المحور الثاني الممارسات المقيدة للمنافسة

المبحث الاول الاتفاقات المقيدة للمنافسة:

أكد المشرع على حظر الاتفاقات غير المشروعة طبقا للمادة 6 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم لما لها من آثار سلبية على المنافسة ، إلا أن هذا الحظر جاء بصفة نسبية وليست مطلقة ليفهم من ذلك أن المشرع قد أباح هذه الاتفاقات متى كانت تحقق اعتبارات معينة طبقا لنص المادة 9 من نفس القانون.

المطلب الاول تعريف الاتفاق المنافي للمنافسة :

تقتضي الدراسة ضبط المفهوم تشريعيا ، و فقهيا وهو ما نتناوله :

الفرع الاول التعريف التشريعي(المشرع الجزائري) :

وفقا لمنهجه المعتاد في تجنب رصد التعريفات لجأ المشرع الجزائري إلى التعريف من خلال تبيان الهدف من الفعل إذ نص على ما يلي:«تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى:

-الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات فيها

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

- .اقتسام الأسواق أو مصادر التموين

-عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها- .

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات 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

-السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة اصحاب هذه الممارسات المقيدة.

الفرع الثاني التعريف الفقهي :

يقصد بالاتفاق الماس بالمنافسة ؛ ذلك التعبير عن الإرادة المستقلة من طرف مجموعة من الأعوان الاقتصاديين، يهدف إلى تبني خطة مشتركة تؤدي أي كل ما هو قابل للتقويم إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات الاقتصادي . كما يمكن القول بأنهـــا « توافق إرادة عونين اقتصاديين أو أكثر مستقلين كل واحد عن الآخر ليقرر إتباع سلوك بصفة مستقلة في السوق»

وقد تباينت التعريفات بين الأخذ بالتعريف الضيق والواسع ، وبين من يأخذ بالتعريف الأفقي والعمودي للاتفاقات

أ- الاتفاق الأفقي المقيد للمنافسة : يسمى أيضا بـ الكارتل .cartel و يعرف بأنه« اتفاق المبرم بين تاجرين أو أكثر لا تربطهم صلة التبعية ويعلمون في حقل تجاري متماثل أو متشابه وفي مستوى تجاري واحد لتنظيم المنافسة بينهم بغرض تفادي المنافسة القائمة أو المحتملة بينهم أو من الغير أو منعها أو التخفيف من وطأتها بهدف احتكار السوق

ب- الاتفاق العمودي: ويسمى أيضا الاتفاق الرأسي ، فيقصد به تلك الاتفاقات التي تجمع بين مشروعين أو أكثر ، يقف كل منها على مستوى مختلف من العملية الاقتصادية ، كالاتفاقات التي تتم بين المنتج لإحدى السلع وموزعه

المطلب الثاني العناصر المكونة للاتفاقات المقيدة للمنافسة:

بالنظر إلى المادة من القانون 03-03 فإن العناصر الواجب توافرها في الاتفاق هي :

الفرع الاول العنصر الأول أن تظهر الممارسة في صورة اتفاق :

يحظر النص التشريعي الجزائري الممارسات التي تتخذ شكل الاتفاق المنافي للمنافسة. على انه يمكن أن نسجل جملة من الملاحظات في هذا الجانب اذ يقيد الحظر تعدد الأطراف وينطبق ذلك على الاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف أي أن الممارسة الجماعية منافية للمنافسة ، فالاتفاق لا يتحقق بوجود مجموعة من الممارسات الفردية المستقلة. إذ يشترط لقيام هذا الفعل تنسيق السلوك بين المشروعات ، أو التحالف بينهم باتباع سياسة اقتصادية تهدف إلى تقييد المنافسة، ويترتب على ذلك ما يلي:

أ) **الاتفاق من حيث الأطراف** : إن الاتفاقات التي تتم بين الشركة الأم وفروعها أو فيما بين الفروع والتي يربطها معا مبدأ الوحدة الاقتصادية ، لا تخضع للمادة 6 . إذ أن عدم استقلال الفروع عن الشركة الأم من حيث الإدارة ومن حيث القدرة على

اتخاذ القرارات الاقتصادية ، يمنع اعتبار التنسيق القائم بينهم اتفاقا يدخل في نطاق الحظر وبالتالي فإن الاتفاق مرتبط بحرية القرار الاقتصادي وجودا وعدما ، أي الاستقلالية الاقتصادية التي تشمل الجانب والتسيير. كما وأن القرار الفر دي قد يشكل اتفاقا منافيا للمنافسة إذا تولد عنه اتخاذ سلوك موحد بين المشروعات دون أن يكون ذلك ناجما عن اتصال رسمي غذ تم التيقن أن المؤسسات الأخرى سوف تتبع نفس وبالتالي لا يشكل اتفاقا تماثل القرارات الفردية بصفة عقوبة

و باستقراء: نص الفقرة أ من المادة 3 الأمر 03-03 نستنتج ما يلي- :
-يخضع لمبدأ حظر الاتفاقات كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام يمارس نشاط اقتصاديا ويتمتع بالاستقلالية- .أن تكون ممارسة للنشاط الاقتصادي بصفة دائمة ويتخذها مهنة له فلا عبره بالممارسة المتقطعة أو العرضية
-لم يوضح المشرع ما إذا كان يكفي أن يكون أحد طرفي الاتفاق فقط مؤسسة أو كلا منهما ليتحقق الحظر. بمعنى هل يعد اتفاقا منافيا للمنافسة ذلك القائم بين مؤسسة وبين أشخاص عاديين؟.
-المؤسسة قد تكون شخصا عموميا ما دامت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو آداء مهام المرفق العام، فالأمر يتعلق بفاعلين عموميين اقتصاديين أصبحوا ملزمين بإحترام قواعد المنافسة . والحقيقة أن تطبيق قواعد المنافسة على الأشخاص العموميين ينم عن وجود تصور جديد لدور الدولة، فالأشخاص العموميون مرتبطون بالمرفق العام مما يضفي المشروعية على الدخل العمومي في النشاط الاقتصادي ويفضي إلى تقوية دور الدولة المتدخلة .بينما قانون المنافسة يحيل على المفهوم الليبرالي المرتكز على حرية المبادرة الخاصة وعلى ضرورة الحدس تدخل الدولة وأن ينحصر دورها في ضمان البنية القانونية والمؤسساتية وفي حماية المبادرة الخاصة

ب) **الاتفاق من حيث الشكل** :

1- التكييف القانوني للاتفاق : لا يؤثر شكل الاتفاق على درجة حضره ، إذ ان المشرع الجزائري نص في المادة 6 « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية.... » فبغض النظر إن كان الاتفاق، ترتيبا، تفاهما...الخ ، مهما كانت تسميته، مكتوبا أو شفويا و طالما تحققت فيه شروط المادة 6 من القانون 03-03 فإنه يشكل فعلا منافيا للمنافسة الحرة وبالنتيجة فإنه لا يمكن القول بأن كل تنسيق في السلوك يعد غير مشروع. إلا بعد دراسة أو فحص الوقائع المتحققة بالفعل في سوق السلعة المعنية بالتحقيق والتأكد من خلال دلائل قوية من أن ذلك التنسيق قد تم عن عمد بين تلك المشروعات بهدف تحريف المنافسة في السوق.

