

نظرية التسهيلات الأساسية: وسيلة لمنافسة فعلية*

تواتي غيلاس⁽¹⁾

⁽¹⁾ طالب الدكتوراه، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.
البريد الإلكتروني: ghilestouati@gmail.com

الملخص:

يشمل مفهوم التسهيلات الأساسية مجموع التراكيب (المادية و غير المادية) التي تحوزها مؤسسة مهيمنة والتي يغيب بديل بشأنها، والتي يعتبرها الغير ضرورية لممارسة نشاطهم في السوق، في هذا الشأن يرتبط إضفاء الطابع الأساسي على التسهيل مع تظافر معيارين أساسيين، وهما الطابع الوحدوي لها وضرورتها لممارسة النشاط الاقتصادي. بمقابل ذلك، يشترط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية في حالة عدم التمكين من الدخول إلى هذه الأخيرة، اجتماع ثلاثة شروط تتجلى في رفض التمكين من الدخول إلى التسهيل محل الطلب، على نحو قد يؤدي إلى المساس بالمنافسة، وأخيرا وجود نية منافية للمنافسة.

الكلمات المفتاحية:
التسهيل الأساسية، المتعامل التاريخي، وضعية الهيمنة، التعسف، المتعاملين الجدد، الرفض، الدخول، المنافسة.

* تاريخ إرسال المقال 2019/06/15، تاريخ مراجعة المقال 2019/07/03، تاريخ قبول نشر المقال 2019/09/30.

The theory of the essential facilities: an instrument for an effective competition**Abstract:**

The concept of essential facility recovers the whole installations (hardware or not) held by a dominant company, which seems not easily reproducible and whose access is essential to the thirds, to carry on their activities on the market. In this respect, to say that a facility is essential, the presence of two main criteria is required.

Moreover, the application of the Thierry of essential facilities, in the case of refusal to access to this latter, obtrudes three conditions which are reflected in, the refusal of access to facility concerned, which may adversely affect competition, and, finally, the existence of an anti-competitive intention.

Keywords

Essential facility, historical operator, dominant position, abuse, new operators, refusal, access, competition.

La théorie des facilités essentielles: un instrument pour une concurrence effective**Résumé :**

La notion de facilité essentielle recouvre l'ensemble des installations (matérielles ou non) détenues par une entreprise dominante, qui s'avèrent non aisément reproductibles et dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leur activité sur le marché. A cet égard, dire qu'une facilité est essentielle, exige la présence de deux critères principaux, son unicité et sa nécessité pour l'exercice de l'activité économique.

Par ailleurs, l'application de la théorie des facilités essentielles, en cas de refus d'accès à cette dernière, impose trois conditions qui se reflètent par le refus d'accès à la facilité concernée, ce qui peut porter atteinte à la concurrence et, enfin, l'existence d'une intention anticoncurrentielle.

Mot clés :

Facilité essentielle, opérateur historique, position dominante, abus, nouveaux opérateurs, le refus, l'accès, concurrence.

مقدمة

يتسم قانون الضبط الاقتصادي بأنه قانون انتقالي ، وهذا باعتباره قد جاء لمرافقة القطاعات المفتوحة حديثا على المبادرة الخاصة من الاحتكار إلى المنافسة ليزول بعد ذلك¹، حيث يحل قانون المنافسة محل الضبط القطاعي في تنظيم السوق والحفاظ على النظام فيه، في هذا الصدد يرتبط هذا الزوال بنضج قواعد السوق وشيوع المنافسة على مستواه، هذه الأخيرة يرتبط تحققها هي الأخرى بضرورة تحقيق التوازن بين المتعاملين الجدد ونظرائهم التاريخيين، لاسيما، عن طريق تمكين الطائفة الأولى من استعمال التسهيلات الأساسية للطائفة الثانية، حيث أن رفض هؤلاء يشكل عائقا لوجود منافسة فعلية في السوق على مستوى القطاعات الخاضعة للضبط، من بين الحلول المقترحة للتصدي لمثل هذا السلوك الذي من شأنه المساس بالمنافسة في السوق هو إرغام هذا العون الاقتصادي التاريخي على تمكين الاعوان الجديد من الدخول في شروط معقولة و غير تمييزية، وهو الحل المعروف تحت تسمية "نظرية التسهيلات الأساسية"²، والذي عرف التطبيق لأول مرة من طرف المحكمة العليا الأمريكية في قضية "Terminal Railroad" سنة 1912³، ثم من طرف محكمة العدل الأوروبية في قضية

