



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة جدة

343.07/7

كلية الحقوق

قسم الحقوق

الالتزام

بعدم المنافسة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تخصص: قانون الإصلاحات الاقتصادية

إشراف الأستاذ:

الدكتور: زوايمية رشيد

إعداد الطالب:

دفاص محنان

لجنة المناقشة:

- 1- الدكتور/ كتو محمد الشريف، جامعة تيزي وزو رئيسا.
- 2- الدكتور / زوايمية رشيد، جامعة تيزي وزو مشرفا ومقررا.
- 3- الدكتور / جبالي واعمر، جامعة تيزي وزو ممتحنا.
- 4- الدكتور/ سمار نصر الدين، جامعة جيجل ممتحنا.

السنة الجامعية

2005-2006

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

343,07/7

جامعة جيبيل



الالتزام

بعدهم المناقشة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تخصص: قانون الإصلاحات الاقتصادية

إشراف الأستاذ:

الدكتور: زوايمية رشيد

إعداد الطالب:

دفايس محمدان

لجنة المناقشة:

- 1- الدكتور/ كتو محمد الشريف، جامعة تيزي وزو رئيسا.
- 2- الدكتور / زوايمية رشيد، جامعة تيزي وزو مشرفا ومقررا.
- 3- الدكتور / جبالي واعمر، جامعة تيزي وزو ممتحنا.
- 4- الدكتور/ سمار نصر الدين، جامعة جيبيل ممتحنا.

السنة الجامعية

2005-2006

إلى من لا أبغي إلا رضاها

إلى من لا أبغي إلا رضاها

إلى أبي وأمي

أسأل الله أن يمدهما الصحة والعافية

إلى أخواني: حنان نادية ايمان وعصمى

إلى إخوتي: ربيع منير وسمير

إلى كل من مدني بيد العون

أهدي ثمرة جهدي هذا وعملي المتواضع

د. فاس. ع.

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعانني على إنهاء هذا العمل
فما كان لشيء أن يجري في ملكه إلا بمشيئته
إنما إذا أراد شيئاً فيقول له كن فيكون
فالحمد لله في الأولى والحمد لله في الآخرة

يشرفني أن أقدم بحالص شكري وامتناني للأستاذ المشرف
الدكتور "زواجية رشيد" على ما قدمه من توجيه
وعلى ما أبداه من تعاون ودعم
فله مني كل التقدير

كما أشكر الأستاذ "فريسي عبد الحف"
على تعاونه معنا وعلى صبره وكرمه
جزاه الله كل خير

د. فاس. ع.

قائمة المختصرات:

يقصد في مفهوم هذه المذكرة بالمختصرات التالية ما مايلي:
1. باللغة العربية:

ق.م: القانون المدني.

ج.ر.ع: جريدة رسمية عدد.

ص: صفحة.

الدستور: التعديل الدستوري لسنة 1996.

الاجتهاد القضائي: الاجتهاد القضائي الفرنسي.

ق ت: القانون التجاري.

النفط: الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات.

2. باللغة الفرنسية:

Art : Article.

Cass. Com: arrêt de la cour de Cassation (chambre Commerciale).

Cass. Soc: arrêté de la cour de Cassation Sociale (chambre sociale).

D.E.A: Diplôme des études approfondis.

ONEX: Office National des Substances Explosives.

J.O: Journal Official.

Op.Cit: Ouvrage Précédemment Cité.

OPU: Office des Publications Universitaire.

P: Page.

Rép.Com: Répertoire Commercial.

R.D: Revue Dalloz.

R.D.S: Revue du Droit Social.

R.J.C: Revue de Jurisprudence Commerciale.

R.T.Dciv: Revue Trimestriel du Droit civil.

R.T.Dcom: Revue Trimestriel du Droit commercial

مقدمة :

إن المنافسة هي التسابق أو الصراع بين عدد من المتعاملين في سوق واحدة من أجل غاية اقتصادية، هذا الصراع إن صح التعبير هو ميزة اقتصاد السوق القائم على آلية العرض والطلب ويفترض وجود هامش من الحرية، للمتعاملين الاقتصاديين، هذه الحرية تترجم في الواقع الاقتصادي في شكل منافسة حرة.

فالمنافسة لا تكون فعالة إلا إذا كان بإمكان المتعاملين الاقتصاديين تطوير نشاطاتهم بحرية لذلك نقول أن المبدأ الأساسي هو حرية المنافسة، الذي يتجسد في الواقع القانوني من خلال إقرار مبدأ آخر هو مبدأ حرية التجارة والصناعة، وكذلك مبدأ حرية التعاقد¹، التي تعبر كلها عن حرية العلاقات الاقتصادية.

انطلاقاً من مجمل هذه التصورات يتضح لنا جلياً أن مبدأ حرية المنافسة يحمل في مضمونه فكرتين لهما أهمية قانونية واقتصادية مهمة :

ففي تصور أول يمكن أن نجد في مضمون هذا المبدأ التأكيد على حرية التجارة والصناعة بمعنى أن كل شخص يكون حراً في ممارسة أي نشاط مهني يعجبه، لا يقيدده في ذلك سوى قواعد النظام العام التي تختلف من نظام قانوني إلى آخر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، نجد أن النشاط الاقتصادي يتجسد في الواقع عبر آلية التعاقد، وحرية العمل، لذلك فحرية المنافسة تقتضي كذلك وجود حرية تعاقدية، فالمتعاملين الاقتصاديين يجب إن تكون لهم سلطات واسعة في إبرام العقود التي يريدون وبالشروط التي يختارونها.

وفي تصور ثاني يمكن أن نفهم من عبارة التنافس الحر، مشروعية الضرر التنافسي، وبعبارة أدق يكون من حق المتعاملين المتنافسين _ في نشاطهم من أجل البحث عن الزبائن _ جلب زبائن المتعاملين المنافسين لهم دون أن يكون من حق هؤلاء مبدئياً إثارة أي مسؤولية أو احتجاج.

إذن إذا كانت ميزة الاقتصاد الحر الأساسية هي الحرية التنافسية فإن هذه الأخيرة تحمل في ذاتها عوامل تقهقرها، "فالمنافسة تقتل المنافسة" "La concurrence tue la concurrence"

1. BURST jean jacques et KOVAR Robert, Droit de la concurrence, collection droit des affaires et de l'entreprise economica, 1981, p 1,2.

لذلك لا بد من التدخل من خلال إيجاد نظام قانوني يحكم المنافسة الحرة وينظم السير الحسن لها في السوق¹.

وإذا كانت هذه الآليات ترمي أساسا إلى الحفاظ على المنافسة قائمة وشريفة في السوق فانه هناك بعض القيود ترمي بطريقة مباشرة و غير مباشرة إلى منع المنافسة، وتجد أساسها إما في نص قانوني وهو ما يصطلح على تسميته المنافسة غير القانونية *la concurrence illicite* وإما أن تكون ذات مصدر عقدي وفي هذه الحالة تكون المنافسة منافية للعقد *la concurrence anti-contractuelle*، هذه القواعد القانونية والعقدية تشكل مصدرا لما يسمى بالالتزام بعدم المنافسة *l'obligation de non concurrence*، الذي يمثل التزاما بالامتناع عن عمل مقتضاه أن يمنع على شخص _المدين بالالتزام_ ممارسة نشاط مهني محدد، منافس مع ذلك الممارس من طرف شخص آخر هو الدائن بالالتزام.

وبهذا المعنى نجد عدة تطبيقات عملية لهذا الالتزام كنظام الاحتكارات وموانع التجارة والأنشطة المنظمة، وعدة تطبيقات في مجال العقود كعقد الشركة وعقد العمل، وعقد بيع وإيجار المحل التجاري، وعقد الإعفاء التجاري، خاصة عبر آلية التعاقد، فالعقد أصبح له أهمية بالغة في الحد من حرية المنافسة، من خلال إدراج أحكام في العقد تقيد وتحد من هذه المنافسة. من خلال هذه اللوحة الوجيزة عن الالتزام بعدم المنافسة، تتضح أهمية الدراسة، لأن هذا الالتزام يشكل خروجاً صارخاً عن مبادئ قانونية أصبحت من النظام العام، كمبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ حرية المنافسة وحرية العمل.

وتزداد الأهمية إذا علمنا أن موضوع الالتزام بعدم المنافسة يثير مصالحتين جديرتين بالحماية من خلال تداخل الحق الشخصي للمدين بالالتزام بحق الملكية بالنسبة للدائن بهذا الالتزام²:

فمن جهة الحق الشخصي نجد أن هذا الالتزام من أهم آثاره أنه يشكل مساساً بالحرية الاقتصادية للمدين كحرية العمل، وحرية التجارة والصناعة، والحق في المنافسة المشروعة

1. هذا النظام يتمثل في وضع إطار تشريعي، وفي الجزائر نجد الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جوان 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، مؤرخة في 20 جوان 2003.

2. SERRA Yves, Obligation de non concurrence, Edition Dalloz 1995, p 3.

وكذلك يشكل عائقا يشل القدرات العقلية والبدنية للمدين، ويفوت فرصة على المجتمع للاستفادة من قدرات بعض الأفراد.

أما من جهة الحق في الملكية، فإن الالتزام بعدم المنافسة ينصب على محاولة حماية زبائن الطرف الدائن بالالتزام، من كل أعمال المنافسة الخطيرة أو غير العادية التي يمكن أن يأتيها المدين، ولقد ظهرت هذه الفكرة من خلال تصور الفقه في ضرورة حماية وتثمين النشاط الإنساني الذي يتمثل في مهارة جلب الزبائن وكذلك اعتبار الزبائن المهنيين *la clientèle professionnelles* كشكل جديد من الأموال التي تشكل الذمة المالية للشخص¹.

لذلك أصبح عنصر الزبائن- بالنظر إلى أنه أصبح عاملا اقتصاديا مهما، وكذلك ثروة معنوية لا يستهان بها- مصدر أغلب القيود المتعددة على مبدأ حرية المنافسة، وغاية ذلك كله هو محاولة خلق نوع من الثبات في عدد الزبائن، أي الحفاظ على دخل مستقر وثبات رأس المال.

ونجد كذلك إلى جانب حماية الزبائن، حماية المستهلك من خلال تنظيم النشاطات التي يمكن أن تشكل خطرا على صحة المستهلك وكذلك حماية المصلحة العامة وكذلك الاقتصاد الوطني من خلال منع بعض النشاطات واحتكار أخرى لأسباب مختلفة وكل هذه الأحكام تنشأ في النهاية التزام بعدم المنافسة في ذمة من يمارس هذه الأنشطة أو له رغبة في ممارستها، فمن خلال هذه الجوانب الحساسة وذات القيمة القانونية تبرز جليا أهمية الموضوع.

تزداد أهمية دراسة هذا الموضوع خاصة من ناحية المصدر الاتفاقي أو العقدي، الذي يعتبر تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، لذلك يكون من الأهمية بمكان محاولة إبراز حدود هذه الحرية في تأثيرها على المنافسة، لأنه في الأخير لما نقول اقتصاد السوق يعني ذلك تعزيز الحرية التعاقدية، وهذه الأخيرة يمكن أن تتخذ كذريعة للتعدي إن صح التعبير على حريات اقتصادية أخرى، لذلك لا بد من وضع معالم واضحة بين هذه الحريات.

و تبرز كذلك أهمية الموضوع من خلال دراسة بعض أوضاع الاحتكار سواء لمصلحة مؤسسات عمومية أو خاصة، وهو أمر يثير إشكالية مدى إمكانية تعايش هذين النقيضين وهما

1. SERRA Yves, op.cit, p 3.

حرية المنافسة والاحتكار، خاصة وان الواقع الاقتصادي يمدنا بأمثلة كثيرة، نحاول إعطائها الوصف القانوني الملائم.

وعليه فإذا كانت كل الدراسات اهتمت بمواضيع متعلقة بالحفاظ على المنافسة النزيهة في السوق وتنظيم الممارسات التجارية، وضرورة تكريس المنافسة الحرة في كل القطاعات الاقتصادية، فان دراستنا تتمحور حول النقيض لهذه الدراسات، من خلال إمكانية منع المنافسة خاصة وان الجزائر على عتبة اقتصاد السوق وسيجابه القضاء بدون شك مثل هذه الإشكالات ولا نعلم كيف سيتصرف معها، لان المؤسسات الأجنبية اعتادت التعامل بهذه الأساليب في ظل وجود نصوص قانونية تنظم الموضوع.

من خلال كل هذه الاطروحات القانونية تبرز الإشكالية جليا، وذلك إذا أردنا التوفيق بين فكرتين أساسيتين:

فالفكرة الثابتة في هذه الدراسة هي الانطلاق من أن الوضع الظاهر هو تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة وأنه مضمون للجميع بنص دستوري يعكس بجد المكانة الكبيرة التي يوليها المشرع للحرية الاقتصادية، هذا المبدأ الدستوري ينعكس في الواقع في شكل مبادئ أخرى أساسية وهي مبدأ حرية المنافسة ومبدأ حرية العمل ومبدأ حرية التعاقد.

إما الفكرة المتغيرة فتتمثل في تعارض هذه المبادئ مع مصالح هي الأخرى جديرة بالحماية وتستند هي الأخرى إلى مبادئ قانونية ثابتة كحرية التعاقد وحق الملكية و حتى فكرة النظام العام والمصلحة العامة التي عادة ما تستغل للحد من المبادئ السابقة، نظرا للمفهوم الواسع الذي تحمله، والذي أصبح مطية للسلطات العامة للخروج عما هو مكرس قانونا، ولعل أهم مبدأ أخذ نصيبه من التقييد هو حرية المنافسة.

إذن فمحاولة التوفيق بين هاتين الفكرتين يشكل إشكالية الدراسة، دون أن يعني ذلك أنني أسوي بينها، ولكن أحاول أن أبحث عن مدى مشروعية هذه الموانع القانونية والاتفاقية للمنافسة وذلك من خلال إثارة بعض التساؤلات الجزئية التي تخدم في النهاية الغاية الأساسية للبحث والتي يمكن أن نجعلها فيما يلي:

- ألا يشكل تواجد الدولة في السوق عبر المؤسسات العمومية خرقا لمبدأ حرية المنافسة خاصة إذا استعملت صلاحيات السلطة العامة، مما يجعلها منافس غير مرغوب فيه أو منافس صاحب امتياز لا يمكن للمقاولات الخاصة أن تنافسه، وهل يمكن التسليم بفكرة

الاحتكار يتنافى مع المنافسة، أم انه يمكن لهاتين الفكرتين الاقتصاديتين أن يتعايشا مع بعض وكيف يكون ذلك.

- هل يمكن اعتبار الالتزام بعدم المنافسة - من حيث كونه شرط في العقد - حقا شخصيا أم حقا موضوعيا أي اعتباره من مستلزمات العقود التي لا تحتاج للنص عليها في العقد وذلك طبعاً إذا سلمنا بإمكانية أو مشروعية المنع الاتفاقي للمنافسة.
للإجابة عن هذه التساؤلات ومحاولة الإحاطة بها من كل الجوانب تم تقسيم الخطة إلى فصلين أساسيين:

يتناول الفصل الأول المصدر القانوني للالتزام بعدم المنافسة بشكليه، سواء النصوص القانونية التي تمنع المنافسة مباشرة وذلك في مبحث أول، أو تلك النصوص توقف الدخول إلى المهنة التجارية على توفر أو تخلف بعض الشروط وذلك في مبحث ثاني.
أما الفصل الثاني فيتعلق بالمصدر العقدي أو الاتفاقي للالتزام بعدم المنافسة، وذلك من خلال بيان العلاقة بين قانون العقود وقانون المنافسة والتأثير المتبادل بينهما، وبعبارة أخرى دراسة نطاق هذا الالتزام وذلك في مبحث أول، ثم التطرق إلى أحكامه، والتي يفرضها طابعه العقدي سواء من حيث الأشخاص أو الانقضاء وحتى الجزاء وذلك في مبحث ثاني.

الفصل الأول

المصدر والقانوني

اللائحة بعينها والمنافسة

الفصل الأول:

المصدر القانوني للالتزام بعدم المنافسة

يعتبر القانون مصدر غير مباشر لجميع الالتزامات، لكنه في بعض الأحيان قد يكون مصدرا مباشرا لها، ولا يكون كذلك إلا إذا أنشأها بنص خاص، وهذا النص هو الذي يحدد أركانها ويبين أحكامها، ولذا يجب دراسة كل التزام قانوني بالمعنى الضيق في الموضوع الذي جاء فيه النص المنشئ له.

و في هذا الإطار فان القاعدة القانونية عادة ما تتدخل منشأة للالتزام بعدم المنافسة، وهو ما يعبر عنه عادة بالمنع التشريعي للمنافسة، أو المنافسة غير القانونية، والتي تختلف عن المنافسة المنافية للعقد.

و مناط التمييز الأساسي بين الالتزامين هو أن المنافسة المنافية للقانون تجد مصدرها في نصوص قانونية وتنظيمية متفرقة، فالمشرع عادة ما يسن قواعد قانونية تمنع المنافسة في بعض القطاعات، أو تجعلها موقوفة على توفر شروط أو مؤهلات¹، بينما تجد المنافسة المنافية للعقد مصدرها في إرادة الأطراف².

وكذلك لا يجب الخلط بين المنافسة المنافية للقانون والمنافسة غير المشروعة، فالأولى تأخذ في العادة شكلين، الأول يتمثل في الاحتكارات، والتدابير المقيدة للدخول إلى بعض النشاطات المهنية، والثاني يتمثل في حماية حقوق الملكية الفكرية عن طريق دعوى التقليد، وفي الحالتين تدخل المشرع من أجل منع المنافسة.

1- راجع:

- SERRA Yves, Concurrence déloyale, Rép.Com, Dalloz, février 2004, p 09.

- توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2002، ص 193-194.

2 - ولكن في بعض الأحيان نجد أن المشرع من خلال تنظيمه لبعض العقود، يضمنها التزاما بعدم المنافسة، على عاتق أحد المتعاقدين، باعتبار أن هذا النوع من العقود يقتضي وجود التزام بعدم المنافسة، فهو من مستلزماته، ورغم ذلك فهذا المقتضى لا ينفي عنه أنه ذو مصدر عقدي.
راجع مثلا المواد:

- 7/7 من القانون رقم 11/90 المتعلق بتنظيم علاقات العمل المعدل والمتمم، ج.ر، عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990.

- 432 ق م.

- 371 ق م، التي تلزم البائع بضمان عدم تعرضه للمشتري، والتي تجد الطريق إلى تطبيقها بالنسبة لبيع المحلات التجارية.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة
بينما بالنسبة للمنافسة غير المشروعة، فيفترض أن النشاط مفتوح أمام المنافسة، لكن يحظر فقط استعمال طرق ووسائل احتيالية من أجل التأثير على بقية المتعاملين والتجار، وتحويل الزبائن بطريقة غير مشروعة، وعليه فالهدف الرئيسي منها هو ضرورة الحفاظ على الاستعمال العقلاني لحرية المنافسة.

إن الإلتزام القانوني بعدم المنافسة محل الدراسة يثير إشكالية المشروعية بحدّة، خاصة وأن أغلب بعض النصوص القانونية تقرر احتكارات قانونية، وبشكل مباشر، لمصلحة أشخاص القانون العام في، حين يرى الكثير من الفقهاء بأن المهنة التجارية والصناعية يجب أن تبقى حكرًا على المبادرة الخاصة فقط¹.

والحقيقة أن هذه الفكرة تحمل في طياتها مدلولين أساسيين، فمن جهة نجد التزام الدولة بعدم منافسة المقاول الخاصة، ومن جهة ثانية تلتزم المقاول الخاصة بألا تنافس الدولة في بعض المجالات، وهي ملاحظات لا بد من مناقشتها.

كما قرر المشرع احتكار استغلال بعض الأشخاص لمنتجاتهم الفكرية مانعًا بذلك كل شكل من أشكال المنافسة التي من شأنها أن تطل هذه المنتجات الفكرية.

كما تدخل في حالات أخرى مانعًا على طائفة من الأشخاص ممارسة التجارة، لأسباب مختلفة منها ما يتعلق بطبيعة الوظائف التي يشغلونها، ومنها ما يتعلق بمدى تمتعهم بالحرية الأساسية من عدمه، كما أوجد بعض القيود المسبقة على ممارسة بعض النشاطات التجارية مما يجعلهم في مركز الملتزم بعدم المنافسة، وإن كان ذلك بطريقة غير صريحة.

إن هذه المواضيع تبدو منافية لمبدأ حرية المنافسة وإخلالا واضحا بمبدأ حرية التجارة والصناعة، لذلك لا بد من الوقوف على مدى صحة هذا القول، وذلك بالتعرض لحالات منع المنافسة بشكل صريح، وحالات منعها ضمنا.

1- CHAPUT Yves, Droit de la concurrence, Edition que sais je? Presses universitaires de France, Paris, 1988 6.

المبحث الأول: الإلتزام القانوني الصريح بعدم المنافسة

لقد تدخل المشرع في الكثير من الحالات بنصوص قانونية يمنح من خلال إمكانية إنشاء احتكارات وحقوق حصرية.

هذه الاحتكارات أصبحت تطرح إشكالات قانونية كبيرة، خاصة في ظل تبني نظام اقتصاد السوق الذي ينبذ الاحتكارات و الممارسات التي من شأنها أن تخلق تمييزا بين المتعاملين و تجعل حرية الدخول إلى السوق مقصورة على أشخاص القانون العام فقط، لذلك لا بد من محاولة مناقشة وضعية الاحتكار و تقدير مدى إمكانية تعايشها مع مبدأ حرية المنافسة، ثم الإشارة إلى الحالات العملية لها في الجزائر.

المطلب الأول: ماهية وضعية الاحتكار

إن وضعية الاحتكار باعتبارها المظهر الأساسي للإلتزام القانوني بعدم المنافسة، تعبر عن جانب اقتصادي أكثر منه قانوني، و هو ما يظهر جليا من خلال تعريفها، ولا يبرز الجانب القانوني إلا من خلال تبيان مدى مشروعيتها و تعايشها مع المنافسة الحرة، وحتى في هذه الحالة الأخيرة يبقى الطابع الاقتصادي يفرض نفسه.

الفرع الأول: تعريف وضعية الاحتكار (monopole)

من أجل الإحاطة الكاملة بوضعية الاحتكار، يجب أن نبين مدلولها التشريعي أولا ثم الفقهي ثانيا ذلك أن تعريف وضعية الاحتكار يترتب عليه نتائج قانونية غاية في الأهمية¹.

أولا: التعريف التشريعي

إن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا تشريعيًا مباشرًا للمقصود بوضعية الاحتكار، لكن ذلك لا يمنع من محاولة استخلاصه من خلال بعض النصوص.

فلقد أستعمل المشرع مصطلح احتكار في صدد تناوله للممارسات المقيدة للمنافسة، وخاصة التعسف في وضعية الهيمنة التي تعتبر شكل من أشكال الاحتكار الاقتصادي، حيث أقرن

1- من الناحية اللغوية نجد أن مصطلح احتكار مصدره يوناني وهو monos-polein، ويقصد به البيع بمفرده، كما يعبر عنه كذلك بمصطلح mono-polist ويعني بائع واحد.

راجع في هذا الصدد: أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2006 ص 5.

مصطلح وضعية الهيمنة بمصطلح إحتكار¹، مما يدل على المعنى الموحد للوضعيتين لذلك فالاحتكار من الناحية القانونية يأخذ نفس تعريف وضعية الهيمنة، التي عرفها المشرع في نص المادة 3/ج من الأمر 03/03².

وقبل هذا كان قد عرف المشرع الجزائري صورة من صور الاحتكار، و هو الاحتكار الطبيعي، من خلال نص المادة 4/5 من القانون رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة الملغى³. إن الملاحظ على هذه التعاريف أنها اشتملت على مصطلحات اقتصادية، تحتاج إلى إصباغها بصبغة قانونية، من خلال محاولة إعطائها مدلولاً معيناً، وبالفعل تدخل الفقه لتفصيلها.

ثانياً: التعريف الفقهي

وجدت عدة محاولات فقهية لتعريف وضعية الاحتكار، إلا أن الملاحظ عليها أنها لم تخرج عن المبادئ التي قررها المشرع و التي يمكن استخلاصها من نص المادة 3/ج السابقة، حيث أن الفقه يعرف الاحتكار من خلال توفر أركانه⁴، وهي :

أ. الإستحواد على القوة الاحتكارية

إن المقصود بالقوة الاحتكارية أو القوة الاقتصادية هو مقدرة المؤسسة على رفع الأسعار أو إقصاء المنافسة عند الرغبة في ذلك، وليس الإقصاء الفعلي للمنافسين - و إن كان ذلك ممكناً - و كذلك من شأن هذه القوة عرقلة قيام منافسة فعلية في السوق، أو تمكن المؤسسة المحنكرة من تجاوز منافسة المؤسسات الأخرى⁵.

ويشير هذا المعيار إشكال قوامه ماهية الوضع الذي يخول التاجر سلطة رفع الأسعار أو إقصاء المنافسة ، فالمسلم به أن هذا الوضع لا يرتكز على التنفيذ السياسي أو الاجتماعي بل هو مقدرة

1 - راجع المادة 7 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جوان 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43، مؤرخة في 20 جوان 2003.

2 - تنص المادة 3/ج على ما يلي " هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه ،وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها".

3 - تنص المادة 5/4 على ما يلي " يقصد بالاحتكار الطبيعي حالات السوق أو النشاط التي تتميز بوجود عون اقتصادي واحد يستغل هذا السوق أو قطاع نشاط معين". أمر رقم 06/95 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالمنافسة. ج.ر.ع 9 مؤرخة في 24/09/1995.

4 - أجمد عبد الرحمن ملحم، الاحتكار المحظور و محظورات الاحتكار (في ظل نظرية المنافسة التجارية)، مجلة القانون والاقتصاد، الكويت، عدد 63، ص 391.

5 - نفس المرجع، ص 391.

اقتصادية في السوق تعتمد أساسا على نسبة ما يتحصل للتاجر من مبيعات ، فإذا زادت نسبة المبيعات مقارنة مع منافسيه ، قرب إلى مركز المحتكر¹.

ب. سوق السلع و الخدمات البديلة

كما تسمى بالسوق المماثلة أو التعويضية، وهي كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسة مقيدة للمنافسة و كذلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها و أسعارها و الاستعمال الذي خصصت له، و المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية².

إذن فإذا كان هناك خيار آخر في السوق يلجأ إليه المشترون مباشرة، فلا يكون هناك ثمة احتكار³.

إضافة إلى تحديد هذه السوق، يشترط كذلك أن تكون تنافسية بمعنى أن الممارسات المرتكبة فيها من شأنها أن تؤدي إلى تقويض أو التأثير على لعبة المنافسة⁴، فهذه السوق هي المسرح أو الساحة التي تدور فيها الممارسات المحظورة، والمكيفة بأنها مقيدة للمنافسة.

ويبدو في الأخير أن مسألة إثبات وجود هذه السوق التنافسية هو مسألة قانون، فعلى مجلس المنافسة أن يبرر وجودها، حين فصله في المنازعات التي تدخل في اختصاصه⁵.

1- راجع المادة 18 من الأمر 03/03، والمتعلقة بحالة التجميعات، والتي من خلالها يمكن القول أن النسبة المسموح بها في الجزائر هي 40 % من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق، لكن من الأحسن اعتبار هذه النسبة قرينة بسيطة على مقدرة المؤسسة في تقييد المنافسة، فالحصصة السوقية لا تمثل الأساس في تبيين الاحتكار.

2 - أنظر المادة 2/ب من الأمر 03/03.

3 - هذه السوق البديلة المطلوب إثباتها، لها بعدين أساسيين هما:

أ. البعد السلعي للسوق التعويضية:

ولتحديد هذا البعد السلعي نتبع في العادة منهجين:

- المنهج الأول ينطوي على تفحص مدى مرونة الطلب على السلع والخدمات المتشابهة أو التي تقوم بدور مماثل من وجهة نظر العميل بحيث إذا لم يجد السلعة (أ) فإنه يلجأ إلى السلعة (ب) على اعتبار أن السلعتين تؤديان نفس الغرض وهو ما يسمى بالطلب البديل.

- المنهج الثاني يقوم على افتراض قوامه أنه عند ارتفاع سلعة معينة فإن من شأن ذلك تشجيع تجار آخرين للولوج إلى السوق بغية توفير السلعة أو الخدمة أو سلعة وخدمة مشابهة، من أجل تغطية الطلب وهو ما يسمى بالعرض البديل. وعليه فكلما كانت السلعة ذات مواصفات دقيقة وخاصة، وذات استعمال محدود من قبل طائفة معينة من الأشخاص كلما ضاق سوقها البديل، وقلت المنافسة فيها.

ب. البعد الجغرافي للسوق التعويضية:

إن حاصل القول بالنسبة لهذا البعد، أن أهميته نابعة من حقيقة قوامها أن الدولة تنقسم إلى العديد من الأسواق الجغرافية، بما تقتضاه ضرورة توزيع المنافسة على تلك الأسواق، فلا تكون هناك ثمة لمنافسة في سوق ومعدومة في آخر.

وبتعبير آخر يقصد بهذا البعد المنطقة التي يمارس فيها التاجر نشاطه من بيع للسلع وتقديم للخدمات، والتي يطررها الزبائن للحصول على حاجياتهم، ومن الطبيعي أن يختلف مدى سعة هذه السوق باختلاف النشاط التجاري الذي يزاوله هذا التاجر.

4 - DE LEYSSAC Claude Lucas, op.cit, p 27.

5 - أنظر المادة 14 من الأمر 03/03.

ج- السلوك الإداري للإستحواد أو الإبقاء على القوة الاحتكارية

يتمثل هذا الشرط في عمل يتعين أن تقوم به المؤسسة حتى تتحقق أركان الاحتكار المحظور فتمتع التاجر بقوة إحتكارية في السوق، لا يشكل وضعا محظورا في ذاته، بل يحظر الإستحواد على قوة إحتكارية بطرق غير مشروعة¹.

فحتى يقع التاجر في دائرة المحظور يتعين أن يقوم بسلوك إيجابي، نحو الإستحواد على هذه القوة أو الإبقاء عليها، بطريقة غير مشروعة، أما في حالة وصوله إلى ذلك المركز مستغلا في ذلك مهارته التجارية الفائقة، فلا يمكن البتة و صفه بأي مخالفة، على إعتبار أن المنافسة ذاتها تقتضي بدل أقصى جهد من أجل الوصول إلى الهدف المنشود وهو تنمية الاستثمار وجلب أكبر قدر ممكن من الزبائن.

الفرع الثاني: تقدير مشروعية وضعية الاحتكار

إن تقدير مدى مشروعية وضعية الاحتكار، يحتم ضرورة الفصل بين الاحتكارات العمومية و الاحتكارات الخاصة، لأن الاحتكارات التي نشأتها الدولة لا تعامل نفس معاملة الاحتكارات الخاصة، فالأولى لبست محظورة بصورة آلية، أما الثانية فهي محظورة حينما تتعسف مؤسسة في وضعيتها المهيمنة على السوق².

أولاً: مشروعية الاحتكارات الخاصة

إن المشرع الجزائري في تعامله مع الاحتكارات الخاصة و وضعيات الهيمنة، لم يسلك مسلك المنع المطلق، بل أخذ مبدأ عام، تم أورد عليه استثناءات.

أ. الحظر كمبدأ عام

لقد سبق القول أن مبدأ حرية المنافسة، لا يمكن أن يفهم على إطلاقه فهذه الحرية قد تتطلب بعض التحفظات التي تعزز من وجودها و تفتح المجال أمام بعض المقاولات للتمتع بميزات المنافسة.

و في هذا السياق كان الهدف من وجود قانون للمنافسة هو المحافظة عليها قائمة و شريفة بغض النظر عن طبيعة المتعاملين في السوق، و لتحقيق هذا الغرض فقد حظر المشرع

1 - أحمد عبد الرحمن ملحم، مرجع سابق، ص 402.

2 - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، 2004-2005. ص. 35.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة
مجموعة من الممارسات التي تعتبر مقيدة للمنافسة، وعلى رأسها الاتفاقات، و وضعيات الهيمنة على السوق أو الاحتكار لها، فبالنسبة لهذه الأخيرة و من خلال تحليل نص المادة 7 من الأمر 03/03 يظهر بأنه مبدئيا هذه الممارسة لا يشملها الحظر في حد ذاتها، فالهيمنة على السوق نتيجة حتمية للمؤسسة التي توظف كفاءات و تستعمل تقنيات متطورة للتصنيع و الإنتاج و التوزيع لجلب الزبائن، ولا يمكن معاقبتها على ذلك.

إذن مبدئيا، الاحتكار لا يتعارض مع المنافسة، ما دام العمل و الوسائل هما اللذان سمحا لصاحب الاحتكار الوصول إلى هذا المركز، فالقانون لا يمنع أو يعارض هذه الاحتكارات. لكن و لما كانت أغلب المؤسسات لا تصل إلى هذا المركز إلا من خلال طرق ووسائل غير مشروعة، فلقد تدخل المشرع و أصبح عليها صفة الحظر، لكنه ربطها بحالة التعسف، هذه الأخيرة أصبحت هي المبدأ¹، لذلك لا بد من تحديد السلوك المحظور على التاجر صاحب القوة الاحتكارية أولا.

1- السلوك المحظور على التاجر صاحب القوة الاحتكارية

يجب التفرقة في هذا المقام بين ما يعتبر سلوكا محظورا، و ما يمكن اعتباره فعلا مشروعاً وفي هذا الصدد فقد ايتدع الفقه ثلاث معايير، من خلالها يمكن تحديد مدى مشروعية الفعل الذي يقوم به المحتكر²:

- معيار الاستثناء

يعتمد هذا المعيار على أساس البحث عن الظروف التي تمكن المحتكر من تفادي الوقوع بمحظور قانون المنافسة.

و بموجبه يعتبر عمله غير مشروع، ما لم يخضع للاستثناء الذي وضعه المشرع من أجل حماية التجار الذين يتعين عليهم بموجب هذا المعيار أن يعدوا المحتكر مستفيدا سلبيا من

1 - أولاد رابح صافية، مبدأ حرية التجارة و الصناعة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، 2002، ص 231.

2- راجع المادة 7 من الأمر 03/03 التي حددت الحالات التي تكون فيها المؤسسة في وضعية التعسف في وضعية احتكار.

تفاعلات السوق و معطياته و إستحواده على القوة الاحتكارية، بمعنى عدم إتيانه فعلا إيجابيا قاصدا منه السيطرة على السوق، بل إنه تحصل عليها بفعل غير إرادي أي تلقائيا¹.

- معيار الضرر أو أثر الفعل

يرتكز هذا المعيار على أساس البحث عن ماهية الفعل المرتكب من قبل المحتكر، وما إذا كان مشروعا من عدمه، من خلال التركيز على الأثر الناجم عن الفعل نفسه وعلى المنافسين.

- معيار الفعل في ذاته

ينبني هذا المعيار على أساس ما إذا كان الفعل ذاته، يشكل سلوكا مفترضا إباحته بموجب المنافسة القائمة بين التجار، فإذا كان المعيار الثاني يرتكز على أثر الفعل السلبي على المنافسة فإن هذا المعيار يركن إلى الفعل نفسه، فإن كان يشكل جزءا من المنافسة بين التجار المفترض تحقيقها، فلا يمكن اعتباره محظورا و بعبارة أوضح فإن السلوك يعتبر غير مشروع إذا لم يكن بمقدور التاجر القيام به لو لم يتحل بالقوة الإحتكارية².

وبهذا يمكن القول بأن الأمر في النهاية يتعلق بمصالح متنازعة، فإذا ترك للمحتكر فعل ما يحلو له أفضى ذلك إلى إقصاء المنافسين له و سيطر على السوق، و إذا ما حاربت المنافسة الاحتكار أفضى ذلك إلى تثبيط همم التجار للوصول إلى القمة، و بين هذا و ذاك يتعين موازنة المصالح. وهكذا يظهر أن الاحتكار في ظل المنافسة أمر لا مناص منه، بحسب أن المنافسة ذاتها قد تفضي إلى ذلك.

2- تحليل هذه المعايير وبيان موقف المشرع الجزائري

بينما يركن المعيار الثاني إلى أثر الفعل المقترف من صاحب القوة الاحتكارية على المنافسة واضعا في الاعتبار تركيبة السوق، بما حاصله إمعان النظر في الضرر الذي يفضي إليه الفعل فإن المعيار الثالث يركن إلى الفعل نفسه، فيما إذا كان يشكل نمطا في ظل المنافسة، طالما أن الفعل في ذاته هو رد فعل طبيعي للمنافسة في السوق، فإن المعيار الأول يقترب إلى كونه

1- أحمد عبد الرحمن ملحم، مرجع سابق. ص 405.

2- نفس المرجع السابق، ص 408.

وسيلة للدفاع، من حق المدعى عليه التحصن بها، على أنه مستفيد سلبي من القوة الاحتكارية التي وضع فيها بفعل معطيات السوق¹.

و هكذا يظهر أن هناك إختلاف في الأسانيد التي من شأنها تسليط الضوء على ماهية الفعل الذي يعد مخالفا لقانون المنافسة، فأهداف المنافسة ذاتها تتضارب.

فهل يسعى المشرع إلى حماية العملاء؟ أم أنه يرغب في الإبقاء على المنافسة بين التجار و حماية المشروعات الصغيرة والمتوسطة؟ أو تقادي تركيز القوة بيد قلة من التجار؟.

ذلك أن المنافسة المشروعة - لو نظر إلى الفعل ذاته - تؤدي إلى تكوين احتكارات بحسب أن القوي سوف يفوز في النهاية بقبول الزبائن، بيد أنه لو نظر إلى هدف الإبقاء على المنافسة بين التجار و حماية المشروعات الصغيرة و المتوسطة لتطلب النظر إلى أثر الفعل على المنافسة².

ب: شروط صحة وضعية الاحتكار

إن المبدأ بالنسبة لقانون المنافسة هو أن الممارسات المكيفة بأنها مقيدة للمنافسة³، تعتبر محظورة، وخاصة منها الاتفاقات والتعسف في وضعية الهيمنة، ولكن هاتين الممارستين يمكن استثنائهما من الحظر إذا توفرت شروط المادة 9 من الأمر 03/03⁴.

وهو ما يمكن حمله كتأسيس قانوني لصحة بعض الممارسات.

وعليه ومن خلال نص المادة 9 السابقة الذكر يمكن أن نستنتج شروط صحة الممارسات المقيدة للمنافسة والتي قد تتطوي على التزماء بعدم المنافسة.

1- وجود نص تنظيمي أو تشريعي

إن هذا المقتضى يمكن استنتاجه من خلال الجمع بين المادتين 9 و 13 السابقتين الذكر، وهو كاستثناء على الحظر الوارد على الممارسات المقيدة للمنافسة، فهذه الأخيرة إذا جاءت تطبيقا

1 - نفس المرجع، ص 407.

2 - و يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا المعيار الأخير، من خلال نص المادة 9 من الأمر 03/03 كاستثناء على مبدأ الحظر.

3 - الممارسات المقيدة للمنافسة هي تلك المنصوص عليها بالمواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 من الأمر 03/03.

4 - تنص المادة 9 على ما يلي: " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه - متعلقتين على التوالي بحضر الاتفاقات والتعسف في وضعية الهيمنة - الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي اتخذ تطبيقا له. يخصص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة ".
إن الجملة الاعتراضية لم ترد في النص الأصلي، إنما أوردتها للفهم فقط.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

لنص تشريعي أو تنظيمي فإنها تكون صحيحة، وهو ما يعمل كذلك كتأسيس لصحة الإلتزام بعدم المنافسة المقترن بهذه الممارسات.

فالتنافس الاقتصادي ليس دائما الوسيلة الأكثر ملائمة لضمان تخصيص معقول للموارد الوطنية لكافة المتعاملين، بل هناك ظروف تكون فيها الممارسات التي تمثل مساسا بحرية المنافسة ذات منافع لا يستهان بها للاقتصاد¹.

إن هذا النص يسمح بإمكانية إجازة الممارسات المقيدة للمنافسة مؤقتا إذا كانت ضرورية لتحقيق أهداف ثبت أنها موافقة للمصلحة العامة²، وهو يعبر جليا وفي نفس الوقت عن تناسب مفهوم المنافسة والطبيعة الأذاتية لقانون المنافسة باعتباره في خدمة غايات السياسة الاقتصادية³. فمن خلال مقتضى المادة 1/9 المذكورة سابقا يمكن بطريقة الاستنتاج أن نجد بأنها تتضمن ثلاثة شروط ضمنية.

- طبيعة النصوص القابلة للاستناد إليها

مبدئيا هذه النصوص يجب أن تكون ذات طبيعة تشريعية أو تنظيمية، فإذا كانت النصوص التشريعية تصدر عن السلطة التشريعية، صاحبة الاختصاص الأصيل، والتي لا تطرح إشكالا من حيث طريقة سنها وإصدارها، فإن النصوص التنظيمية، والتي تصدرها السلطة التنفيذية عادة ما تشوبها نقائص تهدد إنتاجها لآثارها القانونية، لذلك فلا مجال للأخذ بالنصوص التنظيمية التي تتخذ بناء على طلب انفرادي أو مشوب بعيب الانحراف عن السلطة⁴.

ويطرح إشكال من جهة أخرى بالنسبة للنصوص التنظيمية، هل نقيد بالمعنى الحرفي أم يمكن إدراج ضمنها المناشير والمراسلات الوزارية، ففي فرنسا مثلا تم تمديد هذا المقتضى ليشمل هذه الآليات مع اقترانها بشروط، هي أن تكون صادرة عن زير الاقتصاد، وأن تكون تفسيرا للتنظيم الساري المفعول، وأن تسمح صراحة ببعض الممارسات المقيدة للمنافسة⁵.

1 -BURST Jean- Jacques et KOVAR Robert ،op.cit, p 256.

2 - Idem.

3 - Ibid, p257.

4 - Idem..

5 - أما بالنسبة للجزائر فلا يوجد أي إشارة إلى هذه النقطة، ربما لأن الأمر لم يطرح كإشكال عملي وهو ما لا يمكن التسليم به، فلا يعقل الاقتصار على النقل الحرفي عن التشريع الفرنسي دون الانتباه إلى فحوى النص وما يتطلبه من تأويلات.

- موضوع هذه النصوص

إن موضوع هذه النصوص يجب أن يكون هو تقييد المنافسة، وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين حالتين:

- إذا كان تدخل السلطات العمومية من أجل إنقاذ قطاع اقتصادي ما، ففي هذه الحالة لا يمكن القول أن حالة عدم المنافسة هي نتاج الممارسة، ولكنها نتاج فعل السلطات التشريعية أو الحكومية مباشرة، لذلك لا مجال لتطبيق نص المادة 1/9.

- إذا كان عدم المنافسة يعزى إلى ممارسة ناتجة نفسها عن نص تشريعي أو تنظيمي فمقتضى المادة السابقة يجد طريقه للتطبيق، لذلك فهذا الاستثناء لا يمكن أن نأخذ به إلا في نطاق ضيق أين نجد هذه النصوص تفرض على قطاع اقتصادي بطريقة واضحة ومباشرة، دون أن يؤدي ذلك إلى جعل هذا القطاع خارج نظام الحرية¹.

ولا يمكن القول بأن اتفاق أو وضعية هيمنة هو نتاج نص تشريعي أو تنظيمي إذا كان مفهوم الاتفاق ووضعية الهيمنة ذاتها لا ينطبق على الممارسة².

وعليه فإذا كان هذا المفهوم لا ينطبق على الممارسة المعنية، ولا يكون له تأثير لا من حيث الموضوع ولا من حيث النتيجة، على نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات فإنه لا يمكن أن نمد نص المادة 1/9 إليه، وفي هذا الإطار، يمكن تطبيق ذلك فيما يخص براءات الاختراع والعلامات التجارية³.

1- WILFRID Jean-Didier, Droit pénal des affaires, Edition Dalloz, 4 édition, 2000, p 408.

2 - فالاتفاق هو رابطة ثنائية أو متعددة الأطراف، حيث تأخذ أشكالاً متعددة من شأنها المساس بالمنافسة، كما يعرف بأنه عقد بين متنافسين وهو ما يسمى بالاتفاق الأفقي، أو بين غير متنافسين وهو ما يسمى بالاتفاق العمودي ولا يقتضي هذا العقد أن يكون بمعنى التعاقد وفقاً لقواعد القانون المدني، فقد يكون من خلال شروط عامة للبيع، أو بواسطة رسائل ومنشورات موجهة للموزعين، كما يكفي تقرير الأطراف اتباع سياسة مشتركة من شأنها أن تشوش المنافسة دون أن تكون هناك التزامات قانونية أو عقدية بينهما، ونفس الشيء بالنسبة لمفهوم وضعية الهيمنة على السوق أو وضعية الاحتكار.

و يقصد بالاتفاقات الأفقية، تلك التي تتم بين عونين أو أكثر يمارسان نفس النشاط، والعكس بالنسبة للاتفاقات العمودية.

3 - فبالرغم من أن الالتزامات الناشئة قانوناً لوجود براءة الاختراع أو العلامة التجارية من شأنها أن تمثل مساساً بحرية المنافسة، إلا أن الاتفاق بين أصحاب هذه الحقوق أو من له ترخيص باستعمال هذا الحق لا يمكن النظر إليه على أنه اتفاق ناتج عن نص تشريعي.

- العلاقة بين الممارسة والنص القانوني المعني

إن المادة 1/9 تستلزم كمحطة أولى أن يكون تقييد المنافسة يعزى إلى النص القانوني ذاته، أي وجود علاقة سببية بين النص والممارسات المقيدة للمنافسة، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الاتفاق أو وضعية الهيمنة نتيجة لتدخل السلطات العمومية عبر هذه النصوص. وكذلك لا يمكن الاستفادة من نص هذه المادة بالنسبة للاتفاقات ووضعيات الهيمنة التي تزيد بذاتها من القيود على المنافسة، تفوق تلك التي قررها النص التشريعي أو التنظيمي.

2 - الممارسات ذات المنفعة الاقتصادية

لقد نصت على هذا المقتضى المادة 2/9 السالفة الذكر، وعليه فإن إمكانية القول بصحة اتفاق ما أو وضعية هيمنة نظرا لآثارها الإيجابية على النمو الاقتصادي، يعني أن الحفاظ على شروط المنافسة ليست في النهاية سوى إحدى أهداف عمل السلطات العمومية، من أجل مصالح اجتماعية¹، فالممارسة التي يكون لها دعم من أجل نمو الاقتصاد يتجاوز السلبيات الناتجة عنه والتي تقييد المنافسة لا يمكن أن يطالها الحظر.

لكن ما يؤخذ على نص المادة 2/9 - رغم فوائده - أنه تعتريه نقائص، فهو لم يعط مفهوما واضحا للمقصود بالتطور الاقتصادي أو التقني الذي من خلاله نحكم على ممارسة أنها ذات منفعة اقتصادية، فالمشرع الجزائري قام فقط بنقل المقتضى الوارد في الأمر 67 / 835 المؤرخ في 28 سبتمبر 1967، وهو النص الذي أوجده المشرع الفرنسي وضمه لأول مرة هذه الفكرة. وأمام هذا الانشغال لابد من محاولة تبيان بعض الشروط التي من شأنها أن تجلي بعض الغموض، وهي شروط متطلبية حتى يمكن الاستفادة من نص المادة 2/9 وأهمها:

- شرط متعلق بالأشخاص المطالبين بالاستفادة من الإعفاء

إذ يقع على عاتق هؤلاء إثبات أن هذه الممارسة من شأنها أن تضمن تطور ونمو الاقتصاد وهذا واضح من عبارة النص: "... الذي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي..."، فلا تعتبر ممارسة مسموح بها إذا كان موضوعها الوحيد هو أن تجلب

1 - BURST Jean- Jacques et KOVAR Robert, op.cit, p 263.

لأصحابها فقط مكتسبات وامتيازات ناتجة عن لعبة السوق¹، ويجب على هؤلاء الأشخاص أولا أن يثبتوا وجود الاتفاق أو وضعية الهيمنة ذاتها قبل المطالبة بالاستفادة من الإعفاء.

- شروط الإعفاء المتعلقة بالآثار الإيجابية للممارسة

إن المعايير التي وضعتها المادة 2/9 تتطلب تقديرات اقتصادية غاية في الصعوبة، وتتطلب كشفا اقتصاديا "un bilan économique"² للممارسة، وذلك من خلال إجراء موازنة بين متطلبات احترام المنافسة ومتطلبات النمو الاقتصادي، وهذه الأخيرة تظهر من خلال ما إذا كانت ميزات الممارسة تغلب على مساوئها³.

- شروط متعلقة بالممارسة ذاتها

إذ يجب أن يعزى هذا التطور الاقتصادي الحاصل للممارسة ذاتها، وليس لعوامل خارجية أو لظروف أو أوضاع في السوق، أي أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بينهما، ومن أجل ذلك يكفي القيام بمقارنة بين فوائد الممارسة والنتائج التي كان من الممكن توقعها في حالة وضعية المنافسة.

وإضافة إلى التطور الاقتصادي والتقني يمكن أن تكون محل ترخيص، الممارسات التي قد تساهم في تحسين الشغل، أو تسمح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق⁴، هذه الأخيرة ونظرا لإمكاناتها القليلة لأنها تكون في العادة مؤسسات فردية فلا بد من حمايتها من كل ما من شأنه أن يعرقل دخولها إلى السوق⁵.

فتجميع المصادر في يد المحتكر أو الشركات يعتبر تهديدا للديمقراطية وحرية الأفراد في الاختيار والاستفادة من الفرص الاقتصادية، لذلك يجب نقادي الممارسات التي تعطل المنافسة. لكن يمكن الترخيص لتلك التي من شأنها تهيئة الفرص للمشروعات الصغيرة والمتوسطة للبقاء والنمو بالسوق، بمنأى عن أصحاب الاحتكار والتحكم والسيطرة.

1 - BURST Jean- Jacques et KOVAR Robert, op.cit, p 266.

2 - زوينة بن زيدان، العقود والمنافسة، مثال عقد الامتياز التجاري - مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، فرع قانون الأعمال، السنة الجامعية 2001-2002، ص 74.

3 - BURST(...), op.cit, p 278.

4 - في تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة راجع المادة 4 من القانون رقم 18/01 مؤرخ في 12 ديسمبر سنة 2001 يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ج.ر. عدد 77 مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

5 - في هذا الإطار تنص المادة 11 / 6 من القانون 18/01 السابق على ما يلي: " تهدف تدابير المساعدة والدعم لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة موضوع هذا القانون إلى ما يأتي:

- تشجيع تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة." ولعل نص المادة 2/9 من الأمر 03/03 جاء تطبيقا لهذا النص.

لهذه الأسباب غالبا ما يتم التفاوضي عن بعض الممارسات التي لها أثر ضئيل على السوق والتي عادة ما تهم مؤسسات صغيرة ومتوسطة خاصة إذا كانت ترمي إلى:

- التعاون والتطوير والبحث العلمي المشترك.

- التخصص الصناعي.

- التوزيع تحت شبكة موحدة وعلامة تجارية¹.

إن نظام الإعفاء أو الإجازة يختلف من بلد إلى آخر، وذلك حسب النظم القانونية المعمول بها وحسب ترسخ قوانين المنافسة في التقاليد القانونية للبلد.