2- شروط الاتفاق: تتخذ الاتفاقات المقيدة للمنافسة أشكالا متعددة وذلك وفقا لنص المادة 6 من الأمر 03-03 ويهدف التشريع بذلك إلى شمول المصطلح (بالفرنسية) لكل الاتفاقات أيا كان الشكل الذي تتخذه سواء كانت في صورة عقود أو مجرد ممارسات متماثلة و بناء على ذلك فانه لا يشترط أن يتم الاتفاق وفق إجراءات التراضي المعروفة في النظرية العامة للالتزام من إيجاب وقبول فيكفي أن يكون تبادل معلومات للتأثير على السوق أو الانضمام إلى سلوك جماعي ويكيف أنه اتفاق مناف للمنافسة . على أن إدانة أطراف الاتفاق متوقفة على أثبات أن اشتراكهم في الاتفاق كان بصفة إرادية ناتج عن رضا صريح وكامل خالي من عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه والتدليس.)

ج) الاتفاق من حيث الموضوع :

يتحدد الاتفاق من حيث الموضوع من خلال معايير اهمها

ج)1. معيار النشاط الاقتصادي : ان شرط ممارسة النشاط الاقتصادي ضروري لتحديد النشاطات الخاضعة لمبدأ حظر الاتفاق . وهو المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري . ومنه فكل شخص بغض النظر عن صفته يخضع لأحكام قانون المنافسة بممارسته النشاط الاقتصادي ، وهو المعيار المعتمد للتمييز بين مختلف نشاطات الشخص المعنوي العام . ويعتبر أيضا معيارا لتحديد الاختصاص ، حيث انه إذا كان النشاط إداريا واستعملت فيه امتيازات السلطة العامة فلا يخضع لأحكام قانون المنافسة ويخضع من حيث الاختصاص في فض المنازعات إلى القضاء الإداري ، في حين إذا كان النشاط اقتصاديا فيخضع إلى قانون المنافسة . هذا وقد حدد المشرع الجزائري مجال النشاط الاقتصادي من خلال - : لم يميز المشرع الجزائري بين محل الاتفاق ما إذا تم حول الخدمات أو السلع إذ العبرة بمدى التأثير على حرية المنافسة ووفقا لذلك فإن التنظيم القانوني للاتفاقات ينطبق على كل ما هو قابل للتقويم الاقتصادي والذي يمكن أن يكون محلا للإنتاج أو التبادل (العقارات، القيم المنقولة)

في حين حدد موضوعه حصرا في

- :نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية، تربية المواشي،

-نشاطات التوزيع: ومنها تلك التي يقوم بها مستورد والسلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطا بيع المواشي وبائعوا اللحوم بالجملة

- .نشاطات الخدمات والصناعات التقليدية والصيد البحري .

هذا وقد تدارك المشرع في التعديل 10-05 قيام الجمعيات والمنظمات المهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها بواحد من النشاطات الأنفة الذكر

لتخضع بذاتها لقانون المنافسة خاصة إذا كانت طرفا في الاتفاق المنافي للمنافسة.

ج)2. معيار الغرض من الاتفاق المنافي المنافسة:يعد الغرض معيار أساسيا ومهما لتمييز الاتفاقات المنافية للمنافسة عن غيرها (الاتفاقات المشروعة) ذلك أن تحققه يعتبر كاف لمتابعة كل أشكال التواطؤ بشرط عدم اعتبار أن تحقق هذا الأخير يجعل الاتفاق ممنوعا بذاته .هذا الاتجاه هو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 06 من قانون المنافسة عندما استعمل عبارة «..عندما تهدف أو يمكن أن تهدف». ذلك أن إدانة الاتفاق قبل تحقق آثاره السلبية على المنافسة ذو أهمية معتبرة حيث يحقق هدفا وقائيا بالدرجة الأولى ويشكل تفاديا للإجراءات الطويلة للتحقيق، مع العلم أنه لا يمكن لأطرافه التمسك بعدم تحقق آثار الاتفاق الذي يؤثر في تحديد العقوبة كونها مرتبطة بالضرر الفعلي.

الفرع الثاني العنصر الثاني: أن يؤثر الاتفاق على حرية المنافسة :

القاعدة انه لا ترتب الاتفاقات الاقتصادية أي إخلال بالمنافسة بحد ذاتها ، و حتى يدخل الاتفاق في دائرة الحظر المنصوص عليه في القانون لا بد من توافر مجموعة شروط تتعلق بتقييد المنافسة ذاتها

1. تقييد المنافسة بسبب الاتفاق: نص المشرع الجزائري «تحظر الممارسات.. عندما تهدف.. إلى عرقلة حرية المنافسة» بمعنى أن هذه الاتفاقات محظورة إذا كان من شأنها أن تؤدي بصفة قطعية إلى عرقلة حرية المنافسة أو حتى جزء منها أو الإخلال بها ، في نفس السوق أي اتجاه إرادات طرفي أو أطراف الاتفاق إلى إعاقة المنافسة دون انتظار لحدوث الأثر
2. تقييد المنافسة بسبب آثار الاتفاق: تنص المادة 6 من القانون 03-03 »تحظر الممارسات عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة...». بمعنى تشكل الاتفاقات حظرا قانونيا إذا كان من شأنها أن تؤدي بصفة قطعية أو احتمالية إلى المساس بحرية المنافسة.
3. **المطلب الثالث الاستثناء على الاتفاقات غير المشروعة (الاتفاقات المباحة)**

بالرجوع إلى الأمر 03-03 و تقيدا بالاستثناء الواردة في المادة 9 على سبيل الحصر نجد أن المشرع الجزائري اخذ بعين الاعتبار استثناءات مبررة تسمو أهميتها على أهمية حرية المنافسة .

ومن الواضح أن تلك الحالات من الأهمية بما كان ليستثنيها المشرع رغم تحديده الدقيق واهتمامه بخطر بالاتفاقات غير المشروعة ، خاصة إذا عرفنا انه وسع من نطاق هذه الحالة بعـد إلغاء الأمــر 95-06

نصت المادة 9 من الأمر 03-03 على ما يلي «لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له .
يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تعني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شانها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق .لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة«

المبحث الثاني التعسف الناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها

تنص المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم على ما 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 الانتاج 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 –
- اخضاع إبر ام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية«

ما يلاحظ أن المشرع لا يمنع وصول مؤسسة ما إلى وضعية هيمنة في السوق ، غير أن الذي يمنعه هو التعسف في استعمالها ، و لعل ذلك يعود إلى تميز الممارسات التجارية بالحركية و التغير ، مع العلم أن الحظر المنصوص عليه يشمل عنصرين :

العنصر الأول : التعسف الناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو على جزء منها ،

العنصر الثاني : التعسف الناتج عن احتكار لها.

