ISSN: *0087-2170*
DOI:57-2010

نظرية التسهيلات الأساسية: وسيلة لمنافسة فعلية

تواتي غيلاس، طالب دكتوراه،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر
البريد الإلكتروني: ghilestouati1@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 تسهيلة ما تظافر معيارين أساسين، وهما الطابع الوحدوي لها وضروريتها لممارسة النشاط الاقتصادي.

بمقابل ذلك، يشترط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية في حالة عدم التمكين من الدخول إلى هذه الاخيرة، اجتماع ثلاثة شروط، تتجلى في، رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة محل طلب ذلك، على نحو قد يؤدي إلى المساس بالنافسة، وأخيرا وجود نية منافية للمنافسة.

الكلمات المفتاحية:

التسهيلة الأساسية، المتعامل التاريخي، وضعية الهيمنة، التعسف، المتعاملين الجدد، الرفض، الدخول، المنافسة.

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 ce reflète 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.

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 theory application of the 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.

مقدمة

يتسم قانون الضبط الاقتصادي بأنه قانون انتقالي ، وهذا باعتبار أنه قد جاء لمرافقة القطاعات المفتوحة حديثا على المبادرة الخاصة من الاحتكار إلى المنافسة ليزول بعد ذلك[1]، 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 ونظائرهم 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 هذه السلوك الذي من شأنه المساس بالمنافسة في السوق هو إرغام هذا العون الاقتصادي التاريخي على تمكين الاعوان الجدد من الدخول في شروط معقولة و غير تمييزية. هذا الحل المعروف تحت تسمية "نظرية التسهيلات الأساسية[2]"، عرف التطبيق لأول مرة من طرف المحكمة العليا

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

BERRI Noureddine,"Ordre régulatoire: Essai sur l'émergence d'un concept", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Tome 11, n^0 01, 2015, pp. 26-45.

[2]–فضلنا استعمال عبارة التسهيلة الأساسية بدل العديد من المصطلحات الأخرى لاسيما، المصادر الأساسية ، المنشآت الأساسية، لسببين أساسين:

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

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

الأمريكية في قضية "Terminal Railroad" سنة 1912[1]، ثم من طرف محكمة العدل الأوربية في قضية "Commercial Solvents" سنة 1974[2]، 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؟**

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

المطلب الأول: موضوع النظرية: التسهيلة الأساسية

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

الفرع الأول: تعريف التسهيلة الأساسية: اختلاف في التعاريف و اتفاق في الغاية

لم يستقر الفقهاء والباحثين في العلوم القانونية على تعريف واحد للتسهيلة الأساسية، وهذا بالنظر إلى اختلاف 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

---

[1]تتلخص وقائع القضية في استحواذ تجمع "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:

أقرت المحكمة أنه من غير الممكن لشركة ناشطة في مجال السكك الحديدية على مستوى هذه الولاية ممارسة النشاط الاقتصادي والوصول إلى مدينة Saint Louis"" دون استعمال المنشآت المحوزة من طرف تجمع "Terminal Railroad"، حيث أشارت المحكمة إلى عدم قدرة أي شركة من الناحية الاقتصادية من إنشاء جسرها الخاص لعبور نهر Mississippi"، 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 وفقط من العبور إلى هذه المدينة من شأنه المساس المنافسة 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 في شروط معقولة وغير تمييزية. وعُرف هذا الحل تحت تسمية نظرية التسهيلات الأساسية.

للتفصيل أكثر في هذه القضية انظر:

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

[2]CJCE, 06 mars 1974, Instituto Chemioterpico Italiano SPA, et Commercial Solvents Corporation c/ Commission, 6-7/73, point 223.

لممارسة النشاط الاقتصادي في السوق"[1]. في حين هناك من يعتبر التسهيلة الأساسية على أنها:" عنصر يكون ممارسة النشاط الاقتصادي دونه أمر غير ممكن، أو أنها كل تسهيلة لا يوجد بشأنها لا بديل حقيقي ولا بديل محتمل"[2]. في ذات السياق، لم تتردد الاجتهادات القضائية الغربية في تقديم تعريف للتسهيلة الأساسية.

حيث عرف الاجتهاد القضائي الأمريكي هذه الأخيرة في قضية "Ohio Bell Telephone company vs "CorComm Newco" على أنها:"كل تسهيلة ضرورية لمنافسة فعلية"[3].