فثمة بعض الأنظمة التي تتولى منح إعفاء مسبق للممارسات المعنية بناء على طلب رسمي من المؤسسات المعنية التي تتولى إشعار أجهزة المنافسة باتفاقات التعاون التي أبرمتها.

ومن ميزات هذا النظام أنه يمنح المؤسسات المعنية نوعا من الطمأنينة والشرعية القانونية حول سلامة هذه الاتفاقات والممارسات²، ويعتمد التشريع الجزائري هذا النظام حيث تنص المادة 9/

2 من قانون المنافسة على ما يلي: "..... لا تستفيد من هذا الحكم (الترخيص)³، سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة"⁴.

إن هذا الشرط ما هو إلا تحصيل حاصل، فمجلس المنافسة هو الهيئة التي تسهر على السير الحسن للمنافسة، ويتمتع بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو كلما طلب منه ذلك، في أي مسألة أو أي عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة⁵.

فالمشرع وضع معايير تقنية لصحة الاتفاقات والممارسات التي هي في الأصل مقيدة للمنافسة وتقدير توفر هذه الشروط يستوجب تدخل مختصين، إن في المجال الاقتصادي أو في المجال

القانوني، لكن هذا لا يعني أن مجلس المنافسة مدعو لتبريرها.

فالأطراف التي تدعي توفر شروط صحة الاتفاقات ووضعيات الهيمنة عليها أن تثبت ذلك ويبقى بعد ذلك لمجلس المنافسة السلطة التقديرية في القبول أو الرفض بناء على الوقائع

1- أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 385.

2 - محمد بن فرج، مرجع سابق، ص 25.

3 - الكلمة الموجودة بين العارضتين لم ترد في النص الأصلي، إنما هي للتوضيح فقط.

4 - تنص المادة 23 من الأمر 03/03 على ما يلي: " تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص " مجلس المنافسة " تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر.

5 - أنظر المادة 34 من قانون المنافسة.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة المتوفرة، أما إذا كانت الممارسة قد جاءت تطبيقاً لنص قانوني أو تنظيمي فالأمر في هذه الحالة يتعلق بإعفاء قانوني، لا يمكن مطالبة المعنى به من إثبات وجوده، فالأمر يطبق بطريقة آلية.

ثانياً: مشروعية الاحتكارات العمومية

إن مبدأ حرية الدخول إلى المهن التجارية والصناعية، تم ترجمته على أنه حكر على الخواص فقط، لذلك يمكن استبعاد المؤسسات العمومية من مجال التنافس، فهي ملزمة بالألا تنافس المبادرة الخاصة¹، أن من شأن تواجدها في السوق أن يضر بالمنافسة، نظراً لما تتمتع به من امتيازات. لكن بعض النصوص القانونية ذهبت بعيداً وأكسبت هذه المؤسسات العمومية احتكاراً من شأنه أن يمنع المنافسة أصلاً، وهو أمر قد يبدو غير قانوني، ومنافي لقواعد حرية المنافسة، هذه الفكرة الأخيرة لازالت محل نقاش، لأن هناك من يرى بأن الاحتكار يمكن أن يتعايش مع المنافسة وليس هناك ما يمنع من وجود مؤسسات عمومية في سوق تنافسية.

أ. استعراض النصوص

إن العلاقة بين مؤسسات الدولة ومبدأ حرية المنافسة تطرح العديد من النقاشات ولعل أهمها ما يتعلق بالإشكاليين التاليين:

- إلى أي مدى يمكن ممارسة الدولة لنشاط تنافسي مثلها مثل الأشخاص الخواص، وكيف يمكن ذلك؟.

- هل يمكن للدولة أن توكل احتكاراً لمؤسسة، سواء عامة أو خاصة وتقضي بذلك على شكل المنافسة²؟. وللإجابة على هذه الإشكالات لا بد من استعراض بعض النصوص التي نراها ذات علاقة بالموضوع.

أ- النص الأول يتعلق بالمادة 2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، التي جاء فيها:

" يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين، إذا كانت لا تدرج ضمن إطار ممارسة صلاحية السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام".

1 - راجع:

* VIGNAL-MALAUURIE Marie, Droit de la concurrence, Edition Armand colin, 2e édition, 2003, p23.

* CHAPUT Yves, Droit de la concurrence, op.cit, p16.

* SERRA Yves, Concurrence déloyale, rép.Com, Dalloz, février 2004.p 9.

2- VIGNAL-MALAUURIE Marie, op.cit, p 21.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

ب- النص الثاني يتعلق بالمادة 37 من الدستور التي جاء فيها: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

ج- النص الثالث هو المادة 1/122 من الدستور التي تنص على ما يلي: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات التالية:

- "حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين"

د- النص الرابع يتعلق بالمادة 16 من الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها¹، والذي جاء فيه: "إذا كانت مؤسسة عمومية مكلفة بخدمة عامة محل خصصة، فإن الدولة تضمن استمرار الخدمة".

ه- النص الأخير يتمثل في المادة 1 من الأمر رقم 03/01 يتعلق بتطوير الاستثمار التي جاء فيها: "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز أو الرخصة".

ب: تحليل النصوص

1- التدخل التنافسي للدولة

إذن ومن خلال تفحص هذه النصوص وفيما يتعلق بمدى إمكانية ممارسة الدولة لنشاط تنافسي مثلها مثل الأشخاص الخواص، فإنه ليس هناك أي نص يوقع حضرا من هذا النوع، فقانون المنافسة لا يقيم أي تمييز بين المتعاملين والمؤسسات، سواء العامة أو الخاصة.

فالاتجاه الذي يرى أن اتجاه قواعد المنافسة تطبق أساسا في القطاع الخاص لما لها من وظيفة حمائية، لا يمكن التسليم به، أولا عملا بنص المادة 2 من الأمر 03/03، وثانيا انطلاقا من أن قانون المنافسة لا يرمي إلى حماية المؤسسات في السوق، وإنما يهدف فقط إلى الإبقاء على المنافسة قائمة ونزيهة، من خلال قمع كل الممارسات بغض النظر عن الفاعل.

1- أمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 أوت 2001 متعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد43 مؤرخة في أوت 2001 الموافق عليه بموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2001، الجريدة الرسمية عدد62.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة
وأكثر من ذلك فالأمر 03/03 في تعريفه للمؤسسة المعنية بالممارسات المقيدة للمنافسة، لم يورد أي قيد، فهي كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات¹، فالشخص المعنوي "أيا كانت طبيعته" يحمل على عدم التمييز بين القطاع العام والخاص وكذلك الوطني والأجنبي.

إضافة إلى أن نص المادة 37 من الدستور التي كرست حرية التجارة والصناعة لم تورد على الإطلاق أي إشارة لاستبعاد القطاع العام من التمتع بهذه الحرية.
إن هذه المبررات معقولة مادام أن المؤسسات العامة عملت سنوات طويلة، ولقيت نجاحات كبيرة في المجال التجاري².

وأثبتت بأن المؤسسة العمومية التي تدير بصفة منتظمة وتخضع لقواعد المنافسة تكون قابلة للاستمرار.

الحقيقة إذن أن هذا الرأي غير مؤسس من الناحية القانونية مادام أن المهم يتعلق بالفعالية الاقتصادية، بغض النظر عن المالك، و يبقى مبدئياً أن المؤسسة العمومية بإمكانها ممارسة النشاط الاقتصادي، بشرط مراعاة مبدأ المساواة في شروط المنافسة بين المتعاملين العموميين والخواص³.

وعليه فالعلاقة بين القطاعين العام والخاص قد تطورت مع تطور دور الدولة وإخضاع مؤسساتها للقانون التجاري، وظهور الدولة التاجرة التي أصبحت تنافس غيرها من الخواص ولم يعد تدخل القطاع العام في النشاط الاقتصادي مرفوضاً⁴، مادام يعتمد على قواعد المنافسة الحرة، وحتى السير الحسن للمنافسة لا يستلزم بالضرورة بأن يكون كل المتعاملين متواجدين في نفس شروط النشاط⁵.

وما يعزز هذا الاتجاه أن الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية، بمعنى أنه لم يتم تمييزاً بين الاستثمارات الوطنية الخاصة والعمومية.

1 - انظر المادة 3/ من الأمر 03/03.

2 - أولد رابح صافية، مرجع سابق، ص 110.

3 - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون التجاري. (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004-2005، ص 35.

4-VIGNAL Marie Malaurie, op.cit, p 24.

5- Idem.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة
إلا أن هناك نقطة يمكن أن تكون مبررا لرفض المقابلة الخاصة تعايشها مع المقابلة العامة
وتتعلق بتلك الإعانات التي تقدمها الدولة، والتي من شأنها أن تمثل مساسا كبيرا بمبدأ الحق في
المنافسة العادلة بين المتعاملين في السوق¹.

2- التدخل الاحتكاري للدولة

إذن مادام تواجد الدولة في السوق كمنافس لم يعد مشكلا في حد ذاته، فإن الصعوبة تنتقل إلى
شكل آخر يتخذه تواجدها في هذه السوق، وهو احتكارها لنشاط معين.
بعبارة قانونية هناك حالات تتدخل في الدولة في النشاط الاقتصادي عن طريق إنشاء مؤسسات
دون أن تكون خاضعة لقانون المنافسة.

و يستشف ذلك من خلال نص المادة 2 من الأمر 03/03، حيث أن المشرع قد أعفى بعض
المؤسسات العمومية من مجال المنافسة وحظر المنافسات المقيدة للمنافسة، مما يعني أنها يمكن
أن تكون في وضعية احتكار.

هذه المؤسسات العمومية هي تلك التي يندرج نشاطها ضمن إطار ممارسة صلاحية السلطة
العامة أو أداء مهام المرفق العام²، وعليه فالإلى أي حد يمكن التسليم بهذا الاستثناء.

- صلاحيات السلطة العامة fonction régalienn³.

إذ أن الدولة عن طريق إحدى مؤسساتها، عندما تقوم بتأدية وظيفة سيادية، فإنها لا تخضع
لقانون المنافسة ونشاطها في هذه الحالة لا يعتبر اقتصاديا، كصك النقود مثلا الذي يعتبر من
النظام العام ومن أعمال السيادة، وكذلك الأمر في الجزائر بالنسبة لصناعة وبيع الأسلحة فالأمر
مقصود على مؤسسات الدولة، ولا يمكن للخواص فعل ذلك، فهذه النشاطات وإن كانت تدر
أرباحا، إلا أن جانبها السيادي المتعلق بالمصلحة العامة يغلب.

1 - هذه الإعانات قد تتخذ عدة أشكال، كتقديم مبالغ مالية تدعينا لميزانية المؤسسة العامة، أو التكفل ببعض النفقات، أو تقديم
ضمانات مجانية لتجنب الأخطاء، وبعبارة أوضح كل إعانة من شأنها إما أن تزيد من أصول المؤسسة أو تنقص من
خصومها ومن بين الأمثلة بالنسبة للجزائر الإجراءات التي تتخذها الدولة لإعادة رسملة البنوك، أو منع المؤسسات العمومية
من وضع أموال لدى البنوك الخاصة والاقتصاد على البنوك العامة فقط. راجع:
- ARLETTE Martin serf, Aides publiques nationales et droit de la concurrence, RJC, Revue mensuelle, paris
44e année n°3, mars 2000.

2- هذا المقتضى لم يكن متضمنا في الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة حيث لم يكن يميز في مادته الثانية بين طبيعة
النشاط الذي تقدمه الأشخاص العمومية.

3- Régalienn, du latin, ...régis, roi, est un terme emprunté à l'histoire et qui définit ce qui est attaché à la
souveraineté royale, voir: WWW. wikipedia. Org/wiki/ service public.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

وكذلك الأمر بالنسبة لوظائف الأمن والضبط، ونشاط البنك المركزي، فهذه المهام لها ارتباط وثيق ببعض الغايات السياسية¹، لذلك يعتبر من الصعوبة بمكان تفويضها لمقولة خاصة. هذه النشاطات يمكن أن تمارسها مؤسسة عمومية اقتصادية، وفي هذه الحالة إذا كانت هذه المؤسسة مؤهلة قانونا لممارسة هذه الصلاحيات، وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية، أخرى فان كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما².

لعل هذه المبررات كافية لأن تعفي هذه النشاطات من مجال المنافسة.

- مهام المرفق العام

يزداد الأمر صعوبة في حالة ما إذا مارست الإدارة نشاطا تجاريا، وخاصة من طرف الجماعات المحلية عن طريق إنشاء المرافق العامة، بغرض إشباع الحاجات المختلفة للسكان³. هذه المؤسسات التي تتولى مهمة المرفق العام تتخذ في العادة شكل هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري⁴.

فمبدئيا كل نشاط ذو طابع اقتصادي لا بد وأن يخضع لأحكام قانون المنافسة، لكن لا بد من توضيح فكرة أساسية وهي ضرورة التمييز بين القواعد القانونية للمنافسة ولعبة المنافسة⁵، لأن المبدأ هو أن كل الأشخاص ذات الطابع الاقتصادي تخضع للقواعد المرتبطة بالمنافسة، دون أن يعني ذلك أنها ستواجه منافسة في السوق، من طرف أعوان اقتصاديين ويظهر ذلك في حالة الاحتكارات القانونية، فهنا لا يواجه الشخص العمومي أية منافسة، دون أن يعني ذلك أنه لا

1- WWW. Wikipedia. Org/wiki/ service public.

2 - راجع المادة 56 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير سنة 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988.

3 - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 35.

4 - يقصد بالهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، تلك الهيئات العمومية التي تتمكن من تمويل أعيانها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري ينجز طبقا لتعريف معدة مسبقا ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها، وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين. هذه الهيئات تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير، وتخضع لقواعد القانون التجاري.

5 - قايد ياسين، الأشخاص العمومية وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مرجع سابق، ص 186.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

يخضع لقواعد لعبة المنافسة، هذه الأخيرة يخضع لها كل الأعوان الاقتصاديين بينما قواعد لعبة المنافسة لها طابع نسبي، فلا يخضع لها إلا الأشخاص العموميون الذين لهم منافسين. إن مهمة إدارة مرفق عام تتطلب بالضرورة احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذه المرافق العامة والتي لا يمكن في أغلب الأحيان للخواص من ضمانها¹.

- تعريف المرافق العامة

إن المرفق العام هو نشاط يعتبر من قبيل المصلحة العامة، وهذا من شأنه أن يبقي هذه الفكرة على غموضها.

والحقيقة أنه يعتبر مرفق عام، ما تعتبره السلطة العامة كذلك من أجل هدف إما إعطائها قواعد خاصة، أو من أجل حملها ضمن القطاع العام.

إذن فنشاطات المرفق العام تخضع في عدة نقاط لنظام قانوني خاص، يرمي إلى حماية المصلحة العامة الأساسية والإستراتيجية، والتي تعتبر غير متناسبة مع السير العادي للسوق².

1 - هذه المبادئ يمكن إجمالها في :

- الاستمرارية: ويقصد بها ضرورة ضمان وجود الخدمة على مدار الوقت، دون انقطاع وذلك لأن هذا النوع من النشاط محل للحاجة دائما، في كل وقت وفي كل حين، ليلا ونهارا، كمرفق المستشفى مثلا ومرفق الأمن، لذلك يجب على الأقل ضمان ولو الحد الأدنى من هذه الخدمة ولعل أحسن دليل على ذلك ما نصت عليه المادة 16 من الأمر 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها، والتي جعلت من الدولة ضامنة لاستمرار الخدمة العمومية في حالة خوصصة مؤسسة عمومية كانت تتولى تقديم هذه الخدمة.

إن هذه الأخيرة أي المؤسسة العمومية الاقتصادية بمفهوم نص المادة 16 السابقة يمكن أن تتحمل قيود المرفق العام، وفي هذه الحالة تتدخل الدولة وتمنح لها وفق إجراءات الميزانية مساعدة مالية.

- المساواة: ويقصد بها مبدأ التكافؤ أمام خدمات المرفق العام والتي تعتبر الوجه الآخر للإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن، بما مفاده إتاحة الفرصة لكل المستعملين دون إقصاء أو تمييز، سواء كانوا فعليين أو مجرد مرشحين يحق لهم الدخول إليه.

-التكليف: ويقصد به ضرورة تماشي المرفق العام مع كل التغيرات والمستجدات بما يحقق المصلحة العامة، ويظهر هذا المبدأ جليا إذا تعلق الأمر بحالة عقد الامتياز، الذي يطغى عليه الطابع التنظيمي، حيث يمكن فرض شروط وأحكام مختلفة على الشخص صاحب الامتياز بما يحقق النفع العام، كما يمكن تعديل هذه الشروط تماشيا مع التطورات، وفي كل مرة تحتم الظروف ذلك، ولمزيد من المعلومات راجع: CARBAJO Joël, Droit des services public, 3^e édition, Edition Dalloz, -Paris 1997, p 47, 48.

2 - تصفح الموقع:

* WWW. Wikipedia. Org/Wiki/service public.

- إنشاء المرافق العامة

إن المرافق العامة أصبحت مبنية على قاعدة احتكارية متينة ضمنت لها وفاء مطلق للمستعملين (Usagers) لذلك فحتى في حالة تحرير مثل هذه النشاطات، فإنه من الصعب على المقاول الخاصة منافسة المؤسسات العمومية التي أصبحت تعتمد قانون المنافسة، لأن الزبائن اعتادوا التعامل معها لفترة طويلة ومن الصعب جعلهم يغيرون مواقفهم¹.

انطلاقاً من هذه الفكرة، فإن إنشاء المرافق العامة لا يتم إلا بموجب نص تشريعي، عملاً بالمادة 122 من الدستور، مادام تواجدتها بالسوق من شأنه أن يشكل تهديداً للحريات الفردية والأساسية التي من بين أركانها حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة. وعليه فإن إنشاء هذه المرافق العامة، أصبح مقتصرًا على بعض الحالات الاستثنائية ولمبررات معقولة².

- تحرير المرافق العامة

إن تحرير هذه المرافق، لا يعني بالضرورة انحلالها تماماً في السوق ولكن بتعبير أقل واقعية وهو تبسيط المرفق العام، وبالتدقيق تكون أمام وضعيتين، أو بالأحرى أمام وضعية وسط، فلا نكون أمام وضعية الاحتكار ولا في وضعية السوق التنافسية، أي محاولة تزواج بين المرفق العام وفكرة الزبائن كتعبير عن قانون المنافسة، حتى وإن كان هذا التزواج يحتاج إلى وصاية. وهو نفس الأمر الذي اتبعه المشرع الفرنسي، الذي لم يستغن عن فكرة المرفق العام وهو ما عرضه لمضايقات أوروبية، خاصة مع الاتجاه نحو متابعة هذه الاحتكارات باعتبارها تعسف في وضعية الهيمنة³.

إلا أن الملاحظة المهمة، والتي من شأنها أن تعطي بعداً مشروعاً لهذا النوع من الاحتكارات هي التطور الكبير الذي شهده التصور السياسي للتسيير من طرف الدولة، حيث تبقى مسيرة

1 - FRISON ROCHE Marie- Anne, Libéralisation des services publics, Contrat, Concurrence, Régulation, RTDciv, n°3 juillet septembre 2004, p 47.

2- يمكن تحديد هذه الحالات في:

- حالة غياب المبادرة الخاصة، في قطاع من القطاعات، فتكون الدولة مجبرة على سد هذا الفراغ بأن توكل المهمة لمرفق عام ينشأ لهذا الغرض.

- حالة كون الأمر متعلق باختصاصات وصلاحيات الجماعات المحلية، فهذه الأخيرة مكلفة بحفظ الصحة العامة والسكنية العامة، لذلك يمكن أن تتولى مباشرة مثل هذه النشاطات في شكل مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري.

- الخدمة العامة لا تعتبر جزءاً من عالم السوق، ولا يمكن أن تكون محلاً للبيع.

3 - FRISON ROCHE Marie - Anne, op.cit, p 49.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة
ولكن الخدمة تخضع لقانون السوق، مما يسمح للمتعاملين الخواص بدخول هذه السوق، رغم أن
الاحتكار الطبيعي يبقى بعض آثاره سارية المفعول، فالمؤسسة العمومية تبقى محتكرة لشبكة
الاستعمال التي لا غنى للمتعاملين عنها.

فيجب إذن استعمال السلطة العامة حتى يتمكن الزبائن من الاختيار بين المتعاملين في السوق¹.
إذن فعملية التنظيم هذه " REGULATION " هي في النهاية الرابطة بين الاهتمام السياسي
بضرورة انتفاع الكل، وبين نشاط الزبائن للاستفادة من قواعد المنافسة، وخلق توازن بين
المرفق العام والمتعاملين الجدد، وتناط في العادة هذه العملية إلى سلطة مستقلة عن الحكومة
تسمى بسلطة الضبط².

أعتقد أن هذه المبررات كافية للإبقاء على هذه الاحتكارات التي من خلالها تسعى الدولة إلى
أخلفة مناهج المنافسة، وإعادة تنظيم التنافس الحر³.
خاتمة القول أن المنافسة الحرة بين التجار والاحتكار متلازمان ويكمل كل منهم الآخر
كظاهرتين اقتصاديتين.

المطلب الثاني: تطبيقات وضعية الاحتكار

سبق القول أن الاحتكارات الاقتصادية إما أن تكون خاصة وإما أن تكون عمومية وهي مبدئيا
لا تتعارض بصفة مطلقة مع أحكام حرية المنافسة، بل بالعكس فإن في بعض الأحيان يكون
الالتزام بعدم المنافسة أكثر منفعة من الناحية الاقتصادية من إطلاق المنافسة.
وفي هذا الإطار يمكن الاستشهاد ببعض الأمثلة، أولها يتعلق بالاحتكارات العمومية وثانيا
بالاحتكارات الخاصة.

فرع أول: نظام الامتياز (شبه الاحتكار)

إن نظام الامتياز من بين أهم الآليات القانونية التي لجأ إليها المشرع الجزائري في الآونة
الأخيرة لدى تحريره لبعض المرافق العامة.

1 - وهو ما يحدث في الجزائر فيما يتعلق بالمتعاملين في الهاتف النقال " جيزي DJEZZY " و " نجمة NEDJMA " و
موبيليس MOBILIS " بالنسبة لمؤسسة اتصالات الجزائر التي تحتكر الشبكة القاعدية.

2 - FRISON ROCHE Marie - Anne, op.cit, p 49.

3 - PEDAMON Michel, Droit commercial, Edition Dalloz, 1988, p 380.

أولاً: مرفق الكهرباء والغاز

من بين أهم الأمثلة النموذجية عن تقديم خدمات المرفق العام نجد، مرفق الكهرباء والغاز الذي خضع للاحتكار لمدة طويلة ومن طرف الدولة، وبواسطة شركة " سونلغاز " إلا أنه مؤخراً تم تحرير القطاع بموجب القانون رقم 02/01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات الذي ظل يؤكد من خلال فحوصه على طابع "المرفق العام" الأساسي لهذا النشاط¹.

1- مظاهر المرفق العام وفقاً لهذا القانون

نصت على ذلك المادة 1 / 2، حيث يقوم بنشاطات الكهرباء و نقل الغاز عبر القنوات وطبقاً للقواعد التجارية أشخاص طبيعية أو معنوية، وخاصة للقانون العام أو الخاص ويمارسونها في إطار المرفق العام.

والمقصود بالمرفق العام حسب م 3 / 2 هو:

- ضمان تمويل الزبائن غير المؤهلين في أحسن شروط المساواة في المعاملة والاستمرارية والمعادلة في أسعار البيع.
- ضمان الربط بشبكة النقل واستخدامها عن طريق الموزعين والزبائن والمؤهلين، ومنتجي الكهرباء والغاز وذلك في إطار المساواة في المعاملة.
- سد الحاجيات من الطاقة لفئات من المواطنين يتم تصنيفها مسبقاً وكذا المناطق المحرومة من أجل ضمان تلاحم اجتماعي أحسن، والمساهمة في تضامن أكبر.
- ضمان الإغاثة بالطاقة في حدود الإمكانيات المتوفرة للمنتجين والزبائن المؤهلين المرتبطين بالشبكة.
- ضمان تمويل كل زبون مؤهل بالطاقة إذ لم يجد مموناً يوفر شروط اقتصادية وتقنية مقبولة.

1- قانون رقم 02-01 مؤرخ في 05 فبراير 2002 يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات الجريدة الرسمية عدد 8 مؤرخة في 18 فبراير 2002.

إذ نصت المادة 03 منه على فكرة المرفق العام، هذه المادة كانت في طبيعتها الأصلية تنص على أن " يعتبر توزيع الكهرباء والغاز نشاطاً للخدمة العمومية" إلا أن هذا النص تم تعديله ليصبح كما يلي: " يعتبر توزيع الكهرباء والغاز نشاطاً للمرفق العام".

والتسيب كان أن المرفق العام هو الذي تضمنه الدولة وهي مسؤولة عنه وبالفعل تم تبني هذا التعديل من طرف لجنة الشؤون الاقتصادية والتنمية والصناعة في ديسمبر 2001.

2- مظاهر الاحتكار

نصت المادة 6 من نفس القانون، على أن نشاطات إنتاج الكهرباء تفتح أمام المنافسة طبقاً للتشريع المعمول به وأحكام هذا القانون، إلا أن مظاهر الاحتكار لا يمكن أن تلغى مطلقاً، فهي مستمرة مادام طابع الخدمة متعلق بالمرفق العام.

- المظهر الأول يتمثل في استمرار حالة الاحتكار الطبيعي بالنسبة لشبكة نقل الكهرباء والغاز. فبالنسبة لشبكة نقل الكهرباء وحسب نص المادة 29 من نفس القانون، فإنها تعد احتكاراً طبيعياً يتم تسييره من طرف مسير وحيد، ويتمتع هذا الأخير برخصة الاستقلال يمنحها الوزير المكلف بالطاقة بعد أخذ رأي لجنة الضبط، وهي رخصة غير قابلة للتنازل عنها. هذا المسير في النهاية هو الملك لشبكة نقل الكهرباء وهو في هذه الحالة يتمثل في الدولة ممثلة في شركة "سونلغاز"¹.

أما بالنسبة لشبكة نقل الغاز الموجه للسوق الوطنية، فحسب نص المادة 45، فإنها تشكل احتكاراً طبيعياً ويتم تسييره من طرف مسير وحيد وهو في النهاية شركة "سونلغاز".

المظهر الثاني للاستمرار حالة الاحتكار، يتمثل في أن استقلال هذا النوع من النشاطات لا يتم إلا في شكل امتياز، وهو إحدى مظاهر الاحتكار القانوني، التي لا يمكن التغاضي عنه²، حيث جاء في المادة 72 أن الدولة الضامنة للمرفق العام، تمنح الامتياز في ميدان الكهرباء والغاز ويتم ذلك بموجب مرسوم تنفيذي، بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة بعد أخذ رأي لجنة الضبط، هذا يعني أن الأمر يتعلق بتفويض تقديم الخدمة، التي كانت تناط بمؤسسات الدولة ممثلة في سونلغاز، وهو أمر في الحقيقة لا يتناقض مع قانون المنافسة، شريطة ألا تضع الدولة الشخص المستفيد من الامتياز في وضعية تؤدي به لا محالة إلى التعسف والاحتكار³.

1 - راجع المادة 30 من القانون 01/02 السابق.

2 - " Un contrat entre une entreprise privée et une autorité publique matérialisé par la signature d'un contrat conclu pour une durée déterminée et dont l'objet est la production et/ou l'exploitation quotidienne d'un service public ayant des caractéristiques de monopole légal." Partenariats public- privés et concurrence pour le marché. www. PDF Factory. Com. P 03.

3 - VIGNAL - Marie Malaurie, op.cit, p 37.

وهذه الملاحظة يمكن مد تطبيقها حتى على قطاعات المحروقات والمناجم اللذين تم فتحهما مؤخرا أمام المبادرة الخاصة ودائما في إطار نظام الامتياز والرخصة¹.

- المظهر الثالث للاحتكار يتمثل في أن سوق الكهرباء والغاز يتم فتحه في أجل لا يتجاوز 3 سنوات اعتبارا من تاريخ صدور القانون المتعلق بالكهرباء والغاز، إلا أن النسبة التي يتم فتحها محددة، حيث نصت المادة 2/61 من نفس القانون أن هذه النسبة لا تقل عن 30% بالنسبة للطاقتين، بمعنى إمكانية بقاء هامش خاضع للاحتكار، بعيدا عن المنافسة.

- مظهر رابع وإن كان لا يشكل بالضرورة حالة احتكار إلا أنه من شأنه أن يطيل منها ويتمثل في ظاهرة الإحالة المتكررة على التنظيم الذي عادة ما يتأخر في الصدور ليبقى النص الأصلي بدون معنى وروح وتطبيقه مرهون بهذه النصوص التنظيمية، ونظرا لأهميتها فالمشرع يحيل على التنظيم بالنسبة للنقاط التي تحتاج إلى عناية وتوضيح أكثر².

ثانيا: خدمات النقل البحري والجوي

بالنسبة لهذين النشاطين تبقى الدولة هي المالكة للهياكل القاعدية والمتمثلة في المطارات والموانئ، باعتبارها الشبكة التي لا غنى للخواص عنها من أجل تقديم خدماتهم، فبالنسبة لخدمات النقل البحري، فإنها لا تكون إلا في إطار نظام الامتياز، حيث كانت من قبل الدولة هي التي تضمن هذه الخدمة ولا زالت هي المسيطرة، وهذا في إطار صدر المرسوم التنفيذي رقم 200-43³، و أكدت المادة 3 منه على أن الاستقلال لا يكون إلا في إطار الامتياز.

أما بالنسبة لخدمات النقل الجوي، فتم فتحها أمام المبادرة الخاصة بموجب القانون رقم 98-06⁴ وذلك في إطار نظام الامتياز⁵، وأكد هذا القانون على بعض المفاهيم الأساسية من بينها، أن

1 - راجع:

- 1 - قانون رقم 05 - 07 مؤرخ في 28 أبريل 2005، متعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50 مؤرخة في 19 يوليو 2005.
- 2 - قانون رقم 01 - 10 مؤرخ في 3 يوليو 2001، يتضمن قانون المناجم، ج.ر عدد 35، مؤرخة في 4 يوليو 2001.
- 3 - أنظر مثلا بالنسبة للقانون المتعلق بالكهرباء والغاز، إذ نجد المواد 5، 20، 26، 27، 28، 32، 40، 44، 50، 53، 57، 60، 66، 67، 73، 77، 84، 96، 101، 102، 103، 104، 105، 120، 126، 137، 180 كلها تحيل على التنظيم.
- 4 - مرسوم التنفيذي رقم 2000 - 81 مؤرخ في 9 أبريل 2000 يحدد شروط استغلال خدمات النقل البحري وكيفية معدل ومتمم، ج. ر، عدد 21 مؤرخة في 12 أبريل 2000.
- 5 - قانون رقم 98 / 06 مؤرخ في 27 يونيو 1998 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48 مؤرخة في 28 يونيو 1998.
- 6 - المادة 10 من القانون رقم 06/98 السابق.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

النقل الجوي ملكية عامة¹، لأنه في النهاية يعتبر صورة من صور استخدامات المرفق العام، وتخضع الخدمات الجوية لرقابة الدولة².

وفي هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي رقم 43-2000³، الذي جاء تطبيقا لنص المادة 11 من القانون 06/98، والذي حدد شروط وكيفيات منح الامتياز.

إلا أنه نظرا للسلبات التي خلفتها فضيحة الخليفة على الاقتصاد الوطني أعيد النظر في كيفية منح الامتياز، وغذ تم تعديل المادة 116 من القانون رقم 06/98 بموجب المادة 4 من الأمر 10/03⁴، حيث أصبح يخضع منح امتياز خدمات النقل الجوي للأشخاص والبضائع للموافقة المسبقة للوزير المكلف بالطيران المدني، والتي لا تسلم إلا بعد موافقة مجلس الحكومة كذلك وكانت الموافقة مقتصرة على الوزير المكلف بالطيران فقط.

وأكثر من ذلك وبموجب المادة 117 معدلة بالمادة 5 من الأمر 03 - 10 فإنه تتم الموافقة على اتفاقية الامتياز ودفتر الشروط المرافق لها بموجب مرسوم، يتخذ في مجلس الوزراء وينشران في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وكانت من قبل هذه الموافقة تتم على مستوى مجلس الوزراء.

وتطبق نفس هذه الأحكام في حالة نقل الامتياز للغير⁵، وكانت من قبل مقتصرة على الموافقة المسبقة للوزير المكلف بالطيران المدني.

إن هذه الترسانة من العراقيل لا يمكن إلا أن تؤدي إلى القول بأن مجال خدمات النقل الجوي لم تعد مفتوحة أمام المبادرة الخاصة، وهو تكريس لاحتكار شركة الخطوط الجوية الجزائرية.

الفرع الثاني: نظام التخصيص

إن المقصود بهذا النظام، هي تلك النشاطات التي لا يمكن للمبادرة الخاصة أن تتدخل فيها سواء لطابعها السيادي، ولذلك تنشأ مؤسسات عمومية تتولى ممارسة هذا النشاط، أو لطابعها المتخصص.

1 - المادة 04 من نفس القانون السابق 06/98.

2 - المادة 07 من نفس القانون السابق 06/98.

3 - مرسوم التنفيذي رقم 2000 - 43 مؤرخ في 26 فيفري 2000 يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية وكيفياته، ج ر عدد 8 مؤرخة في 2 مارس 2000.

4 - أمر رقم 03 - 10 مؤرخ في 13 أوت 2003 يعدل ويتم القانون رقم 98 - 06، ج ر، عدد 48 مؤرخة في 13 أوت 2003.

5 - راجع المادة 120 من القانون رقم 98 - 06 معدلة بموجب المادة 6 من الأمر 03 / 10.

أولاً: النشاطات السيادية

إن هذه النشاطات السيادية تتعلق في مرتبة أولى بالمصلحة العامة والنظام العام، لا يمكن حتى تفويضها للمبادرة الخاصة، وفي مرتبة ثانية هذه النشاطات تكون في أغلب الأحيان ليس لها طابع ربحي:

- من بين أهم هذه النشاطات إصدار النقود التي تبقى من احتكام الدولة وحدها عن طريق البنك المركزي، فالنقود مظهر من مظاهر السيادة، ونفس الأمر بالنسبة للعدالة والأمن والبريد.

- إلا أن أهم نشاط سيادي في الجزائر رغم أنه نشاط اقتصادي مدر للربح نجد نشاط صناعة وتوزيع المواد المتفجرة¹، وفي هذا الإطار تم إنشاء الديوان الوطني للمواد المتفجرة (ONEX) بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 - 2440.

هذا الديوان هو مؤسسة عسكرية ذات طابع صناعي وتجاري³، وتتولى ضمان الدراسات التطوير، الاستيراد، التصدير، الصنع، إنتاج وتسويق المواد المتفجرة وكذلك إعداد مخططات التموين، الإنتاج والتسويق وبناء الوسائل الصناعية اللازمة لأداء مهمته واقتنائها وتجهيتها⁴.

من خلال هذا النص يتضح أن الديوان خولت له جميع المراحل الاقتصادية المتصلة بهذا النشاط، ويبقى فقط تكييف نشاطه هل يدخل ضمن صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام.

إن الواضح والمنطقي خاصة في المرحلة التي تمر بها الجزائر، أن هذا النشاط ممنوع المنافسة فيه، فهو يتعلق بأعمال السيادة.

إن المركز القانوني لهذا الديوان يكيف بأنه احتكار قانوني⁵، لكن يبقى عليه أن يحترم مبادئ المنافسة فقد يبدو أن تصرفات الديوان لا تضر المنافسين مادام لا يوجد أي منافس، والكل ملزم بعدم منافسته، إلا أن الحقيقة أنه هناك عدة أعوان يعتمدون في نشاطهم الاقتصادي في مستويات

1 - قايد ياسين، الأشخاص العمومية وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر السنة الجامعية 2001/2002، ص 189.

2 - مرسوم رئاسي رقم 96 - 440 مؤرخ في 9 ديسمبر 1996 يتضمن إحداث مؤسسة عسكرية للمواد المتفجرة، ج ر، عدد 77 مؤرخة في 11 ديسمبر 1996.

3 - المادة 2 من نفس المرسوم.

4 - المادة 5 من نفس المرسوم.

5 - قايد ياسين، مرجع سابق، ص 202.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة
أدنى على المواد المتفجرة كالمقالع وشق الطرقات، فهم في وضعية التبعية إليه، لذلك لا يمكنه أن يتعسف في هذه الوضعية¹.

إن هذه المؤسسة موضوعة تحت وصاية وزارة الدفاع الوطني، هذه الأخيرة تمارس لحساب الدولة بواسطة مصالحها العضوية و/أو المؤسسات الموضوعية تحت وصايتها، احتكار صناعة واستيراد وتصدير العتاد والأسلحة، وعناصر السلاح والذخيرة وعناصر الذخيرة.

ثانيا: النشاطات المتخصصة

هناك بعض الهيئات ذات طابع إداري لكنها حولت إلى مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وأحسن مثال بالنسبة إلى: الديوان الوطني للأرصاء الجوية، ومعهد باستور.
هذا التصرف مبني أساسا على قناعة مرتبطة بالتحول الاقتصادي الذي تشهده الجزائر، فالدولة أصبح لها دور تنظيمي، إلا أنه في بعض الحالات يظهر وأنها تعمل على الاحتفاظ ببعض النشاطات ذات الطابع الإداري، لتتولاها أشخاص عمومية تهدف من خلالها إلى إشباع الحاجات العامة، فتقوم بتحويلها إلى نشاطات ذات طابع صناعي وتجاري، وذلك حتى تسعى إلى تخفيف الأعباء المالية على الخزينة.

فالديوان الوطني للأرصاء الجوية، أصبحت أغلب النشاطات الأخرى تستعين به، وهي نشاطات تنافسية مربحة، وأمام هذا الوضع يصبح من المنطقي أن تكون الخدمة العمومية المقدمة من طرف الديوان بمقابل حتى يتسنى له مواجهة أعبائه وتكاليفه.

إن مختلف هذه النشاطات السابقة، لازالت محتكرة من طرف الدولة أو إحدى مؤسساتها إلا أن المبررات التي يستند عليها هذا الاحتكار هي مبررات لا تتناقض المنافسة الحرة بقدر ما ترمي إلى حماية النظام العام، والمصلحة العام.

و يضاف إليها كذلك نشاط النقل بالسكك الحديدية، باعتباره المظهر الثاني للنقل البري، حيث انه لا زال تحت احتكار المؤسسة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية.

ومن بين المبررات المقدمة لذلك هي أن هذا النشاط غير مهياً بعد للمنافسة، إذ لا بد أولاً من إعادة تأهيل شبكة النقل، ثم تحديث العتاد، وهو أمر يتطلب امكانيات مالية ضخمة، جعلت الخواص يعزفون عن الاستثمار في هذا المجال.

1 - راجع نص المادة 11 من الأمر 03 / 03.

رغم أنه أصبح من الممكن الاستثمار في هذا القطاع عن طري آلية الامتياز، حيث تبقى الدولة هي المالكة لشبكة النقل¹، باعتبار أن النقل بواسطة السكك الحديدية يشكل مصلحة عمومية أي يرمي إلى تحقيق المنفعة الوطنية².

ونفس الشيء بالنسبة للأنشطة المتعلقة بالقمار والرهان، حيث أن موقف المشرع الجزائري غير واضح في هذا المجال³، فهو من جهة يحظر الرهان والقمار، وهو أمر مقبول بالنظر إلى أن الأمر يتعلق بالنظام العام، ومن جهة أخرى يستثني من الحظر مؤسسة الرهان الرياضي الجزائري، التي تحتكر النشاط، وهو ما يمكن تسميته بالرهان والقمار العموميين. ولعل الأموال الطائلة التي تجنيها الدولة من خلال هذه العملية.

الفرع الثاني: الإلتزام بعدم منافسة صاحب احتكار حقوق الملكية الفكرية

لا بد في هذا الصدد من بيان نطاق الملكية الفكرية⁴، وأهميتها ثم محاولة إعطاءها التكييف القانوني الصحيح، وكل ذلك للخروج في النهاية بفكرة واضحة عن أسباب هذه الحقوق الحصرية للاستغلال، ومدى شرعيتها.

أولاً: نطاق حقوق الملكية الفكرية

إن حقوق الملكية الفكرية، تصنف في العادة إلى ثلاثة أصناف أساسية أخذاً في ذلك بعين الاعتبار، مجال استعمالها.

1 - راجع المادتين 21 و 50 من القانون رقم 13/01، المؤرخ في 7 أوت 2001، يتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه ج.ر. عدد 44 مؤرخة في 8 أوت 2001، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 256/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يتضمن انشاء الوكالة الوطنية للدراسات ومتابعة انجاز الاستثمارات في السكك الحديدية، ج.ر. عدد 52 مؤرخة في 26 يوليو 2005.

2 - المادة 7 من نفس القانون السابق.

3 - تنص المادة 612 من التقنين المدني على ما يلي: "يحظر القمار والرهان.

غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري".

4 - قبل الخوض في أحكام الإلتزام بعدم منافسة صاحب حق الاستغلال الحصري لحق الملكية الفكرية، لا بد أولاً أن أبرر استعمال مصطلح الملكية الفكرية، لأن الدارج هو استعمال مصطلح الملكية الصناعية، إلا أن هذا التعبير الأخير يعتره بعض الغموض، فكلمة "صناعية" مشتقة من كلمة "صناعة" التي يمكن أن تعطي معنى ضيق يقابل التجارة وأعمال الاستخراج التي تعطي -في الحقيقة- معنى واسعاً باحتضاننا جميع أنواع العمل البشري، فلا تنطبق على الأشياء المادية الملموسة التي تترابط معها بشكل عام فحسب، بل تستعمل لتشمل أنواعاً مختلفة من المصالح والحقوق، فضلاً عن أنه لم يعط جميع صور الإبداع والابتكار العقلي في حقول أخرى، كالحقوق الأدبية والفنية والتجارية. ولذلك اتجه الفقه إلى الاستعاضة عن مصطلح "الملكية الصناعية" بمصطلح "الملكية الفكرية" كون هذا الأخير أوسع نطاقاً وأكثر شمولاً من المصطلح الأول، لأنه يدل على ما ينتجه العقل البشري من أفكار تتم ترجمتها إلى أشياء ملموسة، فيدخل في نطاقها كافة الحقوق الناتجة عن النشاط الفكري للإنسان في الحقول الفنية والأدبية والعلمية والصناعية والتجارية. وعليه ساعتمد هذا المصطلح للأسباب المذكورة آنفاً.

أ- الحقوق الصناعية

إن الملكية الصناعية تتضمن الاختراعات¹، والرسوم والنماذج الصناعية وتصاميم الخطوط الطبوغرافية للدوائر المتكاملة²، فهي تتمتع بحماية قانونية حصرية للشخص صاحب الحق عليها، إلا أن هذه الحماية تختلف بين هذين الصنفين:

1- براءات الاختراع

يعتبر موضوع حماية الاختراعات من أهم المواضيع التي يمني بها المشرع كثيرا ونظمها تنظيما دقيقا نظرا لأهميتها الاقتصادية والقانونية والسياسية والاجتماعية، إذ توجب على كل دولة تسعى نحو التقدم الصناعي أن تبذل كل ما لديها من جهود وإمكانات لتشجيع المواطنين على الابتكار والاختراع، وتشكل البراءة الحافز الأساسي للتطور الصناعي³.

- تعريف براءة الاختراع

لا بد في هذا الصدد من إجلاء الخلط الشائع بين براءة الاختراع، والاختراع ذاته، فالمشرع تقطن لذلك وأورد تعريفا للمصطلحين⁴.

وعرفت كذلك بأنها السند المسلم للمخترع، يتمتع بفضله بعدة حقوق، ولا سيما باحتكار مؤقت لاستغلال اختراعه، ولهذا يجب أن يتضمن طلبه للحصول عليه وصفا كاملا للاختراع المطلوب حمايته، وعلى ذلك تعتبر براءة الاختراع الوثيقة التي تسلمها الإدارة أو المصلحة المختصة، وهي المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، والتي تتضمن كشفا لأوصاف

1- راجع:

- أمر رقم 07/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق ببراءات الاختراع ج.ر. عدد44، مؤرخة في 23 يوليو سنة 2003.

- أمر رقم 48/66 مؤرخ في 25 فبراير سنة 1966 والمتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية إلى اتفاقية باريس المؤرخة في 20 مارس سنة 1883 والمتعلقة بحماية الملكية الصناعية.

2- أمر رقم 08/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة. ج.ر. عدد 44 مؤرخة في 23 يوليو سنة 2003.

3- فرحة زاوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، القسم الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران 2001، ص 12.

4- المادة 2 من الأمر 07/03 التي عرفت الاختراع بأنه فكرة لمخترع، تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية بينما يقصد ببراءة الاختراع وثيقة تسلم لحماية الاختراع.

ويعرفها الفقه بأنها شهادة تعطي من قبل الدولة، وتمنح صاحبها حقا حصريا باستثمار الاختراع الذي كون موضوعا لهذه البراءة، راجع:

- نعيم مغيب، براءة الاختراع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى سنة 2003، ص29.

الاختراع ليتمكن المخترع من التمتع بإنجازهِ بصورة شرعية، فهو محمي ضد كل التجاوزات مما أدى إلى القول أن القانون لا يحمي المخترعين، بل يحمي أصحاب السند¹.
وما يعزز الدور الصناعي للاختراعات، هو ما أكدهُ المشرع حيث أصبغ الاختراع موضوع الحماية بصيغة الصناعية، وذلك بأن يكون قابلاً للصنع أو الاستخدام في نوع من الصناعة² وانطلاقاً من هذه الفكرة، فقد تم استبعاد بعض المنشآت من نطاق الحماية لأنها لا تعتبر اختراعات في مفهوم الأمر 07/03³.

هذه الطائفة لا ينطبق عليها أصلاً تعريف الابتكار، وهي إذا مستبعدة من الحماية، وهناك طائفة أخرى من المنشآت رغم أنها اختراعات يشملها التعريف إلا أن المشرع استبعدها من الحماية نظراً لبعض المميزات الخاصة بها، أو لأثرها غير المرغوب فيه⁴.

- حقوق صاحب البراءة

إن براءة الاختراع يتحصل عليها المخترع، توفر حماية من كل أشكال الاعتداء أو المنافسة لمدة (20) عشرون سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب⁵ وفي خلال مدة الحماية هاته فإن مالك براءة الاختراع يتمتع بالحقوق الاستثنائية التالية:

- في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتجاً، يمنع الغير من القيام بصناعة المنتج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع، أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.

1- فرحة زواوي صالح، مرجع سابق، ص18.

2- أنظر المادة 6 من الأمر 07/03 السابق.

3 - وهي على التوالي:

* المبادئ والنظريات والاكتشافات ذات الطابع العلمي وكذلك المناهج الرياضية.

* الخطط والمبادئ والمناهج الرامية إلى القيام بأعمال ذات طابع ثقافي أو ترفيهي محض.

* المناهج ومنظومات التعليم والإدارة والتسيير.

* طرق علاج جسم الإنسان أو الحيوان بالجراحة أو المداواة وكذلك مناهج التشخيص.

* مجرد تقديم المعلومات.

* برامج الحاسوب.

* الابتكارات ذات الطابع التزييني المحض.

4 - وتضم:

* الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية وكذلك الطرق البيولوجية المحضنة للحصول على نباتات أو حيوانات.

* الاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجغرافي مضرًا بصحة وحياة الأشخاص والحيوانات أو مضرًا بحفظ

النباتات أو يشكل خطراً جسيماً على حماية البيئة.

5- المادة 9 من الأمر 07/03.

- إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع، يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع واستعمال المنتج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.

لكن هذه الحقوق الواردة عن براءة الاختراع لا تشمل إلا الأعمال ذات الأغراض الصناعية أو التجارية¹، وهو ما يؤكد منع كل شكل من أشكال المنافسة في مواجهة هذا الاحتكار، خاصة في المجال التجاري والصناعي الذي يسيطر عليه مبدأ حرية المنافسة.

وكاستثناء عن هذا الحق الحصري فإنه يمكن الحصول على رخصة استغلال الاختراع إجباريا في حالة ما إذا ألحقت هذه الحماية أضرارا بالمجتمع كالأ يتم استغلال الاختراع²، أو كانت متعلقة بالمنفعة العامة³.

كما يمكن أن تتخلف هذه الحماية لأسباب الانقضاء المذكورة في القانون لا سيما التخلي عن الحقوق⁴، أو البطلان⁵، أو السقوط⁶.

- التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة

إن هذه المفاهيم، أفرزها لتطور التكنولوجي الحديث، ذلك أن إدماج عدد كبير من الوظائف الكهربائية بأسلوب معين وفي مكون صغير، لم يعرف إلا حديثا بفضل ما تم إحرازه من تقدم في التكنولوجيا شبه الموصلة وتقوم هذه التكنولوجيا على خطط وتصاميم في غاية التفصيل والدقة كما أن ابتكارها يتطلب جهدا وكفاءة عالية وإمكانات مالية كبيرة وعادة ما تستخدم هذه الدوائر في صناعة الساعات والأجهزة الإلكترونية وغيرها⁷.

هذه الحقوق هي محل حماية من كل شكل للاعتداء عليها أو استغلال أو منافسة صاحبها في استعمالها، فهي خارجة عن دائرة التعامل في خلال الفترة الزمنية المحددة للحماية والمقدرة

1- المادة 12 من الأمر 07/03.

2- المادة 38 من نفس الأمر.

3- المادة 49 من نفس الأمر.

4- المادة 51-52 من نفس الأمر.

5- المادة 53 من نفس الأمر.

6- المادة 54-55 من نفس الأمر.

7- بلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2000، ص 94.

ب (10) سنوات مع خضوعها لبعض الاستثناءات على غرار براءة الاختراع¹.

ب- الحقوق التجارية

هذه الحقوق هي المرتبطة بعالم التجارة والممارسات التجارية ولعل من بين أهم هذه الحقوق التي تتمتع بالحماية نجد العلامات التجارية².

1- تعريف العلامات التجارية

تعرف العلامة التجارية بأنها كل إشارة أو دلالة مادية مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز صناعته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها ويتألف - عادة - من كلمات أو حروف أو أرقام³.

كما عرفها المشرع الجزائري بأنها كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره⁴.

2- الحق في العلامة

إن الحق في العلامة يكون محلا للحماية القانونية لمدة (10) عشر سنوات تسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ إيداع الطلب⁵، ويمكن هذا الإجراء صاحبه من استثناء استغلال هذا الحق بصفة شخصية دون منافسة من الغير⁶، إلا أن استمرار هذه الحماية مرهون بتوفر شروط أساسية⁷.

1- راجع المواد 4.6.20.21.22.23.24.25.26 إلى غاية 28 من نفس الأمر وكذلك المواد من 31 إلى 34.

2- أمر رقم 06/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالعلامات. ج.ر عدد 44 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2003.

3- صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 29.

4- أنظر المادة 1/1 من الأمر 06/03.

5- المادة 05 من نفس الأمر.

6- المادة 09 من نفس الأمر.

7- راجع المواد 11.19.20.21 من نفس الأمر.

