وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د. مولاي الطاهر – سعيدة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

قانون المنافسة والقواعد العامة للالتزامات

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر
تخصص: قانون اقتصادي

من إعداد الطالب:

بغدادي ياسر

تحت اشراف الأستاذ:

سعيدي بن يحي

أعضاء لجنة المناقشة:

الدكتور: .....بن عيسى أحمد .....رئيسا
الدكتور: .....سعيدي بن يحي.....مشرفا ومقررا
الأستاذ :.....لريبي المكي.....عضوا مناقشا
الأستاذة : .....عبو تركية.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2016 -2017

الإهـــــداء

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء والذي حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها

إلى والدتي العزيزة صباح وجدتي مريم

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء ودفعني لأصل

إلى طريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة والصبر إلى والدي العزيز الحاج عبد القادر

وإلى أعز وأرق إنسانة أحبها قبلي "بشرى" .

وإلى أخواتي رضا،طارق،منير،وليد وإلى الصغيرة المحبوبة شيرين.

وإلى خالتي فاطمة وحكيمة وأولادهما

وإلى كل طلبة القانون الاقتصادي خاصة دفعة2016- 2017م

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق

إلى كل هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل.

إلى من تذكرهم قلبي ونساهم قلمي.

كلمة شكر

إن الشكر لله شكرا عظيما، والحمد لله حمدا كثيرا الذي أعانني في إنجاز هذا العمل

أتوجه بأسمى عبارات الشكر والامتنان والتقدير

إلى أستاذي المشرف الدكتور سعيدي بن يحي الذي تفضل بقبوله الإشراف على بحثي وآله كل الاهتمام والرعاية ولم يبخل علي بتوجهاته القيمة، فجزاه الله تعالى كل خير وأمده بالعمر الطويل في سبيل خدمة العلم.

إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة موضوع المذكرتي.

إلى كل أستاذتي الأفاضل بكلية الحقوق وبالأخص الدكتور بن أحمد الحاج لك سلامي واحترامي

وأتقدم بشكري إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

مقدمة

ترتبط المنافسة ارتباطا وثيقا بالتجارة والصناعة، وتعدّ حرية المنافسة من سمات النظام الليبرالي الذي يقوم على حرية التجارة والصناعة، بمعنى حرية المؤسسات في ممارسة أنواع التجارة والصناعة دون قيد عليها، وعليه فإن قانون المنافسة يعتبر من الآليات القانونية التي تسمح بالانتقال من نظام الاقتصاد الموجه إلى نظام اقتصاد السوق, ويرى البعض أن المنافسة عبارة عن ديمقراطية اقتصادية تعبّر عن حرية الصناعة والتجارة، وتعبّر عن الشفافية والنزاهة في المعاملات التجارية . وبذلك يعتبر مبدأ حرية التجارة والصناعة أساسا قانونيا لحرية المنافسة .

يرجع ظهور أولى بوادر قانون المنافسة إلى نهايات القرن التاسع عشر بالولايات المتحدة، و هي فترة بداية صدور القوانين التي تحظر الممارسات الاحتكارية و

المتنافية مع حرية المنافسة، و هي بالخصوص ثلاثة قوانين، عرفت بقوانين حظر التجمعات الاحتكاريةLois anti-trust ، فصدر سنة 1896ما أضحى يعرف بقانون شارمان Sherman act الذي يحظر الاحتكار، ثم قانون كلايتون Clayton actسنة 1914 و الذي يحظر اللجوء للأسعار التمييزية، و بمقتضاه صدر في ذات السنة القانون المؤسس للجنة التجارة الفيدرالية Federal trade commission actالذي يحظر اللجوء لأعمال المنافسة غير المشروع. أما في أوروبا فإن قانون المنافسة يعد أكثر حداثة، على اعتبار أنه متزامن مع إنشاء السوق الأوروبية المشتركة سنة 1958 بمقتضى اتفاقية روما لسنة 1957، و إن تأخر بالنسبة للقانون الفرنسي حتى سنة 1986، و هي سنة صدور أمر 1 ديسمبر، الذي أدمج ضمن المواد 410 و ما يليها من القانون التجاري الفرنسي، حتى و إن كان القضاء الفرنسي قد عرف دعوى المنافسة غير المشروعة قبل هذا التاريخ، من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة تأسيسا على مبادئ المسؤولية التقصيرية، وأحكام المسؤولية الجنائية لاسيما فيما يتعلق بتحويل العملاء عن طريق تقليد المنتوج أو العلامة التجارية للمتعامل المنافس.

أما بخصوص الجزائر وفي ظل التوجه الجديد للدولة الجزائرية أنشأت العديد من الهيئات أطلق عليها مصطلح سلطات الضبط الاقتصادي، كان الهدف من خلقها تنظيم المعاملات الاقتصادية وتحسين السوق الجزائرية في مختلف المجالات وحماية للمتعاملين الاقتصاديين وترسيخ المنافسة الحرة والنزيهة التي تضمن العدالة في التعامل بين كل الأطراف في السوق الجزائرية. ومن أبرز الأجهزة المنشأة لحماية المنافسة هي: " مجلس المنافسة " الذي تضمنه الأمر رقم: 06/95 المؤرخ في: 1995/01/25 المتعلق بالمنافسة[1]، إلا انه يعاب على هذا الأمر، عدم منعه لممارسات المنافية المنافسة وعدم توضيحه لبعض المفاهيم والإجراءات التي تكفل التطبيق السليم للقواعد التي جاء بها. فقد جاء هذا القانون مع مجموعة من التشريعات، تعكس التوجه السياسي و الاقتصادي الجديد نسبيا و أيضا، ليضع فاصلا زمنيا بين التشريعات السابقة و أمر 95-206.فلو رجعنا لمرحلة ما قبل 1995، لصادفنا قوانين تعبر عن النزعة الاشتراكية للبلاد آنذاك، و منه يستبعد فيها كل مفهوم لحرية الصناعة و التجارة في صورة حرية المنافسة و تغيب كل مبادرة صادرة عن المشاريع الخاصة. و في هذه الفترة، أخذت الدولة على عاتقها، مهمة القيام بشكل مباشر بوظائف الإنتاج، التوزيع، التجارة الخارجية، تنظيم الأسعار و ضبط السوق و وسيلتها في المهمة الأخيرة، التنظيم الإداري للأسعار و تحديدها و

[1] يعد أول قانون نظم المنافسة أمر 95-06 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالمنافسة (ج ر عدد 9 مؤرخة في 1995/02/22

رقابة احترام هذا التحديد. ودون الحكم على هذا النظام، إلا أن إرادة التحكم في كل الأسعار، سواء ما تعلق منها بالمنتجات الفلاحية، الصناعية و حتى المستوردة. تخالف واقع و قانون السوق و نتج عنها، عجز الدولة عن بسط رقابتها على الأسعار و واجهتها مشاكل تتعلق بنقص المنتجات و تطور السوق الموازية. وفي عام 1989، بدأنا نلمس تغير سياسة الدولة الاقتصادية مع قانون 89-12 الصادر في 1998/07/05 المتعلق بالأسعار.حيث أدخل هذا القانون لأول مرة-ولو بشكل ضمني- مفهوم المنافسة ,وهو ما يستخلص من المادة الأولى منه التي نصت على ما يلي:"يهدف هذا القانون إلى تحديد شروط تكوين أسعار السلع و الخدمات و القواعد العامة لتسيير الأسواق وميكانيزمات التنظيم الاقتصادي بواسطة الأسعار"..

من هنا قد ظهرت الحاجة إلى قانون جديد يأخذ بعين الاعتبار أوجه النقص السابقة. لهذا صدر قانون جديد للمنافسة وهو الأمر رقم: 63/03 المؤرخ في: 19 يوليو 2003 يلغى القانون السابق، وقد تم تعديل هذا الأمر مرتين وذلك بموجب القانون: 05-16وكذلك القانون. 08- 12 وقد تبنى القانون الجديد نفس المبادئ والقواعد الخاصة بالمنافسة مع توضيح المفاهيم الخاصة، وإضافة قواعد جديدة تمنع ممارسات أخرى تقيد المنافسة وتعرقلها.ومنح صلاحيات أوسع لمجلس المنافسة حتى يضطلع بالدور الممنوح له على أكمل وجه وأحسن صورة، خاصة في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة , وبالفعل، نجد في هذا الأمر، منع الممارسات المنافية للمنافسة، لما يؤدي إليه من ضمان وجود المنافسة. فبعض الممارسات تخل أو تقيد بالمنافسة في السوق[3] بالرغم من أن المشرع الجزائري أفرد للمنافسة قانون خاصا إلا أن تعدد مضامين هذا الفرع من القانون يجعل من الممكن امتداده إلى نصوص قانونية أخرى ذات صلة بالنشاط الاقتصادي والتعاقدي،كالقانون التجاري باعتباره الإطار القانوني العام للنشاط التجاري الممارس من قبل الأعوان الاقتصاديين، وبعض القوانين الأخرى كالقانون02/04المتعلق بالقواعد المطبقة علي الممارسات التجارية[4].خاصة في أحكامه المتعلقة بنزاهة الممارسات التجارية، وتنظيمه للأسعار، والشأن ذاته بالنسبة للأمر04/03 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها .[5]

كذلك يرتبط قانون المنافسة بقانون العقوبات من خلال المادة 172ومايليها، كذلك القانون المدني، إذا أنه لا يمكن التخلي أو تجاوز المسؤولية المدنية للعون الاقتصادي

---

[3] لعشب محفوظ، سلسلة القانون الاقتصادي، ديوان المطبوعات الجامعة، 1997، ص.2،ص.129؛

[4]- نبية شفار، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة وهران،2013، ص22-23.

[5]- الأمر 04/03المؤرخ 19 يوليو2003 ، المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها ،ج.ر ، رقم 43، الصادر20 يوليو2003.

على الأضرار التي تسببها الممارسات المقيدة التي يأتي بها. وباعتباره الشريعة العامة

كما تتضمن هذا الأمر نص أدرج فيه الصفقات العمومية ابتدءا من تاريخ الإعلان عن الصفقة إلى غاية منحها المادة الثانية من الأمر 03/03 ، بالرغم من أن الصفقات العمومية تنتمي إلى القانون الإداري (امتياز السلطة العامة)..

ويعرف قانون المنافسة على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم التنافس بين الأعوان الاقتصاديين في بحثهم وحفاظهم على العملاء. وتختلف قواعد هذا القانون، بحسب مفهومه الضيق أو الواسع[6] لدى الفقه. حيث تنحصر قواعده، طبقا للتعريف الضيق، على القواعد المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة أو ما يسمى بالتشريع المضاد للاحتكارات. وبهذا يعرف بأنه القانون الذي يهدف للحفاظ على حرية المنافسة ويضم القواعد التي تمنع الممارسات التي تعرقلها[7]. أما بمفهومه الواسع، يضاف لاهتمام قانون المنافسة بالحرية والسوق، اهتمامه بالنزاهة والمتنافسين. لتصبح القواعد المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة وشرط عدم المنافسة وما يتعلق بالنزاهة، جزاءا من هذا القانون. ومن ثم يساهم قانون المنافسة في حماية المتنافسين، لأن حمايتهم تشجع المنافسة بينهم, كما يمكن أن نعرف قانون المنافسة بالنظر لتقسيم جديد لفروع القانون، يعتمد على وظيفة القواعد لا طبيعتها[8]. وبمقتضاه، يضم هذا القانون القواعد المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، لأنها هي التي تؤمن السير العادي لقواعد السوق، وقواعد أخرى[9] تتعلق بالمنافسة غير المشروعة وشرط عدم المنافسة، وتهدف لحماية المتنافسين[10]. وهو تعريف يقترب كثيرا من التعريف الواسع لقانون المنافسة. ولقد اخترنا الاعتماد على هذا التعريف في هذه الرسالة، لأنه يفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ومع ذلك عند مقابلة قانون المنافسة بالقواعد العامة للالتزامات، سنضطر، للأسباب المتعلقة بتناسق القانون، تعريف

---

[6] لمعلومات أكثر حول المفهوم الضيق والواسع لقانون المنافسة، راجع:
G.Ripert & R.Roblot. Traité de droit commercial. t. l. vol.l. commerçant. Tribunaux de commerce. Fonds de commerce. Propriété industrielle. Concurrence (droit communautaire et français).18ème éd..par L.Vogel.LGDJ.2001.p.561.n°711.

[7] يستبعدF.Dreifuss-Netter من مجال قانون المنافسة، المنافسة غير المشروعة وشرط عدم المنافسة، لتعلقهما بسلوكات فردية ومصلحة المتنافسون.
Cf.F.Dreifuss-Netter.Droit de la concurrence et droit commun des obligations. RTDC.1990. p. 370.

[8] Cf. J.Calais –Auloy& F.Steinmetz.Droit de la consommation. 5ème éd..Dalloz.2000.p.15.
مأخود من م.بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، جامعة سيدي بلعباس، 2002،ص.4.

[9] تختلف نظرة الفقه بخصوص دور هذه القواعد في قانون المنافسة. فهي تشكل عند Y.Serra وحدة في هذا القانون. Cf.Y.Serra.Le droit français de la concurrence.préc.pp.5-8.
و يرى J-B.Blaise أن هذه القواعد تحقق وظائفا مختلفة. Cf.J –B.Blaise.op.cit..p.301. n 600.

[10] Cf. M –A.Frison-Roche. L'Etat. Le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence. In PA. 15/05/1995. N°59.pp.8-9. N°23 et S.

قانون المنافسة بالنظر لما هو غير موجود، أي لما لا تستطيع القواعد العامة للالتزامات تحقيقه.

لهذا سنركز في هذه الدراسة على أمر 03-03 المعدل والمتم ، الذي يضم قواعد تتعلق بإيجاد المنافسة بين المتدخلين في السوق والحفاظ عليها؛ ومنها جاء منع الممارسات المقيدة للمنافسة لضمان السير العادي لقواعد السوق باسم المصلحة العامة. وأيضا على قانون 04-02 الذي يهدف إلى استبعاد تجاوزات المنافسة ووضع توازن بين مختلف الأعوان الاقتصاديين، و منعه لبعض الممارسات التجارية بهدف حماية المتنافسين. ذلك أن المنافسة تعتبر وسيلة لتحقيق فعالية الاقتصاد وتنافسيته، ويتم بواسطتها تشجيع دخول منتجون للسلع والخدمات بأقل التكاليف، وبالتالي تحسين تنافسية المنتجات الوطنية وخلق فرص أفضل للتصدير. وأيضا خلق مناصب الشغل وتشجيع الاستثمار وتحقيق النمو الاقتصادي وتحفيز التطور التقني والتقدم التكنولوجي. ودون أن ننسى أهم هدف تسعى إليه، وهو تحقيق رفاهية المستهلك، بإشباع حاجاته بأقل الأسعار الممكنة وبجودة عالية وإفادته من عدة اختيارات[11]. فقانون المنافسة من هذا الجانب، قانون للمصلحة العامة. ولم يغب من جهة القواعد العامة للالتزامات[12] الاهتمام بتنظيم العلاقات الاقتصادية، وذلك بتقديمها وتنظيمها لأدوات التبادل الاقتصادي والالتزام بنتائج العمل الاقتصادي و التي تتمثل تباعا في العقد والمسؤولية[13]. غير أنها تعالج هذه العلاقات من زاوية بعدها الفردي والثنائي، بعكس قانون المنافسة الذي ينظر إليها بشكل عام وجماعي[14]. هذا يعكس التقاطع الموجود بين القواعد العامة للالتزامات وقانون المنافسة في النظام العام الاقتصادي، وبموجبه يتم إجبار الإرادة على احترامه وتقرير جزاءات ردعية لمن يعتدي عليه.

ويهدف هذا البحث أساسا إلى تبيان القواعد القانونية التي تهتم بحماية فئات المجتمع لاسيما المستهلكين و حمايتهم من أية ممارسات تخل بنظام السوق وشفافية

---

[11] Cf.M.Ben Fraj Politique de concurrence : objectifs et contraintes. In Séminaire sur la concurrence et le contrôle des pratiques anticoncurrentielle. Des 26/05 au 05/06/2002 à Tipaza. Non publié.

[12] والتي تضم مجموعة القواعد العامة التي تطبق بشكل عام، وتقابلها قواعد خاصة، يقتصر تطبيقها على مجال محدد. ومن ثم ليس للقواعد العامة مجال تطبيق محدد، كما يمكن استعمالها كقواعد مرجعية بالنسبة للقواعد الخاصة وأن مجال القواعد العامة يتناقص بحسب مجال تطبيق الأحكام الخاصة.

L'auteur Y.Guyon observe que le domaine du droit commun des obligations est par nature restreint. Réduit à partir du moment ou le plus souvent. Les « liens d'obligation unissent des commerçant entre eux. Soit des professionnels généralement commerçants et des consommateurs ». Cf. Y.Guyon. Rapport de synthèse. In Droit du marché et droit commun des obligations. Colloque des 24-25/10/1997. Université de Perpignan. RTD Com. 1998. P.121. n°2.

[13] ونقصد بالقواعد العامة للالتزامات قواعد القانون المدني المتعلقة بالعقد والعمل الضار. ونستبعد من نطاق دراستنا تلك المتعلقة بالعقود الخاصة وبالأنظمة الخاصة للمسؤولية وما يتعلق بشبه العقود وقانون حماية المستهلك.

[14] Cf.C.I.ucas De Leyssac. Du caractère collectif du « contrat du marché ». RDC.2006.p.1317 : F.Deboissy & G.Wicker. Droit du contrat et droit du marché : éléments pour une problématique. RDC 2006.p.1325.

الممارسات التجارية, والوقوف على مدى نجاعتها في حماية المستهلك في مواجهة العون الاقتصادي أو المتدخل .

ومن الأسباب التي دفعتنا إلى تناول هذا الموضوع نذكر منه:

الأسباب الموضوعية، والتي ترجع أساسا إلى التوجه الاقتصادي الحالي للجزائر وما تشهده من حرية لحركة السلع و الخدمات والتنوع الموجود في السوق من منتوجات مستوردة ومحلية، مما قد يؤدي بفئة من المحترفين وسعيا للربح السريع إلى لامتناع عن القيام بالتزامه بالإعلام المستهلك، وكذلك لانتشار الممارسات المنافية للمنافسة , وكون مواضيع المنافسة من تعتبر من المواضيع الجديدة المطروحة للدراسة

أما عن الأسباب الذاتية ،فتظهر من خلال الرغبة والاهتمام بدراسة القواعد العامة المتعلقة بحماية الأطراف الضعيفة في العلاقات الاستهلاكية والعقدية لاسيما المستهلكين في مجال قانون المنافسة في إطار بحث علمي أكاديمي لأنه موضوع حيوي ويمس جميع الفئات المجتمع .

وإن أهمية هذا البحث تتجلى في عدة نواحي منها أن موضوع المنافسة يعتبر أحد مظاهر التنظيم الحر للاقتصاد، بما يفترض معه من الحرية التنافسية بين الأعوان الاقتصاديين، و حرية الوصول إلى العملاء، لكن هذا الوضع لا يتحقق في الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة المثالية متاحة لجميع الأعوان الاقتصاديين، لاسيما حرية الدخول للسوق، و نزاهة الممارسة التجارية و الصناعية، و تماثل شروطها بالنسبة لجميع الكيانات المتنافسة، و هي الشروط التي لا يمكن أن تتحقق في الواقع، ما يدعو إلى تدخل الدولة بغرض ضبط العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين المتنافسين من خلال أحكام قانونية ذات مضامين وغايات متعددة ,و كونه لا يتوقف عند غايته الأصيلة في حماية المنافسة داخل السوق، و إنما يمتد أثره إلى حماية الكيانات الاقتصادية المتنافسة، و حماية المستهلك. و باعتباره تمس شرائح المجتمع كلل واقتصاد الدولة وتأكيد على مبدأ حرية المنافسة كضابط أساسي لضبط السوق ولكونه سبب أساسي في تكريس المنافسة الشريفة والنزيهة.وكونه قانون المنافسة يمزج بين عدة قوانين خاصة القواعد المتعلقة بالالتزامات العامة .

وفي إطار هذه الدراسة التي تتمحور قانون المنافسة و قواعد العامة للالتزامات نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى ساهمت القواعد العامة للالتزامات في تفعيل قواعد حماية المنافسة؟؟؟

للإجابة عن هذه الإشكالية يمكن طرح التساؤلات الفرعية والمتمثلة في :

ما المقصود بقانون المنافسة ؟ وهل هناك علاقة بين قانون المنافسة والقانون المدني ؟؟؟؟

وهل القواعد العامة للالتزامات كافية لضمان نجاعتها ؟؟؟.

ومن خلال هذه الدراسة سنحاول قدر الإمكان إظهار علاقة التكامل الموجودة بين القانونين . وبالفعل، ذلك أن يندرج ضمن اهتمامات قانون المنافسة أيضا ما يتعلق بتوازن ونزاهة العلاقات التجارية، فليس هذا سوى تكملة لما جاء بالقواعد العامة للعقد في هذا المجال، دون أن تعطيه مكانا بارزا فيها. حيث نلاحظ أن قانون المنافسة يريد تفادي المراكز المسيطرة من خلال منعه الاتفاقات والتعسف في وضعية الهيمنة على السوق ورقابة التجميعات وأيضا، معالجة حالات تباين القوى في العلاقات الثنائية، كما هو حال منع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية أو الممارسات التعاقدية التعسفية.

كما أن تسليط الضوء على التقاطع والتكامل الموجود بين المادتين. ولن تكون المهمة سهلة، بالنظر لخصوصية المادة التنافسية، التي تعتمد كثيرا على مفاهيم اقتصادية. وأيضا لاحتمال المساس بمبادئ القواعد العامة للالتزامات، لاسيما ما يتعلق بالحرية التعاقدية والاستقرار القانوني للمعاملات وتوقعات المتعاقدين ومبادئ المسؤولية المدنية. فكيف سيتم التوفيق بينها وبين متطلبات قانون المنافسة الجديدة؟ ومن جهة أخرى، لاحتمال إضافة مبادئ أخرى أو إحيائها من جديد، فهل يمكن أن تستوعبها القواعد العامة

وفي سبيل البحث عن الإجابة لهذه الإشكالية السابقة اعتمدنا أكثر من منهج منها: المنهج التحليلي النقدي الذي يقوم على جمع النصوص والقواعد القانونية، و استخلاص أهم الأحكام المتعلقة بموضوع البحث، مع تحديد مدى نجاحها في تجسيد الحماية اللازمة، وذلك بهدف الوقوف على معرفة مدى فعالية هذه الآليات على أرض الواقع مع الاعتماد على المنهج المقارن من خلال المقارنات الجزئية في بعض المواضع بين القانون المنافسة والقانون المدني واعتمدنا المنهج التاريخي بشكل بسيط عند التعرض للتطور لقانون المنافسة ، وكذا تطور القوانين الخاصة بحماية المستهلك في الجزائر

وللإحاطة بجوانب هذا الموضوع ، سيتم تقسيم البحث إلى فصلين أساسيين نتناول في الفصل الأول طابع القانون الخاص للمنافسة و الفصل الثاني تأثير قانون المنافسة على القواعد العامة للالتزامات.

الفصل الأول: طابع القانون الخاص للمنافسة

في هذه المرحلة من البحث في هذا القانون الذي يصفه الفقه الذي بحث في علاقات قانون المنافسة بالقواعد العامة للالتزامات بالقانون المؤدي للاضطراب[15]، نريد أن نبين المفاهيم و النظريات التي ينفرد بها قانون المنافسة و التي ترتقي بها لمرتبة القانون الخاص (**المبحث الأول**).في هذا الصدد، لو اكتفينا بهذه المفاهيم الخاصة ، سنتعرف له بطريقة تفكير خاصة به ،تبتعد عن المفاهيم و تحليلات القواعد العامة للالتزامات. لكن الملاحظ أن هذا القانون لم يحز بعد على المبادئ والمفاهيم والقواعد التي تمنعه من الرجوع للقانون المدني في شقه المتعلق بالالتزامات (**المبحث الثاني**). ويمكن تفسير هذا بصعوبة على الأقل تعترض طريقه نحو الاستقلالية التامة وعدم العودة للقواعد العامة للالتزامات، وتتمثل هذه الصعوبة في استحالة التحرر كليا من أنظمة القواعد العامة كالمسؤولية المدنية و العقد ، لان التخلص منها يعني أن قانون المنافسة سيعاني من الفراغ القانوني[16] .

يوجد بينهما إذن علاقة وأن قانون المنافسة، يستمد من القواعد العامة للالتزامات البعض من قواعده. ومع ذلك يعد هذا القانون في نظرنا خاصا، لأنه تخلى عن بعض المفاهيم التقليدية وقام بتفعيل مفاهيم أخرى، كما انه جاء ليعوض عدم قدرة القواعد العامة للالتزامات على ضبط المنافسة والسوق. وهذا لوحده كاف للاعتراف بأصالة القانون الذي نبحث فيه، وبالرغم من انه يستعمل حلول القواعد العامة للعقد أو المسؤولية المدنية لحاجته الخاصة.

---

[15] CF .Claudel. le consentement en droit de la concurrence. Consécration ou sacrifice ? RTDCom. 1999. P 291.qui évoque un « droit conquérant et sur de lui » : J.Mestre. formation de contra et droit de la concurrence. RTDC 1987.p.304-305 : « le tentaculaire droit de la concurrence ne cesse de renforce son emprise sur le théorie générale du contra » : et pour M. Chagny. En est en présence d'une « règlementation de concurrence jugée envahissante et contraignante et dénoncée plus fréquemment. du mois en ce qui concerne le volet contractuel du droit des obligation ». Cf .M. Chagny. th.. op.cit..p57.n^0 39.

[16] لا يمكن، أمام وجود القواعد العامة، الحديث عن الفراغ القانوني.

المبحث الأول: أصالة قانون المنافسة

تمنح الاستقلالية[17] لقانون المنافسة كنتيجة لذاتيته، التي نريد الوقوف عندها في هذا المبحث وهي تتبع من أصالة خصائصه، في كونه قانون يؤسس نظاما عاما (**المطلب الأول**)، يترجم سياسة معينة ويعتمد على التحليل الاقتصادي (**المطلب الثاني**) ويهدف لتحقيق الفعالية الاقتصادية (**المطلب الثالث**). وإن فكرة استقلالية[18] في حد ذاتها محل نقاش، من حيث المقصود منها[19]. إلا أن الاستعانة بها في مجال مثل دراستنا، يسهل لنا وضع الحدود الفاصلة بين القواعد العمة للالتزامات وقانون المنافسة، ثم إبراز إمكانيات التبادل بينهما، أي مدى استعانة كل منهما بمبادئ وتحليلات الأخر.

المطلب الأول: صبغة النظام العام لقانون المنافسة

---

[17] عبر كثيرا من الفقه عن استقلالية قانون المنافسة، انظر مثلا :

Cf.F. Dreifuss-netter. prée..pp.369-370.quiaffirme la vocation à l'autonimie du droit de la concurrence au même titre que le droit de la consomation et estime que l'ordonnance (de1986) « réalise sur un plan formel l'automnomie que le droit concurrence possédait déjà sur un plan matériel » M.Malaurie-vignal. Droit de la concurrence et droit des contrat.prée..p.54.voyant dans la condition d'atteinte à la concurrence une justification de son autonomie : M.Chagny.L'empiétement du droit de la concurrence sur les droit du contrat.prée..p.867.

[18] نكتفي بالإشارة لبعض المصادر التي خاضت في هذه المسالة والتي استعنا بها في هذه الدراسة، انظر:

F.pollaud-Dulian. Du droit commun au droit spécial-Et retour.in Mélanges en l'honneur de Y.Guyon. Aspects actuels du droit des affaires .Dalloz.2003.p.925 et s. F.Grua. les divisions du droit.RTDC 1993.P.59.et s. R.Gassin.Lois spéciales et droit commun. D.1961.chr.n^0 1.p.91 et s.M.-S.Payet.th.op.cit.p.245.n^{0}175 et s.

[19] بين المفهوم الموسع، الضيق والوسط كانت تعريفات الفقه المفهوم الاستقلالية.لدى الفقه الموسع، تعطى الاستقلالية عندما يكون للقواعد طابعا أصيلا و مخالفا للقواعد العامة، أما المفهوم الضيق، ينطلق من المعنى الاصطلاحي للاستقلالية المتمثل في الكفاية الذاتية، و منه نكون بصدد قانون مستقل إذا كان منفصلا. هذا التعريف يمنع سد النقص و الفراغ القانوني بالرجوع للقواعد العامة. و المفهوم الثالث، وسط بين الاستقلالية التامة التي تعني الانغلاق و الاستقلالية التعسفية التي تكتفي بمجرد خصوصية القواعد.في هذا الإطار، تظل العودة للقواعد العامة ممكنة ، مدام أن القانون المستقل محتكما بالاستعارة من القواعد العامة وان هذه الاستعارة لا تجعله تابعا و تخدم أهدافه.

CF.MChgny.th.op.eit.p.62n^{0}43.

نحن هنا بصدد الحديث عن قانون اقتصادي[20] يراد منه تنظيم السوق، إذ لم تتخل الدولة كليا عن مهام تنظيم الاقتصاد، بل احتفظت بإمكانية التدخل عن طريق فكرة النظام العام.و هكذا يراد من قواعد المنافسة توجيه الاقتصاد، وتوصف مثل هذه القواعد،بأنها من النظام العام الاقتصادي. حيث يتجسد هذا الأخير من خلال منع الممارسات المقيدة للمنافسة في الأمر 03-03 المعدل و منع الممارسات التجارية في قانون 04-02، و إن التعمق في هذا المنع و إلزام المتعاملين باحترام أدنى شروط المنافسة، يظهر كيف تم التقيد من الحرية التعاقدية لضمان حرية المنافسة[21].

يمكن إذن باسم النظام العام تقييد الحرية التعاقدية، لأن المصلحة العامة تعلو على المصالح الخاصة.وما يهمنا هنا النظام العام الاقتصادي[22]، الذي يتفرع إلى النظام العام الاقتصادي أو الموجه و النظام العام الاجتماعي أو الحمائي[23].

في هذا الصدد، أصبح يضرب المثل ببعض التشريعات في انتمائها لهذا أو لذلك الفرع: يؤسس كل من قانون العمل و قانون حماية المستهلك نظاما عاما اجتماعيا، يحمي الطرف الضعيف، يؤسس قانون المنافسة نظاما عاما اقتصاديا، لأنه يوجه اتفاقات الأفراد نحو نموذج معين، يرى فيه المشرع مصلحة الجماعة وهو المنافسة.

وإذا حللنا التشريعات التي جاء بها المشرع في هذا المجال، لنبين كيف تدخلت الدولة لتوجيه اقتصا السوق، لأمكننا التمييز بين مرحلتين أساسيتين: ما قبل 1989[24]، أين كان الاقتصاد اشتراكيا و منه ليس غريبا أن تكون الأسعار منظمة

---

[20] CF.G.F.Frajat. la nation des droit économique. In droit et économie ADP.T.37.Stirey 1992.p27 et s : « le droit économique prend volontiers figure de droit de l'interventionnisme dirigiste.IL s'agit pas de moraliser. Ici. Mais de planifier ».CF.J.Larguier& Ph. Contre. droit pénal des affaire.10eme éd.. 2001. Armand colin. p. 433.n^{0} 458.

[21] « ... La concurrence et le contrat - traditionnellement appréhendé comme expression de la liberté contractuel-seraient incompatibles et fonctionneraient donc en vase communicant. La monté en puissance de l'une ayant pour prix l'affaiblissement de l'autre».CF.M- A. Frison-Roche. Contrat. concurrence. régulation. RTDC .2004.P.452.n^{0}5.

[22] ، الذي نوه بغموض هذه الفكرة و أنها تؤدي للبطلان. G.Ripert يرجع الفضل في إبراز هذا المفهوم إلى

CF.G.Ripert.L'ordre économique et la liberté contractuelle.éd. Gery Sirey . 1934 IV.P.347 ET S.. cité par Ph.Malaurie. La notion d'ordre public économique . Atelier 03./11/1994. Rev. Conc. Cons.. p. 42.

[23] L'ordre public de direction et l'ordre public de protection. CF. J.Carbonnier. droit civil. Volume IL : l es biens. Les obligations. Quadrige. Puf.2004.p. 2037.n^{0}984 et s.

[24]راجع مثلا أمر 75-73المؤرخ في 1975/04/29 و المتعلق بالأسعار و قمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار.

وكل مخالفة لتنظيم الأسعار يتم قمعها، بعد 1989[25]،ادخل بالتدريج مفهوم المنافسة، كنتيجة منطقية لإتباع نظام اقتصاد السوق، على انه تقرر رسميا مبدأ حرية المنافسة بموجب أمر 95-06[26]، أين كانت القطيعة أمام احتكار الدولة للمبادلات التجارية ونظام الأسعار المنظمة و تغير معه النظام العام الاقتصادي، نحو مراقبة الاقتصاد الحر. وتلاه أمر 03-03 المعدل بقانون 08-12 في نفس الاتجاه : حماية المنافسة و جعل السوق تنافسيا.

إذن يرى المشرع في المنافسة وسيلة في التفوق و الرفاهية، لكنها قد تؤدي للاعدالة، وعندها يتعين التدخل. وبالفعل، بواسطة نظام عام تشريعي[27]، أصبحت حرية المنافسة بموجب أمر 03-03 المعدل (خصوصا المواد 4،5 و13) من المبادئ الأساسية في العلاقات الاقتصادية و التجارية. و الملاحظ أن الدولة لا تتدخل في تنظيم الممارسات التجارية إلا في القدر الذي يتعين فيه تامين حسن سير السوق وضمان كثرة الخيارات المعروضة للمتعاملين الاقتصاديين و المشروعات القوية من القضاء على المنافسة[28]

هكذا نضيف لقائمة التشريعات التي تؤسس لنظام عام اقتصادي قانون المنافسة، و منه النظام العام التنافسي (**الفرع الأول**)، ونضيف للهيئات التي تنوب عن الدولة في حماية هذا النظام، مجلس المنافسة مع إمكانية تدخل الجهات القضائية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: ضبط[29] الاقتصاد بواسطة قواعد المنافسة:

النظام العام التنافسي

---

[25] يتعلق الأمر بقانون 89-12 المؤرخ في 1989/07/05 المتعلق بالأسعار. حيث حرر هذا القانون تدريجيا الأسعار، بعدما تخلت الدولة عن النهج الاشتراكي و اعتنقت اقتصاد السوق.

[26] يقوم النظام الاقتصادي على اقتصاد السوق، وبالتالي يسعى النظام العام التوجيهي في الأمر 95-06 للمحافظة على المنافسة الحرة و استمرارها وأيضا منع الاحتكار وضمان حرية الأسعار.

[27] وبقابلية النظام العام القضائي. انظر ع. فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،موقع النشر والتوزيع. 2001،ص.211. إن مصدر النظام العام المعاصر تشريعي حيث يرجع للمشرع لا للقاضي، تحديد السياسة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع. مثلا، تنظيم الأسعار أو وضع الحد الأدنى للأجور. أما القضاء فيساهم في هذا التوجه، بفرض بعض الالتزامات في الالتزامات في بعض العقود، كالالتزام بالإعلام و السلامة.

CF.Ph.Malaurie. I.. Aynés & Ph.SToffel-Munck. Les obligations.2emeéd.2005. Defrénois .p.316. n^{0}650.

[28] « le libéralisme ne l'empêche pas d'être très réglementaire. parfois de façon extrêmement minutieuse». CF.F.Dreifuss-Netter. Préc.. p. 369 :M.Malaurie-vignal.droit de concurrence ret droit de contrat.préc..p.51.51.

[29] تستعمل المادة 3 من المر 03-03 المعدل في هذا المصطلح و نعرفه كالأتي: "كل إجراء أيا كانت طبيعته،صادر عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم و ضمان توازي قوى السوق، و حرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، و كذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها و ذلك طبقا لأحكام هذا الأمر".

توحي طريقة المنع التي تميز قواعد المنافسة، للنموذج الذي يتعين أن تتطابق معه اتفاقات وممارسات المتدخلين في السوق. لكنه يتدخل أيضا، بصفة ايجابية، عندما يفرض عليهم التزامات معينة **(البند الأول)**. ودون شك، ستؤثر طبيعة "النظام العام الاقتصادي" لقانون المنافسة على الجزاء الذي تنطبق به قاعدة المنافسة، فهو عقابي ووقائي في نفس الوقت **(البند الثاني)**.

البند الأول: التدخل الايجابي[30] و السلبي لقواعد المنافسة

لماذا يمنع المشرع في الأمر 03-03 المعدل و قانون 04-02 بعض الممارسات والسلوكات أو يفرض بعض الالتزامات؟ للإجابة عن هذا التساؤل، نقول أن هذه الممارسات تخل بقواعد المنافسة التي يريد المشرع إرساءها في السوق، باعتبارها خيارا سياسيا و اقتصاديا. كما أن النظرية الاقتصادية كفيلة بتوضيح المنافع التي يحققها تحرير المنافسة، فضلا عن أن الإخلال بالالتزامات المفروضة يمس أيضا بالمنافسة و منه جاء فرضها.

أولا: التدخل عن طريق المنع

إن بعض قواعد قانون المنافسة متميزة بالمقارنة مع قواعده الأخرى[31]، لاسيما ما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات. فلهذه القواعد خصوصية واضحة، لمل يتطلبه تطبيقها من تحليل متميز.

وباسم النظام العام الاقتصادي الجديد القائم على حرية الصناعة والتجارة وحرية المنافسة، منع المشرع الاتفاقيات والأعمال المدبرة والتعسفات في وضعية الهيمنة والتبعية الاقتصادية وممارسة الأسعار المخفضة بشكل تعسفي، لأنها تؤدي كلها للخروج عن القواعد المرسومة لممارسة حرية التجارة وتبتعد عن النموذج الذي يحقق الفعالية ورفاهية المستهلك. كما جاء نظام رقابة التجميعات، بهدف تفادي إنشاء أوضاع احتكارية وإقصاء المنافسة.

حيث تؤدي الاتفاقات و عمليات التفاهم أو الأعمال المدبرة او الترتيبات الودية[32] بين الأطراف المتواطئة،سواء كانت متنافسة آم لا، لتعطيل آليات السوق. وبشكل

---

[30] « L'ordre public économique est plus souvent positif : tu fera ceci de telle manière.IL s'engage dans certaines sortes de contrat. Mais de les obliger a couler leur accord dans un moule préétablie… » CF. J.Four. J-I…Aubert & F.. Savaux. Les obligations. I- L'acte juridique. 11eme ed.. 2004. Armand colin. P.217. n°296.

[31] CF. L. Vogel L'articulation entre le droit civil. Le droit commercial et le droit concurrence. In Le juge civil. Le juge commercial et le droit de la concurrence. Atelier de la concurrence du 27/10/1999. Rev. Conc. Mi-juin 2000.p.6.n°115.

دقيق، تأتي خطورتها من حيث أنها تؤدي إلى التحديد المصطنع للأسعار أو التقليص من الإنتاج[33] أو تقاسم الأسواق، وهذا من شأنه أن يعطي للأعوان المعنيين بها قوة في السوق، تمكنهم من تحديد مستوى الأسعار والتأثير عليها. وهما قوة ونفوذ يفتقدانها، لو كانت قواعد المنافسة مطبقة بشكل طبيعي وكان تسابق المتدخلين في السوق شريفا.

ومن شان الاستغلال التعسفي لمركز مهيمن أن يعيق المنافسة في السوق وأن انتهاج سلوك مستقل يؤثر على المتنافسين ، العملاء والمستهلكين.ويتجسد التعسف، عندما يقوم المشروع المهيمن ببعض الأعمال[34] التي تعرقل مسار المنافسة الطبيعي وتزيح المتنافسون من السوق، عبر طرق أخرى غير الفعالية الاقتصادية أو دون أن يكون إقصاءهم ناتجا عن عدم جدارتهم. وليس المقصود من التعسف هنا قصد الإضرار بالغير، بل له مفهوم متميز لا يرتبط فقط بالضرر أو كون الفعل ممنوعا بطبيعته، وإنما يتجسد التعسف أيضا عندما يعزز المشروع المهيمن وضعيته[35].

---

[32] اعتمدت المادة 6 من الأمر 03-03 المعدل على صياغة عامة في تعريفها للاتفاقات الممنوعة، دون أن تتقيد بشكل معين، لان صيغة عمليات التفاهم لا تهتم في النهاية، بقدر ما يهم موضوع الاتفاق و آثاره على المنافسة. لذلك تمنع الاتفاقيات و عمليات التفاهم، سواء كانت كتابية او شفهية ،ضمنية او صريحة. وقد تأخذ هذه الاتفاقات صيغا قانونية كالعقود و التجمعات ذات المصلحة الاقتصادية، و قد تأخذ شكل عملية اتفاق بتن مشاريع مستقلة و هذا ما يسمى بالأعمال المدبرة المتفق عليها و التي تنتج عن تشاور بين الأطراف. وقد تكون من قبيل العمل المدبر حتى مسايرة المنافسة في السوق او تطابق السياسات السعرية للمتنافسين. و يقتضي المنع في المادة المذكورة، توفر توافق إرادة الأطراف، لهم استقلالية اقتصادية وقانونية. ولقد تطور القضاء الفرنسي هنا أصبح يعتبر أن بعض التصرفات المنفردة و التي يمثل إليها صراحة او ضمنيا احد الأطراف من قبيل الاتفاقات. لمزيد من التفاصيل، لمزيد من التفاصيل، انظر :

CF. F. Claudel. Préc..p.300 et s : C.Prieto.L'efficience contractuelle dans le droit de la libre concurrence (illustration par la clause d'exclusivité). In droit de la concurrence et droit des contrats. Débat.RDC.2004/3.p.878.n^{0}4 : Y.Guenzoui. Entente et contrat : le trouble notionnel. RDTCom. 2006.p.276 et s.

[33] راجع المادة 6من الامر03-03 المعدل، أين أورد المشرع قائمة غير حصرية لبعض الاتفاقات.حيث تهدف لإنقاص عدد المتنافسين كالمقاطعة و اقتسام الأسواق و التواطؤ أثناء العروض، وأما أضعاف حرية المتنافسين كتحديد الأسعار و الهوامش و الحسوم. و لتفصيل أكثر، انظر:

R.Bout C.Prieto & G.Gas. Droit économique. Concurrence – distribution - consommation Lamy. 1998.p.203.n^{0}609 et s.

[34] تمنع المادة7 من الأمر 03-03 المعدل التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق. وفي عوض إعطاء أمثلة عن ممارسات التعسفية ، قام المشرع- بنفس صياغة المادة 6- بتحديد القصد من التعسف. ولقد كان في المادة 7 من الأمر95-06 الملغى، يعطي أمثلة تجسد التعسف، كفرض البيع، الممارسات التمييزية و قطع العلاقات التجارية...

[35] حتى توصف الممارسات بأنها تعسف و يتم منعها، يجب أن لا يكون باستطاعة المشروعات الخاضعة للمنافسة القيام بها.و يدخل كل الممارسات غير الملاحظة، إلا عند مشروع مهيمن.

CF.M-S.pyet. th.. op.eit.. p.173.n^{0}103: M-A.Frison-Roche & M-S.Payet. Droit de la concurrence. I^e éd. 2006.Dalloz.p.122.n^0 122.

ويقابل وضعية الهيمنة المطلقة التي تؤثر على السوق، وضعية التبعية الاقتصادية التي تشكل رد فعل القانون تجاه واقع العلاقات غير متوازنة.

وبالفعل ،لم يغب عن قانون المنافسة فرضية الطرف الضعيف وبموجب قاعدة خاصة اوجد حمايته عن طريق منع التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وهي حالة يكون فيها الأطراف غير متكافئين في القوى التفاوضية، بفعل قوة احدهم الاقتصادية. فالمنع جاء لإعادة توازن العلاقات التعاقدية- أما التعسف في وضعية الهيمنة فلإعادة توازن السوق- كلما كان احد الأطراف ضعيف أو على حد التعبير قانون المنافسة "لا يملك حلا بديلا"، لاسيما بعد ظهور قوية في مجال التوزيع وغيره قادرة على فرض وإملاء شروطها.

ثانيا: التدخل عن طريق الالتزام

بمفهوم المخالفة لمنع الممارسات المقيدة للمنافسة في الأمر 03-03 والمنع المبدئي لبعض الممارسات في قانون 04-02 يمكن استخلاص الالتزامات المفروضة على المتدخلين في السوق، حيث ينتظر من هذه الالتزامات تهذيب هؤلاء وإلزامهم على احترام أخلاق الأعمال[36] ، كما ينتظر منها أن يحدث تفوق المشاريع عبر قواعد المنافسة. وإن كان المشرع لا يبين لها كيف يتعين عليها أن تتفوق، إلا انه يفترض عليها واجبات في تفوقها وواجب احترام الأخلاق التنافسية[37]. ولقد رأى المشرع في واجب النزاهة مخففا ضروريا لحرية المنافسة وإدخال اعتبارات أدبية في الأعمال[38]. ومن ثم يجب أن تتم كل الأنشطة التجارية للمشروع، في إطار النزاهة واحترام

---

[36]CF.J.Léonnet. Ethique et droit économique. In Mélanges à P.Bezard M : le juge et le droit de l'économie. Petites affiches .Montchrestien. 2002.p.232.P Deumier. Les source de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite. Chartes : et autres règles éthique. In Mélanges en l'honneur de Ph.l.e. Tourneau. Dalloz. 2008.p.337.

[37] نجد ايضا هذا الاهتمام في المنافسة غير المشروعة، وفيها يقول Ph.l.e.toureauمايلي:

La construction jurisprudentielle de la concurrence déloyale constitue une illustration de ce que « les prescription juridique épousent (parfois) la moral » C.F.Ph. Le Tourneau liberté égalité.fraternité dans le droit de la concurrence. Gaz.Pal..1991.2. doct..p.349.

[38] « sous l'habit juridique. Affleure un concept moral » CF.Ph. Le Tourneau.libérté ,égalité, fraternité dans le droit de la concurrence.préc.P.349.

القوانين التي تمنع المساس بالمنافسة والممارسات التجارية غير مشروعة والتعسف في استعمال القوة الاقتصادية.

ويقتضي الالتزام الأعوان الاقتصاديين بالشفافية و النزاهة كما جاء في قانون 04-02 منهم القيام بالإعلام بالأسعار وشروط البيع واستعمال أساليب شريفة في التنافس واحترام حد أدنى من التوازن. ويعد الالتزام بالشفافية وسيلة فعالة تمكن المتعامل من تحديد مركزه، لهذا القانون مكانا مهما يتعلق بشروط البيع والالتزام بالفوترة: عبر الفاتورة يقدر المتعامل حالته، وعبر شروط البيع يستطيع أن يقارن وضعه مع المتعاملين المحتملين.

وحتى الأسعار لم تفلت من تدخل القانون المنظم للممارسات التجارية. وفيه فرض المشرع أسعارا تنافسية، وكأننا هنا أمام تعسف في تحديد الأسعار، عندما يتم التلاعب بأسعار التكلفة للتأثير بالزيادة هو بالنقصان على أسعار السلع والخدمات، وأيضا الممارسات هو المناورات التي ترمي لإخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار[39] ، ونحن نعلم كيف يتم المضاربة على الأسعار في السوق الجزائري وأن تطبيق هذا النص يسمح بوضع معايير تتحدد بمقتضاها الأسعار. وإن كانت مسالة السعر العدل مبهمة، إلا أن ممارسة الأسعار المعقولة، تخفف من حدة التلاعبات، لاسيما تلك المتعلقة بكيفيات تحديدها أو الفارق بين السعر الممارس و سعر السوق.

إن ارتفاع الأسعار وأثر ذلك على القدرة الشرائية ملحوظ في السوق الجزائري، مع قانون المنافسة يمنع ارتفاع هذه الأسعار. ومنه أمكن القول، أن له دور في منع التضخم[40]، ومع ذلك، نلاحظ في الواقع أن الأسعار مرتفعة: فهل هي تعكس فعلا تحديدها وفقا لقواعد المنافسة كما تدعو إليه المادة 4 من الأمر 03-03 المعدل؟ لقد اوجد قانون المنافسة ما يؤدي لسيادة الأسعار التنافسية، سوءا من خلال منعه الممارسات المقيدة للمنافسة أو من خلال الممارسات الممنوعة بموجب قانون 04-02، بل إن المشرع في قانون العقوبات بنص عام يجرم الأفعال التي من شانها التلاعب بالأسعار بأساليب غير شرعية، من خلال معاقبته بموجب المادة 172 من قانون العقوبات، كل من يقوم بنشر أو ترويج أخبار أو معلومات كاذبة في السوق أو تقديم عروض تحدث نوعا من الاضطراب في السوق أو التأثير سلبيا على الأسعار، وكذا استعمال طرقا احتيالية لرفع أو محاولة رفع أو خفض الأسعار وتحويلها عن مجراها الطبيعي. فالمادة تجرم التلاعب بالأسعار والإخلال بنظام السوق.

---

[39] راجع المادة 23 من القانون 04-02

[40] « La maitrise de l’inflation passe le maintien de la concurrence ». CF H.Narayan-fourment. La maitrise des prix : hors du droit de la concurrence. Point de salut. D.2004. chr.. p.2024

التزام آخر مهم جاء في قانون 04-02 وهو الالتزام بالنزاهة. و فيه يلتزم العون الاقتصادي بتجنب كل الأساليب التنافسية غير المقبولة، لأنه يتعدى بها على مصالح الآخرين و قيمهم التنافسية. وبمقتضى المادة 26 تم الإعلان بالمخالفة، النمط الذي يتعين هن تكون عليه العلاقات الاقتصادية و التجارية بقولها " تمنع الممارسات التجارية غير النزيهة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة و النزيهة و التي من خلالها يتعدى العون الاقتصادي على المصالح عون او عدة أعوان اقتصاديين آخرين". فبين المتدخلين في السوق، يوجد التزام بالنزاهة، و مؤداه أن يمتنع المتعاملون عن بعض الأعمال والممارسات، ولو كانت مفيدة لهم، لمخالفتها للنزاهة و إهدارها للثقة في ميدان الأعمال، ومنه تم تهذيب العلاقات بينهم. ولقد بينت المادة 27 من نفس القانون الأساليب غير شريفة في التنافس والتي تعد من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة.

ولقد كنا نستحسن قانون 04-02 وهو ينظم الممارسات التعاقدية التعسفية، لو أنه لم يقصر استعمالها على العلاقة بين المستهلك والبائع[41]. وتعني هنا المادة 29 التي تعاقب فعل التعسف في استغلال التبعية الاقتصادية دون اشتراط المساس بالمنافسة. ويتحقق كلما تضمنت العقود شروطا أو بنودا غير مفيدة للمتعامل، لكنه ملزم بقبولها بسبب ضعفه الاقتصادي. وهذا مظهر آخر للنزاهة في العلاقات التجارية. و لم يغب التزام النزاهة في الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، لكنه مضمر فيها، لان الهدف الأساسي من هذه الأحكام هو حماية المنافسة. ونلاحظ ذلك عندما تتحقق من وراء هذه الممارسات، مصلحة شخصية وتتفوق المشاريع عبر منافسة متجاوزة للحد أو تقصي المنافسة، فهل من تفسير أخر لهذه القواعد التي تمنع المنافسة المطلقة، إلا عبر التزام النزاهة الذي يخفف من حدة المنافسة بين المشروعات؟ إن حرية المنافسة[42] هي الدافع لتنظيم المنافسة بموجب أمر 03-03 و قانون 04-02، ولكن الملاحظ إن المشرع ادخل اعتبارات تتعلق بالنزاهة، كالتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، المنافسة غير المشروعة والممارسات التعسفية، وهو ما يجعلنا نتحدث عن حماية المتنافسين أيضا في القانون الجزائري. وحتى لا يدفعنا هذا القول لتغيير طبيعة النظام العام الاقتصادي التي اعتبرناها في قانون المنافسة – أي للتوجه و ليس للحماية-، أمكن القول أن الحماية المتعاملين الاقتصاديين كمحركين

---

[41] المادة 23 من قانون 04-02 الفقرة 03

[42] « Si la concurrence est un moteur. Sa loyauté ne doit jamais jouer que le rôle secondaire d'un frein ou d'un lubrifiant ». CF.D.Brault. droit et politique de la de la concurrence. Economica. 1997.p. 123.

للمنافسة ومتعاقدين، تساهم هي الأخرى في حماية المنافسة. ورغم هذا، نرى في القواعد العمة للالتزامات وسيلة أفضل لحماية المتنافسين من قانون المنافسة. وعندئذ، لا تثور أي مشاكل بخصوص طبيعة النظام العام التنافسي في كونه يحمي المنافسة[43].

البند الثاني: الجزاء الردعي و الوقائي لقواعد المنافسة

لقد جاء في عرض الأسباب لمشروع القانون التمهيدي المتعلق بالمنافسة، أن أمر 95-06 السابق كإطار تشريعي يعاني من عدة نقائص أهمها " المظهر القمعي للإطار التشريعي الحلي الذي لا يحث المؤسسات على الدخول في النزاع".فإلى أي حد وصل الخفيف أو تغييب الطابع القمعي لقواعد، كما جاء في عرض الأسباب لأمر 03-03؟ وهو ما سنحاول تبيانه في الفقرتين المواليتين.

أولا: تخفيف المظهر العقابي لقواعد المنافسة

إن طبيعة قانون المنافسة، في كونه قانونا اقتصاديا يؤسس نظاما عاما تنافسيا، يريد توجيه الاقتصاد نحو نموذج الذي يرى فيه المشرع مصلحة الجماعة إلا وهو المنافسة واهتمامه بالفعالية الاقتصادية أكثر من القيم الأدبية، سيؤثر حتما على الجزاءات العقابية، سواء كانت سالبة للحرية أو مالية. إلا إن قانون المنافسة يندرج ضمن القوانين الاقتصادية، التي تريد من خلالها الدولة أن تحتفظ بقدر من التدخل في الاقتصاد وتوجيهه نحو الخيارات السياسية، لذلك فهو يهدف أكثر للتخطيط من التهذيب. ولهذا أيضا سيكون لمسؤولية المتعاملين الجزائية طبعا خاصا، فيها الأهمية أكثر للعقوبات الإدارية من العقوبات الجزائية.

ويغب قانون العقوبات كلية في المنافسة واتخذ التخفيف من طابعه العقابي مظهرين، أولهما أن المخالفات المتعلقة بالتشريع الاقتصادي لا تشكل اليوم جرائم وهي من اختصاص مجلس المنافسة، فلا يمكن أن تكون محل متابعة جزائية. وثانيها، بعض الأفعال تحتفظ بوصفها كجريمة، لكن لا تتمثل عقوبتها سوى في الغرامة. ويتبين من مقارنة[44] المواد المتعلقة بالعقوبات المطبقة عند مخالفة قواعد

---

[43] الفصل الأول من الباب الثاني من مذكرة النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة.

[44] نظر المادة 15 من الأمر 95-06 الملغى و التي كانت تنص على عقوبة الحبي بالنسبة للمعاملات المنافية للمنافسة والمواد من 61إلى 67 من ذات الأمر بالنسبة للقواعد المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية ونزاهتها.

المنافسة[45]، كيف تغير تفكير المشرع من القمع إلى الحوار والعمل البيداغوجي وإجراء الرحمة والترغيب"[46].حيث حذف المشرع عقوبة الحبس المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة، واكتفى بجزاء مالي يتمثل في الغرامة[47]، فلا متابعة على المستوى الجزائي. ويمكن تفسير ذلك، بأنه يفضل ضبط بعض المجالات التقنية والحساسة من قبل هيئات تضمن تشكيلتها المتكونة من مهنيي القطاع المعني، اتخاذ إجراءات ردعية وفعالة. وهكذا ستحل الإجراءات المتخذة أمام مجلس المنافسة محل الخصومة الجزائية[48]. غير ان هذا التفسير لا يتلاءم مع بعض القواعد المعمول بها أمام هذا المجلس والتي تنفي عن مشاريع المنافسة الطابع العقابي، لاسيما وأن الدعاوى تتقادم بمرور 3 سنوات حسب المادة 45 من الأمر 03-03 المعدل وأيضا، تكتفي المادة 59 من ذات الأمر بجزاء الغرامة ولا تقيم أي متابعة جزائية ولو توفر الاحتيال لدي مرتكب الممارسات المقيدة للمنافسة.

ثانيا: تركيز قواعد المنافسة على "العمل البيداغوجي والوقائي"

شددت انتباهنا العبارة المستعملة في عرض الأسباب لمشروع قانون المنافسة الصادر بالأمر 03-03 إلى درجة أنها أوحت لنا بخصوصية تميز قواعد المنافسة، ومنه جاء استعمالها كعنوان للتعبير عن البعد الوقائي لهذه القواعد. فماذا يقصد واضع النص من هذه العبارة؟ وأين تتجلى قواعد المنافسة الموضوعية بهدف البيداغوجية والوقائية؟ وبالرجوع لأمر 03-03 المعدل وبالاستعانة بالفقه المتخصص في شرح قواعد المنافسة، أمكننا القول أن هذه العبارة تصوب إلى القاعدة الواردة في المادة 9،أي إعفاء الاتفاقات والممارسات فهل وفق المشرع فعلا في تحقيق الهدف المذكور في عرض الأسباب؟

اعتمد المشرع، حسب المادة المذكورة، في تبرير الاتفاقات والممارسات على مبررين: يتمثل الأول في وجود نص تشريعي أو نص تنظيمي متخذ تطبيقا له؛ والثاني في مساهمة الاتفاقات والممارسات في التقدم الاقتصادي أو التقني. يتعلق المبرر الأول بترخيص قانوني تستفيد منه الاتفاقات والممارسات. أما المبرر الثاني، فيتعلق بإعفاء الاتفاقات والممارسات رغم تقييدها بالمنافسة، لانها تحقق المصلحة

---

[45] على أن المادة 172 من قانون العقوبات تجرم كل ما من شأنه خلق الاضطرابات في السوق وتنص "يعد مرتكبا لجريمة المضاربة غير المشروعة ويعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة مالية من20.000 إلى 200.000 دج كل من أحدث بطريق مباشر أ عن طريق وسيط رفعا أو خفضا مصطنعا أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية العمومية أو خاصة أو شرع في ذلك.

[46] كما جاء في عرض الأسباب لأمر 03-03.

[47] أنظر المواد 58 وما بعد من الأمر 03-03 المعدل. هذا ويلاحظ أن المشرع هنا اعتمد على طريقة ردعية في تحديد الغرامة، إذ لم يحددها بقيمة، بل إن مقدارها يتحدد بالنظر لرقم أعمال العون الاقتصادي المخالف أو بالنظر للفائدة التي حققها هذا العون من المخالفة

[48] في نفس السياق، تتفاجئ M. Malaurie-vignal من تغييب المظهر العقابي في قانون المنافسة. ولا ترى ما يبرر الاستغناء عن قانون العقوبات، مادام أن الممارسات الممنوعة فيه تمس بالسوق والمصلحة العامة. ثم ترجع وتفسر تراجع القانون الجنائي للأعمال لمصلحة الإجراءات الإدارية الردعية التي تتم أمام مجلس المنافسة والتي تعتبرها فعالة وتعبر عن فكرة الضبط.

العامة بمفهوم التقدم الاقتصادي والتقني وتحسين التشغيل وتطوير القدرة التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة. حيث تتغلب آثار الممارسات والاتفاقات الايجابية على مستوى الإنتاج، التوزيع أو هيكل السوق على آثارها المنافية للمنافسة فتتم إجازتها. إلا أن الفقرة الثانية من المادة 9 تشترط أن تكون الاتفاقات أو الممارسات محل ترخيص من مجلس المنافسة، وهنا نتساءل: هل هو ترخيص مسبق أم لاحق؟ بحسب صياغة الفقرة "الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص، يبدو أن الأمر يتعلق بترخيص مسبق وفي نفس الوقت، يتم إعمال المادة 9 من مجلس المنافسة وهو بصدد تطبيق المنع الوارد في المادتين 6و7. فالمجلس وهو يمارس صلاحياته، يبحث بالاستعانة مع الأعوان المعنيين عن إمكانية إفلات الاتفاقات والممارسات من المنع، إذا كانت تساهم في التطور الاقتصادي والتقني[49].

الفرع الثاني: الجهات المعهود إليها

حماية النظام العام التنافسي

لحماية النظام العام التنافسي، تم إنشاء مجلس المنافسة للقيام بضبط السوق والمنافسة**(البند الأول)**، إلا أن الجهات القضائية لها كلمتها هي الأخرى في نزاع المنافسة **(البند الثاني)**.

البند الأول: مجلس المنافسة، هيئة إدارية لضبط المنافسة

أسند لمجلس المنافسة مهام البحث والحكم على الممارسات المقيدة للمنافسة، بالإضافة لصلاحيات أخرى لها علاقة بالمنافسة والاقتصاد.ولقد حسم المشروع في المادة 24 من الأمر 03-03 المعدل طبيعة المجلس القانونية في "سلطة إدارية مستقلة، مستبعدا صفة القضاء فيه وعدم أهليته لإصدار أحكاما قضائية. أما اختصاصه بالممارسات المقيدة للمنافسة ورقابة التجميعات، فيهدف لإيقاع الجزاءات المالية بهدف ضبط المنافسة.

أولا: العمل غير القضائي لمجلس المنافسة

تم إنشاء مجلس المنافسة[50] كهيئة إدارية مستقلة[51] لمصلحة المنافسة. ويجعل منه كل من نظامه الأساسي واستقلاليته المالية هيئة مستقلة –موضوعة تحت وصاية الوزير

---

[49] إذن المادة 9 شرط لتطبيق المادتين 6و7. راجع، ن. صاري. قانون المنافسة والوضعية الاحتكارية للمشاريع، مذكرة ماجستير، جامعة جلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2003، ص. 113؛

D. Brault. Droit et polique de concurrence. Préc., p. 219.

[50] المتتبع لتطور تشريع المنافسة في الجزائر يظهر له كيف تهتم الدولة بهذا الجهاز، حتى يكون قادرا على إقامة سلطته في السوق وممارسة صلاحياته على أكمل وجه. ولقد مس تعديل قانون المنافسة بموجب أمر 03-03 وبموجب قانون 08-12 نظام وكيفية سير المجلس وتعزيز قدراته في الخبرة والتفتيش وسلطة القرار.

المكلف بالتجارة. كم أن تشكيلته المتخصصة تعينه على تطبيق قواعد تحتاج للتحليل الاقتصادي: إذ اعتنت المادة 25 من الأمر 03-03 المعدل بتحديد تشكيلته التي أصبحت تتكون من 12 عضوا يتم اختيارهم من الشخصيات المعروفة بكفاءتها في الميدان الاقتصادي والتنافسي والقانوني، في مجال التوزيع والاستهلاك والملكية الفردية وأعضاء آخرون يتم اختيارهم من المهنيين الذين لهم دراية في مسائل الإنتاج والتوزيع والحرف والخدمات والمهن الحرة، إلى جانب أعضاء من جمعيات حماية المستهلكين، هذه التشكيلة الخاصة تضمن حماية المنافسة. وأنيطت بالمجلس مهام تنازعية واستشارية وأوكلت له سلطات ووسائل لتحقيق أهداف ومحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة ورقابة التجميعات الاقتصادية، قصد الفعالية الاقتصادية وتحقيق رفاهية المستهلكون.

وما يدعو للقول بالطبيعة القضائية للمجلس أيضا، عدم اختلاف الإجراءات المتبعة أمامه عن الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية، لاسيما التحقيق[52] في القضايا وضمان حقوق الدفاع واعتماد مبدأ الوجاهية بين الخصوم[53]. وتشبه إمكانية رد أحد أعضائه لضمان حياد ونزاهة العضو[54]، ما هو معمول به بالنسبة للقاضي. وأمام وضوح موقف المشرع، ما عسانا أن نقول سوى بعض اختصاصات "القضائية" للمجلس لن تؤثر في طبيعته.

ثانيا: اختصاص مجلس المنافسة بالممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات

يتطلب منع الممارسات المقيدة للمنافسة ورقابة التجميعات[55] اختصاص الهيئة المكلفة بتطبيقها، لأنها تمس بالمنافسة بشكل خطير وتتعلق ببنية السوق. كما أن تطبيقها يحتاج لدراية كافية ومعقمة بالمعطيات الاقتصادية والسياسية.

ويبرز بوضوح دور مجلس المنافسة في حماية النظام العام التنافسي في الممارسات المقيدة للمنافسة. حيث أسندت له متابعة الاتفاقات، التعسفات في وضعية الهيمنة والتبعية الاقتصادية وممارسة الأسعار المخفضة بشكل تعسفي. فكلها تؤثر على المنافسة بشكل سلبي، إما بإضعافها أو القضاء عليها. ومنه، يعد كل ما يتعلق

---

[51] Sur la notion des autorités administratives indépendantes. V . R. Zouaimia. les autorités administratives et la régulation économique en Algérie. Ed houma. 2005. P.9 et S R.Zouaimia, les autorités administratives et la régulation économique. In revue de L'école National d'Administratives. N°26.2-2003. Volume 13 p.7 et S.

[52] CF. R.Zouaimia. les autorités administratives indépendante et la régulation économique en Algérie. Op.cit., p.90.

[53] المواد 52 وما بعد من الأمر 03-03 المعدل.

[54] المادة 30 من الأمر 03-03 المعدل.

[55] لقد أحسن المشرع ما فعل عندما لم يعد يعتبر التجميعات ممارسة مقيدة للمنافسة كما كان يعدها في الأمر 95-06 ذلك أن الهدف الأساسي من رقابة التجميعات وقائي وليس ردعي، كما شأن الممارسات المقيدة للمنافسة.

بالقواعد التي تدافع عن السوق كما بينها قانون 04-02 من اختصاص الجهات القضائية، إلا إذا كانت الممارسات تجسد اتفاقا أو استغلالا تعسفيا لوضعية الهيمنة أو التبعية الاقتصادية أو ممارسة أسعار مخفضة بشكل تعسفي، عندما ينظر مجلس المنافسة، باعتبارها ممارسات تنطوي على هدف أو أثر منافي للمنافسة[56].

يعد من قبيل حماية النظام العام التنافسي ما يخوله الأمر 03-03 لمجلس المنافسة من صلاحية اتخاذ جزاءات مالية تجاه المخالفين وإمكانية اتخاذ أوامر تتضمن وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة[57] وله أيضا الأمر بتدابير مؤقتة[58]. هكذا حتى لا يخرج مجلس المنافسة عن وظيفته الأساسية المتمثلة في حماية المنافسة، تبقى إمكانية الحكم بالجزاءات المدنية: التعويض البطلان من اختصاص القضاء العادي الذي يسهر على حماية الحقوق الشخصية.

واختصاص مجلس المنافسة في التجميعات قاصر عليه، إذ أن مصير التجميع الذي تحققت فيه شروط الرقابة[59] متوقف على مجلس المنافسة، بعد أن يأخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف المعني بالتجميع[60]. كما ترجع إليه سلطة اتخاذ جزاءات مالية، عندما تدعو الحاجة لذلك[61]. أي لا يتجاوب أطراف عملية التجميع لأوامر مجلس المنافسة بعد مرور الأجل الممنوح لهم ليجعلوا وضعهم متفقا مع متطلبات المجلس. ولقد وجد المشرع، لحملهم على التنفيذ ومعاقبتهم على عدم تنفيذ الأوامر، في الغرامة السبيل لذلك[62].

البند الثاني: اختصاص الجهات القضائية في نزاع قانون المنافسة

---

[56] يمكن مثلا أن يكون رفض البيع، البيع التمييزي، شرط عدم المنافسة ممارسات مجسدة لاستغلال تعسفي لوضعية الهيمنة أو التبعية الاقتصادية، ومنه تدان على الأساس.

[57] أنظر المادة 46 من الأمر 03-03 المعدل.

[58] حسب المادة 47 من الأمر03-03 تتخذ التدابير المؤقتة، عندما يكون من شأن الممارسة إلحاق "ضرر محدق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة.

[59] راجع المواد 17،16،15،و18 من الأمر 03-03 المعدل.

[60] أنظر المادة 19 من الأمر 03-03.

[61] لأن التجميع ليس ممارسة مقيدة للمنافسة، فلا يمكن أن يخضع للجزاء المالي الذي تقرره المادة 58 من الأمر 03-03 المعدل. أما المادة 63 من الأمر 03-03 المعدل فتقرر جزاءا ماليا لعدم قيام المعنيين بالتجميع بتبليغ المجلس، لاستصدار رخصة إتمامه.

[62] يتعلق الأمر بالمادة 64 من الأمر 03-03 المعدل. ويكون بها المشرع قد تفادى فراغا قانونيا مسجلا على الأمر 95-06 وهو جزاء مناسب،لأننا بصدد مشاريع تعمل في إطار عملية التجميع والمراد هو حملها على الرجوع للحالة السابقة أو تحمل بعض الالتزامات والشروط

تنظر الجهات القضائية في منازعات القانون الخاص، ومنه اختصاصها من جهة في المنازعات التي تثيرها قواعد حماية شفافية السوق. ومن جهة أخرى، تحر على سلامة تقدير هيئه المنافسة وهي تنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة.

أولا: رقابة مجلس المنافسة من طرف الجهات القضائية

قبل تفصل الرقابة التي تمارها الجهات القضائية على مجلس المنافسة، نشير أن هذه الرقابة مقتصرة على عمله المتعلق بتطبيق منع الممارسات المقيدة للمنافسة[63]، لأن الطعن في قراراته برفض إتمام عملية التجميع، يتم أمام مجلس الدولة[64].

ويثير بالتأكيد في نظر الطعون الموجة ضد قرارات مجلس المنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية،التساؤل عن سلامته[65] من الناحية القانونية أمام اعتبار مجلس المنافسة هيئه إدارية مستقلة بصريح عبارة القانون؟ وهل يتحول مجلس قضاء الجزائر لجهة إدارية ثانية، اعتبارا للطابع الإداري للنزاع وما طبيعة الطعن الموجه ضد قرارات مجلس المنافسة أو ما نوع الرقابة القضائية لمجلس قضاء الجزائر: أهو طعن بالإلغاء وهل له سلطة تعديل قرارات مجلس المنافسة[66]؟

يعكس هذا التساؤل مشكل الطبيعة الإدارية أو القضائية لمجلس المنافسة [67]، التي وأن كان المشرع قد فصل فيها، إلا أنها تثور بسبب وجود بعض سمات القضاء في المجلس ونقل المشرع النزاع المتعلق بالمنافسة لجهات القضاء العادي. واعتمادا على نص المادة 67 من الأمر 03-03 المعدل، يمكن القول أن مجلس قضاء الجزائر ليس بجهة استئناف ولا بجهة إدارية[68] وأيضا عدم وجود قواعد خاصة، يجعل الطعن المرفوع أمام مجلس قضاء الجزائر خاضعا لقواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. وأهم حجة يمكن التمسك بها لنقل النزاع لقضاء العادي، تتمثل في كونه القاضي الطبيعي لنزاع المنافسة. فالدولة، عبر مجلس المنافسة، ليست طرفا في قانون المنافسة بل حكما لمخالفة القواعد الاقتصادية.

---

[63] تنص المادة 67 من الأمر المعدل تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية....
وهذاحسبالفقرة الثالثة من المادة 19من الأمر 03-03 المعدل.[64]

[65]« Ce transfert de compétence n'allait pas de soi ». CF. D. Brault. Droit et politique de la concurrence. Préc., pp. 448.449.

[66] يطرح أيضا ر.زوامعية هذا السؤال ويضيف أنه لو اعترفنا لمجلس قضاء الجزائر بإمكانية تعديل قرارات مجلس المنافسة، فهذا يفترض أن يكون للقاضي المختص نفس سلطة الخبرة التي ترجع للقاضي الذي أصدر العقوبة.

[67] حول الآراء الفقهية التي تعتبر مجلس المنافسة هيئة إدارية وتلك التي تعتبره جهة قضائية، أنظر:
CF. Chagny. Th., préc., p.163 et S.

[68] تتكلم المادة عن مجرد طعن، أي إبطال، تعديل أو تأييد قرار مجلس المنافسة. ومنه فهو ليس طعن بالاستئناف أو يتجاوز السلطة.

ثانيا: اختصاص الجهات القضائية المستقل

تخصص الجهات القضائية بالخصومات التي تثير مصالح شخصية، كالمنافسة غير المشروعة والممارسات التمييزية والبيع بالخسارة... إلى غير ذلك من الممارسات الممنوعة في قانون 04-02. وإن كان القضاء الجزائي مختصا بإيقاع العقوبات المقررة قانونا، يبقى القضاء المدني مختصا بالتبعات أو النتائج المدنية للسلوكات المدانة. وإذا قلنا هنا مصالح شخصية، فهل هذا يعني إننا بصدد نظام عام للحماية، بالمقارنة مع منع الممارسات المقيدة للمنافسة الذي يحمي النظام العام التنافسي؟ يمكن تفسير اهتمام قانون المنافسة[69] في الجزائر بنزاهة وتوازن العلاقات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين برغبته في حماية المتنافسين ثم حماية المنافسة. حيث لا ننسي أن السوق الجزائري مازال يعاني من ضعف المنافسة وأن المتدخلين فيه يقتصرون على ممارسة التجارة وأن قلة منهم ينشطون في الإنتاج والتوزيع. لذلك قبل الحديث عن حماية المنافسة يجب أولا إيجاد شروطها، لاسيما كثرة المتنافسون وحمايتهم، لأنها هي التي تجعل السوق أكثر تنافسيا. وهذا قد يفسر أيضا اختصاص القضاء المدني والجزائي للنظر في الممارسات الممنوعة مبدئيا. وحسب المادة 39 من الأمر 03-03، تنظر الجهات القضائية المختصة في القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، كالتعويضات أو البطلان. ولهذه الجهات أن تطلب رأي المجلس فيما يخص توفر الشروط التي يتطلبها تكييف الممارسة بأنها ممارسة مقيدة. و تشترط المادة عدم صدور هذا الرأي إلا "بعد إجراءات الاستماع الحضوري، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية". وهذا يعني أن الجهات القضائية قد تنظر في المسائل متصلة بالممارسات المقيدة، ولو لم ينظر فيها مجلس المنافسة.

كما أن الفقرة الثانية من هذه المادة تقضي بتبليغ مجلس المنافسة بناء على طلبه، بمحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه. وهذا يبين أيضا أن الجهات القضائية، سواء كانت مدنية أو جزائية، قد تنظر في قضايا تتصل بالمنافسة.

المطلب الثاني: الطابع السياسي- الاقتصادي لقواعد المنافسة

يرتبط قانون المنافسة بالاقتصاد، وهذا أمر عادي لأن موضوعه المتمثل في المنافسة مستوحى من الاقتصاد. وهو يعبر أيضا عن سياسة تترجم الغاية من استعمال المنافسة والتي قد تختلف عن النظرية الاقتصادية في المنافسة. فالاقتصاد

---

[69] « tendis que le conseil de la concurrence se préoccupe du fonctionnent concurrentiel du marché. Dans l'intérêt du plus grand nombre. Le juge judicaire se voit confier la sauvegarde des droit particuliers que les agents économique tirent des règles de concurrence ». CF. M.Chagny. th., p.214. n°206.

والسياسة ميزتان ظاهرتان في هذا القانون، على عكس القواعد العامة للالتزامات، التي أن كانت لها بالاقتصاد والسياسة مثل كل القوانين[70]، إلا أنها في قانون المنافسة ليست مجرد علاقة بل سمة تميز هذا القانون.

الفرع الأول: السياسة في قانون المنافسة

لقد كان من نتائج الاختيار السياسي لنظام اقتصاد السوق في الجزائر، تحرير المنافسة والأسعار. وفي الحقيقة، تنتظر السلطات العامة، من وراء قانون المنافسة، تحقيق أهدافها المتعلقة بسياسة المنافسة. لكن يظهر عبر النصوص أن المنافسة لا تتفق دائما مع الأهداف السياسية، لذلك يمكن التضحية بها.

البند الأول: نظريتي المنافسة غاية والمنافسة وسيلة

تنظر التشريعات المقارنة للمنافسة بنظرتين: الأولى، ترى في المنافسة شرطا لتحقيق التقدم الاقتصادي وهو ما يسمى بنظرية المنافسة غاية، والثانية تعتبرها مجرد وسيلة لتحقيق ذلك الهدف، وهو ما يسمى بنظرية المنافسة وسيلة، وبين هاتين النظريتين، ما هو موقف مشرعنا منهما ؟

أولا:عرض نظريتي المنافسة غاية والمنافسة وسيلة

ومن الصعب وضع نموذج للمنافسة، يوجه تصرف المشاريع في السوق، إذ يتطلب هذا الأمر تقدير الأهداف المراد تحقيقها من المنافسة والأمور التي يمكن فرضها على المشاريع. وهذا ما يدخل في صميم أهداف سياسة المنافسة، التي تقصد تحسين الفعالية الاقتصادية وإنقاص موانئ الدخول إلى السوق. ولقد كان رجال الاقتصاد ينتظرون، وهم بصدد البحث عن أهداف المنافسة، في الوقت الذي كانت فيه المشروعات صغيرة، أن تحقق للمستهلك خفض الأسعار . وأمام التطور التقني وظهور أشكال جديدة للتنظيم والإنتاج، أصبحت أهداف سياسة المنافسة لا تشتمل فقط المستهلك، بل تعده إلى تأمين التخصيص المناسب للثروات، تشجيع التقدم الاقتصادي والحرص على انتشار الاقتصادية لمواجهة المنافسة الدولية[71]

وتبعا لهذه الأهداف، ستتحدد النماذج التي قد تأخذها المنافسة في السوق، لتأخذ صورتين. في الصورة الأولى،ترمي سياسة المنافسة إلى جعل المنافسة غاية في

---

[70] م.س. جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة 2004، ص. 55-56.
F. Terré. Introduction général au droit. 3eme éd., Dalloz. 1996. P.22 n°23.

[71] CF. M. Glais. La nouvelle concurrence : analyse économique. In problème économiques n°2156. du 04/01/1990. P.16.

ذاتها. ويضم النموذج الثاني سياسة المنافسة السياسة أكثر اتساعا، بحيث تسعى لأهداف مختلفة ليست بالضرورة تنافسية. وهنا قد يضحى بحرية المتعاملين إذا حدث وأن فرضتها هذه الأهداف؛ لتكون المنافسة أحد الوسائل المستعملة لتحقيق اقتصاد متوازن.

وحسب نظرية المنافسة غاية أو شرط، ينتظر من قواعد المنافسة أن تمنع كل مساس معتبرة بها، لأنها الشرط الأساسي لاقتصاد متوازن. ويبدو أن هذه النظرية هي السائدة في تشريع المضاد للاحتكارات الأمريكي، الذي يمنع كل ما من شأنه التقييد بالمنافسة وتشجيع الاحتكار. وما يميز هذا التشريع، أنه لا يأخذ في الحسبان اعتبارات غير تنافسية أو اقتصادية في تطبيقه، إلا أن الممارسة الفضائية هناك، خففت من حدة المنع عبر قاعدة العقلانية.وبمقتضاها، لا يتم إبطال الاتفاق المقيد للمنافسة، إذا تبين أنه على المدى المتوسط يعزز المنافسة، فلا تعتبر الاتفاقات التي تكون ضرورية لحماية مصلحة مشروعة أنها تقيد بالمنافسة ومن ثم لا تخضع للمنع. بمعنى أن القضاء الأمريكي يعد ميزانية تنافسية للممارسة، يتم فيها الموازنة بين الآثار الإيجابية و السلبية، والغالب منها هو الذي يحسم فيما يخص خضوع الممارسة للمنع أم لا، وإذا كانت الميزانية سلبية فلا يهم إن كانت الممارسة تساهم في تحسين الإنتاج أو تحقيق التقدم الاقتصادي، لأن الاعتبارات التي تدعو لترخيص الممارسات لا يمكن أن تكون غير تنافسية ومنه، لا يمكن إثارة حماية الشغل أو تشجيع التقدم التكنولوجي، لأنها تتعدى نطاق الاقتصاد[72].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النظريتين

انتهينا إلى وصف أمر 03-03 بأنه من النظام العام، وبالتالي تمنع الممارسة أن كانت تقيد بالمنافسة. ومع ذلك يتطلب تطبيق منع الممارسات المقيدة للمنافسة، تحليلا خاصا يتعلق بفعاليته، وهذا ما يثير نظام إعفاء الاتفاقات والممارسات طبقا للمادة 9 من هذا الأمر. فعلى الرغم من تقييدها بالمنافسة. إلا أنها لا تمس بحس سير السوق، عندما تؤدي لتطوير المنافسة، وعندما تفلت من المنع.والملاحظ أن هذا التحليل لا يتعلق فقط بالممارسات وإنما بالهياكل أيضا، إذ قرر هذا الأمر رقابة التجميعات، حتى لا يكون السوق مغلقا ويتضمن هياكل تؤدي للممارسات الممنوعة وفي نفس الوقت، تضمن إمكانية ترخيصها وعدم تقييدها بالمنافسة. وهذا ما يدفعنا الحديث عن سياسة المنافسة في الجزائر وترتب الأهداف المراد بلوغها. فبالنظر إلى النصوص، لاسيما المادة 9 من الأمر المذكور، يتبين أن المنافسة ليست إلا وسيلة لتحقيق هدف

[72] Cf. L. Vogel. Droit de la concurrence et concentration économique. Th., coll. Droit des affaires et de l'entreprise. ECONOMICA. 1988. PR2F. B. Goldman. Pp.17-18. N°6. M. Malaurie Vignal. Droit interne de la concurrence. Op.cit., p.12. n°5.

الفعالية الاقتصادية، إذ تهدف المادتين 6 و 7 من ذات الأمر لإزالة العوائق أمام حسن سيرة السوق، غير أن المشرع يقبل التضحية بالمنافسة، عندما يكون التطور الاقتصادي أو التقني معنيا، تحسين التشغيل أو تعزيز القدرة التنافسية للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة. قضت المادة 22 من الأمر 03-03[73]، لتصبح إمكانية الترخيص بعمليات التجميع واضحة. حيث تخول المادة 19 من نفس الأمر لمجلس المنافسة- وهو يمارس رقابته- إمكانية ترخيص التجميعات التي تمس بالمنافسة. أي أنه في هذه المرحلة من الرقابة، سيتم انتقاء التجميعات التي تحقق الفعالية الاقتصادية. وبالتالي لا يمنع الأمر 03-03 كل التجميعات التي تمس بالمنافسة، وذلك في القدر الذي تساهم فيه هذه التجميعات في تحسين القدرة التنافسية أو تحسين الشغل. ويعني القول بعدم هذه الإمكانية، صيرورة إقصاء الهياكل التي تسمح تعزيز أو إنشاء وضعية الهيمنة على السوق هدفا في حد ذاته، مجردا عن البحث عن تحسين الفعالية الاقتصادية. على أنه تجدر الإشارة، أننا لا نقصد هنا الإمكانية الثانية التي تخولها هذه المادة لمجلس المنافسة والتي تتمثل في إمكانية فرض الشروط وتلقي التعهدات التي يلتزم بها المعنيون بالتجميع للتخفيف من آثاره السيئة على المنافسة، كالتنازل عن بعض الحصص أو عدم القيام ببعض الممارسات.

البند الثاني: أهداف سياسة المنافسة في الجزائر

تتمحور أهداف سياسة المنافسة في الجزائر، حول إرساء حرية المنافسة ونزاهتها وحماية المستهلك.وتتجلى لنا هذه الأهداف، بالنظر للنصوص التي وضعها المشرع لتنظيم المنافسة، خصوصا تلك التي تتمتع الممارسات المقيدة للمنافسة وتقرر رقابة التجميعات وتلك التي تمنع الممارسات التجارية غير الشرعية وغير النزيهة. وتفاديا للتكرار.

أولا: إرساء حرية المنافسة

يتجلى هذا الهدف بصفة أساسية في الأمر 03-03 المعدل. وفية يريد المشرع الحفاظ على حرية المنافسة، من خلال منعه الاتفاقات التي تهدف لاقتسام الأسواق ومنعه الاحتكارات، لما تؤدي إليه من ارتفاع الأسعار. ويتجسد هذا الهدف أيضا، عندما أسس 04-02 رقابة الممارسات على مستوى العلاقات بين المنتجين، الموزعين والمستهلكين، لأنها هي الأخرى تؤثر على قواعد السوق. إن الانتقال لنظام السوق في الجزائر جاء بتغيرات عميقة، مس بعضها الأسعار، ليصير تحديدها حرا وفق قواعد السوق لا من قبل الدولة –كما كان الحال في السابق- أو عن

[73] وهو نص مضاف للأمر 03-03 بموجب القانون رقم 08-18.

طريق اتفاقات بيت المتعاملين أو تكون مفروضة عليهم –مثلما يدعو إليه الأمر الحالي، الذي يمنع الاتفاقات والتعسفات في وضعية الهيمنة-. وطبقا للمادة 15 من ذات القانون، يمكن المتعامل أن يفلت من المنع، عندما لا يرتكب "فعل الرفض"، بأن لا تكون السلعة موجودة. ولعدم الوجود مفهومين:الأول قانوني، يتعلق بحالة السلع المرهونة، المحجوزة أو المباعة وأيضا، حالة المورد المرتبط بعقود توزيع حصرية أو انتقائية، والثاني مادي، ويشمل حالة المورد الذي يحوز السلعة أو الذي لا يستطيع إنتاجها أو عندما لا يكون باستطاعة مؤدي الخدمة تنفيذها[74].

يمكن أيضا مقابلة الزبون بالرفض،عندما تكون كميات السلع موجودة غير كافية لتلبية الطلب،وهنا لا يمكن للتعامل أن يختار بين زبائنه وإلا عد مرتكبا للممارسات التمييزية الممنوعة بدورها طبقا للمادة 18 من قانون 04-02. لذلك عليه أن يسجل طلباتهم حسب ترتيبها الزمني، دون أن يميز بين الزبائن الظريفين و الزبائن المعتادين، بأن يحتفظ لهؤلاء بكميات الموجودة من السلع.

ويستطيع التعامل أن يثير المبرر الذي دفعه لرفع البيع، كأن يكون الطلب غير عاديا بحسب الظروف أو عدم مطابقة الأعراف التجارية أو عندما يتعلق بكمية كبيرة أو صغيرة جدا من السلع. ففي الحالة الأخيرة، قد يدعو الطلب للاعتقاد أن القائم به سيمارس سعر المناداة، مما يبرر رفض تلبية طلبه.لأنه سيعرض السلع بسعر منخفض ليجلب العملاء، ونظرا للكمية الضئيلة المتوفرة لديه، سيجد الزبون نفسه متجها لشراء سلع بديلة أو مماثلة لكنها لا تنتمي لإجراء تنمية المبيعات الذي قام به الموزع للإقبال على شراء السلع المشهور بعلامة معينة ويحقق الموزع من خلال السلع البديلة ربحا مهما[75].

ثانيا: ضمان نزاهة المنافسة

كلما تطورت المنافسة بين المتعاملين، زادت الممارسات غير النزيهة، لهذا على المشروع أن يتدخل قصد تصحيح تجاوزات المنافسة ويحدد الإطار العام للقواعد المتعلقة بشرعية الممارسات التجارية وشفافية العمليات و المنافسة النزيهة. وبالفعل، احتفظ قانون 04-02 بما كان يعد أمر 95-06 السابق من الممارسات المقيدة للمنافسة و أضاف قواعد جديدة لنزاهة المنافسة. وتتعلق هذه القواعد بصفة أساسية بالبيع بالخسارة، المنافسة غير المشروعة و الإشهار التضليلي، البيع بالمكافأة و البيع المترابط. إذ تمنع المادة 19 من

---

[74] CF. f. Dékeuwer – Féfossez. Droit commercial. Ed Montchrestien. 1990. P.443 n°565.Y. Chartier. Droit des affaires. T.im L'entreprise commerciale. PUF. 1e éd., 1984. Pp.503-504.

[75] CF. Y. Chartier. Op.cit., p.502. M F. Dékeuwer-Défossez. Op. cit., p.443. n°564.

هذا القانون ممارسة البيع بالخسارة. وإن كانت هذه الممارسة مفيدة للمستهلك، لما تؤدي إليه من انخفاض الأسعار، إلا أنها على المدى الطويل تقضي على المنافسة. ثم تفضي إلى ممارسة أسعار مرتفعة. وفي الواقع هناك عدة صور للأسعار المنخفضة التي تخالف نزاهة المنافسة. ومنها ممارسة السعر القناص التي تقتضي تخفيض الأسعار خلال فترة معينة في مواجهة منافس يمارس أسعار تنافسية، بهدف إقصائه[76]. ومنها أيضا ممارسة سعر المناداة، وفيها يتم بيع سلع ذات علامة مشهورة بأسعار منخفضة بغرض جلب العملاء. وأيضا البيع بالخسارة ويتطلب لمنعه، بيع سلع بأقل من سعر تكلفتها الحقيقي. على أن المادة 19 أوردت حالات خاصة يجوز فيها البيع ب الخسارة. وتتعلق،في عمومها، بحالات ضرورية ومنطقية، كتغير النشاط، السلع المتقادمة أو السلع السهلة التلف.... سوى أن تطبيق الاستثناء الأخير الوارد في هذه المادة و المتعلق ب المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين بشرط ألا يقل سعر البيع من طرف المتنافسين حد البيع ب الخسارة يتطلب الحرص. إذ لا يستطيع المتعامل إثارة ضرورة ممارسة نفس الأسعار التي يمارسها منافسوه. لأن ذلك قد يدخل ضمن مجال منع الاتفاقات[77].

وحتى يكون التنافس عن جدارة واستحقاق ويكون الاختبار بين السلع موضوعيا، تمنع المادة 04-02 كأصل عام "كل بيع أو عرض بيع لسلع وكذلك كل أداة خدمة أو عرضها عاجلا أ وآجلا مشروطا بمكافأة مجانية".

الفرع الثاني: الطابع الاقتصادي لقواعد المنافسة

يوجد بين القانون والاقتصاد علاقة وليس قانون المنافسة هو القانون الوحيد الذي له صلة مع الاقتصاد. ومع ذلك توطدت العلاقة بينهما اليوم مع حركة التحليل الاقتصادي للقانون[78]، التي نجدها بوضوح في قانون المنافسة، لاستعماله مفاهيم اقتصادية واعتماده في تفسير قواعده على الاقتصاد. والمهم أن القراءة القانونية لهذا القانون لابد أن تتم بقراءة اقتصادية، لأن اختيار المشرع لحماية المنافسة، نابع بصفة أساسية من النظرية الاقتصادية التي ترى فيها السبيل لتحقيق الفعالية الاقتصادية **(البند الأول)**. ثم أن الوقوف عند مظاهر التحليل الاقتصادي لقواعد المنافسة، يبين دور المنطق القانوني إلى جانب

---

[76] Pour plus de détails sur la pratique de prix prédateurs. V. L.Benzouni les enseignements de L'analyse économique. In le prix prédateur comme obstacle à la concurrence. Atelier de la concurrence. 17/11/1999. Rev. Conc. Cons.n°113 janv. –févr. 2000. P. 11 et S.

[77] Cf. R. Bout. C. Prieto & G. cas. Op.cit., P.195. n°560.

[78] م. الغرباني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة "التحليل الاقتصادي للقانوني"، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، عدد 2007/04، ص، 1 وما بعد.

التحليل الاقتصادي ومدى الأخذ بهذا التحليل عند تطبيق قواعد المنافسة(**البند الثاني**).

البند الأول: مظاهر التحليل الاقتصادي في قانون المنافسة

تتعلق المنافسة خاصة بالنشاط الاقتصادي وتستعمل للتعبير عن حالة المتعاملين في تنازعهم على العملاء[79]، لهذا اهتمت الكثير من الدراسات الاقتصادية بكيفية وضع قواعد قانونية تنظمها.

أولا: استعمال المفاهيم والطرق الاقتصادية في قاعدة المنافسة

تتعلق المادة بالاقتصاد، لهذا تستعمل الكثير من قواعدها مفاهيم قانونية كالسوق والتجميعات وقدرة السوق ولقد اخترنا أن نوضح استعارة قانون المنافسة للمفاهيم الاقتصادية من خلال وضعية الهيمنة على السوق. ففي ماذا للتحليل الاقتصادي لو أن نطبق منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق؟ وكما هو ظاهر من المادة 7 من الأمر03-03، لا يمنع المشرع وضعية الهيمنة على السوق، بل استغلالها التعسفي وهو مفهوم قانوني، لكن على هيئة المنافسة أن تتأكد من وجود هيمنة، ولهذا الغرض عليها بالرجوع للاقتصاد حتى تعرفها وتنتهي لوجودها. يتعين لتطبيق منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق أن يتم تحديد السوق المرجعي، وبعده أيثبت سلوك يحد أو يقيد من المنافسة في السوق المعني، أي أنه يعدل أو له إمكانيات تعديل شروط التنافس بين المشاريع، على نحو يختل فيه توازن السوق.

وفي الأخير، يجب إثبات أن السلوك المقيد للمنافسة هو سلوك تعسفي. وقبل كل هذا يتعين إثبات وضعية على السوق. ويتطلب التأكد من مركز المشروع المسيطر والمهيمن، تحديد السوق المرجعي وإظهار أن السلوك منافي للمنافسة. وهما مسألتان تلزمان مجلس المنافسة الرجوع للمعطيات الاقتصادية وصياغتها بالمنطق القانوني.

ولقد عرفت المادة 3 من الأمر 03-03 وضعية الهيمنة بقولها "هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيها وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو ممونيها".

ومن هذا التعريف يتبين أنه للحديث عن هذه الوضعية، يجب أن يجتمع عنصرين: بنية المشرع وسلوكاته، بمعنى أن للمشروع قدرة اقتصادية (وهو عنصر الهيكل)

---

[79] حول المعاني الأخرى، أنظر: أ.م محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي الصناعة –التجارة- الخدمات، ص. 7، هامش 1؛ CF. Chagny. Th., op.cit p.78. réf n°124.

تخوله استقلالية التصرف (عنصر السلوك). هذا وإن التعريف[80] مستوحى من الاقتصاد[81]. ويعتمد التعريف القانوني على إبراز مميزات وضعية الهيمنة على السوق ومن ثم قدرتها على التأثير على المنافسة. أما الوقوف على الممارسات التي ترتكبها المشاريع لتمتعها بقدرة اقتصادية وبقدرة التصرف، فلا يعكس حيازة المشروع لهذه الوضعية، لأن الممارسات التي تمنعها المنافسة الفعلية قد تكون من فعل مشروعات لا تجوز وضعية الهيمنة.

ثانيا: التفسير الاقتصادي لقاعدة المنافسة

يقتضي تطبيق قاعدة المنافسة تفسير مفاهيم اقتصادية، ولقد رأينا كيف تبنى قانون المنافسة المفهوم الاقتصادي المتمثل في القدرة على السوق أو قدرة الاحتكار عن طريق مفهوم وضعية الهيمنة على السوق. ويحتاج تفسيره هو الآخر الرجوع للاقتصاد لتحديد شروطها أو عناصرها المميزة. في هذا الصدد، يعكس معيار حصة السوق قدرة الاحتكار، بمقارنة حصة المشروع الذي يحوزها مع حصة باقي المشروعات الموجودة في نفس السوق. وإن كان هذا المعيار الرقمي مستعملا، إلا أنه ليس دائما حسما. بل يشكل فقط قرينة على أهمية قدرة الاحتكار التي يحوزها المشروع، على أن يتم تعزيزها بمقاييس أخرى تتعلق بتحليل عام للسوق وحالة المشروع المعني[82]. فالحصة التي بلغها المشروع في السوق ليست شرطا لتكيف وضعية الهيمنة، وتصبح كذلك إذا كانت مؤشرات أخرى كالامتيازات القانونية أو التقنية أو امتيازات القرب الجغرافي تعطي للمشروع هذه الوضعية وتجعله بمنأى عن المنافسة بسبب ما تؤدي إليه هذه المؤشرات من تباين القوى في السوق بين مختلف المشاريع. فمثلا تم استخلاص هذه الوضعية من قبل هيئة المنافسة في تونس عبر قرارها المؤرخ في 1995/05/25 من عدة عناصر، إذ بغض النظر عن حصة

---

[80] حول تعريف وضعية الهيمنة على السوق في القانون المقارن –الذي يشبه تعريفها في القانون الجزائري- أنظر م.صاري المذكرة السابقة، ص. 9 وما بعد.

[81] يعرف رجل الاقتصاد J. Houssiaux قدرة الاحتكار كالآتي:
Le Pouvoir de monopole est un « pouvoir qu'une firme détient sur un ou plusieurs marché du fait de sa puissance économique structurelle et de son comportement vis-à-vis des autres producteur. Essai sur la structures industrielles du capitalisme contemporain. Sirey 1958. P.2 cité par M.Chagny. th. , préc., p.125.n°123.

[82] لقد كانت المادة 4 من المرسوم التنفيذي 2000-314 المشار إليه سابقا تنص على ما يلي المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على السوق للسلع أو الخدمات أو على جزء منها هي على الخصوص، ما يلي: -حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة إلى الحصة التي يحوزها كل عون من الأعوان الآخرين الموجودين في نفس الوقت، - على أن هذا المرسوم تم إلغاؤه بموجب الأمر 03-03، مع انه يساعد في فهم وتفسير منع ممارسة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق.

بولينا المرتفعة في سوق الدجاج المعد للطبخ المقدرة ب63 بالمائة، ساهمت عناصر أخرى في سيطرته الاقتصادية وتمثلت في الإدماج على المستويين الأفقي و العمودي لشركات المجمع، من خلال "التوريد تربية دجاج الأمهات وتوفير العلف والدواء والرعاية الصحية وإنشاء المحاضن، ثم البيع في مستوى الإنتاج بالبيض بأنواعه وللدجاج والديك الرومي وكذلك الذبح والقص والتحويل في المسالخ وأخيرا البيع للتجار والمستهلكين ضمن سلك توزيع منظم". كما يحوز المجمع وسائل تكنولوجية متطورة في الإنتاج وعرض المنتجات للاستهلاك تحت علامة موحدة "المزرعة" في شكل مهيأ ومصنف ومقصوص ومحول، بخلاف الشركات المنافسة له. وفي مجال آخر، يبرز التحليل الاقتصادي في قاعدة المنافسة التي تمنع الاتفاقات و الأعمال المدبرة. وكما هو معلوم، ليس للأعمال المدبرة إطارا قانونيا يثبت وجودها[83]، فكيف يتم إثباتها، عندما تكون سلوكات المتعاملين متماثلة في السوق، وهو ما يعرف بتوازي السلوكات. يبدو
أن تحليل السلوكات الملحوظة في السوق وهيكله[84]، يفيد في إثباتها. وبالفعل، جاء في تقرير مجلس المنافسة الفرنسي لعام 1989 أن الاتفاق الضمني لا يثبت، إلا إذا لم يكن في الإمكان تفسير التوازي "لا بشروط سير السوق ولا بإتباع المصلحة الفردية لكل مشروع"[85].

الفرع الثاني: المزج بين التحليل الاقتصادي القانوني في قانون المنافسة

إذا كان التحليل الاقتصادي موجودا في قواعد المنافسة، سواء عند إعدادها **أو** تفسيرها أو تطبيقها، إلا أن المنطق القانوني هو الآخر موجود، لأن قانون المنافسة مصاغ في قواعد قانونية ومطبق من قبل الجهات القضائية إلى جانب مجلس المنافسة إلى درجة أنه في بعض الأحيان، قد يصل لنتائج مختلفة عما يصل إلية التحليل الاقتصادي[86]. كما أن المنطق القانوني هو الذي يحسم التحليلات الاقتصادية النسبية، لأنه يريد الوصول في الأخير لحكم حاسم ومطلق: ووجود أو عدم وجود المخالفة[87].

أولا: تغلب التحليل الاقتصادي على التحليل القانوني

---

[83] Les comportements « procèdent d'une adaptaion plus ou moins spontanée ou d'un alignement réciproque des opérateurs en présence sur un marché. Rapport du conseil de la concurrence de France pour l'année 1980. Cité par R. Bout. C. prieto & G. Cas. Op.cit., p.195. n°588.

[84] Ce qui est notamment des marché oligopolistique – l'alignement ne paut constituer une preuve en soi. De fait. Il peut être le fruit de stratégies non coopératives des opérateurs qui. Conscients de leur indépendance. Agissent individuellement et rationnellement en vue de maximiser leurs profits » . CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.146. n°139.

[85] CF. R. Bout. C. Prieto & G. Cas. Op.cit., p.196.. n°590.

[86] مثلا يتم إدانة الممارسات التي تهدف لتقييد المنافسة، في حين يبحث التحليل الاقتصادي عن آثار الممارسات وحول أمثلة أخرى تجسد هذا الاختلاف، أنظر:

M. Malaurie- vignal. Logique économique et logique juridique. CCC. Nov. 2005. Etude. P. 21.

[87] CF. L. Vogel. Le juriste face l'analyse économique. Préc., n°134. Pp. 7-8.

تتمثل القاعدة القانونية بصياغة خاصة، تنعكس على قواعد المنافسة، دون أن تهمل بعدها الاقتصادي. ومن تحليل هذه النصوص، يتبين لنا كيف أنها تحقق وظائف اقتصادية. فلو أخذنا مثلا منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق طبقا للمادة 7 من الأمر 03-03 والتي جاء فيها "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو جزء منها..."، فبالنسبة لرجل القانون، ليست وضعية الهيمنة على السوق في حد ذاتها هي المقصودة بالمنع. إذ ما وجدت حرية المنافسة إلا لضمان البقاء للأكثر فعالية. وإن قرارنا التنافس بين المشاريع، تتوقع جدا أن البعض منها سيتفوق، فإن حدث هذا التفوق ثم نقرر معاقبتها؛ يعني أننا نعاقبها لأنها كانت الأكثر تفوقا على بقية المشاريع. وكأننا انقلبنا ضدها عندما نجحت، مع أن القانون هو الذي يقرر حرية المنافسة. فالمشرع يدين فقط التعسف المحتمل حدوثه عن هذه الوضعية. وهذا ما يفسر أن حيازة القدرة الاقتصادية ليست بالأمر غير مشروع، بل تعد هذه القدرة المميزة لوضعية الهيمنة من قبيل حرية المنافسة كما عبر عنها Drefuss-Netter "اكتساب وضعية الهيمنة على السوق هو ما يهدف إليه نشاط الأعوان الاقتصاديين[88]. إذن، لا تمنع المادة 7 وضعية الهيمنة على السوق إلا بالقدر الذي تستغل فيه بشكل تعسفي، أي عندما تقصد إزاحة المنافسة عبر طرق أخرى غير الفعالية الاقتصادية. وبالعكس، يتعين عند رجال الاقتصاد رقابة القدرة على السوق، لأنها تؤدي لارتفاع الأسعار[89]. وإن كان نص المادة واضحا، بخصوص تطبيق المنع عند وجود التعسف، إلا أن تطبيقه لم يكن قانونيا محضا: لأنه تم إدخال اعتبارات اقتصادية في مفهوم التعسف الموجب للتدخل.

حيث أصبح التعسف أكثر فأكثر مفهوما موضوعيا، لدرجة أن كل سلوك يرتكبه المشروع المهيمن، يمكن اعتباره تعسفيا، متى كان يهدف أو كان من شأنه أن يبقي أو يعزز وضعية الهيمنة. ومنه أصبحت سلوكات مشروعة بطبيعتها، موصوفة بالتعسف لمجرد أنها صادرة عن مشروع يحتل وضعية الهيمنة، في حين لأنها ليست كذلك عندما ترتكبها مشروعات لا تحوز مثل هذه الوضعية.

ثانيا: تقييد التحليل الاقتصادي بالقانون

للقانون أيضا كلمته في المادة التنافسية، فهو يأخذ عن الاقتصاد المفاهيم، الدراسات و التحليلات التي تهم المنافسة ويصوغها في قالب وأحيانا، يتفادى تجاوزات التحليل الاقتصادي[90]. فإذا كان التعسف في الهيكل مفهوما أصيلا، يعبر عن الخلفية الاقتصادية لقواعد المنافسة ومنها منع الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على

[88] Cf. F. Drefuss-Netter. Préc., p.375.
[89] CF. M. Chagny. Th., op.cit p.81. n°68 et S.
[90]CF. L. Vogel. Le juriste face à l'analyse économique. Préc., p.9.

السوق، إلا أن تطبيقه المطلق، لا يعني منع كل الممارسات التي يرتكبها المشروع المهيمن. وهذا يعني الحكم على المشروعات القوية بالزوال.

إن المفهوم الموضوعي للتعسف يحقق عدة مزايا، لأنه يحلل آثار السلوكات التي يرتكبها المشروع المهيمن على السوق، بغض النظر عن طابعها الخاطئ أم لا. وحتى لا تعتبر كل السلوكات التي تعزز هذه الوضعية من قبيل التعسف، يجب وضع حدود لهذا المفهوم. لذلك حتى يمنع السلوك، يجب أن يكون غير عاديا، بأن يتجاوز ما هو ضروري لحماية المصالح المشروعة للمشروع المهيمن.

ونجد لدى القضاء نفس الاهتمام: عدم إدانة كل السلوكات والممارسات بخصوص توازي السلوكات وعدم اعتبارها دائما اتفاقا ممنوعا. وهنا يضيف القضاء للتوازي مؤشرات أخرى: حتى يعتبر توازي السلوك عملا مدبرا، لا تكتفي هيئة المنافسة بإثبات عدم وجود حالة احتكار القلة، بل عدم وجود تفسيرات أخرى ممكنة للسلوكات الموازية الملحوظة في السوق[91]. وللتخفيف من نتائج نظرية الآثار الجماعية ومن مساسها بالاستقرار القانوني للمتعاملين، لا يطبق على أساسها منع الاتفاقات، إلا إذا كانت تساهم بصفة معتبرة في غلق. وهذا تم إدخال معيار فردي لأثر الاتفاق في إطار التقدير الشامل والاستقرار القانوني[92].

المبحث الثاني: معوقات الاستقلالية التامة لقانون المنافسة

ما دمنا نتحدّث عن استقلالية قانون المنافسة الناتجة عن أصالة قواعده،يمكن إثبات هذه الاستقلالية بطريقة سلبية،بالنظر لدرجة استقلاليته عن القواعد العامة:أي هل قانون المنافسة مكتفي ذاتياً أم تتدخّل فيه القواعد العامة[203] ؟ هذا هو إذن الإشكال الذي سنعالجه في هذا المبحث،الذي سنبيّن من خلاله دور المبادئ العامة في قانون المنافسة (**المطلب الأول**)،كما المنافسة غير المشروعة ومشارطة عدم المنافسة تخضعان تقليدياً للقواعد العامة للالتزامات، فهل تمسّان باستقلالية قانون المنافسة؟ تتوقف الإجابة عن هذا التساؤل بالنفي أو بالإيجاب، على تحديد مجال تطبيق قانون المنافسة و على ما نريده من هذا القانون:حماية المنافسة أم المتنافسون (**المطلب الثاني**)؟

المطلب الأول: دور القواعد العامة للالتزامات في قانون المنافسة

[91] « Le droit. S'est réapproprié les débordement de L'analyse économique ». CF L.Vogel. le juriste face à l'analyse économique. Préc., p.10. « c'est une coexistence ou encore- osera-t on le terme- à une cohabitation. » CF. Chagny. Th., op.cit., p.152. n°141.

[92] CF. L. Vogel. Le juriste face à l'analyse économique. Préc., p.10.

لقد جاء في مقال R. Gassin ما يلي: نتعرف على القانون الخاص بفعل أحكامه التي تتبع من مفاهيم أجنبية عن القواعد العامة[93]. فعندما تكون خلفية قاعدتين مختلفة، بل وحتى متناقضة، لا يمكن، في الأصل، البحث في إحداهما عن حلول لتطبق في الأخرى، يرتبط إذن مصير استقلالية قانون المنافسة، باستقلالية أسسه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، من ملاحظة التقنيات الخاصة والجديدة للقاعدة، يمكن أيضا، التوصل لاستقلالية هذا القانون إزاء القواعد العامة. وعلى الرغم من أن قواعد المنافسة منظمة في قانون خاص بها[94]، يوفر لها المصادر دون الحاجة للاستعانة بمصادر أخرى[95] ، إلا أن عدم تنظيمه لكل المسائل واستعارته لأنظمة موجودة في القواعد العامة للالتزامات، يشكل عقبة لاستقلاليته التامة[96]**(الفرع الأول).** أيضا، للقواعد العامة للالتزامات نصيب في تنظيم المنافسة وهو ما يظهر عبر المنافسة غير المشروعة و شرط عدم المنافسة **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: ملئ فراغ قانون المنافسة، بقواعد العامة للالتزامات

يستعمل قانون المنافسة نظرية البطلان كجزاء يلحق العقود والمشارطات التي تتشكل سندا للممارسات المقيدة للمنافسة[97] **(البند الأول).** ويرتب المسؤولية المدنية على المتعامل الاقتصادي الذي يخالف قواعده[98] ويلحق الضرر بالمتنافسون **(البند الثاني).** وأن اكتفاء هذا الف

وأن اكتفاء هذا القانون، فيما يخص هذين الجزاءين، بالإشارة إلى إمكانية تقريرهما دون التطرق إلى أحكام المطبقة على كل منهما، يلزم إتمامه بالقواعد العامة للالتزامات.

البند الأول: إتمام البطلان في قانون المنافسة

---

[93] يرى Drefuss-Netter إن استقلالية قانون المنافسة ناتجة عن مجال تدخله ويبعد شرط عدم المنافسة والمنافسة غير المشروعة من مجال القانون CF. F. Dreifuss-Netter. Préc., pp. 369-370.

[94] وجود قانون خاص بالمنافسة، يعززاستقلالية قانون المنافسة المادية، باستقلالية الشكلية.
CF. F. Drefuss-Netter. Préc., P.370.

[95] لتقنين النصوص دور في استقلالية القوانين، من حيث أنه يفترض عدم البحث عن مصادر المادة خارج هذا التقنين.
CF. F. Grua. Préc., p70. N°31.

[96] « … Le droit de la concurrence n'est pas à même de s'auto-suffire et que le droit commun des obligations se présente.tour à tour. Comme un substitut ou comme un complément. En l'absence de droit spécial de la concurrence. Le droit commun des obligation en comble les silences et assure. en autorisant la création de prohibition. La protection des opérateurs soumisà la concurrence et exposée à ses méfaits. Il peut également intervenir à l'effet de remédier aux déficiences du droit spécial de la concurrence. En outre. Sa contribution apparait irremplaçble et interdit d'envisager de lege ferenda l'autonomei du droit de la concurrence ». Cf.M.chagny . th.. préc..p.222. N^0

[97] أنظر المادة 13 من الأمر 03-03 المعدل.

[98] راجع المادة 48 من الأمر 03-03 والمادة 65 من قانون 04-02 التي تقرر المسؤولية المدنية عن الأضرار الواقعة عن الممارسات المفيدة للمنافسة والممارسات التجارية الممنوعة.

تقودنا القواعد العامة للعقد، عندما تتكلم عن صحة العقد، إلى البحث في الشروط المتطلبة قانونا لتكوين العقد بشكل صحيح. وإذا رجعنا إلى الشروط الموضوعية للعقد، لوجدناها تتصل اتصالا مباشرا أو غير مباشر بالعقد (أي محله) في حد ذاته أو بالمتعاقدين (أي الرضا والأهلية والسبب)[99]. لذلك، يجب أن تتوفر هذه الشروط بشكل إيجابي، على نحو أنه لينعقد العقد يجب توفر الأهلية، الرضا... ، غير أن بعض الشروط التي تؤثر على صحة العقد والتي تخرج عن العقد والمتعاقدين ولا تدخل في تكوينه، يقتضي توفرها بشكل سلبي، على النحو أنه يتعين أن لا يخالف العقد الأمور المعتبرة من النظام العام. ولقد انتهينا إلى وصف قانون المنافسة بأنه من القوانين التي تؤسس نظاما عاما موجها[100]. وبالفعل، بواسطة نظام عام تشريعي، تم منع الأفراد من إبرام عقود تخالف قواعد المنافسة أو تكون سندا لممارسات مقيدة للمنافسة. وتم بمقتضاه –أي النظام العام التشريعي – تقرير بطلان هذه العقود أو الشروط التعاقدية، كجزاء يترتب عن عدم مراعاة المتعاقدين في اتفاقاتهم الأحكام المعتبرة أساسية في عمل السوق والتي انبثق عنها النظام العام التنافسي[101]

ويتعلق الأمر بالمادة 13 من الأمر 03-03 التي تنص على ما يلي: "دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المادة 6 (التي تمنع الممارسات والأعمال المدبرة)، 7 (التي تمنع التعسفات في وضعية الهيمنة الاقتصادية)، 10(التي تنص على عقود الشراء الاستشارية المؤدية لاحتكار التوزيع)، 11 (التي تمنع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية) و12 (التي تمنع الأسعار المخفضة بشكل تعسفي)". وإن كان مبدأ –الغير قابل للنقاش لوجود الأساس القانوني الصريح بشأنه- محو كل أثر للعقود أو الشروط التعاقدية المخالفة لقواعد المنافسة بواسطة جزاء البطلان [102] ثابتا، فليس الأمر كذلك بالنسبة لطبيعة البطلان، إذا ما راعينا عمومية المادة 13 المذكورة أعلاه. ولا نجد للقيام بهذه العملية سوى القواعد العامة، لإتمام المسائل التي كان على هذه المادة معالجتها: بين البطلان والقابلية للإبطال،

---

[99] يمكن أن ترجع أسباب البطلان إلى الأسباب ذاتية ترجع إلى ذات المتعاقد، فتضم الرضا و الأهلية. و أسباب موضوعية تضم أسبابا داخلية تتعلق بمحتوى أو بمضمون التصرف، وتضم المحل والسبب وأسبابا خارجية تضم الشكل والتسليم والقانون. حول أسباب البطلان، أنظر، عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية 1999، دار الفكر والقانون، ص.87 فقرة 60 وما بعد.

[100] وفي هذه الحالة يكون القانون هو سبب البطلان ونكون قد احترمنا قاعدة أنه لا بطلان إلا بنص. فالتشريع كمصدر للقانون هو الذي يستنبط منه جزاء البطلان "ذلك أن النصوص الجزائية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر، فلا يمكن القياس عليها لأنها من النظام العام". أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 338، فقرة 402.

[101] تطبيقا لقاعدة بطلان الاتفاقات التي تهدف أو يمكن أن يكون من أثرها عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق، قررت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1992/02/18 إبطال مشارطة الرد العيني في عقد العارية، لأن الالتزام بالرد، يحمل محطات الوقود تكاليف باهظة وأن هذه المشارطة لم تكن ضرورية لتحقيق الهدف منها، سواء التوزيع الحصري أو المنافسة غير مشروعة .CF. J-P. De La Laurencie. Préc., p.8

[102] يستعمل مصطلح البطلان من الناحية القانونية، عندما تختل شروط العقد

CF. R. Guillien & G. Vincent. Lexique des termes juridique. 14eme éd., 2003. Dalloz. P 394.

.

يجب تحديد من هم الأشخاص الذين يستطيعون التمسك بالبطلان... وغيرها من المسائل المتصلة بمباشرة دعوى البطلان.

هذا ولقد اكتفى المشرع بتقرير جزاءات عقابية في الممارسات التي منعها بموجب قانون 04-02، دون أن يبين مصير العقود والمشارطات التي تشكل سندا لها[103]. وبطبيعة الحال، إمكانية إضافة جزاءات مدنية ومنها البطلان، يبقى مؤسسا على القواعد العامة التي تعتبر العقود المخالفة للنظام العام باطلة.

البند الثاني: استعارة المسؤولية المدنية من القواعد العامة للالتزامات

هنا أيضا تحتم استعارة قانون المنافسة لقواعد المسؤولية المدنية، الرجوع للقواعد العامة بخصوص طبيعة المسؤولية ونظامها. والمسؤولية المقصودة هنا مسؤولية تقصيرية حتى ولو كانت الممارسات الممنوعة مرتبطة بعقود، لأن أساسها تقصيري[104]. حيث لا تؤسس المسؤولية عن رفض البيع مثلا على العقد، وإنما على كون الفعل في ذاته ممنوعا. وأيضا لا تترتب المسؤولية عن الاتفاقات أو التعسفات في وضعية الهيمنة لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإن كانت تحدث بمناسبتها، بل لمخالفة نصوص قانونية تمنع القيام بها.

وتثير خصوصية قواعد المنافسة صعوبة التوفيق بين القواعد وقواعد المسؤولية، لاسيما فيما يخص الممارسات المقيدة للمنافسة. حيث يتضمن الأمر 03-03 قاعدة[105] إعفاء الاتفاقات والممارسات وإمكانية ترخيصها، فهل يستتبع ذلك محو المسؤولية المدنية للعون الاقتصادي الذي يبرم اتفاقا أو يقوم بممارسة تلحق الضرر بعون اقتصادي آخر؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول، أنه عندما تم إعفاء الاتفاقات أو الممارسات لمساهمتها في التقدم الاقتصادي مثلا، فإنها لا تكون معنية بالمنع طبقا لقانون المنافسة وأن الترخيص يعفي أيضا من المسؤولية المدنية. وذلك لإمكان إضافة الحالة المذكورة في المادة 9 من الأمر 03-03، لحالات الإعفاء من المسؤولية المدنية التي أوردتها القواعد العامة (الحادث المفاجئ، القوة القاهرة، فعل الضحية أو الغير)[106] وقد تكون الممارسة مقيدة للمنافية ومع ذلك لا تكون معينة بالمنع، لأنه ليس لها أثرا معتبرا على المنافسة، كما تدعو إليه نظرية عتبة الحساسية. فهنا أثر الممارسة غير المهم على المنافسة، لا يستوجب تدخل هيئة للمنافسة. لكن

---

[103] يرى بعض الفقه أن جزاء البطلان يلحق كل العقود والمشارطات التي تخالف قواعد المنافسة:
« IL ne parait plus douteux aujourd'hui que toute infraction aux aux règle de concurrence dont entrainer la nullité de la clause ou du contrat qui en sont le moyen ou l'effet ». CF. Lucas de Leyssac & G.Parléani. L'atteinte à la concurrence. Cause de nullité du contrat. Préc., p.606.

[104] CF. M. Chagny. Th., préc P. 260. N°251.

[105] أنظر المادة 9 من الأمر 03-03.

[106] راجع المادة 127 من القانون المدني.

على مستوى المسؤولية المدنية، يمكن اعتبار وجود الممارسة المقيدة للمنافسة في حد ذاته خطأ، يجوز التعويض عنه، لأننا نهتم هنا بإصلاح الضرر من سياسة المنافسة[107].

وعموما حتى و لو لم يكن السلوك معنيا بأحكام قانون المنافسة، ألا أنه يمكن التعويض عنه على أساس المسؤولية المدنية. إذ تبقى المادة 124 من القانون المدني قابلة للتطبيق في كل مرة لا يتم فيها تطبيق قانون المنافسة (مثلا لتقادم الدعوى أو عدم توفر كل الشروط التي يتطلبها تطبيق منع الممارسات المقيدة للمنافسة)، كونها تشكل قاعدة عامة وتسمح بالحصول على التعويض حتى ولو لم تتم مخالفة قواعد خاصة.

الفرع الأول: تقديم القواعد العامة للالتزامات القواعد لقانون المنافسة

تعتبر العقود أداة التبادل الاقتصادي[108]، وتهدف المسؤولية المدنية لإصلاح الأضرار المرتكبة أثناء القيام بمختلف الأنشطة ومنها الاقتصادية.فليس غريبا أن يعد العقد و المسؤولية المدنية –باعتبارهما مصدرين أساسين للالتزامات- إطارين قانونيين لا يمكن لقانون المنافسة الاستغناء عنهما[109]. فعبر العقود تتم العلاقات والمبادلات الاقتصادية **(البند الأول)**، وبواسطة المسؤولية يوضع حد لتجاوزات استعمال الحرية (البند الثاني)، إذ ليست القواعد العامة للالتزامات، سوى تعبيرا بلغة القانون عن تنظيم العلاقات الاقتصادية[110].

البند الأول:حاجة قانون المنافسة للعقود

لو رجعنا و بحثنا في مجال تطبيق قانون المنافسة الموضوعي، لوجدناه متعلقا بأنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد"[111]. وتترجم هذه الأنشطة الاقتصادية من الناحية القانونية في عقود تجمع ما بين الأعوان الاقتصاديين في السوق التنافسي. فالعقد هذه الأداة القانونية، هو الذي ينظم علاقات التبادل الاقتصادية

---

[107] CF.D. Fasquelle. Les dommages et intérêts en matière anti concurrentiel. In le juge civil. Le juge commercial et le droit concurrence. Atelier de la concurrence du 27/10/1999. Rev. Conc. Cons., mai-juin 2000. N°115. Pp. 17-18 MCF. M. Chagny. th., préc. P.261. n°252.

[108] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني، المرجع السابق، ص. 24.

[109]« le droit commun des obligations fournit les piliers de l'économie libérale ». CF M- -A. Frison – Roche. Le contrat et la responsabilité : consentement. Puovoir et régulation économique. RTDC 1998. P.45.

[110] Responsabilité et contrat sont « les double juridiques des objets économique ». CF M- -A. Frison – Roche. Le contrat et la responsabilité: consentement. Puovoir et régulation économique. Préc ., P.45. n°7.

[111] أنظر المادة 2 من الأمر 03-03 المعدل.

ومنه له يد في تحريك وتوليد المنافسة في الأسواق[112]. ولان المنافسة تهتم بالعلاقات العمودية والأفقية بين الأعوان الاقتصاديين، كالتوزيع المنظم، فالغالب أن تأخذ هذه العلاقات لتكوينها وتنظيمها شكل عقود.

وتزيد حاجة قانون المنافسة للعقود[113]، اعتبارا للحصانة الناتجة عن تطبيق قاعدة القوة الإلزامية للعقد. حيث أن التزام المتعاقدون بالعقود المبرمة، يحفظ الثقة ويضمن استقرار المعاملات وهو ما يشجع المتعاملون على الدخول في علاقات تعاقدية وهو ما يفسر أيضا تكريس وسائل بشرية، تقنية ومالية مهمة في بعض العقود، كالتوزيع المنظم. لان المتعامل يضع ثقته في الآخر وهو مطمئن بخصوص إنهاء العلاقة[114] . وما يعطي للعقد دورا في قانون المنافسة، وحتى في غيره، أنه أداة للتوقع[115]، يقدر من خلاله المتعاقدون العملية التي سيحققونها من وراءه.

البند الثاني: المسؤولية المدنية تحمي المنافسة

كيف يمكن التوفيق بين حرية المنافسة المعترف بها للمتدخلين في السوق كنتيجة منطقية لحرية الصناعة والتجارة وحماية المصالح المشروعة لباقي المتدخلين في السوق؟ هذا ما تريد المسؤولية المدنية تحقيقه، من خلال التوفيق بين المسألتين: فهي تعتبر العمل المنحرف الذي يؤدي للضرر، مصدر التزام بالإصلاح. ومن ثم تتوقف حرية المنافسة، عندما يفتقر السلوك التنافسي للنزاهة والشفافية وأن نظام المسؤولية المدنية، كفيل برد تجاوزات المنافسة إلى الحد المسموح به قانونا وإلا نشأ الالتزام بالتعويض[116]. إذن لا
يمكن لقانون المنافسة الاكتفاء بالجزاءات الخاصة، لأنه وإن كان يهتم بحسن سير السوق وإرساء قواعد المنافسة، إلا أن هناك متضررون من الممارسات بعد تضرر الاقتصاد، وسيجدون في قواعد المسؤولية المدنية الجزاء المدني الخاص بهم. فوظيفة هذا الجزاء في قانون المنافسة إصلاحية وردعية في آن واحد. ويتم بموجبه إيقاف السلوكات الضارة بالمنافسة والسوق وأيضا، ضبط سلوكات المتدخلين في السوق.ويأتي الطابع الردعي للمسؤولية المدنية من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي، بخصوص تحديد الخطأ وتقدير قيمة التعويضات. فهذه الدعوى لا تفيد فقط

---

[112] « Le marché ne peut fonctionner sans contrat et que l'économie de marché. De même qu'elle ne peut exister sans la libre concurrence ne peut se passer de la liberté contractuelle ». CF. M. Chagny. Th., préc P.270. n°262.

[113] CF. F.Deboissy & G. Wicker. Droit du contract et droit du marché : Elément pour une problématique.in Revue des contrat. 01/10/2006. N°4. P.1322. et S

[114] CF. M. Chagny. Th., préc., p.272. n°265 et S.

[115] CF. H. Lécy=uyer. Le contrat. Acte de prévision. inL'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré. Dalloz. PUF. LGDJ. 1999. P.643. et S.

[116] CF. M.- A. Frison-Roche. Contrat. Concurrence. Régulation. Préc., P.453.

في التعويض و تعيين المدين بذلك، بل لها أيضا دور تحديد السلوكات الصحيحة وغير النزيهة ووظيفة وقائية تتمثل في إدانة السلوكات الخاطئة وإرجاع النظام[117]. وهذا ما سنرجع إليه، عندما سنقترح التركيز على الجزاءات المدنية في قانون المنافسة، أمام تغير وضيفة المسؤولية في القانون الخاص والتي لا تنحصر على الإصلاح، بل أيضا في الردع والوقاية.

المطلب الثاني: قدرة القواعد العامة للالتزامات على إيجاد السوق التنافسي

على الرغم من أن المشرع قنن الاجتهاد القضائي التقليدي الذي يعتبر بعض الأعمال من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة، إلا أن هذا لا يمنع من اعتبار القواعد العامة للالتزامات، لاسيما أحكام المسؤولية المدنية، سباقة في وضع حدود حرية المنافسة. ويعد شرط عدم المنافسة، مشارطة كثيرة التردد في العقود التجارية والاقتصادية، فأين نجد مكان تنظيمها أن لم تكن القواعد العامة للالتزامات، باعتبارها قبل كل شيء مشارطة في عقد **(الفرع الأول).** أن حسن النية تقرره القواعد العامة للعقد، يمكن أيضا استعماله كأداة لتنظيم السوق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الثاني: قدرة القواعد العامة للالتزامات لتنظيم النشاط التنافسي للمتدخلين في السوق

أدى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على تجاوزات المنافسة في العلاقة بين المتنافسون[118] إلى فرض بالنزاهة[119]، وعلى المتدخل في السوق احترام القواعد التي تضبط هذا الالتزام وإلا عدّ عمله منافسة غير نزيهة وخطأ يستوجب الإصلاح على أساس المادة 124 من القانون المدني **(البند الأول)**. كما أن شرط عدم المنافسة كوسيلة اتفاقية لإنقاص المنافسة، يخضع لمقتضيات وشروط، عينت القواعد العامة للعقد بتحديدها **(البند الثاني)**.

البند الأول: المسؤولية المدنية على عن أعمال المنافسة غير المشروعة

---

[117] في نفس الفكرة، جاء في وصف وظائف المسؤولية المدنية عن المنافسة غير المشروعة ما يلي: ونحن نعتقد أنه إذا صح أن للضرورات العملية حكمها في هذا النطاق، فصحيح أيضا، أن تراخي الرابطة بين التعويض والرر سواء من حيث التساهل في إثبات الضرر أم حيث قبول مبدأ التعويض الجزافي. أ. أ. الخوالي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الثالث: الأموال التجارية،1964، ص.396، رقم272، مأخوذ عن أ.م. محرز، المرجع السابق، ص.340، رقم 214.

[118] CF. Ph. Le Tourneau. De la spécificité du préjudice concurrentiel. Préc., p.88.

[119] « la concurrence déloyle consiste à porter atteinte au devoir loyauté auquel auquel tout opérateuér économique est tenu sous peine de violer la liberté du commerce ». CF. L. Vogem traité de droit commercial. Préc. ; p.615. n°735.

ليست أبدا حرية المنافسة مرادفا لمنافسة مطلقة وفوضوية. وللمنافس أن يجلب إليه عملاء الغير بكل الوسائل والأساليب، شريطة أن تكون مشروعة وفي إطار احترام العادات التجارية النزيهة. ولقد اعتنى المشرع بتبيان الأعمال التي تعد من قبيل المنافسة غير المشروعة، لتتضح معالم المنافسة النزيهة بين المنافسين. وإن أردنا البحث في القانون الجزائري عن أساس ترتيب الجزاء على أعمال المنافسة غير المشروعة، نجد المادة26 من قانون04-02 التي تضع مبدأ منع أعمال المنافسة غير المشروعة أو على حد تعبير المشروع الممارسات التجارية غير النزيهة. ويقع المنع فيها، بغض النظر عن أي ضرر أصاب المتعامل من جزاء هذه الممارسات[120]. وتظل الدعوى المدنية مؤسسة على المادة 124 من قانون المدني، التي تدين الأخطاء المرتكبة في ممارسة حرية المنافسة، بجزاء مدني يتمثل في التعويض. نجد، بهذه الطريقة، أن المشروع حقق الهدفين: الردع والإصلاح، من خلال العقوبتين الجزائية و المدنية الممكن إيقاعها على الممارسات التجارية غير النزيهة. غير أنه إذا رجعنا للمادة 124 فهذا يعني وجوب إثبات الخطأ والضرر وعلاقة سببية. وهنا نتوقف لنتساءل عما إذا كان أن نأخذ أركان المسؤولية المدنية كما هي واردة في القواعد العامة عندما نطبقها على المسؤولية المدنية عن أعمال المنافسة غير المشروعة؟ لا تأتي الإجابة عن هذا التساؤل، إلا بعد تحديد أساس المسؤولية المدنية و الهدف من وراء منع هذه الأعمال و المصالح المحمية بموجبها، ثم نبين طبيعة الدعوى في القانون الجزائري.

أولا: أساس دعوى المنافسة غير المشروعة

بحسب أساس المعتمد لتفسير دعوى المنافسة غير المشروعة، تضيق أو تتسع المصالح الحمية فيها؛ تبقى أو تتغير شروط المسؤولية المدنية. في هذا الصدد، إذا اعتبرنا أن حماية المتنافسون المتضررون من الأساليب غير المشروعة في التنافس هي الهدف من وراء تقرير جزاء عن هذه الأعمال، فتكفي المسؤولية المدنية لتحقق هذا الهدف. إلا أن القضاء استعمل هذا الأساس دون أن يحرم القواعد العامة، بل أجرى عليها بعض التغييرات، لاسيما بخصوص التساهل مع إثبات الخطأ وتتجاوز الضرر[121]. وهو ما دفع الفقه إلى التفكير في أسس[122] أخرى، تحاول تفسير هذه التغييرات. حيث هناك من يعتبر أن أساس دعوى المنافسة غير المشروعة يتمثل في الأخلاق المهنية. وهو ما يجعلها تقترب من

[120] أوردت المادة 38 من قانون 04-02 جزاء مخالفة المنع، المتمثل في الغرامة.

[121] CF. M.- L. Izorche. Les fondement de la sanction de la concurrence déloyale et de parasitisme. In droit du marché et droit commun des obligations. Colloque des 24-24/10/1997. UNIVERSITé de perpginan. RDT Com. 1998. P.34. n°39. Et S.

[122] M.-L. Izorche. Préc., P.25. n°17 et s.

الدعوى التأديبية التي تريد وضع أخلاق مهنية بتعين احترامها في مجال الأعمال. وتبرر كل مخالفة للأعراف المهنية والتجارية النزيهة رفع هذه الدعوى، وهنا يتعدى الهدف من هذه الدعوى حماية المتضرر إلى حماية الوسط المهني المعني بأعمال المنافسة غير المشروعة. ومن ثم سينعكس تفسير المنافسة غير المشروعة على أساس تأديبي حتما على المسؤولية المدنية، التي ستتعدى وظيفتها الإصلاح إلى دور الردع والتأديب لحماية الوسط المهني. ومنه سيكون عاديا أن لا يتم اشتراط الضرر أو تحققه، ما دام أن الهدف الأساسي من الدعوى هو احترام أخلاق الأعمال ومعاقبة السلوكات المخالفة للأعراف المهنية.وأخيرا، يغلق هذا الأساس على الدعوى ويسلب غير المهنيين[123] وسيلة مهمة لمواجهة تجاوزات المنافسة.

ثانيا: أساس المنافسة غير المشروعة في القانون الجزائري

يبدو أن المشرع الجزائري سهل مهمتنا، لأنه أورد منع أعمال المنافسة غير المشروعة أو على حد تعبيره الممارسات التجارية غير النزيه في نص خاص ألا وهو المادة 26 من القانون التي تضع المبدأ و المادة 27 من ذات القانون التي تضمّنت أمثلة عن الممارسات غير النزيهة. واعتمادا على المادتين، أمكننا القول أنّ المشّرع حقق حماية مصالح مختلفة و أيضا، فصل في هذا المجال بين هدفي الردع و الإصلاح. هكذا، تشكل
المادة 26 أساسا لإدانة الممارسات التجارية غير النزيهة بجزاء مالي يتمثل في الغرامة، والتي يريد المشرع من ورائها إدانة الأخطاء المرتكبة أثناء ممارسة حرية المنافسة التي يعترف بها. ومن ناحية أخرى، تشكل المادة 124 من القانون المدني أساسا لمواجهة تجاوزات حرية المنافسة وتسمح لمثيرها الحصول على التعويض. لأن المادة 65 من ذات القانون تتضمّن إمكانية التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الناتج عن هذه الممارسات بالنسبة "لجمعيات حماية المستهلك، الجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي".وكما هو ظاهر، المسؤولية في المادة 26 هي مسؤولية بدون ضرر، لأنها ردعية وعقابية، وهي في المادة 124 قائمة على أساس الضرر، لأنها تهدف للإصلاح.
من هذا أمكن أن نسجل ملاحظتنا على قانون 04-02 في طريقة تنظيمه للممارسات التجارية غير النزيهة. حيث يريد المشّرع إرساء علاقات مهذبة مبنية على أخلاق الأعمال بين المتنافسون.
إذ تشكل القواعد المتعلقة بالممارسات النزيهة وسيلة لحماية المتنافسين، لأنها تقيم المسؤولية المدنية للمتعامل الذي يضع منافسيه أمام منافسة غير مشروعة، تخالف

[123] CF. M.-L. Izorche. Préc., p.27. n°22.

الأعراف التجارية وتحدث لهم اضطرابا تجاريا. و إذا كان اهتمام هذه القواعد هو تأسيس أخلاقيات التنافس، أمكن تحديد مجالها[124]. و في هذا الصدد، إذا اعتمدنا على المفهوم الموسّع، تعرف المنافسة غير مشروعة بأنها مجموع القواعد التي تمنع استعمال وسائل غير مشروعة أو ممنوعة في التنافس[125]. وفي المفهوم الضيق، يقصد بها قواعد مصدرها الاجتهاد القضائي وتدين التعدي على الأخلاق التجارية في العلاقات التنافسية[126].

البند الثاني: شرط عدم المنافسة

قد يحدث أن يدرج المتعاقدان في اتفاقهم شرطا بمقتضاه يمتنع أحدهما عن منافسة الآخر، سواء كان ذلك أثناء سريان العقد القائم بينهما أو بعد انتهاء الرابطة العقدية بينهما. وفي الغالب، تأخذ مشارطة عدم المنافسة مركزا ثانويا بالمقارنة مع العملية التي تدرج فيها، كما لو تعلق الأمر ببيع محل تجاري أو عقد ترخيص تجاري. ولن يكون البحث عن النظام القانوني الذي يخضع له شرط عدم المنافسة سوى في القواعد العامة، باعتبارها أن مصدره الاتفاق ويأخذ شكل العقد لتحديد إطاره القانوني فليس غريبا ان نجد تنظيمه في القواعد العامة، لأنها تعد مصدرا لقانون المنافسة[127].

أولا: صحة شرط عدم المنافسة

إن البحث في شروط صحة شرط عدم المنافسة، يحاول أن يوفق بين أمرين الأول، أنه لا يمكن إنكار هذا الشرط ولو أنه يقيد من حرية الاقتصادية، بالنظر لفائدته وضرورة وجوده في بعض العقود. والثاني، أنه يتعين تحديده حتى لا يتم تجاوز الهدف المرجو منه وهو أن لا تكون المنافسة غير عادية بين الطرفين المتعاقدين، من الناحية القانونية، تنتج صحة هذا الشرط من المادة 106 من القانون المدني التي تجيز للمتعاقدين تضمين عقودهم ما شاءوا من المشارطات[128] ، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة ، بل تتوقف عندما يتعلق الأمر بمسائل متصلة بالنظام العام. وفي هذا الإطار، يخضع القضاء في فرنسا هذه المشارطة لجملة من الشروط[129]حتى يعترف بآثارها: تحديد المشارطة، حتى لا يتم إنكار حرية المدين فيها؛ تبرير المشارطة، حتى لا يتجاوز الدائن فيها حدود حماية مصلحته.

---

[124] لأن اهتمامات قانون المنافسة توسعت، إذ أضيفت لها الأحكام التي تضمن حرية وتوازن المنافسة. أي ما يتعلق بالقواعد التي تمنع الممارسات المقيدة للمنافسة أ المنافية لها.

[125] CF. J.-B.Blaise. op.cit., P.335. n°654.

[126] CF. J.-B.Blaise. op.cit., P.335. n°656.

[127] CF. Y. Serra. Concurrence déloyale. Préc., p.24. n°133.

[128] CF. J.-B.Blaise. op.cit., p.320. n°626.

[129] لا يكفي مجرد الاتفاق والتراضي على هذا الشرط لصحته، بل يتعين للدائن فيه مصلحة مشروعة.

CF. M.Gomy. Essai sur L'qulibre de la convention de non-concurrence. Th., PU de perpignan. Coll. Etudes. 1999. Préf0 Y .Serra. p.19 et S., n°13 et S.

ويريد القضاء، من خلال الشرط الأول ، أن يتفادى شرط عدم منافسة مطلق فجاء بمتطلب تحديده الموضوعي والزماني والمكاني. أي لصحته، يجب تعيين النشاط الذي يمتنع مدين شرط عدم المنافسة من ممارسته بدقة. والقاضي وهو يفحصه، يجب أن يراعي أنه لم يتم إنكار حرية المدين على إطلاقها، لأنها حرية منقوصة فقط[130] يحتفظ فيها المدين بإمكانية ممارسة نشاطه المهني. ولا يكتفي القضاء برقابة مجردة للمشارطة، يتأكد من خلالها من وجود التحديد الموضوعي، بل يبحث عما إذا كان هذا التحديد حقيقيا وهل تؤثر المشارطة على وضع المدين، بأن تحتفظ له فعلا بإمكانية ممارسة نشاطه المهني[131]. ومن ملاحظة الاجتهاد القضائي، استخلص Y. Serra كيفية التقدير المحسوس لقدرة المدين على ممارسة نشاطه. حيث يتعين أن تحتفظ بإمكانية ممارسة نشاطه المهني طبقا لتكوينه، معارفه وخبرته المهنية وأن لا يكون من شأنها أن تجعل ممارسة المدين نشاطه مستحيلا. وعلى قاضي الموضوع البحث إذا كانت المشارطة تمنع المدين من ممارسة نشاطه أو تترك له على العكس، مجالا لممارسة النشاط في غير المجال الذي يتدخل فيه دائن المشارطة. ويبحث القضاء هنا، في المؤهلات المهنية للمدين، التي تجعله متخصصا أو قادرا على ممارسة نشاط آخر. وأخيرا، تقاس إمكانية الممارسة العادية للنشاط المهني، بالنظر لبعد المشارطة الزماني والمكاني[132]. ويتعين أيضا تحديد البعد الزماني والمكان للشرط، بأن يمتنع المدين عن منافسة الدائن خلال مدة معينة أو في مكان معين. وبالنسبة للقضاء، هذا التحديد اختياري لكنه في الواقع مطبق بشكل تجميعي[133].

ثانيا:مضمون شرط عدم المنافسة

لا يقتصر الرجوع للقواعد العامة في بحث شروط صحة شرط عدم المنافسة، وإنما يمتد إلى تحديد الأشخاص المعنيين به والجزاء المترتب عن مخالفته. وبواسطة مبدأ الأثر النسبي للعقد سنحدد الأشخاص المعنيين بالشرط. وبمقتضاه، يرتب هذا الشرط آثاره على المتعاقدين فقط، ومعلوم أن لفظ المتعاقدين، يمتد لكل شخص تربطه بالمتعاقدين صلة، كالخلف العام والخلف الخاص. هذا وإنّ انصراف آثار الشرط بالنسبة للمتعاقدين مطلق، أمّا بالنسبة للخلف الخاص فإنه يخضع لقيود. وبتطبيق

[130] CF. Y. Serra. Droit français de la concurrence. Préc., pp. 71-73.
[131] CF. J.- B.Blaise. op.cit., p.322.n°632 :M.Gomy.th..op.cit..p.104.n°171.
[132] CF.Y.serra. Obligation de non concurrence. Rép. Com.. v. concurrence.1996.p.14.n°97-98
[133] CF. J.-Blaise. Op.cit.. p. 321.n°631.

القواعد العامة، ينتقل دين عدم المنافسة إلى الخلف العام ويستطيعون التمسك لمصلحتهم بشرط عدم منافسة أبرمه سلفهم. وهذا أمر منطقي، لأن الشرط غير معني بأحد الاستثناءات المقررة في المادة 108من القانون المدني، لاسيما وأن طبيعته لا تتعارض مع انتقال الآثار التي يرتبها إلى الخلف العام. ذلك أنّ شخص الدائن ليس محل اعتبار شخصي، فيجوز أن ينتقل دينه إلى ورثته[134]، على أنه إذا اتفق لسلف مع المتعاقد على قصر آثار الشرط عليهما و عدم انصرافها إلى الخلف العام على أساس أنّ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يستطيع الخلف العام التمسك به.

ولو نظرنا للشرط من زاوية المدين به، لنبين إن كان التزام المدين ينتقل للخلف العام، وهذا لأنه التزام مرتبط بشخص المدين. على أنه يستحسن عدم التعميم على كل الحالات،وإنما يتوقف انتقال التزام عدم المنافسة على الظروف الخاصة بكل حالة والبحث عما إذا كان الخلف العام لمدين شرط عدم المنافسة يحوز أملا على إمكانيات خاصة مرتبطة بصفته والتي تسمح له بتطوير منافسة خطيرة بالنسبة للدائن. وعندئذ، ينتقل الالتزام للخلف العام للمدين بعدم شرط المنافسة[135]. أما بالنسبة للخلف الخاص، ولاعتباره من قبيل الغير في العقد المبرم من قبل أحد المتعاقدين، فلا تنصرف إليه كقاعدة عامة آثار العقد إلى أبرمه السلف، ومع ها يمكن أن تمتد آثاره للخلف الخاص في أحوال محددة. فإذا اتفق المتعاقدان دين على انتقال دين عدم المنافسة للخلف الخاص، يصبح ها الأخير دائنا بشرط عدم المنافسة كما كان سلفه. كما لو أدرج المشتري الأول لمحل تجاري في العقد شرط عدم المنافسة وأرفقه باشتراط استفادة كل مكسب متتابع للمحل التجاري منه، وهذه الحالة من الحالات الاشتراط لمصلحة الغير[136]. وبغياب الاتفاق، بنقل دين عدم المنافسة بقوة القانون[137]، للحائزين المتتابعين للمحل التجاري.
أما بخصوص انتقال المظهر السلبي لهذا الشرط إلى الخلف الخاص للمدين به، فيبدو أن الاعتبار الشخصي لصفة المدين تقف تجاه انتقاله للخلف الخاص[138].

الفرع الثاني: استعمال مبدـ حسن النية لتنظيم السوق

---

[134]« L'obligation de non concurrence n'est pas souscrite en considération de la personne du créancier ». CF. Y. Serra. L'obligation de non concurrence. Préc., p :16. N°16.

[135] CF.Y. Serra. L'obligation de non concurrence. Préc., P.17. n°117.

[136] أنظر المواد 116، 117، 118، من القانون المدني.

[137] وهو ما يسمى شرط عدم المنافسة القانوني والذي أساسه في البند الثاني من الفرع الموالي.

[138] جاء في قرار محكمة استئناف poitiers مؤرخ في 1935/05/25 ما يلي:

« Si l'interdiction de concurrence profite aux titulaires successifs du fonds. Il ne s'ensuit pas qu' à l'inverse elle constitue de plein droit une obligation pour ceux qui ont acquis de vendeur… ». Cité par Y. Serra. Obligation de non concurrence. Préc. P.17. n°122.

تتضمن القواعد العامة للعقد مبدأ مهما يتمثل في تنفيذ العقود بحسن النية، ومن خلاله يجد قانون المنافسة حلولا لبعض المشاكل المثارة على مستوى تنظيم المنافسة. فالمبدأ كما هو معروف، يخص مرحلة تنفيذ[139] العقد وهو مفهوم فضفاض يتطلب الوقوف عند مفهومه **(البند الأول)**، لنبين بعد ذلك كيف يمكن استعماله في قانون المنافسة **(البند الثاني)**.

البند الثاني: مفهوم تنفي العقود بحسن نية

تلزم لمادة 107 من الفانون المدن احترام مضمون العقد وتنفيذه بحسن نية. وللقاضي دور كبير في تحديد مفهوم تنفي العقد بحسن نية[140]، لأنه من المفاهيم القانونية المرنة التي تتطلب تقديريا ذاتيا. كيف يتجسد حسن النية أثناء تنفيذ العقد وما هو أساس هذا المبدأ، تلك هي المسألتين التي نريد الوقوف عندهما في الفقرتين المواليتين، حتى يتجلى لنا المقصود منه.

أولا: مظاهر حسن النية أثناء تنفيذ العقد

يتعلق المبدأ بالسلوكات التعاقدية التي تخفي ورائها نية سيئة، يريد منها أحد المتعاقدين استعمال العقد أو مشارطاته لتحقيق فائدة غير عادية. لذلك يقوم الفقه[141] بتحديد الواجبات التي تجسد حسن نية المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، بأن يلتزم بالنزاهة وبالتعاون، حتى يتم التنفيذ في جو تسوده الثقة والأمانة وفي إطار احترام توقعات المتعاقدين، لاسيما في العقود الممتدة. يعد أيضا من قبيل تنفيذ العقد بحسن نية، أن

---

[139] لا يقتصر إعمال هذا المبدأ على التنفيذ، وإنما يمكن إثارته في مرحلة تكوين العقد. ولقد جاء المشرع بتطبيقات له في هذه المرحلة: لا تجير المادة 85 من القانون المدني التمسك بإبطال العقد للغلط على وجه يتعارض مع حسن النية وأيضا ترتيب جزاء على السكوت التدليسي، كما جاء في المادة 02/86 من القانون المدني

[140] « la croyance erroné en l'existence d'une situation juridique régulière » d'autre part. « le comportement loyal (ou à tout le mois normal) que requiert. Notamment L'exécution d'une obligation ». CF. Ph. Le tourneau & M. Poumarède. Préc., p.3 .n°2.

[141] أنظر، ع.فيلالي، المرجع السابق، ص.295 وما بعد ، عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول : نظرية الإلتزام بوجه عام ، المجلد الأول: مصادر الإلتزام، طبعة منقحة من مصطفى محمد لقفي، 1981 ، دار النهضة العربية، ص. 847 فقرة 413 وما بعد.

يراعي المتعاقد في سلوكه، نوعا ما الحر حتى لا يؤدي لتكوين مظهر، ثم يخالف ذلك المظهر، لاسيما عندما تنشئ تصرفاته ثقة مشروعة لدى المتعاقد الآخر[142].

وبمقتضى الالتزام بالنزاهة، يتعين أن يسهل المتعاقد عملية تنفيذ العقد ويتمتع عن كل ما من شأنه أن يجعل ها التنفيذ عسيرا أو مستحيلا أو يجعل المتعاقد الآخر في مركز سيء تترتب عليه جزاءات عقدية. وهكذا، يمكن للقاضي أن يرفض ترتيب الشرط الفاسخ لأثره، أذا ظهر له أن عدم التنفيذ راجع في حقيقة الأمر لسلوك الدائن غير النزيه.

يقتضي واجب التعاون، عندما تختلف قوى المتعاقدين، أن يقدم المتعاقد المهيمن النصائح والمعلومات التي من شأنها إعلام المتعاقد الآخر بالعقد الماد إبرامه. ولا يقتصر هذا الواجب على مساعدة المتعاقد فحسب، بل أيضا مراعاة مصالحه المشروعة بل وحتى تفصيلها، لأن ذلك يتم في الأخير لمصلحة العقد. كما لو كان المتعاقد يحوز امتياز يمكنه من تحديد مضمون التزام شريكه، فيتعين أن يراعي في ذلك التحديد مصلحة المتعاقد معه، دون أن يعبر ها التحديد عن مصلحته وحدها[143].

ثانيا: أساس حسن النية أثناء تنفيذ العقد

تعتبر العقود والعمليات الاقتصادية التي يبرمها أطرافها، ويعترف القانون بقوتها الإلزامية في حدود احترام التوازن العقدي وأخلاق تعاقدية نزيهة. لذلك ترى القاعدة التي أوردتها الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني تعبيرا عن قاعدة أدبية يراد منها تهيب العلاقة التعاقدية[144]، ولو أن العقود هي محرك العلاقات الاقتصادية التي تغيب فيها القواعد الأدبية. ويبدو أن
هذه النظرة الإنسانية لقانون العقود، تستحق التشجيع و الدفاع عنها. لأنها تضع نموذجا للسلوك التعاقدي في إطار مبدأ أدبي وأخلاقي معبر عنه بطريقة قانونية: حسن النية في التعاقد. وإن كانت هذه النظرة تمس بالاعتبارات الأساسية التي تحكم العقود، لأنها لا تحترم الحرية التعاقدية وتهدد استقرار العقود وتمس بتوقعات المتعاقدين. وتزيد أهمية هذه النظرية، بفعل أن الواقع بين أنه في أغلب العقود تكون الإرادتين غير متساويتين، مما قد يؤدي للتعسف و التجاوز واختلال التوازن العقدي. في مثل هذه الحالات، يشكل حسن النية مخرجا يستطيع منه القاضي فرض سلوكا

---

[142] Lorsque le créancier « fait preuve de beaucoup de patience à l'égard de son débiteur récalcitrant et ainsi fait naitre chez celui-ci la croyance légitime d'une inexécution indolore un créancier se ravise brutalement et réclame le jeu de la rigoureuse peine privée contractuelle ». préc., p.615. n°12.

[143] حول أمثلة أخرى، أنظر:
D. Mazeaud. Loyauté. Solidarité. Fraternité : La nouvelle divise contractuelle ? préc., p.618. n°15.

[144] Renaissance de la notions de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats. Préc., p.342 ; J. Léonnet. Ethique et droit.

نزيها وشريفا على المتعاقد المسيطر، حتى لا تكون الصلة التعاقدية محكومة بقانون القوي. كما أن إعمال المبدأ، سيجعل العقد وسيلة تحقق مصالح مشركة لإطرافهن طالما أن الأخلاق التعاقدية تفرض عليهما واجب التعاون. هذا وإن إدخال الاعتبارات الأدبية في القواعد العامة للعقد، ينال من الاعتبارات الأساسية التي توجهها: الحرية التعاقدية، الاستقرار القانوني وتوقعات المتعاقدين [145]. وأن العقد هو قبل كل شيء عملية اقتصادية محكومة بالسعي وراء الربح وتحقق المصلحة الشخصية. كما أن تكريسها في قانون العقود عبر مبدأ حسن النية، يمنح للقاضي سلطة وصاية على العقد على أساس اعتبارات أدبية، وهو ما يتعارض مع مبدأ القوة الإلزامية للعقد.

ويبقي أن الاعتبارات السابقة لا تؤخذ على إطلاقها، إذا ما راعينا عدم تساوي قوة المتعاقدين في الواقع. وهي بالذات التي تفرض إدخال اعتبار التوازن العقدي، الذي لم يغب عن اهتمام المشرع منه، لا يجد القانون المدني أية صعوبة في قبول المساس بالحرية التعاقدية والقوة الإلزامية للعقد في بعض الحالات الخاصة، أين تجب حماية المدين. وأن اعتبارات الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد تزول أمام مقتضيات حسن النية في التعاقد والتوازن العقدي؛ لأنها القراءة التي تدعو إليها المادتين 106 و 107 من القانون المدني.

البند الثاني: تطبيقات حسن النية أثناء تنفيذ العقد في قانون المنافسة

لا يمكن لقانون المنافسة أن يستغني عن مبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقد، لأنه كما اتضح لنا من البند السابق، يوجب هذا المبدأ من المتعاقد سلوكا نزيها وهو بالذات ما يبحث عنه قانون المنافسة ونحن نبحث عن تنظيم المنافسة بين المتنافسون، يفيد المبدأ في قبول الالتزام القانوني بعدم المنافسة وبتكييف العقد مع المحيط التنافسي.

أولا: الالتزام القانوني بعدم المنافسة

عندما لا يتضمن الاتفاق منعا لمنافسة أحد المتعاقدين للآخر، تصبح المنافسة التي يطورها غير عادية وتؤدي لعدم مساواة فرص المنافسة بينهما. وعندها يلزم تقييد من المنافسة بقبول حتى في هذه الحالات، يوجد التزام قانوني بعدم المنافسة[146]. ومن بين

---

[145]« le contrôle juridique d la morale contractuelle..doit demeurer mesuré. A peine de ruiner la sécurité des contrat. CF. M. Malaurie note sous Com. 27/02/1996. D. 1996. P.520. cité par D. Mazeaud. Loyauté. Solidarité. Fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? op.cit., p.624. n°20.

[146] IL s'agit d'une obligation de non concurrence implicite qui existe de plein droit à la charge de l'un des contractants. CF. Y. Serra. Obligation de non concurrence. Préc., p.4. n°24.

الأسس المعتمدة لتبرير هذه الالتزام القانوني، يسند الفقه[147] ومعه القضاء[148]على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. لتصبح منافسة، مخالفة لمبدأ تنفيذ العقد الأساسي بحسن نية، وذلك لعدم نزاهة سلوك المتعاقد.

غير أن التقييد من حرية المنافسة بموجب الالتزام القانوني بعدم المنافسة قد يجد تبريره في أسس أخرى. ففي بيع المحل التجاري، يلتزم البائع بعدم المنافسة على أساس الضمان القانوني الواجب عليه[149]. إلا أن هذا الأساس غير ملائم، لأنه أن كان مقبولا في عقد البيع، فهو لا يتلاءم مع عقود أخرى، كعقد العمل أو عقود التوزيع[150]. ويرجع Y. Auguet وجود الالتزام القانوني بعدم المنافسة، عندما لا يتم اشتراطه في العقد، إلى كونه المسألة ضرورية في العقد و يؤسسه على المادة 1135[151] من القانون المدني الفرنسي. وبموجبها، فإن مضمون العقد هو ما يبرز التزام عدم المنافسة القانوني[152] و أنه التزام مستخلص من طبيعة العقد. يتميز هذا الأساس السابق، في قدرته على تفسير التزام عدم المنافسة في كل العقود التي تكون فيها المنافسة غير عادية، ومنه يكون الحد من حرية أحد المتعاقدين في المنافسة ضروريا للتوازن العقدي. وكأن التزام طبيعي في العقد الأساسي الذي أبرمه المتعاقدين ولو لم يتفق عليه صراحة[153]. وهكذا يمكن أن يتحدد مضمون العقد حتى بالرجوع إلى الواجبات التي يفرضها مبدأ حسن النية في التعاقد وإليه، نرجع الالتزام القانوني بعدم المنافسة.

ثانيا: تكييف العقد مع المحيط التنافسي

يتعين طبقا للمادة 106 من القانون المدني أن يحترم المتعاقدين ومعهما القاضي قانون العقد. ومنه تكفي هذه المادة لوحدها بالقول أن مسألة تكييف العقد مع تغيرات أو سوء التقدير شروط التعاقد منذ البداية مرفوضة مبدئيا، ولو كانت خطيرة على أحد الأطراف. لكن المشرع عن وعيه بالحاجة الضرورية لتعديل شروط العقد في بعض الحالات الخاصة، جاء باستثناء على قاعدة وجوب احترام قانون العقد في تنفيذ

---

[147] CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.244. n°236.

[148] Le concédant. Qui « crée de nouvelles conditions de concurrence préjudiciables son distributeur ». manque à son obligation. De bonne foi dans l'exécution du contrat .Com. 19/12/1989. Cité par M. Chagny. Th., préc., p.244. n°236.

[149] أنظر المواد 371 وما بعد من القانون المدني.

Y. Serra. Les fondements et le régime d l'obligation de non concurrence. Préc., p.9.

[150] وفي هذه العقود يرجع Y. Serra لأساس تنفيذ العقود بحسن نية.

CF. Y. Serra. Les fondement et et le régime de l'obligation de non concurrence. Préc., p.11.

[151] وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني وتنص " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبعة الالتزام".

[152] « contribution à la critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle. Th. Bibl. dr. Pr., LGDJ. 2000.t315. préc. Y. Serra. PP. 311-312. Cité par M. Chagny. Th., op.cit., P.246. n°238.

[153] CF. Y. Serra. Obligation de non concurrence, préc. P.4. n°23.

ما اشتمل عليه[154] وإذا قلنا استثناءا على القاعدة العامة، فتسري عليه قاعدة التفسير الضيق وعدم جواز التوسع في تطبيقه. وعليه، يتعين لإمكانية التعديل، تحقق شروط، بغيابها لا يجوز التعديل على أساس الفقرة الأخيرة من المادة 107 من القانون المدني، فهل يجوز دلك على أساس الفقرة الأولى منها؟ هذا هو الإشكال الذي أردنا طرحه، في مواجهة وقائع استلهامنا من اجتهاد قضائي فرنسي، لنبين كيف يمكن للقانون المدني الجزائري معالجتها.

يتعلق الأمر بموزع متعاقد مع شركة بترول، يعيب عليها أنها لم تفده من إمكانيات ممارسة أسعار تنافسية. بعد الطعن بالنقض، رفضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية طلب الشركة الرامي لعدم دفع التعويض كما ألزمتها بذلك محكمة الاستئناف، على أساس أنها أخلّت بواجب حسن النية في تنفي العقد، من خلال عدم السماح للموزع ممارسة أسعار تنافسية[155]. وهو ما يقتضي من المورد تعديل الاتفاق وإضافة عقد تعاون تجاري. ويعد هذا الأخير، وسيلة مشروعة تجيز بعض الممارسات، لاسيما فيما يخص الأسعار، ولولاه تكون غير مشروعة على أساس التمييز[156]. هكذا، وجد القاضي الفرنسي في مبدأ حسن النية أساسا لالتزام مفروض على المتعاقد، بمقتضاه، يلتزم بالتفاوض مع المتعاقد الآخر حول اتفاق تعاون تجاري[157] للسماح له بالمواجهة المنافسة. وهناك من فسر القرار بفكرة الفعالية الاقتصادية وفائدة العقد، أي أن تنفيذ العقد بنزاهة يعني تنفيذه بفائدة. حيث بإلزام المورد بإصلاح الضرر الذي أصاب الموزع، سيتم فرض واجب السماح للمتعاقد تحقيق الأثر الذي يبحث عنه من وراء العقد. ففكرة القرار هيأنه يتعين أن يرتب العقد آثاره: إعادة البيع بفعالية بالنسبة للمحترف، يعني البيع بأسعار تنافسية. وفي عوض تفسير حسن النية والنزاهة التعاقدية على أساس فكرة التضامن، يمكن إعطاءها مدلولا اقتصاديا وهو الفائدة التعاقدية[158].

---

[154] تضمنت الفقرة الأخيرة من المادة 107 من القانون المدني النص على نظرية الظروف الطارئة. وهي نظرية تتعلق بالعقود طويلة المدى، تجيز إعادة النظر في شروط المالية استنادا إلى أن تبادلا كبيرا أو انقلابا في الحالة الاقتصادية جرّ على المدين تكاليفا، تتجاوز طاقته أو ما قدر أنه قادر على القيام بأعبائه يوم إبرام العقد.

[155] جاء في القرار المؤرخ في 1992/11/03 ما يلي:

« Qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif , que M .Huard avait effectué des travaux d'aménagement dans la station service. Et que le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeur agrées étais. Pour la supercarburant et l'essence supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateurs par l'intermédiaire de ses mandataire» cité par M. Behar-touchais & G. Virassamy. Op.cit., p.148. n°307.

[156] لا يمكن في هذه الحالة إثارة منع الممارسات التمييزية، إذ على الرغم من اختلاف معاملة الموزع البائع عن الموزع الوكيل، إلا أنه لا يطبق لاختلاف وضعهما: فالمنع لا يسري على معاملة مختلفة لحالات مختلفة

CF. M. Chagny. Th., op.cit., P.248. n°239.

[157] ويقصد به الشروط الخاصة التي يستفيد منها الموزع، لما يقدمه من خدمات خاصة للمورد.

[158] M. Behar-Toucais, L'ordre concurrentiel et le droit des contrat. In Mélanges en l'honneur d'A.pirovano, L'oordre concurrentiel. Ed. Frison-Roche 2003. P. 244. N°12.

تبرر هذا الالتزام حالات خاصة[159] نجدها في تغير الظروف التي تعرض الموزع لمنافسة مكثفة، مما يجعل فعل المورد من عدم إفادته بأسعار مماثلة[160] لتلك الممارسة من قبل المنافسة، سببا لمسؤوليته العقدية.

الفصل الثاني: تأثير قانون المنافسة على القواعد العامة للالتزامات

ككل القوانين الخاصة، يمارس قانون المنافسة، عند الضرورة، تأثيره[161] على القواعد العامة للعقد **(المبحث الأول)** وأيضا على القواعد العامة التقصيرية **(المبحث الثاني)**، لتتجلى بوضوح، من خلال هذا الفصل، العلاقة التنازعية بينهما و التي تفصل، في الغالب، لمصلحة قانون المنافسة لأنه يؤسس نظاما عاما اقتصاديا.

المبحث الأول: تدخل قانون المنافسة في القواعد العامة للعقد

تكمن صلة الربط بين قانون المنافسة و القواعد العامة للعقد، في النظام العام التنافسي[162]. حيث تسمو قواعد المنافسة على القواعد العامة للعقد، لأنها تهدف

---

[159] CF. m. Chagny. Th. Op.cit., P.252. n°241.

[160] يفترض هذا القرار الممارسة المسماة exception d'alignement والتي تبرر التمييز داخل منطقة جغرافية ما يستطيع مقاومة المنافسة، فيقوم المورد بإفادة الموزع من شروط بيع أحسن من تلك التي يستفيد منها موزع مماثل في منطقة نشاط مجاورة.
CF. D. Ferrier. Droit de la distribution. Op.cit., pp.130-131. N°262.

[161] يصف الفقه هذا التأثير بعبارات مختلفة:
Les auteurs F.Dreifuss-netter & M.Malaurie-Vignal décrits le rapport entre le droit de la concurrence et le droit commun des obligations par les termes de « contraintes » et de « conflits ».CF F.Dreifuss-netter. Préc.. p.369 : M.Malaurie-vignal droit de la concurrence et droit des contrats. Préc.. p.52 : B.Fages & J.Mestre évoquent à propos du concurrence « un Droit nécessairement perturbateur du droit commun. Un corps de règles très directives qui fait peser sur le contrat une fortes contrainte ».CF. B.Fages J.Mestre. préc..p. 72 : M .Chagnal utilise le terme d'empiètement pour décrire l'impact du droit de concurrence sur le droit des contrat. CF. M.Chagny.Lempiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrat..PR2C.. P. 861.

[162] Cf.Ph.Malaurie. La notion d'ordre public économique. Préc..p.49 et s. :
"إذا كان الهدف و المبدأ الأساسي في العلاقات التعاقدية هو الحرية، فان هذه الأخيرة تجد احد ضوابطها في القيام بالحرية الأخرى، تلك المتعلقة بالحرية التنافسية..و عمليا فان هذا الدور الذي تنهض به قواعد المنافسة (تحديد الحرية التعاقدية) لا يجد أساسا له إلا في قواعد تكيف على أساس أنها من النظام العام. إن فكرة النظام العام الاقتصادي يمكن اعتبارها نقطة التقاء بين النظرية العامة للعقود وقواعد المنافسة ". محمد تيروسي، فكرة النظام العام الاقتصادي كنقطة التقاء بين قواعد المنافسة و الحرية التجارية، مجلة مخبر قانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، عدد 2007/04،ص.177.

لحماية السوق باسم المصلحة العامة، ولهذا لا يمكن أن يفلت العقد من تأثيرها. ويبدأ هذا التأثير عند تكوين العقود، ليضع قانون المنافسة بصمته على الحرية التعاقدية، ثم إبطال المشارطات التعاقدية و إدخال الغير في العلاقات التي تعتبر تقليدية. إذن العلاقة بين قانون المنافسة و القواعد العمة للعقد هي علاقة تنازع، قد تؤدي إلى إعادة النظر في الكثير من العقود، على الرغم من كونها صحيحة وفق القواعد العامة. سنبين كيف تتغلب قواعد المنافسة على القواعد العامة للعقد، عندما نكون بصدد الحرية التعاقدية، القوة الإلزامية للعقد وأثره النسبي.

و لان اتفاقات التوزيع –التي تخضع للقواعد العامة مثل كل العقود-، تعبر عن أي عمل اقتصادي قد يمس بالمنافسة، فهي تخضع لقانون المنافسة، لأنها تقيد في الغالب المنافسة، و بالتالي تمارس عليها الرقابة[163].

المطلب الأول: التقييد الواقع على الحرية التعاقدية

سنضيف بموجب قانون المنافسة، قيدا جديدا على الحرة التعاقدية. وليس في الأمر أية حداثة، طالما أن كل المشرعون و الفقهاء متفقون على انه "ليست الحرية التعاقدية أبدا مطلقة، بل قد تصطدم مع قواعد عامة" وان "الحرية التعاقدية، و إن كانت تعبر عن سلطان الإرادة، فإنها تنتهي عندما يبدأ النظام العام"[164]. لسنا إذن بصدد التشكيك في المبدأ، بل نؤكد عليه. فمهما كان العقد مجموعة من القواعد الخاصة تنسجها إرادة، إلا أنها مقيدة، لا يمكنها أن تتطاول على الأمور المعتبرة من النظام العام.

و إن تم الاتفاق على هذه المسالة، يبدو أن القواعد العامة للعقد تقبل في ذاتها التقييد الحرية التعاقدية بواسطة النظام العام، ففي هذا المستوى، لا جديد يذكر. إنما نريد أن النظر إلى هذا الدخيل ضمن الترسانة التشريعية منذ1995، و مع ذلك لم نتفطن إلى الانقلابات التي أحدثها قانون المنافسة و التي تفرض إعطائه من اهتماماتنا و مركزا في دراساتنا.

ولن نتجرأ إذا قلنا أن خضوع العقد للنظام العام، الذي تمليه قواعد المنافسة، له طابعا حديثا[165]. حيث لم يظهر النظام العام التنافسي، كصورة عن النظام العام

---

[163] CF. R.Fabre. La nature juridique des réseaux. Revue Lamy droit des affaires .2005.Chr n°79.p.24

[164] CF.M.6A.Frision-roche.Contrat. Concurrence. Régulation. Préc.. p.456.

[165] « l'ordre public issu de droit de la concurrence .spécialement communautaire. Et de la consommation prend plus souvent en considération l'effet du contrat . que le contenue abstrait de l'échange des consentements. A cet égard. La nullité classique- sanction de règle de formation- n'est pas adapté à cet ordre public nouveau » cf.Ph.Malaurie L.Aynès & Ph. Stoffel-Munk. Préc.. p. 313.n°646 M « il convient. En effet, d'affirmer que à violation des règles de concurrence constituait

الاقتصادي، الذي يغذيه المبدأ الجديد: حرية المنافسة والأسعار، ابتداء من سنة 1995، التي كانت سنة قطيعة لتدخل الدولة في الأمور الاقتصادية وتنظيمها للأسعار، نتيجة لانتقال الجزائر لنضام اقتصاد السوق.

فلم تتخيل الدولة كليا عن دورها في رقابة السوق والاقتصاد، بل تركت مجالا لتدخلها بتأسيسها لنظام اقتصادي يقوم على حرية المبادرة الخاصة وتقييدها بنظام عام، يهدف لتفادي الإخلال باستقرار السوق قواعده: أي المنافسة.

إذن، لقانون المنافسة تأثير على الحرية التعاقدية، لأنه أصبح يفرض إبرام بعض العقود عندما يتعلق الأمر بحرية إبرامها. و من جهة أخرى، يمنع إتمام العقد عندما يتعلق الأمر بحرية إبرامه **(الفرع الأول).** و على حرية مضمون العقد وفق مشيئة المتعاقدين ان تتحمل، هي الأخرى، تأثير النظام العام التنافسي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: حرية التعاقد

ما بقي من حريتي التعاقد و عدم التعاقد، عندما تدخل قانون المنافسة في الإرادة التعاقدية و منعها تارة من إبرام بعض العقود و فرض عليها تارة أخرى إبرامها؟ تقتضي منا الإجابة على هذا التساؤل، العودة لكل الأمور التي تم منعها سواء في الأمر 03-03 المعدل و في قانون 04-02، لنلاحظ كيف يمكن منع إبرام العقود خلافا للإرادة التعاقدية **(البند الأول)** و جبرها على إبرام العقود باسم المصلحة العامة **(البند الثاني)**.

البند الأول : نقض الإرادة التعاقدية

يناقض منع الاتفاقات و الأعمال المدبرة والتعسفات في وضعية الهيمنة على السوق برقابة عمليات التجميع في أمر03-03 الإرادة التعاقدية ،التي تريد إبرام اتفاقا بنقص من استقلالية المشاريع المعنية به أو عملية تقارب تنقص من عدد المشاريع المتنافسة في السوق . و لأن العقود تكون، في الغالب، سندا لهذه الاتفاقات والتكتلات، يتعين تقدير صحتها بالنظر لقانون المنافسة و ذلك لحاجات حماية المنافسة، عندما يتم عبر هذه العقود الإخلال بها.

أولا : في منع الاتفاقات والتعسفات في وضعية الهيمنة

تمنع المادة 6 من أمر 03-03 المعدل الاتفاقات و الأعمال المدبرة . و هي تمس بحرية التعاقد، لأنها تمنع إبرام العقود التي تخفي مثل هذه الاتفاقات، إذا كانت تخل

---

bien la violation d'un ordre public nouveau avec toutes les conséquences qui devaient être attachées a une telle fonction .même dans les rapports individuels des parties au contrat.

بقواعد المنافسة. ويتعلق المنع بكل الاتفاقات التي تؤدي – بحسب تعبير المادة- إلى: الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيه، 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 انخفاضها، تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركات التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة، إخضاع إبرام العقود مع الشركات لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية ، السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصفية للمنافسة .حاب هذه الممارسات المقيدة. و بنفس الصياغة ، أورد المشرع في المادة 7من ذات الأمر، من على تعسف في وضعية الهيمنة على السوق.

تخفي بعض العقود التي يظهر أنها مشروعة ، إذا إكتفينا بتحليلها وفق القواعد العامة للعقد ، اتفاقات عطل قواعد المنافسة، حيث يستعمل أعضاء الاتحاد وسائلcarte قانونية ، لتحقيق غايات منافية للمنافسة.
مع ذلك، لا يظهر الاضطراب الذي تلحقه العقود – ركيزة اتفاق ممنوع أو تعسف في وضعية الهيمنة – بالمنافسة، إلا بعد تحليل دقيق للمشارطات والسلوكات، أي فحص مضمونها الذي يظهر إن كان من شأنها إحداث آثار منافية للمنافسة. وإذا تحقق هذا التأثير، يتم إبطالها، و من ثم شل مفعول الرادة التعاقدية التي تسعى لمخالفة منع الممارسات المقيدة للمنافسة.

والشيء الملفت للانتباه ، أن تطبيق قانون المنافسة عليها قد يوصل لنتائج مختلفة . أن صحة العقود التي تنتج وفق القواعد العامة للعقد، لا تكون كذلك بالضرورة وفق قواعد المنافسة . بل أكثر من هذا، حتى لو كان التصرف مشروعا ، الا أنه بفعل آثاره المدنية على المنافسة يتم إدانته، كما لو تضمن العقد المعد من قبيل مشروع يحتل وضعة الهيمنة على السوق، مشارطة تحديد المسؤولية أو اتفاق توزيع منظم . فلأن المشارطة تعزز قوته بالمقارنة مع منافسيه أو تؤدي لغلق السوق، يتم منعها في إطار الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق.

إذن، نحن يصدد قواعد تتحكم في الإرادة التعاقدية وتمنع الاتفاق على كل ما يخالف هدف إرساء المنافسة في السوق.

ثانيا : قي رقابة التجميعات

النظام رقابة التجميعات المؤسس بموجب المواد 15 وما بعد من أمر 03-03 تأثير على الحرية التعاقدية. و تكفي العودة للنصوص التي وضعها المشرع في هذا المجال، لتبيان المدى الذي قد تصل إليه درجة المساس بالحرية التعاقدية.

فإذا انتهي مجلس المنافسة و هو يمارس رقابته الإجبارية[166] على عمليات أو مشاريع للتجميع، أنها تمس بالمنافسة، أصدر قراره برفض إتمامها. و هو مايعني منعا مسبقا العقود[167] المؤدية للتجميع، لأن الرقابة تتم قبل انجازها و أن القيام بعملية التجميع، يتوقف عن قرار مجلس المنافسة. و يمتنع الأطراف، خلال فترة الرقابة ، عن إتمام العملية[168] كما يعتبر رفض ترخيص عملية التجميع أقصى درجات المساس بحرية إبرام العقد لأنه يفترض منع إبرام العقود التي تؤدي للتكتل[169] .

أما ترخيص التجميع وفق شروط[170]، فهو أيضا يمس بالحرية التعاقدية، لكن يشكل مختلف ، إذ أنه يبقي على العقد ، لكنه يجري عليه بعض التعديلات . و في دائما اعتداء على إرادة المعنيين بالعملية ، لأنه يقتضي تنازلا رغم المخطط الذي رسمته الإرادة التعاقدية و هو ما قد يجعل التجميع غير مفيدا ، مثلما كانت توقعه هذه الإرادة.

البند الثاني : إلزام الإرادة التعاقدية

ليست الحرية التعاقدية، كما تصورها القانون المدني[171] مطلقة، بل ترد عليها قيود. وإن كان المتعاقدون أحرارا في عدم التعاقد، إلا أن قانون المنافسة يحد من حريتهم عبر معاقبته لممارسة رفض البيع. وليس من قبيل التجاوز القول بأن قانون المنافسة يشكل قيدا مباشرا، عندما أسس ما يسمى بالعقود المفروضة[172]. وبما أن قانون المنافسة يهتم بالعلاقات العمودية (بين غير المتنافسين) الأفقية (بين المتنافسين)، يتعين أن نفق أيضا عند وضعية من يطلب السلع. وفيها يظهر أنه لا يمكن فرض

---

166 تلزم المادة17 من الأمر 03-03 المعدل المعنيين بعملية التجميع أن يقوموا بتبليغها لمجلس المنافسة ليرخصها. مع الملاحظة انه يجب ان تتوفر شروطا في التجميعات التي يتعين أن تخضع للرقابة. و تتمثل في الحصة التي تتجاوز 40 بالمائة من المبيعات او المشتريات المنجزة في السوقو المساس بالمنافسة.

167 تذكر المادة 15 من الأمر 03-03 المعدل العقود من بين وسائل اكتساب الرقابة المباشرة أو غير المباشرة على كل أو جزء من مؤسسة ما

168 راجع المادة 20 من الأمر 03-03 المعدل.

169 لمجلس المنافسة حسب المادة 19 من الأمر 03-03 المعدل أن يتخذ قرار سلبيا بخصوص التجميع، بعد اخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع.

170 تجيز المادة 2/19 من الأمر 03-03 المعدل لمجلس المنافسة أن يرخص التجميع وفق شروط من شأنها أن تخفف آثاره على المنافسة. كما يمكن للمعنيين أن يتعهدوا باتخاذ تدابير تخفف من آثار التجميع السيئة على المنافسة.

171 CF.H..L. & J.Maeaud. & FChabas. Leçons de droit civil. T.II. Premier volume obligations. Théorie générale. 9eme éd.. DELTA.LGDJ. 2000. P.105 N° 118 et s. J.Flour , J. L. Aubert & E.Savaux. op. cit.. p.68. n°124 et S.

172 CF.H.L.& J.Mazeaud. & F.Chabas. op. cit. p.108. n° 121 ; M.Chagny. th. Op.cit. p. 293.n°286 et S.

التعاقد، لأن حرية اختيار المتعامل الذي نشتري منه لا تؤثر على السوق. ومع ذلك، في بعض الحالات، يكون التقييد من هذه الحرية ضروريا، وإلا أدت للتقييد بالمنافسة.

أولا: نحو فرض التزام عام بالتعاقد

يشكل المنع المبدئي لفرض البيع طبقا للمادة 15 من قانون 04-02 اعتداءا على حرية التعاقد، وذلك من الزاوية التي ينظم فيها قانون المنافسة العلاقات بين المتعاملون(الموردون و الموزعون)[173]. ووفق بعض الشروط، قد تلحق ممارسة رفض البيع الضرر بالمتنافسين، لهذا جاءت المادة 15 لتؤسس نوعا من الالتزام بالتعاقد، كما أن الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة تفرض هذا الالتزام. فنحن أذن بصدد فرض إبرام العقود من خلال منع رفض البيع، حتى لا يتم إقصاء المنافسة باسم حرية عدم التعاقد.
فقد يتم، في العلاقات العمودية بين المورد والموزع، عقد اتفاق توزيع منظم. وهنا لإثارة منع الاتفاقات، يمكن التمسك برفض التعاقد الناتج عن شبكة التوزيع المنظم، التي تجعل السوق مغلقا و تقصي المتنافسون. فهي تؤدي لرفض التعاقد مع الغير الذي يريد الحصول على السلعة من لدن الأعضاء شبكة التوزيع والغير الذي يلتمس قبوله فيها. ولا يمكن، بالرغم من أن طبيعة هذه العقود تقتضي رفض بيع السلعة[174] وكونها مبنية على الاعتبار الشخصي. أن نسمح للمتعاملين تنظيمها بكل حرية، وإنما يتوقف اختيار المتعامل على تحقق من بعض الشروط، حتى يكون الرفض مقبولا وبهذا، لا تفلت حرية اختيار المتعامل من تدخل قانون المنافسة.

إذ يخضع البائعون في التوزيع الانتقائي لمعايير موضوعية و كيفية، ة كونه ضروريا للتوزيع الملائم للسلع المعنية وليس من شانه، أن يهدف أو يرتب إقصاء طريقة أو طرق خاصة للتوزيع وأن لا يتم إعمال هذه المعايير بشكل تمييزي. لقد وصل القضاء[175] في فرنسا إلى تقييد اختيار المترشح المرسوم بالطابع الشخصي، من حيث وجوب تبرير رفضه بصفة موضوعية، لاسيما من ناحية التأهل ومركز البيع الذي يحوزه الموزع المعد من شبكة التوزيع. وفي هذا المجال، لايتردد هذا القضاء في إعلان أن"شبكة التوزيع الانتقائي و لا تفترض وجود علاقات مبنية على

---

[173] CF. D.Ferrier & D.Ferré. La réforme des pratiques commercial (loi n°2008-776 du 04 août 2008).D. 2008. Chr.. p. 2234.

[174] لا ننسي انه إذ وجد ما يبرر رفض البيع، فلا تجد المادة 15 مجالا لتطبيقها. ومن هذه المبررات وجود اتفاق مشروع في نظر المادة 9 من الأمر 03-03، بحيث يصبح البيع مشروعا بوجود شبكة توزيع ناتجة عن اتفاق بين المورد و الموزع، و من ثم يمكن للأول أن يرفض البيع في مواجهة موزع لا ينتمي للشبكة.

[175] COM. 21/10/1997. Cet arrêt sanctioone. Au visa de l'art.7 de l'ordonnance 1986 a(art L. 420-1 C.com. une décision ayant estimé fondé un refus d'agrément opposé a une grand surface le motif invoqué. Estime la haute juridiction. « général et erroné ». cité par M.Chagny. th.. op. cit.. p302. Réf. N°84.

الاعتبار الشخصي بين المورد و البائعين"[176]. على انه يمكن تخفيف هذا الحكم ، لأنه ينكر الاعتبار الشخصي فقط في شكله الذاتي، فطالما أن اختيار المتعاقد يتم وفق معايير، فلا يختفي الاعتبار الشخصي من عقود التوزيع الانتقائي، بل يصبح تقديره موضوعيا[177].

ويسمح منع الاتفاقات متابعة رفض التعاقد بمناسبة عقود توزيع انتقائية. لا تستجيب معايير الانتقاء فيها لضرورات التسويق الملائم للسلعة أو توزيعها الجيد. و مثلها أن يكون بيع السلع مرتبطا بحد أدنى من العلامات المماثلة أو المشابهة لموردين متنافسين[178].

ثانيا : التقييد بحرية طالب السلع أو الخدمات

نعالج الآن حالة العون الذي يطلب السلع أو الخدمات: أي الموزع، فهل يمكن

على أساس رفض البيع؟إذا كان رفض التعاقد الصادر من المورد يمس بحرية تحول الموزع الى السوق، فعلى العكس، لا يمكن إدانة رفض التعاقد الصادر من الموزع، لأن الاختيار الحر يلعب دورا أساسيا في اقتصاد السوق. وإن كان رفض تعاقد يعيق تطور العلاقات، إلا أن رفض التعاقد الصادر ممن يطلب السلع أو الخدمات، يدخل في صميم المنافسة و يحرض الموردين على التنافس في الأسعار الجودة. كما أن تغيير المتعامل هو من مقومات المنافسة، لأنه يتجنب سلبيات الأوضاع المكتسبة ويسمح دخول متعاملين آخرين للسوق[179] .

فالمورد أو المنتج الذي يرفض بيع سلعه أو خدماته يعرقل نشاط الزبون، وهو ما أثار سلبية على السوق[180] . في المقابل، يتمتع الموزع بحرية اختيار السلع التي يعرضها للبيع . والأمر كذلك، عندما يكون طرفا في تجمع شراء يهدف الحصول أعلى أحسن الشروط . غير أنه عندما " تلحق الممارسة المجبرة (لهذه الحرية) مبررا جسيما بالأعوان الاقتصاديين : موردين أو مستهلكين " يتعين تقييدها[181].

و هو ما يسمح به الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة ،فهي تراقب الممارسات المرتكبة من قبل المساحات الكبرى للتوزيع و تجمعات الشراء، ولاسيما

---

[176] COM. 04/05/1999. Cité par M.Chagny. th.. op.cit.. p.302. n°293.

[177] CF. M.Chagny. th.. op. cit.. p.302. n°293 : M.Behar- Touchais & G.Virassamy. op. cit p.288. n°577.

[178] CF. D.Ferrier. op. cit.. p.2050.n°533.

[179] CF. m.Chagny. th op.cit.. p.305.n°296.

[180] G.Virassamy et M.Behar-Touchais: dans les réseaux integers. « la stratégie commerciale…est dirigeé directement vert le consommateur. Le distributeur tente de séduire le consomateur. Graçe a l'image de réseau. La qualité des produits. Etc.. la pratique est vertical du début à la fin. Et et elle donne lieu le plus souvent à une domination du fournisseur qui a la puissance de vente au distibuteur. A L'inverse. Dans la grande distributeur ». CF. M.Behar-Touchais & G.Virassamy. op.cit .p.770 n° 1403.

[181]CF. M.Chagny. th.. op.cit.. p.306. n°296.

ممارسة عدم الذكر في القائمة. وهذه الممارسة هي في الأصل مشروعة و لا تدان إلا استثناءا،مثلا بوجود "ضغوطات على الموردين ، تتجاوز تلك التي تميز طبيعيا العلاقات التجارية ، و تهدف .. لعرقلة التوريد... لموزعين أو شبكات توزيع منافسة[182].

هذا و أن إرادة العون الاقتصادي المعني تخضع لقانون المنافسة ، سواء في وقت الدخول في العلاقات التجارية ، عندما يتم إعداد القائمة و رفض ذكر مورد ما أو عندما يرد وضع حد للعلاقة. حيث لا يمكن المرور على قرار إنهاء علاقات مسبقة، دون تشخيص دوافعه،لاسيما إن كان متعلقا بشروط تجارية غير مبررة و قابلها المتعاقد الرافض.في هذه الحالة يمكن مواجهة عدم الذكر في القائمة، إما على أساس التعسف في وضعية الهيمنة على السوق أو الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية.

فكل هذا،يقيد بالحرية التعاقدية، في شكل إعداد نموذج مسبق للعلاقات التعاقدية. ان القراءة الموسعة لقانون المنافسة تسمح إدانة ممارسة رفض البيع، وبصفة عامة رفض التعاقد، سواء صدر الرفض من المورد أو من الموزع أو تحقق الرفض أثناء الاتصال الأولى أو عبر قرار إنهاء العلاقات المسبقة، إلى درجة أنه قد تتلاشى إرادة الامتناع عن التعاقد، كمظهر للحرية التعاقدية، أمام الالتزام بالتعاقد[183].

الفرع الثاني :حرية تحديد مضمون العقد

تقتضي الحرية التعاقدية أيضا، ترك المتعاقدون أحرارا في تحديد مضمون العقد. حيث ترجع إليهم مهمة تحديد بنوده و تضمينه المشارطات، وفق مشيئتهم و ما يحقق مصالحهم. غير أن قانون المنافسة يتضمن أحكاما من شأنها منع المتعاقدين من اختيار مضمون ما و تفرض عليهم أحيانا أخرى، إتباع مضمون ما . فهو يشكل بذلك قيدا قانونيا[184]مهما على حرية تحديد مضمون العقد.

لقد أوجد هذا التقييد من حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد ما يسمى بالعقد المفروض و يقابله العقد الممنوع[185]. وهنا تتراجع الإرادة التعاقدية وتبرز الإرادة

---

[182] CF. M. Chagny. Th.. op.cit.. p.306. n°296.

[183] CF. M.Chagny. th.. op.cit p.306. n°296.

[184] Comme l'écrit D.Brault : de l'interdiction du refus de vente. On en est venu l' obligation de fournir. Cf. D.Brault. droit et politique de la concurrence. Op. cit..p.463

[185] حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد وفق مشيئتهم ليست مطلقة. في هذا الصدد كتب – M.Fabre Megnan: ليست القيود القانونية الواردة على حرية تحديد مضمون العقد سلبية فقط(منع مضمون ما). فقد يحدث اليوم لاسيما في قانون حمايية المستهلك، ان يفرض المشرع على المحترف مضمونا معينا يلزم بمقتضاه المحترف ادراج مشارطات تحمي المستهلك، خصوما مشارطات تذكر هؤلاء بحقوقهم.

CF.M.fabre- magnan. Les obligation.PUF.2004 p.52. sur les autre limites à la libre détermination de contenu de contrat.

التحكمية للمشرع،إما بفرض شروط العقد أو منع إدراج بعض البنود. وعليه سنوضح أثر قانون المنافسة على حرية تحديد مضمون العقد من حيث رقابة الأسعار (**البند الأول**) و من حيث رقابة المشارطات و البنود التعاقدية (**البند الثاني**).

البند الأول: تحكم قانون المنافسة في مضمون العقد: رقابة الأسعار

من بين أنظمة لرقابة الأسعار[186] اختار المشرع في الأمر 03-03 [187]ترك المتعاملون أحرار في تحديدها،حيث تقرر الأولى من المادة 4 منه مبدأ حرية الأسعار و تخليها عن نظام التسعير، إلا أن المشرع احتفظ بإمكانية التدخل فيها، إن كان هناك مجال لإعمال الاستثناءين المذكورين في المادة5 من الأمر ذاته ، ذلك هو القيد الذي يقع على حرية الأطراف في تحديد أسعار السلع أو الخدمات، وبمقتضاه لا لحق الحرية هؤلاء بخصوص الأسعار، عندما : -تقتن الدولة أسعار و الخدمات التي تعتبرها ذات طابع استراتيجي[188] ،

-تتخذ الدولة تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديد الأسعار في حالة ارتفاعها المفرط، بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أ, في حالات الاحتكارات الطبيعية . و تتخذ هذه التدابير الاستثنائية بموجب مرسوم لمدة أقصاها06 أشهر[189].

لم يتم التخلي إذن عن نظام التسعير بصفة مطلقة، لأن العبارات المرنة و الواسعة الواردة في هذا النص ، تمكن الدولة من وضع يدها من جديد على الأسعار[190]. ومادام الأمر يتعلق باستثناء على مبدأ حرية الأسعار،يبقي مجال تطبيقه محصورا على الحالتين ووجوب تفسير الضيق.

---

186 يمكن لتمييز في القوانين التي تنظم الأسعار، بين تلك التي تمحي الإرادة التعاقدية و تلك التي تكتفي برقابتها. بطريقتين الأولى نظام التسعير la taxation و هو نظام ينفي تماما الإرادة و يمس التنظيم، مستوى الإنتاج و التوزيع . و الطريق الثاني وفق نظام ارتفاع الأسعار le blocage des prix و فيه يتم تحديد السعر في المستوى الذي بلغه في وقت ما. هذا النظام، يمنع تكييف العقود الجارية و يحدد السعر في العقود المستقلة و قد يرافق نظام ارتفاع الأسعار نظام الزيادات le système de majoration بالمقارنة مع السعر الموقوف.

187 تجدر الإشارة أن الأمر 03-03 ليس سوى مرحلة من مراحل أخرى سابقة، تبين إحدى الطرق التي اتبعها المشرع في تنظيم الأسعار. فلقد تطور نظام الأسعار في الجزائر، بحسب النظام الاقتصادي المتبع ففي ظل نظام الاقتصاد الاشتراكي منذ 1966 إلى غاية 1989، كانت سياسة الأسعار تعتمد على تحديدها الإداري و كذا تحديد هوامش الربح على مستوى التوزيع بالجملة و التجزئة.

188 م بودالي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 513-514، أين يشير لمجموعة مراسيم متخذة بتطبيق الاستثناء.

189 و من بين الملاحظات التي يسجلها م.بودالي على هذه الحالة، أنها لم تبين عما إذا كان يمكن تنظيم الأسعار في انخفاضها المحسوس. م،بودالي، رسالة الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 514.

190 يلاحظ أن الأسعار مازالت من اهتمامات الدولة وهذا ما نلمسه من خلال إراداتها في تعديل قانون المنافسة مرة أخرى،لتضحي بالحرية كلما تعلق الأمر بالأسعار. فالدولة تريد أن تدخل للحد من ارتفاع الأسعار و تسقيف ربح هوامش المواد واسعة الاستهلاك ومنع التعسف في استعمال حرية وتحديد هوامش الربح على البيع بالجملة والتجزئة و التدخل لتخفيض الرسوم الجمركية و ضريبة القيمة المضافة لأسعار المواد المستوردة. . م،بودالي، رسالة الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 516.

وعندما نقرأ في المادة 4 من أمر 03-03ما يلي : " تحدد بصفة حرة أسعار السلع و الخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة "، نفهم أنه يعود إلى الإرادة التعاقدية مسألة تحديد السعر في العقد ، لكن لهذه الرادة أن تتعدى على قواعد المنافسة . حيث تتوقف المنافسة عندما تنتج الأسعار عن ممارسات مقيدة للمنافسة أو ممارسات غير شرعية[191]. وهو القيد الثاني الذي يضيفه قانون المنافسة على حرية الإطراف في تحديد السعر،لأنه يتضمن قواعد من شأنها ممارسة الرقابة على الأسعار[192] .

حيث و ان كان المشرع في السابق[193] يهتم بتنظيم الأسعار في ذاتها ، إلا أنه تراجع اليوم و ترك هذه المسألة للإرادة التعاقدية . ومن وعيه أن هذه الإرادة قد تبتعد عن ممارسة الأسعار الحرة والتنافسية، احتفظ بمهمة رقابة الأسعار، من خلال الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة و تلك التي تمنع بعض الممارسات التجارية المتعلقة بالأسعار في قانون 04-02. ذاك هو إذن التقسيم الذي سنعتمد عليه لنبين مدى تحكم هذه القواعد في الأسعار و كيف تحققت بمقتضاها رقابة الإرادة التعاقدية في مجال الأسعار.

أصبح إذن قانون المنافسة يتدخل في المسائل التي تعد في القواعد العامة للعقد،من قبيل المسائل التي تعود للحرية التعاقدية و مشيئة المتعاقدين، ليتجسد مرة أخرى تحكم قانون المنافسة في مضمون العقد[194]، لأنه يخرج مسألة تحديد الأسعار من نطاق الإرادة.

أولا : التحكم في الأسعار عبر منع الممارسات المقيدة للمنافسة

سيتم بحث تأثير قانون المنافسة على حرية المتعاقدين في مضمون العقد من زاوية الأسعار[195].و إن كان المبدأ المعمول به هنا و المقرر في المادة4 من أمر 03-03 هو حرية الأسعار، إلا أن الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة أوجدت كفيلة بمراقبة الأسعار.

---

[191] م، بودالي، رسالة الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 513-514، أين يشير لمجموعة من المراسيم متخذة بتطبيق هذا الاستثناء.

[192] و من الملاحظات التي يسجلها على هذه الحالة، أنها لم تبين عما إذا كان يمكن تنظيم الأسعار في حالة انخفاضها المحسوس. . م،بودالي، رسالة الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 514.

[193] يلاحظ أن الأسعار مازالت من اهتمامات الدولة وهذا ما نلمسه من خلال إراداتها في تعديل قانون المنافسة مرة أخرى،لتضحي بالحرية كلما تعلق الأمر بالأسعار. فالدولة تريد أن تدخل للحد من ارتفاع الأسعار و تسقيف ربح هوامش المواد واسعة الاستهلاك ومنع التعسف في استعمال حرية وتحديد هوامش الربح على البيع بالجملة والتجزئة و التدخل لتخفيض الرسوم الجمركية و ضريبة القيمة المضافة لأسعار المواد المستوردة. . م،بودالي، رسالة الدكتوراه، المرجع السابق، ص. 516. (الملحق رقم 02)

[194] CF.H.Narayan-Fourment. Th.préc.. p.143. n°190

[195] « en matière de prix. Les limites apporteés par le droit de la concurrence sont orienté vest le maintien d'une certaine concurrence mais aussi vers un control certain de l'inflation » CF.H.Narayan-Fourment. Th.. op.cit.. p. 143. N° 191. P.330. n°323 et S.

ويتلاقى قانون المنافسة والقواعد العامة للعقد في اهتمامهما بمسألة الأسعار، لكن إذا كانت أحكام العقد لا تنظمها تاركة إياها للإرادة، فعلى العكس يعطيها قانون المنافسة مكانا مهما وينظمها بأحكام خاصة.

من هذه الأحكام الخاصة ، نذكر قواعد أمر 03-03 التي تهدف لعدم استعمال الأسعار للقضاء على المنافسة و المتنافسون.فالأسعار،مجال يمكن للمتنافسون استعماله في محاولاتهم المستمرة لجلب العملاء، لذلك تحرص قواعد المنافسة على دعم استعماله كوسيلة لنيل من المنافسة. و المشرع في هذا الأمر لم ينظم و لم يتدخل في السعر في حد ذاته ،إلا إذا كان يمس بقواعد المنافسة، لأنها في نظره هي التي تضمن اعتدال الأسعار و عدم استعمالها للأضرار بالمستهلكين.

إذن، لم يعد هناك من داع للتنظيم التحكمي[196] للأسعار ،مادام أن المحيط التنافسي يضمن الأسعار التنافسية ، لأن السعر ما هو في هذه الحالة، سوى نتاج معادلة اقتصادية : إلا سوى نتاج معادلة اقتصادية : الغرض والكلب و للأطراف كامل الحرية في تحديد السعر في معاملاتهم. وهو المبدأ المكرس في المادة 4 الذي لا يتدخل في الأسعار إلا للحفاظ على المنافسة . و في السوق الذي تسود فيه قواعد المنافسة، يأخذ الأطراف في الاعتبار العروض المنافسة عند تحديد السعر، فالمبدأ هو كما في القواعد العامة للعقد، حرية تحديد السعر[197].

وحتى لا يتم إبعاد المتنافسون من السوق بواسطة الأسعار، يتعين رقابة الأسعار المرتفعة، المنخفضة والمختلفة. و على ما يبدو ،يضمن منع الممارسات المقيدة للمنافسة القيام بهذه الرقابة.

إذ تتشابه المادتين 6و 7 من أمر 03-03 من حيث الممارسات التي تؤدي لإدانة المتعاملين، إما على أساس الاتفاقات الممنوعة وإما على أساس التعسف في وضعية الهيمنة على السوق. فقد تخفض الأسعار للحد من دخول المتنافسين الاحتماليين للسوق أو القضاء على المنافسة المتواجدة. ويتحقق ذلك من خلال ممارستي السعر القناص[198] وحسوم الوفاء.

---

[196] و يقصد هنا الفترة السابقة لأمر 95-06. حيث تبعا لنظام اشتراكي السائد، كانت الدولة تتدخل كليا في الأسعار، و للتدليل على هذا التدخل، نشير لأمر 75-37 المؤرخ في 1975/04/29 المتعلق بالأسعار و قمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار.

[197] Les auteurs B.Fages & J.Mestre évoquent « l'emprise structurelle » exerceé par le droit de la concurrence « sur la liberté de définir le contenu du contrat ». CF B.Fages & J.Mestre. .préc.. p. 77 « la liberté contractuelle estannihilée lorsque le droit de la concurrence réglemente autoritairement le contenu des des conventions. Tandis qu'elle est amoindrie lorsqu'il contente de mettre les accords sous surveillance. Les contractuelle peuvent aussi. M.Chagny. th.. op.cit.. p 323. N° 316 : L.Leveneur. préc.. p.682.

[198] إذ تهدف قواعد المنافسة إلى تحقيق أسعار تنافسية و تحقيق رفاهية المستهلك.

ففي الممارسة الأولى، يتعمد المشروع المهيمن على السوق أو المشاريع المعنية بالاتفاق إلى البيع بأقل من سعر التكلفة [199]. وبهدف ردع المنافسة بل و حتى إقصائها،تقوم المشاريع المعنية بالاتفاق أو المشروع المهيمن بتخفيض[200]مؤقت و مصطنع للأسعار في مواجهة منافس جديد يمارس أسعارا تنافسية. وعندما يتم إقصاؤه، يعاد رفع الأسعار التي لم تكن لتمارس لو لم يتم إقصاء المنافس. تؤدي هذه الممارسة بالمشروع الذي يمارسها،إلى تراكم الخسارة الممكن أن يتفادها ة التي لا تتلاءم مع مصلحته الخاصة، إلا إذا تاق لتعويضها بالأرباح التي سيحققها إذا أقصى المنافس ورسخ وضعيته المهيمنة[201]. أي أنها أسعار مرتفعة عن تكاليف الإنتاج،لتعويض الخسارة المسجلة على اثر ممارسة سعر القناص. وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن إثبات أنه رغم كون السعر منخفضا، إلا انه ليس سعرا قناصا،لأنه لا يترجم إرادة الإقصاء . إذ يمكن تبرير السعر المنخفض مثلا بقرب صلاحية السلع وبطابعه المؤقت[202].

ثانيا: رقابة الأسعار عبر الممارسات التجارية الممنوعة في قانون 04-02

تضمن قانون 04-02 قواعد تسمح رقابة الأسعار، و هنا أيضا منع المشرع بعض الممارسات التي تؤدي لارتفاع الأسعار أو انخفاضها أو اختلافها.

قد جاء قانون المنافسة لضمان انخفاض الأسعار، غير أن المادة 19 من القانون المذكور أوردت قيدا على تخفيض الأسعار، لما منعت البيع بالخسارة وضيقت من سعر المناداة وكأن المشرع تدخل ليضع السعر الأدنى المسموح به والذي يجب أن يقل عن حد البيع بالخسارة. وهو ما يعد تدخلا مباشرا في تحديد السعر في العقود. ويتم في سعر المناداة تخفيض أسعار سلع غير موجودة في الحقيقة أو موجودة بكمية قليلة، ومن ثم تستعمل سلع معروفة لشهرتها، كطعم لبيع سلع أخرى بأسعار مرتفعة، يحقق من خلالها من يمارس سعر المناداة أرباحا معتبرة.

---

[199] ما أدى إلى فشل التنظيم ألتحكيمي للأسعار، أنه تدخل في هذه الأخيرة تكاليف الإنتاج و التموين، و هي تكاليف لم يأخذها تنظيم الأسعار في الاعتبار، مما جعل السعر القانوني منفصلا عن السعر الاقتصادي. كما أن تنظيم الأسعار لا يستطيع وضع توازن بين العرض و الطلب، أمام واقع عدم قدرة المؤسسات الإنتاجية على الإنتاج و ندرة السلع. و النتيجة، كثرة المخالفات لتنظيم و ظهور الأسعار الموازية.

[200] CF. h.Narayan-fourmnet. Op.cit.. th.. p.165. n°226.

[201] « Est prédateur celui qui se livre a une prédation. C'est-à-dire celui qui se nourrit d'une proie… en matière de prix prédateur. Est le concurrent. Or le prix ne se nourrit pas du concurrent ! IL est le moyen pour l'agresseur de faire disparaitre le concurrent » CF.

[202] La cour de justice a précisé deux situation dans lesquelles la concurrence par les prix ne peux être considérée comme légitime en application de l'art. 86 de traité de Rome : « des prix inferieurs à la moyenne des couts variables(c'est-à- dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminé un concurrent doivent être considérés comme abusifs

أما البيع بالخسارة[203] يخفض أيضا الموزع أسعار بعض السلع دون الأخرى، ولقد اعتنت المادة 19 بتعريف معيار أو حد البيع بالخسارة، الذي يقل عن سعر تكلفة السلعة بقولها" يقصد بسعر التكلفة الحقيقي، سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء، أعباء النقل". ولم يكتف قانون المنافسة بمحاربة الأسعار المرتفعة أو المنخفضة، بل تدخل أيضا حتى عندما تكون الأسعار مختلفة بين العملاء، لما قد يؤدي ذلك إلى خلل أو توتر اقتصادي بين الزبائن الخاضعين لشروط مختلفة و عدم تعادل الفرص بينهم. حيث تشكل ممارسة الأسعار التمييزية[204] احد الشروط التعاقدية غير المقبولة عندما لا "تكون مبررة بمقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة". وبهذا الشكل تم التقييد من الحرية تحديد الأسعار عبر منع الممارسات التميزية. إن اشتراط[205] المقابل الحقيقي لجعل التمييز في الأسعار مبررا- بمفهوم المخالفة المادة 18- هو ضمان لبقاء مجال للإرادة التعاقدية و لحرية التفاوض حول مختلف العقود التي يبرمها الأعوان الاقتصاديون مع مختلف عملائهم. و أن تكييف السعر التمييزي يتحقق عندما يؤدي لعدم تعادل الفرص بين مختلف العملاء[206]. ومادام المشرع يضع مبدأ منع الممارسات التمييزية، فإنه و عندما يتعلق الأمر بالإثبات، فإنه يفترض كل تمييز غير مشروع و على الطرف الآخر(القائم بالتمييز أو المستفيد منه)، عبء إثبات وجود المقابل الذي يبرر المعاملة التمييزية. أما الطرف الذي يدعى التمييز، فيكتفي بإثبات أن وضعيته تماثل وضعية المتعاملين الآخرين الذين استفادوا من معاملة تفضيلية[207].

ويبقى أن إعطاء أمثلة[208] عن المقابل الحقيقي، متوقفة على المعنى الواجب إعطاؤه ل "حقيقي" و لطريقة تقدير "المقابل"، لأنه يحتمل تفسيرين. الأول، يتطلب ضرورة

---

[203] يتعين التفرقة بين البيع بالخسارة و ممارسة سعر القناص. فالسعر القناص سعر محدد ما دون التكلفة couts marginal بهدف زيادة خصص الشروع في السوق، على اثر إقصاء المنافس المتواجد أو ردع المنافسة الاحتمالية. تؤدي هذه الممارسة على المدى الطويل لارتفاع الأسعار، بفعل القدرة في السوق التي تم اكتسابها أو الحفاظ عليها. فالسعر القناص لا يرجع لمفهوم الخسارة، لأن من يمارسه يتنازل عن ربح مباشر بهدف الزيادة في ربح مستقبلي. و أن التنازل عن ربح مباشر لا يعني بالضرورة قبول خسارة، ولكن قبول ربح ضعيف. و عليه يتعين التفرقة بين ما إذا كان انخفاض الأسعار ملاحظا في سوق تنافسي أو بقصد إزاحة المنافسة لاحقا.
CF. L.Benzoni. les enseignement de l'analyse économique. Préc.. pp. 8-9.

[204] تضيف المادة 18 من قانون 04-02 و بنفس الشروط آجال الدفع، شروط البيع أو كيفيات بيع أو شراء تمييزي.

[205] بالإضافة لشرط عدم وجود المقابل الحقيقي، تشترط المادة L.442-6-1-1 من القانون التجاري الفرنسي شرط إحداث الممارسة التمييزية لمنفعة أو خسارة في المنافسة.أي أنها تمس بالقدرة التنافسية للزبون و تؤدي لإقائه.
CF.P.Arhel.op.cit., p.40. n°362 : H.Narayan-fourment. Th.. op.cit., p.253. n° 405.

[206] CF.Y. Guyon. Droit des affaires. Op.cit., p.928. n°869 ; d.drault, droit et polique de concurrence. Op.cit., p.165.

[207] CF. M.Chagny. th., op.cit., p.350. n° : H.Narayan-Fourment. Th., op.cit., p.250. n°401.

[208] ما يبرر مثلا اختلاف سعر البيع المتعامل به بين مختلف العملاء، تقديم هؤلاء بعض الخدمات لمورديهم، كتحمل نقل السلة أو القيام بعمليات اشهارية لصالح. أيضا، اختلاف كميات السلعة المسلمة دفعة واحدة وفي مكان واحد و أهمية هذه الكميات المسلمة في مكان أو عدة أمكنة خلال فترة معينة وانتظام التسليم، فكلها تبرر الاختلاف. تبرر أيضا الكميات المباعة جداول الفرق barèmes d'écarts التي تحدد أسعارا موحدة تتناقص بالقدر الذي تزيد فيه هذه الكميات.
CF.H.Narayan-Forment. Th.,op.cit.,p.250. n°402 et S.

وجود الفعلي للمقابل[209]، والثاني يتطلب رقابة عميقة، لأنه يفحص التناسب بين اختلاف المعاملة و المقابل[210]. وبين التفسيرين، يبدو أن الأول مستبعد، لأنه يجعل المنع عديم الجدوى. لذلك ينبغي أن يكون المقابل محسوسا و متعادلا مع اختلاف المعاملة، لأنه يجعل المنع فعالا. وبتطبيق مبدأ التناسب، يمكن اعتبار أن الخدمات تبرر اختلاف الأسعار، إذ يعوض الاختلاف، السعر الحقيقي الذي كان سيدفع فيما لو لم توجد الخدمة.

و نشير في الأخير أنه إلى جانب المنع المبدئي للممارسات التمييزية، فإنه يمكن دائما إدانتها على أساس الاتفاقات الممنوعة أو الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة أو وضعية التبعية الاقتصادية، شريطة مساسها بالمنافسة.

هناك إذن رقابة تمارس على التحديد الحر والاتفاقي للأسعار، وفي هذا المجال يلعب قانون المنافية دورا أساسيا. فالرقابة التي يؤسسها كل من الأمر 03-03 وقانون 04-02 تشكل الحد الضروري لحرية تحديد الأسعار وتصوب إلى تفادي التجاوزات، ومع ذلك يجب أن لا تكون مفرطة وإلا أصبحت الحرية وهما. إذ يأخذ انخفاض الأسعار في الاعتبار المشروع الذي يخفضها، ليتم مقارنتها مع تكاليفه و البحث عن الغاية منها. ولا يكفي ارتفاع الأسعار لوحده لتطبيق المنع، لأن تحقيق الربح أمر مشروع في اقتصاد السوق، لهذا يحب مقارنتها مع سعر السوق أو مع تلك التي تمارس ذاتيا أو مع عملاء آخرين.

البند الثاني: تحكم قانون المنافسة في مضمون العقد: رقابة المشارطات

لم تلفت حتى المشارطات المدرجة في العقود من الرقابة التي يمارسها قانون المنافسة على حرية المتعاقدين في تحديد مضمون اتفاقاتهم. ولأن خيال المتعاقدين في هذا المجال غير محدود، سنبرز المشارطات التي تخالف قواعد المنافسة وأيضا التوجيه العام الذي يتعين أن تخضع له كل المشارطات، عندما يتم تقديرها من زاوية قانون المنافسة، بتبيان المتطلبات التي يفرضها هذا القانون.

أولا: المشارطات التي تخالف قواعد المنافسة

---

[209] هو التفسير الذي يفضله كل من V.Sélinsky et J.Peyre لأنه يتفق عندها مع حرية الأسعار و المفاوضات التعاقدية التي هي روح النظام الليبرالي و يكتفيان بوجود مقابل.
V.Sélinsky et J.Peyre. note sous versailles 24/10/1996. PA du 04/06/1997. P.22.n°67 cité par M.Chagny. th., op.cit.. p.350. n°348.

[210] هو التفسير الذي تفضله سلطات المنافسة في فرنسا، و ينادي به أيضا:
P.Arhel. les pratiques discriminatoires. Rev. Conc. Cons. N°70. 1992. P.29 et S.sépec. p 31 et S. cité par M.Chagny. th., op.cit., p.350 n°348 ; F.Pérochon. commentaire sous cpns conc. N°90-D-42. Lamy. N°418. Cité par M.Chagny. th., op.cit., p.350. n°348.

جاءت كل من الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة و تلك التي تحدد الممارسات التجارية النزيهة و الشرعية، بأحكام تسمح رقابة البنود التعاقدية و التدخل في حرية تحديد مضمون العقد. وذلك لأن المشارطات قد تكون وسيلة فعالة لإقصاء المنافسة و المتنافسون. و إن كانت الغية واحدة، إلا أن الوسيلة مختلفة

تتحقق رقابة البنود التعاقدية إذن عبر المنع المبدئي للممارسات التميزية. حيث تحدث المادة 18 من قانون 04-02 عن الأسعار، أجال الدفع،... وفي هذا المجال شروط البيع[211]، إذا كانت تنطوي على معاملة تفضيلية بين الأعوان لا يبررها مقابل حقيقي. وتقضي هذه المسألة البحث في العلاقة ما بين المعاملة المختلفة للزبائن و التبرير المقدم من طرف القائم بالمعاملة أو المستفيد منها، كما وضحنا ذلك سابقا. ويحدث التدخل أيضا في بنود العقد في الممارسات التي يفحص فيها المساس بالمنافسة، لاشتمالها على أحكام تدين أي مشارطة تجسد استغلالا تعسفيا لوضعية الهيمنة أو التبعية الاقتصادية أوفي شكل عقد يشكل سندا لاتفاق غير مشروع.

تشترط هذه الممارسات الأثر أو الغرض المنافي للمنافسة و يحدث منع المشارطات فيها، لأنها تقيد من المنافسة بطبيعتها: وتخضع عندئذ لرقابة شديدة، المشارطات التي تقصي المنافسة المتواجدة أو المحتملة و أيضا تلك التي تقصي المتنافس أثناء سريان العقد أو عند انتهاء العلاقات التعاقدية.

فالتقييد بالمنافسة وغلق السوق بانحصاره على بعض المتنافسين، هو ما يجعل المشارطات-التي سنذكرها كأمثلة- غير مقبولة في نظر قانون المنافسة. في هذا السياق، يحتل شرط عدم المنافسة الصادرة في المشارطات الممنوعة بذاتها[212]. إذا أنه على حد تعبير J.Azema يحد من حق –المدين به- في أن يكون منافسا[213]. حيث يتخلص الدائن شرط عدم المنافسة، من منافسة المدين به بموجب اتفاقهما. والغالب أن يسري مفعول هذا الشرط بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وكأنهما ينظمان المستقبل بواسطة هذه الالتزامات ما بعد التعاقدية[214].

---

[211] « pratiquement. La discrimination peut concerner n'importe quel élément du contrat CF. J.B.Blaise. op.cit.. p.491.n°922.

[212] ليست كل مشارطات عدم المنافسة ممنوعة، إلا إذا ثبت-كما سيأتي لاحقا- عدم إخلالها بقواعد المنافسة و ضرورتها و تناسبها مع الهدف المتبع.ففي فرضية إدراج هذا الشرط في اتفاق يتعلق بانتقال العملاء، فإنه يجعل المستفيد منه بمنأى عن منافسة المحول التي تكون غير طبيعة اعتبارا للعلاقات الممتازة التي نسجها عملائه. فغياب هذا الشرط ، يسترجع المحول جزءا مهما مما حوله و يخدع ثقة المتعاقد معه.CF. Y.Serra le droit français de la concurrence. op.cit.. p57.

[213] CF. J.Azema. le droit français de la concurrence. PUF. Coll. Thémis. 1989. P.68. n°84. Cité par M.Chagny.th., op.cit.360. n°358.

[214] Les expressions courantes sont « obligations survivant au contrat », « obligations post-contractuelles ». « en réalité . ces obligation trouvant leur source dans le contact lui-même : elle ne lui survivent pas. Mais elle en prolongent la durée. CF. M.Fontaine, fertilisations croisées du droit des

تتضمن بعض المشارطات، احتمال القضاء على المنافسة، لذالك تمارس عليها هيئة المنافسة الرقابة، كمشارطة الاقتصار التي تقيم أثناء سريانها، علاقة متينة بين أطرافها. وبذلك يتمتع المتعاقد في أطار هذه المشارطة بوضع أفضل، أما الغير فيتم استبعاده لأنه سيقابل حتما برفض المتعاقد. و بهذا الشكل، يتم غلق السوق و انحصاره على سلع دائن التموين الحصري. و للوصول لذات النتيجة، قد يتم اختيار بعض الموزعين يحتفظ لهم بالبيع دون الموزعين غير معتمدين، كما تقوم عليه آلية التوزيع الانتقائي. هكذا يصبح عدد المتنافسون محدودا وتنقص المنافسة داخل العلامة[215].

تبقى أن عقود التوزيع المنظم المبنية على المشارطات[216] مختلفة،تفرض الحذر.لأنها تؤذي لإبعاد البائعين أو الموردين الاحتماليين،كما انها قد ترتب اثأرا مقيدة داخل العلامة ، بإنقاص التنافس بين الموزعين داخل الشبكة ، في حين أنها تعزز المنافسة بين مختلف الموزعين المتواجدين في السوق. فمثلا، مشارطة التموين الأدنى التي يلتزم بمقتضاها الموزع تحقيق مشتريات من لدن المورد، تعرقل المنافسة بين العلامات بداخل العلامة. فهي من جهة، تفرض على المدين بها تشجيع بيع سلع دائن الأفضلية على سلع المنافس. و تؤدي من جهة أخرى، إلى اقتصار الدخول إلى شبكة التوزيع المعينة على البائعون الذين يقبلون هذا الالتزام[217]

نفس الآثار السلبية على المنافسة على المنافسة والسوق تتحقق، عندما تتضمن اتفاقات الأطراف بنودا تحد من إمكانية وضع حد للعلاقات التعاقدية، حتى لا يتم التعاقد مع المنافس. ومن ثم، لا تقبل المشارطات التي تتضمن تخطيطا لديمومة العلاقة لصالح متعامل ما، لأنها تعرقل حرية المنافسة. إذ سيتم عرقلة تطور المتنافسون ويكونوا مهددون بالزوال، مادام التعامل مقتصرا على متعامل واحد.

ولقد تم اعتماد هذه الاعتبارات في قضية البراميل التي تضمنت مشارطة تفرض عند انتهاء العقد، الإرجاع العيني للبراميل المعارة للموزعين من قبل الشركات البترولية تبدو هذه المشارطة عادية في عارية الاستعمال، كما أنها تشجع المنافسة الحرة وتطورها وتؤدي للتوزيع الجيد للمنتجات البترولية لأنها تسهل دخول بائعين ليس لهم قدرات مالية كافية لتمويل تجهيزاتهم للسوق[218]. غير أنه تم التشكيك في هذا

---

contrat. Le contrat au début du XXI[e] siècle. Mélange en L'honneur de J.Ghestin. LGDJ. 2001. 355. Réf n°20.

[215]CF.M.Chagny. th.. op.cit.. p.361. n°360.

[216] حول مشارطات أخرى، كتلك التي تلزم البائع شراء كل السلع أو التي تتضمن رقابة الموزع، أنظر:
M.Behar-Touchais et G.Virassamy. op.cit.. p.98. n°177-178.

[217] CF. M.Chagny. th.. op.cit.. p360 : M.Behar-Touchais et G.Virassamy. op.cit.. p.97. n°176.

[218] Paris. 19/01/1987. Cité par. M.Chagny. th.. op.cit.. p.363. réf. N°368.

الاعتبار الذي تغلب على قناعة الجهات القضائية أولا، نظرا لتأثير مشارطة الرد العيني على النافسة. حيث تؤدي بالنسبة للمدين بها دون مقابل اقتصادي" الى رفع تكاليف تغيير المورد و من" آثرها الحد من تغير سوق الموزعين بين الموردين" . وهو ما قضى به كل من مجلس المنافسة[219] و محكمة استئناف باريس[220] و أيدتهما محكمة النقض التي أجرت انقلابا في الاجتهاد القضائي، معتبرة أن المشارطة التي تعرقل الموزع من التعامل مع مورد آخر،تخالف منع الاتفاقات[221].

يظهر أن المشارطة العادية في القواعد العامة للعقد، تصبح غير مقبولة في نظر قانون المنافسة، لما تؤدي إليه من عرقلة تغيير المتعاقد، بفرضها أو تشجيعها على أبقاء الصلة التعاقدية عند إنهاء العقد أو التقييد من إمكانية الإنهاء.

وتخالف مشارطة الأولوية أو الأفضلية مساواة الفرص بين المتعاملين التي ينادي بها قانون المنافسة، لذلك يمكن أن تخضع حسب الأحوال، لإدانة على أساس منع الاتفاقات أو التعسفات[222].

ثانيا: تقدير المشارطات في قانون المنافسة: معياري التناسب و الضرورة

تخالف بعض المشارطات مبدئيا قواعد المنافسة[223]، ومع ذلك، يمكن أن تفلت من منع الممارسات المقيدة للمنافسة، بإعمال قاعدة الإعفاء المنصوص علتها في المادة 9

في الأمر03-03. وهي تعفي الاتفاقات والممارسات من المتابعة عندما تكون إيجابياتها من سلبياتها، بالنظر للتقدم التقني، حماية الشغل وتحسين القدرة التنافسية للمشروعات الصغيرة والمتوسطة. و متى كانت المشارطات تخل بقواعد المنافسة دون أن تستفيد من التبرير، فهي ممنوعة في نظر قانون المنافسة.

---

[219]Cons. Conc.. 29/09/1987. Cité par. J.-p. De La Laurencie. « Ledroit économique et le droit contractuel : les enseignements des décisions les plus récentes du conseil de la concurrence et de la cour de paris dans l'affaire dite « des cuves », in l'impact du droit de la concurrence dans les rapports contractuels avec concédants. Colloque organisé par le CEDIP. Le 08/11/1988. Rev. Cons. N°49. Mai-juin 1989. P9.

[220] Paris 05/05/1988. Cité par. J-p de La Laurencecie. Préc., p9.

[221] Com. 18/02/1992. Cité par CF.M.Chagny. th.. op.cit.. p.364.

[222] CF. M.Chagny. th.. op.cit.. p.362. n°363-364.

[223] من ذلك مثلا، شرط عدم المنافسة الذي يعدم المنافسة بين دائن و مدين شرط عدم المنافسة.

Cf. y. serra. Le droit français de la concurrence. Op.cit.. p.56 ; du point de vue de droit de la concurrence. Bien que l'atteinte à la concurrence –comme d'ailleur à la liberté de dibuteur- soit évidente. L'impact de la clause de non concurrence sur le marché doit être relativisé en considération de sa raison d'être. PLUS Pprécisément. Si l'engagement de non concurrence est en soi peu susceptible de contribuer au développement de la compétition ou du protège économique. CF. Chagny. Th.. op.cit.. pp.367. n°365.

وللقواعد العامة للعقد نصيب مهم في تنظيم شرط عدم المنافسة علي اعتبار أن مصدره الاتفاق، إذ يعتمد هذا الإطار التنظيمي[224]، على حماية المدين بشرط عدم المنافسة من خلال فحص تأثير المشارطة على وضعه. وبما أن القواعد العامة تهدف في تنظيم مصالح خاصة، لا يمكن الاكتفاء في قانون المنافسة وهو يراقب هذه المشارطة، بالشروط التي تم وضعها على أساس هذه القواعد. ولأنه يراعي قبل كل شيء السوق، ستضاف للشروط السابقة شروطا تهتم بشرعية التقييد بالنسبة للدائن. أي ضرورة شرط عدم المنافسة لحماية المصالح المشروعة للدائن وتناسبه أو عدم تجاوز تقييد بحرية المدين الغرض المرجو منه[225].

وينطبق منع الاتفاقات على شرط عدم المنافسة، إذا كان من شأنه أن يحد، يخل أو يقيد المنافسة في السوق. هكذا، يخضع هذا الشرط لرقابة مؤسسة على قواعد المنافسة، التي لا تعتبره مشروعا،إلا إذا استوفى الشرطيين الآتيين: كونه ضروري و أن يتناسب مع الوظيفة التي يؤديها

و يتحقق الشرط الأول، عندما يكون شرط عدم المنافسة مكملا لاتفاق ما وعليه ليس لهذا الشرط ما يبرره، إن كان اتفاقا مستقلا بذاته. وحيى لو كان يقلل من المنافسة، إلا أن المساس يتراجع أمام الاعتبار المتعلق بسبب وجود شرط. فلا يعتبر اتفاقا ممنوعا، شرط عدم المنافسة الضروري لتحقيق هدف الاتفاق الأصلي. ويختلف تقدير ضرورة الشرط، بحسب ما إذا كان الاتفاق يتضمن تحويلا للعملاء أم لا[226]. حيث تكون منافسة المحيل للمحال علية في الحالة الأولى غير عادية، اعتبارا بالعلاقات السابقة التي تربط الأول بالعملاء: فاشرط في هذه القدر ضروري[227].

وتبرر نفس الاعتبارات إدراج شرط عدم المنافسة حتى خارج الاتفاقات التي تتضمن نقل العملاء. فمثلا تقدم المتعاقد فيعقد الترخيص التجاري لأعضاء الشبكة علامته،

---

[224] في الحقيقة هذا الإطار التنظيمي هو القضاء والممارسة و أساسه قواعد العامة للقانون المدني . فالقضاء الفرنسي (سواء التجاري أو الاجتماعي) وهو يفحص شرط عدم المنافسة المدرج في عقود بيع المحل التجاري أو في عقود توزيع أو في عقود العمل ، اشترط لشرعيته إثبات مصلحة مشروع للدائن من خلال بحثه في قدرة لين على تحمل التزامه و التقييد من المشارطة في ذاتها بضرورة تحديد النشاط المعني بها و تحديد الالتزام في الزمن و المكان .أي حرية المدين منقوصة وليست معدومة.

CF. Y. Serra. Droit français de la concurrence .op .cit.p. 71-72 ; M. Chagny . th . op . cit p. 238 . n° 230 : ph . Le tourneau . droit de la responsabilité et des contrats.

[225] مصدرها هدا تخليل قانون المنافسة وانتقل استعماله للقضاء التجاري و الاجتماعي من ذلك مثلا:

Pour qu'elle soit valide . une clause de mon concurrence stipulée a la charge d'un salaire doit etre « indispensable a la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ». soc 14/05/1992 : a propos d'une clause de non concurrence post –contractuelle « n'apparaissait pas (…) destinée a protégée les intérêts légitime du franchiseur en rapport avec l'objet du contrat » . com 14/11/1995 .. cit par M .Chagny. th .. op . cit .. p . 240 .

[226] CF. y .serra obligation de non concurrence. Préc.. p. 14 n°101.

[227] Les cession de clientèle sont « dans leur principe (..) effectivement licites » mais doivent être strictement limitées a ce qui est nécessaire. Cons. Conc. 17/03/1992.cité par M.Chagny. th., op.cit. p.368.

مساعدته و مهارته. و منه تجد حماية هذه المعلومات عن الشرط لتبريرها في المنافسة غير العدية التي تصدر عن المتعاقد السبق و يمكن تفاديها،، عن طريق شرط عدم المنافسة ما بعد تعاقدي[228]. أما الشرط الثاني، فيبحث في تناسب شرط عدم المنافسة مع الوظيفة التي يحققها. و هو شرط يتم فحصه بالنظر للنشاط الممنوع و البعد الزمني و المكاني للتقييد. ويكفي تجاوز أحد هذه العناصر، لإدانة الشرط، فإذا كانت القواعد العمة للعقد تقبل الشرط و لو لم تكن مدته محددة، متى كان مداه الجغرافي محددا؛ تعتبر المدة نوعا ما قصيرة غير مناسبة، عندما لا تكون مبررة بالنظر للحالة الخاصة. أي يتعين أن يحترم شرط عدم المنافسة مقتضى التحديد. و لا يتعلق الأمر بمجرد فحص كونه مطلقا أم لا، ولكن تناسب التقييد مع الوظيفة الضرورية التي تؤديها. هكذا، يتجوز فحص الشرط طبقا لقانون المنافسة، الإطار الفردي للعلاقة و الحفاظ على الحرية الاقتصادية لمدين الشرط، نحو الحفاظ على قدر من المنافسة في السوق. نجد أيضا معياري التناسب و الضرورة في رقابة التوزيع الانتقائي. ويراد منها التأكد إذا كان انتقاء البائعون المعتمدون ضروريا بالنظر لطبيعة السلع المنية وأن يتم انتقاءهم وفق معايير موضوعية وتبررها حاجات توزيع ملائم و متناسب مع الهدف المتبع و أخيرا، أن هذه المعايير لا تطبق بصفة تمييزية[229]. أي أن صحة التوزيع الانتقائي و التزامات أعضائه تقدر من زاويتي التناسب و الضرورة.

ورغم تقليص اتفق التوزيع الانتقائي من مستوي المنافسة في الأسواق على المدى القصير، إلا أنه يؤدي على المدى البعيد، إلى تحسين الفعالية الاقتصادية والابتكار و بالتالي تحقيق رفاهية المستهلك. لهذا ينظر إليه تشريع المنافسة نظرة خاصة و يخضعه لتقييم عقلاني، يعتمد على موازنة فوائده الاقتصادية بمدى تقليصه لمستوى المنافسة. وعلى أساس هذا التقييم، يمكن إجازة أو إعفاء بعض الاتفاقات من المنع العام للاتفاقات. حيث تخضع بعض اتفاقات التوزيع الانتقائي لنظام إعفاء مسبق، قد يكون خاصا بمؤسسة أو يكون جماعيا و يهم شريحة أو نوعا كاملا من الاتفاقات.

لقد توصل قانون المنافسة لإبطال حتى المشارطات التي تظهر أنها عادية وصحيحة، عندما أخضعها لمبدأي التناسب و الضرورة. وفي هذا الصدد، تعطينا قضية البراميل مثلا عن المشارطات التي تعد من قبيل الالتزامات في عقد العارية، ومع ذلك أبطلت على أساس مخالفتها لقواعد المنافسة. ويتعلق الأمر بمشارطة الرد العيني في عقد

---

[228] « Les clause de non concurrence peuvent être considérées inhérentes à la franchise dans la mesure où elle permettent d'assurer la protection du savoir faire transmis.qui ne doit profiter qu'aux membre du réseau. Et d laisser au franchisé le temps réinstaller un franchisé dans la zone d'éxluvité. Cons.conc. 18/06/1997. Cité par M.Chagny. th., op.cit., p.369.

[229] CF.M. Chagny. Th., op.cit., p381. N°380.

عارية بين محطات توزيع علامة من الوقود و شركات البترول، إذ على الرغم من قواعد عارية الاستعمال، رفض مجلس المنافسة الفرنسي أن يرى في المشارطة "وسيلة ضرورية للحماية في مواجهة منافسة غير مشروعة في حالة انتهاء أو قطع العقد. أما محكمة النقض،بخلاف محكمة الاستئناف باريس أدانت المشارطة لأنها تحمل الموزع تكاليف باهظة وغير مبررة بضرورات تقنية وأنها غير متناسبة مع هدف احترام اقتصار الشراء من لدن صاحب البراميل[230]

نتبين من كل هذا أن قانون المنافسة يمارس رقابته على مضمون العقد ويحد من حرية تحديد مضمونه، إلى درجة أمكن القول فيها أنه يحمي المتعاملين الاقتصاديين و يضع التوازن و لكن لا يتسنى أن هذه الرقابة تستعمل لحاجات حماية المنافسة لا أكثر و لا أقل، لهذا لن يتم المساس بالحرية العقدية إلا في هذا القدر الضروري. كما أنه لا يقدم حماية للمتعاملين إلا بشكل محدود لا يتعدى الفرضيات التي تمس فيها العلاقات التعاقدية التي يريد المشرع إرساءها في السوق.

المطلب الثاني: المساس بتوقعات المتعاقدين

من بين الاعتبارات التي تفسر المادة 106 من القانون المدني التي تتضمن مبدأ القوة الإلزامية للعقد، اعتبار الاستقرار القانوني للمعاملات واحترام توقعات المتعاقدين. في الحقيقة يعرف مبدأ القوة الإلزامية للعقد عدة قيود، لا تتردد المراجع المتعلقة بالقواعد العامة للالتزامات في ذكرها[231]. ولا شك أن قانون المنافسة يعد من التدخلات التشريعية المهمة في هذا المبدأ، لأنه يؤسس نظاما عاما موجها[232].

وفي هذا الصدد، يرتب قانون المنافسة جراء البطلان لمخالفة العقود والمشارطات التعاقدية لقواعد المنافسة.ثم إنه يتضمن آليات تسمح لهيئة المنافسة إعادة تشكيل العقود التي تستجيب مع النظام التنافسي. فكل من البطلان **(الفرع الأول)** وتعديل العقود **(الفرع الثاني)** يمس بتوقعات المتعاقدين وبمضمون اتفاقاتهم. وذلك هو التعدي الذي يمارسه قانون المنافسة على القوة الإلزامية للعقد.

---

[230] Com. 18/02/1992. Cite par M.Chagny. th., op.cit., p.383. n°381.

[231] يرجع ع فلالي الاستثناءات الواردة على المبدأ إلى تحريم الالتزام مدى الحياة، انعدام الثقة في العقود التي تقوم على هذا الأساس، تهديد مصالح المتعاقد واتفاق المتعاقدين. ع.فيلالي، الالتزامات، المرجع السبق، ص.288 وما بعد و بالنسبة لبلحاج العربي فيرد الاستثناءات إلى الحلات القانونية الخاصة التي يسمح فيها المشرع لقاضي صراحة تعديل العقد وهي: الشرط الجزافي (الفقرة2 من المادة 184ق. مدني)، عقد الإذعان (المادة 110 ق.مدني) ونظرية الظروف الاستثنائية (الفقرة 3 من المادة 107 ق.مدني)، بلحاج العربي، النظرية العمة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق،ص.250 وما بعد.

[232] « souvent la loi fait du juge son bras armé pour intervenir dans les contrat et notamment alléger les obligations de l'une des parties ». CF. G. Paisant. Introduction in que reste-t-il de l'intangibilité du contrat. Colloque du 28/11/1997. Dr. Et patr.,mars. 1998. n°58. P.43.

الفرع الأول: قانون المنافسة قيد آخر على القوة الإلزامية للعقد: جزاء البطلان

تعد المادة 13 من الأمر 03-03، أساس البطلان في قانون المنافسة، حيث تنص على بطلان العقود والمشارطات التعاقدية التي تشكل سندا للممارسات المقيدة للمنافسة. ويبدو أن طبيعة البطلان هي الأخرى محسوسة، مادام الأمر يتعلق بنظام عام موجه في **(البند الأول)**. ومع ذلك، يختلف البطلان في قانون المنافسة عن البطلان في القواعد العمة للعقد،لذلك سنبين عما إذا كانت المسائل التي لم يعالجها النص الخاص (أي المادة 13 من الأمر 03-03) يرجع فيها إلى القواعد العامة (أي المواد 33 إلى 105 من القانون المدني) **(البند الثاني).**

البند الأول: طبيعة البطلان في قانون المنافسة

يبدو الأمر ملحا أن نحدد طبيعة النظام العام الذي تؤسسه قواعد المنافسة. حيث يميز الفقه –كما رأينا داخل النظام العام الاقتصادي بين النظام العام الاقتصادي الصرف أو الموجه[233] والنظام العام الاجتماعي أو الحماية[234]. وهذا لتحكم مسألة تحديد الطبيعة القانونية للنظام العام، في تحديد الجزاء المترتب عن مخالفة قانون المنافسة[235]. و أهم صعوبة نصادفها في قانون المنافسة بخصوص تحديد طبيعة المصلحة المحمية في قواعده، ومن ثم تحديد طبيعة البطلان، تتمثل في فهم ما يقصده هذا القانون من مصلحة السوق، أهي مصلحة عامة تتمثل في حسن سير السوق، أم هي مصلحة خاصة تتعلق بمصلحة المتنافسين. وحتى محاولة التفرقة بين المصلحتين لن المشكل: لان إقصاء المنافس ينقص المنافسة في السوق و من ثم يمس بحسن سيره. التفرقة بيت المصلحة العامة والخاصة تفرقة نسبية، لأن أحداهما تؤدي للأخرى، بل وإن هناك قواعد تحقق فيها مصلحة جماعية: تجمع فيها مصلحة عامة ومصالح خاصة. هكذا نلاحظ مرة أخرى كيف أن القانون المنافسة –هذا القانون الخاص- يعيد النظر في مبادئ القواعد العمة، بل ويجعلها أحيانا غامضة وعاجزة عن حل المشاكل المتعلقة بها، مما يؤدي في الأخير إلى المساس بتناسق القانون.

---

[233] والمراد منح توجيه الاقتصاد لتحقيق التوازن الاقتصادي، عندما لا تحقق الحرية التعاقدية النفع العام. وهو ما يقضي تقييدها بشكل منظم، لأن المصالح الخاصة للأفراد، واو كانت متوافقة لا تؤدي دائما للصالح العام. وكأمثلة عن القوانين التي تؤسس نظاما موجها، التشريع المتعلق بالأسعار.

Cf. J.Flour & J-L.Aubert. op.cit., P.85. n° 124 M P.221. n°296 M PH. Malaurie. L.Aynés & Ph. Stoffel-Munck. Op.cit., P.316. n°650.

[234] وهو ما يؤدي إلى حماية الطرف الضعيف لتحقيق العدالة. ويقضي إعادة نوع من التوازن في العلاقة التعاقدية لعدم التساوي التلقائي لمصالح الأفراد الخاصة. ويعتبر تشريع العمل وقواعد حماية المستهلك نموذجا عن القوانين الاجتماعية التي تسعى لحماية الطرف الضعيف في العلاقة. راجع نفس المراجع المذكورة في الهامش.

[235] « Préciser le régime des sanctions applicables à la violation de l'odre public. C'est hésiter entre deux attutudes… Ceux-ci prennent appui sur une logique. Qui oppose les règles d'intérêt général sanctionnées par la nullité absolue. Aux règles d'intérêt particulier sanctio,,ées par la nullité relatives… ». CF. M.Luby. préc.. p.4

في هذا الصدد، تعتبر M. –A.frison-Roche النظام العام التنافسي نظاما عاما موجها، مستخلصة هذا الطابع من كون أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسون وإنما، في السوق[236].

وهذا صحيح إذا ما رجعنا إلى منع الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث جاء منع الأعمال المدبرة والتعسفات في وضعية الهيمنة ورقابة التجميعات، لضمان سيادة قواعد التنافس السليم في السوق ولتحقيق مصلحة الجماعة التي تترجم في رفاهية المستهلك، عن جودة السلع والخدمات المقدمة وانخفاض أسعارها. فقد تم منع التعسف في وضعية الهيمنة مثلا، للتأثير السلبي الذي تلحقه هذه الممارسة بالسوق، إذ من شأن التعسف أن يعرقل المنافسة، على نحو لا تنتج فيه الأسعار والشروط التعاقدية عن قواعد السوق بل الممارسات المفروضة من المشروع المهيمن.

ويرى كل من G. Parléaniو CI. Lucas de Lysac في النظام العام التنافسي نظاما عاما لحماية السوق. حيث لا يمكن في نظرهما الحديث عن "النظام العام الموجه. ونظرا للطابع الليبرالي للقانون الاقتصادي، يعد قانون المنافسة ركيزة لنظام عام يحمي السوق[237]. وطبقا لرأي الفقيهين دائما، يولد قانون المنافسة نظاما تنافسيا ذا طبيعة خاصة. حيث خرج النظام العام الموجه وانحاز نحو النظام العام للحماية، دون أن يكون مجرد نظام عام لحماية المتنافسين. ودون أن يفرق الفقيهين بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة. تبدي النتيجة التي توصل إليها الفقيهين، الصعوبة[238]. الناتجة عن تطبيق فكرتي النظام العام الموجه ونظام عام الحماية. ومردّ هذه الصعوبة يكمن في معيار التمييز بينهما والمتمثل في مصلحة المراد حمايتها: مصلحة عامة في لنظام الموجه ومصلحة مجموعة من الأشخاص في النظام العام للحماية.

البند الثاني: مميزات البطلان في قانون المنافسة

للتطبيق الخاص لنظرية البطلان في قانون المنافسة تأثير على القوة الإلزامية للعقد والبطلان كما قلنا هو الجزاء الذي يرتبه قانون المنافسة على مخالفة البنود والأحكام التعاقدية للقواعد المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، فهل هو ذات البطلان الذي

---

[236] CF.M-A. Frison-Roche, contrat. Concurrence. Régulation. Op.cit. ; p.457. n°25

[237] CF. CL. Lucas de Leysac & G.Parléani. L'atteinte à la concurrence. Cause de nullité du contrat. In le contrat au début du XXI[e] siècle, Etude offertes à J.Ghestin. LGDJ. 2001. P.602.

[238] Sur la difficulté de la distinction. V. J.flour & J-L.Aubert. op.cit., p.222. n°297.

نصادفه في القواعد العامة للعقد؟ للإجابة على هذا التساؤل، لابد من الرجوع إلى مسألة تقييد البنود و الأحكام التعاقدية بقواعد المنافسة التي يراد منها، وجود الغرض المنافي للمنافسة أو يحد منها. ويتعلق الغرض المنافي للمنافسة بنية الحد، الإخلال أو عرقلة المنافسة في السوق دون الاهتمام بالنتائج الفعلية. أما أثر الحد، الإخلال أو عرقلة المنافسة في السوق، فيتعلق بالنتائج الضارة، التي قد تكون حقيقية أو محتملة.

ذلك أول فرق بين البطلان في قانون المنافسة والبطلان في القواعد العامة للعقد. فهو ذلك الأخير جزاء يرتبه القانون على عدم توافر أركان العقد، أي أنه جزاء تخلف أحد شروط تكوين العقد. أما في الأول، فهو جزاء يرتبه القانون على أثار العقد، دون الاهتمام بشروط تكوينه[239].

إن صحة تكوين العقد التي تمنحه قيمة قانونية بالنسبة للمتعاقدين والقاضي، لا تشفع في إبطاله إذا كان يرتب نتائج تخالف قواعد المنافسة، حتى ولو كانت هذه النتائج غير مباشرة ولم يقصدها المتعاقدون، بل حتى ولو لم يتوقعوها. وهذه النظرة الجديدة للبطلان، التي تعتبره جزاءا لا يلحق التصرف، بل آثاره غير مشروعة، تعتبر تشويها بنظرية البطلان، لأن الأثر تعتبر سببا للإبطال[240]. على أن هناك من يدافع عن النظرية بالقول انه لا جديد يذكر هنا، إذا ما اعتبرنا أن إيقاع الجزاء بالأثر لا يكون ألا إذا كان يعبر عن غرض موجود لكن يصعب إثباته[241]. إلا أن هذا التفسير لا يتوافق جيدا مع النصوص، التي ترجع إلى غرض أو أثر الممارسات والتي يظهر أنها تعتبرهما مسألتين منفصلتين. وفي رقابة التجميعات، تتحدث النصوص أيضا عن المساس بالمنافسة.

إن تقرير بطلان العقود التي ترتب آثارا مقيدة بالمنافسة، يبين اهتمام تشريع المنافسة بأثر التصرفات إلى جانب غرضها، لهذا قلنا أن البطلان هنا يمس بتوقعات المتعاقدين ويمس أيضا بنظرية البطلان، التي تركز اهتمامها على الوقائع الموجودة أثناء تكوين العقد. فالنظرية تستعمل في قانون المنافسة بخصوص عقود صحيحة تحترم شروط تكوينها، إلا أنه يتم إبطالها لأنها ترتب آثارا منافية للمنافسة. ويمس البطلان أيضا بتوقعات المتعاقدين، لأنه يمحي كل أثر قانوني للتصرف المبطل

---

[239]« Cependant. Le droit de la concurrence se singularise. On le sait. en appréhendant également les contrats en raison de leurs effets. Apparemment sans quel conditions de formation soient en cause ». CF. M. Chagny. Th., op.cit., p398. N°398. ; Le contrôle par m'effet « ne porte pas sur la régularité du processus de formation de l'acte mais sur la situation créée par existence ou son exécution ». IL consiste a vérifier que l'engagement « ne produit pas. Même indirectement. Un effet interdit pour lui-même par une règle spéciale ». N. Rontchensky. L'effet de l'obligation. economica. Coll. Droit civil, série études et recherches. 1998. Préf. A. Ghozi. P.354-355. N°662 : p.349. n°655. Cité par. Chagny.

[240] إن القول بأن سبب البطلان يرجع إلى واقعة تحقق وجودها أثناء تكوين العقد يسقط، عندما يتم إبطال التزام أو عقد صحيح لأنه يرتب آثارا تخل بقواعد المنافسة.

[241] CF. M.Chagny. Th., op.cit., p.400. n°400.

ويسري بأثر رجعي، ليشمل حتى الآثار الفعلية للتصرف الباطل والتي رتبها العقد قبل تقرير إبطاله[242]. أي أن البطلان يوجب إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، حتى ولو تم تنفيذ جزء من اتفاقهم. و إذا كان هذا هو المدى الواجب إعطاءه للبطلان في القواعد العامة للعقد، فهو بهذا الشكل لا يتلاءم مع قانون المنافسة، الموصوف بأنه قانون اقتصادي.

وكما رأينا، جاءت المادة 13 بشكل عام ولم تخض في مسألة النظام القانوني للبطلان. فهل هذا يعني أننا نرجع للقواعد العامة؟ لكن، ألا يمكن تفسيرها أخرى وهي أنه واعتبارا لخصوصية البطلان في قانون المنافسة (يمس باستقرار العقد والمعاملات) أن المشرع لم يترك هذه المسألة للقواعد العامة وإما فضل تركها للقضاء الذي تعود إليه مهمة تحديد مدى بطلان العقود والشروط التعاقدية التي تخالف قواعد المنافسة؟ وما يحفز على الأخذ بهذا التفسير، أن المشرع ذاته يسمح تفادي بطلان الاتفاقات بأعمال المادة 9 من أمر 03-03، التي تجيز إدخال تعديلات على العقود أو الشروط التعاقدية عندما تحدث آثارا سيئة على المنافسة[243]. لتصبح متوافقة مع قانون المنافسة. أي أن المشرع يتوفى بطلان العقد أو المشارطات، بأجراء بعض التعديلات على الإرادة التعاقدية. وهو تخفيف ربما أراده المشرع ليقلل من حدة آثار هذا الجزاء في قانون يوصف بأنه اقتصادي والعلاقات التي ينظمها تمتاز بالدوام وانتمائها لمجموعة من العقود.

الفرع الثاني: دور قانون المنافسة في توجيه العقود

يعطي قانون المنافسة لمجلس المنافسة[244] آلية مهمة تسمح له التدخل في الإرادة التعاقدية وتعديلها بما يتفق ومقتضيات قواعد المنافسة**(البند الأول)**؛ ويسمح للأطراف

---

[242] حسب القواعد العامة لا يجوز الاعتراف بأية آثار قانونية أو فعلية للتصرف المبطل، لأنه و العدم شيء واحد أنظر: عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص.692، فقرة 907؛

J.Flour. J-L. Aubert & ESavaux. Op.cit., p.276. n°355 : Note de Ch. Tuaillon. Annulation. Restitution. Réparation : l'explication. D.,2004. P.2175.

[243] حيث تنص المادة 13 من الأمر 03-03 "دون الإخلال بأحكام المادتين 8و9 من الأمر 03-03.

[244] لا يكفي D. Mazoud بالاعتراف بدور القاضي في إنقاص الالتزامات التعاقدية وإنما يمنحها أيضا للهيئات الإدارية. وفي هذا الصدد، يقول:

« et on s'onge, tout d'abord aux autorités administratives indépendante qui. Dans le grand mouvement contemporain de déjudiciarisation. Se voient conférées la mission d'organise ou de de recommander la révision des contrats par la vois d'une réduction des obligations souscrites par un débiteur. Dont la situation économique et social est désespérée » CF D. Mazeaud. « La réduction des obligations contractuelles ». in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? Colloque organisé par la faculté de droit et d'économie de Chambéry. Le centre de droit de la communication et des

المعينة تعديل اتفاقاتهم ليتجنبوا المنع **(البند الثاني).** فما عسانا أن نقول أمام إمكانية تعديل العقود، سوى أنها أصبحت تسمح لقانون المنافسة بتوجيهها.

البند الأول: مراجعة مجلس المنافسة للعقود

يستمد مجلس المنافسة سلطة تعديل العقود من المادة 46 من الأمر 03-03 المعدل و التي تسمح له اتخاذ أوامر –في الموضوع[245]- معللة وترمي إلى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة، ومن الفقرة الثانية من المادة 19 من ذات الأمر التي تتيح له ترخيص عملية التجميع وفق شروط تخفف من آثارها السيئة على المنافسة.

أولا: بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة

تستطيع مجلس المنافسة، في مواجهة السلوكات غير التنافسية، اتخاذ أوامر معللة ولعمومية المادة 46، يمكن القول، أن مجلس المنافسة يستطيع بموجبها الأمر بوقف الممارسات المعنية، إلغاء المشارطات التعاقدية المخالفة للمنع، تعديل أو إضافة شروط من شأنها إيقاف مساس العقد بالمنافسة وله أيضا أمر الأطراف بالعودة للحالة السابقة. و بصفة عامة، يستطيع اتخاذ كل التدابير التي يراها مناسبة، والتي تتضمن أمر المشروعات المعنية القيام بعمل حتى تسود قواعد المنافسة.

هكذا سيتم تغيير العقد، وأن هذا التغيير قد يمس شقا من العقد، بنزع الجزء المخالف فقط، كما لو كان شرط المنافسة أو شرط تحديد المسؤولية مخالفا لمنع الممارسات المقيدة للمنافسة. وإن كانت مراجعة المشارطات وتعديلها أخف من الإلغاء، من حيث أنها تراعي إرادة المتعاقدين، إلا أنها لا تعني عدم تحكم المجلس في العقود. ولهذا الغرض، يستطيع المجلس أمر المشروعات المعنية تعديل اتفاقاتهم بما يتناسب ومقتضيات المنافسة أو يدعوهم لذلك. ويكمن الفرق بين فرص التعديل و الدعوة إليه، في أن مراجعة العقد من قبل المجلس تفرض على المتعاقدين: يمكنه الإنقاص من مدة شرط عدم المنافسة مثلا، إذا رأى أن ذلك يعيد توازن المنافسة. وفي عوض فرض التعديل على الأطراف، يمكن للمجلس أن يقدم لهم توجيهات يتبعونها، دون أن تغيب إرادتهم بخصوص التعديل النهائي.

ثانيا: بخصوص رقابة التجميعات

---

obligations et l'ordre des avocats prés la cour d'appel de Chambéry. 28 nov. 1997. Dr. Et patr., mars 1998. N°58. P.58.

[245] يمكن للمجلس، حسب المادة 47 من الأمر 03-03 المعدل، أن ينظر في النزاع كهيئة استعجاليه ويتخذ تدابير مؤقتة كالأمر بوقف الممارسات ووقف تنفيذ المشارطات أو العقد لحين النظر في النزاع من حيث الموضوع أو الأمر بأي تدبير وقتي آخر

نجد هنا أيضا إمكانية تعديل العقود التي تتحقق عبرها عمليات التجميع، عندما يلاحظ مجلس المنافسة –وهو يمارس رقابتها عليها- أنها تقييد من المنافسة. وحتى لا يكون قراره سلبيا ويرفض ترخيصها، أوردت الفقرة الثانية من المادة 19 من الأمر03-03 إمكانية اتخاذ تدابير، من شأنها التخفيف من آثار مشروع أو عملية التجميع عل المنافسة

إن التبليغ بعمليات التجميع في القانون الجزائري إلزامي. و يتعين على المعنيين بها، في الفترة ما بين تبليغ عملية أو مشروع التجميع وصدور قرار مجلس المنافسة، الامتناع عن اتخاذ أي تدابير بخصوصها، يجعل الرجوع إلى الحالة ما قبل التجميع صعبة. وأن كان هنا قرار المجلس سلبيا، سوف لن تكون آثاره سيئة على التدابير التي أجراها المعنيون مادام أنهم أوقفوها إلى حين صدور قراره. وفي حالة المعاكسة، أي عندما لا يتم التبليغ بالعملية رغم إلزاميته، فقد اختار المشرع بموجب المادتين 63 و64 من الأمر 03-03 تطبق عقوبة مالية تتمثل في الغرامة. ويبقي للمجلس أي إمكانية فرض شروط من شأنها التخفيف من آثار التجميع السيئة على المنافسة.

تخول رقابة التجميعات للمجلس سلطة واسعة، لأن الفقرة الثانية من المادة 19 من الأمر 03-03 تعطيه صلاحيات واسعة فيما يخص التدابير التي يتخذها للحفاظ على المنافسة. و الملاحظ أن الترخيص المحتفظ للتجميع قد يتعلق بشروط تتعلق بهيكل المشروع القائم بالتجميع، أين يفرض عليه التخلي عن مساهمات أو أصول يملكها في المجموعة، أو بشروط تتعلق بممارسات يمتنع عن ارتكابها، لأنها سلوكات احتكارية[246]، كالتأثير على السياسة التجارية لكيان ما في المجموعة. وهذا أيضا، يتم المساس بمضمون العقد، لأن المعني بالتجميع لن يحقق ما توقعه من وراء التقارب، مما يجعله يفضل التخلي عن التكتل.

البند الثاني: المراجعة الاتفاقية للعقود

قد يتم تسوية نزاع المنافسة بطريق ودي، أين يتفاوض كل من هيئة المنافسة والأطراف لجعل الاتفاق المعني متطابقا مع مقتضيات النظام العام التنافسي.و الملاحظ أن الحل التفاوضي، وقد إليه هؤلاء من تلقاء أنفسهم، عندما يلتزمون

[246] Pour plus de détails. V., P. bougette. Ch., Montet & F.V venayre. Jeux de négociation dans les affaires antitrustM Engagements et transaction. In les nouveau instruments des autorités de concurrenceM clémence. Transaction. Engagements. Atelier de la concurrence. 07/12/2005. Rev. Conc. Cons., n°146. P.50 et s. : J.Philippe. M.Maso. S.Dominguez & F. H.Bore. L'avèvenement des procédure de coopération devant le conseil de la concurrence : clémence, engagements transaction. In les droit de la concurrence. Chance ou contrainte pour lentreprise ?CCC déc.2006. dossier. p.29.

بتعهدات من شأنها التخفيف من التقييد بالمنافسة. وهنا أيضا يتعين الحديث عن هذه التعهدات، بخصوص التجميعات وأيضا بخصوص الممارسات للمقيدة للمنافسة.

أولا: بخصوص رقابة التجميعات

تفترض رقابة التجميعات الحل التفاوضي، لأنه بهذه الطريقة سيتم تشجيع المشاريع المعنية بتبليغ مشروع أو عملية التجميع، دون أن يصدر قرارا سلبيا يمنعهم من إتمام ولا يقبل أي تخفيف بخصوص نموهم الهيكلي. كما أنه مهما كانت الرقابة تريد منع إنشاء احتكارات، إلا أنها متأكدة من نجاح عملية التجميع وأنها ستؤثر فعلا على المنافسة.

هكذا، تسمح المادة 19 من الأمر 03-03 المعدل للمؤسسات المعنية بالتجميع أن تتعهد بالقيام ببعض التعديلات بخصوص مشروع أو عملية التجميع، حتى لا تكون لها آثار سيئة على المنافسة. ولا يقتصر هذا الحل التفاوضي على مجلس المنافسة فقط، بل تجيز المادة 21 من ذات الأمر للأطراف أن يتفاوضوا مع الحكومة (بعد أن يضع من الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع تقريرها) عندما يصدر المجلس قرارا برفض إتمام التجميع. ولا شك أنه حتى في هذا المستوى، سيتم اتخاذ تعهدات ملموسة، يتعين على الأطراف احترامها حتى يحصلوا على الترخيص.
وتتعلق هذه التعهدات عموما بهيكل عملية التجميع، أين يتعهد المعنيون بتعديل مستوى التجميع الأصلي. وتتعلق أيضا بسلوك المشاريع، التي تتعهد للسلطات بعدم ارتكاب سلوكات تعسفية.
و على الرغم من أن التعهد يخفف من المساس بالإرادة التعاقدية، إلا أنه هو الآخر ينقص من الحرية التعاقدية في المستقبل ويمس توقعات المتعاقدين في الماضي[247].

ثانيا: بخصوص الممارسات المقيدة

لم يتبع تشريع المنافسة نفس الطريقة بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة، فهل هذا يعني أن الحل التفاوضي غائب هنا وأنه لا يمكن ترخيص الممارسات المشروط بتنازل الأطراف؟
لا نرى ما يمنع تعديل الاتفاقات بمبادرة من الأطراف ذاتهم، أنه سيتم الحفاظ على النظام العام التنافسي وأن مجلس المنافسة يملك إمكانية تعديلها أو دعوة الأطراف لذلك. ولربما هذا الحل الأقل تدخلا في الإرادة، سيدفع المخالفين المعنيين إلى احترام

[247] « On comprend que le prix de l'autorisation d'une concentration est quelque fois très élevé ; il peut impliquer L'apport de changements substantiels à l'opération. En réduisant l'intérêt économique pour l'entreprise concernée.. ». CF. M. Chagny, th., op.cit., p.430. n°434.

تشريع المنافسة أكثر ويجنب المجلس عدة مشاكل تتعلق بالتعديل وما سيترتب عليه مساس بمجموع العقد. كما أنه ستظل التعهدات تحت رقابة المجلس في قبولها من عدمه وأنها لا تسلبه سلطة التعديل من جديد.

ومادام التعديل صادرا عن المتعاقدين، فهل يلزم أن يقبله كل المتعاقدون؟ في هذا الخصوص، إذا كان التعديل جوهريا، فيتعين فيه رضا الجميع. وإن لم يكن كذلك، لا يلزم القبول إلا إذا كان الطرف الذي يرفض التعديل يمكنه إثبات أن التعديل يتعلق بمسألة أساسية كانت دافعة للتعاقد. وإن كانت القوة الإلزامية للعقد كما تضمنتها المادة106 من القانون المدني لا تسري إلا على العقود الصحيحة، يهدف التعديل إلى جعل العقد متطابقا مع القانون، فيلزم فيه موافقة كل المعنيين[248]

المبحث الثاني: تحول المسؤولية المدنية بفعل قانون المنافسة

التعسف في الهيكل،"الاعتداد" بالأثر المنافي للمنافسة" إلى جانب "الغرض المنافي للمنافسة، المنافسة غير المشروعة والمنافسة الطفيلية... كلها مفاهيم نصادفها عند الحديث عن المسؤولية المدنية للأعوان الاقتصاديين بمناسبة مخالفتهم لقواعد المنافسة. ونحن ببحث في استقلالية قانون المنافسة[249]. نريد أن نبين القدر الذي يحتفظ به أحكام المسؤولية المدنية بأصالتها عند في الإطار الخاص لقانون المنافسة وهل خصوصيات هذا القانون واحتياجاته[250] تثري أو تغير القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية؟

---

[248]CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.434. n°438.

[249] « L'on doit prendre l'idée d'une autonomie du droit des affaires avec les plus grandes précautions et en mesurer les limites ». CF. F. Pollaud-Dulian. De quelque avatars de l'action en responsabilité civile dans dans le droit des affaires. RTDCom. 50 (3). Juill-sept.1997. p.349 : « l'autonomie est ici un mot vide de conséquences juridiques. Ce n'est qu'une manière de prendre acte de quelpues divergences. Et ce n'est pas de la constatation de quelques divergences qu'on peut déduire que le droit commercial ne se nourrit plus que de lui-même ».CF F. Grua. Préc., p.65.n°21.

[250] C'est le titre qu'emplois M.Chagny : la déformation des droit de la responsabilité civile pou les besoins du droit de la concurrence. M. Chagny. Th., op.cit., p.465.n°21. et du même auteur : »… la responsabilité civile est apparue comme un instrument indispensable de protection. Des concurrence

ولقد اخترنا لإبراز التغير الواقع على المسؤولية المدنية بفعل قانون المنافسة أن تبيين السمات المميزة لشروط المسؤولية المدنية فيه(**المطلب الأول**)، ثم الأحكام المتعلقة بمباشرة دعوى المسؤولية المدنية المرفوعة بمناسبة تطبيق قواعد المنافسة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: شروط المسؤولية المدنية في قانون المنافسة

عموما، نفش الشروط التي يتعين توفرها لقيام المسؤولية المدنية حسب المادة 124 من القانون المدني هي الواجب إثباتها في المسؤولية المدنية الناتجة عن مخالفة قانون المنافسة، لكن بالصياغة الخاصة بهذا القانون[251] أو بأخرى مكيفة مع حاجته. حيث نلمس بعض التغيرات في هذه الشروط، لاسيما شرطي الخطأ و الضرر الاقتصادي و الاضطراب الاقتصادي أو بالأحرى التنافسي[252].

الفرع الأول: سلوك المتعاملين المنشئ للمسؤولية: الخطأ التنافسي

يتبين من قانون المنافسة، أن ما تغير في الخطأ في المادة التنافسية يتعلق بعنصره النفسي [253]و بمفهوم الخطأ[254]. حيث يعتمد قانون المنافسة على فكرة الانحراف في السلوك "(**البند الأول**)، لكنه يستغني عنها أحيانا لمصلحة "نتيجة السلوك" (**البند الثاني**). وهذا يجسد تغير أساس المسؤولية من الخطأ إلى الخطر والذي يجد في قانون المنافسة أحد تطبيقاته.

البند الأول: الخطأ التنافسي دون العنصر النفسي

يمنع قانون المنافسة الممارسات المقيدة للمنافسة عندما "تهدف" أو "يكون أثرها" التقييد بالمنافسة، فلا يمكن تطبيق هذا المنع إذا لم يتم إظهار هذا التقييد[255]. فهو جزء من عملية تكييف الممارسات بأنها مقيدة للمنافسة، بعد أن يتم فحص شروط كل لممارسة على حده.

---

depuis longtemps. De la concurrence plus récemment.or le droit commun de la responsabilité civile ne peut accomplir efficacement cette mission sans qulque modifications.»

[251] « A phénomènes économique. A faute économiques. Atroubles économiques. Sanctions économiques et réparations économiques ». un auteur a également pu écrire «aux notions classiques de faute et de préjudice ont été substituées celles de fautes et de trouble économique ». Cl. Giverdon. Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce. RTDCom. 1953. P.855 et s., spéc. P.867. n°32.cité par M. Chagny. Th., op.466. n°472.

[252] CF. M. Chagny. Th., op.cit., P466. N°472.

[253] CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.470. n°477 et S. F.Pollaud- Dullian. De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires, préc., p.361.

[254] « IL ne suffit pas de dire que la faute entraine la responsabilité. Il faut encore donner une signification à cette faute ». CF F.Pollaud-Daulian. De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires. Préc., p.361.

[255] والمساس بالمنافسة في السوق هو الذي يجعل الممارسة مقيدة ولو كانت مشروعة بالنظر للقواعد العامة للالتزامات، ويتم تقدير هذا المساس بتحليل المنافسة الاحتمالة وفحص موانع الدخول للسوق.

لهذا لا يمكننا و نحن نبحث عن الأفعال التي تقوم فيها المسؤولية المدنية بفعل مخالفة منع الممارسات المقيدة للمنافسة، أن نتجاهل مفهوم الاضطراب التنافسي. حيث يؤثر هذا الأخير على العنصر النفسي للخطأ. وقبل أن نبين هذا التأثير، يجب أن نفق على مفهوم الاضطراب التنافسي.

أولا: مفهوم الاضطراب التنافسي: الغرض أو الأثر المقيد للمنافسة

تتحدث الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة عن الاضطراب التنافسي المتمثل في الغرض أو الأثر المنافي للمنافسة[256]. ولقد أشارت إليه المادة 6 من الأمر 03-03 صراحة، عندما اعتبرت أن الاتفاقات التي تهدف أو يمكن أن تهدف[257] للتقييد من المنافسة تدخل ضمن مجال تطبيق الأمر، وبالتالي يسري عليها المنع والعقوبات المطبقة في هذا الصدد. وإن كنا لا نجد في المادة 7 من ذات الأمر ما يتعلق بضرورة إحداث الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة على السوق للاضطراب التنافسي.، بأن تحقق أثرا يحد من المنافسة دون قصد تحقيق هذا الأمر[258]، إلا أننا نرى وجب الأخذ به هنا أيضا، لأنه يصعب إثبات القصد بالمقارنة مع الأثر. كما يبدو أن المشرع عكس قصد التقييد بالمنافسة في آثار يمكن أن تعبر عن هذا القصد، كإنشاء موانع للدخول للسوق.وفي الحقيقة، لم نفهم جيدا صياغة المادة 7 من الأمر 03-03. حيث لو قارناها بسابقتها – أي المادة 7 من الأمر 95-06 الملغى-، لأمكن القول أن الصياغة السابقة كانت أحسن.حيث كان المشرع يمنع الاستغلال التعسفي ، أورد قائمة بالممارسات الممنوعة لأنها تؤثر بذاتها على المنافسة. وجاء بعبارة تفيد أن المنع لا يسري إلا بخصوص الأعمال التي يكون من شأنها "أن تحد أو تلغي منافع المنافسة في السوق.

و بعد التعديل، استغنى المشرع عن قائمة الممارسات الممنوعة وعوضها بقائمة تبين القصد من الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، أما لأنه"يحد من الدخول في السوق" أو لأنه "يقلص أو يراقب الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني" أو لأنه "يقتسم الأسواق أو مصادر التموين" أو"تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاعها أو انخفاضها". وهذه كلها تعبر عن آثار الممارسات التي يرتكبها المشروع، لأنها تقيد المنافسة.

ثانيا: تجاهل الاضطراب التنافسي لإرادة المخالف

---

256 كل من الغرض أو الأثر المنافيان للمنافسة اختياري عند تقدير الممارسات المقيدة. فإن اتضح لمجلس المنافسة أن الممارسة ارتكبت بغرض الحد، الإخلال أو عرقلة المنافسة، فلا يبحث لها عن آثار محسوسة في السوق المعني. وأن لم يظهر له الغرض المنافي للمنافسة، عليه أن يفحص أثارها على السوق، أي انه لا يتعين وجودهما مها، بل يكفي أن يتحقق واحدا منهما فقط ولو كان أثرا محتملا. ولا أهمية أيضا للترتيب الذي ستفحص من خلاله الممارسة، إذ يمكن إظهار الأثر دون الاهتمام بالغرض، طالما أن النصوص لا تضع منهجية يلتزم بها مجلس المنافسة وهو يفحص الاضطراب التنافسي.

257 هذا لم تصغ المادة 6 شرط المساس بالمنافسة جيدا فهي تستعمل الصياغة التالية "عندما تهدف أو يمكن أن تهدف". بمعنى أن الغرض المقيد للمنافسة قد يكون حقيقيا أو احتماليا. وإذا رجعنا لترجمة المادة باللغة الفرنسية لوجدناها تنص:
« Lorsqu'elle ont pour objet ou peuvent avoir pour effet.. ». لذا يستحسن أن تكون صياغة المادة كالآتي: "عندما يكون غرضها أو يمكن أن يكون من أثارها.."

258 لأن صياغة المادة 7 جاءت هكذا :"يحظر كل تعسف..قصد...". فهذا للاعتقاد أن المنع لا يطبق ألا إذا كان المشروع يقصد من وراء الاستغلال التعسفي لوضعيته، التقييد بالمنافسة . فلا مجال لتطبيق المنع، إن حدث هذا التقييد دون وجود قصد.

نقصد هنا في الحقيقة أثر الحد، الإخلال أو عرقلة المنافسة، أين يتم إهمال إرادة المخالف. وتكون إرادته موجودة في المنافي للمنافسة، لأنه يتم فيه البحث عن هدف التقييد بها[259].

ولتجاوز صعوبة الإثبات، يستحسن عدم الغرض على أنه القصد والإرادة، وإنما يتم ملاحظة النتائج التي سعى إليها المخالف أو المضمرة في تصرفاته. ونسمح بإدانة الممارسات التي تدفعها أهداف منافية للمنافسة وأيضا تلك التي كان على المتعاملون أن يدركوا آثارها الضارة والمتوقعة طبيعيا، دون أن يتصرفوا بغرض تحقيق تلك النتيجة. فالغرض يعبر من الناحية القانونية عن الإرادة، لكنه لا ينتج من الناحية العملية من الهدف الهدف، النية أو الدوافع الشخصية، بل هو مستخلص بشكل موضوعي[260].

وبوجود الأثر المقيد للمنافسة، تقوم مسؤولية مرتكب الممارسة دون الاعتداد بإرادته. ويجب هنا أن نلاحظ فقط أن الأثر الواقع أو الممكن حدوثه، هو نتيجة الممارسات. وهنا تتميز المسؤولية في قانون المنافسة تلزم القائم بها تحمل آثارها، ولو لم يردها أو لم يكن مدركا أنها كانت سترتب تلك النتائج[261]. وهكذا يكون تقدير الأثر المقيد للاتفاقات موضوعيا، مهما كانت الأهداف المرجوة منها. ويثبت العنصر النفسي للخطأ حتى ولو لم يقصد مرتكب الممارسات التقييد بالمنافسة[262] أو لم يكن هذا الأثر، إلا بعد فحص سلوكه وممارساته من قبل مجلس المنافسة.

---

[259] « L'objet. C'est le but ». CF. B.Goldman.A.Lyon-Caen & L. vogel. op.cit., p.384.n°511 M « L'imputabilité de l'entrave ne fait pas de doute lorsque les entreprises en se concertant. Ont poursuivi un objet autrement dit un but anticoncurrentiel ». CF. M.Pédamon. op.cit., p.412. n°465-1.

[260] « L'intention recouvre la conscience. En principe présumée. Des effets normalement prévisibledes accords ». » la possibilité raisonnable de l'ffet vient qualifier l'intention » CF. B.Goldman. A.Lyon-caen & L. Vogel. Op.cir p.384. N°511. « L'objet permet d' appréhender. Outre les pratique inspirées par des visées anticoncurrentielles. Celles dont les opérateurs étaient ou auraient du être conscients des effets néfaste normalement prévisibles. Sans avoir agis en vue d'obtenir un tel résultat ». M.Chgny. th., op.cit., p471. N°478.

[261] « Cela ne signifie pas que les parties les aient prévus ou eussent du les prévoir car, dans ces hypothèses. La considération des effets est inutile. L'accord ayant un objet anticoncurrentiel ». B. Goldman. A.Lyon-Cen & L.vogel. op.cit., p385. N°3512 : « IL suffit d'un effet objectif. Peu importequ'il n'ait pas été voulu. Ni même que les opérateurs en aient eu conscience. J.- B.Blaise. op.cit. , p.410.n°795.

[262] « IL faut seulement que la restriction résulte –ou soit susceptible de résulter (le cas d'un effet potentiel)- objectivement de la situation créée par l'accord ». L. vogel. Traité de droit commercial. Op.cit., p.681. n°841.

البند الثاني: تقدير السلوك المنحرف في الممارسات:

تأسيس الاضطراب التنافسي على الخطأ و الخطر

نريد من خلال هذا البند، أن نبين أن كل من الخطأ والخطر يتعايشان لتفسير المسؤولية في قانون المنافسة. ذلك أن الاكتفاء، في قانون يوصف أنه "اقتصادي" بمسؤولية مبنية على الخطأ، يؤدي لإدانة سطحية لتصرفات المتعاملين، لأنها تركز على تقدير سلوك المسئول، دون البحث في الآثار التي ترتبها سلوكاتهم، ولو كانت غير مدانة في ذاتها. فتعايش المسؤولية الموضوعية إلى جانب المسؤولية المبنية على الخطأ يساهم في إضفاء الطابع الردعي للمسؤولية المدنية في القانون الخاص، لاسيما في قانون المنافسة.

أولا: تفسير الاضطراب التنافسي بالخطأ

يشترط في منع الاتفاقات، أن يحدث التواطؤ بين عدة مشاريع لإحداث الاضطراب التنافسي.[263] ويتمثل انحراف السلوك في مخالفة مبدأ استقلالية المشاريع المتواجدة في السوق لاتخاذ القرار بهدف إنقاص التنافس بينهم، و يضاف لهذا عنصر إرادي يتمثل في قصد التقييد بالمنافسة[264]. كما يسهل ربط المسؤولية الناتجة عن الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة بالخطأ، إذا كنا بصدد التعسف في السلوك. حيث يشمل كافة السلوكات والممارسات المكيفة بأنها تعسفية، لأنها ممنوعة بطبيعتها وتظهر في ذاتها هيمنة من يباشرها[265].

وينتج التعسف في السلوك، عن عناصر تتصل بتصرف المشروع المهيمن ويمكن تكييفه بأنه غير مشروع وارتكب للإضرار بأعوان الاقتصاديين الذين يتعاملون معه، بحيث يظهر وكأنه يستغل وضعيته عن طريق هذه الممارسات. أي أنه يستعمل المزية الناتجة عن وضعيته والمتمثلة في قدرته الاقتصادية بشكل مبالغ وتستغل الإمكانيات الناتجة عنها للحصول على مزايا، لم يكن ليحصل عليها لو كانت المنافسة حقيقية وفعلية.

---

[263]L'entente suppose. Outre le trouble concurrentiel. Une concertation entre.plusieurs opérateurs indépendants. Autrement dit. Un concours de volontés « tendant à instaurer une discipline collective de comportement sur le marché » CF. M. Pédamon. Op.cit., p.408. n°460. Le lien entre le concours de volonté et ce but ou ce résultat » . expliquent B. Goldman. A. Lyon-Caen & L. Vogel. Op.cit., pp. 349-350. N° 471.

[264] CF. M. Chagny. th., op.cit.,p.478. n°488 . «le consentement ou la conscience des parties de participer à l'entente peut aussi s'analyser comme l'élément subjectif de la faute » « consciencede participer à un accord et. Corrélativement. De conséquence prévisibles de celui-ci ». CF. M. – Spayet. Th., op.cit., p. 346 n°239 et p. 345. N°239.

[265.] CF. D. Brault. Droit et politique de la concurrence. Op.cit., p.269 ; L. Vogel. Th., op.cit p.133. n°157.

إن التعسف في السلوك ليس سوى خطأ، لأنه يعتمد على أعمال إيجابية أو سلبية تخالف أوامر القانون ونواهيه. وما يميزها أنها تلحق بطبيعتها الضرر ببقية المشاريع المتدخلة في السوق محل الهيمنة. ولقد كان يسهل إيجاد أساس لهذا المفهوم في قانون المنافسة، عندما كانت المادة 7 من الأمر 95-06 قبل إلغائه، تورد قائمة الأمثلة التي تجسد الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة: رفض البيع: البيع المتلازم أو التمييزي: البيع المشروط بانتقاء كمية دنيا: الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى، مادام سيلحق في كل فرضية منها حتما الضرر بالمتعامل الذي يدخل في علاقة مع المشروع المهيمن ويقابله بأحد هذه التصرفات. وفي المادة 7 من الأمر 03-03 تم تعداد سلوكات منافية للمنافسة ومدانة و تمت صياغتها بعبارات عامة وكلها تتميز بأنها تمس بالسير العادي لقواعد المنافسة، من حيث أنها تؤدي لإنقاص عدد المتنافسين في السوق أو التقييد من حرية هؤلاء للدخول للسوق. ويبقى أن الهدف أو ذاك، يتحقق عبر عدة ممارسات لا يمكن حصرها.

ثانيا: الاضطراب التنافسي غير العادي بالخطر

أحيانا، يؤثر تصرف أ ممارسة ما يقوم بها مشروع يحتل وضعية الهيمنة على هيكل المنافسة، بحيث يقصي من خلالها المتنافسون المتواجدون و المحتملون، بالرغم من كون التصرف أو الممارسة غير مدانين في ذاتهما. وبهذا الشكل، تم محو فكرة الخطأ لقيام مسؤولية المشروع المهيمن. وتتعلق هذه المسؤولية الموضوعية بوضعية الهيمنة ذاتها، لأنها تقوم في كل مرة يعزز فيها المشروع المهيمن وضعيته عبر ممارسات تخفي أثر الإقصاء. وكأنه تم تشبيه القدرة على السوق بالخطر، الذي يفرض على المشروع المهيمن عدم تعزيز وضعيته وإضعاف المنافسة أكثر مما هي عليه بفعل وضعية الهيمنة[266].

وفي هذا الصدد، تعتبر الاجتهادات القضائية[267]، التي تكرس مفهوم التعسف في الهيكل، أن التعديلات الهيكلية – أي عملية التجميع-، عقود التوزيع الحصري، قطع العلاقات التجارية بدون مبرر شرعي وحسوم الوفاء...كلها ممارسات ممنوعة لمجرد أنها صادرة عن مشروع مهيمن، إذا ظهر أنها تحد من المنافسة.

ويعتبر كل من الفقيهين J.Burst و R.kovar أن التعسف في وضعية الهيمنة هو وحده المدان ولا يمنع القانون الفرنسي النمو الداخلي فقط بل حتى النمو الخارجي،

[266]L'entreprise dominante est tenu « de ne rien faire qui puisse détériorer davantage la structure déjà fragile de la concurrence ou empêcher de manière arbitraire l'apparition ou le développement de concurrents capables de remettre en question cette position dominante et de faire naitre une concurrence effective » CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.486. n°492.

[267]Voir par exemple en droit français : D. Brault, Droit et politique de la concurrence op.cit., p.270 et S. : M.- S.Payet. th th., op.cit p.183. n°115 ; R.Bout. C.Prieto & G.Cas. op.cit., P230. N°681. En droit communautaire. M. Chagny. Op.cit p.481. n°489 :p.487. n°494.

عندما قرر رقابة التجميعات[268]. ولدى R.Robolt و G.Ripert حتى ولو استجابت وضعية الهيمنة مع حالة المنافسة، باعتبار أن التعسف هو وحده الممنوع، إلا أن المنع استعمل من الناحية العملية لإدانة "ليس فقط تصرفات المشاريع ولكن أيضا للحفاظ على هيكل تنافسي في السوق أو تصحيحه"[269]. في نفس الاتجاه، الفقيه y.Guyon أن "اكتساب وضعية الهيمنة على السوق أمر مشروع، تعزيزها أو الحفاظ عليها ليس كذلك"[270] . وحتى تستجيب تصرفات المشروع المهيمن لقواعد المنافسة، عليه أن يكف عن استغلال حالته بالتصرف كما لو كانت المنافسة قائمة. ويكتفي القضاء بإثبات غير مباشر لقصد التقييد بالمنافسة ويتمثل في إثبات أن السلوك يقصد إقصاء منافس أو إثبات أن المشروع استفادة من حالته بالحصول على حرية غير عادية، ما كان ليحصل عليها لو سادت قواعد المنافسة. ولقد صدق الفقيه y.Guyon عندما فرض على هذه المشاريع حسن التصرف مع منافسيها، لأنها تستطيع، بسبب قدرتها، الإفلات من قواعد المنافسة. لذلك "بإمكانها فقط الدفاع عن هذه الوضعية، لا تعزيزها ولا التعسف باللجوء لوسائل لا تتعلق بالمنافسة عبر الاستحقاق"[271].

الفرع الثاني: الضرر التنافسي

لا تتصور القواعد العامة المسؤولية المدنية من دون الضرر، لأنها تهدف للإصلاح. وفي قانون المنافسة، يسود مبدأ مشروعية الضرر الواقع بالمتنافسين. فكل المجهودات التي يبدلها المشروع من تجديد وتطوير للمنتجات والإشهار...إلا وتهدف لجلب أكبر قدر ممكن من العملاء[272]. لذلك لا يعد تحويل عملاء الغير بالأساليب المشروعة من قبيل الضرر التنافسي[273].وفي هذا الإطار، ليس مبدأ شرعية إلحاق الضرر بالمتنافسين، سوى تأكيدا لحرية المنافسة[274].

---

[268] CF. J.J. Burst & R. Kovar. Droit de la concurrence. Economica. 1981. N°512. Cité par M. Malaurie – Vignal. Op.cit. , p.202. n°296.

[269] R.Roblot & G.Ripert. traité de droit commercial. II, 11e éd., LGDJ, n°252. Cité par M. Malaurie – Vignal, op.cit., p.202. n°296.

[270] CF. y. Guyon. droit des affaires. Op.cit., p.970. n°896-5.

[271] CF. Y. Guyon. Droit des affaires. Op.cit., P.970. n°896-7.

[272] La clientèe est « à qui sait la conquérir et la prendre ». CF.P. Roubier. Le droit de la propriété industrielle. T.I. sirey. 1952.p.493. n°106. Cité par M.Chagny. th . , op.cit., p.502,n°507.

[273] En l'absence de droit privatif. Le fait dr démarcher la clientèle d'autrui est licite « même s'il a pour résultat l'anéantissement du travail de longue haleine réalisé jusqu'alors par ledit concurrent ». Versailles 21/02/2000. Cité par M. Chagny. Th., op.cit., p.502. réf. N°198.

[274]« La liberté de la concurrence…institue. A la charge de ces dernier (les opérateurs). Une obligation de concurrence . elle leur confère aussi un droit. CF M. Chagny. Th., op.cit., p.502. n°507.

لهذا، ينظر الفقه المدني خاصة للأضرار التي يمكن التعويض عنها في قانون المنافسة. بحيث، يكون "حق الإضرار"[275]. في هذا القانون مشروعا[276]. إذ يرى الفقيه B.Strack أن خسارة العملاء تتعلق بأضرار ذات طبيعة اقتصادية وفيها يسود حق التصرف والإضرار بالغير، لأنها من الأضرار التي تلازم ممارسة حرية المنافسة فلا يمكن إصلاحها[277].

وفي مجال قانون المنافسة، عندما تمارس حرية المنافسة بشكل غير صحيح، تتقرر المسؤولية في جانب من تسبب في خطئه في إحداث الضرر التنافسي[278]. هكذا، لا يوجد أي تحريف بالقواعد العمة للمسؤولية المدنية. لأنه عندما نعتبر بعض الأضرار التي تصيب المنافس مشروعة، فلا يفيد ذلك نفي المسؤولية على الإطلاق، و يتقرر الالتزام عندما يتجاوز المنافس حدود حقه في الأضرار. وما دمنا نتحدث عن المسؤولية المدنية، القائمة على إثبات الضرر، نريد أن نحدد منطقة التي يجوز التعويض عنها في المنافسة**(البند الأول)** وأن نبرز خصوصية الضرر التنافسي **(البند الثاني).**

البند الثاني: الأضرار التي يمكن التعويض عنها في قانون المنافسة

يجعل حق الإضرار بممارسة بعض الحقوق ، كحرية المنافسة، الضرر التنافسي مشروعا ومن ثم لا مجال للحديث عن المسؤولية، غير أن هذا الحق له حدود وقيود. إذ تفترض حرية المنافسة تحويل العملاء وتفوق بعض المتعاملين، مقابل إقصاء آخرين. وليست هذه الحرية مرادفا لحرية التصرف حسب القواعد الخاصة بكل مشروع كما يراها هو، وإنما تمارس هذه الحرية في إطار احترام بعض القواعد المتعلقة بشرعية الممارسات التجارية وشفافية العمليات والمنافسة السليمة، بعيدا عن الممارسات التعسفية و الاحتكارية.

أولا: في الممارسات المقيدة للمنافسة

[275] IL s'agit des domines ou l'un exerce une avtivité. L'autre subit cette activité. Et doit subir. La faculté de nuire est nécessaire à cette activité. Elle est en quelque sorte « partie prenante » dans l'exercice de cette activité. Le profil de l'un, c'est la possibilité de dommage de l'autre. » Cf. J. Karila de Van. Le droit de nuire, RDTC 1995, p.538.

[276] La liberté de la concurrence est perçue comme « un fait justificatif général des dommages qu'un commerçant inflige à un autre ». pour Y. Serra c'est un « principe exonérateur de responsabilité ».CF. Y. Serra. Droit français de la concurrence. Op.cit., p.11.

[277] Le conflit entre la liberté et lq sécurité est tranché (…) au profit de la première : le dommage est licite lorsqu'il est l suite nécessaire et naturelle de (son exerce) ».CF. B.Strack. les obligations. Libraires technique. 1972. P.90.n°189.

[278] « la responsabilité du titulaire d'une telle prérogative (la liberté de concurrence) peut être engagée : S'il commet une faute. Le dommage qui en résulte pour autrui est par la même illicite et engendre l'obligation de réparer ». CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.504. n°508.

يشترط لتطبيق منع الممارسات المقيدة للمنافسة، أن تتم عرقلة المنافسة في السوق. ولأن هذا المنع يتعلق بحماية النظام العام التنافسي، فقد استعمل فيه المشرع جزاء الغرامة، لما يترتب عن هذه الممارسات من خسارة في الرّفاه الجماعي وأضرار ماسة بالاقتصاد Dommage à l'économie[279]. حيث تتحمل الجماعة كلها نتائج السلوك غير التنافسي، دون أن يتعين المتضررون منه شخصيا. لذلك تبرز خسارة الرفاه الجماعي دفع غرامة تستفيد منها الجماعة كلها، لا عون اقتصادي بذاته[280]. هذا الضرر الخاطئ بالممارسات المقيدة للمنافسة هو : النوع الأول ضرر ذو صورة هيكلية ويقصد به، منع كل الممارسات التي تهدف منع دخول بعض المتعاملون للسوق، لأنهم قد يكونوا منافسين أقوياء للمشاريع المتواجدة. أما النوع الثاني، فضرر ذو صبغة ظرفية ويشمل الممارسات التي تشجع الارتفاع المصطنع للأسعار أو انخفاضها أو الممارسات التي تمنع المستهلك من الانتفاع من انخفاض الأسعار الناتج عن قواعد المنافسة[281]

يبرر نفس هذا الضرر، تطبيق جزاء مدني يتمثل في التعويض. و تكمن فكرة تقريره، في أن المشروعات المرتكبة للممارسات المقيدة للمنافسة ألحقت عبر هذه الأخيرة توترا في السوق وحققت أرباحا غير مشروعة. لذلك، يراد من التعويض إعادة المبالغ المحصل عليها بغير مسوغ قانوني لصالح المتضررين من هذه الممارسات، سواء كانوا متنافسون، موردون أو زبائن. ولجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المعتمدة أيضا، الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي الذي مس المصلحة الجماعية للمستهلكون أو المهنيون[282].

ثانيا: في أعمال المنافسة غير المشروعة

يتعلق الضرر في الممارسات التجارية الممنوعة بموجب قانون 04-02، لاسيما تلك المتعلقة بالممارسات التجارية غير النزيهة، والمعروفة باسم أعمال المنافسة غير المشروعة، بتحويل العملاء. على أنه يحب التذكير أن تحويل العملاء المقصود هنا، هو تلك المرتبط باستعمال أساليب غير شريفة في التنافس لجلب العملاء[283]. لأن المنافسة، كما قلنا سابقا، تفترض سعي المتدخلين في السوق المستمر نحو جلب

---

[279] CF. Cl. Lucas De Leyssac. La réparation du dommage à l'économie. In L'ordre public économique. Atelier du 03/11/1994. Rev. Conc. Cons., janv- févr. 1995. N°83. Pp.67-68.

[280] CF. L.Benzoni. quelle sanction pour les comportements anticoncurrentiels. In problèmes économiques. Du 13/05/2001. N°2714. Pp.29-30.

[281] CF. R.Bout. C.Prieto & G. Cas OP.cit., p.277. n°800.

[282] تسمح المادة 48 من الأمر 03-03 المعدل" لكل شخص طبيعي أو معنوي" تضرر من ممارسة مقيدة للمنافسة، رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة، وهذا تلميح مباشر لدعوى المسؤولية المدنية.

[283] بالنسبة ل Ph. Me Tourneau لا يعد تحويل العملاء ضرر، إلا إذا كان تعسفيا.

العملاء والحفاظ عليهم. وحتى استحالة زيادة العملاء هي من قبيل الضرر التنافسي، إذ يوجد هنا العملاء احتماليون، وهذا ما يشبه ضياع الفرصة.

وعموما يجوز التعويض عن كل اضطراب تجاري، لأنه يمس بالقدرة التنافسية للمتضرر[284]. وواضح كيف أن المشرع في المادة 27 من قانون 04-02 التي عدد فيها قائمة الأعمال الممنوعة في إطار المنافسة غير النزيهة، يركز على حماية المتنافسين. إذ نراه في كل الأعمال يصوب إلى عون اقتصادي منافس أو قيمه التنافسية. وهكذا أساس المنافسة غير المشروعة هو حماية الحق في المنافسة، فإن تم الاعتداء على القيم التي يعول عليها في جلب العملاء أو على مصالح المنافس المشروعة بأساليب غير مشروعة، كإحداث الخلط وتشويه سمعة المنافس، فهذا يعبر عن ضرر يجوز التعويض عنه[285]. ومادامت قائمة الأعمال التي بينت الأعمال غير النزيهة في مفهوم المادة 26 من قانون 04-02 مفتوحة لأعمال أخرى. فيمكن أن تستوعب نظرية المنافسة الطفيلية، كوسيلة تستعملها المشاريع لحماية استثماراتها عندما يتم الاستفادة منها دون تحمل أموال. ويتمثل الضرر هنا في اغتصاب القيم الاقتصادية سواء بين المتنافسون أو غير المتنافسون[286].

البند الثاني: خصوصية الضرر التنافسي

يمكن تفسير خصوصية الضرر التنافسي بالوظيفة الردعية للمسؤولية المدنية في قانون المنافسة أكثر من وظيفتها العادية و هي الإصلاح. ومثل القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تعتني، عندما مسألة الضرر، بمفهومه وشروطه، سنبين التغير الذي لحق هاتين المسألتين عندما نكون بصدد الضرر التنافسي.

أولا: من حيث وجود الضرر

تتطلب المسؤولية المدنية، على عكس المسؤولية الجزائية، وجود ضرر. لذلك لا يمكن إهمال هذا الركن في المسؤولية المدنية في قانون المنافسة، ولو كان إثبات

CF.Ph. le Tourneau. De la spécificité du préjudice concurrentiel. Préc., p.86.

[284] J. –B .Blaise. op.cit., p.349. n°677.

[285]أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص.338 وما بعد. ومن أمثلة الأضرار التي نصادفها في أعمال المنافسة غير مشروعة،نذكر: خفض قيمة علامة أو شعار،خسارة صورة العلامة، إلغاء طلبية على إثر حملة تشهيرة خسارة مزية تنافسية تبعا لاغتصاب قيمة اقتصادية.

CF.Ph.Le tourneau. Droit de la responsabilité et des contract. Op.cit., p.1112. n°7023.

[286] في الحقيقة، تركز المادة 26 من قانون 04-02 في منعها للممارسات التجارية غير النزيه على المساس بالمتنافس أو قيمه التنافسية، ومن ثم يصعب إدخال ضمنها حالة الممارسات التطفلية التي يتم فيها الاعتداء على مبدأ النزاهة بين غير المتنافسون. على أنه يمكن أن تؤسس فالمسؤولية المدنية فيها على أساس المادة 124من القانون المدني.

وجوده ونطاقه فيه صعبا[287]. ومع ذلك، يمكن تجاوز هذه الصعوبة، بتخفيف إثباته واستخلاصه من الممارسات الخاطئة في ذاتها أو من وقائع يكون من شأنها عادة إلحاق الضرر[288]. و كأننا هنا بصدد قرينة الضرر[289]، التي تعني أن الضرر مضمر في الممارسات الممنوعة في القانون أو في التصنيفات المقترحة لأعمال المنافسة غير المشروعة[290]. وتجدر الإشارة، أن تخفيف إثبات الضرر في المسؤولية المدنية، كالمنافسة غير المشروعة، لا يعني مطلقا تجاوز ركن الضرر، بل يظل عنصرا مهماّ فيها[291].

ثانيا: من حيث شروط الضرر التنافسي الموجب للتعويض

يتوقف منح التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية على إثبات ضرر مباشر محقق. ولا يمكن، بمقتضى شرط التحقق، التعويض عن الأضرار المحتملة أو المفترضة. ويبقى أن الضر المستقبلي وتفويت الفرصة من قبيل الأضرار المحققة التي يجوز التعويض عنها[292] والضرر في قانون المنافسة ضرر "افتراضي"، يتم استخلاصه من الخطأ، فمثلا تؤدي أعمال المنافسة غير مشروعة للمساس بالقدرة التنافسية للمتضرر وتؤدي في الغالب للضرر. وأيضا، عندما نرجع لشرط الأثر المقيد للمنافسة، المعمول به في القواعد المتعلقة بالممارسات المقيدة، سنجد أن الضرر قد يكون محتملا، لأن الشرط يفيد أن من شأن الممارسات أن ترتب أثرا حقيقيا أو احتماليا على المنافسة. فكيف سنوفق بين شرط الضرر الأكيد في المسؤولية المدنية مع منع الممارسات بفعل آثارها الاحتمالية؟ وتذكر هنا أن القواعد العامة للمسؤولية المدنية حسمت الأمر بخصوص الضرر المحتمل، إذ طالما أنه يحتمل الوقوع وعدم الوقوع، لا يصح التعويض عنه، لأنه غير محقق. أما الأثر المقيدة

---

[287] لا يتشدد في ثبات مقدار الضرر من جانب صاحب الحق في المنافسة المعتدى عليه، بسبب صعوبة ذلك بل يكاد يكون مستحيلا لارتباط الضرر بتغيير العملاء، فليس هناك ما يجزم أن العملاء كانوا سيستمرون في التعامل مع المشروع المتعدى، لو لم تقع منه هذه الأعمال، لذلك يقدر القضاء التعويض جزافيا. أ. م. محرز، المرجع السابق، ص.339-340، رقم 214.

[288] « La spécificité du dommage concurrentiel amène les juges a considérer que l'existence du préjudice s'infère nécessairement des act déloyaux. IL s'établit ainsi uneconfusion entre la faute et le préjudice en raison de leur proximité : il suffit à la victime de prouver la faute pour établir le préjudice » CF. L. Vogel. Traité de droit commercial. Op.cit., p.596.n°731.

[289] تعد المنافسة أحد الأمثلة النموذجية لقرينة الضرر.

[290] "والواقع أن القضاء يستخلص وقوع الضرر من قيام وقائع تؤدي لإحداثه عادة ليحكم بالتعويض حيث يستلزم تحقق الضرر. أما إذا كان الضرر احتماليا فيتأثر باتخاذ الإجراءات الوقائية، كتعديل السم التجاري أو العلامة التجارية أو نشر الحكم في الصحف". أ. م. محرز، المرجع السابق، ص.340 ؛

M. Chagny. Op.cit., pp.506-507. N°511.

[291] « L'existence d'un préjudice concerne le bien-fondé de l'action en concurrence déloyale et non sa recevabilité ainsi que l'a jugé la cour d'appel de paris en déclarant qu'une demande en concurrence déloyale n'est pas irrecevable au motif que le demandeur ne justifierait d'aucun préjudice et que la condition tirée de l'existence du préjudice relève du bien-fondé de la demande et non de sa recevabilité0cité par Y. serra. Concurrence déloyale. Préc., p.17 . n°95

[292] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المجني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية(الفعل غير مشروع،الإثراء بلا سبب والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999 ، ص. 158، فقرة 358 وما بعد؛ علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص. 225 وما بعد.

للمنافسة الاحتمالي، فهو الآخر غير محقق ويتضمن مجرد تهديد عرقلة قواعد المنافسة، إلا أنه يصح أن يتخذ فيه مجلس المنافسة كل ما يراه مناسبا لعدم تحقق ذلك الاحتمال، لاسيما الأمر بوقف الممارسات المعنية. ويبقى مسألة التعويض في هذه الحالة مثيرة للنقاش.

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر التنافسيان

يتعين لقيام المسؤولية المدنية عن الممارسات المقيدة للمنافسة والممارسات التجارية الممنوعة بموجب قانون 04-02 وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر. غير أن خصوصية هذه المادة، تلزم التساهل في إثبات علاقة سببية، لتعلق قانون المنافسة بالاقتصاد ولتدخل عدة عوامل في وقوع الضرر. وعلية سنتحدث في هذا الفرع عن إثبات السببية (**البند الأول)** ونفيها **(البند الثاني)**.لنبين كيف تم تجاوز صعوبة الإثبات.

أولا: مواجهة تعدد الأسباب طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية

تتنازع نظريتان لتحديد السبب في حالة اشتراك عدة أسباب في وقوع الضرر تسمى النظرية الأولى نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب و الثانية نظرية السبب المنتج أو الفعال. وبموجب نظرية تعادل الأسباب يتعين الاعتداد بكل سبب اشترك في احداث الضرر ولة كان السبب بعيدا، لأن جميع الأسباب التي دخلت في وقوع الضرر تعتبر أسباب متكافئة أو متساوية[293]. وصحيح أن هذه النظرية تعتبر الفعل التنافسي الخاطئ –ولو كان أحد الأسباب المؤدية للضرر- لوحده سببا كافيا، ومن ثم تعتبر علاقة سببية قائمة. لكنها في تسويتها بين جميع الأسباب، ستجعل المسئول يتحمل أكثر من خطئه. لهذا تعتمد نظرية السبب المنتج عن الأسباب الفعالة في وقوع الضرر. وهو ما يستدعي التفرقة بين "الأسباب العرضية"و"الأسباب المنتجة". ويكون السبب منتجا "إذا كان يؤدي عادة. أي بحسب المجرى العادي للأمور، إلى وقوع مثل هذا الضرر الذي وقع. ولا أهمية لكون السبب العارض قد سلهم في وقوع الضرر ولكن أحدثه عرضا، لأن السبب المنتج أو الفعال هو السبب القانوني الذي يقف القانون عنده ويجب بناءا عليه أن تكون العلاقة بين الخطأ والضرر التي نشأ عنها منتجة وليست عارضة ليعتبر قانونا سببا له[294]وطبقا لهذه النظرية، قد يكون إقصاء المتنافسون غير المنتمون لاتفاق توزيع انتقائي نتيجة للممارسات التمييزية المرتكبة من قبل منظم الشبكة ضررا مستوجبا للإصلاح بغض النظر عن العوامل الأخرى

---

[293] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: الواقعة القانونية، المرجع السابق ص. 175، فقرة 368

[294] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق ص.176 ، فقرة 369

المتعلقة بوضعيتهم التنافسية. لأن الضرر الذي يصيب الموزعين غير المعتمدين في الشبكة، يتعلق بخسارة ربح يحققونه من وراء الانتماء للشبكة والاستفادة من شهرة العلامات لجلب العملاء[295].

ثانيا: التساهل في إثبات السببية في قانون المنافسة

عندما يثبت المتضرر الخطأ والضرر، يفترض القضاء أن تدخل الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة كان إيجابيا في وقوع الضرر التنافسي. وكأن القضاء يقيم قرينة السببية بين الفعل الخاطئ والضرر الحاصل[296]. وفي هذا مخالفة للقواعد العامة للمسؤولية المدنية التي لا ما يسمى الإسناد إلا في أحوال خاصة (كالمسؤولية عن حوادث السيارات)

إذن، حتى علاقة السببية تم التخفيف منه، فيما يخص التساهل في إثباته[297] ولاكتفاء أحيانا، بإثبات سلبي مستخلص من غياب تفسيرات أخرى ممكنة للضرر. فإذا لاحظت المحاكم تعاصرا بين تمركز المنافسة وانخفاض رقم الأعمال الذي ليست له تفسيرات أخرى، كانت السببية قائمة[298]. ومن الواضح، أنه بهذه الطريقة سيركز المتضرر اهتمامه على إثبات الخطأ والضرر. والمهم أن يتعلق التعويض بما هو نتيجة طبيعية ومحتملة للفعل الضار[299]

البند الثاني: نفي السببية

تعتمد المحاكم عل تقنية القرينة لإثبات علاقة سببية، ومفادها أن تدخل الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة كان إيجابيا في وقوع الضرر، وهذا لصعوبة الإثبات وتداخل أسباب أخرى.إلا أن مسؤولية الفاعل لا تعدو أن تكون هنا سوى مسؤولية عن فعل شخصي، يجوز له فيها دفع المسؤولية لإثبات انعدام السببية بين الخطأ والضرر. وتنص المادة 127 من القانون المدني على السبب الأجنبي وصوره المتمثلة في القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، فعل المتضرر وفعل الغير على أن هذه

---

[295]CF. M.-A. Sabirau-perez. Distribution sélective et préjudice concurrentiel. Réflexions propos de la. Décision du conseil de la concurrence du 26/11/2003. Biotherme . d . 2004 chro. , p. 1442.

[296]« les tribunaux ont tendance à présumer le lien de causalité lorsque la concurrence déloyale et la baisse du chiffre d'affaire sont établies ». CF. F. Dekeuwer-Ddéfossez. Domat droit privé.8eme éd., 2004. P.432. n°542.

[297] « L'appréciation qui est faite par les tribunaux de l'existence du lien de causalité en la circonstance(liberté de la concurrence et la nature de la clientèle) se révèle parfois peu rigoureuse ». CF. Y. Serra, concurrence déloyale. Préc., p.20. n°109.

[298] CF. Y .Serra. concurrence déloyale. Préc., p.20.n°109.

[299] « compte tenu des fins particulières de l'action en concurrence déloyale. Les trubinaux font preuve de souplesse. La cour de cassation à approuvé dans son arrêt du 16/10/1957 l'allocation de dommage et intérêt par une cour d'appel. Cité par A.pirovano. préc., P.496. n°53.

الصور مذكورة على سبيل المثال، يمكن أن تضاف إليها كل الوقائع الأخرى التي تتوفر فيها شروط السبب الأجنبي[300]

المطلب الثاني: آثار دعوى المسؤولية المدنية في قانون المنافسة

إذا توفرت المسؤولية المدنية، قام على عاتق المسئول التزام بإصلاح آثار الاضطراب التنافسي الواقع بالمتضرر. وتتدخل هنا قواعد بمباشرة الدعوى المدنية وبالتعويض المستحق. فهل تأثرت هذه القواعد هي الأخرى بقانون المنافسة لاسيما وأن أضفنا للتحليل الاهتمام بالوظيفة الردعية –إلى جانب الإصلاحية- المسؤولية؟ وما يدفعنا للتركيز على هذه المسألة في قانون المنافسة بالذات، أنه يسعى لحماية المصلحة العامة.

الفرع الأول: مباشرة الدعوى المدنية

بديهيا تباشر الدعوى المدنية للتعويض عن الممارسات المقيدة للمنافسة أو عن الممارسات الممنوعة في قانون 04-02، أمام القضاء المدني صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في المنازعات المدنية[301]. ويبقى مجلس المنافسة والقضاء الجزائي مختصين بدعوى إيقاع الجزاء المالي المتمثل في الغرامة حسب الأحوال. وعلى ذلك، يظهر أن الدعويين القامتين أمام المجلس والقضاء المدني مستقلين عن بعضهما البعض، لأن موضوعها الثانية مرتبط بالتعويض عن الاضطراب التنافسي. وبالتالي، لفكرة المصلحة التي تبرر رفع الدعوى حسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مدلول خاص، لأنها تتوفر في المتضرر من الممارسات المقيدة للمنافسة[302]. غير أن الملاحظ في قانون المنافسة، أنه وسع من دائرة الأشخاص الذين يستطيعون رفع الدعوى المدنية، إلى درجة جاز معها التساؤل حقا هل نحن هنا بدد دعوي إصلاح أم دعوى عقاب(**البند الأول**)؟ من جهة أخرى مادامت ترجع إلى مجلس المنافسة سلطة النظر في الجزاء المالي العقابي للممارسات المقيدة للمنافسة، وللقضاء المدني سلطة النظر في الجزاء المالي الإصلاحي؛ ستثار العلاقة بينهما وأيضا هل يلزم القاضي المدني بقرار المجلس وهو يفصل في التعويضات المستحقة(**البند الثاني**)؟

البند الأول: الأشخاص المؤهلون لرفع الدعوى المدنية

هذه الشروط هي عدم إمكان تفادي نتائج السبب الأجنبي وكونه غير متوقع. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. فقرة 377.[300]

تلزم المادة 48 من الأمر 03-03 المتضررون رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به[301]

[302]"سبب دعوى المسؤولية المدنية هو الفعل الضار ذاته الذي أحدث المطلوب تعويضه أو الواقعة القانونية التي تولد عنها الحق في التعويض موضوع الدعوى وعليه، فأنه حيث لا ضرر لا مصلحة، وحيث لا مصلحة لا دعوى لأن الملحة هي أساس الدعوى(المادة13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)". بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 226.

المدعي في دعوى التعويض هو المتضرر، ولقد عبرت عنه المادتين48 من الأمر 03-03 المعدل و65 من قانون 04-02 بعبارات واسعة أدت بنا للتساؤل عما إذا كان هذا التحديد العام والواسع يخالف القواعد العامة للمسؤولية المدنية؟ وما دوافع هذا التحديد؟

أولا: تحديد الأشخاص العاديون المؤهلون للمطالبة بالتعويض

بالاستناد على مادة48 الذكورة أعلاه، يستطيع كل من لحقه ضرر من الممارسات المقيدة للمنافسة الطالبة بالتعويض، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. ولان الضرر في هذه الممارسات شامل للسوق، لمنافسي المشروع القائم بالممارسات المطالبة بالتعويض ولو لم يدخلوا في علاقة مباشرة معه. ويدخل أيضا حتى الزبائن، سواء كانوا مستهلكون أو عملاء وسطاء: موردون وموزعون. ومن خلال هذا التحديد، يظهر أن الضرر المباشر سيفقد مدلوله، مادام أنه يسمح للمتضررين البعيدين –إن صح التعبير- من الممارسات للمطالبة بالتعويض. نستطيع أيضا المنظمات المهنية وجمعيات حماية المستهلك رفع الدعوى عن الممارسات التي تلحق أضرارا مباشرة أو غير مباشرة بالمصلحة الجماعية للمهنة أو القطاع الذي تمثله أو حتى للدفاع عن نزاهة المنافسة. وبالنسبة لجمعيات حماية المستهلك، فللتعويض عن الأضرار التي تلحق مجموعة من المستهلكين أو مصلحتهم.

ثانيا: الأشخاص الآخرون المؤهلون للمطالبة بالتعويض

لقد لفت انتباهنا نص المادة 63 من قانون 04_02 الذي يقضي بما يلي: يمكن ممثل الوزير المكلف بالتجارة المؤهل قانونا حتى ولو تكن الإدارة المكلفة بالتجارة طرفا في الدعوى، أن يقدم أمام الجهات القضائية المعنية طلبات كتابية أو شفوية في أطار المتابعات القضائية الناشئة عن مخالفة تطبيق أحكام هذا القانون". والإشارة لهذا النص في مجال المسؤولية المدنية التي هي حكر على المتضرر، سببها استعمال المشرع صياغة عامة تطرح مشكلا في التفسير. وما فهمناه من النص، أن ممثل الوزير المكلف بالتجارة يستطيع التدخل بإيداع استنتاجات مكتوبة أو طرحها شفهيا أثناء المرافعة في كل الدعاوى المرفوعة في إطار المتابعات القضائية الناشئة عن مخالفات أحكام هذا القانون. وحسب قانون 04-02 قد تكون هذه الجهات القضائية إما الجهات الجزائية أو الجهات المدنية، فكيف يمكن تبرير تدخل ممثل الوزير المكلف بالتجارة في الدعوى المدنية؟

سيستفيد المتضرر من هذا التدخل، بخصوص إثبات الممارسات الممنوعة بموجب قانون 04-02[303]. ومهما كانت هذه الممارسات متعلقة بمصالح الأعوان الاقتصاديين الخاصة، فإنها تؤدي بشكل أو آخر للمساس بقواعد المنافسة.

البند الثاني: علاقة القضاء المدني بمجلس المنافسة

تعود للقاضي المدني مهمة الفصل في دعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها الممارسات المقيدة للمنافسة والممارسات التجارية غير الشرعية وغير النزيهة. ولا ننسى أن مجلس المنافسة يفصل في مسألة تكييف الممارسة، فهل تعد فعلا ممارسة مقيدة للمنافسة وعند اعتبارها كذلك، يطبق جزاء الغرامة. وإذا كانت الممارسات الممنوعة لا تثير أي إشكال بخصوص علاقة الجهات القضائية الجزائية بالجهات المدنية، فالأمر ليس كذلك بالنسبة للممارسات الممنوعة في الأمر 03-03 المعدل. وهنا التساؤل هل يتعين أولا اللجوء لمجلس المنافسة أم يمكن رفع الدعوى مباشرة أمام الجهات المدنية؟ وهل قرار المجلس يلزم القاضي المدني؟

أولا: المصلحة تبرر اختيار القاضي المدني أو مجلس المنافسة

بالاستناد على أحكام أمر 03-03، يمكن القول أنه ليس في كل الأحوال يكون اللجوء لمجلس المنافسة أولا مفيدا للضحية في دعواها للمطالبة بالتعويض عنها أمام القضاء المدني. وإن كانت المصلحة في رفع الدعوى ابتداء أمام المجلس موجودة، بالنظر للمزايا التي يتمتع بها هذا الأخير، لاسيما بخصوص اتقاء الأفعال المؤدية للضرر والحد منها، ؟ إلا أننا نجد أيضا المصلحة متوفرة في اللجوء للقاضي المدني مباشرة، لأنه يتمتع بسلطات لحد ما بسلطات المجلس.

وطبقا للمادة 46 من الأمر 03-03، يستطيع المجلس الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة في حالة الاستعجال. وله حسب المادة 45 من ذات الأمر بوضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة. ولأجل ذلك، يستطيع إما الأمر بوقفها مما يعني زوالها[304]. أو الإبقاء عليها وفق شروط، مما يعني تعديلها. للمجلس أيضا إمكانية التعويض العيني حيث تسمح المادة 49 من الأمر الذكور بنشر قرارات المجلس في وسائل الإعلام، كالصحف أو اللصق عن طريق الإعلان في بعض الأماكن، بالإضافة، بنشرها في النشرة الرسمية للمنافسة. أما الغرامة، وهي امتياز قاصر على المجلس، من شأنها الحد والوقاية من

---

[303] تدخل الإدارة، يحل للمتضرر بعض المشاكل التي يصادفها على مستوى الإثبات.

D. Brault. Droit et politique de la concurrence. Op.cit., pp. 160-161.

[304] في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ2001/03/12 والمؤيد لقرار مجلس المنافسة المؤرخ في 1999/06/28 تم أمر المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية "بالكف فورا عن وضع مخازنها تحت تصرف بعض الزبائن وعن إفادة بعض الزبائن بحصص تفوق بكثير حصص باقي الزبائن وعن التمييز بين الزبائن في كيفية الدفع وعن تفضيل بعض الزبائن من حيث الكميات المباعة لهم مما يجعلهم يحصلون على تخفيضات"

الأعمال المجسدة للممارسات المقيدة للمنافسة. وفي كل هذا، أنه يمكن استعمال قرار المجلس كوسيلة معدة مسبقا للإثبات في دعوى المسؤولية المدنية.

ثانيا: التنازع بين القاضي المدني ومجلس المنافسة

من نتائج الفصل في نزاع المنافسة وتوزيعه بين الجهات القضائية المدنية والهيئة المتخصصة، أن ينشأ تناقض بينهما بخصوص طريقة الفصل في المسألة الواحدة. وإن كانت اختصاصات كل جهة محددة: حيث تعود للمجلس مهمة النظر في الممارسات المقيدة للمنافسة وإيقاع العقوبات المتعلقة بها؛ وإلى القاضي المدني مهمة النطق بالجزاءات المدنية، إلا أن احتمال صدور قرارات متناقضة وارد جدا. يزيد خطر هذا الاحتمال، أمام غياب قواعد تقلل من حالات تعارض القرارات الصادرة عنهما، بالنظر لاستقلالية الإجراءات أمام كل جهة. ولا يوجد أيضا قاعدة وقف الفصل في النزاع في حالة اختصاص موازي بين المجلس والجهات القضائية. وحتى التخفيف الذي أورده المشرع المتمثل في طلب استشارة المجلس من قبل الجهات القضائية لا يحل الإشكاليات المطروحة. إذ يبدو من نص المادة 38 من الأمر المعدل أن طلب الاستشارة اختياري بالنسبة للجهات القضائية ورأي المجلس غير إلزامي. هكذا قد يؤدي الفصل في نزاع المنافسة للتعقيد وعدم استقرار قانوني بالنسبة للمتضرر[305]. وهو مجبر على رفع دعويان مستقلتان ويتحمل فيهما خطر الأحكام المتناقضة، فلا المجلس ولا الجهات القضائية ترتبط بما صدر من الجهة الأخرى من قرارات.

وفي الحقيقة، ما فعله المشرع من فصل في نزاع المنافسة بين القاضي حارس المصلحة الخاصة ومجلس المنافسة المعهود إليه مهمة أمن السوق ومهامه الشاملة والراعية للمصلحة العامة[306]، يستدعي التشجيع لأن نزاع المنافسة يتطلب تحليلا خاصا للممارسات والسلوكات، ربما قد تغيب عن ذهن القاضي في حين أن الاحتفاظ له بالمسائل التي تدخل تقليديا في مهامه كالتعويض، يؤكد اختصاصه القاصر على النظر في نزاع المنافسة. أما عن احتمال التعارض،يمكن تسويته عبر قاعدة وقف الفصل في النزاع إلى حين أن يفصل المجلس.

الفرع الثاني:التعويض المستحق

---

[305] CF. J-Cl Fourgoux, La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratique anticoncurrentielles. Préc., p.2010 :M. Chagny. Th.,op.cit p.683. n°699.

[306]CF. D.Brault, Intervention. In L'impact du droit de concurrence dans des rapports contractuel avec les concédants. Colloque organisépar le CEDIP le 08/11/1988. Rev. Conc. cons. n°48. Mars-avril 1989. P.2.

لم يرد في قانون المنافسة ما يسمح تحديد مشتملات وقيمة التعويض المستحق لضحية الممارسات المقيدة للمنافسة أو الممارسات التجارية غير الشرعية وغير النزيهة. يتحتم هذا السكوت الرجوع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، التي تقرر في هذا الخصوص، تعويضا لجبر الضرر الحاصل، بمعنى أن يكون مقداره متعادلا مع الضرر ويحقق إصلاحه التام دون أن يتجاوزه. ويشمل التعويض، من جهة أخرى، جميع الأضرار المادية التي تنقص من الذمة المالية للمتضرر، بأن تلحق به خسارة أو تفوت عن كسبا، ويشمل التعويض حتى الأضرار المعنوية[307] التي تصيب شعور أو سمعة المعتدى عليه[308].

وإذا قبلنا هذا التحليل الذي يضفي على المسؤولية المدنية طابع العقوبة المدنية، سيتم تجاوز بعض المبادئ المتعلقة بتقدير التعويض **(البند الأول).** وهل تذلل فعلا هذه المبادئ العامة الصعوبات التي يواجهها القاضي بخصوص تقدير التعويض عن الاضطراب التنافسي**(البند الثاني)؟**

البند الثاني: تغيير القواعد العامة للمسؤولية المدنية لإصلاح الضرر التنافسي

ونحن ببحث عن جزاء مدني فعال في قانون المنافسة، يمكن أن نجري بعض التغيرات على قاعدة التعويض بقدر الضرر لتقدير التعويض المستحق، حتى تستجيب مع هدف الردع في قانون المنافسة.

أولا: التركيز على قيمة تعويض مؤثرة

نريد من خلال هذا الأول، أن لا تكون قيمة التعويض محسوبة ومتعادلة مع الضرر الواقع، بل نريدها أن تكون مؤثرة، مما يجعل المخالف يدفع تعويضا يتجاوز الأرباح التي حققها من وراء المخالفة. ولقد عبرت M.Chagny في مذكرتها عن هذا المظهر للعقوبة الخاصة المرجوة من المسؤولية المدنية بإحباط حسابات المخالفين. ويسمح الأخذ الاعتبار الربح المحقق من مخالفة قواعد المنافسة أن "لا يتحقق الخطأ في قانون المنافسة ربحا للقائم به. حيث لا يكفي إدانة السلوكات بل يجب منع أن تحقق هذه السلوكات أرباحا، على النحو أن المخالف يستطيع ارتكابها من جديد وقد تصدر من متعاملين آخرين. هذا الخطر موجود طالما أن التعويض يقدر بحسب الضرر الحاصل، قد يكون التعويض قليلا بالمقارنة مع الربح المحقق[309].

---

[307] « entre réalité, ce préjudice consistant globalement à porté atteinte à L'image de marque » est faussement qualifié de moral. Car le préjudice concurrentiel est nécessairement patrimonial. CG. Ph. Le tournrau. De la spécificité du préjudice concurrentiel. Préc., p.90.

[308] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 268. رقم 422؛ علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص، 192. وما بعد

[309] CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.524. n°533.

لهذا، في عوض تقدير قيمة التعويض من ضرر، يبدو أن تقديره في المادة التنافسية من الأرباح غير مشروعة المحصل عليها بفعل المخالفة قواعد المنافسة منطقيا أكثر. على فرض أنه في مجال الأعمال، عندما يرتكب المتعامل أي سلوك، فإنه يقدر ما سيجنيه من أرباح وما سيتفادى به من خسارة. وبهذه الطريقة، يكون فعالا، لأنه يصوب مباشرة "لإحباط حسابات المخالف" وردعيا للمخالفين الاحتماليين، اعتبارا قيمته المهمة.

ويبقى أن نجاح وتطور هذه الطريقة، متوقفا على شجاعة القاضي. لأنه طبقا للوضع الراهن للنصوص، يتبين أن رغبة المشرع في الأمر 03-03 المعدل هي الفصل بين الردع والإصلاح عند معاقبة الممارسات المقيدة للمنافسة: تحقق الغرامة الردع والتعويض هدف الإصلاح.

ثانيا: الاهتمام بالسلوك لتقدير التعويض

هذه الوسيلة هي الأخرى مستوحاة من القضاء الفرنسي الذي يريد إدخال وظيفة العقوبة للمسؤولية المدنية[310]. فالمسؤولية كما قلنا طابع إصلاحي"، لذلك لا تؤثر في قيمة التعويض جسامه الخطأ المرتكب. وتجدر الإشارة أننا لا نقصد هنا مراعاة الظروف الملابسة للضحية عند تقدير قيمة التعويض، كما تفرض تلك المادتين 131و 132 من القانون المدني على. فالمراد هنا تحديد قيمة التعويض بالنسبة للظروف الشخصية للمتضرر، كما يراعي القاضي أيضا الظروف الشخصية للمسئول المحيط ظروفه المالية عند تقدير التعويض[311].

يبقى الاهتمام بالسلوك لتقدير. فحص جسامة الخطأ المرتكب. فإن كان مشينا، كان التعويض قاسيا، وكأننا في هذه الحالة نعاقب على الخطأ المرتكب في ذاته فبخطورة الممارسة المرتكبة[312] سيتم تحديد بالنظر للضحية. وفي هنا خروج ظاهر عن هذه القواعد.

تبقى إذن المسؤولية المدنية قادرة على تحقيق هدف الردع، فيما لو قبلنا تجاوز القواعد العامة التي لا تناسب نزاع المنافسة. حيث لا تنتظر من المسؤولية هنا

ولقد جاء في قرار صادر عن محكمة استئناف فارساي بتاريخ 1989/03/02 ما يلي:

Latitude d'un agent économique « témoingne d'un mépris prémédité des suites judiciaire inévitable » et «relève nécessairement un calcul selon lequel les sanction encourues un prix à moyen terme. Ne seraient pas à la hauteur des avantage » Cité par M. Chagny. Th., op.cit., p.524. n°533.

[310] CF. M. Chagny. Th., op.cit., p.525. n°534.

[311] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق. ص 221 علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.233.

[312] نلاحظ أن خطورة الممارسة المرتكبة تعد من المعايير التي يأخذها مجلس المنافسة، بالإضافة لمعايير الضرر بالاقتصاد والفوائد المجمعة من مرتكبي المخالفة ومدى تعاون المؤسسات المعنية مع المجلس وأهمية المؤسسة المعنية في السوق، في تحديد مبلغ الغرامة إما بتخفيضه للحد الأدنى أو رفعه للحد الأقصى.

الإصلاح فقط، بل نريدها أن تحقق الوقاية وتمنع وقوع الضرر وتوقف السلوكات الممنوعة. هذه الأخيرة هي في المجال الاقتصادي نتيجة حسابات، لذلك يتحقق الردع من خلا تعويض نقدي مهم.

البند الثاني: تقدير التعويض عن الضرر التنافسي

يتم إصلاح الضرر الواقع على إثر محالفة قواعد المنافسة، بمبلغ مالي يقدره القاضي المدني. وهنا لن يجد المسألة سهلة، لأن لا قانون المنافسة ولا القانون المدني يضع قيمة مبلغ التعويض المستحق، بل يقتصر القانون المدني على وضع القاعدة العامة بأن يتم تعويض الضحية عن "ما فاتها من كسب وما لحقها من خسارة". ويضاف لهذه الصعوبة، صعوبات تخص تحديد الضرر في المادة التنافسية.

أولا: صعوبة تقدير التعويض عن الضرر التنافسي

يصادف المتضرر بخصوص مسألة إثبات الذي أصابه، صعوبة تقدير الضرر التنافسي، لأن الحدود التي تفصل بين الضرر المشروع والضرر غير المشروع واضحة: ألا تقتضي المنافسة تحويل العملاء وأن هؤلاء ليسوا حقا المشروع لذلك، لا يستطيع المتضرر الاعتماد على تحويل العملاء فقط ليبين قيمة الضرر الذي أصابه، بل يجب أن يكون هذا الضرر ناتجا عن خطأ، أما تحول العملاء فهو ضرر مشروع ناتج عن قواعد المنافسة[313].

وتتعلق الصعوبة التي يصادفها المتضرر وحتى القاضي بخصوص الضرر، بما يعود فعلا للضرر التنافسي والخطر الذي يجب تحمله أي مشروع، على اعتبار أن السوق هو مغامرة اقتصادية، يتحمل الربح كما يتحمل الخسارة[314].

ضف إلى ذلك أن حالة المشروع المتضرر قد يساهم في وقوع الضرر، نظرا للصعوبات التجارية والمالية التي يعاني منها. وتدخل هذه الأخيرة دون شك، في مرحلة تقدير قيمة التعويض. وحتى الرجوع لقاعدة ما فات الدائن –بالالتزام بالإصلاح- من كسب وما لحقه من خسارة، لن يتم حل كل المشاكل المتعلقة بعملية تحديد قيمة التعويض عن الاضطراب التنافسي، لأنها تتطلب في هذا المجال مقارنة "خيالية" بين حالة المتضرر الواقعية وحالته النظرية التي كان سيكون عليها بغياب الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة. وما يزيد في صعوبة تقدير التعويض، امتداد الضرر التنافسي في الوقت. وحتى لو كان القاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية

---

[313] CF. Y. Serra. Le droit français de la concurrence. Op.cit., p.36 ; J. –Cl. Fourgoux. La réparationdu préjudice des entreprise victimes de pratiques anticoncurrentielles. Prréc., p. 2008.

[314] CF. Cl. Lucas de Lyssac & G. Parléani. L'atteinte à la concurrence. Cause de nulité à contract. Préc. P.615.

واسعة في هذا المجال، فهذا لا يعني أن يكون تحديده لقيمة التعويض جزافيا أو غير موضوعيا، طالما أن المحكمة العليا تراقب أسباب ومبررات منح تعويض معين للمتضرر.

ثانيا: توجيهات لتقدير التعويض

إن تقدير الضرر التنافسي مبلغ يدفع للضحية، هي مسألة تقنية تتجاوز إطار القانون وتتعداه لمعارف اقتصادية ومالية وبالتالي، التماس رأي الخبير هنا ضروري. كما أن محاولة إيجاد طريقة يقدر بها التعويض في كل الحالات، يعني تجاهل خصوصية كل حالة على حدّه. لذلك، جاء عنوان الفقرة ليبين بعض التوجيهات التي يرجع إليها الأطراف ليدعموا طلباتهم أو القاضي ليكون قناعته أو الخبراء ليعطوا رأيهم.ولا ننسى القواعد العامة التي تتضمن قاعدتين أساسيتين: أن يشمل الضرر ما يحق للضحية من خسارة وما فاتها من كسب وأن القاضي يتمتع بسلطة تقدير الوقائع التي تسمح له تقدير الضرر وقيمة التعويض[315]. فما هي المعطيات التي يمكن الاستناد عليها تحديد قيمة التعويض؟

وفي هذا الصدد، يقترح F. Belot العودة لرقم الأعمال المتضرر، لأنه يعكس حجم نشاطه. ورغم أهمية هذا المؤشر، إلا أنه لا يعبر لوحده عن نشاط المشروع. فمثلا، أذا زاد رقم الأعمال زيادة تقل عن الزيادة التي كانت ستتم بغياب الممارسات، يصعب إثبات الضرر الاقتصادي أمام الزيادة التي توحي بغياب الضرر[316]. في هذه الحالة، لا يكتفي رقم الأعمال لوحده ويتعين فحص النتائج التي أوصل إليها، بمؤشرات أخرى تتعلق بنشاط المتضرر. ويتوقف بمقتضاه عامل المقارنة أولا على النشاط الممارس وثانيا على المعطيات الاقتصادية.

وبعد اختيار مؤشرا قياس الضرر، يتعين بعد ذلك فحص كيف تغير نشاط المتضرر، بحسب، ما إذا تراجع أو استقر أو حقق زيادة تقل عن تلك المنتظرة، فيما لو لم يقع الضرر. ويتعين، حتى يظهر الضرر، معرفة التطور الحقيقي للمؤشر، كما لو تعلق الأمر برقم الأعمال، إذ تعني زيادته، ارتفاع رقم الأعمال، ومقارنته مع ما سيكون عليه الحال بغياب الاعتداء على النشاط. أي مقارنة الوضعية الناتجة عن الضرر مع

---

[315] بخصوص السلطة التقديرية للقاضي لتحديد الضرر، أنظر: أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 78، فقرة 33 وما بعد؛ وبالنسبة لسلطته في تحديد قيمة التعويض، أنظر نفس المرجع: ص.126، فقرة 52 وما بعد.

[316] La diminution du chiffre d'affaires peut résulter de diverses causes ; la perte d'un avantage concurrentiel apparemment par l'usurpation d'une valeur économique. Peut découler aussi pour partie de vieillissement du concept ». CF. Ph. Le Tourneau. De la spécificité du préjudice concurrentiel. Préc., p.90.

تلك الوضعية التي كانت ستسود، لو لم يقع هذا الضرر[317]. ففي رقم الأعمال، نبحث أولا عن احتمال ونقارنه مع رقم الأعمال المحقق لو لم يتم الاعتداء –ظاهر أن المقصود هنا هو الضرر الاقتصادي في صورة الكسب الفائت-. وللمقارنة، يمكن البحث عن فرضيات تطور المؤشر بغياب الاعتداء أو وضع مقاربات لما وقع. كما؟ أن التقدير يكون بالنظر لفترة تغطي عدة سنوات، وفيها يتم وضع مبلغ التدفق ومقارنة الزيادة الماضية والمستقبلية.

وأخيرا، لحساب القيمة النهائية للضرر الناتجة عن الفرق بين رقم الأعمال الذي كان سيتحقق بغياب الضرر ورقم الأعمال المحقق، يتعين إضافة نسبة الحد الهامشي لرقم الأعمال الضائع. وهي نسبة تعبر عن التكاليف التي اقتصدها المتضرر، عندما يحقق رقم الأعمال المنتظر[318]. وهذه مجرد طريقة تساعد المتقاضين والقضاة على تحديد التعويض في المادة التنافسية على أن تحديده في الأخير، يبقي متوقفا على كل حالة على حده ومرتبطا.

[317] أحيانا، لا توجد معطيات لمقارنة الحالة السابقة مع الحالة التي آل إليها المتضرر على إثر الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة، وهي حالة المشروع الجديد أو الذي غير نشاطه. ولتقدير التعويض هنا، نرجع لمفهوم ضياع الفرصة.

CF. F.Belot. L’évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante. D. 2008. 2008. Chro.,p. 1569 et S.

[318]« pour déterminer ceux taux de marge. Il convient de distinguer une période à court terre au cours de laquelle le demandeur n’a pas le temps de réajuster ses charges de structure- son préjudice est alors égal au chiffre d’affaire manqué diminué des couts variable.

خاتمة

يعد قانون المنافسة أحد مظاهر التنظيم الحر للاقتصاد، بما يفترض معه من الحرية التنافسية بين الأعوان الاقتصاديين، و حرية الوصول إلى العملاء، لكن هذا الوضع لا يتحقق في الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة المثالية متاحة لجميع الأعوان الاقتصاديين، لاسيما حرية الدخول للسوق، و نزاهة الممارسة التجارية و الصناعية، و تماثل شروطها بالنسبة لجميع الكيانات المتنافسة، و هي الشروط التي لا يمكن أن تتحقق في الواقع، ما يدعو إلى تدخل الدولة بغرض ضبط العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين المتنافسين من خلال أحكام قانونية ذات مضامين و غايات متعددة ,وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري أفرد للمنافسة قانونا خاصا من خلال القانون 03/03 المتعلق بالمنافسة، إلا أن تعدد مضامين هذا الفرع من القانون يجعل من الممكن امتداده إلى نصوص أخرى ذات الصلة بالنشاط الاقتصادي و التعاقدي، و يمكن أن نشير في هذا الخصوص إلى إعمال قواعد النظرية العامة للالتزامات لاسيما منها أحكام المسؤولية المدنية، كما أن القانون التجاري باعتباره الإطار القانوني العام للنشاط التجاري الممارس من قبل الأعوان الاقتصاديين، كما لا يمكن في هذا الشأن إغفال القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، خاصة في أحكامه المتعلقة بنزاهة الممارسات التجارية، و تنظيمه للأسعار، و الشأن ذاته بالنسبة للأمر 04/03 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع و تصديرها. ولا ننسى المعطيات المتعلقة بالمنافسة الدولية والعولمة، التي أصبحت تفرض تجاوب الدولة معها باعتبارها عضوا في المجتمع الدولي. ونظرا لارتباط هذا الأخير بفروع القوانين الأخرى،فانه لا يمكن أن تنجو القواعد العامة للالتزامات من تأثير قواعده،لاسيما عندما يتعلق الأمر بالاضطرابات التي يلحقها منع الممارسات المقيدة للمنافسة بالقواعد العامة للعقد أو المسؤولية التقصيرية. إذ أن صفة النظام العام لقانون المنافسة هي ما يفسر هذه الاضطرابات وهي التي تجعل قواعده تتغلب على المبادئ العامة، كالحرية التعاقدية وحرية تحديد مضمون العقد. بل وإنه إذا تطلبت حاجات حماية المنافسة إبطال العقود أو تعديلها، فلا تنجو من ذلك ولو كانت صحيحة طبقا للقواعد العامة. إلا أن بعض الأحكام الخاصة تبتعد عن هدف تنظيم السوق، نحو الاهتمام بمسألة نزاهة وتوازن العقود. ومن المفروض أن نجد هذه الأحكام التي تهتم بمصالح فردية، في القواعد العامة, وهنا يبرز قانون المنافسة نقائص القواعد العامة للالتزامات ويؤدي من جهة إلى ظهور مبادئ وقواعد جديدة تضاف للقواعد العامة من جهة أخرى، يقلص من دور المبادئ التي وضعتها هذه القواعد. ولقد بينا-على غرار كثير من الفقه الذي بحث في

موضوع رسالتنا- كيف أن هذا التطور قد يكون لمصلحة القواعد العامة: يثريها، يجددها ويتممها.فمن حيث التقليص إذا كانت القواعد العامة للعقد تعترف بالحرية التعاقدية وتعطيها دورا مهما في مختلف مراحل العقد، إلا أنها في نفس الوقت ترسم حدودها التي لا تسمح لها التعدي على القواعد المتعلقة بالنظام العام، ومنها قانون المنافسة. وسينقص أكثر مجال الإرادة، عندما ندخل في الاعتبار مبدأي التوازن والنزاهة التعاقديان.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى إضافة جملة من المبادئ الجديدة لقواعد العامة للالتزامات يمكن إجمالها على النحو التالي :

- **مبدأ التوازن العقدي:** فالواقع بين التفاوت الموجود بين أطراف العقد وأن الطرف الضعيف هو بحاجة للحماية وأن المشرع لم يقتصر في توفيرها، سواء بموجب القواعد العامة أو القواعد الخاصة. لكننا نريد أن يكون الاهتمام بالتوازن العقدي كالاهتمام بالحرية التعاقدية أو بمعنى آخر، أن يعتبر قاعدة عامة بموجبه تكون للقاضي سلطة تكييف العقد لإعادة توازنه. ولأن الدراسة ركزت على قانون المنافسة، كانت حماية الطرف الضعيف تقصد المحترفون وحاجتهم، عند لزوم حمايتهم. وهي حماية تستطيع القواعد العامة للعقد توفيرها، إذا ما أضفنا لها اهتمام التوازن العقدي. ولإعادة هذا التوازن، اعتمدنا على الآليات الموجودة فيها وبالذات على قاعدة الاستغلال، على أن يتم تكييفها مع الدور الذي ستؤديه. وهي قاعدة تستطيع أن توفق بين مبدأ الحرية التعاقدية وضرورة الحفاظ على التوازن العقدي، لأنها لا توفر الحماية في مرحلة تكوين العقد إلا إذا توفرت بعض الشروط وعليه لا نسمح بالتدخل في العقود،لأنها محكومة بإرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك مجال لإدخال مبدأ التوازن العقدي، فسيتراجع الاعتبارين الأساسيين الذين بررا دائما القواعد العامة للعقد والمتمثلان في احترام توقعات المتعاقدين والاستقرار القانوني للمعاملات، لمصلحة اعتبار أسمى ألا وهو العدالة التعاقدية. ومنه عبر هذه القاعدة سنسمح بالمراجعة القضائية لشروط العقد، بما يحقق التوازن العقدي وسيكون ذلك حتما على حساب مبدأ القوة الإلزامية للعقد.

- **مبدأ النزاهة العقدية:** وبموجبه، لا تكون حقوق المتعاقدين مطلقة، بل تتقيد بالمصلحة التي قررها القانون . لذلك يجب أن يكون المتعاقد نزيها ولا يستعمل حقوقه إلا لتحقيق مصالح مشروعة وجدية ودون أن يتجاهل مصالح المتعاقد معه. فالمراد من هذا المبدأ، فرض قواعد سلوكية على المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد، تلزمهم بتنفيذ التزاماتهم واستعمال سلطاتهم طبقا لمقتضيات حسن النية في التعاقد وعدم التعسف. وهو ما يعني ضرورة رقابة سلوكات المتعاقدين، حتى لا يخرجوا

عن حدود حقوقهم الناتجة عن القانون أو المشارطات التي يدرجونها في اتفاقاتهم وخصوصا، إن كان من شأنها المساس بتوازن العقد.

وبالتأكيد، سينتج عن تبني هذين المبدأين، تغير في القواعد العامة للعقد. وهي التي استعملها قانون المنافسة لحاجات حماية المنافسون والمتعاقدون، عندما قرر الحد من الحرية التعاقدية ومن مبدأ القوة الإلزامية للعقد وقرر إمكانية التدخل في العقود وتعديلها.

وتبين لنا، فيما يخص المسؤولية المدنية، أن قانون المنافسة يستعمل المسؤولية التقصيرية بهدف الإصلاح والتعويض وأيضا، بهدف الردع والوقاية. ويبدو أن تأسيس جرائم اقتصادية في مجال الأعمال، يخلق مشاكلا في مبادئ قانون العقوبات. وخصوصا، من حيث شرعية الجرائم والتفسير الضيق للنصوص العقابية والذي يتم لمصلحة المتهم. لهذا، من حيث الفعالية، يظهر أن تقرير المسؤولية المدنية أحسن من المسؤولية الجزائية. وأن إضافة وظيفة الردع لهذه المسؤولية، أمر يقتضيه تطور العلاقات وتعقيدها وخصوصياتها، إلى درجة أن الفقه المدني ذاته يقبل بهذه الوظيفة داخل المسؤولية التقصيرية.

وفي هذا الصدد تبينت لنا الحاجة لقانون المنافسة لحماية المنافسة وحسن سير السوق، باسم مصلحة المجتمع. وهي حاجة محدودة بهذا الاهتمام لا أكثر ولا أقل. لذلك حتى تحتفظ كل من القواعد العامة والقواعد الخاصة بمجال تطبيقها، يتعين قبول هذه الأخيرة في حدود المعقول وفي القدر الذي لا تستطيع فيه الأولى تحقيق الأهداف المرجوة من القواعد الخاصة. ويبقى أن اهتمامات بعض قواعد قانون المنافسة بالمصالح الفردية تتقاطع مع القواعد العامة للالتزامات. وللخروج من هذا المشكل، نرجع ونؤكد على هدف قانون المنافسة ألا وهو حماية حرية المنافسة. وما الإنقاص الذي أجراه المشرع على قانون المنافسة إلا دليل على ذلك. ولابد من تفعيل قانون المنافسة حتى يكون قادرا على تحقيق الأهداف المرجوة منه، وذلك من خلال تعزيز العمل بالجزاءات المدنية سيضمن إثارة هذا القانون ويحفز المتضررون من الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة على التحرك. ولهذا بينا كيف يمكن أن يلعب الجزاء الذي تقرره القاعدة القانونية دورا في تحقيق أهدافها وفي جعلها في خدمة المخاطبين بها قبل أن تكون مجرد وسيلة للسلطات العامة للتعبير عن اختياراتها وسياستها التشريعية. وهنا ستتأثر الجزاءات المدنية بالمجال الذي تستعمل فيه، لأن قانون المنافسة كما قلنا يعبر عن اهتمامات تخص بشكل أساسي المصلحة العامة ومنه، يبحث الجزاء في قانون المنافسة عن الردع والوقاية. لهذا يمكن أن يستعمل

قانون المنافسة المسؤولية المدنية كجزاء أساسي يترتب عن مخالفة أحكامه، مع الأخذ في الاعتبار الحاجة لردع كل من يفكر في مخالفة التشريع الاقتصادي.

وبالنظر إلى ما سبق فان تجدد وإحياء القواعد العامة مفروض بفعل تطور العلاقات وجود العقل البشري. والعجز الذي نجده في هذه القواعد أو عدم الفعالية التي نجدها في القواعد الخاصة، ليسا سوى مجالا لإعادة التفكير في قواعد قانونية سليمة، متناسقة، واقعية ومحققة لغرضها الاجتماعي المتمثل فتنظيم سلوك الأفراد في الجماعة وفعالة من حيث الجزاء الذي تقرره. وتجدر الإشارة إلى أن ظاهرة تضخم القوانين، التي لن نجد أحسن من قاعدة التفسير الضيق للنصوص الخاصة لتحديد مكانتها وعلاقتها مع القواعد العامة. حيث يبقى لهذه الأخيرة مجالها العام الذي يتحدد بكل ما لم يرد بشأنه أحكاما خاصة. ولقانون المنافسة ترجع مهمة القيام بتنظيم السوق والعمل على سيره العادي طبقا لقواعد المنافسة. على أن توزيع هذه الأدوار ليس الغاية منه الفصل بينهما، بل أن يتعايشا معا ويحققا التكامل دون أن يقضي أحدهما على الآخر. ولا شك في أن الكثير من المبادئ التي وضعتها القواعد العامة للالتزامات سيتم المساس بها لحاجات قانون المنافسة. وبالنتيجة، الكثير من العقود الصحيحة طبقا للقواعد العامة يمكن أن تكون مخالفة لقواعد المنافسة، لأن هذه الأخيرة تعتمد على تحليل ملموس وواقعي. وهي طريقة لا تجعل القاعدة متوقعة من قبل المخاطبين بها وتمس باستقرار المعاملات. وهذا هو المجال الذي يحث القواعد العامة على التجدد، لتستجيب مع الحاجات الجديدة ومنها،اهتمام قانون المنافسة بالتوازن العقدي والنزاهة، لأنهما يعكسان واقع العلاقات الغير متساوية.

وفي ختام الدراسة توصلنا إلى أن هناك العلاقة بين القواعد العامة للالتزامات والقواعد الخاصة لقانون المنافسة، كما أن صلابة القانون تأتي من مطابقته للواقع ومهما اهتم واضعو القانون بهذا التطابق، سيجدونه غير تام، لتطور وتغير هذا الواقع. لذلك نحن مدعوون دائما للبحث عن قواعد جديدة، تجد مصدرها في هذا الواقع الذي لا يمكن للقانون إنكاره، ولو كان ذلك على حساب مبادئ وقواعد سابقة وثابتة.

قائمة المراجع

1-الكتب باللغة العربية

أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها)، الطبعة الأولى،1988، دار النهضة العربية، القاهرة.

الأودن سمير عبد السميع، تسويق الشهرة التجارية (الفرانشيز) ودور التحكيم في منازعاتها، الطبعة الأولى، 2009، منشأ المعارف، الإسكندرية.

بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني (العقد ةالإدارة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، الجزائر.

بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، الجزائر.

بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، القاهرة.

بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، 2006.

خلف أحمد محمد محمود، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، 2008، الأزاريطة.

السيد قرمان عبد الرحمان، المنافسة الطفيلية دراسة لمدى مشروعية التطفل الاقتصادي على قيم المنافسة التجارية، دار النهضة العربية، 2002، القاهرة.

فوده عبد الحكم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، الطبعة الثانية، 1999.

فيلالي علي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، 2001، الجزائر.

محرز أحمد محمد، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي الصناعة- التجارة- الخدمات، 1994، بدون دار نشر.

محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة 2004، الجزائر.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول: مصادر الالتزام، طبعة منقحة من مصطفى محمد الفقى، 1981، دار النهضة العربية، القاهرة.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث: نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول: أوصاف الالتزام والحوالة، طبعة منقحة من مصطفى محمد الفقى، 1983، دار النهضة العربية، القاهرة.

عمرو محي الدين وعبد الرحمان يسري أحمد، مبادئ علم الاقتصاد، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1975، بيروت.

علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، الجزائر.

علي علي سليمان، "دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري – المسؤولية عن فعل الغير – المسؤولية عن فعل الأشياء – التعويض"، الطبعة الثانية 1989، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

لعشب محفوظ، سلسلة القانون الاقتصادي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1997، الجزائر.

2- الكتب باللغة الفرنسية

ALFANDARI (E.) , Droit des affaires, Litec, Paris, 1993.

BEHAR-TOUCHAIS(M.) & VIRASSAMY (G.) , Traité des contrats, Les contrats de distribution, LGDJ, Paris, 1999.

BLAISE (J.-B.), Droit des affaires, Commerçants, concurrence, distribution, LGDJ , coll. Manuels, 2ème éd., LGDJ,Paris, 2000.

BOUT (R.), PRIETO (C.) & CAS (G.), Lamy droit économique, Concurrence – Distribution – Consommation, Lamy, Paris, 1998.

BRAULT (D.) , Droit et politique de la concurrence, Economica, Paris, 1997.

BUFFELAN-LANORE (Y.), Droit civil, coll. Droit-Sciences économique, 4ème éd., Masson, Paris, 1991.

BUSSY (J.). Droit des affaires, Presses de la fonction nationale des sciences politiques et Dalloz, Paris, 1998.

CARBONNIER(J.) , Droit civil, les obligations, Volume 2 : Les biens, les obligations, coll. Thémis droit privé,PUF, Quadrige, Paris, 2004.

CHARTIER (Y.), Droit des affaires, Tome 1 :L'entreprise commerciale, 1er éd. 1984, PUF, Paris.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (**F.)**, Droit commercial, éd. Montchrestien, Paris, 1990.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) & BLARY-CLEMENT (E.), Droit commercial, Activités commerciales, commerçants, fond de commerce, concurrence, consummation, 8ème éd., coll. Domat, Montchrestien, Paris, 2004.

DUBOUIS (L.) & GUEYDAN (C.), Grands textes de droit de l'Union Européenne, Traité, Droit dérivé, Jurisprudences, 5ème éd., Dalloz, Paris, 1999.

FERRIER(D.), Droit de la distribution, 2ème éd., LITEC, Paris, 2000.

FABRE-MAGNAN (M.) , Les obligations, PUF, Paris, 2004.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) & SAVAUX (E.), Les obligations, t.l, L'acte jurdique, 11ème éd., Armand Colin, Paris, 2004.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) & SAVAUX (E.), Les obligations, t.2, Le fait jurdique,9ème éd., Armand Colin, Paris, 2001.

FRISON-ROCHE (M.-A.) & PAYET (M.-S.) , Droit de la concurrence, 1er éd., Dalloz, Paris, 2006.

GHESTIN (J.), Traité de droit civil, Les obligations, La formation du contrat, 2ème éd., LGDJ, Paris, 1993.

ثالثا: المقالات باللغة العربية

بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 1992/2، ص.694.

بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك عن الإشهار الكاذب أو الخادع، مجلة القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 6-2009، ص.11.

حلو أبو الحلو، النظام العام في المنافسة، الاستهلاك الملتقى الدولي حول النظام العام والعلاقات القانونية، 23 و 24 أفريل 2007، مجلة القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، عدد 2008/05، ص.19.

الفهرس

الإهداء

شكر

خطة المذكرة

المقدمة.....01

الفصل الأول :طابع القانون الخاص للمنافسة.....08

المبحث الأول: أصالة قانون المنافسة.....**09**

المطلب الأول: صيغة النظام العام الاقتصادي للقانون المنافسة.....**10**

الفرع الأول: ضبط الاقتصاد بواسطة قواعد المنافسة (النظام العام التنافسي).....**12**

البند الأول: التدخل الايجابي و السلبي لقواعد المنافسة.....**12**

أولا: المدخل عن طريق المنع.....**12**

ثانيا: التدخل عن طريق الإلزام.....**14**

البند الثاني: الجزاء الردعي و الوقائي لقواعد المنافسة.....**18**

أولا: تخفيف المظهر العقابي لقواعد المنافسة **18**

ثانيا: تركيز قواعد المنافسة على العمل البيداغوجي والوقائي.....**19**

الفرع الثاني: الجهات المعهود إليها لحماية النظام العام التنافسي **20**

البند الأول: مجلس المنافسة هيئة إدارية لضبط المنافسة **20**

أولا: العمل الغير القضائي لمجلس المنافسة.....**20**

ثانيا: اختصاص مجلس المنافسة بالممارسات المفيدة للمنافسة.....**21**

البند الثاني: اختصاص الجهات القضائية في نزاع قانون المنافسة.....**22**

أولا: رقابة مجلس المنافسة من طرف الجهات القضائية.....**23**

ثانيا: اختصاص الجهات القضائية المستقل.....**24**

المطلب الثاني: الطابع السياسي الاقتصادي لقواعد المنافسة.....**24**

الفرع الأول: السياسة في قانون المنافسة.....**25**

البند الأول: نظريتي المنافسة غاية و المنافسة وسيلة.....**25**

أولا: غرض نظريتي المنافسة غاية و المنافسة وسيلة.....**25**

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النظريتين.....**26**

البند الثاني: أهداف سياسة المنافسة في الجزائر.....**27**

أولا: إرساء حرية المنافسة **28**

ثانيا: ضمان حرية المنافسة.....**29**

الفرع الثاني: الطابع الاقتصادي لقواعد المنافسة.....**30**

البند الأول: مظاهر التحليل الاقتصادي في قانون المنافسة.....**30**

أولا: استعمال المفاهيم والطرق الاقتصادية في قاعدة المنافسة **30**

ثانيا: التفسير الاقتصادي لقاعدة المنافسة.....**31**

البند الثاني: المزج بين التحليل الاقتصادي و القانوني في قانون المنافسة **33**

أولا: تغلب التحليلي الاقتصادي على التحليل القانوني **33**

ثانيا: تقيد التحليل الاقتصادي بالقانون.....**34**

المبحث الثاني: معوقات الاستقلالية التامة لقانون المنافسة.....**36**

المطلب الأول: دور القاعدة العامة للالتزام في قانون المنافسة.....**36**

الفرع الأول: ملأ فراغ قانون المنافسة لقواعد العامة للالتزامات.....**37**

البند الأول: إتمام البطلان في قانون المنافسة.....**37**

البند الثاني: استعارة المسؤولية المدنية من القواعد العامة للالتزامات.....**39**

الفرع الثاني: تقديم القواعد العامة لإلتزمات القواعد لقانون المنافسة.....**40**

البند الأول: حاجة قانون المنافسة للعقود.....**40**

البند الثاني: المسؤولية المدنية تحمي المنافسة.....**41**

المطلب الثاني: قدرة قواعد العامة للالتزامات على إيجاد السوق التنافسي **42**

الفرع الأول: قدرة القواعد للالتزامات لتنظيم النشاط التنافسي للمتدخلين في السوق.....**42**

البند الأول: المسؤولية المدنية عن أعمال المنافسة الغير المشروعة.....**42**

أولا: أساس دعوى المنافسة غير المشروعة.....**43.**

ثانيا: أساس المنافسة غير المشروعة في القانون الجزائري **44**

البند الثاني: شرط عدم المنافسة.....**45**

أولا: شروط صحة عدم المنافسة **45**

ثانيا: مضمون شرط عدم المنافسة.....**47**

الفرع الثاني: استعمال مبدأ حسن النية لتنظيم السوق.....**48**

البند الأول: مفهوم تنفيذ العقود بحسن النية.....**48**

أولا: مظاهر حسن النية أثناء تنفيذ العقود.....**48**

ثانيا: أساس حسن النية أثناء تنفيذ العقد.....**49**

البند الثاني: تطبيقات حسن النية أثناء تنفيذ العقد في قانون المنافسة.....**50**

أولا: التزام القانوني بعدم المنافسة.....**50**

ثانيا: تكيف العقد مع المحيط التنافسي **51**

الفصل الثاني : تأثير قانون المنافسة القواعد العامة للالتزامات.....54

المبحث الأول: تدخل قانون المنافسة في القواعد العامة للعقد.....**54**

المطلب الأول: التقيد الواقع على الحرية التعاقدية..... **55**

الفرع الأول: حرية التعاقد.....**56**

البند الأول: نقض الإرادة التعاقدية **56**

أولا: في منع التعسفات في وضعية الهيمنة.....**56**

ثانيا : في رقابة التجميعات.....**58**

البند الثاني: إلزام الإرادة التعاقدية.....**58**

أولا : نحو فرض التزام عام بالتعاقد **59**

ثانيا : التقيد يحرية طالب السلع والخدمات.....**60**

الفرع الثاني: حرية تحديد مضمون العقد..... **61**

البند الأول: تحكم قانون المنافسة في مضمون العقد: رقابة الأسعار..... **62**

أولا: التحكم في الأسعار عبر ممارسات التجارية..... **64**

ثانيا: رقابة الأسعار عبر الممارسات التجارية الممنوعة..... **66**

البند الثاني: تحكم قانون المنافسة في مضمون العقد (رقابة المشارطات)..... **68**

أولا: المشارطات التي تخالف قواعد المنافسة..... **68**

ثانيا: تقدير المشارطات في قانون المنافسة معياري التناسب و الضرورة..... **71**

المطلب الثاني: المساس بتوقعات المتعاقدين..... **74**

الفرع الأول: قانون المنافسة قيد آخر على القوة الإلزامية للعقد(جزاء البطلان)..... **75**

البند الأول :طبيعة البطلان في قانون المنافسة **75**

البند الثاني :مميزات البطلان في قانون المنافسة..... **77**

الفرع الثاني : دور قانون المنافسة في توجيه العقود **79**

البند الأول : مراجعة مجلس المنافسة للعقود..... **79**

أولا : بخصوص ممارسات المقيدة للمنافسة.....**79**

ثانيا : بخصوص رقابة التجمعات **80**

البند الثاني : المراجعة لاتفاقية للعقود.....**81**

أولا : بخصوص رقابة التجمعات **81**

ثانيا: بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة.....**82**

المبحث الثاني : تحول المسؤولية المدنية بفعل قانون المنافسة **83**

المطلب الأول : شروط المسؤولية المدنية في قانون المنافسة.....**83**

الفرع الأول : سلوك المتعاملين المدني للمسؤولية(الخطأ التنافسي).....**84**

البند الأول : الخطأ التنافسي دون العنصر النفسي **84**

أولا : مفهوم الاضطراب التنافسي (الغرض أو الأثر المفيد للمنافسة).....**84**

ثانيا : تجاهل الاضطراب التنافسي للإرادة المخالفة **85**

البند الثاني : تقدير سلوك المنحرف في ممارسات.....**86**

(تأسيس الاضطراب التنافسي على الخطأ و الخطر).

أولا : تفسير الاضطراب التنافسي بالخطأ.....**87**

ثانيا : تفسير الاضطراب التنافسي الغير العادي بالخطر.....**88**

الفرع الثاني : الضرر التنافسي **89**

البند الأول : الأضرار التي يمكن التعويض عنها في قانون المنافسة.....**90**

أولا : في الممارسات المفيدة للمنافسة.....**90**

ثانيا: في الأعمال المنافسة غير المشروعة.....**91**

البند الثاني : خصوصية الضرر التنافسي **92**

أولا : من حيث وجود الخطر.....**92**

ثانيا : من حيث شروط الضرر التنافسي الموجب للتعويض.....**93**

الفرع الثالث : علاقة السببية بين الخطأ و الضرر التنافسيان.....**94**

البند الأول :إثبات السببية **94**

أولا : مواجهة تعدد الأسباب طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.....**94**

ثانيا : التساهل في إثبات السببية لقانون المنافسة.....**95**

البند الثاني : نفي السببية.....**95**

المطلب الثاني : اثار دعوى المسؤولية المدنية في قانون المنافسة **96**

الفرع الأول :مباشرة الدعوى المدنية **96**

البند الأول : الأشخاص المؤهلون لرفع الدعوى المدنية.....**97**

أولا :تحديد الأشخاص العاديون المؤهلون للمطالبة بالتعويض.....**97**

ثانيا : الأشخاص الاخرون المؤهلون للمطالبة بالتعويض.....**97**

البند الثاني : علاقة القضاء المدني بمجلس المنافسة.....**98**

أولا: المصلحة تبرر اختيار القاضي المدني أو مجلس المنافسة.....**98**

ثانيا : التنازع بين القاضي المدني و مجلس المنافسة.....**99**

الفرع الثاني :التعويض المستحق.....**100**

البند الأول : تغيير القواعد العامة للمسؤولية المدنية لإصلاح الضرر التنافسي.....**100**

أولا :التركيز على قيمة التعويض.....**101**

ثانيا : الاهتمام بالسلوك لتغيير التعويض.....**101**

البند الثاني :تغيير التعويض عن الضرر التنافسي.....**102**

أولا : صعوبة تغيير التعويض عن الضرر التنافسي.....**102**

ثانيا :توجيهات تغيير التعويض.....**103**

الخاتمة.....**106**

قائمة المصادر و المراجع.....**110**