أما على المستوى الأوربي، عرفت اللجنة الأوربية التسهيلة الأساسية على أنها:" كل منشأة لا يمكن للمتنافسين دون استعمالها، تقديم خدمات لزبائنهم"[4]، في تعريف أخر تعتبر اللجنة التسهيلة 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) التسهيلة الأساسية في رأيه الصادر في 14 أكتوبر 2004 على أنها:" كل منشأة ضرورية للمؤسسات العاملة في السوق لمنافسة المؤسسة الحائزة على هذه التسهيلة"[6]. أما محكمة استئناف باريس فقد قدمت للتسهيلة الأساسية تعريف شبيه إلى حد بعيد بذلك الذي قدمته لها اللجنة الأوربية، حيث عرفتها على أنها:" كل تركيبة أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمتنافسين بممارسة نشاطهم، والتي يستحيل إعادة إنتاجها بوسائل معقولة"[7].

إن هذه التعريفات بالرغم من تعددها وتنوعها إلا أنها تتفق جميعها في أن التسهيلة 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 يُشكل تسهيلة أساسية في حد ذاته بمجرد أن تتوفر فيه شروط معينة، سوف يرد ذكرها أدناه.

---

[1]Frédéric 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

[2] VIGNAL Marie Malaurie, *Droit de la concurrence*, 2éd, Armand Colin, Paris, 2003, p. 195.

[3] في هذه القضية أكد القاضي على أنه:

" Facilities that are essential to effective competition", Voir, Ohio Bell Telephone Company v. Corecomm Newcom, Inc., 214 F.Supp.2d 810(N.D. Ohio, 2002).

[4]Décision 94/119/CE de la Commission du 21 décembre1993, Port de Rodby, JOCE n0 L 15 du 26 février 1994, p. 52, point 37.

[5]Communication de la commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE n0 C 265 du 22 août 1998, p. 2. Disponible sur eur-lex.europa.eu.

[6]Cons. conc, Avis n0 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.autoritédelaconcurrence.fr.

[7]CA de Paris, Héli-inter assistance, 9 septembre 1997.

ISSN: 0087-2170
DOI:57-2010

بمقابل التعاريف العديدة المقترحة للتسهيلة الأساسية في القانون المقارن، نلاحظ الغياب التام لتعريف هذا المصطلح في القانون الجزائري، باستثناء الإشارة إليه في النصوص المنظمة للقطاعات الخاضعة للضبط[1].

الفرع الثاني: معايير إضفاء الطابع الأساسي على التسهيلة

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

أولا: ضرورية التسهيلة الأساسية لممارسة النشاط الاقتصادي

إن طابع الضرورة للتسهيلة الأساسية يمكن التعبير عنه إما بشكل إيجابي وإما بشكل سلبي. فإذا نظرنا إلى هذه الأخيرة من زاوية ما يترتب عنه من أثار إيجابية على المتعامل الاقتصادي طالب الدخول، تعتبر التسهيلة الأساسية وسيلة لممارسة النشاط الاقتصادي أو للاستمرار فيه، أما إذا نظرنا إليها من زاوية سلبية، نقول أن عدم استعمال التسهيلة الأساسية سوف ينجر عنه استحالة ممارسة النشاط الاقتصادي المزمع، أو أن المؤسسة التي لم تُمكّن من الدخول إلى التسهيلة المعنية سوف يؤدي إلى إقصاءها من السوق، أو أنه سوف يحول دون وصول المؤسسة إلى زبائنها[2]. ما يعني أن عدم استعمال التسهيلة التي تُعتبر أساسية سوف يُعرض المتعاملين الاقتصاديين لعواقب السوق لاسيما، الإقصاء منه.

في هذا الشأن نجد أن الطابع الضروري للتسهيلة في صورته الإيجابية قد تم التعبير عنه بصريح العبارة من طرف محكمة الدرجة الأولى للاتحادية الأوربية في قضية "مطار باريس"، التي اعتبرت في هذا الشأن التسهيلة الأساسية هي كل تسهيلة:" يكون استعمالها لا غنى عنه لتقديم خدمات متعددة"[3] ، وهو ما أشارت إليه إليه كذلك اللجنة الأوربية في التعريف الذي قدمته للتسهيلة الأساسية، بمعنى كل تركيبة أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمتنافسين بممارسة نشاطهم"[4]. في ذات السياق، لم تخلُ الاجتهادات القضائية من التعبير عن الطابع الضروري في صورته السلبية، حيث أشارت اللجنة الأوربية إلى ذلك بالقول أن "التجهيزات الأساسية، هي التجهيزات التي لا يمكن للمتنافسين دون استعمالها، تقديم خدمات لزبائنهم"[5].