المطلب الأول : التعريف بالوضع المهيمن

تتعدد المصطلحات الفقهية و التشريعية للوضع المهيمن فنجده بصيغة« المركز الاحتكاري » و صيغة »المركز المسيطر» ، «المركز المهيمن» او « مركز قوة سوقية مهيمن » . أما ما اصطلح عليه المشرع الجزائري فهو« الوضع المهيمن«

الفرع الاول التعريف القانوني للوضع المهيمن:

حسب المادة 3 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة فإن وضعية الهيمنة هي : الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها.

الفرع الثاني التأصيل التاريخي والقانوني للتعسف في الوضع المهيمن أو احتكاره في التشريع الجزائري:

يعد القانون رقم 89-12 المتعلق بالاسعاراول قانون يهتم بالنافسة وان لم يشر صريح إلى حمايتها بشكل إلا انه يلمس فيه نية وضع معايير التنافس ورسم بيئته القانونية . ومما يلفت الانتباه في هذا القانون الباب الرابع منه الذي جاء تحت عنوان القواعد المتعلقة بالممارسات التجارية تحديدا في المادة 27 التي جاء فيها« يعتبر لا شرعيا كل تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو جزء منه ، كما يعتبر لا شرعيا- :

-رفض البيع بدون مبرر شرعي

- البيع التمييزي أو المشروط

- البيع المشروط بكمية محدودة . كل منتوج معروض على نظر الجمهور يعتبر معروضا للبيع

وهي أول صيغة تشريعية جزائرية يظهر فيها مصطلح تعسف ناتج عن هيمنة على السوق دون ذكر احتكارها.

اما في ظل الأمر 95– 06. المتعلق بالمنافسة الملغى:

يعد الأمر 95- 06 أول قانون صريح متعلق بالمنافسة، وقد اعتبر بموجب المادة 07 منه أن التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية يعد ممارسة منافية للمنافسة، حيث جاء فيها انه:" **يمنع كل تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه يتجسد في:**

رفض البيع بدون مبرر شرعي وكذلك احتباس مخزون من منتوجات في محلات أو في مكان آخر مصرح به أو غير مصرح به.

- **البيع المتلازم أو التمييزي.**
- **البيع المشروط بإقتناء كمية دنيا.**
- **قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير شرعية.**

كل عمل آخر من شأنه أن يحد أو يلغي منافع المنافسة في السوق

ثالثاً: في ظل الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة:

ألغى المشرع الجزائري من خلال الأمر 03- 03 المتعلق بالمنافسة الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة، ونتيجة لذلك أصبح التعسف في استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية ممارسة مقيدة للمنافسة، وذلك على خلاف قانون الأسعار 89- 12 والأمر 95- 06 المتعلق بالمنافسة التي اعتبرها المشرع ممارسة منافية للمنافسة، كما أن الصور الذي جاءت بها المادة 07 من الأمر 95- 06 قد الغيت كلها وحلت محلها صور جديدة مشابهة تماماً للصور التي ذكرتها المادة 06 من الأمر 03- 03 والمتعلقة بالاتفاقات غير المشروعة

حيث نصت المادة 07 من الأمر 03- 03 على أنه " **يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو أي 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.

-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.

-اخضاع ابرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".

وعلى الرغم من التعديلات التي طرأت على الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة سنتي 2008 و2010 الا أن التعسف في استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية بقي محظوراً.

المطلب الثاني معيار تحقيق الوضع المهيمن في التشريع الجزائري:

الفرع الاول:معايير تقدير وضعية الهيمنة في السوق

وبالرجوع الى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 314/2000 والملغاة بموجب المادة 73 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على ما يلي:" **المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على السوق للسلع أو الخدمات أو على جزء منها على الخصوص ما يأتي:**

- ✓ **حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة الى الحصة التي يحوزها كل من الأعوان الاقتصاديين الآخرين الموجودين في نفس السوق.**
- ✓ **الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتوفر لدى العون الاقتصادي المعني.**
- ✓ **العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العون الاقتصادي بعون أو عدة أعوان اقتصاديين والتي تمنح امتيازات متعددة الأنواع.**
- ✓ **امتيازات القرب الجغرافي التي يستفيد منها العون الاقتصادي المعني".**

من خلال هذه المادة يتبين لنا أن معيار الهيمنة يتمثل في حصة المؤسسة في السوق، وكذا قدرتها على التحكم والتأثير على السوق، كما يتضح أن المشرع قد ذكر هذه المعايير على سبيل المثال لا الحصر من خلال استعماله مصطلح "**على الخصوص**"، وفي ظل الغاء هذا المرسوم وعدم تحديد معايير من طرف المشرع، تم تقسيم المعايير التي تحدد وضعية الهيمنة الى معيارين هما المعايير الكمية والمعايير النوعية.

1-المعايير الكمية:

وتتمثل هذه المعايير في معيار الحصة في السوق، معيار رقم الأعمال، ومعيار القوة الاقتصادية والمالية للمؤسسة.

1-1: معيار الحصة في السوق:

تشكل حصة المؤسسة في السوق المعيار الأهم من بين المعايير الكمية، ويقصد بحصة السوق كمعيار لتقدير الهيمنة، حجم المبيعات أو المشتريات التي تحققها المؤسسة في السوق خلال مدة زمنية معينة.

يشكل معيار حصة السوق التي تحوزها المؤسسة معياراً هاماً لتقدير سلطتها وقوتها في السوق المرجعيولا يوجد رقم معين يحدد هذه الحصة، غير أنه من المسلم به أن تتجاوز حصة المؤسسة نسبة 80% من حصص السوق يفترض فيها قيام وضعية الهيمنة دون الأخذ بعين الاعتبار لمعايير أخرى.

واعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن حيازة المؤسسة لحصة تزيد عن 50% في السوق المعينة يجعل المؤسسة في وضعيه هيمنة، وتحسب حصة السوق بواسطة حجم المبيعات المحققة

1-2: معيار رقم الأعمال:

يقصد بمعيار رقم الأعمال حجم المبيعات مقوماً تقويماً مالياً، بمعنى ذلك الرقم الذي حققته المؤسسة خلال السنة المالية المنصرمة، ولقد قرر مجلس المنافسة الفرنسي في عدة دعاوى أن حيازة المؤسسة 80% من رقم الأعمال الكلي المحقق في السوق تعد حائزة على وضعية الهيمنة على السوق، كما قررت محكمة استئناف باريس أن حيازة مؤسسة France loisirsلرقم أعمال يمثل 78% من اجمالي رقم الأعمال المحقق، يجعل المؤسسة حائزة لوضعية الهيمنة على ذلك السوق.

