kallibra XE, 25 avril2007, décis, n°07 – MC-01, concurrence, n° 3-2007, p 99 Cité par Bosco David, op. cit, p182.

[1]-Nicolas Eréséo, La clause d'exclusivité, Juris-classeur(concurrence-consommation), Lexis Nexis, Avril2016, p.4.

[2]– يوسف جيلالي، شرط حصرية التموين الملزم للمتلقي في عقد الامتياز التجاري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد3، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، وهران، جويلية2012، ص150–151.

[3]- Eréséo Nicolas, op. cit, p.5.

والتي تعتمد على استراتيجيات التسويق وتنظيم دورة التوزيع معتمدة على معايير محددة وتقنية عالية.

4. إنَّ الحصرية تكتسب بناءا على الجدارة والكفاءة المؤسسة وليس حقا يكتسب بناءا على تصرفات غير شفافة وغير نزيهة.

5. وأخيرا إذا كانت المؤسسات الجزائرية غير قادرة على تطبيق التقنيات الحديثة لتنظيم دورة التوزيع وعلى فهم والسيطرة على القواعد المطبقة على العقود، فالأصل أن تبقى هذه المواد سارية المفعول إلاَّ أنَّ هذا الأمر يجب ألاّ يطول خاصة بعد انفتاح الجزائر على السوق الأوروبية والسوق العالمية[1].

6. وأخيرا، رغم المساوئ والفوائد التي يدرها شرط الاستئثار في الحياة العملية على المتعاملين به، فإنَّ المشرع الجزائري فضَّل حظره نظرا لعدة أسباب سبق ذكرها، كما يمكن أن نلاحظ أيضا أنَّه لم يأخذ بعين الاعتبار المستهلك بصفة صريحة في عملية حظر هذه الممارسة، بل كيَّفها على أنَّها ممارسة محظورة نظرا لمساسها بميكانيزمات السوق الجزائرية، والتي لازال إلى حد يومنا الحالي فتياً وهشاً، فباستخدام هذا الشرط ستكون النتائج وخيمة على المؤسسات الاقتصادية التي تفتقد إلى المقومات الصحيحة للصمود أمام متطلبات هذا الشرط، والتي سيتحملها في النهاية المستهلك.

خاتمة:

وختاما لموضوعنا توصلنا أن حماية المنافسة في السوق المعنية يقتضي جملة من الآليات القانونية والمؤسساتية التي ترعى هذا الهدف، وهذا ما حاولنا استدراجه من خلال هذه الدراسة، والتي توصلنا من خلالها إلى جملة من النتائج سنوردها فيما يلي، ثم نعقبها ببعض التوصيات والمقترحات التي نعقد ضرورة تفعليها بالقدر الكافي، والتي تضمن في نفس الوقت ذاته إعادة التوازن المفقود السوق الجزائري في ظل متطلبات تطورات الحاصلة في العالم، وعليه يمكن القول أن:

– المشرع الجزائري قد دعم حماية السوق الجزائرية من خلال حظر كل الممارسات التي تعيق وتقيد المنافسة الحرة والنزيهة فيه، وهذا ما جسده من خلال الحظر المطلق للممارسات الاستئثارية، لما من آثار سلبية على السوق الجزائري الفتية والمؤسسات الاقتصادية الناشطة فيه، والتي ستنعكس سلبا على المستهلك.

إنَّ تبني المشرع الجزائري للحظر الممارسات الإستئثارية يكون قد خالف بصفة صريحة ما جاء به المشرع الفرنسي والأوروبي من خلال حظره بصفة نهائية للممارسات التي تتضمن شرط

[1]- Fiche pratique n°5 :L’exclusivité. www, mincomerce, gov, dz/ concur/fiches/……/fiche 5, pdf.

ISSN:2572-0082
EISSN:
المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار– الجزائر
المجلد: 02، العدد: 02، السنة: ديسمبر 2018

الاستئثار(الحصرية) خاصة عندما تؤدي إلى استئثار ممارسة نشاط اقتصادي يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة.

إن تكييف المشرع الجزائري الممارسات الاستئثارية على أنَّها ممارسات محظورة راجع بصفة أصيلة مساسها بميكانيزمات السوق الجزائرية، والتي لازال إلى حد يومنا الحالي فتياً وهشاً، فباستخدام هذا الشرط ستكون النتائج وخيمة على المؤسسات الاقتصادية التي تفتقد إلى المقومات الصحيحة للصمود أمام متطلبات هذا الشرط، والتي سيتحملها في النهاية المستهلك.

-إن تبني المشرع الجزائري يجعلنا نتساءل حول مصير العقود التي تعرف استفحالا ورواجا رهيب في الأسواق العالمية، والمتمثلة أساسا في عقود التي تتضمن شرط الحصرية كعقد الامتياز التجاري(concession)، وعقود التراخيص التجارية (franchise) لما لها من مزايا جمة لأطراف العقد، وعلى الاقتصاد الوطني من خلال توفير منتوجات ذات جودة عالية، مما يشعل التنافس بين المؤسسات الوطنية والمؤسسات الأجنبية. خاصة وأن المشرع الجزائري قد حظر بصفة مطلقة جميع الممارسات سواء أكانت عقدا أو عملا التي تتضمن شرط الاستئثار ؟؟؟

وفي الأخير يمكن القول أنَّ المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير في توفير الحماية التنافس والمساواة في السوق المعنية من خلال التشديد على حظر الممارسات الاستئثارية ومحاربتها قانونا، إلاَّ أنَّ هذا الهدف لا يمكن الوصول إليه عمليا، إلا إذا تم ترتيب السوق الجزائرية من جديد بما يضمن عدم المساس بالمنافسة وحماية المؤسسات الاقتصادية الجزائرية في السوق وكذا محاولة ارضاء رغبات وحاجات المستهلك الجزائري في نفس الوقت، ولعل هذه المعادلة جعلته ينتهج الحظر المطلق للممارسات الاستئثارية دون غيرها من الممارسات المقيدة للمنافسة، والتي تعتبر في الأصل مباحة واستثناءا محظورة إذا كانت تحمل في طياتها تعسفا يضرب بالمنافسة في السوق عرض الحائط.

في حقيقة الأمر، إذا كانت غايات المشرع الجزائرية هو حماية السوق الجزائرية من نتائج الممارسات الاستئثارية، فإن هذا الحل يجب أن يكون محل مراجعة خاصة وان الجزائر مقبلة على تحديات عملاقة لمحاولة جذب المستثمر الوطني والأجنبي في خضم المنافسة الشرسة مع دول الجوار التي تحاول تقديم تسهيلات قانونية ومؤسساتية للظفر بالمستثمرين.

<u>المراجع:</u>

كتب ومؤلفات:

1. إيمان بن وطاس، مسؤولية العون الاقتصادي(في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي)، دار هومه،2011، ص125.
2. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، 2010، ص16.

3. أنطوان نعمه وآخرون، المنجد (في اللغة العربية المعاصرة)، طبعة ثانية، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2001، ص7.

4. محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2013، ص49.

5. Blaise Jean- Bernard, Droit des affaires(commerçants, concurrence, distribution), 6edition, lextenso édition, LGDJ, 2011 , p.602

6. Gourdon Pascal, L'exclusivité, Edition alpha, L.G.D.J, Paris, 2009, p.2.

7. Bosco David, L'obligation d'exclusivité, Furum Européen de la communication, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.5.

8. Le Tourneau Philipe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats Formation, prix et durée), Juris-classeur, (contrat-distribution), Lexis Nexis, SA, 2006, p.4-5.

9. Mendoza-Caminde Alexandra, Droit de la distribution, Montchretien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p.129.

10. Nicolas-Vullierme Laurence, Droit de la concurrence, 2édition, Magnard-Vuibert, Paris, 2011, p.175.

11. Nicolas Eréséo, La clause d'exclusivité, Juris-classeur(concurrence-consommation), Lexis Nexis, Avril2016, p.4.

1- مقال:

1- يوسف جيلالي، شرط حصرية التموين الملزم للمتلقي في عقد الامتياز التجاري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد3، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، وهران، جويلية2012، ص150-151

2- رسالة جامعية:

بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،2013 -2014، ص78.

القوانين.

1- القانون رقم 97-10 المتعلق بالمؤلف والحقوق المجاورة.

2- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادر بتاريخ 20يوليو 2003.

3- القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية، العدد46، الصادر بتاريخ 18 غشت2010.

4- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008.