في نفس السياق، نجد الطابع الضروري قد تم التعبير عنه كذلك في الأوساط الفقهية، حيث يشير الأستاذ "GLAIS Michel" إلى الطابع الضروري للتسهيلة الأساسية بالقول:" تفترض صفة الضرورية أن يكون

---

[1] كمثال عن ذلك، تنص المادة 13 من القانون رقم 2000-03 القانون رقم 2000_03، مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر عدد 48 صادر في 06_08_2000، معدل و متمم بالقانون رقم 14_10، 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."

[2]Sur ce sujet, voir, DEZOBRY Gaillaume, *La théorie des facilités essentielles :…op.cit*, p. 36.

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

[4]CJCE, 06 mars 1974, *op.cit*, point 223.

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

استعمال التسهيلة من متعامل اقتصادي لا غنى عنه في اقتراحه لمنتوج أو خدمة معينة"[1]. من جانبه يشير الأستاذ "VEGIS Emmanuelle" إلى الطابع الضروري للتسهيلة بالقول على أنه: تُعتبر تسهيلة ما أساسية، إذا ما كانت حيوية تسمح لمتنافس من الدخول أو البقاء في السوق، أو بعبارة أخرى، لا يُمكن للمتنافسين النشاط في السوق دون الدخول إلى التسهيلة المعنية باعتبارها ضرورية"[2]."

ثانيا: الطابع الوحدوي للتسهيلة الأساسية : غياب الحل البديل

إن القول بالطابع الأساسي للتسهيلة يفرض دراسة مدى غياب حل بديل لها، من ذلك إذا ما تبين أنه لا وجود لأي بديل حقيقي أو محتمل للتسهيلة محل طلب الدخول، أُعتبرت هذه الأخيرة في ذلك الحين أساسية. في هذا الشأن يتحقق غياب الحل البديل الحقيقي لهذه التسهيلة في الحالة التي يتضح فيها عدم وجود أي بديل معقول وفوري لها على نحو لا يمكن استبدالها بمورد أخر[3]، في حين نقول بغياب البديل المحتمل لهذه التسهيلة في الحالة التي يتبين فيها أن إعادة إنتاج مثل هذه التسهيلة وبالنظر إلى المعطيات المتوفرة، لأسباب مادية، جغرافية، اقتصادية، أو حتى قانونية فرضية مستبعدة وغير قائمة[4].

ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن هو أن شرطي غياب بديل حقيقي وغياب بديل مُحتمل هما شرطين متلازمين للقول بالطابع الوحدوي للتسهيلة، وبالتالي إضفاء الطابع الأساسي عليها. في هذا السياق نجد هذين الشرطين قد تم التعبيير عنهما بصريح العبارة في قرار صادر عن محكمة الدرجة الأول للإتحادية الأروبية، حينما أكدت على أنه: "تُعتبر أساسية، تلك التسهيلة التي لا يوجد بشأنها أي بديل حقيقي ومحتمل"[5].

إن البحث عن العلاقة التي تربط بين معياري ضرورية التسهيلة و غياب الحل البديل، جعلنا نخلص إلى نتيجة مفادها، أن هذين المعيارين تربط بينها علاقة ترادفية، بمعنى أنه يُمكن التعبير عن الطابع الأساسي للتسهيلة من خلال كل واحد منهما، فكلا المعيارين يترتب عنهما نفس النتيجة من زاوية مختلفة، إذ أنه عند تحديد الطابع الأساسي انطلاقا 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 التسهيلة من منطلق غياب حل بديل أو محتمل لها، كانت الدراسة في هذه الحالة مُنصبّة على التسهيلة في حد ذاتها[6]، ثم إن القول بالطابع الضروري للتسهيلة 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

[1]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.

[2]VEGIS 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°01, 1999, p. 13.

[3]GLAIS Michel, Facilités essentielles …, *op.cit*, P. 405.

[4]DEZOBRY Gaillaume, *La théorie des facilités essentielles …, op.cit*, p. 42.

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

[6]DEZOBRY Gaillaume, *La théorie des facilités essentielles... op.cit*, p. 44.

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

الفرع الأول: رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية لا يكون إلا في الحالة التي يثور فيها نزاع بين الحائز على التسهيلة الأساسية ومتعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين، بالتالي فإن أول شرط ينبغي توفره لتطبيقها هو رفض حائزها تمكين المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول إليها من ذلك. في هذا الشأن قد يكون هذا الرفض صريحا وقد يكون ضمنيا[1]. بالنسبة للرفض الصريح فهي الفرضية الأكثر بساطة، وذلك بأن يمتنع مالك التسهيلة 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 على التسهيلة استعمالها من طرف الغير"[2]. بالنسبة للرفض الضمني فهو ذلك الرفض الذي لا يُترجم بأجوبة سلبية واضحة من الحائز على هذه التسهيلة، غير أنه وبمقابل ذلك يتخذ سلوكات وممارسات توحي إلى امتناعه عن التمكين من الدخول إلى المنشأة المعنية، وكمثال عن ذلك تثاقل وتأخر الحائز على التسهيلة 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 أدانتها اللجنة الأوربية باللجوء إلى استراتيجيات تعطيلية حينما تأخرت الشركة الثانية على الاستجابة لطلب الأولى في أجل معقول، كما لم تُبادر بمقابل هذا التأخر إلى التفاوض وتقديم اقترا ح لتمكينها من الدخول[3]، كما يمكن للرفض الضمني أن يأخذ صورة وضع سعر دخول مرتفع جدا[4] 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 التسهبلات الأساسية لا يكون إلا في الحالة التي يؤدي فيها الرفض إلى المساس بمنافسة فعلية في السوق[5]، إذ لا ينبغي الاستجابة الإيجابية لطلب الدخول إلى التسهيلة الأساسية إلا في الحالة

---

[1] *Ibid*, P. 276.

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

[3] Décision 94/19/CE de la commission du 21 décembre1993, Sea Containers/Stena Sealink, JOCE, n° L 15 du 18janvier 1994, p. 8

[4] للتفصيل أكثر في مسألة السعر المُفرط،انظر:

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

[5] للتفصيل أكثر في مفهوم المنافسة الفعلية انظر:

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، فهو لن يساهم في الفعالية الحيوية للسوق إلا بصفة ضئيلة[1]، ما دام أن هذه السوق كانت كذلك قبل 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 منافسة فعلية على مستواها، مما ينجر عنه تأخير أكثر فأكثر من التحاق هذه القطاعات بالنظام التنافسي.

الفرع الثالث:رفض الدخول إلى التسهيلة 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 بالسوق"[2].

بمقابل ذلك، يبقى مثل هذا التحليل صعب التطبيق على سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية، ذلك لأن رفض التعاقد هو الوجه السلبي لمبدأ الحرية التعاقدية، إذ أن هذه الممارسة قد لا تُعد تعسفيّة 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 التسهيلة ورغبته في القضاء على المنافسة في السوق، وهو ما يفرض اللجوء إلى اختبار التضحية "*Le test de sacrifice*"، والذي مفاده أن رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية ليس بقرار اقتصادي معقول وحكيم، من منطلق أن صاحبه قد قرر حرمان نفسه من أرباح إضافية. في حين أن صاحب التسهيلة الأساسية مثله مثل أي متعامل اقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح[3]، وبالتالي يمكن تفسير رفضه هذا بأنه يندرج ضمن استراتيجية التضحية بأرباح في سوق التسهيلة، لمضاعفتها مستقبلا على مستوى سوق النشاط[4]. الشيء الذي يُفيد بسوء نية الحائز على التسهيلة الأساسية، ما يجعل من سلوكه في هذه الحالة تعسفي.

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.
[1]DEZOBRY Gaillaume, , *La théorie des facilités essentielles..., op.cit*, p. 285.
[2]VIGNAL Marie Malaurie, *op.cit*, p. 161.
[3]DEZOBRY Gaillaume, , *La théorie des facilités essentielles..., op.cit*, p. 299.
[4]*Ibid*.

ISSN: 0087-2170
DOI:57-2010

بمقابل ذلك تبقى هذه القرينة بسيطة يمكن للحائز على التسهيلة 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 التسهيلة الأساسية على استقبال متدخلين جدد في السوق[1]، أو أن الإمكانيات المالية للمتعامل الاقتصادي طالب الدخول لا تسمح له بدفع تكلفة الالتحاق بالسوق[2].

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 التسهيلة محل الرفض الدخول إليها، والتأكد من طابعها الأساسي. هذا الأخير لا يُمكن القول به إلا بعد الخوض عميقا في السوق والتأكد من أن هذه التسهيلة تُعتبر فعليا ضرورية 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 التسهيلة، 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 التسهيلة محل طلب الدخول من جهة، وتجنب إقصاء متعاملين من السوق والذي من شأنه إعاقة المنافسة في السوق من جهة أخرى. إنها 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 décembre1993, Op.cit, point 17.

[2]DEZOBRY Gaillaume, *op.cit,* p. 311.