ج- حقوق المؤلف والحقوق المجاورة

إن هذا النوع من الحقوق يتعلق أساسا بأفكار ومنتجات ذات طابع معنوي، وجرت العادة على تسميتها بالحقوق الأدبية، وهي أيضا تعتبر محلا للحماية والاستغلال الاستثنائي لصاحبها¹. ويضم هذا النوع من الحقوق المصنفات في حقول العلوم والآداب والفنون وكذلك فنان الأداء أو العازف، ومنتج التسجيلات السمعية أو السمعية البصرية وهيئات البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري، وكذلك القواعد الخاصة بالتسيير الجماعي للحقوق وحماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي والمصنفات الوطنية للملك العام².

إن هذه الحقوق ونظرا لنفعها الدائم، وكذلك طابعها المعنوي اللصيق بالشخص، فإن المشرع قد قرر لها مدة حماية طويلة تقدر ب(50) سنة تختلف بداية حسابها باختلاف الحق الأدبي محل الحماية، ونفس الحكم بالنسبة للحقوق المجاورة.

ثانيا: مبررات حماية حقوق الملكية الفكرية

لما كانت الحقوق الفكرية تشكل الدراية العلمية بالإنتاج والتوزيع والتسويق وهي إذن تشكل - بحق- حجر الزاوية في التطور الاقتصادي³. وفي هذا الخصوص لا بد من بيان أهميتها ثم محاولة إعطاء التكييف القانوني لهذا الحق الحصري.

أ- أهمية الحقوق الفكرية

إن أهمية هذه الحقوق يمكن ملاحظتها على عدة مستويات:

1- أمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة. ج.ر.ع 44 مؤرخة في 23 يوليو 2003.

2- راجع المادة 2، 4، 5، 8 من الأمر السابق.

إلا أنه من خلال هذه المواد، يجب توضيح الفرق بين حقوق المؤلف والحقوق المجاورة فالأولى يقصد بها الإنتاج الفكري الذي يتوصل إليه الشخص وبالتالي يصبح لهذا الأخير حقوق تأليف على ذلك المصنف، وتشمل جميع صور الإبداع الفكري الأصيل في المجالات العلمية والأدبية والفنية الناتجة عن وحي العقل والتي يمكن التعبير عنها في صورة منتج مادي. بينما يقصد بالحقوق المجاورة لحق المؤلف، مجموعة من الحقوق تمنح لأشخاص لا بصفتهم مؤلفين، ولكن بسبب دورهم في نشر هذه الأعمال وتوصيلها إلى أكبر عدد من الجمهور. ولقد تولى المشرع الجزائري بيان المقصود بحقوق المؤلف والمقصود بالحقوق المجاورة.

3 - صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 45.

1- أهمية الحقوق الفكرية على المستوى الاقتصادي

لقد أدت الحقوق الفكرية إلى إطلاق الملكات الخلاقة لدى أفراد المجتمع، نظرا لما تحققه من اختصاص (استنثار) لصاحبها على ثمرة إنتاجه الفكري، مما يجعل الشخص مطمئنا على أن حقه في ثمرة جهده العقلي مضان قانونا، فذلك يؤدي إلى تنشيط حركة البحث والاستقصاء مما يدفع عجلة التقدم والتطور والرخاء عن طريق تشجيع رأس المال على الاستثمار في المشروعات الصناعية والتجارية والزراعية وهذا يؤدي إلى المزيد من الإنتاج والتطوير والتحسين والتقدم¹.

فهذه الحقوق أصبحت حلقة أساسية في الاقتصاد، حيث امتدت الحماية إلى المستوى العالمي نظرا لأهميتها الاقتصادية، وأصبحت أغلب الاتفاقيات الدولية وخاصة منها الثنائية والمتعلقة بحماية الاستثمارات تخصص جزءا كبيرا لهذه الحقوق²، مثلا بالنسبة للجزائر، نجد المرسوم

الرئاسي رقم 01/94 مؤرخ في 02 يناير 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعتين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993 حيث تنص المادة الأولى منه على ما يلي: لتطبيق هذا الاتفاق:

1. عبارة "استثمار" تشير إلى الأموال كالأملك والحقوق، باختلاف أنواعها إلى جانب كل من الأصول مهما كان نوعه والمرتبط بنشاط اقتصادي والمتمثلة على سبيل الخصوص لا الحصر فيما يلي:

- حقوق المؤلف وحقوق الملكية الصناعية (إجراءات الاختراع، الإجازات، العلامات المسجلة، النماذج والتصاميم الصناعية المجسمة)، الأساليب التقنية، الأسماء المودعة والزيائن. على أنه بينما تسعى الدول المتقدمة لإرساء نظام حمائي، يكفل منع التعدي على حقوق الملكية الفكرية، فإن الدول النامية تتبنى فكرا مختلفا، إذ يرى البعض في النظم القانونية التي تحمي

1 - نفس المرجع، ص49.

2- مرسوم رئاسي رقم 01/94 مثلا بالنسبة للجزائر، نجد المرسوم الرئاسي رقم 01/94 مؤرخ في 02 يناير 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعتين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993، ج.ر. عدد 01 مؤرخة في 02 يناير 1994.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة الملكية الفكرية والناعية مجرد أنظمة لتدعيم وإرساء الاحتكارات من أجل استمرار استغلال القوي للضعيف¹.

2- أهمية الحقوق الفكرية على المستوى القانوني

من المعلوم أن النظم القانونية -أي كان مصدرها- تهدف دائما إلى تحقيق مصلحة المجتمع وذلك عن طريق تنظيم وتنسيق كيانه على أكمل وأجمل صورة ممكنة في شتى مناحي الحياة. ولا مبالغة في القول بأن قوانين الحقوق الفكرية تعتبر من أشد الوسائل أهمية في هذا الصدد باعتبارها من أقوى دعائم التطور الاقتصادي والثقافي والعلمي².

ب- التكييف القانوني للحقوق الفكرية

لقد حاول الفقه إيجاد تسمية لتلك الحقوق، غير ما ذكر من التسميات، تكون أكثر انسجاما مع تلك الحقوق ومدلولها، ومن شأنها أن تبرر وضعية الاحتكام القانونية الواردة عليها. فكانت الاجتهادات التالية:

1- حقوق الملكية

ذهب اتجاه من الفقه إلى اعتبار هذه الحقوق من قبيل حقوق الملكية، إذ لا يوجد ما يمنع من اعتبارها كذلك، لأن الأشياء المادية والمعنوية على السواء تصلح لأن تكون محلا للملكية على اعتبار أن التأييد ليس من جوهر حق الملكية الذي يمكن تقييده في سبيل مصلحة الجماعة³. وصاحب هذا الحق ينفرد بسلطة مطلقة على إنتاجه في حدود القانون وله استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وهي أهم المكنات التي يرتبها حق الملكية⁴.

هذا الاحتكام الاستغلالي والحماية القانونية الإضافية التي تسمح للمالك من تفادي المنافسة، ليس سوى كجائزة لتشجيع الاختراعات، ومراعاة للمصلحة العامة واضطرابها من خلال إنشاء دخل مؤبد، فإن كل استغلال حصري لا بد أن يكون محدد المدة، وهو ما سبق ذكره، حيث بانقضاء مدة الحماية يصبح هذا الحق مباحا للكافة ويخضع للدومين العام.

1- جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكة الصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2000، ص 11.

2- صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 51.

3- نفس المرجع السابق، ص 94.

4- فوزي محمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، دار وائل للنشر، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى

2005، ص 92.

2- حقوق الاتصال بالعملاء

أطلق بعض الفقهاء مصطلح " حقوق الاتصال بالعملاء " على جميع الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية، كونها تدور حول استئثار صاحب الحق بها، في استغلال ذلك الحق في مواجهة العملاء، والاتصال معهم والاحتفاظ بهم، وذلك في إطار المنافسة المشروعة في النشاط الاقتصادي¹.

وقد أخذ على هذه التسمية أنها لم تبين طبيعة الحقوق الصناعة بل ذلك على وظيفتها فحسب وكذلك اعترض عليها لإمكانية وقوع لبس بين التسمية المقترحة وبين " حق الاتصال بالعملاء " باعتباره عنصرا معنويا من عناصر المتجر، إضافة إلى أنها قاصرة على بعض الحقوق لا سيما منها التجارية والصناعية ولا تشمل حقوق المؤلف².

3- حقوق طبيعية

إن حق الشخص على اختراعه هو حق لصيق بشخصه كإنسان، وهو حق ليس من خلق المشرع، ولكنه مقرر وفق مبادئ أسمى وأعلى لا يمكن أن نقيدها بمبادئ قانونية، كمبدأ حرية المنافسة، فينبغي معاملة حقوق المخترعين معاملة الحقوق الطبيعية، كحق الإنسان في الحياة، فالشخص الذي بذل جهدا أثمر عن ابتكار أو اختراع ما يكون له أن يجني ثمار هذا العمل وينفرد ويستأثر به، دون أية منافسة³.

لقد انتقد هذا التكييف، على أساس أن هذه الحقوق الفكرية يجوز التنازل عنها، مما يحتم فصلها عن الحقوق الشخصية المرتبطة بالإنسان وغير المنفصلة عنه والتي لا يحق التنازل عنها⁴. إذن من خلال هذه التكييفات المختلفة يبدو أن حق الملكية هو المعيار الأكثر حظا لتبرير شرعية

1- راجع في نفس الفكرة.

• صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 95.

• نعيم مغيب، مرجع سابق، ص 28.

2- صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 95.

3- جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 95.

4- نعيم مغيب، براءة الاختراع، مرجع سابق، ص 27.

هذا الاستغلال الحصري في مواجهة المفهوم الاقتصادي الجديد وهو منع الاحتكارات، ولكن دون أن نهمل فكرة الزبائن¹.

وعليه فالمشرع لم يتردد أبدا في حماية احتكار الاستغلال بواسطة نصوص جزائية، من خلال إيجاد جنحة التقليد، لكن وسائل المنافسة هذه المتمثلة في الاحتكارات القانونية لا يجب أن تستعمل من أجل الإضرار التعسفي بحرية المنافسة، لذلك نجد أن بعض الشروط تكون محظورة خاصة تلك التي من خلالها يتم التنازل أو الترخيص باستعمال براءة الاختراع، ومن خلالها يتم تحديد المنافسة على الأسعار أو تمديد مدة الاحتكار فوق المدة القانونية².

وهو أمر تفتن له المشرع الجزائري، ومنع كل هذه الشروط، بموجب المادة 37 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع.

لذلك فلا مجال للقول بأن حق الاستغلال الحصري كشكل للاحتكارات القانونية والذي ينشأ التزاما بعدم المنافسة، غير مشروع وينافي قواعد المنافسة.

1 - Les droits privatifs, ont pour but de fixer certaines positions au profit de leurs titulaires, que les maisons concurrentes devront respecter, c'est pour cela que nous proposons d'appeler ces droits, Droits de clientèle, ce qui correspond à leur contenu (...). Ces droits forment une 3eme classe de droits patrimoniaux, MOYSE Pierre Emmanuel, La notion du droit d'auteur, droit de propriété ou monopole. (WWW.Robic.com).p30.

2 - CHAPUT Yves, op.cit, p24.

المبحث الثاني: الإلتزام القانوني غير المباشر بعدم المنافسة

الحقيقة أنني أقصد من وراء هذا العنوان تلك النصوص القانونية التي تمنع ممارسة التجارة أو تجعل الدخول إلى المهنة التجارية مرتبطاً بالحصول على إجراء مسبق.

إذن فالأشخاص الذين لا يمكنهم ممارسة التجارة للأسباب السابقة لا يمكنهم أن ينافسوا غيرهم فمن يتمتع عليه ممارسة التجارة يتمتع عليه المنافسة مادام لم يتجاوز القيود الأولية و المسبقة هذه القيود منها ما يتعلق بالشخص ذاته ومنها ما يتعلق بطبيعة النشاط.

إلا أن ما يميز هذه الحالات عن وضعية الاحتكار انه بالنسبة لهذه الأخيرة يكون الشخص مسموح له بالتجارة إلا بالنسبة لنشاط معين يتعذر عليه ممارسته لكن يبقى له أن يختار أي نشاط تجاري آخر مادام غير محتكر لشخص محدد.

المطلب الأول: موانع متعلقة بالأشخاص

إن هذه الموانع المتعلقة بممارسة التجارة بصفة عامة، تجد مصدرها أساساً في إرادة المشرع في استبعاد بعض الأشخاص، نظراً لأن تدخلهم في العمليات التجارية يعرضهم لصرامة القانون التجاري دون أن يكونوا أهلاً لتحملها.

كما يمكن أن يشكل تدخلهم إضراراً بالتجار الآخرين أو يعرض التجارة لمخاطر¹، أو من شأن تدخلهم هذا أن يشكل مساساً بمصداقية مهنتهم الأصلية.

إن الملاحظ على هذه الأحكام لأول وهلة، أنها تشكل مساساً بمبدأ حرية التجارة و الصناعة، إلا أن هذا الانشغال سرعان ما يتلاشى أمام المبررات المقدمة لمشروعية هذا المنع.

ولعل السند القانوني يتمثل في نص المادة 37 من الدستور ذاتها، والتي أعقبت المبدأ بمقتضى "وتمارس في إطار القانون"، والذي يحمل أكثر على جانبه السلبي².

إن هذا المقتضى كان ولا زال يشكل سنداً قانونياً، بل أكثر من ذلك فهذا القيد هو قيد دستوري للكثير من المبادرات القانونية التي أفرغت المبدأ من محتواه.

رغم هذا فإنه لا يمكن التغاضي عن بعض الجوانب الإيجابية و التي تدعم أكثر مبدأ حرية التجارة و الصناعة، و أعتقد أن هذه القيود المتعلقة بالأشخاص تندرج في هذا الجانب، على

1- فرحة زواوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري دار ابن خلدون للنشر و التوزيع، وهران، الطبعة الثانية 2003، ص 319.

2- رشيد زوايمية، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير، حقوق، جامعة جيجل 2004-2005.

الأقل من منطلق أن الحرية قد تحتاج إلى قيود حتى تستمر، و منه فكل شخص من حقه ممارسة التجارة لكن ليس تاجرا من يريد ذلك¹.
هذه القيود يمكن تفصيها من خلال ثلاث حالات.

الفرع الأول: حالة التنافي مع التجارة

في هذا الإطار لا بد من التعليق على بعض النصوص قبل التفصيل في الأشخاص الموجودين في حالة تنافي.

أولا: استعراض النصوص

تنص المادة 9 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية²، على ما يلي: " لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعا لنظام خاص ينص على حالة تنافي.

على الذي يدعي حالة التنافي إثبات ذلك.

ترتب الأعمال الصادرة عن شخص في وضعية التنافي كل آثارها القانونية تجاه الغير حسن النية الذين يمكنهم التمسك بها، دون أن يكون للمعني حق الاستفادة منها.
لا يمكن وجود حالة تناف بدون نص".

و مثلا في ظل القانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري³، كان ينص على هذه الحالة من خلال نص المادة 5 منه التي جاء فيها: " تحكم المهن المنظمة بقوانين خاصة تحدد زيادة على ذلك، الشروط المحتملة للتطبيق هذا القانون أو بعضه عليها".

ثانيا: تحليل النصوص

قبل التفصيل في تحليل هذه النصوص، أرى بأنه من الأحسن استعمال مصطلح حالة "عدم الملائمة"، نقلا عن الترجمة الفرنسية الصحيحة "incompatibilité"، وهو التعبير الأقرب إلى الصواب، لأن هذه المهن في النهاية، لا تتنافى مع التجارة ولكن لا تتلاءم معها فقط، بدليل أن الشخص الموجود في حالة تنافي ورغم ذلك مارس عملا تجاريا، فان تصرفه يبقى صحيحا

1 - "Tout le monde peut se prétendre d'affaires toutefois n'est pas commerçant qui veut". LARGUIER jean CONTE Philippe, Droit pénal des affaires Edition Armand colin 11e édition 2004, p277.

2 - قانون رقم 08/04 مؤرخ في 14 أوت سنة 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 18 أوت 2004.

3 - قانون رقم 22/90 مؤرخ في 18 أوت 1990، يتعلق بالسجل التجاري ج.ر عدد 36 ، مؤرخة في 22 أوت 1990، هذا القانون ألغي بموجب القانون رقم 08/04 ، السابق.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

ويتعرض فقط لعقوبات تأديبية، ويعتبر تاجرا فعليا يلتزم بالتزامات التجار ولا يستفيد من امتيازاتهم ويبقى ملزما بعدم المنافسة.

إن المشرع من خلال نص المادة 9، لم يورد تعريفا لحالة التنافى مع التجارة، ورغم ذلك فإنه يمكن استجماعه من خلال العبارات الواردة في هذا النص.

فحالة التنافى يقصد بها تلك الوضعية القانونية، التي تجعل من صاحبها في مركز قانوني لا يسمح له من مباشرة أي نشاط تجاري، حيث ينص النظام الخاص الذي يحكم مهنته على هذا المقتضى، وذلك حماية للمصلحة العامة، هذا من جهة.

و من جهة ثانية، فالمشرع يستعمل عبارة نظام خاص، وهو مصطلح غامض يمكن تأويله إلى عدة قراءات لا تتماشى مع روح النص الاستثنائية.

فقد يحمل على أنه نص تشريعي أو تنظيمي، كما يحمل على أنه قانون أساسي أو نظام داخلي لهيئة ما.

لكن يبدو أن المشرع قد تدارك الأمر بفقرة ثالثة في المادة 9، حيث نص على أنه لا توجد أية حالة تنافى إلا بموجب نص، رغم استمرار حالة الغموض، لعدم تحديد طبيعة هذا النص، هل هو نص تنظيمي أم قانوني.

إن الفصل في هذه النقطة في اعتقادي مرتبط بالتكييف الصحيح لحالة التنافى، هل هي شرط للدخول للمهنة التجارية أم هي شرط لممارستها، لأن طبيعة النص مرتبط أساسا بهاتين الفكرتين فإذا تعلق الأمر بشرط للدخول إلى المهنة، فالنص هنا لا بد أن يكون قانوني، أما إذا تعلق الأمر بشرط للممارسة فقط فيكفي أن يكون النص تنظيمي¹.

إن حالة التنافى في اعتقادي هي شرط للدخول للمهنة التجارية، بمفهوم المخالفة لا يمكن لأي كان أن يمارس التجارة إلا إذا تخلفت حالة التنافى، وزال سببها، فالمشرع يمنع هؤلاء الأشخاص من التسجيل بالسجل التجاري، وهذا الإجراء هو في النهاية شرط أساسي وقرينة قاطعة على اكتساب صفة التاجر.

1 - BENNADJI Ch., La Notion d'activités réglementées, Revue IDARA, n°2, 2000, p33, 34.

وفي نقطة ثانية نجد بأن المشرع ومن خلال نص المادة 2/9 من نفس القانون، ينص على أن الشخص الذي يدعي وجود حالة التنافي عليه أن يثبت ذلك، وهذا الأمر لا يستقيم أبداً، إذ لا يمكن أن نطالب أحد الخصوم بإثبات وجود نص قانوني، لأن المسألة في هذه الحالة تعزى للقاضي باعتباره محترف القانون، وما على الخصم إلا إثبات أن الشخص الموجود في حالة تنافي قد أتى فعلاً محظوراً عليه، وهو ممارسة نشاط تجاري، وهو واقعة مادية يثبتها الخصم ثم يأتي دور القاضي لتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة.

إن المشرع كان يرمي من وراء فكرة حالة التنافي ولأسباب متعلقة بالضبط *raison de police* المهني والتجاري إلى الحفاظ على قيمة بعض المهن ومصداقيتها، لأنها تتنافى مع المضاربة¹ من جهة، وحتى يتفرغ هؤلاء الأشخاص لمهنتهم الأصلية والتي عادة ما تتطلب ولاء تاماً وتفرغاً كبيراً لارتباطها الوثيق بخدمة المصلحة العامة من جهة أخرى.

ثالثاً: تطبيقات حالة التنافي

إن تطبيقات حالة التنافي تظهر على ثلاث مستويات أساسية:

أ. الموظفون العموميون

إن هذه الطائفة من الأشخاص محظور عليها ممارسة أعمال تجارية، وبالتالي فهي ملزمة قانوناً بعدم منافسة بقية الأشخاص التجاري، نظراً لمهنتهم التي لا تتلاءم مع التجارة.

فوجودهم ضمن مناصب إدارية لدى مؤسسات الدولة سواء على المستوى المركزي أو المحلي يفرض عليهم الولاء لإداراتهم، والسهر على السير الحسن لها، بما يضمن استمرار الخدمة العمومية خالية من كل مساس بسمعتها.

وكذلك نلمس الخطر الكبير في إمكانية استعمالهم لصلاحياتهم لتقويض السير العادي للسوق والتعدي على مصالح بقية التجار، من هذا المنطلق ألزمهم المشرع بالامتناع عن ممارسة أي نشاط تجاري، ماداموا يشغلون هذه المناصب.

1 - PEDAMON Michel, Droit commercial, Edition Dalloz, 1988, p 110.

ومن الأمثلة على ذلك نجد المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 229/90 المؤرخ في 29 يوليو 1990¹، والذي يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة و واجباتهم. لكن لا بد من الإشارة إلى بعض الأحكام الجديدة، والتي أرى أنها تطرح إشكالات، فلدينا مثلا المادة 49 من القانون رقم 10/01 والمتعلق بالمناجم²، تنص على أنه "تتنافى صفة عضو مجلس الإدارة - يتعلق الأمر بمجلس إدارة الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، والوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية- مع امتلاك مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في أي مؤسسة تابعة للقطاع المنجمي".

والمادة 19/12 من القانون رقم 07/05 المتعلق بالمحروقات³، والتي تنص على "تتنافى العضوية في اللجنة المديرة - التي تتصرف باسم كل من الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات، والوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات "النفط" - مع أي نشاط مهني أو عهدة انتخابية وطنية أو محلية و أي وظيفة عمومية، وكل امتلاك لمنافع في مؤسسة تابعة لقطاع المحروقات بصفة مباشرة أو غير مباشرة".

فالملاحظ بالنسبة لهذين النصين أنهما يرتبان الإلتزام بعدم المنافسة في ذمة الأعضاء السابقين لكن الأهم، أن حالة التنافي هذه ليست مرتبطة بالنشاط التجاري كله كما جرى العمل، بل هي مقتصرة فقط على النشاطات المنجمية والنشاطات أو المحروقات⁴، دون أن يمتد إلى بقية النشاطات التجارية الأخرى، بالرغم من أن مهام هؤلاء الأعضاء هي مهام إدارية، وتطبق عليهم أحكام القانون الإداري، فهم يعينون بموجب نصوص تنظيمية ويتلقون أجورهم وفق الميزانية العمومية.

و إذا سلمنا بالأحكام السابقة فإننا سنكون أمام حالة تنافي جزئية.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 229/90 مؤرخ في 25 يوليو 1990 يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة و واجباتهم ج.ر. عدد 31 مؤرخة في 28 يوليو 1990.

² - قانون رقم 01-10 مؤرخ في 3 يوليو 2001 يتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية عدد 35 مؤرخة في 4 يوليو 2001.

³ - قانون رقم 05 - 07 مؤرخ في 28 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر. عدد 50 المؤرخة في 19 يوليو 2005.

⁴ - راجع المادة 6 من القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أبريل سنة 2005، متعلق بالمحروقات، ج.ر. عدد 50 مؤرخة في 19 يوليو 2005. وكذلك المادة 6 من القانون رقم 10/01 المؤرخ في 3 يوليو سنة 2001 يتضمن قانون المناجم، ج.ر. عدد 35 مؤرخة في يوليو 2001، واللتين اعتبرتا هاذين النشاطين تجاريين.

ب. رجال القضاء

يبدو الأمر أكثر جدية في هذه الحالة فهو يتعلق بأشخاص أكثر نزاهة ومصداقية، فالقضاة سواء منهم قضاة الحكم أو قضاة التحقيق لا يمكنهم أبدا ممارسة أي عمل تجاري، باعتبارهم قد أوكلت إليهم مهمة إدارة مرفق العدالة ولقد سبقت الإشارة إلى المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المرافق العامة خاصة منها الإدارية، وهي الاستمرارية والمساواة، والتكيف.

ومن جهة أخرى فالقاضي يسهر على التطبيق السليم للقانون والفصل في النزاعات التي تستوجب عليه الحياد، والتفرغ التام، فوجوده في مركز قانوني كتاجر من شأنه أن ينفي كل هذه القيم ويجعل منه خصما وحكما وهو أمر غير مقبول، يتساوى في خطورته مع الجرائم التي يرتكبها القضاة كالرشوة وإنكار العدالة.

وهو ما يمكن أن يستشف من خلال نص المادة 18 من القانون العضوي رقم 11/04¹، لتي جاء فيها ما يلي: "... يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامه أو تمس باستقلالية القضاء بصفة عامة".

وذلك في معرض نص المشرع على حالة التنافي الموجودة بين مهنة القضاء ومهنة التجارة هذا الحظر يطبق سواء على القضاة الخاضعين للقانون الأساسي للقضاء، أو القضاة الخاضعين لقانون أساسي خاص بهم، كقضاة مجلس المحاسبة، كما يمس كذلك كتاب الضبط للجهة القضائية².

ج. أصحاب المهن الحرة

لا بد أولا من تحديد المقصود بالمهن الحرة، ففي هذا الإطار فانه لا يقصد بالمهن الحرة أنها لا تخضع لأي شكل من أشكال التنظيم أو أن الدخول إليها يكون حرا، بل على العكس تماما فهي خاضعة لعدة قيود وشروط، والحقيقة أن مناط الحرية في هذه الحالة مرتبط بالجانب الفكري الذي يسيطر على هذه المهن فهؤلاء الأشخاص يعتمدون أكثر على إمكانياتهم الذهنية وقدراتهم الفكرية والعلمية، وهي أمور لا يمكن أن يطالها التقييد.

1 - قانون عضوي رقم 11/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر. عدد 57 مؤرخة في 08 سبتمبر 2004، الذي نص في مادتيه 7 و 8 على حالات التنافي.

2 - راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 231/90 المؤرخ في 21 يوليو 1990 المتضمن القانون الأساسي الخاص الذي يطبق على موظفي كتابات الضبط للجهة القضائية، ج.ر. عدد 32 مؤرخة في 01 أوت 1990.

أما الحكمة من المنع من التجارة فلا تختلف كثيرا عن المبررات المساقاة بالنسبة إلى الفئات السابقة من الأشخاص، فهم مكلفين وبتفويض من الدولة بتقديم خدمات ذات طابع في الأصل عمومية، يقع على عاتق الدولة العمل على توفيرها.

فالمهنة التجارية تقوم على المضاربة والمتابعة الدائمة للنشاط، والسعي لإبرام العقود والصفقات، لا يمكن لأصحاب المهن الحرة التفرغ لها على حساب مهنتهم الأصلية.

وفي هذا الإطار نجد بعض المهن الخاضعة لتنظيم خاص ينص على التنافي مع التجارة و يمنع أصحابها من ممارسة أي نشاط ذو طابع تجاري، كالنظام الخاص بالمحامي¹ والموثق² هذا الأخير سيتعرض لعقوبة العزل، في حالة ما اذا مارس نشاطا يتنافى مع مهنة الموثق³.

إضافة إلى المحامي والموثق نجد الخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين⁴، وكذلك المحضرين القضائيين⁵، وكذلك محافظي البيع بالمزايدة⁶، إضافة كذلك إلى الأطباء والمهندسين المعماريين.

ويترتب عن مخالفة هذا الحظر القانوني عقوبات تأديبية تتراوح بين الإيقاف والشطب وحتى عقوبات جزائية.

إلا انه يمكن إبداء ملاحظة بالنسبة لهؤلاء الأشخاص الموجودين في حالة تنافي مع التجارة نظرا للنظام الخاص بهم، حيث أن المشرع قد مكنهم بطريقة غير مباشرة من ممارسة التجارة وذلك عبر آلية المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة EURL، والتي بموجبها أصبح من الممكن على الشخص أن يقسم ذمته المالية إلى شطرين، جزء يخصه للتجارة وجزء يبقى ذمة مالية خاصة، وكل ذلك خروجاً عن مبدأ وحدة الذمة⁷.

1 - راجع المادة 87 من القانون رقم 04/91 المؤرخ في 8 جانفي 1991، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

2 - راجع المادة 23 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر. عدد 14 ، مؤرخة في 8 مارس 2006.

3 - راجع المادة 25 من القانون 02/06 السابق.

4 - راجع المادة 16 من القانون رقم 08/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 يتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج.ر، عدد 20 مؤرخة في 1 ماي 1991.

5 - قانون رقم 03/06 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج.ر. عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006.

6 - راجع المادة 18 من الأمر رقم 02/96 المؤرخ في 10 يناير سنة 1996 يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة ج.ر. عدد 3 مؤرخة في 14 يناير 1996.

7 - تنص المادة 1/188 من ق م على " كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه".

الفرع الثاني: حالة الإسقاطات القانونية Les déchéances

إن القول بحرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة بشكل مطلق من شأنه ذلك أن يجعل دخول السوق متاح لكل الأشخاص، رغم أن منهم من يشكل تهديدا لسمعة المهنة التجارية والثقة والائتمان فيها.

لذلك لا بد أولا من تحديد المقصود بنظام الإسقاطات ثم الأشخاص المعنيين به.

أولا: التعريف بنظام الإسقاطات

يقصد بها بعض الحالات التي تتعلق بأشخاص غير موجودين في حالة تنافي مع التجارة، وبالرغم من ذلك تسقط عليهن حالات المنع من التجارة، نظرا لتعرضهم لعقوبات جزائية لارتكابهم جرائم ذات طابع اقتصادي¹.

والغرض الأساسي من هذا التدبير هو تطهير المهن الصناعية والتجارية من التجار غير المرغوب فيهم².

إلا انه يجب أبدا الخلط بين هذه الإسقاطات وحالات غلق المؤسسة مثلا، لأنه في هذه الحالة الغلق يمس الشيء ذاته، فالمؤسسة ذاتها هي المعاقبة³، لأن المالك ليس هناك ما يمنعه من تسيير مؤسسة أخرى أو فتح محل تجاري آخر، حيث يحتفظ بحقه في ممارسة التجارة والحق في التنافس.

ثانيا: الأشخاص المعنيين بنظام الإسقاطات

تنص المادة 8 من القانون 08/04 على مايلي: "دون الإخلال بأحكام قانون العقوبات لا يمكن أن يسجل في السجل التجاري أو يمارس نشاطا تجاريا، الأشخاص المحكوم عليهم الذين لم يرد لهم الاعتبار لارتكابهم الجنايات والجناح الآتية:

- اختلاس الأموال.

1- راجع: - فرحة زاوي صالح، مرجع سابق ص326.

- COURET Alain, BARBIERI Jean-Jacques, Droit commercial, Edition Sirey, paris, 13 édition, p26.

- PEDAMON Michel, op.cit, p113.

- LARGUIER jean, CONTE Philippe, Droit pénal des affaires, Edition Armand colin, paris, 11e° édition, 2004, p277.

1 - PEDAMON Michel, op.cit, p113.

2 - Idem.

3 - LARGUIER jean (...), op.cit, p280.

- الغدر .

- الرشوة.

- السرقة والاحتيال.

- إخفاء الأشياء¹.

- خيانة الأمانة.

- الإفلاس.

- إصدار شيك بدون رصيد.

- التزوير واستعمال المزور.

- الإدلاء بتصريح كاذب من أجل التسجيل في السجل التجاري.

- تبييض الأموال².

- الغش الضريبي.

- الاتجار بالمخدرات.

- المتاجرة بمواد و سلع تلحق أضراراً جسيمة بصحة المستهلك.

إن الملاحظ على هذه الجرائم أنها متعلقة بالأموال، وهو أمر منطقي ما دام أن المهنة التجارية تقوم أساساً على دعائم الثقة والائتمان في تداول الأموال، ومن شأن الأشخاص الذين يرتكبون هذه الجرائم إن يضعفوا من هذه الدعائم ويقوضوا الثقة بين التجار.

إن هذه الجرائم منها ما هو تقليدي، وفقاً لقانون العقوبات، وكان المنع من ممارسة التجارة يطبق كعقوبة تبعية أو تكميلية³، ومنها ما هو مستحدث أصلاً كجريمة تبييض الأموال، ومنها ما لم يكن يترتب عليه المنع من التجارة كجريمة التهرب الضريبي، هذه الأخيرة التي استفحلت بشكل كبير وكان لا بد من ردعها.

1 - المقصود هو إخفاء الأشياء المتأتية من جناية أو جنحة.

2 - تم تجريم هذا الفعل بموجب القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها ج.ر، عدد 11 مؤرخة في 06 فيفري 2005.

3 - كانت المادة 13 من القانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري تنص على أنه " يجب على كل شخص طبيعي متمتع بالأهلية المدنية والحقوق الوطنية ويريد ممارسة نشاط يخضع للقانون التجاري..."، بمعنى أن الضابط العمومي المكلف بمسك السجل التجاري عليه أن يتحقق مما إذا كان هذا الشخص متمتعاً بحقوقه الوطنية، أي لم يكن محل متابعة قضائية صدر على إثرها حكم جنائي ضده.

إذن فهؤلاء الأشخاص ملزمين بعدم المنافسة لعدم إمكانية ممارستهم التجارة، لأن القيد في السجل التجاري هو الذي يؤهل الشخص لأن يكون تاجرا متمتعاً بحقوق التجار وعلى رأسها الاستفادة من مزايا المنافسة.

الملاحظ كذلك على نص المادة 8 أن المشرع يستعمل مصطلح "الأشخاص"، مما يدفعنا إلى القول بأن هذا المنع يمكن كذلك أن يطال حتى الأشخاص المعنوية، لأن هذه الأخيرة يمكن أن تكون فاعلا رئيسيا في إحدى الجرائم السابقة، كما يمكن أن تكون مساهمة فيها ولعل أحسن مثال هو جريمة التهرب الضريبي، وكذلك جريمة تبييض الأموال التي عادة ما تكون البنوك والمؤسسات المالية أحد أطرافها، خاصة مع الاتجاه الجديد للمشرع نحو تجريم أفعال الأشخاص المعنوية.

ثالثا: أحكام نظام الإسقاطات

باعتبار هذا القيد يشكل استثناء، فمن الأحسن محاولة بيان بعض جوانبه القانونية خاصة من حيث طبيعته القانونية ومدته.

أ. الطبيعة القانونية لنظام الإسقاطات

أن هذا المنع من التجارة لا يمكن اعتباره حالة من حالات انعدام الأهلية¹، بمفهوم القانون المدني نظرا لطابعه الجزائي، ولكن في المقابل هناك من تكييفه على أنه تدبير أمن شخصي بمفهوم المادة 6/4 من الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات، وهذا أمر غاية في الأهمية من الناحية القانونية، وخاصة الآثار القانونية المترتبة عنه، وأهمها حالة العفو، أي بناء على هذا التكييف يمكن أن يستفيد هؤلاء الأشخاص من هذا العفو الذي يعتبر من أسباب انقضاء الدعوى العمومية².

إلا أن من شأن هذا التكييف أن يصطدم بالغاية الأساسية لتقرير المشرع لتدابير الأمن، ألا وهي الوقاية من الجرائم³، ينما حالة الإسقاط هي في الأصل عقوبة وجاءت كجزاء لارتكاب بعض الجرائم.

1 - LARGUIER jean(...), op.cit, p284.

2 - راجع المادة 6 من الأمر رقم 056/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

3 - تنص المادة 1/4 من الأمر 156/66 على ما يلي: "يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات وتكون الوقاية منها باتخاذ تدابير أمن"، كذلك المادة 6/4 التي جاء فيها "إن لتدابير الأمن هدف وقائي".

إذن وانطلاقاً من هذه الفكرة يبقى فقط التوصل إلى طبيعة هذه العقوبة هل هي أصلية أم تبعية أم تكميلية، فأول وهلة يتبين بيانها ليست عقوبة أصلية، لأن هذه الأخيرة هي تلك التي يصدر بها حكم، دون أن تلحق بعقوبة أخرى¹، وهو ما يتخلف عن عقوبة الإسقاط التي ربطها المشرع بجرائم مسبقة، وعليه يبقى التوصل إلى الفصل فيما إذا كانت هذه العقوبة تبعية أم تكميلية.

إن الفصل في هذه النقطة مرتبط أساساً بالمقصود بالعقوبتين، فالعقوبة التبعية هي تلك المترتبة على عقوبة أصلية ولا يصدر الحكم بها وإنما تطبق بقوة القانون، وهي مرتبطة بالجنايات، بينما العقوبة التكميلية فهي التي لا يحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية وينطق بها القاضي وجوباً مع هذه الأخيرة²، وهي مرتبطة بالجرح وبوجود نص.

وعليه وبالنظر إلى الجرائم التي رتب عليها المشرع حالة الإسقاط نلاحظ بأنها تتراوح بين الجرح والجنايات.

ب. آثار نظام الإسقاط

إن الأثر الأساسي لهذا النظام يتمثل في المنع من التسجيل في السجل التجاري، أو ممارسة أعمال تجارية، بما مفاده أن دائرة المنع غير محددة، فالمعني يحرم من ممارسة التجارة بطريقة مباشرة أو بواسطة نائب له، سواء لحسابه أو لحساب الغير، ويمنع من ممارسة وظيفة إدارة أو تسيير في مؤسسة مهما كان شكلها القانوني، ولا يمكنه أن يكون عضواً في مجلس مراقبة أو محاسبة في شركة³.

فالحظر إذن يمس كل النشاطات الخاضعة للقيد في السجل التجاري، بمفهوم المخالفة فإنه لا يمكن أن يمتد مثلاً إلى المهن الحرة، فالشخص الذي لا يمكنه أن يكون صيدلياً يمكنه أن يكون طبيباً.

هذا الأثر الأساسي يمس الأشخاص الذين يريدون ممارسة التجارة والذين يمارسونها فعلاً أثناء ارتكابهم لهذه الجرائم وفي هذه الحالة لامناص من شطبهم من السجل التجاري واجبارهم عن التوقف عن النشاط.

1- أنظر المادة 2/4 من نفس الأمر السابق.

2- راجع المواد 2/4 و 3/4-4 من الأمر 156/66.

إن هذا الحكم يستمد أساسا من تعبير المادة 8 ذاتها "... لا يمكن أن يسجل في السجل التجاري أو يمارس نشاطا تجاريا..."، بمعنى انه في العبارة الثانية كان الشخص مسجلا في السجل التجاري.

الملاحظ كذلك أن المشرع ربط استمرار هذا المنع في الزمن بعدم حصول هذا الشخص المعني على إعادة الاعتبار، وعليه فرد الاعتبار هو الطريق الوحيد الذي من خلاله يستعيد هذا الأخير حريته في ممارسة الأعمال التجارية.

الفرع الثالث: حالة الرقابة

إن حالة الرقابة تخص بدرجة أولى التجار الأجانب، كما يمكن أن نلحق بالتجار الأجانب حالة الأشخاص غير المؤهلين لممارسة التجارة أي الأشخاص القصر.

أولا: الرقابة على نشاط التجار الأجانب

و في هذا الصدد لا بد من التمييز بين وضعية التاجر الأجنبي الذي يمارس التجارة باسمه الشخصي ولحسابه، عن وضعية الممثل الأجنبي للشركات التجارية. إذ أن الأجانب يخضعون لنظام خاص يلزمهم ببعض الشروط، ودونها فهم ملزمون بعدم المنافسة.

أ. حالة التاجر العادي

يتوجب على الأجانب الذين يرغبون في ممارسة التجارة باسمهم الشخصي ولحسابهم الخاص احترام الشروط القانونية المتعلقة بهم¹، فهم ملزمون بالحصول على بطاقة التاجر الأجنبي حتى يتمكن من ممارسة الأعمال التجارية²، ومن أجل الحصول عليها يجب أن يودع طلبا لدى الغرفة التجارية في الولاية المختصة إقليميا، وهذه البطاقة شخصية وتسلم من قبل الوالي المختص إقليميا بناء على الرأي الموافق لمديرية التجارة بالولاية، وتبقى صالحة لمدة سنتين وهي قابلة للتجديد، ولتخول هذا الأجنبي سوى مكنة ممارسة التجارة في حدود الولاية التي صدرت فيها.

1 - راجع المرسوم رقم 111/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتعلق بالمهن التجارية والصناعية والحرفية والحرية الممارسة من طرف الأجانب على التراب الوطني ج.ر عدد 82 مؤرخة في 29 ماي 1977، وكذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 ماي 1977، والمتضمن تطبيق المرسوم 111/75 ج.ر عدد 43 مؤرخة في 29 ماي 1977.

2 - راجع المادة 4 من المرسوم 111/75 والمادة 1 من القرار الوزاري المشترك.

ب: حالة الممثل الأجنبي للشركات التجارية الأجنبية

نظرا للانفتاح الذي يشهده الاقتصاد الوطني، أصبح وجود المتعاملين الاقتصاديين الأجانب في الجزائر أمرا مألوفان مستغلين النصوص القانونية الجديدة المحفزة للاستثمارات الأجنبية ونتيجة لذلك تدخل المشرع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 38/97¹، حتى يحدد كفيات منح ممثلي الشركات الأجنبية بطاقة التاجر الأجنبي.

حيث أن هذه البطاقة تمنح لأعضاء الهيئات الإدارية لأنهم يديرون شركات تجارية، فهم يحصلون على صفة التاجر بعنوان الشخص المعنوي الذي يضطلعون بإدارته وفقا للقانون الأساسي²، وكذلك يشترط لتسليم البطاقة إلى المعنيين بالأمر أن تكون الشركة مقيدة بطريقة نظامية لدى مصلحة السجل التجاري.

إن المشرع من خلال هذه الأحكام الخاصة بالأجانب كان يرمي إلى تنظيم ممارسة التجارة من قبل الأجانب وتحديد شروطها حماية للأمن الوطني والمصلحة العامة³.

ثانيا: الرقابة على نشاط القصر

بالنسبة للقصر فمبدئيا لا يمكنهم أن يمارسوا أعمالا تجارية، نظرا لعائق السن، وهم بذلك ملزمون بعدم المنافسة.

وقبل ذلك لابد من تحديد المقصود بالشخص القاصر ومصير تصرفاته، ثم التعرض لحالة الترشيد.

أ. الشخص القاصر ومصير تصرفاته

تمر الحياة القانونية للشخص الطبيعي بأطوار ثلاث: مرحلة انعدام الأهلية، ومرحلة الأهلية الناقصة، ومرحلة الأهلية الكاملة، إن هذه الأطوار كرسنها مختلف التشريعات - وإن اختلفت في تحديد الفاصل الزمني بين كل هذه المراحل - حماية للصغير الذي لم يبلغ بعد درجة التمييز الكامل بين ما يدر له الفائدة مع ما يرجع عليه بضرر.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 38/97 مؤرخ في 18 يناير 1997 الذي يتضمن كفيات منح ممثلي الشركات التجارية الأجانب بطاقة التاجر، ج.ر عدد 5 مؤرخة في 19 يناير 1997.

2 - راجع المادة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

3 - فرحة زواوي صالح، مرجع سابق ص 232.

1. الشخص القاصر

الشخص القاصر يعبر عن المراحل السابقة على بلوغ سن الرشد، فإذا كانت المرحلة ما بين الميلاد إلى غاية بلوغ سن 13 سنة، لا تطرح إشكالا باعتبار أن كل التصرفات القانونية التي يأتيها في هذه المرحلة تكون باطلة بطلانا مطلقا.

فان مرحلة التمييز¹ - التي تمتد من بلوغ الشخص سن 13 سنة إلى غاية بلوغه سن 19 سنة كاملة، وهي سن الرشد² - تطرح إشكالا ، لأن تصرفات الشخص المميز لا تقع تحت طائلة البطلان ، إلا في بعض الحالات فقط.

2. مصير تصرفاته

يمكن إيراد ثلاث احتمالات لمصير تصرفات الشخص المميز.

- التصرفات الصحيحة

إن الحكمة من تقرير سن التمييز هو تمكين الصبي من إبرام بعض التصرفات. وتكون هذه التصرفات نافذة إن كانت نافعة له نفعاً محضاً حسب المادة 83 من تقنين الأسرة؛ وهي تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول مال في ذمة الصبي من غير مقابل، أو الأعمال التي تؤدي إلى إثراء من يباشرها³.

عموما هي التصرفات التي تؤدي إلى تملك الصبي دون عوض أو تكليف، كقبول الهبة غير المقترنة بشرط أو وصية أو الانتفاع بالعارية، وكل هذه التصرفات تكون نافذة وصحيحة بمجرد

1- سن التمييز هو بلوغ الطفل ثلاثة عشرة سنة من العمر، ومعناه «أن يصبح للصغير بصرٌ عقليٌ يمكنه من التمييز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر، والنفع والضرر، وإن كان هذا البصر غير عميق وهذا التمييز غير تام ولا مستوعبا للنتائج، لأنهما ينبعان عن عقل غصّ لم ينضج بعد، ولم تكتمل استنارته»، فإذا صار الطفل شابا، يميز المراد من التصرفات والعقود، فقد اقترب نوعا ما من الأهلية، وهذا الاقتراب لا يمكن تبينه ببلوغ الطفل سن معينة، بل التمييز أمر نفسي خفي راجع إلى البيئة الاجتماعية والقدرات الذهنية والعقلية للطفل.

2- تختلف التشريعات في تقدير هذه السن، فنجد من التشريعات التي تجعلها ببلوغ القاصر ثماني عشر سنة، كالتشريع الفرنسي والسوري والعراقي واللبناني. وتشريعات أخرى أقل من ثمانية عشر سنة كالتشريع الأفغانستاني، ومن جعلها أكثر من المشرع الجزائري، كالتشريع السويسري الذي حددها بعشرين سنة، وفي التشريعات المصري والإنجليزي والسويدي والنرويجي والإيطالي واليوناني والبرتغالي والروسي حددت بواحد وعشرين سنة، ونجد من التشريعات التي حددتها باثني وعشرين عاما مثل التشريع الأرجنتيني، وبثلاثة وعشرين عاما في التشريع الإسباني والهولندي، وبخمس وعشرين عاما في التشريع الدنمركي.

3 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، 2004م، 159.

إبرامها من قبل الصبي، دون حاجة إلى إجازة أو قبول من قبل الولي.

- التصرفات الباطلة

هي تلك التصرفات التي يقدم عليها الصبي، وتلحق به ضررا مطلقا، عموما هي تلك التصرفات التي يترتب عليها خروج مال من ذمة الصبي من غير مقابل، كالتبرعات بجميع أنواعها، من تقديم هبة، أو القيام بإيقاف ماله، أو كفالة الدين، وحكم هذه التصرفات البطلان المطلق حسب ما جاء في المادة 83 من تقنين الأسرة، فكأنه عديم الأهلية حين يجريها.

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

هي التصرفات التي يبرمها الصبي، ولا يمكن لأحد أن يتبين إن كان هذا التصرف، يعود بالنفع أو الضرر على الذمة المالية للصبي، فيحتمل أن تحقق مصلحة للصبي المميز، كما يمكن أن تلحق به ضرار وتسبب له خسارة، كالبيع والشراء والإيجار... وغيرها من عقود المعاوضة¹. لكن عادة لا تأخذ التصرفات التي يبرمها المميز لإشباع حاجاته اليومية، حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، مثل شراء الألبسة، أو المأكولات، أو اللعب الالكترونية.

1 - جعفر محمد سعيد، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة الجزائر 2002، ص 15.

يفهم عن حكم هذه التصرفات؛ أنها قابلة للإبطال في التقنين المدني الجزائري، وموقوفة على إجازة الولي أو الوصي، طبقا لقانون الأسرة الجزائري¹.

ب. نظام الترشيح

يمكن تعريف هذه المرحلة أنها مرحلة الأهلية الكاملة دون بلوغ السن القانونية للرشد، ففي بعض الأحوال قد يُرغبُ في أن يجري الطفل التصرفات بنفسه، بالتالي يطلب من له مصلحة

1 - يمكن ابرازها فيما يلي:

- قابلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر للإبطال:

رغم أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الحكم في تقنيننا المدني، لكن يفهم من خلال المادة 2/101 من التقنين المدني والمادة 2/103 من التقنين المدني، أنها قابلة للإبطال.

- إيقاف التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي أو الوصي:

تنص المادة 83 من تقنين الأسرة الجزائري على: ((من بلغ سن التمييز ... وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء)).

- تفضيل إيقاف العقد عن قابلية العقد للإبطال:

هذين المفهومين متضادين، حيث تختلف أحكامهما اختلافا بينا، لا يلتقيان، فالعقد الموقوف لا ينتج آثاره قبل صدور الإجازة من قبل صاحب الشأن، بخلاف العقد القابل للإبطال، فهو منتج لآثاره حتى قبل إجازته، والإجازة لن تزيده صحتا بل تزيل عنه خطر الإبطال.

تقتضي حماية الطفل المميز، تفضيل العقد الموقوف عن القابلية للإبطال، لأن بالعقد الموقوف لا ينفذ العقد إلا إذا تم التأكد من تغليب نفعه على الطفل، أما إن غلب ضرره عليه فلا يأخذ به، لأن صاحب الشأن في إجازته (الولي أو الوصي) لا يجيزه.

لكن بوجود هذا التعارض والتناقض بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة، فأيهما أولى بالترجيح؟ بمعنى هل يلتزم القاضي بتطبيق نصوص القانون المدني (ويكون حكم تصرفات الصبي المميز قابلة للإبطال)، أو يطبق نص المادة 83 من تقنين الأسرة (وتكون تصرفات الصبي المميز موقوفة على إجازة الولي أو الوصي)؟

الحقيقة أن تقنين الأسرة صدر بعد صدور التقنين المدني، كما جاء ليخصص التقنين المدني فيما يتعلق بالأهلية، كما تنص المادة 223 من تقنين الأسرة على إلغاء جميع الأحكام المخالفة له، فنرى أنه يجب تفضيل تلك الأحكام الواردة في تقنين الأسرة على ما ورد في التقنين المدني من أحكام.

لكن هذا الموقف لا يُصمد عليه بعد تعديل أحكام المواد 101 و103 من التقنين المدني في جوان 2005، فالإبقاء على هذه النصوص إلا يعني أن المشرع يريد تفضيل القابلية للإبطال على العقد الموقوف؟

نرى أنه لا تعارض بين أحكام المادة 2/101 من التقنين المدني مع المادة 83 من تقنين الأسرة (خاصة أن المشرع لم يتحدث في التقنين المدني على حكم تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر صراحة)، ذلك أن المادة 83 من تقنين الأسرة لم تضع زما معينا لصدور الإجازة من صاحب الشأن (الولي أو الوصي)، فيمكن أن يبقى العقد موقوفا إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد (19 سنة)، بالتالي يستعمل هذا الأخير حقه في الإجازة طبقا لنصوص القانون المدني (المادة 2/101)، وكان المادة 83 من تقنين الأسرة تنطبق حين يكون الشخص مميزا، وأحكام المواد 2/101 تنطبق على الشخص لما يصير راشدا بالغا.

أما ما جاء في نص المادة 2/103 من التقنين المدني، لا يمكن تصور تطبيقها أبدا لأن العقد الموقوف لا ينفذ أصلا (لأنه موقوف على إجازة الولي أو الوصي) فكيف يمكن أن يجيزه الصبي بعد رشده؟ فهذه المادة مناقضة تماما للمادة 83 من تقنين الأسرة، والأولوية بالتطبيق لنصوص تقنين الأسرة، للأسباب التي ذكرناها أعلاه.

