

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

تأثير الاتفاقيات المحظورة على قانون العقود

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: القانون العام
تخصص: القانون العام للأعمال.

إشراف الأستاذ
أ.د. سمار نصر الدين

إعداد الطالب
حداد عنتر

لجنة المناقشة

د/آيت منصور كمال، أستاذ محاضر (أ)، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.....رئيسا
أ.د/سمار نصر الدين، أستاذ، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل.....مشرفا ومقررا
د/قريمس عبد الحق، أستاذ محاضر (أ)، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 14 جويلية 2015

«Insensiblement, et au delà des volontés politiques, le tentaculaire droit de la concurrence ne cesse de renforcer son emprise sur la théorie générale du contrat».

J.MESTRE, 1987.

أهداء

إلى من أناروا لي درب العلم والمعرفة...

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما..

إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي...

إلى إخوتي و أخواتي، بلال، أسامة، أحلام، سارة...

إلى كل الأصدقاء والزملاء...

أهدي هذا العمل المتواضع

مجاد محنتر

كلمة شكر وعرفان

أتوجه بجزيل الشكر والتقدير والامتنان إلى أستاذي وشيخي
والمشرف عليّ مذكرتي الأستاذ الدكتور سمار نصر الدين
الذي أكرمني بتوجيهاته وتصويباته وسهل لي الكثير من
العقبات جزاه الله عني كل خير.

كما أشكر كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز
هذا العمل وزودني بالمعلومات اللازمة لذلك، أخص بالذكر
السيد محسني مقرر مجلس المنافسة وكل موظفي مكتبة المحكمة
العليا.

حداك محنتر

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية.

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ق م ج : القانون المدني الجزائري.

ص : صفحة.

ص ص : من صفحة الى صفحة.

ثانياً: باللغة الفرنسية.

Art. : Article.

CCE : Commission des communautés européenne.

CE : Commission européenne.

CJCE : Cour de justice de la communauté européenne.

CJUE : Cour de justice de l'union européenne.

Cons.conc : Conseil de la concurrence.

Ed. : Édition.

Ibid. : (Ibidem) Au même endroit.

In. : Dans.

JOCE : Journal officiel des communautés européennes.

JORA : Journal officiel de la république algérienne.

JORF : Journal officiel de la république française.

JOUE : Journal officiel de l'union européenne.

N° : Numéro.

Op.cit. : (Opere citato) Cité précédemment.

P : Page.

Para. : Paragraphe.

PP : De page a page.

V. : Voire.

Vol. : Volume.

مقدمة:

تعد النظرية العامة للالتزامات العمود الفقري للقانون، حيث يرتكز عليها بكافة فروعها المختلفة لتضمنها المبادئ الكلية العامة، فهي كما يقول بلانيول Planiol المجال الرئيسي والحقل الخصب للمنطق القانوني، وقد بلغت من العمومية والتجريد ما لم يبلغه أي فرع آخر من فروع القانون، فكانت بذلك قابلة للتطبيق على فروض كثيرة ومتفاوتة فيما بينها.

وضمن هذه النظرية ذاتها تحتل النظرية العامة للعقد أهمية كبرى كمصدر من مصادر الالتزام، خصص لها القانون المدني الجزائري 69 مادة (من المادة 54 إلى المادة 123)، نظرا لأن العقد يعد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية ووسيلة فعالة لمباشرة النشاط الاقتصادي يلجأ الإنسان إليه غالبا في سبيل اشباع حاجاته.

وتهتم هذه النظرية بالمبادئ العامة للعقود التي تبرم بين الأشخاص (طبيعية أو معنوية) لإجراء معاملاتهم، حيث تعتبر الشريعة العامة بالنسبة لسائر العقود ما لم يرد في شأنها حكم خاص يؤدي إلى استبعاد تطبيق هذه القواعد العامة.

ومن هنا تبرز قيمة قانون العقود في النظام القانوني، فالمبادئ والأحكام التي يتضمنها تعد بمثابة أسس عامة مشتركة تسري على كافة العقود، سواء كانت مدنية أو تجارية، وسواء كانت مسماة أو غير مسماة، فهو نظرية عامة تتضمن القواعد الأساسية للعقود دون تخصيص.

إن الطابع النظري والمجرد الذي يتميز به قانون العقود وعلوه عن الجزئيات المتغيرة جعل قواعده وأحكامه تظفر بثبات واستقرار لم يحظ به غيره من قواعد القانون، لذلك شاع في وقت من الأوقات بأن أسسه تتصف بالثبات على مر الزمن⁽¹⁾، فهي نظرية راسخة ترجع

(1) MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », p.3, www.crids.be, 20 février 2015.

صياغتها إلى ثمرة الفكر القانوني على مدى أجيال واستوتحت مبادئها من حاجات العمل وعلاقات الأفراد في المجتمع وإحساس الإنسان بالعدل.⁽¹⁾

والحقيقة أن ثبات النظرية ها هنا هو ثبات نسبي، لا يعني أنها خالدة ولا ينفي خضوعها للتطور الذي تخضع له بقية قواعد القانون، لتأثرها بعوامل ومعطيات الواقع، وإن كانت أقل تأثراً ومن تم أكثر ثباتاً من بقية الفروع القانونية الأخرى.⁽²⁾

وقد شهد قانون العقود بالتالي - على مر العصور - تأثراً ملحوظاً من حيث مضمونه، نتيجة لتغير العوامل والظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأدبية والفكرية، حيث أدرك هذا التطور صياغته، كما أدرك روحه على حد السواء.⁽³⁾

وقد كان للتوجه الاقتصادي والسياسي للدولة بصمته الواضحة على قانون العقود ونستشهد في ذلك بالتأثر الذي عرف مبدأ سلطان الإرادة في ظل النموذج الاشتراكي، حيث ضاق نطاقه بفعل هذه الإيديولوجية القائمة على التدخل في تنظيم العقود والتدخل للمحافظة على توازنها.⁽⁴⁾

والأمر كذلك، فلا شك أن تطور النظام الاقتصادي الجزائري وتغير دور الدولة من متدخلة إلى ضابطة بتبني مبدأ حرية الصناعة والتجارة، قد كان له دوره في إعادة رسم حدود قانون العقود، خاصة في ظل مفهوم النظام العام الاقتصادي، حيث عرفت الجزائر انطلاقة من سنة 1988، مروراً بدستور 1989 إعادة النظر في طبيعة علاقة الدولة بالاقتصاد وحجم ومجال تدخلها، نتج عنه تبنيتها لمبدأ حرية المنافسة باعتباره من أهم مقومات النظام الليبرالي.

⁽¹⁾ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة)، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2005، ص 25.

⁽²⁾ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 23.

⁽³⁾ مرجع نفسه، ص 24.

⁽⁴⁾ MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, op.cit, p. 4.

وبما أن حرية المنافسة قد تؤدي بالعكس الى حالة من الفوضى⁽¹⁾، فان معظم الدول لجأت الى تنظيمها بسن ما يسمى **بقانون المنافسة** الذي يضم مجموعة من المبادئ و القواعد القانونية المنظمة للتنافس والمزاومة بين الأعوان الاقتصاديين في البحث والحفاظ على زبائنهم⁽²⁾.

وقد لجأت الدولة الجزائرية هي الأخرى الى تنظيم حرية المنافسة وإحاطتها بقواعد تضمن ممارستها انطلاقا من قانون الأسعار لسنة 1989⁽³⁾، وهو القانون الذي عوض سنة 1995 بالأمر رقم 95-06⁽⁴⁾ الذي كرس بصفة كلية قواعد وميكانيزمات المنافسة كأداة لتنظيم سير الاقتصاد، ليعوض هو الآخر بقانون جديد صادر بموجب الأمر رقم 03-03⁽⁵⁾ تبنى نفس المبادئ والقواعد الخاصة بالمنافسة لسنة 1995، مع توضيح بعض المفاهيم واستدراك بعض النقائص.

وبما أن العقد - كما ذكرنا- يعد ضمن اقتصاد السوق وسيلة قانونية لا غنى عنها لدخول السوق وممارسة الأنشطة الاقتصادية والتجارية فيها، فإن نظامه القانوني لم يكن بمنأى عن التطورات التي شهدتها المنظومة القانونية بتبني مبدأ المنافسة الحرة وتشريع أحكام قصد حمايتها من الممارسات المنافية لها، فمحاولة مراعاة التوازن بين متطلبات النظام العام الاقتصادي من جهة، وبين حرية الأشخاص والمؤسسات في ممارسة النشاط الاقتصادي من جهة أخرى، حتى لا تطغى المصلحة الخاصة للمؤسسات على المصلحة العامة للمجتمع أو

⁽¹⁾ الماحي حسين، تنظيم المنافسة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص13.

⁽²⁾ قابلة سورية، مجلس المنافسة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 04.

⁽³⁾ قانون رقم 89-12، مؤرخ في 5 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج ر عدد 29، صادر في 19 جويلية 1989 (ملغى).

⁽⁴⁾ أمر رقم 95-06، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، صادر في 22 فيفري 1995 (ملغى).

⁽⁵⁾ أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36 الصادر في 02 جويلية 2008، معدل ومتمم بموجب القانون 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46 صادر في 18 أوت 2010.

العكس، قد جعل للتشريعات المتعلقة بالمنافسة تأثيرا ملموسا على قانون العقود الذي كان يظن انه أزلي⁽¹⁾.

بل أن ظاهرة التأثير قد تجاوزت مجرد فرض قيود وإملاء شروط إلى اعتماد مفاهيم ومصطلحات في قانون المنافسة تعد غريبة عن الفكر القانوني بصفة عامة وعن قانون العقود بصفة خاصة، ونشير هنا إلى الاتفاقات المحظورة كممارسة مقيدة للمنافسة نص عليها المشرع الجزائري منذ 1995⁽²⁾.

ولفترة طويلة، لم تكن تقييدات المنافسة المترتبة عن الاتفاقات محل تنظيم خاص، فعلى المستوى الجزائري كانت تشكل جنحة مضاربة غير مشروعة معاقب عليها بموجب المادة 172 من قانون العقوبات⁽³⁾، أما على المستوى المدني فان جبر الضرر الناتج عنها كان خاضعا للمادة 124 من القانون المدني، وقد أقام أمر 1995 لأول مرة نظاما مميزا لمكافحة هذه الاتفاقات تميز بإقصاء الهيئات القضائية عن نظرها وإقامة سلطة إدارية مستقلة لها صلاحيات توقيع عقوبات إدارية على أطرافها.

وتشكل الاتفاقات المحظورة نقطة تقاطع بالغة الأهمية بين كل من قانون المنافسة وقانون العقود، حيث لا يكاد يخلو أي قانون ينظم المنافسة في أية دولة من النص عليها وتعتبر قاعدة حظرها من أهم وأقدم وسائل حماية المنافسة الحرة، فتم النص عليها في أول قانون مضاد للاحتكارات (Sherman acte) في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1890⁽⁴⁾،

⁽¹⁾ RACINE Jean-Baptiste et SIIRIANEN Fabrice, « Sécurité juridique et droit économique propos introductifs », In. Sécurité juridique et droit économique, éd. Larcier, Bruxelles, 2008, p. 05.

⁽²⁾ أمر رقم 95-06، مرجع سابق.

⁽³⁾ أمر رقم 66-156، مؤرخ في 28 جويلية 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 صادر في 11 جويلية 1966، معدل ومتمم.

⁽⁴⁾ « حيث اعتبر هذا القانون عملا غير قانوني في ما يلي:

1- كل عقد أو تجمع أو تأمر بغرض تقييد التجارة سواء بين الولايات أو في التجارة الخارجية،
2- كل احتكار أو تجارة أو تأمر مع آخرين في محاولة احتكار أي جزء من التجارة بين الولايات أو في التجارة الخارجية». أنظر: مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 6 ديسمبر 2012، ص 40.

كما تضمنها كل من القانون التجاري الفرنسي⁽¹⁾، معاهدة الاتحاد الأوروبي⁽²⁾ واتفاقية الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية⁽³⁾.

وعلى الرغم من العناية بالنص عليها واتخاذها بعدا دوليا، إلا أن مجمل القوانين لم تعتن بتحديد المقصود منها، وهل أن مصطلح الاتفاق⁽⁴⁾ في قانون المنافسة هو ذاته المعروف في القانون المدني أم ينفرد عنه، حيث جاءت كل المواد التي نصت عليه في صورة عامة تقرر منعه دون تعريفه.

وقفهيا، أشار إلى صعوبة صياغة تعريف للاتفاق المحذور العديد من الباحثين، بل إن بعضهم اعترف بفشل محاولاتهم لتعريفه تعريفا محدد الأركان، سهل التطبيق يتلاءم مع متطلبات الفهم القانوني، وفي هذا السياق يقول الفقيه ريبير RIPERT « إن الاتفاق يتخذ أشكالا مختلفة جدا، لذا يتضح لنا جليا أنه من غير الممكن إيجاد تعريف قانوني دقيق ... إن فشل تعريف الاتفاق شيء في غاية الخطورة، لأنه يجعل عملية تنظيمه تنظيما محكما تقريبا مستحيلة»⁽⁵⁾.

(1) Code de commerce, www.legifrance.gouv.fr.

(2) Traité de Rome, instituant la communauté européenne, signé le 25 mars 1957, www.constitutioneu.eu.

(3) الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 05-159، مؤرخ في 27 أبريل 2005، ج ر عدد 31، صادر بتاريخ 30 أبريل 2005.

(4) ان التسمية المتعارف عليها لهذا النوع من الممارسات هي الاتفاقات المحظورة حيث درج الباحثون على استعمالها في دراساتهم مما أدى الى تشابه مع لفظة الاتفاق في قانون العقود، كما نجم عن ذلك قصورا لغويا يتمثل في صعوبة التفرقة بين العديد من المصطلحات تعتبر أشكالا للاتفاق Entente وتدخل تحته مثل: Accord, Convention, Coalition, Concertation، و حتى نتقادي اللبس والغموض سنقرن كل مصطلح بنظيره بالفرنسية.

(5) « L'entente pouvant être réalisée par les procédés le plus différents, il nous paraît pas possible à l'heure actuelle de la faire rentrer comme telle, dans une définition juridique précise ... cet échec dans la définition est extrêmement grave, il rend à peu près impossible une réglementation étroite» 43. ذكر في، مسعد جلال، مرجع سابق، ص

إلا أن هذه الصعوبات الملاحظة، لم تحل دون ظهور محاولات متباينة لتعريفه، فاعتبره الفقيه L.Vogel « **توافق صريح أو ضمني لإرادة مؤسستين أو أكثر تتمتعان بالاستقلالية في اتخاذ القرار على إتباع سلوك معين أو تحقيق غرض مشترك في السوق يتسم بالطابع المقيد للمنافسة** »⁽¹⁾.

ويعرف أيضا على أنه: « **التعبير عن الإرادة المستقلة من طرف مجموعة من الأعوان الاقتصاديين بهدف تبني خطة مشتركة تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع و الخدمات، ولا يقوم الاتفاق في غياب هذا الشرط** »⁽²⁾.

فمصطلح الاتفاق في قانون المنافسة هو « **تكييف يطلق على تصرفات المؤسسات التي تبرم عقودا، تتفاهم أو تتشاور لكي تتخذ قرارات تؤثر على السوق، غالبا في مادة التسعير، بهدف الحد من حرية المنافسة أو تشويهها أو إلغائها في سوق معينة. إذ يتعلق الأمر بتنظيم الأطراف المعنية بينها لتواطؤ، شكليا كان أو غير شكلي قصد تعديل التوازن بين العرض والطلب في سوق ما لصالحهم، على حساب الأعوان الاقتصاديين الأجبيين عن الاتفاق وإضرارهم بهم** »⁽³⁾.

وعلى الرغم من اتصاف مجمل التعاريف المتعرض لها بالعمومية والمرونة، كحتمية لاستيعاب مختلف الأشكال التي يمكن أن يتخذها الاتفاق المحظور، إلا أنها تلقي الضوء على أهم القواسم المشتركة مع قانون العقود، فقيام الاتفاق في نظر قانون المنافسة يتطلب توافق بين إرادتين وأكثر، كما أن قانون المنافسة لا يهتم بالاتفاق إلا إذا كان غير مشروع.

⁽¹⁾ VOGEL Louis, Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence, la semaine juridique, éd. Entreprise, Paris, 1996, p 491.

⁽²⁾ ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2003-2004، ص 64.

⁽³⁾ CABANES Christophe, NEVEU Benoit, Droit de la concurrence dans les contrats publics, (pratiques anticoncurrentielles, Abus de position dominante, contrôles et sanctions), éd. le moniteur, paris, 2008, p 31.

وهو الأمر الذي قادنا إلى طرح الإشكالية التالية: ما طبيعة تأثير فكرة الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة على مبادئ ومفاهيم قانون العقود؟

ولدراسة هذه الإشكالية قسمنا بحثنا إلى فصلين، تناولنا في الأول مدى خصوصية المشروعية في قانون الاتفاقات المحظورة عن تلك المعروفة في النظرية العامة للعقد. أما الفصل الثاني فخصصناه لتحليل مدى تماثل مفهوم توافق الإيرادات في قانون المنافسة مع مفهومه في قانون العقود.

وبالرغم من أن بعض جوانب هذا الموضوع قد تصدت له بعض الدراسات بصورة عامة وعرضية عند التطرق إلى مسائل مرتبطة بالاتفاقات المقيدة للمنافسة، إلا أننا لم نصادف دراسة قانونية جزائرية اعتنت بهذا الموضوع أساسا، الأمر الذي حفزنا لاختياره رغبة منا في إلقاء الضوء على التساؤلات العديدة التي يثيرها خاصة من الناحية التطبيقية.

سوف نحاول الإجابة على إشكالية البحث بالاعتماد على المنهج الوصفي من خلال تجميع المعلومات ذات الصلة ووضعها في قالب محكم، وكذا المنهج التحليلي بإجراء دراسة تحليلية معمقة للنصوص القانونية ولقرارات السلطات المختصة بتطبيق قانون المنافسة في كل من الجزائر وفرنسا والمجموعة الأوروبية، مع مقارنة ما يتم التوصل إليه بما هو مستقر ومعروف في قانون العقود.

ولا يسعنا في ظل حداثة التجربة الجزائرية في ميدان المنافسة وانعدام القرارات والاجتهادات القضائية المتعلقة بالاتفاقات المقيدة للمنافسة إلى حد الساعة، إلا الاعتماد على القانون المقارن، وبالأخص القانون الفرنسي وقانون المجموعة الأوروبية لثرائهما القضائي وغزارة القرارات في مجال الدراسة، وذلك توسيعا للفائدة المبتغاة خاصة مع تقارب التشريع الجزائري للمنافسة مع هذه التشريعات⁽¹⁾ واتجاه قوانين الدول في هذا المجال نحو التدويل.

⁽¹⁾ تنص المادة 56 من اتفاقية الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية « يهدف التعاون إلى تقريب التشريع الجزائري وتشريع المجموعة في المجالات التي يشملها هذا الاتفاق ». مرسوم رئاسي رقم 05-159 ، مرجع سابق.

الفصل الأول

مشروعية الاتفاق في قانون المنافسة

تخضع صحة العقد في القانون المدني لقواعد بسيطة نسبياً، إذ استقر الأمر في هذا القانون على البنية الثلاثية، المتمثلة في الرضا، المحل والسبب.

ويشترط أن يكون العقد مشروعاً في محله وسببه وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، حيث يتم تقدير هذه المشروعية بالاعتماد على فكرة النظام العام والآداب العامة، التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 93 من القانون المدني فيما يخص المحل⁽¹⁾ والمادة 97 من نفس القانون بالنسبة لركن السبب⁽²⁾.

فالعقد - حسب النصوص المذكورة - يكون غير مشروع ويقع باطلاً إذا كان مخالفاً للنظام العام، إذ أن مناط عدم مشروعيته مخالفته للنظام العام.

والحقيقة إن فكرة النظام العام فكرة تستعصى بطبيعتها على التحديد، وفي تعبيره عن ذلك يقول "جايبو" : « إن النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به، فمن مظاهر سموه أنه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه»⁽³⁾، ولكن يمكن في شيء من التعميم والتقريب القول بأنه يعبر عن « مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سياسية كانت هذه المصالح أو اقتصادية أو اجتماعية»⁽⁴⁾.

إن قواعد النظام العام هي إذن مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة بحيث لا يجوز للأفراد استبعادها في اتفاقاتهم أو الاتفاق على عكسها، فإذا هم

⁽¹⁾ « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً». المادة 93، أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

⁽²⁾ « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً» المادة 97، مرجع نفسه.

⁽³⁾ مذكور في: شكري سرور محمد، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 125.

⁽⁴⁾ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 149.

خرجوا عن هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا؛ وسواء كانت هذه القواعد المتصلة بالمصالح العليا للجماعة مقررة بنص صريح في القانون أو لم تكن كذلك⁽¹⁾.

وتتسم فكرة النظام العام بالمرونة والنسبية، فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتتطور من وقت لآخر، بل أنها تتفاوت حسب طبيعة الوسط الاجتماعي، كما أنها فكرة واسعة وشاملة لكافة فروع النظام القانوني في الدولة، ولما كانت كذلك فالمشرع قد يعطيها مقصدا مختلفا بين قانون وآخر⁽²⁾.

وقد ازدهر مفهومها تدريجيا، حيث أصبح يفرق بين النظام العام الحمائي « Ordre public de protection » والنظام العام التوجيهي « Ordre public de Direction »⁽³⁾، فساهم قانون حماية المستهلك⁽⁴⁾ بصفة معتبرة في تطوير الأول، مقابل مساهمة قانون المنافسة في تطوير الثاني، وبذلك يكون هذين الفرعين أو النظامين القانونيين قد ساهما في تعقيد القواعد والإخلال بالتوازن، بالتأثير على قانون الالتزامات بموجب قواعدهما الخاصة والتميزة.

ونتيجة لتطور وازدهار مضمون النظام العام الاقتصادي، استقل قانون المنافسة في تحديده للمشروعية⁽⁵⁾، فأصبح مفهومها لا ينسجم ولا يندمج مع ما هو مقرر تقليديا، وأضحت المطابقة لقانون العقود غير كافية لإقامة انسجام مع قانون المنافسة إذ اعتمد هذا الأخير مفهوما اقتصاديا للمشروعية (المبحث الأول).

⁽¹⁾ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - أحكام الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص ص 199-200.

⁽²⁾ نسيغة فيصل، دنش رياض، "النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008، ص ص 165-181.

⁽³⁾ فيلال علي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص ص 267-289.

⁽⁴⁾ الصادر بموجب القانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، عدد 15 صادر في 8 مارس 2009.

⁽⁵⁾ « مناط المشروعية وغيابها هو الموافقة أو المخالفة للقانون والنظام العام والآداب في المجتمع فما كان موافقا فهو مشروع وما كان مخالفا فهو غير مشروع » دغيش حملاوي، "مشروعية محل العقد بين الشريعة والقانون"، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ص ص 347-355.

بل أن للمشروعية في قانون المنافسة خاصية أخرى، فلتقدير صحة اتفاق ما « Entente » لم يعد كافيا الاعتماد على الاتفاق نفسه والتحقق من خلاله من أن سلوك أطرافه قد جاء منسجما أو مخالفا لنصوص قانون المنافسة، بل يجب تقدير هذا السلوك بطريقة براغماتية « Pragmatique »، بالأخذ بعين الاعتبار السياق الاقتصادي والقانوني الذي ارتكب فيه (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

استتلاية قانون المنافسة في مفهوم مشروعية الاتفاق

تنص المادة السادسة من قانون المنافسة « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه ...».

كما نصت المادة L 420-1⁽¹⁾ من القانون التجاري الفرنسي، والمادة 101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي⁽²⁾ على نفس الحكم.

⁽¹⁾ « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, convention, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à:

- 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;
- 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;
- 3° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.» l'Art. L420-1 du code de commerce français, op.cit.

⁽²⁾ « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autre conditions de transaction;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- c) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- d) appliquer, à l'égard des partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- e) Subordonner la conclusion des contrats à l'acceptation, par les partenaires des prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux n'ont pas de lieu avec l'objet de ces contrats ...». Art. 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *JOUE*, n° C 326, du 26 oct. 2012, p. 88.

والحقيقة أن تكريس مبدأ الحظر في كل هذه النصوص يكشف عن خصوصية مفهوم مشروعية الاتفاق في قانون المنافسة (المطلب الأول)، والتي لها دون أدنى شك نتائج بالغة الأهمية بالنسبة لأطراف العقد الذين يجدون أنفسهم ملزمين بالخضوع لشروط جديدة متعددة وملزمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم مشروعية الاتفاق في قانون المنافسة

إن دراسة وتحديد مفهوم المشروعية في قانون الاتفاقات المحظورة (الفرع الثاني) يتطلب فهما قريبا للعناصر التي يتشكل منها هذا المفهوم، ويتعلق الأمر باصطلاح "السوق" و"المؤسسة" كتصويرين اقتصاديين حلا محل المفاهيم القانونية لقانون العقود (الفرع الأول).

الفرع الأول:

حلل المصطلحات الاقتصادية محل المصطلحات القانونية

إن العلاقة بين القانون والاقتصاد أصبحت في زمننا هذا متشابكة وواسعة، بفعل تطور دور الدولة في المجال الاقتصادي⁽¹⁾، وتدل على ذلك ظاهرة غزو المصطلحات الاقتصادية للقانون خاصة بالنسبة لفرع قانون المنافسة⁽²⁾، والمتمثلة في هذه الدراسة أساسا في كل من مصطلح "السوق" كمجال لكل ممارسة مضادة للمنافسة (أولا)، وكذا مصطلح "المؤسسة" كفاعل رئيسي في قانون الممارسات المنافية للمنافسة (ثانيا).

(1) عيساوي عز الدين، "العقد كوسيلة لضبط السوق"، مجلة الفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008، ص 206.

(2) ZEVOUNOU Lionel, Le concept de concurrence en droit, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010, p. 13.

أولاً: السوق كإطار للممارسة المقيدة للمنافسة.

إن مجال الوقوف على عدم مشروعية اتفاق ما لإعمال ما يسمى بمبدأ الحظر يستفاد من نص المادة السادسة من الأمر رقم 03-03، « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة... عندما تهدف... إلى عرقلة حرية المنافسة... في نفس السوق أو في جزء جوهري منه... ».

فالاتفاقات لا تقع تحت طائلة الحظر إلا إذا أدت إلى المساس بالمنافسة داخل سوق معينة دون سواها.

إن مفهوم السوق كتصور - إطار (Concept-cadre)، قد تم تعريفه وتحديده مبكراً ولم يطرأ عليه إلا تغييرات طفيفة.

وحتى ولو كان مفهومه مستقراً إلى حد ما فإنه لا يمكن اعتباره - بأي حال من الأحوال - مفهوماً جامداً وثابتاً، إذ أن مضمونه يتغير تبعاً لكل حالة باعتباره أداة تتأقلم مع الغاية التي تخدمها⁽¹⁾.

وقد عرفها الاجتهاد بأنها « المكان النظري الذي يتلاقى فيه العرض والطلب على مواد وخدمات يعتبرها المستعملون بديلة فيما بينها وغير بديلة مع غيرها من المواد (المنتجات) والخدمات الأخرى المعروضة »⁽²⁾.

كما اعتنى المشرع الجزائري - على خلاف المشرع الفرنسي وقانون المجموعة الأوروبية - بتعريف السوق في الفقرة ب من المادة الثالثة من أمر 03-03، التي نصت على أنه « يقصد في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X- Nanterre, 1994 , p. 23.

⁽²⁾ « le marché se définit comme le lieu Théorique ou se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens ou services offerts », Lamy droit économique (concurrence- distribution- consommation), 1996, p. 197.

ب- السوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لا سيما بسبب مميزات وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية...»⁽¹⁾

1- وظيفة السوق في قانون المنافسة.

إن مصطلح "السوق" يعد تصورا ملازما وغير منفصل عن مصطلح المنافسة، إذ يعتبر أداة أساسية للتحليل في قانون المنافسة ووسيلة لقياس المنافسة الحالية أو المحتملة⁽²⁾ وصولا إلى معرفة ما إذا كان من الضروري حظر وقمع سلوك صادر عن مؤسسة أو عدة مؤسسات لإخلاله بالمنافسة أم لا.

وحسب تعبير مجلس المنافسة الفرنسي فإن « مفهوم السوق يستعمل بصفة رئيسية لرسم محيط المنافسة المحتملة».

« *La définition du marché sert principalement à dessiner les contours de la concurrence potentielle* »⁽³⁾

وبعبارة أخرى فإن تقدير المساس بالمنافسة ينجز دائما على سوق محددة، تسمى في هذه الحالة السوق المرجعية « *Marché de référence* »، السوق المرتقبة « *Marché pertinent* » أو السوق المعنية « *Marché en cause ou marché concerné* »⁽⁴⁾، والمقابلة بالانجليزية لعبارة « *Relevant market* ».

⁽¹⁾ أمر رقم 03-03، مرجع سابق.

⁽²⁾ BOUTARD- LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, Droit français de la concurrence, LGDJ, paris, 1994, p. 83.

⁽³⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 24.

⁽⁴⁾ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 22.

فتحديد السوق في بعديها السلعي والجغرافي وضبطها يعد إجراء ضروريا يسبق كل تحليل آخر، ذلك أن تحديدها يمكن من معرفة عدد المؤسسات المتواجدة في حالة تنافس، كما يمكن من تكييف ممارسة ما وقياس أثرها في السوق⁽¹⁾.

إن السوق في قانون المنافسة أداة أو وسيلة لها خصوصية التأقلم مع الغايات المتوخاة، فهي ليست بمرجع مستقر يفرض نفسه على سلطات المنافسة إذ أن هذه الأخيرة- بالعكس- هي التي ترسم وتحدد مجالها أو محيطها⁽²⁾.

حيث تكشف المعايير المختلفة في تحديد السوق المرجعية- والتي سندرسها تباعا- عن المرونة التي تتميز بها هذه الفكرة والتي تجعل منها أداة قيمة ولكن أيضا خطيرة بالنظر إلى أن سلطات المنافسة، بمناسبة ممارستها لصلاحياتها، تكون سيادة في تحديد مجال تدخلها.

و خلافا لقانون العقود، فإن قانون المنافسة يستلزم بالتالي تحديد مجال تقدر في نطاقه عدم مشروعية ممارسة ما، ومن نتائج ذلك أن يكون لنفس الممارسة المقيدة للمنافسة المرتكبة على سوقين مختلفتين آثار متفاوتة في كل منهما⁽³⁾.

ولا شك أن تحديد السوق يكتسي أهمية بالغة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالوقوف على مدى حيازة المؤسسة لوضعية الهيمنة، ففكرة السوق تدرس عادة في الفقه في هذا الإطار (التعسف في وضعية الهيمنة)، كما تطور مفهومها بفضل الاجتهاد القضائي بمناسبة النظر في قضايا تتعلق بذلك⁽⁴⁾.

إلا أن ذلك ليس من شأنه نفي أهميتها في الاتفاقات المحظورة، حيث تسمح بتقدير آثار هذه الأخيرة على المنافسة. وقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في تقريره لعام 1987 أن:

(1) AREZKI Nabila, Contentieux de la concurrence, mémoire en Vue de l'obtention du diplôme de Magister en droit, Option : Droit public des affaires, Faculté de Droit, Université Abderrahmane MIRA, Bejaia, 2010-2011, p. 30.

(2) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 25.

(3) Ibidem.

(4) Lamy, op.cit, p. 197.

« تعريف السوق المرجعية يمكن أن يشكل - في ظروف معينة- إجراء قبلية وضروريا لدراسة بعض الاتفاقات القابلة لأن تكون معنية بأحكام أمر 1986»⁽¹⁾.

2- معايير تحديد السوق المرجعية.

كما يتضح من التعريفين المذكورين، يتم تحديد السوق المرجعية باعتماد معيارين اثنين هما: **معيار السلع والخدمات ومعيار التحديد الجغرافي**، إذ يدخلان في تحديد السوق المرجعية التي يقدر في ضوءها مدى مشروعية سلوك معين.

أ- معيار السلع والخدمات.

ويسمى أيضا بمعيار العرض والطلب⁽²⁾، ومقتضى هذا المعيار أن تحديد السوق المرجعية يجب أن يتم أولا بتحديد المنتج أو الخدمة التي تشكل هذا السوق، كما يجب ثانيا توضيح وتدقيق السوق حسب الزبائن، لان السوق لا تكون واحدة حسبما كان المقصود هو المستعمل المهني أو المستهلك النهائي، وعليه يمكن أن توجد عدة أسواق بالنسبة لمنتج واحد⁽³⁾.

ويقتضى هذا المعيار كذلك ضرورة حصر المنتجات أو الخدمات البديلة التي تدخل ضمن هذه السوق أو تلك، والمنتجات أو الخدمات غير البديلة التي يجب أن تستبعد⁽⁴⁾، والذي يعبر عنه بـ *La substitutalité de l'offre et de la demande*⁽⁵⁾ أو بمعيار المبادلة

⁽¹⁾ « *La définition du marché pertinent peut dans certaines circonstances constituer un préalable nécessaire à l'étude de certaines ententes ou conventions susceptibles d'être visées par les dispositions de l'ordonnance de 1986* », Rapport d'activité pour 1987, In. CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 25.

⁽²⁾ براهيمي نوال، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 52.

⁽³⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003-2004، ص 123.

⁽⁴⁾ مرجع نفسه.

⁽⁵⁾ براهيمي نوال، مرجع سابق، ص 52.

Critère de substitutalité، حيث تبحث سلطة المنافسة من خلاله عن مدى إمكانية استبدال سلعة أو خدمة ما بسلعة أو خدمة أخرى إذا ما كان سعر الأولى في ارتفاع⁽¹⁾.

وتعتمد سلطة المنافسة الفرنسية⁽²⁾ (مجلس المنافسة سابقا) على منهجين لاستبيان مدى الاستبدال هما: المنهج القائم على تفحص مرونة الطلب على السلع والخدمات المشابهة وهو منهج أساسي، ومنهج العرض البديل وهو منهج غير أساسي⁽³⁾.

كما كرس مجلس المنافسة الجزائري هذه الطريقة في التحليل بمناسبة دراسة مدى احترام قواعد المنافسة في سوق الإسمنت حيث نص: «عموما لتثمين السوق الملائم فثمة معياران يؤخذان في الحسبان:

- معيار الاستدلال من ناحية الطلب وهو معيار أساسي ...
- معيار إعادة تنظيم العرض في سياق تنويع الجودة ...

... يسمح منهج التمديدات المتقاطعة بدراسة استبدال جهة الطلب (أي الزبائن) ومن جهد العرض (أي الممولين) ...»⁽⁴⁾.

بالنسبة للطلب البديل فيقوم على بحث مدى مرونة الطلب على السلع المتشابهة والتي تعتبر بديلة فيما بينها. وتعتبر السلع بديلة، وبالتالي تنتمي إلى نفس السوق، عندما يتحول الطلب من سلعة معينة لعدم توفرها أو لارتفاع سعرها إلى سلعة أخرى على اعتبار أن السلعتين

(1) ناصري نبيل، مرجع سابق، ص 83.

(2) حلت سلطة المنافسة الفرنسية محل مجلس المنافسة بتاريخ 13 جانفي 2009 بموجب قانون 4 أوت 2008 المتعلق بعصرنة الاقتصاد، انظر: www.wikipedia.com، 19 مارس 2015.

(3) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 161.

(4) رأي مجلس المنافسة رقم 01، مؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت تطبيقا للمادة 35 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 02، 2013، ص 13.

تؤديان نفس الغرض من وجهة نظر المستهلكين، وفي الفرضية العكسية فإن السلعتين تعتبران متميزتان بالنسبة للمستهلك وتنتميان بالتالي إلى أسواق مختلفة ومتميزة عن بعضها البعض⁽¹⁾.

وقد استعمل مجلس المنافسة الجزائري منهج الطلب البديل في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية، حيث اعتبر أن «... تشكيلة الأجهزة الإلكترونية التي تنتجها المؤسسة المذكورة غير قابلة للاستبدال، حيث يفضلها المستهلكون نظرا لجودتها وتوفر قطع الغيار وخدمات ما بعد البيع التي تتكفل بها المؤسسة، فضلا عن إمكانية الاستعانة بالعديد من التقنيين الخواص ذوي الخبرة في صيانة وتصليح هذه الأجهزة بصفة خاصة...»⁽²⁾.