¹ للتفصيل أكثر في مسألة انتقالية قانون الضبط الاقتصادي، انظر:

BERRI Noureddine, "Ordrerégulateur: Essai sur l'émergence d'un concept", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Tome 11, n° 01, 2015, pp. 26-45.

² فضلنا استعمال عبارة التسهيل الأساسية بدل العديد من المصطلحات الأخرى لاسيما، المصادر الأساسية، المنشآت الأساسية، لسببين أساسيين:

أن هذين المصطلحين لا يستوعبان كل ما يمكن أن يُعد أساسيا لممارسات النشاط الاقتصادي على غرار حقوق الملكية الفكرية والأموال المعنوية، فهذين المصطلحين يشيران فقط إلى ما هو مادي.

ثم أن استعمال مصطلح التسهيل له مفهوم غائي، وهذا للدلالة على أن الهدف من اللجوء إلى هذه النظرية تبقى غايته بالدرجة الأولى هي تسهيل الدخول إلى السوق.

³ تتلخص وقائع القضية في استحواذ مجمع "Terminal Railroad" على منشآت السكك الحديدية لمدينة "Saint Louis"، في ولاية "Missouri" الأمريكية، على نحو أصبحت الوسائل التي تمكن من عبور نهر "Mississippi"، الموجود على مستوى هذه الولاية و الذي يسمح بالوصول إلى مدينة "Saint Louis" في حيازة هذا التجمع. إن اجتماع الوسائل التي تسمح بعبور هذا النهر في يد شركة واحدة أثار انتباه الحكومة الأمريكية، التي لجأت إلى القضاء للمطالبة بالنظر فيما إذا كانت مثل هذه الوضعية لا تخالف قانون المنافسة الأمريكي. فكان تحليل المحكمة العليا الأمريكية لهذه القضية على النحو التالي:

"Commercial Solvents" سنة 1974¹، وهذا قبل أن يشيع تطبيقه من طرف الهيئات القضائية وأجهزة المنافسة في معظم الدول التي تبنت نظام اقتصاد السوق.

إن تسليط الضوء على هذه النظرية يدفع بنا إلى طرح التساؤل التالي: هل كلما رفض المتعامل المهيمن تمكين باقي المتعاملين من استعمال المنشآت التي يحوزها، استدعى ذلك تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية؟

التفصيل في هذه المسألة يفرض في البداية تحديد المقصود بالتسهيل الأساسية (مطلب أول)، ثم الخوض بعد ذلك في الشروط الواجب توافرها لتطبيق هذه النظرية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: موضوع النظرية: التسهيل الأساسية

قبل الخوض في الشروط الواجب توافرها للقول بالطابع الأساسي للتسهيل (الفرع الثاني)، لابد من الوقوف عند المقصود بالتسهيل الأساسية (الفرع الأول).