1-3: معيار القوة الاقتصادية والمالية:

ويستخلص هذا المعيار خلال نص المادة 03/ج من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي تنص على أن وضعية الهيمنة "**هي الوضعية التي تمكن المؤسسة من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني**"

تعتبر القوة الاقتصادية والمالية التي تتمتع بها المؤسسة مؤشراً على حيازتها لوضعية الهيمنة، وتقاس القوة الاقتصادية للمؤسسة برقم أعمال المؤسسة المهيمنة مقارنة برقم أعمال المؤسسات الأخرى المنافسة، وكذا عدد وأهمية العقود المالية والاقتصادية المبرمة مع مؤسسات أخرى، وفي هذا السياق أقرت محكمة استئناف باريس، بأن الانتماء الى مجموعة اقتصادية قوية تتمتع في المجال الاقتصادي بوضعية قيادية على المستوى الوطني مؤشراً لإثبات وضعية الهيمنة

2-المعايير النوعية:

تتنوع المعايير النوعية، حيث لا يوجد تصنيف واضح لها يتم الاستناد عليه لتقدير وضعية الهيمنة، ومع ذلك هناك عدة معايير تتمثل أهمها بالتالي:

2-1: الوضعية التنافسية في السوق:

يمكن لمؤسسة غير حائزة لحصة هامة من حصص السوق أن تكسب رغم ذلك استقلالية واسعة في مواجهة منافسيها، الأمر الذي يؤثر على إمكانية حصولها على وضعية الهيمنة، وعلى العكس من ذلك فإن امتلاك حصة سوقية معتبرة لا يخول صاحبها بالضرورة وضعية هيمنة إذا كان العون الاقتصادي يلاقي منافسة شرسة من قبل عون أو عدة أعوان اقتصاديين لهم نفس القوة

ولإثبات وضعية الهيمنة من هذه الزاوية يجب الاخذ بالحسبان النقاط التالية:

- عدد المنافسين في السوق وحصة كل منهم
- قدرة المؤسسة بالاحتفاظ بوضعيتها لمدة طويلة رغم المنافسة الشديدة التي تتعرض لها

2-2: معايير نوعية أخرى:

بالإضافة الى ما سبق ذكره فإن هناك معايير نوعية أخرى، والتي وإن كانت نوعية فإنها تساهم بوجود عون اقتصادي في وضعية هيمنة من عدمه دون أن تكون كافية في حد ذاتها كالامتيازات القانونية والتقنية والتجارية للمؤسسة.

ويمكن اجمال هذه المعايير النوعية فيما يلي:

- الامتيازات التجارية والمالية أو التقنية التي تتمتع بها المؤسسة في مواجهة منافسيها.
- اشتهار المنتوج التجاري للشركة المعنية مهما كان سببه.
- القدرة التي تتمتع بها المؤسسة في الاحتفاظ بمحتوى معين من الأسعار يؤثر على تغيير الأسعار المتبعة من طرف المؤسسات المنافسة.
- امتيازات القرب الجغرافي.

الفرع الثاني: معايير قياس التعسف في وضعية الهيمنة:

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 05 من المرسوم التنفيذي314/2000 (الملغى) المحدد للمقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة، وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، على جملة من المعايير التي يمكن الاستناد عليها لاعتبار الفعل المرتكب من طرف المؤسسة المعنية يشكل تعسفاً في وضعية الهيمنة، حيث نصت المادة على التالي:"**يعتبر تعسفاً 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 الى مراقبة الدخول الى السوق أو سيرها.**
- ✓ **المساس المتوقع أو الفعلي بالمنافسة.**
- ✓ **غياب حل بديل بسبب وضعية التبعية الاقتصادية.**

فالمشرع من خلال هذه المادة جاء بمقاييس ثلاثة نتعرض لها فيما يلي:

أ–مناورات مراقبة سير السوق أو الدخول اليها:

تلجأ المؤسسة المهيمنة الى تصرفات وممارسات تسعى من خلالها الى تحديد وتحجيم منافسيها الحاليين أو منع دخول منافسين جدد إلى السوق المعني، وللوصول الى هذه الغاية تستخدم أساليب فنية يكون الغرض منها إما غلق السوق في مواجهة المنافسين أو الاستئثار بالعملاء.

ب–المساس المنافسة:

لإضفاء الصفة التعسفية على ممارسة صادرة من مؤسسة مهيمنة يجب أن ينجم عن آثار هذه الممارسة أو عن هدفها مساساً بالمنافسة، ولابد أن يكون هذا المساس ملموساً وحساساً، إذ لا تكون الممارسات التعسفية ممنوعة، إلا اذا كان مساسها بالمنافسة يبلغ حداً ملموساً وحساساً، ولابد من ارتباط المساس بالمنافسة وضعية الهيمنة لإدانة هذه الوضعية، اذ لا يكفي أن يمتلك العون الاقتصادي سلطة التأثير على السوق، وإنما زيادة على ذلك ضرورة صدور تصرف من شأنه عرقلة حرية المنافسة في السوق، أي يجب أن تكون العرقلة التي أصابت السير العادي للسوق نتيجة سلطة التأثير التي استخدمها العون الاقتصادي .

وتثبت العلاقة السببية، عندما يتبين أن السوق خاضع للممارسات المفروضة من طرف المؤسسة المهيمنة، وأنه ليس ممكناً القيام بأي تبادل للمنتج أو الخدمة، إلا وفقاً للشروط التي حددتها المؤسسة المهيمنة.

ج–غياب حل بديل بين وضعية التبعية الاقتصادية:

ما يلاحظ هنا هو أن المشرع الجزائري قد نص على وضعية لم يتم ذكرها في قانون المنافسة في ذلك الحين وهو الأمر 95_06 المتعلق بالمنافسة والملغى، ولعل ذلك راجع إلى أن المشرع كان يعتبر في ظل المرسوم التنفيذي 314/2000 أن التبعية الاقتصادية هي نتيجة حتمية للهيمنة، إذ أنه في غالب الأحيان لا تقوم التبعية إلا لوجود الهيمنة، خاصة إذا كانت المؤسسة المهيمنة تمتلك إمكانيات اقتصادية ومالية تفوق تلك التي تتمتع بها المشروعات المنافسة، مما يدفعها إلى توظيف هذه الإمكانيات لأجل فرض ممارسات تعسفية.

ومع اصدار المشرع للأمر 03-03 الذي ألغى بموجب المادة 73 منه كلاً من الأمر 95_06 المتعلق بالمنافسة، وكذا المرسوم التنفيذي 314/2000 نجد أنه تم إلغاء المعايير التي يتم الاستناد عليها لتحديد الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، حيث اكتفى المشرع الجزائري بالصور التي تم ذكرها بموجب المادة 07 من الأمر 03-03.

المطلب الثالث : الاستثناء على حظر التعسف في وضعية الهيمنة

لطالما كان لكل قاعدة عامة استثناء، فإذا كان الأصل في التعسف في وضعية الهيمنة هو الحظر فإن الاستثناء لذلك هو الترخيص و ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري، و بالموازاة لذلك ضبط اجراءات محددة :تنص المادة 9 من الأمر03- 03 »يرخص بالاتفاقيات والممارسات التي من شأنها ضمان التطور الاقتصادي أو التقني .وفي هذه الحالة يجب إبلاغ مجلس المنافسة بهذه الاتفاقيات و الممارسات من طرف أصحابها « ضبط المشرع المادة أكثر بجملة من العناصر التي ترسم ملامح إباحة الممارسة وهي التالية:

1 -الممارسات الواردة في المادة 7 الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له: وهي ممارسات لا تخضع أصلا (بدون قيد أو شرط) للحظر الوارد في المادة 7 .