ولما كانت فكرة الاستبدال فكرة نسبية، لأنه لا يوجد في غالب الأحيان مواد بديلة تماما لبعضها البعض، فإن تحديد السوق المرجعية يفترض أن تتقرر درجة الاستبدال الضرورية والكافية بصورة معقولة، وذلك بتوظيف معايير نص على بعضها الأمر رقم 03-03، كميزات وخصائص السلعة وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، كما أضاف مجلس المنافسة الفرنسي معايير أخرى: طرق التسويق، إستراتيجية المنتجين، مظهر السلعة *qualité* « *esthétique*، المذاق ... إلخ⁽³⁾ ».

أما العرض البديل كمنهج ثانوي، فاستخدامه يكون دائما بعد التحليل المتعلق بالطلب البديل، وهو يعبر عن مدى قدرة العارضين على إشباع حاجات المستهلكين الموجهة إلى المؤسسة المرتكبة للممارسة⁽⁴⁾.

فالاستبدال من جانب العرض يقوم على افتراض مفاده أن يكون بإمكان العارضين إعادة توجيه إنتاجهم باتجاه السلع أو الخدمات المعنية دون أعباء أو مخاطر غير قابلة للاحتمال، لكي تحل محل العارض المعني⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ CABANES Christophe, NEVEU Benoit, op.cit, p. 19.

⁽²⁾ Décision *cons.conc*, n° 99-D-01, du 23 juin 1999, relative aux pratiques mises en œuvre par l'entreprise nationale des industries électroniques (E.N.I.E) Unité de Sidi-Bel Abbes. (Inédite).

⁽³⁾ AREZKI Nabila, op.cit, pp. 39-40.

⁽⁴⁾ CABANES Christophe, NEVEU Benoit, op.cit, p. 21.

⁽⁵⁾ COMBE Emmanuel, Economie et politique de la concurrence, éd. la découverte, paris, 2002, p. 327.

وبعبارة أخرى، يؤخذ بعين الاعتبار مدى استعداد المؤسسات التي لم تصبح بعد متنافسة على توفير السلع ذاتها أو سلع أخرى تقوم مقامها من أجل تغطية الطلب عند زيادة السعر⁽¹⁾.
و بعد انتهاء سلطات المنافسة من تحديد سوق السلع أو الخدمات، تعين عليها الانتقال إلى تحديد هذه السوق من الناحية الجغرافية.

ب- معيار التحديد الجغرافي.

بالإضافة إلى المعيار الأول (معيار السلع والخدمات)، وظف المشرع معيارا آخر في نفس المادة وهو ما يعرف بالمعيار الجغرافي، الذي يقصد به « المكان الذي تمارس فيه المنافسة» أو « مكان تلاقي عروض البائعين بطلبات المشتري والتي تتوازن عند سعر معين»⁽²⁾.

وقد عرفت اللجنة الأوروبية السوق الجغرافية على النحو التالي « هي المنطقة التي تقوم فيها المؤسسات بعرض السلع والخدمات المعنية والتي تكون ظروف المنافسة فيها متجانسة بشكل كاف، بحيث يكون من الممكن تمييزها عن المناطق الجغرافية المجاورة لها بسبب اختلاف ظروف المنافسة فيها اختلافا ملحوظا»⁽³⁾.

كما قام المشرع الجزائري بتعريفها على أنها « المنطقة الجغرافية إلى تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية...»⁽⁴⁾.

فحتى يكون بمقدور سلطات المنافسة تقدير المنافسة الحالية أو المحتملة في السوق وصولا إلى تقدير مدى مشروعية ممارسة ما، وجب تحديد الرقعة الجغرافية للسوق التي تختلف

⁽¹⁾ ناصري نبيل، مرجع سابق، ص 84.

⁽²⁾ براهيم نوال، مرجع سابق، ص 53.

⁽³⁾ Communication CCE, n° 97/C372/03, Sur la définition du marché en cause, JOCE, n° C372, du 29 décembre 1997, p. 5.

⁽⁴⁾ الفقرة ب من المادة 3، أمر رقم 03-03، مرجع سابق.

سعتها باختلاف النشاط الذي تزاوله المؤسسات المعنية بالاتفاق المحظور، فكلما كان النشاط واسعاً في مداه وامتارياً في أطرافه كلما كان مدى السوق أوسع والعكس صحيح⁽¹⁾.

وهكذا فقد تكون السوق وطنية تشمل كل إقليم الدولة أو محلية تشمل جهة معينة منه أو منطقة معينة كمدينة أو مكان معين كمطار مثلاً⁽²⁾.

إن المعيارين المتطرق إليهما يعدان معيارين تراكميين Critères cumulatifs، فحتى ولو كان معيار السلع والخدمات من أهم المعايير المعتمدة لتحديد السوق، إلا أنه لا يمكن فصله عن الإطار الجغرافي الذي يمارس فيه العرض والطلب.

ثانياً: أطراف الاتفاق في قانون المنافسة.

إن الاتفاق - حتى بمفهوم قانون المنافسة - لا يقوم إلا بتلاقي إرادتي طرفين فأكثر، ويجب التساؤل في هذا الصدد عن مدى اشتراط صفة معينة في أطراف الاتفاق المحظور⁽¹⁾ وعن خصوصيتها والنتائج المترتبة عليها⁽²⁾.

فتوضيح صفة القائمين بالاتفاق المحظور يكتسي أهمية بالغة في ظل عدم تطرق المادة السادسة من الأمر رقم 03-03 لها، حيث اعتنت بتحديد الأفعال التي من شأنها المساس بحرية المنافسة فقط (أي تلك التي تعتبر اتفاقات محظورة) دونما عناية بالفاعل.

1- صفة أطراف الاتفاق في قانون المنافسة.

على خلاف المواد 6 من قانون المنافسة الجزائري و L 420-1 من القانون التجاري الفرنسي، حددت المادة 101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي بطريقة صريحة المؤسسة « L'entreprise » كموضوع لقانون الاتفاقات المحظورة، حيث نصت « تعد مناقضة أو غير منسجمة مع السوق الداخلية وممنوعة، كل الاتفاقات بين المؤسسات وكل قرارات

⁽¹⁾ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 32.

⁽²⁾ خمابلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "تحولات الدولة"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 50.

جمعيات المؤسسات وكل الأعمال المدبرة التي تكون قابلة للتأثير على التجارة بين الدول الأعضاء والتي يكون محلها أو أثرها العرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة ضمن السوق الداخلية...»⁽¹⁾.

كذلك الأمر بالنسبة للمادة 41 من اتفاقية الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية التي حددت أيضا صفة القائم بالاتفاق، حيث جاء نصها كآتي:

« 1. يتعارض ما يلي مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر:

(أ) كل الاتفاقات بين المؤسسات، التي يكون هدفها أو من أثرها منع المنافسة أو تحديدها أو تعطيلها...»⁽²⁾.

أ- المؤسسة الفاعل الرئيسي في قانون الاتفاقات المحظورة.

كما أشرنا سابقا، فإن المشرع الجزائري - على غرار المشرع الفرنسي - لم يحدد بين من يبرم الاتفاق المحظور⁽³⁾، والواقع أن ذلك لا يعد تقصيرا أو هفوة من المشرع، إذ يمكن أن تستفاد هذه الصفة من موضع آخر من قانون المنافسة يخص مجال تطبيقه، حيث يطبق حسب مقتضيات المادة الثانية⁽⁴⁾ منه على:

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

⁽¹⁾ Traité sur le fonctionnement de l'union européenne (Vision consolidée), op.cit, p. 47.

⁽²⁾ مرسوم رئاسي رقم 05-159، مرجع سابق.

⁽³⁾ عكس المادة 11 المتعلقة بالتعسف في استغلال وضعية التبعية، التي أشارت صراحة إلى المؤسسة.

⁽⁴⁾ أنظر المادة الثانية من أمر رقم 03-03، معدلة بالقانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.(1)

فمجال تطبيق المادة السادسة المتعلقة بالاتفاقات المحظورة يتحدد بنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وبما أن القانون يضيف على من يقوم بهذه النشاطات صفة مؤسسة بالمادة الثالثة منه، نلخص إلى اشتراط هذه الصفة في أطراف الاتفاق المحظور.

فكأنما اعتبرها المشرع فاعلا طبيعيا Acteur naturel لا يقتضي الأمر الإشارة إليه، فالكيان الذي يمكنه القيام بالنشاطات المذكورة هو المؤسسة و ممارستها الحالة أو المحتملة هي مصدر المساس بالمنافسة.

ب- في اشتراط صفة "مؤسسة" في كل أطراف الاتفاق.

إذا كان من المنطقي أن المؤسسة هي أول المعنيين بنص المادة السادسة، فأنا نتساءل عن مدى إمكانية اعتبارها المعنى الوحيد، أي هل يجب أن يكون الاتفاق المحظور بالضرورة من فعل المؤسسات؟.

في البداية كانت إجابة مجلس المنافسة الفرنسي على هذا التساؤل بالنفي، حيث اعتبر انه بإمكان غير المؤسسات إنشاء اتفاق غير مشروع، فأدان أربع مرات نقابات العمال واللجنة المشتركة لهذه النقابات لمحاولتهم المنع بالقوة لطبع دوريات من طرف المطابع غير المنضوية في نقابة، على أساس أنهم بذلك يكونون قد أنشئوا اتفاقا له غرض وأثر معرقل لسير المنافسة في سوق الطباعة(2).

(1) تقابل المادة L410-1 من القانون التجاري الفرنسي. «Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personne publique notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public».

(2) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص

وقد استند المجلس في تأسيس قراره على نص المادة السابعة من أمر 1986⁽¹⁾ التي حسبته تمنع الاتفاقات بصورة عامة ولا تحيل إلى فكرة المؤسسة كما فعلت المادة 85⁽²⁾ من معاهدة روما، فعدم استعمال المادة السابعة لكلمة مؤسسة دليل على أن مجالها واسع يشمل غير المؤسسات.

وقد كان قراره محل إلغاء من محكمة استئناف باريس، فحسبها، من الممكن أن لا يكون بعض المشاركين في الاتفاق مؤسسات، بشرط أن يكون أحد أطرافه على الأقل له دور فعال في السوق⁽³⁾ *Un acteur actif sur le marché*.

فالقضاء الفرنسي أكد أن غير المؤسسات يمكنها المشاركة في اتفاق محظور وإدانته على أساس ذلك، لكنه لا يعترف بوجود اتفاق إلا إذا شاركت فيه مؤسسة على الأقل، وقد استقر الأمر على ذلك في العديد من قرارات سلطات المنافسة⁽⁴⁾.

2- خصوصية مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة.

إن التأمل في الطبيعة القانونية للمؤسسة ومحاولة صياغة تعريف لها، لم يتم حصريا في مجال قانون المنافسة، بل على العكس، كرست لها العديد من الدراسات الفقهية في فروع قانونية متنوعة. وهي فكرة لا يمكن حصرها في تعريف واحد حيث تتنوع بتنوع الفرع القانوني الذي تدرسه فيه، وفي هذا الصدد يقول أحد الباحثين:

« En droit, l'entreprise ne fait pas l'objet d'une définition juridique Unique, c'est une notion mouvante dont la nature varie en fonction de la branche du droit dans laquelle elle est considérée »⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Ordonnance n°86- 1243, du 1^{er} déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986. www.legiFrance.gouv.fr. Article 7 Abrogé par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, *JORF* du 21 septembre 2000. www.legiFrance.gouv.fr.

⁽²⁾ طرأ على ترقيم هذه المادة تعديل، فأصبحت المادة 81 بموجب معاهدة أمستردام في 2 أكتوبر سنة 1997، ثم المادة 101 بموجب معاهدة لشبونة بتاريخ 13 ديسمبر سنة 2007، دون تعديل مضمونها.

⁽³⁾ مختور دليقة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص "قانون"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015، ص 25.

⁽⁴⁾ مرجع نفسه، ص 24

⁽⁵⁾ ROIG Eric, « Entreprise-définition juridique », *droit-financer.Commentçamarche.Net*, juin 2014.

وقد خصصت لها العديد من التعاريف في الدراسات الفقهية للقانون التجاري. فهناك من اعتبرها «وحدة اقتصادية، مؤلفة من مجموعة أفراد متضامنين تربطهم علاقات معينة من أجل تحقيق هدف معين»⁽¹⁾. وعند البعض فهي « مجموعة أفراد وأموال لها كيان واقعي خاص تتمتع بالاستقلال والذاتية و تتكون من عناصر مختلفة يتم تعيينها في سبيل تحقيق غاية المؤسسة»⁽²⁾. كما اعتبرها آخرون « كيان اجتماعي وتجمع إنساني جامع للأفراد العاملين بهدف تنفيذ وأداء أعمال ونشاطات لا يمكن لفرد واحد القيام بأعبائها»⁽³⁾. أو هي « تجمع أموال وحقوق مخصصة للنشاط الاقتصادي»⁽⁴⁾. وعلى الرغم من اهتمام قانون المنافسة بالنشاطات التجارية، إلا أننا نلاحظ انفراده وتميزه عن القانون التجاري في مفهومه للمؤسسة. أ- مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة.

إن أول تعريف للمؤسسة مناسب لقانون المنافسة ابتكر في قانون المجموعة الأوروبية Le droit communautaire، ولم يكن هذا التعريف من صياغة معاهدة روما- إذ جاءت خالية من أي مفهوم حولها- وإنما مصدره اجتهاد المؤسسات الأوروبية، حيث اعتبرتها محكمة العدل الأوروبية « الوحدة الاقتصادية من وجهة نظر الاتفاق المعني، حتى ولو كانت تتكون من الناحية القانونية من العديد من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية»⁽⁵⁾.

(1) جواد نبيل، إدارة وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة PME، الطبعة الأولى، الجزائرية للكتاب، درارية، 2006، ص 19.
(2) مرجع نفسه.

(3) بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 8.
(4) J.HAMEL, A.LAGARDE et G.JAUFRET, Traité de droit commercial, 2^{em} éd, Tome 1, Dalloz, Paris, 1980, p. 208.

(5) « L'unité économique du point de vue de l'accord en cause, même si du point de vue juridique, elle se compose de plusieurs personnes physiques ou morales». V. Point 11 de l'arrêt CJCE, n 170/83, du 12 juillet 1984, relatif à l'exonération par catégories d'accords d'exclusivité, Recueil de jurisprudence, 1984, p. 2999.

وقد عمدت المحكمة إلى ضبط تعريفها أكثر ليستقر الأمر في العديد من القرارات على اعتبارها تشير إلى « **كيان اقتصادي بغض النظر عن مركزه أو وضعه القانوني وعن آليات وطرق تمويله** »⁽¹⁾.

إن هذا التعريف المستقر عليه يعد اقتصاديا بالأساس، وهذا الخيار يندمج في الاتجاه الذي غرضه فصل المؤسسة عن مواضيع القانون.

وقد قام المشرع الجزائري بتعريفها منذ أول قانون نظم المنافسة وكرس مبدأ حرية المنافسة بصفة صريحة، أي منذ سنة 1995، فأطلق عليها تسمية العون الاقتصادي⁽²⁾ « *L'agent économique* »، ثم عدل عن هذه التسمية بموجب الأمر رقم 03-03 ليحل محلها مصطلح "مؤسسة" والذي يشير إلى « **كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد** »⁽³⁾.

الملاحظ أن تعريف المشرع الجزائري للمؤسسة يعد ضيقا مقارنة مع تعريفات محكمة العدل الأوروبية⁽⁴⁾ إلا أنه يتوافق إلى حد ما معها، فهو تعريف معد بصفة خاصة لقانون المنافسة، لا يقيم اعتبارا لطبيعة أو صفة الشخص مادام يمارس نشاطا اقتصاديا (أي نشاطات الإنتاج، التوزيع، الخدمات).

ب- النتائج المترتبة على مفهوم المؤسسة.

إن هذه التعريفات المبتكرة والمصاغة خصيصا لقانون المنافسة تقود إلى نتائج بالغة الأهمية مترتبة عن عدم الاعتراف بصفة وطبيعة القائم بالاتفاق طالما يمارس نشاطا اقتصاديا

⁽¹⁾ « *La notion d'entreprise et considérée comme désignant une entité économique Indépendamment du statut juridique et de son mode de financement* » V. Point 21 de l'arrêt CJCE, n° C-41/90, du 23 avril 1991, Recueil de jurisprudence 1991, p. I-2016. Point 18, Arrêt CJCE, n° C- 364/92, du 19 janvier 1994. Recueil de jurisprudence 1994, p. I-61.

⁽²⁾ أنظر المادة الثالثة من أمر رقم 95-06، مرجع سابق.

⁽³⁾ المادة 03 من أمر رقم 03-03، مرجع سابق.

⁽⁴⁾ التعريف الاجتهادي أكثر اتساعا لأنه يفرق بين المؤسسة ككيان اقتصادي والشخص المستغل للمؤسسة كشخص قانوني باعتبار تحديده ضروري لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

بصفة دائمة ويتمتع بقدر من الاستقلالية، فالشكل القانوني للمؤسسة يصبح ثانويا وقليل الأهمية فقد يتعلق الأمر: بأشخاص معنوية خاصة (شركات Sociétés، جمعيات associations، تجمعات مصالح اقتصادية G.I.E)، بأشخاص طبيعية (حيث سبق للجنة الأوروبية أن اعتبرت أن الشخص الطبيعي الحائز على براءة اختراع يعد مؤسسة، وكذلك الأمر بالنسبة للممثل التجاري)، نقابات مهنية Syndicats d'organisation, professionnelles أو نقابات أرباب عمل patronales، تعاونيات coopératives، بهيئات متمتعة بامتيازات السلطة العامة أو بأشخاص معنوية عمومية⁽¹⁾.

حيث تصدق صفة المؤسسة كذلك على الأشخاص العامة إذا ما قامت بنشاطات إنتاج أو توزيع أو خدمات، خاصة في إطار عقود تفويض المرفق العام⁽²⁾، وإن كان تطبيق النظام القانوني للاتفاقات المحظورة على أعمال الأعوان العموميين يكتسي خصوصية معينة⁽³⁾

وبالتالي، لا يخرج عن نطاق اختصاص سلطات المنافسة إلا الاتفاقات المبرمة أو القائمة بين أشخاص لا يمارسون نشاطا اقتصاديا، وحسب بعض الباحثين، تظل هذه الحالة استثنائية لأن الشخص المعنوي الممارس لنشاط ثقافي أو اجتماعي، يمارس عادة وبصفة ثانوية نشاطا اقتصاديا⁽⁴⁾.

كما أن هذا التصور الاقتصادي للمؤسسة القائم على غرضها أساسا والذي يميز بين المؤسسة ككيان و الشخص الذي يستغلها، يسمح بمتابعة مؤسسة ومسائلتها على ممارسات سلفها (prédécesseur)، شرط أن يوجد بينهما استمرارية اقتصادية ووظيفية، فالمسؤولية -

(1) GUYON Yves, Droit des affaires, TOME 1, 7^{ème} édition, éd. Economica, Paris, p. 892.

(2) عرفها الأستاذ René Chappus « عقود تفويض المرفق العام هي عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة بمهمة تنفيذ مرفق عام إداري أو استثماري بصورة جزئية أو كلية ». لمزيد من التفصيل حول الموضوع أنظر، بولكلور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2009-2010، ص 2.

(3) CABANES Christophe, NEVEU Benoit, op.cit, p. 35.

(4) توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 5.

حسب اللجنة الأوروبية- تقع على عاتق المؤسسة التي ضمت مؤسسة أخرى مرتكبة لممارسات مضادة للمنافسة إذا كانت هذه الأخيرة مستمرة في الأولى في عناصرها الضرورية والجوهرية Subsiste dans ses éléments essentielles⁽¹⁾ .

إن مفهوم المؤسسة قد أثر بصفة واضحة على نظام المسؤولية في قانون المنافسة، الذي أصبح قائماً على فكرة الاستمرارية الاقتصادية الى جانب مبدأ شخصية المسؤولية.

وقد أخذ بذلك مجلس المنافسة الفرنسي، حيث قام في تقريره لسنة 2002 بالتحذير بالمبدأ المنظم للمسؤولية على الممارسات المضادة للمنافسة في حالة اندماج المؤسسات، وبصفة عامة عندما يطرأ على المؤسسة تحول في شخصيتها المعنوية⁽²⁾.

فاعتبر انه في حالة اندماج الشركة المسؤولة عن استغلال المؤسسة التي أسندت اليها ممارسات مضادة للمنافسة مع شركة أخرى (سواء كان هذا الإدماج ضماً تزول بمقتضاه الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، أو مزجاً تزول بمقتضاه الشخصية المعنوية لكليهما وتنتقل أصولها وخصومهما إلى شركة جديدة)⁽³⁾. فان الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة تسائل عن المخالفات المرتكبة في وقت سابق لتاريخ عملية الإندماج.

وفي المقابل، عندما ينقضي الشخص المسؤول عن استغلال المؤسسة، بحيث لم يعد له وجود من الناحية القانونية بين الفترة الزمنية الممتدة بين ارتكاب المخالفة والمتابعة، دون أن يرافق انقضاءه أو زواله تحويل حقوق أو التزامات لشخص آخر، فإنه من الضروري أن نحدد في مرحلة أولى مجموع العناصر المادية والبشرية التي ساهمت في ارتكاب المخالفة، لنحدد في

⁽¹⁾ Décision CCE, N° IV/31.865, du 21 décembre 1988, relative a une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, JOCE, N° L 74 du mars 1989, pp. 1-20.

⁽²⁾ Rapport annuel 2002, cons.conc, la documentation française, Paris,2003 , p. 179.

⁽³⁾ « الاندماج هو عقد بمقتضاه تنضم شركة تجارية أو أكثر إلى شركة أخرى، فتزول الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وتنتقل أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة، أو تمزج بمقتضاه شركتان أو أكثر، فتزول الشخصية المعنوية لكليهما، وتنتقل أصولها وخصومها إلى شركة جديدة» شلبي محمد أمل، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار- دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص 158.

مرحلة ثانية الشخص الذي أصبح مسؤولاً عن استغلال مجموع هذه العناصر، فيسائل عن المخالفات مع تطلب بعض الشروط، كأن يكون على علم بالممارسات المرتكبة، وان لا تكون أصول وخصوم الشخص المنقضي قد انتقلت إليه عن طريق التصفية القضائية.

وتطبيقاً لهذه المبادئ اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في قضية *Les opticiens économes (LOE)* أن هذه الشركة مسؤولة عن الممارسات المضادة للمنافسة المرتكبة من قبل الشركة *OPTIQUE GINET* التي ضمتها سنة 1999، وقد أكد موقفه في العديد من التقارير والقضايا⁽¹⁾.

ويظهر من المهم الإشارة أن اعتبار المؤسسة فاعل طبيعي في قانون الاتفاقات المحظورة لا يعني أنها تستفيد من حماية مباشرة في قانون المنافسة، وينجر عن ذلك أنها إذا أرادت وضع حد لممارسة معينة كانت ضحيتها، يجب عليها أن تثبت الضرر الواقع على السوق، ولا أهمية للضرر الذي أصابها.

إن مركز أو وضعية المؤسسة تختلف عن مركز المتعاقد في القانون المدني (قانون العقود) الذي يعتبر تارة مرتكباً للمخالفة (إذا أخل بأحكام العقد)، وتارة ضحية يجب حمايتها (إذا تضرر من الاخلال بأحكام العقد)، فالمساس بالعقد يختلط أو يتداخل مع المساس بالمتعاقد، عكس ما هو عليه الأمر في قانون المنافسة⁽²⁾.

⁽¹⁾ V. Rapport annuel 2003, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2004, p. 124. Rapport annuel 2004, *cons. conc*, la documentation française, Paris, 2005, pp. 197-198. Rapport annuel 2007, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2008, p. 174. Rapport annuel 2012, *Autorité de la conc*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2013, pp. 231-215.

⁽²⁾ Rapport annuel 2009, *Autorité de la concurrence*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2010, p. 64.

الفرع الثاني:

عدم مشروعية الاتفاق: تقييد المنافسة في السوق

إن عدم مشروعية اتفاق ما - حسب أحكام قانون المنافسة - متوقف على تقييده للمنافسة، ولهذه الفكرة خصوصية تتمثل في أن البحث عن التقييد لا يتوقف عند محل أو غرض الاتفاق المعني بل يتعداه إلى فحص آثاره الفعلية أو الاحتمالية (أولاً) الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى اشتراط نية مناهضة المنافسة عند أطرافه (ثانياً).

أولاً: ضرورة تقييد الاتفاق للمنافسة.

لا تحظر الاتفاقات لعدم مشروعيتها إلا إذا كانت هي مصدر اختلال السوق، ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل في المادة السادسة ثلاثة مصطلحات للتعبير عن سبب الحظر هي العرقلة Empêcher، الحد Restreindre، الإخلال Fausser، وأنه لمن الممكن إسناد معنا خاصا لكل هذه المصطلحات:

- **تعرقل** حرية المنافسة عندما تكون مشلولة كلياً.

- **تحد** حرية المنافسة عندما تكون حرية اتخاذ بعض القرارات الاقتصادية محدودة.

- **تخل** حرية المنافسة عندما تكون شروط التبادل الناتجة عن هيكل السوق معدلة.

رغم هذه التفرقة بين الألفاظ الثلاث إلا أن سلطات المنافسة تستعملها دون تمييز⁽¹⁾، وللتعبير عن هذه المصطلحات الثلاث، رأينا أنه من الأحسن توظيف مصطلحا أكثر اتساعا شامل لجميع فرضيات المساس بالمنافسة، وهو "تقييد المنافسة"⁽²⁾.

(1) AREZKI Nabila, op.cit, pp. 42-43.

(2) وهو المصطلح الذي استخدمه المشرع الجزائري كعنوان للفصل الثاني من الأمر رقم 03-03.

فحسب المادة السادسة من أمر 03-03، يشترط لتقرير عدم مشروعية الاتفاق أن يكون هدفه تقييد المنافسة ولو لم يتضمن أي أثر سلبي عليها، أو أن يكون له أثر مناف للمنافسة حتى ولو لم يتضمن أي غرض بشأن ذلك.

بمعنى أن التشاور Concertation أو الاتفاق المحظور Entente يجب أن يكون له إما غرضا أو أثرا مقيدا للمنافسة، كما يضيف القانون الجزائري - مسائرا في ذلك التشريع الفرنسي- مجرد احتمال الأثر لترتيب الحظر.

إن فكرتي الغرض والأثر تقيمان العلاقة السببية بين تقييد المنافسة والاتفاق، حيث تقدر العلاقة حسب سلطات المنافسة بموجب هذين المعيارين الذين يعدان بديلين عن بعضهما البعض Alternatifs، فإثبات أن لاتفاق ما أثر على المنافسة لا يعد ضروريا عندما يثبت أن غرضه مقيد للمنافسة، أو يمكن أن يكون له أثر مناف للمنافسة⁽¹⁾.

1- تقييد المنافسة ناتج عن غرض الاتفاق.

إن غرض الاتفاق هو السلوك المراد أو المقبول من أطراف الاتفاق والذي يؤدي عادة إلى تقييد المنافسة، إذ تتجه إرادتي طرفي الاتفاق في هذه الحالة إلى إعاقة المنافسة، فتحظر دون انتظار أحداث الاتفاق آثاره⁽²⁾.

بإشارة المادة السادسة للهدف تكون قد حظرت الاتفاقات التي تتم بقصد ونية مخالفة القانون، وتتوفر هذه النية عندما تتم المخالفة من طرف المؤسسات وهي واعية بالآثار المتوقعة التي ستنتج عن الممارسات التي تعتمز القيام بها⁽³⁾.

⁽¹⁾ FRISON- ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie- Stéphane, Droit de la concurrence 1^{er} éd, Dalloz, Paris, 2006, p. 175.

⁽²⁾ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص 40.

⁽³⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 125.

إلا أنه حتى ولو كان بالإمكان ربط غرض الاتفاق بنية أطرافه، فإن ذلك لا يتم إلا ضمن تصور "مادي" للنية، ففكرة الغرض لا تتطلب إقامة اعتبار لنفسية أطراف العقد ولا تستوجب أن تبحث سلطات المنافسة عن دوافعهم وبواعثهم.⁽¹⁾

إن النية تستفاد من تحليل عبارات الاتفاق نفسه، وفي غياب اتفاقات صريحة تظهر هذه النية يعول على المؤشرات والدلائل لاستخلاص وجودها، كما يعتد بالسياق الذي أبرم فيه الاتفاق، وبالخبرة المكتسبة من أطرافه.

ويعتد بالنية المفترضة إلا إذا أثبت الأطراف أن الغرض من عقد هذه الاتفاقات هو تحقيق أهداف قانونية غير مقيدة للمنافسة، ومثال ذلك قضية الاتحادية المهنية للحلاقين، حيث اعتبرت رسائل التحذير التي وجهتها للحلاقين المتنقلين غير مقيدة للمنافسة لتمكن الاتحادية من إثبات أنها لا تهدف إلى منع هؤلاء من ممارسة نشاطهم، وإنما تسعى إلى فرض احترام قانون الصحة العمومية⁽²⁾.

ويفترض وجود هذه النية بما لا يقبل إثبات العكس في حالة الممارسات التي تعتبر ممنوعة بذاتها كاتفاقات تحديد الأسعار.

إن الابتعاد عن المعيار الشخصي في تقصي النية ينتج عنه عدم إعفاء المؤسسات بمجرد تمسكها بعذر الجهل أو انعدام الوعي بنتائج الاتفاق، كما لا يمكن للمؤسسات التمسك بعدم تحقق الأهداف غير المشروعة التي حددتها، فعدم ترتيب الاتفاق لآثار المنتظرة ليس هو كذلك نافيا للمسؤولية على أساس أن مواد القانون تقمع مجرد محاولة المساس بالمنافسة⁽³⁾.

⁽¹⁾ AREZKI Nabila, op.cit, p. 43.

⁽²⁾ GALENE René, Droit de la concurrence et pratiques anticoncurrentielles, éd EFE, Paris, 1999, p. 139.

⁽³⁾ BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçant, concurrence, distribution), LGDJ-Delta, Paris, 1999, p. 419.

2- تقييد المنافسة ناتج عن أثر الاتفاق.

لم تهتم المواد المتعلقة بالاتفاقات المحظورة فقط بغرض الاتفاق وإنما اهتمت أيضا بآثاره ويلاحظ في هذا الصدد تجانس نص المادة السادسة من أمر 2003 في نسختها الفرنسية مع نص المادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي في العبارات المستخدمة، فكلاهما ينص على:

« Sont prohibées ... Lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet... »⁽¹⁾.

واختلافهما مع النسخة العربية للمادة التي وظفت عبارات أخرى « تحظر ... عندما تهدف أو يمكن أن تهدف ... ».

وقد دفع هذا التباين بين عبارات نفس المادة بعض الباحثين إلى اقتراح النظر في الصياغة العربية للنص حتى يكون متناسقا، ليس فقط مع نسخته الفرنسية بل مع جل النصوص المتعلقة بالموضوع بما فيها المادة 41 من اتفاقية الشراكة، كأن يقال مثلا: « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة ... عندما يكون هدفها، أو من شأن الأثر المترتب عليها ».⁽²⁾

وبذلك تكون المادة السادسة من قانون المنافسة الجزائري قد حرمت صراحة الاتفاقات على أساس ما قد يترتب عليها من آثار على المنافسة.

وإذا كان القانون يحظر الاتفاقات بمجرد إمكانية ترتيبها لآثار (أي إذا كانت لها آثار محتملة) بصريح النص، فإن هذا الحظر يشمل من باب أولى الاتفاقات المرتبة لآثار فعلية وحقيقية مقيدة للمنافسة، لذا يظهر من الضروري التمييز بين حالتين: حالة الأثر الفعلي وحالة الأثر المحتمل أو الاحتمالي.

⁽¹⁾ Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003, relative a la concurrence, JORA, N° 43, du 20 juillet 2003.

⁽²⁾ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص 41.

ويقصد بالأثر الفعلي للاتفاق أن يكون هذا الأثر محققا، أي أن ينجم عن الاتفاق ضرر يتمثل في تقييد حقيقي للمنافسة، ومعاينة هذا الأثر الفعلي يعد كافيا لتقرير عدم مشروعية الاتفاق دون أن يتطلب الأمر البحث عن غرضه⁽¹⁾.

أما الأثر الاحتمالي، التي اعتنت النصوص المذكورة بالإشارة إليه فمفاده أن يؤخذ بعين الاعتبار مجرد التهديد بالمساس بالمنافسة، فلا يهم الإثبات المادي للأثر المقيد للمنافسة حتى تتحقق الإدانة بل يكفي لذلك أن يرتب الاتفاق أثرا محتملا⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 101 من معاهدة الإتحاد الأوروبي لم تنص على احتمالية الأثر واكتفت - على خلاف المواد 6 من قانون المنافسة الجزائري، 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي و 41 من اتفاقية الشراكة الأورو جزائرية- بالأثر الفعلي⁽³⁾.

إلا أن ذلك لم يحل دون أخذ سلطات المنافسة الأوروبية بمجرد التهديد بتقييد المنافسة من خلال القيام بتحليل مرتقب لحالة المنافسة analyse prospective de l'état de la concurrence بالنظر إلى هدف أو غرض الاتفاق وبتقدير لهذا الأخير، فالاتفاقات لا تعد غير مشروعة إلا إذا كان من الممكن التوقع بدرجة كافية أن تنفيذها سينتج آثارا مقيدة.

إن تحليلات سلطات المنافسة الأوروبية، تحيلنا إلى فكرة بالغة الأهمية أشار إليها العديد من الكتاب والباحثين مقتضاها أن فكرة الغرض تتضمن في ذاتها فكرة احتمالية الأثر، مما دفعهم إلى القول أن الإشارة إلى احتمالية الأثر في القانون الفرنسي عديمة الجدوى وغير ضرورية، فهي تحصيل حاصل بالنظر إلى أن الاتفاق الذي له غرض مناف للمنافسة يتضمن في نفس الوقت آثارا محتملة تتنافى مع المنافسة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 127.

⁽²⁾ مرجع نفسه.

⁽³⁾ «... et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence...»

⁽⁴⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 37.

وكما سبق أن أشرنا، فإن الكشف عن العلاقة السببية بين الاتفاق والضرر الواقع على المنافسة يتم على أساس فكرتي الغرض والأثر، حيث يجب أن يكون الضرر الفعلي أو المحتمل على المنافسة في سوق ما ناتج عن الاتفاق Entente القائم بين الأطراف المتواطئة.

أما في حالة انتفاء العلاقة السببية، فمن غير المعقول حظر الاتفاق، إذ قد يكون مصدر تقييد المنافسة سبب أجنبي عنه، مما يتطلب التصريح بعدم القبول الإخطار المرفوع أمام سلطة المنافسة⁽¹⁾. حيث تنص المادة 44 من أمر 2003 في فقرتها الثالثة «... يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار مغل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية...»⁽²⁾.

يتضح من هذه المادة أن مصير الإخطارات غير الكاشفة عن علاقة سببية بين الممارسة والمساس بالسوق أو غير المؤسسة على المساس بالسوق بصفة عامة، هو عدم القبول « l'irrecevabilité »، وهو توظيف لمصطلح قانوني في غير محله يخرج عن مفهومه "التقليدي" الذي حدده قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 67 منه، التي تنص « الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كإعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع »⁽³⁾.

(1) ناصري نبيل، مرجع سابق، ص 70.

(2) تقابل المادة 19 من أمر 1986:

« Le conseil de la concurrence peut déclarer par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants » Article 19 (Abrogé), Ordonnance n°86- 1243, op.cit.

(3) قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

« فالدفع بعدم القبول بمعنى قانون الاجراءات المدنية والادارية، يمثل وسيلة لتجنب التصدي للموضوع، أشارت المادة 67 إلى بعض حالاته لكثرتها وتعددتها »⁽¹⁾.

وعلى ضوء ما سبق بيانه، يظهر بجلاء أن لتقييد المنافسة وظيفة مزدوجة: فهو محدد لاختصاص المجلس، لا يعقد اختصاصه إلا به، كما يعد شرطاً لازماً للحظر، فقبول إخطار المؤسسات متوقف على إظهار المساس الفعلي أو المحتمل بحرية المنافسة، وأن يكون مدعماً بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية.

ثانيا : عدم اشتراط نية تقييد المنافسة لدى أطراف الاتفاق.

لا شك أن اعتبار اتفاق ما غير مشروع لمجرد احتمال ترتيبه لآثار منافية للمنافسة، أي حتى في ظل انعدام أية نية مناهضة للمنافسة، يكشف عن عدم أهمية القصد، وقد لاحظ الأستاذ Jean Bernard Blaise أن تبني القانون الفرنسي لاحتمالية الأثر يبين أنه ليس من الضروري إقامة اعتبار لنية أطراف الاتفاق، إذ يتعلق الأمر باحتمال موضوعي لتقييد المنافسة خارج كل إرادة للمشاركين⁽²⁾.

والحقيقة أن هذه الملاحظة لا تقتصر صحتها على حالة ترتيب الاتفاق لآثار احتمالية، بل تصدق في كل الحالات سواء كان الاتفاق مقيدا للمنافسة بغرضه أو بأثره الفعلي أو الاحتمالي، فعندما يتعلق الأمر بفحص سلوك المؤسسات أطراف الاتفاق يعتمد قانون المنافسة تحليلاً مادياً موضوعياً لهذا السلوك، دون اشتراط توفر نية شخصية لدى هذه المؤسسات للمساس بالمنافسة، فهي ليست لازمة لتكيف الممارسة بأنها مضادة للمنافسة خلافاً لقانون

⁽¹⁾ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص

⁽²⁾ « il n'est nullement nécessaire de tenir compte des intentions des membres de l'entente, il s'agit ici de la simple potentialité objective d'une altération de la concurrence ou des prix, en dehors de toute volonté des participants, et même a l'insu de ceux-ci » In. CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 36.

العقود الذي يتطلب أن تنفذ الاتفاقيات بحسن نية، الأمر الذي يجيز للهيئات القضائية تعديل نطاق القوة الإلزامية للبنود التعاقدية⁽¹⁾.

فهذا المبدأ (حسن النية) يعتبر من المبادئ الأساسية في قانون العقود، تخضع له العقود جميعا، ليس فقط بمناسبة تنفيذها، وإنما أيضا فيما يتعلق بانعقادها أو تحديد مضمونها⁽²⁾.

وهكذا فإن غياب القصد أو النية لدى المؤسسة لا يعفيها من المسؤولية في نظر قواعد المنافسة، وقد وضح ذلك مجلس المنافسة الفرنسي بقوله:

« لا يمكن بأي حال من الأحوال استثناء اتفاق غير مشروع تحت ذريعة انه لم تكن لدى الأطراف نية الإخلال بحرية المنافسة ».

« on ne peut en aucun cas exempter une entente illicite au prétexte que les parties n'auraient pas eu pour intention de fausser le jeu de la concurrence »⁽³⁾.

كما سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن رفضت ادعاءات الأطراف بانتفاء نية الإخلال بقواعد المنافسة، بحجة أنه يفترض لدى المهنيين الوعي والإدراك لما يصدر عنهم من ممارسات⁽⁴⁾.

وعلى المستوى الأوروبي اعتبرت محكمة العدل الأوروبية في قضية boeuf irlandais « بأنه حتى ولو افترضنا انه من الثابت أن الأطراف في الاتفاق قد تصرفوا دون أية نية شخصية لتقييد المنافسة... فإن مثل هذه الاعتبارات غير مهمة ولا تعد مؤثرة في تطبيق الأحكام... »⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ».

⁽²⁾ سلطان أنور، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 246.

⁽³⁾ In. Rapport annuel 2003, op.cit, p. 73.

⁽⁴⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 102-104.

⁽⁵⁾ In. Rapport annuel 2009, op.cit, p. 62.

إلا أن هذه النية، وإن كانت لا تشكل عنصرا ضروريا لتحديد الخاصية المقيدة للاتفاق، فإنه يؤخذ بها في تقدير العقوبة المالية⁽¹⁾.

ويجب في هذا الصدد أن نميز بين أمرين: «نية تقييد المنافسة» L'intention de porté atteinte a la concurrence غير المشروطة لتكليف الممارسة التعاقدية، و«النية في الاتفاق» L'intention de s'entendre وحدها المطلوبة في تكليف الممارسة كاتفاق خاضع للحظر. فلاعتبار الاتفاق بمفهوم قانون المنافسة قائما يجب إثبات توافق الإرادات.

المطلب الثاني:

تأثير مفهوم المشروعية على قانون العقود (قضية الخزانات)

إن مفهوم عدم مشروعية الاتفاقات في قانون المنافسة - كما رأينا - يعبر عن تقييد مؤسسة ما لحرية المنافسة في سوق معينة (السوق المرجعية)، ومن شأن كل ذلك أن يجعل منه مفهوما غير قابل للتحديد قبليا، كما يوسع بصفة معتبرة من نطاقه، وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى خلق عراقيل تحد من حرية عمل المؤسسات.

وفي ظل هذا المفهوم الخاص والمميز للمشروعية في قانون المنافسة، يظهر فرع القانون المدني عاجزا عن ضمان الأمن القانوني للمؤسسات واستقرار معاملاتهم بمجرد احترام أحكامه⁽²⁾، إذ أن الحرية المضمونة من طرف فرع قانوني معين يمكن أن تصطدم مع مقتضيات قانون المنافسة.

وقد كشفت عن هذا التأثير بوضوح العديد من القضايا التي تولى مجلس المنافسة الفرنسي الفصل فيها، أهمها ما يسمى بقضية "خزانات أو صهاريج النفط" l'affaire des cuves، حيث تلخص هذه القضية مشاكل التوفيق بين كل من القانون المدني وقانون المنافسة

⁽¹⁾ In. Rapport annuel 2009, *op.cit*, p. 63

⁽²⁾ PRIETO Catherine, « La sécurité juridique dans le droit de la concurrence », In. Sécurité juridique et droit économique, éd. Larcier, Bruxelles, 2008, p. 299.

فيما يتعلق بمدى مشروعية الاتفاقات، وتكشف بشكل ملفت عن إشكالية العلاقة بينهما بتأثيرها على مبدأ الحرية التعاقدية الذي يعد أهم مبادئ قانون العقود.

وستنطبق تباعا لكل من وقائع هذه القضية (الفرع الأول) والنتائج المترتبة عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

عرض وقائع قضية الخزانات⁽¹⁾

تتلخص وقائع قضية الخزانات في إبرام عقود دعم وتوريد « contrats d'assistance et de fourniture » بين كل من الشركات النفطية من جهة وأصحاب محطات التزود بالوقود من جهة أخرى، حيث نشأ نزاع بين هذه الأطراف بشأن تحديد الأسعار في العقود النموذجية تم الفصل فيه لصالح محطات التوزيع، إلا أن النزاع ما فتئ أن تبلور حول مشكل آخر يتعلق بمشروعية بنود استعادة الخزانات المعارة، فبموجب هذه العقود استفاد أصحاب المحطات من دعم اتخذ شكل إعارة Prêt a usage لمعدات تخزين الوقود (أي الخزانات).

وبما أن الشركات النفطية بموجب بند في العقد ظلت مالكة لهذه الخزانات فقد كان من حقها اشتراط استعادتها عند انقضائه، الأمر الذي طرح مشكلا في تنفيذ هذا الالتزام لان هذه الخزانات - في الغالب- مدفونة تحت ميدان المحطة ومحمية بأرضية إسمنتية وبالتالي فان استعادتها يحمل أصحاب المحطات تكاليف باهظة.

للحيلولة دون ذلك، عرضت المحطات على الشركات تعويضها بخزانات جديدة مماثلة للخزانات المعارة (التعويض العيني) أو تعويضها نقدا، إلا ان معظم هذه الشركات رفضت وتمسكت بحقها في استرداد ملكيتها. فدفع ذلك المحطات الى مباشرة عدة دعاوى أمام المحاكم رفضت كلها تأسيسا على مبادئ القانون المدني (أولا) فقادهم ذلك إلى إخطار مجلس المنافسة

⁽¹⁾ BRUNETI Nathalie, Droit de la concurrence et droit des contrats, Mémoire D.E.A concurrence et consommation, Université de Montpellier I, 1994-1995, pp. 22-23.

الذي أقر بعدم مشروعية بند الاسترداد استنادا على أحكام قانون المنافسة كأحكام من النظام العام (ثانيا) .

أولا: إخفاق الطلبات المؤسسة على مبادئ القانون المدني.

إن جميع الدعاوى والطلبات المباشرة أمام المحاكم كانت محل رفض لعدم التأسيس، فمواد القانون المدني القابلة للتطبيق على النزاع كانت كلها وبدون استثناء لصالح الشركات النفطية⁽¹⁾.

- فالبند محل النزاع كان محررا بعبارات واضحة ودقيقة، وبالتالي فإن احترامه مفروض على أطرافه وعلى القاضي باعتباره شريعة المتعاقدين، طبقا لمقتضيات المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

- المادة 1875 من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بعقد العارية لم تكن هي الأخرى في صالح المحطات، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أثناء نظر النزاع سنة 1986 أنه « لا يمكن للقاضي أن يحل التعويض النقدي محل استرداد العارية، إذ يقع على المستعير بموجب المادة 1875- التزام رد الشيء الذي سلمه عند انتهاء العارية»⁽³⁾.

- المادة 1243 المتعلقة بالوفاء كانت كذلك في صالح الشركات النفطية، إذ تخولهم حق المطالبة بالشيء عينه ولهم بالتالي أن يرفضوا تعويض الشيء لعدم هلاكه. فحسب هذه المادة يكون الوفاء بالشيء المستحق ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ BRUNETTI Nathalie, op.cit, p. 23.

⁽²⁾ تقابل المادة 106 من ق.م.ج « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون».

⁽³⁾ مقابلة للمادة 538 من ق.م.ج « العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم للمستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال».

⁽⁴⁾ تقابل المادة 276 من ق.م.ج «الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى».

وبما أن النزاع يتعلق بعارية، فإن المادة 544 من القانون المدني الفرنسي شكلت عائقاً رئيسياً، على اعتبار أن الشيء لم يخرج عن ملكية الشركات، وبالتالي فلها كل الحق في التمتع به والتصرف فيه⁽¹⁾.

أمام هذا الرفض، أسس أصحاب المحطات طلبهم القضائي على التعسف في استعمال الحق، ادعوا بمقتضاه أنه ليس للشركات أية مصلحة لتفضيل استرداد الشيء ذاته على قبول تعويضه من نفس النوع (عينا) أو بمقابل نقدي، فطلبهم لا يمكن بالتالي أن يبرر إلا كإرادة إضرار بالطرف الآخر في العقد⁽²⁾.

وقد اعتبر القضاة أن شروط التعسف في استعمال الحق لم تتوفر، فضلا عن أن الهدف منه في المادة التعاقدية يتمثل أساسا في حماية العقد أو الحفاظ عليه أو إعادة التوازن له، فالعقد حسبهم - يظل المرجع الوحيد في تقدير التعسف⁽³⁾، وقد أسست محكمة استئناف باريس قرارها الصادر بتاريخ 03 جوان 1987 في هذا الشأن كما يلي:

« حتى ولو كانت قيمة الشيء الحقيقية أقل بوضوح عن الأعباء الناتجة... فإن شركة TOTAL لا يمكن أن تُجبر على التخلي عن ملكيتها... وبالتالي فإن لهذه الشركة مصلحة مشروعة في استعمال حقها. وحتى تحول كذلك، دون استعمال الخزانات، التي لا تزال ملكا لها، من طرف أحد منافسيها أو لصالحه الذي سيستفيد من اعباء استثمار الشركة... إن مطالبة الشركة TOTAL بحقها العيني للملكية على شيء موجود (لم يهلك) يحول دون الحكم بأي تعويض... وهذا مهما كانت النتائج الاقتصادية لقرارها ».

وقد كان هذا القرار محل تأييد من طرف محكمة النقض الفرنسية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ تقابل المادة 674 من ق.م.ج «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة».

⁽²⁾ BRUNETTI Nathalie, op.cit, p. 24.

⁽³⁾ Ibidem.

⁽⁴⁾ Ibidem.

ثانيا: إخطار مجلس المنافسة الفرنسي بالنزاع

بعد إخطاره من طرف محطات الوقود، أصدر مجلس المنافسة الفرنسي قرارا بتاريخ 29 سبتمبر 1987، وقد كان تسبب المجلس موجزا وفعالا، لم يعترف فيه لأحكام وقرارات المحاكم بحجية الشيء المقضي فيه، فحسبه، تعد بنود العقد محل النزاع منافية للمنافسة.

وقد اعتمد في قراره حيثيات ذات طبيعة اقتصادية بحتة، حيث اعتبر « أن البند محل النزاع الذي يُلزم الموزعين بإعادة الخزانات والوارد في عقود Total , Mobile oil, Esso, Elf antar, Shell له في معظم الحالات كأثر زيادة التكلفة الناتجة عن تغيير المورد في حالة فسخ العقد، وبالتالي فإن هذا البند يحد من سيولة سوق الموزعين مع الموردين، كما من شأنه منع الموزع الذي لم يجدد عقده من مواصلة نشاطه مع مورد آخر»⁽¹⁾.

وبخلاف ادعاءات الشركات، لم يعتبر المجلس هذه البنود الضرورية لتوازن العقد بدليل أن بعض الشركات النفطية تخلت عنها، كما لم يعتبرها ضرورية لحمايتهم ضد المنافسة غير النزيهة *La concurrence déloyale*، إذ اعتبر المجلس أن هناك من الوسائل والآليات ما يحقق نفس الغرض دون تقييد المنافسة، فيكفي حسبه اضافة بند يسمح للموزعين المعنيين بشراء الخزانات⁽²⁾.

وقد تم الطعن في قرار مجلس المنافسة أمام محكمة استئناف باريس التي أيدت القرار جزئيا، حيث قررت أنه « إذا كان المستعير أو المستأجر لشيء ما مُلزم بإعادته لمالكه، فإن تطبيق هذه القاعدة ينبع من اشتراطات تعاقدية خاصة ومميزة لا تسمح بتبرير ممارسات منافية للمنافسة التي إذا ارتكبت في السوق تحظر بناء على المادة 7 من أمر 1986 ». وقد استنتجت

⁽¹⁾ Décision, *cons.conc*, n° 87-D-34, du 29 Septembre 1987, relative à la clause de restitution des cuves et matériels dans les contrats qui lient les sociétés pétrolières a leurs revendeurs, www.rajf.org, 15 janvier 2015.

⁽²⁾ Ibidem.

المحكمة فرضية أو حالة فسخ العقد بخطأ من الموزع واحتفظت في هذه الحالة بتطبيق القواعد المدنية⁽¹⁾.

ولم يكن قرار مجلس المنافسة محل طعن بالنقض، إلا أن محكمة النقض بعد إخطارها سنة 1992 بمختلف قرارات المحاكم التي رفضت دعاوى محطات الوقود، قامت بنقضهم بناء على المادة 7 من أمر 1986، مما أدى إلى استقرار الاجتهاد، حيث استقر الأمر على حظر بنود استرداد الشيء محل الإعارة بممارسة محكمة النقض لسلطتها في توحيد الاجتهادات القضائية⁽²⁾.

الفرع الثاني:

نتائج قرار مجلس المنافسة الفرنسي في قضية الخزانات

إن القضية محل الدراسة ثرية بالأفكار والتعاليم، فهي تكشف على السلطة المعنوية المكتسبة من طرف مجلس المنافسة الفرنسي، كما تكشف عن التقدم الذي أحرزه الاجتهاد المدني في مادة تتميز بتطبيق صارم لأحكام الشريعة العامة.

إن قرار المجلس في القضية يظهر خصوصية تحليل هذا الأخير، كما يعبر عن مظهر من مظاهر ازدهار قانون الاتفاقات المحظورة. بدون شك، فإن التحليل القانوني أفسح المجال في هذه القضية للتحليل الاقتصادي (أولا) مما أدى إلى اختلال قانون العقود وخضوعه لأحكام قانون المنافسة (ثانيا).

أولاً: تفضيل مجلس المنافسة الفرنسي للتحليل الاقتصادي.

إن مقارنة التحاليل المتبناة من طرف الهيئات القضائية مع تحليل مجلس المنافسة يكشف عن الاختلاف بينهما بالنسبة لنفس العقد.

⁽¹⁾ BRUNETTI Nathalie, op.cit, p. 28.

⁽²⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 60.

فالتحليل الذي قامت به السلطات القضائية هو تحليل قانوني بامتياز مؤسس على المبادئ الرئيسية للقانون المدني (حق الملكية، التعسف في استعمال الحق، القوة الإلزامية للعقد...) حيث تم التركيز فيه على تقدير مدى صحة البنود التعاقدية محل النزاع بصفة جوهرية.

وفي مقابل ذلك، هناك المقاربة الاقتصادية لمجلس المنافسة الذي لم يسع بمناسبة نظر القضية إلى الحفاظ على توازن العقد، إذ ليس من مهامه - كما هو معلوم - التحكيم والموازنة بين المصالح الخاصة للخصوم. فأسس تدخله بالنظر إلى الغير Tiers الأجنبي عن الاتفاق المتمثل في **الموردين الآخرين للمنتجات النفطية** الذين سيُمنعون بموجب بند الاستعادة من دخول السوق⁽¹⁾.

ولم يعمد المجلس - خلافا للمحاكم - إلى تبرير تصرف طرف من أطراف العقد و إنما إلى تقرير عدم المشروعية، حيث درس البند التعاقدية في سياق السوق Le contexte du marché، وقرر حظره لأن السوق قد أصبحت محرقة بمنع الغير المنافس من دخولها، وهذا رغم مطابقته لمتطلبات القانون المدني، فالتبرير القانوني - حسب هذه القضية - ليس له قيمة التبرير الاقتصادي ولا يساويه⁽²⁾.

«La justification juridique ne vaut pas justification économique, et la conformité au droit civil ne préjuge en rien de la conformité au droit de la concurrence».

ثانياً: خضوع صحة العقد لقانون المنافسة.

إن القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بمناسبة النظر في الطعن ضد قرار مجلس المنافسة قد سجل - في رأي البعض - تسرباً لأحكام قانون المنافسة للمجال المدني، حيث تم تطبيقها أثناء الفصل في نزاعات ذات طابع مدني من قبل الجهات القضائية.

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 61.

⁽²⁾ BRUNETTI Nathalie, op.cit, p. 25.

وقد اعتبر بعض الباحثين أن هذا التطبيق على النزاعات المدنية يشكل مساسا بكل من مبدأ الحرية التعاقدية⁽¹⁾ والقوة الملزمة للعقد.

فحكم المادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي (تاريخيا المادة 50 من أمر 1945⁽²⁾ والمادة 7 من أمر 1986)، بالصورة التي طبقت بها في القضية، يرخص لأطراف العقد بالالتصّل من التزاماتهم التعاقدية.

كما أن مجلس المنافسة الفرنسي أملى على المتعاقدين مضمون عقودهم بصفة صريحة، حيث أمر⁽³⁾ بالفعل الشركات بإعادة التفاوض على العقود بصورة لا يكون فيها الموزعين ملزمين بإعادة الخزانات والأشياء الموضوعة تحت تصرفهم عند انقضاء العقد أو فسخه. وهكذا فإن هناك انتقاصا محسوسا من حرية واستقلالية أطراف العقد.

وقد أثارت هذه القضية العديد من ردود الأفعال وأسالت الكثير من الحبر لعدم انسجام القرارات الصادرة للفصل فيها مع مقتضيات المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تجعل من العقد شريعة المتعاقدين.

وقد ذهب البعض إلى القول أن عدم الانسجام مع قانون العقود مرده بالأساس الأمر الصادر عن مجلس المنافسة القاضي بإعادة التفاوض *L'injonction de renégociation*، ولا يتعلق بإلغاء البنود محل النزاع بحجة أنه ليس للأطراف المساس بأحكام من النظام العام عن طريق اتفاقيات خاصة، بحيث يكون للاتفاقيات التي تراعي هذه القواعد وحدها قوة القانون، وبما أن قانون المنافسة من النظام العام فيعد غير مشروع كل عقد أو اتفاق يخالف قواعده وأحكامه.

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, pp. 61-63.

⁽²⁾ Ordonnance n° 45-1483, du 30 Juin 1945, relative aux prix, *JORF*, du 8 Juillet 1945(abrogé).

⁽³⁾ إن لمجلس المنافسة صلاحية توجيه أوامر، نصت عليها في قانون المنافسة الجزائري المادة 45، يمكن أن تتخذ طابعا سلبيا، فيكون موضوعها منع القيام بممارسة معينة، كما يمكن أن تتخذ طابعا ايجابيا فتتطلب القيام بعمل معين كتعديل التصرفات القانونية التي ارتكبت بواسطتها الممارسات المضادة للمنافسة. أنظر في هذا الصدد:

ZOUAIMIA Rachid, « Le conseil de la concurrence et la régulation des marches en droit algérien », *Revue IDARA*, Vol. 18, n°36, 2008, p. 14.

إن هذه النقطة تظهر مدى انسجام قانون الاتفاقات مع النظرية العامة للعقد فهو لا يصطدم معها وإنما يندمج فيها « Il s'y intègre »، و يقتبس أو يجد آليات اندماجه في النظرية العامة ذاتها (فكرة النظام العام)⁽¹⁾.

وبتقرير بطلان البنود المنافسة للمنافسة من طرف المحاكم⁽²⁾، أصبح هذا الاندماج بين القانونين بديهياً، حيث اتسعت النظرية العاملة للبطلان بموجب المادة 26 من قانون المنافسة الجزائري لتحتوي المفهوم المميز لعدم المشروعية التنافسية *L'illicéité concurrentielle*. فمراعاة العقد لمتطلبات قانون الاتفاقات شرط لصحته.

إن هذه الآراء والتحليلات الفقهية ليس هدفها الانتقاص من أهمية التأثير على النظرية العامة للعقد، فالتأثير حقيقي وفعلي، إلا أنه يتعلق هنا بدرجته وليس في مدى وقوعه، حيث تضاءلت الحرية التعاقدية للأطراف بالنظر إلى جسامته وأهمية الخرق الذي تعرضت له، لأن النظام العام التوجيهي لم يعد يقتصر على بعض الأحكام الدقيقة والواضحة المحدودة في الزمان والمكان بل اتسع وبالنتيجة اتسع مفهوم عدم المشروعية.

إن قضية الخزانات تعتبر تركيباً وتجميعاً للعلاقات التي يمكن أن تنشأ بين قانون المنافسة والشريعة العامة، وهي دليل على تقبل القانون المدني للمنطق والتحليل الاقتصاديين، وعلى تكامل هذين الفرعيين القانونيين. كما تبرز خاصية أخرى لقانون المنافسة والمتمثلة في براغماتيته، حيث تتميز طريقة معالجة سلطات المنافسة والقضاة من بعدهم للاتفاقات باعتماد تحليل يرتكز على الإطار الذي ارتكبت فيه هذه الاتفاقات.

(1) BRUNETI Nathalie, op.cit, p.6, 27.

(2) إن مجلس المنافسة - وإن كان يتدخل في المجال التعاقدية عن طريق الأوامر- ليس له صلاحية إبطال العقود، فهذه السلطة تخضع للاختصاص الحصري للمحاكم القضائية. لمزيد من التفصيل أنظر: مساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 10-05-2011.

المبحث الثاني:

خصوصية قانون المنافسة في تقدير مشروعية الاتفاق

بالإضافة إلى خصوصية قانون المنافسة في تحديده لمفهوم مشروعية الاتفاق، وما يترتب عنها من نتائج على قانون العقود، فإنه من الملفت للانتباه أيضا تلك السلطة التي تتمتع بها سلطات المنافسة في تقدير مشروعية اتفاق ما، والذي يشكل الميزة الثانية لقانون المنافسة بالنسبة للشرعية العامة في موضوع المشروعية (المطلب الأول) حيث ينجم عنها- على وجه الخصوص- إمكانية تبرير ممارسات واتفاقات رغم أنها تقيد المنافسة بصفة جوهرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تأثير فكرة المنافسة الحرة على مشروعية الاتفاق

إن المنافسة الحرة فكرة اقتصادية أدخلت إلى المجال القانوني بواسطة مبدأ دستوري وهو مبدأ حرية الصناعة والتجارة⁽¹⁾ الذي أعطى للنشاط التنافسي أساسه القانوني والشرعي. تعرف لغة بأنها نزعة فطرية تدعو إلى بدل الجهد في سبيل التفوق⁽²⁾، وهي ملازمة للنشاط الاقتصادي حتى وصفت بكونها أحد الشروط اللازمة لاحترافه وممارسته⁽³⁾.

(1) «حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون»، المادة 37 من دستور 28 نوفمبر 1996 منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.
(2) العمري صالحة، "ضبط أبعاد مصطلح دعوى المنافسة غير المشروعة في التشريع الجزائري"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ص 263.
(3) نصري نبيل، مرجع سابق، ص 1.

ولم يكن تعريفها الاصطلاحي متقاربا بين كل من الاقتصاديين والقانونيين، ومرد ذلك عدم ملائمة التعريف الاقتصادي لمتطلبات الفهم القانوني الذي يهدف إلى تعريف عملي، محدد الأركان، سهل التطبيق.

وقد عرفها الأستاذ Franc.s.walker بأنها « العمل للمصلحة الشخصية للشخص وذلك بين البائعين والمشتريين في أي منتج وأي سوق » فالمحصلة النهائية لها هي الكفاح بين الأعوان الاقتصاديين المتماثلة أعمالهم من أجل الحصول على أكبر حصة ممكنة بالسوق⁽¹⁾.

تكمن أهمية المنافسة في هذه الدراسة في كون البحث عن مدى تنافي اتفاق ما معها، يستدعي في بداية الأمر تحديد معناها الذي يتأثر بنموذج المنافسة المأخوذ به. فتقدير مشروعية اتفاق معين يتوقف على كيفية النظر إلى الظاهرة التنافسية.

لهذا رأينا انه من المهم التطرق بشيء من الاختصار للنماذج الاقتصادية للمنافسة ومختلف تصوراتها (الفرع الأول) قبل أن ندرس كيفية استقبال هذه النماذج من طرف سلطات المنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تطور النموذج التنافسي (من المنافسة التامة إلى المنافسة الفعلية)

تعتبر الظاهرة التنافسية من وجهة نظر التحليل الاقتصادي غير قابلة للحصر في مفهوم عام، شامل وثابت، ذلك أن مفهومها متعدد.

وقد نجم هذا التنوع في المفهوم صعوبة الوقوف عليها من طرف رجال القانون، الذين يفضلون تكييفها موحدا ضمانا للأمن القانوني وللقدرة على التنبؤ بنتائج سلوك معين⁽²⁾، كما هو

⁽¹⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 9.

⁽²⁾ ZEVOUNOU Lionel, op.cit, p. 2.

الحال بالنسبة لفكرة المنافسة غير المشروعة « la concurrence déloyale » التي يعتبر مفهومها انعكاسا لتصور المنافسة المنبثق عن القانون التجاري للقرن التاسع (19) عشر⁽¹⁾. إلا أن هذا التصور البسيط المعتمد قانونا لم يعد يشكل أداة كافية للتحليل في قانون الممارسات المنافية للمنافسة.

وستنطرق تبعا لنماذج المنافسة في النظرية التقليدية (أولا) والنظريات الحديثة (ثانيا)

أولا: المنافسة الحرة في النظرية التقليدية.

ساد في النظرية الاقتصادية التقليدية نموذج المنافسة التامة أو المثالية la concurrence parfaite ومقتضاها أن كمية وسعر السلع تحدد بصورة عفوية وتلقائية كلما تحقق توازن بين العرض والطلب، ذلك أن الصراع بين العرض والطلب يؤدي في النهاية إلى استخدام أفضل للقدرات والموارد الاقتصادية مما يجعل أسعار السلع تحدد حسب ما بُذل في إنتاجها من تكاليف ونفقات وهو ما يعود بالمنفعة على المستهلك، بحيث يتمكن من الحصول على السلعة بأسعار منخفضة⁽²⁾.

ولتحقيق ذلك، تشترط هذه النظرية ضرورة اجتماع ظروف معينة⁽³⁾:

- يجب أن يتشكل السوق من عدد كبير من العارضين (المنتجين) والمشتريين (المستهلكين) بحيث لا يكون باستطاعة أي واحد منهم التأثير بمفرده على قوى واليات السوق،

⁽¹⁾ عرفها الفقيه ALLART كما يلي « المنافسة غير المشروعة هي كل تصرف أو وسيلة مستعملة لتحقيق غرض معين وهو اغتصاب العملاء من منشأة صناعية أو محل تجاري» وارد في: زعموم إلهام، حماية المحل التجاري (دعوى المنافسة غير المشروعة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 24.

⁽²⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 11.

⁽³⁾ ALLOUI Farida, L'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence, mémoire en vue d'obtention du diplôme de magistère en droit option : droit des affaires, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2010-2011, p. 57.

- يجب أن تكون السلع المعروضة متجانسة كلياً *totalement homogènes* بحيث يستطيع المستهلك أن يشتري سلعة من أي عارض دون أن يشعر بفارق بين السلع،
- يجب أن تسود حرية انتقال عناصر الإنتاج المختلفة أياً كانت هذه العناصر، بأن لا تكون هناك حواجز قانونية أو فعلية تمنعها من أن تنتقل،
- يجب أن يكون للعارضين والمستهلكين:
- * إمكانية الحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلع، والتي توفر لهم العلم الصحيح والشامل بالظروف المحيطة بالسوق،
- * وأن يسعى كل واحد منهم لتحقيق مصلحته الشخصية الخاصة،
- كما لا يجب أن يتولد عن اقتناء السلع أي مشكل متعلق بتكلفة النقل.

وهكذا، فإن نموذج المنافسة التامة يتطلب تعدد عارضين من نفس النوع والحجم، وينشطون في سوق ذات شفافية تامة. و بإعماله فإن كل مساس باستقلالية القرارات التجارية للمؤسسات يفترض أنه مناف للمنافسة، وكل اتفاق مقيد للمنافسة يجب أن يحظر⁽¹⁾.

حيث يتيح هذا النموذج إمكانية وضع قائمة بتقييدات المنافسة مما يمكن من أعمال الرقابة على الممارسات المختلفة بطريقة قبلية، فدقة هذه النظرية وخاصيتها المنتظمة يجعلها قابلة للاندماج بسهولة في الصرح القانوني، وإن كانت تمس بطريقة خطيرة بالحرية التعاقدية⁽²⁾.

وقد انتقدت هذه النظرة باعتبارها غير قابلة للتجسيد واقعياً، فالشروط والظروف التي تضعها من الصعب أن تجتمع وتتحقق، وفرضياتها تختلف كثيراً عن واقع العمليات الاقتصادية⁽³⁾:

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 68.

(2) Ibidem.

(3) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص ص 13-15.

- فالمنافسة في معظم الأسواق تكون بين وحدات إنتاجية كبيرة وقليلة العدد، وليس بين وحدات إنتاجية صغيرة ومتعددة،
- إن شرط تجانس السلع يتخلف أيضا، حيث تتميز الاقتصاديات المعاصرة بتطور وسائل الإعلام التي نجحت في إقناع المستهلكين بوجود فروقات بين السلع التي ينتجها كل منتج،
- كما أنه من الصعب القول بتوفر حرية الدخول والخروج إلى/من سوق ما في وقتنا الحالي لارتفاع المبالغ اللازمة للاستثمارات وصعوبة الحصول على عناصر الإنتاج الضرورية.
- ويظهر من هذه الانتقادات الموجزة أن نظرية المنافسة التامة وما تقدمه كنموذج تعد غير عملية عندما يتعلق الأمر بالوقوف على حقيقة الواقع التنافسي، فلا يمكن أن تستخدم إلا كمرجع أو وسيلة بيداغوجية. لذلك ظهرت نظريات اقتصادية أخرى تحاول الربط بين الدراسة النظرية والواقع الاقتصادي بشتى تناقضاته.

ثانيا: المنافسة الحرة في النظريات الحديثة.

نظرا لأن نموذج المنافسة التامة يعتبر من قبيل الفرض النظري، فقد تم استبداله بنموذج المنافسة غير التامة Concurrence imparfaite والذي يقصد به «الوضعية التي من خلالها لا يمكن للمؤسسات المتنافسة التنافس والصراع فيما بينها بوسائل متساوية ومتكافئة، نتيجة تفاوت قوتها ومركزها أو لوجود عوائق طبيعية أو مصطنعة (تنظيمية على سبيل المثال) من شأنها تطويق وتقييد عمل بعضها»⁽¹⁾.

ونكون بصدد منافسة غير تامة إذا تخلفت الشروط السابقة الواجب توافرها لقيام المنافسة التامة، فهي حالة وسط بين المنافسة التامة والاحتكار، وهو النموذج السائد حاليا في المجتمعات الليبرالية⁽²⁾.

⁽¹⁾ « Situation dans laquelle les entreprises concurrentes ne peuvent lutter à armes égales du fait de la disparité de leurs poids respectifs ou des handicaps naturels ou artificiels (réglementaire par exemple) qui entravent l'action de certaines d'entre elles », R.Kovar, in. CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 68.

⁽²⁾ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 15.

ونظرا لأن هذا النموذج ظل مجردا وحبس الأطروحات النظرية لنموذج المنافسة التامة لاسيما فيما يخص استعمال التحليل الستاتي، فقد تم التخلي عنه مقابل تصور آخر للمنافسة يطلق عليه نموذج المنافسة الفعلية⁽¹⁾.

إن تعدد المؤسسات، الشفافية، حرية الدخول والخروج إلى/من السوق والاستقلالية القرارية لم تعد تشكل الأهداف أو النهايات الوحيدة المتابعة، إذ يؤخذ بعين الاعتبار في هذا النموذج- غاية أكثر أهمية تتمثل في الفعالية الاقتصادية، بمعنى « توفير وإشباع حاجات المستهلكين بالنظر إلى ندرة الموارد الإجمالية للمجموعة»

« La plus grande satisfaction des consommateurs compte tenu de la rareté des ressources globales de la collectivité »⁽²⁾.

ففي داخل المنافسة التامة الأكثر واقعية، أعمل تدقيق من الناحية المفهوماتية انطلاقا من ملاحظة الواقع التنافسي، حيث نكون بصدد المنافسة الفعلية، عندما تكون شروطا ممارسة المنافسة مجتمعة، إذ يوجد في كل سوق معينة في وقت معين درجة معينة من المنافسة الممكنة، التي تتوقف - بالإضافة إلى عوامل أخرى- على خاصية السلعة، عدد وحجم المؤسسات ودرجة استقلاليتهم. إن الاتفاقات في هذا النموذج يمكن أن تعتبر بالتالي سلوكيات محظورة تمنع بالفعل المنافسة الممكنة من أن تلعب دورها.

وقد ظهر مفهوم المنافسة الفعلية « Praticable » لأول مرة في كتابات المؤلف « John Maurice Clark » وذلك في مقال شهير سنة 1940 تحت عنوان:

⁽¹⁾ يجب التمييز بين مصطلحي المنافسة الفعلية Concurrence praticable ou suffisante والمنافسة الفعالة Concurrence effective ou efficiente والتي تستخدم عندما تمارس المنافسة واقعا وتنتج الآثار المنتظرة منها. لمزيد من التفصيل أنظر: www.cours-de-doit.net, 05 février 2012, Doit européen de la concurrence.

⁽²⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 68.

« Toward a concept of workable compétition »، قطع الصلة من النموذج الكلاسيكي، حيث أيد فكرة أن تشوهات واختلالات السوق يمكن أن يكون لها تأثيرا ايجابيا على المنافسة⁽¹⁾.

ولا تتفصل فكرة المنافسة الفعلية عن فكرة السوق، فهذه المنافسة التي يجب حمايتها ترتبط بالسوق ارتباطا قويا، لهذا يصبح من الضروري معها أن يدرس الاتفاق في اطار واقعي، من هنا فإن قطع الصلة مع التفكير القانوني يصبح ظاهرا، فكل مقارنة قبلية لتقرير حظر عمل أو ممارسة ما تصبح مستعبدة⁽²⁾.

الفرع الثاني:

نموذج المنافسة المطبق من سلطات المنافسة والنتائج المترتبة عليه

سنتطرق هنا إلى مدى تأثير سلطات المنافسة بتطور النماذج السابق بيانها بالوقوف على كيفية تعاملها مع الظاهرة التنافسية (أولا) والنتائج المترتبة عن ذلك (ثانيا) أولا: اعتماد المقاربة الفعلية الديناميكية للظاهرة التنافسية.

بتفحص مختلف اجتهادات سلطات المنافسة (اللجنة الأوروبية ومجلس المنافسة الفرنسي) يظهر جليا أنها تعتمد المفهوم الفعلي الديناميكي للمنافسة، وليس المفهوم الستاتي الجامد السائد في النظرية التقليدية.

وقد تمت الاستعانة بنظرية المنافسة الفعلية من طرف سلطات المنافسة الأوروبية منذ ستينيات القرن الماضي، ففي قضية Société technique minière بتاريخ 30 جوان 1966، اعتبرت محكمة العدل الأوروبية أن « حرية المنافسة المقصودة يجب أن تدرس في الإطار الحقيقي الذي وقع فيه الاتفاق محل النظر...ولا يكون الاتفاق مخلا بالمنافسة إذا ظهر

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 69.

⁽²⁾ Ibid., p. 70.

أنه ضروري لدخول مؤسسة ما إلى منطقة لم تكن قد تدخلت فيها؛ بناء على ذلك، لا اعتبار بند في عقد يمنح حقا حصريا للبيع ممنوعا بسبب غرضه أو أثره، فإن ذلك يستوجب النظر إلى طبيعة و كمية المنتوجات محل العقد، مركز وأهمية مانح الامتياز وصاحب الامتياز في سوق السلعة المعنية، خاصة تعدد الاتفاق والإمكانية المتروكة للمتنافسين في نفس سوق السلعة للاستيراد أو التوريد الموازي»⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى تمت الإشارة صراحة إلى مفهوم المنافسة الفعلية أو الممكنة، حيث نص قرار محكمة العدل الأوروبية « إن المنافسة غير المقيدة، المنصوص عليها في المواد 03 و85 من معاهدة المجموعة الأوروبية تتطلب وجود منافسة فعلية *concurrency efficace* *Workable competition* في السوق، بمعنى القدر الكافي من المنافسة الضرورية لكي تحترم المتطلبات الأساسية ويتم تحقيق غايات المعاهدة »⁽²⁾.

وقد وظف مجلس المنافسة الفرنسي - وقبله لجنة المنافسة- مصطلح المنافسة بهذا المعنى في العديد من قراراته، ونفس الأمر بالنسبة لمجلس المنافسة الجزائري في قراره الصادر في قضية (ENIE) السابق ذكره⁽³⁾.

وكما أشرنا في بداية حديثنا، فإن سلطات المنافسة تنظر إلى فكرة المنافسة نظرة ديناميكية متطورة، باعتبارها عملية متلاحقة ومتتابعة، وبعبارة أخرى فهي تعتمد مقارنة ديناميكية للظاهرة التنافسية، ذلك أن درجة المنافسة الضرورية لا تتنوع وتختلف باختلاف الأسواق المرجعية فحسب بل وتتغير من فترة زمنية إلى أخرى.

⁽¹⁾ Arrêt CJCE, n°56/65, du 30 Juin 1966, relative a une demande de décision préjudicielle : cours d'appel de paris-France, recueil de jurisprudence, 1966, p. 341.

⁽²⁾ Arrêt CJCE, n°26-76, du 25 Octobre 1977, relative aux systèmes de distribution sélective, recueil de jurisprudence 1977, p. 1875.

⁽³⁾ وأن كان هذا القرار يتعلق بممارسة التعسف في وضعية الهيمنة، إذا لم يصدر عن المجلس إلى حد الساعة أي قرار يتعلق بالاتفاقات المنافية للمنافسة.

إن عامل الزمن يشغل وظيفة مهمة في التحليل الاقتصادي (تحليل الظاهرة التنافسية) حيث أعيد النظر في موقف المدرسة النيوكلاسيكية التي تبنت قراءة ستاتية لحالة المنافسة (نموذج ساكن A-Temporel) من طرف Schumpeter الذي جاء بفكرة "عملية التهديم المنشئ"⁽¹⁾ . Le processus de destruction créatrice .

ومن نتائج هذا الاتجاه أن الممارسة التقييدية لا يجب أن تحلل في الوقت الذي ارتكبت فيه فحسب، وإنما بالنظر إلى تطورها، فالأوضاع المخلة بالمنافسة بصورة عابرة ومؤقتة تعد ضرورية في بعض الحالات حتى تتاح الفرصة للابتكار والتجديد التقني.

وعلى سبيل المثال عندما تسوق مؤسسة ما منتوجا جديدا، فإن حمايتها تشجع الديناميكية الصناعية، ويعتبر طبيعيا وصحيا أن يكون للمؤسسة المبتكرة مؤقتا وضعية هيمنة على السوق، حتى تتمكن من تغطية نفقات البحث وتحقيق أرباح تكافئ المخاطر المتكبدة.

وقد استخدمت اللجنة الأوروبية وكذا مجلس المنافسة الفرنسي هذا التحليل وسارت عليه في تطبيقها لنصوص الممارسات المنافية للمنافسة، حيث تعمد- قبل منح ترخيص لاتفاق مقيد للمنافسة- إلى إجراء تحليل مرتقب لمدى مساهمته في التطور الاقتصادي⁽²⁾.

وعكس ذلك، فإن مراعاة العامل الزمني يتيح لها تقرير عدم مشروعية ممارسات غير مقيدة للمنافسة في الحين لاحتمال تقييدها للمنافسة مستقبلا. ان الطابع الوقائي لرقابة سلطات المنافسة يأخذ هنا كل معناه⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن النص على غرض الاتفاق أو أثره الاحتمالي في قانون المنافسة ما هو إلا طريقة وأسلوب لإدخال البعد الزمني في مفهوم عدم المشروعية، وبالنتيجة يقع على

⁽¹⁾ مسعد جلال، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2002، ص 13.

⁽²⁾ المساهمة في التطور الاقتصادي تكون إما حالية أو متوقعة.

⁽³⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 72.

عائق مجلس المنافسة أن يأخذ في الحسبان التطور المحتمل والمتوقع للسوق المرجعية بمناسبة نظره في القضايا المُخطر بها.

ثانياً: نتائج المقاربة الفعلية الديناميكية للظاهرة التنافسية

إن هذه النظرة الخاطفة على بعض قرارات سلطات المنافسة تكشف عن الطابع التطوري لنموذج المنافسة المستعمل في التحليل، فمختلف النظريات الجامدة والستاتية للمنافسة تركت المجال لنظريات أخرى أكثر مرونة، حيث استبدل نموذج المنافسة التقليدي بفكرة المنافسة الفعلية الديناميكية التي تعبر عن الطابع البراغماتي في تقدير مدى مشروعية ممارسة ما.

إن الاعتداد بالنموذج الفعلي-الديناميكي قد أضفى حركية على قانون الاتفاقات المحظورة، وإن كانت هذه الحركية شرطاً مهماً و خاصة كل سياسة منافسة فعالة، إلا أن لها أثراً عكسياً يتمثل في تجريد الأعوان الاقتصاديين من الأمن القانوني.

فمفهوم المساس بالمنافسة في ظل هذه الحركية يصبح نسبياً و بالتالي يكون من النادر أو من الصعب إمكانية اعتبار سلوك مؤسسة ما منافياً للمنافسة بطبيعته، مما ينجر عنه عدم إمكانية، بل استحالة، توقع المؤسسة لنتائج ممارساتها و مدى مشروعيتها، ذلك إن السياق الذي ارتكبت فيه الممارسة هو الذي سيمكن من قياس مدى إضرارها بالمنافسة.

إن نسبية حرية المنافسة تفسر بعض الإجراءات المتناقضة مع حكم المادة السادسة من الأمر رقم 03-03، ففي بعض الحالات لا ينطبق حكم المادة حتى و لو تحقق فرضها، ولا تتعرض بعض السلوكات (الاتفاقات) للحظر رغم كونها مقيدة للمنافسة.

المطلب الثاني:

إضفاء المشروعية على الاتفاقات في قانون المنافسة

على الرغم من أن الاتفاق قد يكون مقيدا للمنافسة، فقد تتوفر بعض الأسباب تجعل منه اتفاقا مشروعاً، و تخرجه من دائرة المنع إلى دائرة الجواز، و يحدث ذلك في حالة اعتبار أن المساس بالمنافسة غير محسوس بصفة كافية حتى يدان، فقبول الاتفاق ناتج أحيانا عن ضئالة خطورته (الفرع الأول).

كما تضىف المشروعية على الاتفاقات في أحيان أخرى نتيجة وجود نص قانوني يجيز إبرامها أو لمساهمتها في التطور الاقتصادي، رغم ما يترتب عنها من مساس محسوس بالمنافسة و هو ما يعبر عنه بالاستثناءات أو الإعفاءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المشروعية و عتبة الحساسية

إن أصل فكرة عتبة الحساسية قضائي *Une règle d'origine prétorienne*، تولى الاجتهاد تحديد مضمونها، وقد أعلن عنها في وقت مبكر في قانون المجموعة الأوروبية، كما تم العمل بها من طرف سلطات المنافسة الفرنسية⁽¹⁾، و سنتولى في هذا الصدد تحديد مضمون هذه القاعدة ومختلف تطبيقاتها (أولا) قبل توضيح مدى تأثيرها على قانون العقود (ثانيا).

أولا: مضمون عتبة الحساسية و تطبيقاتها.

مفاد فكرة عتبة الحساسية *Le seuil de sensibilité* أن البحث عن حماية منافسة فعالة لا يقتضي حظر كل أشكال الاتفاقات دون استثناء، بل يجب فقط حظر تلك التي تهدد بصفة فعلية و جادة عمل المنافسة الحرة في سوق معينة، أي تلك التي لها تأثير محسوس في

(1) VOGEL Joseph, « Peut-on échapper au droit de la concurrence grâce à la règle de MINIMIS ? », Revue trimestrielle de la concurrence, n° 1, 2013, p. 4.

السوق، وعلى ذلك فانه من غير المفيد تجريم الاتفاقات التي ليس لها مثل ذلك تأثير على عمل المنافسة⁽¹⁾.

وقد تم تطبيق هذه الفكرة أو القاعدة بصفة ضمنية من طرف اللجنة الأوروبية منذ 1964 لتتبنها صراحة في قضية Socemas بتاريخ 17 جويلية 1968، حيث نصت في قرارها « لتطبيق الحظر و أعمال البطلان بقوة القانون، فإن الاتفاق Accord يجب أن يؤدي إلى تقييد هام المنافسة»⁽²⁾. وقد أكدت موقفها في العديد من القرارات اللاحقة، كما أيدتها في ذلك محكمة العدل الأوروبية⁽³⁾.

و قد تم توضيح هذه الفكرة وتحديد أحكامها في عدة تدخلات للجنة الأوروبية، لاسيما عن طريق المنشور الصادر في 09 ديسمبر 1997 المتعلق بالاتفاقيات قليلة الأهمية غير المعنية بأحكام المادة 85 من معاهدة روما.

فحسب هذا المنشور، لا تخضع للحظر الاتفاقيات التي تكون مجموع المؤسسات المشاركة فيها لا تتجاوز حصصها السوقية:

- 5% إذا كان الاتفاق مبرما بين مؤسسات تعمل في نفس حقل النشاط الإنتاجي أو التجاري (الاتفاقات الأفقية)،

- 10% إذا كان الاتفاق مبرما بين مؤسسات تعمل في نشاطات مختلفة (الاتفاقات الرأسية)،

- أما إذا كان الاتفاق ذا طبيعة مختلطة أو تعذر تصنيفه تطبق عندئذ عتبة 5%⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ BOUTARD- LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, op.cit, p. 50.

⁽²⁾ Décision CCE, n° IV/129, du 17 Juillet 1968, relative a une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE, JOCE, n°L201, du 12/08/1968, pp. 4-7.

⁽³⁾ V. Arrêt CJCE, n° 5-69, du 9 Juillet 1969, relative a une demande de décision préjudicielle, recueil de jurisprudence, 1969, p. 295 «...un accord échappe a la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause...».

⁽⁴⁾ Communication CCE, n°97/C372/04, du 09 décembre 1997, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la communauté européenne, JOCE n°C372, du 9 Décembre 1997, pp. 13-15.

وقد تم تعويض هذا المنشور سنة 2001 بمنشور آخر عدل في نسب الحصص السوقية⁽¹⁾، حيث اعتبر أن الاتفاق لا يقيد المنافسة بصفة محسوسة إذا كانت حصة السوق التي يحوزها أطرافه لا تتجاوز:

- 10% في أي سوق معينة متأثرة بالاتفاق وذلك عندما يبرم بين مؤسسات متنافسة فعليا أو يحتمل تنافسها في أي من هذه الأسواق،
- 15% في أي سوق متأثرة أو معينة، عندما يبرم الاتفاق بين مؤسسات لا تعتبر متنافسة لا فعليا ولا احتماليا في أي من هذه الأسواق،
- أما في حالة تعذر تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق باتفاق بين متنافسين أم لا فتطبق عتبة 10%.

وفي سنة 2014 صدر منشور آخر⁽²⁾ لم يعدل في الحصص التي جاء بها منشور 2001، إلا أنه اعتبر الاتفاقات التي يكون غرضها مقيدا للمنافسة لا يمكن أن تستفيد من هذا الاستثناء، ولا يمكن بأي حال أن تعتبر قليلة الأهمية أخذاً بالتحليل الفقهي في هذا الصدد⁽³⁾.

أما في فرنسا، فقد امتنع مجلس المنافسة عن الأخذ بعتبة الحساسية بحجة أن المادة السابعة من أمر 1986 تحظر مجرد احتمال وجود أثر على المنافسة وهو ما يمنع قياس الآثار الحقيقية للاتفاق. وظل على موقفه رغم اعتراف محكمة النقض الفرنسية بالمبدأ بتاريخ 4 ماي 1993، ليتبناها هو الآخر في النهاية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Communication CCE, n°2001/C368/07, du 22 décembre 2001, concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 para. 1 du traité instituant la communauté Européenne, JOCE, n°C368 du 22 décembre 2001, pp. 13-15.

⁽²⁾ Communication CCE, n°2014/C291/01, du 30 Aout 2014, concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 para.1 du traité sur le fonctionnement de l'union Européenne (communication de minimis), JOUE, n°C291, du 8 Aout 2014, p. 1.

⁽³⁾ DEBROUX Michel, LAURENCE Nicolas-Vullierme, SARRAZIN Cyril, « Entente », Revue des droits de la concurrence, n°1, 2009, p. 1.

⁽⁴⁾ Lamy doit économique, op.cit, p. 196.

وقد كان مصدر الخلاف بين كل من مجلس المنافسة والهيئات القضائية يتمثل في غياب تحديد قانوني وتنظيمي لعتبة الحساسية في القانون الداخلي، وهو ما تم سنة 2004، بموجب الأمر رقم 274-2004⁽¹⁾ الذي أضاف المادة 1-6-464 L للقانون التجاري الفرنسي التي جاءت متطابقة مع أحكام منشور 2001 في الحصاص التي تشترطها.

وترى الأستاذة Boutard-Labarde أن شرط الحساسية هو ترجمة اقتصادية لمبدأ أو قاعدة "Minimis non curat praetor" والتي تعني أن القاضي لا يجب أن يهتم بالأسباب غير المهمة، وهو ما يسمح لسلطات المنافسة بتركيز جهودهم على الاتفاقات الأكثر خطرا على المنافسة.

وتم تبرير هذا الشرط من قبل بعض الباحثين بالقول أن اتساع نطاق الحظر قد دفع إلى ضرورة إيجاد وسيلة تمكن من حصر نطاق عدم المشروعية⁽²⁾.

وفي حديثهم عن موقف المشرع الجزائري من هذه الفكرة، اعتبر بعض الباحثين أن المشرع قد أخذ بها⁽³⁾ بموجب المادة 8 من الأمر رقم 03-03 والمرسوم رقم 05-175⁽⁴⁾

والحقيقة أن هذا التحليل هو تحميل للنص لما لا يحتمل، فنص المادة 8 يتعلق بالتصريح وهو إجراء يخول للمؤسسات التي يثور لديها شك حول مدى مشروعية ممارسة ما، صلاحية اخطار مجلس المنافسة لينظر في مدى مشروعيتها قبل تنفيذها، فإذا كانت مشروعة يمنح للمؤسسات المعنية تصريحا بعدم التدخل. ولا يمكن الاستفادة من هذا الإجراء مراعاة مجلس المنافسة لأهمية تأثير الاتفاق على السوق للأسباب التالية:

⁽¹⁾ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 77.

⁽²⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 76.

⁽³⁾ من بين الباحثين الذين أعتمدوا هذا التحليل: مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 45 و 46. AREZKI Nabila, op.cit, p. 46.

⁽⁴⁾ مرسوم تنفيذي رقم 05-175، مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج ر عدد 35، صادر في 18 ماي 2005.

- أن تطبيق شرط الحساسية في القانون الأوربي والفرنسي لا ينحصر في إجراء التصريح، بل يجد تطبيقه أساسا أثناء ممارسة سلطات المنافسة لاختصاصاتها التنازعية.
 - بالإضافة إلى أن الممارسات ذات التأثير غير الهام تخرج عن دائرة الحظر، فلا حاجة إذن لطلب التصريح بشأنها.
- وبالتالي، نظرا لعدم وجود أي نص صريح يحدد عتبة الحساسية في القانون الجزائري، بالإضافة إلى خلو جميع قرارات مجلس المنافسة من الإشارة إليها، فإنه يتعذر علينا الجزم بتطبيقها، في انتظار المواقف المستقبلية للمجلس.

ثانيا: عتبة الحساسية وقانون العقود.

إن شرط الحساسية يؤكد فكرة بالغة الأهمية مفادها انه في نظام قائم على حرية التجارة والصناعة فإن الحرية التعاقدية يجب أن تظل هي القاعدة، فميزته الأساسية تتمثل في تجنب تدخل مبكر وغير ملائم في العقد من طرف سلطات المنافسة.

إن الأخذ بفكرة عتبة الحساسية يجعل من قانون المنافسة قانونا خاصا ومميزا، فلا يرخص له بالخروج عن مقتضيات الشريعة العامة إلا بشروط محددة، حيث يحتفظ بتطبيق هذه الأخيرة عندما يكون المساس بحرية المنافسة قليل الأهمية (فهي الأصل عند انعدام حكم خاص كما هو معروف في فلسفة القانون).

ومثال ذلك أن الشخص ضحية اتفاق قليل الضرر على السوق لا يمكنه أن يطالب بالتعويض إلا على أساس المادة 124 من القانون المدني، كما لا يمكن أيضا تقرير بطلان الاتفاق استنادا على المادة التاسعة من قانون المنافسة، إذ لا يكون في هذه الحالة لأحكام قانون المنافسة أية فائدة بالنظر الى أن حساسية المساس بالمنافسة كشرط للتجريم يحول دون امكانية تطبيقها.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن فكرة عتبة الحساسية تتولى تعيين مجال تطبيق كل من أحكام قانون المنافسة وأحكام قانون العقود و تساهم بذلك في زيادة الأمن القانوني للمؤسسات ذات الحصة القليلة في السوق⁽¹⁾، كما أنها تظهر في نفس الوقت الاختلاف بين هذين القانونين، فمن نتائجها التمييز والتفرقة بين درجات في مفهوم عدم المشروعية. إن مفهوم عدم المشروعية لم يظل مفهوما مطلقا، بل أدخل فيه ما يسمى بالعتبة المرخص بها وهذا الأمر يعد من حيث المبدأ غير معروف في قانون العقود، فضالة المساس بالعقد وإن كان يؤثر على أهمية الجزاء إلا أنه لا يسمح بتجنبه، إذ ينحصر أثره في الترخيص بتخفيض مبالغ التعويض أو بإحلال جزاء محل آخر⁽²⁾.

الفرع الثاني:

المشروعية ونظام الاستثناء

إن دراسة القوانين المقارنة في مجال المنافسة تبين أن الحظر الذي تخضع له الاتفاقات المقيدة للمنافسة ليس حظرا مطلقا، بل يتضمن استثناءات عديدة، حيث مكنت هذه القوانين من إعفاء بعض الاتفاقات وإضفاء المشروعية عليها رغم تأثيرها المحسوس على المنافسة⁽³⁾. وقد أراد المشرع من عدم إطلاق حظر الاتفاقات أن يأخذ بعين الاعتبار حركية وتعقد الواقع الاقتصادي التي لا تتماشى مع المبادئ والنصوص القانونية التي تنصف بالجمود والثبات.

كما أن هذه الاستثناءات خير دليل على صحة مقولة إن حرية المنافسة رغم مساهمتها في التطور الاقتصادي باتت وسيلة أكثر منها غاية، فقواعد المنافسة يجب أن تطبق بطريقة مرنة⁽⁴⁾.

(1) PFISTER Etienne, « La communication de MINIMIS : un point de vue de l'autorité de la concurrence », Revue trimestrielle de la concurrence, n° 1, 2013, pp. 1-3.

(2) فالقاضي المدني في مواجهة عدم تنفيذ العقد، يمكن أن يفضل الحكم بتعويضات للطرف المتضرر على الحكم بفسخ العقد.

(3) BUSSY Jack, Droit des affaires, 2^{ème} éd. Presses de sciences po et Dalloz, Paris, 2004, p. 409.

(4) براهيم نوال، مرجع سابق، ص 56.

وقد نصت على نظام الاستثناءات كل من المواد 09 من قانون المنافسة الجزائري، L420-4 من القانون التجاري الفرنسي والفقرة الثالثة من المادة 101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي، وتتسع دائرة الاستثناء أو تضيق حسب كل قانون وتختلف من دولة إلى أخرى تماشيا مع سياساتها الاقتصادية والأهداف التي تسطرها.

وفي هذا الإطار نصت المادة التاسعة من الأمر رقم 03-03 « لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له.

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، ولا يستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة».

إن مقارنة هذه المادة بالمادة L420-4 من التقنين التجاري الفرنسي تسفر عن بعض الفروقات بينها سواء من حيث مجال كل منها: حيث يستفاد من أحكام المادة التاسعة تشدد المشرع الجزائري في منح التراخيص لعدم نصه على استثناء القطاعات التي لها وضع خاص كالقطاع الفلاحي مثلما فعل المشرع الفرنسي. أو من حيث الشروط المتطلبة لمنح الترخيص للمساهمة في التطور الاقتصادي: والتي أسهبت المواد L420-4 من القانون التجاري الفرنسي و101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي في ذكرها خلافا للمشرع الجزائري.

وسنكتفي ببيان نقاط التقاطع بين هذه النصوص مع إيضاح الاختلافات عند التطرق لكل من الاستثناء الناتج عن نص تشريعي أو تنظيمي (أولا) والاستثناء الناتج عن المساهمة في التطور الاقتصادي والتقني (ثانيا).

أولاً: الاستثناء الناتج عن نص تشريعي أو تنظيمي.

نصت عليه الفقرة الأولى من المادة التاسعة من أمر 03-03، وهو نفس الحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة 4-L420 من التقنين التجاري الفرنسي. حيث جاء نصها كآتي:

« *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L420-1 et L420-2 les pratiques :*

1° qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application...».

بناء على هذه المواد، يمكن لأطراف الاتفاقات المحظورة تبرير مخالفتهم استناداً إلى وجود نص تشريعي أو نص تنظيمي صدر تطبيقاً لنص تشريعي.

ففي بعض الأحيان تتبنى الدولة سياسات اقتصادية واجتماعية لتحقيق أهداف معينة قد تتعارض مع سياسة دعم المنافسة الحرة وحمايتها، فيتم إزالة هذا التعارض بسن استثناءات تشريعية معينة تخص بعض القطاعات أو النشاطات وتصب في اتجاه تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾.

ونفهم من أحكام المواد المذكورة أن النص التنظيمي لا يمكن أن يتضمن استثناء على الحظر وإنما يمكنه فقط تنظيم استثناء قرره نص تشريعي، حيث خولت المواد النص التشريعي وحده إمكانية تقرير استثناء وأقصت النصوص التنظيمية على اختلاف أنواعها من ذلك.

إن إعفاء الاتفاقات - في هذه الحالة - يكون بقوة القانون دونما حاجة إلى طلب ترخيص مجلس المنافسة، على خلاف ما ذهب إليه البعض⁽²⁾، رغم أن النص واضح الدلالة غير قابل لأي تأويل.

⁽¹⁾ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 108.

⁽²⁾ براهيم نوال، مرجع سابق، ص 59.

ويجب حتى يتمكن الأطراف من تبرير سلوكاتهم والتمسك بالإعفاء- إن يسمح النص القانوني صراحة بالممارسات المعنية، بمعنى أن يكون موضوعه تقييد المنافسة⁽¹⁾.

كما يجب أن تتوفر علاقة سببية بين عرقلة المنافسة الناتجة عن الاتفاق وبين التنظيم المقيد للمنافسة كشرط أساسي للتمسك بهذا التبرير، حيث يجب أن يكون الأول نتيجة مباشرة وحتمية للثاني Une conséquence directe et inéluctable⁽²⁾.

وفي البحث عن العلاقة السببية يعتمد تفسير قانوني دقيق للنص المقرر للإعفاء يحول دون التوسع في تفسيره، لأن هذا التوسع قد ينجم عنه استيعاب ممارسات أخرى ولو كانت غير مقصودة بالنص⁽³⁾.

ثانيا: الاستثناء الناتج عن المساهمة في التقدم الاقتصادي أو التقني.

نصت على هذا الاستثناء الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون المنافسة الجزائري، وما يلاحظ هنا هو ذلك التقارب بين المواد 4-420L من القانون التجاري الفرنسي و101 من معاهدة الاتحاد الأوربي سواء في صياغتهما أو من حيث الشروط المتطلبة في كليهما، الأمر الذي يؤكد رغبة المشرع الفرنسي في تقريب فكرة الإعفاء مع نظيرتها في القانون الأوروبي.

مفاد هذا الاستثناء، الترخيص بالاتفاقات والممارسات التي تساهم في التقدم الاقتصادي، حيث يصبح معه الاتفاق المقيد للمنافسة مبررا ويُزال عنه الطابع المناهض للمنافسة نظرا لما يحققه من آثار ايجابية على الاقتصاد⁽⁴⁾. ان هذا الاستثناء - حسب البعض- أداة من أدوات السياسة الاقتصادية تسمح بتوضيحية وقتية بالغاية التنافسية في سبيل الوصول إلى الفعالية الاقتصادية.

⁽¹⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص144.

⁽²⁾ مرجع نفسه.

⁽³⁾ مرجع نفسه.

⁽⁴⁾ ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, éd. BERTI, Alger, 2006, p. 91.

وبالنسبة للشروط اللازم توافرها حتى يمكن الاحتجاج بالتطور الاقتصادي، فقد أحصاها القانون الفرنسي والقانون الأوروبي في:

- أن تكون محاسن أو فوائد الاتفاق تفوق مساوئه: فلمعرفة ما إذا كان الاتفاق يساهم في التطور الاقتصادي، لابد من إجراء حصىلة اقتصادية « Un bilan économique » تبين محاسنه ومساوئه، ولا يتقرر الاعفاء إلا اذا كان الاتفاق محل الدراسة الاقتصادية يحتوي على فوائد مؤكدة تفوق الآثار السلبية الناتجة عنه: كتحصين الإنتاج وتحسين تصريفه، زيادة الصادرات، إدخال تقنيات جديدة تساهم في التقدم، خلق فرص عمل، تحسين مستوى المعيشة... الخ.

- استفادة المستعملين النهائيين أو المستهلكين من الاتفاق: لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط، ومفاده ضرورة أن يضمن الاتفاق المقيد للمنافسة للمستهلكين جزء عادلا من الفوائد التي يحققها⁽¹⁾. (خفض الأسعار، تحسين الخدمات المقدمة، تقديم خدمات جديدة... الخ).

- ضرورة تقييد الاتفاق للمنافسة: أي يجب أن يثبت أن تحقيق التقدم المنشود لا يمكن أن يتم إلا بتقييد المنافسة لانعدام أي سبيل آخر يؤدي إلى نفس النتيجة⁽²⁾.

- أن لا يؤدي الاتفاق إلى القضاء على المنافسة نهائيا: فالتقدم الاقتصادي، إن كان يبرر تقييد المنافسة إلا انه لا يجب أن يصل إلى حد القضاء عليها كلية، حتى ولو كانت الحصىلة الاقتصادية ايجابية⁽³⁾.

وعلى عكس الاستثناء السابق، يقع على عاتق أطراف الاتفاق عبء إثبات أن هذا الأخير يضمن فوائد اقتصادية كافية لتعويض ما أحدثه من أضرار على المنافسة، ذلك أن

⁽¹⁾ BUSSY Jack, op.cit, p. 408.

⁽²⁾ Ibid., p. 409

⁽³⁾ Ibidem.

الاستفادة من الترخيص لا يتم بمجرد توفر شروطه (بقوة القانون) بل يجب الحصول على قرار بذلك من مجلس المنافسة⁽¹⁾.

إن مبدأ الإعفاء أو الترخيص لا يصطدم مع المنطق القانوني في وجوده بالنظر إلى أن فروع القانون - بالأخص القانوني المدني- تنص على آليات تسمح بإضفاء المشروعية على أعمال لا تعد كذلك من حيث المبدأ، كأمر القانون، حالة الضرورة، القوة القاهرة... الخ، وبالتالي فإن هذه الطريقة مألوفة في القانونين (قانون المنافسة وقانون العقود)، لكنه من جانب آخر يمس بالأمن القانوني بالنظر إلى أن مناط تقرير الاستثناء هو تحليل اقتصادي قائم على فكرة التطور التي تعد فكرة غير دقيقة ونسبية ومتغيرة بتغير الواقع الاقتصادي والسياسات المتبعة⁽²⁾.

وعليه فإن أساس التدخل القضائي في النظرية العامة للعقد هو المساس بالعقد سواء في أركانه أو في تنفيذه، ويختلف الأمر عن ذلك في قانون الاتفاقات المحظورة، إذ أصبح من التقليدي القول أن هدف هذا القانون هو حماية المنافسة وليس المتنافسين⁽³⁾.

ويؤكد هذه الحقيقة عرضنا المختصر للمقصود بمشروعية الاتفاق في قانون المنافسة الذي كشف عن تميزها بخصوصيات بالغة الأهمية تؤثر لا محال على قانون العقود نظرا لانطواء مفهومها على مصطلحات اقتصادية غير مألوفة في لغة القانون.

فعلى خلاف قانون العقود، فإن مشروعية الاتفاق تدرس في إطار معين غير محدد سلفا يسمى السوق المرجعية، تنفرد سلطات المنافسة بتحديدته باعتماد معايير تكتسي طابع النسبية.

كما أن المؤسسة كفاعل رئيسي، لا تشكل هي الأخرى مفهوما قانونيا حقيقيا والدليل على ذلك أن سلطات المنافسة لا تقيم اعتبارا لصفة الشخص القانوني المستغل للمؤسسة

⁽¹⁾ ZOUAIMIA Rachid, op.cit, p. 91.

⁽²⁾ PRIETO Catherine, op.cit, p. 302.

⁽³⁾ AREZKI Nabila, op.cit, p. 41.

المنسوب لها الممارسات المعنية بالحظر، الأمر الذي يمكن من انتقال المسؤولية من شخص قانوني إلى آخر بانتقال عناصر المؤسسة التي تسببت في ارتكاب المخالفة.

ومن بين أهم مميزات مفهوم المشروعية كذلك، عدم اشتراط إثبات وجود نية تقييد المنافسة لدى المؤسسات أطراف الاتفاق، حيث تتضاءل قيمة "النية" بالمقارنة مع قانون العقود، فقد يكون المساس بالمنافسة بقصد أو بدون قصد وتقع الإدانة في الحالتين.

أما في جانب تقدير المشروعية، فإن النتائج التي يترتبها قانون المنافسة في هذا المجال تعد قليلة التطابق مع المنطق القانوني بسبب نسبية فكرة تقييد المنافسة، ففكرة حرية المنافسة لا تشكل نموذج مجردا بل بالأحرى حالة تقدر عمليا وواقعا من قبل سلطات المنافسة، وكل ذلك أفضى إلى تأثير جوهري على قانون العقود، ذلك أن نفس العقد قد يكون غير مشروع أو صحيحا بالنظر إلى السياق الاقتصادي الذي أبرم فيه.

الفصل الثاني

مكانة الإرادة في الاتفاق المحظور

تعتبر الإرادة الركييزة الأساسية في تكوين العقد، فلا بد لإبرامه من وجود إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، وأن يتلقى التعبير عنها من أحد المتعاقدين مع التعبير الصادر عن إرادة المتعاقد الآخر وأن يتطابق معه، فإذا كان هذا التلاقي باتا انعقد العقد⁽¹⁾.

والاتفاق Entente في قانون المنافسة، شأنه في ذلك شأن العقد، هو ثمرة تراض بين أطرافه، فكما لا يتصور وجود عقد دون إرادة في التعاقد، فإنه لا يمكن الحديث عن اتفاق بمفهوم قانون المنافسة دون إرادة في التفاهم، حيث تعتبر من الشروط الأساسية التي تقوم عليها إدانة أطرافه.

إن هذا الدور الجوهرى الذي تضطلع به الإرادة في كل من قانون المنافسة وقانون العقود يبرز العلاقة بين كل من الاتفاق المحظور والعقد، فالتراضي حسب الفقه يميز الاتفاق ويشترط مهما كان شكله القانونى (اتفاق، عمل مدبر، قرار جمعية مؤسسات... إلخ)، كما أن سلطات المنافسة أكدت في العديد من المناسبات أن الاتفاقات بمختلف أنواعها تفترض تطابق إرادات بين أشخاص طبيعية أو معنوية متميزة من الناحية القانونية والاقتصادية⁽²⁾.

إن للفظ التراضي في قانون العقود معنى مزدوج، تشير في نفس الوقت إلى التعبير عن إرادة كل طرف من أطراف العقد والى توافق إراداتهم، ذلك أن العقد لا ينشأ عن تماثل إرادتين تكون كل واحدة منهما ملزمة انفراديا (عمل ملزم لجانب واحد) لكنه ينشأ عن التقاء إرادتين أو أكثر يخلق إرادة جديدة تعبر عن تحقيق مهمة مشتركة تمثل محل العقد.

وتبعاً لذلك، فإن دراسة التراضي في الاتفاق المحظور تستدعي البحث في إرادة كل طرف فيه (المبحث الأول) ثم في الإرادة المشتركة لأطرافه (المبحث الثاني)، مع إبراز نقاط الانسجام و الاختلاف في هذا الموضوع مع قانون العقود.

(1) توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 76.

(2) كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسى)، مرجع سابق، ص

المبحث الأول:

إرادة كل طرف في الاتفاق المحظور

تعد الإرادة ركنا أساسيا لأي تصرف قانوني، فلا يصح التصرف بدونها، حيث يجب أن تكون هناك إرادة لدى كل من يشترك في الاتفاق، فإذا انعدمت لأي سبب من الأسباب انعدم ركن الرضى وبالتالي لا ينعقد العقد، إذ لا يتعاقد من لا يريد. هذا هو المبدأ العام خاصة في ظل المذهب الفردي الذي يرى في الإرادة المصدر الجوهرى للالتزام. إلا أن هذه الحقائق والمسلمات ليس من شأنها أن تنفي تميز فكرة الإرادة ببعض الخصوصيات في موضوع الاتفاقات المحظورة، سواء من حيث مفهومها (المطلب الأول) أو من ناحية إثباتها وكيفية الكشف عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

خصوصية فكرة الإرادة في الاتفاقات المحظورة

إن للإرادة نفس الدور في كل من قانون العقود وقانون المنافسة باعتبارها أساس كل من العقد Contrat والاتفاق Entente، وهي كافية لوحدها لإنشاء تصرف أو التزام بوجه عام، إلا أنه يوجد اختلاف بين كلا الفرعين القانونيين في شروط وجودها (الفرع الأول)، كما يلاحظ تقليلا من شأنها مقارنة بما هو عليه الأمر في قانون العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

وجود إرادة مستقلة في الاتفاقات المحظورة

تكشف دراسات فلسفة القانون أن قوة الإرادة عند البعض مصدرها القانون و عند البعض الأخر مستقلة تكفي بذاتها لترتيب التزامات، إن هذا الجدل الفقهي أقل بحثا ونقاشا في مجال

الاتفاقات المحظورة، فالفقهاء يجمعون على اعتبار الاتفاق المحظور ظاهرة إرادية (أولاً) ويشترطون - خلافاً لقانون العقود - أن تكون الإرادة في الاتفاق مستقلة (ثانياً).

أولاً: وجود الإرادة في الاتفاق المحظور.

المقصود بوجود الإرادة، هو صدورها عن شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون بنية إحداث أثر قانوني معين، فإذا كان الشخص قادراً على أن يرضى حري البحث عن أمر آخر هو توافر النية لدى هذا الشخص في ترتيب أثر قانوني⁽¹⁾.

إن قانون المنافسة يعتد بالإرادة بمعناها المدني المذكور كشرط أساسي للحظر (1) والحقيقة أن التدابير القمعية وأهميتها في التأثير على من توقع عليه هي التي تبرر الحرص على وجودها (2).

1- وجود الإرادة شرط أساسي لحظر الاتفاقات.

إن للاتفاق المحظور مفهوماً موضوعياً "notion objective"، وينجر عن ذلك أن سعي أطرافه لتحقيق هدف مناف للمنافسة لا يعد شرطاً للحظر - كما رأينا سابقاً - لكن الاتفاق نفسه موضوع الحظر والذي يعتبر تطابقاً لإرادات مستقلة concours de volonté autonomes يظل مفهوماً شخصياً⁽²⁾.

فجميع أشكال الاتفاقات المحظورة تتطلب وتستلزم وجود ركن الإرادة، وبالنتيجة فإن الإرادة تشكل بلا ريب أساس الاتفاق المحظور والمحدد لما يترتب عنه من آثار⁽³⁾.