أقرت المحكمة أنه من غير الممكن لشركة ناشطة في مجال السكك الحديدية على مستوى هذه الولاية ممارسة النشاط الاقتصادي والوصول إلى مدينة Saint Louis¹ دون استعمال المنشآت المحوزة من طرف تجمع "Terminal Railroad"، حيث أشارت المحكمة إلى عدم قدرة أي شركة من الناحية الاقتصادية من إنشاء جسر الخاص لعبور نهر Mississippi²، وأن الجسور الموجودة بمحاذاة هذه المدينة بعيدة جدا لكي يمكن اعتبارها بدائل حقيقية، وتضيف المحكمة أن الشركات التابعة للتجمع قد ترفض تمكين الغير من استعمال هذه المنشآت لممارسة النشاط الاقتصادي على نحو يحول دون عبورهم إلى مدينة "Saint Louis"، وهو ما جعل المحكمة تخلص إلى نتيجة مفادها أن تمكين المؤسسات التابعة للتجمع وحدها فقط من العبور إلى هذه المدينة من شأنه المساس بالمنافسة على سوق النقل بالسكك الحديدية. كل هذه المعطيات دفعت بالمحكمة -بدل حلّ تجمع "Terminal Railroad"- إلى أن تفرض على هذا الأخير تمكين الغير الراغب في العبور إلى مدينة "Saint Louis" وممارسة النشاط الاقتصادي من الدخول، وذلك بشروط معقولة وغير تمييزية، وعُرف هذا الحل تحت تسمية نظرية التسهيلات الأساسية، للتفصيل أكثر في هذه القضية انظر:

DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles: Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009, P. 01 et s.

¹CJCE, 06 mars 1974, Istituto Chemioterpico Italiano SPA, et Commercial Solvents Corporation c/ Commission, 6-7/73, point 223.

الفرع الأول: تعريف التسهيل الأساسية: إختلاف في التعاريف و اتفاق في الغاية

لم يستقر الفقهاء والباحثين في العلوم القانونية على تعريف واحد للتسهيل الأساسية، وهذا بالنظر إلى إختلاف الزاوية التي يُنظر من خلالها إلى هذه الأخيرة، فهناك من يعرفها على أنها: "مجموع من التراكيب المادية و غير المادية التي تحوزها مؤسسة مهيمنة والتي يغيب بديل بشأنها، والتي يعتبرها الغير ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي في السوق"¹. في حين هناك من يعتبر التسهيل الأساسية على أنها: "عنصر يكون ممارسة النشاط الاقتصادي دونه أمر غير ممكن، أو أنها كل تسهيل لا يوجد بشأنها لا بديل حقيقي ولا بديل محتمل"².

في ذات السياق، لم تتردد الاجتهادات القضائية الغربية في تقديم تعريف للتسهيل الأساسية، حيث عرف الاجتهاد القضائي الأمريكي هذه الأخيرة في قضية "Ohio Bell Telephone Company" vs "CorCommNewco" على أنها: "كل تسهيل ضرورية لمنافسة فعلية"³.

أما على المستوى الأوروبي، عرفت اللجنة الأوروبية التسهيل الأساسية على أنها: "كل منشأة لا يمكن للمتنافسين دون استعمالها، تقديم خدمات لزمائهم"⁴، وفي تعريف آخر تعتبر اللجنة التسهيل الأساسية: "كل تركيبة أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمتنافسين بممارسة نشاطهم، والتي يستحيل إعادة إنتاجها بوسائل معقولة"⁵.

من جانبه عرف مجلس المنافسة الفرنسي (سلطة المنافسة حاليا) التسهيل الأساسية في رأيه الصادر في 14 أكتوبر 2004 على أنها: "كل منشأة ضرورية للمؤسسات العاملة في السوق لمنافسة المؤسسة الحائزة على هذه التسهيل"⁶. أما محكمة استئناف باريس فقد قدمت الأساسية تعريف شبيه إلى حد بعيد بذلك الذي قدمته لها اللجنة الأوروبية، حيث عرفتها على

¹Frédéric Marty & Julien Pillot, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Revue de reflets et perspectives de la vie économique*, n. 4, 2001, P. 197, Disponible sur, www.cairn-info.fr

²VIGNAL Marie Malaurie, *Droit de la concurrence*, 2^{éd}, Armand Colin, Paris, 2003, p. 195.

³Dans cette affaire, le juge a précisé que: "Facilities that are essential to effective competition", Voir, *Ohio Bell Telephone Company v. CorecommNewcom, Inc.*, 214 F.Supp.2d 810(N.D. Ohio, 2002).

⁴Décision 94/119/CE de la Commission du 21 décembre 1993, Port de Rodby, JOCE n° L 15 du 26 février 1994, p. 52, point 37.

⁵Communication de la commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE n° C 265 du 22 août 1998, p. 2. Disponible sur eur-lex.europa.eu.

⁶Cons. conc, Avis n° 04-A-17, 14 octobre 2004, relatif à une demande d'avis présenté par l'autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du codes des postes et communications électroniques. Disponible sur: www.autoritedelaconcurrence.fr.

أنها: "كل تركيبة أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمتنافسين بممارسة نشاطهم، والتي يستحيل إعادة إنتاجها بوسائل معقولة"¹.

إن هذه التعريفات بالرغم من تعددها وتنوعها إلا أنها تتفق جميعها في أن التسهيل الأساسية تشكل عنصرا جوهريا لضمان منافسة فعلية بين الأعوان الاقتصاديين في السوق لاسيما بين المتدخلين الجدد فيه والمتعامل التاريخي. بمقابل ذلك، تسمح هذه التعريفات بالقول أن الطابع الأساسي ليس ميزة مرتبطة بمنشأة أو مال معين، بل يمكن لأي مال معنوي أو مادي أن يشكل تسهيلة أساسية في حد ذاته بمجرد أن تتوفر فيه شروط معينة، سوف يرد ذكرها أدناه.

بمقابل التعاريف العديدة المقترحة للتسهيل الأساسية في القانون المقارن، نلاحظ الغياب التام لتعريف هذا المصطلح في القانون الجزائري، باستثناء الإشارة إليه في النصوص المنظمة للقطاعات الخاضعة للضبط².

الفرع الثاني: معايير إضفاء الطابع الأساسي على التسهيل

من خلال التعاريف السالف ذكرها يمكن القول على أنه لإضفاء الطابع الأساسي على تسهيلة ما لا بد من توفر شرطين أساسيين على سبيل الترادف وهما معيار الضرورة (أولا)، ومعيار الوحدة (ثانيا).

أولا: ضرورة التسهيل الأساسية لممارسة النشاط الاقتصادي

إن طابع الضرورة للتسهيل الأساسية يمكن التعبير عنه إما بشكل إيجابي وإما بشكل سلبي، فإذا نظرنا إلى هذه الأخيرة من زاوية ما يترتب عنه من آثار إيجابية على المتعامل الاقتصادي طالب الدخول، تعتبر التسهيل الأساسية وسيلة لممارسة النشاط الاقتصادي أو

¹CA de Paris, Héli-inter assistance, 9 septembre 1997.

²كمثال عن ذلك، تنص المادة 13 من القانون رقم 03-2000، مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر عدد 48 صادر في 2000_08_06، معدل و متمم بالقانون رقم 10_14، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 صادر في 31 ديسمبر 2015، على أنه: "تتولى سلطة الضبط المهام التالية...: السهر على توفير تقاسم منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية مع احترام حق الملكية".

للاستمرار فيه، أما إذا نظرنا إليها من زاوية سلبية، نقول أن عدم استعمال التسهيل الأساسية سوف ينجر عنه استحالة ممارسة النشاط الاقتصادي المزمع، أو أن المؤسسة التي لم تُمكن من الدخول إلى التسهيل المعنية سوف يؤدي إلى إقصاءها من السوق، أو أنه سوف يحول دون وصول المؤسسة إلى زبائنهم¹. ما يعني أن عدم استعمال التسهيل التي تُعتبر أساسية سوف يُرض المتعاملين الاقتصاديين لعواقب السوق لاسيما، الإقصاء منه.

في هذا الشأن نجد أن الطابع الضروري للتسهيل في صورته الإيجابية قد تم التعبير عنه بصريح العبارة من طرف محكمة الدرجة الأولى للإتحادية الأوروبية في قضية "مطار باريس"، التي اعتبرت في هذا الشأن التسهيل الأساسية هي كل تسهيل: "يكون استعمالها لا غنعه لتقديم خدمات متعددة"²، وهو ما أشارت إليه كذلك اللجنة الأوروبية في التعريف الذي قدمته للتسهيل الأساسية، بمعنى كل تركيبة أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمتنافسين بممارسة نشاطهم"³. في ذات السياق، لم تخلُ الاجتهادات القضائية من التعبير عن الطابع الضروري في صورته السلبية، حيث أشارت اللجنة الأوروبية إلى ذلك بالقول أن "التجهيزات الأساسية، هي التجهيزات التي لا يمكن للمتنافسين دون استعمالها، تقديم خدمات لزبائنهم"⁴.

في نفس السياق، نجد الطابع الضروري قد تم التعبير عنه كذلك في الأوساط الفقهية، حيث يشير الأستاذ "GLAIS Michel" إلى الطابع الضروري للتسهيل الأساسية بالقول: "تفترض صفة الضرورية أن يكون استعمال التسهيل من متعامل اقتصادي لا غنى عنه في اقتراحه لمنتج أو خدمة معينة"⁵. من جانبه يشير الأستاذ "VEGIS Emmanuelle" إلى الطابع الضروري للتسهيل بالقول على أنه: "تُعتبر تسهيل ما أساسية، إذا ما كانت حيوية تسمح للمتنافس الدخول

¹ Sur ce sujet, voir, DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles : ...op.cit*, p. 36.

² TPICE 12 décembre 2000, Aéroport de Paris c/ Commission, T-128/98, point 122.

³ CJCE, 06 mars 1974, *op.cit*, point 223.

⁴ Décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993, *op.cit*, Point 12.

⁵ GLAIS Michel, "Facilités essentielles : "de l'analyse économique au droit de la concurrence", in *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002 du Conseil d'Etat, Jurisprudence et avis de 2001, La documentation française, 2002, p. 404.

أو البقاء في السوق، أو بعبارة أخرى، لا يُمكن للمتنافسين أن يقوموا بأي نشاط في السوق دون الدخول إلى التسهيل المعنوية باعتبارها ضرورية¹.

ثانيا: الطابع الوحدوي للتسهيل الأساسية: غياب الحل البديل

إن القول بالطابع الأساسي للتسهيل يفرض دراسة مدى غياب حل بديل لها، من ذلك إذا ما تبين أنه لا وجود لأي بديل حقيقي أو محتمل للتسهيل محل طلب الدخول، مع اعتبارها أساسية في ذلك الحين، في هذا الإطار يتحقق غياب الحل البديل الحقيقي لهذه التسهيل في الحالة التي يتضح فيها عدم وجود أي بديل معقول وفوري لها على نحو لا يمكن استبدالها بمورد آخر²، في حين نقول بغياب البديل المحتمل لهذه التسهيل في الحالة التي يتبين فيها أن إعادة إنتاج مثل هذه التسهيل وبالنظر إلى المعطيات المتوفرة، لأسباب مادية، جغرافية، اقتصادية، أو حتى قانونية فرضية مستبعدة وغير قائمة³.

ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن هو أن شرطي غياب بديل حقيقي وغياب بديل مُحتمل هما شرطين متلازمين للقول بالطابع الوحدوي للتسهيل، وبالتالي إضفاء الطابع الأساسي عليها وعلى هذا الأساس فإن هذين الشرطين قد تم التعبير عنهما بصريح العبارة في قرار صادر عن محكمة الدرجة الأولى للاتحادية الأوروبية، حينما أكدت على أنه: "تعتبر أساسية، تلك التسهيل التي لا يوجد بشأنها أي بديل حقيقي ومحتمل"⁴.

إن البحث عن العلاقة التي تربط بين معياري ضرورة التسهيل وغياب الحل البديل، جعلنا نخلص إلى نتيجة مفادها، أن هذين المعيارين تربط بينهما علاقة ترادفية، بمعنى أنه يُمكن التعبير عن الطابع الأساسي للتسهيل من خلال كل واحد منهما، فكل المعيارين يترتب عنهما نفس النتيجة من زاوية مختلفة، إذ أنه عند تحديد الطابع الأساسي انطلاقاً من أنه لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي، تكون الدراسة في هذه الحالة مركزة على النشاط الاقتصادي المزمع ممارسته، في حين أنه عند تحديد أساسية التسهيل من منطلق غياب حل بديل أو محتمل لها،

¹VEGIS Emmanuelle, " La théorie des essential facilities: Genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?", *Revue de droit commerciale belge*, n^o01, 1999, p. 13.

²GLAIS Michel, *Facilités essentielles ...*, *op.cit*, P. 405.

³DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles...*, *op.cit*, p. 42.

⁴TPICE, 12 juin 1997, Tiercé Ladbroke SA c/ Commission, T-504/93, Point 131.

كانت الدراسة في هذه الحالة مُنصبةً على التسهيل في حد ذاتها¹، ثم إن القول بالطابع الضروري للتسهيل لممارسة النشاط الاقتصادي ليس إلا نتيجة للطابع الوحدوي لها، مما يُفيد أن هذا المعيار الأخير يُعتبر بدوره سببا للمعيار للأول.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية يفرض تظافر ثلاث شروط أساسية، والتي تتجلى في رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية (الفرع أول)، وأن يكون من شأن هذا الرفض المساس بالمنافسة (الفرع ثاني)، وأخيرا أن يكون هدف صاحب التسهيل من هذا الرفض هو القضاء على المنافسة في سوق النشاط (الفرع ثالث).

الفرع الأول: رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية لا يكون إلا في الحالة التي يثور فيها نزاع بين الحائز على التسهيل الأساسية ومتعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين، بالتالي فإن أول شرط ينبغي توفره لتطبيقها هو رفض الحائزها تمكين المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول إليها من ذلك، في هذا الشأن قد يكون هذا الرفض صريحا وقد يكون ضمنيا². بالنسبة للرفض الصريح فهي الفرضية الأكثر بساطة، وذلك بأن يمتنع مالك التسهيل الأساسية عن الاستجابة لطلب الدخول بصريح العبارة باستعمال عبارات دالة على ذلك، ولقد عبر الأستاذ "BAZEX Michel" عن ذلك بالقول أنه: "نكون أمام رفض مباشر، حينما تُعارض المؤسسة الحائزة للتسهيل استعمالها من طرف الغير"³.

بالنسبة للرفض الضمني فهو ذلك الرفض الذي لا يُترجم بأجوبة سلبية واضحة من الحائز لهذه التسهيل، غير أنه وبمقابل ذلك يتخذ سلوكات وممارسات توجي إلى امتناعه عن التمكين من الدخول إلى المنشأة المعنية، وكمثال عن ذلك تتناقل وتأخر الحائز على التسهيل المعنية من الاستجابة لطلب الدخول، ونجد مثل هذه الممارسة في قضية شركة "Sea containers" ضد شركة "Sealink"، حينما طالبت الأولى من الثانية تمكينها من استعمال ميناء "Holyhead"، حيث

¹DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles...* op.cit, p. 44.

²DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles...* op.cit, p. 276.

³BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *Revue de la concurrence et de la consommation*, n 19, 2001, p. 40.

أدانتهما اللحنة الأوروبية باللجوء إلى استراتيجيات تعطيلية حينما تأخرت الشركة الثانية على الاستجابة لطلب الأولى في أجل معقول، كما لم تُبادر بمقابل هذا التأخر إلى التفاوض وتقديم اقتراح لتمكينها من الدخول¹، كما يمكن للرفض الضمني أن يأخذ صورة وضع سعر دخول مرتفع جداً² على نحو تجد المتعامل الاقتصادي المعني يتراجع عن الالتحاق بالسوق لعدم قدرته على دفع السعر المطلوب.

الفرع الثاني: التأثير المحتمل لرفض الدخول على سوق النشاط: إمكانية المساس بالمنافسة

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية لا يكون إلا في الحالة التي يؤدي فيها الرفض إلى المساس بمنافسة فعلية في السوق³، إذ لا ينبغي الاستجابة الإيجابية لطلب الدخول إلى التسهيل الأساسية إلا في الحالة التي يتبين فيها أن السوق غير تنافسية، إذ أنه في الحالة العكسية، أي حينما تكون هذه الأخيرة تنافسية فإن الالتحاق بها لا يجد ما يبرره، فهولن يساهم في الفعالية الحيوية للسوق إلا بصفة ضئيلة⁴، ما دام أن هذه السوق كانت كذلك حتى قبل وصول هذا المتعامل الجديد. أما إذا كانت السوق غير تنافسية فإن عدم التمكين من الدخول سوف ينجر عنه تأزم الوضعية والمساس بالمنافسة أكثر فأكثر. مما يعني أن التمكين من الدخول سوف يؤدي إلى رفع وتيرة وحيوية المنافسة في السوق. في هذا الشأن تبقى مسألة تقدير مدى تنافسية السوق من عدهما من اختصاص مجلس المنافسة.

إن تحليل هذا الشرط أخذا بعين الاعتبار الوضعية التنافسية على مستوى أسواق القطاعات الخاضعة للضبط في القانون الجزائري _ لاسيما الشبكية منها _ يؤدي بنا إلى القول بأن رفض الدخول سوف ينجر عنه تعزيز الوضعية الاحتكارية للمتعامل التاريخي والقضاء على

¹Décision 94/19/CE de la commission du 21 décembre 1993, Sea Containers/Stena Sealink, JOCE, n° L 15 du 18 janvier 1994, p. 8

²للتفصيل أكثر في مسألة السعر المفرط، انظر:

CHARBIT Nicolas, " La notion de prix excessif en droit des télécommunications", *Communications & Stratégies*, n° 39, 2000, pp. 9-25.

³للتفصيل أكثر في مفهوم المنافسة الفعلية انظر:

RIEM Fabrice, " Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil", *Revue internationale de droit économique*, Tome 22, n° 01, 2008, pp. 67-91.

⁴DEZOBRY Guillaume, , *La théorie des facilités essentielles...*, op.cit, p. 285.

منافسة فعلية على مستواها، مما ينجر عنه تأخير أكثر فأكثر من التحاق هذه القطاعات بالنظام التنافسي.

الفرع الثالث: رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية: وجود نية القضاء على المنافسة

إذا كان الأصل في قانون المنافسة هو عدم اعتداده بالنية لإدانة السلوكات المنافية للمنافسة، فمتى ثبت ارتكاب ممارسة منافية للمنافسة كانت هذه الأخيرة محل إدانة دون البحث عن مدى نية مرتكبيها في القضاء على المنافسة من عدمه، ذلك لأن قانون المنافسة على حد تعبير الأستاذة "VIGNAL Marie Malaurie" هو قانون موضوعي، لا يهتم سوى بالسوق والممارسات التي يُمكن أن تأخذ شكل عقد يمس بالسوق¹.

بمقابل ذلك، يبقى مثل هذا التحليل صعب التطبيق على سلوك رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية، ذلك لأن رفض التعاقد هو الوجه السلبي لمبدأ الحرية التعاقدية، إذ أن هذه الممارسة قد لا تُعد تعسفية ومنافية للمنافسة بصفة مسبقة. من ذلك فإن إدانة هذا الرفض لا ينبغي النطق به إلا إذا تم إتيان الدليل على النية الاحتيالية للحائز على هذه التسهيل ورغبته في القضاء على المنافسة في السوق، وهو ما يفرض اللجوء إلى اختبار التضحية "Le test *de sacrifice*"، والذي مفاده أن رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية ليس بقرار اقتصادي معقول وحكيم، من منطلق أن صاحبه قد قرر حرمان نفسه من أرباح إضافية. في حين أن صاحب التسهيل الأساسية مثله مثل أي متعامل اقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح²، وبالتالي يمكن تفسير رفضه هذا بأنه يندرج ضمن استراتيجية التضحية بأرباح في سوق التسهيل، لمضاعفها مستقبلا على مستوى سوق النشاط³. الشيء الذي يُفيد بسوء نية الحائز على التسهيل الأساسية، ما يجعل من سلوكه في هذه الحالة تعسفي.

بمقابل ذلك تبقى هذه القرينة بسيطة يمكن للحائز على التسهيل الأساسية إثبات عكسها وذلك بإتيان الدليل المخالف وإثبات مشروعية سلوك رفض التمكين من الدخول، والذي لا يُمكن أن يحدث إلا إذا تبين أن هنالك أسباب موضوعية تقف وراء هذا الرفض مثل، عدم قدرة

¹VIGNAL Marie Malaurie, *op.cit*, p. 161.

²DEZOBRY Guillaume, , *La théorie des facilités essentielles...*, *op.cit*, p. 299.

³*Ibid*.

التسهيل الأساسية على استقبال متدخلين جدد في السوق¹، أو أن الإمكانيات المالية للمتعامل الاقتصادي طالب الدخول لا تسمح له بدفع تكلفة الالتحاق بالسوق².

خاتمة

من خلال ما ذكرناه سابقا، نخلص إلى نتيجة مفادها أن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية هي عملية جد معقدة تحتاج إلى تحليل اقتصادي لجملة من العناصر، حيث ينبغي في البداية تسليط الضوء على التسهيل محل رفض الدخول إليها، والتأكد من طابعها الأساسي، هذا الأخير لا يمكن القول به إلا بعد الخوض عميقا في السوق والتأكد من أن هذه التسهيل تُعتبر فعليا ضرورة لممارسة النشاط الاقتصادي في السوق للاستمرار فيه، كنتيجة حتمية لطابعها الوحدوي بسبب غياب بديل حقيقي ومحتمل بشأنها.

كما يقتضي تطبيق هذه النظرية بدوره تظافر مجموعة من الشروط، منها ما هو متعلق بالسلوك الظاهري للمتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيل، ومنها ما هو مُرتبط بسوق النشاط ووضعية المنافسة على مستواه، وأخيرا منها ما يتعلق بالبحث عن الباعث الذي دفع إلى اتخاذ قرار رفض الدخول.

إن هذا التحليل يفترض كفاءة عالية لدى الهيئة المكلفة بالمنافسة حتى تتفادى المساس بحق الملكية المقرر قانونا لصاحب التسهيل محل طلب الدخول من جهة، وتجنب إقصاء متعاملين من السوق والذي من شأنه إعاقة المنافسة في السوق من جهة أخرى، فهي بالتالي مهمة التوفيق بين مصلحتين متعارضتين مصلحة عامة وأخرى خاصة.

¹ كمثال عن ذلك أن تكون المساحة المخصصة لتقديم الخدمات للمسافرين على مستوى المطار غير قادرة على استقبال واستيعاب متعاملين اقتصاديين جدد، وهو المبرر الذي أثارته مؤسسة "Sealink" في رفضها تمكين مؤسسة "Sea containers" من استعمال ميناء "Rodby"، للتفصيل أكثر انظر:

Décision 94/19/CE de la commission du 21 décembre 1993, Op.cit, point 17.

² DEZOBRY Guillaume, *op.cit*, p. 311.