

المحور الرابع

الممارسات المقيدة للمنافسة المحظورة بموجب أحكام قانون المنافسة

يقتضي اقتصاد السوق وجود سياسة تقوم على أساس النزاهة واحترام قواعد العرض والطلب والابتعاد عن مجموعة من الممارسات، والتي بإمكانها إن لم تمنع أن تؤدي إلى تقييد المنافسة بين المؤسسات المكونة لسوق معين، ما ينجم عنه وضعيات الهيمنة والاحتكار، وبالتالي القضاء على المنافسة¹.

عادة تلجأ المؤسسات إلى وسائل وأساليب متنوعة لتقييد التجارة والمنافسة الحرة بغرض الوصول إلى احتكار السوق والتأثير على قاعدة العرض والطلب، بما يخدم مصالحها ولو على حساب المنافسة ذاتها أو جودة المنتجات والخدمات المقدمة.

على هذا الأساس كان تدخل المشرع ضرورياً من خلال الفصل الثاني من القانون المنافسة، تحت عنوان "الممارسات المقيدة للمنافسة" لحظر هذه الممارسات بحيث تضمنت:

- ✓ المادة 6: منع الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات المقيدة للمنافسة.
- ✓ المادة 7: حظر التعسف في وضعيات الهيمنة على السوق.
- ✓ المادة 10: منع كل احتكار للتوزيع من خلال شراء استثنائي.
- ✓ المادة 11: حظر التعسف في وضعيات التبعية لمؤسسة.
- ✓ المادة 12: حظر التعسف في عرض أسعار مخفضة بغرض الإضرار بمؤسسة.

ملاحظة: الممارسات المشار إليها في هذه المواد هي ممارسات ممنوعة ومحظورة كقاعدة عامة، إلا إذا كانت محل ترخيص بموجب نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً لهذا النص².

كما لا تعتبر هذه الممارسات محظورة إذا تمكن أصحابها من إثبات أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو تساهم في تعزيز الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة شرط الحصول على ترخيص من مجلس المنافسة.

أولاً: حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة³

كقاعدة عامة، يحظر قانون المنافسة الاتفاقات المقيدة للمنافسة، ويورد على ذلك استثناءات من خلال المادة 9.

تقضي المادة 6 من الأمر رقم 03-03 بحظر: "... الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة موضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية،
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة"⁴.

لا يجب أن يفهم من خلال نص المادة 6 وما يليها أنّ قانون المنافسة يهدف إلى الحيلولة دون تعاون المؤسسات وتنسيق الجهود فيما بينها بغرض القيام بدراسات

² المادة 9 فقرة 1 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المعدل والمتّم. ³ بالنسبة لتسمية "الممارسات المقيدة للمنافسة" تجدر الإشارة أنها جاءت مخالفة لما تمّ اعتماده بالنسبة للقانون الأوروبي ومنه القانون الفرنسي، إذ اعتمد هذا الأخير تسمية " الممارسات المناهضة للمنافسة" Les pratiques anticoncurrentielles ⁴ مادة معدّلة بموجب المادة 5 من القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، من خلال إضافة البند الأخير.

مشتركة، وتبادل المعلومات والخبرات لتحسين الإنتاج وتقليل التكاليف...، وإنما ينصرف مدلول المادة إلى حظر اتفاقات المؤسسات على تنسيق جهودها بغية تنظيم المنافسة فيما بينها، ما يؤدي إلى عرقلة السير الطبيعي لقاعدة العرض والطلب في السوق المعني؛ كأن يتم التفاهم على سعر موحد لسلعة أو خدمة معينة، أو تقسيم الأسواق أو مصادر التموين، أو مقاطعة سلعة تاجر أو مؤسسة، أو تحديد سقف الإنتاج، ووقف التطور التقني...، وهي ما يمكن وصفها بأنها حالات لا يمكن حصرها وردت على سبيل المثال لا الحصر.

ومنه، فإنّ مدلول المادة ينصرف إلى حصر الإتفاقات التي تهدف أو من شأنها أن ترتب أثرًا يعرفل حرية المنافسة أو يحدّ منها، سواء تعلق الأمر بإتفاقات تعاقدية أو في صورة تفاهم، أو ترتيبات وديّة بين المؤسسات (أو الأطراف بصورة عامة كأن يتعلق الأمر بمنظمات نقابية أو مهنية).

ويستوي الأمر سواء تعلق بإتفاقات صريحة أو ضمنية، ظاهرة أو مستترة، من حيث الشكل طبعًا. أمّا من حيث الموضوع، فقد تشمل الاتفاقات مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وقد تتعلق بتقييد المنافسة على الصعيد الأفقي⁵ أو العمودي⁶.

ولا يعتبر الاتفاق المحظور مقيدًا أو معرقلًا للمنافسة إلا إذا تم بين مؤسسات بالمفهوم الخاص الوارد في قانون المنافسة، وبتوافر شروط معينة، منها كونه الاتفاق موجودًا وقائمًا (شرط 1)، وأن يتم إثبات تقييد هذا الاتفاق للمنافسة أو عرقلتها (شرط 2).

الشرط الأول: وجود الاتفاق⁷

⁵التقييد الأفقي: اتفاق مؤسسات تعمل في نفس المستوى في سوق معين (إما الإنتاج، التوزيع، أو الخدمات).
⁶التقييد العمودي (الرأسي): يتمثل في اتفاق مؤسسات توجد في مستويات مختلفة من النشاط الاقتصادي. (إنتاج، توزيع، الاتفاقات أو التواطؤ هو اتفاق ينتج عن التقاء إرادة متدخلين اثنين على الأقل، والمشرع لم يشترط شكل معين للاتفاق فقد يكون اتفاق صريح أو ضمني، وكذلك اعتبر المشرع الممارسات والأعمال المدبرة تواطؤ.
يلجأ بعض الباحثون إلى استعمال مصطلح التواطؤ عوض مصطلح "الاتفاقات المقيدة للمنافسة" المستعمل في الغالب من قبل الدارسين لهذا الموضوع لأن المشرع عندما عرف التواطؤ في المادة 6 من قانون المنافسة اعتبر أنه ينشأ عن الاتفاقات، لكن أضاف إليها أشكال أخرى للممارسات والأعمال المدبرة التي لا تعتبر اتفاقات بالمفهوم القانوني للكلمة.
ولقد ترجمت الأستاذة لنا حسن ذكي مصطلح ententes économiques بأنها اتفاقات اقتصادية، هذه الترجمة غير دقيقة لكون هذا المصطلح يشمل مختلف العقود ذات الطابع الاقتصادي ولا تظهر الطابع الخاص لهذه الاتفاقات المتمثل في سعي

صياغة المادة 6 من قانون المنافسة دلالة على تنوع الاتفاقات المحظورة وتباين صورها، أي أنّ الاتفاق يعتبر قائماً بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، بغض النظر عن الشكل الذي يفرغ فيه هذا الاتفاق، فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، مكتوباً أو شفويّاً، اتفاق حقيقي أو مجرد عمل مدبر⁸، وسواء كان الاتفاق عمودياً أو أفقياً.

أي أنّ العبرة بوجود اتفاق أو تفاهم بين الأطراف، أن يترتب عنه إعاقة المنافسة الحرة أو تقييدها، إمّا من خلال تحديد الأسعار أو تقليص الإنتاج، أو الحدّ من الدخول في السوق بالنسبة للمتنافسين، أو اقتسام الأسواق، أو مصادر التمويل⁹.

وفي ظلّ تحاشي المشرع الخوض في تعريف لمصطلح "الاتفاق المحظور" يمكن وصفه بأنّه: "توافق صريح أو ضمنى لإرادة مؤسستين أو أكثر تتمتع بالاستقلالية في اتخاذ القرار على إتباع سلوك معين أو تحقيق غرض مشترك في السوق يتّسم بالطابع المقيّد للمنافسة"¹⁰.

وعليه، فإنّ تكييف الاتفاق على أنّه مخالف لقانون المنافسة، مرهون بضرورة ممارسة أطرافه لنشاط اقتصادي وتمتعهم بالاستقلالية في اتخاذ القرارات الاقتصادية في السوق (المؤسسة، موضوع سبق التطرق إليه). ما يعني أنّه لا يعتبر اتفاقاً محظوراً إصدار مؤسسة لبرتوكول اتفاق مقيّد للمنافسة ما لم يحصل على موافقة أطراف أخرى (لأنّ الإرادة المنفردة للشخص لا تنشئ اتفاقاً بمفردها)¹¹.

الشرط الثاني: تقييد الإتفاق للمنافسة

لا يعتبر الاتفاق محظوراً إلا إذا كان هدفه أو أثره هو تقييد أو عرقلة المنافسة في السوق. وقد يكون الاتفاق مقيّداً للمنافسة من حيث أهدافه أو أثاره، إلا أنّ القانون يستثنيه من المنع والإدانة لتوفر أسباب معينة مرعية من طرف المشرع.

أطرافها إلى تقييد المنافسة، وعليه من الصواب في نظر الأستاذة زايدي استعمال مصطلح التفاهمات أو التواطؤات. أنظر في تفصيل هذه الجزئية: زايدي أمال، المرجع السابق، ص. 63.

⁸ كأن يعمد موزع إلى توزيع كميات محدودة من بضاعة معينة (قمح لين)، فيحدد بموجبها مستوى إنتاج الخبز بالنسبة للخبازين.

⁹ كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص. 37.

¹⁰ كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص. 38.

¹¹ فلا يعتبر اتفاقاً محظوراً بمفهوم المادة 6 من قانون المنافسة الاتفاق المبرم ما بين المؤسسة الأم وفروعها، وذلك لوجود وحدة اقتصادية وتجارية ما بين المؤسستين واقتقاد شرط التعددية في الأطراف.

I- هدف الاتفاق أو أثره يقيد المنافسة

يترتب عن الاتفاق **الهدف** لتقييد المنافسة، إدانة أطرافه ولو لم ينفذ الاتفاق. غير أنّ عدم وجود هدف أو غرض لتقييد المنافسة لدى الأطراف، لا يحول دون المتابعة إذا كان من شأن الاتفاق ترتيب آثار سلبية على المنافسة ولو لم تكن مقصودة من الاتفاق.

1- **الهدف من الاتفاق:** هو السلوك المراد أو المرجو أو المقبول من أطرافه، والذي يترتب عنه في الغالب تقييد للمنافسة. وهو ما يمكن استخلاصه أحياناً من عبارات الاتفاق. يظهر من صياغة المادة 6 من قانون المنافسة¹² أنّه لا يشترط لإدانة هذا الاتفاق أن يوضع موضع التنفيذ أو يتحقق تقييد المنافسة عملياً، بل أن المنع يطل الاتفاق في حدّ ذاته، سواء تحقق الهدف أو لم يتحقق¹³.

2- **أثر الاتفاق:** تضمنت المادة 6 من ذات القانون عبارة: "...أو يمكن أن تهدف..."، ما يعني أنه يدخل تحت طائلة المنع الاتفاقات نتيجة لأثارها المخلة بالمنافسة حتى ولو لم تكن مقصودة¹⁴.

ويلاحظ أنّ إدانة الاتفاق نتيجة لما رتبته من آثار ضارة بالمنافسة لا يعني ضرورة تحقق هذه الآثار واقعياً وفعلياً في السوق، وإنما يكفي أن تكون هذه الآثار محتملة الوقوع حتى وإن لم تقع ضرورة.

II- الاستثناءات الواردة على حظر الاتفاقات والممارسات المقيدة للمنافسة

أقرّ المشرع مبدأ حظر الممارسات المقيدة للمنافسة كقاعدة عامة، وأورد عليها استثناءات عديدة مراعاة لإعتبارات معينة. حيث يمكن إعفاء أو ترخيص الاتفاقات بتوافر شروط قانونية. وهذا ما أشارت إليه المادة 9 من قانون المنافسة.

تتمثل الاستثناءات في:

- ✓ وجود اتفاق اتخذ تطبيقاً لنص تشريعي أو تنظيمي.
- ✓ مساهمة الاتفاق أو الممارسات في التقدم الاقتصادي أو التقني.

¹² المادة 6 من قانون المنافسة: "... عندما تهدف..."

¹³ راجع: كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص. 41.

¹⁴ إختلاف الصياغة باللغتين : " Sont prohibées lorsqu'elle ont pour oblet ou peuvent avoir pour effet "، وعليه يُقترح إعادة صياغة النص باللغة العربية، لأنّ النص باللغة الفرنسية أوضح دلالة. آثار = effet لتوضيح فكرة الأثر.

- ✓ مساهمة الاتفاق في خلق مناصب الشغل أو تحسينها.
- ✓ مساهمة الاتفاق في تعزيز وضعية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المتنافسة في السوق.

فرغم كونها ممارسات مقيدة للمنافسة، إلا أنها تحقق مصلحة عامة معتبرة قانوناً. ويقع على عاتق الأطراف في هذه الحالات الخاصة أن يثبتوا الفوائد التي تعود على الاقتصاد نتيجة لإتفاقهم.

للإشارة فإنّ كيفية الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005¹⁵. وهو تصريح يسلمه مجلس المنافسة بطلب من المؤسسات المعنية، استناداً إلى المعلومات المقدمة له.

ثانياً: حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

تتمتع بعض المؤسسات بقوة انتشار مهمة في السوق تفوق في حالات معينة قدرات انتشار مؤسسات أخرى منافسة لها. كما توجد في حالات أخرى مؤسسة وحيدة تحتكر السوق بعيداً عن تدخل مؤسسات أخرى منافسة لها. تنشأ هذه الحالات نتيجة عوامل معينة منها تمتع المؤسسة بقدرات إنتاجية كبيرة وبتكلفة أقل من غيرها، أو حيازتها لوسائل وتقنيات ومعدات تجعلها تحقق التفوق عن غيرها، أو امتلاكها لرأس المال البشري الكفاء والمتميز والقادر على تحقيق ابتكارات واختراعات أو تصميمات مميزة وعالية الجودة...إلخ. تعتبر هذه العوامل إيجابية في الحالات العادية ويسعى قانون المنافسة إلى تثمينها والتشجيع عليها، وهو ما يبرز من حيث عدم حظر وضعية الهيمنة أو وضعية الإحتكار بحد ذاتهما، وإنما يطال الحظر التعسف في هاتين الوضعتين، واستغلالهما بما يؤدي إلى الإضرار بالمنافسين والمستهلكين وبالاقتصاد بشكل عام. لهذا تدخل المشرع لوضع ضوابط وقيود بهدف ضمان عدم التعسف في هاتين الوضعتين. ونص في المادة 7 من قانون

¹⁵ مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 مايو 2005 محدد لكيفيات الحصول على ترخيص بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة ج. ر. عدد 35 لسنة 2005.

المنافسة على حظر: "...كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- ✓ الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- ✓ تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- ✓ اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- ✓ عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لإرتفاع الأسعار ولإنخفاضها،
- ✓ تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- ✓ إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية¹⁶.

يتّضح من خلال المادة أعلاه أن تحقق حالة التعسف في وضعية الهيمنة أو الاحتكار في السوق يستدعي توافر شرطين، أولهما وجود المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق؛ وثانيهما يتمثل في ضرورة صدور ممارسة مهيمنة أو أكثر من الممارسات المنصوص عليها في المادة أعلاه، من قبل المؤسسة، وفي الأخير يتعين أن تؤدي الممارسة إلى تقييد المنافسة أو عرقلتها في السوق المعنية.

لمعرفة ما إذا كانت المؤسسة في وضعية هيمنة على السوق لابد من تحديد مفهوم كل من وضعية الهيمنة ، ثم التحقق من مدى توافر المعايير التي تجعل المؤسسة في وضعية هيمنة.

I- تعريف وضعية الهيمنة

تقدم المادة 3 من قانون المنافسة تعريفاً لوضعية الهيمنة على السوق مفادها أنها: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني

¹⁶ذكرت المادة 7 من الأمر رقم 03-03 بعض حالات التعسف الناتج عن هيمنة في السوق وتتمحور معظمها حول الأسعار وشروط البيع، التي تقرها المؤسسة المهيمنة أو تلك التي تضبط علاقاتها التجارية مع الشركاء الاقتصاديين، وبضيف المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 حالات أخرى تتمثل في الممارسات التي تستجيب على الخصوص للمقاييس التالية:

- ✓ المناورات التي تهدف إلى مراقبة الدخول إلى السوق أو سيرها،
- ✓ المساس المتوقع أو الفعلي بالمنافسة،
- ✓ غياب حل بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية وتعتبر هذه الحالة بمثابة وجه ثاني لحالة التعسف الناتج عن الهيمنة على السوق، وعليه فإن كل الممارسات التي تسعى من خلالها المؤسسات للحصول على امتيازات تجارية دون مبرر شرعي يمنعها القانون نظراً لما تلحقه من مساس بحرية المنافسة.

من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو معاونيها".

وأمام تحاشي المشرع الفرنسي تقديم تعريف لوضعية الهيمنة، فإنّ مجلس المنافسة الفرنسي يعتبر أن وجود مؤسسة في وضعية هيمنة على السوق مرتبط بالبحث عن ما إذا كانت هذه المؤسسة في وضعية تسمح لها بالإمتناع عن منافسة المؤسسات الأخرى في الموجودة في نفس السوق¹⁷.

وبدورها عرفت محكمة العدل الأوروبية وضعية الهيمنة بأنها: "... القوة الاقتصادية التي تحتلها مؤسسة، والتي تعطيها سلطة عرقلة المنافسة الفعلية في السوق المرجعي، بمنحها إمكانية التصرف المستقل في حدود معتبرة تجاه منافسيها وزبائنها وأخيرًا المستهلكين".

أمّا عن الفقه، فيقترح بعضهم التعريف التالي: "يقصد بمؤسسة في وضعية هيمنة، مؤسسة واحدة أو مجموعة مؤسسات تمارس نشاطًا تجاريًا اقتصاديًا فيه مضاربة، والتي تتمتع بقوة اقتصادية أكيدة أو بوضعية احتكار، والتي تحدث تغييرًا ظاهريًا في العرض على مستوى السوق"¹⁸.

وعليه، يمكن القول بأنّ وضعية الهيمنة هي تلك القوة الاقتصادية التي تتحصل عليها مؤسسة وتتيح لها سلطة التخلص من منافسة مؤسسات أخرى، موجودة في السوق نفسها. فوضعية الهيمنة تسمح لمؤسسة بتفادي ضغوطات المنافسة بفرض تصوراتها على منافسيها، وفرض شروطها على زبائنها وممونيها لخيارات وحلول أخرى كافية، تكون قادرة على مجابهة التصرفات المنفردة لهذه المؤسسة¹⁹. وذلك راجع خصوصًا إلى إمتلاك المؤسسة لحصص هامة في السوق، وعدم التناسب بينها وبين غيرها من المؤسسات فيما يخص مركزها ونمط تحركها التجاري²⁰.

إنّ الحجم الكبير للمؤسسة والذي يسمح لها باكتساب مركز قوي في السوق غير ممنوع في حدّ ذاته، وإنما الممنوع قانونًا هو التعسف في استعمال هذه القوة الاقتصادية، خاصة إذا كان الهدف من ذلك هو الإخلال والحدّ من حرية المنافسة

¹⁷Rapport annuel du conseil Français pour 1999, p. 52.

¹⁸JACK BUSSY, Droit des affaires, Presses de sciences, p.o. et Dalloz, France, 1998, p. 340.

¹⁹Commission de la concurrence, Rapport d'activité pour 1979, p. 37.

²⁰ كـتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص. 45.

في السوق. ومن أجل تحديد ما إذا كانت المؤسسة الاقتصادية في وضعية هيمنة أو احتكار يجب تحديد المقاييس²¹ التي تبين وضعية الهيمنة أو الإحتكار.

II- معايير تحقق وضعية الهيمنة على السوق

يخضع قياس هيمنة المؤسسة على السوق لمعايير مختلفة، تشمل لاسيما معرفة مقدار ما تملكه المؤسسة من حصص في السوق، وقوتها الاقتصادية.

1- معيار حصة السوق:

يعدُّ معيار حصة السوق من أبرز المعايير المعتمدة لقياس وضعية الهيمنة. فامتلاك المؤسسة لجزء هام من حصص السوق دليل على وجود هذه الأخيرة في وضعية هيمنة.

غير أنّ الملاحظ في هذا الخصوص، هو غياب تحديد دقيق؛ وفي ظل عدم النص على نسبة مئوية من السوق لقياس وضعية الهيمنة، يرى بعض الفقه أنّ تجاوز حصة المؤسسة نسبة 80% من حصص السوق يفترض فيها قيام وضعية الهيمنة²²، دون اعتماد معايير أخرى إضافية. وتحسب حصة السوق بواسطة حجم المبيعات المحققة.

2- معيار القوة الاقتصادية

²¹ مقاييس الهيمنة على السوق، أشارت إليها المادة 02 من المرسوم رقم 2000-314 الصادر في 14 أكتوبر 2000 والذي يحدد المقاييس التي تبين أنّ العونا لاقتصاد في وضعية هيمنة، وكذا مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، (الجريدة الرسمية رقم 61 لسنة 2000، وقد ألغي هذا المرسوم بالأمر رقم 03-03). تنص المادة 2 على ما يلي: "المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عونا اقتصادي على سوق السلع والخدمات أو على جزء منها هي على الخصوص ما يأتي:

- حصة السوق التي يحوزها العونا لاقتصادي مقارنة بالحصة التي يحوزها أي عونا لاقتصادي آخرينا الموجودين في نفس السوق.

- الامتياز القانوني أو التقني التي تتوفر لديها العونا لاقتصادي المعني.

- العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط العونا لاقتصادي بعونا لاقتصادي آخرينا أو عدة عونا لاقتصاديين والتي تمنحها امتيازات متعددة الأنواع.

- امتيازات القرب الجغرافي التي يستفيد منها العونا لاقتصادي المعني".

غير أنّ المشرع لم يحدد هذه المعايير على سبيل الحصر، حيث استعمل فيها عبارة "على الخصوص" ومن ثمّة يكون من صلاحية مجلس المنافسة الاعتماد على غير هاتين المعايير أو المقاييس التي تحدد وضعية الهيمنة.

والجدير بالذكر أنّ ذكر هذه المقاييس ضروري لخلو المادة 07 من مذكر أيمقياس لتقدير الممارسات التعسفية الناتجة عن وضعية الهيمنة كون أنّ الأمر 2000-314 تم إلغاؤه من قبل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

²² كثر محمد الشريف، المرجع السابق، ص. 47.

بدورها، القوة الاقتصادية والمالية التي تتمتع بها المؤسسة، تعدُّ معيارًا مهمًا لقياس وضعية الهيمنة لمؤسسة معينة²³. ويستند في أعمال هذا المعيار على مقاييس تشمل لاسيما رقم الأعمال الخاص بالمؤسسة، ورقم الأعمال الخاص بالمؤسسات المتصلة بها، إلى جانب حجم وأهمية نشاطها من عقود (مالية واقتصادية). كما يمكن أن يراعي في هذا المعيار عدد براءات الاختراع المسجلة من قبل المؤسسة.

ثالثًا: الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية

من عناصر الجدة التي تضمنها قانون المنافسة، تقديم تعريف لوضعية التبعية الاقتصادية على أنها: "...العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى كانت زبونًا أو ممولًا"²⁴. تنتم لهذا التعريف، أشار المشرع لحالة الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية في المادة 11 من نفس القانون²⁵. وعلى اعتبار أن الممارسة تدخل تحت طائفة الممارسات المقيّدة للمنافسة²⁶، فإنه يحظر على كل مؤسسة التعسّف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى، بصفتها زبونًا أو ممولًا، إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة.

وتجدر الإشارة أنّ هذه الحالة تجد جذورها في المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314²⁷، لكن تحت إطار التعسف الواقع في وضعية الهيمنة على السوق، وليس التبعية الاقتصادية.

ويبقى أنّ مجال هذه الممارسة محصور في العلاقة ما بين المؤسسات فيما بينها، دون أن يمتدّ إلى العلاقات التي تربط المؤسسة بالمستهلكين.

²³ " على حسب محكمة استئناف باريس فإنّ الانتماء إلى مجموعة اقتصادية قوية تنبؤاً في المجال الاقتصادي وضعية قيادية على المستوى الوطني، يعدّ مؤشرًا ضمن مؤشرات أخرى لإثبات وضعية الهيمنة". أنظر: كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص. 47.

²⁴ المادة 3 بند "د" من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدّل والمتمم.
²⁵ تجدر الإشارة أنّ "الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية"، شكّل على ضوء الأمر رقم 06-95 (الملغى) الصورة الثانية لحالة التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق ما. أنظر المادة 7 من الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25 يناير 1995، الملغى.

²⁶ المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدّل والمتمم.
²⁷ المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس العمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة (الملغى): "يعتبر تعسفا في وضعية الهيمنة على سوق ما..."

✓ غياب حل بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية.

يُشترط لتحقيق حالة التبعية المشار إليها أعلاه، أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين المؤسسة وممونيها أو عملائها، على خلاف ما فعله المشرع الجزائري -مثلاً- الذي لم يشترط ذلك. ومع ذلك يتعين طرح سؤال مفاده: هل يُشترط وجود تعامل سابق بين المؤسستين؟

وكشروط ثانٍ لتحقيق التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية يتعين أن لا تحوز المؤسسة التابعة لحل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها المؤسسة المتبوعة، أي وجود حالة الضرورة.

مقارنة بالتعسف في وضعية الهيمنة، تتميز هذه الوضعية بدرجة وقوة تأثير فعل التعسف. إذ بالنسبة لوضعية الهيمنة يمتدّ التعسف إلى السوق كلها؛ أما في حالة التبعية الاقتصادية فإنّ محيط التأثير جدّ محدود، إذ لا يتعدى الطرف المتعاقد الآخر، مع التنبيه إلى إمكانية الوقوع كضحية للفعلين معاً²⁸.

من الملاحظ مما سبق أنّ وضعية التبعية الاقتصادية ليست محظورة في حدّ ذاتها، فالسيطرة أو التفوق هو طموح أيّ مؤسسة تتعامل في الميدان الاقتصادي. وعليه، فإنّ المحذور هو تعسف المؤسسة المهيمنة الناتج عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية.

وعلى غرار بعض التشريعات المقارنة²⁹، قدّم المشرع (على سبيل المثال لا الحصر) بعض صور التعسف في الوضعية الاقتصادية، تشمل:

- ✓ رفض البيع بدون مبرر شرعي،
- ✓ البيع المتلازم أو التمييزي،
- ✓ البيع المشروط باقتناء كمية دنيا،
- ✓ الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،
- ✓ قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة،

²⁸ تيورسي محمد، المرجع السابق، ص. 226.

²⁹ أشار المشرع المغربي إلى هذه الحالة من خلال المادة 7 من قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي، وأعطى بالمناسبة بعض الصور التي يمكن أن يتجلى من خلالها هذا التعسف، حيث أشار إلى: "... رفض البيع أو في بيوع مقيدة أو في شروط بيع تمييزية، وكذا في قطع علاقات تجارية ثابتة لمجرد أنّ الشريك يرفض الخضوع لشروط تجارية غير مبررة. ويمكن أن يتجلى كذلك فيما يفرض بصفة مباشرة أو غير مباشرة من حدّ أدنى لسعر إعادة بيع منتج أو سلعة أو لسعر تقديم خدمة أو لهامش تجاري".

✓ كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق³⁰.

لإثبات قيام حالة التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية يجب التمييز بين حالتين؛ تتمثل الأولى في تبعية الموزع للممون، وتتمثل الثانية في تبعية الممون للزبون. وللتحقق من وضعية التبعية الاقتصادية، فإنّ المشرع قدّم معيارًا واحدًا لإضفاء وضعية التبعية الاقتصادية على ممارسة المؤسسة المتبوعة، وهو معيار قانوني يتمثل في "غياب الحل البديل والمقارن" إذا ما أرادت رفض إبرام العقد بالشروط التي تفرضها عليها المؤسسة المتبوعة اقتصاديًا، وهذا مهما كانت صفتها زبونًا أو مموّنًا.

أمّا عن كيفية التّحقّق من غياب الحل البديل والمقارن بالنسبة للمؤسسة التابعة، فإنّه يتعيّن القيام بدراسة للسوق للتّحقّق من توافر العناصر التالية:

- ✓ غياب طرق أخرى للتزود والتموين بالمواد أو المنتجات البديلة،
- ✓ التأكد من قدرة المؤسسة المتبوعة على فرض الوضع الإقتصادي الذي جعل المؤسسة التابعة في وضعية تبعية اقتصادية،
- ✓ يتعيّن البحث عن "الخيار البديل الكافي" أي تحديد الوقت الذي يستغرقه البحث عن الحل البديل والمقارن من قبل المؤسسة التابعة لمؤسسة أخرى، دون أن تتعرض لأضرار معتبرة من جراء هذا التغيير.

رابعًا: عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين بشكل تعسفي

يعتبر السعر من بين أهمّ المعايير المأثرة على سلوك وتوجهات غالبية المستهلكين عند دخولهم إلى السوق. حماية لهم ألزم المشرع المتعاملين الاقتصاديين بالإعلام بالأسعار، وحظر بعض الممارسات الخاصة بالتسعير كالبيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، والبيع بخسارة.

بالرجوع إلى نص المادة 12 من قانون المنافسة³¹، فإنّ عرض أسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين³² هو: "كل فعل قام به عون اقتصادي،

³⁰ المادة 11 فقرة 2 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.
³¹ تعتبر هذه الحالة مستحدثة بموجب الأمر رقم 03-03 وتختلف عن ممارسة إعادة البيع بالخسارة المنصوص عليها بالأمر رقم 06-05 الملغى، وذلك من حيث مضمونها وشروطها.
³² للتعبير عن هذه الممارسة، استعمل المشرع من خلال المادة 10 من الأمر رقم 06-95 عبارة "بيع سلعة بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي".

خاصة الموزعون الكبار، سواء بصفة منفردة أو جماعية ينصب على عنصر السعر، إذ يقوم بالتعامل بأسعار تتحدى كل منافسة تجعله يتحمل هو أيضا نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي". كما يقترح آخرون تعريفاً مفاده: "أنها ممارسة مقيدة للمنافسة ترتكبها مؤسسة ضد مؤسسة أخرى من خلال عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلك انخفاضاً يصل إلى درجة البيع بسعر يقل عن السعر التكلفة الإجمالية مما يخل بمبادئ المنافسة الحرة"³³، ويقع باطلاً كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بهذه الممارسة³⁴.

في إطار مبدأ حرية المنافسة، تلجأ بعض المؤسسات إلى خفض أسعار بعض المنتجات أو الخدمات بغرض استهداف أكبر قدر من المستهلكين، وهو ما يساهم في رفع حجم المبيعات³⁵. غير أن التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين³⁶، كممارسة مقيدة للمنافسة³⁷ يرجى من خلالها في غالب

³³لعور بدر، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين وفقاً لقانون المنافسة الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد العاشر، ص. 361.

³⁴المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.
³⁵ يتعلق الأمر بالبيع بالتخفيض، وهو أحد صور البيع التي أشارت إليه المادة 21 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18 يونيو 2006 الذي يحدد شروط وكيفية ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود. (ج.ر. العدد 41 المؤرخ في 21 يونيو 2006).

³⁶"عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة" ممارسة مقيدة للمنافسة أشارت إليها المادة 12 من قانون المنافسة، في حين أن "البيع بالخسارة" ممارسة أشارت إليها المادة 19 من القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية. من نقاط الاختلاف بين الصورتين:

- ✓ البيع بالخسارة قد ينشأ بين الأعوان الإقتصاديين فيما بينهم أو بينهم وبين المستهلكين، بخلاف الصورة الأولى التي تتم بين المؤسسة والمستهلكين.
 - ✓ التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة يحوز نطاق تطبيق واسع مقارنة بالبيع بالخسارة، على أساس أن مجال تطبيقه يشمل السلع والخدمات، بخلاف بالبيع بالخسارة الذي يشمل مجرد عملية البيع أو إعادة البيع للسلعة على حالتها دون أن يطرأ عليها أي تغيير.
 - ✓ بخلاف البيع بالخسارة، فإن عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين لا يعتبر فعلاً إجرامياً، إذ أن هذه الممارسة تدخل في نطاق اختصاص مجلس المنافسة. هذا الأخير يمكنه الأمر بوقف الممارسة، والنطق بالعقوبات المالية المقررة في المادة 56 من قانون المنافسة.
 - ✓ اعتبر المشرع ممارسة عرض أو بيع بأسعار مخفضة للمستهلكين قاعدة عامة لا تقبل الاستثناء، في أن البيع وإعادة البيع بالخسارة كممارسة محظورة، لها استثناءات التي أشارت إليها على سبيل الحصر المادة 19 من القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية. تتمثل الحالات فيما يلي:
 - ✓ السلع سهلة التلف المهتدة بالفساد السريع،
 - ✓ السلع التي يبيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغيير النشاط أو إنهائه أو إثر تنفيذ حكم قضائي،
 - ✓ السلع الموسمية وكذلك السلع المتقدمة أو البالية تقنياً،
 - ✓ السلع التي تم التموين منها أو يمكن التموين منها من جديد بسعر أقل، وفي هذه الحالة يكون السعر الحقيقي لإعادة البيع يساوي إعادة التموين من جديد،
 - ✓ المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف الأعوان الإقتصاديين الآخرين بشرط ألا يقل سعر البيع من طرف المتنافسين ضد البيع بالخسارة،
- ³⁷المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المعدل والمتمم.

الأحيان³⁸ التأثير على المنافسة الحرة، بإبعاد منافسين آخرين، وحياسة حصص هامة من السوق، والتي قد تصل إلى الإحتكار التام للسوق. وبعد ذلك فرض أسعار عادية (أو أعلى من السعر العادي)، تؤدي إلى تعويض الخسارة المسجلة سابقاً.

ومن صور هذه الممارسة كذلك، إقدام المساحات الكبرى "Les grandes surfaces" على عرض بعض المنتجات بأسعار عادية، إلى جانب عرض سلع أخرى بأسعار مخفضة، بحيث تشكل هذه الأخيرة عامل إغراء للمستهلك الذي ينساق وراء هذا العرض.

من خلال نص المادة 12 من قانون المنافسة، نستشف أنّ عناصر هذه الممارسة تتمثل فيما يلي:

- ✓ تأخذ الممارسة صورة عقد البيع،
- ✓ ضرورة أن يكون سعر البيع مخفضاً جداً مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق،
- ✓ أطراف عقد البيع تشمل وجوباً المؤسسة من جهة، والمستهلكين من جهة أخرى،
- ✓ أن يكون الهدف من الممارسة إقصاء المؤسسة المنافسة، أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق. كما يعتدّ بالضرر الإحتمالي.

خامساً: مراقبة التجميعات الإقتصادية

³⁸ قد تلجأ المؤسسة إلى البيع بأقل من سعر التكلفة، بالنظر إلى طبيعة السلعة التي تكون سريعة التلف، أو تستدعي صرف مبالغ كبيرة من أجل حفظها أو نقلها أو تحويلها مقارنة بحجم الخسارة الممكن تسجيلها، كما قد يكون سبب خفض السعر تراجع سعر السلعة في السوق.