وبذلك فإن الجزاء المقرر في قانون المنافسة للاتفاق المناف للمنافسة لا يلحق المؤسسات إلا بالنسبة لسلوكاتها المتبناة إرادياً، فلا يكفي لتوقيع الجزاء معاقبة سلوك ما في

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 58.

(2) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 120.

(3) Ibid., p. 121.

السوق لأن هذا السلوك قد يكون غير متوقع أو لا دخل لإرادة المؤسسات فيه، أو مفروض عليها من بنية السوق الذي تنشط فيه، كما هو الشأن بالنسبة للفرضية المتعلقة بسوق احتكار القلة Le marché Oligopolistique⁽¹⁾.

إن السوق في مثل هذه الحالة تتميز بوجود عدد محدود من العارضين يمارسون نشاطهم في ظروف وشروط متماثلة، والتحليل الاقتصادي لها يظهر تبعية المؤسسات لبعضها البعض مما يحد من قدرتهم التنافسية، فبسبب عددهم القليل والمحدود فإن كل مؤسسة تتمكن من توقع أفعال وردود أفعال منافسيها وتتخذ إستراتيجيتها التجارية على ضوءها واستجابة لها⁽²⁾.

ومثال هذه الحالة، إذا قررت المؤسسة "أ" تخفيض أسعارها، فإن المؤسسة "ب" تكون مجبرة على اتخاذ نفس السلوك حتى لا تفقد زبائنها، كما أنه من الممكن أن تقوم المؤسسة "ب" بعد ذلك بتعزيز ظاهرة تخفيض الأسعار، وبالتالي فإن كل مؤسسة تورط نفسها في حرب أسعار.

وبالنظر لمخاطر هذه السياسة فإن كل مؤسسة ستبحث عن تجنبها وإتباع سياسة أخرى لزيادة أرباحها المحققة، وذلك بأن تتصرف كل واحدة منها وكأنها توجد في وضعية احتكارية. فعقلانية المؤسسات الاقتصادية في هذا النوع من الأسواق تدفعهم إلى انتهاج استراتيجيات متماثلة في الأسعار تحفز على ارتفاعها بدل انخفاضها.

إن تركيبة السوق هي التي تبرر هذه الظاهرة وليس الاتفاق المحظور، وبالتالي لا يمكن قمع هذه المؤسسات لمجرد تبنيها لسلوكات متوازية، وكل موقف مغاير لذلك يؤدي إلى تحكم مباشر في تركيز السوق Un control direct de la concentration des marché الأمر الذي لم يقرره قانون المنافسة⁽³⁾.

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 121.

(2) BENSEBAA Faouzi, « La dynamique concurrentielle : défis analytiques et méthodologiques », finance contrôle stratégie – Vol. 6, n°1, Mars 2003, p. 6.

(3) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 122.

2- تبرير أهمية وجود الإرادة في الاتفاق المحظور.

لا يكفي أن توجد الإرادة وإنما يتعين أن يقدم الشخص على الاتفاق مدركاً لأهمية ما أقدم عليه وأن يلتزم بمقتضاه، فإذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، أي إذا لم يقصد الشخص أن تشترك إرادته في إنشاء اتفاق يلتزم بمقتضاه، فلا تتوفر الإرادة المنشئة للعقد⁽¹⁾.

إن للإرادة نفس الدور والأهمية في قانون الممارسات المنافسة للمنافسة، فحتى يمكن إدانة المؤسسات، يجب أن تختار هذه الأخيرة أن تتفق، وأن تتخلى بالتالي عن استقلاليتها القرارية أو السلوكية⁽²⁾.

وكتبرير لشرط وجود الإرادة في قانون المنافسة، يمكن القول أن اعتبارات المنطق والعدالة تستلزم التحقق من أن اختلال السوق هو نتيجة عملية إرادية processus volontaire.

فهذا المطلب منطقي أولاً، لأن تسليط العقوبات على مؤسسات لمجرد وجود اختلال في السوق يؤدي لا محالة إلى هدم نظام الأوامر الذي يعتبر من أهم صلاحيات سلطات المنافسة والذي من خلاله تلزم المؤسسات المخالفة بالكف عن ممارسة معينة أو بالقيام بسلوك معين، إذ لا يكون لمثل هذه الأوامر أي معنا وتصبح مفرغة من أية قيمة عندما يكون الاختلال في السوق منفصل عن إرادة المؤسسات موضوع الأمر، ولم يكن لها أية سيطرة عليه⁽³⁾.

ففي فرضية توازي سلوكات المؤسسات في سوق احتكار القلة « oligopolistique ou duopolistique » فإن الأمر بعدم الإتيان بسلوك مماثل أو فرض سلوك مغاير على المؤسسات يعكس إنكاراً لواقع وحقيقة احتكار القلة وإدانة للعقلانية الاقتصادية للمؤسسات.

(1) توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 79.

(2) AREZKI Nabila, op.cit, p. 58.

(3) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, pp. 121-122.

يضاف إلى عدم منطقية الجزاء، عدم عدالته عندما توقع على المؤسسات غرامات مالية دون التأكد من نسبة الاختلال إليها وصدوره عن إرادتها⁽¹⁾. خاصة وأن هذه الغرامات تمثل مبالغ مهمة، تقدر في القانون الجزائري ب 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق خلال آخر سنة مالية مختتمة⁽²⁾.

من هنا نفهم ضرورة البحث عن الإرادة في الاتفاق وإقامة الدليل عليها، فكلما كان الدور المنوط بالإرادة منتقضا ومهمشا والدليل عليها غير مأخوذ بعين الاعتبار ومدروس بخفة ودون عناية كافية، كلما تحملت المؤسسات ثقل وأعباء العقوبات غير المبررة.

ثانيا: استقلالية الإرادة في الاتفاق المحظور.

إن مصطلح اتفاق يفترض بداهة أن يكون هناك تعددا في أطرافه، وحتى يمكن القول بالتعدد، تشترط سلطات المنافسة أن تكون هذه الأطراف مستقلة عن بعضها البعض⁽³⁾.

إن فكرة الاستقلالية ليست غريبة عن قانون العقود، وإن كان يعطي لها مفهوما مختلفا عن مفهومها في قانون المنافسة، وبالتالي يظهر من المهم أن نقف حينا على فكرة استقلالية الإرادة في كلا القانونين (1) لنبين بعد ذلك تطبيقاتها في قانون المنافسة (2).

1- مصطلح الإرادة المستقلة بين قانون المنافسة وقانون العقود.

إن مصطلح الإرادة المستقلة « La volonté autonome » في قانون العقود تعبر عن مبدأ سلطان الإرادة « Le principe de l'autonomie de volonté ».

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 125.

(2) أنظر المادة 56 من الأمر رقم 03-03، مرجع سابق.

(3) مختور دليلة، مرجع سابق، ص 17.

وقد كان هذا المبدأ موضع جدل فقهي بظهور المذهب الاشتراكي وتطبيقاته المتعددة مما استتبع الحد منه، إلا أن هذه الاتجاهات الاجتماعية لم تتل منه، إذ ظل قائما بصفة خاصة في المجال التعاقدى مع الحد من إطلاقه⁽¹⁾.

ويتمحور معناه في أن الفرد- أمام إرادة المشرع- أهل في أن يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد كان له أن يحدد مضمون العقد وآثاره طبقا لما يريد، فإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين لا يجوز المساس به إلا باتفاق الطرفين⁽²⁾.

وبذلك فإن الإرادة في المجال المدني إما أن تكون موجودة وبالتالي مستقلة إلى حد ما في إنشاء التصرفات القانونية وتحديد مضمونها وآثارها، وإما أن تكون منعدمة لأي سبب من الأسباب المقررة (صغر السن، الجنون، الإكراه المادي) فلا يعتد بالتعبير الصادر عن الشخص⁽³⁾.

أما في قانون المنافسة فإن لفكرة استقلالية الإرادة مفهوما ببراغماتيا، تغيب عنها كل دلالة أو تفسير فلسفي أو أخلاقي؛ فهي ليست بنظرية، وإنما بالأحرى تبريرا وشرطا لتطبيق قاعدة قمعية على مؤسسات اقتصادية، إذ يجب حسبها أن « تتمتع كل مؤسسة بقدر كاف من الاستقلال إزاء بعضها البعض من خلال إتباع كل واحدة منها لسياسة خاصة ومستقلة في السوق »⁽⁴⁾.

فمبدأ حرية المنافسة يتطلب أن تحدد مختلف المؤسسات سياستها المتبعة في السوق بصفة مستقلة، وبما أن غاية الاتفاق هي بالأخص المساس باستقلالية المؤسسة، فإن حظره يشترط أن نكون بصدد أعوان اقتصاديين مستقلين في سلطتهم القرارية.

(1) توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 40.

(2) MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, op.cit, p. 4.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 43.

(4) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 100.

وعلى هذا الأساس فإن الكشف عن توافق إرادات بين مؤسسات معينة غير كاف لاعتباره اتفاقاً إذا كانت هذه المؤسسات مجردة من استقلالية اقتصادية حقيقية⁽¹⁾.

وبالنتيجة لكل ما سبق فإن المؤسسات التي تعتبر أهلاً للتعاقد في نظر القانون المدني، يمكن أن تعتبر غير مستقلة في قانون المنافسة، وبهذا المعنى فليس كل عقد بمفهومه المدني اتفاقاً معترف به في قانون المنافسة، وهو الحال - بالخصوص - بالنسبة للاتفاقات التي يكون أطرافها فروع شركات Des filiales⁽²⁾.

2- تطبيقات شرط استقلالية الإرادة في قانون المنافسة.

يستوجب قانون المنافسة - كما أشرنا - أن تتمتع المؤسسات أطراف الاتفاق المحظور بقدر كاف من الاستقلال إزاء بعضهم البعض وذلك من خلال إتباع كل واحدة منهم لسياسة خاصة ومستقلة في السوق، لذلك فإنه للقول بوجود اتفاق محظور لا بد من البحث في مسألة مدى تمتع العون الاقتصادي بالاستقلالية إزاء العون الذي اتفق معه، وتبرز هذه المشكلة في حالة العلاقة القائمة بين مؤسسات تنتمي إلى نفس المجموعة « Les entreprises appartenants a un meme groupe », من خلال العلاقات بين الشركة الأم والشركة التابعة لها أو بين الشركات التابعة لنفس الشركة الأم.

وتجدر الإشارة إلى أن التبعية « La dependance » التي نحن بصدد ذات مصدر اقتصادي، فمن الناحية القانونية تعتبر هذه المؤسسات منفصلة و متميزة عن بعضها البعض لتمتع كل واحدة منها بالشخصية القانونية.

وبما أن شرط الاستقلالية هو شرط ناتج عن تطبيق سلطات المنافسة ومصدره أعمال وقرارات هذه الأخيرة، سنتعرض لتطوره على المستوى الأوروبي والفرنسي.

(1) CABANES Christophe, NEVEU Benoit, op.cit. p. 35.

(2) PICARD Marie, « Concurrence », repertoire contentieux administratif, Dalloz, 2005, p. 5.

على مستوى القانون الأوربي، اعتبرت اللجنة الأوروبية بتاريخ 30 جوان 1970 أن السلطة الممارسة من طرف الشركة الأم على فرعها تحول دون إمكانية النظر إلى هذا الفرع « **ككيان اقتصادي يستطيع الدخول في منافسة مع الشركة الأم** ». وبالتالي فإن التبرير المعتمد من اللجنة في تأسيس قرارها هو انعدام تقييد المنافسة « **Absence d'entrave à la concurrence** »⁽¹⁾.

إلا أن اللجنة الأوروبية تخلت عن هذا التحليل، وأسست قرارها في قضايا لاحقة على تبعية الفرع للشركة الأم، حيث اعتبرت في قضية KODAK مثلا أن الشركة الفرع لم تقم إلا بتنفيذ تعليمات الشركة الأم، ولا يمكن و الحال كذلك أن ينشأ بينهما تطابق إرادات⁽²⁾.

أما بالنسبة لمحكمة العدل الأوروبية فقد استقرت قراراتها على تطلب استقلالية المؤسسات كذلك، حيث تشترط لعدم تطبيق المادة 85 على الاتفاقات التي تنشأ ضمن مجموعة اقتصادية « **أن تشكل المؤسسات وحدة اقتصادية لا تتمتع فيها الفروع بأية استقلالية حقيقية في تحديد خطة عملها في السوق وأن يكون هدف الاتفاقات هو تقسيم المهام بينها** »⁽³⁾.

وقد تم تطبيق هذا الشرط بطريقة مماثلة في القانون الفرنسي منذ سبعينيات القرن الماضي (لجنة المنافسة الفرنسية)، واستقرت قرارات مجلس المنافسة الفرنسي ومحكمة استئناف باريس على اعتبار سلوكات الفروع التي لا تتمتع بأية استقلالية تجارية ومالية نحو الشركة الأم تخرج من دائرة الحظر، ومثال ذلك قرار مجلس المنافسة في قضية الأدوية الجنيسة « **Medicaments génériques** » سنة 1987، حيث تم رفع شكوى ضد شركة

⁽¹⁾ Décision CCE, n° IV/22548, du juin 1969, relative a une demande d'attestation négative JOCE, n° L165, du 05 juillet 1969, pp. 12-14.

⁽²⁾ **Point 11 et point 10**, Décision CCE, n° IV/24055, du 30 juin 1970, relative a une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, JOCE, n° L147 du 07 juillet 1970, pp. 24-27.

⁽³⁾ «... au conditions que les entreprises forment une unité économique a l'intérieurs de laquelle la filiale ne jouit d'aucune autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marche et que ces accords ou pratiques aient pour but d'établir une répartition des taches entre les entreprises...» In, CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 129.

SANOFI لقيامها بعرقلة تطوير الأدوية الجنيسة من طرف شركة تابعة لها (Laboratoire Français des produits génériques)، وقد اعتبر المجلس أن الممارسات المختلفة للشركة SANOFI لا تخضع للحظر المتعلق بالاتفاقات المنافسة للمنافسة بسبب الرقابة الشديدة الممارسة من طرفها على الشركة التابعة لها⁽¹⁾.

إن تتبع مواقف سلطات المنافسة يفضي إلى القول أن المشاورات التي تجري بين شركات تابعة لنفس التجمع تخرج من حيث المبدأ من نطاق تطبيق المواد المتعلقة بالاتفاقات المحظورة⁽²⁾ (المادة 1-420 من القانون التجاري الفرنسي، المادة 6 من قانون المنافسة الجزائري والمادة 101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي)، إذا كانت هذه الشركات غير متمتعة باستقلالية التسيير وبالحرية التجارية، حتى ولو كانت مستقلة قانونيا بتمتعها بالشخصية القانونية، إذ يظهر من هذه المواقف تغليب الجانب الاقتصادي على الجانب القانوني.

لكن إذا ثبت أن لشركات نفس المجموعة إرادة خاصة بها من الناحية التجارية والتقنية فإن الأحكام الخاصة بالحظر تطبق على ما أبرمته من اتفاقات⁽³⁾.

الفرع الثاني:

مدى الاعتداد بسلامة إرادة أطراف الاتفاق المحظور

يقصد بسلامة الإرادة خلوها من العيوب التي يمكن أن تلحقها، كالغلط والتدليس والإكراه. فلا يكفي في قانون العقود توافر التراضي كي ينعقد العقد صحيحا، بل يلزم ان تكون إرادة كل طرف فيه سليمة خالية مما يعيبها⁽⁴⁾، ويتحقق ذلك إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد على بينة

⁽¹⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 101.

⁽²⁾ FRISON- ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie- Stéphane, op.cit, pp. 574-580.

⁽³⁾ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 101.

⁽⁴⁾ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2005، ص 56.

من أمره ويتمتع بحرية كاملة في الإقدام على العقد، بأن تكون إرادته مستتيرة بكل ظروف التصرف الذي تشارك في إتمامه، غير مدفوعة إلى ذلك بضغط غير مشروع⁽¹⁾.

تعتبر نظرية عيوب الإرادة صدى لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أن الإرادة- كركن في التصرف القانوني- يجب أن تكون بريئة من كل عيب يمكن أن يشوبها حتى يتوافر لها سلطانها الكامل في هذا المجال⁽²⁾.

ولا يقتصر دور هذه النظرية على حماية المتعاقد الذي تعيبت إرادته، بل تقوم أيضا على فلسفة الحرص على استقرار المعاملات من خلال مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر⁽³⁾.

إن الطابع الإرادي للاتفاق المحظور وتطلب توافق إرادات يدفع بنا إلى التساؤل عن مدى اعتداد سلطات المنافسة بالعيوب التي يمكن أن تلحق إرادة المؤسسات أطراف الاتفاق؟ وبعبارة أخرى هل تطبق نظرية عيوب الإرادة في مجال الاتفاقات المحظورة؟.

بدراسة بعض القرارات الصادرة في هذا الشأن تبين أنها تقتصر على الإكراه الذي يأخذ معنا واسع، إذ قد يكون اقتصاديا.

لذلك سنقوم بدراسة موقف سلطات المنافسة الأوروبية والفرنسية من الإكراه، لنقيس عليه مدى إمكانية الأخذ بالعيوب الأخرى.

أولا: موقف سلطات المنافسة من الإكراه الاقتصادي.

من بين العيوب المقررة في القانون المدني نجد الإكراه « La violence » الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 88 من القانون المدني ، ويقصد به تلك الضغوطات المباشرة

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 150.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 97.

(3) MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, op.cit, p.9.

على إرادة شخص ما بهدف دفعه إلى التعبير عن رضاه⁽¹⁾، أو هو ضغط يتعرض له العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفاً يحمله على التعاقد⁽²⁾.

ووسيلة الإكراه هي التهديد غير المشروع بخطر حال ومصدق يتمثل في إيقاع ضرر قد ينصب على نفس أو جسم أو شرف المكره أو أحد أقاربه⁽³⁾.

كما قد يتمثل في التهديد بالمساس بمصالح الشخص المالية والاقتصادية، كإتلاف أمواله أو مقاطعته ومنع الآخرين من التعامل معه⁽⁴⁾، وهذا هو النوع الأكثر شيوعاً في موضوع الاتفاقات المحظورة.

والملاحظ أن بعض المؤسسات تدعي في بعض الحالات أنها لم تنظم الاتفاقات إلا تحت سلطان الإكراه وتحتج بهذا العيب ليس بهدف إبطال الاتفاق فقط، وإنما أيضاً بهدف التملص من الإدانة، إلا أن سلطات المنافسة تظهر في غاية التحفظ أمام قبول الإكراه الذي تختلف نتائجه عن تلك المعروفة في قانون العقود.

ففي قرار صادر في قضية BMW Belgium بتاريخ 12 جويلية 1979، عن محكمة العدل الأوروبية، لم تظهر هذه الأخيرة رافضة لفكرة التبعية الاقتصادية كمصدر للإكراه.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن BMW Belgium التي تمثل فرعاً لشركة BMW Munich، قامت بتنظيم شبكة توزيع انتقائية تتميز بمنع أصحاب الامتياز من بيع منتجات BMW لبائعين غير معتمدين، وعندما لم يتم احترام هذا المنع طلبت BMW Munich من فرعها التدخل لإيجاد حل، فقام هذا الأخير بإرسال منشور لأصحاب الامتياز أكد فيه على ضرورة احترام التزاماتهم التعاقدية.

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 177.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 155.

(3) مرجع نفسه، ص 120.

(4) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 179.

وقد نتج عن ذلك متابعة العديد من أصحاب الامتياز الذين وقعوا على هذا المنشور مع الفرع BMW Belgium، فدفعوا بأنهم لم يأتوا هذا الفعل إلا تحت سلطان الإكراه الناتج عن تبعيتهم الاقتصادية، إلا أن هذا الدفع لم يكن موضع قبول من طرف اللجنة الأوروبية التي اعتبرت أن وجود تبعية اقتصادية ظاهرة تشترك فيها كل اتفاقات التوزيع الحصري⁽¹⁾.

مخطرة بهذا القرار (أي قرار اللجنة الأوروبية)، تبنت محكمة العدل الأوروبية وجهة نظر ظرفية، فاعتبرت « أن رابطة التبعية الاقتصادية ليس من شأنها التحكم في حرية المبادرة واتخاذ القرار لأصحاب الامتياز، ولا تحول دون إمكانية رفض الموافقة على الاتفاق الذي عرض عليهم، بالنظر إلى العدد المعتبر من أصحاب الامتياز الذين امتنعوا عن ذلك »⁽²⁾.

فمحكمة العدل الأوروبية رفضت الدفع بالإكراه الاقتصادي بالنظر إلى أنه كان من الممكن لأصحاب الامتياز دفع الضغوطات الممارسة عليهم، مستندة في تقدير وطأة التهديد على معيار موضوعي « In abstracto » أو معيار الشخص العادي، حيث بررت قرارها بالإشارة إلى عدد أصحاب الامتياز الذين امتنعوا عن تطبيق المنشور، وبمفهوم المخالفة فإذا كان ثابتاً أن جميع أصحاب الامتياز قد كانوا متواجدين في نفس وضعية الخضوع الاقتصادي وقاموا بتوقيع المنشور محل النزاع، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى قبول الإكراه.

وكل ذلك خلافاً لما هو مقرر في القانون المدني، الذي يجعل من المعيار الشخصي أو الذاتي « In concreto » الفيصل في تقدير تأثير الإكراه على الشخص من عدمه⁽³⁾، فالمرجع في تقدير جسامة الخطر هو نفسية المكره، يراعى فيها جنسه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف والملابسات الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه⁽⁴⁾.

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 133.

(2) Ibidem.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 118.

(4) أنظر الفقرة 03 من المادة 28، أمر رقم 75-58، معدل ومتمم، مرجع سابق.

إن الإكراه الاقتصادي كعيب يلحق الإرادة لم يلق قبولا لدى سلطات المنافسة الأوروبية كمانع من المسؤولية، وهي خلاصة مماثلة لتلك التي ستوصل إليها بشأن القانون الفرنسي.

ففي قضية Carburant corse، ادعت إحدى الشركات المدانة (Société ESSO) أنها كانت ضحية إكراه حتى تتوصل إلى نفي مشاركتها في اتفاق يتعلق بتحديد الأسعار، إلا أن مجلس المنافسة الفرنسي رفض هذا الإدعاء بالقول أن « الضغوطات المدعى بها من طرف الشركة لم تصل إلى درجة تقعدها عن تحديد أسعارها بحرية»⁽¹⁾.

وقد عمد المجلس إلى ضبط اجتهاده أكثر في قضية COMAREG سنة 1990، حيث صرح أنه « على خلاف ما ادعت الشركة فإن التهديد بالمقاطعة Boycottage لم يكن لا يرد ولا يقاوم بالنظر إلى الحصة الضئيلة نسبيا التي تمثلها إعلانات أصحاب حق الامتياز في رقم أعمال الشركة الناشرة، وبالتالي فلا تعفى هذه الشركة من تبعات مشاركتها في الاتفاق»⁽²⁾.

إن تفسير هذا القرار بمفهوم المخالفة « a contrario »، يمكن من القول أن الإكراه الاقتصادي لا يستبعد كمبدأ، وبالتالي فإن التهديد بالمقاطعة إذا كان من غير الممكن مقاومته، يمكن أن يعتبر سببا للإعفاء من العقاب دون أن يرتب نتائجه المدنية المعروفة (بطلان العقد)⁽³⁾.

وتظل الحالة الوحيدة التي اعتد فيها بالإكراه صراحة، تلك التي أقرتها محكمة استئناف باريس والمتعلقة بالإكراه المادي (تهديد بسلاح) حيث عدلت القرار الصادر عن مجلس المنافسة في قضية Carburant corse وألغت الغرامات المقررة على شركة "ESSO"⁽⁴⁾.

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 134.

(2) Ibidem.

(3) Ibidem.

(4) MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit interne de la concurrence, Armand colin, Paris, 1996, p.167.

إن مجمل هذه القرارات تكشف على أن الأثر الوحيد للإكراه سواء كان اقتصاديا أو ماديا يتمثل في التخفيف من مقدار الغرامات المحكوم بها (قضية BMW) أو الإعفاء من العقوبة (قضية ODonicia و Carburant corse)، فالإكراه الذي يلحق إرادة طرف من أطراف الاتفاق المحظور لا يشكل عائقا أمام تجريم هذا الاتفاق، ولكنه يعد مانعا من العقاب أو ظرفا مخففا بالنسبة للمؤسسات التي لحق إرادتها⁽¹⁾.

إن مقارنة هذه القرارات المتعددة مع أحكام نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني يكشف عن تعارض واختلاف في نتائجها، فإما أن تكون الإرادة ثابتة وبالتالي يكون من المنطقي إدانة كل أطراف الاتفاق، وإما تتعدم الإرادة بفعل الضغوطات الممارسة، فيكون الاتفاق باطلا ولا تعاقب بالتالي أية مؤسسة تكون طرفا فيه.

إن الاتجاه المستتب من مواقف سلطات المنافسة يكشف عن الطابع المصطنع لأساس تدخلها، فعندما تريد وضع حد لاختلال في السوق تعلن عن وجود إرادة في حين أنه لا يوجد إلا تبعية طرف لآخر، وهذا ما يدفعنا إلى القول أن مطلب وجود الإرادة في بعض الحالات هو مطلب شكلي.

ثانيا: الاعتداد بعيوب الإرادة بالنظر إلى الموقف من الإكراه الاقتصادي.

على ضوء القرارات السابقة، يتبين أنه يشترط للاعتداد بالإكراه أن تكون الضغوطات المحتملة التي تتعرض لها المؤسسة على درجة كبيرة من الخطورة ولا يمكن دفعها، وإذا ما تم الاعتداد به، فإن أثره ينحصر في العقوبات الموقعة فقط دون أن يؤثر على مسؤولية المؤسسة المكرهة.

⁽¹⁾ وذلك عكس ما هو مقرر في القانون الجنائي، حيث يعتبر الإكراه مانعا من المسؤولية وليس مانعا من العقاب (عذر معفي من العقاب)، أنظر في الفرق بين الاصطلاحين: بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، 2003، ص ص 236-239.

وقد استند بعض الباحثين على القرارات السابقة للقول بإمكانية إعمال نظرية عيوب الإرادة في موضوع الاتفاقات المحظورة⁽¹⁾، مع إغفال شروط ومجال الاعتداد بالإكراه من طرف سلطات المنافسة الذي ليس من شأنه التأثير على الاتفاق محل الحظر، فالقياس هنا مع الفارق.

كما حاول البعض الآخر تفسير موقف سلطات المنافسة تجاه الإرادة السليمة، بالقول أن قانون الممارسات المنافسة للمنافسة يأخذ ضمناً بنظرية الإعلان عن الإرادة (نظرية الإرادة الظاهرة) « La théorie de la déclaration de la volonté »، التي ازدهرت في القانون الألماني بصفة خاصة، والتي تقابلها نظرية الإرادة الباطنة « La théorie de la volonté interne » في القانون الفرنسي.

مفاد هذه النظرية، أنه ينبغي الاعتداد بالإرادة الظاهرة في انعقاد العقد، لأن القانون إنما يعنى بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية، إذ يكفي أنصارها بمجرد الإعلان عن الإرادة سواء اتخذ طريقاً صريحاً أو طريقاً ضمناً دون الاعتداد بالإرادة الحقيقية للمتعاقد لأن في هذا ما يضمن سلامة المعاملات واستقرارها، فمتى تم الإعلان وصادفه إعلان آخر مطابق انعقد العقد ولا يقبل بعد ذلك إثبات مخالفة الإعلان لحقيقة الإرادة⁽²⁾.

إن محاولة تفسير مواقف سلطات الضبط على ضوء هذه النظرية لا يسلم من الانتقاد وذلك لأمرين:

الأول: أن العيب الوحيد المتصور في نظرية الإعلان عن الإرادة هو الإكراه، لأنه -على خلاف العيوب الأخرى- لا يعيب فقط الإرادة الباطنة وإنما أيضاً الإعلان عنها، في حين أن الممارسة كشفت على عدم تأثيره على قيام الاتفاق.

(1) أنظر مثلاً: مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 49. كـنو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، مرجع سابق، ص 103.

(2) سلطان أنور، مرجع سابق، ص 61.

أما الثاني: فيتمثل في أن هدف إحلال الإرادة الظاهرة محل الإرادة الباطنة هو ضمان استقرار المعاملات، وهو ليس غاية قانون المنافسة كقانون اقتصادي يمكنه أن يضحى عن قصد باستقرار المعاملات لحساب السير الحسن للسوق.

رغم هذه المحاولات المتعددة لاعتماد تبرير قانوني لمواقف سلطات المنافسة، فإنه يتجلى بوضوح عدم إمكانية تطبيق نظرية عيوب الإرادة على الاتفاقات المنافية للمنافسة (سواء من حيث الاعتداد بها ومن حيث نتائجها المدنية)، وقد أكد مجلس المنافسة الفرنسي في العديد من المرات أن الضغوطات الاقتصادية الممارسة من طرف احد المتعاقدين على المتعاقد الآخر حتى ولو كانت على درجة كبيرة من الخطورة لا يمكن أن تعتبر معيبة لسلامة الإرادة، ويعتد بها فقط في تقدير العقوبة المالية⁽¹⁾.

والسبب في ذلك أن عيوب الإرادة تهدف بطبيعتها إلى الحماية الشخصية للأعوان، وهي بالتالي غير مناسبة لقانون المنافسة التي يهدف إلى ضمان حماية موضوعية للسوق⁽²⁾.

وقد أشارت اللجنة الأوروبية إلى هذا الاختلاف في التحليل وفي الغايات المتابعة بين كل من قانون المنافسة وقانون العقود في قضية *Viandes bovines françaises* أين قامت باستبعاد الدفع بالإكراه واعتبرت أنه « حتى يكيف التزام أو تعهد ما على أنه اتفاق بمفهوم المادة 81، فإنه ليس من الضروري أن يشكل عقدا صحيحا بنظر القانون الوطني... إذا تم إبرام الاتفاق تحت إكراه فإنه يمكن الاعتداد به لغاية تقدير وتحديد الغرامات...⁽³⁾»

وهكذا فإن منطق قانون العقود غير قابل للنقل والتطبيق في موضوع حظر الاتفاقات، فبالنسبة لسلطات المنافسة لا يتمحور السؤال حول معرفة ما إذا كانت المؤسسات أطراف الاتفاق قد تراضت بحرية، بل يتمثل في مدى إمكانية إسناد الممارسات المضادة للمنافسة إليهم⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Rapport annuel 2006, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2004, p. 93 et s.

⁽²⁾ Rapport annuel 2009, *op.cit*, p. 63.

⁽³⁾ *Ibid.*, p. 64.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

المطلب الثاني:

اثبات الإرادة في الاتفاق المحظور

إن الكشف عن الإرادة في الاتفاق يتم في قانون المنافسة بجميع وسائل الإثبات سواء كانت مباشرة وقطعية كافية بذاتها للكشف عنها، أو غير مباشرة بالاعتماد على القرائن والمؤشرات⁽¹⁾.

ولاشك أن توفر الدليل المباشر على الإرادة التواطئية من خلال الأدلة الكتابية أو شهادة الشهود يعتبر أكثر فعالية ويسهل عمل سلطات المنافسة، وقد كان تحصيله ممكنا في فترة من الفترات في الدول السبابة إلى تنظيم المنافسة لقلة وعي المؤسسات بقانون المنافسة الناتج عن قلة متابعتها، حيث كانت لا تتردد في إفراغ التزاماتها إزاء بعضها البعض في قالب مكتوب⁽²⁾.

إلا أن ذلك يمثل في الوقت الحالي (خاصة في المجموعة الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية) الاستثناء، فالأعوان الاقتصاديون يدركون أتم الإدراك أنهم مراقبون، وبالنتيجة يتجنبون الاتفاقات الشكلية⁽³⁾.

وكل هذه الاعتبارات قادت سلطات المنافسة (الأوروبية والفرنسية) إلى اعتماد وسائل وتقنيات أخرى في الإثبات لمواجهة ظاهرة ندرة الأدلة التي يمكن أن تمس بفعالية قانون المنافسة، تمثلت في الاعتماد على القرائن (الفرع الأول) والتي تميزت بالوصول في بعض الأحيان إلى حد افتراض وجود الإرادة (الفرع الثاني).

⁽¹⁾ كثر محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 115.

⁽²⁾ بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - قانون الأعمال -، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2004-2005، ص 13.

⁽³⁾ GUYON Yves, op.cit, p. 892.

الفرع الأول:

أسلوب الإثبات بالقرائن المتطابقة

ان فعالية الرقابة على ممارسات المؤسسات متوقفة على قبول أدلة الإثبات غير المباشرة خاصة في ظل عدم توفر أية وثيقة للإثبات أو في حالة كون الوثائق المحجوزة غير كافية أو غير حاسمة. وسنتعرض هنا لمضمون هذا النوع من الأدلة (أولا) مع الإشارة الى بعض تطبيقاته (ثانيا).

أولا: مضمون أسلوب الإثبات بالقرائن المتطابقة.

تسير سلطات المنافسة (مجلس المنافسة الفرنسي واللجنة الأوروبية) بانتظام على طريقة الإثبات بالقرائن، حيث تقرر امكانية اقامة الدليل على الارادة التواطئية عند غياب الدليل القاطع « La preuve formelle » باعتماد مؤشرات جدية، دقيقة ومتطابقة Indices « graves, précis et concordants »⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أن الدليل يمكن أن ينتج عن مجموعة مرتبطة من المؤشرات تتشكل من مختلف الوثائق التي يتم جمعها في إطار التحقيق والظروف المحيطة بها.

إن ما يعبر عنه بالإثبات عن طريق مجموعة من المؤشرات الجدية، الدقيقة والمتطابقة، يتعلق في واقع الأمر بشكل من أشكال القرائن الواقعية Les présomptions du fait de l'homme المنصوص عليها في القانون المدني⁽²⁾ (المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي والمادة 340 من القانون المدني الجزائري).

⁽¹⁾ DORAY Hugo, La preuve dans les pratiques anticoncurrentielles, mémoire présenté dans le cadre du master II recherche, mention Droit communautaire et européen, Faculté de droit, Université Montesquieu-Bordeaux-IV, 2012-2013, p. 17.

⁽²⁾ La présomption « est la conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu a un fait inconnu dont l'existence est rendu vraisemblable par le premier... » in, DORAY Hugo, op. cit, p. 08.

ولا يشترط بموجب هذا الأسلوب في الإثبات توفر وثيقة ما تتوفر بمفردها على الطابع الإثباتي القاطع، لأن المعول عليه من طرف سلطات المنافسة، هو الأخذ بعين الاعتبار مجموعة هذه القرائن وتقاطعها فيما بينها، وليس الاعتماد على قيمة كل وثيقة بمفردها⁽¹⁾.

ثانيا: تطبيقات أسلوب الإثبات بالقرائن المتطابقة.

اعتمد مجلس المنافسة الفرنسي هذه الطريقة في إقامة الدليل على وجود الإدارة التواطئية في العديد من قراراته. فقرر مثلا في قضية أن الوثيقة المحجوزة، بغض النظر عن مكان حجزها، يمكن اعتمادها كحجة ضد المؤسسة التي حررتها والمؤسسة التي استلمتها، وتلك التي ذكر اسمها فيها، حيث يمكن اعتماد هذه الوثيقة كدليل وتعتبر عنصرا من عناصر الإثبات بجمعها مع غيرها من المؤشرات الجدية، الدقيقة والمتطابقة⁽²⁾.

كما اعتبر أيضا أن الفاكس الذي ثبت من التاريخ الوارد فيه انه تم إرساله قبل تاريخ إيداع الأظرفة، يعتبر بالنتيجة تشاورا ضمن الإعلان عن مناقصة⁽³⁾.

وفي حالة عدم توفر الشروط السابقة (المؤشرات) فإن مجلس المنافسة يعتبر ان الاتفاقات المحظورة غير ثابتة، فغالبا ما قرر أن مبدأ حظر الاتفاقات غير قابل للتطبيق لأن التشاور « la concertation » لم يظهر انه قائما « حتى من خلال تجميع مؤشرات جدية، دقيقة ومتطابقة⁽⁴⁾ ».

إن هذه الطريقة في الإثبات تعد مفيدة جدا للكشف عن إرادة المؤسسات التي تنظم اتفاقات وتتخذ في ذلك احتياطاتها لإخفاء الوثائق المثبتة لها، وقد كانت محل تأييد من طرف مجلس الدولة الفرنسي، حيث اعتبر بمناسبة نظره في قضية « بأن انتهاج هذه الطريقة في

(1) DORAY Hugo, op.cit, p. 17.

(2) Lamy Droit économique, op.cit, p. 190.

(3) Ibidem.

(4) Ibidem.

الإثبات مكن من استخلاص أن الشركة الملتزمة قد قامت مع الموزعين بأعمال مدبرة *Des actions concertées* تقييد سير المنافسة⁽¹⁾ .

كما كانت كذلك محل تأييد من قبل محكمة النقض التي أكدت في إحدى القضايا « قيام الدليل على وجود تشاور من خلال تقدير قيمة الوثائق المحجوزة والتصريحات بالإضافة إلى نتيجة استشارة المؤسسات⁽²⁾ » .

الفرع الثاني:

تماثل السلوكات كمؤشر على وجود اتفاق

إن إثبات وجود اتفاق محظور عن طريق نظام القرائن، يعد أمرا مستقرا في الاجتهاد، إلا أننا نتساءل في هذا الصدد حول إمكانية الدفع أكثر بحدود القمع ليطال الاتفاقات الأشد خفاء، أي الوصول حتى لافتراض وجود اتفاق في ظل غياب قرائن متطابقة.

من خلال قرارات سلطات المنافسة واجتهادات الهيئات القضائية نلاحظ وجود طريقة أخرى في الإثبات اعتمدت بشكل متواتر من قبلها، تقوم على معاينة تماثل سلوكات المؤسسات، بحيث أن مجرد ملاحظة سلوك واقعي في السوق يمكن أن يشكل مؤشرا جديا على وجود تشاور⁽³⁾ .

فمن المقرر أن تماثل السلوكات « Le parallélisme de comportement »⁽⁴⁾ يشكل مؤشرا على وجود إدارة تواطئية (أولا) إلا أن هذا المؤشر يجب أن يعزز ويدعم بعناصر أخرى، فهو ليس بمؤشر كاشف بشكل مباشر عنها (ثانيا).

⁽¹⁾ Lamy Droit économique, op.cit, p. 191.

⁽²⁾ Ibidem.

⁽³⁾ BUSSY Jack, op.cit, p. 406.

⁽⁴⁾ إن طبيعة تماثل السلوكات لازالت محل جدل بين من يعتبرها عنصر إثبات ومن يعتبرها عنصرا أو ركنا في العمل المدير.

أولاً: القرينة المستنبطة من حالة تماثل السلوكات.

إن التماثل في مواقف المؤسسات المتواجدة في نفس السوق يعرضهم لشبهة عقد اتفاق بينهم، فما يحرك المتابعة - في هذه الحالة - ليس الدليل المباشر، وإنما هي الملاحظة المادية لوضعية السوق في الزمن X، حيث تعتمد سلطات المنافسة إلى إجراء استنتاج عكسي، فتخلص أو تستنتج توفر شروط الرقابة انطلاقاً من ملاحظة الواقع الاقتصادي الذي يسفر عن آثار منافية للمنافسة⁽¹⁾.

إن هذا المنهج في التحليل والإثبات الذي يتم الاحتكام فيه إلى هيكل السوق قد كان محل ترحيب من طرف العديد من الفقهاء والكتاب ولجأت إليه سلطات المنافسة في العديد من القضايا، حيث اعتبرت محكمة العدل الأوروبية سنة 1972 أن « تماثل السلوكات، وإن كان لا يشكل لوحده دليلاً كافياً على الأعمال المدبرة، إلا أنه قابل لأن يعد مؤشراً جدياً، إذا كان يؤدي إلى أوضاع تنافسية لا تتوافق مع الشروط العادية لسير السوق، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المنتج، أهمية وعدد المؤسسات وحجم السوق المعنى...»⁽²⁾.

ويمكن القول أن الأمر يتعلق عموماً بقرينة واقعية، ذلك أن هيئات المنافسة تستنبط وتستخلص من تماثل السلوكات وهيكل السوق (واقعة معلومة) وجود أعمال مدبرة (واقعة مجهولة).

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 147.

⁽²⁾ «...si le parallélisme de comportements ne peut être à lui seul identifié à une pratique concertée, il est cependant susceptible d'en constituer un indice sérieux, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché...» point 65, Arrêt CJCE, affaire n°48-69, du 14 Juillet 1972, Imperial chemical Industries LTD contre CCE, recueil de jurisprudence, 1972, p. 619.

ويشترط لذلك أن تكون ممارسات المؤسسات متماثلة بحد كاف وأن تتخذ في نفس الوقت أو على الأقل في تواريخ متقاربة، كما يشترط أيضا أن تكون هذه الممارسات متعلقة بإستراتيجية المؤسسات المعنية في نفس السوق⁽¹⁾.

ولا يتم الاكتفاء - كما أشرنا - بمجرد معاينة سلوك متطابق ومتجانس، بالنظر إلى أن هذا التجانس الذي يترجم وجود أو تبني نفس السياسة التجارية، قد لا يكون نتاج عمل مدير أو تشاور، حيث يشترط كذلك وجود أدلة تكميلية تدعم القرينة المستنبطة من توازي السلوكات⁽²⁾.

ثانيا: الأدلة المساندة لقرينة تماثل السلوكات.

على الرغم من أن تماثل السلوكات المعين في سوق ما يشكل مؤشرا جديا على وجود إرادات تواطئية، إلا أنه غير كاف لتقرير وجودها وحده بما لا يدع مجالا للشك، فهو يشكل - إن صح التعبير - دليلا ناقصا *Preuve imparfaite* يجب دعمه بعناصر أخرى، هذه العناصر أو المؤشرات التكميلية⁽³⁾ تكون إما سلبية (1) أو ايجابية (2).

1- الأدلة التكميلية السلبية:

حتى يمكن افتراض وجود ارادة تواطئية من تماثل السلوكات، فإنه يشترط عدم إمكانية تبرير هذا التوازي أو التماثل بظروف السوق التي تخضع لها كل مؤسسة ولا بملاحقة كل مؤسسة وسعيها لتحقيق مصلحة فردية مشروعة، إذ ليس من المعقول قمع المؤسسات لمجرد تصرفها بطريقة مماثلة وتلقائية تجاه نفس الأوضاع⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Lamy Droit économique, op.cit, p. 191.

⁽²⁾ DORAY Hugo, op.cit, p. 18.

⁽³⁾ Ibidem.

⁽⁴⁾ Ibid., p. 19.

فإذا كان تماثل السلوكيات مفروض من هيكل السوق، فمن غير الممكن أن يقبل كمؤشر على وجود تشاور، ذلك أن سلطات المنافسة تدرس هذه السلوكيات بالنظر إلى البنية الخاصة بكل سوق، وبصفة عامة كلما كانت السوق تنافسية كلما زاد احتمال وجود التشاور⁽¹⁾.

وبالنسبة للتبرير أو التفسير الذي يستند على دراسة هيكل السوق والذي من شأنه استبعاد أية قرينة على وجود اتفاق - نجد على وجه الخصوص ذلك المتعلق بوضعية احتكار القلة، ذلك أن وجود المؤسسات في وضعية تبعية اتجاه بعضها البعض « Interdépendance » هي التي تفسر توازي سلوكياتها، وبالتالي لا يمكن هنا افتراض وجود اتفاق⁽²⁾.

أما بالنسبة للتبرير الثاني المتمثل في بحث المؤسسة عن تحقيق مصلحة فردية خاصة فقد قبل الدفع به أمام مجلس المنافسة الفرنسي في عدة قضايا، منها تلك المتعلقة بتسويق البنزين بدون رصاص، حيث خلص المجلس بمناسبة إلى أنه « لم يثبت أن تماثل السلوكيات الملاحظ ناجم عن اعتبارات أخرى غير السعي لتحقيق المصلحة الفردية لكل شركة في الوقت الذي سمحت فيه ظروف السوق بإطلاق منتج جديد »⁽³⁾.

أما على مستوى المجموعة الأوروبية، وإن كانت حالات الاعتداد بمبرر "المصلحة المشروعة" نادرة، إلا أننا نجد مكرسا في بعض القضايا، ومثال ذلك قضية *Companie Royale Asturienne des mines*، فبعد إدانة هذه الشركة أمام اللجنة الأوروبية، تم إلغاء القرار أمام محكمة العدل الأوروبية، عندما تمكنت الشركة من إثبات أن الأمر يتعلق بعلاقات

(1) Claudel Emmanuelle, op.cit, p. 150.

(2) Ibid., p. 151.

(3) Décision, *cons.conc*, n°92-D-56, du 13 Oct.1992, relative aux conditions de commercialisation du super carburant sans plomb à l'indice d'octane recherche 98 (SP98), www.autoritedelaconurrence.fr.

واعتبارات مالية بين عدة شركات، وأنها قامت بقطع العلاقات مع زبونها لأنه كان يؤخر تسوية فواتير الشراء، الأمر الذي شكك في يسر ذمته⁽¹⁾.

1- الأدلة التكميلية الايجابية.

تعد المؤشرات التكميلية الايجابية « Les indices complémentaire positifs » مهمة في إثبات الاتفاق عندما يكون التماثل في السلوكات معاينا، ويطلق عليها في القانون الأمريكي « The plus factors » .

وحسب Vogel فإن « The plus factors » تضاف إلى تماثل السلوكات بغرض الكشف عن تطابق الإرادات بين المؤسسات المتابعة.

ويقصد بالدليل الايجابي كل ما يمكن أن يكشف عن إرادة الأطراف في الاتفاق، فيمكن أن يتمثل في وثيقة، محضر اجتماع، توكس... الخ.

وفي البحث والتحري عن وجود الإرادة في الاتفاق، نجد اختلافا في النمط المكرس بين كل من سلطة المنافسة والهيئات القضائية، فبينما تفضل سلطة المنافسة تقديم الأدلة السلبية على الأدلة الايجابية عند توفر كليهما، تعتمد محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض إلى تفضيل الدليل الايجابي⁽²⁾. ففي قضية affaire de la levure على سبيل المثال رأت محكمة الاستئناف أنه « ليس من الضروري الاعتماد على الأدلة السلبية. بالنظر إلى أن فحص الوثائق المحجوزة يكشف بوضوح أن العارضين قد سعوا لتحديد إستراتيجية مشتركة نحو التجار والمتعاملين ».

أما إذا تعلق الأمر بانخراط مؤسسة في اتفاق موجود وقائم، وليس بالوقوف على وجود الاتفاق من عدمه، فإن سلطات المنافسة والقضاة يكونون أقل تطلبا من ناحية الإثبات.

⁽¹⁾ DORAY Hugo, op.cit, p. 19.

⁽²⁾ Ibid., p. 20.

ويقصد بالانضمام عمل بإرادة منفردة يرتبط من خلاله الشخص ويوافق على وضعية قانونية منشأة مسبقا. ففي هذه الفرضية تتضمن المؤسسة إراديا إلى اتفاق تكون بنوده وأحكامه محددة، وترصف أو تُحاذي سلوكها على سلوك أطراف الاتفاق.

ففي هذه الحالة، فإن مجرد تبني سلوك محايد عن وعي يُعرض المؤسسة للمتابعة دون حاجة إلى أي دليل آخر مادام أن الاتفاق المنضم إليه ثابت. حتى ولو لم تثبت موافقة أطراف الاتفاق على هذا الانضمام⁽¹⁾.

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 157.

المبحث الثاني:

الإرادة المشتركة للأطراف في الاتفاق المحظور

يتعين ليتم العقد أن يقع التراضي بين الطرفين المتعاقدين، فلا يكفي أن توجد الإرادة وتتجه إلى إحداث أثر قانوني، بل يجب أن تتلاقى مع غيرها وتتطابق معها في موضوعها⁽¹⁾.

ويتم هذا التراضي بإيجاب من أحد الأطراف وقبول من الآخر، أي لا بد أن يبدأ أحد الطرفين بإيجاب ثم لا بد أن يقترن به قبول من الطرف الآخر⁽²⁾.

ويترتب على إسقاط هذه الأحكام على قانون الاتفاقات المحظورة القول بأن قيام المؤسسة إراديا بممارسات محظورة ليس بكاف لتقرير وجود اتفاق محظور، إذ يجب أن ترتبط إرادتها التوافقية بإرادة مؤسسة أخرى وتتطابق معها لتشكّل تراضيا.

وبالنتيجة لا يعتبر الاتفاق تقريبا أو تماثلا بين إرادات فردية متوازية وإنما بالأحرى تطابقا لها.

وسنتحرى فيما يلي عن مدى صدق هذا التحليل، ومدى اعتداد سلطات المنافسة والهيئات القضائية المختصة بمفهوم توافق الإيرادات، أم أن له بعض المميزات في قانون المنافسة (المطلب الأول).

كما لا يكفي في قانون العقود أن تلتقي إرادات الأطراف، بل يجب كذلك أن تُلزم بعضها بعضا، فالعقد متى نشأ، التزم المتعاقدان به وخضعا له كما يخضعان للقانون، ولهذا يقال أن

⁽¹⁾ توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 85.

⁽²⁾ « يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية » المادة 59 من الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

العقد شريعة المتعاقدين، حيث يجب على كل منهما أن ينفذ الالتزامات العقدية في حدود ما يقضي به العقد⁽¹⁾.

ويقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس ما للإرادة من سلطان، فهي تقيد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوه تحت طائلة قيام مسؤوليتهم عن الإخلال بذلك بإعمال الحماية القانونية. وبما أن العقد بطبيعته ملزم فان غياب عنصر الإلزام من شأنه أن يمس بطبيعته ويجعل منه مجرد التزام طبيعي⁽²⁾. ونتساءل في هذا الصدد عن مدى إلزامية الاتفاق المحظور بالنسبة لأطرافه (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تلاقي الإرادات في الاتفاق المحظور

إن الاتفاق - مثله في ذلك مثل العقد - ينشأ بالضرورة بالتعبير عن إرادتين متطابقتين، وهذه الحقيقة من نتائجها استبعاد التصرف بإرادة منفردة من مجال تطبيق المادة السادسة من قانون المنافسة الجزائري⁽³⁾. وقد أدى ذلك إلى خلق حيز حصانة تستفيد منه المؤسسات، مما دفع بسلطات الرقابة إلى محاولة تقليص هذا الحيز.

فالاختلال في سير العملية التنافسية قد دفع سلطات المنافسة إلى قمع بعض السلوكات ولو كان ذلك يكلفهم في بعض الأحيان إثبات مصطنع لوجود إرادات متطابقة (الفرع الثاني) ويظهر من الملائم قبل التعرض لخصوصيات توافق الإرادات في هذا النوع القانوني أن نبين مختلف الأشكال التي يمكن أن يتخذها الاتفاق المحظور (الفرع الأول).

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 371.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 19.

(3) MALAURIE-VIGNAL Marie, op.cit, p. 169.

الفرع الأول:

أشكال تلاقي الارادات

يتخذ تلاقي الارادات صورا وأشكالا متعددة حيث يمكن أن يتجسد في ممارسات وأفعال مدبرة، اتفاقيات أو اتفاقات صريحة أو ضمنية، ويتراوح من مجرد مشاورات وتفاهمات شفوية وضمنية إلى صورة عقد منظم أو بعضا من بنوده⁽¹⁾.

ويعود هذا التنوع والتعدد إلى تنوع صور تقييد المنافسة وتعدد وسائل التفاهم التي تستعملها المؤسسات الاقتصادية، لذا كان من الطبيعي أن تكون نصوص الحظر ذات طبيعة مرنة وواسعة⁽²⁾، تحول دون إعطاء تلاقي الارادات شكلا قانونيا خاصا.

إن تطلب أو اشتراط وجود توافق إرادات دونما عناية بالشكل القانوني الذي يلبيسه الاتفاق المحظور، يميز هذا الأخير عن مختلف العقود الخاصة في القانون المدني والتجاري⁽³⁾، ويجعله منسجما مع ما يعرف بمبدأ الرضائية « Le principe de consensualisme » في قانون العقود الذي يقصد به كفاية التراضي لإبرام العقد، فبمقتضاه ينشأ العقد بمجرد توافق إرادتي المتعاقدين دون اشتراط إفراغهما في شكل خاص⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من الانسجام مع مبدأ الرضائية، إلا أن غاية قانون المنافسة في ذلك تختلف مع قانون العقود، فههدف عدم اشتراط شكل معين هو التمكن من مواجهة تعدد الوسائل التعاقدية المستعملة لإنشاء الاتفاق، ومواجهة غياب الكتابة في غالبية الأحيان وحتى لا يحول الشكل دون إمكانية إثبات هذه الاتفاقات وبالتالي قمعها⁽⁵⁾.

(1) مختور دليلة، مرجع سابق، ص 11.

(2) كتو محمد الشريف، "حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة"، مجلة ادارة، مجلد 12، عدد 23، 2002، ص 56.

(3) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 45.

(5) مسعد جلال، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 35.

وقد ذهب البعض إلى اعتبار الاتفاقات المحظورة نوعاً من العقود غير المسماة des *contrats innomés*، إلا أن هذا الاتجاه انتقد لعدم دقة معالم هذا الاتفاق وانعدام نظام قانوني خاص به. فضلاً عن انعدام أية فائدة عملية منه⁽¹⁾.

إذن، فإن شكل الاتفاق غير مهم وغير مرتب لأي أثر على تطبيق أحكام قانون المنافسة⁽²⁾، ورغم ذلك فإن الباحثين تعارفوا على تصنيفه من الناحية النظرية البحتة إلى اتفاقات منظمة قانوناً (أولاً) و اتفاقات غير منظمة (ثانياً).

أولاً: الاتفاقات المنظمة قانوناً.

تتخذ الاتفاقات المنظمة صورتين: فإما أن تكون اتفاقات تعاقدية « *conventions* » أو اتفاقات عضوية « *Entente organique* ».

1- الاتفاقات التعاقدية:

تنتج هذه الاتفاقات عن التصرفات القانونية المولدة للالتزامات دون أن تؤدي إلى إنشاء شخص معنوي، وتخضع للحظر إذا ما أدت إلى تقييد المنافسة سواء تجسدت في عقد مكتوب أو شفهي، صريح أو ضمني من القانون الخاص أو القانون العام⁽³⁾. ولا يهم أن تنشأ بصفة جماعية أو فردية طالما أن الأطراف قد انضمت إليها صراحة عن طريق توقيعها وإما ضمناً بتنفيذها⁽⁴⁾.

(1) GUYON Yves , op.cit, p. 891.

(2) « *La forme juridique des ententes est totalement neutre du point de vue de l'application de leur contrôle* », Lamy droit économique, op.cit, p.187.

(3) مثل الاتفاقيات الجماعية المبرمة بين المستخدمين ورب العمل.

(4) كتو محمد الشريف، "حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مرجع سابق، ص 59.

ويتسع مفهوم الاتفاقات التعاقدية ليطال: شروط البيع التي يقترحها الممون على موزعيه وعقود التعاون التجاري، عقود الضمان وكذا شروط الشراء المحددة من طرف الموزع في مواجه عدد مهم من الممومين⁽¹⁾.

ويمكن تصنيف هذا النوع من الاتفاقات من الناحية الاقتصادية إلى صنفين متميزين هما: الاتفاقات الأفقية Les ententes horizontales والاتفاقات العمودية Les ententes verticales⁽²⁾.

نكون أمام اتفاقية أفقية، إذا ما أنشأت هذه الأخيرة بين مؤسسات متنافسة فيما بينها وتقع على نفس مستوى النشاط الاقتصادي، فنتم إما بين المنتجين أو بين الموزعين⁽³⁾.

وعلى خلاف الاتفاقيات الأفقية، تربط الاتفاقية العمودية بين مؤسسات تقع على مستويات مختلفة من النشاط الاقتصادي وتعمل في أنشطة اقتصادية مختلفة، كالاتفاقيات بين المنتجين والموزعين أو بين الموزعين وتجار الجملة⁽⁴⁾.

2- الاتفاقات العضوية.

يمكن أن يكتسي الاتفاق المحظور شكل تجمع لعدد من مؤسسات، واهم ما يمكن ذكره في هذا المجال هو أن معظم الاتفاقات تتركز على هياكل قانونية ذات طبيعة عضوية متنوعة: كالشركات، التعاونيات، النقابات، التجمعات المهنية GIE، الجمعيات... الخ.

⁽¹⁾ GUEDJ Alain, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, éd. LITEC, Paris, 2000, p. 158.

⁽²⁾ Lamy droit économique, op.cit, p. 193.

⁽³⁾ بن بخمة جمال، مجلس المنافسة في ضوء الأمر رقم 03-03 والنصوص المعدلة له، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2010-2011، ص 60.

⁽⁴⁾ مختور دليلة، مرجع سابق، ص 13.

إن هذه التجمعات المختلفة تعد اتفاقات خاضعة للحظر مهما كان شكلها القانوني أو موضوعها أو نظامها الأساسي. ولا يهم أن يكون الاتفاق قد وضع موضع التطبيق عن طريق هيئة جديدة مستحدثة لهذا الغرض أو باستعمال هيئة أو هيكل سابق في وجوده عن الاتفاق⁽¹⁾.

- ففي الوضعية الأولى: يختلط الاتفاق المحظور بغرض الهيئة المنشئة، لأن وسيلة الاتفاق هو نفسه العقد المنشئ لها، حيث أن إنشاء الهيئة إنما يقصد به تجسيد الاتفاق⁽²⁾.

- أما في الوضعية الثانية: يسبق نشوء التجمع (الهيئة) الاتفاق المحظور، وهنا ينتج هذا الأخير إما عقد Accord مبرم بين أعضاء التجمع، فيحدد دور الهيئة هنا في تشجيع التشاور والتفاهم بين أعضائها، أو عن عمل صادر عن هيكلها أو أجهزتها كإصدار نظام Règlement أو توصية Circulaire لأعضائها⁽³⁾.

وهكذا، فإن وسيلة الاتفاق يمكن أن تتمثل في العقد المنشئ للهيئة أو تصرف صادر من أجهزتها، أو اتفاقية مبرمة تحت إشرافها ورعايتها.

ثانيا: الاتفاقات غير المنظمة قانونا (الأعمال المدبرة).

ليست كل الاتفاقات المحظورة منظمة، حيث نلاحظ وجود أشكال من التفاهم تؤدي إلى المساس بالمنافسة دون أن تتجسد في إطار قانوني يبرزها (العقد)، وهو ما يسمى بالأعمال أو الممارسات المدبرة Les pratiques concertées ou les actions concertées⁽⁴⁾ المذكورة في كل من المواد 06 من قانون المنافسة الجزائري، 1-420 من القانون التجاري الفرنسي، 101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي و 41 من اتفاقية الشراكة الأورو-جزائرية.

وحسب بعض الفقهاء، فإن الأعمال المدبرة تستخلص من مجرد تعاون بين عدة أطراف دون أن يصل ذلك التعاون بالضرورة إلى مرحلة تجسيده بالوثائق المادية Les pièces

⁽¹⁾ Lamy droit économique, op.cit, p. 188.

⁽²⁾ Ibidem.

⁽³⁾ Ibidem.

⁽⁴⁾ Ibid., p. 190.

matérielles⁽¹⁾، فهي تتميز بكونها عبارة عن وضعية واقعية يتم الكشف عنها رغم غياب الدليل على أي اتفاق صريح وملزم قانوناً⁽²⁾.

ويمثل الهدف المبتغى من ذلك في استيعاب الحقيقة الاقتصادية المتمثلة في تنوع أشكال التفاهم والصيغ القانونية المختلفة المستعملة بين المؤسسات وتطورها، ومن شأن تطلب إقامة الدليل على اتفاق بمفهوم قانون العقود أن يحول دون الكشف عنها وبالتالي يتعذر قمعها وحظرها.

وتطرح هذه الصورة من الاتفاقات العديدة من الصعوبات القانونية من عدة نواح⁽³⁾، لهذا لابد من محاولة تعريفها (1) وبيان عناصرها (2).

1- تعريف العمل المدبر.

من الصعب تعريف العمل المدبر، على الأقل إذا أردنا أن ننظر إليه كمفهوم مستقل، وهي الصعوبة التي لمسناها سواء في القانون الفرنسي أوفي قانون المجموعة الأوروبية.

ومن بين التعاريف الأكثر تداولاً نجد تعريف محكمة العدل الأوروبية حيث اعتبرته: « شكلا من أشكال التنسيق بين المؤسسات الذي لم يصل إلى حد إبرام اتفاقية لان هذه المؤسسات تقيم مقامها عن دراية تعاون عملي بينها لتقييد المنافسة⁽⁴⁾ ».

« فهو لا يجمع كل عناصر أو أركان الاتفاق "Accords"، وينتج عن تنسيق يظهر الى العلن من خلال سلوكيات المشاركين فيه⁽⁵⁾ ».

(1) كتر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص112.

(2) مرجع نفسه.

(3) براهيم نوال، مرجع سابق، ص18.

(4) « Une forme de coordination entre entreprises qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite substitue sciemment une coopération pratique entre elle aux risques de la concurrence ». Point 64 de Arrêt CJCE, affaire n°48-69, op.cit, p.657.

(5) « Que par sa nature même, la pratique concertées ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'exteriorise par le comportement des participants ». Ibid., p. 658.

كما عرفه الفقه بأنه « ذلك النشاط التعاوني القائم بين المؤسسات في الخفاء، ويكشفه الواقع العملي دون أن يرقى هذا السلوك إلى اتفاق⁽¹⁾». فهو بعبارة أخرى، بمثابة التقاء أو توافق تفكير المنظمات المهنية والمؤسسات الاقتصادية على فعل يؤدي إلى تقييد المنافسة بينها دون وجود اتفاق صريح على ذلك.

2- عناصر العمل المدبر.

بناء على التعريفات السابقة، يتضح أن العمل المدبر يقوم على عنصرين:

- عنصر مادي: يتمثل في تنفيذ تنسيق عملي بين المؤسسات، يؤدي إلى تقييد المنافسة أو القضاء عليها في السوق⁽²⁾، سواء اتخذ هذا التنسيق مظهرا سلبيا كالامتناع عن المنافسة (امتناع المؤسسات عن دخول أسواق بعضها البعض)، أو مظهرا ايجابيا كإتباع أسعار مماثلة خالية من عنصر المنافسة⁽³⁾.

- وعنصر معنوي: يتمثل في أن إعراض المؤسسات عن إتباع سلوك مستقل عن قصد ناتج عن ما توفر لديها من علم قطعي بأن باقي المؤسسات المتنافسة ستتبع نفس السلوك، حيث تكون متيقنة من ذلك⁽⁴⁾.

بالتعرض إلى مختلف أشكال الاتفاقات المحظورة، يتضح أنها متنوعة ومتعددة سردها المشرع على سبيل المثال لا الحصر، فهي إما تتخذ شكلا ظاهرا وصريحا وإما تكون خفية ومستترة⁽⁵⁾.

(1) BLAISE Jean-Bernard, op.cit, p. 394.

(2) مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 66.

(3) براهيم نوال، مرجع سابق، ص 19.

(4) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 113.

(5) GUYON Yves, op.cit, p. 821.

إن السبب الرئيسي الذي أدى إلى تعدد أشكال الاتفاقات يتمثل في أن قانون المنافسة يهتم بها من الجانب القمعي الذي يتطلب بالضرورة إضفاء بعض المرونة على فكرة الاتفاق تسهل عملية إثباته والوقوف عليه كممارسة مقيدة للمنافسة تكتسي وصف المخالفة. ورغم هذا التنوع إلا أن كل أشكال وأنواع الاتفاقات المحظورة تتطلب تعددا في أطرافها وتتشترك في مطلب توافق الإرادات.

الفرع الثاني:

خصوصية مفهوم تلاقي الإرادات في قانون المنافسة

إن جميع أشكال التشاور تعد في الأساس ثمرة لتلاقي وتبادل إرادات، حيث تذكر سلطات المنافسة غالبا بهذا المبدأ حتى يمكن القول انه قد أصبح مبتذلا من كثرة استعماله، بل يعتبر في بعض الحالات أساسا قانونيا مصطنعا يبرر تدخل هذه السلطات.

و تستخدم سلطة المنافسة الفرنسية عبارة تبادل الإرادات « Concours de Volontés » صراحة في قراراتها دون أن تميز في ذلك بين كل من الاتفاقات « Accords »، الاتفاقيات « Convention » والأعمال المدبرة « pratiques concertées »، فهي تضمهم جميعا⁽¹⁾.

وتكمن أهمية هذا المطلب في أنه يسمح نظريا بتمييز الاتفاقات بين المؤسسات عن التصرفات المنفردة الواقعة في السوق، وبما أن هذه الأخيرة قد تخرج عن نطاق الحظر مما يمكن مواصلة ممارسات منافية للمنافسة، تبنت سلطات المنافسة - حتى تحول دون ذلك - تصورا واسعا لتلاقي الإرادات مقارنة بتصور قانون العقود يختلف معه تارة (أولا) وينسجم معه تارة أخرى (ثانيا).

⁽¹⁾ كما تستخدم سلطة المنافسة عبارات أخرى تعكس نفس المضمون: « manifestation d'un accord de volontés »، « consensus sur un projet »، « Entreprise agissant de concert ».

أولاً: المفهوم الواسع لتلاقي الإيرادات في قانون المنافسة.

إن الاستعراض النقدي لقرارات سلطات المنافسة والقضاء في المجموعة الأوروبية وفي فرنسا، يكشف عن إخراج فكرة تلاقي الإيرادات عن مفهومها المدني في بعض الأحيان، وعلّة ذلك هو محاولة إخضاع بعض التصرفات التي تبدو منفردة لرقابتها. وفي سعيها لتحقيق هذه الغاية، تعتمد إلى أعمال مفهوم موسع للاتفاق حتى يستوعب الممارسات بإرادة منفردة الماسة بالسير العادي للسوق⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد أدرجت قرارات جمعيات المؤسسات في هذا التحليل، واعتبرت ثمرة لتبادل الإيجاب والقبول، سواء اتخذت هذه الجمعيات صورة تجمع مصالح اقتصادية G.I.E، نقابة، اتحادية ... إلخ⁽²⁾.

بإعمال القواعد العامة، فإن هذه القرارات التي تعتبر فئة من فئات الاتفاقات المحظورة في قانون المجموعة الأوروبية واتفاقية الشراكة الأورو جزائرية⁽³⁾، تخرج عن مبدأ التعددية⁽⁴⁾ « fait échec au principe pluraliste » بالنظر إلى أنها- أي القرارات décisions، التعليمات Recommandations، التوصيات directives أو التوجيهات instruction تعبير عن ارادة وحيدة هي إرادة الجمعية، وليست تعبيراً عن إرادات الشركات أو المؤسسات المكونة لها.

إلا أن هذا التعارض مع قانون العقود لم يمنع اللجنة الأوروبية من تقرير خلاف ذلك، ففي قضية « Verband » بتاريخ 27 جانفي 1987 على سبيل المثال، اعتبرت أن « توصيات تجمع مؤسسات، مصاغة ومعدة من طرف لجان هذا التجمع ومبلغة لأعضائه

(1) BRUNETTI Nathalie, op.cit, p.21.

(2) « الجمعية هي تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة، يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعاً ولغرض غير مربح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها » ، أنظر: قانون رقم 06-12، مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02، صادر بتاريخ 15 جانفي 2012.

(3) أنظر المادة 101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي، المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 05-159، مرجع سابق.

(4) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 184.

تعبّر عن تشاور أو توافق *concertation* مجسد بين المؤسسات المنتسبة لهذا التجمع بهدف تقييد المنافسة بينها»⁽¹⁾.

إن هذا الشكل من الاتفاقات يعبر عن وجود إرادة جماعية أكثر مما يعبر عن تطابق إرادات فردية⁽²⁾، لهذا اقترح بعض الكتاب ربطها بمصطلح التصرف أو العمل القانوني الجماعي *L'acte juridique collectif* المصاغ من طرف الفقه المدني والمرادف لاتفاق إرادات تصبو لتحقيق نفس الهدف *Accord de volontés tendant au même but* أو للتعبير عن إرادة المجموعة *Manifestation de volonté de la collectivité*⁽³⁾.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي - الذي لم يشر إلى قرارات الجمعيات كنوع للاتفاقات المحظورة - فقد تجاوز مجلس المنافسة هذه الإشكالية بربط هذه القرارات بفئات الاتفاقات التي تستوفي بطبيعتها مبدأ التعدد، كالاتفاقيات « *convention* » بين المؤسسات⁽⁴⁾ أو الأعمال المدبرة⁽⁵⁾، بل أنه التزم الصمت في العديد من المرات حول طبيعة الاتفاقات فاكتفى في قراره بتاريخ 03 ديسمبر 1991 بالإشارة إلى أن « الهيئات المذكورة خالفت مقتضيات المادة 7 من أمر 1986 » دون أن يوضح شكل التشاور المقصود بهذا القرار⁽⁶⁾.

ونظرا لغياب دليل قاطع على وجود الاتفاق في غالبية الأحيان، فإن سلطات المنافسة تقوم - كما أشرنا - بافتراضه من العمل الإيجابي المعين في السوق باعتباره قرينة على وجود

⁽¹⁾ Arrêt CJCE, n°45/85, du 27 janvier 1987, Relative à la recommandation en matière de primes d'assurance incendie (*verband der sachversisher*), Recueil de jurisprudence, 1987, p. 405.

⁽²⁾ « *il y a d'avantage volonté collective que concours de volontés individuelles* ».

⁽³⁾ « *L'acte collectif est l'acte juridique par lequel se manifestent les volontés d'un ensemble de personnes unies par une communauté d'intérêts ou impliquées par une action commune* ». In, www.droit.savoir.fr.

⁽⁴⁾ V. Décision *cons.conc*, n°91-D-04, du 29 janvier 1991, relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie, www.Autoritedelaconurrence.fr.

⁽⁵⁾ V. Décision *cons.conc*, n°91-D-39, du 17 sept. 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des transports routiers des voyageurs dans le département du nord, www.Autoritedelaconurrence.fr.

⁽⁶⁾ « *Les organisations mentionnées ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de 1986* ». In. Décision, *cons conc*, n°91-D-55, du 03 déc. 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des géomètres experts. www.Autoritedelaconurrence.fr.

تطابق إرادات، إلا أنها تذهب إلى أكثر من ذلك، حيث يستفاد الاتفاق حسبها من العمل السلبي (الامتناع عن عمل) أي من تماثل سلوكات سلبية، ولا شك أن ذلك يؤدي إلى استيعاب مبدأ الحظر للأعمال المنفردة.

وتعد قضية SOLVAY أحسن مثال على قمع تماثل سلوكات سلبية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن كل من شركة SOLVAY و ICI كانتا مرتبطتين باتفاق لتقسيم الأسواق بينهما، تم إنجاءه بأمر من اللجنة الأوروبية، وقد كانتا محل شكوى أخرى مفادها قيامهما بتبني سياسة عدم المنافسة بصفة متعمدة بحجة أن كل واحدة منهما قد امتنعت عن دخول سوق الثانية، فصدر إليهما أمر بالكف عن هذا الامتناع دون الأخذ بعين الاعتبار إلزامية تلاقي إرادة الامتناع عن عمل بإرادة أخرى لقيام المخالفة.

فإقامة الدليل على أن تقسيم الأسواق بين الشركتين هو نتيجة عمل مدبر، اكتفت اللجنة بالتأكيد على أن « الإنهاء الشكلي للاتفاق لم يترجم تغيير ممارسة التقسيم الصارم للأسواق بين SOLVAY و ICI »⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى حالة الاكتفاء بسلوك سلبي مشترك لتقرير وجود عمل مدبر، تكتفي سلطات المنافسة في حالات أخرى بإظهار الطابع الإرادي للتناقص بين السلوكات المعايينة في السوق دون إثبات التقاء الإرادات لغرض مشترك.

ففي قضية CARBURANT CORSE عوقبت الشركات النفطية على قيامها برصف سلوكها على سلوك الموزعين في ميدان الأسعار الذي ثبت أنه ناتج عن تشاور (رصف سلوكها على اتفاق محظور)، حيث اعتبرت اللجنة الأوروبية أن ذلك كاف لاعتباره عملاً مدبراً، في حين لم يتم الوقوف على أية تعاون أو حتى اتصال بين هذه الشركات والموزعين، ففي هذه القضية لم يكن هناك تلاقي إرادات « effective meeting of minds » إذ لا يوجد إلا تلاق لسلوكات مختلف الأعوان.

⁽¹⁾ In. CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 186.

ثانيا: حالات انسجام مفهوم تلاقي الإرادات مع قانون العقود.

من المقرر في النظرية العامة للالتزام أن الإيجاب تصرف قانوني من جانب واحد، ويظل كذلك إلى أن يقترن به قبول مطابق له⁽¹⁾، فإذا ما تم ذلك انعقد العقد، والمبدأ في القانون المدني أن القبول يعبر عنه صراحة، وبالتالي لا يعد السكوت قبولا لعدم اتخاذه أي مظاهر خارجي، وفي هذا المعنى يقرر الفقهاء قاعدتهم المعروفة « لا ينسب لساكت قول » الذي عمل بها القضاء وأخذت بها التشريعات الحديثة⁽²⁾.

على أن هناك أحوالا استثنائية يعتبر السكوت فيها قبولا، إذا اقترن بملاسات تفيد التعبير عن الرضا « Le silence circonstancié »⁽³⁾، وفي هذا الصدد نصت المادة 68 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾ على أمثلة يكون فيها السكوت قبولا، هذه الحالات هي:

- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول،
- إذا كان هناك تعامل سابق، ويحصل هذا في المعاملات التجارية المتكررة، كالتاجر الذي اعتاد إرسال بضاعة إلى عميل له دون أن ينتظر ردا، فيعتبر سكوت العميل قبولا،
- إذا كان الإيجاب متمحضا لمنفعة الطرف الآخر الذي وجه إليه، فإذا كان الإيجاب قد تم لصالح من وجه إليه، فليس هناك ما يدعو هذا الأخير إلى الرفض ولهذا يفترض قبوله من سكوته.

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 60.

(2) مرجع نفسه، ص 61.

(3) « فالسكوت في معرض الحاجة بيان » ، توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 96.

(4) تنص المادة 68 من ق.م.ج « إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتمتع سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ».

إن هذه الحالات التي أخذ بها الاجتهاد الفرنسي كذلك، تمكن -إلى حد ما- من فهم التحليلات المجرات من قبل سلطات المنافسة ومن الوقوف على مدى انسجامها مع قانون العقود.

وكما سنرى فإن بعض مواقف سلطات المنافسة لا تصطدم بشكل مفرط وكبير مع الحساسية القانونية، وسوف نتوقف هنا عند أربعة نقاط هي: الشروط العامة للبيع، الأسعار المفروضة، الاعتماد في التوزيع ومنع التصدير.

- الشروط العامة للبيع *Les conditions générales de vente*:

تعد الشروط العامة للبيع اتفاقاً في نظر سلطات المنافسة، وبهذا التكييف، لا تخرج عن نطاق حظر الاتفاقات إذا كانت منافية للمنافسة.

فاللجنة الأوروبية اعتبرت أن شروط البيع المطبقة من قبل منتج على موزعيه بمثابة اتفاقات بين مؤسسات، حتى ولو كانت مجرد اتفاقات نموذجية « *Accords types* »، ولا يغير من طبيعتها التعاقدية أن يكون بعض هذه الشروط موقعة دون البعض الآخر لوجودها في الصفحة الخلفية لفواتير الشركة مثلاً⁽¹⁾.

وقد تبني مجلس المنافسة الفرنسي نفس الاتجاه في هذا الشأن وعبر عنه بوضوح في قراره المتعلق بممارسات شركة Philips ED، حيث اعتبر في هذه القضية أن الشروط العامة للبيع المعروضة من قبل Philips قد تم قبولها إما صراحة أو ضمناً من طرف الموزعين أثناء تقديم طلباتهم، وتشكل بذلك اتفاقات من شأنها التأثير على المنافسة، وقد كان هذا التحليل محل تأييد من طرف محكمة استئناف باريس⁽²⁾، وتم تأكيده من طرف المجلس نفسه في قرارات أخرى⁽³⁾.

⁽¹⁾ Décision CCE, n° IV/24.510, du 22 décembre 1976, relative a une procédure d'application de l'article 85 du traité CCE, journal officiel n° L16 du 19/01/1977, p. 8.

⁽²⁾ BRUNETTI Nathalie, op.cit, p.21.

⁽³⁾ Ex., décision *cons.conc*, n°93-D-19, du 17 juillet 1993, relative a des pratiques de la société Sony France, www.Autoritedelaconurrence.fr.

إن هذا الموقف تجاه الشروط العامة للبيع لا يتعارض مع ما هو مقرر في قانون العقود، فالعرف بين التجار سار على قبول شروط العمليات التعاقدية الداخلة في إطار مهنتهم حتى ولو لم يعبروا عن إرادتهم عند استلام هذه الشروط، وبالتالي فهي لا تعد تصرفات بإرادة منفردة وإنما عقد يعبر عن تلاقي إرادتين.

- ممارسة الأسعار المفروضة *Pratique de prix Imposés*:

من بين نماذج الاتفاقات المذكورة في المواد 6 من قانون المنافسة الجزائري، 101 من معاهدة الاتحاد الأوروبي و L420-1 من القانون التجاري الفرنسي، نجد تلك التي يرمي غرضها أو أثرها إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاعها أو لانخفاضها.

إن النص على اتفاقات الأسعار في المواد المذكورة يكشف عن الأهمية الممنوحة لحرية تحديد الأسعار ومكانة هذا المبدأ في النظام الاقتصادي الليبرالي.

وكثيرا ما تدرج بنود تحديد الأسعار في اتفاقات التوزيع الانتقائية (التمييزية)⁽¹⁾، حيث يسعى من خلالها المنتج إلى فرض احترام مستوى معين للسعر يضمن له هامش ربح معين أو للحفاظ على مظهر الجودة الذي يمكن أن يرتبط بمنتوجه من خلال ذلك.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على اعتبار مثل هذه الممارسات اتفاقا تلتقي فيه إرادات كل من المنتج والموزع، وليست وليدة ممارسة منفردة من قبل القائم بها. فحسب رأي محكمة النقض الفرنسية فإن الاتفاقات التي تجمع موزعين بـمـمـون أو منتج بواسطة عقد نموذج، والتي تشترط أن يتوقف الاعتماد في التوزيع على قبول الموزعين لسياسة التسعير (سعر إعادة البيع الموصى به) تدخل في نطاق الاتفاقات المحظورة⁽²⁾.

⁽¹⁾ اتفاقات التوزيع الانتقائي هي « اتفاقات يلتزم بموجبها المورد بأن يخصص عددا من الموزعين ببيع منتجاته لهم طبقا لبعض المعايير ويرفض بالتالي البيع لموزعين آخرين محتملين » ، أنظر: GALENE René, op.cit, p. 144.

⁽²⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 190.

ويعد موقف هيئات المنافسة في هذا الصدد منسجما مع النظرية العامة للعقد، ذلك أن قبول العقد يساوي قبول كل شروطه، وهكذا فإن هذا الحكم الخاص بشروط تحديد السعر يتسع ليشمل كذلك الشروط التعاقدية الأخرى، باعتبارها شروطا وقع التراضي حولها، كالتخفيضات، الخصوم (Soldes, Rabais, Ristournes) وكل عنصر آخر يدخل في سياسة الأسعار للممون، وهو قابل للتطبيق أيضا على شروط الاعتماد.

- شروط الاعتماد Les conditions d'agrément:

برز مشكل شروط الاعتماد في العديد من القرارات، ونقتصر هنا على قرار يتعلق بقضية Dermopharmacie بين المخابر، البائعين بالجملة، ونقابات الصيدليين من جهة، ومراكز الشراء الكبرى من جهة أخرى، حيث قامت الأطراف الأولى بالتشاور فيما بينها لتجعل توزيع المنتجات الحاملة للعلامة التجارية Hégor, Roc, Biotherme يتم حصريا للصيدليات « Les pharmacies d'officine » حتى تحتفظ لها بمظهر الجودة وبالنتيجة بسعر مرتفع بشكل مصطنع⁽¹⁾.

وفي سعيها إلى ذلك، قامت بعض الشركات (Vichy et goupil) بإبرام عقود كتابية للتوزيع الحصري مع الصيدليات، أما الشركات التي لم تقم بذلك، فدفعت بأن سياسة التوزيع الحصري كانت نتيجة خيار فردي وليس نتيجة تواطؤ أو تشاور، إلا أن محكمة استئناف باريس (عقب مجلس المنافسة) قررت عكس ذلك، حيث رأت أن الاعتماد قائم على القبول الصريح أو الضمني من طرف المتعاقدين للسياسة المتبعة من طرف المنتجين (المخابر)، وبالتالي فإن للاعتماد هنا طبيعة تعاقدية⁽²⁾.

ويمكن القول أن لا تعارض هنا أيضا مع أحكام قانون العقود المتعلقة بالقبول، بالنظر إلى أن هذه الأخيرة قد تركت المجال مفتوحا لأية ظروف أخرى قد تجعل من السكوت قبولا

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 191.

⁽²⁾ Ibidem.

حسب ملابسات كل قضية⁽¹⁾، بل أن أعمال هذه الأحكام قد مكن من فائدة عملية، فبالإشارة إلى الطابع الضمني للقبول حرم الأطراف من إمكانية الاختباء وراء انعدام العقد الكتابي للتوصل من الحظر.

- الوثائق التي تهدف إلى ضمان تقسيم السوق Les documents visant a assurer le cloisonnement du marché :

لضمان فعالية سياسة تقسيم السوق المنتهجة، يلجأ الموردون في بعض الحالات إلى تضمين عقودهم بنوداً تمنع التصدير، وبما أن هذه البنود تعد محظورة بشكل مباشر، يكتفي الموردون بالزام موزعيهم بالكف عن البيع أو رفض البيع للمستوردين الموازيين « importateurs parallèles » عن طريق تعليمات⁽²⁾ كما هو الحال في قضية Ford⁽³⁾.

وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام فرع المجموعة الألماني Ford AG بإرسال تعليمة لموزعيه في ألمانيا تهدف إلى إعلامهم بعدم قبول طلباتهم المستقبلية للسيارات ذات مركز قيادة على اليمين (R.H.D (Right hand drive)، وذلك حتى تضع حدا للممارسات المتمثلة في شراء سيارات من ألمانيا لتصدر بعد ذلك للمملكة المتحدة بسعر أعلى.

وقد أدانت اللجنة الأوروبية هذه الممارسة، كما أكدت محكمة العدل الأوروبية عند نظر الطعن المرفوع إليها بأن « رفض البيع لا يشكل ممارسة من جانب واحد، بل تدخل ضمن العلاقات التعاقدية التي تقوم بين المؤسسة وموزعيها»⁽⁴⁾.

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 133.

(2) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 192.

(3) نفس الحل اعتمد في قضية BMW Munich المشار إليها سابقاً، انظر ص 81 من المذكرة.

(4) « Une pareille décision de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui, comme le soutiennent les requérantes ,échapperait à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 du traité, elle s'insère par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec ses revendeurs» point 21, arrêt CJCE, affaire jointes 25 et 26/84, du 17 septembre 1985, relative a la concurrence-système de distribution, recueil de jurisprudence, 1985, p. 2725.

وقد اعتمدت محكمة العدل الأوروبية تحليلا مماثلا في قضية SANDOZ بتاريخ 11 جانفي 1990، والمتعلقة ببند منع التصدير الوارد هذه المرة في الفواتير الموجهة من الشركة للموزعين، حيث اعتبرت المحكمة أن هذه الفواتير التي انطوت على العديد من الشروط، لا تعد تعبيرا عن إرادة منفردة « ne peuvent être considérées comme l'expression d'une volonté unilatérale »⁽¹⁾.

وعلى حد تعبيرها فإن « وصول الشراء المتكررة والقبول المتتابع ودون اعتراض من طرف الموزع للأسعار المحددة في الفواتير المتضمنة عبارة "ممنوع التصدير" يعتبر قبولا ضمنيا للبنود المذكورة في الفاتورة من طرف هذا الأخير »⁽²⁾.

إن الإشارة إلى القبول الضمني ومحاولة استنباطه من ملاسبات كل قضية على حدة هو إعمال لتحليل قانوني منسجم مع ما هو مستقر في النظرية العامة للعقد، فالمظهر الخارجي للقبول يمكن أن ينتج عن سلوك بسيط نستشف من خلاله إرادة المتعاقد.

وعلى الرغم من الانسجام مع قانون العقود في كل القضايا التي تعرضنا إليها، فإنه في المقابل نلاحظ أن معظمها يتعلق بعقود إذعان يقتصر فيها الموزعون على قبول ما يعرض عليهم من شروط، دون إمكانية مناقشة ما تتضمنه، حيث يتم إعداد العقد وتحديد مضمونه مسبقا من طرف المنتج أو المورد⁽³⁾، ولهذا السبب نرى أنه من غير السليم توقيع غرامات على الطرف المذعن لأن الشروط محل المنع المتابع من أجلها ليست في صالحه في معظم الأحيان.

ومهما يكن من أمر فإن الإذعان لا ينال من قيام العقد، بالنظر إلى أن حرية التفاوض حول مضمونه لا تعتبر شرطا للتكليف التعاقدي.

⁽¹⁾ Arrêt CJCE, n°C227/87, du 11 janvier 1990, Sandoz produits pharmaceutici SPA Contre CCE, concurrence-notion d'accord, recueil de jurisprudence, 1990, p. I-45.

⁽²⁾ Ibidem.

⁽³⁾ BRUNETTI Nathalie, op.cit, p.21.

المطلب الثاني:

إلزام الإرادات لبعضها البعض في الاتفاق المحظور

يقصد بالقوة الملزمة للعقد عموماً احترام القانون الذي ينشأ عن الاتفاق، بحيث إذا توفرت مكنت من مساءلة احد الطرفين قبل الآخر⁽¹⁾، فلا يكفي مجرد توافق بين إرادات على أمر ما بل لا بد أن تتوفر لدى الأطراف نية استخدام الجزاء القانوني لتنفيذ مضمون العقد، من خلال اتجاه الإرادات إلى إحداث أثر يضيف عليه القانون الجزاء الذي يكفل احترامه بواسطة السلطة العامة، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر لا نكون بصدد عقد بالمعنى القانوني⁽²⁾.

وبما أن الاتفاق المحظور يعد وسيلة لتسيير وتنظيم مخاطر المنافسة، فهو بهذا الوصف يتطلب حداً أدنى من الترابط بين أطرافه، فهل يكفي ذلك للقول بالزاميته؟ وما مدى اعتداد سلطات المنافسة بذلك؟.

لقد تباينت وجهات النظر حول هذه المسألة، فهناك من الفقهاء من نفى عن الاتفاق المحظور الطابع الإلزامي واعتبره قبل كل شيء « مسألة واقعية مستقلة عن كل تصرف قانوني » في حين قال بعضهم بظاهرة تدرج القوة الإلزامية بتنوع أشكال الاتفاق.

فالاتجاه الغالب من الفقه يقر بالطابع الإلزامي لكل من الاتفاقات Accords، الاتفاقيات Conventions بين المؤسسات وكذا بالنسبة لقرارات جمعيات المؤسسات Décisions، ويعتبر أن طابعها الإلزامي قد يكون أخلاقياً أو قانونياً، (عكس قانون العقود)، ليبقى المشكل مطروحاً بالنسبة للأعمال المدبرة « Les actions concertées ».

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 248.

(2) توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 38. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 46.

الفرع الأول:

الاتفاقات المحظورة ذات القوة الإلزامية

تشمل فئة الاتفاقات المحظورة ذات القوة الإلزامية كل من الاتفاقات Accords، الاتفاقيات conventions (أولا) وقرارات جمعيات المؤسسات (ثانيا).

أولا: الاتفاقات والاتفاقيات بين المؤسسات.

بازدهار قانون المنافسة، يبدو أن مصطلح الاتفاق Accord بين المؤسسات قد قطع الصلة التي تربطه بالعقد، فقد كان النقاش في بداية السبعينيات من القرن الماضي منصبا على العلاقة بين المفهومين، أكد فيه جانب من الفقه على ترادفهما، في حين ظهر الاتجاه الغالب أكثر تحفظا، واعتبروا أن الاتفاق المحظور أو التفاهم يمكن أن يكتشف في اتفاق لا ينشأ التزاما قانونيا وإنما مجرد التزامات أخلاقية⁽¹⁾.

وهكذا فإن الاتفاقات Accords حسب الرأي الفقهي الغالب تنقسم إلى صنفين: تلك التي تنشئ التزامات قانونية وتلك التي تنشئ مجرد التزامات أخلاقية des obligations morales.

ويضم الصنف الأول الاتفاقات التي تأخذ شكلا تعاقديا تقليديا (الاتفاقات التعاقدية) كعقد التوزيع، عقد البيع، عقد الترخيص ... إلخ وكذا تلك التي تنشئ هياكل (الاتفاقات العضوية) كالشركات، الجمعيات، النقابات، الفروع المشتركة ... إلخ.

أما الصنف الثاني، فيدخل ضمنه على سبيل المثال: التعهدات الشرفية « Les engagements d'honneur »، المذكرات « memorandum » والبروتوكولات « protocoles » ...

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 199.

إن قصد الإلزام بمفهومه الواسع متوفر في كلا الصنفين، فسواء كان الالتزام قانونيا أو أخلاقيا فإن هناك دائما تعهدا بين المؤسسات أطراف الاتفاق المحظور.

إلا أن هذا المفهوم الموسع لقصد إلزام الإيرادات لبعضها البعض لم يقعد اللجنة الأوروبية عن البحث عن الالتزام القانوني في قضية *Entente internationale de quinine*، حيث اعتبرت أن اتفاقيات التصدير المبرمة بين المؤسسات الألمانية، الهولندية والفرنسية، بغض النظر عن تسميتها، تتضمن صراحة أحكاما وقواعد ملزمة يمكن فرض احترامها عن طريق اللجوء إلى إجراء التحكيم⁽¹⁾.

كما اعتمد مجلس المنافسة الفرنسي نفس المنهجية في قضية تتعلق باتفاق أسعار بين مانح للامتياز *franchiseur* ومتلقي الامتياز *franchisé*، حيث اعتبر أن: « الإشارة في وثائق موجهة للزبائن إلى مبلغ ونسب العمولة والتكاليف والمصاريف الجزافية تحول دون إمكانية اعتبارها توصية بسيطة لهامش الربح أو للسعر الموصى به »⁽²⁾.

وهكذا، فإن سلطات المنافسة قد لجأت إلى تكييف الممارسات ولم تكثف بالتكييف المعتمد من أطرافها، وذلك بالاستناد إلى عبارات الاتفاق ومدى إلزاميتها، وهو نفس الدور الذي يقوم به القاضي في مجال العقود.

كما قد تعتبر بعض الوثائق منافية للمنافسة حتى ولو كانت خالية من كل أثر إلزامي بمفهومه القانوني، حيث سبق للجنة الأوروبية أن اعتبرت تعهدين شرفيين « *gentlemen's agreement* » بمثابة اتفاق محظور، وذلك بمناسبة قضية *Entente internationale de quinine*، فعلى حد تعبيرها فإن التعهدات الخالية من كل اثر

⁽¹⁾ Décision CCE, n° IV/26.623, du 16 juillet 1969, relative a une procédure au titre de l'article 85 du traité, journal officiel n° L192 du 05/08/1969, pp. 5-22.

⁽²⁾ Décision *cons.conc*, n° 93-D-43, du 19 octobre 1993, relative aux pratique des entreprises du réseau de franchise à l'enseigne « Troc de l'Île », www.Autoritedelaconurrence.fr.

قانوني ملزم تكون قابلة- حسب ظروف كل قضية- للخضوع لنص الفقرة 1 من المادة 85 من معاهدة روما⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف مجلس المنافسة الفرنسي عند خلو الممارسة من الطابع الإلزامي، فقد سبق له أن اعتبر الشروط العامة للبيع، حتى ولو كانت غير واجبة على المؤسسات المنظمة للإتحاد، يمكن أن تحرض هذه المؤسسات على التوحيد والموائمة بين أوضاعها المالية⁽²⁾.

يستفاد من كل ما سبق ذكره أنه لا يشترط في قانون المنافسة أن تتجه إرادات المؤسسات إلى إحداث آثار قانونية، فعدم توافر عنصر الإلزام أو تعذر الكشف عنه لا يؤثر على تكييف الممارسة بأنها اتفاق محظور، إذ تكفي سلطات المنافسة غالبا بالتزام أخلاقي.

ثانيا: قرارات جمعيات المؤسسات.

إن مصطلح « قرار » يعد مألوفا في المفردات القانونية أكثر من عبارة « تفاهم entente »، « تحالف coalition »، « تشاور concertation » أو « عمل مدير pratique concertée » .

وينطوي مصطلح قرار بطبيعته على تصميم على عمل أو تصرف، وبالتالي فإن إلزاميته ليست محل شك بخلاف مدى تعدد الإرادات فيه⁽³⁾.

إلا أن سلطات المنافسة غالبا ما تجد نفسها أمام توصيات Recommandations صادرة عن جمعيات المؤسسات أو عن الهيئات الممثلة؛ كالنقابات Syndicats والجمعيات Associations والاتحاديات fédérations.

⁽¹⁾ Décision CCE, n° IV/ 26.623, op.cit.

⁽²⁾ Décision cons.conc, n° 94-D-08, du 1 février 1994, relative a des pratiques relevées dans le secteur de la pierre calcaire et du marbre. www.Autoritedelaconurrence.fr.

⁽³⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit. p. 202.

وأمام هذه الظاهرة، فإن العديد من الباحثين درجوا على اعتبار التوصية قرارا إذا ما كانت ملزمة *contraignante dans son principe*، كما سلكت الهيئات الأوروبية نفس الاتجاه، حيث تقوم محكمة العدل الأوروبية بتحليل الظروف التي أحاطت بصدور التوصية المزعومة حتى تقف على مدى إلزاميتها⁽¹⁾.

وقد سبق للمحكمة أن اعتبرت في قضية FEDETAB، أن توصية جمعية غير ربحية تشكل في حقيقة الأمر قرارا، وذلك استنادا على النظم الأساسية لهذه الجمعية التي نصت على خاصيتها الإلزامية⁽²⁾.

وفي قضية أخرى رجعت المحكمة إلى عبارات التوصية نفسها، وقررت أنه على الرغم من تكييفها من طرف Verband كتوصية غير ملزمة، إلا أنها مصاغة بعبارات تفيد الوجوب وبالتالي وجب اعتبارها قرارا⁽³⁾.

الفرع الثاني:

الأعمال المدبرة والإلزام.

من المؤكد بصفة عامة أن الأعمال المدبرة غير ملزمة لأطرافها (أولا) إلا أن هذا التأكيد فيه استهانة وتقليل من شأن وأهمية الضغوطات الاقتصادية (ثانيا).

أولا: الطابع غير الملزم للعمل المدبر.

إن مناط التمييز بين العمل المدبر والأشكال الأخرى للاتفاقات المحظورة، هو خلو الأول من أي أثر ملزم، وهي خاصية ينفرد بها عن ما عداه من أشكال وأنواع.

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 203.

⁽²⁾ Arrêt CJCE, affaires jointes 209 à 215 et 218/78, du 29 octobre 1980, Heintz Van Landewyck SARL et autres contre CCE, Recueil de jurisprudence, 1980, p. 3125.

⁽³⁾ Arrêt CJCE, affaire 45/85, op.cit, p. 405.

فالاتفاقات والقرارات- كما رأينا- تستوجب وجود إلزام على الأقل أخلاقي على عاتق أطرافها في حين أن أطراف العمل المدبر لا يتعهدون بشيء حتى أخلاقيا⁽¹⁾.

وفي هذا الشأن يقول KOVAR « على خلاف الاتفاقات *Accords* فإنه ليس للأعمال المدبرة عرض إنشاء أو إحداث التزامات أو تعهدات، فهي مجرد سلوكات واقعية ». وقد وافقه فيما ذهب إليه J.B BLAISE حيث يرى بأن « ما يعبر عنه بالإرادة الضمنية في قانون المنافسة يختلف عن العقد، ففي بعض الأحيان عندما تبرم المؤسسات اتفاقا محظورا قد تحتفظ كل واحدة منها لنفسها بإمكانية تغيير موقفها حسب ما يناسبها⁽²⁾ ».

كما يكشف عن هذا التمييز كذلك، طريقة التعامل مع الممارسات الصادرة عن جمعيات المؤسسات، حيث يكتفي الباحثون بقرارات عندما تكون ملزمة، وكأعمال مدبرة عندما تكون متبوعة فقط بآثار ماسة بالمنافسة⁽³⁾.

بل أن هذا التمييز معمول به أيضا على مستوى الاجتهاد القضائي، حيث سبق لمحكمة العدل الأوروبية أن قررت في قضية *Matières colorantes* « إذا كانت المادة 85 من معاهدة روما تفرق بين فكرة الأعمال المدبرة وتلك المتعلقة بالاتفاقات بين المؤسسات أو قرارات المؤسسات، فإن ذلك بهدف توسيع دائرة الحظر وكشف حالات التنسيق بين المؤسسات، التي وإن لم تصل إلى حد إنشاء اتفاقية بالمعنى المعهود، إلا أنها تشكل تنسيقا عمليا بينها عن دراية لتقييد المنافسة⁽⁴⁾ ».

وعلى ضوء الأفكار السابقة يستفاد أن انتفاء الطابع الإلزامي يؤدي إلى تدهور أو تراجع *dégradation* اتفاق *Accord* أو قرار *décision* إلى عمل مدبر.

⁽¹⁾ CLAUDE Emmanuelle, op.cit, p. 203.

⁽²⁾ براهيمي نوال، مرجع سابق، ص 40.

⁽³⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 203.

⁽⁴⁾ Arrêt CJCE, affaire n°48-69, op.cit, p. 619.

وقد انتقد بعض الكتاب هذا الرأي، فهو حسبهم ينطوي على خلط بين الشكلي والإلزامي « Le formel et l'obligatoire »، ومن بين هؤلاء الكتاب AMMAR الذي انتقد عدم التمييز بين التعهد الذي ينطوي على إلزام والعمل الذي يصعب الإتيان بدليل عليه، فغياب الشكل - حسبه - غير مرادف لغياب الالتزام⁽¹⁾.

ثانياً: العمل المدبر لا يستبعد الإلزام.

إن خاصية الإلزام تظهر بوضوح في الأعمال والممارسات ذات "الطبيعة التعاقدية"، فهي ملازمة للتكييف التعاقدية، وبالتالي لا حاجة لإثباتها، بل بالعكس فإن انتفاء الطابع الإلزامي (عدم ترتيب آثار قانونية) هو الذي يجب أن يثبت إذا ما أريد تنفيذ التكييف التعاقدية الظاهر للممارسة⁽²⁾.

إن الاتفاقات المحظورة التي تأخذ شكلاً تعاقدياً هي بطبيعتها ملزمة، كعقود الامتياز، الترخيص، الفرانشيز... إلخ (contrat de concession, contrat de licence, contrat de franchise)، فلا شك حول قانونيتها Juridicité، فهي إما صحيحة أو باطلة دون أن تكون طبيعتها القانونية محل تساؤل أو محل شك، وإذا كانت صحيحة فإن النظام القانوني يفيدها من حمايته، أما إذا كانت غير مشروعة فتكون عرضة للبطلان أو لتعديل مضمونها⁽³⁾.

وفي حالة غياب العقد بمفهومه المدني، بصفة قطعية، فإن توظيف مصطلحات وعبارات تفيد الوجوب هو الذي يسمح بتكييف الممارسة كعمل ملزم ذي قوة إلزامية، وهي الطريقة المتبعة بخصوص الاتفاقات Accords التي لا تنشئ التزامات قانونية وكذا بخصوص التوصيات الصادرة عن الجمعيات⁽⁴⁾.

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 203.

(2) فإذا استوفى العقد جميع أركان وشروطه، توفرت له قوته الملزمة، ويصبح مضمونه واجب التنفيذ ويحسن نية، انظر: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 203.

(3) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 205.

(4) Ibid., p. 206.

إلا أنه يستعصى تطبيق هذه المؤشرات التي تظهر عادة الإلزام على حالة الأعمال المدبرة، لأنها سلوكية Comportementale أكثر منها اتفاقية أو كتابية، بالنظر إلى أن حجز الوثائق الدالة عليها يشكل الاستثناء، وتكون هذه الوثائق في غالب الأحيان غير قطعية في الدلالة على وجودها، مما أدى إلى اعتبارها عديمة الإلزام، ولا ترتب أثرا قانونيا على أطرافها، إلا أن البعض رأى أن الإلزام موجود أيضا بالنسبة لهذه الأعمال، لكنه لا يمكن أن يكون إلا خارج القانون « Extra-juridique »⁽¹⁾.

1- غياب الإلزام القانوني في العمل المدبر.

إن العمل المدبر كنوع من أنواع الاتفاقات المحظورة غير مناف للمنافسة بطبيعته وإنما يكون غالبا منافيا لها عمليا (من الناحية العملية)، فتصيبه في هذه الحالة عدم المشروعية. وقد اعتبر بعض الكتاب أن ميزة الخفاء التي ينفرد بها تعد علامة على عدم مشروعيته، لهذا فمن غير المنطقي أن يجازى من طرف القانون بأن يضمن قوته الإلزامية بتفعيل الجزاء عن عدم تنفيذه أو الإخلال به⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن غياب الجزاء القانوني، المرتبط وجودا وعدما بالقوة الإلزامية، يصدد الأعمال المدبرة، ليس نتاج عملية اتفاقية (إرادة التنازل عن سبل القانون) (La volonté de renonciation aux voies de droit) لكنه نتاج رفض النظام القانوني تقرير الجزاء، حيث يشترط لذلك عدم الإخلال بالنصوص القانونية، وبعبارة أخرى فإن المؤسسات أطراف العمل المدبر لا يرفضون القوة التعاقدية وإنما يعلمون أنهم محرومون منها، فهم ببساطة يحاولون إخفاء ترتيباتهم بتجنب اللباس التعاقدية، ويخفون بالنتيجة عدم مشروعيتها تحت قناع عدم الإلزام الظاهري⁽³⁾.

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 207.

(2) Ibidem.

(3) Ibidem.

2- وجود الإلزام في العمل المدبر خارج القانون.

إن الأعمال المدبرة لا تعتبر دون أدنى شك مصدر إلزام مدني، ولا يعدو ذلك أن يكون إلا نتيجة لآثارها، ورغم ذلك اعتبر بعض الباحثين أن الإلزام موجود حتى بصدها ، لكنه لا يمكن أن يكون إلا خارج القانون⁽¹⁾.

ومفاد وجود الإلزام خارج القانون أن جزء الإخلال بالعمل المدبر ليس بجزء قانوني وإنما هو جزء من نوع آخر يتخذ شكل عقوبات بين المؤسسات أنفسهم تضمن تنفيذ العمل المدبر .

فخطر فقدان حصص السوق والمساس بالسمعة تشكل في الحقيقة دافعا قويا لاحترام التعهدات المكتتبه، كما يمكن أن نشير هنا أيضا إلى التهديد بحذف العلامة أو المنتج من المراجع المقترحة في مراكز البيع Le déréférencement، عدم تجديد عقد التوزيع، التهديد بالمقاطعة وغيرها من أشكال الانتقام المختلفة، بل أن مجرد وجود تبعية اقتصادية تمكن في نهاية المطاف من إلزام المؤسسة على الخضوع لشروط الاتفاق⁽²⁾.

ونلاحظ هنا أن فرضيات الإلزام خارج القانون متعددة، وبالتالي فإن العمل المدبر ليس بطبيعته خال من القوة الإلزامية، لذلك فإن اعتبار القوة الإلزامية معيارا للتفرقة بين أنواع الاتفاقات المختلفة يعد غير سليم.

إن مصدر الإلزام يتموضع خارج القانون بالنسبة لكل أنواع الاتفاقات، فليس مصدره سلطة خارجية وإنما السوق نفسه والمخاطر المتعرض لها فيه، فالاتفاق المحظور قبل كل شيء هو وسيلة لتنظيم مخاطر المنافسة، ولزومية تنظيمها تجمع وترتبط بين أطرافه (تنظيم المخاطر شكل غير مباشر للإلزام).

(1) CLAUDEL Emmanuelle, op.cit, p. 207.

(2) Ibid., p. 208.

إن هذا التحليل يجمع بين كل أشكال المشاورات و يتجاوز التفرقة بين الاتفاقات، قرارات الجمعيات والأعمال المدبرة، إذ يتعلق الأمر وينصب بصفة جوهرية على تنظيم المنافسة⁽¹⁾.

بالأخذ بعين الاعتبار المفهوم المميز لكل من الاتفاق المحظور و العقد، فقد كان من المنطقي محاولة التقريب بينهما، إذ يوجد بين المفهومين تقاربا حقيقيا، فالإجراء الخاص لإنشاء الاتفاق والذي يربطه بالعقد لكي يميزه عن الواقعة القانونية يتمثل في تلاقي ارادتين فأكثر لهدف عملي محدد: انتاج آثار قانونية تصب في المصلحة المشتركة لأطرافه.

وعلى الرغم من هذا الدور المحوري للإرادة في كلا الاصطلاحين، خصها قانون الاتفاقات المحظورة بشروط وأحكام اضافية مقارنة بالقانون العقود، نتج عنها عدم الاعتداد بها إلا اذا كانت مستقلة، وتكون كذلك اذا قام طرفا الاتفاق بتحديد استراتيجيتهما التجارية واتخاذ قراراتهما في السوق دون تبعية في ذلك لبعضهما البعض، حتى ولو كانا مستقلين من الناحية القانونية.

كما أن عدم قبول سلطات المنافسة للإكراه كعيب من عيوب الارادة، والاكتفاء أحيانا بإرادة مكرهة للقول بوجود اتفاق، وعدم وجود أي قرار صريح يثبت الأخذ بما عداه من العيوب الأخرى، يدفعنا الى القول بالطابع المصطنع لمطلب وجود الارادة و انعدام نزعة حماية الارادة في قانون الاتفاقات المحظورة، حيث يستجيب لمنطق وظيفي يتمثل في حماية السوق.

بالإضافة الى كل ذلك فان هاجس الكشف وضبط الأشكال الشديدة الخفاء للاتفاقات ومحاولة مد القمع اليها قد قاد في نهاية المطاف الى الاكتفاء بالقرائن في اقامة الدليل على الارادة التواطئية، مما أدى الى انتقال عبء الاثبات الى المؤسسات.

⁽¹⁾ CLAUDEL Emmanuelle, op.cit. p. 208.

وبتتبع طرق الكشف عن وجود تلاق بين إرادات المؤسسات، يتضح أن سلطات المنافسة تحاول التخلص من المفهوم المدني له ومنحه مفهوما أكثر اتساعاً، وهي بذلك تعطي أساساً قانونياً مصطنعاً لإجراء قمعي لا يحوز إلا على تبرير اقتصادي.

وان كانت الممارسة لا تنفي وجود انسجام مع قانون العقود في العديد من الحالات، فإنه يظهر من الجوهرى التبليغ عن انحراف خطير على المؤسسات، حيث أن هذا المفهوم الخاص لتلاقي الارادات بقصد تجنب صعوبات الاثبات قد يثقل ذمتهم المالية بغرامات غير مبررة لا تبرز بصفة قطعية أن اختلال السوق قد كان مصدره نظام ارادي أو تعاقدى.

أما في جانب مدى اشتراط الزام الارادات لبعضها البعض، فان سلطات المنافسة تبحث عنه بصدد الاتفاقات التي تأخذ شكلا تعاقديا، أما في الأشكال الأخرى فتحاول الكشف عن وجوده بالنظر الى الظروف المحيطة به.

وقد أثارت الأعمال المدبرة اشكالية في هذا الصدد لأنها لا تنطوي - باعتبارها سلوكية - على اي الزام حتى من الناحية الأخلاقية، وقد فسر ذلك بعض الباحثين بالقول بعدم وجود أي اختلاف بين كل أشكال الاتفاقات بالنظر الى وجود الالزام بصددها جميعا خارج القانون، فتنظيم المخاطر شكل غير مباشر للإلزام حيث تهدف كلها الى عرقلة حرية المنافسة من أن تلعب دورها حتى تتجنب المؤسسات المخاطر المتولدة عنها.

الخاتمة:

ان المنافسة، كتنظيم اقتصادي ليبرالي، تحافظ على تقارب معين مع العقد. ان كلاهما يرتكزان على فكرة الحرية الفردية وعلى الأولوية المتروكة للمبادرة الخاصة، فتقنيا يمكن القول أن مبدأ حرية المنافسة ومبدأ الحرية التعاقدية ينبثقان عن نفس المبدأ الدستوري للحرية الاقتصادية، بالنظر الى أن تحقيق المصالح الفردية بفضل التعاقد يؤدي الى تحقيق التوازن الاقتصادي العام.

ورغم هذا التقارب والانسجام بين مبدأ المنافسة الحرة والعقد في المنطلقات الفلسفية، فان متطلبات حماية هذه المنافسة من الممارسات المنافية لها قد أدى الى صراع بينهما، وقد ركزنا في القاء الضوء على هذا الصراع على فكرة الاتفاقات المحظورة لتقاطعها مع مفهوم العقد في العديد من الأمور وتأثيرها عليه من عدة نواح.

حيث لم يسلم قانون العقود من تأثيرات بالغة الأهمية رغم تموقعه على مستوى مغاير لمستوى للاتفاق المحظور، فهو يهدف الى تحقيق وحماية المصلحة الخاصة لأطرافه، في حين يهدف قانون الاتفاقات المحظورة الى الدفاع عن المصلحة العامة (السير الحسن للسوق وحماية المنافسة).

ان أهم ما يميز أحكام الاتفاقات المحظورة هو اعتمادها الكبير على المفاهيم والمصطلحات الاقتصادية التي تعد غير دقيقة من الناحية القانونية، كالسوق، المؤسسة، المنافسة الفعلية، النمو الاقتصادي، الفعالية الاقتصادية... الخ. وهذه الظاهرة تعبر دون شك عن التخلي عن المعايير القانونية لصالح معايير اقتصادية في اعداد قواعد قانون المنافسة.

وترجع عدم دقة هذه المصطلحات الى عدم استقرار النظريات الاقتصادية المستقاة منها وخصوصية النسبية والحركية التي تضيف عليها، وبالتالي فهي تعيق كل محاولة تهدف الى

ضمان خاصية العمومية لقواعد المنافسة بأن تحدد سلفا وبدقة ما يجب فعله وما يجب الامتناع عنه وما هو مباح، الأمر الذي يهدد بشكل واضح أمن المؤسسات.

ان تعذر ضبط سلوك المؤسسات وفق أنماط محددة مسبقا مصدره تعقد الظاهرة الاقتصادية الذي يفضي منطقيا الى عدم امكانية تحديد ما يجب أن يكون هذا السلوك على مقتضاه. حيث تظهر القاعدة القانونية معها عاجزة عن ضمان الأمن القانوني واستقرار المعاملات بخصائصها المعروفة.

وقد ادى غزو المصطلحات الاقتصادية لقانون المنافسة الى تأثر العقد بشروط مشروعية الاتفاقات، وخضوعه لمنطق اخر غير منطق القانون المدني، اذ ان هناك اختلافا جوهريا بين مفهومها في كلا القانونين، فهي تعبر في قانون المنافسة عن تقييد الاتفاق لحرية المنافسة وإخلاله بالسير العادي للسوق سواء بغرضه أو بأثره الفعلي أو الاحتمالي، وبذلك فهي تستلزم تحديد نطاق تقف فيه سلطات المنافسة على مدى تحقق هذا التقييد يسمى بالسوق المرجعية.

وبمعنى آخر، فان لعدم المشروعية نطاق غير محدد سلفا، ينفرد مجلس المنافسة في تحديده بمناسبة نظره في كل قضية على حدة، ومن نتائج ذلك أن يكون لنفس الاتفاق في سوقين مختلفتين اثارا ونتائج متفاوتة في كل منهما.

أما الميزة الثانية لأحكام المشروعية فتتمثل في تمتع مجلس المنافسة بسلطة تقديرها، حيث يتأثر مفهوم المساس بالمنافسة في هذا المجال بنموذج المنافسة المعتمد في التحليل، والذي يعد نسبيا وديناميكيا يختلف باختلاف الزمان والمكان، و يؤدي هو الاخر الى استحالة توقع المؤسسة لنتائج أفعالها.

بل أكثر من ذلك، حيث أدى تطبيق فكرة عتبة الحساسية الى التمييز بين درجات في عدم المشروعية نفسها والى قبول بعض الاتفاقات رغم مساسها بالمنافسة لعدم أهمية و

محسوسية هذا المساس، وبالتالي فإن تحقق فرض قاعدة الحظر لا يستوجب بصفة مطلقة تطبيق حكمها.

كما أن الاستثناءات المقررة قانونا والتي تجعل العقد مشروعاً لمساهمة في التطور الاقتصادي، ليست هي الأخرى معبرة عن انسجام تام مع قانون العقود للاعتماد في الترخيص بالاتفاقات فكرة التطور الاقتصادي التي تعد فكرة غامضة، غير واضحة المعالم ومتوقفة بشكل كبير على السياسة الاقتصادية للدولة.

وتكشف كل هذه الأحكام على أن مشروعية الاتفاق هي سياقية بالأساس Contextuelle، لذلك تصبح الإجراءات القمعية غير متوقعة ولا يمكن التنبؤ بها من طرف المتعاقدين الذين يتعذر عليهم الحكم على مدى توافق عقودهم مع متطلبات النظام العام الاقتصادي لعدم سيطرتهم على السياق الاقتصادي الذي يحيط بهم، ومن شأن ذلك أن يجعل من العقد المشروع في النظرية العامة غير مشروع في قانون المنافسة.

وقد طال التأثير مبدأ نسبية العقد بفعل المفهوم المميز للمؤسسة، الذي يفرق بينها وبين الشخص القانوني الذي يستغلها، حيث يتم في مرحلة أولى تحديد مجموع العناصر التي ساهمت في القيام بالاتفاق المحظور ليتم، بعد ذلك، تحديد الشخص الذي أصبح مسؤولاً عن استغلال مجموع هذه العناصر، وبفعل ذلك يمكن أن تنتقل آثار الاتفاق إلى غير أطرافه و يضار به من لم يكن طرفاً فيه.

ولم تسلم الحرية التعاقدية أيضاً من التأثير بما لسلطات المنافسة من صلاحية في توجيه أوامر لها طابع تصحيحي وتقويمي، حيث يمكن أن تأمر المؤسسات بالتعاقد أو بالامتناع عن التعاقد أو أن تملي عليهم مضمون عقودهم أو تتدخل بتعديلها، وقد كشفت عن ذلك بوضوح قضية الخزانات التي فصلنا فيها.

و يتضاءل دور النية في الاتفاق المحظور لعدم اشتراط اتجاهها الى المساس بالمنافسة، وعدم منحها أية أهمية إلا في شأن توقيع العقوبات، خلافا لقانون العقود الذي تشغل فيه مركزا مرموقا.

وقد وضحنا أن كلا التصورين يتقاربان من حيث طريقة تكوينهما، حيث أن كلاهما ينشأ عن توافق ارادات ويتطلب تعددا في أطرافه، فهنا يلتقي كلا القانونين، وبالتالي تعد استقلالية قانون الاتفاقات المحظورة عن القانون المدني في هذه النقطة غير تامة.

فمراعاة فكرة الارادة واعتمادها في التحاليل هي في الواقع أمر ضروري، حيث يشترط أن تكون الارادة مصدر الاخلال بالسوق، وفي غياب هذا الشرط لا يعد تدخل سلطات المنافسة في العقد مبررا ومشروعا.

ورغم هذا الانسجام، ينفرد قانون المنافسة في مفهوم استقلالية الارادة والتي ينحصر مفهومها في ضرورة اتباع كل طرف لسياسة وإستراتيجية خاصة في السوق، لذلك فان الكشف عن الارادة يعد غير كاف للقول بوجود اتفاق.

كما لا يراعى سلامة الارادة من العيوب التي يمكن أن تلحقها، وبالنتيجة يعتد بها حتى ولو كانت مكرهة، حيث لا يعنى قانون الاتفاقات المحظورة بحماية المؤسسات بل يهدف الى ضبط السوق (حماية موضوعية).

وكمحاولة لإخضاع التصرفات التي يمكن أن تنتصل من مبدأ الحظر، تكشف ممارسات سلطات المنافسة عن اعتماد مفهوم موسع لتوافق الارادات ليشمل كل من قرارات جمعيات المؤسسات و توازي امتناع عن اتخاذ سلوك، كما يتسع كذلك ليطال مجرد محاذاة وتمائل سلوك مؤسسة ما مع سلوكيات مؤسسات اخرى ناتجة عن اتفاق دون حاجة الى اثبات تلاقي الإرادات، فيكتفى بمجرد توازي أو تماثل الارادات في غالب الأحيان.

وكل ذلك يكشف عن الطابع المصطنع لاشتراط الإرادة بمفهومها المدني وشكلية الإشارة إليها في القرارات، وان كان ذلك لا ينفي وجود تقارب في التحليل في هذه النقطة خاصة بالنسبة لكيفيات إثبات القبول (القبول الضمني).

ونظرا لغياب الدليل على الارادة التواطئية في معظم الأحيان، تلجأ سلطات المنافسة في الكشف عنها الى أسلوب القرائن المتطابقة والتي يطلق عليها في قانون المنافسة "مجموعة المؤشرات الجدية، الدقيقة و المتطابقة"، حيث يعول على تقاطع هذه المؤشرات فيما بينها لإقامة الدليل على الارادة التواطئية.

ويعد هذ النمط في الاثبات خطيرا لسببين: الأول لأنه يتطلب تفكيرا ذو طابع اقتصادي محض بالاستناد الى هيكل السوق.

أما خطورته الثانية فتتمثل في نقله لعبء الإثبات، خاصة مع أهمية الغرامات الموقعة على المؤسسات. ففي فرضية توازي سلوكات غير قابلة للتفسير، يجب على المؤسسات أن تبرر سلوكها اما بتنفيذ التحليل المتعلق بهيكل السوق أو بالتذرع بمصلحة شخصية مشروعة (تقديم تبرير اخر لوقائع غير قابلة للتفسير)، حيث غالبا ما تتخلص سلطة المنافسة من عبء الاثبات بصياغة بسيطة لفرضية منطقية (الأدلة السلبية).

ان مميزات المتعددة لقانون الاتفاقات تكشف عن تأثير حقيقي على العديد من المبادئ ومفاهيم النظرية العامة للعقد، حيث طالت كل من مبدأ الحرية التعاقدية، مبدأ استقرار المعاملات و الأمن القانوني، حسن النية، مبدأ نسبية اثار العقد، وشروط توفر الارادة وتطابقها مع غيرها، فالعلاقة بين قانون الاتفاقات المحظورة وقانون العقود هي اذا معقدة و متشابكة، ولا ينقص من أهمية هذا التأثير الوقوف على بعض ايجابيات فكرة الاتفاق المحظور كالسماح بتسوية نزاعات ظهرت معها الشريعة العامة عاجزة عن تقديم حل عادل لها.

وكما أشرنا في المقدمة، لا يهمننا في هذه الدراسة التأثير نفسه من حيث وجوده أو انعدامه بقدر ما تهمننا طبيعته، فهو يتعدى التأثير في اطار "مبدأ الخاص يقيد العام"، أي بموجب قواعد قانونية خاصة تعتبر استثناء على الشريعة العامة، وإنما يمس بمفاهيم قانون العقود نفسها بتطبيقها بصورة مغايرة وبتعديل فيها دون ترتيب استثناء واضح عليها.

وبما أن القاضي يستخلص مضمون الحل الذي يطبقه من نصوص القانون فان هذا الأمر يطرح إشكال، لأن المصادر الرسمية المباشرة والمكتوبة لقانون المنافسة هي مصادر قليلة جداً، حيث يكفي قانون المنافسة بوضع بعض المبادئ والمنطلقات دون التوسع.

ولا يمكن تبرير ذلك بفكرة أو ظاهرة ازالة التنظيم التي يفرضها التوجه الاقتصادي الليبرالي، بالنظر الى أن ازالة التنظيم العام يحل محله بالضرورة تنظيم وضبط خاص، وهو ما يحاول قانون المنافسة تجنبه بتقرير مبدأ حظر الممارسات المضادة للمنافسة.

ان نذرة النصوص القانونية المتعلقة بالاتفاقات المحظورة راجع الى خصائص قانون المنافسة، الذي يشكل نواة القانون الاقتصادي والمتميز بالحركية لتعدد وتغير النشاطات الاقتصادية، وهو ما يفضي الى القول أنه من الصعب جداً قبول القول بإمكانية تطبيقه الفعال عن طريق القواعد القانونية التقليدية، فخاصيته السياقية *La contextualité* وارتباطه بالواقع الاقتصادي يبرر هذا المنهج في التطبيق، وما تخويل مجلس المنافسة السلطة التنظيمية إلا اعتراف بذلك.

وفي مواجهة نذرة النصوص تظهر أهمية السلطة التنظيمية لمجلس المنافسة، سواء تعلق الأمر بالأنظمة، بالتعليمات أو بالمنشورات، حيث تساهم أساساً في ملئ الفراغات التشريعية كما تعتبر أدوات بيداغوجية قيمة بالنسبة للمؤسسات والقاضي على حد سواء.

ان طبيعة التأثير تكشف عن حداثة قانون المنافسة وعن طبيعة العمل الذي يجب أن يقام. فحتى يتم تقليل شأن هذا التأثير والوصول الى أحكام خاصة، واضحة في كل موضوعات قانون الممارسات المنافسة للمنافسة يجب القيام بمايلي:

- الممارسة الفعالة والمتواترة للسلطة التنظيمية، التي يقصد بها صلاحية تحديد القواعد التي تسمح بتطبيق القانون دون الخروج عنه، وذلك بتفعيل نص المادة 34 من أمر رقم 03-03 التي تنص « يمكن مجلس المنافسة اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 49 مئة هذا الأمر »، فتكريس هذا الاجراء يعتبر ضروريا نظرا لصعوبات ميدان المنافسة المشار اليها.
- التكريس التشريعي للحلول المستقرة في العمل القراري للمجلس وفي الأنظمة والتعليمات والمناشير التي يصدرها حتى نصل الى الاستقرار القانوني في مجال المنافسة.
- تفعيل اجراء التصريح بعدم التدخل كإجراء وقائي وبيداغوجي يتأكد من خلاله مجلس المنافسة من مدى مطابقة اتفاق ما مع قواعد المنافسة قبل تنفيذه حماية للحرية التعاقدية للمؤسسات.

ليبقى التساؤل قائما حول مدى دستورية السلطة التنظيمية لمجلس المنافسة ومدى الزاميتها للهيئات القضائية المراقبة له ؟، وما الحل المتبع في حالة تناقض الحلول بين أنظمة المجلس والاجتهادات القضائية خاصة في ظل انعدام اي الزام لهذه الأخيرة واعتبارها مصدرا تفسيريا للقانون لاغير؟.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية.

1. الكتب:

- 1- الماحي حسين، تنظيم المنافسة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 2- بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 3- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 4- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة)، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2005.
- 5- توفيق حسن فرج، جلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - أحكام الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 6- جواد نبيل، إدارة وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة PME، الطبعة الأولى، الجزائرية للكتاب، درارية، 2006.
- 7- سلطان أنور، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 8- شكري سرور محمد، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 9- شلبي محمد أمل، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار - دراسة مقارنة -، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008.
- 10- فيلاي علي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

11- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 و القانون 02-04، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.

12- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- الرسائل الجامعية:

1- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003-2004.

2- مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في اطار عقود التوزيع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص "قانون"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015.

3- مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون فرع "قانون الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 6 ديسمبر 2012.

ب- المذكرات الجامعية:

1- براهيم نوال، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.

2- بن بخمة جمال، مجلس المنافسة في ضوء الأمر رقم 03-03 والنصوص المعدلة له، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2010-2011.

- 3- بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص- قانون الأعمال-، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2004-2005.
- 4- بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 5- بولكلور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2009-2010.
- 6- توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- 7- خمايلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "تحولات الدولة"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 8- زعموم إلهام، حماية المحل التجاري (دعوى المنافسة غير المشروعة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.
- 9- قابلة صورية، مجلس المنافسة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2000-2001.
- 10- مساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 10-05-2011.

- 11- مسعد جلال، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.
- 12- نصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2003-2004.

III. المقالات:

- 1- العمري صالحة، "ضبط أبعاد مصطلح دعوى المنافسة غير المشروعة في التشريع الجزائري"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ص 263-272.
- 2- دغيش حملاوي، "مشروعية محل العقد بين الشريعة والقانون"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ص 347-355.
- 3- عيساوي عز الدين، "العقد كوسيلة لضبط السوق"، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008، ص 205-216.
- 4- كتو محمد الشريف، "حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مجلة ادارة، مجلد 12، عدد 23، 2002، ص 53-76.
- 5- نسيغة فيصل، دنش رياض، "النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008، ص 165-181.

IV. النصوص القانونية:

أ- الدستور:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 28 نوفمبر 1996 منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

ب- الاتفاقيات الدولية:

الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159، مؤرخ في 27 أبريل 2005، ج ر عدد 31، صادر بتاريخ 30 أبريل 2005.

ج- النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 28 جويلية 1966، يتضمن قانون العقوبات ، ج ر عدد 49 صادر في 11 جويلية 1966، معدل ومتمم.
- 2- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- 3- قانون رقم 89-12، مؤرخ في 5 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج ر عدد 29، صادر في 19 جويلية 1989 (ملغى).
- 4- أمر رقم 95-06، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، صادر في 22 فيفري 1995 (ملغى).

5- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36 الصادر في 02 جويلية 2008، معدل ومتمم بموجب القانون 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46 صادر في 18 أوت 2010.

6- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

7- قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، عدد 15 صادر في 8 مارس 2009.

8- قانون رقم 12-06، مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02، صادر بتاريخ 15 جانفي 2012.

د- النصوص التنظيمية:

مرسوم تنفيذي رقم 05-175، مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج ر عدد 35، صادر في 18 ماي 2005.

V. الوثائق:

1- رأي مجلس المنافسة رقم 01، مؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت تطبيقا للمادة 35 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة.

2- النشرة الرسمية للمنافسة، مجلس المنافسة الجزائري، رقم 02، 2013.

3- النشرة الرسمية للمنافسة، مجلس المنافسة الجزائري، رقم 03، 2014.

ثانيا: باللغة الفرنسية

I. Ouvrages :

- 1- BLAISE Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçant, concurrence, distribution), LGDJ-Delta, Paris, 1999.
- 2- BOUTARD- LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, Droit français de la concurrence, LGDJ, Paris, 1994.
- 3- BUSSY Jack, Droit des affaires, 2^{ème} éd. Presses de sciences po et Dalloz, Paris, 2004.
- 4- CABANES Christophe, NEVEU Benoit, Droit de la concurrence dans les contrats publics, (pratiques anticoncurrentielles, Abus de position dominante, contrôles et sanctions) , éd. le moniteur, Paris, 2008.
- 5- COMBE Emmanuel, Economie et politique de la concurrence, éd. la découverte, Paris, 2002.
- 6- FRISON- ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie- Stéphane, Droit de la concurrence 1^{er} éd, Dalloz, Paris, 2006.
- 7- GALENE René, Droit de la concurrence et pratiques anticoncurrentielles, éd EFE, Paris, 1999.
- 8- GUEDJ Alain, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, éd. LITEC, Paris, 2000.
- 9- GUYON Yves, Droit des affaires, TOME 1, 7^{ème} édition, éd. economica, Paris.
- 10- J.HAMEL, A.LAGARDE et G.JAUFRET, Traité de droit commercial, 2^{ème} éd, Tome 1, Dalloz, Paris, 1980.
- 11- MALAURIE-VIGNEL Marie, Droit interne de la concurrence, Armand colin, Paris, 1996.

12- VOGEL Louis, Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence, la semaine juridique, éd. Entreprise, Paris, 1996.

13- ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, éd. BERTI, Alger, 2006.

II. Thèses et mémoires :

1- CLAUDEL Emmanuelle, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X- Nanterre, 1994.

2- ZEVOUNOU Lionel, Le concept de concurrence en droit, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit public, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010.

3- ALLOUI Farida, L'impact de l'ouverture du marché sur le droit de la concurrence, mémoire en vue d'obtention du diplôme de magistère en droit option : droit des affaires, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2010-2011.

4- AREZKI Nabila, Contentieux de la concurrence, mémoire en Vue de l'obtention du diplôme de Magister en droit, Option : droit public des affaires, faculté de droit, Université Abderrahmane MIRA, Bejaia, 2010-2011.

5- BRUNETI Nathalie, Droit de la concurrence et droit des contrats, Mémoire D.E.A concurrence et consommation, université de Montpellier I, 1994-1995.

6- DORAY Hugo, La preuve dans les pratiques anticoncurrentielles, mémoire présenté dans le cadre du master II recherche, mention Droit communautaire et européen, faculté de droit, Université Montesquieu-Bordeaux-IV, 2012-2013.

III. Articles :

- 1- BENSEBAA Faouzi, « La dynamique concurrentielle : défis analytiques et méthodologiques », Finance contrôle stratégie – Vol. 6, n°1, Mars 2003.
- 2- DEBROUX Michel, LAURENCE Nicolas-Vullierme, SARRAZIN Cyril, « Entente », Revue des droits de la concurrence, n°1, 2009.
- 3- MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », www.crids.be.
- 4- PFISTER Etienne, « La communication de *MINIMIS* : un point de vue de l'autorité de la concurrence », Revue trimestrielle de la concurrence, n°1, 2013.
- 5- PICARD Marie, « Concurrence », répertoire contentieux administratif, Dalloz, 2005.
- 6- PRIETO Catherine, « La sécurité juridique dans le droit de la concurrence », *In. Sécurité juridique et droit économique*, éd. Larcier, Bruxelles, 2008.
- 7- RACINE Jean-Baptiste et SIIRIANEN Fabrice, « Sécurité juridique et droit économique propos introductifs », *In. Sécurité juridique et droit économique*, éd. Larcier, Bruxelles, 2008.
- 8- ROIG Eric, « Entreprise - définition juridique », droit-financer.Commentcamarche.Net, juin 2014.
- 9- VOGEL Joseph, « Peut-on échapper au droit de la concurrence grâce à la règle de *MINIMIS* ? », Revue trimestrielle de la concurrence, n°1, 2013.
- 10- ZOUAIMIA Rachid, « Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien », Revue IDARA, Vol. 18, n°36, 2008.

IV. Textes juridiques :

A- Textes juridiques Algériens :

Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003, relative a la concurrence, *JORA*, n° 43, du 20 juillet 2003.

B- Textes juridiques Etrangers:

a- Conventions européennes:

1- Traité de Rome, instituant la communauté européenne, signé le 25 mars 1957, www.constitutioneu.eu.

2- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *JOUE*, n° C 326, du 26 oct. 2012.

b- Textes législatifs français:

1- Ordonnance n° 45-1483, du 30 juin 1945, relative aux prix, *JORF* du 8 Juillet 1945(abrogé).

2- Ordonnance n° 86-1243, du 1^{er} décembre 1986, relative a la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986.

3- Code civil français, www.legifrance.gouv.fr.

4- Code de commerce français, www.legifrance.gour.fr.

V. Jurisprudence :

1- Arrêt *CJCE*, n° 56/65, du 30 Juin 1966, relative a une demande de décision préjudicielle : cours d'appel de paris-France, recueil de jurisprudence, 1966.

2- Arrêt *CJCE*, n° 5-69, du 9 Juillet 1969, relative a une demande de décision préjudicielle, recueil de jurisprudence, 1969.

3- Arrêt *CJCE*, affaire n° 48-69, du 14 Juillet 1972, Imperial chemical Industries LTD contre *CCE*, recueil de jurisprudence, 1972.

4- Arrêt *CJCE*, n°26-76, du 25 Octobre 1977, relative aux systèmes de distribution sélective, recueil de jurisprudence 1977.

5- Arrêt *CJCE*, affaires jointes 209 à 215 et 218/78, du 29 octobre 1980, Heintz Van Landewych SARL et autres contre *CCE*, Recueil de jurisprudence, 1980.

6- Arrêt *CJCE*, n°170/83, du 12 juillet 1984, relatif a l'exonération par catégories d'accords d'exclusivité, Recueil de jurisprudence, 1984.

7- Arrêt *CJCE*, affaire jointes 25 et 26/84, du 17 septembre 1985, relative à la concurrence - système de distribution, recueil de jurisprudence, 1985.

8- Arrêt *CJCE*, n°45/85, du 27 janvier 1987, Relative à la recommandation en matière de primes d'assurance incendie (*verband der sachversisher*), Recueil de jurisprudence, 1987.

9- Arrêt *CJCE*, n°C227/87, du 11 janvier 1990, Sandoz prodotti farmaceutici SPA Contre *CCE*, concurrence-notion d'accord, recueil de jurisprudence, 1990.

10- Arrêt *CJCE*, n°C-41/90, du 23 avril 1991, Recueil de jurisprudence 1991.

11- Arrêt *CJCE*, n°C- 364/92, du 19 janvier 1994. Recueil de jurisprudence 1994.

VI. Documents :

A- Communications de la commission européenne :

1- Communication *CCE*, n°97/C372/03, sur la définition du marché en cause, *JOCE*, n°C372, du 29 décembre 1997.

2- Communication *CCE*, n°97/C372/04, du 09 décembre 1997, concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visée par les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la communauté européenne, *JOCE* n°C372, du 9 Décembre 1997.

3- Communication *CCE*, n°2001/C368/07, du 22 décembre 2001, concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 para. 1 du traité instituant la communauté Européenne, *JOCE*, n°C368 du 22 décembre 2001.

4- Communication *CCE*, n°2014/C291/01, du 30 Aout 2014, concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 para.1 du traité sur le fonctionnement de l'union Européenne (communication de minimis), *JOUE*, n°C291, du 8 Aout 2014.

B- Décisions :

a- Commission européenne :

1- Décision *CCE*, n°IV/129, du 17 Juillet 1968, relative a une procédure au titre de l'article 85 du traité *CEE*, *JOCE*, n°L201, du 12/08/1968.

2- Décision *CCE*, n°IV/22548, du juin 1969, relative a une demande d'attestation négative *JOCE*, n°L165, du 05 juillet 1969.

3- Décision *CCE*, n°IV/26.623, du 16 juillet 1969, relative a une procédure au titre de l'article 85 du traité, journal officiel n°L192 du 05/08/1969.

4- Décision *CCE*, n°IV/24055, du 30 juin 1970, relative a une procédure d'application de l'article 85 du traité *CEE*, *JOCE*, n°L147 du 07 juillet 1970.

5- Décision *CCE*, n°IV/24.510, du 22 décembre 1976, relative a une procédure d'application de l'article 85 du traité *CCE*, journal officiel n°L16 du 19/01/1977.

6- Décision *CCE*, N°IV/31.865, du 21 décembre 1988, relative a une procédure d'application de l'article 85 du traité *CEE*, *JOCE*, N°L 74 du mars 1989.

b- Conseil de la concurrence :• **Algérien :**

Décision *cons.conc*, n°99-D-01, du 23 juin 1999, relative aux pratiques mises en œuvre par l'entreprise nationale des industries électroniques (E.N.I.E) Unité de Sidi-Bel Abbès. (Inédite).

• **Français :**

1- Décision, *cons.conc*, n°87-D-34, du 29 Septembre 1987, relative à la clause de restitution des cuves et matériels dans les contrats qui lient les sociétés pétrolières à leurs revendeurs, www.rajf.org.

2- Décision *cons.conc*, n°91-D-04, du 29 janvier 1991, relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie, www.Autoritedelaconcurrence.fr.

3- Décision *cons.conc*, n°91-D-39, du 17 sept. 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des transports routiers des voyageurs dans le département du nord, www.Autoritedelaconcurrence.fr.

4- Décision, *cons conc*, n°91-D-55, du 03 déc. 1991, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des géomètres experts. www.Autoritedelaconcurrence.fr.

5- Décision, *cons.conc*, n°92-D-56, du 13 Oct.1992, relative aux conditions de commercialisation du super carburant sans plomb à l'indice d'octane recherche 98 (SP98), www.autoritedelaconcurrence.fr.

6- Décision *cons.conc*, n°93-D-19, du 17 juillet 1993, relative à des pratiques de la société Sony France, www.Autoritedelaconcurrence.fr.

7- Décision *cons.conc*, n°93-D-43, du 19 octobre 1993, relative aux pratiques des entreprises du réseau de franchise à l'enseigne « Troc de l'Île », www.Autoritedelaconcurrence.fr.

8- Décision *cons.conc*, n°94-D-08, du 1 février 1994, relative a des pratiques relevées dans le secteur de la pierre calcaire et du marbre. www.Autoritedelaconcurrence.fr.

C- Rapports :

1- Rapport annuel 2002, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2003.

2- Rapport annuel 2003, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2004.

3- Rapport annuel 2004, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2005.

4- Rapport annuel 2006, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2007.

5- Rapport annuel 2007, *cons.conc*, la documentation française, Paris, 2008.

6- Rapport annuel 2009, *Autorité de la concurrence*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2010.

7- Rapport annuel 2012, *Autorité de la concurrence*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2013.

D- Autres :

Lamy droit économique (concurrence- distribution- consommation), 1996.

VII. Sites Internet :

1- www.Autoritedelaconcurrence.fr.

2- www.constitutioneu.eu.

3- www.cours-de-droit.net

4- www.crids.be.

5- droit-financer.Commentcamarche.Net

6- www.droit.savoir.fr.

7- eur-lex.europa.eu.

8- www.legifrance.gour.fr.

9- www.rajf.org.

10- www.wikipedia.com.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

01	مقدمة
08	الفصل الأول: مشروعية الاتفاق في قانون المنافسة
12	المبحث الأول: استقلالية قانون المنافسة في مفهوم مشروعية الاتفاق
13	المطلب الأول: مفهوم مشروعية الاتفاق في قانون المنافسة
13	الفرع الأول: حلول المصطلحات الاقتصادية محل المصطلحات القانونية
14	أولاً: السوق كإطار للممارسة المقيدة للمنافسة
15	1- وظيفة السوق في قانون المنافسة
17	2- معايير تحديد السوق المرجعية
17	أ- معيار السلع والخدمات
20	ب- معيار التحديد الجغرافي
21	ثانياً: أطراف الاتفاق في قانون المنافسة
21	1- صفة أطراف الاتفاق في قانون المنافسة
22	أ- المؤسسة الفاعل الرئيسي في قانون الاتفاقات المحظورة
23	ب- في اشتراط صفة مؤسسة في كل أطراف الاتفاق
24	2- خصوصية مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة
25	أ- مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة
26	ب- النتائج المترتبة على مفهوم المؤسسة

- 30..... الفرع الثاني: عدم مشروعية الاتفاق: تقييد المنافسة في السوق
- 30..... أولاً: ضرورة تقييد الاتفاق للمنافسة
- 31..... 1- تقييد المنافسة ناتج عن غرض الاتفاق
- 33..... 2- تقييد المنافسة ناتج عن أثر الاتفاق
- 36..... ثانياً: عدم اشتراط نية تقييد المنافسة لدى اطراف الاتفاق
- 38..... المطلب الثاني: تأثير مفهوم المشروعية على قانون العقود (قضية الخزانات)
- 39..... الفرع الأول: عرض وقائع قضية الخزانات
- 40..... أولاً: اخفاق الطلبات المؤسسة على مبادئ القانون المدني
- 42..... ثانياً: اخطار مجلس المنافسة الفرنسي بالنزاع
- 43..... الفرع الثاني: نتائج قرار مجلس المنافسة الفرنسي في قضية الخزانات
- 43..... أولاً: تفضيل مجلس المنافسة الفرنسي للتحليل الاقتصادي
- 44..... ثانياً: خضوع صحة العقد لقانون المنافسة
- 47..... المبحث الثاني: خصوصية قانون المنافسة في تقدير مشروعية الاتفاق
- 47..... المطلب الأول: تأثير فكرة المنافسة الحرة على مشروعية الاتفاق
- 48..... الفرع الأول: تطور النموذج التنافسي (من المنافسة التامة الى المنافسة الفعلية)
- 49..... أولاً: المنافسة الحرة في النظرية التقليدية
- 51..... ثانياً: المنافسة الحرة في النظريات الحديثة
- 53..... الفرع الثاني: نموذج المنافسة المطبق من سلطات المنافسة والنتائج المترتبة عليه
- 53..... أولاً: اعتماد المقاربة الفعلية الديناميكية للظاهرة التنافسية
- 56..... ثانياً: نتائج المقاربة الفعلية الديناميكية للظاهرة التنافسية

57	المطلب الثاني: اضافة المشروعية على الاتفاقات في قانون المنافسة
57	الفرع الأول: المشروعية وعتبة الحساسية
57	أولاً: مضمون عتبة الحساسية وتطبيقاتها
61	ثانياً: عتبة الحساسية وقانون العقود
62	الفرع الثاني: المشروعية ونظام الاستثناء
64	أولاً: الاستثناء الناتج عن نص تشريعي أو تنظيمي
65	ثانياً: الاستثناء الناتج عن المساهمة في التقدم الاقتصادي أو التقني
69	الفصل الثاني: مكانة الارادة في الاتفاق المحظور
71	المبحث الأول: ارادة كل طرف في الاتفاق المحظور
71	المطلب الأول: خصوصية فكرة الارادة في الاتفاقات المحظورة
71	الفرع الأول: وجود ارادة مستقلة في الاتفاقات المحظورة
72	أولاً: وجود الارادة في الاتفاق المحظور
72	1- وجود الارادة شرط أساسي لحظر الاتفاقات
74	2- تبرير أهمية وجود الارادة في الاتفاق المحظور
75	ثانياً: استقلالية الارادة في الاتفاق المحظور
75	1- مصطلح الارادة المستقلة بين قانون المنافسة وقانون العقود
77	2- تطبيقات شرط استقلالية الارادة في قانون المنافسة
79	الفرع الثاني: مدى الاعتداد بسلامة ارادة أطراف الاتفاق المحظور
80	أولاً: موقف سلطات المنافسة من الاكراه الاقتصادي
84	ثانياً: الاعتداد بعيوب الارادة بالنظر الى الموقف من الاكراه الاقتصادي

87	المطلب الثاني: اثبات الإرادة في الاتفاق المحظور.....
88	الفرع الأول: أسلوب الاثبات بالقرائن المتطابقة.....
88	أولاً: مضمون أسلوب الاثبات بالقرائن المتطابقة.....
89	ثانياً: تطبيقات أسلوب الاثبات بالقرائن المتطابقة.....
90	الفرع الثاني: تماثل السلوكات كمؤشر على وجود اتفاق.....
91	أولاً: القرينة المستنبطة من حالة تماثل السلوكات.....
92	ثانياً: الأدلة المساندة لقرينة تماثل السلوكات.....
92	1- الأدلة التكميلية السلبية.....
94	2- الأدلة التكميلية الايجابية.....
96	المبحث الثاني: الارادة المشتركة للأطراف في الاتفاق المحظور.....
97	المطلب الأول: تلاقي الارادات في الاتفاق المحظور.....
98	الفرع الأول: أشكال تلاقي الارادات.....
99	أولاً: الاتفاقات المنظمة قانوناً.....
99	1- الاتفاقات التعاقدية.....
100	2- الاتفاقات العضوية.....
101	ثانياً: الاتفاقات غير المنظمة قانوناً (الأعمال المدبرة).....
102	1- تعريف العمل المدبر.....
103	2- عناصر العمل المدبر.....
104	الفرع الثاني: خصوصية مفهوم تلاقي الارادات في قانون المنافسة.....
105	أولاً: المفهوم الواسع لتلاقي الارادات في قانون المنافسة.....

108	ثانيا: حالات انسجام مفهوم تلاقي الارادات مع قانون العقود
114	المطلب الثاني: الزام الارادات لبعضها البعض في الاتفاق المحظور
115	الفرع الأول: الاتفاقات المحظورة ذات القوة الالزامية
115	أولا: الاتفاقات والاتفاقيات بين المؤسسات
117	ثانيا: قرارات جمعيات المؤسسات
118	الفرع الثاني: الأعمال المدبرة والإلزام
118	أولا: الطابع غير الملزم للعمل المدبر
120	ثانيا: العمل المدبر لا يستبعد الإلزام
121	1- غياب الإلزام القانوني في العمل المدبر
122	2- وجود الإلزام في العمل المدبر خارج القانون
125	خاتمة
132	قائمة المراجع
148	فهرس الموضوعات

الملخص:

يعد قانون العقود من بين الفروع القانونية الأكثر استقراراً ، حيث بلغ من العمومية والتجريد ما يكفل له ذلك، إلا أن هذا الاستقرار لا يفي تأثيره بالاتجاه السياسي و الاقتصادي للدولة بتغيير دورها من متدخلة الى ضابطة وتكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة ومبدأ حرية المنافسة.

ومن بين القوانين الاقتصادية ذات التأثير المحسوس على قانون العقود نجد قانون المنافسة، الذي جاء بمفاهيم جديدة أهمها فكرة الاتفاقات المحظورة، والتي أثرت بصفة واضحة على العديد من مفاهيم ومبادئ قانون العقود كان يظن أنها أزلية، ذلك أن محاولة معالجة اختلال السوق قد أدى بالضرورة الى التدخل في العقد والمساس بأحكامه وإخضاعه لمنطق آخر غير المنطق التعاقدية.

Résumé :

Le droit des contrats est le plus stable et durables des branches juridiques en raison de son abstraction.

Toutefois sa stabilité n'est pas garantie est change sous l'influence politique et économique du pays, de l'Etat interventionniste a l'Etat régulateur en adoptant le principe de la liberté d'entreprendre et le principe de la concurrence libre et non faussée.

Parmi les lois économiques dont l'effet a été sensible sur le droit des contrats, est le droit de la concurrence, qui est venu avec des concepts nouveaux.

Le plus important est la notion de l'entente prohibée avec son influence sur la clarté et la régularité des définitions et principes du droit des contrats qu'on pense irréversibles.

Car en voulant remédier au dysfonctionnement du marché, on intervient nécessairement dans les contrats entre les différents intervenants, qui sont soumis à une démarche, qui n'est pas une logique contractuelle.