القاضي أن يرشده.

هذا النظام قد يكون قضائيا كما قد يكون قانونيا، وسأقتصر على حالة الترشيح القانوني للقاصر لممارسة التجارة.

إذ تنص المادة 05 القانون التجاري الجزائري، أن القاصر البالغ سن 18 سنة ذكرا أو أنثى يمكنه أن يمارس التجارة، بشرط حصوله على إذن من أبيه أو أمه¹، أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة⁽¹⁾ عند عدم إمكان الحصول على إذن الوالدين، تضيف المادة 06 أن القاصر بعد ترشيده له الحق في إبرام كل التصرفات المتعلقة بتجارته، ويجوز له خاصة إجراء الرهن على عقاراته.

إذن بعد الحصول على إذن الولي أو قرار من مجلس العائلة، وكان القاصر بالغا سن 18 سنة يتم ترشيده وتثبت له أهلية كاملة فيما يتعلق بممارسة أعماله التجارية.

المطلب الثاني: موانع متعلقة بطبيعة النشاط

المقصود بهذه النشاطات هي تلك التي يتوقف ممارستها على الحصول على ترخيص مسبق تسلمه الجهة التي خول لها القانون ذلك²، هذه الأنشطة يطلق عليها في العادة تسمية الأنشطة المنظمة، وما يهمني في هذا الصدد ليس مجرد تعداد لها، ولكن محاولة تأصيل فكرة النشاطات المنظمة.

الفرع الأول: مصدر فكرة النشاطات المنظمة

إن المتمعن في مختلف القوانين، يستنتج أن فكرة النشاطات المنظمة استخدمت أو تم استخدامها من قبل المشرع ضمن أربع مجالات تتراوح ما بين قانون العقوبات والقانون التجاري مرورا بالقانون المتعلق بالحريات العامة والقانون الإداري.

1 - يمنح للولي الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، للقيام ببعض أعماله، بموجب أمر على عريضة يصدره قاضي شؤون الأسرة، نظر المادة 479 من مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

2- ولعل أحسن مثال، هو ما يتعلق بنظام البنوك، راجع الأمر رقم 11/03، المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003، الموافق عليه بموجب القانون رقم 15/03 المؤرخ في 25 أكتوبر سنة 2003، ج.ر عدد 64.

أولاً: فكرة النشاطات المقننة في قانون العقوبات

إن قانون العقوبات الجزائري الصادر سنة 1966¹، استعمل وأدرج مفهوم النشاطات المقننة عند تعرضه لموضوع " المهن المنظمة قانوناً".

حيث نصت المادة 243 من قانون العقوبات " كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 د ج أو بإحدى هاتين العقوبتين².

وحسب الفقه الفرنسي فإن فكرة النشاطات المقننة لم يتم إدراجها ضمن قانون العقوبات إلا في سنة 1924 من أجل معاقبة الاستعمال غير المرخص به أو غير المشروع لصفة أو لقب متصل بمهنة منظمة تنظيمياً خاصاً.

وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أدرج فكرة المهن المنظمة (حتى ولو كان في حقيقة الأمر مدد العمل بالتشريع الفرنسي فقط)³.

ثانياً: النشاطات المقننة في القانون المتعلق بالحريات العامة

لم تظهر فكرة النشاطات، إلا في سنة 1984 في إطار نص خاص متعلق بالواجبات الوطنية وبالتالي بنظام الحريات العامة، ويتعلق الأمر بقانون رقم 84-10 المؤرخ في 11 فيفري 1984 المتعلق بالخدمة المدنية⁴ " Service civil " .

والخدمة المدنية تمثل مساهمة الخاضعين في التنمية الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية للبلاد (المادة 02)، وهذه الخدمة إجبارية بالنسبة للمواطنين الذين أنهموا وأتموا دراستهم العليا أو تكوين فني أو فني عالي وكل تكوين تأهيلي (المادة 04).

1 - أمر 156/66 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، ج.ر. عدد 49.

2 - Cette disposition est la réplique exacte de l'article 259 du code pénal français qui avait été reconduit au lendemain de l'indépendance en vertu de la loi 62 - 157 du 31 décembre 1962 sauf dans ses dispositions discriminatoires contraires à la souveraineté nationale.

3- BENNADJI Ch, op.cit, p 26.

4 - قانون رقم 10/84 مؤرخ في 11 فيفري 1984 يتعلق بالخدمة المدنية، ج.ر. عدد 07 مؤرخة في 14 فيفري 1984.

فبتحديد صفة الخاضعين للخدمة المدنية ضمن المادتين 13 و 14 من قانون 84-10 المتعلق بالخدمة المدنية¹، تم إدراج تعريف للنشاطات المنظمة لحساب خاص حيث تشترط المادة 13 من كل موظف عمومي يريد ممارسة نشاط منظم لحسابه الخاص أن يؤدي خدمة فعلية لدى مؤسسات الدولة.

أما المادة 14 فقد ألزمت غير الموظفين بأداء الخدمة المدنية بالأولوية قبل أن يستطيعوا الادعاء بممارسة نشاط منظم لحسابهم الخاص.

وبقراءة المادة 14 المذكورة أعلاه نستنتج أن المشرع أورد تعريفا للنشاطات المنظمة واعتبرها نشاطات يجب لممارستها توافر الأهلية اللازمة لذلك عن طريق الحصول على الصفة أو الشهادات أو المؤهلات التي تمنحها مؤسسات التكوين المختصة².

ولقد حددت المادة 14 في فقرتها الأخيرة أن هذا التعريف التشريعي سوف يتم ترخيصه عن طريق التنظيم الذي يتعلق بتعداد وتقنين النشاطات المقننة لحساب خاص إلا أن هذه النصوص التنظيمية لم تنشر في الجريدة الرسمية، إلا أن مراجعة القانون 84-10 المتعلق بالخدمة المدنية نستطيع التأكيد بأن المشرع وعبر وضعه لهذا التعريف للنشاطات المنظمة لحساب خاص كان يقصد بذلك: مهنة المهندس، مهنة المحاسب والخبير المحاسب، مهنة المحاماة وأخيرا المهنة الطبية بمفهومها الواسع. وبعبارة أخرى فهذا المفهوم يتعلق بصورة أساسية بالمهنة الحرة professions libérales.

ومن أجل تحديد أفضل لمجال هذا التعريف الذي جاء به القانون المتعلق بالخدمة المدنية يجب الرجوع إلى التقنين المتعلق بالخدمة الوطنية لسنة 1974، ذلك أن نظام الخدمة المدنية مستلهم من الأحكام الخاصة بالخدمة الوطنية حتى ولو كان ناحية المبدأ الخدمة المدنية المنتظمة منذ سنة 1963 سبقت الخدمة العسكرية.

والتقنين الخاص بالخدمة الوطنية في المادة 159 فقرة 06 عند تحديده للفئات المعفاة من الإلتزامات العسكرية، أشار إلى " المواطنين الذين يمارسون النشاطات الصناعية، التجارية أو

1 - L'Article 13 exige de tout agent public désirant exercer une activité réglementée pour propre compte de produire un état de service effectif auprès des structures de l'Etat.

L'article 14 précise quant aux non fonctionnaires, ils sont appelés aux termes de la loi, à effectuer le service en priorité avant de pouvoir prétendre exercer pour propre compte, une activité réglementée, sans lien de subordination.

2 - BENNADJI Ch, op.cit, p 27.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

الحرفية لحسابهم الخاص " وحتى إذا كان تعريف النشاطات المنظمة للحساب الخاص غير مدرج بمراجعة إلا أنه يمكن استخلاص عناصر هذا التعريف.

وبذلك فإن قانون 84 - 10 المتعلق بالخدمة المدنية، يعتبر أول نص يدرج تعريفا واضحا للنشاطات المنظمة، إلا أن هذا التعريف ضيق كونه متعلق ببعض المهن دون غيرها، وكذلك تعريف خاص كون المشرع نص على أن هذا المفهوم يجب تفسيره حسب ما جاء ضمن هذا القانون¹.

ثالثا: القانون الإداري

نجد محاولة تعريف للنشاطات المنظمة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 91 - 01 المؤرخ في 19 جانفي 1991 الذي يضبط صلاحيات وزير الداخلية الذي ينص في المادة 02 منه أن وزير الداخلية يمارس صلاحياته في مجال " النشاطات المنظمة " وأكدت المادة 10 " أنه في مجال النشاطات المنظمة، فإن وزير الداخلية مكلف بإعداد وتطبيق التنظيم المتعلق بالنشاطات المنظمة والتي تتعلق أساسا بنقل الأسلحة port d'armes، بيع المشروبات débits de boissons المتفجرات ". ولعل هذه المادة تثير نتائج عديدة:

- عكس المادة 14 من قانون 10/84 المتعلق بالخدمة المدنية، فإن هذا الحكم لا يتضمن تعريفا للنشاطات المنظمة، فالمشرع ضمن نص المادة 10 لجأ لطريقة التعداد التي تجسد صعوبة وضع تعريف جامع ومانع للنشاطات المنظمة.

- هذا التعداد جاء ضيقا كونه لا يتضمن إلا ثلاثة مجالات: الأسلحة، المشروبات، المتفجرات إلا أنه يمكن القول بأن هذا التعداد غير حصري وإنما جاء على سبيل المثال².

- إن المجالات المحددة تمس مباشرة بالنظام العام (ويبدو ذلك عاديا باعتبار أن هذا النص يخص الصلاحيات الممنوحة لوزارة الداخلية) ولكن بمفهومه الضيق الذي يهمل النظام العام الاقتصادي في مجال القانون الإداري ويأخذ بالمعنى الكلاسيكي للنظام العام الذي ينحصر في ثلاث عناصر: الأمن والسلامة، الهدوء، الصحة العمومية.

1 - BENNADJI Ch, op.cit, p 28.

2 - SERIAK Lahcene, Guide du citoyen - wilaya - daïra - commune : repères législatif et réglementaires. ENAG -éditions 1997, page 275 à 305.

إن هذه المادة 10 من المرسوم التنفيذي 01/91 المذكور أعلاه تم تعديلها سنة 1994¹، حيث تم الإلغاء الصريح لعملية التعداد ضمن المادة 11 من المرسوم 247/94 التي عدلت المادة 10 من المرسوم التنفيذي 01/91 التي حددت المادة صلاحيات وزير الداخلية في مجال النشاطات المنظمة، ولكن هذا التحديد جاء غير دقيق.

وتم تتميم المرسوم رقم 247/94 المذكور سابقا بواسطة المرسوم التنفيذي رقم 248/94 المؤرخ في 10 أوت 1994 المتعلق بصلاحيات وزير الداخلية²، والذي حسب المادة 3 - د - 3 منه يتم إنشاء " مديرية فرعية للمهن والنشاطات المنظمة " .

فبمقارنة المرسوم التنفيذي رقم 247/94 والمرسوم التنفيذي رقم 248/94 (المنشورين ضمن ذات العدد من الجريدة الرسمية) تم الانتقال من فئة " الفئات المنظمة " (ضمن المرسوم التنفيذي 247/94) إلى " فئة المهن والنشاطات المنظمة " (ضمن المرسوم التنفيذي رقم 248/94)³.

وبالمثل نستنتج أنه وفي مدة عشرية، فإن الهياكل المكلفة بهذه النشاطات تم تغييرها، حيث أن " المكتب " تم تحويل صلاحياته إلى المديرية الفرعية، مما يجسد أهمية هذا المجال في نظر المسؤولين في وزارة الداخلية.

وفي إطار القانون الإداري، شهد مفهوم النشاطات المقننة في سنوات الثمانينات تعديلات كثيرة تعكس بدورها الصعوبة التي واجهتها السلطات العمومية في إطار توضيح هذا المفهوم. وإذا أصبح المشرع لا يعتني بوضع تعريف للنشاطات المنظمة ضمن القانون الإداري فهو يتدخل بصورة مختلفة في فرع آخر من فروع القانون وهو: القانون التجاري.

رابعا: في القانون التجاري

إن القانون التجاري يجسد المجال الرابع الذي نجد ضمنه تكريسا لمفهوم النشاطات المنظمة وما تجب ملاحظته هو التأخر الملحوظ في تكريس تعريف للنشاطات المنظمة المدرج ضمن القانون

1 - أنظر في ذلك المرسوم التنفيذي رقم 94 - 247 مؤرخ في 10 أوت 1994، ج ر عدد 53 بتاريخ 21 أوت 1994.

2 - المرسوم التنفيذي رقم 248/94 مؤرخ في 10 أوت 1994، يحدد اختصاصات وزير الداخلية، ج.ر. عدد 53 مؤرخة في 21 أوت 1994.

3 - BENNADJI Ch, op.cit, p 29.

رقم 90 - 22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري¹، وباستعماله لعبارة "المهن" دون عبارة "نشاط"، فإن قانون 90 - 22 المذكور أعلاه ضمن المادة 05 منه ينص أن "إن المهن المنظمة منظمة بواسطة قوانين خاصة تحدد بالإضافة الشروط الواجبة لتطبيق كل أو جزء من هذا القانون فيما يخص هذه المهن" وهذه الفقرة الأولى متبوعة بتعريف وهو "يقصد بالمهن المنظمة بمفهوم الفقرة الأولى كل المهن التي تجب لممارستها الحصول على لقب أو مؤهلات ممنوحة من قبل مؤسسات مؤهلة لذلك قانونا".

وإن القراءة البسيطة لهذه المادة يؤدي إلى استنتاج ما يلي:

إن الاستعمال الاستثنائي لعبارة "مهن" يترجم بأنه من الناحية التقليدية، هذه العبارة هي المستخدمة كأساس لتعريف التاجر كما هو موضح ضمن المادة 01 من القانون التجاري²، التي تقضي بأن "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له".

- إن هذا التعريف يتميز بالخصوصية كونه يتعلق بقطاع محدد وهو التجارة دون غيرها.

- إن المادة 05 من قانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري وضعت قاعدة عامة مؤداها أن التنظيم المطبق على هذه المهن ذو طبيعة تشريعية وهذا ما أكده المشرع من خلال تأكيده أن القانون وحده هو الذي ينظم هذه المهن³.

إلا أن هذه القاعدة تم التخلي عنها منذ سنة 1996 بتبني الأمر رقم 96-07 المعدل والمتمم لقانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري⁴، حيث نصت المادة 5 مكرر "أن المهن المنظمة ذات الطابع التجاري يحكمها هذا القانون" إلا أن هذا التأكيد على المبدأ متبوع مباشرة بفقرة تفرغه من معناه حيث أكدت هذه الفقرة أن "شروط ممارسة هذه المهن يتم تحديدها عن طريق التنظيم".

1 - قانون رقم 22/90 مؤرخ 18 أوت 1990 يتعلق بالسجل التجاري، ج.ر. عدد 36 مؤرخة في 22 أوت 1990.

2 - أمر رقم 75 - 59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، ج.ر. عدد 101 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

3- BENNADJI Ch, op.cit, p 30.

4 - أمر رقم 07/96 مؤرخ في 10 جانفي 1996 يعدل ويتمم القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري ج.ر. عدد 03 مؤرخة في 14 جانفي 1996.

وجاء الأمر 07-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 متبوعا بالمرسوم التنفيذي رقم 40-97 المتعلق بمعايير تحديد وتأطير النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري¹. وما تجب ملاحظته هو عدم دقة هذا المرسوم التنفيذي رقم 40-97 كونه اتخذ تطبيقا للأمر 07/96 المذكور أعلاه، كونه يركز على عبارة "النشاطات" في حين أن الأمر 07/96 يدرج العبارة "المهن".

وحسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 40/97 المذكور أعلاه فإن النشاطات والمهن المنظمة "يعتبر في مفهوم هذا المرسوم، كنشاط أو مهنة منظمة لجميع النشاطات أو المهن التي تكون موضوع قيد في السجل التجاري، والتي تتوفر بحسب طبيعتها ومضمونها على كل الشروط الخاصة للترخيص بممارستها" ويثار التساؤل بهذا الصدد حول ما إذا كان التعريف المذكور ضمن المادة 02 من المرسوم التنفيذي 40/97 يعد بمثابة تدقيق أو تعديل للتعريف المكرس ضمن القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري والمذكور سابقا.

بمقارنة ما بين هذين التعريفين نستنتج أنه تم الانتقال من تعريف ضيق إلى تعريف عام وأصلي، وبذلك تم التخلي عن بعض الشروط المتعلقة بممارسة المهن المنظمة المدرجة سنة 1990 بموجب قانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري (الحصول على لقب أو شهادة تمنحها المؤسسات المؤهلة لذلك قانونا)، والتي تشتهر لحد بعيد بالشروط التي جاءت في إطار تعريف النشاطات المنظمة لحساب خاص ضمن القانون رقم 10/84 المتعلق بالخدمة المدنية².

وعلى العكس فإن التعريف الذي جاء به المرسوم التنفيذي 40/97 المذكور سابقا³، يتعلق بمجموعة من المعايير، حيث أن النشاطات والمهن المنظمة هي كل نشاط أو مهنة تتوفر بحسب طبيعتها أو مضمونها أو الغرض منها على مجموع الشروط الخاصة للترخيص بممارستها.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 40/97 مؤرخ في 18 جانفي 1997، يتضمن بمعايير تحديد وتأطير النشاطات المهنية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، ج.ر عدد 5، مؤرخة في 19 جانفي 1997.

2 - قانون رقم 10-84، مؤرخ في 11 فيفري 1984، يتعلق بالخدمة المدنية، ج.ر عدد 07 مؤرخة في 14 فيفري 1984.

3 - انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 97 - 40، مرجع سابق.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

ولعل عمومية العبارات المستخدمة في هذا التعريف، تجعله أكثر اتساقا من التعريف الذي جاء ضمن القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري¹، حيث ورغم أن هذا التعريف تم إدراجه في مجال النشاطات والمهن ذات الطابع التجاري، إلا أنه يمتد إلى مجموع النشاطات الاقتصادية ولجميع فروع النظام القانوني الجزائري.

وبذلك فإن فكرة تنظيم بعض المهن والنشاطات ترتبط بصورة مباشرة بوجود مصلحة توجب وضع نظام قانوني وتقني مناسب.

وهذه المصالح ترتبط بصورة أساسية بحسب ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 40 / 97 بإحدى المجالات الثمانية التالية:

" - النظام العام.

- سلامة الأموال والأشخاص.

- وقاية الصحة العمومية.

- حماية الآداب العامة.

- حماية حقوق ومصالح الخواص.

- المحافظة على الثروات الطبيعية والأموال العمومية التي تشكل الإرث الوطني.

- احترام البيئة، المناطق والمواقع المحمية وإطار معيشة السكان.

- حماية الاقتصاد الوطني.²

إن تعداد هذه المجالات الممكن أن تتعلق بالنشاطات المنظمة جاء بصورة عامة ويمس مجموع النشاطات الاقتصادية، ويمكن الاستنتاج أن أغلب المجالات معنية بهذا التعداد وبالتالي بضرورة وضع أنظمة خاصة والتي حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 40/97 المذكور سابقا يتم وضعها باقتراح من الوزير المعني بالنشاط أو المهنة المنظمة في شكل مراسم تنفيذية³.

1 - أنظر المادة 03 من القانون 90 - 22، مرجع سابق.

2- BENNADJI Ch, op.cit, p 32.

3 - أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97 - 40، مرجع سابق:

« ... être prise par décret exécutif sur proposition du ministre consterné par l'activité ou la profession à réglementée ».

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

إن اشتراط ضرورة وضع تنظيم على شكل مراسيم تنفيذية يترجم بدون شك بضرورة الوقاية من النزاعات حول الاختصاص ما بين مختلف الوزارات¹، وهذا الاشتراط يعني المنع إلى اللجوء إلى القرارات الوزارية لتنظيم المهن والنشاطات المقننة.

إلا أن اشتراط يؤدي إلى المساس بمبدأ الشرعية، حيث أن هذا الاشتراط جاء ضمن مرسوم تنفيذي صادر عن رئيس الحكومة بتاريخ 18 جانفي 1997 (المنشور في اليوم الموالي) أي المتخذ بعد تبني التعديل الدستوري بتاريخ 28 نوفمبر 1996 الذي تم نشره بتاريخ 08 ديسمبر 1996 وباعتبار أن الدستور الجزائري المعدل يكرس ضمن مادته 37 مبدأ حرية التجارة والصناعة بتأكيد هذه الحرية مضمونة وتمارس في إطار القانون.

ولذلك فإن إرادة المؤسس الدستوري تكمن في تفويض القانون مهمة تنظيم الثروة اللازمة لممارسة حرية التجارة والصناعة، لذلك يصبح القول بأن الدستور الجزائري ذهب وبصورة سريعة لأبعد مما كرسته دساتير مختلف الدول الليبرالية، ذلك أنه لا يضمن فقط حرية التجارة والصناعة ولكن تنزع وتخلع من السلطات التنفيذية صلاحية تنظيم ممارسة النشاطات والمهن. إن القانون المقارن يكرس ازدواجية في النظام القانوني الخاص بالنشاطات المنظمة حيث أن شروط الدخول لهذه المهن محددة بموجب القانون بينما شروط ممارسة هذه المهن والنشاطات متروكة لتقدير السلطات التنفيذية.

وبذلك فإن المرسوم التنفيذي 40/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 قد تجاهل بشكل صارخ أحكام المادة 37 من الدستور، ذلك أن المواد 4/85 و 2/125 من الدستور والمتعلقين بصلاحيات رئيس الحكومة²، وهذه الصلاحيات ذات خطورة شديدة كونها تجعل هذا المرسوم التنفيذي (40/93) غير دستوري³.

1 - لذلك تم إنشاء لجنة وزارية مكلفة بتنسيق النصوص التنظيمية الخاصة بالمهن والنشاطات، أنظر مرسوم تنفيذي 2000 - 313 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 97 - 40 المذكور سابقا، ج ر عدد 61 بتاريخ 18 أكتوبر 2000.

2 - تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 96، مرجع سابق: " يمارس رئيس الحكومة زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور الصلاحيات الآتية:

4 - يوقع المراسيم التنفيذية.

و تنص المادة 125 فقرة 02 على: " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة ".

3 - même l'éventuel argument selon lequel ce décret exécutif n 97 - 40 à été pris en application de l'article 05 bis de l'ordonnance n 96 - 07 du 10 janvier 1996 ne pourrait désormais tenir devant la nouvelle norme constitutionnelle, BENNADJI Ch, op.cit, p 34.

وعليه يمكن استخلاص النتائج التالية:

1 - أن أول نتيجة يمكن إثارتها ذات طابع تاريخي: حتى بإدراجها ضمن المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار، فإن فئة النشاطات المنظمة ليست بالمفهوم الجديد ضمن النظام القانوني الجزائري، أدرجته كإرث عن المشرع الفرنسي ضمن القانون العقوبات فيما يخص المهن المنظمة قانوناً " وهذه الفئة تم إدراجها في سنوات الثمانينات في إطار تنظيم الخدمة المدنية من جهة وفي إطار تحديد مفهوم النظام العام ضمن النصوص المتعلقة بتسيير وزارة الداخلية من جهة أخرى.

2 - أما النتيجة الثانية ذات طبيعة اصطلاحية " terminologique "، فبقراءة مختلف الأحكام الخاصة بهذه الفئة فإن الباحث يصطدم بتعدد المصطلحات المستخدمة من نص لآخر¹.

3 - إن هذا الاحتكاك بين المصطلحات أدى إلى تعدد التعاريف والمفاهيم الخاصة بكل مجال قانون معين، لذلك ذهب المشرع إلى وضع تعريف عام وشامل ضمن المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المذكور سابقاً.

الفرع الثاني: مضمون النشاطات والمهن المنظمة

لتوضيح مفهوم النشاطات المنظمة في إطار قانون الاستثمارات الجزائري يجب البحث في المعنى الدقيق لمصطلح " نشاطات " " activités "، كما يجب البحث في معنى " المنظمة " " réglementées ".

أولاً: مفهوم النشاط

إن عبارة " نشاطات " " activités " استعملت ضمن مختلف النصوص القانونية بالتوازي مع عبارة " المهن " " profession " إلا أن العلاقة بين هاتين العبارتين علاقة غامضة وغير دقيقة. وكمثال على ذلك أن المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المذكور سابقاً جاء لتنظيم النشاطات والمهن المنظمة إلا أن مختلف مواد القانونية وخاصة المواد 1، 2، 3 فهي تتعلق بالنشاطات أو المهن المنظمة.

1 - « Et encore cette recherche n'a été faite qu'à partir des textes juridiques au langue française, une réflexion sur les textes en langue arabe où la terminologie est encore bien assise révèle.... Une grande incohérence, car en la matière, l'unité du vocabulaire n'est pas établie » propos de BENNADJI Ch : Op. Cit. p 34.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة

ففي الحالة الأولى فإن " النشاطات " تتميز عن " المهن " أما في الحالة الثانية فإن عبارة " أو " تعني بالعكس وجود علاقة تشابه ما بين العبارتين.

ومن جهة أخرى فإن الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار وعلى غرار المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار لم يدرج إلا عبارة " النشاطات المقننة "¹، ضمن ما جاءت به المادة 04 منه.

لذلك يطرح التساؤل التالي:

هل في مجال الاستثمارات تكون النشاطات وحدها محلا للتنظيم دون المهن ؟ وعلى العكس في قانون العقوبات فإن المهن المنظمة قانونا هي وحدها التي تكون محل حماية خاصة، تطبيقا لقاعدة عامة في القانون الجنائي تقضي بأن المفاهيم يجب تفسيرها تفسيراً دقيقاً وضيقاً.

إن عبارة " النشاطات " المنصوص عليها في قانون الاستثمار لسنة 2001 وكذلك 1993 سابقا جاءت عامة، فبالرجوع للمعنى الاصطلاحي لعبارة مهنة والتي يقصد بها في اللغة العامة:

- النشاط الذي يقوم به الشخص بصفة معتادة وشائعة كمصدر لرزقه.

- مجموع الأشخاص الذين يمارسون ذات الحرفة أو النشاط.

- مجموع المصالح الخاصة بقطاع معين.

إلا أنه وفي لغة القانون فالمعنى يختلف وبذلك فقانون الاستثمار لسنة 2001 عندما أدرج عبارة " النشاطات " دون عبارة " المهن " فقد ميز بين المفهومين، وبالتالي تبدو الصعوبة كبيرة لوضع مفهوم محدد للنشاط المنظم لوجود تناقض في النصوص.

- ولعل الصعوبة الثانية تكمن في ركن النشاطات المنظمة بالنسبة لمفهوم النشاط وفقا لما حدده المرسوم رقم 137/80 المؤرخ في 31 ماي 1980²، الذي يحدد النشاطات الاقتصادية ويهدف إلى وضع قائمة للنشاطات الاقتصادية والمكونات المحددة والمشفرة وفقا لنموذج استثنائي.

1 - حيث أن المادة 04 من الأمر 01 - 03 المتعلق بتطوير الاستثمار نصت على: " تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة ... "

كما أن المادة 03 من المرسوم التشريعي 93 - 12 المتعلق بترقية الاستثمار نصت على: " تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة ... "

2 - مرسوم رقم 80 - 137 مؤرخ في 31 ماي 1980، يحدد النشاطات الاقتصادية ويهدف إلى وضع قائمة للنشاطات الاقتصادية والمكونات المحددة والمشفرة وفقا لنموذج استثنائي، ج.ر عدد 20 مؤرخة في 13 ماي 1980.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المناقشة

ودخل هذا التحديد حيز النفاذ ابتداء من أول جويلية 1980 كوسيلة لضمان وضع معايير ثابتة للمعلومات وتسهيل تنفيذ المخططات وكذا تسيير ومراقبة الاقتصاد الوطني.

ولقد تضمنت المادة 02 من هذا المرسوم المذكور أعلاه، تعريفا للنشاطات الاقتصادية والتي في مفهوم هذا المرسوم هي مجموع العمليات أو الأنظمة مهما كانت طبيعتها بما فيها الاقتصادية التي تؤدي إلى تكوين منتج أو عدة منتجات أو تقديم الخدمات، ويبدو للوهلة الأولى أن هذا التعريف فضولي، ذلك أن النشاط الاقتصادي معرف كمجموعة التصرفات بما فيها الاقتصادية مما يعني أن العمليات أو الأنظمة غير الاقتصادية يمكن أن تصنف من الناحية القانونية كإقتصادية¹.

وبذلك فإن هذا التعريف نوعا ما واسع في نظر رجال القانون إلا أنه مفيد في نظر الاقتصاديين الذين يعتبرون الاقتصاد لمجموعة النشاطات ذات العلاقة بوحدة من دائرتي الاقتصاد:

- دائرة الإنتاج أو المعبر عنها بالإنتاجية.

- دائرة التوزيع أو التبادل.

وبقراءة التعداد الملحق بالمرسوم 137/80 والمنشور في 33 صفحة، نستخلص أن هذا الإحصاء جاء شاملا لجميع النشاطات وهذا التعداد العام يمكن تكميمه بواسطة قوائم خاصة أكثر دقة كما هو الحال بالنسبة للقائمة المحددة للنشاطات الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري المبينة ضمن المرسوم التنفيذي 39/97 المؤرخ في 18/01/1997²، المتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، والملحقة بذات المرسوم، إلا أن هذه القائمة لم يتم نشرها بعد في الجريدة الرسمية.

1- BENNADJI Ch, op.cit, p 37.

2 - مرسوم تنفيذي 39/97 مؤرخ في 18 مارس 1997، متعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري ج.ر. عدد 5 مؤرخة في 19 مارس 1997.

ورغم أن المرسوم التنفيذي 1334/2000¹، عدل وتم المرسوم التنفيذي 39/97، إلا أن هذه القائمة لم تلحق به كذلك.²

وبذلك فإن النشاطات المنظمة هي كل النشاطات المشار إليها ضمن المادة 02 من المرسوم 137/80 المذكور سابقا باستثناء ما يلي:

1 - باستثناء العمليات التي تتعارض مع مفهوم الاستثمارات والتي نظرا للتحويلات التي عرفتھا البلاد منذ سنة 1980 أصبحت غير مرغوب فيها (المنظمات العامة، الأحزاب، الخدمات غير التجارية المقدمة للمجموعات المحلية).

2 - ما تجب ملاحظته أن النشاطات المخصصة كذلك كانت ضمن ما نصت عليه المادة 01 من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار مستثناء كونها مخصصة للدولة أو لإحدى فروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي وتتعلق هذه النشاطات المخصصة ببعض النشاطات التي لها أثر سلبي على النظام العام والآداب العامة وكمثال عنها استيراد أو تصدير الأسلحة والذخيرة، فهذه الأخيرة محتكرة من قبل وزارة الدفاع لصالح الدولة (أمر رقم 06/97 المؤرخ في 21 جانفي 1997 المتعلق بالعتاد الحربي السلاح والذخيرة)، وبالتالي فهذه النشاطات كانت ممنوعة أو محل تنظيم مشدد (كالقطاع المصرفي مثلا).

إلا أن فكرة النشاطات المخصصة تم التخلي عنها في قانون الاستثمارات لسنة 2001 الذي فتح المجال للمبادرة الحرة، إلا أن بعض القوانين المتعلقة ببعض القطاعات لازالت تمنع الاستثمار ضمن بعض الأنشطة³، وبالنتيجة لذلك تكون المنافسة ممنوعة.

لكن هل معنى ذلك أن النشاطات المنظمة هي ذاتها النشاطات الحرة.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 2000 - 334 مؤرخ في 26 أكتوبر 2000 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 97 - 39 المؤرخ في 18 يناير 1997 والمتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، ج. ر عدد 64 بتاريخ 31 أكتوبر 2000.

2 - il est d'ailleurs de même de la nomenclature des activités artisanales et des métiers (décret exécutif n° 97 - 140 du 30 avril 1997, j.o n° 27 du 04 mai 1997), ainsi que de la nomenclature des activités économiques des entreprise de travaux publics des bâtiments et de l'hydraulique (arrêté interministériel du 1 mars 1983, j.o n° 12 du 22 mars 1983).

إلا أنه وباعتبار أن هذه القائمة التي تحدد النشاطات المنظمة وسيلة يجب نشرها بصورة دائمة، فقد تم إنشاء لجنة خاصة بتعداد النشاطات المنظمة بموجب المادة 08 من المرسوم 80 - 137 المذكور أعلاه.

3 - أنظر بعض الأنشطة المخصصة ضمن المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني.

قد يبدو للوهلة الأولى من قراءة المادة 04 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار أن هناك نوعان من النشاطات:

- نشاطات مقننة (منظمة) يلزم لممارستها الحصول على رخصة من السلطات العمومية المختصة.

- نشاطات حرة نظرا لورود عبارة " تنجز الاستثمارات في حرية تامة ... ".
إلا أن هذا التصور خاطئ، ذلك أن النشاطات المنظمة عبارة عن نشاطات حرة طالما كانت غير مخصصة أو ممنوعة "، وهناك من يعتبر النشاطات المنظمة كفئة تقترب لفئة النشاطات الحرة، وبالرجوع إلى الفقه، فهو لا يفرق بين فئة النشاطات الحرة والنشاطات المنظمة بل يستعمل الفئتين للتعبير عن ذات المفهوم.

ثانيا: مفهوم صفة المنظمة (مقننة)

لقد استعمل المؤرخ ضمن الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار (مادة 04) وعلى غرار المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار (المادة 03) عبارة النشاطات " المقننة " لذلك وجب توضيح هذا المعنى، ومن أجل تحقق هذا الهدف فمن الضروري الرجوع للقانون المقارن، وبالتحديد للقانون الفرنسي باعتباره النظام القانوني الأقرب إلى النظام القانوني الجزائري، كون هذا الأخير مجرد تمديد للأول، وبالرجوع إلى القانون الفرنسي فإن البروفيسور أندري دو لوبادار " André de laubadère "، وهو أحد أشهر فقهاء القانون الإداري يرى بأن النشاطات المقننة أو المنظمة، تشكل نظام إداري وهو عبارة عن مجموعة العلاقات والإجراءات ما بين الإدارات والخاضعين للإدارة، حيث أن الأنظمة الإدارية عددها خمسة وهي:

1 - النظام الخاص بالخدمات العمومية: services publics

2 - النظام الخاص بالنشاطات المنظمة: celui des activités réglementées

3 - النظام الخاص بالنشاطات المراقبة: celui des activités contrôlées

4 - النظام الخاص بالنشاطات المدعمة: celui des activités aidées

5 - وأخيرا النظام الخاص بالنشاطات الممتازة: celui des activités privilégiées

وهذا التعداد يندرج ضمن القانون الإداري الفرنسي، الذي يعتبر أن النشاطات المنظمة تعد واحدة من الأنظمة الخمسة الإدارية المشار إليها أعلاه وتأتي في المرتبة الثانية بعد الخدمة العمومية.

الفصل الأول: المصدر القانوني للإلتزام بعد المنافسة
وبذلك يعتبر فقهاء القانون الإداري أن عملية التنظيم تعبر أو تترجم الإجراء المعتاد لتدخل السلطات العمومية بخصوص نشاط خاص، وبذلك تعتبر النشاطات المقننة مجرد تقنية لتدخل الإدارة لوضع نظام إداري للنشاطات الخاصة والمعبر عنه ببساطة بالنشاطات المنظمة¹، وبذلك فإنه وفي العديد من المجالات الاقتصادية فإن المشرع يقدر أنه من المفيد التدخل ولكن لتنظيم النشاط المعني بشكل غير ماس بالحرية الاقتصادية.

¹ - BENNADJI Ch, op.cit, p 41.

الفصل الثاني

المصدر العقدي للانزاح

بعض المناقشة

الفصل الثاني:

المصدر العقدي للالتزام بعدم المنافسة

يعتبر مبدأ حرية التعاقد الدعامة، الأساسية التي يبني عليها نظام اقتصاد السوق إلى جانب الملكية الفردية لوسائل الإنتاج¹.

لهذا أصبح قانون العقود حلقة أساسية لا يمكن الاستغناء عنها، لكن هناك من يرى بأن هذا المبدأ من شأنه أن يشكل مساسا بمبادئ أخرى يقوم عليها قانون السوق، وأهمها مبدأ حرية المنافسة²، فالمبدأين متناقضين³، والتأثير بينهما متبادل، فقانون المنافسة يقيد من الحرية التعاقدية من خلال منعه لبعض الممارسات التي تكيف بأنها مقيدة للمنافسة، ومن جهة أخرى فإن قانون العقود بتكريسه للحرية التعاقدية فإنه يفتح المجال أمام إبرام عقود واتفاقات من شأنها أن تمس بلعبة المنافسة في السوق باعتبار هذه الأخيرة أهم مظهر لمبدأ حرية التجارة والصناعة.

لكن هناك من يرى بأن القانونين متكاملين، وكل منهما يخدم الآخر بشرط أن لا نترك هذه المبادئ القانونية على إطلاقها⁴، رغم ذلك فإن التأثير المتنامي للعقد على المنافسة أصبح يثير إشكالات قانونية تستدعي التصدي لها، فغالبا ما تمنع المنافسة بموجب اتفاقات وشروط ذات مصدر إرادي تنشأ التزاما بعدم المنافسة في ذمة أحد الأطراف، رغم أن هذا المدين بالالتزام بعدم المنافسة، يجد أمامه مبادئ قانونية أصبحت من النظام العام، تقر له الحق في المنافسة والاتجار والعمل، لهذا يتطلب الأمر وجود مصلحة أو دافع قوي يجيز مثل هذا الالتزام العقدي

¹ - فالعقد يعتبر الآلية الأكثر شيوعا والتي من خلالها يتم تجسيد المشاريع الاقتصادية، و بدونها تتعطل آلة النشاط، لهذا تسعى أغلب الدول التي تبنت نظام اقتصاد السوق إلى تشجيع المبادرة الحرة، وفتح المجال أمام الحرية التعاقدية وتكريس مبدأ سلطان الإرادة، ففي الجزائر لدينا نص المادة 106 ق.م التي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الأطراف أو لأسباب التي يقرها القانون".

² - تم تكريس هذا المبدأ في الجزائر بموجب الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالمنافسة. ج.ر.ع. 9، مؤرخة في 1995/09/24، رغم أن مبدأ حرية التجارة والصناعة لم يكرس بنصوص إلا من خلال النص الدستوري المتمثل في المادة 37 من دستور 1996.

³ - CLAUDEL Emmanuelle, Le Consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice, R.T.D. c.d.e, N° 2, Avril- Juin 1999, édition Dalloz.P291

⁴ - BRUNETTI Nathalie; Droit de la concurrence et droit des contrats, thèse D.E.A, Université Montpellier I, 1994-1995, P 05

ويضفي عليه صفة المشروعية، أو على الأقل يجعل هناك توازن بين هذه المبادئ، حتى لا يكون هناك تنازع بينها¹.

لذلك فالدراسة تنصب أولاً، على نطاق مثل هذا الالتزام، حدوده، وكذلك دراسة أحكامه ومضمونه، لأن كل هذه المواضيع هي التي تعكس في النهاية القيمة القانونية لمثل هذا الالتزام.

المبحث الأول: نطاق الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن الأثر القانوني الأساسي لمثل هذا الالتزام هو منع المنافسة، لذلك يمكن الاصطلاح على تسميته المنافسة الممنوعة بموجب العقد، ونظراً للدور المتنامي للإرادة في التأثير على المنافسة فلا بد أولاً من إبراز علاقة قانون العقود بقانون المنافسة والتأثير المتبادل بينهما ثم استخلاص شروط صحة التقييد العقدي للمنافسة مع إبراز أهم التطبيقات العملية.

المطلب الأول: الالتزام العقدي بعدم المنافسة بين قانون المنافسة وقانون العقود

إن القانون المدني يكرس بشكل واضح الحرية التعاقدية، الذي يتطابق مع مبادئ أخرى مكرسة ومن بين أهمها: مبدأ العدالة التعاقدية الذي يستخلص من مفهوم العقد ذاته، عل أنه عمل تبادلي يقيم سوية التزامات متبادلة يجب أن تكون متساوية من الجانبين²، وكذلك مبدأ حسن النية، الذي يعتبر أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، وهو مرادف للصدق والاستقامة على وجه أوسع وهو يتعارض مع سوء النية، أو الخداع والمكر.

إن الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية ما هو إلا أثر قانوني للعقد، وفقاً للقواعد العامة كرسته المادة 1/107 من التقنين المدني³، وهو ما يسمى بمبدأ المشروعية (Principe de loyauté) الذي استأثر قانون المنافسة بحظ وافر منه⁴، وبني عليه الاجتهاد القضائي دعوى المنافسة غير المشروعة، وفرض نفسه كمقياس في المجال القانوني⁵.

1- محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2004/2005 ص46.

2- جاك غستان، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2000، ص258.

3 - تنص المادة 1/107 من الأمر 58/75 على ما يلي: " يجب تنفيذ العقد طبق لما أشتمل عليه وبحسن نية.

4 - SAINTOURENS Bernard, Le devoir de loyauté en droit des affaires, Revue de jurisprudence commerciale, 43° année n° 12, Décembre, 1999, p 447.

5 -Ibid, p 448 .

ويبقى أن المبدأ المسيطر على القانون المدني هو مبدأ سلطان الإرادة، الذي يترجم في ثلاث صور أساسية هي، الحرية التعاقدية، القوة الإلزامية للعقد، والأثر النسبي للعقد¹، وتقتضي الحرية التعاقدية، حرية اختيار الشخص المتعاقد معه، حرية تحديد طرق تنفيذ الالتزام الناشئة عنه، وحرية تحديد مضمون العقد، وهو بهذا الشكل يمكن أن يتناقض مع مبادئ قانونية أخرى وعلى رأسها مبدأ حرية المنافسة، الذي يحمل في طياته مفاهيم جديدة لا تستوعبها القواعد العامة، وترمي في أغلب الأحيان إلى تقييد الحرية التعاقدية².

وعليه فلا بد من إبراز علاقة قانون المنافسة بقانون العقود على مستويات ثلاث، مع بيان الصور التي يتخذها الالتزام العقدين مع ضرورة مناقشة شروط صحته.

الفرع الأول: تأثير قانون المنافسة على قانون العقود

ان هذا التأثير يبرز جليا من خلال إبراز علاقة قانون المنافسة بقانون العقود على مستويات ثلاث.

أولا: تأثير قانون المنافسة على الحرية التعاقدية

ويمكن أن نلمح هذا التأثير من خلال دعامين أساسيين لقانون المنافسة، هي الالتزام بالشفافية والالتزام بعدم التمييز.

أ.الالتزام بالشفافية

يظهر تأثير قانون المنافسة على تكوين العقد، من خلال تكريس الشفافية في المعاملات التجارية والتي تضمن حرية تحديد الأسعار وفقا للعبة المنافسة³، ويقصد بمبدأ الشفافية ضرورة تزويد المؤسسات والعملاء بمعلومات سابقة على التعاقد تسمح لهم باختيار المتعاملين الذين يوفرون لهم أحسن العروض من حيث النوعية والسعر، أي أن كل متعامل في السوق يجب أن يعلم من سيتعاقد معهم ومحل العقد، وبالشروط المقترحة والتي سيلتزم على أساسها.

1- BRUNETTI Nathalie, Droit de la concurrence et droit des contrats, D.E.A concurrence et consommation Université Montpellier1, année1994-1995, p4.

² - voir:

* BRUNETTI Nathalie, op.cit, p 5.

* محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص47، 46

³ -BRUNETTI Nathalie, op.cit, p 8

الفصل الثاني بـ المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
إذن فالشفافية هي التزام سابق على التعاقد، بما يقودنا إلى أن الحرية التنافسية تقيد العقد في
مرحلة تكوينه، وكل ذلك جاء تطبيقاً لفكرة النظام العام الحمائي L'ordre public de
protection¹.

ب. الالتزام بعدم التمييز

إن قانون المنافسة يحضر مثل هذه الممارسات والتي لا تراعي المساواة في المنافسة²، وإمكانية
رفض البيع يجب أن تستند إلى أسباب مشروعة، بحيث لا يمكن التمييز بين الزبائن، وتفضيل
البعض منهم عن الآخرين، وبتعبير قانون المنافسة، تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات
تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.

بينما وفق للقواعد العامة ليس هناك إمكانية لتبرير عدم التنفيذ إلا بمبرر القوة القاهرة، على
عكس أحكام قانون المنافسة التي يمكن أن نحملها على أنها اعتراف بالحق في عدم التعاقد لأنها
لا تجد طريقها إلى التطبيق إلا إذا كنا أمام حالة تعسف³، وهو أمر لا وجود له في القواعد
العامة.

ثانياً: تأثير قانون المنافسة على الأثر النسبي للعقد

إن المقصود بالأثر النسبي للعقد، هو أن الالتزامات الناتجة عنه تبقى محصورة بين طرفيه فقط
ولا يمكن لهذا العقد أن يرتب التزامات في ذمة الغير⁴، لأنهم أجنب عنه ولم تكن لإرادتهم دور
في إنشائه.

لكن الجديد الذي يضيفه قانون المنافسة على العقود بصفة عامة هو ضرورة مراعاة وضعية
التعاقد التي يقتضيها التفكير الاقتصادي، وكذلك ضرورة مراعاة تأثيرها على السوق، وفي هذا
المجال، ونتيجة لتعدد العلاقات التعاقدية، أصبح بالامكان الاحتجاج بها سواء من طرفي العقد

¹ - إن النظام العام الحمائي هو الذي يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة عموماً، وفي ما يخص الروابط العقدية، فيهدف إلى حماية
الطرف الضعيف اقتصادياً، كالمستهلك في عقد البيع، والعامل في عقد العمل والمقترض في عقد القرض، بينما النظام العام التوجيهي
l'ordre public de direction، فيعمل على حماية المصلحة العامة، عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء
سياستها الاقتصادية والاجتماعية، ويدخل في هذا المجال قوانين البيئة الاستثمار والصرف والائتمان.

² - راجع المواد 6، 7، 11 من الأمر 03/03.

³ - BRUNETTI Nathalie, op.cit, p14.

⁴ - راجع المادة 113 من التقنين المدني.

على الغير أو الغير هو الذي يحتج على احد الأطراف، وفي هذه الحالة فان الخروج على المبدأ لا يكون مرده إلى التزامات قانونية، ولكن الأمر يتعلق بالنشاط التعاقدى ذاته¹.

فمن خلال الجمع بين قانون المنافسة وقانون العقود يمكن استخلاص طائفة من العقود يمكن أن نسميها عقود ذات طبيعة خاصة²، فمثلا في مجال التوزيع نجد أن مسألة مجال الشروط الحصرية للتوزيع تطرح إشكالا، في مدى إمكانية الاعتراف بأثرها على الغير، فمبدأ حرية التنافس يفرض نفسه في حالة تقييد الدخول إلى السوق ومن حق الغير الاحتجاج على أساسه.

ثالثا: تأثير قانون المنافسة على القوة الإلزامية للعقد

يمكن أن يكون عقد ما سواء كان مدنيا أو تجاريا منافيا لقواعد قانون المنافسة، ويكون ذلك من خلال مراقبة الهدف منه، وتقدير صحة التقنيات التعاقدية من وجهة نظر قانون المنافسة تركز على النظر إلى الاتفاقات وكذلك مراقبة شروط عدم المنافسة.

وقبل ذلك فان القوة الإلزامية للعقد تتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين، وهو قانون المتعاقدين ولا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف أو للأسباب التي يقرها القانون والتي تتعلق في العادة بالقوة القاهرة، والظروف الطارئة والنظام العام.

فمن خلال هذه المنافذ يمكن المساس بالقوة الإلزامية للعقد من وجهة نظر القواعد العامة، لكن بالنسبة لقانون المنافسة فانه دائما يحاول أن يفرض أحكاما متميزة عن القواعد العامة، وسيظهر ذلك جليا من خلال دراسة تقدير مدى مشروعية شروط عدم المنافسة والاتفاقات المنافية للمنافسة حيث يمكن نقض العقد بناء على أفكار متعلقة أساسا بالسوق والممارسات المنافية للمنافسة.

من خلال هذه الجوانب يبرز لنا مدى التأثير الكبير لقانون المنافسة على النظرية العامة للعقد إلا أن قانون العقود كذلك لازال يفرض نفسه، ويقاوم هذه التأثيرات المتزايدة³.

فقانون المنافسة وان كان عامل لترقية قانون العقود إلا انه يمكن أن يشكل عنصرا مخلا به وعليه لازالت القواعد العامة تفرض وجودها على قانون المنافسة ويظهر ذلك جليا من خلال

1- BRUNETTI Nathalie, op.cit, p32.

2-Ibid, p 33.

3-Ibid, p35.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
وضعيات التبعية والتعسف فيها، التي تعتبر من أهم مواضيع قانون المنافسة¹، وهي في النهاية
تعتبر ترجمة لعيوب الإرادة، وبالتحديد عيب الإكراه، كما يمكن الاستناد كذلك إلى أحكام
التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني: نطاق الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن نطاق الالتزام العقدي بعدم المنافسة تحدد من خلال تمييزه عن ما يشابهه من الأنظمة ولعل
أهمها المنافسة غير المشروعة، وكذلك يتحدد من خلال بيان صورته.

أولاً: تمييز المنافسة المنافية للعقد مع المنافسة غير المشروعة

إن التشابه الوحيد بين المنافسة المنافية للعقد والمنافسة غير المشروعة هي أن المقتضيين
يحملان التزام سلبي في ذمة المدين به، وبعدها يصبح ضابط الاختلاف لا يطرح أي إشكال
فهما يختلفان من حيث الموضوع ومن حيث الأساس القانوني.

أ. التمييز من حيث الموضوع

إن المنافسة الممنوعة اتفاقاً تختلف عن المنافسة غير المشروعة من حيث الموضوع، إذ أنه
بالنسبة للأولى نجد أن النشاط التنافسي نفسه هو محل المنع بغض النظر عما إذا كانت الوسائل
المستعملة مشروعة أم لا².

فالالتزام في هذه الحالة ينصب على المنافسة ذاتها، بينما بالنسبة للمنافسة غير المشروعة
فمحل الالتزام هو الوسائل المستعملة في التنافس والتي تكيف بأنها منافية للمشروعية³.
لهذه الأسباب يعتبر الالتزام العقدي بعدم المنافسة أكثر تأثيراً على المنافسة، وأقل مشروعية.

ب. التمييز من حيث الأساس القانوني

يمكن إثارة هذه النقطة من خلال معرفة النتائج القانونية المترتبة على الإخلال بالالتزامين
فالنتيجة مرتبطة أساساً بمصدر الالتزام، فيما إذا كان تصرف قانوني أو قاعدة قانونية.

¹ - راجع المادتين: 3/د، 11 من الأمر 03/03.

² - BRUNETTI Nathalie, op.cit, p35.

³ - Idem.

الفصل الثاني بـ المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
فالإخلال بالالتزام بعدم المنافسة يترتب عليه، مسؤولية عقدية¹، فمصدر هذا الالتزام هو العقد
والذي يستند إلى مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة²، والخطأ في هذه الحالة هو مجرد خرق
الحظر من خلال إثبات أعمال تنافسية، دون الحاجة إلى إثبات كيفية ذلك³.

بينما بالنسبة للمنافسة غير المشروعة، فالمسؤولية التي تثور عند استعمال الوسائل المحظورة
في التنافس هي المسؤولية التقصيرية، التي تجد أساسها القانوني في نص المادة 124 ق م، لذلك
فتقرير مدى خرق أحكام المنافسة غير المشروعة يعود حصريا إلى سلطة القاضي ولا يخضع
لإرادة الأطراف.

إن هذه الضوابط كافية لأن تجلي الغموض، وتفرد كل منافسة بأحكام خاصة بها، إلا أن ذلك لا
ينفي وجود حالات يمكن فيها إثارة المسؤولية التقصيرية رغم أن الأمر يتعلق بمنافسة منافسة
للعقد، فيكون الخطأ مرتكب بمناسبة وجود العقد⁴.

ثانيا: صور الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن تحديد صور هذا الالتزام له قيمة قانونية كبيرة، لأنه من خلاله تتبين طبيعة القواعد القانونية
الواجبة التطبيق، فيما إذا كانت القواعد العامة أو نصوص خاصة تخرج عن القاعدة والحقيقة
أن هذه العملية مرتبطة أساسا بمجال تطبيق الالتزام العقدي بعدم المنافسة، فقد يدخل في نطاق
الممارسات التجارية، ويتخذ في العادة صورة شرط عدم المنافسة الذي يضمن في العقد
الأصلي، أو يكون في اتفاق لاحق.

ومن جهة أخرى، قد يكيف الاتفاق على أنه يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة، وبذلك تحكمه

¹ - BRUNETTI Nathalie, op.cit, p35.

² - راجع المادة 106 ق م.

³ - بلال سليمة: حماية المحل التجاري "دعوى المنافسة غير المشروعة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، حقوق، كلية الحقوق، جامعة
فرحات عباس، سطيف، الجزائر، ص 13.

⁴ - أول حالة تتمثل في الخطأ المرتكب من طرف الغير، الذي حمل المدين بالالتزام على خرقه ففي هذه الفرضية تثار المسؤولية
التقصيرية للغير، وغالبا ما يكون هذا المقتضى بمناسبة عقد العمل، من خلال حمل العامل الملتزم بعدم المنافسة على الاشتغال في
مؤسسة منافسة.

وحالة ثانية هي أكثر تعقيدا تتمثل في خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين، ورغم ذلك تثور مسؤولية التقصيرية وليس العقدية، ففي هذه الحالة
الخطأ يعزى لأحد الأطراف، ولكن الضرر ليس ناتج عن الإخلال بالعقد، بل العقد هو الذي سهل ارتكاب الخطأ، مثل مسؤولية المقاول
الذي التزم بالقيام بعمل تحت الطلب أو موصى عليه، لكنه استعمل مواد رديئة.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
قواعد قانون المنافسة¹، وفي هذه الحالة قد يكون الالتزام بعدم المنافسة نتيجة اتفاق أو تعسف ناتج عن وضعية الهيمنة في مفهوم قانون المنافسة²، ويقع حتماً تحت طائلة البطلان، إلا إذا اتخذ شكل شرط ملحق بالاتفاق الأصلي، وإذا كانت لهذه النظرة أهمية كبيرة نتيجة للأقسام القانونية المترتبة على تحديد مجال تطبيق الالتزام بعدم المنافسة، خاصة من حيث المشروعية فإن شرط عدم المنافسة هو الصورة الغالبة والمشاركة في الحالتين، لذلك أفردته بالدراسة.

أ- تعريف شرط عدم المنافسة

إن إرادة الأطراف كمصدر للالتزام بعدم المنافسة، تترجم في غالب الأحيان في شكل شرط عدم المنافسة، حتى أصبح هذا الشرط نموذجي في العقود³، باعتباره التعبير الصريح للإرادة لترتيب آثار قانونية من شأنها أن تحد من مبدأ حرية المنافسة، وحرية العمل.

في غياب تعريف تشريعي - نظراً إلى أن أحكام هذا الشرط لم تتناولها نصوص خاصة - فإن التعريف الفقهي يشكل المرجع الوحيد.

- عرف هذا الشرط بأنه " شرط يدرج في عقد، بموجبه يمتنع أحد الأطراف - في حدود زمانية ومكانية - عن ممارسة نشاط مهني معين منافس".

- كما عرف بأنه " شرط يلتزم البائع بمقتضاه عدم إنشاء تجارة من نوع التجارة التي يقوم بها المحل التجاري المبيع"⁴.

- ولعل أجود تعريف هو الذي يعرفه بأنه: " شرط بموجبه يمنع على شخص (المدين بعدم المنافسة) ممارسة نشاط اقتصادي أو مهني مجدد منافس لنشاط آخر يمارسه شخص آخر (الدائن بعدم المنافسة)⁵".

¹ - أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جوان 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43، مؤرخة في 20 جوان 2003 الموافق عليه بموجب القانون رقم 12/03 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003 الجريدة الرسمية عدد 64.

² - راجع المواد 6، 7، من الأمر السابق.

1 - GAVALDA Natacha, Les critères de validité des clauses de non- concurrence en droit du travail R.D.S, n° 6, juin 1999, p 582

⁴ - إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، الطبعة 8، سنة 2002، ص 59.

⁵ - SERRA Yves, La non - concurrence, Edition Dalloz, n07, 1991, cité par BRUNETTI Nathalie, op.cit, p 29.

إذن بالرغم من أن كل هذه التعاريف تتفق على الضوابط العامة لهذا الشرط إلا أنه يجب الإشارة إلى أن موضوعه ليس دائما نفسه¹.

فالبعض من هذه الشروط يكون منشأ للالتزام بعدم المنافسة، باعتباره أثر قانوني للتعبير الصريح عن إرادة المتعاقدين، اللذين يلتزمان بهذا الشرط الذي يستمد إلزاميته من رضاها وتترتب عنه المسؤولية العقدية في حالة الإخلال به.

والبعض الآخر منها يكون موضوعها فقط تهيئة (Aménager) مضمون التزام بعدم المنافسة ذو المصدر القانوني، فالمشرع في إطار تنظيمه لبعض العقود، يلزم أحد الأطراف بالألا ينافس الطرف الآخر، ومبرر ذلك أن المشرع يرى بأن هذه الطائفة من العقود تحتل مثل هذا الالتزام وهو من مستلزماتها، فهذه الأحكام إذا هي تذكير للأطراف ببعض الالتزامات التي يجب ألا يغفلوها²، ففي هذه الحالة يكون موضوع الشرط هو تحديد مضمون إرادة الأطراف فيما يخص مدى الالتزام بعدم المنافسة³، سواء من حيث المكان أو الزمان وحتى نوع النشاط، إن إثارة مثل هذا الاختلاف في موضوع شرط عدم المنافسة من شأنه أن يبرز جليا الآثار القانونية المترتبة في كل حالة.

ففي حالة بطلان هذا الشرط، وكان هو مصدر الالتزام بعدم المنافسة، فإن من شأن هذا الجزء أن يطل الالتزام ذاته وينقضي تبعا لانقضاء مصدره.

وبالمقابل، فإن كان موضوع هذا الشرط هو فقط تهيئة التزام بعدم المنافسة ذو مصدر قانوني أي أن دوره كاشف، فإن بطلانه لا يترتب عليه انقضاء هذا الالتزام، لأن مصدره نص قانوني⁴، فيبقى المدين بالالتزام بعدم المنافسة على مركزه القانوني هذا.

¹ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, édition Dalloz, 1995, p 3.

² - أنظر مثلا المادة 7/7 من القانون 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بتنظيم علاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990.

وكذلك المادة 432 من الأمر 58/75، مصدر سابق، المتعلقة بعقد الشركة.

³ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op. cit, p 3.

⁴ - Idem.

ب - تمييز شرط عدم المنافسة عن الأنظمة المشابهة

لا شك أن شرط عدم المنافسة بالمفهوم السابق الذكر، يؤدي إلى التباسه بمفاهيم أخرى ، تؤدي أدوارا متشابهة له ، ونظرا للأثار القانونية المترتبة عن كل نظام، فإنه من الأهمية بمكان محاولة إبراز معالم التفرقة بينها، حتى يسهل فيما بعد معرفة هذه الأثار القانونية. ومن بين أهم هذه الأنظمة التي تطرح إشكالا نجد:

1- شرط احترام السر المهني

تدق المسألة كثيرا يصدد دراسة شرط احترام السر المهني، الذي يحتاج إلى كثير من العناية لاستنباط ضوابط التفرقة بينه وبين شرط عدم المنافسة، ولعل عنصر التشابه البارز أنه ليس هناك تعريف تشريعي محدد¹.

لكن الفقه يعرف الالتزام بأنه " صفة تخلع على موقف أو مركز أو خير أو عما، مما يؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن حق العلم به، وبالنسبة لمن يقع عليه الالتزام بعدم إذاعته².

وإذا أردنا تبيان الطبيعة القانونية للالتزام بالسر المهني، فلا شك أنه يتمثل في الالتزام بالامتناع عن عمل³، وهو نفسه ما يترتب على شرط عدم المنافسة، لكن وبالرغم مما تفضي إليه الأحكام من القول بالتشابه الكبير بين النظامين، فإن هناك مناحي يتوطن فيها الخلاف، فإذا كان الالتزام بالسر المهني مرتبط أساسا بالوظيفة وبالمهنة الممارسة ارتباطا وثيقا، فإن شرط عدم المنافسة يمتد إلى ما بعد نهاية مدة العمل.

¹ - الملاحظ بالنسبة للالتزام بالسر المهني، أن الإخلال به يترتب عنه المسؤولية الجنائية، المادة 302 من الأمر 156/66 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 49 ، لكن من خلال هذه المادة لا يمكن استخلاص تعريف واضح جامع مانع.

² - عادل جبيري محمد حبيب: مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 2003، ص 17.

³ - ويعتبر سرا ينصرف إليه الالتزام، كل ما يتوصل إليه الشخص من خلال عمله أو بمناسبته ويتكتم عليه حفاظا على مصلحة المؤسسة وحسن سيرها، كما هو الحال فيما يتعلق بطرق الإنتاج والمواد المستخدمة ومقاييرها، ومراحل الإنتاج ومصادر المواد الخام، ومعاملات المحل فمضمون الالتزام الواقع على عاتق العامل يتمثل في الاحتفاظ بأسرار العمل التي اطلع عليها، وعدم إذاعتها للغير سواء كان شخصا أو منشأة بمقابل أو بغير مقابل، ذلك أن المقصود بهذا الالتزام هو منع تسرب أسرار العمل للغير بما يمثله ذلك من أضرار بمصلحة المؤسسة من إطلاع المنافسين على أسرارها أو ما من شأنه زعزعة الثقة فيها ويخضع لهذا الالتزام كل عامل يرتبط بعلاقة عمل تبعية مع رب العمل.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
و بعبارة أكثر دقة فإن الالتزام بالسر المهني في مرحلة تنفيذ عقد العمل مثلا يكون نظاما قانونيا مستقلا يقع على عائق العامل، ولكن بانتهاء مدة العمل يصبح هذا الالتزام جزءا من التزام أوسع هو الالتزام بعدم المنافسة، الذي يكرسه شرط عدم المنافسة.

2- الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي، هو شرط يضمن في العقد عادة من خلاله يتم تقدير مبلغ جزافي، كتعويض مستحق عن الضرر الذي يلحق أحدها نتيجة خطأ الطرف الآخر¹، فهو تقدير اتفاقي للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل .

وإذا كان الشرط الجزائي في الأصل، هو تقدير اتفاقي مقدم للتعويض، إلا أن الأطراف يلجؤون إليه، أحيانا كعقوبة مدنية²، أو كجزاء، يهدف إلى حث المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه، فالشرط في هذه الحالة يقوم بدور التهديد المالي .

ويمكن بيان الفارق بين الشرطين على أساس أن موضوع شرط عدم المنافسة هو منع المتعاقد الآخر من المنافسة، بينما موضوع الشرط الجزائي هو تقدير مبلغ تعويضي في حالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي، إضافة إلى أن الشرط الجزائي، الغاية الرئيسية منه هي دفع المتعاقد الآخر إلى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بينما بالنسبة لشرط عدم المنافسة فالأمر يقتصر على الامتناع عن عمل³.

لكن تجب الإشارة إلى أنه يمكن للمتعاقدين، ومن أجل ضمان تنفيذ الالتزام بعدم المنافسة، أن يضمنوا العقد شرطا جزائيا.

3- الشرط المانع من التصرف

الشرط المانع من التصرف، هو الشرط الذي بمقتضاه يشترط المتصرف في الشيء على المتصرف له، لباعث مشروع، عدم التصرف في الشيء مدة زمنية معقولة⁴.

1 - محمد حسين منصور: شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1996 ص 61.

2 - نفس المرجع، ص 61.

3 - ويتفق شرط عدم المنافسة مع الشرط الجزائي في أن كل منهما ذو مصدر إرادي، من خلالهما يحاول أحد الأطراف حماية مصالحه.

4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
فالنقطة الجوهرية التي تميز الشرطين هي أن شرط عدم المنافسة يرتب التزاما في ذمة المتصرف، لا المتصرف له، ففي حالة بيع المحل التجاري، نجد أن البائع هو الملزم بعدم المنافسة، بينما بالنسبة للشرط المانع من التصرف فالمشتري هو الذي يتحمل هذا الالتزام إضافة إلى أن الشرط المانع من التصرف يرد حق الملكية، بينما شرط عدم المنافسة يقيد حريات عامة كحرية العمل والمنافسة¹.

الفرع الثالث: تقدير صحة الالتزام العقدي بعدم المنافسة

لا بد في كل مرة أن نذكر بأن مبدأ حرية التجارة والصناعة يسمح لأي شخص بممارسة نشاط اقتصادي، بكل حرية، مع احترام النصوص القانونية السارية المفعول، إلا أن هذه الحرية يمكن أن تستغل بطريقة تعسفية بين المتعاقدين لإلحاق أضرار ببعضهم البعض².

فكما لا يمكن الاحتجاج بهذا المبدأ لإلحاق أضرار بالغير، فلا يمكن وضع قيود تمنعه من ترتيب آثاره، خاصة منها تلك التي تعزى إلى إرادة الأطراف، والتي ما فتئت تتزايد، تطبقا لمبدأ حرية التعاقد، لكن هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأنه يرتب آثارا قانونية تشكل هي الأخرى اعتداء على مبادئ أخرى سبق ذكرها، لذلك لا بد من وجود حدود تضمن تعايش هذه المبادئ.

ولما كان الأصل هو الحرية فإن الأمر يقتضي البحث عن تأسيس لمدى مشروعية المنع الإرادي للمنافسة، خاصة في ظل غياب نصوص خاصة تعالج الموضوع، لذلك لا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة، والنظرية العامة للالتزامات، وكذلك الرجوع إلى قواعد قانون المنافسة.

أولا: شروط الصحة تأسيسا على القواعد العامة

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يفصح عن موقفه بصراحة تامة، فيما يخص مدى حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد، وهو أمر يدفع إلى البحث عن الاتجاه الذي

¹ - لكن وجه الشبه بينهما يتمثل في أن كل منهما يرتب التزاما سلبيا في ذمة المتعاقد المدين به، وكل منهما يجد مصدره في إرادة الأطراف، وكل منهما يرمي إلى حماية مصلحة أحد المتعاقدين، ويعتبر عقد البيع المجال المشترك لتطبيقهما.

² - VIGNAL- Marie Malaurie, Droit de la concurrence, édition Armand Colin, Dalloz, 2^{ème} édition 2003, p 71.

يريد أن ينحوه، وذلك من خلال دراسة مختلف القواعد القانونية الواردة في التقنين المدني¹. فمبدأ سلطان الإرادة الذي يسيطر على التقنين المدني والمكرس بنص المادة 106 منه والمدعم بمبدأ حرية التعاقد²، يبدو أنه كافي لأن يكون السند الحقيقي لحرية الاشتراط.

ومادامت الحرية التعاقدية ترمي إلى تثبيت دعائم الاقتصاد الحر فإن هذا الهدف هو نفسه هدف مبدأ حرية المنافسة، لذلك لا مجال للقول بأن هناك تعارض بين المبدأين³، فالعدالة التعاقدية واقع طبيعي تحدده المنافسة الحرة، وليس التطلب المثالي الذي يقتضي أن تخضع له الوقائع⁴.

إلا أن هذه الحرية لا يمكن أن تبقى على إطلاقها فقد تستعمل تعسفيا من أجل ترتيب آثار من شأنها أن تشل مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي يجد أساسه في نص الدستور فإنه يجب التعامل معها على أنها استثناء يؤخذ في أضيق الحدود، وذلك في حالة القول بمشروعيتها.

وإذا كان طبقا للقواعد العامة، الأصل هو حرية الاشتراط، والاستثناء هو التقييد، فإنه فيما يخص شرط عدم المنافسة فالأمر يختلف ليصبح الأصل هو المنافسة وحرية التجارة والصناعة والاستثناء هو إمكانية الاشتراط.

وفي غياب نصوص خاصة تضبط معايير محددة لصحة الالتزام العقدي بعدم المنافسة، أوجد الفقه بعض الشروط التي تم استنباطها من القواعد العامة، والتي أصبحت مستقرة⁵، وذلك من خلال النظر أولا إلى سبب هذا الالتزام، وثانيا من خلال النظر إلى موضوعه، ولا يستقيم الأمر إلا من خلال تحديد الطبيعة القانونية لهذا الالتزام.

¹ - لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1995 ص 12.

² - إن مبدأ حرية التعاقد يحمل في طياته ثلاث مكنات هي: حرية اختيار الشخص المتعاقد معه ومضمون العقد، وطرق تنفيذ الالتزامات وفي إطار حرية تحديد مضمون العقد يندرج شرط عدم المنافسة، ويكون ذلك بالاتفاق مع الطرف الآخر - لذا نستطيع القول أن حرية التعاقد تحتوي على جوانب كثيرة من حرية التجارة والصناعة ولذا فإن التقنين المدني يوصف أحيانا بكونه ركيزة أساسية للنظام القانوني البرالي أو تقنين حقيقي لقطاع الأعمال وذلك لأنه يهدف إلى تنظيم الحرية التعاقدية وضمان ترقيتها.

³ - BRUNETTI Nathalie, op. cit, p 5.

⁴ - جاك غستان، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2000 ص 48.

⁵ - الياس أبو عيد، قانون التجارة البرية بين النص والاجتهاد والفقه المقارن، بدون دار النشر ولا بلد النشر، الطبعة الأولى 2004 ص 315.

1- سبب الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن سبب الالتزام هو مناط القول بمدى مشروعيته في النهاية، فكل التزام يفترض أن له سببا مشروعاً¹، وعليه فمشروعية الالتزام العقدي بعدم المنافسة متوقفة أساساً على مشروعية السبب فحرية الإنسان لا يمكن تقييدها إلا لمصلحة الغير الذي له مصلحة مشروعاً².

إذن، على من يدعي صحة هذا الالتزام أن يثبت بأن له مصلحة مشروعاً تقتضي ذلك³، وغياب ذلك يؤدي إلى القول بأن الأمر يبقى على أصله، وهو حرية المنافسة، وكل شرط أو اتفاق على غير ذلك يعد مخالفة لهذا المبدأ، وبذلك يقع تحت طائلة عدم المشروعية.

وقد يكون للدائن بالالتزام بعدم المنافسة مصالح متعددة، دون أن يؤدي ذلك إلى القول بصحة هذا الالتزام، لأنها في النهاية قد تكون غير مشروعاً، ومسألة تقدير هذه المشروعية تعود للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستنبطها من خلال الظروف والوقائع المحيطة، وكذلك مجال تطبيق هذا الالتزام؛ فالمصلحة تكون مشروعاً مثلاً إذا كانت ترمي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى حماية الزبائن أو على الأقل العناصر التي من شأنها أن تجلب هؤلاء الزبائن⁴، أو كانت المنافسة التي يقوم بها المدين بالالتزام بعدم المنافسة غير عادية وضارة.

لذلك، مادامت لعنصر الزبائن هذه الأهمية البالغة، فهل يمكن أن تكون سبباً مشروعاً للالتزام بعدم المنافسة، إن الأمر يحتاج إلى تدقيق أكبر من خلال تحليل مفهوم الزبائن، فهذا الأخير بقي يكتنفه الكثير من الغموض رغم وجود تصورين أساسيين:

- التصور الأول يتعلق بقانون المحل التجاري، حيث الزبائن يجب أن يكونوا شخصيين وفعالين، فالمحل التجاري ككيان قانوني مبني على فكرة الزبائن، ودونها يفقد صفته تلك⁵، فهي محمية من كل الممارسات التي من شأنها أن تؤتي من طرف أصحاب المحلات المنافسة.

¹ - راجع المادة 92 من ق م.

² - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 7.

³ - Voir: GAVALDA Natacha, Op. Cit. p 582, et BRUNETTI Nathalie, op. Cit. p 29.

⁴ - SERRA Yves, Obligation (...), op.cit, p 7.

⁵ - راجع المادة 78 ق ت.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
إلا أن فكرة الحماية هذه قد تكون من زاوية أخرى غير فكرة الملكية المعنوية، فالشيء الذي
يميز الزبائن فعلا هو حركيتها وحرية الاختيار التي يجب أن تحترم، لذا فالزبائية ليست محمية
في ذاتها، وإنما حرية الاختيار والتنقل هي التي تحتاج إلى الحفاظ عليها.

فمنطق اقتصاد السوق يقتضي السماح للزبائن بالتنقل نحو السلع والخدمات الأكثر ملائمة، وفي
كل هذه الحالات تعتبر الزبائية كقيمة محمية¹، إلا أنها قد تتخذ شكلا آخر كوظيفة تحررية
وهي بذلك ركن من أركان مبدأ حرية المنافسة، وتتخذ شكل عامل من عوامل ضبط السوق
(facteur de régulation du marché)، أي أن سلوك الزبائن يؤدي دورا مهما في توجيه السوق
وبالنتيجة لذلك يحدد مصير المنافسة في هذه السوق².

من أجل كل هذه الأحكام لم يعد المحل التجاري كوحدة لتملك وحياسة الزبائن، بل أصبح
كمجموع عملي وجد واستغل لاستمالة سلوك الزبائن.

إن هذه الأهمية الكبيرة للزبائن يمكن فعلا أن تشكل سببا مشروعاً لعدم المنافسة، وحتى فكرة
المصلحة المشروعة وحدها لم تعد كافية للقول بأن السبب مشروع، وعليه يكون الالتزام
صحيحاً.

فهذه المصلحة لا يجب بأي حال من الأحوال أن تجعل حقوق الطرف الآخر مهددة، إذ لا بد أن
يكون هناك تلائم وتوازي في التزامات الطرفين، ويجب مراعاة مصلحة الطرفين سواء الدائن
بالالتزام بعدم المنافسة أو المدين به، وبعبارة أكثر دقة التوازن بين المصلحة المشروعة للدائن
وحماية الحريات الأساسية للمدين، كحرية التجارة والصناعة والعمل³.

ولما كان شرط عدم المنافسة يمثل مساساً مباشراً بهذه الحريات أصبح عنصر الملائمة يطرح
نفسه بحددة⁴، وعنصر الملائمة يبحث عنه دائماً من جهة الشخص الدائن بالالتزام لأنه هو الذي

¹ - والملاحظ في نهاية الأمر أن عنصر الزبائن هو الغاية الأساسية التي يهدف الدائن إلى حمايتها بهذا الالتزام، فالكاثب برنارد أرنول
يقول في كتابه " la passion créative " : " إن رب العمل الحقيقي هو الزبون "، ويعقب بأنه ليس رأس المال ولا العمل هما الذين
يوجهان المؤسسة، ولكنه الزبون، فهو لب وروح النشاطات الاقتصادية.

² - CHAPUT Yves, Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, colloque organise par le CREDA, le
06 Décembre 2000, publié sur le cite Web/ http: // WWW. CCIP. FR/ creda.p14 .

³ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 7.

⁴ - GAVALDA Natacha, op.cit, p 584.

يقع عليه عبء إثبات عدم إلحاق مساس كبير بحريات المدين، والسبب الوحيد المشروع هو الذي يرمي فقط إلى منع المنافسة غير العادية¹.

2- موضوع الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إذا كان سبب العقد مشروعاً؛ ذلك يعني أن للدائن بالالتزام بعدم المنافسة له مصلحة مشروعة من إدراج شرط عدم المنافسة في العقد، وهذا يجنبه الوقوع تحت طائلة البطلان²، لكن ومن جهة أخرى وتطبيقاً لمبدأ الملائمة، فإنه لا يجب أن يمس هذا الالتزام بحرية المدين في ممارسة نشاط مهني معين، وفي تمتعه بحقوقه الأساسية في العمل والتجارة.

لذلك من الناحية الموضوعية يجب ألا يهضم هذا الالتزام حقوق المدين بعدم المنافسة، وأهم ضمان لذلك هو وضع مثل هذا الالتزام في حدود ضيقة، سواء من حيث مدته ومجاله الجغرافي، ونوع النشاط، إضافة إلى إمكانية مباشرة نشاط مهني خاص به.

أ - ضرورة تحديد الالتزام من حيث المكان والزمان ونوع النشاط

إن هذه الضوابط الثلاثة هي التي تعطينا فكرة عن مدى الالتزام الواقع على عاتق المدين به فهي ضمانات من شأنها أن تخلق نوعاً من التوازن بين التزامات وحقوق الطرفين، لأنه لا يتصور أن يكون التزام المدين بعدم المنافسة مطلقاً، فيجب توفر نوعين من القيود أساساً، النوع الأول يتعلق بنوع النشاط المعني بالحظر، والثاني يتعلق بضرورة وجود حدود زمنية ومكانية³.

1- تحديد النشاط المعني بالحظر

يقع باطلاً كل شرط عدم منافسة يمنع كلياً كل نشاط اقتصادي أو مهني⁴، رغم أنه ليس هناك نص خاص يوقع هذا الجزاء، ولكن يمكن استخلاصه من القواعد العامة والمبادئ الأساسية التي تكفل الحق في العمل وممارسة النشاطات التجارية والصناعية، وهي مبادئ مستقرة، وأصبحت من النظام العام.

¹ - SERRA Yves, op.cit, p 7.

² - SERRA Yves, Concurrence interdite et concurrence déloyale, R. Dalloz, n° 31, 14 septembre 2000, p 312.

³ - BRUNETTI Nathalie, op.cit, p 30.

⁴ - VIGNAL- Marie Malaurie, op.cit, p 81.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
لذلك فهذا الالتزام لا يجب أن يضع المدين في وضعية الاستحالة المطلقة في ممارسة نشاط يتناسب ومؤهلاته العلمية وتكوينه¹، أو يجبره على تغيير مجال اختصاصه، فمثل هذا الشرط حتى وإن كان محددًا من حي الزمان والمكان فإنه من شأنه أن يجعل مصلحة الدائن غير مشروعة²، إذ لا يمكن لأي مصلحة مهما كانت أن تؤدي إلى إعدام حقوق الطرف الآخر، لذلك فالتشدد في تكيف مدى مشروعية السبب المطلوب، ويكون ذلك بالاستناد كذلك إضافة إلى الغاية والمبرر إلى النتائج المترتبة عنه وحجم تأثيرها.

لهذه الأسباب نجد أنه كلما كان للمدين بعدم المنافسة تكوين مختص كلما كانت فرص بطلان الالتزام كبيرة³، والعكس صحيح، فإذا كان له تكوين متعدد أو كانت طبيعة النشاط تسمح له بممارسته في قطاع آخر كانت فرص صحة هذا الالتزام كبيرة⁴.

وعليه فتحديد نوع النشاط المعني بالحظر له أهمية كبيرة جدا لأنه من خلاله يتم التعرف على حدود الالتزام الذي يتحمله المدين، وبالنتيجة لذلك يمكن متابعة مدى احترام تنفيذه، وكذلك الخطوط التي يشكل تعديها خرقا لمثل هذا الالتزام، ومن خلالها تثبت مسؤوليته العقدية، إذ لا يتصور أن تكون المسؤولية مائعة، وتثار لأي سبب، لأن في ذلك ما يجعل المركز القانوني للمدين غير مستقر ومهدد دائما.

2- تحديد الالتزام من حيث الزمان والمكان

إن هذين الشرطين لهما نفس آثار المعيار السابق، فهما يصبان في نفس السياق، وهو حماية مصلحة المدين، فإذا كان من غير المقبول أن يكون الالتزام مطلقا من حيث نوع النشاط، فإنه ومن باب أولى لا يعقل أن يكون مؤبدا، مما يشكل مساسا كبيرا بحقوق الدائن، وهو أمر لا يحتاج إلى إثبات، فالتأبيد يتنافى مع خصائص الالتزام ذاته.

وعليه يجب أن يكون محددًا لفترة زمنية معينة، تكون كافية متى تتغير الزبائن، ويصبح هذا

1 - VIGNAL- Marie Malaurie, op.cit, p 82.

2 - Ibid, p 83.

3 - VIGNAL- Marie Malaurie, op. cit, p 83.

4 - Idem.

المنافس الجديد ليس بإمكانه جذب الزبائن التي كان يعرفها¹، لكن يبقى معيار تحديد المدة مرتبطين بنوع النشاط ودرجة ارتباط الزبائن بهذا المدين، وهذه الأمور من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقدير توفرها، وله في سبيل تقدير ذلك أن يستعين بأهل الخبرة أو إجراء معاينة.

ولا يختلف الأمر بالنسبة للتحديد المكاني للالتزام بعدم المنافسة، فلا يعقل كذلك أن يكون المنع مطلقا في مجال جغرافي غير محدد، فمن حق المدين أن تكون له فرصة لممارسة نشاطه السابق في مكان آخر، وتقدير هذا المعيار مرتبط أساسا بطبيعة النشاط ومجال النشاط.

فقد يتعلق الأمر بطريق، أو حي، أو شارع، أو مدينة، أو أبعد من ذلك، ووجوب تحديد المكان يكمن في أن الزبائن غالبا ما تكون شخصية، مما يستوجب على بائع المحل التجاري مثلا أن يباشر التجارة المماثلة في مكان آخر، لكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فالصعوبة تثور بخصوص معايير تحديد المكان.

هل هو معيار منطقة النشاط والتوزيع، أم معيار مقر المحل، باعتباره مركز منطقة الحضر، أم من خلال تعيين حدود جغرافية ثابتة، والحقيقة أنه يجب أن نأخذ بعين الاعتبار مقاييس أخرى من خلالها يمكن تحديد المساحة محل الحظر، أهمها مساحة مكان النشاط وما إذا كانت مدينة كبيرة أم صغيرة، وما إذا كانت ريفية أم حضرية، وكذلك المكانة الاقتصادية وطبيعة علاقة الزبائن بالنشاط².

إشكال آخر يطرح بالنسبة لمسألة الجمع بين التحديد الزماني والمكاني، هل الأمر يتعلق بتكامل المعيارين، أم الجمع بينهما اختياري.

¹ - بلال سليمة، حماية المحل التجاري (دعوى المنافسة غير المشروعة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة فرحات عباس، سطيف، سنة 2000-2001، ص 10.

² - فيجب مثلا التعامل بطريقة حازمة في مواجهة المسير القديم لمؤسسة تتمتع بقدر كبير من اهتمام الزبائن، حيث تشكل احتكارا حصريا للتوزيع في منطقة معينة على خلاف مسير محل تجاري، لأن المنافسة التي يقوم بها هذا الأخير تكون بالضرورة أقل خطرا لأن زبائنه يكونون في الغالبية غير معروفين، راجع:

* PICARD Jean, De quelques effets des clauses de non- rétablissement souscrites par un gérant libre de fonds de commerce, J.C.P. 1958, I 1420.

إن الكثير من الكتاب يحملون الأمر على أنه اختياري، وأحدهما يغني عن الآخر¹، لكن الحقيقة أن الأمر يبقى نسبيا وهو مرتبط أساسا بحماية مصلحة الطرفين التي يجب أن تتسم بالتوازن² فقد يقتضي ذلك ضرورة التحديد الزمني والمكاني معا³، وقد يكون تحديد أحدهما كافيا، خاصة من الناحية الزمنية، فالمنع من المنافسة إذا كان محددًا زمنيًا، فإن من شأن ذلك أن يزيل أثر إطلاق المنع المكاني، ويبقى التوازن بين مصلحة الدائن والمدين بالالتزام بعدم المنافسة.

لكن إذا كان هذا الالتزام غير محدد من حيث المدة ولو كان محددًا من حيث المكان، فإن ذلك من شأنه أن يرهن المستقبل المهني للمدين، ويجعل مركزه القانوني غير مستقر، خاصة إذا كان المكان المعني بالحظر كبيرًا، وينكبد المدين جراء ذلك صعوبات كبيرة، وبالأخص إذا كان نشاطه متخصصًا ومرتبًا بمنطقة ما فقط.

وتعود هذه الأهمية الكبيرة لمعيار التحديد الزمني إلى أن الزمن هو المحدد الأول لاعتبار الالتزام بعدم المنافسة استثناءً وتقييد يؤخذ في حدود ضيقة.

ب- إمكانية مباشرة المدين لنشاط مهني

إن هذا الضابط ما هو إلا نتيجة حتمية للشروط السابقة، وضمانة أساسية للمدين بالالتزام بعدم المنافسة، ولقد تم استنتاجه من خلال شرط عدم المنافسة الذي يدرجه رب العمل في عقد العمل ويخص المرحلة اللاحقة على انتهاء عقد العمل، إلا أن تطبيقاته اتسعت لتشمل أنواع أخرى من العقود، كعقد الإعفاء التجاري (contrat de franchisage)⁴.

فهذا الشرط حتى وإن كان محددًا من حيث الزمان والمكان إلا أن ذلك غير كاف، خاصة إذا كان من شأنه أن يجرد المدين من حقه في ممارسة نشاط مهني يتوافق ومؤهلاته، لذلك لا يجب أن يكون التحديد كفاية في حد ذاته، بل هو وسيلة تسمح للمدين بالالتزام بعدم المنافسة

1 - أنظر مثلاً:

* VIGNALE- Marie Malaurie, op. cit, p 81.

* BRUNETTI Nathalie, op. Cit. p 30.

* SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op. cit, p 8.

2 - SERRA Yves, Concurrence interdite et concurrence déloyale, op.cit, p 313.

3 - الياس أبو عيد، مرجع سابق ص 315..

4 - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 9.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة بالاستمرار في ممارسته النشاط المهني الخاص به¹، والذي يتمشى دائما مع تكوينه ومعارفه وخبرته المهنية، وليس فقط إمكانية ممارسة نشاط مهني، خاصة إذا أصبح مجبرا على ممارسة نشاط جديد، ولا يستفيد من خبرته السابقة².

وعلى العموم فهذا الأمر يعزى إلى القاضي الذي يجب عليه أن يستنتج ذلك من خلال تقديره للتحديد الزماني والمكاني لهذا الالتزام، فإذا كان مثلا التحديد الجغرافي كبيرا جدا، كان ذلك سببا للقول بأنه يؤثر على حق المدين في ممارسة نشاطه المهني الخاص.

ثانيا: شروط الصحة تأسيسا على قانون المنافسة

إن شرط عدم المنافسة وإن استجمع شروط صحته وفقا للقواعد العامة، فإنه من شأنه أن يقع تحت طائلة الحظر، وفقا لقانون المنافسة³، من خلال تكييفه على أنه اتفاق محظور لأنه يرمي إلى الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها⁴، وقد يكون هذا الشرط مفروضا بواسطة شركة متعسفة في وضعية هيمنتها على السوق أو احتكار لها⁵.

أ. شروط صحة الممارسات المقيدة للمنافسة

للأسباب السابقة يصبح من الضروري دراسة شروط صحة الالتزام بعدم المنافسة من وجهة نظر قانون المنافسة⁶، فالقواعد العامة أصبحت قاصرة عن الإلمام بالتطورات الكبيرة التي يشهدها النشاط التجاري والاقتصادي.

لذلك كان من الضروري إيجاد نصوص خاصة، تواكب هذه التطورات، ومن بين هذه النصوص نجد قانون المنافسة الذي يعتبر كآلية لتنظيم السوق، والذي أتى بمفاهيم وتصورات جديدة الغاية منها هي حماية لعبة المنافسة في السوق وكل اتفاق من شأنه أن يحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيه، يكون محظورا، مع ضرورة توفر ظروف

¹ - SERRA Yves, Obligation de(...), op.cit, p9.

² - Idem.

³ - يتعلق الأمر بالأمر 03/03 المؤرخ في 19 جوان 2003 والمتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43، مؤرخة في 20 جوان 2003 الموافق عليه بموجب القانون رقم 12/03 مؤرخ في 25 أكتوبر 2003 الجريدة الرسمية عدد 64.

⁴ - المادة 1/6 من نفس الأمر.

⁵ - المادة 1/7 من نفس الأمر.

⁶ - VIGNALE - Marie Malaurie, op.cit, p 83.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
ووقائع جديدة هي وجود سوق بالمعنى القانوني، وكذلك كون النشاط تنافسي، وهي محددات من خلالها يمكن تطبيق قانون المنافسة، وليس القواعد العامة، وبعدها يمكن استنتاج شروط صحة الالتزام بعدم المنافسة من وجهة نظر قانون المنافسة.

ونجد نفس مقتضى المادة 9 الذي يطبق إذا كان الالتزام بعدم المنافسة في شكل شرط - وهو الغالب - تعاقدية يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة¹، وهو المقتضى الذي نصت عليه المادة 13 من الأمر 03/03².

و عليه ومن خلال نصي المادتين 9 و 13 السابقتي الذكر يمكن أن نستنتج شروط صحة الممارسات المقيدة للمنافسة والتي قد تنطوي على التزام بعدم المنافسة.

وفي هذا الخصوص نجد أن شروط صحة الاتفاقات هي نفسها بالنسبة لوضعيات الهيمنة والاحتكار، فيكفي الإحالة إليها في الفصل الأول، دون أن ننسى أن حكم المادة 13 تؤكد على الطابع الملحق للالتزام بعدم المنافسة.

ب. الطابع الملحق للالتزام بعدم المنافسة

إن هذا الطابع الملحق (à titre accessoire) يمكن استنتاجه من خلال نص المادة 13، فهذا الالتزام يجب أن يكون ملحقا باتفاق أصلي، ولا يمكن أن يكون هو نفسه الأصل، لأنه في هذه الحالة لا يمكن تبريره، لأن أثره على المنافسة سيكون بدون شك خطير³.

وهذه الخاصية هي التي تجعل منه ذو طبيعة ضرورية⁴، وهو ما يبرر أكثر مشروعيته، لهذا نجد أن كل اتفاق عدم منافسة يبرم بصفة أصلية يكون باطلا نظرا لأثره الكبير على المنافسة.

إذن فالطابع الملحق للالتزام بعدم المنافسة لا يمكن الوقوف عليه من خلال المعيار الشكلي فقط بمعنى أن الأمر يتطلب تجاوز مجرد الملاحظة السطحية - بوجود اتفاقيين مختلفين، الأول

¹ - BURST Jean- Jacques et KOVAR Robert, Droit de la concurrence, Economica , Paris, collection droit des affaires et de l'entreprise, 1981, p 256.

² - تنص المادة 13 على ما يلي: " دون الإخلال بأحكام المادتين 8 - 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6، 7، 10، 11، 12 أعلاه."

³ - محمد بن فرج، مرجع سابق، ص 25.

⁴ - VIGNAL - Marie Malaurie, op. cit, p 84.

أصلي والثاني ملحق به - إلى النظر والبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين والغاية الأساسية التي يريدانها¹.

وبذلك يمكن الحكم على شرط عدم المنافسة بأنه لا يكفي كاتفاق محذور إذا كان وجوده يمكن تحليله كضروري لتحقيق هدف الاتفاق الذي يعتبر الشرط ملحقا به، ويكون الاتفاق ذاته صحيحا كشرط أساسي وذلك على النسق السابق بيانه².

ففي حالة التنازل عن مؤسسة، فإن شرط عدم المنافسة يكون صحيحا، لأنه ضروري ويسمح بتجنب إعادة جلب الزبائن من طرف المتنازل عن هذه المؤسسة، بعبارة أخرى فالشرط يجب أن يكون ضروريا لضمان قيمة الشيء المتنازل عنه³.

إضافة إلى خاصية الضرورية والمرتبطة أساسا بعنصر تبعية الالتزام بعدم المنافسة، فإن هذا الأخير يجب من جهة أخرى ألا يشكل مساسا كبيرا بلعبة المنافسة، وذلك بأن يتماشى مع موضوع العقد وضروريته⁴، وهذين الشرطين لا يمكن لأحدهما أن يغني عن الآخر، وهو أمر معقول، فإذا كان هذا الشرط ضروريا لحماية القيم المتنازل عنها، فإنه من جهة أخرى يجب أن يكون نسبيا وفي حدود تمنعه من أن يؤثر على المنافسة⁵.

إذن في النهاية هذا التصور يمكن من الأخذ بنفس المنطق الموجود في القواعد العامة، والمتعلق أساسا بفكرة التناسب بين التزامات المدين بالالتزام بعدم المنافسة التي تربط بخاصية الضرورية واللزوم لشرط عدم المنافسة. وكذلك التزامات الدائن والتي تربط هي الأخرى بالحفاظ على الحريات الأساسية للمدين بتعبير عدم المساس بلعبة المنافسة.

¹ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 9.

² - Ibid, p10

³ - MALAURIE -VIGNALE Marie, Droit de la concurrence, op.cit, p 83.

⁴ - أنظر:

* SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op. cit, p 10.

* SERRA Yves, Concurrence interdite et concurrence déloyale, op. cit, p 313.

⁵ - أنظر:

* SERRA Yves, Concurrence interdite et concurrence déloyale, op. cit, p 313.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
ولا يمكن كذلك الإغفال عن ضرورة التقييد الثلاثي للالتزام بعدم المنافسة، سواء من حيث
الزمان أو المكان أو نوع النشاط¹، التي تعتبر كضمانات أساسية بالنسبة للمدين.

المطلب الثاني: تطبيقات الالتزام العقدي بعدم المنافسة

سبق القول بأن شرط عدم المنافسة أول ما ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتقل هذا
النظام إلى دول أوروبا وكان يطبق أصلا في عقد العمل، ثم في عقد بيع المحل التجاري، إلا أن
تطبيقاته الآن اتسعت لتشمل عقود أخرى، لذلك فالتركيز ينصب من الماحية التطبيقية على عقد
العمل، وعقد التنازل عن المحل التجاري، وكذلك بعض العقود الخاضعة لقانون المنافسة لأنه
في النهاية، الأمر يتعلق بإبراز الجانب العملي لشروط صحة الالتزام بعدم المنافسة.

فرع أول: عقد العمل

يعتبر قانون العمل نقطة التقاء الجانب الاقتصادي مع الجانب الاجتماعي²، فهو وليد هذا
التزاوج المتناقض، لذلك فقانون العمل ما هو إلا رؤية تقريبية، ولا يمثل العدالة الاجتماعية
البحثة، فلقد نشأ مع النظام الرأسمالي، وتطور نتيجة الصراع العمالي المتواصل³، فهو إذا جزء
وحلقة أساسية من قانون السوق.

و من أجل دراسة شرط عدم المنافسة في ظل عقد العمل فلا بد من التمييز بين مرحلتين
أساسيتين:

أولا: مرحلة سريان عقد العمل

إن العقد وفقا للقواعد العامة لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول كل ما
هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام⁴.

وهو أمر يجد طريقه إلى التطبيق في عقد العمل، فأتثناء سريانه نجد أنه حتى ولو لم يكن هناك
اتفاق بين الطرفين فإن العامل ملزم بالألا يخل بالتزاماته تجاه مستخدمه، أو يلحق به أي ضرر

¹ - SERRA Yves, , Concurrence interdite(...), op.cit, p313.

² - LYON- CAEN Gérard, PELISSIER jean, SUPIOT Alain, droit du travail, 19^{ème} édition, édition Dalloz, 1998, p 5.

³ - Ibid, p 4.

⁴ - GUISLAIN Pierre, Les privatisations(un défi stratégique, Juridique institutionnel) édition De Book- Wesmael, Bruxelles, 1995, p 93.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
وأهم شيء ألا ينافسه في عمله، سواء لمصلحته الشخصية أو لفائدة مؤسسة منافسة، وهو أمر أكده المشرع بنص المادة 7/7 ق ع ع، وهو بصدد تعداده لالتزامات العامل.

والحقيقة أن الالتزام بعدم المنافسة يمكن أن يستنتج عن طريق مبادئ أخرى التزم العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل، وكذلك مبدأ حسن النية الذي يفرضه العقد على طرفيه¹.
لذلك ففي هذه المرحلة السابقة على انقضاء عقد العمل، يكون العامل ملزم بعدم المنافسة بقوة القانون، لكن في العادة يتم الاتفاق بين الطرفين على وضع حدود لهذا الالتزام، من خلالها يتم بيان الالتزامات الدقيقة للعامل، وما يجب عليه فعله، وكذلك يعتبر هذا الاتفاق كإعلام للعامل وتذكيره بواجباته وما يترتب عليها من عقوبات².

ثانيا: مرحلة ما بعد انقضاء عقد العمل

بعد انقضاء عقد العمل، يتغير المركز القانوني للعامل، وينقضي عنه هذا الوصف القانوني وتنقضي تبعاً لذلك الالتزامات المفروضة عليه، ويسترد هذا المدين كامل حريته في العمل والنشاط والمنافسة مستندا في ذلك لمبدأ حرية التجارة والصناعة وحرية العمل³.

لكن يمكن التساؤل عن مدى إمكانية بقاء ذمة العامل مشغولة بالالتزام بعدم المنافسة في الفترة اللاحقة على انقضاء عقد العمل سواء وجد هذا الالتزام مصدره في عقد العمل الأصل، أو في اتفاق لاحق⁴.

الحقيقة أن هذا المقتضى يبقى رهين إرادة الأطراف، وهي المصدر الوحيد لذلك، وعادة ما يتم الاتفاق على استمرار الالتزام بعدم المنافسة إلى ما بعد انقضاء عقد العمل⁵.

ولقد ظهرت عدة تفسيرات تحاول إعطاء مبرر لاستمرار هذا الالتزام وأهمها نصين قانونيين يستعملان كأساس قانوني:

¹ - سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2004 ص 262.

² - SERRA Yves, Obligation de non - concurrence, op. cit, p 6.

³ - Idem.

⁴ - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 186.

⁵ - SERRA Yves, Obligation de (...), op. cit, p 7.

- نص المادة 302 ق ع التي تعاقب على جريمة إفشاء السر المهني¹، فهناك من يتخذ من هذا النص كأساس لإضفاء المشروعية على هذا الالتزام. لكن الأمر لا يستقيم تماما نظرا لاختلاف الذي تعالجه هذه المادة عن موضوع عدم المنافسة، إذ يفترض تطبيقها ابتداء من توافر أركان جريمة إفشاء سر المؤسسة²، بينما نجد العامل ملزما بعدم المنافسة حتى قبل ارتكابه لهذه الجريمة.

- وحتى وإن أخذنا بهذا النص كأساس قانوني، فإن قوته الإلزامية متوقفة على وصف "العامل" واستمراره العمل بالمؤسسة، ولا يمكن متابعة العامل بهذه الجريمة إذا انتهت علاقته بالمؤسسة. وهناك من يرى في نص المادة 124 ق م كأساس قانوني³، من خلال البحث في قواعد المسؤولية المدنية، علما تقدم تبريرا يؤكد مشروعية مثل هذا الالتزام.

وإن كانت قواعد المسؤولية المدنية تفترض وجود ثلاثة أركان أساسية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، فإنه بالنسبة لموضوع الالتزام بعدم المنافسة، نجد أن المدين لم يرتكب أي خطأ حتى وإن نشأ ضرر للدائن، فعمل المدين ناتج عن ممارسته لحقه في المنافسة، وأي خطأ ذلك الذي يمكن نسبته إلى العامل الذي انقضت علاقة عمله، وما لديه سوى مهارته يقات منها فالمستخدم أو العامل باشر حقه الطبيعي في العمل، ومن هنا لا يتوفر في حقه عنصر الخطأ⁴.

لذلك فلا يمكن - في غياب نص خاص يعالج الموضوع - إلا أن نستند إلى إرادة الأطراف التي تجد حريتها في الاشتراط طبقا لمبدأ حرية التعاقد. والحقيقة أن الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد الالتزامات الناشئة عنه، يعتبر جائزا، ويصح اقتران العقد به، وكذلك يعتبر جائزا، الشرط المتعارف عليه الذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع⁵.

لذلك فمشروعية هذا الالتزام مقرونة بتوفر شرط صحته، السابقة.

1 - تنص المادة 302 من الأمر رقم 156/66، المتضمن قانون العقوبات على ما يلي: " كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنبي أو جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخولا له ذلك يعاقب (...) وإذا أدلى بهذه الأسرار إلى جزائريين يقيمون في الجزائر فتكون العقوبة (...) ".

2 - محمد محسن النجار، مرجع سابق، ص 44.

3 - تنص المادة 124 ق م على ما يلي: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير، التزم من كان سببا فيه بالتعويض ".

4 - محمد محسن النجار، مرجع سابق، ص 44.

5 - محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية طبعة 1998 ص 159.

أ - وجود مصلحة مشروعة

قبل التفصيل في المصلحة المشروعة التي تبرر لرب العمل إدراج مثل هذا الالتزام في عقد العمل، يجب أولاً بيان الالتزامات المترتبة على العامل جراءه.

- فالعامل ملزم بالألا ينشأ تجارة مماثلة لمصلحته، وفي هذا المظهر يعتبر الوصف الاقتصادي للعامل كعنصر إنتاج ثم يصبح منظم.

وفي هذا الحذر تناقض صارخ مع قوانين المنافسة¹، غير أن هذا التناقض يزول إذا ما حاولنا تفهم المراحل المختلفة من نمو الاقتصاد الرأسمالي. فسرعان ما نكتشف أن المرحلة الحالية تتمثل في التركيز المتزايد لرأس المال الأمر الذي لا تأتي إلا بالاحتكار، سواء تعلق هذا الاحتكار بسوق عوامل الإنتاج، أو بسوق التوزيع.

وفي هذا تفسير لظهور شرط عدم المنافسة ابتداءً في عقود العمل، فهو مناسبة أساسية للتحكم بعملية الإنتاج².

- العامل كذلك ملزم بعدم الارتباط بعلاقة عمل جديدة مع مؤسسة منافسة، وهو أمر غايته تكريس احتكار المشروعات لعوامل الإنتاج في مواجهة منافسيها، وتعطيل للكفاءات والمهارات الفنية³، إذن ومن خلال هذين الالتزامين الأساسيين تبدو عملية التحجج بمصلحة مشروعة تجيز الالتزام بعدم المنافسة غاية في الدقة.

لقد سبق القول بأن المصلحة المشروعة للدائن هي في النهاية مناط القول بمشروعية هذا الالتزام، وهي المبرر الأساسي الذي من أجله يمكن تقييد المدين، دون أن تثار أي مسؤولية.

وعقد العمل يعتبر المجال الخصب الذي يمكن أن يشهد تطبيقات واسعة لشرط عدم المنافسة لعدة مبررات أهمها عدم وجود نصوص خاصة تتناول الموضوع⁴، وكذلك اعتباره كنتيجة

1 - محمد محسن النجار، مرجع سابق، ص 42.

2 - المرجع السابق، ص 42.

3 - نفس المرجع، ص 43.

4 - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 184.

للتطبيقات المفرطة لمبدأ السرية المهنية الذي يحظى باهتمام تشريعي كبير¹، وكذلك سيطرت مبادئ أخرى تمهد الطريق لأعمال شرط عدم المنافسة كمبدأ الوفاء، وتنفيذ العقد بحسن نية².

و يجب التذكير أن النقاش حول شرط صحة الالتزام بعدم المنافسة لم ينته بعد، فالرهان حول هذه الشروط أصبح كبيرا في مرحلة أصبح للموارد المعنوية شأن كبير³.

وحتى نقول بأن للدائن بالالتزام بعدم المنافسة - المستخدم - في عقد العمل مصلحة مشروعة يجب أن تتوفر بعض الظروف المكملة ومنها:

- أن يكون الالتزام محددًا من حيث الزمان و / أو المكان ونوع النشاط، وهذه الظروف الثلاث ما هي إلا مؤشرات أو دلائل لمدى التوازن الناتج عن الشرط⁴، فرب العمل لا يمكن أن يستعمل سلطاته على المؤسسة من أجل أن يلعب دور القاضي الذي يفرض أحكاما على العمال⁵، ويتشدد في فرض مختلف الشروط التي تضمن له المحافظة والدفاع على مصالحه بإلزام العمال بعدم العمل في مؤسسات تمارس نفس النشاط المهني أو الصناعي، خوفا واحتياطا على نقل معارفهم و مؤهلاتهم إلى هذه المؤسسات، متجاهلا بذلك أهم حق أقرته القوانين الأولى في مجال العمل، والمتمثل في مبدأ حرية العمل بالنسبة للعمال، ومبدأ حرية الصناعة والتجارة بالنسبة لأصحاب العمل⁶.

ولقد صدر في فرنسا لأول مرة سنة 1970، حكم أجاز اعتماد شرط عدم المنافسة في عقود العمل، على ألا يمس ذلك بمبدأ حرية عمل المدين الزماني والمكاني، مع الأخذ بعين الاعتبار

1 - المرجع السابق، ص 183.

2 - راجع:

- SERRA Yves, Obligation de(...), p 6.

- عصام أنور سلامة، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1999، ص 544.

3 - GAVALDA Natacha, Les critères de validité des clauses de non- concurrence en droit du travail, RDS n° 6, Juin 1999, p 582.

4 - voir:

-Ibid, p 583

- LYON - CAEN Gérard, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, op.cit, p 256.

5 - GAVALDA Natacha, op.cit, p 584.

6 - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 184.

مؤهلات وخبرة العامل وهو الحكم الذي يستند إلى أحكام المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتكريس مبدأ حرية التعاقد على أساس سلطان الإرادة¹.

وانطلاقاً من ذلك بدأ القضاء يقيد من شرعية هذا الشرط وربطه بضرورة التقييد بالبعد الزمني بما لا يجعل العامل مقتصرًا في خدماته وجهده على صاحب عمل واحد وطول حياته².

- أن يكون إدراج هذا الشرط في العقد ضرورياً جداً لحماية مصالح المؤسسة³، وعلى المستخدم أن يثبت بأن قواعد المنافسة غير المشروعة لا تكفي لحماية المصالح المشروعة للمؤسسة⁴، وهذه الضرورة الحالة⁵، هي التي تجعل من سبب الالتزام مشروعاً على الأقل بتوافر التحديد الزمني والمكاني ونوع النشاط.

- أن يكون قطاع النشاط تنافسياً، إضافة إلى وجود ضرر تنافسي يسببه العامل⁶، وهذين الشرطين ما هما إلا تحصيل حاصل، إذ كيف تمنع المنافسة في مناخ غير تنافسي، أو لا ينتج عنه أي ضرر، وإن كان هذا الشرط الأخير يحتاج إلى عناية أكبر، لأنه سبق القول بأن مبدأ حرية المنافسة، يجعل من الضرر التنافسي مشروعاً متى تم وفقاً لقواعد المنافسة الشريفة.

وبقد صدرت في فرنسا عدة أحكام قضائية تشدد على ضرورة وجود نشاط تنافسي⁷، ونكون أمام علاقة تنافس عندما تكون هناك مؤسستان تقدمان لنفس الزبائن أو المستهلكين نفس النوع من الخدمات، من أجل إشباع حاجات مماثلة أو متشابهة، أما بالنسبة للضرر التنافسي فعلى القاضي لتقدير الضرر أن يستأنس بشيئين:

1 - نفس المرجع السابق، ص 184.

2 - نفس المرجع السابق، ص 185.

3 - GAUDU François, Droit du travail, Edition Dalloz, 2004, p 63-64.

4 - LYON- CAEN Gérard, PELISSIER Jean, SUPLOT Alain, op.cit, p 253.

5 - Cass Soc, 10 juillet 2002, Paris, MALAURIE - VIGNAL Marie, op.cit, p 83.

6 - GAVALDA Natacha, op.cit, p 585.

7 - أنظر:

- Cas. Soc, Paris, 2 juillet 1997, GAVALDA Natacha, op.cit, p 585.

- Cas. Soc, Nancy, 9 décembre 1996, Idem.

- Cas. Soc, Rouen, 4 novembre 1997, GAVALDA Natacha, op.cit, p 585.

- Cas. Soc, Riom, 19 mai 1998, Idem.

1 - الاتصال بالزبائن: أي أن يبحث فيما إذا كان الاتصال بالزبائن هو الذي يسمح للعامل بالقيام بعمل من طبيعته الإضرار بالمؤسسة¹، وكمثال على ذلك نجد رئيس ورشة لإصلاح السيارات، حيث يكون تعامله مع الزبائن مباشرا².

والإتصال بالزبائن يجب أن يكون فعالا ومن شأنه تحويلهم، وأن يكون لمدة كافية لذلك فالعامل المبتدئ لا تكون له القدرة على جلب الزبائن إليه، لأن مدة عمله لم تكن كافية لأن يتعلق به الزبائن³.

2 - الإتصال بمعلومات خاصة بالمؤسسة، لأن المعلومات الحساسة تمثل مصلحة مشروعة يجوز للمؤسسة حمايتها وعلى القاضي في سبيل ذلك أن يبحث فيما إذا كان المنصب الذي يشغله يمكنه من الإطلاع على هذه المعلومات⁴، وكذلك بالنظر إلى مجال النشاط الخاص بالمؤسسة، ومن جهة أخرى بمدة عقد العمل لأنهما عنصران كافيان للحصول على معلومات خاصة عن أي مهارة، وتقدير هذه المهارة يكون بالنظر كذلك إلى التقنيات المستعملة من طرف هذه المؤسسة بالمقارنة مع التقنيات التي تستعملها المؤسسات الأخرى، لأن هذا الأمر من شأنه أن يساعد على الفصل بين المهارة الخاصة بالمؤسسة وخبرة العامل المهنية⁵.

ب - مبدأ التوازن أو التلاؤم

لا يمكن التناسي أبدا بأن حرية العمل مضمونة بنصوص قانونية أصبحت حقوقا مكتسبة، لذلك فليس من المعقول أن يتحول الاستثناء إلى مبدأ أو أن يستغرق هذا الاستثناء المبدأ، أي أن الإلتزام بعدم المنافسة لا يجب أن يجعل العامل مهددا في طلب رزقه⁶، بل يجب مراعاة ظروف المدين بهذا الإلتزام، حتى يمكن إيجاد نوع من التوازن بين الإلتزامات، وأن يترك للعامل حرية ممارسة نشاطه المعتاد الذي يتماشى وتكوينه وخبرته.

¹ - " Le risque de concurrence est donc réel d'autant que le salarié est en contact direct avec la clientèle ", cas. Soc, Aix- en-provence, 26 septembre 1994, Ibid, p 586.

² - " La qualité de chef d'atelier de l'intéressé le mettant en contrat direct avec la clientèle, la clause de non-concurrence n'était pas disproportionnée à la protection de l'intérêt légitime de la première société ", cas. Soc, Paris, 10 janvier 1991, Idem.

³ - GAVALDA Natacha, op. cit, p 586.

⁴ - " Du défaut d'accès du salarié à des connaissances ou informations ou compétences de nature à nuire à l'ex-employeur au cas de mise à disposition de la concurrence ", cas. Soc, bourges, 30 juin 1995, Idem.

⁵ - Ibid. p 587.

⁶ - PICOD Yves, Concurrence déloyale et concurrence interdite, R.D n° 11, 18 mars 1999, p 100 - 110.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
ومنه كلما كان موضوع تكوين العامل عاما كلما كان الالتزام صحيحا، لأن من شأن ذلك أن
يمكنه من ممارسة نشاط آخر، وعلى العكس من ذلك كلما كان نشاط العامل أكثر تخصصا ودقة
كلما تقلصت فرص صحته، لأنه لا يمكن إجبار العامل على ممارسة عمل لا يجيده أو بعيدا عن
مؤهلاته.

ج - ضرورة حصول العامل على تعويض

يبدو الأمر منطقيا من خلال هذا الشرط، حيث أنه بانقضاء عقد العمل، يصبح التزام العامل
بعدم المنافسة لا يقابله من جهة أخرى التزام في ذمة رب العمل.

وكان هذا الشرط كتطبيق قضائي، وبموجبه يلتزم صاحب العمل بتسديد تعويض عدم المنافسة
ابتداء من تاريخ المغادرة الفعلية للعامل للمؤسسة¹، ولا ترتبط صلاحية الالتزام بعدم المنافسة
بوجود تعويض نقدي إلا في حالة وجود اتفاق مخالف²، هذا التعويض لا يعتبر كجبر لضرر
ولكنه تعويض عن الامتياز الحاصل لرب العمل نتيجة غياب منافسة العامل له، فغياب هذا
التعويض من شأنه أن يحرر العامل من التزامه بعدم المنافسة³، لكن من ناحية ثانية فالعامل إذا
خرق هذا الالتزام يصبح غير مستحق لهذا التعويض.

وأكثر من ذلك، فلا يمكن اعتبار احترام شرط عدم المنافسة كضرر يستوجب التعويض، لكن
الضرر الحقيقي هو عدم دفع هذا التعويض في حالة احترام الشرط⁴.

وفي نفس السياق أوجد المشرع المصري شرطا آخر لصحة الالتزام بعدم المنافسة في عقد
العمل، وهو ألا يقترن الاتفاق على عدم المنافسة بشرط جزائي مبالغ فيه، لأن اقترانه بهذا
الشرط يعد وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة صاحب العمل⁵.

لهذا تدخل المشرع المصري واضعا جزاء قاسيا بنصه على أن البطلان يمتد إلى شرط عدم
المنافسة بالرغم من أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تبعي، بينما الالتزام الأصلي هو عدم

¹ - PUIGELIER Catherine, Note sous cass. Soc, 15 juillet 1998, R.D, n° 16, 22 avril 1999, p 238.

² - Idem.

³ - Idem.

⁴ - Idem.

⁵ - المادة 687 من القانون المدني المصري.

المنافسة، والمفروض ألا يستتبع بطلان الشرط الجزائي بطلان شرط عدم المنافسة¹.

إن هذه الشروط التي يجب أن تتوفر في الالتزام بعدم المنافسة في عقد العمل عادة ما تتدخل بشأنها الاتفاقات الجماعية.

الفرع الثاني: عقد بيع المحل التجاري

باننتشار بعض التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري وعلى رأسها عقد البيع، ظهر جليا الخطر الذي يمثله بائع المحل التجاري بالنسبة للمشتري، من حيث منافسته له، خاصة إذا أعاد البائع ممارسة نفس نشاط المحل التجاري المتنازل عليه، وبذلك فهو يبقى على الزبائن القدامى له، ويحرم المشتري منهم²، لذلك جرت العادة على أن يلزم المشتري البائع بعدم منافسته له، ويأخذ هذا الالتزام شرط عدم مباشرة النشاط من جديد (une clause de non rétablissement)³.

والهدف الأساسي من هذا الالتزام هو حماية استثمار المؤسسة التجارية، بعناصرها مجتمعة وخاصة عنصرها الأهم المتمثل في الاتصال بالعملاء، والمحافظة على قيمة هذه العناصر⁴.

فالمحل التجاري في النهاية مبني على عنصر الاتصال بالعملاء وجودا وعدما، ومما لا شك فيه أن شخصية التاجر تتجسد في علاقاته المباشرة بالزبائن، ومقدرته التقنية والمهنية، وفي طبيعة الاستثمار، وهي العامل الأهم والجوهري في تكوين المؤسسة والمحافظة عليها، فمنشئ المحل التجاري والمحافظ عليه هو الشخص الذي يجلب الزبائن.

لذلك فكل التزام أو تعهد يطال استثمار المحل التجاري إنما يتسم بطابع شخصي، فالعلاقة بين المستثمر وأداة الاستثمار علاقة متينة ومترابطة، ولا يمكن فصلهما عن بعضهما، وهذه العلاقة هي التي من شأنها تثبيت زبائن المحل التجاري أو تشتيتها⁵.

¹ - سيد محمود رمضان، مرجع سابق، ص 266.

² - SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op.cit, p 3.

³ - Idem.

⁴ - إلياس جوزيف أبو عيد، المؤسسة التجارية، الجزء الثاني، دار بيروت للنشر، بيروت، طبعة 1983، ص 129.

⁵ - المرجع السابق، ص 129 - 130.

لكل هذه الأسباب هل يمكن القول بأنها مبررات كافية لأن تجيز الالتزام بعدم المنافسة، وقبل ذلك يمكن إثارة مدى جدوى الالتزام بعدم المنافسة في ظل وجود حلول في القواعد العامة لعقد البيع، وتؤدي نفس الدور وهو حماية المحل التجاري، وهي أحكام الالتزام بالضمان.

أولاً: الالتزام بعدم المنافسة والالتزام بالضمان

إن قانون الأعمال لم يصل بعد إلى تأصيل قواعد تجعله مستقلاً عن فروع القانون الأخرى وهو سبب يجعلنا دائماً نعود للقواعد العامة.

فالالتزام بالضمان كمبدأ قانوني متعلق بالنظام العام يمكن أن يجد طريقه للتطبيق في حالة بيع المحل التجاري، سواء في غياب شرط عدم المنافسة، أو بعد انقضاء أجله¹، إلا أن الحقيقة هو أن الغرض ليس محاولة تأصيل قواعد قانون الأعمال، ولكن محاولة عدم إهمال القواعد العامة فالالتزام بعدم المنافسة في بيع المحل التجاري يجد مصدره في إرادة الأطراف، هذا التحليل الأخير بدأ يهجر من قبل الفقه للاعتماد على فكرة أخرى أكثر اهتماماً لحماية مصالح المشتري وهي فكرة الضمان القانوني في عقد البيع، وبالتحديد الربط بين التزام البائع بعدم المنافسة والضمان القانوني المقرر في القواعد العامة².

فحماية عنصر الزبائن في بيع المحل التجاري تظهر كعملية نقل لأحكام عقد البيع، وتطبيقها على هذا النوع الخاص من الأموال، فالالتزام البائع بعدم التعرض الشخصي للمشتري يترجم على أنه التزام بعدم المنافسة، وعليه فهو يجد مصدره في نص القانون بعيداً عن كل تصرف إرادي³.

وهذا الضمان من طبيعة العقد، ولا يلزم لوجوده اشتراط خاص في العقد حيث يتمتع المشتري به بمقتضى نصوص القانون، والتي جاءت تفسيراً لإرادة المتعاقدين، والتي تبين مدى الالتزامات التي يترتبها العقد على عاتق البائع⁴، فمثل هذا الضمان هو من مستلزمات عقد البيع. لكن ونظراً إلى أن الالتزام بالضمان في القواعد العامة يكون غير محدود من حيث المدة والمكان، فالأمر يحتاج إلى مراجعة، وكذلك إلى وضع حدود فاصلة، ويتم ذلك في العادة من

¹ - ACCHER Frédéric, Utilité de la clause de non rétablissement lors d'une cession de fonds de commerce, recueil Dalloz, cahier droit des affaires, n 08, 12 février 2002, p 713.

² - راجع المادة 371 من القانون المدني.

³ - SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op.cit, p 3.

⁴ - كامران الصالحي: بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 1998، ص 228.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة خلال إدراج شرط عدم المنافسة في العقد من خلاله وضع حدود زمانية ومكانية¹، لذلك فإن الاستعانة بتقنية الضمان القانوني يبرر بأنه احترام للالتزام بعدم المنافسة الذي يشكل مع الزبائن ثنائيا لا ينفصل²، وهذا الأمر يبدو منطقيا في المرحلة السابقة على انقضاء الالتزام بعدم المنافسة.

لكن يبقى التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق قواعد الضمان القانوني بعدم التعرض باعتبارها من النظام العام، في حالة تحويل الزبائن من طرف البائع بعد انقضاء التاريخ المحدد لكي ينتج الالتزام بعدم المنافسة آثاره، وإن كان الجواب بالإيجاب وهو الصحيح باعتبار الضمان القانوني التزام مؤبد، فما جدوى شرط عدم المنافسة³؟.

الحقيقة أننا لسنا بصدد دور مزدوج للالتزامين، ولكن على العكس من ذلك فالالتزامان يكمل بعضهما الآخر، نظرا للاختلاف بينهما.

ففكرة شرعية عدم المنافسة في بيع المحل التجاري انتقدت من خلال تعريف المحل التجاري ذاته، باعتباره مالا مركبا، العنصر المهم فيه هم الزبائن، هذا العنصر الأخير يطرح شكا كبيرا في مدى اعتباره مالا يمكن بيعه، والصواب أنه لا يمكن تكييف الزبائن على أنهم مال في حد ذاتهم⁴، ولا يمكن أن يكون محلا للحق، ولا يمكن الادعاء بامتلاكهم، ولا حتى الإدعاء بأي حق آخر سواء لهم أو ضدهم⁵.

لذلك من الصعب في ظل هذه الوقائع اعتبار الالتزام بعدم المنافسة كترجمة للالتزام بالضمان في عقد بيع المحل التجاري، والذي يرمي إلى السماح للدائن به بحيازة المال المنقول بطريقة هادئة دون مضايقات، إذ أن الالتزام بالضمان إعماله يتطلب الأمر توفر شرط أساسي:

هذا الشرط هو وجود نقل لحق، يستوجب ضمان الانتفاع به، لكن نقل الزبائن لا يمثل نقلا لحق عليهم، ولكن الأمر يتعلق بطريقة غير مباشرة في استخلاف المشتري للبائع، وهو أمر لا يمكن أن يسمح بوجود ضمان قانوني، لأن هذا الأخير لا يمكن أن يوجد من تلقاء نفسه، بل لابد من

¹ - SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op.cit, p03.

² - ACCHER Frédéric, op.cit, p 713.

³ - Idem.

⁴ - SERRA Yves, op.cit, p 4.

⁵ - Idem.

أن يسبقه تصرف قانوني¹، إضافة إلى أن البائع لا يضمن الزبائن، لأنها مسألة خارجة عن نطاقه، وتتعلق باختيارات الزبائن، ولكن يضمن غياب مؤسسته عن هؤلاء الزبائن، مما يسمح للمشتري بتعزيز وضعيته في السوق.

ومنه نخلص إلى أن شرط عدم المنافسة من شأنه أن يسمح بتحديد مضمون الضمان القانوني في فترة سريانه، إلا أن العكس غير صحيح، فالضمان القانوني وحده غير كاف لأن يحمي المشتري من منافسة البائع له، إذ يجب أن يكون هناك تحويل فعلي للزبائن، فمجرد إنشاء تجارة مماثلة لا يكفي لأن يعتبر خرقا للضمان القانوني، ولكنه قد يكون محورا للالتزام بعدم المنافسة².

ورغم هذا تبقى هاتان الآليتان من أهم الآليات المقررة لحماية المحل التجاري.

ثانيا: عقد بيع المحل التجاري كمصدر للالتزام بعدم المنافسة

إن صورة التعرض التي يمكن أن تقع من بائع المحل التجاري تتصل بظروف الاستغلال التجاري³، وهي قيام البائع بمنافسة المشتري في مزاولة ذات النشاط التجاري، وهو بذلك يشكل خطرا نظرا لمعرفته السابقة بالزبائن، لذلك يسعى المشتري - توكيا لهذا الخطر - إلى تضمين عقد البيع شرط عدم المنافسة، هذا الأخير الذي يستوجب شروطا لصحته.

أ - التحديد الزماني والمكاني ونوع النشاط

عن التزام البائع بعدم إنشاء تجارة مماثلة لا يعني أنه يمنع عليه الاتجار بصفة مطلقة⁴، في كل مكان وزمان بالنسبة لجميع أنواع التجارة، بل أن المتفق عليه أن البائع ملزم بالامتناع عن منافسة المشتري ضمن حدود زمانية و/أو مكانية أو نوعية تختلف باختلاف المحل التجاري وطبيعته، وبالقدر الضروري لحماية مصالح المشتري، أما إذا كان هذا الالتزام عاما ومطلقا فإنه يعتبر غير مشروع لمخالفته لحرية التجارة.

ولا شك أن منع إنشاء تجارة مماثلة يهدف إلى تحقيق غاية معينة هي حماية عنصر الزبائن في المحل التجاري، وذلك من خلال إخفاء شخصية البائع وحجبها تماما عن الزبائن.

¹ - SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op.cit. p 4.

² - كامران الصالحي، مرجع سابق، ص 288.

³ - نفس المرجع، ص 288.

⁴ - نفس المرجع، ص 288.

ويذهب الرأي الراجح من الفقه إلى أن هذا الالتزام محدد في موضوعه بعدم جلب العملاء من داخل المنطقة المحظورة، وإلا فإنه يكون قد أهدر الغاية المقصودة من هذا الالتزام، ويبقى حق المشتري ثابتا في مواجهة هذا البائع ولو أنشأ هذا الأخير محلا تجاريا خارج هذه المنطقة، لكنه يريد الاتصال بالعملاء داخلها¹.

ب - المصلحة المشروعة

سبق القول أن المحل التجاري يدور مع الزبائن وجودا وعدما، فهم روح المحل التجاري، لذلك فالخطر كبير، ويحتاج فعلا إلى درئه، فمن يشتري محلا تجاريا يكون مهددا دائما بسلوكات البائع الذي يريد تحويل زبائنه، ومن ثم الحكم على المحل التجاري المباع بالزوال.

ولا شك أن هذا المبرر وحده كاف حتى يكون الالتزام بعدم المنافسة مشروعا، وحتى بالاستناد إلى مبدأ حرية التجارة ذاته يكون من حق المشتري أن يمارس نشاطا تجاريا، إذن فالأمر بالنسبة للمشتري يكون بسيطا، فإذا تعلق الأمر بشراء محل تجاري فإنه يكون من مستلزماته عدم المنافسة، ومصلحته المشروعة لا تحتاج إلى عناية لإثباتها.

لكن في حالة ما إذا سعى العملاء طواعية واختيارا إلى البائع في محله الجديد، دون أن يسعى هو إليهم، فإنه لا حرج على البائع في التعامل معهم، لكن مع الاحتياط دائما بأن لا يكون قد صدر منه أي عمل مباشر أو غير مباشر لاجتذابهم².

فالبائع لا يلزم برفض التعامل مع من سعى إليه من العملاء القدامى، لأن هذا التعامل غير ممنوع، وإنما المقصود عدم دعوتهم إلى محله الجديد³ - وفي حكمه إعطاء نصائح لتاجر يمارس ذات التجارة التي كان يمارسها هو قبل البيع أو مده بمساعدة مالية أو كفالته، وإذا طبقنا هذا على موضوع الشركات فإنه يقتضي القول ببيانه يتمتع على بائع المحل التجاري مشاركة

¹ - فيمتنع عليه الاتصال بهم شخصيا أو إرسال الكاتالوجات إليهم، أو لصق الإعلانات في الأماكن المجاورة للمحل المبيع، أو الدعاية التجارية لتجارته الجديدة سواء تم ذلك بطريق الإعلان في الصحف أو توزيع المنشورات أو إرسال المندوبين التجاريين، كذلك لا يجوز له الاشتراك في المعارض أو الأسواق التي تقام داخل المنطقة الممنوع التنافس فيها، كما يمنع عليه أن يكون شريكا في متجر يمارس نشاطا تجاريا مماثلا لنشاط المتجر المباع، أو أن يوظف خدماته فيه إذا كانت الوظيفة التي سيشغلها توجب عليه الظهور أمام الناس كما لو تقرر تعيينه مديرا أو مندوبا تجاريا أو مديرا للمبيعات لأنه يستطيع أن يستغل صلتته السابقة بالعملاء، وأن يجذبهم من المحل التجاري المباع.

² - كامران الصالحى، مرجع سابق، ص 237.

³ - نفس المرجع، ص 237.

منافس المشتري وان اقتصر نشاطه على تقديم مبالغ نقدية دون الاشتراك في إدارة الشركة¹ - والمشتري في هذه الحالة هو الذي يجب أن يتحمل وزر عجزه عن الاحتفاظ بالعملاء².

فهذا التضييق على حرية البائع لا يجوز أن يكون بهذه القساوة، بأن يشمل كافة نشاطاته، وذلك لسبب جوهرى مفاده أن الهدف من عدم المنافسة هو المحافظة على عناصر المحل التجاري، وهذه الحماية لا تستوجب التضييق على حرية البائع في ممارسة التجارة بالشكل السابق ذكره، وبما أن الاتصال بالزبائن هو نتيجة مباشرة للنشاط الشخصي لصاحب المحل التجاري، ونوعية معاملته، ومقدرته الشخصية وموهبته في تنمية علاقته مع عملائه، فحظر المنافسة يجب أن يطال الأفعال التي من شأنها التأثير على اجتذاب العملاء وتحويلهم عن المحل السابق.

وهذا القول صحيح لأن شخصية البائع هي المعول عليها في هذا الموضوع، ومما لا ريب فيه أن شخصيته تتجسد في علاقاته المباشرة مع العملاء وفي مقدرته التقنية والمهنية، وأكثر من ذلك فهي العامل الأهم والجوهرى في تكوين المحل التجاري والمحافظة عليه بكافة عناصره باعتبار أن منشئ المحل والمحافظ كيان هو الشخص الذي يجلب الزبائن.

إذن وبالنتيجة لهذا التحليل لا يقتضى منع الأعمال التنافسية، إلا إذا كانت لشخصية البائع تأثير عليها من حيث أنها تقضى إلى تحويل عنصر الاتصال بالعملاء، والإضرار بمشتري المحل التجاري.

ويجب أن يكون التأثير المذكور مباشراً، كأن يتم العمل مثلاً باسم البائع أو أن يتدخل هذا الأخير مباشرة مع الزبائن، أما الأعمال التي يقوم بها البائع ولا تعلم بها عامة الناس، كمد يد المساعدة والقيام بأعمال داخل مؤسسة منافسة فهي صحيحة وتخرج من نطاق الخطر، هذا من جهة.

3 - الياس أبو عيد، مرجع سابق ص 320.

2 - فواجب البائع هو إتاحة فرصة للمشتري للاتصال بالعملاء ويترتب على زوال الحكمة من الالتزام بعدم المنافسة أن يرجع إلى البائع حقه في إنشاء تجارة مماثلة، بالرغم من عدم انقضاء فترة التزامه، كما لو قرر المشتري اعتزال التجارة، وخلق محله التجاري، أو إذا توفي ولم يرغب الورثة في الاستمرار في تجارته، وعلى العكس من ذلك يستمر التزام البائع إذا باع المشتري متجره أو قام بنقله إلى موقع آخر ضمن منطقة الحظر.

من جهة ثانية، الخطر المقصود يقتصر على نوعية التجارة التي كان يمارسها التاجر عند البيع ولا يمكن أن يتعداها إلى تجارة أخرى قد يقوم بها البائع.

وعليه فإذا كان يمارس التجارة الأولى بالجملة فالالتزام بعدم المنافسة لا يمكن أن يمنعه من البيع بالتجزئة، وبما أن حظر المنافسة يجب أن يكون محددا من حيث الموضوع والمكان والزمان، فلا شيء يمنع بائع المحل التجاري من ممارسة التجارة التي كان يمارسها في المحل المبيع خارج الدائرة والمحيط الذي كان ينشط فيه محله السابق، ولا شيء يمنعه من الاتصال بعملائه السابقين، بشرط أن تتم هذه المعاملة بشكل بديهي وعفوي دون أن يلجأ إلى طرق ملتوية¹.

ومن جهة أخرى لا يجب التغاضي عن فكرة أن المنافسة غير المشروعة ترمي أساسا للحفاظ على المحل التجاري، وعليه وحتى تكون مصلحة المشتري مشروعة يجب أن يثبت أن قواعد المنافسة غير المشروعة غير كافية لحماية المحل التجاري من سلوكيات البائع، والملاحظ أن مجال تدخل الإرادة في حظر المنافسة بدأ يتقلص، فاسحا المجال للمد التشريعي - إن صح التعبير - حيث قام المشرع الجزائري مثلا بتقنين الكثير من الممارسات التي كانت تدخل تحت نطاق دعوى المنافسة غير المشروعة والمنافسة المنافية للعقد²، ورغم ذلك يبقى الحظر قائما بموجب هذه النصوص وهي فرصة أخرى للدائن بعدم المنافسة حتى يؤسس لحقه هذا.

¹ - الياس أبو عيد، مرجع سابق ص 322.

² - راجع القانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ر، ع 41 مؤرخة في 27 يونيو 2004، الذي نص في مواد 26 - 27 - 28 على بعض الممارسات التي سماها " الممارسات التجارية غير النزيهة " وضمنها في نص المادة 27 / 4، 5، 8 أهم الممارسات التي كانت تمنع اتفاقا من خلال الالتزام بعدم المنافسة، أو كانت تدخل في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة.

م 27: تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون لاسيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

د- إغراء مستخدمين متعاقدين مع عوق اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل.

هـ - الاستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير قديم أو شريك للتصرف فيها قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم.

ج- إقامة محل تجاري في الجوار القريب لمحل منافس بهدف استغلال شهرته خارج الأعراف والممارسات التنافسية المعمول بها.

المبحث الثاني: أحكام الالتزام العقدي بعدم المنافسة

على غرار كل أنواع الالتزام، فإن الالتزام بعدم المنافسة هو رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلزم الأطراف الطرف الآخر بشيء وهو الالتزام بالامتناع عن عمل¹.

وهذا يسمح لنا بدراسة أحكام هذا الالتزام من ناحيتين، فيما يتعلق بانقضاء هذا الالتزام، ثم جزاء الالتزام بعدم المنافسة، فمن خلال تناول أحكام هذا الالتزام تبرز بصفة أكثر جلاء مسألة المشروعية، أو على الأقل تأثير شروط صحة هذا الالتزام على أحكامه.

المطلب الأول: انتقال الالتزام العقدي بعدم المنافسة وانقضاؤه

في هذا الصدد لا بد من تحديد فكرة انتقال الالتزام بعدم المنافسة سواء في جانبه السلبي أو الايجابي، ثم التطرق الى انقضائه، باعتبار أن لكل التزام نهاية.

الفرع الأول: انتقال الالتزام بعدم المنافسة

إن تحديد الأطراف الأصلية في العقد أو الاتفاق لا تطرح في العادة إشكالا، ولكن الأمر يكون من الصعوبة بمكان، فيما إذا شهدت هذه الرابطة القانونية تغيرا في شخص الدائن أو المدين بعدم المنافسة، أي في حالة كوننا أمام انتقال للالتزام بعدم المنافسة².

إن القاعدة أن العقد بما ينشئه من حقوق والتزامات لا يسري إلا في العلاقة بين المتعاقدين حيث لا يتلقى الغير حقا ولا يتحمل التزاما بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه³، ويقصد بالغير من الناحية القانونية كل شخص يتضرر على فرض صحة الشرط أو العقد.

ومن المحقق أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين، فيلتزم كل منهما أو أحدهما بما ينشأ عن العقد من التزامات، ويكتسب كل منهما أو أحدهما ما يترتب عن العقد من حقوق، ولا يثير انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين سوى تحديد من ينطبق عليه وصف المتعاقد، ذلك أنه ليس

¹ - SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op.cit, p 11.

² - Idem.

³ - محمد شوقي عبد الرحمن: البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دار منشأة المعارف الإسكندرية طبعة 2002، ص 122.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المناقشة
من اللازم أن يكون المتعاقد هو من أبرم العقد، وصادر عنه أحد التعبيرين الذي تحقق بالتقائهما التراضي وانعقد العقد¹.

وإذا قلنا أن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين، فيجب أن يكون ذلك مقرونا بالتوسع في فهم كلمة المتعاقدين، ليشمل كذلك من يمثلهما في التعاقد، فالأثر كذلك ينصرف إلى الخلف العام وقد ينصرف إلى الخلف الخاص².

وقبل هذا لا بد من إعطاء فكرة عن مبرر انتقال الالتزام.

أولاً: ارتباط انتقال الالتزام بتطور فكرة الالتزام

إن فكرة انتقال الالتزام قد ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بتطور فكرة الالتزام ذاتها، فانتقال الالتزام لم يكن يتلاءم والنظرة الشخصية المحضة التي ترى أن الجوهر في الالتزام هي تلك الرابطة التي تربط بين شخصين هما الدائن والمدين، حيث إن انتقال الالتزام يفترض - علاوة على هذه الرابطة - أن يمثل الالتزام في ذاته قيمة مالية بالمعنى القانوني والاقتصادي لهذه الكلمة³.

فالفقه الحديث بفرق بصدد الحق الشخصي بين الرابطة التي تربط الدائن والمدين فقط، وهي ما يسميها الفقه الحديث برابطة الالتزام، وبين حق الملكية الذي للدائن على هذا الحق، وهو الذي يمثل علاقته بالغير، حيث يستطيع أن يقتضي احترام الغير لهذا الحق، أي أنه كأني حق عيني يحتج به على الكافة⁴.

لذلك ففي الوقت الحاضر، أصبح ينظر إلى الالتزام نظرة موضوعية أو مادية لا يعنىها في الالتزام أشخاصه بقدر ما يعنىها موضوعه، وبذلك استقل الالتزام عن شخص الدائن وعن شخص المدين، بحيث تكون العبرة فيها بقيمته المالية⁵.

وإذا كان قد تأكدت - في الوقت الحاضر - الصفة المالية للالتزام وما ترتب عليها من السماح بانتقاله، إلا أنه لا يمكن إغفال النظر تماماً على أن الالتزام مازال يعبر عن رابطة بين شخصين، الدائن والمدين، لذلك ففي الوقت الذي تصبح فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار في

1 - جلال علي العدوي: مصادر الالتزام، الدار الجامعية، لبنان، طبعة 1999، ص 217.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004، ص 438.

3 - نبيل إبراهيم سعد: التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 7.

4 - المرجع السابق، ص 7-8.

5 - نفس المرجع، ص 13.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
نظر المتعاقدين، أو في نظر أحدهما، فإن العقد في هذه الحالة يكون غير قابل للتنازل عنه، ففي مثل هذه العقود، لا يمكن تغيير شخص المتعاقد الذي هو محل اعتبار.

لذلك فهذه الرؤية لها انعكاسات كبيرة على فكرة انتقال الالتزام، وخاصة الالتزام بعدم المنافسة الذي يشكل في حد ذاته استثناء يؤخذ في نطاق ضيق.

ثانيا : انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف العام

يقصد بالخلف العام (Les ayants – cause à titre universel)، من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال¹، وهذه الصفة لن تتحقق إلا بوفاة السلف، والقاعدة أن الخلف العام يعتبر امتدادا لشخصية سلفه، ويتقرر له بالتالي نفس المركز القانوني²، حيث يترتب عن هذا المقتضى نتيجتان:

1 - تقيد الخلف العام بأثار العقد التي نشأت قبل وفاة السلف. فتنتقل إلى الخلف العام الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وقت وفاة السلف.

2 - استمرار عقود السلف بالنسبة للخلف العام، فتظل قائمة بنفس الوجه الذي كان يتقيد به السلف، إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد³.

ولقد حدد المشرع شروط انتقال الالتزام التعاقدى إلى الخلف العام من خلال نص المادة 108 من التقنين المدني⁴، فمن خلال هذا النص، نجد أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام إلا في ثلاث (03) حالات:

- حالة ما إذا انفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام.

- حالة ما إذا كانت طبيعة التعامل تحول دون انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، كما هو الشأن إذا كانت شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار في العقد.

- حالة ما إذا نص القانون على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام.

1 - عبد الرزاق أحمد السهوري: مرجع سابق، ص 439.

2 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2002 ص 124.

3 - المرجع السابق، ص 124.

4 - تنص المادة 108 ق م على ما يلي: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعته التعامل أو من نص القانون، إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام. كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
وعليه وتطبيقا لهذه القواعد العامة، فإن الالتزام بعدم المنافسة يمكن أن يكون موضوع نقل بتوفر هذه الشروط، سواء كان النقل إيجابيا، أي الخلف العام للدائن، أو سلبيا بالنسبة للخلف العام للمدين¹.

أ - النقل الإيجابي للالتزام بعدم المنافسة

إن الخلف العام هم استمرار لشخصية السلف، ويبدو الأمر منطقيا مطالبتهم بدين سلفهم، وحتى أن طبيعة الالتزام بعدم المنافسة لا تتعارض مع ذلك، فبالنظر إلى المركز الإيجابي للسلف، فإن هذا الالتزام هو قاعدة عامة لا يكون شخصا بالنسبة إليه. أي أن شخصيته لا يكون لها اعتبار.

فالالتزام بعدم المنافسة يكون أكثر ارتباطا بالنشاط المهني (محل تجاري، مؤسسة) بالمقارنة مع شخصية المالك، ففي حالة بيع محل تجاري، فإنه يمكن للخلف العام للمالك الجديد المطالبة بدين سلفهم، وهو عدم منافستهم، ونفس الشيء بالنسبة لعقد العمل، إذ يكون للخلف العام لرب العمل الاستفادة من الالتزام بعدم المنافسة، الذي التزم به العامل في مواجهة سلفهم².

ب - النقل السلبي للالتزام بعدم المنافسة

يبدو الأمر، أكثر صعوبة بالنسبة للخلف العام للمدين بالالتزام بعدم المنافسة، فالسلف يقع على عاتقه التزام سلبي، ومن غير المعقول تحميله للخلف العام³، فهو يتنافى مع عملية النقل⁴، لكن إذا كان هذا الأصل، فإن الأمر يجد طريقه للتطبيق في بعض الحالات، ولعل أهمها التصرفات الواردة على المحل التجاري والمتعلقة أساسا بالبيع والإيجار

فالالتزام بعدم المنافسة يمكن أن يكون محل نقل للخلف العام للمدين به، سواء كان هذا المدين هو المتنازل عن المحل التجاري، أو المستأجر المسير ولكن الأمر مرتبط أساسا بصحة هذا الالتزام⁵.

¹ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 11.

² - Idem.

³ - تنص المادة 113ق م على ما يلي: " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا "

⁴ - SERRA Yves, op.cit, p 11.

⁵ - كامران الصالحي: بيع المحل التجاري، مرجع سابق، ص 239.

الفصل الثاني بـ المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
وعلى فرض صحته، فالالتزام بعدم إنشاء تجارة مماثلة لا يعتبر التزاما شخصيا، بل يجوز أن يتعدى أثره إلى غيره، كما أن القول بغير ذلك من شأنه أن يعرقل التعامل التجاري، لأن هذا الالتزام قد نشأ لتمكين المشتري من مواصلة الاتصال بالعملاء¹.

لكن الأمر في النهاية لا يجد طريقه للحل بناء على هذه الفرضيات فقط، ولا يمكن أن يبقى موضوعا لتجاذب الآراء بين من ينادي بأن لأصول وفروع مسير المحل التجاري مثلا بصفتهم هاته الحق في أن يكونوا منافسين لمالك المحل التجاري، ولا يمكن الاحتجاج في مواجهتهم بالالتزام بعدم المنافسة²، وبين من يرى بأن الأمر لا يتعلق بشخص المدين بالالتزام وإنما بالنشاط ذاته بغض النظر عن صفة القائم به، فهو التزام عيني ينتقل مع المحل التجاري إلى الملاك اللاحقين³.

وإن كان الأمر لا يطرح بهذه الحدة إذا تعلق الأمر بعقد العمل مثلا، تأسيسا على أن المنع من المنافسة الذي يتحملة العامل مرده أساسا إلى المهارات والخبرات التي سبق له وأن اكتسبها أثناء اشتغاله لمصلحة رب العمل الدائن بالالتزام بعدم المنافسة.

ففي هذه الحالة، الأمر يتعلق فعلا بالالتزام شخصي، ولا يمكن مساءلة الخلف العام عن المهارات الشخصية للسلف، إضافة إلى أن شخصية العامل محل اعتبار في العقد⁴، وهذا تطبيقا لنص المادة 108 قم.

وغني عن النقاش وجود اتفاق بين المتعاقدين على انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف العام، ففي هذه الحالة لا يطرح أي إشكال.

وفي غياب ذلك، فالفقه الراجح على أن الأمر مسألة موضوعية⁵، خاصة بالنسبة للمحل التجاري، فالأمر متروك لسلطة القاضي في تقدير الوقائع، وعليه أن يراعي، فيما إذا كان للخلف العام الوسائل التي تسمح له بتطوير منافسة تكون خصيصا خطيرة على الدائن بالالتزام

1 - المرجع السابق، ص 240.

2 - PICARD Jean, De quelque effets des clauses de non- rétablissement souscrites par un gérant de fonds de commerce, J.C.P, 1958.I 1420.

3 - كامران الصالحي: مرجع سابق، ص 241.

4 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، مرجع سابق، ص 240.

5 - SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op.cit, p 12.

الفصل الثاني بالمصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
بعدم المنافسة¹، وفي حالة ثبوت ذلك، يكون هذا الخلف العام مجبراً بعدم المنافسة، وقبل ذلك يجب الإشارة إلى كيفية اكتساب هذه الوسائل من طرف الخلف العام، ويبدو الأمر أكثر جدية، إذا أعان الأبناء مثلاً الأب أثناء حياته في نشاطه، واحتكوا أكثر بالزبائن، ونشأت على إثر ذلك روابط مع الزبائن²، ففي هذه الحالة لا يكون هناك فرق بين شخصية السلف والخلف العام بالنسبة للزبائن، فب وفاة الأب مثلاً، فإن العلاقة مع الزبائن تستمر بالنسبة للأبناء، فإذا كان السلف ملزماً بعدم المنافسة في هذه الحالة، لا يطرح إشكال بانتقال هذا الالتزام إلى الخلف العام، لأن معرفتهم المسبقة بالزبائن تشكل خطراً حقيقياً للمالك أو المستغل الجديد.

ورغم ذلك يبقى الإشكال مطروحاً بحدّة في جوانب أخرى، خاصة إذا كان مثلاً الابن يملك تجارة مستقلة عن تجارة أبيه، فيمكن التساؤل حينها، هل يكون هذا الأب مجبراً على غلق المحل التجاري، لأنه أصبح وارثاً له، ويكون بالتبعية لذلك ملزماً بما كان الأصل ملزم به. إن الأمر في هذه الحالة يبدو فيه نوع من التعسف، وغير عادل. لذلك يجب أن نأخذ أولاً بالمبدأ وهو حرية النشاط بالنسبة للخلف، ولكن عليه أن يأخذ كل الاحتياطات من أجل تفادي خلق اعتقاد بالنسبة للجمهور بوجود تجميع للنشاط.

إضافة إلى هذه الوسائل، يمكن أن يشكل حمل نفس الاسم كوسيلة قد تخلق التباس على الزبائن، لذلك على المحاكم أن تفرض بعض الاحتياطات من أجل تفادي كل اندماج من شأنه أن يساعد الابن مثلاً على إقامة نشاط تجاري شخصي ومستقل عن الأصل، ويستقل بذلك اللقب العائلي³، لهذه الأسباب لا يمكن القول بأن صفة الوارث وحدها تكفي لأن تشكل خطراً على المتنازل إليه بالمحل التجاري، ويكون تبعاً لذلك ملزماً بعدم المنافسة⁴.

ثالثاً : انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف الخاص

إن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام.

¹ - PICARD Jean, op.cit, I 1420.

² - Idem.

³ - SERRA Yves, Obligation de non concurrence, op.cit, p 12.

⁴ - عبد القادر الفار: مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى سنة 2001، ص 134.

الفصل الثاني - المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
والخلف الخاص هو كل من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا
الشيء، أما من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر، فلا يكون خلفا خاصا له، بل يكون
دائما¹، وعلى غرار الخلف العام، فإن انتقال الالتزام بعدم المنافسة كأثر للعقد، إلى الخلف
الخاص منوط بتوفر شروط²:

1 - أن يكون العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، وهذا ما يقتضي أن يكون
تاريخ العقد ثابتا حتى يمكن الاحتجاج على الخلف الخاص بأنه سابق على انتقال الشيء إليه³
وهو أمر في غاية الأهمية من الناحية القانونية، حتى لا يفتح المجال هكذا للدعاء بالتزامات
على الغير، ولم تكن ثابتة قبل انتقال الشيء إليهم.

2 - أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء
ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له، كعقود التأمين مثلا، وكذلك الالتزام بعدم المنافسة
الذي يعتبر من مستلزمات مثلا بيع المحل التجاري.

3 - أن يكون الخلف الخاص قد علم بما ينتقل إليه من حقوق والتزامات وأهمية هذا العلم تظهر
أساسا بالنسبة للشخص الذي يتحمل الالتزام، لأن هذا المقتضى يشكل قييدا على ملكه، فمن العدل
أن يكون عالما بها وقت انتقالها إليه.

فإذا توفرت هذه الشروط في العقد، انتقلت آثار العقد إلى الخلف الخاص⁴، سواء كان خلف
خاص للدائن وهو النقل الإيجابي، أو الخلف الخاص للمدين وهو النقل السلبي.

أ - النقل الإيجابي للالتزام العقدي بعدم المنافسة

دائما وفي غياب نصوص خاصة بانتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف الخاص، فإن الفقه
مجمع على أن الأمر بالنسبة للخلف الخاص للدائن لا يطرح إشكالا، سواء تعلق الأمر بالمحل
التجاري أو عقد العمل⁵.

1 - راجع المادة 109 ق م.

2 - جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، لبنان، طبعة 1999، ص 221.

3 - راجع المادة 328 ق م التي حددت متى يكون التاريخ ثابتا بالنسبة للعقد العرفي.

4 - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 135.

5 - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 12.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
وهذا الحل يفسر دائما بالنظر إلى الجانب الإيجابي لهذا الالتزام، فالغالب أنه يتعلق بالمنصب المهني أكثر منه بالنسبة للشخص الدائن بالالتزام، وهو المالك السابق.

فإذا تعلق الأمر ببيع محل تجاري، فلا يمكن القول بأن الالتزام بعدم المنافسة، المقرر لمصلحة مالكه، مرتبط بشخصه، لأنه هو الذي أبرم العقد المتضمن لهذا الالتزام، بل هو مرتبط بطبيعته وموضوعه بالمؤسسة التجارية نفسها¹.

وبالنتيجة لذلك، فإن هذا الالتزام يتبع محله كلما تمت عملية تحويل له²، والأمر يبدو منطقيا، إذ ما الجدوى من الدين بعدم المنافسة إذا لم يكن محل نقل؟ فالدائن في هذه الحالة لا يكون له أي منفعة منه، وحتى تنفيذه يصبح محل جدل، والمشتري مثلا لمحل تجاري الذي يتصرف فيه بالبيع بعد ذلك، لن تكون له أية مصلحة للمطالبة بصفة دائن بالالتزام بعد المنافسة³، الذي رتبته البائع الأول على المحل التجاري، رغم أن الأمر له آثار جد إيجابية بالنسبة للخلف الخاص⁴.

ولا يمكن القول بأن انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف الخاص للدائن يشكل مساسا أو أضرارا بالمدين به، فالمركز القانوني لهذا الأخير لا يتأثر ويبقى على التزامه طيلة الفترة المقررة لذلك، ولا يمكن القول بأن هذه العملية من شأنها أن تقطع التزامه بعدم المنافسة ويتحرر تبعا لذلك منه.

لكن إذا تعلق الأمر بعقد العمل، فالأمر يحتاج إلى كثير من العناية لأن تغير المركز القانوني لرب العمل له تأثير كبير على عقد العمل خاصة في ظل وجود نصوص خاصة⁵، ففي حالة مثلا التنازل عن المؤسسة المستخدمة، فإنه يمكن الاحتجاج بجميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير في مواجهة المستخدم الجديد، وتبقى سارية المفعول، وحتى إن كان هذا المقتضى

¹ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 12.

² - Idem.

³ - راجع المادة 459 من الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم ج.ع. 47.

⁴ - SERRA Yves, op.cit, p 12.

⁵ - راجع المادة 74 من القانون 11/90.

يرمي أساسا إلى ضمان مناصب الشغل بالنسبة للعمال وتجعل العامل بعيدا عن كل تغيير يمس الهيئة المستخدمة¹.

لكن يمكن أن نحمله من جهة مغايرة تتعلق أساسا بعقد العمل ذاته، وما يتضمنه من التزامات سواء كان التنازل عن المؤسسة المستخدمة جزئيا أو كليا، ونكون أمام تنازل كلي في عدة حالات مثل:

البيع، الإرث، الاندماج، تحويل نشاط المحل التجاري، أو المساهمة به في شركة.

لكن الاجتهاد القضائي²، يمد مبدأ استمرار عقد العمل إلى كل التغييرات القانونية للمؤسسة³، وبناء على هذا اعتبرت بعض التصرفات القانونية كتعديل للوضعية القانونية للمؤسسة على غرار:

التأجير، تأجير التسيير، استفاضة العين المؤجرة، تغيير الشكل القانوني للمؤسسة، تقسيم المؤسسة إلى فروع.

والملاحظ بالنسبة إلى هذه الأمثلة، أنها لا تمس بنوع النشاط الذي يبقى مستمرا بخصائصه، فيما نشهد فقط تغيير للهيئة المستخدمة فقط، أي الأطراف. لكن يمكن إثارة نقطة في غاية الأهمية وهي حالة تغيير الهيئة المستخدمة ونوع النشاط الممارس، فهل نكون أمام عدم استمرار المؤسسة - الشرط الرئيسي لتطبيق المبدأ - ومنه لا يمكن الاحتجاج على رب العمل الجديد بعقد العمل الساري المفعول⁴، إن هذا التساؤل لقي بعض الحلول، إلا أنها لا ترقى إلى اليقين⁵، فإذا لم يكن تغيير النشاط بشكل جذري، فإنه يمكن الاعتماد على هذه العلاقة الباقية للقول باستمرار المؤسسة، وعليه انتقال عقد العمل.

ومن جهة أخرى إذا كان التغيير جذريا للنشاط وفي حكمه الحفاظ على نفس النشاط مع إدخال تعديلات مهمة في طرق ومناهج العمل، أو في آليات استغلال المؤسسة، ففي هذه الحالات لا

¹ - SAMAR Nesreddine, La modification de la situation juridique de l'entreprise, Revue le chercheur Université de Ouergla, n° 1, 1999, p3.

² - يتعلق الأمر بالاجتهاد القضائي الفرنسي.

³ - SAMAR Nesreddine, op.cit, p3.

⁴ - كتحويل المؤسسة المستخدمة، من مؤسسة فردية إلى شركة.

⁵ - Idem.

الفصل الثاني - المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
يمكن أن نتكلم عن استمرار المؤسسة، وكنتيجة لذلك نستبعد مبدأ انتقال عقد العمل¹، وتتخلف بذلك الالتزامات المفروضة على العمال، ولا يمكن لرب العمل الجديد أن يحتج عليهم بها، إلا من خلال أحكام العقد الجديد الذي يربطهم به.

أما إذا تعلق الأمر بالتنازل الجزئي عن المؤسسة، فإن المبدأ يجد كذلك طريقه إلى التطبيق رغم ما يثيره الأمر من إشكالات:

أولاً: إشكال يتعلق أساساً بوضع حدود لمفهوم التنازل الجزئي ذاته، فيمكن تعريف المؤسسة بالمعنى العضوي بأنها هيئة تتكون من وسائل مادية وبشرية، توجه لإنتاج السلع والخدمات².

وهذا التعريف من شأنه أن يبرز لنا جلياً في النهاية هل استمرار للمؤسسة أم لا، لأن هذا الشرط هو مناط تطبيق مبدأ انتقال عقد العمل.

فحتى نكون أمام استمرار المؤسسة رغم أن التنازل عنها يكون جزئياً - يجب أن يتم التنازل عن جزء مهم من النشاط له شيء التنظيم المستقل - أي فرع اقتصادي مستقل يتضمن عناصر استغلال مادية، وعناصر بشرية ذات اهتمام بهذا النشاط المستقل³، وهذا من شأنه أن يستبعد تطبيق المبدأ إذا تعلق الأمر بالتنازل عن عنصر أو عناصر مادية معزولة.

بينما يكون الأمر في غاية الصعوبة إذا كنا بصدد التنازل عن عنصر معنوي، فهل من شأن ذلك أن يعتبر جزئي أم لا، إن الاجتهاد القضائي الفرنسي يعتبره تنازل جزئي عن المؤسسة إذا تعلق الأمر بالعلاقة التجارية⁴، ففي حالة تنازل مؤسسة لحق استغلال لإحدى علاماتها التجارية، لمؤسسة أخرى، فإن كل عقود التمثيل التي تضمن التوزيع يجب أن تنتقل إلى المؤسسة المتنازل لها.

- الإشكال الثاني يتعلق بالتساؤل عن من العمال يكون معنياً باستمرار عقد العمل.

يمكن أن نتصور أنه طيلة التنازل الجزئي، فإن المتنازل يغتنم الفرصة لتمرير العمال غير المرغوب فيهم إلى المتنازل له سواء لأنهم أقل كفاءة أو أن رب العمل الأول لم يقتنع بهم.

1 - نكون أمام تغيير غير جذري مثلاً إذا تم تغيير نشاط تجاري للملابس الجاهزة إلى تجارة للأقمشة.

2 - نكون أمام تغيير جذري مثلاً إذا تم تغيير جذري في حالة استعمال رب العمل الجديد لتقنية الحرق للتخلص من النفايات بينما كان يتخلص منها سابقاً عن طريق التحويل.

3 - SAMAR Nesreddine, op.cit, p3.

4 - Idem.

ففي هذه الحالة يتصور ألا يكون هؤلاء العمال من الصنف الذي يشكل خطراً تنافسياً على رب العمل القديم، نظراً لمحدودية معارفهم وعدم إطلاعهم الكافي على أسرار المؤسسة.

من جهة أخرى لا نكون أمام حالة انتقال لعقد العمل، إذا انقضت المؤسسة لأسباب اقتصادية وقامت على أنقاضها مؤسسة جديدة.

ففي هذه الحالة لا يمكن الاحتجاج بعقود العمل في مواجهة رب العمل الجديد، نظراً لحالة الانقطاع التي فصلت بين المؤسستين، وبعبارة أكثر دقة، ليس هناك علاقة أو رابطة قانونية بين المؤسستين¹، وهو الشرط الثاني لأعمال مبدأ استمرار عقد العمل.

وبتوفر هذين الشرطين يمكن للهيئة المستخدمة الجديدة أن تحتج على العمال بالالتزام بعدم المنافسة الملزومون به بناء على عقد العمل الذي استمر في ترتيب آثاره.

ب - النقل السلبي للالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن الأمر بالنسبة لانتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف الخاص للمدين به يطرح بعض الإشكالات، أولها ناتج عن الخلط القائم بين الالتزام بعدم المنافسة وبعض الالتزامات الأخرى التي ترمي فقط إلى منع بعض الأشكال والعمليات في ممارسة نشاط تجاري²، كأن يقوم بائع محل تجاري لبيع ملابس الرجال والأطفال، الذي يفرض على المشتري التزاماً بعدم استغلال نشاط بيع ملابس النساء.

ففي هذه الحالة يمكن التساؤل عن مدى تحمل الخلف الخاص لهذا المشتري لمثل هذا الالتزام الحقيقية أننا أمام التزام يختلف عن الالتزام بعدم المنافسة. فالخاصية الشخصية لدين الالتزام بعدم المنافسة يتخلف في هذه الحالة، فالالتزام يتعلق أكثر بالمحل التجاري ذاته، منه بالنسبة لمالكة وهو ما من شأنه أن يسمح بانتقال هذا الالتزام، في حالة التنازل عن هذا المحل³، وهو أمر لا يتوافق مع الالتزام بعدم المنافسة، إذ ونظراً للطابع الشخصي لهذا الدين فإنه يتعارض مع فكرة الانتقال ذاتها.

¹ - Idem.

² - SERRA Yves, Obligation de non - concurrence, op.cit, p 12.

³ - Ibid, p 13.

الفرع الثاني: انقضاء الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن كل التزام مهما كان، ووفقا للقواعد العامة فإنه ينقضي بإحدى الطرق التالية:
- الطريق العادي وهو طريق الوفاء بالالتزام، طبقا للاتفاق المبرم، فالالتزام في هذه الحالة ينقضي بمجرد احترام المدين للالتزامه وتنفيذه بطريقة صحيحة، ولا يقتصر عنصر الوفاء على مجرد دفع مبلغ من النقود، بل يتعداه إلى تنفيذ كل التزام مهما كان موضوعه¹.

- وقد ينقضي الالتزام بما يمكن أن يقوم مقام التنفيذ، وأخيرا قد ينقضي الالتزام بدون الوفاء به.

إلا أنه بالنسبة للالتزام العقدي بعدم المنافسة فإنه قد ينقضي وفقا لهذه الأسباب المقررة وفقا للقواعد العامة كما يمكن أن ينقضي لأسباب خاصة، خاصة وأن هذا الالتزام كما ذكرنا يجد سبيله للتطبيق في كثير من العقود ولكل عقد ما يميزه عن الآخر، وخاصة بالنظر إلى مدى مشروعية هذا الالتزام.

إن الانقضاء في هذه الحالة يقصد به توقف الالتزام بعدم المنافسة عن ترتيب آثاره في ذمة المدين، واستعادته لحريته في الاتجار والمنافسة، وهذا الأثر القانوني قد يكون نتيجة لصحة الالتزام العقدي بعدم المنافسة وقد يعزى من جهة أخرى إلى وقوعه تحت طائلة البطلان.

أولا: الانقضاء العادي للالتزام العقدي بعدم المنافسة

تم التذكير سابقا بالشروط التي يجب أن تتوفر في مثل هذا الالتزام حتى يكون صحيحا مرتبا لآثاره، باعتباره استثناء يجب أن يحاط بحدود ضيقة².

فإذا استجمع كل الشروط أصبح التزاما قائما وعلى المدين به أن ينفذه، لذلك فإنه في هذه الحالة ينقضي إذا أوفى به المدين ويمكن أن نستشف ذلك في بعض الصور:

أ- انقضاء الفترة الزمنية المحددة

بناء على القول بأن الالتزام بعدم المنافسة هو خروج على مبدأ حرية المنافسة، فمن غير

¹ -TERKI Nour-Eddine, Les obligations (responsabilité civile et régime général), Editions Publisud, Paris en co-édition, OPU, Alger, 1982, p 210.

² - عصام أنور سليم، أصول قانون العمل الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 601.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة المنطقي أن يكون هذا القيد مطلقا في الزمن¹، وإلا اعتبر هذا الأمر تهديدا للشخص في كسب قوته²، لذلك فمن الضروري أن يكون لهذا الالتزام امتداد محدود في الزمن، حتى يسمح للمدين بأن تكون له فرصة مستقبلا لمزاولة نفس النشاط المنافس، خاصة إذا كان هو النشاط الوحيد الذي يتقنه.

و بمجرد انقضاء هذه المدة الزمنية يفقد هذا الالتزام كل آثاره، ويتحلل منه المدين ويعتبر هذا الطريق لانقضاء هو الطريق العادي، ويعتبر المدين قد وفى بالتزامه كاملا. ولا يمكن للدائن أن يستمر في المطالبة بتنفيذه.

لهذه الأسباب يغلب تحديد الالتزام بعدم المنافسة من الناحية الزمنية دائما عن التحديد المكاني ومرة أخرى فالزمن هو وحده الكفيل بأن يرتب أو يمنع ترتيب التزام ما لآثاره. ونظرا لهذه الأهمية لعامل الزمن، وأثره الواضح على انقضاء الالتزام بعدم المنافسة تدخل المشرع بالنسبة لبعض الدول ووضع مدة قصوى لا يمكن للتحديد الزمني أن يتجاوزها، فهي محددة بسنة بالنسبة لبلجيكا ولوكسمبورغ، وستين بالنسبة لألمانيا³.

أما إيطاليا فالمدة محددة بثلاث سنوات بالنسبة للعامل العادي وخمس سنوات بالنسبة للعامل الفني، غير أنه بالنسبة لفرنسا نلاحظ بأن المدة أكبر بكثير حيث أنه بالنسبة لفرنسا نلاحظ بأن المدة أكبر بكثير، حيث أن أغلب الاتفاقات الجماعية تحدد الحد الأقصى لمدة الشرط بعدم المنافسة بعشر سنوات، وذلك في بعض القطاعات كالصناعات الكيماوية، الكاوتشوك، محلات بيع الأغذية أو التموين بصفة عامة⁴، بينما هناك أنظمة قانونية أخرى لم تتح هذا المنحى تاركة الأمر لظروف كل عقد وكل نشاط⁵.

ب: وجود اتفاق بين الطرفين

إن المبدأ المسيطر على النظرية العامة للعقود هو مبدأ حرية التعاقد، بما يتضمنه من مكنة تعديل أحكامه أو إنهائها، فإذا كانت الإرادة هي التي أنشأت الالتزام فإنه من المنطقي أن تأتي

¹ - SERRA Yves, Concurrence interdite et concurrence déloyale, op.cit, p 312.

² - BRUN André, GALLAND Henri, Droit du travail, Edition Sirey, 2^{ème} édition tome1, 1978, p 496.

³ - LYON Caen, Droit du travail, op.cit, p 255.

⁴ - همام محمد محمود زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي) مرجع سابق، ص 292.

⁵ - نفس المرجع، ص 292.

هذه الإرادة فيما بعد لتنتهي هذا الالتزام، إذ ليس هناك ما يمنع الدائن من أن يبرأ المدين من التزامه¹.

فالإبراء هو تنازل الدائن عن حقه دون مقابل²، والأصل أن الإبراء يتم بإرادة الدائن المنفردة إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي ربط صحة هذا التصرف بقبول المدين، فإذا تعلق الأمر بالالتزام بعدم المنافسة، فإنه لا بعقل أن يرفض المدين ذلك³.

ج: حالة فسخ⁴ عقد العمل

الحقيقة أن هذا السبب متعلق أساسا بالالتزام بعدم المنافسة في عقد العمل، إذ يكون للعامل أن يتحلل من التزامه بعدم المنافسة رغم أنه من الناحية القانونية يكون صحيحا، وذلك في حالتين:

- حالة فسخ رب العمل لعقد أو رفض تجديده دون مبرر، ومن الواضح هنا أن رب العمل هو الذي لا يرغب في أن يستمر العامل لديه، ولهذا لا محل لتمسكه بالشرط، وألا عد متعسفا، وهذا أمر تمليه القواعد العامة⁵.

- حالة ما إذا وقع من رب العمل ما يبرر فسخ العامل لعقد، والواقع في هذه الحالة أن ترك العامل للعمل كان خطأ يعزى إلى رب العمل، فهو لم يترك العمل من تلقاء نفسه، بل بسبب يرجع إلى رب العمل، فلا يجوز لهذا الأخير أن يستفيد بعد ذلك من الشرط، وهذا أمر واضح كذلك، ويمكن إعماله دون نص خاص، لأنه يمكن تبريره وفقا للقواعد العامة كذلك⁶.

وظاهر من كل هذا أنه هناك تشدد في إعمال شرط عدم المنافسة، حتى ولو كان صحيحا بالنظر إلى ما يورده هذا الشرط من قيد خطير على حرية العامل في العمل بعد انقضاء العقد فيحرم رب العمل من التمسك به في حالة فسخ أو إنهاء العقد، أو عدم تجديده دون مبرر لذلك

¹ - راجع المادة 305 من القانون المدني.

² - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، طبعة 2004، ص 401.

³ - ولما كان الإبراء يعد تعبيراً عن الإرادة موجها للمدين، فإنه لا يترتب على الإبراء انقضاء الالتزام إلا متى وصل إلى علم الدين، وإذا وصل هذا العلم إلى المدين، لم يستطع الدائن أن يعدل عن الإجراء بعد أن تم وحتى وإن كان من المتصور أن يقع الإبراء على التزام بإعطاء شيء أو فعل شيء ما، فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يعفي الدائن بالالتزام بالامتناع عن عمل مدينه منه.

⁴ - الحقيقة أن المشرع المصري هو الذي استعمل "ميرر الفسخ" بنص المادة 686 من القانون المدني المصري، لكن بعض الفقهاء يرون بأن المقصود ليس الفسخ ولكن إنهاء العقد بإرادة مفقودة، هذا الأخير هو الذي يمكن أن يكون مشروعا من عدمه.

راجع: همام محمد محمود زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي) مرجع سابق، ص 302.

⁵ - عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 605.

⁶ - نفس المرجع، ص 605.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
مما يعني أن هذا الحرمان بمثابة عقوبة مدنية توقع على رب العمل، ولكن هذه العقوبة تبدو غير مناسبة - رغم عدم وجود ما يعاب على العامل - إذا كان الفسخ أو الإنهاء أو عدم التجديد مبررا من ناحية أخرى، وخاصة بسبب ظروف اقتصادية سيئة تمر بها المؤسسة.

لذلك يكون من الواجب تغيير هذا المقتضى، بما يجعل حرمان رب العمل من التمسك بالشرط في حالة ما إذا كان الفسخ أو الإنهاء أو عدم التجديد دون مبرر، أيا كان¹.

ثانيا: بطلان الالتزام بعدم المنافسة

من الناحية القانونية لا يمكن القول بأن البطلان هو طريق من طرق انقضاء الالتزام، لأنه في هذه الحالة يكون معيبا منذ البداية، ولا يترتب أي أثر في ذمة المدين.

ولكن ينظر إلى البطلان في هذه الحالة كسبب من شأنه أن يعفي المدين من الالتزام بعدم المنافسة، فمن هذه الناحية يأخذ حكم الانقضاء، أي تحرر المدين من أي التزام.

على أن البطلان في هذه الحالة يحتاج إلى تأسيس حقيقي، نظرا لعدم وجود نص بقضي بذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقتضي الأمر البحث عن التكييف القانوني لهذا البطلان، فيما إذا كان بطلان مطلق أم نسبي.

أ: التأسيس القانوني لبطلان الالتزام بعدم المنافسة

يعتبر البطلان وصف يلحق التصرف القانوني الذي انعقد مخالفا للأوضاع التشريعية التي نص عليها المشرع واستهدف منها المصلحة العامة أو سمة جوهرية في المصلحة الخاصة، وهو أيضا جزاء على المخالفة التي ارتكبت في حق القانون، وبمقتضى هذا الجزاء يفقد التصرف فعاليته وتشل آثاره القانونية².

هذا البطلان إما أن يكون مصدره نص قانوني أو حتى نص اتفاقي، والبطلان بنص القانون يمكن أن يكون صريحا أو يكون مستتجا أو تقديريا، هذا الأخير يستتجه القاضي من روح التشريع والهدف من النص.

¹ - نفس المرجع، ص 606.

² - عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان، مجلد أول (البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 2003، ص 20.

الفصل الثاني - المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
فليس معنى خلو النص من جزاء له أن يتمتع القضاء عن الحكم بالبطلان، بل قد يقضي به
القاضي من تلقاء نفسه لتعلقه بالمصلحة العامة¹.

وعليه وتطبيقا لهذه الأحكام، وفي غياب نص يوقع هذا الجزاء يبقى فقط محاولة استنتاج هذا
البطلان من خلال استعراض بعض النصوص، دون أن نغفل نص المادة 13 من قانون
المنافسة، التي توقع جزاء البطلان على كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى
الممارسات المقيدة للمنافسة.

والحقيقة أن مسألة البطلان لا تطرح كثيرا من الإشكالات، نظرا من جهة إلى الطابع الاستثنائي
للاللتزام العقدي بعدم المنافسة، ومن جهة ثانية، لوجود مبادئ عامة ثابتة، تركز مبدأ حرية
التجارة والصناعة وكتطبيق له، حرية العمل والمنافسة.

فهذا الالتزام، يحتاج إلى البحث عن شروط من شأنها أن تجعله مشروعاً وصحيحاً، وهو سبق
بحثه، لذلك فإن البطلان مرهون بتخلف هذه الشروط² مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الشرط
المتخلف.

1 - انقضاء المصلحة المشروعة للدائن

لقد سبق القول بأن المصلحة المشروعة لدائن هي مناط القول بمشروعية الالتزام بعدم
المنافسة³، وهو كذلك مرتبط معها وجوداً وهدماً.
فقد يستقيم هذا الالتزام قائماً، مرتباً لكل آثاره، ويستمر في ترتيب آثاره لمدة زمنية محددة
مرتبطة أساساً باستمرار هذه المصلحة المشروعة.

لكن يحدث وأن تتخلف هذه الأخيرة، وينقضي تبعاً لذلك هذا الالتزام، للأسباب السالفة الذكر
وبذلك يستعيد المدين حريته في المنافسة. ونظراً لاختلاف هذه المصلحة من عقد لآخر، فإن

¹ - ذلك أن القانون إذا سكت عن توقيع جزاء البطلان، فإنه يجب أن يكون توقيع هذا الجزاء بمعرفة القضاء، ونكون أمام هذا المقتضى إذا
كانت المصلحة المستهدفة من النص بالغة الأهمية لتبريره. نفس المرجع، ص 35.

² - LYON CAEN Gérard, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, Droit du travail, op.cit, p 260.

³ - Ibid, p 255.

أسباب انقضائها مرتبطة كذلك بهذا الاختلاف، وقد تتوقف على إرادة الدائن أو لأسباب خارجة عن إرادته.

ومن بين هذه الأسباب التي تعزى لإرادة الدائن، حالة تغييره لقطاع النشاط، إذ ينتفي في هذه الحالة الخطر الذي من أجله التزم المدين. وفي غياب هذا الخطر لا يمكن للدائن المطالبة بالاستمرار في تنفيذ هذا الالتزام¹، ولو كانت فترة المنع لم تنقض بعد. ويبدو الأمر منطقياً نظراً لطابع الاستثنائي لهذا الالتزام، فكل شك يؤول لمصلحة المدين.

وإضافة إلى هذه الحالة يمكن تصور حالة ثانية، هي التوقف عن النشاط أو غلق المؤسسة وهي فرضية قد تتوقف على إرادة الدائن، وقد تكون نتيجة لأوضاع اقتصادية².

وهذه الأخيرة هي الأكثر إعمالاً، إذ قد يتعرض هذا الدائن بالالتزام بعدم المنافسة إلى ضائقة مالية تضع حداً لنشاطه، إذ لا يكون في هذه الحالة أي دور لإرادته. فالتوقف عن النشاط كان لظروف خارجية وضعت حداً لمصلحته المشروعة التي قيدت حرية المدين، فلا يمكنه أن يحتج بهذا الظرف الطارئ للقول باستمرار الالتزام بعدم المنافسة، ببساطة لأن هذا الالتزام مقرر لحماية المؤسسة ذاتها، وهي سبب وجوده، فلا يعقل بعد هذا القول ببقاء الالتزام قائم بعد انقضاء هذه المؤسسة³.

إن الجزاء المترتب على تخلف المصلحة المشروعة، وهو البطلان، يمكن تأسيسه وفقاً لقواعد العامة بتخلف سبب الالتزام، فكل التزام لا بد له من سبب قانوني يبني عليه⁴.

وعليه فالالتزام بعدم المنافسة يكون باطلاً إذا كان من شأنه أن يعدم حرية المدين الاقتصادية في العمل والاتجار بصفة مطلقة وغير محدودة، أو كان مخالفاً لاتفاق جماعي في عقد العمل⁵. وبالنتيجة فإنه لا يكفي قيام السبب لصحة العقد، فالمفروض أن العمل الإرادي يتجه إلى غرض

¹ - Ibid, p 254.

² - GAUDU François, Droit du travail, op. cit, p 64.

³ - Ibid, p 65.

⁴ - عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان، مرجع سابق، ص 215.

⁵ - VIGNAL- MALAURIE Marie, op.cit, p 85.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
معين، وتتعلل آثار هذه الإرادة إذا تخلف الغرض، ولكن يجب أن يكون السبب مشروعاً¹
بالإضافة إلى وجوده القانوني²، فإذا كان النشاط المحظور غير محدد بدقة بنوعه كان ذلك سبباً
لعدم مشروعية الالتزام بعدم المنافسة ومنه ينتفي القول بمشروعية مصلحة الدائن.

2- التحديد الزماني والمكاني ونوع النشاط المفرد

مبدئياً يمكن القول أن البطلان هو مصير الالتزام بعدم المنافسة فيما إذا كان محددًا في محيط
جغرافي كبير جداً، أو كان كذلك، بالنسبة للفترة الزمنية أو لم يتم بيان النشاط محل الحظر
بشكل لا يترك لبساً في المقصود منه.

لكن ولما كانت هذه الشروط يمكن تداركها فإنه يستعاض عن ذلك بالقيام بإجراء آخر، وهو
محاولة تقليص الالتزام بعدم المنافسة من خلال إعادة التوازن إلى هذه الشروط³، بحيث يجوز
للقاضي أن يعطي لهذا الالتزام أثراً نسبياً⁴، إلا أن المسألة ليست بهذه السهولة، حيث على
القاضي قبل ذلك أن يتفحص تصرف المدين بالالتزام بعدم المنافسة أولاً⁵، فإن ثبت بأنه احترام
هذا الالتزام رغم ما فيه من تجاوزات وما يمثله عليه من خطر، ففي هذه الحالة على القاضي
أن يجيبه إلى طلبه إذا أراد البطلان، لأن هذا التصرف دليل على حسن نيته، وأنه لا يشكل
خطراً تنافسياً على الدائن يجب تقييده.

بينما إذا تبين العكس، وقام المدين بخرق هذا الالتزام، دون أن يطلب إبطاله، ففي هذا الفرض
يجوز للقاضي أن يراجع شرط عدم المنافسة ويجعله صحيحاً، بأن يجعله محددًا، وبعبارة أخرى
فإن خرق المدين لهذا الالتزام هو شرط أساسي لإمكانية مراجعة القاضي للشرط⁶، مع ضرورة

¹ - تنص المادة 97 ق م على ما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً".

² - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 217.

³ - GAUDU François, Droit du travail, op.cit, p 63.

⁴ - LYON CAEN Gérard ..., op.cit, p 260.

⁵ - Idem.

⁶ - Ibid, p261.

أن يكون هذا الخرق بصفة سريعة بعد إبرام العقد، وفي مكان قريب من مكان نشاط الدائن¹.

لكن هذا الحل لقي حظا كبيرا من الانتقادات من جانب الفقه، تأسيسا على أنه يعد تدخلا من جانب القضاء في شروط العقد بتعديلها، حيث لا يجوز له ذلك إلا بنص، إذ أن القاضي ملزم بالاتفاقات المبرمة وفقا للقانون ولا يستطيع تعديلها باسم العدالة، أما الاتفاقات المخالفة لقانون فلا يملك ما شابها من عيب²، رغم هذا، فإن هذا المقتضى وجد في الحقيقة لغاية أساسية هي السماح لمؤسسات من حماية مصالحها من كل ما من شأنه أن يشكل خطرا على زبائنها³.

لكن يبدو من الصعب تطبيق هذا المقتضى بالنسبة للشروط والالتزامات التعاقدية المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة لأن المشرع وقع جزاءا مباشرا عليها وهو البطلان، خاصة إذا كان الاتفاق الأصلي قد وقع فعلا تحت طائلة الحظر، ففي هذا الفرض لا يتصور أن يبقى هذا الالتزام التابع صحيحا جزئيا رغم انقضاء الأصل.

لكن يصبح الأمر أكثر وضوحا إذا علمنا أن المشرع من خلال قانون المنافسة، يرمي فقط إلى حماية المنافسة ذاتها، دون أطراف العقد، فكل تصرف من شأنه أن يمس بالسير العادي للمنافسة في السوق يطله الحظر، إلا إذا استجمع شروط صحته لاسيما مقتضى المادة 9 من قانون المنافسة.

ب: الطبيعة القانونية لهذا البطلان

إذا حدث وأن وقع الالتزام بعدم المنافسة تحت طائلة البطلان، فإن الأمر من الناحية القانونية لا يستقيم إلا بعد تحديد الطبيعة القانونية لهذا البطلان، فيما إذا كان مطلقا أم نسبيا، لأن لكل منهما آثار قانونية غاية في الأهمية.

¹ - راجع:

* LYON Caen Gérard ..., op.cit, p 261.

* VIGNAL - MALAURIE Marie, op.cit, p 84.

*BRUN André, GALLAND Henri, Droit du travail, tome 1 (les rapports individuels du travail), Edition Sirey, Paris, 1978, p 498.

² - راجع:

* LYON Caen Gérard ..., op.cit, p 260.

*همام محمد محمود زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، مرجع سابق، ص 299-300.

³ - GAUDU François, Droit du travail, op.cit, p 63.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
ويمكن أن نستنتج هذه الطبيعة من خلال، بيان خصائص كل من البطلان المطلق والبطلان النسبي، ومقارنتها بتلك المرتبة على بطلان الالتزام بعدم المنافسة، مع الأخذ بعين الاعتبار إذا ما تعلق هذا الالتزام بعدم المنافسة بممارسة مقيدة للمنافسة من عدمه.

1- البطلان المطلق للالتزام المرتبط بالممارسات المقيدة للمنافسة

فالبطلان المطلق لا يقتصر على تخلف ركن من أركان العقد، بل يتحقق إذا لم يتوافر في كل من المحل والسبب وصف المشروعية¹.

فالأصل أن القانون ألقى على كل متعاقد مسؤولية رعاية مصلحته في العقد، إلا أن المشرع لاحظ أن مركز المتعاقدين في بعض العقود لا يكون متكافئاً، بحيث يخشى أن يتحكم أحدهما وهو القوي في الآخر الضعيف، فيستغله من خلال شروط قاسية، لذلك تدخل رعاية لهذا الطرف الضعيف، وحماية له، فوضع قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها².

وحتى تصريح المشرع بلفظة البطلان³، كجزاء المخالفة، لا يرتب بذاته الآثار التي كانت تترتب على البطلان المطلق، إذ أن المشرع وإن حدد بذلك طبيعة الجزاء، إلا أنه لم يحدد نوعه، الذي يتحدد فيما بعد بالغاية التي توخاها المشرع من القاعدة محل المخالفة، فإذا كانت حماية مصلحة عامة جرت أحكام البطلان المطلق، وإن كانت حماية مصلحة خاصة جرت أحكام البطلان النسبي⁴.

ونظراً إلى أن العقد الباطل عدم، فإن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بتقرير هذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وعلاج هذا الجزاء هو عمل عقد جديد.

انطلاقاً من هذه الخصائص، يبدو أنها أكثر ملاءمة لأن تجد طريقها للتطبيق، إذا تعلق الأمر بشرط أو التزام مرتبط بممارسة مقيدة للمنافسة.

1- عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان، مرجع سابق، ص 361.

2- نفس المرجع، ص 369.

3- كما هو الأمر بالنسبة للمادة 13 من قانون المنافسة، السابقة الذكر.

4- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 370.

لأن من جهة، نجد أن مقتضى المادة 13 جاء بصيغة الأمر، أخذا بالمعيار المعنوي، لأن قواعد المنافسة متعلقة بالنظام العام، ولا ترمي إلى حماية مصالح الأفراد أو أطراف العقد، ومن جهة ثانية، نجد أنه يجوز للغير الخارج عن أطراف العقد، أن يطالب بهذا البطلان¹.

إن هاتين الخاصيتين كافيتين للقول بأن البطلان في هذه الحالة مطلق.

2 - البطلان النسبي للالتزام غير المرتبط بالممارسات المقيدة للمنافسة

إن هذا البطلان سمي نسبيا لأنه قاصر على طرف من أطراف التصرف القانوني²، فهو وصف يرد على العقد أو التصرف القانوني بصفة عامة، إذا ما توافرت أركانه اللازمة لانعقاده ولكن لم يستوف شروط صحته، فيترتب بصفة مبدئية آثاره القانونية حتى يتفق الأطراف على إبطاله، أو يقضي القاضي بذلك، فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن.

ولما كان هذا البطلان مقررا لأحد أطراف العقد، حماية له وحفاظا على مصالحه، فإنه لا يكون متعلقا مبدئيا بالنظام العام، وهو قابل لتصحيح والإجازة³.

إن هذا المقتضى يتوافق مع الالتزام بعدم المنافسة إذا لم يكن متعلقا بممارسة مقيدة للمنافسة كما هو الحال بالنسبة لعقد العمل والعقود الواردة على المحل التجاري.

فغالبية الفقه يتجه إلى اعتبار الشرط باطل في ذاته وهو بطلان نسبي مقرر لمصلحة العامل أو المشتري، أو المستأجر بحسب العقد، دون البحث فيما إذا كان النشاط موضوع النزاع يعرض

مصلحة الدائن لخطر أولا، وبما مؤداه استرداد المدين بكامل حريته في العمل والاتجار وعدم جواز الاحتجاج بالشرط مستقبلا - لاحقا لبطلانه - ولو بمناسبة نشاط يمثل تهديدا للدائن⁴، ولما كان هذا البطلان مرتبطا أساسا بمصلحة المدين، بصفة نسبية، فإنه الوحيد الذي يجوز له أن يثيره.

¹ - اعتمدت محكمة استئناف باريس، على القواعد القانونية التي تحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، كالتأسيس لإبطال شرط عدم المنافسة بناء على طلب الغير (Cass.Com, 5 Janvier 2000). راجع:

* Recueil Dalloz, n°07, 2000, p 94.

² - عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 472.

³ - نفس المرجع، ص 483.

⁴ - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 298-299.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
فإذا استعمل هذا المدين حقه في طلب البطلان وحصل على ذلك، فإنه لا يكون لهذا البطلان
أثرا رجعيا.

المطلب الثاني: جزاء خرق الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن الالتزام بعدم المنافسة إذا استجمع شروط صحته واستوى قائما بأركانه، تعين على المدين
الالتزام به والعمل بمقتضاه¹.

وكل خرق له تترتب عنه مسؤولية مدنية وفقا للقواعد العامة، وبالتحديد المسؤولية العقدية مع
إمكانية إثارة المسؤولية التقصيرية، لهذا السبب فضلت ذكر المسؤولية المدنية، ومناطق التمييز
بينهما مرتبط أساسا بطبيعة الخرق، والشخص القائم به، فيما إذا كان المدين نفسه أم بمساعدة
الغير.

لذلك لا بد أولا من إعطاء مفهوم دقيق للمقصود بخرق الالتزام بعدم المنافسة، وما هي الأفعال
التي يأتيها المدين وتكيف على أنها اعتداء على هذا الالتزام، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تفسير
القاضي لعبارات العقد.

ثم بعد ثبوت الخرق، تترتب عنه آثار قانونية في ذمة المدين ويسأل عنه، ويتحمل تبعه ذلك
وذلك من خلال لجوء الدائن إلى الجهة القضائية المختصة.

الفرع الأول: مفهوم خرق الالتزام بعدم المنافسة

سبق القول أن الالتزام بعدم المنافسة، ما هو إلا التزام بالامتناع عن عمل، يجب أن يؤخذ به في
حدود ضيقة، مع ضرورة التحديد الدقيق لنوع النشاط محل الحظر.

وفي غياب ذلك يمكن أن نطرح سؤالا كبيرا، وهو متى يكون المدين قد خرق هذا الالتزام ؟
بعبارة أوضح، متى نقول عن فعل أثاره المدين أنه خرق لالتزامه بعدم المنافسة.

فهذا المدين وإن كان فعلا محظورا عليه بعض النشاطات، فإنه ليس من العدل أن يؤخذ بشكل
جزافي عن كل تصرف، إذ أن له هامش من المناورة من خلاله يسعى إلى إعادة بناء مستقبله
المهني.

¹ - نفس المرجع، ص 300.

والحقيقة أن مجال الحظر يعزى في مرحلة أولى إلى مضمون العقد ذاته، من خلال استقراء عباراته وتحديد القصد الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، وهو أمر يكون من اختصاص قاضي الموضوع، الذي يستنتج فيما بعد فيما إذا كان التصرف خرقاً من عدمه.

أولاً: تفسير الالتزام العقدي بعدم المنافسة

وفقاً للقواعد العامة في التفسير فإن طرق التفسير الداخلية تتمثل في العبارات التي استخدمها طرفا العقد للتعبير عن إرادتهما المتطابقتين¹، فقد يتضمن العقد شرطاً واضحاً، بحيث يتعين تفسيره بناء على معناه الواضح، أو على العكس، قد يكون الشرط غامضاً، ويمكن مع ذلك إجلاؤه استناداً إلى مجموع عبارات العقد.

إن تقرير قاضي الموضوع بأن عبارة الشرط واضحة أو غامضة هو أمر يدخل في مجال سلطته التقديرية، فإذا تبين له وضوح عبارة العقد فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين².

وهو في ذلك يعتد بمعنى معين لعبارة العقد في ذاتها، فلا يؤثر في وضوح عبارة العقد أن يختلف المتعاقدان في معنى الشرط الوارد فيه³، والمعنى الواضح لعبارة العقد هو ذلك المعنى الذي جرت العادة عليه في فهم اللفظ، خاصة بالنسبة لمجال التجارة والأعمال حيث تغطي الأعراف، وتسود أفكار يجتمع عليها أغلب التجار.

فقد يتبين للقاضي أن استخدام المتعاقدين لتعبير معين، وإن كان واضحاً، إلا أنهما لا يقصدان معناه الواضح، لوقوعهما في غلط في صياغة العبارات، ومن ناحية أخرى قد يظهر أن المعنى الواضح للشرط يتعارض مع الهدف المشترك المقصود من التعاقد، ويتعين على القاضي في كل من هاتين الحالتين استبعاد المعنى الواضح للشرط⁴.

وإلى جانب ذلك، فقد يتبين أن الأخذ بالمعنى الواضح للشرط قد يتعارض مع مصلحة الدائن في ضوء الظروف الخارجية وقت تنفيذ العقد، في وقت لاحق على إبرامه، بما يقتضي إتباع سلوك

1- أحمد شوقي عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، دار منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة 2003، ص 9.

2- راجع نص المادة 110 من التقنين المدني.

3- أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 24.

4- نفس المرجع، ص 30.

الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
آخر من جانب المدين، يخالف ما تم الاتفاق عليه بداية، وذلك مع مراعاة مصلحة الدائن الذي
ينبغي عليه تحديد مضمون التزام المدين¹.

فالعقد يعتبر شيئاً حياً وليس متحجراً، وينبغي على المدين الالتزام بروحه وليس بحرفيته، ولا
شك أن روح العقد الذي يهيمن على كافة العقود هو تحقيق مصلحة الدائن².

إن شرط عدم المنافسة، باعتباره قيد يرد على حرية العمل وحرية الصناعة والتجارة، فإنه
استثناء، لا يمكن التوسع في تفسيره بل لابد من الأخذ به في حدود ضيقة³، ولا يستدعي هذا
الشرط تفسيراً إلا إذا كانت عباراته غامضة، فإذا تبين للقاضي وضوح عبارات الشرط فلا
يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين⁴، والمعنى الواضح
لعبرة الشرط هو ذلك المعنى الذي جرت العادة عليه في فهم اللفظ⁵.

لكن ونظراً لخصوصية شرط عدم المنافسة، فإن مسألة التفسير تكون غاية في الصعوبة⁶، لذلك
نجد هناك منهجان أو مقاربتان تستعملان في تفسير هذا الشرط:

أ - القراءة الضيقة لشرط عدم المنافسة

إن هذا المنهج ينطلق من فكرة أن كل مساس بالحرية الأساسية للأشخاص يجب أن يحاط
بقيود صارمة، باعتبارها ذات طبيعة استثنائية⁷، وإذا أحاط موضوع الشرط شك في تحديده،

¹ - وعلى ذلك يلزم توافر ثلاثة شروط لإعمال المعنى الواضح للشرط:

- انتفاء الغلط في صياغة العبارة الواضحة للشرط.

- توافق المعنى الواضح للشرط مع الهدف المقصود من التعاقد.

- عدم تغير الظروف المؤثرة في مصلحة الدائن.

نفس المرجع، ص 30.

² - نفس المرجع السابق، ص 47.

³ - PICOD Yves, *Interprétation d'une clause de non - concurrence*, Revue n° 31, septembre 2000, p 318.

⁴ - راجع المادة 1/111 ق م.

⁵ - أحمد شوقي عبد الرحمن: تفسير العقد، ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، دار منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة 2003، ص 24.

⁶ - PICOD Yves, *op.cit*, p 318.

⁷ - *Idem*.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
فإنه على القاضي أن يأخذ بالتفسير الذي من شأنه أن يؤدي إلى بطلان هذا الشرط فالشك في هذه الحالة يؤول لمصلحة المدين، الذي يتمسك بمبدأ حرية التجارة والصناعة¹.

ب - القراءة الموسعة لشرط عدم المنافسة

وهذه القراءة تنطلق من القاعدة التي مقتضاها أنه عندما يحتمل الشرط معنيين، فيجب الأخذ بالمعنى الذي يتوافق مع طبيعة العقد، فلكل عقد أحكام معينة تتوافق مع طبيعته، وهذه القراءة تختلف عن القراءة الأولى في أن حرية التجارة والصناعة وحرية العمل ليست لها أهمية²، خاصة إذا أضفنا قاعدة حسن النية في تنفيذ العقود التي تؤدي بطريقة إيجابية إلى حمل المدين على تنفيذ التزامه بطريقة صحيحة، وبطريقة سليمة إلى حمل المدين على عدم خرق التزاماته³.

ويبدو أن هذه القراءة هي الأصلح، وإن كانت تحتاج إلى مراعاة الوقائع المحيطة بالعملية، وقد سبق وحكمت محاكم فرنسية على أساسها⁴.

ثانيا: تطبيقات خرق الالتزام العقدي بعدم المنافسة

بناء على طرق التفسير هذه، أخذ القضاء الفرنسي عدة اتجاهات للحكم بوجود خرق.
فالبعض من القرارات أدانت المدين بالالتزام بعدم المنافسة ابتداء من لحظة دخوله في خدمة

¹ - لهذا فأصحاب هذه القراءة يستوجبون أن يكون مثلاً نشاطي صاحبي العمل المتنافسين متشابهين، وأن يكون التنافس مباشراً، وأن يقتصر النظر إلى النشاط أو المساهمة الشخصية للشخص المدين بالالتزام في المؤسسة المنافسة.

وهذا الأمر يكون من الصعوبة بمكان، نظراً إلى أن المؤسسات الآن تشغل عدداً كبيراً من العمال، وهو أمر لا يمكن من خلاله تقدير مدى تأثير هذا العامل على الزبائن الذين هم محور هذا الالتزام بعدم المنافسة.

² - PICOD Yves, op.cit, p 318

³ - Idem.

⁴ - Cour d'appel de Versailles 12, ch. com. 1^{er} guill, 1999, demandeur : KWADOW- défendeur : Arod informatique (Sté) Décision attaquée: Tribunal de commerce de Pontoise, 19 sept 1996 (confirmation).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه:

- قام السيد (KWADOW) بالتنازل عن 250 حصة يملكها في شركة (Arod informatique) لفائدة السيدة (Gourmond)، وكان يشغل منصب المدير العام.

- تم إبراج - في عقد التنازل - شرط يمنعه من جلب انتباه الزبائن (solliciter) سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لمدة 03 سنوات، على إقليم العاصمة.

- بعد أشهر قام (KWADOW) بتأسيس شركة منافسة، مما أدى إلى انخفاض رقم أعمال شركة (Arod informatique). دفع (KWADOW) بأن الشرط يمنعه من السعي إلى الزبائن، ولا يمنعه من التعاقد معهم إذا سعوا هم إليه، حكمت المحكمة بأن المدين KWADOW ملزم بعدم الاتصال بالزبائن، وكل تفسير آخر، يحمل على سوء نية في التعاقد.

الفصل الثاني = المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
شخص منافس¹، وهي بذلك تنطلق من فكرة الضرر المحتمل، فمجرد وجود المدين في وضعية
المنافس أو في خدمة شخص منافس يعد مباشرة خرقا للالتزامه، ولعل هذا جاء تطبيقا للتفسير
الواسع لمضمون الالتزام بعدم المنافسة وهو تفسير يخدم أكثر مصلحة الدائن ويشكل تضيقا
على المدين يتنافى مع الصفة الاستثنائية لهذا المقتضى.

وعلى النقيض من ذلك فبعض القرارات لم تعاقب المدين إلا في حالة وجود خطر تنافسي محقق
وجدي²، وهي بذلك تأخذ بالتفسير الضيق الذي يكون في مصلحة المدين³.

ولعل هذا الأخير هو الأسلم، لأن من شأن التفسير الواسع أن يضيق أكثر على المدين ويمنعه
عن بعض التصرفات التي لا يترتب عنها أي ضرر للدائن، تضاف إلى المنع الأصلي، وهو
تضيق لا مبرر له مادامت مصلحة الدائن بمنأى عن المساس بها.

ومن جهة أخرى لا يجوز للمدين أن يأتي أي تصرف يشكل منافسة إيجابية⁴، فحتى وإن كان
نشاطه خارج عن منطقة الحظر، فإنه لا يمكنه أن يجري معاملات أو الوفاء بطلبات تقدم بها
الزبائن القدامى لمؤسسته الأولى، الذين يقطنون داخل منطقة الحظر التي يشملها الالتزام بعدم
المنافسة⁵.

وبالمقابل يمكن التساؤل عن أعمال المنافسة السلبية، والتي يمكن تصورهما في قبول طلبات
زبائن جدد، إذا تعلق الأمر بالشروط الحصرية (clauses d'exclusivité) مثلا، رغم أن مثل هذه
الممارسة محظورة⁶، إلا إذا وجدت نص المادة 09 طريقها إلى التطبيق بمناسبة.

وغني عن البيان القول بأن المدين خرق التزامه بعدم المنافسة، في حالة ما إذا أنشأ تجارة له
داخل منطقة الحظر. وقبل انقضاء المدة الزمنية لذلك، أو قام بالأشغال لدى مؤسسة منافسة

¹ - Soc, 15 Février 1995, Cité par, VIGNAL- Marie Malaudie, op.cit, p 85.

² - " L'Activité du salarié chez son nouvel employeur ne portait pas sur cette activité concurrente... décide que le salarié n'a pas violé la clause de non- concurrence ."com. 29 Juin 1999, VIGNAL- MALAURIE Marie , op.cit, p 85.

³ - " Une clause de non- concurrence qui apporte une restriction au principe de la liberté du travail est d'interprétation stricte..." , soc, 29 Juin 1999, Ibid.

⁴ - VIGNAL(...), op.cit, p 85-86.

⁵ - Com, 9 Février 1999, Ibid.

⁶ - تنص المادة 10 من الأمر 03/03 على ما يلي: " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو حد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق"

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
واستغل تجربته السابقة واتصاله بالزبائن القدامى من أجل استمالتهم مما أدى إلى انخفاض رقم أعمال المؤسسة القديمة، نتيجة فقدانها لعدد من زبائنها.

ويستوي هذا المقتضى سواء كان الخرق من طرف المدين ذاته أو بمساعدة الغير، ولا يمكن للمدين أن يدفع مسؤوليته بأن يلقي عبئها على هذا الغير، فكلاهما مسؤول، رغم أن طبيعة المسؤولية تختلف.

وتحمل كذلك على أنها خروقات للالتزام بعدم المنافسة قيام المدين البائع لمحل تجاري، بمديد المساعدة لزوجته أو ولده الذي يستثمر مؤسسة منافسة، أو إعطاء نصائح لتاجر من ذات التجارة التي كان يمارسها هو قبل البيع، أو مده بمساعدة مالية أو كفالته¹.

وإذا تعلق الأمر بشركة، فإن بائع المحل التجاري يمنع عليه مشاركة منافس المشتري وإن اقتصر نشاطه على تقديم مبالغ مالية أو نقدية، دون الاشتراك في إدارة الشركة².

إلا أن هذا التضيق على بائع المحل التجاري فيه الكثير من التعسف، فالهدف من عدم المنافسة هو المحافظة على عناصر المؤسسة المباعة وبالأخص عنصر الزبائن.

وبما أن هذا الأخير هو نتيجة مباشرة للنشاط الشخصي لصاحب المؤسسة ونوعية معاملته، ومقدرته الشخصية وموهبته في تنمية علاقته مع عملائه، فحظر المنافسة يجب أن يطال فقط الأعمال أو الأفعال التي من شأنها التأثير على اجتذاب العملاء وتحويلهم عن المؤسسة المباعة وما عدا ذلك، لا يعد خرقا للالتزام بعدم المنافسة.

لهذا، لا يقتضي من الأعمال أو اعتباره خروقات إلا إذا كان لشخصية البائع تأثير عليها من حيث أنها تفضي إلى تحويل عنصر الاتصال بالزبائن والإضرار بمشتري المؤسسة، ويجب أن يكون التأثير المذكور مباشرا كأن يتم العمل مثلا باسم البائع، هذا من جهة.

¹ - إيلياس أبو عيد، قانون التجارة البرية، بين النص والاجتهاد والفقهاء المقارن، دون دار النشر، دون بلد النشر، الطبعة الأولى 2004، ص 320.

² - " Sans doute, il n'a pas été établi qu'il ait détourné ou même cherché à détourner au profit de cette société é aucun client de celle d'où il s'était retiré, mais en lui suscitant une concurrence et en favorisant son activité par ses ressources et son intervention personnelle, il a nettement contrevenu à son obligation de garantie". Cass, com, Rouen, 18 Décembre 1935, Idem.

الفصل الثاني المصدر العقدي للالتزام بعد المنافسة
ومن جهة أخرى، فلا شيء ينفعه من الاتصال بعملائه السابقين في المؤسسة الجديدة المستثمرة في دائرة ومحيط جديدين، شرط أن تتم هذه المعاملة بشكل بديهي وعفوي، دون أن يلجأ إلى طرق ملتوية يحث بواسطتها زبائنه السابقين على التعامل معه¹.

ولا يمكن القول أن مجرد التعامل، يشكل قرينة على اجتذابه لهم بشكل احتيالي، فهذه القرينة بسيطة، والتاجر المشتري الذي يدعي بوجود غش، عليه إثبات أقواله، إذ أن الغش لا يفترض².

الفرع الثاني: نتائج خرق الالتزام العقدي بعدم المنافسة

إذا ما ثبت فعلا خرق المدين لالتزامه العقدي بعدم المنافسة، فإنه ستقوم مسؤوليته التعاقدية³ وعليه أن يتحمل تبعه هذه المسؤولية.

إلا أن طبيعة الضرر التنافسي، الناشئ عن خرق الالتزام بعدم المنافسة له خصائص مميزة تستوجب أولا ضرورة توقيفه قبل الخوض في آثار المسؤولية المترتبة، ولا يكون ذلك إلا بإخطار الجهة القضائية المختصة.

أولا: سلطة قاضي الاستعجال

إن الضرر التنافسي الناتج عن خرق الالتزام بعدم المنافسة تكون له في الغالب خصائص تجعل منه ضرر دائم يستند إلى خسارة للزبائن لا يمكن تداركها، وهو ضرر مفترض، نظرا لذلك الكم الهائل من الشروط التي استوفاهما هذا الالتزام حتى استوى قائما مرتبا لآثاره والتي أخذت بعين الاعتبار كل المصالح الجديرة بال العناية.

فالدائن أمام هذا الخطر، عليه أن يبادر أولا إلى توقيف هذا النشاط التنافسي، في انتظار الفصل في النزاع من قبل قاضي الموضوع، وفي هذا الإطار يعود الاختصاص إلى قاضي الأمور المستعجلة، وهو رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها النشاط التنافسي.

¹ - المرجع السابق، ص 322.

² - نفس المرجع، ص 322.

³ - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 300.

ثانياً: آثار مسؤولية المدين بعدم المنافسة

سبق القول أن الالتزام الأصلي للمدين، هو التزام بالامتناع عن عمل. لهذه الأسباب، فإن خرقه لهذا الالتزام، يستوجب بعض الجزاءات التي تتماشى مع طبيعته السلبية وفقاً للقواعد العامة، مع ضرورة الأخذ بالخصائص المميزة للالتزام بعدم المنافسة.

إن هذه الآثار في النهاية إما أن تتعلق بالتنفيذ العيني للالتزام أو التنفيذ بطريق التعويض أي بمقابل.

أ - التنفيذ العيني للالتزام بعدم المنافسة

إن التنفيذ العيني هو الذي من شأنه أن يزيل الضرر بإعادة الحال إلى ما كان يجب أن يكون عليه لو لم يقع الخطأ، فيعتبر حكماً بالتعويض العيني، وهو الحكم الذي يقضي في الالتزام الإيجابي بإلزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به، وفي الالتزام السلبي، بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام¹.

1- وقف النشاط المنافس

إذن فبالنسبة للالتزام بعدم المنافسة، فإن التنفيذ العيني يتمثل في إزالة ما هو مخالفاً للعقد وفقاً لنص المادة 173 ق م²، التي تجيز كذلك للدائن أن يقوم بنفسه بإزالة ما وقع مخالفاً للعقد وذلك من خلال الحصول من القضاء على ترخيص بذلك، وعلى نفقة المدين، وهذا في حالة تعنت هذا الأخير³.

إلا أنه في بعض الحالات لا يمكن إزالة المخالفة إلا بتدخل المدين وحتى بتدخل الغير، ولعل الأمر يصدق في هذه الحالة إذا تعلق الأمر بعدم إنشاء المدين لتجارة مستقلة، ولكنه اشتعل في تجارة أو في مؤسسة منافسة.

¹ - عادل جبيري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 20.
² - تنص المادة 173 على ما يلي: " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل، وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين"

³ - ومن تطبيقات هذه الإزالة، إذا تعلق الأمر مثلاً بمحل تجاري فإن الدائن بالالتزام بعدم المنافسة يهدف إلى التنفيذ العيني للالتزام من خلال غلق المحل المنافس أكثر من الحصول على التعويض، وهو أمر منطقي لأن استمرار المحل في النشاط من شأنه أن يشكل استمراراً للضرر من خلال جلب الزبائن، فالأولى إذن توقيف النشاط التنافسي، سواء كان ذلك بإرادة المدين، أو بتدخل الدائن، لأن الأمر في هذه الحالة ممكن، لأنه يتوقف في مرحلة أولى، مادية إلى الغلق المادي وهي مرحلة من شأنها أن توقف استمرار الضرر، ولو استمر المحل من الناحية القانونية.

ففي هذا الفرض يجب التدخل الشخصي للمدين، وهو أمر لم يغفله المشرع، وتناوله بمقتضى المادة 174 من التقنين المدني¹، فالمدين عليه أن يتوقف عن النشاط لدى رب العمل الجديد وذلك بأن يتقدم بطلب إنهاء علاقته المهنية ووضع حد للعقد الجديد²، فإن رفض ذلك، فإنه على الدائن أن يستصدر من القضاء حكماً بالزام المدين بهذا الإجراء.

وله كذلك أن يطالب بغرامة تهديدية عن كل يوم تأخر، إذ أن المدين بعد مخالفته للالتزام بالامتناع عن عمل، يصبح مخالفاً للالتزام بالقيام بعمل وهو التوقف عن النشاط³.

بالإضافة إلى كل هذا، فإنه قد يتطلب الأمر تدخل شخص ثالث وهو رب العمل الجديد أو صاحب الشركة المنافسة التي قبلت المدين كعامل لديها، إذ في هذه الحالة يجب أن تبادر إلى فسخ العقد، كما يمكن أن تثار مسؤولية الغير التقصيرية في هذه الحالة.

فكل شخص سيء النية يقوم بمساعدة المدين بالالتزام بعدم المنافسة على خرق التزامه العقدي يعد مرتكباً لخطأ تقصيري في مواجهة الدائن⁴، ويكونان مسؤولين بالتضامن في مواجهته⁵، لكن مسؤولية الغير لا يمكن أن تثار إلا إذا توفرت شروط أساسية⁶، يمكن إبرازها فيما يلي:

- أن يكون الالتزام بعدم المنافسة صحيحاً، لأنه إذا كان باطلاً فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير، لأن المدين في هذه الحالة يكون خراً في التعاقد، والالتحاق بأي مؤسسة منافسة.

لكن وحتى في ظل عدم صلاحية الالتزام بعدم المنافسة فإن مسؤولية هذا الغير تكون ثابتة باعتبار أن عمله هذا يعتبر من الممارسات التجارية غير النزيهة والممنوعة بنص القانون، لأنها

¹ - تنص المادة 174 على ما يلي: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك"

² - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 301.

³ - تنص المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: " إذا رفض المدين تنفيذ التزاما بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل يثبت القائم بالتنفيذ ذلك في محضر ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو التهديدات المالية ما لم يكن قد قضى بالتهديدات المالية من قبل" راجعه كذلك المادة 471 من نفس القانون.

⁴ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, P 15.

⁵ - عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 687-686.

⁶ - IZOCHÉ Marie- Laure, Notes sur "validité et violation d'une clause de non- concurrence insérée dans un contrat d'un agent commercial", R. Dalloz, n°31, 14 Septembre 2000, P 317.

تشكل اعتداء لعون اقتصادي على مصالح عون اقتصادي آخر، فالمادة 27 / 4 - 15، تعتبر تأسيسا صحيحا لإثارة مسؤولية الغير.

- أن يكون هذا الغير عالما بوجود الالتزام بعدم المنافسة، على عائق المدين سواء تحقق علمه هذا، عند استخدام المدين، أو أعلن بذلك بعد استخدامه².

ويتحقق هذا العلم من باب أولى إذا قام هذا الغير بتحريض العامل على ترك العمل لدى صاحب العمل الأول للالتحاق بوظيفة عنده، لذلك فرب العمل أو المستخدم الجديد عليه أن يتوقى إمكانية إثارة مسؤوليته، بأن يجري تحقيقا عن الشخص الذي يريد تشغيله، من خلال مسألته مثلا³ وفي غياب هذا يعد مقصرا في واجب الاستعلام عن الوضعية القانونية لمستخدمه.

- إضافة إلى الشرطين السابقين يجب كذلك أن تشكل الأفعال التي يأتيها المدين بمناسبة المنصب الجديد تشكل خرقا للالتزام بعدم المنافسة، كأن يشغل نفس المنصب الذي كان يشغله لدى رب العمل القديم، وهو ما من شأنه أن يمثل خطرا على استمرار الزبائن.

وعليه فإن كان المنصب الجديد لا يسهل للمدين خرق الالتزام فلا يمكن القول بمسؤولية الغير مادام أن فعله هذا أبقى على المنع قائما، والخطر غير متوفر.

2- حبس الثمن

إضافة إلى هذا الأثر الأول وهو التنفيذ العيني للالتزام بعدم المنافسة من خلال التوقف عن النشاط المنافس، فإنه يجوز كذلك للدائن، في حالة ما إذا تعلق الأمر مثلا بالتنازل عن محل تجاري أو مؤسسة، أن يحبس الثمن، كضمان لحمل المدين على تنفيذ التزامه.

إن هذا المقتضى هو حق مقرر بنص القانون لمصلحة الدائن بالالتزام بعدم المنافسة، وذلك وفقا للقواعد العامة⁴.

¹ - تنص المادة 27 من القانون رقم 04-02- مصدرا سابق- على ما يلي: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لاسيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

أ- إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل.

ب- الاستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير قديم أو شريك للتصرف فيها قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم.

² - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 301.

³ - IZORCHE Marie - Laure, op.cit, p 318.

⁴ - تنص المادة 1/200 ق م على ما يلي: " لكل من التزم بإداء شيء، أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كافي للوفاء بالتزامه هذا ".

فالمشتري إذن من حقه أن يحبس الثمن، إذا لم يكن قد أوفى به بعد، وذلك إذا رأى بأن البائع خرق الالتزام بعدم المنافسة.

والحقيقة أن الالتزام الأصلي للبائع هو نقل ملكية المبيع للمشتري، وهو ما تم فعلا، فكيف يكون من حق المشتري أن يحبس الثمن، فنص المادة 1/200 ق م تربط هذا الحق بضرورة وجود علاقة سببية وارتباط بين التزام المدين والدائن، "... مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام عليه وله علاقة سببية وارتباط بالالتزام المدين....".

لهذا يمكن التساؤل عن وجود علاقة بين دفع الثمن، والالتزام بعدم المنافسة؟

الحقيقة أنه سبق القول بأن هذا الالتزام لم يعد التزام تبعي فحسب، بل هو من مقتضيات العقود وخاصة عقد البيع، فكل تنازل عن محل تجاري مثلا أو مؤسسة أو شركة إلا وكان هذا الالتزام جزءا لا يتجزأ من العقد، وإن أغفل ذكره فإنه يجد طريقه إلى التطبيق بشكل ضمنى.

فانتقال الملكية لا يكون في هذه الحالة تاما إلا إذا انتفع المشتري بالمبيع انتفاعا كاملا، ولا يتأتى ذلك إلا بالحفاظ على استمرار تواصل الزبائن معه.

لهذه الأسباب فالالتزام بعدم المنافسة يعد من قبيل النقل الصحيح للملكية.

ب - التنفيذ بمقابل للالتزام العقدي بعدم المنافسة

إن المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزام عقدي ليست مجرد أثر للعقد، بل تعتبر مصدرا للالتزام جديد هو الالتزام بالتعويض، يحل محل الالتزام الأول، الذي ينقضي بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذه اختياريا، أو نفذ تنفيذا معينا¹، أو حتى التأخر في تنفيذه².

إن هذا التعويض قد يكون اتفاقا في شكل شرط جزائي، كما يمكن أن يكون تعويضا قضائيا.

¹ - عادل جبري محمد حبيب، العقد العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 19.
² - تنص المادة 176 ق م على ما يلي: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه(....) ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

1- التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

إن مبلغ التعويض قد يحدد اتفاقاً بين المتعاقدين¹ ، وهذا الاتفاق هو ما يطلق عليه اسم الشرط الجزائي يؤدي إلى استحقاق الدائن للتعويض المحدد به، في حالة تقصير المدين في تنفيذ التزامه، ومفاد ذلك أن التعويض الاتفاقي هو التزام كغيره من الالتزامات، ولكنه التزام مندمج في الالتزام الأصلي، ومن تم فهو تابع له فيدور معه وجوداً وعدمًا².

وباعتبار الشرط الجزائي التزاماً، فإن التعويض الوارد فيه لا يكون مستحقاً إلا بتوفر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فعدم تنفيذ المدين بالالتزام بعدم المنافسة للالتزام التعاقدية يعتبر بذاته خطأ يرتب مسؤوليته، وأن النص في العقد على الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين، فلا يكلف الدائن بإثباته ذ، بل يقع على المدين إثبات عدم تحققه، كما يفترض فيه أن تقدير التعويض المتفق عليه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن³ وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط ما لم يثبت المدين خلاف ذلك⁴ سواء من أجل تقليص المبلغ أو حتى سقوط الشرط ذاته.

- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

للقاضي رفض الأخذ بالشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، أما إذا عجز عن ذلك الإثبات، كان على القاضي الأخذ بالشرط، ولكن يحق له أن يخفضه في حالتين:

- إذا أثبت المدين أن الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة:

إن القاضي ليست له السلطة المطلقة في تخفيض الشرط الجزائي، بل هو مقيد في ذلك بمدى إثبات المدين أن الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة⁵، كأن يثبت أن التعويض الذي تضمنه الشرط يجاوز ضعف قيمة الالتزام الأصلي في حالة تنفيذه، أو أنه يزيد على هذه القيمة بشكل ملحوظ.

1 - تنص المادة 183 ق م على ما يلي: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق".

2 - أنور طلبية، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المسؤولية العقدية، دار المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2005، ص 404.

3 - أنور طلبية، نفس المرجع، ص 405.

4 - تنص المادة 184 ق م على ما يلي: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

5 - المادة 2/134 ق م.

- التنفيذ الجزئي للالتزام:

إن الشرط الجزائي يكون مستحقا في حالة عدم تنفيذ المدين بعدم المنافسة للالتزامه، أما إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه، تعين إسقاط قدر من الشرط يعادل القدر الذي تم تنفيذه من الالتزام، بشرط أن يكون القدر الباقي من الشرط كافيا لجبر الضرر المترتب على تنفيذ ما تبقى من الالتزام، ويشترط كذلك لتخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي، أن يكون هذا التنفيذ وفقا لشروط العقد أو وفقا لما تمليه أصول المهنة، أما إن كان مخالفا لذلك فلا يلزم الدائن ويكون التعويض كاملا من حقه، باعتبار أن المدين لم ينفذ التزامه¹.

لكن يبدو الأمر صعب التصور بالنسبة للالتزام بعدم المنافسة، فكيف يكون تنفيذه جزئيا رغم أن المنع يكون محصورا في حدود جد ضيقة، إذ لا يمكن تصور الامتناع الجزئي. لكن يكون للمدين فقط طريق آخر للتوصل من التعويض الاتفاقي، وهو إثبات انتفاء الضرر²، كأن يكون نشاطه الجديد ليس منافسا للدائن، أو ليس من شأنه أن يجلب الزبائن القدامى.

- انتفاء التعويض الاتفاقي

من المقرر أن الشرط الجزائي - باعتباره تعويضا اتفاقيا - هو التزام تابع للالتزام أصلي في العقد، يسقط بسقوط هذا الأصل، لذلك فإذا كان الالتزام بعدم المنافسة غير صحيح من البداية فإنه لا يمكن القول باستحقاق الشرط الجزائي بالاستناد إلى المسؤولية العقدية ويبقى الاستناد - إن كان لذلك محل - إلى أحكام المسؤولية التقصيرية³.

إضافة إلى هذا الطريق في السقوط، فإنه لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائي مادام مثلا أن الحكم قد أثبت أن كلا من المتعاقدين قد قصر في التزامه⁴، فإذا قصر الدائن مثلا في تقديم تعويض للعامل المدين كسبب للالتزام بعدم المنافسة، فإنه لا يمكنه مثلا المطالبة فيما بعد بالشرط الجزائي لأن الخطأ مشترك.

وتضاف إلى هاتين الحالتين حالة سبق ذكرها، وهي حالة ما إذا توصل المدين إلى إثبات عدم تضرر الدائن.

1 - أنور طلبية، مرجع سابق، ص 422.

2 - راجع المادة 1/184 ق م.

3 - أنور طلبية، المرجع السابق، ص 409.

4 - نفس المرجع، ص 414.

2 - التعويض القضائي (تعويض المصلحة)

إذا لم يستعمل المتعاقدان الحق المقرر لهما في تحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق والعدالة من وجهة نظرهما المشتركة¹، فإنه يبقى تقدير هذا التعويض خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي خاصة إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو مستحيل وحتى إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه² وهذه هي أسباب تعويض المصلحة المقرر للدائن، إضافة إلى وجود طرق للتعويض القضائي.

- أسباب تعويض المصلحة

إن هذه الأسباب تتمثل أساسا في:

- عدم تنفيذ المدين لالتزامه، نتيجة إلى أن التنفيذ العيني أصبح غير ممكن، فلا يبقى أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض لأنه طريق احتياطي³، ولا حاجة للدائن لأعدار المدين.

- في حالة خرق الالتزام بعدم المنافسة- بالتنفيذ العيني كشرط لاستحقاق التعويض⁴، على اعتبار أن تنفيذ الالتزام يصبح غير ممكن بفعل المدين⁵، باعتبار أن الالتزام بعدم المنافسة هو التزام بالامتناع عن عمل.

- إضافة إلى عدم تنفيذ الالتزام، فقد يكون سببا لاستحقاق التعويض التأخر في تنفيذ الالتزام مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالدائن، فبالنسبة للالتزام بعدم المنافسة، يعتبر تأخرا في تنفيذ الالتزام تماطل المدين في التوقف عن النشاط المنافس، أو ترده على مؤسسة منافسة.

- التقدير القضائي لتعويض المصلحة

إنه من الصعوبة بمكان تقدير التعويض المستحق للدائن بالالتزام بعدم المنافسة، في حالة خرقه أو عدم تنفيذه، لأنه مبني على ضرورة مراعاة ظروف خارجية متعلقة أساسا بالآثار الناتجة عن هذا الخرق، والمتعلقة أساسا كذلك بوجهة نظر اقتصادية من خلال تقدير عواقب نتائج عدم التنفيذ على حجم النشاط الذي يمارسه الدائن، وكذلك ضرورة إعطاء مقابل عددي لهذا الضرر

¹ - محمد إبراهيم نسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع الإسكندرية دون طبعة، ولا سنة الطبع، ص 303.

² - راجع المادة 176 ق م.

³ - حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 1999، ص 58.

⁴ - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 301.

⁵ - راجع المادة 181 من ق م.

وهو أمر صعب التحقيق¹، لكن وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإن التعويض المستحق للدائن من جهة يجب أن يشمل الخسارة المحتملة ومن جهة أخرى الربح الفائت².

وعليه فالقاضي عليه أن يقدر الضرر الناتج عن تحويل الزبائن من جهة ومن جهة أخرى تقدير الربح المتوقع للدائن في حالة احترام المدين للالتزامه.

ويكون ذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار رقم الأعمال المحقق من طرف المدين خلال ممارسته للنشاط المحظور، ولعل هذا الأمر يكون في حالة قيام المدين بإنشاء أو ممارسة النشاط المنافس في مؤسسة خاصة ينشئها لهذا الغرض، وهو ما يجعل احتمال وجود فرض اشتغاله في مؤسسة منافسة بصفته أجير أو عامل ينفي الأخذ بهذا الاعتبار لذلك عادة ما يتولى الأطراف أنفسهم تحديد قيمة هذا التعويض³.

¹ - SERRA Yves, Obligation de non- concurrence, op.cit, p 14.

² - راجع المادة 182 ق م.

³ - SERRA Yves, op.cit, p 14.

الخاتمة:

إن قانون المنافسة يعتبر أهم حلقة من حلقات القانون الاقتصادي، هذا الأخير يتمثل في تلك القواعد القانونية المنفرقة في مختلف النصوص القانونية والتي تعنى بتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

ولقد عنيت عدة دراسات بمحاولة الاحاطة بهذه الحلقة الأساسية من كل الجوانب من خلال التعرض سواء إلى الآليات التي جاء بها هذا القانون، كمجلس المنافسة، أو التعرض إلى موضوع الممارسات المقيدة للمنافسة والمتمثلة في الاتفاقات ووضعيات الهيمنة على السوق والتعسف في وضعية التبعية وعقد الشراء الاستثنائي والبيع التعسفي بأقل من سعر التكلفة.

فحداثة هذه الأفكار والمواضيع هو الذي دفع بالباحثين إلى محاولة استكشافها والغور في مفاهيمها ومدلولاتها، وكانت أغلب هذه الدراسات تصب في اتجاه واحد وهو تعزيز مبدأ حرية المنافسة ونفي كل ما من شأنه أن يشكل مساسا به.

والحقيقة أن هذه النظرة تتم عن قصر نظر ونقص فهم، لأن أغلب المبادئ القانونية تحمل معنى أصلي يفهم من ظاهر العبارة، ومعنى آخر نستشفه من خلال القيود التي ترد عليه فالتقييد وان كان ظاهريا يرمي إلى تعطيل ترتيب المبدأ لآثاره إلا انه في الحقيقة يرمي إلى تعزيز وضعية هذا المبدأ.

وفي هذا الإطار كانت دراستي للالتزام بعدم المنافسة الذي قد يتوهم القارئ لأول وهلة لهذا العنوان أن الأمر يتعلق بمحاولة نفي المبدأ، إلا أن ما يخفيه هذا العنوان هو في الحقيقة دعم لمبدأ حرية المنافسة بشكل معاكس، فمن خلال دراستي لهذا الموضوع توصلت فعلا إلى هذه القناعة.

فالقيد الواردة على مبدأ حرية المنافسة سواء منها الاتفاقية أو القانونية قد اعترف بها المشرع في النهاية إلى جانب المبدأ ذاته، فالغاية النهائية التي يرمي إليها المشرع من خلال قانون المنافسة تتعلق أساسا بالمحافظة على السوق ومنح الفرص لكل الأشخاص للاستفادة من مزاياه وإفادة المجتمع والاقتصاد، وفي هذا الصدد فهذه الغاية قد تتحقق في ظل مبدأ حرية المنافسة كما يمكن أن تتحقق في ظل الالتزام بعدم المنافسة.

فالعبرة إذن بالغاية لا بمجرد الوقوف على المعنى السطحي للفظ، ولا أخفي حقيقة أن اختياري لهذا الموضوع كان مبني على قناعة مسبقة أن الأمر يتعلق بقيود سلبية تحد من المبدأ، ولا بد من التصدي لها، إلا أن هذه القناعة سرعان ما أصبحت مجرد أفكار مسبقة وساذجة، وتبددت مع الاستنتاجات المتوصل إليها والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- المشرع الجزائري في تكريسه لمبدأ حرية التجارة والصناعة كان متأثرا جدا بالنزعة الرأسمالية وسعى إلى القطيعة مع النظام الاشتراكي الذي كان في وقت غير بعيد خيارا لا رجعة فيه، وما يعكس بشكل جلي هذا الاتجاه هو النص على هذا المبدأ ضمن الدستور بموجب المادة 37 منه، فهو إذن مبدأ دستوري، وهي مكانة لا يبلغها إلا المبادئ المتعلقة بالحرية الأساسية للأفراد والمتعلقة بالنظام العام والمصلحة العامة وكذلك ثوابت الدولة، إلا أن المشرع قد لطف من الأمر قليلا من خلال اشغاله بفقرة ثانية، من خلالها جعل سريان المبدأ لا يكون بشكل مطلق.

- إن مرحلة النظام الاشتراكي قد أدت إلى تواجد عدة مؤسسات عمومية تنشط في الساحة الاقتصادية مدعمة في ذلك بالأفكار التي كانت سائدة في ذلك الوقت، ولم يكن للمقولة الخاصة إلا نصيب قليل ومحفوف بعدة قواعد استثنائية أضعفت من تواجدها، لذلك وبعد التخلي عن هذه الأفكار الاشتراكية وتكريس نصوص قانونية ليبرالية أصبح تواجد الدولة في السوق محل انتقاد، إلا أن الاستغناء عنها لم يكن بالأمر الهين، دون أن يعني هذا أن الدولة ممثلة في المؤسسات العمومية لا يمكنها ممارسة التجارة.

فالحقيقة أن العبرة ليست مرتبطة بطبيعة المتعامل وطبيعة ملكية وسائل الإنتاج ولكن مرتبطة أساسا بالكفاءة والفعالية الاقتصادية والعمل في ظل شروط تنافس متكافئة، ومن هذا المنطلق لم يعد هناك ما يمنع الدولة من أن تكون تاجرا خاضعا للقانون الخاص، وحتى وإن استأثرت بنشاط اقتصادي معين، فذلك راجع لأسباب ومبررات متعلقة بالمصلحة العامة وخدمة لأهداف التنمية الوطنية سواء لنقص الموارد الخاصة أو لطبيعة النشاط ذاته والذي لا يمكن الاستغناء عنه كتلك المتعلقة بالمرافق العامة أو السلطة العامة، أو لغياب المبادرة الخاصة أصلا.

- إن الحقوق الحصرية المقررة لأصحاب الملكية الفكرية إنما جاءت لتشجيع الإبداع والابتكار اللذين يشكلان عماد تقدم كل اقتصاد حديث، ولا تشكل بتاتا مساسا بمبدأ حرية المنافسة لأن هذا الأخير يشجع على الابتكار والاختراع، وهذه الأخيرة لا تتحقق إلا من خلال تقرير حماية لأصحابها.

- نفس الأمر يمكن إيرادها بالنسبة لحالات منع التجارة أو حالة التنافي وكذلك النشاطات المنظمة، فكلها ترمي إلى حماية السوق، سواء من خلال تطهير التجارة من الأشخاص غير المرغوب فيهم، أو العمل على توجيه النشاط التجاري وتوزيعه توزيعا يضمن التنمية الشاملة والمتوازنة.

- بالنسبة إلى دور العقد في تقييد المنافسة ومنعها، فالملاحظ بالنسبة للنظام القانوني الجزائري هو غياب قواعد قانونية تتناول الموضوع بشكل دقيق على غرار المشرع المصري، الذي تبني أفكار الفقه حول شروط صحة الالتزام العقدي بعدم المنافسة فشرط عدم المنافسة يعتبر نظاما مألوفاً لدى المتعاملين الأجانب بينما لا نجد له أثر في التشريع الجزائري، وهو نقص لا بد من تداركه خاصة في ظل الشعارات المرفوعة والتي تنادي إلى الاستثمارات ومحاولة جلب رؤوس الأموال الأجنبية التي لا بد من توفير المناخ القانوني الذي يلائم نشاطها.

- فالإقتصار على القواعد العامة فقط من شأنه ألا يستوعب هذه الأفكار الجديدة والتي فرضها التطور التكنولوجي وتقنيات التعامل وظهور آليات جديدة للتعاقد تتطلب شروطا جديدة لا يمكن إيجاد تفسير لها في هذه القواعد العامة.

- إن مشروعية الالتزام بعدم المنافسة قد وجدت صدى واسع لدى الفقه الذي أولاهما اهتماما كبيرا من خلال الإجماع على شروط صحته والتي لا تتعدى مجرد منع للتعسف فقط.

المراجع المعتمدة:أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ. الكتب:

1. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي الصناعة التجارة الخدمات، بدون دار نشر ولا بلد النشر ولا سنة النشر.
2. أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2002.
3. الياس أبو عيد، قانون التجارة البرية، بين النص والاجتهاد والفقهاء المقارن، بدون دار النشر ولا بلد النشر، الطبعة الأولى 2004.
4. الياس جوزيف أبو عيد، المؤسسة التجارية، دار بيروت للنشر، بيروت، طبعة 1983 الجزء الأول.
5. السيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية الإسكندرية، مصر طبعة 2004.
6. أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2006.
7. أنور طلبية، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية، الجزء الأول، دار المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، الطبعة الأولى 2005.
8. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت طبعة 1974.
9. جاك غستان، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى سنة 2000.
10. جعفر محمد سعيد، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
11. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، طبعة 2003.
12. زواوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري، (المحل التجاري والحقوق الفكرية) نشر وتوزيع ابن خلدون إسكندرية طبعة 2001.

13. كامران الصالحي، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى 1998.
14. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع الإسكندرية دون طبعة، ولا سنة الطبع.
15. محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، بدون رقم الطبعة، الجزائر دون سنة النشر.
16. محمد حسن النجار، الضمانات القانونية للعاملين في ضوء الخصخصة، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية المنتزة مصر طبعة 2000.
17. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقول المادي، دار منشأة المعارف الإسكندرية طبعة 1996.
18. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، 2004، ص 159.
19. نعيم مغنغب، براءة الاختراع ملكية صناعية وتجارية، منشورات دار الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2003.
20. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى، سنة 2004 ص 262.
21. عادل جهيري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 2000.
22. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، دار منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004.
23. عصام أنور سليم، قانون العمل، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1999.
24. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى سنة 2000.

ب. المذكرات والرسائل الجامعية:

1. أولاد رابح صافية، مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2000، (غير منشورة).
2. بلال سليمة، حماية المحل التجاري (دعوى المنافسة غير المشروعة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة سطيف، (غير منشورة).
3. بن زيدان وزينة، العقود والمنافسة، مثال عن عقد الامتياز التجاري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001، (غير منشورة).
4. جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 11 نوفمبر 2002، (غير منشورة).
5. لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1995، (غير منشورة).
6. محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون فرع القانون العام، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2005/2004، (غير منشورة).
7. قايد ياسين، الأشخاص العمومية وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001، (غير منشورة).

ج. المقالات:

1. أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والأفعال الاحتكارية، مجلة الحقوق، الكويت، السنة الحادية والعشرون، العدد الرابع ديسمبر 1997.
2. رشيد زوايمية، محاضرات في القانون الاقتصادي، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير حقوق جامعة جيجل 2004-2005.
3. مجموعة مقالات ومدخلات أقيمت بمناسبة انعقاد ملتقى بالجزائر العاصمة تحت عنوان المنافسة ومراقبة الممارسات المنافسة للمنافسة، من 26 ماي 2002 إلى 05 أفريل 2002 ومن 12 إلى 22 أكتوبر 2002.

د. النصوص القانونية:

1. الدساتير:

- مرسوم رئاسي رقم 438/96، مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996 ج.ر عدد 09، صادرة في 8 ديسمبر 1996.

2. الاتفاقيات:

- مرسوم رئاسي رقم 01/94، مؤرخ في 02 يناير 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعتين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993، ج.ر عدد 01، مؤرخة في 02 يناير 1994.

3. النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 156-66 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم ج.ر عدد 49.

2. أمر رقم 154-66 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، ج.ر عدد 47.

3. أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
4. أمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج.ر عدد 101، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
2. قانون رقم 10-84، مؤرخ في 11 فيفري 1984، يتعلق بالخدمة المدنية، ج.ر عدد 07 مؤرخة في 14 فيفري 1984.
3. قانون رقم 01/88، مؤرخ في 12 يناير سنة 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 2، مؤرخة في 13 يناير 1988.
4. قانون رقم 11-90، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، معدل ومتمم ج.ر عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990.
5. أمر رقم 02/96 مؤرخ في 10 يناير سنة 1996 يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة ج.ر عدد 3 مؤرخة في 14 يناير 1996.
6. قانون رقم 06-98، مؤرخ في 27 يونيو سنة 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر عدد 48.
7. قانون رقم 05-2000، مؤرخ في 6 ديسمبر سنة 2000، يعدل و يتمم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو سنة 1998، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر عدد 75.
8. أمر رقم 03/01، مؤرخ في 20 أوت 2001، متعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 43 مؤرخة في أوت 2001، موافق عليه بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2001، ج.ر عدد 62.

9. أمر رقم 04-01 مؤرخ في 20 غشت سنة 2001 و المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصصتها، ج.ر عدد 62، موافق عليه بموجب القانون رقم 01-17 المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2001.

10. قانون رقم 10-01 مؤرخ في 3 يوليو 2001 يتضمن قانون المناجم، ج.ر عدد 35 مؤرخة في 4 يوليو 2001.

11. قانون رقم 18/01 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001، يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر عدد 77، مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

12. قانون رقم 01-02 مؤرخ في 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر عدد 8 مؤرخة في 18 فبراير 2002.

13. أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جوان 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 مؤرخة في 20 جوان، 2003 موافق عليه بموجب القانون رقم 12/03 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003 ج.ر عدد 64.

14. أمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر عدد 44، مؤرخة في 23 يوليو 2003، موافق عليه بموجب القانون رقم 17/03 المؤرخ في 4 نوفمبر 2003 ج.ر عدد 67 مؤرخة في 5 نوفمبر 2003.

15. أمر رقم 06/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالعلامات، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 23 يوليو 2003، موافق عليه بموجب القانون رقم 18/03 المؤرخ في 4 نوفمبر 2003 ج.ر عدد 67 مؤرخة في 5 نوفمبر 2003.

16. أمر رقم 07/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج.ر عدد 44، مؤرخة في 23 يوليو 2003، موافق عليه بموجب القانون رقم 19/03 المؤرخ في 4 نوفمبر 2003 ج.ر عدد 67 مؤرخة في 5 نوفمبر 2003.

17. أمر رقم 08/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة ج.ر عدد 44 مؤرخة في 23 يوليو 2003، موافق عليه بموجب القانون رقم 20/03 المؤرخ في 4 نوفمبر 2003 ج.ر عدد 67 مؤرخة في 5 نوفمبر 2003.

18. أمر رقم 10-03 المؤرخ 13 غشت سنة 2003، ج.ر عدد 48، مؤرخة في 13 أوت 2003، يعدل ويتم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو سنة 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، موافق عليه بموجب القانون رقم 21-03 المؤرخ في 4 نوفمبر سنة 2003.

19. أمر رقم 11/03، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003 موافق عليه بموجب القانون رقم 15/03 المؤرخ في 25 أكتوبر سنة 2003، ج.ر عدد 64.

20. قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 مؤرخة في 27 يونيو 2004.

21. قانون رقم 08/04 مؤرخ في 14 أوت سنة 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 5 مؤرخة في 18 أوت 2004.

22. قانون عضوي رقم 11/04، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء ج.ر. عدد 57، مؤرخة في 08 سبتمبر 2004.

23. قانون رقم 01/05 متعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها ج.ر عدد 11 مؤرخة في 06 فيفري 2005.

24. قانون رقم 05 - 07 مؤرخ في 28 أفريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 50 المؤرخة في 19 يوليو 2005.

25. قانون رقم 02-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006.

26. قانون رقم 03-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ج.ر عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006.

4. النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رقم 111/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتعلق بالمهن التجارية والصناعية والحرفية والحررة الممارسة من طرف الأجانب على التراب الوطني، ج.ر عدد 82 مؤرخة في 14 أكتوبر 1975.

2. مرسوم رقم 137 / 80 مؤرخ في 31 ماي 1980، يحدد النشاطات الاقتصادية ويهدف إلى وضع قائمة للنشاطات الاقتصادية والمكونات المحددة والمشفرة وفقا لنموذج استثنائي، ج.ر عدد 20 مؤرخة في 13 ماي 1980.

3. المرسوم التنفيذي رقم 229/90 المؤرخ في 25 يوليو 1990 يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة و واجباتهم ج.ر عدد 31 مؤرخة في 28 يوليو 1990.

4. مرسوم تنفيذي رقم 231/90 مؤرخ في 21 يوليو 1990 يتضمن القانون الأساسي الخاص الذي يطبق على موظفي كتابات الضبط للجهة القضائية، ج.ر. عدد 32 مؤرخة في 01 أوت 1990.

5. مرسوم تنفيذي رقم 248/94 مؤرخ في 10 أوت 1994، يحدد اختصاصات وزير الداخلية، ج.ر عدد 53 مؤرخة في 21 أوت 1994.

6. مرسوم رئاسي رقم 440 / 96 مؤرخ في 9 ديسمبر 1996 يتضمن إحداث مؤسسة عسكرية للمواد المتفجرة، ج ر عدد 77 مؤرخة في 11 ديسمبر 1996.

7. مرسوم تنفيذي رقم 38/97 مؤرخ في 18 يناير 1997 يتضمن كفاءات منح ممثلي الشركات التجارية الأجانب بطاقة التاجر، ج.ر عدد 5 مؤرخة في 19 يناير 1997.

8. مرسوم تنفيذي رقم 39/97 مؤرخ في 18 مارس 1997، متعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري ج.ر. عدد 5 مؤرخة في 19 مارس 1997.

9. مرسوم تنفيذي رقم 40/97 مؤرخ في 18 جانفي 1997، يتضمن بمعايير تحديد وتأطير النشاطات المهنية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، ج.ر عدد 5، مؤرخة في 19 جانفي 1997.
10. مرسوم التنفيذي رقم 43 / 2000 مؤرخ في 26 فيفري 2000 يحدد شروط استغلال الخدمات الجوية وكيفية، ج. ر عدد 8 مؤرخة في 2 مارس 2000.
11. مرسوم تنفيذي رقم 81 / 2000 مؤرخ في 9 أبريل 2000 يحدد شروط استغلال خدمات النقل البحري وكيفية، معدل ومتمم، ج. ر عدد 21 مؤرخة في 12 أبريل 2000.
12. مرسوم تنفيذي رقم 334/ 2000 مؤرخ في 26 أكتوبر 2000 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 39 / 97 المؤرخ في 18 يناير 1997 والمتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري ج. ر عدد 64 مؤرخة في 31 أكتوبر 2000.
13. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ماي 1977، يتضمن تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 111/77، ج.ر عدد 43 مؤرخة في 29 ماي 1977.
14. المرسوم التنفيذي رقم 256/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يتضمن انشاء الوكالة الوطنية للدراسات ومتابعة انجاز الاستثمارات في السكك الحديدية، ج.ر عدد 52 مؤرخة في 26 يوليو 2005.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

A: Les ouvrages

1. BRUN André, GALLAND Henri, Droit du travail, tome1, 2^e édition, Edition Sirey, paris1978.
2. BURST jean jacques et KOVAR Robert, Droit de la concurrence, collection droit des affaires et de l'entreprise, economica, paris, 1981.
3. CHAPUT Yves, Le droit de la concurrence, presses universitaires de France séries qui sais je?.
4. COURET Alain et BARBIERI Jean jacques, Droit commercial, Edition Sirey 13^eédition, 1996.

5. FLOU Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations (l'acte juridique) Edition Armand colin, 8^e édition 1998.
6. GAUDU François, Le contrat du travail, Edition Dalloz, 1996.
7. GUISLAIN Pierre, Les privatisations (un défis stratégique, Juridique institutionnel) Edition De Book- Wesmael, Bruxelles, 1995.
8. LARROUMET Christian, Droit civil (les obligations, le contrat), 3^e édition, Edition economica et delta, tome 3, 1996.
9. LEGAIS Dominique, Droit commercial et des affaires, Edition Armand colin, 15^e édition, 2003.
10. LEYON-CAIN Gérard, Le droit du travail, une technique réversible, Edition Dalloz, 1995.
11. LEYON-CAIN Gérard, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, Droit de travail, Edition Dalloz, 19^e édition, 1998.
12. PEDAMON Michel, Droit commercial, Edition Dalloz, 1988.
13. SERIAK Lahcene, Guide du citoyen – wilaya – daïra – commune : repères législatif et réglementaires, ENAG, éditions 1997.
14. TERKI Nour-Eddine, Les obligations (responsabilité civile et régime général) Editions Publisud, Paris en co-édition, OPU, Alger, 1982.
15. VIGNAL-MALAUURIE Marie, Droit de la concurrence, Edition Armand colin, 2^e édition, 2003.
16. WILFRID Jean-Didier, Droit pénal des affaires, Edition Dalloz, 4^e édition, 2000.

B. Les thèses:

- BRUNETTI Nathalie .Droit de la concurrence et droit des contrats Mémoire présenté pour l'obtention de D.E.A concurrence et consommation université de Montpellier1, paris, année 1994 -1995.

C. Les articles:

1. ANN Marie, ROCHE Efrison, Contrat, Concurrence, Régulation, RTDciv, n°3 juillet septembre 2004.

2. ARCHER Frédéric, Utilité de la clause de non concurrence lors d'une cession de fonds de commerce? Cahier droit des affaires, Recueil Dalloz, n°8, 21 janvier 2002.
3. ARLETTE Martin serf, Aides publiques nationales et droit de la concurrence, R JC, Revue mensuelle, paris, 44^e année n°3, mars 2000.
4. BENNADJI Ch., La notion d'activités réglementées, Revue IDARA, n°2, 2000.
5. Centre de droit de la concurrence de l'université de perpignan, Concurrence interdite et concurrence déloyale, Recueil Dalloz, n°31, 14 septembre.
6. CLAUDEL Emmanuelle, Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice?, RT de droit commercial et de droit économique, Edition Dalloz, n°02, 1999.
7. Clause de non-concurrence, R. concurrence finance, Edition juris-classeur, juin 2000.
8. IZOCHÉ Marie- Laure, Notes sur " validité et violation d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat d'un agent commercial ", R. Dalloz, n°31, 14 Septembre 2000.
9. GAVALDA Natacha, Les critères de validité des clauses de non concurrence en droit de travail, Revue droit social, n°6 juin 1999.
10. PICARD jean, De quelques effets des clauses de non rétablissement souscrites par un gérant de fonds de commerce, J.C.P, 1958.
11. SAINTOURES Bernard, Le devoir de loyauté en droit des affaires, Revue de jurisprudence commercial, n°12, décembre 1999.
12. SERRA Yves, Obligation de non concurrence, Edition Dalloz 1995.

D. Les sites web:

- 1- WWW. Wikipedia. Org/Wiki/service public
- 2- WWW.Robic.com
- 3- WWW. CCIP. FR/ creda

E. Les textes réglementaires:

- 1- décret exécutif n° 97 / 140 du 30 avril 1997, portant la nomenclature des activités artisanales et des métiers, j.o n° 27 du 04 mai 1997.
- 2- arrêté interministériel du 1 mars 1983, portant la nomenclature des activités économiques des entreprise de travaux publics des bâtiments et de l'hydraulique, j.o n° 12 du 22 mars 1983.

مقدمة

01 الفصل الأول: الالتزام القانوني بعدم المنافسة
03 المبحث الأول: الإلتزام القانوني الصريح بعدم المنافسة
03 المطلب الأول: ماهية وضعية الاحتكار
03 الفرع الأول: تعريف وضعية الاحتكار (monopole)
03 أولاً: التعريف التشريعي
04 ثانياً: التعريف الفقهي
04 أ. الإستحواد على القوة الاحتكارية
05 ب. سوق السلع و الخدمات البديلة
06 ج. السلوك الإداري للإستحواد أو الإبقاء على القوة الاحتكارية
06 الفرع الثاني: تقدير مشروعية وضعية الاحتكار
06 أولاً: مشروعية الاحتكارات الخاصة
06 أ. الحظر كمبدأ عام
07 1. السلوك المحظور على التاجر صاحب القوة الاحتكارية
07 - معيار الاستثناء
08 - معيار الضرر أو أثر الفعل
08 - معيار الفعل في ذاته
08 2. تحليل هذه المعايير وبيان موقف المشرع الجزائري
09 ب. شروط صحة وضعية الاحتكار

- 09 1. وجود نص تنظيمي أو تشريعي
- 10 - طبيعة النصوص القابلة للاستناد إليها
- 11 - موضوع هذه النصوص
- 12 - العلاقة بين الممارسة والنص القانوني المعني
- 12 2. الممارسات ذات المنفعة الاقتصادية
- 12 - شرط متعلق بالأشخاص المطالبين بالاستفادة من الإعفاء
- 13 - شروط الإعفاء المتعلقة بالآثار الإيجابية للممارسة
- 13 - شروط متعلقة بالممارسة ذاتها
- 15 ثانيا: مشروعية الاحتكارات العمومية
- 15 أ. استعراض النصوص
- 16 ب. تحليل النصوص
- 16 1. التدخل التنافسي للدولة
- 18 2. التدخل الاحتكاري للدولة
- 18 - صلاحيات السلطة العامة fonction regaliene
- 19 - مهام المرفق العام
- 20 * تعريف المرافق العامة
- 21 *إنشاء المرافق العامة
- 21 *تحرير المرافق العامة
- 22 المطلب الثاني: تطبيقات وضعية الاحتكار
- 22 فرع أول: نظام الامتياز (شبه الاحتكار)

23	أولاً: مرفق الكهرباء والغاز
23	1. مظاهر المرفق العام وفقاً لهذا القانون
24	2. مظاهر الاحتكار
25	ثانياً: خدمات النقل البحري والجوي
26	الفرع الثاني: نظام التخصيص
27	أولاً: النشاطات السيادية
28	ثانياً: النشاطات المتخصصة
29	الفرع الثاني: الالتزام بعدم منافسة صاحب احتكار حقوق الملكية الفكرية
29	أولاً: نطاق حقوق الملكية الفكرية
30	أ. الحقوق الصناعية
30	1. براءات الاختراع
30	- تعريف براءة الاختراع
31	- حقوق صاحب البراءة
32	2. التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة
33	ب. الحقوق التجارية
33	1. تعريف العلامات التجارية
33	2. الحق في العلامة
34	ج. حقوق المؤلف والحقوق المجاورة
34	ثانياً: مبررات حماية حقوق الملكية الفكرية
34	أ. أهمية الحقوق الفكرية

- 35 1. أهمية الحقوق الفكرية على المستوى الاقتصادي
- 36 2. أهمية الحقوق الفكرية على المستوى القانوني
- 36 ب. التكييف القانوني للحقوق الفكرية
- 36 1. حقوق الملكية
- 37 2. حقوق الاتصال بالعملاء
- 37 3. حقوق طبيعية
- 39 المبحث الثاني: الالتزام القانوني غير المباشر بعدم المنافسة
- 39 المطلب الأول: موانع متعلقة بالأشخاص
- 40 الفرع الأول: حالة التنافي مع التجارة l'incompatibilité
- 40 أولا: استعراض النصوص
- 40 ثانيا: تحليل النصوص
- 42 ثالثا: تطبيقات حالة التنافي
- 42 أ. الموظفون العموميون
- 44 ب. رجال القضاء
- 44 ج. أصحاب المهن الحرة
- 46 الفرع الثاني: حالة الإسقاطات القانونية Les déchéances
- 46 أولا: التعريف بنظام الإسقاطات
- 46 ثانيا: الأشخاص المعنيين بنظام الإسقاطات
- 48 ثالثا: أحكام نظام الإسقاطات
- 48 أ. الطبيعة القانونية لنظام الإسقاطات

- 49 ب. آثار نظام الإسقاط
- 50 الفرع الثالث: حالة الرقابة
- 50 أولاً: حالة الرقابة على نشاط التجار الأجانب
- 51 ثانياً: الرقابة على نشاط القصر
- 55 المطلب الثاني: موانع متعلقة بطبيعة النشاط
- 55 الفرع الأول: مصدر فكرة النشاطات المنظمة
- 56 أولاً: فكرة النشاطات المقننة في قانون العقوبات
- 56 ثانياً: النشاطات المقننة في القانون المتعلق بالحريات العامة
- 58 ثالثاً: القانون الإداري
- 59 رابعاً: في القانون التجاري
- 64 الفرع الثاني: مضمون النشاطات والمهن المنظمة
- 64 أولاً: مفهوم النشاط
- 68 ثانياً: مفهوم صفة المنظمة (مقننة)
- 70 الفصل الثاني: المصدر العقدي للالتزام بعدم المنافسة
- 71 المبحث الأول: نطاق الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 71 المطلب الأول: الالتزام العقدي بعدم المنافسة بين قانون المنافسة وقانون العقود
- 72 الفرع الأول: تأثير قانون المنافسة على قانون العقود
- 72 أولاً: تأثير قانون المنافسة على الحرية التعاقدية
- 72 أ. الالتزام بالشفافية
- 73 ب. الالتزام بعدم التمييز

- 73 ثانيا: تأثير قانون المنافسة على الأثر النسبي للعقد
- 74 ثالثا: تأثير قانون المنافسة على القوة الإلزامية للعقد
- 75 الفرع الثاني: نطاق الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 75 أولا: تمييز المنافسة المنافية للعقد مع المنافسة غير المشروعة
- 75 أ. التمييز من حيث الموضوع
- 75 ب. التمييز من حيث الأساس القانوني
- 76 ثانيا: صور الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 77 أ. تعريف شرط عدم المنافسة
- 79 ب. تمييز شرط عدم المنافسة عن الأنظمة المشابهة
- 79 1. شرط احترام السر المهني
- 80 2. الشرط الجزائي
- 80 3. الشرط المانع من التصرف
- 81 الفرع الثالث: تقدير صحة الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 81 أولا: شروط الصحة تأسيسا على القواعد العامة
- 83 1. سبب الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 85 2. موضوع الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 85 أ. ضرورة تحديد الالتزام من حيث المكان والزمان ونوع النشاط
- 85 1. تحديد النشاط المعني بالحظر
- 86 2. تحديد الالتزام من حيث الزمان والمكان
- 88 ب. إمكانية مباشرة المدين لنشاط مهني

- 89 ثانيا: شروط الصحة تأسيسا على قانون المنافسة
- 89 أ. شروط صحة الممارسات المقيدة للمنافسة
- 90 ب. الطابع الملحق للالتزام بعدم المنافسة
- 92 المطلب الثاني: تطبيقات الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 92 فرع أول: عقد العمل
- 92 أولا: مرحلة سريان عقد العمل
- 93 ثانيا: مرحلة ما بعد انقضاء عقد العمل
- 95 أ. وجود مصلحة مشروعة
- 98 ب. مبدأ التوازن أو التلاؤم
- 99 ج. ضرورة حصول العامل على تعويض
- 100 الفرع الثاني: عقد بيع المحل التجاري
- 101 أولا: الالتزام بعدم المنافسة والالتزام بالضمان
- 103 ثانيا: عقد بيع المحل التجاري كمصدر للالتزام بعدم المنافسة
- 103 أ. التحديد الزمني والمكاني ونوع النشاط
- 104 ب. المصلحة المشروعة
- 107 المبحث الثاني: أحكام الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 107 المطلب الأول: انتقال الالتزام العقدي بعدم المنافسة وانقضاؤه
- 107 الفرع الأول: انتقال الالتزام بعدم المنافسة
- 108 أولا: ارتباط انتقال الالتزام بتطور فكرة الالتزام
- 109 ثانيا: انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف العام

- 110 أ. النقل الإيجابي للالتزام بعدم المنافسة
- 111 ب. النقل السلبي للالتزام بعدم المنافسة
- 112 ثالثا: انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى الخلف الخاص
- 113 أ. النقل الإيجابي للالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 117 ب. النقل السلبي للالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 118 الفرع الثاني: انقضاء الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 118 أولا: الانقضاء العادي للالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 118 أ. انقضاء الفترة الزمنية المحددة
- 119 ب. وجود اتفاق بين الطرفين
- 120 ج. حالة فسخ عقد العمل
- 121 ثانيا: بطلان الالتزام بعدم المنافسة
- 121 أ. التأسيس القانوني لبطلان الالتزام بعدم المنافسة
- 122 1. انقضاء المصلحة المشروعة للدائن
- 124 2. التحديد الزمني والمكاني ونوع النشاط المفرط
- 125 ب. الطبيعة القانونية لهذا البطلان
- 126 1. البطلان المطلق للالتزام المرتبط بالممارسات المقيدة للمنافسة
- 127 2. البطلان النسبي للالتزام غير المرتبط بالممارسات المقيدة للمنافسة
- 128 المطلب الثاني: جزاء خرق الالتزام العقدي بعدم المنافسة
- 128 الفرع الأول: مفهوم خرق الالتزام بعدم المنافسة
- 129 أولا: تفسير الالتزام العقدي بعدم المنافسة

130 أ. القراءة الضيقة لشرط عدم المنافسة
131 ب. القراءة الموسعة لشرط عدم المنافسة
131 ثانيا: تطبيقات خرق الالتزام العقدي بعدم المنافسة
134 الفرع الثاني: نتائج خرق الالتزام العقدي بعدم المنافسة
134 أولا: سلطة قاضي الاستعجال
135 ثانيا: آثار مسؤولية المدين بعدم المنافسة
135 أ. التنفيذ العيني للالتزام بعدم المنافسة
135 1. وقف النشاط المنافس
137 2. حبس الثمن
138 ب. التنفيذ بمقابل للالتزام العقدي بعدم المنافسة
139 1. التعويض الاتفاقي
139 - سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي
140 - انتفاء التعويض الاتفاقي
141 2. التعويض القضائي
141 - أسباب تعويض المصلحة
142 - التقدير القضائي لتعويض المصلحة
143 خاتمة
146 المراجع
146 أولا: المراجع باللغة العربية
154 أولا: المراجع باللغة الفرنسية
158 فهرس الموضوعات

ملخص:

إن مبدأ المنافسة الحرة يعتبر حجر الزاوية لكل اقتصاد لبرالي، باعتبار أن المنافسة من شأنها أن تؤدي بالمتعاملين الاقتصاديين والتجار إلى محاولة تقديم الأحسن من أجل جلب الزبائن وتحقيق الأرباح، إلا أنه وعلى غرار كافة المبادئ القانونية فإنه لا يمكن أن يبقى على إطلاقه بل لابد من وجود قيود.

فهناك من القيود ما يمنع المنافسة أصلاً وهو أمر لا يمكن التسليم به بسهولة، فموانع المنافسة - سواء منها القانونية أو الاتفاقية - باعتبارها مصدراً للالتزام بعدم المنافسة أصبحت مفهوماً قانونياً قائماً بذاته ولا يمكن التغاضي عنه، إلى جانب مبدأ حرية المنافسة.

وباعتبار أن الغاية الأساسية التي يرمي المشرع إلى تحقيقها هي حماية المنافسة في السوق فهذا المبرر يمكن أن يتجسد في تكريس مبدأ الحرية ذاته، كما يتجسد كذلك في موانع المنافسة وهو ما خلصت إليه في النهاية.

لذلك فالإشكالية العامة تكمن في مدى مشروعية الالتزام بعدم المنافسة في ظل المبدأ المسيطر وهو مبدأ حرية المنافسة المترتب عن مبدأ آخر، هو مبدأ حرية التجارة والصناعة.

Résumé :

Le principe de la libre concurrence est la pierre angulaire de toute économie libérale, en effet la concurrence exige des opérateurs économiques et commerçants un meilleur rendement pour mieux attirer la plus large gamme de clientèle.

Néanmoins l'application de ce principe, comme c'est le cas de tout principe juridique n'est pas absolu car des exceptions sont nécessaires.

Parmi ces exceptions, il y a celles qui interdisent la concurrence dite « interdictions juridiques et conventionnelles », comme source de l'obligation de non concurrence essentielle pour maintenir l'ordre public.

En outre cette obligation de non concurrence est consacrée aujourd'hui comme une notion juridique supplémentaire à côté du principe de la libre concurrence afin de protéger et de promouvoir une concurrence idéale.

En fin la problématique analysée dans la présente thèse, consiste dans la légitimité de l'obligation de non concurrence dans le cadre de l'action du principe constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie.