مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

الاتفاقات المنافية للمنافسة بين الحظر و التبرير

Agreements Opposing Competition Between Prohibition and Justification

مخلوفي حورية*

جامعة أكلي محند أولحاج البويرة ،(الجزائر)

makhloufihouria6@gmail.com

تاريخ ارسال المقال: 2021/06/04	تاريخ القبول: 2021/08/01	تاريخ النشر: 2021/09/01

* المؤلف المرسل.

الملخص:

تعتبر الاتفاقات المنافية للمنافسة من أخطر الممارسات المنافية للمنافسة على حرية المنافسة نظرا لصعوبة اكتشافها، وعليه فإن كل التشريعات المنظمة للمنافسة تحظر مثل هذه الاتفاقات، في حين مبدأ الحظر لا يعد مبدأ مطلقا ، بل ترد عليه استثناءات تبررها المصلحة العامة، وعلى هذا الأساس يمكن تبرير الاتفاقات المحظورة التي تحقق هذه المصلحة .

يهدف هذا المقـال إلى التعريف بالنظام القانوني للاتفاقات المنافية للمنافسة الذي اعتمده المشرع مع إبراز نقائصه، وفي نفس الوقت بيان الصعوبة التي تعترض تطبيق هذا النظام من الناحية العملية والحلول التي جاء بها المشرع لمواجهة هذه الصعوبة وصولا في الأخير إلى تقييم فعالية هذا النظام في حماية المنافسة، مع اقتراح الحلول التي يجب اعتمادها لجعل من نظام الحظر و التبرير للاتفاقات المنافية للمنافسة نظاما أكثر فعالية لحماية المنافسة.

الكلمات المفتاحية: المنافسة؛ الاتفاقات ؛ الحظر ؛ التبرير.

Abstract :

Agreements opposing competition are considered as the worst practices on freedom of competition and this is becausze of the difficulties encountered in order to prove them, On this basis, all the legislation organizing the competition prohibit these agreement, Howaver, the principele of the prohibition is not an absolute principle, there are exceptions linked to the general interest that justify them.

The aim of this article is to determine the definition of the regime of prohibited agreements adopted by the legislator , by way of highlighting and in the same time, by edentifying the encountered difficulty wile in practice , that opposes its application and the solutions taken by the legislator , in order to remedy to it , and finally , to assess the effectiveness of this regime of the protection of the competition and to suggest some appropriate solutions, in order to give more efficiency of the regime of the prohidited agreememts , for the protection of the competition.

Keywords: ; Competition; Agreements; prohibition; justification.

مقدمة

يكتسي موضوع الاتفاقات بين الحظر و التبرير أهمية بالغة من الناحية النظرية و العملية فالأهمية النظرية تظهر في كون هذه الاتفاقات تشكل أهم نوع من الممارسات المنافية للمنافسة، و تبعا لذلك حظيت باهتمام المشرع و ذلك بوضع لها إطار قانوني خاص بها قصد تنظيمها، أما الأهمية العملية تكمن في خطورة هذه الاتفاقات و زيادة انتشارها في الواقع العملي و صعوبة اكتشافها.

تعتبر الاتفاقات المنافية للمنافسة ممارسات محظورة لما ترتبه هذه الاتفاقات من آثار ضارة، لكونها تؤدي إلى الاحتكار و ما يترتب على هذا الأخير من مساوئ عديدة مثل ارتفاع الأسعار، تدني الجودة قتل روح المبادرة ومنع التطور التكنولوجي، إلا أن مبدأ الحظر لا يعد مبدأ مطلقا ،إذ يمكن أن ترد عليه استثناءات بالرغم من الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمنافسة بفعل هذه الاتفاقات و ذلك مقارنة بفوائدها.

و لكن للبحث في مدى توفر شروط الحظر أو شروط التبرير في أي اتفاق ، يجب بالضرورة أولا إثبات وجود هذا الاتفاق، إلا أن مسألة الإثبات ليست بالمسألة السهلة ، لذلك كان لا بد من إيجاد حل لتسهيل الكشف عن هذه الاتفاقات، وهذا ما يدفعنا إلى طرح إشكالية مدى فاعلية النظام القانوني الخاص بحظر وتبرير الاتفاقات المنافية للمنافسة في حماية المنافسة ؟

يمكن الإجابة على هذه الإشكالية من خلال تقسيم خطة البحث إلى قسمين، نخصص المبحث الأول لحظر الاتفاقات المنافية للمنافسة، أما المبحث الثاني نخصصه لموضوع تبرير هذه الاتفاقات.

المبحث الأول: حظر الاتفاقات المحظورة

تعتبر الاتفاقات مفيدة و جائزة لكونها أداة ضرورية لسير الأعمال، إلا أنها من ناحية أخرى قد تضر بالمنافسة ، وترتيبا لذلك فإن جل التشريعات المنظمة للمنافسة تحظر هذه الاتفاقات ، وباعتبار أن المبدأ العام هو إجازة كل الاتفاقات و الاستثناء هو حظر هذه الاتفاقات، فإنه يجب بالضرورة تحديد مفهوم هذه الاتفاقات التي تخضع لنظام الحظر(مطلب أول) والتطبيقات أو الأشكال التي يمكن أن تتخذها هذه الاتفاقات (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم الاتفاق المنافي للمنافسة

يترتب على الاتفاقات المنافية للمنافسة جزاءات مالية يطبقها مجلس المنافسة، ومسؤولية مدنية أمام القضاء تتمثل في تعويض الضحايا المتضررة و بطلان هذه الاتفاقات ، وعليه يستلزم الأمر تحديد الاتفاق المنافي للمنافسة من حيث تعريفه و شروطه (فرع أول) حتى يمكن للأعوان الاقتصاديين اتخاذ الحيطة اللازمة لتجنب هذه الاتفاقات ، كما يستلزم الأمر كذلك و لنفس الغرض التعرض لأنواع الاتفاقات التي تقع تحت دائرة الحظر (فرع ثاني).

الفرع الأول: تحديد الاتفاق المنافي للمنافسة

يمكن تحديد الاتفاق المنافي للمنـافسة من خلال تبيـان شروطه (ثانيا)، إلا أن وقبل ذلك يجب تعريف الاتفاق المنافي للمنافسة (أولا)، لأن من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص هذه الشروط.

أولا: تعريف الاتفاق المنافي للمنافسة: يجد الاتفاق المحظور أساسه القـانوني في المادة 06 من الأمر رقم03-03 المعدلة بالقـانون رقم 2008-12 و التي تنص على ما يلي" **تحظر .... والاتفـاقيـات 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 منها..."**[1]

يستنتج من خلال المـادة السالفة الذكر،أن المشرع لم يعرف الاتفاقات المنافية للمنافسة، بل عرفها من خلال هدفها ، وهي تلك الاتفـاقـات أو الاتفاقيات التي يكون هدفها تقييد المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها [2]، الأمر الذي يجعلنا نبحث عن تعريف هذه الاتفاقات المحظورة في الفقه.

يعرف جانب من الفقه الاتفاق المنافي للمنافسة "**بأنه تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل نفس سوق السلع و الخدمات، و لا يقوم الاتفـاق في غياب هذا الشرط** "[3] بينما هناك من يعرف هذا الاتفاق بأنه "**اتفـاق بين مؤسستين والذي يفترض إرادة مشتركة لإتباع أو القيام بسلوك منافي للمنافسة في السوق ، ويجب أن يكون هذا الاتفاق ناتج عن رضا المؤسسة في اختيار أو القيام بسلوك ما بصفة مستقلة**"[4].

كما أن المشرع نص على الأعمال المدبرة في المادة 6 السالفة الذكر نظرا لخطورتها "**تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة...**"إلا أنه لم يعرف هذه الأعمال المدبرة على غرار المشرع الفرنسي والأوروبي ، ولكن الفقه الفرنسي و القضاء الأوروبي كانا قد تصدا لذلك ، بحيث عرف القضاء الأوروبي الأعمال المدبرة "**بأنها شكل من أشكال التنسيق بين المؤسسات لا يصل إلى الاتفاق بالمعنى المحدد ، وهذا التعاون يكون ذا طبيعة عملية بحيث يجنب الأطراف مخاطر المنافسة** [5]،بينما الفقه الفرنسي يعرف الأعمال المدبرة بأنها "**سلوكات وأعمال تتأتى نوعا ما بصفة عفوية و تلقائية ، ويكون الاقتداء بها متبادل بين مختلف المؤسسات المتواجدة في السـوق بالنسبة لخط السير الموحد و المتفق عليه و لو بصفة ضمنيـة**"[6]، وعليه يكفي وجود التواطؤ الضمني لتحقق الاتفاق،و هذا ما يشكل اتفاق صامت دون أي تفاوض.