2-الممارسات الواردة في المادة 7 التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل ، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق . و عموما الممارسات التي تمكن المؤسسات الصغيرة و المتوسطة من تعزيز مركزها التنافسي في السوق أو النهوض بالعمالة بشكل محسوس.كلها لا تخضع للحظر الوارد في المادة 7 .إذا توافر لها إجراء مهم وهو الترخيص من مجلس المنافسة.

المبحث الثالث التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

قبل صدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة كانت تندرج هذه الممارسة ضمن صور التعسف في وضعية الهيمنة ليفردها المشرع بموجب المادة 11 من الأمر 03-03 بنص قانوني خاص لتصبح ممارسة مقيدة للمنافسة إلى جانب التعسف في وضعية الهيمنة وليس أحد صورها، وهذا ما أكدته المادة 14 من الأمر 03-03 بنصها تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المادة 6 و 7 و 10و 11 و 12 أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة، وعليه سوف نحاول أن نفصل في هذه الممارسة المحظورة كما يلي :

المطلب الاول : مفهوم التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

الفرع الاول تعريف التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية:

نصت المادة 11 من الأمر 03-03 على هذه الممارسة حيث جاءت كما يلي: " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة "يتضح أن نص المادة لم يعرف هذه الممارسة بل أكد على حظرها،

بينما بالعودة للمادة 3 نجد أنها عرفت وضعية التبعية الاقتصادية كما يلي: " 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 "، فمن خلال نص المادتين يظهر بأن المشرع لم يحظر وضعية التبعية الاقتصادية إنما حظر التعسف فيها.

اما بالنسبة للتعريفات الفقهية :عرفت بأنها : " قوة اقتصادية يحوزها مشروع معين تمنحه القدرة على وضع العوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق المعنية ، وتمكنه من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسيه وعملائه وكذلك المستهلكين.

وتعرف كذلك بأنها:" ممارسة مقيدة للمنافسة تنشأ بموجب العلاقة التجارية التي يكون فيها للمؤسسة التابعة (زبونا أو ممونا) إرادة في رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها المؤسسة المتبوعة بشكل تعسفي من خلال رفض البيع بدون مبرر شرعي، البيع المتلازم أو التمييزي، البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى أو قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، وكل عمل من هذا القبيل محظور قانونا لما فيه مساس بالمنافسة الحرة

الفرع الثاني شروط حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

أولا وجود وضعية التبعية الاقتصادية:

والتي تكون بين مؤسستين إحداهما تابعة والأخرى متبوعة، حيث تتحدد هذه التبعية من خلال عناصر (طبقا للمادة 3) التي عرفت وضعية التبعية

1-**وجود علاقة تجارية بين مؤسستين**: بالتالي تخرج باقي العلاقات التعاقدية الغير تجارية من هذه الوضعية، حيث تكون أحد المؤسسات تتمتع بمركز قوة وتعرف بالمؤسسة التابعة والأخرى تكون في مركز ضعف و تسمى بالمؤسسة المتبوعة شرط أن تكون المؤسستان مستقلتان عن بعضهما البعض

2-**عدم وجود حل بديل**: وهذا يعني عدم إمكانية إفلات المؤسسة المتبوعة من سيطرة المؤسسة المهيمنة.

بالإضافة إلى العناصر التي تحدد وضعية التبعية فإن هذه التبعية تأخذ شكلين طبقا للمادة 11:

-تبعية الزبون للممون

-تبعية الممون للزبون.

-ففي حالة تبعية الزبون للممون يظهر هذا النوع من خلال الامتيازات الاقتصادية التي يملكها ، ويحدد 1 الممون والتي تدفع الزبون لقبول شروط ممونه لافتقاد غيره من الممونين لهذه الامتيازات هذا النوع من التبعية غالبا بالاعتماد على شهرة العلامة أو أهمية حصة الممون في رقم أعمال الزبون

حالة تبعية الممون للزبون: فهذا الشكل من التبعية الاقتصادية يتحقق لما تنقلب صورة القوة الاقتصادية للعلاقة بين الممون والموزع وتصبح لصالح هذا الأخير، و ترجع إلى أسباب اقتصادية خاصة القوة الشرائية التي يتمتع بها الزبون.

ثانيا وجود تعسف يضر بالمنافسة:

فلحظر هذه الممارسة لا يكفي أن تكون هناك وضعية تبعية اقتصادية بل لابد أن يكون هناك تعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية يمس بالمنافسة

المطلب الثاني: صور حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

أورد المشرع في نص المادة 11 من قانون المنافسة صور هذه الممارسة و يمكن تصنيفها كما يلي :

الفرع الاول صور التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية المفترنة بعملية وشروط البيع والأسعار وتتمثل في

1- :**رفض البيع بدون مبرر شرعي**: ويتمثل في رفض المؤسسة (البائع) بيع سلعة أو أداء خدمة بدون مبرر شرعي لمؤسسة أخرى (المشتري) مستغلة تواجد هذه المؤسسة في وضعية تبعية اقتصادية لها مما يشكل إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، فرفض البيع ما هو في الحقيقة إلا امتناع للمؤسسة المتبوعة عن تلبية وتأدية طلبات المؤسسة التابعة لها التي تتماشى مع الأعراف والعادات التجارية متذرعة بحجج مختلفة لا تصل إلى درجة مبرر شرعي.

2- **البيع المشروط**: وهذه الصورة تضم 3 فئات تختلف كل فئة عن الأخرى باختلاف الشرط المقترن بها فتضم

2-1 :البيع المتلازم: ويعرف بأنه ذلك الأسلوب التجاري الذي تلجا إليه المؤسسة الممونة والتي تكون في مركز قوة من أجل إلزام المؤسسات الموجودة في حالة تبعية اقتصادية تجاهها على قبول شروطها التعسفية المتمثلة في بيع أحد منتجاتها المطلوبة من هذه الأخيرة، يشترط تلازم عملية البيع باقتناء منتوج آخر من نوع مخالف حتى لو كانت هذه الأخيرة ليست في حاجة له، مما يسمح للمؤسسة الممونة من تحقيق عملية ممتازة تتحصل

من ورائها على أرباح طائلة، فتقبل المؤسسة الزبونة بتلك الشروط للحفاظ على علاقتها التعاقدية والبقاء في السوق.

2-2 البيع المشروط باقتناء كميات دنيا: يقصد به ذلك البيع الذي تفرض فيه المؤسسة المتبوعة على المؤسسة التابعة لها اقتصاديا، اقتناء كميات دنيا من المنتوج لا يمكن تجاوزها مستغلة ضعف المؤسسة التابعة لها وعدم وجود حل بديل أمامها.

2-3 الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى: ففي هذا النوع من البيوع تقوم المؤسسة المتبوعة بإجبار المؤسسة التابعة لها بإعادة بيع منتجاتها بسعر أدنى أو أقل، حيث تقوم بتحديد أسعار إعادة البيع وتلزم بها المؤسسة التابعة.