ثانيا: شروط الاتفاق المنافي للمنافسة: فمن خلال التعريفات السالفة الذكر نستنتج بأن للاتفاق المنافي للمنافسة شروطا تتعلق في مجملها بأطراف الاتفـاق و بالاتفاق بحد ذاته و بآثار هذا الاتفاق.

أ- الشروط المتعلقة بأطراف الاتفاق : يقصد بأطراف الاتفاق المؤسسات ، والمؤسسة كما ورد تعريفها في المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر« **هي كل شخص طبيعي أو معنوي أي كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات** "[7].

فمن خلال هذه المادة يلاحظ بأن المشرع لم يشترط في هذه المؤسسات سوى ممارسات نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بصفة دائمة، و لا يهم إذا كانت عبارة عن مؤسسات عامة أو خاصة ، أو شخص طبيعي أو معنوي ، كما أن المشرع أضاف أشخاصا أخرى إلى جانب المؤسسات، مثل الجمعيات و المنظمات المهنية[8] وهكذا فإنه لا يشترط أن تكون هذه النشاطات الممارسة نشاطات ذات أجر، مع العلم بأنه لا يمكن أن يحدث تراضي من دون استقلالية و لذلك يشترط أن تكون هذه المؤسسات مستقلة، أي تتمتع بالاستقلالية التامة في اتخاذ القرارات التي تتعلق بإدارة نشاطها التجاري أو الصناعي ولا يقصد هنا بالاستقلالية بالاستقلال القانوني، بل يقصد بالاستقلال الاقتصادي، فالاتفاق الذي يجمع شركة الأم مع أحد فروعها لا يعد اتفاقا يخضع لقانون المنافسة و ذلك بالرغم من استقلالهما القانوني، لأن الشركة الأم تعمل على وضع السياسة الاقتصادية التي تتبعها الشركة الفرع، وهذه الأخيرة تبقى خاضعة تحت سيطرة الشركة الأم و تابعة لها [9]، وبالإضافة إلى شرط الاستقلالية يشترط أيضا الصفة الجماعية في الاتفاق، أي يجب أن يصدر الاتفاق المقيد للمنافسة من إرادتين لمؤسستين كحد أدنى، كما أنه لا يشترط في هذه الأطراف بالضرورة وجود لديهم نية مخالفة قواعد المنافسة، أي لا يأخذ بعين الاعتبار وجود القصد أو عدمه [10].

ب- الشروط المتعلقة بالاتفاق بذاته: يمكن أن يكون الاتفاق صريحا أو ضمنيا ، شفهيا أو مكتوبا، كما أنه لا يشترط أن يكون في شكل عقد منظم كما يستوجبه المفهوم القانوني، فهو لا يستوجب روابط قانونية أو إدارية [11]، و من هنا فإن الاتفاق يحمل معنى واسع، ،إذ يكفي أن يكون هناك مجرد تعاون بسيط و تبادل المعلومات، والذي يكون الهدف منه أو يمكن أن يترتب عنه تقييد للمنافسة، كما يمكن أن يكون في شكل اتفاقات عضوية، كأن يكون أطرافها مؤسسات منظمة في شكل عضوي كالشركات المدنية و التجارية والجمعيات، و التجمعات ذات المصلحة المشتركة والمنظمات النقابية، وهنا قد يتمثل الاتفاق المحظور في العقد التأسيسي للشخص المعنوي أو في تصرف صادر عن أحد تجهيزات التسيير فيه [12].

ج- الشروط المتعلقة بآثار الاتفاق: إن الهم الأول لدى أصحاب المؤسسات هو الحفاظ على الوجود الدائم لمؤسساتهم و حفظ استقلالية كافية لها[13]، و لهذا فبالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر ،فإنه يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين تقييد المنافسة و أثار هذا الاتفاق لاعتبار هذا الأخير محظور. فحسب المادة 06 السالفة الذكر ، فإنه يجب أن يكون محل الاتفاق أو تكون الآثار الناشئة عنه تنصب على المساس بقواعد المنافسة ، بمعنى يمكن أن يكون تقييد المنافسة كنتيجة مباشرة لمحل الاتفاق بحد ذاته نظرا لخطورة هذا الاتفاق بطبيعته على المنافسة، كالاتفاقات المتعلقة بالأسعار و التي يجب حظرها ومن دون البحث عن آثارها [14]، إلا أن مجرد التأثير على المنافسة، لا يكون سببا لحظر هذه الاتفاقات إلا إذا كان تأثيرا محسوسا، وها ما أخذ به المشرع عندما نص على

ضرورة التأثير بشكل جوهري في السوق، إلا أنه يعاب على المشرع عدم تحديده لمعايير التأثير الجوهري، وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع الأوروبي والذي سايره فيما يعد المشرع الفرنسي[15]، وبالتالي فإن فعدم التحديد لأي معيار يمكن الارتكاز عليه لتحديد الأثر المحسوس من شأنه أن يصعب العمل على السلطات المعنية بتطبيق قانون المنافسة كالقضاء و مجلس المنافسة، وفي غياب هذه المعايير تكون لهذه السلطات سلطة تقديرية جد واسعة في تطبيق نظام الحظر، وهذا ما قد يؤدي من ناحية أخرى إلى إفلات العديد من الاتفاقات المنافية للمنافسة من العقاب، الأمر الذي يشكل خطرا على حماية المنافسة.

الفرع الثاني: أنواع الاتفاقات التي تقع تحت دائرة الحظر:

تنص المادة 06 من الأمر رقم 03-03 السالفة الذكر على حظر" **كل ...الاتفاقات و الاتفاقيات** ..." إلا أن هذه المادة لم تحدد أي نوع من هذه الاتفاقات ، ويبقى من الضروري تحديد وتعريف أنواع الاتفاقات المحظورة و التي يمكن أن تكون اتفاقات أفقية أو عمودية.

أولا: الاتفاقات الأفقية : تعرف الاتفاقات الأفقية بأنها تلك الاتفاقات التي تتم بين المؤسسات المتنافسة أي التي تعمل في نفس مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات [16]، وهذا النوع من الاتفاقات معروف في التشريع الأنجلوسكسوني باسم اتفاقات الكارتل و التي تعد من أخطر الاتفاقات، بحيث غالبا ما تنطوي هذه الاتفاقات على اتفاق مكتوب لغرض تقسيم الأسواق ، أو اتفاق على أسعار معينة، أين تحتفظ كل منشأة من هذه المنشآت باستقلالها القانوني والاقتصادي، وهذا عكس اتفاقات التراست –trust– التي تدمج مع بعضها و تتنازل فيها الشركات عن استقلالها[17] وقد أكدت الدراسات العالمية بأن الكارتلات المنظمة بصفة جيدة يمكن أن ينجر عنها ارتفاعا للأسعار بنسبة 25 % [18].

ثانيا: الاتفاقات العمودية: تعرف الاتفاقات العمودية، بأنها تلك الاتفاقات التي تتم بين مؤسسات لا تعمل في ذات السوق وغير متنافسة فيما بينها [19]، كأن تعمل مثلا أحد أطراف المؤسسات في الإنتاج والأخرى في التوزيع .

وما دام أن هذا النوع من الاتفاقات لا يتم بين مؤسسات متنافسة ، فإنه أثار جدلا فقهيا حول اعتبار هذا النوع من الاتفاقات اتفاقا محظورا، وعليه فهناك من يرى عدم إخضاع الاتفاق العمودي لقانون المنافسة [20] لأن أطراف هذه الاتفاقات ليسوا بأطراف متنافسة، كما هو عليه الأمر في عقود التوزيع و التي تعتبر ضرورية و لا يمكن الاستغناء عنها في الحياة الاقتصادية و بالتالي لا يمكن حظرها، أما البعض الآخر من الفقهاء يذهب إلى القول بأن الاتفاقات العمودية هي اتفاقات محظورة، لأن النصوص القانونية جاءت عامة و شاملة بدون تمييز بين النوعين من الاتفاقات[21]، ونحن نشاطر بدورنا هذا الرأي إذ بالرجوع إلى المادة 06 السالفة الذكر، نجدها جاءت عامة و شاملة لكل أنواع الاتفاقات و لم تفرق بين الاتفاق العمودي و الاتفاق الأفقي ، وهذه المادة جاءت

مطابقة تماما للمادة 07 من القانون الفرنسي المتعلق بالمنافسة و الأسعار، و التي هي بدورها مأخوذة من المادة 101 من قانون الاتحاد الأوروبي المتعلق بالمنافسة [22]، و اللتان لا تميزان بين النوعين من الاتفاقات.

إن مجال الاتفاقات العمودية يكمن في عقود التوزيع ، وتجدر الإشارة بالذكر بأن بعد ظهور مراكز الشراء الكبيرة في مجال التوزيع أصبح الموزع هو صاحب المركز القوي و المسيطر[23]، وذلك بفرض سيطرته على الممون و حمله على منحه امتيازات خاصة بالسعر و طرق الدفع إلى غيره من الامتيازات الأخرى ، وهذه الامتيازات لا يستفيد منها الموزعين الآخرين المنافسين ، وهذا ما أدى إلى ظهور ما يسمى بسلطة الشراء لدى الموزع التي تتميز بقوة كبيرة في التفاوض مع الممون في اختيار المنتجات الموجودة في السوق، وهذا ما يجعل من منافذ السوق محدودة جدا بالنسبة للممون، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى الحد من الإنتاج ، وعليه فإن الاتفاق العمودي إذا كان يهدف إلى تقييد المنافسة فهو يقع تحت طائلة الحظر مثله مثل الاتفاق الأفقي.

المطلب الثاني: تطبيقات الاتفاقات المحظورة

إن تطبيقات الاتفاقات المحظورة لا يمكن حصرها في حالات محددة لكونها تتعلق بظاهرة اقتصادية دائمة التطور، و لهذا فإن المشرع نص على بعض هذه التطبيقات على سبيل المثال فقط قصد توجيه السلطات المعنية بتطبيق قانون المنافسة، وهذا ما يفهم من خلال عبارة "**لا سيما**" المستعملة في صياغة المادة 06 السالفة الذكر و التي تنص على ما يلي" **تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات والاتفاقات..... لا سيما 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 التموين ،

– عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها

– تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين ، مما يحرمهم من منافع المنافسة

– إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية،

– السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة " [24].

يتبين من خلال المادة السالفة الذكر بأن المشرع جاء ببعض التطبيقات الأكثر شيوعا ، وإن كان من الغير الممكن حصر هذه الاتفاقات، إلا أنه يمكن تصنيفها حسب الخصائص المشتركة فيما بينها في مجموعتين من

الاتفاقات، والتي يكون من شأنها تقييد حرية المنافسين (فرع أول) أو إبعاد المنافسين الفعليين و المحتملين (فرع ثاني).

الفرع الأول ـ الاتفاقات التي من شأنها تقييد حرية المنافسين : و من أمثلتها ما يلي:

أولا: الاتفـاقات السعرية: يخضع تحديد أسعار المنتجات و الخدمات لقواعد المنافسة الحرة[25] ويمكن تحريف الآلية الطبيعية لتحديد الأسعار عن طريق إعداد المنظمات المهنية أو النقابية لجداول جماعية للأسعار السلع و الخدمـات التي تنتجها الأعضاء المنتمين إليها من مختلف التجار والمهنيين و رجال الأعمال ، وذلك بتحديد حد أدنى للأسعـــار لا يجب النزول عنه أو تحديـد حد أقصى لا يجب تجـاوزه وبهذا فإنها تؤدي بطبيعتها إلى تقيد حرية هذه الأعضاء في تحديد الأسعـار.

كما قد يكون هذا التحريف في شكل اتفاقات الأسعار العدوانية و ذلك باتفاق بعض المؤسسات على تخفيض سعر منتجـاتها وخدماتها للحفاظ على حصتها في السوق، و بالتالي تمنع حرية هذه المؤسسـات في تحديد أسعارها، كما تمنع المنافسة بالأسعار، ولهذا فإن القوانين المنظمة للمنـافسة تمنع مثل هذه الاتفاقـات، ولهذا فإن المشرع نص على حظر عرقلة الأسعار حسب قواعد السوق، و ذلك سواء عن طريق ارتفاع الأسعار أو انخفاضها، كما عالج حالة خاصة في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر، والتي تقضي بحظر عرض أسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين إذا كان هدفها تقييد المنافسة.

ولكن ما يمكن الانتباه إليه، هو وجود صعوبة في إثبات الأسعار العدوانية، باعتبار معظم الأسعار التنافسية هي أسعار منخفضة و ليست مقيدة للمنافسة، إلا أن القضاء الأوروبي كان قد ميز بين حالتين لتحديد السعر العدواني ، فإذا كان التسعير حدد بأقل من سعر التكلفة ، فإنه يعد سعرا تعسفيا وعدوانيا بصفة تلقائية، أما إذا كان التسعير منخفضا جدا ولكنه من دون أن يصل إلى حد أدنى من سعر التكلفة ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبـار هذا التسعير سعرا متعسفا و عدوانيا، إلا إذا تم تحديده في إطـار خطة من هدفها إزاحة المتنافسين[26] ، إلا أنه تجدر الملاحظة بالذكر بأنه يصعب من الناحية العملية تحديد السعر العدواني في جميع الأحوال ، لكونه يستلزم البحث في الوثائق الحسابية وخاصة الفاتورات، مع العلم بأنه يعترف رسميا بأن نسبة 70% من المعاملات تتم عندنا من دون فاتورة [27].

ثانيا: اتفاقات تحديد حجم الإنتاج و التسويق: يتمثل تقييد هذا النوع من الاتفاقات للمنافسة عادة في وضع حدود كمية لتحديد الحصة الإنتاجية أو التسويقية والتي لا يجوز تجاوزها، وهذا ما يؤدي من نـاحية أخرى إلى خفض عرض المنتجـات والخدمات، وهذا ما يخلق بدوره ظروفا ملائمة لرفع الأسعار بصفة اصطناعية، وعليه فإن اتفاق تحديد حجم الإنتاج والتسويق هو اتفاق محظور بموضوعه[28] .

ثالثا– اتفاقـات الربط : تتمثل اتفاقـات الربط في تلك الاتفاقات التي تخضع إبرام العقود مع المؤسسات لقبولها خدمات إضافية ليست لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية ، ولقد حظرت مختلف قوانين المنافسة هذه الاتفاقات لما تنطوي عليها من آثار ضارة على حريتي التجارة و المنافسة[29].

الفرع الثاني: الاتفاقات التي من شأنها تخفيض عدد المنافسين أو إبعاد المنافسين المحتملين:

يمكن أن يتجسد هذا النوع من الاتفاقات في عدة تطبيقات والتي نذكر من بينها ما يلي:

أولا: قرارات التنظيمات المهنية: قد تقوم بعض المنظمات المهنية باتخاذ قرارات لوضع قيـود و تحديد شروط الانضمام لإحدى المهن المنظمة من طرفها، وتتذرع هذه منظمات عادة بفكرة المصلحة العامة عند وضعها للوائح و التنظيمات التي تتضمن شروط الانضمام إليها، وتعتبر هذه القرارات بمثابة اتفاقيـات لأن هذه المنظمات تجتمع لديها عدة مؤسسات التي تعمل في النشاط المنظم من طرف هذه المنظمـات كما أن تلك اللوائح و التنظيمات قد يكون الهدف منها تخفيض أو تحديـد عدد المنافسين، وبالتـالي تعتبر هذه القرارات محظورة لكونها تشكل عراقيل من شأنها إبعاد منافسين من سوق ما في حالة ما إذا بنيت على أساس شروط غير موضوعية و تمييزية، و بالتالي فإن هذه التنظيمات يمكن أن تقيد المنافسة عندما تتجاوز الحـدود المبررة للمصلحة العامة [30]، كاشتراط مثلا للانضمام إلى مهنة ما وجوب الانتماء إلى نقابة مهنية معينة، وعليه فإن مجلس المنافسة الفرنسي أدان شروط الانخراط لمنظمة مهنية أو الحصول على شهادة التأهيل أو علامة تسمح دخول السوق عندما لا تشكل معايير محددة و موضوعية وغير تمييزية، مع تأييد هذا الاتجاه من طرف محكمة استئناف باريس[31].

ثانيا: الاتفاقات التي تتضمن شروط القصر أو الحصرية : يمكن أن تتضمن عقود التموين شروط القصر أين يتعهد الممون بتموين موزع وحيد حصري بشرط أن يقوم هذا الموزع بالبيـع في إقليم معين وهذا ما يسمى بشرط الحصرية الإقليمية، مثل ما هو عليه الحال في عقود الامتيـاز التجاري مثلا بحيث تتفق المؤسسات فيما بينها على منع تموين الزبائن المتواجدة على إقليم مؤسسة أخرى[32]، و قد يكون شرط الحصرية بوعد من الموزع، وهذا ما يسمى بحصرية الشراء أو التموين[33]، فبمقتضى هذا الشرط يلتزم الموزع بالتموين من عند ممون وحيد، فهذه الاتفاقات يمكن أن تكون محظـورة إذا قيدت حرية الموزع بصفة مطلقة أي تمنعه من البيع الإيجابي و السلبي[34]، وبالتالي فإن هذا النوع من الاتفاقات يمكن أن يشكل اتفاقات محظورة إذا كانت تمنع دخول المؤسسات المنافسة سوق منتج أو خدمات ما وتشكل عرقلة لحرية سير التجارة.

ثالثا: الاتفاقات الخاصة بتقديم عروض التغطية : تتم هذه الاتفاقات عن طريق اتفاق المؤسسات على تقديم عروض أعلى سعرا مقارنة بسعر العرض الذي تقدمه مؤسسة أخرى طرف في الاتفاق، وهذا ما يسمح لهذه الأخيرة بالفوز بالصفقة التي تظهر بعرضها الأقل سعر، وعليه تعد هذه العروض محظورة لكونها تحرف حتميا المنافسة عن طريق تبادل المعلومات حول الأسعار المقترحة بصفة مسبقة [35] بهدف تقسيم السوق بين المنافسين

المشاركين في الاتفاق واستبعاد المنافسين الآخرين، وعلى هذا الأساس تم إدانة مثل هذه الاتفاقات من طرف القضاء الأوروبي[36].

رابعا: اتفاقات المقاطعة الجماعية: تشكل المقاطعة الجماعية أحد الأشكال الأكثر قوة مساسا بالمنافسة، وبالتالي فهي ممارسة ممنوعة بحد ذاتها و بصفقة مستقلة عن آثارها[37].

يعرف القضاء الأوروبي المقاطعة الجماعية بأنها "**ممارسة متعمدة بهدف إبعاد متعامل من السوق**"[38] و قد تتخذ هذه المقاطعة عدة أشكال ، والتي تكون عادة في شكل رفض التوريد الجماعي أو في شكل إستراتيجية تطبيق الأسعار التمييزية، كمنح خصومات سعرية لبعض العملاء من دون العملاء الآخرين، وهذا ما يؤثر على العملاء المحرومين من هذه الخصومات على وضعيتهم التنافسية.

خامسا: اتفاقات وضع عوائق التقدم التقني و الابتكار: تتمثل هذه الاتفاقات في شكل وضع قيود على أي عمليات تقنية تهدف إلى تحسين المنتج و تطويره، و بالتالي فهي تعتبر اتفاقات محظورة ومثال على ذلك قضية سوق المفرقعات الصناعية ، بحيث تم التنسيق بين منتجي المفرقعات و الذي ترتب عنه منع التقدم التقني في مجال إنتاج مادة تخفيف الوقود، و هذا لغرض تسويق منتجاتها القليلة الجودة والتكاليف وكان من شأن وضع إنتاج هذا النوع من الوقود موضع التطبيق أن يؤدي إلى إنتاج أنواع أخرى من المفرقعات ذات جودة أفضل لما سوف تتضمنه من درجة آمان عالية وأسعار معقولة[39]، فمن شأن هذا النوع من الاتفاقات أن يعرقل تدخل المؤسسات في السوق في ظروف أمثل و التي من شأنها أن يستفيد منها المستهلك – مواد ذات جودة ، مواد مبتكرة، أسعار معقولة–[40] لو لم تعرقل بفعل هذه الاتفاقات.

المبحث الثاني : تبرير الاتفاقات المنافية للمنافسة

تتخذ المنافسة كوسيلة لتحقيق المصلحة العامة وذلك بتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية ، و عليه يقتضى الأمر في هذه الحالات تطبيق قاعدة العقلانية المعروفة في القضاء الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية، و التي جاءت للتخفيف من شدة صرامة قانون شيرمان المتعلق بمكافحة الاحتكار و الذي ينص علي الحظر المطلق للممارسات و الاتفاقات المنافية للمنافسة من دون استثناء[41].

تسعى التشريعات المنظمة للمنافسة وراء تفضيل الأولويات ذات طبيعة اقتصادية و اجتماعية التي يفرضها الصالح العام، حتى إن كان ذلك على حساب حماية المنافسة الحرة إن اقتضى الأمر[42]، و على هذا الأساس تدخل المشرع لإيجاد حالات استثنائية تصحح الاتفاقات المحظورة و ذلك بتبريرها وإخراجها من نظام الحظر إذا ما توفرت فيها شروط معينة (مطلب أول) و لكن مسالة هذا التبرير لا تثار إلا بمناسبة وجود منازعة أمام مجلس المنافسة أين يثار موضوع التبرير في شكل دفع ، إلا أن هذه المنازعة تصطدم بإشكالية صعوبة إثبات هذه الاتفاقات (مطلب ثاني).

المطلب الأول: شروط تبرير الاتفاقات المحظورة

يمكن تقييد حرية المنافسة بالنظر لاعتبارات متعلقة بالصالح العام إذا كانت تحققه بعض الاتفاقات، حتى و لو كانت تتوفر فيها شروط الحظر فإنها يمكن تبريرها على أساس هذه الاعتبارات وهذا ما طبقه المشرع في المادة 9 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر ، والتي تنص على ما يلي » **لا تخضع لأحكام المادتين 6 و...أعلاه الاتفاقات و... الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي أتخذ تطبيقا له**

– يرخص بالاتفاقات و... التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين الشغل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق... "[43].

يتبين من هذه المادة أن تبرير الاتفاقات المحظورة يكون في حالة توفر شروط معينة و التي تتمثل في وجود نص تشريعي أو نص تنظيمي أتخذ تطبيقا له (فرع أول) ومساهمة هذه الاتفاقات في التقدم الاقتصادي والتقني و تحسين الشغل ، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية (فرع ثاني).

الفرع الأول: وجود نص تشريعي أو نص تنظيمي أتخذ تطبيقا له

يمكن أن تبرر الاتفاقات و تستبعد من دائرة الحظر بالرغم من تقييدها للمنافسة في حالة وجود نص قانوني يجيزها، إلا أن لاعتبار هذه النصوص القانونية أساسا للتبرير يستوجب توفر فيها شروطا معينة(أولا) ولكي تكون هذه النصوص فعالة في حماية المنافسة، فإن المشرع ينص على استشارة مجلس المنافسة في جميع النصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة، وهذا ما يدفعنا إلى البحث في موضوع مدى الاهتمام باستشارات مجلس المنافسة في هذا المجال (ثانيا).

أولا : شروط النصوص القانونية المستوجبة كأساس لتبرير الاتفاقات

يشترط في هذه النصوص القانونية أن لا تكون نصوص تنظيمية، بل يجب أن تكون نصوص ذات طبيعة تشريعية كالقوانين أو الأوامر، أما النصوص القانونية التنظيمية لا يمكن أن تكون مبررة للاتفاق إلا إذا كانت مرتبطة بالنص التشريعي ، كأن تتضمن لكيفيات تطبيق النص التشريعي أو تكون مفسرة له.

وعليه يجب أن يفسر النص تفسيرا ضيقا، وأن يكون النص يسمح صراحة بمثل هذا الاتفاق[44]. وهدف المشرع من هذا الشرط هو التضييق من نطاق التبرير نظرا لكثرة اللوائح و النصوص التنظيمية التي يمكن أن يتمسك بها الأطراف لتبرير اتفاقاتهم، ومن أمثلة الاتفاقات المبررة بمقتضى نصوص قانونية ، هي تلك الاتفاقات التي تبرم بين الحكومة ومختلف القطاعات المعنية لتحديد الأسعار، و التي تتبعها عدة مراسيم تنظيمية لتحديد هذه الأسعـــار وهذا ما يفهم من المادة 05 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر والمعدلة بالقانون رقم 05-

10 والتي تجيز تدخل الحكومة لتحديد الأسعار باتفاق مع القطاعات المعنية كاستثناء من مبدأ حرية الأسعار الذي تقوم عليه المنافسة[45]، و يلاحظ بأن هذه الاتفاقات تهدف إلى حماية القدرة الشرائية ما دامت أنها تكون في غالب الأحيان في حالات لمواجهة ارتفاع الأسعار المفرطة.

يلاحظ بأن المشرع الفرنسي ينص على استثناء بعض الاتفاقات المقيدة للمنـافسة من نطاق الحظر و الخاصة بالقطاع الفلاحي كما ورد في المادة L.420-4 -I من تقنينه التجاري[46]، وكذلك فعل المشـرع المغربي بمقتضى المادة 2/9 من قـانونه المتعلق بالأسعـار والمنافسة [47]،إلا أن وللأسف فإنا مشرعنا لم يأخذ بهذا الاستثنـاء في الأمر رقم03-03 بالرغم من الطابع الفلاحي للجزائر، وهذا ما يمكن أن يضر بالقطـاع الفلاحي.

ثانيا: مدى الاهتمام باستشارات مجلس المنافسة فيما يخص النصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة

ينص المشرع صراحة على استشارة مجلس المنافسة فيما يخص النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالمنافسة، وهذا ما تأكد عليه المادة 36 من الأمر رقم 03- 03 السالف الذكر والمعدلة بالقانون رقم 2008-12، والتي تنص على ما يلي « **يستشـار مجلس المنـافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة[48]...** » ، إلا أن من ناحية أخرى يلاحظ بأن المشرع يتناقض مع نفسه حين يسمح بمقتضى المادة 5 السالفة الذكر باتخاذ تدابير تحديد هوامش الربح و أسعـار السلع والخدمات أو تسقيفها عن طريق التنظيم وذلك على أساس اقتراحات القطاعات المعنية، و من دون استشارة مجلس المنافسة، وهذا ما يضر من ناحية أخرى بالمنافسة.

في حين يلاحظ بأن المشرع الفرنسي يهتم بالمهام الاستشارية لسلطة المنافسة فيما يخص كل مشاريـع المراسيم الخاصة بالتبرير الجماعي و المتعلقة ببعض أصناف الاتفاقات وخاصة تلك التي تهدف إلى حسن تسيير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، بحيث لا يمكن اتخاذ هذه المراسيم و وضعها حيز التنفيذ إلا بعد الحصول على رأي المطابقة من طرف مجلس المنافسة[49]، ولكن للأسف لا نجد أي إشارة صريحة لهذا النوع من النصوص عندنا. إن عدم الاهتمام بالوظيفة الاستشارية لمجلس المنافسة هو أمر واقع عندنا وهذا ما يؤكد عليه مجلس المنافسة[50]، وهذا ما يؤثر سلبا على فعـالية نظام الاتفاقات في حمايـة المنـافسة في حالة صدور نصوص ذات الصلة من دون هذه الاستشارات .

الفرع الثاني: مساهمة الاتفاقات في التقدم الاقتصادي أو التقني أو في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق

إن المنافسة لا تعتبر هدفا في حد ذاته، وهذا ما جاء في بيان اللجنة الأوروبية بتاريخ 20 أفريل 2004 " **المنافسة في حين ليست هي الهدف بذاته...** "[51] و بهذا يمكن تبرير الاتفاقات المحظورة في الحالات التالية :

أولا: مساهمة الاتفاقات في التقدم الاقتصادي أو التقني: إن اهتمام المشرع بفكرة التطور الاقتصادي والتقني و الذي يدخل في إطاره كل ما يساهم بالفعل في هذا التطور، مثل تحسين الإنتاج و تطوير الصناعة بإدخال أساليب جديدة و متطورة، تحسين توزيع المنتجات... الخ ، من شأنه أن يحقق المصلحة العامة لاقتصاد الوطن و لجمهور المستهلكين ، وعليه فإن هذه الاتفاقات حتى و لو كانت مقيدة للمنافسة فإن المشرع يجيزها و يبررها لكونها تعد اتفاقات مفيدة.

ثانيا: مساهمة الاتفاقات في تحسين الشغل: إن البطالة هي آفة خطيرة تؤدي إلى الانحراف وعدم استقرار الأمن و السلم في المجتمع، و لهذا فإن المشرع يبرر الاتفاقات المحظورة إذا كانت تخلق مناصب شغل جديدة .

ثالثا: الاتفاقات التي من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق: إن المشرع يولي أهمية بالغة للمؤسسات المتوسطة و الصغيرة، وهذا حسن ما فعل و خاصة أن هذه المؤسسات هي التي يرتكز عليها الاقتصادي الوطني باعتبار أن معظم المؤسسات في الجزائر هي مؤسسات متوسطة و صغيرة، كما أن من ناحية أخرى فإن المشرع يحاول تقوية هذه المؤسسات حتى تكون قادرة على منافسة المؤسسات الأجنبية.

إن الاتفاقات العمودية باعتبارها أقل خطورة من الاتفاقات الأفقية نجدها هي التي تخضع عادة لنظام التبرير، كالاتفاقات الخاصة بالتوزيع الانتقائي، فبالرغم من أنها تقيد المنافسة و تمنع موزعين آخرين دخول السوق عن طريق رفض البيع، إلا أنها اتفاقات تحقق فائدة من الناحية الاقتصادية، وذلك باختيار الموزعين الذين لديهم محلات وموارد بشرية ملائمة قصد توصيل السلع والخدمات إلى المستهلك و هي محتفظة بقيمتها، وتقديم كل المعلومات اللازمة للمستهلك فيما يخص استعمال المنتوج المقتني من طرف أشخاص مؤهلين ومتخصصين ، وهذا ما طبقته اللجنة الأوروبية و محكمة النقض الفرنسية في العديد من القضايا [52].

و ما يمكن ملاحظته في الأخير ، هو أن المشرع بالرغم من أخذه بما جاء في المادة 10 من الأمر الفرنسي المؤرخ في 01 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار و التي نقلت إلى المادة L.420-4 من التقنين التجاري الفرنسي و المأخوذة بدورها من القانون الأوروبي[53] و التي تشترط في التبرير عدم منع المنافسة كلية وشرط توفر ضرورة التقييد للمنافسة للوصول إلى أهداف الاتفاق ، إلا أنه لم يأخذ بكامل هذه المادة، ولم يقيد تبرير الاتفاقات المحظورة بهاذين الشرطين، وهذا معناه أن المشرع يمنح سلطة تقديرية جد واسعة لمجلس المنافسة في منح التراخيص لتبرير الاتفاقات المنافية للمنافسة هذا ما قد يجعله متراخي في منح مثل هذه التراخيص ، وهذا عكس سلطة المنافسة الفرنسية و التي تتميز بالصرامة في منح هذه التراخيص، إذ يجب عليها أن تتأكد من توفر شرطي عدم منع المنافسة كلية والقيد الضروري للمنافسة، وهذا بالرغم من توفر الشروط الأخرى التي تسمح بتبرير الاتفاقات المحظورة[54]، وما يمكن التنبيه إليه هو أن عدم أخذ المشرع بهاذين القيدين يشكل خطورة كبيرة على حماية المنافسة.

وبالإضافة إلى المادة 09 السالفة الذكر التي تنص على التبرير في الحالات السالفة الذكر ،فإن المشرع يضيف المادة 8 من الأمر رقم 03-03 و التي تنص على منح الترخيص المسبق و التي تقضي بما يلي "**يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة ، بناء على طلب المؤسسات المعنية و استنادا إلى المعلومات المقدمة له ، أن اتفاقا أو عملا مدبرا أو اتفاقية ...كما هي محددة في المادتين 6 و ... أعلاه لا تستدعي تدخله**"[55]، إلا أن هذه المادة وإن كانت سوى تطبيقا لمبدأ العقلانية ، إلا أن هذا المبدأ أنتقد من بعض الفقه و الذي يعتبره بأنه هو جريمة في حد ذاتها[56] وخاصة أن هذه المادة تخضع تقدير الاتفاقات للسلطة التقديرية للمؤسسات التي تريد الاستفادة من الترخيص، و بالطبع فإن المؤسسات المعنية حتى ولو كانت ترغب في تحقيق مصلحة خاصة من هذا الاتفاق ، فإنها تسعى بكل الوسائل إلى إثبات الفائدة والمصلحة العامة لهذا الاتفاق، وخاصة أمام غياب عنصر النزاهة في غالب الأحيان[57] و هذا ما يمس بحماية المنافسة، كما أن هذه المادة انتقدت أيضا من طرف مجلس المنافسة من خلال رأيه الخاص بدراسة مشروع تعديل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ،على أساس أنها تستوجب (التكهن) أي القدرة المسبقة على كشف السلوكات المستقبلية لأطراف الاتفاق، و في هذا الإطار صرح ذات المجلس على ما يلي **الاتفاق بعد منح الترخيص يعد المشكل الأكبر في هذه الحالة، بالإضافة إلى أن المرسوم التنفيذي رقم 175-05 – المتعلق بالتصريح بعدم التدخل– الذي يستوجب تحقق المجلس من تصريحات الأطراف، لا يمكن أن يكون إلا أكثر صعوبة و غير محقق، علما بأن الدول الأوروبية ألغت هذا الإجراء من نصوصها للأسباب و الملاحظات المذكورة**"[58].

يجب الاعتراف بأن 8 السالفة الذكر تشكل بحد ذاتها خطورة على حماية المنافسة، وخاصة أمام اعتراف مجلس المنافسة بصفة ضمنية بتعذر تطبيق الرقابة المسبقة واللاحقة، و ذلك بقوله صراحة "**يمكن لهذه المؤسسات أن تغير من سلوكها بعد حصولها على الترخيص، وأن متابعة هذه الاتفاقات بعد منح الترخيص يعد المشكل الأكبر**"،الأمر الذي يستوجب إلغاء هذه المادة والاكتفاء بالمادة 9 السالفة الذكر.

المطلب الثاني: إشكالية إثبات الاتفاقات المنافية للمنافسة

تتطلب مسألة تبرير الاتفاقات أو حتى حضرها ضرورة اكتشاف وإثبات هذه الاتفاقات ،إلا هذه المسألة ليست بالمسألة السهلة على الأطراف المتضررة من هذه الاتفاقات التي يقع على عاتقها واجب الإثبات تطبيقا للقواعد العامة ما دام أن المشرع لم يعالج إشكالية الإثبات في مادة الاتفاقات المنافية للمنافسة، وهذا ما لا يضمن متابعة هذه الاتفاقات الشيء الذي يعرقل تطبيق نظام التبرير و الحظر وعليه فإن المشرع حاول إيجاد وسائل وآليات للتخفيف من هذه الإشكالية عن طريق منح سلطة إجراء الإخطار التلقائي لمجلس المنافسة (فرع أول) لضمان متابعة هذه الاتفاقات، أو تبريرها في حالة توفر شروط التبرير ، كما حاول أيضا إيجاد آلية تساهم في الإسراع في التحقيق في هذه الاتفاقات، وذلك عن طريق أخذه بنظام المصالحة (فرع ثاني).

الفرع الأول: إجراء الإخطار التلقائي لمجلس المنافسة

بالرغم من أن المشرع يؤهل كل الأطراف الأخرى، مثل الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات والجمعيات، كجمعيات حماية المستهلك لتقديم الإخطار لدى مجلس المنافسة لفتح تحقيق حول أي اتفاق محظور يمس بالمصالح المحمية من طرفها، إلا أنه منح أيضا لمجلس المنافسة سلطة الإخطار التلقائي (أولا)، وذلك تحسبا من المشرع في حالة عدم تقديم هذه الإخطارات من الجهات المعنية السالفة الذكر، والتي قد يرجع سببها إلى عدم تمكن بعض هذه الجهات من الحصول على الأدلة التي تثبت إدعائها، إلا أن تطبيق هذا الإخطار التلقائي من طرف هذا المجلس يبقى محدودا (ثانيا).

أولا: سلطة الإخطار التلقائي لمجلس المنافسة

يقصد بالإخطار التلقائي مبادرة مجلس المنافسة بنفسه لفتح تحقيق و متابعة هذه الممارسات كما هو منصوص عليه في الأمر رقم 03 -03 السالف الذكر وذلك من دون تلقيه لأي إخطار كان، وفي حالة ما إذا تبين من التحقيق عدم توفر شروط الحظر أو قامت صاحبة الاتفاق بالدفع باعتبار الاتفاق مبررا مع إثبات توفر شروط التبرير، فإن هذا المجلس يضع حدا للمتابعة و ذلك بمنح ترخيص بتبرير هذا الاتفاق لهذه المؤسسات بناء على طلب هذه الأخيرة.

يمكن أن يتم الإخطار التلقائي مثلا في حالة التنازل عن الإخطارات المقدمة من الغير، لكون هذا الأخير لا يكون له أي تحكم فيما بعد في إجراء الإخطار المسجل[59]، أوفي حالة ما إذا رأى المجلس أن الإخطار المسجل لديه لا يدخل ضمن اختصاصاته، وتبين من الوقائع احتمال وجود اتفاق ما محظور.

ثانيا: محدودية تطبيق مجلس المنافسة للإخطار التلقائي

قصد تمكين مجلس المنافسة من اللجوء للإخطار التلقائي، يجب بالضرورة تمكينه باعتباره سلطة ضبط للمنافسة بكل الوسائل الضرورية لتسيير عمله، كالوسائل المالية و البشرية، الأمر الذي يدفعنا إلى التعرض لكل من ميزانية مجلس المنافسة و الموارد البشرية المسيرة لهذا المجلس.

تنص المادة 33 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر و المعدلة بالقانون رقم 2008-12 على ما يلي" **تسجل ميزانية مجلس المنافسة ضمن أبواب ميزانية وزارة التجارة** ..."[60]، يتبين من خلال نص هذه المادة أن مجلس المنافسة لا يتمتع بميزانية مالية مستقلة، بل هو تابع من الناحية المالية لوزارة التجارة، وهذا ما يحول دون الاستقلالية الوظيفية لمجلس المنافسة، وهذا ما يعرقل و يؤثر سلبا بصفة عامة على فعاليته في اتخاذ القرار ومحاربة الاتفاقات المنافية للمنافسة، وكما يقال من يملك المال يملك السلطة والعكس صحيح[61].

وما يمكن قوله في الأخير فبالرغم من أهمية إجراء الإخطار التلقائي والذي يساهم في الكشف عن الاتفاقات المحظورة، إلا أن من ناحية الواقع نادرا ما يستعمل المجلس هذا الإجراء، وهذا أكيد يرجع إلى ظروف مجلس المنافسة و التي يلخصها هذا الأخير من خلال تصريحه التالي فيما يلي » **يعتبر مجمع مجلس المنافسة أن**

الوضعية الحالية لمجلس المنافسة و خاصة غيـاب الوسائل البشرية من حيث الكم و الكيـف وغياب نظام المسار المهني ، الأجر الجذاب، وعدم وجود مقر مناسب من الظروف التي تصعب على مجلس المنافسة لاتخاذ إجراء الإخطار التلقائي للنظر في قضايا الممارسات المنافية للمنافسة،..."[62].

الفرع الثاني: إجراء المصالحة

أخذ المشرع بنظام المصالحة كما هو مؤكد عليه في المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر والتي تنص على ما يلي" **يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامـة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها و تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات "المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر..."*[63].**

يلاحظ من خلال هذه المادة بأن المشرع يحاول إيجاد وسيلة لتشجيع المؤسسات صاحبة الاتفاقات المحظورة للاعتراف بالتهمة المنسوبة إليها و ذلك عن طريق تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها، إلا أن هناك نقائص في تنظيم المشرع للمصالحة والتي تجعل من هذا النظام غير فعال في حماية المنافسة (أولا)، كما أن هذا النظـام لا يؤدي إلى اكتشاف الاتفاقـات المنافية للمنـافسة، وهذا ما يستوجب بالضرورة البحث عن آليـة أخرى التي تساهم في اكتشاف هذه الاتفاقات لحماية المنافسة، والمتمثلة في آلية نظام العفو (ثانيا).

أولا: نقائص نظام المصالحة حسب الأمر رقم 03-03

إن ما يلاحظ في المادة 60 السالفة الذكر هو أن المشرع أنه لم يصدر أوامر تنفيذية لبيان كيفية تطبيق هذه الغرامة من حيث نسب التخفيض، ومتى لا يحكم بها ، وهذا ما يجعل من هذا الإجراء صعب التطبيق، و خاصة أن إجراء عدم تطبيق عقوبة الغرامة هو إجراء خطير على حماية المنـافسة، وبالتالي لا يمكن التوسع في تطبيقه وعليه يجب تقييده بشروط ، وعدم النص على هذه الشروط بدقة معناه ترك سلطة تقديرية جد واسعة لمجلس المنـافسة، وهذا ما قد يؤدي إلى إفلات العديد من الاتفاقات المحظورة من العقاب، كما أن وحسب نظرنا لا يمكن الإعفاء من عقوبة الغرامة كلية لمخالف القانون لمجرد أنه اعترف بالمخالفة، أو تعهد بتعديل سلوكه، كون مثل هذه الأمور من المفروض تشكل ظروفا مخففة للعقوبة وليس الإعفاء منها.

يتضح مما سبق ، بأن إجراء المصالحة الذي يأخذ به المشرع، هو إجراء غير منظم بصفة محكمة نظرا لما يشوبه من ثغرات قانونية ، بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الإجراء هو إجراء يأتي نوعا ما متأخرا، إذ لا يمكن إثارته إلا بعد اكتشاف الاتفاق المحظور، و بالتالي حتى ولو كان لهذا الإجراء أهمية والتي تكمن في المساهمة في الإسراع في التحقيق و تفادي المصاريف الباهظة اللازمة لإتمام التحقيق إلا أنه يعد إجراءا غير كافيا للكشف عن الاتفاقات التي لم تثار حولها بعد أي شكوك.

ثانيا: تطبيق نظام العفو كآلية لاكتشاف الاتفاقات المحظورة:

يعد تبني نظام العفو المعروف في دول شمال أمريكا[64]، من الآليات التي من شأنها تساعد على اكتشاف الاتفاقات المحظورة،، فهذا الإجراء يسمح بالحصانة أو تخفيض مبلغ الغرامة في مقابل تعاون المؤسسة صاحبة الاتفاق المحظور و ذلك بتقديمها لمعلومات تسمح بكشف المخالفة وهذا قبل البدء في التحقيق، وبهذا فإن نظام العفو يضمن بالفعل الطريق الأنجع لاكتشاف الاتفاقات المحظور، و نظرا لأهمية هذا النظام فإن العديد من التشريعات قد أخذت به ومن بينها المشرع الفرنسي الذي أخذ به إلى جانب نظام المصالحة[65]، مع العلم بأن في الآونة الأخيرة تم الكشف عن العديد من اتفاقات الكارتل، وهذه النتائج المذهلة تم الوصول إليها بفعل تطبيق نظام العفو[66].

الخاتمة

نستنتج من خلال البحث المقدم، بأن فعالية النظام القانوني لحظر وتبرير الاتفاقات المنافية للمنافسة في حماية المنافسة هي فعالية محدودة ، لكون الإطار القانوني لهذه الاتفاقات لا يزال يحتاج إلى المزيد من التطوير ومراجعة العديد من المواد القانونية لسد الثغرات والنقص الذي يعتري هذه المواد، ولهذا يستوجب على المشرع مسايرة التطورات المستجدة واعتماد المعايير الدولية الخاصة بقوانين المنافسة عن طريق الأخذ بتجارب القانون الأوروبي وقوانين شمال أمريكا السباقة لمكافحة الاتفاقات المحظورة ، كما يجب التركيز على تعزيز دور مجلس المنافسة وذلك بالاهتمام بكل من دوره الاستشاري والإخطار التلقائي لكونهما يشكلان ضمانة لحماية المنافسة، ولن يتأتى ذلك بطبيعة الحال إلا بتخويل هذا المجلس بالوسائل اللازمة لتسهيله القيام بالمهام المنوطة به مع منحه الاستقلالية المالية والوظيفية والإمكانيات المادية والبشرية الضرورية لذلك.

كما نقترح أيضا على المشرع إلغاء المادة 8 من الأمر رقم 03-03 السالفة الذكر لكونها تتعارض منطقيا مع ضبط السوق، مع الأخذ بنظام العفو وبالعقوبات السالبة للحرية لضمان نجاح هذا النظام بالإضافة إلى الاهتمام بجمعيات حماية المستهلك وذلك بمدها بكل المساعدات المادية و العمل على تنظيم وتبسيط لها إجراءات التقاضي لما لها من دور فعال في حماية المنافسة، كما يستلزم الأمر كذلك تكوين قضاة في مجال المنافسة، لما لهم من دور في ضبط المنافسة و مراقبة قرارات مجلس المنافسة.

الهوامش:

[1]- المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة ،ج،ر،ع ،43 الصادر في 20 يوليو 2003 معدل و متمم.

[2] - يلاحظ بأن النص الرسمي للمادة 6 فيه خطأ في الترجمة ودلك بنص المشرع على عبارة "تهدف أو يمكن أن تهدف. وكأنه يأخذ بالقصد، ولكن النص الأصلي (الفرنسي) يستعمل عبارة عندما يكون موضوعها أو من آثارها عرقلة... « lorsqu' elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet, d'empêcher ,restreindre ..... »

[3] - خمايلية سمير ، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2013 ص 43.

[4] -AURENCE NICOLAS-VULLIERME, Droit de la concurrence, Libraire Vuibert, 2008, paris, p/ 175.

[5] – تيورسي محمد ،الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دون طبعة،دار هومة، الجزائر،2013 ،ص 194.

[6] – لحراري شالح ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك و قمع الغش و قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي– وزو تاريخ المناقشة / 2012/02/29 ، ص 58.

[7] –المادة 3 المعدلة بالقانون رقم 08–12،المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، معدل ومتمم للأمر رقم 03–03، ج، ر،ع 36 الصادر في 2 جويليه 2008 .

[8] – المادة 2 المعدلة بالقانون رقم 10–05، مؤرخ في 15 غشت 2010، معدل و متمم للأمر رقم 03–03، ج،ر،ع 46 الصادر في 2010/8/18 .

[9] – الخاميسي فاضلي، الممارسات المنافية لقواعد المنافسة في القانون المغربي، المنشور22 /13/03 بالموقع التالي: www. Marocdroit .Com http:/، تاريخ الاطلاع: 11 /16/12، ص– ص،01–14، ص،6.

[10] – محمد شريف كتو، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر رقم 03–03 و القانون رقم 04–02، دون طبعة، منشورات بغدادي، دون سنة نشر، ص، 55.

[11] -JACQUES LE BOURVA ,les conditions favorables aux ententes et leur variations , Revue économique / Année 1955/6-5, pp 717-756, p/719.

12–عياد كرفالة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران ، تاريخ المناقشة 24/ 2013/6، ص18.

[13]- JACQUES LE BOURVA , OP,CIT, p/736.

[14] -Rapport du conseil de la concurrence, Pour l'année 2003, voir MARIE –ANNE FRISON– ROCHE MARIE–STEPHANE PAYET, Droit De La concurrence, 1er édition, Dalloz, 2006 p,205.

[15] -Voir, communication de la communauté européenne sur les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du traité instituant la communauté européenne, JOCE n°,C ,368 du 22 déc 2001,Voir aussi art L. 464-6-1 (art 4 de l'ord n°2008-1161 du 13 nov 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence ,JORF n° 265 du 14 nov 2008 p/17391 , modifiant code de commerce, Voir code de commerce français, édition 2010,Dalloz 2010.

[16] – ياسر سيد الحديدي ، الإطار العام لقوانين المنافسة ، ومنع الممارسات الاحتكارية ، مجلة مركز بحوث الشرطة العدد 29،يناير 2006 ص–ص ، 493– 512، ص 398.

[17] – الخميسي فاضلي ، مرجع سابق ، ص 03.

[18] – تقرير النشرة الرسمية للمنافسة ، العدد 6 لسنة 2015، ص ، 10.

[19] – خليل فيكتور تادرس ، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية ، دراسة مقارنة ،المجلة العلمية ،كلية الحقوق ، جامعة أسيوط العدد 27 ، 2008 ص–ص 428 –539،ص ، 510.

[20] – مختور دليلة، الاتفاق العمودي و علاقته بقانون المنافسة ،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية كلية الحقوق جامعة مولود معمري ، تيزي– وزو، العدد 2 ، 2013، ص –ص 510–535،ص ،518.

[21]-J.BERNAD BLAISE, Droit des affaires, Commerçants, concurrences, Distributeurs, 6 em édition, L'extenso édition, LGDI , 2011, p/ 438.

[22] - voir Art 7, de l, ord n° 86-1243 du 1er décembre 1986,concernant la loi de la concurrence et des prix, JO n°9 ,déc 1986, devenue art L.420-1 du code de commerce, Op, Cit,Voir aussi art 101, & 1,TFUE.,JOUCE n°336 du 26 octobre 2012.

[23] –كتو محمد شريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004–2005، ص، 185.

[24] – المادة 6 من الأمر03–03 ، السالف الذكر .

[25] – المادة 1/4 من الأمر رقم 03–03 المتعلق بالمنافسة و المعدلة بالقانون رقم 10–05 ، السالف الذكر.

[26]- CJCE 3 juillet 1991, AKZO. Aff c 62/86 .Cité par SOPHIE NICINSKI, Droit public des affaires ,3e édition, Montchrestien, l'extenso édition, Dépôt l'égal , Aout 2012,p/ 490 .

[27] -CHERIF BENNADJI, Le droit de la concurrence en Algérie, revue Algérienne des sciences juridiques, Economiques et politiques, Volume XXXX n°3-2000, p-p,143-160, p 160.

[28] - MARIE ANNE FRISON et autres, OP,CIT ,p/213

[29] - أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث 2008، ص148.

[30] - HANANE MEFLAH, La justification des ententes et des abus de positions dominantes – Etude comparative- Mémoire présenté pour l'obtention de diplôme de magistère en droit des relation économiques,

(Agents économiques / consommateurs), Université d'Oran , Faculté de droit et sciences politiques, Année universitaire,2012-2013, p/29.

[31]-CC, Rapport 2002,p/115,Décision n°-D 14 du 28 fév 2002 situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-Experts et des géomètres topographiques, Annexe p.284,Confirmé par paris, 24 juin 2003 ,Cité par ANDRE DECOCQ et GEORGE DECOCQ,OP, CIT, p/287 .

[32] - LAURENCE NICOLA – VULLIERME,OP,CIP, CIT, p/188.

[33] - HANANE MEFLAH ,OP,CIT, p/34 .

[34] – يقصد بالبيع الإيجابي أن يقوم الموزع بمخاطبة و بمحاولة الدعاية و البيع خارج الإقليم المحدد في العقد، بينما يقصد بالبيع السلبي قيام عميل من خارج النطاق الإقليمي للموزع بطلب الشراء من دون أن يقوم الموزع بأي فعل يدفعه للشراء ،أنظر في ذلك لينا حسن ذكي ، مرجع سابق، ص125.

[35] - DJILLALI SLIMANI , Les défis auxquels sont confrontés les jeunes organismes chargés de la concurrence dans la conception du contrôle des fusions, BOC n° 14,p-p37-56 p/55

[36] - CJCE , 16 Déc 1975, Suiker unies et autres , cité par ANDRE DECOCQ ET GEORGE DECOCQ, OP, CIT , p/282.

[37] -Rapport du conseil de la concurrence pour l'année 2003,p/60, Cité par MARIE ANNE PRISON et autres, OP,CIT, p/ 214.

[38] - CASS. Com , 22 oct 2002,Bull n° 148,Cité par le même ouvrage, même p.

[39] - Rapport de la com de 1979, p/ 195, Avis du 11- 1- 1979(Ententes dans les marchés des explosifs industriels et des accessoires de tir).Rec, Lamy, n° 138, B.O,S.P, 20 avril 97

أنظر في ذلك لينا حسن ذكي، نفس المرجع ، ص 110.

[40] - HANANE MEFLAH, OP, CIT, p/31.

[41] - J.BERNARD BLAISE ,OP,CIT,P/454

[42] – جلال مسعد ، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، ص105.

[43] – المادة 9 من الأمر رقم 03-03 ، السالف الذكر.

[44] – محمد شريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق ص ، 142.

[45] – راجع المادة 5 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بالقانون رقم 10-05 ، السالف الذكر.

[46] -Art L.420-4 I, code de commerce français, Op,Cit, p/580.

[47] – المادة 2/9، قانون الأسعار و المنافسة المغربي رقم 12-104 ، ج،ر،ع 6276 الصادر بتاريخ 26 رمضان 1435 الموافق ل 24 يوليو 2014.

[48] – المادة 36 (القانون رقم 12-2008) المعدل للأمر رقم 03-03، السالف الذكر.

[49] - Art L. 420-4 I (Ord n°2008-1161 du 13 nov 2008, Art 4) de l'autorité de la concurrence », voir code de commerce français, Op ,Cit.

[50] – النشرة الرسمية للمنافسة رقم 13 لسنة 2016 ، ص 42.

[51] -Comm, CE, 20 avril 2004 ,Com (2004) 293 final, Point 2.1.P.3 » Cité par LAURENCE NICOLAS VULLIERME, OP, CIT, P/11

[52] - Décision commission, CEE,16, déc ,1991,(Yves saint –Laurent parfums, JOCE ,du 18 janv, 1992, no, L.12, - Cass. Crim, 3 nov , 1982,cité par JEAN BAUCHART, Le droit de la distribution et de la consommation , Presse universitaire de France, 1996,p ,202.

[53] - Art L.420-4 1, Code de commerce français , OP, CIT. p/579. »Voir aussi ,Art 101,&3, TFUE , JOUCE n° 336 du 26 octobre 2012.

[54] – جلال مسعد ، مرجع سابق ، ص 116 .

[55] – المادة 8 من الأمر رقم 03-03 ،السالف الذكر.

[56] – بوزيد صبرينة، قانون المنافسة: لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني؟ مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 8 ماي 45 – قالمة، 2015-2016 ، ص 108.

[57] – بوزيد صبرينة ، نفس المرجع ، ص 109.

[58] – النشرة الرسمية للمنافسة العدد 12 ، من دون سنة نشر، ص-ص ،15،16.

[59] - RACHID ZOUAIMIA ,Droit de la concurrence ,édition belkeise,2012, P 201.

[60] المادة 33 من القانون رقم 12-2008 معدل و متمم للأمر رقم 03-03.

[61] – ضرفي نوال ، مجلس المنافسة بين الاستقلالية و التقييد ، الملتقى الوطني الموسوم ب» حرية المنافسة بين دسترة حرية المبادرة و متطلبات الضبط ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أكلي محند والحاج بالبويرة ليوم 2018/11/13 ، ص 13.

[62] – BOCC, n° 7 , 2015, P/06.

[63] – المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ، معدل و متمم .

[64] - MARIE ANNE FRISON et autres , droit de la concurrence , op, cit , p/272.

[65] - Art 420-2 IV) Lois du 15 mai 2001(,OP, Cit , voir code de commerce ,OP,CIT, p/ 711 .

[66]-Voir, PIERE DESBROSSE, Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisations des marchés Revue internationale de droit économique , 2010/2,T.XXIV, p-p 211-240, p/ 211.