3- **البيع التمييزي**: وهو البيع الذي تقوم فيه المؤسسة المتبوعة بمنح امتيازات للمؤسسة التابعة لها مقارنة مع باقي المؤسسات، أو بمعنى آخر فهو البيع الذي تتمتع فيه المؤسسة التابعة بأفضلية تمنحها لها المؤسسة المتبوعة دون باقي المؤسسات الأخرى (كامتيازات في الأسعار مثلا .(فهذا النوع من البيوع يلحق أضرار لباقي المؤسسات في السوق وبالمنافسة لذلك يعتبر من قبل الممارسات التعسفية في وضعية التبعية الاقتصادية.

الفرع الثاني الأعمال والممارسات التعسفية المتعلقة بالعلاقات التجارية أو المقللة أو الملغية لمنافع المنافسة :وتتمثل في كل من :

- قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة: وتتجسد في أن المؤسسة المتبوعة تفرض شروط تجارية غير مبررة على المؤسسة التابعة لها اقتصاديا، فإذا رفضت المؤسسة التابعة ذلك تقوم المؤسسة المتبوعة بقطع العلاقات التجارية معها.

- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق: وفقا لهذه الحالة ترك المشرع المجال مفتوحا لأشكال أخرى من الممارسات التي تندرج ضمن التعسف في وضعية التبعية

المبحث الرابع: التعسف في عرض أو ممارسة أسعر بيع منخفضة

يعتبر البيع بأسعار منخفضة تعسفيا أحد الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليه في المادة 12من الأمر 03-03 ، حيث تلجا المؤسسات لهذه الممارسة بهدف إزاحة المنافسين من السوق، وعليه لابد أن نعرج إلى هذه الممارسة كما يلي :

المطلب الاول : مفهوم البيع بأسعار منخفضة تعسفيا

الفرع الاول تعريف البيع بأسعار منخفضة تعسفيا:

نص المشرع في المادة 12 من الأمر 03-03 من قانون المنافسة :" يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل والتسويق ، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق ."فللوصول إلى تعريف لهذه الممارسة من خلال ما ورد في نص المادة يتضح أن التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة يحتوي شقين (عنصرين :(

العنصر الأول مادي: يتعلق بقيام المؤسسة بعرض أو بيع سلع و منتوجات للمستهلك بأسعار منخفضة إلى ما دون أسعار تكلفة الإنتاج أو التحويل أو التسويق للسلعة المراد بيعها .

العنصر الثاني معنوي: هو أن يكون هناك تعسف في العرض أو الممارسة والذي يظهر من خلال رغبة المؤسسة في تقييد المنافسة والاستحواذ على السوق

وعليه يمكن تعريف التعسف في عرض أو ممار سة أسعار بيع منخفضة بأنه:" كل فعل قام به عون اقتصادي خاصة الموزعين الكبار سواء بصفة منفردة أو جماعيا ينصب على عنصر السعر إذ يقوم بالتعامل بأسعار تتحدى كل منافسة تجعله يتحمل هو أيضا نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي

كما يمكن تعريفه:" ممارسة مقيدة للمنافسة ترتكبها مؤسسة ضد مؤسسة أخرى من خلال عرض أو ممارسة لأسعار بيع منخفضة للمستهلك انخفاضا يصل إلى درجة البيع بسعر يقل عن سعرالتكلفة الإجمالية مما يخل بمبادئ المنافسة الحرة

فما يلاحظ على هذه الممارسة أنها مقيدة لمبدأ حرية الأسعار الذي تخضع فيه الأسعار للسوق الحرة وتحدد بناءا على قاعدة العرض والطلب.

الفرع الثاني تمييز التعسف في عرض أو بيع أسعار منخفضة تعسفيا عما يشابهها :

أولا تمييز ممارسة التعسف في البيع بأسعار منخفضة عن البيع بالخسارة:

يعرف البيع بالخسارة بأنه" قيام عون بفرض أسعار منخفضة بشكل ملحوظ وأقل بكثير من سعر التكلفة الحقيقي لفترة مؤقتة بغية استبعاد منافسيه من السوق وجلب الزبائن ليتمكن بعدها من فرض أسعارغير قابلة للمنافسة و الاستحواذ على كافة حصص السوق

ويكمن الفرق بين التعسف في البيع بأسعار منخفضة والبيع بالخسارة في:

-البيع بالخسارة أشمل من البيع بأسعار منخفضة تعسفيا كون أن البيع بالخسارة قد يكون بين مؤسسات فيما بينها أو بينهم وبين المستهلكين فيما التعسف في البيع بأسعار منخفضة يكون بين المؤسسة والمستهلك

- .يرد التعسف في البيع بأسعار منخفضة في جميع مراحل العملية التجارية من إنتاج، تحويل، تسويق أما البيع بالخسارة يرد على مرحلة التسويق فقط

- . يرد البيع بالخسارة على جميع المنتوجات (سلع، خدمات) أما التعسف في البيع بأسعار منخفضة يرد على السلع فقط

- . ورد حظر التعسف في البيع بأسعار منخفضة تعسفيا بصفة مطلقة أما البيع بالخسارة فالحظرفيها نسبي

ثانيا تمييز التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة عن البيع بالتخفيض :

يعرف البيع بالتخفيض على أنه:" يشكل البيع بالتخفيض البيع المسبوق أو المرفق بالإشهار والذي يهدف عن طريق تخفيض في السعر إلى بيع السلع المودعة في المخزن بصفة سريعة ولا يجوز أن يشمل البيع بالتخفيض إلا السلع التي يشتريها العون الاقتصادي منذ 3 أشهر على الأقل، ابتداءا من تاريخ بداية فترة البيع بالتخفيض

فمن خلال هذا التعريف يتضح الفرق جليا بين كل من البيع بالتخفيض و التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة- .البيع بأسعار منخفضة ممارسة قانونية مشروعة يمكن القيام بها متى توافرت شروط ممارستها و بالحصول على تصريح من الجهة المعنية وتمارس خلال فترات محددة قانونا بقرار من الوالي أما ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا فهي ممارسة محظورة و مقيدة للمنافسة.

المطلب الثاني : شروط حظر التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة

الفرع الاول عرض أو ممارسة بيع بأسعار منخفضة:

ساوى المشرع بين عرض المنتوج و ممارسة البيع بأسعار منخفضة تعسفيا في المادة 12 من قانون المنافسة مما يبين الطابع الوقائي لنص المادة ، فجعل هذه الممارسة محققة حتى إذا لم يتم البيع فعلا وبمجرد عرض أسعارمخفضة ، مما يجعل هذا الشرط يقوم أساسا على فعل التخفيض لإقرار حظر الممارسة

فعملية البيع تكون قائمة فعلا عن طريق ممارسة أسعار بيع يلتقي فيها إيجاب المؤسسة مع قبول المستهلك وبتوافر كل أركان عقد البيع ، كما يمكن أن تكون قائمة بمجرد عرض الأسعار وبمجرد صدور إيجاب من المؤسسة ينتظر بدوره قبول أي مستهلك ليصبح عقد بيع مستوفيا لشروطه وأركانه، فتعتبر الممارسة مرتكبة إذا ما تم العرض أو تحقق البيع

الفرع الثاني أن يكون العرض أو البيع موجه للمستهلكين:

حيث ورد في المادة 12 من قانون المنافسة أن العلاقة في البيع المنخفض تعسفيا تكون بين المؤسسة والمستهلك مما يعني استبعاد الممارسة التي تتم فيما بين المؤسسات ، وما دفع

المشرع إلى حظر هذه الممارسة وخصها بين المؤسسة والمستهلك نظرا لخطورتها على المنافسة الحرة وآثارها السلبية على المستهلك التي تظهر بعد استحواذ المؤسسة القائمة بعملية البيع على السوق وسيطرتها عليه مما يدفعها لرفع الأسعار لتعويض الخسارة، حيث يجد المستهلك نفسه مسير في اقتناءه للسلع دون أن يجد البديل

الفرع الثالث وجود تعسف في البيع بسعر منخفض:

فالمادة 12 سابقة الذكر جعلت من عملية البيع بسعر منخفض في حد ذاتها عملية صحيحة إذا تمت في حدود المعقول، ما دام لم يتحقق فيها التعسف الذي يحظرها ، حيث اعتبر المشرع عملية البيع بسعر منخفض يكون تعسفيا متى كان أقل من سعر التكلفة الحقيقية (تكاليف الانتاج، التحويل، التسويق..) وليس أقل من سعر السوق.

الفرع الرابع المساس بالمنافسة:

إن حظر المشرع لهذه الممارسة يرتبط بمدى تأثيرها على المنافسة وتوافر نية الإضرار بباقي المؤسسات المتواجدة في السوق عن طريق إزاحة منتجاتها من الدخول إليه مما يشل حركة المنافسة والحد من نشاط السوق وهذا ما نصت عليه المادة 12... " إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق" ، ولم يكتفي المشرع بحظرها بتحقق الضرر بل جعلها محظورة بمجرد إمكانية تحقق الضرر في المستقبل.

المبحث الخامس : الممارسات الإستئثارية

لقد اعتبر المشرع في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة أن كل عمل أو عقد من شأنه السماح لمؤسسة ما من الإستئثار في ممارسة النشاطات التي تؤدي إلى تقييد المنافسة ممارسة محظورة، وعليه سوف نتطرق إلى العقود الاستئثارية المقيدة لحرية المنافسة من خلال العناصر التالية :

المطلب الأول: مفهوم الممارسات الإستئثارية :

استحدث المشرع الممارسات الإستئثارية بموجب الأمر -03 03 ليعدل بعد ذلك فيها بموجب القانون 08-12 وعليه سوف نحدد مفهوم هذه الممار سات كما يلي :

الفرع الاول: مفهوم الممارسات الإستئثارية في ظل الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة

لقد نصت المادة 10 من القانون :03-03 " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو حد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استئثاري يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق ."

حيث باستقراء نص المادة نجد أن المشرع حصر الممارسات الاستئثارية في عقد الشراء الاستئثاري، ولم يعرف هذا النوع من العقود حيث إكتفى ببيان أن هذه العقود تحد من المنافسة وتخل بها دون النص صراحة على حظرها، مما يفهم أن العقود الاستئثارية في حد ذاتها ليست محظورة إنما إذا كان فيها مساس بالمنافسة فتصبح محظورة.

الفرع الثاني مفهوم الممارسات الاستئثارية في ظل القانون 08- 12 المتعلق بالمنافسة حيث نص المشرع في المادة 6 المعدلة للمادة 10 من الأمر :03-03 " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل / أو عقد مهما كانت طبيعته و موضوعه يسنح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر ."

فيتضح من نص المادة أن هذه الممارسة لم تعد تقصر على عقد الشراء الاستئثاري بل أصبحت تشمل كل عمل أو عقد بغض النظر عن طبيعته و موضوعه، بالإضافة إلى النص صراحة على حظرها .كما حدد المشرع بموجب التعديل أطراف العلاقة بشكل أدق تحت مسمى المؤسسة مما ينفي وصف الممارسة في غياب هذا العنصر.

الفرع الثالث : تعريف الممارسات الاستئثارية

يعرف الاستئثار بأنه " قدرة المؤسسة على الإنفراد و الاستحواذ بممارسة نشاط اقتصادي معين في سوق في سوق أي ممارسة بصفة حصرية دون منافسة من الغير مما يؤدي إلى تقييد المنافسة .

ولارتباط الممارسات الإستئثارية بالعقود غالبا تعرف بأنها:" الاتفاقات التي تبرمها المؤسسات الاقتصادية صاحبة القدرة على الإنفراد و الاستحواذ بممارسة نشاطات معينة تؤدي إلى تقييد المنافسة في السوق" ، و طبيعة الاستئثار تقتضي في الغالب التمتع بالمركز الاقتصادي القوي في السوق الذي يستتبع ذلك لا محالة التعسف في استغلال الوضعية وهنا تظهر أهمية حظر المشرع لعقود الاستئثار كصورة من صور الممارسات المقيدة للمنافسة باعتبارها سببا في اكتساب القوة لبعض المؤسسات في نفس الوقت مقيدة لحرية المنافسة للبعض الآخر

المطلب الثاني: شروط حظر العمل أو العقد الإستئثاري

لقد حددت المادة 10 من الأمر 03-03 المعدلة و المتممة شروط لابد من توافرها لحظر العمل أو العقد الإستئثاري وتتمثل هذه الشروط في :

الفرع الاول : وجود عمل أو عقد إستئثاري

حيث ورد في المادة 10 " يحظر كل عمل أو عقد مهما كانت طبيعته و مضمونه "بالتالي المشرع وسع من نطاق الحظر ليشمل كل عقد أو عمل وبغض النظر عن نوعه و طبيعته خلافا لما كان عليه الحظر قبل تعديل نص المادة الذي كان يشمل عقود الشراء فقط دون

سائر العقود الأخرى .والهدف من توسيع الحظر هو تفادي إفلات أي ممارسة يمكن أن تعيق أو تخل بالمنافسة في السوق

الفرع الثاني : استئثار المؤسسة بممار سة النشاطات الاقتصادية

أي أن الحظر يشمل المؤسسات التي تقوم بالعمل أو العقد الإستئثاري، بمفهومها الوارد في قانون المنافسة وفقا للمادة 3 " كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج و التوزيع أو الخدمات" ، والتي تمارس أحد النشاطات التي تدخل في مجال تطبيق الأمر 03-03 بعدما كانت محصورة في مجال واحد وهو التوزيع فقط .

الفرع الثالث : تقييد المنافسة والمساس بها

فالأعمال أو العقود التي تؤدي إلى إستئثار مؤسسة معينة بممارسة نشاطات تدخل في مجال الأمر 03-03 لا تعتبر محظورة إلا إذا أذت إلى تقييد المنافسة من خلال عرقلتها أو الحد منها او الاخلال بها.

فمتى توافرت هذه الشروط نكون أمام ممارسة محظورة ومقيدة للمنافسة.

المبحث السادس : التجميعات الاقتصادية

يعتبر التجميع الاقتصادي أحد الآليات القانونية المباحة والمشروعة التي تلجأ إليها المؤسسات من أجل تعزيز قوتها وكفاءتها الاقتصادية حيث خصص لها المشرع فصلا خاصا بها وتناولها في المواد 15 إلى المادة 22 غير أنه أخضعها إلى الرقابة القبلية لمجلس المنافسة متى كانت تمثل خطرا على حرية المنافسة وبتوافر شروط نصت عليها المواد 17 و 18 من قانون المنافسة .وعليه سوف نتطرق إلى حظر التجميعات الاقتصادية غير الشرعية كما يلي :

المطلب الأول: مفهوم التجميعات الاقتصادية

ينتج عن التجميع الاقتصادي عدة مصالح متضاربة فبالرغم من فائدته بالنسبة للاقتصاد الوطني و للمؤسسات المتجمعة إلا أنه قد يؤدي إلى إضرار بالمنافسة ولهذا فرض المشرع على غرار باقي التشريعات الرقابة على التجميعات من قبل مجلس المنافسة الذي يرخص بالتجميع أو يرفضه .

الفرع الاول: تعريف التجميعات الاقتصادية

لقد ورد في المادة 15 من قانون المنافسة بأنه " يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا

-إندمجت مؤسستان أو أكثركانت مستقلة من قبل

- حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأية وسيلة أخرى

- .أنشأت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة ."

حيث باستقراء نص المادة يتضح أن المشرع لم يعرف التجميع بل أورد الآليات التي يتم من خلالها التجميع ، وفي غياب نص تشريعي يعرف التجميعات الاقتصادية لابد من الوقوف على التعريفات الفقهية حيث عرف بأنه:

" العملية القانونية الناتجة عموما عن اتفاق مبرم بين مؤسستين أو عدة مؤسسات أو بين مجموعات مؤسسات، والتي تؤدي سواء عن طريق الاندماج أو عن طريق الرقابة التي يمارسها بعض مسيريها أو عن طريق أخذ مساهمات في رأسمالها الخاص أو عن طريق إنشاء مؤسسة أو تجمع مشترك أو بأية طريقة أخرى إلى رقابة كل أو جزء من هذه المؤسسات وبالنتيجة رقابة الأنشطة الاقتصادية التي تمارسها"

وعليه فالتجميع عموما ينصرف مفهومه إلى التكتلات التي تتم وفق أشكال قانونية مختلفة بين مؤسسة أو أكثر لتحسين تنافسيتها أو زيادة قوتها في السوق.

الفرع الثاني : تمييز التجميعات الاقتصادية عما يشتبه بها

1-تمييز التجميعات الاقتصادية عن التجمع: ورد مصطلح التجمعات في القانون التجاري في المادة 796 وما يليها حيث نصت:" بأنه يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا ولفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط لتنميته"

و وفقا للمادة 797 فالتجمع هو عقد يتم غالبا بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لتنمية علاقات التعاون والتكتل الاقتصادي فيما بينها لكونها لا تستطيع اللجوء مباشرة إلى التجميع الاقتصادي نظرا لضعفها

2- **تمييز التجميعات الاقتصادية عن الاتفاقات المحظورة**:الاتفاقات المحظورة هي ممارسة مقيدة للمنافسة كأصل عام مع وجود استثناءات وردت في المادة 9 من قانون المنافسة تبيحها عكس التجميعات التي تعتبر ممارسة مباحة كأصل عام إضافة إلى أن الاتفاقات تتم بين مؤسسات تتمتع بالاستقلالية أما التجميعات فتكون باندماج المؤسسات وتفقد فيه استقلاليتها القانونية.

المطلب الثاني: شروط حظر التجميعات الاقتصادية

أورد المشرع شروط إخضاع النجميعات الاقتصادية إلى رقابة مجلس المنافسة في المادتين 17 و 18من قانون المنافسة ، حيث نصت المادة :17 " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه ي أجل ثلاثة أشهر "

كما نصت المادة 18 :" تطبق أحكام المادة 17 أعلاه كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 بالمئة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة ." وعليه تتمثل شروط إخضاع التجميعات للرقابة في:

الفرع الاول : المساس بالمنافسة:

طبقا للمادة 17 فالتجميع يخضع للرقابة إذا كان من شأنه الإخلال بالمنافسة ، فقد ينجم تغير دائم في تركيبة السوق وظهور وضعيات الهيمنة التي قد تؤدي بدورها إلى ارتكاب ممارسة تعسفية تتنافى وقواعد المنافسة الحرة وفكرة المساس بالمنافسة فكرة مرنة تخضع لرقابة مجلس المنافسة الذي يلجأ إلى تقدير الآثار الحالية والمحتملة للتجميع فيعاين آثار عمليات تجميع المؤسسات المساهمة أو المدمجة ومدى وجود ممارسات مقيدة للمنافسة كما يلجأ إلى التدقيق في الشروط التقنية كواحد من المعاييرالتي يستشف منها حجم المساس بالمنافسة.

الفرع الثاني :تعزيز وضعية الهيمنة على السوق:

و يتحقق هذا الشرط عندما يتمتع التجميع بحجم معبر يمكن المؤسسات المتجمعة من السيطرة على السوق بكل أساسي ويقدر ذلك وفق معيار حصة السوق (المعيار الكمي) والذي اعتمد عليه المشرع في المادة 18 حيث أخضع التجميع إلى الرقابة متى كان يرمي إلى تحقيق عتبة تفوق 40 بالمئة من حصة المبيعات أو المشتريات ، ويتم تقدير هذه النسبة بالرجوع إلى السوق المرجعي.

غير أن المشرع في المادة 21 مكرر من قانون المنافسة أورد استثناءا على تجاوز العتبة القانونية حيث نصت المادة على أنه" لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي لاسيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق غير أنه لا تستفيد من هذا الحكم سوى التجميعات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة وفقا للشروط المنصوص عليهافي المواد 17و 18 و 20 من هذا الأمر "

بالتالي فالتجميع الذي يتجاوز العتبة القانونية المحددة ب 40 بالمئة متى كان يحقق أحد الآثار التي أوردتها المادة 21 مكرر سابقة الذكر لا يخضع للرقابة لأن هذا التجميع يحقق

المصلحة العامة .بالتالي بتوافر الشروط المنصوص عليها في المواد 17 و 18 من قانون المنافسة يخضع التجميع لرقابة مجلس المنافسة الذي له أن يرخص بالتجميع أو يرفضه بقرار معلل كما يمكن له ن يرخص وفق شروط من شأنها تحقيق آثار التجميع على المنافسة أو يمكن للمؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة.

كما يمكن للحكومة أن ترخص تلقائيا بالتجميع إذا اقضت المصلحة العامة ذلك بناءا على طلب من الأطراف المعنية بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة.