



جامعة وهران 2

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة

للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم

القانون الخاص

الممارسات المقيدة للمنافسة ومدى تأثيرها على المستهلك

- دراسة مقارنة -

مقدمة ومناقشة علنا من طرف

السيدة(ة): برحو وسيلة

أمام لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة وهران 2	أستاذة التعليم العالي	ناصر فتيحة
مقرر	جامعة وهران 2	أستاذة التعليم العالي	زناكي دليلا
مناقشا	جامعة وهران 2	أستاذة محاضرة -أ-	زعنون فتيحة
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	معوان مصطفى
مناقشا	جامعة الجزائر 1	أستاذة محاضرة -أ-	حوحو يمينه
مناقشا	جامعة عنابة	أستاذة التعليم العالي	سحري فضيلة

السنة الجامعية 2016/2017

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خِتَامُهُ مِسْكٌَ ۚ وَفِي ذٰلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ

صدق الله العظيم

(25-26) سورة المطففين

الإهداء

يا من أحمل اسمك بكل فخر
يا من أفتقدك وأحن إلى وجودك
يا من يرتعش قلبي لذكرك
يا من أودعتني الله أهديك هذا البحث أبي
إلى حكمتيوعلمي
إلى أدبيوحلمي
إلى طريقي المستقيم
إلى طريق الهداية
إلى ينبوع الصبر والتفاؤل والأمل
إلى كل من في الوجود بعد الله ورسوله أمي الغالية
إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله
إلى من آثروني على أنفسهم
إلى من علموني علم الحياة
إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة إخوتي
إلى من كانوا ملاذي وملجئي
إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات
إلى من جعلهم الله أخوتي بالله و من أحببتهم بالله رفقاء الدرب وزميلاتي وزملائي

في العمل

إلى الذين كانوا عوناً لنا في بحثنا هذا ونورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحياناً في
طريقنا.

إلى من زرعوا التفاؤل في درينا وقدموا لنا المساعدات والتسهيلات والأفكار والمعلومات
ربما دون يشعروا بدورهم بذلك فلهم منا كل الشك

كلمة شكر وعرّفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين...، أما بعد،

أشكر الله العليّ القدير الذي أنعم عليّ بنعمة العقل والدين، القائل في محكم التنزيل: "فوق كل ذي علم عليم" سورة يوسف آية 76... صدق الله العظيم، أشكر ربي على نعمك التي لا تعد، وآلائك التي لا تحد، أحمّدك ربي وأشكرك على أن يسرت لي إتمام هذا البحث على الوجه الذي أرجو أن ترضى به عني.

ثم أتوجه بالشكر إلى التي ساعدتني على إعداد هذا البحث أستاذتي ومشرفتي الفاضلة الأستاذة "زناكي دليّة"، التي لها الفضل - بعد الله تعالى - على البحث والباحث مذ كان الموضوع عنواناً وفكرة إلى أن صار رسالة وبحثاً، فلها جزيل الشكر والتقدير والعرّفان.

ولأنّ لكل مبدع إنجاز، ولكل شكر قصيدة، ولكل مقام مقال، فجزيل الشكر والثناء نهديه لأولئك المخلصين الذين لم يدخروا جهداً في قراءة بحثنا والسهر على إعطائنا ملاحظة تنير لنا درب البحث العلمي، وتثري حصيلتنا العلمية، فشكراً جزيلاً لأعضاء لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم عليّ بقبول مناقشة هذه الأطروحة.

وأخيراً، أشكر كل من ساعدني وأعانني على إنجاز هذا البحث، من زملاء للدراسة أو أساتذة أو قائمين على الدراسات ما بعد التدرج، فلهم في النفس منزلة وإن لم يسعف المقام لذكرهم، فهم أهل للفضل والخير والشكر.

الباحث

قائمة المختصرات

1- قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

ج ر: الجريدة الرسمية.

ص: الصفحة.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق ت ف: قانون التجاري الفرنسي.

ق م ج: قانون المدني الجزائري.

م: المادة.

Tableaux des abréviations :

§ : Paragraphe.

Aff : Affaire.

Al. : Alinéa.

Art : Article.

B.O.C.C.R.F : Bulletin officiel concurrence, Consommation, Répression des Fraudes.

Bull. : Bulletin.

C.A : Cour d'appel.

C.E : Communauté Européenne.

C.J.C.E : Cour de Justice des Communautés Européennes.

C/ : Contre.

Cass-com : Cour de Cassation, Chambre Commerciale.

Cass-crim : Cour de Cassation, Chambre Criminelle.

CCC : Revue Contrats Concurrence Consommation.

Comm : Commentaire.

Cons. Conc : Conseil de la concurrence.

D.G.C.C.R.F : Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la Répression des Fraudes.

Ed : Edition.

Ibid : Au même endroit.

JO : Journal officiel.

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes.

L.G.D.J: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

L.M.E : Loi de Modernisation de L'économie.

N : Numéro.

N.R.E : Nouvelles Régulations économiques.

Obs : Observations.

Op.cit : OpereCitato (dans l'ouvrage cité).

P : Page.

P.M.E : Petites et Moyennes Entreprises.

Rapp : Rapport.

Supra : Ci-dessus.

T : Tome.

T.P.I : Tribunal de première instance de l'Union Européenne.

Tech : Technique.

TGI : Tribunal de grande instance.

TPI : Tribunal de première instance.

Traité CE : Numérotation des articles des Traités UE, CEE depuis 1999.

Traité CEE : Traité de Rome du 25 mars 1957.

TUE : Tribunal de l'Union Européenne.

مقدمة:

تعتبر المنافسة ظاهرة إنسانية عموماً وتجارية على وجه الخصوص، وقد ظهر هذا المبدأ منذ بدء الخليقة، عندما بدأ الإنسان يتناول موضوع البيع والشراء والعمل¹، ومنذ ذلك الحين تلازمت المنافسة بالنشاط التجاري حتى انصفت بكونها أحد الشروط اللازمة لاحترافه، كما أنها أصبحت حالياً تساهم بشكل كبير في رفع كفاءة النشاطات التجارية، خاصة على المستوى الجودة والسعر لتحقيق رفاهية المستهلكين.

وقد تتأثر أوضاع المنافسة في أي دولة بتغيير دور الدولة في ممارسة النشاط الاقتصادي، وهذا ما انطبق فعلاً على الجزائر، التي دخلت في سياسة إصلاحات من أجل وضع وإرساء المبادئ الصحيحة للسير الحسن للاقتصاد تلعب فيه الدولة دور الحارس والموجه، وتفسح فيه المجال للمبادرة الفردية لخوض معترك الحياة الاقتصادية، مع الأخذ بعين الاعتبار في كل خطوة تخطوها مصلحة المستهلك.

هذه السياسة المتبناة منذ أواخر الثمانينات، لم تأت بين ليلة وضحاها، وإنما تمخضت عن جملة من القوانين والتنظيمات لإرساء معالم نظام اقتصادي جديد (نظام اقتصاد السوق)، خاصة بعد فشل النظام الاقتصادي الذي كانت تتبعه غداة الاستقلال، والتي كانت فيه الدولة المحتكر الأكبر لمعظم النشاطات الاقتصادية، ولعل الهدف الأسمى آنذاك كان رفع التحدي وإعادة بناء للسوق الاقتصادية، خاصة بعد مغادرة الأطر الأجنبية للبلاد².

ابتداءً من الثمانينات وأمام الأزمات والتحديات التي ضربت الجزائر، والتي عُرفت آنذاك بالأزمة الاقتصادية، والتي يرجع جذورها إلى الأزمة البترولية لسنة 1986³، كان لزاماً عليها انتهاز سياسة جديدة، نظاماً يخفف عن كاهلها مسؤولية إعادة هيكلة البنية الاقتصادية من جديد بمفردها، ولعل النظام الليبرالي أو نظام اقتصاد السوق كان الخيار الأمثل.

¹ أ.م.د. عارف صالح مخلف وعلي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية، العدد 5، 2012، ص 258.

² حماش سيلية وسائوس خيرة، الضوابط القانونية للمنافسة في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، العدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2016، ص 410.

³ محمد تيورسي، الضوابط القانونية لحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 74.

إنَّ عملية تقليص دور ووزن الدولة في مختلف الميادين وتحويله إلى المتعاملين الاقتصاديين، تطلَّب إدارة وعزيمة كبيرة وترسانة من القوانين والتنظيمات لمسايرة الوضع الجديد، ويمكن أن نذكر في هذا المقام أبرزها:

-قانون 02/88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بالتخطيط¹.

-قانون 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية والاقتصادية، أو ما عرف آنذاك بإعادة هيكلة المؤسسات العمومية².

-مرسوم 201/88 الذي يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي³.

-واستكمالاً لملاح التوجه الجديد نحو اقتصاد السوق، تم التبنى لأول مرة القانون 12/89 المتعلق بالأسعار⁴، الذي حمل في طياته العديد من المبادئ التي غيرت ملامح الاقتصاد الجزائري بشكل كبير، حيث تبنى لأول مرة مبدأ حرية الأسعار.

تطلب هذا الوضع تدخل المشرع الجزائري مرة ثانية لتنظيم وتأطير مجال آخر ألا وهو ميدان الاستهلاك، فما عادت الدولة الراعي الرسمي للنشاط الاقتصادي، الأمر الذي لن يخلو من المجازفة ترك الأمر للخواص وفتح الباب على مصرعيه، وبالفعل توجت هذه المخاوف بإصدار أول قانون لرعاية الاستهلاك في الجزائر (قانون 02/89 المؤرخ في 7 فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك⁵)، والذي حدد الخطوط العريضة وأطر حقوق المستهلك في قانون مستقل، تبعته مجموعة من المراسيم التنفيذية والتنظيمية.

¹القانون رقم 02/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتعلق بالتخطيط، الجريدة الرسمية، العدد2، الصادر بتاريخ 13 جانفي 1988، ص39.

² القانون رقم01/88 المؤرخ في 13 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد2، الصادر بتاريخ 13 يناير 1988، ص30.

³المرسوم رقم 201/88 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، الجريدة الرسمية، العدد42، الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988، ص1427.

⁴القانون 12 /89 المؤرخ في 5 يوليو 1989، يتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية، العدد29، الصادر بتاريخ 19 يوليو 1989، ص757.

⁵ القانون 02 /89 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، العدد، الصادر بتاريخ 8 فبراير 1989، ص154.

إن المنتبج للتطورات الحياة الاقتصادية التي عاشتها الجزائر، يجد أن هذه الترسانة مهدت بشكل كبير لعملية التحول الجذري والعميق من نظام اقتصادي موجه ومركزي إلى نظام اقتصادي حر (تلعب فيه الدولة دور الحارس والموجه)، يبحث فيه القائمون على إيجاد آليات وميكانيزمات تجسد هذا الخيار الجديد.

وبالفعل تم التنبني لأول مرة قانون ينظم المنافسة بموجب الأمر 106/95¹، الذي حاول إرساء قواعد وأسس للمنافسة تتلائم مع الوضع الجديد الذي كانت تعيشه الجزائر، لم تقف إرادة المشرع عند هذا الحد بل دعمت هذا القانون بجملة من القوانين لبناء أرضية خصبة لتهيئة المناخ التنافسي في الجزائر، ومن بين أهم هذه القوانين (القانون المتعلق بالخصوصية، القانون الخاص بتسيير رؤوس الأموال المتقلدة...)، واللذان كان لهما نتائج واضحة على المنافسة والسوق التنافسية².

كل هذه التعديلات والإصلاحات لم تكن لتحرك عجلة التنمية الاقتصادية كما كان متوقعا منها خاصة في مجال جذب المستثمر الأجنبي، الأمر الذي تطلب معه إعادة النظر في قانون المنافسة وجعله يتماشى مع التطورات الحاصلة في السوق العالمية من جهة، وكذلك الالتزامات والتعهدات التي أخذتها الجزائر على عاتقها، وبالفعل صدر الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003³ ليلغي الأمر 06/95، ومن بين أهم التعديلات التي أدرجها المشرع الجزائري على قانون المنافسة لاسيما فيما يتعلق:

-الفصل بين القواعد المتعلقة بالمنافسة عن تلك الممارسات التجارية الغير المشروعة.

-إعادة تأهيل مجلس المنافسة لممارسة مهامه الضبطية وترقية المنافسة في السوق الجزائرية⁴.

إلا أنه يعاب عليه أنه بقي غير كاف لمواجهة حركة التنمية الاقتصادية، التي عرفت انتعاشا كبيرا على كافة المستويات خاصة في مجال الاستيراد، حيث عرف تدفقا هائلا للسلع والخدمات من كل حذب وصوب، والتي أصبحت تنافس المتعامل الاقتصادي الجزائري، ضف إلى ذلك أن القدرة الشرائية للمواطن ظلت محدودة نسبيا.

¹الأمر 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 9، الصادر بتاريخ 22 فبراير 1995، ص 13.

² Zouaïmia Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, maison d'édition Belkeise, 2012, p.5.

³الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25.

⁴ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص 85-86.

كل هذه الظروف والسلبيات اضطرت المشرع الجزائري للتدخل مرتين على التوالي لإعادة تفعيل قانون المنافسة من أجل توفير المناخ الملائم للتنافس الشرعي، ومساعدة المؤسسات الاقتصادية الناشطة في السوق الجزائرية من أجل كسب رهان العولمة والتي باتت واقعا لا مفر منه، من خلال قانوني 2008¹ و2010²، ليعيد هذه المرة هيكله قانون المنافسة خاصة في الجانب الإجرائي الذي عرف انتعاشا واضحا.

وتماشيا مع تنظيم المشرع لأحوال المنافسة في السوق الجزائرية، كان لا بد من الاهتمام بالحلقة الضعيفة في هذه السلسلة ألا وهو المستهلك³، على أن الاهتمام الذي يجب أن يحظى به يتم على أساس اعتباره شريكا اقتصاديا وليس بالنظر إليه كمتعاقد في مركز ضعيف⁴، ومن أجل ذلك ضمن المشرع الجزائري هذه الحماية من خلال نص المادة الأولى من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم:

¹ القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتم الأمر 0/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص11.

² القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل ويتم الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010، ص10.

³ عرف المشرع الجزائري المستهلك من خلال نص المادة 1/3 من القانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد15، الصادر بتاريخ 8 مارس 2009، ص 12، التي جاء فيها أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

سار على هذا النهج المشرع الفرنسي، الذي أدرج أخيرا تعريفا صريحا للمستهلك، بعدما كان يتجنب هذا الفرض في العديد من التعديلات التي طرأت على قانون الاستهلاك، وذلك بموجب قانون la loi Hamon المؤرخ في 17 مارس 2014، الذي خضع بدوره إلى تعديلات بموجب القانون رقم 203/2017 حيث جاءت المادة (article liminaire) كالآتي:

« Pour l'application du présent code, on entend par :

-consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entend dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole... » la loi n°2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n°2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédits aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, JORF n°0045 du 22 février 2017.

ومن خلال استقراء هذه المادة، نجد أن المشرع الفرنسي اعتبر أن صفة المستهلك تصدق على كل شخص طبيعي دون الشخص الاعتباري الذي يقتني السلع والخدمات من أجل اشباع حاجياته الشخصية، في حين اعتبر أن الشخص الاعتباري الذي لا يقوم بتلبية حاجاته المهنية، ب (non- professionnel) مخالفا بذلك ما جاء به المشرع الجزائري.

⁴ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص347.

"يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

ولا شك في أن حماية المستهلك لا تستكمل ملامحها إلا من خلال إيقاظ روح التنافس الشريف بين المؤسسات الاقتصادية التي تنشط وتنشأ من أجله، وذلك من أجل توفير بيئة محفزة للنشاط الاقتصادي تهدف في الأخير لتحقيق رفاهية المستهلك، ولأن المنافسة لا تستقيم إلا بالكشف عن كل الممارسات التي تعيقها وتقيدها وتحول دون تحقيق الأهداف العليا التي سطرتهها جل التشريعات.

وتتفق معظم التشريعات الأجنبية بما فيها المشرع الجزائري على حظر وتجريم كل الممارسات التي من شأنها أن تعيق أو تقيد المسار العادي للمنافسة لما لها من آثار سلبية على مختلف الأصعدة بما فيها المستهلك، وبالفعل اتجه المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات إلى وضع نصوص قانونية لردع كل الممارسات التي تعيق المنافسة ومعاقبة كل السلوكيات التي من شأنها أن تخرج المنافسة عن مجراها الطبيعي، كما أفرد لها فصل خاص أطلق عليه تسمية "الممارسات المقيدة للمنافسة"¹، والذي تضمن مجموعة مهمة من الممارسات التي تشكل خرقا واضحا لقواعد المنافسة.

ولما كانت العلاقة التي تربط بين المؤسسات الاقتصادية (المتعامل الاقتصادي) والمستهلك من أكثر العلاقات إثارة، كونها تضم طرفان متضاربين في المصالح إلا أنه لا يمكن لأحدها الاستغناء عن الثاني، بحيث تتأرجح فيها الكفة دوماً إلى المتعامل الاقتصادي لما له من امتيازات ومعرفة تجعله دوماً في مركز قوة، مما يجعلنا نطرح السؤال التالي: كيف يمكن لمحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة المرتكبة من قبل المؤسسات التأثير على المستهلك ومصالحه في السوق؟

خطة الدراسة:

¹ أثارت تسمية هذه الممارسات حفيظة العديد من الفقهاء الجزائريين، الذين أجمعوا أن هناك خلط واضح في المصطلحات المستعملة لتلك الممارسات، إذ يجب التمييز بين الممارسات المناهضة للمنافسة *les pratiques anticoncurrentiels* والممارسات المقيدة للمنافسة *les pratiques restrictives*، فإذا كانت الأولى من شأنها إعاقة والإخلال باللعب التنافسية، بينما الثانية فيكون من أثرها تحديد المنافسة دون أن تعيقها وتخل بها.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنه يفرق بين الممارسات المناهضة للمنافسة *les pratiques anticoncurrentiels* والتي تشمل على الممارسات التالية (الاتفاقات المحظورة، التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، البيع بأسعار منخفضة تعسفاً)، وبين الممارسات المقيدة للمنافسة (*les pratiques restrictives*)، التي تضم الممارسات التالية (الممارسات التمييزية، التعسف في وضعية التبعية، قطع التعسفي للعلاقات التجارية القائمة، الحصول على فائدة غير مستحقة).

ترتيباً على ما سبق، قسمنا الدراسة إلى بابين، تم العرض في الباب الأول حظر المشرع الجزائري لمختلف الممارسات التي تقيد أو تعيق اللعبة التنافسية في السوق باعتبارها آلية لحماية المستهلك.

أما الباب الثاني، فتم تناول فيه أهم الضمانات القانونية والمؤسسية المتوفرة في القانون الجزائري لرعاية مصالح المستهلك في السوق في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة.

الباب الأول: دور حظر الممارسات المقيدة للمنافسة في حماية المستهلك.

لما كان السوق عند الاقتصاديين عبارة عن تنظيم دقيق للعلاقات الاقتصادية يشارك فيها الجميع (المؤسسات الاقتصادية، المستهلكين...)، بدرجات متفاوتة التأثير في تشغيلها، ونظر للارتباط الوثيق القائم بين مبدأي شرعية المنافسة وحماية المستهلك، بحيث أن التشريعات المنظمة للمنافسة تحرص على الدوام على أن تكون اللعبة التنافسية في صالح المستهلك من خلال حصوله على السلع والخدمات التي يرغب فيها بأفضل الأسعار والمواصفات¹، فقد كان لزاما أن تقم هذا المطلب ضمن قواعد المنافسة، وهو ما تحقق بالفعل من خلال نص المادة 1 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم:

"يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين."

وما ينبغي الوقوف عنده في هذا المقام، أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المعاصرة يسير نحو ترسيخ قواعد ومعايير مشتركة للتوفيق بين حماية مشروعية المنافسة وضمان حماية كفاية للمستهلكين، ولعل أكبر دليل على ذلك هو اتجاهه الصارم نحو حظر جميع الممارسات التي تعيق أو تقيد المنافسة لما لها آثار سلبية على جميع الأصعدة.

ولما كانت المنافسة في حد ذاتها أمرا ضروريا ومشروعا، فإن لهذه الأخيرة حدود وقيود التي ينبغي على المتعاملين الاقتصاديين الوقوف عندها واحترامها، وعلى الدولة محاربة وردع جميع الممارسات المناهية للمنافسة، وهذا ما ترجمه المشرع الجزائري بفصل كامل يحظر هذه الممارسات أطلق عليه تسمية: "الممارسات المقيدة للمنافسة."

وبناء على ذلك، سوف يتم دراسة كل ممارسة لحالها لتبيان كيف يمكن لمسألة حظرها أن توسع الحماية للمستهلك، مع الاحتفاظ بنفس التسميات التي أتى بها المشرع الجزائري، حيث سنتناول الاتفاقات المحظورة والممارسات الاستثنائية (الفصل الأول)، في حين تم تخصيص جميع الممارسات التي تحمل الطابع التعسفي من: التعسف في استغلال وضعية الهيمنة والتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وعرض أو ممارسة بيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي، وتقييم مكانة المستهلك من وراء هذا الحظر (الفصل الثاني).

¹ تيورسي محمد، مرجع سابق، ص 40.

الفصل الأول: محاربة الاتفاقات المحظورة والممارسات الاستثنائية في سبيل تكريس حماية المستهلك.

يعمل مبدأ المنافسة الحرة على الإبقاء على الضغط التنافسي بين المؤسسات الاقتصادية بالقدر الكافي واللازم في السوق المعنية، فكلما كان الضغط قويا، كلما ارتفعت مؤشرات الحماس بين المؤسسات الاقتصادية إلى تحسين الإنتاج والارتقاء بجودة السلع والخدمات لضفر بأكبر قدر ممكن من الزبائن والعملاء، والتي ستندرج بالنفع قطعا على المستهلك الذي سيكون أمامه عدة خيارات بجودة عالية وأحسن الأسعار.

إلا أن بعض المؤسسات قد تسلك غير هذا السلوك للتخفيف عليها من هذا الضغط أو القضاء عليه نهائيا عن طريق الإتياء بممارسات تتحرف بالمنافسة عن الطريق السليم مستعملة عدة وسائل، فقد تلجأ للاتفاق مع بعضها البعض لإرساء سلوك معين في السوق بهدف تعطيل المبادئ التي يقوم عليها السوق، وتخفيف ضغط المنافسة، يطلق على هذه الممارسة بالاتفاقات المحظورة.

وقد تنتهج المؤسسات سبيلا آخر لتعطيل المنافسة والحد منها، إذ تقوم بالاستئثار على نشاط معين في السوق في سبيل التحكم التام في السوق وتعطيل فعالية المنافسة فيه، يطلق على هذه التصرفات بالممارسات الاستثنائية.

ونظر لكون الممارستان خطيرتان وتهدم ميكانيزمات السوق وتؤثر سلبا على المستهلك، فقد تدخل المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بحظر هذه الممارسات بموجب نصوص صريحة، حيث حظر الاتفاقات بين المؤسسات بموجب المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 L من ق ت ف)، أما الممارسات الاستثنائية فحظرها بموجب المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والتي لا نجد لها مقابل في القانون الفرنسي.

وتفصيلا لذلك، سيتم معالجة هاتين الممارستين ومحاولة تبيان تأثيرهما السلبي على المتعاملين الاقتصاديين ومصالح المستهلكين، ومحاولة إظهار اتساع دائرة الحماية للمستهلك بالحظر المفروض عليهما، وذلك وفق التقسيم الآتي للاتفاقات المحظورة (المبحث الأول)، الممارسات الاستثنائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حماية المستهلك ضمن الاعتبارات الأساسية لحظر الاتفاقات المحظورة.

تعد الاتفاقات المحظورة من أقدم وأخطر الممارسات المقيدة للمنافسة، لما لها آثار سلبية على السوق المتعاملين الاقتصاديين والمستهلك، لذلك نجد أن أغلب التشريعات المنافسة قد تصدت لها ومنعتها. ويرجع مبدأ حظر الاتفاقات في الجزائر لأول مرة من خلال المادة 6 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة¹ في الفصل الثاني من الباب الثاني الذي تم إلغاؤه بموجب الأمر 03-03 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتعلق بقانون المنافسة².

حيث جاءت المادة 6 منه كالآتي: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة و الاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول إلى السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،

- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،

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

وإثر صدور قانون 08-12³ المعدل والمتمم للأمر 03-03 عدلت المادة 6 وأضافت لها الفقرة التالية: "....-السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة."

مع العلم أن التعديل الجديد لقانون المنافسة رقم 10-05⁴ لم يضيف لهذه المادة أي جديد.

¹ ج ر، العدد 9، الصادر بتاريخ 22 فبراير 1995، ص 13.

² ج ر، العدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25.

³ ج ر، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص 11.

⁴ ج ر، العدد 46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010، ص 10.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإن الاتفاقات المحظورة تم التطرق إليها لأول مرة بموجب القرار رقم 704-55 المتعلق ب: "retablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale"¹، ثم انتقل هذا الحظر إلى المادة 50 من المرسوم رقم 45-1483 المؤرخ في 30 جوان 1945، حيث كانت تتم مراقبتها من قبل جهة إدارية تدعى: "اللجنة التقنية المتعلقة بالاتفاقات المحظورة la commission technique des ententes"، والتي أصبحت تدعى فيما بعد ب: "اللجنة التقنية المتعلقة بالاتفاقات المحظورة ووضعية الهيمنة la commission technique des ententes et des positions dominantes"، تم التطرق إلى هذا الحظر في قانون المالية ل 2 جويلية 1963 وصولاً إلى المرسوم رقم 86-243 المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة²، أما حالياً يُنص على هذا الحظر في المادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي³.

من خلال استقراء الأولي للمواد السابقة الذكر، نجد أن المشرعان محل المقارنة استخدموا مصطلحات عديدة "الممارسات والأعمال المدبرة"، "الاتفاقيات"، "الاتفاقات" (وفي المقابل "les action concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions") للدلالة على هذه الممارسة إلا أننا سوف نستخدم طيلة البحث مصطلح شامل للدلالة على كل هذه الألفاظ ألا وهو الاتفاق المحظور أو الاتفاقات المقيدة للمنافسة (les ententes)، ولا ضير في استخدام أي من هذه المصطلحات في حالة تطلب الأمر اللجوء إليها.

ولعل موقفنا هذا ناتج عن تأثرنا بما جاء به بعض الباحثين أن: "الاتفاقات المقيدة للمنافسة تمثل مصطلحا يشتمل على كل العمليات الاقتصادية التي تتم بالتنسيق بين مشروعين أو شخصين من الأشخاص المعنوية أو الطبيعية أو أكثر من المتعاملين في سوق سلعة أو خدمة معينة، شاملا كذلك السلع البديلة لتلك السلعة والتي يمكن أن تحل محلها، على أن تكون هذه السوق محكومة بقواعد المنافسة الحرة."⁴

ونسوق تأييداً لذلك، ما ارتآه بعض الفقهاء الفرنسيين من اعتبار أن مصطلح الاتفاق المحظور (entente) بمفهومه الواسع هو أكثر المصطلحات التي أراد واضعي القانون الفرنسي

¹ Auguet Yves , Droit de la concurrence, ellipses, Paris, 2002, p.122.

² Grynfoegel Catherine, Droit français des ententes(article L421-1du code de commerce), édition Dalloz, Paris, 2008, p.2.

³ L'article L421-1 C.com : « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher , de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, des actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition, notamment lorsqu'elles tendent à ... »

⁴ محمد تيورسي، المرجع السابق، 193.

والأوروبي تجسيده، كونه يندرج تحت هذا الغطاء - terme générique - كل شكل من أشكال الاتفاقات يكون الهدف الأساسي منها المساس باللعبة التنافسية في السوق¹.

والمتمثل لهذين النصين السابقين الذكر يستتج أيضا، أنّ الاتفاقات التي تبرم بين المؤسسات في حد ذاتها غير محظورة من حيث المبدأ، إلاّ أنّها تصبح كذلك إذا كانت تهدف أو من أثرها الإخلال بحرية المنافسة في السوق، في هذه الحالة تصبح الاتفاقات محظورة وخطيرة يتطلب معها المتابعة ومعاينة مرتكبيها لإعادة التوازن للسوق وتفعيل حماية المستهلك، وبالتالي يكون المشرعان محل المقارنة قد أخذوا بالحظر النسبي.

كما يلاحظ أيضا أنّ المشرعين الجزائري والفرنسي لم يعرفا الاتفاقات المحظورة، بل اكتفيا بسرد الأشكال التي تتخذها في الحياة العملية، الشيء الذي يتطلب منا الوقوف على مختلف هذه الأشكال، وتحديد أهم الشروط اللازمة المكونة للاتفاق المحظور، ومدى أخذ المشرعان محل المقارنة بالاعتبار المستهلك في تكييف الاتفاق المحظور.

المطلب الأول: شروط قيام الاتفاق المحظور

لم تضع التشريعات المنافسة محل الدراسة تعريفاً محدداً للاتفاقات المحظورة، وهو ما دفع بالفقه إلى الأخذ بزمام المبادرة محاولاً إعطاء مفهوماً دقيقاً لهذا النوع من الممارسات، فهناك من اعتبرها تعاوناً وتأزر بين الإرادات قصد تقييد المنافسة²، وثمة من اعتبرها أنها نتيجة لمشاركة عدة إرادات مستقلة لإرساء سلوك جماعي للتصرف في السوق³.

في حين ارتأى الفقيهان Philippe Didier و Paul Didier أن الاتفاق المحظور هو: " كل أشكال تطابق الإرادات الذي يريد من خلاله أطراف الاتفاق أن يكونوا وحدهم معنيين بتسيير السوق"⁴ وفي نفس السياق هناك من عرفه بأنه: " كل تنسيق في السلوك بين المشروعات أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح، وأياً كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عنه من شأنها لأن تمنع أو تقيّد أو تحرف المنافسة"⁵.

¹ Blaise Jean-Bernard, Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 6e édition, Lextenso édition, L.G.D.J, 2011, p.435.

² Vogel Louis , Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence, la semaine juridique 65,n° 48, 1991,p. 491.

³ Motik Mhamed ,Droit commercial Marocain, El maârif al jadida, Rabat, 2001, p.168.

⁴ Didier Paul et Didier Philippe, Droit commercial (introduction générale, l'entreprise commerciale), tome 1, Paris, 2005, p. 571.

⁵ محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 190.

إلا أن هذه التعاريف لم تتجح في الإلمام بجميع الجوانب والأشكال المميزة لهذه الممارسة المحظورة، لهذا اعتبر بعض الفقهاء أن إعطاء تعريفاً جامعاً مانعاً أمر صعب يكاد يكون مستحيلاً، ومن بين هؤلاء الفقهاء الفقيه ريبير Ripper الذي انطلق من هذه الإشكالية لتعريف الاتفاق بقوله: "إن الاتفاق المحظور يتخذ أشكالاً مختلفة جداً، ولذا يتضح لنا من غير الممكن إيجاد تعريف قانوني دقيق.... إن فشل إعطاء تعريف دقيق للاتفاق شيء في غاية الخطورة لأنه يجعل عملية تنظيمها تنظيماً محكماً تقريباً مستحيلاً".¹

إن اتفاق الفقه والتشريع على عدم إعطاء تعريف جامع مانع للاتفاقات المحظورة أمر صائب، ولعل الحكمة من وراء ذلك تكمن في ظهور أشكال جديدة للاتفاقات باستمرار في الحياة العملية، مما يتطلب معه وضع نص قانوني مرن متغير يستجيب للتغيرات الاقتصادية، وهذا ما لمسناه من النصيين السابقين الذكر، وكأحسن طريق للوصول إلى المفهوم الصحيح للاتفاق المحظور هو التطرق إلى العناصر المكونة له، ومختلف الأشكال التي يتخذها في الحياة العملية، وفيما يلي توضيح لذلك:

الفرع الأول: العناصر الشكلية لقيام الاتفاق المحظور

كما قلنا سابقاً، لم يعرف المشرعان الجزائري والفرنسي الاتفاق المحظور بل اكتفيا بسرد العناصر المكونة له، ومن خلال استقراء المادة السادسة من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من القانون التجاري الفرنسي)، نجد أن الاتفاقات التي تتم بين المؤسسات لا تعتبر في الأصل محظورة، إنما فقط تلك التي يكون الغرض منها أو يمكن أن يترتب عليه مساس بقواعد المنافسة، وبذلك يكون المشرع الجزائري انتهج نفس نهج المشرع الفرنسي ومعظم التشريعات المقارنة باعتماده مبدأ الحظر النسبي.

إن قيام الاتفاق المحظور بمفهوم المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلقة بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من القانون التجاري الفرنسي) يتطلب توافق إرادات حرة ومستقلة بين أطرافه. وبالتالي، يخرج من هذا المفهوم كل ما لا ينطبق عليه هذا الوصف، يتخذ هذا التوافق في الحياة العملية أشكالاً مختلفة، وفيما يلي سيتم شرح هذا الفرض بالتفصيل:

¹أبو إلياس جوزيف، المؤسسة التجارية، الجزء الأول، دار بيروت، لبنان 1983، ص 175.
« l'entente pouvant être réalisée par les procédés les plus différents, il nous paraît pas à l'heure actuelle de la faire rentrer comme telle, dans une définition juridique précisecet échec dans la définition est extrêmement grave, il rend à peu près impossible une réglementation étroite. »

أولا:توافق الإرادة بين أطراف متباينة

يتجسد الاتفاق المحظور في الحياة العملية بتوافق إرادات أكثر من طرفٍ يتمتع بالاستقلالية والحرية الكافية لاتخاذ سلوك معين في السوق، والمتأمل للنصين السابقين أنهما لم يحددا المحرك الرئيسي لهذا الاتفاق أو العنصر النابض فيه، الأمر الذي يجعلنا نطرح التساؤل الآتي: من هي الأطراف المعنية بأحكام المادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف)؟ وكيف يتم التنسيق بين هذه الأطراف؟

1- طبيعة أطراف الاتفاق:

لم تحدد المادتين 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من قانون التجاري الفرنسي) أطراف الاتفاق فقد اكتفيا بتحديد الأفعال التي من شأنها المساس بالمنافسة، وتركت الباب مفتوحا لجميع التكهنات التي تحدثها الحياة العملية، مع العلم أن المادة (1§101 من TFUE) قامت بتحديد المؤسسات فقط كأطراف لهذه الممارسة المحظورة¹.

أثار هذا الموضوع العديد من التساؤلات والتناقضات لدى الفقه والقضاء الجزائري والفرنسي، وخاصة بعد الغياب الكلي لتحديد مجال إعمال قانون المنافسة الفرنسي، الأمر الذي أدى بمجلس المنافسة الفرنسي اتخاذ موقفه من الاستقراء الحرفي لنص (المادة 1-420 من ق ت ف) حيث جاء فيه أنه: " لا يهم إذا قامت المؤسسات بمفهوم قانون المنافسة بالممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية المحظورة، [...]، فلا مجال هنا للحديث عن البحث ما إذا كانت النقابات العمالية أو كل ما يشبهها يشكل مؤسسة بمفهوم هذا القانون²."

ومن هذا المنطلق، من هم الأطراف المعنية بأحكام المادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف)؟

بما أن الاتفاق يتطلب وجود طرفين على الأقل، فلا يمكن تصور إبرام اتفاق من جانب واحد، لهذا يجب أولا تحديد طبيعة هذه الأشخاص، ثم التطرق إلى الشروط اللازمة لتصبح هذه الأخيرة طرف في الاتفاق المحظور.

¹ Article 101, §1. « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées,... ».

² وعلى هذا الأساس تم إدانة أربعة نقابات عمالية واللجنة -قيامها بالقوة- تقييد طباعة الدوريات للدور الطباعة الغير المنظمة للنقابة على أساس تشكيلها اتفاقا هدفه أو من آثارها تقييد سير الحسن للمنافسة في سوق الطباعة، بالرغم من أن المشاركين فيه لا تعتبر مؤسسة... 3-4... op cit, p.3-4 Grynfoegel Catherine, Droit français des ententes,

لم يحدد المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي الأطراف المعنية بأحكام المادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 L من ق ت ف)، بل جاء النص بشكل عام فضفاض، الأمر الذي يجعلنا نسلم أن هذا النص سيقبل التطبيق على كل شخص مهما كانت طبيعته (سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا)¹.

ويرجح جانب من الفقه الفرنسي موقف المشرع راجع إلى ربطه تطبيق قانون المنافسة بنشاطات معينة وليس بصفة الشخص القائم²، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري، حيث حدد هذا الأخير مجال تطبيقه بمجموعة من النشاطات نصت عليها المادة 2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة (وما يقابلها المادة 1-410 L من ق ت ف) وتتمثل أساسا في (الإنتاج، التوزيع، الخدمات).

والمتمثل في النصوص القانونية، يجد أن كل من يمارس أحد هذه النشاطات الاقتصادية (أي الإنتاج، التوزيع، الخدمات) بصفة دائمة يعتبر مؤسسة بالمعنى الواسع لقانون المنافسة بغض النظر عن طبيعته القانونية (سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا)، إذا ما نعني بالمؤسسة في ظل قانون المنافسة؟

تضاربت التعريفات الفقهية والقضائية حول إعطاء تعريف شامل لمفهوم المؤسسة بالنظر إلى قانون المنافسة، حيث عرفها بعض الفقهاء بأنها شخصا قانونيا يشتمل على عنصر رأسمالي من جهة، وإداري من جهة أخرى، حيث يساهم العنصر الأول في تكوين المؤسسة، في حين يساهم العنصر الثاني في تسييرها وإدارتها³.

ويعرفها البعض الآخر بأنها مجموعة متناسقة من الأشخاص والأموال مكونة لهدف معين ويوجه نشاطها إلى تحقيق هذا الهدف⁴.

أما محكمة العدل للمجموعة الأوروبية فقد عرفت بان: "مفهوم مصطلح المؤسسة ينطبق على كل هيئة تمارس نشاطا اقتصاديا بصفة مستقلة عن الإطار القانوني لهذا الكيان وعن كيفية تمويله"⁵,

¹ Blaise Jean-Bernard, op .cit, p.447.

² Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, 5édition, éditions Dalloz, 2011, p.172.

³ Guével Didier, Droit du commerce et des affaires, 3édition, LGDJ, 2007, p.201.

⁴ Goldman Berthold, Droit commercial européen, Dalloz, 1970 , p263 : « L'entreprise est un ensemble coordonné de personnes et de biens, constitué dans un but et dont l'activité est dirigé vers la rédaction de ce but. »

⁵ Grynfoegel Catherine, Droit français des ententes, op cit, p.4... CJCE, 23avr 1991, aff. C-41/90, Hofner et Elser : Rec. CJCE1-1979 : « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du stade tout juridique de cette entité et son mode de financement. ».

وفي تعريف آخر لها عرفت المؤسسة بأن: "تتشكل المؤسسة من هيئة مكونة من عناصر شخصية، مادية وغير مادية، مرتبطة بموضوع مستقل قانونا، وتتبع بصورة مستمرة هدفا اقتصاديا معيناً".¹

ومن خلال هذه التعاريف، نجد أن محكمة العدل للمجموعة الأوروبية اتخذت من النشاط الاقتصادي معيارا أساسيا لتحديد مفهوم المؤسسة، لهذا حاولت في العديد من قراراتها توضيح النشاط الاقتصادي، حيث جاء في إحداها قراراتها أنه: "يقصد بالنشاط الاقتصادي كل نشاطه هدفه عرض السلع أو الخدمات في السوق المعنية".²

أما المشرع الجزائري، فقد عرف المؤسسة معتمدا على نفس المعيار الذي ساقته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية ممزوجا بالتعريف الاقتصادي لها³، وذلك من خلال نص المادة 1/3 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة بقولها: "المؤسسة هي كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات".

ومن هذا المنطلق، نستنتج أن الاتفاقات المحظورة تتطلب تعدد الأشخاص الممارسين لها، صحيح أن المشرعين محل المقارنة لم يحددا طبيعة ولا شكل هذه الأشخاص، إلا أنها استوجبت على هذه الأشخاص ممارسة نشاطا اقتصاديا (الإنتاج، التوزيع، والخدمات) والتمتع بالاستقلالية داخل السوق المعنية، وهي ما أطلقت عليها التشريعات محل المقارنة تسمية المؤسسة (بمفهوم الواسع لقانون المنافسة).

بالتالي، يخضع لمبدأ الحظر المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة (وما يقابلها المادة 1-421 من ق ت ف) كل شخص طبيعي أو معنوي، خاصا أو عاما، يمارس نشاطا اقتصاديا ويتمتع بالاستقلالية، وفيما يلي شرح بالتفصيل لهذا الحل.
الشرط الأول: ممارسة الأطراف نشاطا اقتصاديا.

¹ نادية لاكملي، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السابع، 2016، ص172.
² CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35 /96, § 36, commission c /Italie : Rec, CJCE 1998 , I , p 3851 : « Constitue une activité économique toute activité constituant à offrir des biens ou des services sur un marché donner. »
³ اختلف الفقهاء الاقتصاديون في تعريف المؤسسة، ولا بأس أن نسوق في هذا الموضع أهمها ، حيث عرفها البعض بأنها: "منظمة اقتصادية واجتماعية مستقلة تؤخذ فيها القرارات حول تركيب الوسائل البشرية، المالية والمادية والإعلامية بغية خلق قيمة مضافة حسب الأهداف في نطاق زمكاني". وعرفها البعض الآخر بأنها: "وحدة للإنتاج والتوزيع وتكون مهيكلتة على أساس قوانين وإجراءات خاصة"....عبد الرزاق بن حبيب، اقتصاد وتسيير المؤسسة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص28.

يعتبر هذا الشرط ضروري لتحديد مفهوم المؤسسة وتحديد النشاطات الخاضعة لمبدأ الحظر، حيث حدد المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي النشاطات التي تعتبر اقتصادية وهي (الإنتاج، التوزيع والخدمات)، ومنه يخضع لأحكام مبدأ حظر الاتفاق كل شخص مهما كانت طبيعته، وصفته يمارس نشاطا اقتصاديا (الإنتاج، التوزيع والخدمات) دون إقصاء لأي قطاع.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل كل الأنشطة معتبرة اقتصاديا مفتوحة للمبادرة الخاصة في الجزائر؟

إن تكريس ميكانيزمات لسوق تنافسية فعالة، يستلزم على الدولة إلغاء جميع الاحتكارات وفتح جميع القطاعات للمنافسة، وباعتبار أن الجزائر في إطار تحولها من نظام اشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق، بدأت في الآونة الأخيرة بتكريس شيئا فشيئا مبدأ تحرير النشاطات الاقتصادية، والتي كانت تعتبر من النشاطات الإستراتيجية للدولة: كتحرير نشاط المواصلات، القطاع المصرفي، وكذلك قطاع الكهرباء والغاز وقطاع المناجم، إلى جانب تحرير قطاع صناعة التبغ والكبريت.... الخ¹.

والمتمثل للتعديلات الأخيرة للمشرع الجزائري يستشعر روح التحول والإرادة الصادقة لبناء سوق تنافسية، حيث جاء التعديل الأخير للمادة 2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 مناسبا تماما مع الواقع العملي التي تحاول الجزائر مواكبتها، جاءت فيها: "تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

-نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.

-الصفقات العمومية بدءًا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية."

¹ محند الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية (وفقا للأمر 03/03 والقانون 02/04)، منشورات بغدادية، ص40.

ولعل السبب الرئيسي من وراء هذا التعديل هو تحفيز اللعبة التنافسية في الجزائر ومواجهة الالتزامات والتعهدات التي أخذتها مؤخرا¹ على عاتقها²، ومن ثمّ يمكن تحديد وحصر الأشخاص التي تخضع لمبدأ الحظر المنصوص عليه في المادة 6 الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم فيما يلي:

- بالنسبة للشخص الطبيعي: يخضع إلى مبدأ الحظر كل شخص طبيعي يمارس نشاطا اقتصاديا سواء كان تاجر أم لا، مسجلا في السجل التجاري من عدمه³، ولا يهم أيضا إذا كان حرفيا أو حتى يمارس مهنة حرة كطبيب أو جراح الأسنان⁴ أو محامي... إلخ، أكد على هذا الفرض المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بقولها: "المؤسسة: كل شخص طبيعي..."، و التطبيق العملي لمجلس المنافسة الفرنسي.

- أما بالنسبة للشخص المعنوي: يطبق هذا الحظر على جميع الشركات التجارية والمدنية⁵، كما طُبق هذا الحظر في فرنسا على الهيئات الغير الموجهة لتحقيق الربح كالنقابات المهنية والجمعيات، المنظمات المهنية... إلخ، واعتبرها مؤسسات بالمفهوم الواسع لقانون المنافسة مادامت تمارس نشاطا اقتصاديا في السوق⁶، ذلك أن النشاط الاقتصادي لا يتعلق دوما بالبحث عن الربح⁷.

وفي هذه الحالة تتعرض الجمعيات والنقابات... للمتابعة عندما تخرج عن إطار مهمتها الأساسية والمتمثلة أساسا في الدفاع عن مصالح أعضائها، كالحالة التي تصدر فيها الجمعية أوامر وتعليمات على أعضائها بهدف توحيد الأسعار أو اقتسام الأسواق⁸، فنكون بصدد ممارسة مقيدة

¹ حيث أطلق الوزير المكلف بالتجارة مؤخرا عملية التدقيق في الإجراءات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالمنافسة بدعم من خبراء من لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED)، وينبغي التذكير أن التقييم هو عبارة عن دراسة طوعية من طرف النظراء أطلقها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية منذ 2005). ... مجلس المنافسة الجزائري، آفاق لسنة 2004، النشرة الرسمية للمنافسة، رقم 4، 2014، ص 25.

² محمد تيورسي، مرجع سابق، ص 85-49.

³ Nourissat Cyril et De Clavière-Bonnamour Blandine, Droit de la concurrence libertés de circulation(droit de l'Union- droit interne), 4^eédition, HyperCours Dalloz, 2013 , p280.

⁴ أكد على هذا الحل محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر بتاريخ 3 ماي 1990 في قضية تتعلق جراحو الأسنان، حيث انطلقت المحكمة من اعتبار أن الاتفاق يبرم بين جميع الأشخاص (طبيعية كانت أو معنوية، عاما أو خاصة)...

⁵ المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁶ Boutard Labard Marie-Chantal et Canivet Guy et Claude Emmanuelle et Michel-Amsellem Valérie et Vialens Jérémie, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J, Paris, 2008, p.64-65.

⁷ Nourissat Cyril et De Clavière-Bonnamour Blandine ,op cit, p.280.

⁸نادية لاکلي، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 173-174.

للمنافسة تقع تحت طائلة الحظر المنصوص عليه في (المادة 6 من قانون المنافسة والمادة 1-420 L من قانون التجاري الفرنسي).

لم يقف الأمر عند هذا الحد، بل قام مجلس (سلطة) المنافسة الفرنسي بمتابعة العديد من الاتفاقات العمالية، إلا أنّ محكمة الاستئناف لباريس ألغت قرار مجلس (سلطة) المنافسة الفرنسي، واشترطت عدم إمكانية إدانة اتفاق أبرمته مجموعة من المنظمات المهنية ما لم تعتبر واحدة منها على الأقل مؤسسة تمارس نشاطا اقتصاديا¹.

سار المشرع الجزائري على ضوء هذه الاجتهادات، حيث قام مؤخرا بتعديل أحكام المادة 2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بموجب القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 غشت 2010² مضيفا بذلك: "...تلك التي يقوم.... وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها...".

وبالتالي، فإنّ الحظر المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي) يطبق على كل شخص طبيعي أو معنوي خاص، فهل يمكن أن نمد تطبيقه على الأشخاص العمومية؟

سمح المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بتطبيق أحكام قانون المنافسة على تصرفات المؤسسات العمومية عند ممارستها للنشاط الاقتصادي³، إلا أنّ هذا الحل أثارته لأول مرة قضية النزاع الشهير المتعلق بمدينة Pamiers.

حيث تتلخص وقائع هذه القضية في كون بلدية مدينة Pamiers، قررت ووضع حد لعقد الامتياز الذي كان يربطها بمؤسسة توزيع المياه ومنحته لمؤسسة أخرى، اعتبرت المؤسسة المستبعدة أن هذا التصرف الذي قامت به البلدية مخالف لقواعد المنافسة، فقامت بإخطار مجلس المنافسة على اعتبار أن هذه الممارسة تشكل اتفاقا محظورا وفقا لقانون المنافسة⁴.

عند وصول الإخطار إلى مجلس المنافسة رفض طلبها على أساس أن القرار -الذي من خلاله منحت بلدية مدينة Pamiers- امتياز تنفيذ خدمة عامة لفائدة مؤسسة جديدة يعد قرارا إداريا لا

¹ Blaise Jean-Bernard, op cit, p447. «...sur recours, la Cour d'appel de Paris a annulé la décision du conseil de la concurrence en décidant que l'une au moins des parties à l'entente doit être considérée comme : « un acteur économique exerçant une activité sur le marché.

² ج ر، العدد 46، 18 غشت 2010، ص 10.

³ نادية لاكللي، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 173-174.

⁴ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2013-2014، ص 24.

يندرج ضمن النشاط الاقتصادي، والمتمثل أساسا في (الإنتاج، التوزيع، الخدمات) طبقا للمادة 53 من قانون المنافسة، وبالتالي قرر عدم النظر في النزاع لعدم اختصاصه¹.

الأمر الذي أدّى بالمؤسسة المستبعدة رفع استئنافها إلى محكمة الاستئناف لباريس، حيث ذهبت عكس ما جاء به مجلس المنافسة، حيث اعتبرت أن قيام بلدية مدينة Pamiers بدعوة عدة مؤسسات مختصة لاختيار من تعهد إليه مهمة توزيع المياه، قد قامت بعمل من شأنه التأثير على السوق المعنية، وأقرت المحكمة بإجراء مؤقت معتبرة أن اعقد الثاني موقف الأثر.

إنّ محكمة التنازع الفرنسية بعد عرض القضية أمامها أيّدت ما وصل إليه مجلس المنافسة، معتبرة أن قرار بلدية مدينة Pamiers لا يأخذ وصف النشاط الاقتصادي والمتمثل أساسا في الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وعلى هذا الأساس قررت أن مجلس المنافسة غير مختص للنظر في النزاع²، ترجمت هذا الموقف في القرار الآتي: "من خلال المادة 53 من المرسوم 1 ديسمبر 1986، ومنه نستنتج، بأن أحكام المادة السابقة الذكر لا تطبق على الأشخاص العمومية إلا إذا كانت تمارس نشاطات الإنتاج، أو التوزيع أو الخدمات..."³.

ولهذا أكد القضاء ومجلس المنافسة الفرنسي أن أحكام قانون المنافسة تطبق على الشخص المعنوي العام الذي يمارس نشاطا اقتصاديا (الإنتاج، التوزيع، الخدمات)⁴، لم يكن هذا القرار الوحيد في هذا المجال بل جاءت العديد من القرارات مؤكدة لهذا الموقف.

ومن هنا نلاحظ أن القضاء الفرنسي يفرق بين ثلاث فرضيات:

- إذا كان الشخص المعنوي العام يمارس نشاطا اقتصاديا، ففي هذه الحالة يطبق عليه أحكام قانون المنافسة، ويخضع لرقابة مجلس المنافسة والقضاء العادي هو المختص.

- إذا كان الشخص المعنوي العام لا يمارس نشاطا اقتصاديا، ففي هذه الحالة لا يطبق أحكام قانون المنافسة، وبالتالي القضاء الإداري هو المختص¹.

¹ نفس المرجع، ص 24.

² نفس المرجع، ص 24.

³ تم الأخذ بهذا الحل في العديد من القضايا أهمها:

CE29-7-1994 n°130503 , Camif:RJDA 12/94 n°1314 ; dans le même sens :CE 23-7-1993 n°138504, Compagnie général des eaux :Recueil Lebon p.225 V. Comert Mélanie et Virginie Coursiere-Pluntz Virginie et Flaicher-Maneval Elisabeth et Le Bourdon Amaury et Petrignet Nathalie et Redon Denis, Mémento pratique(concurrence- consommation), éditions Francis Lefebvre, 2015-2016, p.468.

⁴ Christophe Cabanes et Benoit Neveu, Droit de la concurrence dans les contrats publics, édition Moniteur, Paris, 2008, p. 34.

-إذا كان الشخص العام يمارس نشاطا اقتصاديا مرتبط بأعمال إدارية تتعلق بممارسة امتيازات السلطة أو تسيير المرفق العمومي: فما هو الحل الذي ارتآه القضاء الفرنسي؟

إنَّ الحل الذي جاء به القضاء الفرنسي يتمثل في التفرقة بين ما إذا كانت النشاطات الاقتصادية قابلة للفصل عن الأعمال الإدارية، ففي هذه الحالة يطبق عليها الفرضية الأولى، أما إذا كانت غير قابلة للفصل عن الأعمال الإدارية، فإن القضاء الإداري هو المختص، ويكون في هذه الحالة هو المختص بتطبيق أحكام قانون المنافسة على هذه النشاطات الاقتصادية وذلك ضمانا للمساواة².

أما بالنسبة للجزائر، فالأمر يختلف تماما لأنه لا يأخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد الاختصاص، بل يأخذ بالمعيار الشكلي كقاعدة عامة، معنى ذلك أن كل النزاعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها هي من اختصاص القضاء الإداري، إلا أن ذلك لا يمنع من استشارة القضاء الإداري لمجلس المنافسة في القضايا المتعلقة بتطبيق أحكام قانون المنافسة³.

أما بالنسبة للصفقات العمومية، فقد أخضعها المشرع الجزائري صراحة لأحكام قانون المنافسة، ويقصد بالصفقات العمومية طبقا للمادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁴ بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم و الخدمات والدراسات."⁵

إلّا أنّ هذا الحل الذي تبناه المشرع الجزائري - والمتمثل في إخضاع الصفقات العمومية لمراقبة مجلس المنافسة - لا يعتبر مبدأ مطلقا بل يجب مراعاة معه شرط عدم التدخل بالسير الحسن للمصلحة العامة، وإلا أصبح من اختصاص السلطات الإدارية⁵.

¹ Le tribunal des conflits a repris la théorie de « l'acte détachable » et ainsi l'incertitude propice aux contestations des entités publiques ... : « si dans la mesures où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire les décisions par les quelles la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relève de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ses personnes publiques. » V. Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op cit, p.33.

² Ibid, p.34.

³ حسين شرواط، شرح قانون المنافسة، دار الهدى، عين مليانة، الجزائر، 2012، ص31-32.

⁴ ج ر، العدد50، الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص3.

⁵ حسين شرواط، مرجع سابق، ص32

وما يمكن الخروج به في هذا المقام، أنه بالنسبة للأنشطة التي يتولى الأشخاص العموميون ممارستها، فهي تخضع إذن لقواعد قانون المنافسة ورقابة مجلس المنافسة كلما كان الغرض منها الإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات، كما هو الشأن بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات طابع تجاري وصناعي، كما يعتبر القضاء العادي في هذه الحالة هو المختص، اللهم إلا إذا كانت الممارسة الصادرة عن هؤلاء الأشخاص تندرج ضمن امتيازات السلطة العامة¹.

وبالتالي، وبمفهوم المخالفة كل شخص سواء أكان طبيعياً أو معنوياً، خاصاً أو عاماً، لا يمارس نشاطاً اقتصادياً، لا يطبق عليه أحكام قانون المنافسة، وبالأخص المادتين (6 من قانون المنافسة الجزائري والمادة 1-420 من قانون التجاري الفرنسي).

أكد على هذا الفرض المحكمة العليا الجزائرية عندما أخضعت العلاقات القائمة بين الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعملاء الأجراء مع الآخرين للقضاء العادي بدلاً من القضاء الإداري نظر لقيامها بأعمال تجارية².

وفي نفس السياق، ذهبت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية إلى رسم الحد الفاصل بين النشاط الاقتصادي والاجتماعي، حيث اعتبرت أن الهيئات المكلفة بتسيير أنظمة الضمان الاجتماعي لا تشكل مؤسسة بمفهوم الواسع لقانون المنافسة، وبالتالي لا تدخل ضمن النشاطات الاقتصادية³، فهي هيئات تكتسي الطابع الاجتماعي البحث، وسأقت تأييداً لقرارها عدة معايير (أهمها الانضمام الجبري للمنخرطين، عدم تناسب قيمة الاكتتاب مع الخطر المؤمن، عدم تناسب كذلك مع عائدات المنخرطين، وأخيراً عدم وجود علاقة مباشرة بين الاكتتابات والخدمات المقدمة)⁴.

بناءً على ما تم التوصل إليه، فإن كل شخص سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، يمارس نشاطاً اقتصادياً، أي ينطبق عليه مفهوم المؤسسة يمكن متابعته في حالة مشاركته في اتفاق محظور.

ومن هنا يمكن القول، أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي لم يستعن بمصطلح المستهلك لتحديد مفهوم المؤسسة في ظل قانون المنافسة هذا من جهة، إلا أن هذا لا يمنع من القول أنهما أحذا بمصالحته بعين الاعتبار من خلال توسيع طائفة الأشخاص المعنون بتطبيق قانون

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص 51.

² نادية لاکلي، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 174.

³ La CJCE a retenu que : «la notion d'entreprise au sens des articles 81 et 82 du traité ne vise pas les organismes chargé de la gestion de régimes de sécurité social. »... CJCE. 17fevr. 1993, Christian Poucet c / assurances générales de France et caisse mutuelle, Rec. CJCE. 1993, p.637... Cyril Nourissat et Blandine de Clavière-Bonnamour, op cit, p.282.

⁴ نادية لاکلي، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 174.

المنافسة، مما يقطع الطريق أمام كل محاولة للإفلات من الانسجام ضمن قواعد المنافسة، ولكن السؤال المطروح هل توفر هذا الشرط وحده كافي لإنزال العقوبة عليها؟

الشرط الثاني: شرط استقلالية أطراف الاتفاق.

إن من الشروط الأساسية للسير الحسن لمسار المنافسة هو قيام مختلف المؤسسات الناشطة فيه بتحديد وبشكل مستقل سياستها في السوق، على أن تتمتع في هذه الحالة بالاستقلالية القانونية والاقتصادية وأن تتحمل مخاطر العمليات التي تبرمها¹.

ومنه، لا يشترط لإتمام اتفاق محذور وجود مؤسستين أو أكثر تمارس نشاطا اقتصاديا، بل يجب أن تكون هذه المؤسسات مستقلة عن بعضها البعض، أي يجب أن تكون كل مؤسسة حرة في التعبير عن إرادتها بكل استقلالية لإتباع سلوك معين في السوق².

إن استقلالية إرادة المؤسسات كشرط أساسي لاعتبار الاتفاق بين المؤسسات اتفاقا محظورا يطرح العديد من الإشكالات أهمها مدى اعتبار الاتفاقات التي تجمع مؤسسات تابعة لبعضها البعض اتفاقات محظورة؟ وهي الحالة التي تقوم فيها مؤسسة باعتبارها (شركة الأم) بإبرام اتفاقا مع أحد فروعها، فهل يعتبر هذا الأخير من قبيل الاتفاقات المحظورة؟

لا يمكن أن يوجد اتفاقا محظورا إلا بين مؤسسات مستقلة عن بعضها البعض، حرة في اتخاذ قراراتها داخل السوق التي تنشط فيه، وبالتالي لا تدخل ضمن الاتفاقات المبرمة بين الشركة الأم وفروعها في نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من قانون التجاري الفرنسي)³، اللهم إلا إذا كان الفرع مستقلا عن الشركة الأم، ففي هذه الحالة لا يكفي أن يتمتع الفرع بالشخصية المعنوية لاعتباره مستقلا عن الشركة الأم، بل يجب على الشركة الفرع أن تتمتع بالاستقلالية القانونية والاقتصادية⁴.

جسدت هذا الحل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية (CJCE) بقولها: "الفرع هو الذي لا يحدد بصفة حرة ومستقلة سلوكه في السوق، وإنما يقوم بإتباع التعليمات الصادرة عن الشركة الأم."⁵

¹ نفس المرجع، ص 177.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op cit, p.79.

³ Nourissat Cyril et De Clavière-Bonnamour Blandine, op cit, p.283.

⁴ Chaput Frédérique, L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, JurisClasseur (contrats-concurrence-consommation), n°1, LexisNexis, janvier2010, p.11.

⁵ يرجع صدور هذا القرار إلى القضية المتعلقة بشركة Parker، حيث كانت هذه الأخيرة تُسوق منتوجاتها لأوروبا عبر فروعها، والتي كانت تمتلك 100% من رأسمال هذه الفروع، كما كانت تحدد سياستها في السوق، قامت هذه الفروع

وعلى هذا الأساس، لا تعتبر الاتفاقات التي تنشأ بين الشركة الأم وأحد فروعها اتفاقاً محظوراً، هذا ما أقره مجلس المنافسة الفرنسي¹ ومحكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قراراتهما، إلا إذا تَبَث من مجريات القضية أن الفرع له الاستقلالية المالية والإدارية (أي سلطة اتخاذ قراراته) الكافية لتحديد سلوكه بين في السوق.

ولكن المشكل التي تطرح نفسها هي: كيف يمكن إثبات علاقة التبعية بين الشركة الأم وأحد فروعها؟

هناك العديد من وسائل الإثبات التي قد تبين مدى تبعية شركة الفرع للشركة الأم، ولعل أهم دليل إثبات في القانون الأوروبي هو المراقبة الرأسمالية، حيث تقوم سلطات الرقابة المختصة بمراقبة رأس مال الشركة الفرع، فكلما ارتفعت نسبة رأسمال الممتلك من قبل الشركة الأم كلما صعب إثبات استقلالية الفرع سواء مارست الشركة الأم رقابتها على الفرع أم لا، وهذا ما أكدته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية².

في حين افترض مجلس المنافسة الفرنسي تنفيذ الفرع لتعليمات الشركة الأم لامتلاكها نسبة كبيرة (100%) من رأسمالها دون التأكد من ممارستها الفعلية لهذه السلطة³.

بتقسيم السوق من أجل توزيع منتجات الشركة الأم (Parker)، الأمر الذي جعل الشركة Viho تنظر إلى نظام التوزيع الشركة Parker بعين العتاب وتفترض أن هذا الأخير يشكل بحق غلق للسوق خاصة بعد تلقي فروع الشركة Parker حظر بعد تصدير منتجاتها إلى زبائن دول الأعضاء وهذا ما يشكل فعلاً اتفاقاً محظوراً، إلا أنه تم رفض طلب إخطار الشركة Viho لانتفاء استقلالية الفروع...

CJCE , 14 juill. , ICI c /Commission, aff. 48/69 :Rec. CJCE 1972, p619, pt133 ; CJCE, 24oct, 1996, Viho c/Commission, cité par ; Frison-Roche Marie-Anne et Payet Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, 1 édition, Dalloz, 2006, p.144.

¹Le conseil de la concurrence rappelait ainsi, dans son rapport pour 2006 : « Aux fins de l'application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante, ce qui importe étant l'unité ou non de leur comportement sur le marché . Si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché, les accords conclus ne constitue pas des ententes illicites, dès lors qu'elles ne disposent pas d'autonomie commerciale (...). Ainsi, aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonome du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprise liées par un contrats d'agence. L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes aux sens du droit de la concurrence ; les accords intragroupes que si la filiale est autonome. »... V. Chaput Frédérique, op cit, p.11.

² CJCE, 25oct 1983, Allgemeine Elektrizitäts- Gesellschaft AEG-Telefunfen AG, c/ commission CE, aff.C-107/82: Rec, CJCE1983, p03151...Ibid, p.12.

³Rapport du conseil de la concurrence pour 2006, note3 : « Les autorité de concurrence peuvent présumer qu'une filiale à 100% applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère, sans devoir vérifier si la société mère a effectivement exercé ce pouvoir. »... www, autoritédelaconcurrence, fr.

وبالتالي تعتبر الرقابة الممارسة من قبل الشركة الأم ووحدة القرار عاملا أساسيا لاستبعاد الاتفاقات المبرمة داخل المجموعة عن نطاق الحظر، فرغم تمتع الفرع بالشخصية القانونية إلا أنه يفتقد الاستقلالية¹.

أما في حالة عدم وجود علاقة رأسمالية بين الشركة الأم والشركة الفرع، يجب على السلطات الرقابة المختصة إثبات هذه التبعية بوجود وسائل رقابية تمارسها الشركة الأم على الشركة الفرع، بالإضافة إلى الوجود الفعلي لهذه الرقابة ومن بين هذه الوسائل: وجود سلطة التقرير داخل الفرع، التدخل في العقود المبرمة بين الفرع والغير (إما لتحريرها بنود العقد أو تدخلها في المفاوضات...)، أو اعتبار أن الفرع ما هو إلا مصنع لإنتاج السلع للمجموعة، أو أنّ الإستراتيجية التجارية لم تحدد لكل فرع على حدا وإنما حددت بشكل جماعي أو عام، أو في إحدى القضايا التي صادفت مجلس المنافسة الفرنسي مثلا أين لاحظ المجلس بالإضافة إلى حيازة الشركة الأم 100% من رأسمال الفرع، وجود نفس رئيس مجلس الإدارة الأم لدى مجلس إدارة الفرع...والأمثلة عديدة².

كما أن الأمر يختلف في حالة إدراج في عقود الشراكة بين الشركة الأم وفروعها بند عدم المنافسة قرينة على استقلالية الفرع عن الشركة الأم³، أو في حالة الأشغال العمومية أين تقدم الشركة وفروعها عروضاً مختلفة عن بعضها البعض مما يشكل دليلاً على استقلالية الفرع وهذا ما ترجمته مجلس المنافسة الفرنسي بقوله: "إذا قدمت هذه المؤسسات عروض متنوعة، فإنّ تعدد هذه الأخيرة تظهر استقلالية تجارية لهذه المؤسسات، وكذا العروض المقدمة من قبلها⁴".

إنّ شرط الاستقلالية لا يطرح فقط في حالة العلاقة بين الشركة الأم وأحد فروعها، بل هناك حالات أخرى تطرح نفس الإشكالية، والتي سيتم دراستها بالتفصيل:

الحالة الأولى: حالة الاتفاق المبرم بين الوكيل وموكله (عقود الوكالة أو التمثيل)

إن العقود المبرمة بين الوكلاء التجاريين وموكليهم بموجب عقد وكالة أو الممثل القانوني للشركة، لا يمكن اعتبار هذه العقود المبرمة بينهم اتفاقاً محظوراً، ذلك أن الوكيل لا يقوم إلا بتمثيل موكله وعمله يقتصر على تطبيق التعليمات الصادرة عنه⁵.

¹ نادية لاكل، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 179.

² Chaput Frédérique, op cit, p.12.

³ نادية لاكل، مفهوم المؤسسة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 180.

⁴ Gyufogel Catherine, Droit français des ententes, op cit, p.9. « de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifestent l'autonomie commerciale et l'indépendance de ces offres. ».

⁵ Ibid, p9...Selon la cour de justice des CE : « si un[...] intermédiaire exerce une activité au profit de son commettant.il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci,

وبالتالي، فإن الوكيل لا يتمتع بالاستقلالية الاقتصادية التامة عن موكله، وهذا ما أكدته اجتهادات محكمة العدل للمجموعة الأوروبية ومجلس المنافسة الفرنسي، أي أن عقد الوكالة يخرج من الحظر المنصوص عليه في (المادة 6 من قانون المنافسة الجزائري والمادة 1-420 L من قانون التجاري الفرنسي)¹.

أما إذا قام الوكيل بتحمل مخاطر مالية أو تجارية اتجاه الغير فإنه يكيف على أنه مؤسسة، ويخضع لأحكام قانون المنافسة².

الحالة الثانية: حالة الدمج بين المؤسسات.

إن العقد الذي يكون موضوعه الدمج بين مؤسستين أو أكثر لا يعتبر اتفاقا محظورا، لاعتبار أن هذه العملية ليست إلا إعادة هيكلة مؤسسة جديدة، وبالتالي تفقد المؤسستين المدمجتين استقلاليتهم المالية والقانونية³.

الحالة الثالثة: حالة التبعية (عقد العمل).

لا يمكن اعتبار العمال كمؤسسات، كما لا يعتبر العقد أو العلاقة التبعية التي تربط بين رب العمل والعامل اتفاقا محظورا بالمعنى المنصوص عليه في (المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والمادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي)⁴.

وبالتالي، يمكن القول أن مصطلح المؤسسة بمفهوم قانون المنافسة لا يكتمل إلا إذا مارس الأشخاص الطبيعية أو المعنوية نشاطا اقتصاديا بصفة مستقلة في السوق.

2-توافق إرادة الأطراف:

يشترط لقيام اتفاق محظور توافق إرادات بين مؤسستين أو أكثر مستقلة عن بعضها البعض، اتخاذ سلوك معين في السوق وهو ما يُعبّر عنه بتوافق الإرادات الحرة بمعناه الكلاسيكي.

تبنّت هذا الحل لجنة المنافسة الفرنسي منذ 1980 بقولها: "كل الاتفاقات المحظورة تفترض وجود توافق في الإرادات بين المؤسسات بغض النظر على الشكل الذي يتخذه الاتفاق، إذ يُعتبر شرطا

tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique »...Ibid, p.9.

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op cit, p.68-69.

² Grynfoegel Catherine, Droit français des ententes, op cit, p.9.

³ Blaise Jean-Bernard, op cit, p.448.

⁴ Grynfoegel Catherine, Droit français des ententes, op cit, p.10.

مطلقا لقيام المخالفة حتى ولو لم تتشكل في الواقع دلائل واضحة على وجود توافق بين إرادات ناتجة عن أشخاص طبيعية أو معنوية قانونية أو اقتصادية متباينة عن بعضها البعض.¹

وفي قرار آخر لها صرحت أنه: "لا يمكن تبرير وجود اتفاق محظور دون توافق بين إرادات حرة للمؤسسات مستقلة عن بعضها البعض".²

وعليه، فإن قيام اتفاق محظور يتطلب تنازل المؤسسات الناشطة في السوق عن حريتها في تحديد سلوك مستقل، وأن تتجه بكامل إرادتها لإتباع سلوك مشترك، يكون الهدف منه أو الأثر الذي يربته مقيدا للعبة التنافسية في السوق المعني³، ولا يهم إذا كان الانضمام إلى التوافق صريحا أو ضمنيا، ولا يشترط أن ينصب في شكل عقد حقيقي بمفهوم قانون الالتزامات، ولا يشترط أيضا أن يتخذ شكل قرار جماعيا، وإنما يكفي مجرد الانضمام بشكل واع لتصرف جماعي.

وعليه، يغطي الاتفاق المحظور-بمفهومه الواسع-جميع التصرفات التي تقوم بها مؤسستين أو أكثر لتقليص وبشكل إرادي من حريتهما في تحديد السياسة التي سوف تتبعها في السوق، ويدخل أيضا في مجال الحظر أيضا التوصيات والتعليمات التي تصدرها الهيئات المهنية بهدف تقييد المنافسة.⁴

إن هذا المفهوم الموسع للاتفاق المحظور لا يقف عند هذا الحد بل يفترض وجود توافق إرادات في مؤسسات قد لا تكون في نفس المسار الاقتصادي (أي ما يعرف بالاتفاقات العمودية)، فلا فرق بين ما إذا كان أطراف الاتفاق ينتمون إلى نفس المسار الاقتصادي أم لا.⁵

إن توافق الإرادات بين المؤسسات لا ينتج أثره إلا إذا كان يترجم فعلا عن إرادة صحيحة وسليمة من كل عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال).

إن نظرية عيوب الإرادة تجد في مجال الاتفاقات المحظورة تطبيقا أوسع عن ما هو معروف تطبيقه في القانون المدني، حيث يمكن أن يتجسد عيب الرضا في الإكراه الاقتصادي مثلا⁶، لهذا يرى

¹Décision de la commission de la concurrence : « toute entente suppose un concours de volonté quelle que soit la forme de cet accord, même s'il ne se formalise pas réellement la démonstration ou la conviction qu'il ya eu un concours de volontés des personnes physiques ou morales juridiquement ou économiques distinct est une condition absolue de toute incrimination. »...Rapport de la commission de la concurrence pour 1980, p223...www.autorité de la concurrence, fr.

²« Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libre entre des entreprises les unes des autres. » ...Rapport de la commission de la concurrence pour 1984, p.11.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et des autres, op cit, p.70.

⁴Ibid, p.70.

⁵ Grynfoegel Catherine, droit français des ententes, op cit, p.8.

⁶Ibid, p.17.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن وجود الرضا في الاتفاق المحظور يقصي الحظر في الفرض التي لا يكون فيه رضا أحد الأطراف حراً¹.

إلا أن القضاة الأوروبيين والفرنسيين وكذا سلطات الرقابة لا يقبلون جميع الحجج والدفع المقدمة، ولهم قولاً آخر في هذه النقطة رغم موافقتهم المبدئية على اعتبار أن الإرادة الغير السليمة لا يمكن أن تُشكل اتفاقاً محظوراً، إلا أن هذا الحل لا يطبق في جميع الحالات².

لهذا يفرض على المؤسسات التي تدّعي وجود إكراه أو ضغط خارجي، إثبات أن هذا الإكراه كان مباشراً ولم يكن باستطاعتها مقاومته بأي من الأشكال القانونية أي يجب أن يكون إكراها حقيقياً وواقعياً³، حيث اعتبرت أنّ الإكراه البسيط على المؤسسة لا يمكن اعتباره سبباً رئيسياً في تشكيل أو الانضمام إلى اتفاق محظور اللهم إلا إذا تزامن هذا الأخير مع تهديد جسدي⁴.

أما مؤخراً فقد تجاوز القضاء وسلطات الرقابة الفرنسية والأوروبية الأخذ بالإكراه الاقتصادي واعتباره من معوقات الإرادة الحرة والسليمة، إلا أنّها لم تُلغي العمل به نهائياً بل جندته في حالة احتساب الغرامات المالية، جُسد هذا الحل في العديد من القرارات.

ثانياً- تعدد أشكال التواطؤ بمفهوم المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

من خلال المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، التي نصت على أنه: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة والضمنية.....". وما يقابلها المادة 1-420 من القانون التجاري الفرنسي⁵.

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op cit, p.78.

² Selon le tribunal de première instance des communautés européennes : « Une entreprise ne pourrait échapper à l'application de l'article 85 au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si le menace étaient directes, si le péril était imminent et si aucune autre voie légale ne permettait d'y parer. » (CJCE, 16nov2000, aff. C-279/98 P, Cascades c /commission :Rec .CJCE 2000, I, p.9693... Grynfoegel Catherine, droit français des ententes, op cit, p.17-18.

³ ففي قضية "Comareg"، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن التهديد بمقاطعة الشركة Comareg كان من الممكن تحمله إذا تم الأخذ بعين الاعتبار الحصة المتواضعة لإعلانات الوكلاء في رقم أعمال الشركة الناشئة، وعليه لا تعفى الشركة Comareg من المشاركة في الاتفاق المحظور، حيث جاء قرارها كالاتي:

« une menace de boycottage qui n'était pas irrésistible compte tenu de la part relativement modeste des annonces des concessionnaires dans le chiffre d'affaires de la société éditrice, ne saurait exonérer la société COMAREG du grief de participation de cette dernière à une entente ». (Cons. Conc, n°90-D-35, 9oct. 1990, Comareg :Rapp. 1990, p104 ; Rapp pour 2003, p.75. www.autorité de la concurrence, fr.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op cit, p.79.

⁵ L'article L421-1 C.com : « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher , de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, des actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition, notamment lorsqu'elles tendent à ... ».

بادئ ذي بدء، ينبغي التنبيه أن المشرعين محل المقارنة لم يعيروا الأهمية للتسمية التي يمكن أن تتخذها هذه الممارسة أو الشكل القانوني التي يمكن أن تفرغ فيه، بل اعتبراه تصرفا اقتصاديا ينافي قواعد اللعبة التنافسية في السوق، ويتخذ في الحياة العملية عدة أشكال حاولا تكريس أهمها في المادتين السابقتين الذكر.

حيث رصد المشرع الجزائري أهم التواطؤات ب(الممارسات والأعمال المدبرة، الاتفاقات، الاتفاقيات الصريحة والضمنية)، في حين حددها المشرع الفرنسي (الأعمال المدبرة، الاتفاقات، الاتفاقات المحظورة الصريحة أو الضمنية أو التحالفات)¹، لهذا سوف نتناول هذه الأصناف كلها بالإضافة إلى الحالات التي أفرزها الاجتهاد القضائي الفرنسي والأوروبي، فيما يلي:

- الاتفاقات والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية.

(Les accords et les convention expresses et tacites)

- الاتفاقات العضوية (Les ententes organiques).

- الأعمال المدبرة (Les actions concertées).

- الكارتل (Les cartels).

1- الاتفاقات والاتفاقيات الصريحة والضمنية:

تعتبر الاتفاقات والاتفاقيات الصريحة والضمنية شكلا من أشكال الاتفاقات المحظورة، وما يلاحظ المشرع الجزائري أنه استعمل مصطلحان مهمان هما اتفاقات (accords)² واتفاقيات (conventions) عكس نظيره المشرع الفرنسي، وكان من الأجدر أن يتجنب لفظ الاتفاقيات، إذ يقتصر مجال استخدامها على العلاقات الدولية في إطار القانون الدولي العام، بينما يستخدم مصطلح الاتفاق في مجال العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، وهذه العلاقات تحكمها قوانين المنافسة³.

¹ Frison-Roche Marie-Anne et Payet Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, 1^{er} édition, Dalloz, Paris, 2006, p.147.

² فرق الفقهاء القدامى في فرنسا على رأسهم بونيه ودوما، بين العقد والاتفاق، على أساس أن الاتفاق أعم وأشمل من العقد، وأن العقد أخص من الاتفاق، إذ هو اتفاق ينشئ التزاما معينا.

غير أن هذه التفرقة القديمة انتقدت من جانب كبير من الفقه المعاصر، لأنها تفرقة ليس لها قيمة عملية، ولا تترتب عليها آثار قانونية، ولذلك كان من الأولى العدول عنها، واعتبار العقد والاتفاق لفظين مترادفين لا تفرقة بينهما، مادامت العبرة بمضمون العقد أو الاتفاق، وإن كان إصطلاح العقد له دلالة أقوى على ارتباط المتعاقد بما تعاقده عليه، فالعقد هو كل اتفاق يراد به احداث أثر قانوني... العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري(وفقا آخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، ص52.

³ بدة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص20.

وبقصد بالاتفاق اتحاد إرادتين أو أكثر بهدف تحقيق شيء معين أو الامتناع عن فعل شيء¹، في حين عرفت محكمة الاستئناف للمجموعة الأوروبية (la Cour de justice): "بأنه يكفي أن تعبر المؤسسات عن إرادتها المشتركة من أجل التصرف في السوق بشكل محدود."²

أما مجلس المنافسة الفرنسي فقد اعتبر أن الاتفاقات هي: "إن تعريف التواطؤ يفترض أولاً توضيح توافق الإرادة بين مؤسستين أو أكثر."³

ومن هنا نستنتج أن الاتفاقات أو الاتفاقيات بمفهوم المادتين (6 من قانون المنافسة الجزائري والمادة 1-420 من القانون التجاري الفرنسي) قد تتخذ مفهوم أوسع في مجال قانون المنافسة، وتتجسد في عدة أشكال منها ما هو تعاقدى بمفهوم القانون المدني، فيصبح الأمر هنا يتعلق بالعقود التي تولد التزامات متبادلة على عاتق المتعاقدين فيما بينهم، وهي كل العقود المسماة والغير المسماة⁴.

كما يمكن أن تتخذ مفاهيم ووسائل تخرج عن مفهوم السابق للعقد، قد لا تصل إلى حد التنظيم فيكفي أن يقرر الأطراف الاتفاق إتباع سياسية مشتركة هدفها تقييد المنافسة بدون أن يكون هنالك التزام قانوني مع إمكانية الانسحاب في أي وقت، ومن بين هذه الوسائل: توصية، إشعار صادر عن هيئة، رسالة دورية، تعهد شرفي، مصالح...⁵.

لا يهم إذا كان الاتفاق أو الاتفاقية التي تربط الأطراف باطلة في نظر القانون أم لا، ولا يهم إذا تم احترامها أم لا، كما لا يشترط أن تكون هذه الاتفاقات أو الاتفاقيات قد أفرغت في قالب مكتوب أو شفاهة، اتخذت شكلاً رسمياً أو عرفياً، صريحاً أو ضمناً، المهم أن هذا الاتفاق يهدف أو له أثر على اللعبة التنافسية في السوق⁶، ويمكن تقسيم الاتفاقات والاتفاقيات إلى ما يلي:

أ- الاتفاقات الأفقية:

الاتفاقات الأفقية هي تلك الاتفاقات التي تبرم بين المؤسسات الاقتصادية المتنافسة فيما بينها، والتي تنشط في سوق واحد وعلى مستوى واحد من المسار الاقتصادي⁷، كأن يقوم منتجين أو بائعي الجملة بوضع جدول للأسعار يتم احترامه من قبل الأطراف المشتركين في الاتفاق.

¹ Allag-Zennaki Dalila, Contrats(négociation, construction, rédaction), éditions Dar el adib, 2016, p.4.

² Decocq André et Decocq George, Droit de la concurrence(droit interne droit européenne), 6éd, Lextenso édition, L.G.D.J, 2014, p.253:«... il suffit que les entreprises aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée. »

³ « la démonstration d'une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volonté entre deux ou plusieurs entreprises » .V. Ibid, p.437.

⁴ Nicolas-Vullière Laurence, Droit de la concurrence, 2édition, Magnard-Vuibert, paris, 2011, p.172.

⁵ Decocq André et Decocq George, op. cit, p.255.

⁶ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.201.

⁷ Grynfoegel Catherine, Droit français des ententes, op.cit, p.25.

ب-الاتفاقات العمودية:

هي تلك الاتفاقات التي تبرم بين مؤسسات الاقتصادية، لا تنشط على مستوى واحد من المسار الاقتصادي (كعلاقة التي تربط بين المنتج والموزع)، وتعتبر أكثر العقود شيوعاً في هذا المجال هي عقود التوزيع، عقد البيع الحصري، عقد التموين الحصري، عقد التوزيع الحصري¹.

في حقيقة الأمر، أثارت هذه الاتفاقات في وقت مضى جدلاً فقهيًا قوياً بين معارض وقابل لفكرة الحظر، حيث ذهب المعارضين لفكرة اعتبار الاتفاقات العمودية من الاتفاقات المحظورة إلى وضع حجتين أساسيتين:

الحجة الأولى تتعلق بالنظام العملي، إذ من المستحيل حظر عقود التوزيع باعتبارها ضرورية للاقتصاد الوطني، أما الحجة الثانية وهي حجة منطقية أكثر باعتبار أن عقد التوزيع ينشأ بين أطراف مختلفة من حيث المسار الاقتصادي، وبالتالي فهم ليسوا منافسين لبعضهم البعض.

في حين رأى المؤيدون لفكرة اعتبار الاتفاقات العمودية من الاتفاقات المحظورة، أن الحظر الذي أتى به النص القانوني هو حظر عام ولم يتم التمييز بين مختلف الحالات التي قد يحملها الواقع. وبالتالي، لا يمكن استثناء أي حالة مهما كانت أهميتها في الحياة العملية، وعلى أساسه فالحظر لا يطال عقود التوزيع مهما كان شكلها، بل بالعكس فهو يشملها مادام تحمل هذه العقود في طبيعتها تقييد للمنافسة².

ولم يتردد القضاء الفرنسي تطبيق هذا الحظر على عقود التوزيع تطبيقاً لأحكام المادة (CE-81) وذلك منذ 1966 في قراراته ل(Grunding) و (LTM) وغيرها³، وكذلك الحال بالنسبة لمجلس المنافسة الفرنسي (سلطة المنافسة حالياً) التي أصبحت تطبق أحكام المادة L420-1 من القانون التجاري الفرنسي على عقود التوزيع التي يكون الهدف منها أو من أثارها تقييد المنافسة.

ومن أمثلة ذلك: قضية المنتجات التجميلية و مواد التنظيف الجسدي produits cosmetiques et d'hygiène corporelle، حيث قام المنتجون بوضع نظام خاص لتوزيع منتجاتهم، إذ منعوا توزيع منتجاتهم على غير الصيادلة، مع العلم أن هذه المنتجات لا تدخل في مفهوم المنتج الصيدلاني (أي ليس من قبيل الأدوية)، مما جعل بائعي التجزئة (أي العطارين وأصحاب المحلات ذات الواجهات الواسعة) يعتبرون تصرف المنتجون رفضاً للتموين، وعلى أساسه تم رفع دعاوهم للمجلس المنافسة، الذي ارتأى في قراره بتاريخ 9 جوان 1987 (أن الشروط الحصرية

¹ Blaise Jean-Bernard, op.cit, p.437.

² Ibid, p.437.

³ Ibid, p.437.

التي أبرمها المنتجون مع الصيادلة اتفاقا مقيد للمنافسة حول الأسعار، كما أنها تحرم الموزعون الآخرين من شراء هذه المنتجات، وبالتالي يطبق على هذا الاتفاق أحكام المادة 7 من المرسوم 1986 (التي أصبحت حاليا المادة 1-420 L من القانون التجاري الفرنسي))، أيّد هذا الحكم محكمة الاستئناف ومحكمة النقض الفرنسية¹.

لقد أثبتت الممارسات العملية سلبية الاتفاقات العمودية، الأمر الذي دفع بضرورة تغيير نظرة المشرع والقضاء الفرنسي والأوروبي لها، وأصبحت تدرج في مجال الحظر مثلها مثل الاتفاقات الأفقية، ولكن السؤال الذي كان يطرح نفسه دوما هو: أن الكثير من الممومين والموزعين يتهبون من المسؤولية عندما يواجهون بنص (المادة 1-420 L منق ت ف وما يقابلها المادة 6 من قانون المنافسة الجزائري) التي تمنع مثل هذه الاتفاقات، بحجة أنه لا يوجد اتفاق بمعنى الكلمة، وإنما هو مجرد قرار انفرادي اتخذه المموم؟

لم تكن القرارات التي يتخذها الممومون محل حظر لا في القانون، ولا في القضاء الأوروبي والفرنسي، إذ طالما اعتبرت مثل هذه التدابير ضرورية لتنظيم شبكة التوزيع، إلا أن هذه النظرة تغيرت حيث أصبح القضاء يرفض مثل هذا الدفع، واعتبر أن المنتج (المموم) عند قيامه بتنظيم شبكة لتوزيع منتجاته في إطار ما يسمى تنظيم لسياسته التجارية في السوق²، ما هو في الحقيقة إلا تعبير عن تنظيم لاتفاقية ضمنية أبرمت مع الموزعين³، أي أن الشروط العامة للبيع أو الرسائل الدورية المرسلّة من قبل المنتج للموزعين يمكن اعتبارها اتفاقات محظورة إذا تمت الموافقة عليها من قبل الموزعين، ولا يهم الشكل الذي تتخذه الموافقة (صريحا أو ضمنيا)، المشكل الذي يثير نفسه كيف يمكن إثبات هذه الموافقة خاصة إذا سكت الموزع بعد إعلامه بتلك الرسائل الدورية مثلا؟⁴

في هذه الحالة نكون أمام حلين، الحالة الأولى إذا تضمن الاتفاق العمودي شروط غير شرعية (clauses manifestements illicites)، ففي هذه الحالة يعتبر الاتفاق محظورا كأن يتضمن الاتفاق الذي يربط المموم والموزع "شروطا محجفة" clauses noires ففي هذه الحالة يمكن تكيفها أنها "حالة تلبس لتقييد للمنافسة restrictions flagrantes" وفقا للمرسوم التنفيذي للإعفاء رقم 2010/330 المؤرخ في 20 أبريل 2010 المتعلق بالتقييدات العمودية.

¹ Ibid, p. 438.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op cit, p.146-147.

³ مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة معمرى تيزي-وزو، 2012، ص 60.

⁴ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op cit, p.203.

أما الحالة الثانية، إذا كان الاتفاق الذي يربط بين المومنين والموزعين لا تحمل أية دلالة على شروط مقيدة للمنافسة، ففي هذه الحالة يصعب إثبات رضا أو توجه إرادة الموزعين، مما يتطلب معه مراقبة تصرف الموزع إذا ما قام بمسايرة سياسة المومن المقيدة للمنافسة.

لهذا وجب التمييز بين ما إذا ما كان التصرفات التي تربط المومن مع الموزع هو أحادي الجانب أم ثنائي الجانب؟

من أجل حل هذه الإشكالية قام القضاء الفرنسي والأوروبي استخلاص جملة من القرائن للتمييز بين القرارات التي يصدرها المومن والتي يعتبر من قبيل الاتفاقات العمودية المحظورة، وتلك التي تعتبر تصرفات فردية¹.

لهذا أصبح القضاء يراقب إذا ما قام المومن بتقديم عرض مقيد للمنافسة لشركائه أم لا، فمثلا: في قضية Bayer قضت محكمة الاستئناف الأوروبية بأن رفض المنتج Bayer تمويل بائعي بالتجزئة في إسبانيا وفرنسا لا يعتبر اتفاقا بين Bayer وموزعيه، لأنه لم يتم إثبات أن Bayer فرض على موزعيه عدم تمويل بائعي بالجملة الإسبانيين والفرنسيين، إذ أن Bayer لم يبعث دعوة صريحة للموزعين تشكل ممارسة محظورة².

كما يقوم القضاء بمراقبة إذا كان هناك قبول فعلي للموزعين حتى ولو كان ذلك ضمنيا، ولا يمكن إثبات هذه الموافقة بمجرد وجود علاقة تجارية مستمرة بين المومن والموزع أو حتى الانضمام إلى شبكة التوزيع³.

ومن هنا نستنتج، أنه حتى نكون أمام اتفاق عمودي محظور، وجب أن يتضمن عقد التوزيع شروط مقيدة للمنافسة، أو أن يوافق الموزعين صراحة أو ضمنا على السياسة التنافسية للمومن، ومن هذا المنطلق لا يمكن اعتبار أن هناك موافقة إذا أدرج في عقد التوزيع شروط عامة، مثلا كشرط " التزام بالدفاع على مصالح المومن وترقيتها بكل الوسائل"... لهذا حتى وإن كانت الموافقة ضمنية وجب أن تكون واضحة لا لبس فيها، كأن يعتاد الموزع احترام تطبيق السياسة التجارية للموزع كل سنة دون اعتراض أو أن ينفذ الموزع السياسة غير تنافسية للمومن⁴، وما عاد ذلك تعتبر أعمال المومنين تصرفات فردية لا تدخل في مجال الاتفاقات المحظورة⁵.

ب - الاتفاقات العضوية:

¹ Mainguy Daniel et Respaud Jean-Louis et Depincé Malo, Droit de la concurrence, LexisNexis, 2010, p.256.

² Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op cit , p.203.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.502

⁴ Malaurie-Vignal Marie, droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.204.

⁵ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.502.

قد يتخذ الاتفاق المحظور في الحياة العملية شكل تجمع يتمتع بالشخصية المعنوية¹، قد يكون هذا الشخص المعنوي ظاهرا: كالتجمعات الاقتصادية، الشركات التجارية بجميع أنواعها، الشركات المدنية أو المنظمات مهنية أو النقابات المهنية.

كما قد يكون الشخص المعنوي الذي تم إنشاؤه بموجب هذا الاتفاق شخصا معنويا مستترا كشركة المحاصة² (عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 795 مكرر 1/2 من قانون التجاري الجزائري³ التي جاء فيها أنه: " لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء، ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل")⁴، وكذا المشرع الفرنسي من خلال المواد 1871 إلى 1873 من القانون المدني الفرنسي).

وقد لا يتمتع التجمع المنشئ بالشخصية المعنوية⁵، إلا أنه يمارس نشاطه كوكيل لأطرافه ليدافع عن حقوقهم، ومن أمثلة ذلك: قيام مجموعة من المؤسسات بإنشاء شركة تجارية تتمركز فيها الطلبات وتؤدي مهام مركز البيع، هذا التمرکز هو الذي يؤدي إلى تقييد المنافسة بين مؤسسيه، باعتباره أنه هو الذي سيحدد الأسعار وشروط البيع الموحدة⁶.

وفي جميع هذه الأحوال، لا يعتبر هذا النوع شكلا من أشكال الاتفاقات المحظورة، إلا إذا أدى هذا التجمع المنشأ إلى عرقلة وتقييد المنافسة الحرة في السوق⁷، وفي هذه الحالة يطبق عليه نص المادة 6 من قانون المنافسة الجزائري (وما يقابلها المادة 1-420 من قانون التجاري الفرنسي).

ومما سبق، يمكن أن نستنتج ثلاث وضعيات تتجسد فيها الاتفاقات المحظورة.

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.441.

² يقصد بشركة محاصة هي شركة معدومة الشخصية المعنوية وليس لها اسما خاصا بها أو موطن أو جنسية كما ليس لها رأس مال فهي عقد لا ينشئ عنه شخص معنوي، ويترتب عليه ثمة حقوق والتزامات فيما بينها الشركاء دون أن تظهر الشركة للغير كشخص معنوي، وهي شركة تعتبر تجارية أو مدنية تبعاً للغرض الذي أنشأت من أجله... عمار عمورة، شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية)، دار المعرفة، 2009، ص190.

³ القانون رقم 02-05 المؤرخ في 6 فبراير 2005 يعدل ويتم الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 11، الصادر بتاريخ 9 فبراير 2005، ص8.

⁴ إيمان بن وطاس، مسؤولية العون الاقتصادي (في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي)، دار هومه، 2011، ص109-110.

⁵ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.208.

⁶ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.441.

⁷ Decocq André et Decocq George, op. cit, p.260.

الوضعية الأولى: أن التجمع (le groupement) يهدف منذ إنشائه إلى اتخاذ قرارات ذات طبيعة مقيدة للمنافسة، مثال ذلك: كقيام التجمع بتحديد جداول للأسعار مشتركة بين أعضائه، تحديد كمية الإنتاج من طرف أعضاءه¹...

الوضعية الثانية: لم يكن التجمع (le groupement) يهدف عند إنشائه المساس بالمنافسة، ولكن عندما يتعدى التجمع أهدافه المسطرة فيشجع ويتسبب في تقييد المنافسة بين أعضائه ذاتهم، ففي هذه الحالة اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي (سلطة المنافسة حالياً) أن خروج الجمعيات والنقابات المهنية عن مهنتها المتمثلة في حماية المصالح المشتركة المهنية، والتي تعتبر مهنتها الأساسية وهدفها الرئيسي من شأنها أن يؤدي إلى تقييد المنافسة، ويقع تحت طائلة أحكام نص المادة 1-420 من ق ت ف² (وما يقابلها المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم).

الوضعية الثالثة: عندما يسبق نشوء التجمع أو المؤسسة الاتفاق، ويتحدد دور التجمع في تشجيع التشاور والتفاهم وإبرام اتفاق مقيد للمنافسة، وهكذا نرى أن وسيلة الاتفاق وأداتها يكمن في العقد المنشئ للشركة أو التعاونية أو التجمع³.

ومن خلال هذه الوضعيات يمكن ذكر بعض الأمثلة عن الاتفاقات العضوية:

1- المؤسسة المشتركة:

تتشأ المؤسسة المشتركة من طرف مؤسسات مستقلة عن بعضها البعض، حرة في اتخاذها قرارها، لا يهيم الشكل الذي قد تتخذه (شركة تجارية، أو تعاونية، GIE، جمعية، أو مجرد تجمع فعلي...).

في حقيقة الأمر إن مثل هذه المؤسسات المشتركة لا تعتبر اتفاقاً محظوراً في حد ذاته، إنما تصبح محظورة إذا مارست هذه الأخيرة ممارسات مقيدة للمنافسة، فيصبح الأمر هنا يتعلق باتفاق مقيد للمنافسة⁴.

أما إذا كانت المؤسسات التي أنشأت (المؤسسة المشتركة) قد تنازلت عن استقلاليتها وحولت قدرتها على اتخاذ القرارات لفائدة مؤسسة وحيدة، فإن هذه الأخيرة تعتبر كمؤسسة وحيدة خاضعة لأحكام المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 2-420 من ق ت ف).

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.442.

² Ibid, p.442.

³ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 54-55.

⁴ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit, p.209.

التمييز بين المؤسسة المشتركة وعمليات التجميع:

قد يصعب التمييز بين المؤسسة المشتركة وعمليات التجميع (المنصوص عليها في المادتين 15 من قانون المنافسة الجزائري والمادة 1-430L من قانون التجاري الفرنسي)، وقد أثبتت هذه الصعوبة لأول مرة في قضية Société Cora et société Casino-guichard-perrachon، حيث قامت هذه الشركتين بإنشاء مؤسسة مشتركة تحت تسمية (Opéra)، وظنا منهما أن الأمر يتعلق بعملية التجميع، قامت الشركتين الأم بإبلاغ وزير الاقتصاد الفرنسي ليمارس صلاحية الرقابة على هذا التجميع، وذلك طبقاً لأحكام الباب الخامس من الأمر المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية السعر والمنافسة، حيث اعتبر وزير الاقتصاد آنذاك أن هذه العملية تشكل اتفاق محظور وليس بعملية التجميع¹.

وبالتالي، قرر وزير الاقتصاد إخطار مجلس المنافسة الفرنسي وإعلامه بوجود ممارسة مقيدة للمنافسة. فور علم الشركتين بقرار وزير الاقتصاد، قامتا بالطعن ضد القرار الصادر عن وزير الاقتصاد أمام القاضي الإداري، حيث حكم القاضي بأنه لا يمكن اعتبار هذه المؤسسة المشتركة تجميعاً اقتصادياً إلا إذا كانت المؤسسة المشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف المؤسسة الاقتصادية المستقلة، ولم يكن الأمر كذلك بالنسبة للقضية الحال².

يعتبر القرار القضائي الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية توضيحاً للغموض الذي كان يحيط بالتمييز بين المؤسسات المشتركة والتجميع، حيث أعطى هذا القرار القضائي تعريفاً أكثر وضوحاً لمفهوم التجميعات الاقتصادية وأزال الغموض الذي كان يشوب مفهوم المؤسسة المشتركة، كما جاء متناسقاً مع لائحة المجموعة الأوروبية التي تحمل رقم 89/4064 لاسيما الفقرة الثانية من المادة 3 للقول بوجود اتفاق محظوراً مجسداً في مؤسسة مشتركة، يجب التأكد مما يلي:

- إذا احتفظ منشئ المؤسسة المشتركة باستقلاليتهم.
- إذا تغيرت وضعية السوق بالمقارنة مع الفترة التي تسبق إنشاء المؤسسة المشتركة.
- إذا كان أعضاء المؤسسة المشتركة لا يقومون بجميع وظائف المؤسسة الاقتصادية.
- إذا تبين أن أعضاء المؤسسة المشتركة يتنافسون فيما بينهم عن طريق الاتفاق على اقتسام الأسواق أو الاتفاق على اقتسام العملاء³.

¹ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 56.

² نفس المرجع، ص 57.

³ نفس المرجع، ص 57.

ومن هنا نستنتج أن وجود مؤسسة مشتركة لا يعتبر في حد ذاته اتفاقا مقيدا للمنافسة، إلا إذا تم إنشاء هذه المؤسسة بهدف القيام بتقييد المنافسة أو للقيام بتصرف يؤدي إلى تشجيع ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة¹.

2- المنظمات المهنية:

يعتبر تنظيم مهنة معينة والدفاع عن المصالح المشتركة لهذه المهنة من المهام الأساسية للمنظمات المهنية (النقابية)، وفي سبيل ذلك تتخذ هذه المنظمات قرارات وتصرفات تصدر عادة على شكل اتفاقات جماعية²، إلا أنه يمكن متابعة هذه النقابات أو المنظمات المهنية لارتكابها ممارسات مقيدة للمنافسة عن طريق القيام باتفاق محظور المنصوص عليه في المادة (6 من قانون المنافسة الجزائري وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف)، إلا إذا تجاوزت هذه الأخيرة الغرض الأساسي من إنشائها والمحدد قانونا، بمعنى آخر إذا خرجت المنظمة أو النقابة عن مهمة الدفاع عن المصالح المشتركة للمهنة، وسعت أو حاولت أن تسعى وراء الحد من الدخول إلى السوق أو عرقلتها، فإنها تخضع للحظر المكرس في المادتين السابقتين الذكر³.

ولقد كان مجلس المنافسة الفرنسي جد متشدد في هذه النقطة، حيث أدان العديد من القرارات الصادرة عن النقابات والمنظمات المهنية واعتبرها اتفاقا محظورا، ومن أمثلة عن هذه قرارات: احتفاظ بعض المنظمات ببعض النشاطات لصالح بعض الأعضاء دون الآخرين قصد الإضرار بالأعضاء الغير المنظمين أو مقاطعة بعض المؤسسات... إلخ⁴.

ومن هنا نستنتج، أن وجود مؤسسة مشتركة (مهما كان شكلها سواء أكانت شركة تجارية أو مدنية، جمعيات أو نقابات مهنية...) لا تعتبر اتفاق محظور في حد ذاته إلا إذا تم إنشاء هذه المؤسسة بهدف القيام بتقييد المنافسة أو إذا كانت تصرفاته تشجع ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة⁵.

¹ Decocq André et Decocq George, op.cit, p.260-261.

² عكس المشرع الفرنسي، الذي لم يدرج بصفة صريحة القرارات الصادرة عن المؤسسة المشتركة في أحكام المادة 1-421 من ق ت ف، في حين أخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار هذه الأخير من خلال نص المادة 2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، الذي نص بصريح العبارة على تطبيق أحكام هذا القانون على الجمعيات والاتحاديات المهنية أيا كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها...

Zouaïma Rachid, Droit de la concurrence, édition Belkeise Alger, 2012, p.76.

³ De manière générale, les statuts et règles de fonctionnement de l'association, ainsi que «tout acte émanant des organes d'un groupement professionnel, tel qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire» peuvent être qualifiés de conventions ou de pratiques concertées entre les membres de l'association...V. Comert Mélanie et autres, op. cit, p.505.

⁴ Nourissat Cyril et De clavière-Bonnamour Blandine, op. cit, p.284.

⁵ ...au regard de l'article L420-1, la jurisprudence énonce que : « toute pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un ordre professionnel révèle nécessairement une entente

وفي كل الحالات، فإنَّ هذه التصرفات تستوجب إدانتها ومعاقبتها، لذا يجب التمييز بين ثلاث إمكانيات:

-إمكانية متابعة أعضاء المؤسسة المشتركة التي تم إنشائها كوسيلة لممارسة الاتفاق المحظور، وبالانخراط في هذا التجمع يكونوا قد وافقوا مسبقاً على القيام بممارسات مقيدة للمنافسة.

-إمكانية متابعة المؤسسة المشتركة نفسها كشخص معنوي وحدها على مساهمتها بصفة فعلية في الاتفاق المحظور، وفي هذه الحالة تتحمل المؤسسة المشتركة لوحدها الجزاء المالي جراء الإدانة.

-إمكانية متابعة وإدانة المؤسسة المشتركة نفسها وأعضائها كل واحد حسب درجة مساهمته المباشرة في الاتفاق المحظور.

عملياً تلجأ سلطة المنافسة الفرنسية إلى العمل بسياسة واقعية أكثر- بالنظر إلى ظروف وملايسات كل قضية- لاختيار أحد الحلول السابقة¹.

الأعمال المدبرة: (les actions concertées)

إن اختلاف وتعدد الأشكال التي يتخذها الاتفاق المحظور جعل من التشريعات توسع في مجال حظر الاتفاق حتى ولو لم يترجم ذلك في شكل قانوني معين. وتعتبر الأعمال المدبرة واحدة من تلك الأشكال التي تؤثر سلباً على المتنافسين والسوق، وبصفة غير مباشرة على المستهلك، ولتوضيح ذلك سوف نتطرق إلى تعريف العمل المدبر وكيفية إثباته.

تعريف العمل المدبر:

يعتبر العمل المدبر شكلاً من أشكال الاتفاق المحظور المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر 03/03 المنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420-من ق ت ف)، إلا أنه لا يوجد أي نص قانوني أو حكم قضائي أو قرار لمجلس المنافسة الجزائري يوضح مفهوماً دقيقاً للعمل المدبر، ولهذا لا بد من تعريفه وتحديده وفقاً للاجتهادات الفقهية والقضائية الفرنسية مع العلم أن المشرع الفرنسي قد امتنع أيضاً عن وضع تعريف لهذا التصرف.

حيث عرف الفقه الفرنسي العمل المدبر بأنه وجود تصرف أو نشاط بين عونين اقتصاديين أو أكثر يهدف إلى المساس بالمنافسة²، أو بمعنى آخر هي مجموعة التصرفات والنشاطات المماثلة

entre ses membres. »V. Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit, p.209-210.

¹Blaise Jean-Bernard, op.cit, p.443.

²إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص106.

لمؤسسات اقتصادية مع غياب تام لاتفاق مسبق معين بينها¹، في حين اعتبر البعض أن الأعمال المدبرة هي من طائفة « Fourre-tout »، والتي تسمح بتصنيف الاتفاق محظورا بناءا على تصرفات تواطئية لا تدخل في التصنيفين السابقين (الاتفاقات و قرارات المؤسسة المشتركة)².

أما محكمة العدل الأوروبية فقد عرفت العمل المدبر بأنه: "...هو شكل من أشكال التنسيق والتعاون بين المؤسسات الاقتصادية، دون أن يرقى هذا السلوك إلى الاتفاق بمعناه الدقيق، والتي تقوم من خلاله المؤسسات باتخاذ سلوك تعاوني فيما بينها يهدد المنافسة، ذلك أن طبيعة هذه الممارسة في حد ذاتها لا تجمع كل العناصر المشكلة للاتفاق، إلا أنها يمكن أن ينتج عنها تنسيق تجسده تصرفات المشاركين فيه³."

ومن خلال هذه التعريفات يمكن القول، أن العمل المدبر هو نشاط أو سلوك مشترك بين مؤسستين أو أكثر، في مقابل تخليها من متابعة سلوكها الأحادي والمستقل في السوق بهدف المساس بالمنافسة، وليس بالضرورة أن يسبق هذا التصرف اتفاق، بمعنى أنه لا يشترط أن يصدر العمل المدبر عن إرادة صريحة للمؤسسة، ولا أن يتخذ شكلا قانونيا معينا.

وبالتالي، هو عبارة عن وضعية واقع يتم الكشف عنها رغم غياب أي اتفاق، أي أن الأعمال المدبرة تتطلب من المؤسسات الاقتصادية القائمة بها أن تتخلى ولو مؤقتا عن تطبيق قواعد المنافسة فيما بينهم لاعتمادهم أفعالا مماثلة، بالرغم من عدم وجود نوع من التبعية بينهم⁴، كأن تقوم مجموعة من المؤسسات المتنافسة تنشط في نفس السوق بممارسة واقعية لأسعار مماثلة أو تطبيق شروط للبيع مماثلة⁵... إلخ.

¹ « l'action concertée se caractérise par des comportements coordonnés des entreprise, en l'absence d'accord fixant de manière précise une ligne d'action sur le marché. En fait, les entreprise créent sciemment et collectivement les condition d'une restriction de la concurrence. » ...V. Jean-Bernard Blaise, op. cit, p.443.

² Nourissat Cyril et De Clavère-Bonnamour Blandine, op cit, p.284.

³ la jurisprudence de la Cour, qui a élaboré une définition théorique de la pratique concertée ... :« Attendu que si l'article 85(81CE, puis 101TFUE)distingue la notion de «pratiques concertées» de celle d'«accords entre entreprises» ou de «décisions d'associations d'entreprises», c'est dans le dessein d'appréhender, sous les interdictions de cet article, une forme de coordination entre entreprises qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risque de la concurrence ; que, par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulté d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants. » ...V. Decocq André et Decocq George, op.cit, p.262.

⁴ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص106.

⁵ حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن التصرفات التي قامت بها المخابر الصيدلانية (laboratoires pharmaceutiques) اتفاقا محظورا لفرضهم شروط للبيع مماثلة على بائعي الجملة (الموزعين) وذلك في قرار رقم 52- D-05، 5 أكتوبر 2005 ؛ BOCCRF رقم 4، 14 مارس 2006 بقولها:

« Il ne ressort pas de l'instruction et des pièces versées aux débats que les laboratoires se soient entendus pour définir en commun une position concernant la CPIF, le parallélisme de comportement constaté tient à la

واعتماداً على كل ما سبق، يمكن القول أنّ الأعمال المدبرة تقوم على أساس عنصرين مهمين

هما:

العنصر المادي: ونستخلصه من مصطلح "ممارسات وأعمال" وهي تتمثل في تنفيذ تنسيق عملي بين المؤسسات للمساس بالمنافسة أو تقييدها في السوق¹، سواء اتخذ ذلك مظهراً سلبياً أو ايجابياً كأن تقوم مجموعة من المؤسسات بأفعال معينة مثلاً: الرفع المتعمد للأسعار، ممارسة الضغوطات على منتج أو موزع... الخ².

العنصر المعنوي: يتمثل هذا العنصر في إتباع كل مؤسسة سلوك مؤسسة عن قصد لتيقنها أو على الأقل تعلم بأن المؤسسات الأخرى ستقوم بإتباع نفس السلوك في السوق، مما يُوجد توازناً مقصوداً في النشاط، والذي سيؤدي لا محال إلى الحد أو القضاء على المنافسة في السوق³.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل مجرد تماثل أو توازي النشاط لمؤسسات في السوق

يعتبر اتفاقاً محظوراً⁴؟

لقد أجاب على هذا التساؤل الخبرة العريقة لمجلس المنافسة الفرنسي⁵ والأوروبي⁶، حيث اعتبر أن مجرد تماثل أو توازي بسيط في التصرفات بين المؤسسات لا يعتبر بالضرورة اتفاقاً محظوراً رغم

structure économique du secteur en 1997- 1998. Dans ces conditions, le moyen tiré de l'existence d'une entente au sens de l'article L420-1 du code de commerce tendant à restreindre pour un opérateur l'accès au marché doit être écarté. »

¹ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص71.

² إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص107.

³ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص71.

⁴ طرح هذا السؤال لأول مرة منذ قضية مواد التلوين "matières colorantes" ...تتعلق بأهم المنتجون الأوروبيون للمواد التلوين عُرف عنها سابقاً أنها كانت تعقد منذ سنوات اجتماعات لتبادل المعلومات والخبرات، وفي أحد الاجتماعات وبالضبط في أوت 1967، قررت المؤسسة السويسرية رفع أسعارها إلى حدود 8% ابتداء من 16 أكتوبر 1967، وعلى إثره قام هؤلاء المنتجون الأوروبيون برفع أسعارهم بنسبة 8% بصفة متتالية لتظهر للعلن فيما بعد ذلك على شكل ارتفاع موحد للسعر دون سابق إنذار، الأمر الذي جعل محكمة العدل الأوروبية تقرر أنه لا يجب أن تجتمع في العمل المدير جميع العناصر المشكلة للاتفاق بالمعنى الكلمة، إلا أنه يمكن أن تنتج عن تنسيق مترجمه تصرفات المشاركين فيه "...

la CJCE a relevé que la pratique concertée ne réunissait pas tous les éléments d'un accord, mais pouvait résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants (CJCE, Imperial Chemical Industries c/ Commission des CE, 14juill.1972, aff.48, 49, et 51à57/69, Rec.p.619, points65 et s.) V. Nicolas-Vullièrme Laurence, op cit p.174.

⁵ Cons. Com. Déc, n°05-D-72, 20 dec 2005 secteur des exportations parallèles de médicaments et V. Décision n° :05-D-38 du 5juillet 2005, transport public urbain de voyageurs...Rapport annul pour2005, p248 et p249 V. www. Autorité de concurrence.com.

⁶CJCE, 31 mars1993, aff.Jetes C-89, 104, 116, 117, 125 à129 /85, AhlströmOsakeyhtiö et a.c /com-mission, Rec, CJCE 1993, 1, p1575 : « un parallélisme de comportement ne peut être considéré comme apportant la

أن هذه التصرفات قد تثير الكثير من الشبهات، إلا أنها لا ترقى إلى اليقين بوجود ممارسة محظورة، لأن مثل هذه التصرفات قد تبررها هيكل السوق وعلاقته مع شروط الادخار واستثمار المتنافسين أي (اللعبة الطبيعية للسوق).

كما يمكن أن تنتج عن قيام المؤسسات الأقل قوة بإتباع نفس طريقة إنتاج وتوزيع المؤسسات التي تسيطر على السوق¹، كأن تقوم مجموعة من المؤسسات الاقتصادية تنشط في نفس السوق برفع أسعارها بصفة عفوية وفي فترات متقاربة ومتتابعة دون أن تتواطأ مسبقاً على ذلك².

لذلك لا يعتبر التصرف الأحادي (unilateral) للمؤسسة اقتصادية في السوق ممارسة محظورة، بل يجب أن يتم هذا الأمر باشتراك عدة ممارسات إرادية من قبل المؤسسات³.

وعليه، فإن وجود تناغم أو توازي في التصرفات بين المؤسسات لا يُعتبر في حد ذاته دليلاً على وجود عملاً مدبراً، بل يجب أن تضاف مجموعة من القرائن الخطيرة والدقيقة، والمتناسقة (d'indices faisceau) لإثبات أن هناك اتفاقاً محظوراً⁴.

ولقد أوضحت الممارسة العملية لكل من مجلس (سلطة) المنافسة الفرنسي واللجنة الأوروبية، بأن القرائن التي يعتمد عليها لكشف العمل المدبر تنقسم إلى نوعين:

الحالة الأولى: يأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة مدى قيام المؤسسات المتنافسة بالاتصال ببعضها البعض، أي أنها قامت بتبادل المعلومات الإستراتيجية فيما بينها⁵ أو أنها عقدت اجتماعات مشتركة وتبادلت فيما بينها السياسة الصناعية والتجارية المتبعة⁶، مع العلم أن هذه التصرفات وحدها لا تشكل

preuve d'une concertation que si la concertation en constitue que seule explication plausible.»...V. Grynfoegel Catherine, Ententes en droit communautaire(article81du Traité CE), Dalloz commercial, LexisNexis SA, 2007, p.7.

¹ Marie M Laurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit, p.206.

² la déclaration du président (...) selon laquelle un société s'interdit de prendre des adhésions sur deux départements afin de garder de bonnes relations avec le milieu des sports d'hiver ne traduit qu'un comportement unilatéral de la part de cette association et nullement un accord ou une adhésion pour participer à une répartition anticoncurrentielle du marché.» ...V. Com, Conc., déc. N° : 03-D-31, 2juillet 2003 : BOCCRF 2003, point54, p.719.

³ Laurence Nicolas-Vullièrme, op. cit, p.175.

⁴ La Cour de Cassation a été précisé que : «Si la constatation d'un parallélisme de comportement ne suffit pas à elle seule attitude pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché, l'existence d'une entente peut être établie dès lors que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportement s'ajoutent à celui-ci pour constituer un faisceau d'indices graves, précis et concordants.»...Cass, Com, 27nov 2001, caisse nationale du crédit agricole : Rapp.2006. p135. V. www. autoritédelaconcurrence. fr

⁵ حيث استطاع مجلس المنافسة الفرنسية في أحد القضايا المعروضة من خلال الاطلاع على وثائق المؤسسات المعنية العثور على وثيقة مبعوثة من قبل أحد المؤسسات إلى الأخرى.

Cons, conc, déc n°02-D-48, 29juil2000, BOCCRF, p.889 ; V. www. autoritédelaconcurrence. fr

⁶ Blaise Jean-Bernard, op cit, p.444.

دليلاً قاطعاً على وجود اتفاق محظور، بل يجب تدعيمه بدلائل تكملية تثبت المشاركة الفعلية لهذه المؤسسات في الاتفاق محل النزاع¹ وهو عكس ما أخذ به القانون الأوروبي².

الحالة الثانية: إذا لم تتوفر إحدى أو كل هذه المؤشرات والقرائن السابقة الذكر، ففي هذه الحالة يتم الانتقال إلى البحث إلى ظروف حدوث التوازي و التماثل في تصرفات المؤسسات، فإذا تبين أن التوازي والتماثل متطابق ودقيق في التصرفات، كرفع الأسعار في نفس اليوم من قبل المؤسسات المتنافسة بنفس النسب المئوية، فهو توازي شديد التطابق لا يمكن تفسيره، ولا يمكن ربطه إلا بالرغبة في تقييد المنافسة أو القضاء عليها، وبالتالي لا يمكن اعتباره إلا عملاً مدبراً³.

لهذا قامت محكمة النقض الفرنسية بوضع شروط لاعتبار توازي أو تماثل التصرف اتفاقاً محظوراً وهي كالاتي:

- توحيد التصرفات بين المؤسسات المتنافسة.
- يجب أن يكون التصرف صادراً عن إرادة واعية.
- لا يجب أن يُفسر هذا التصرف حسب خصائص السوق⁴.
- لا يجب أن يكون التصرف ناتجاً عن الصدفة⁵.

وبالتالي، إذا لم تتحقق هذه الشروط وتوجت بقرائن ومؤشرات قوية فإن التوازي أو التماثل في التصرفات لا يعتبر عملاً مدبراً، أي لا يقع هذا التصرف تحت طائلة الحظر المنصوص عليه في المواد (6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والمادة 1-420 من قانون التجاري الفرنسي).

أما في حالة وجود شك⁶ أو أن المؤسسات قدمت تبريرات مقنعة للتماثل أو التوازي فإن السلطات المكلفة بالمراقبة تتحفظ وترفض وصف السلوك بالاتفاق المحظور⁷.

¹ Boutard Labard Marie-Chantal, op. cit, p.90-91.

² En droit de l'Union européenne la seule participation, même passive, d'une entreprise à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel suffit à établir la participation de cette entreprise à l'entente, sauf si elle démontre qu'elle n'a pas souscrit aux pratiques anticoncurrentielles décidées lors de ladite réunion, en s'en distanciant publiquement(CJCE16-11-2000, aff,291 /98 P, Sarrio :Rec1-9991 ;...). Comert Mélanie et autres, op. cit, p506.

³ Roger Houin et Michel Pedman, Droitt commercial, édition Dalloz, Paris, 1999, p.572.

⁴ « le parallélisme du prix de revente du carburant sans plomb est justifié par les mesures d'incitation fiscale » .Paris, 20oct, 1993, ccc1992. N°195, dos. L. Vogel) cité par Malaurie-Vignal Marie, op. cit, p.208.

⁵ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص68.

⁶ Roger Houin et Michel Pedamon, op.cit, p.572.

⁷ Malaurie Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit, p.207-208.

-الاتفاقات المعقدة أو الكارتل (Les ententes complexes):

لتحديد مفهوم الاتفاقات المعقدة (الكارتل)، وجب أولاً استخراج المقصود من مصطلح (الكارتل)، وبالرجوع إلى القواميس باللغة العربية لا نجد لها قراراً، فهو ليس مصطلحاً عربياً، وإنما هي من الألفاظ اللاتينية واستخدمت كمصطلح معروف لدى الدول الغربية¹، والكارتل مصطلح مشتق من كلمة يونانية (charta) التي تعني الميثاق، ظهر هذا المصطلح لأول مرة في ألمانيا (kartell) عام 1862، حينما تأسس أول كارتل للحديد الأبيض.

ومن خلال ما سبق، يمكن تعريف الكارتل بأنه: "اتفاق المبرم بين تاجرين أو أكثر لا تربطهم صلة التبعية يعملون في حقل تجاري متماثل أو متشابه وفي مستوى تجاري واحد لتنظيم المنافسة بينهم بغرض تقادي المنافسة القائمة أو المحتملة بينهم أو من الغير أو منعها أو التخفيف من وطأتها بهدف احتكار السوق"².

أو يمكن تعريفه بأنه: "الحلف الاحتكاري الذي يتم بين عدة مؤسسات مشاركة في الكارتل، تظل هذه الأخيرة مستقلة عن بعضها البعض رغم وجود اتفاق يلزمها جميعاً بالعمل على تقييد أو القضاء على المنافسة فيما بينها، على أن تتعهد مؤسسات الأعضاء في الكارتل بالعمل على تقاسم الأسواق أو على تحديد كمية المنتوجات أو أسعار البيع أو عليها كلها، بحيث إذا كانت المؤسسات تنتج وتبيع منتوجاتها بشكل مستقل فيظل بعضها مربوطاً ببعض بحلف مشترك لأجل قد يطول أو يقصر حسب الاتفاق، بحيث إذا أحلت إحداها بأي بند من بنود الاتفاق تتعرض لعقوبات مالية ثقيلة"³.

ويعنى آخر أقل تعقيداً، تعتبر الكارتل شكل من أشكال التعاون أو الاتفاق الأفقي بين مؤسسات مستقلة تبسط فيها سلطتها على السوق المعنية، وذلك من أجل تشجيع ارتفاع أو انخفاض الأسعار، أو تقسيم السوق أو الزبائن فيما بينها⁴.

تعتبر الكارتلات من أخطر أنواع الاتفاقات المحظورة من حيث الأهداف التي يسمو إليها، وكذا الحدود الجغرافية التي يمتد عليها وحتى المدة التي يدوم فيها هذا الاتفاق⁵، مما أدى بالأجهزة المكلفة بالرقابة الفرنسية والأوروبية بالتشديد على محاربتها ومنعها بشتى أنواعه، إلا أن هذا النوع من

¹ الموقع الإلكتروني: www.Ibisonline.Net/Research_Tools/GlossaryDisplayPage.aspx?termid=4200

² بكرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص22.

³ الموقع الإلكتروني: www.ingdz.com/Vb/showthread.php?!=21452.

⁴ Condomines Aurélien, Guide pratique du droit français de la concurrence, Lextenso édition, Gualino, 2014, p.38-39.

⁵ Ibid, p.39.

الاتفاقات تطرح العديد من المشاكل نظرا لسرية الاجتماعات التي تحيط به، وللظروف التي تتعلق بنشأتها، وتتخلص هذه المشاكل فيما يلي:

الإشكالية الأولى: تتعلق بتكليف الاتفاق نظرا للسرية والإبهام التي يحيط بالاجتماعات المنعقدة لإنشائه، الأمر الذي جعل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية يصرح بأن الكارنل يشكل "مخالفة فريدة من نوعها ومستمرة".

الإشكالية الثانية: عادة لا تحضر أطراف اتفاق الكارنل في جميع الاجتماعات، الأمر الذي يصعب معه تحديد موقف هذه المؤسسات.

الإشكالية الثالثة: إن حضور المؤسسات الأعضاء في الكارنل لا يحدد بصفة دقيقة عن موقفها ولا عن القرارات التي سوف تتخذها¹.

الأمر الذي جعل سلطات المنافسة الفرنسية تتحرى الدقة والتفطن في سبيل عدم إفلات هذه المؤسسات المخالفة من العقاب، إذ افترضت أن مجرد حضورها للاجتماع دليل على انضمامها لهذا الكارنل إلا أنه تبقى قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها².

وترتبيا على ما تقدم، فإن الاتفاق المحظور لا ينتج عن إرادة منفردة بل يتطلب توافق عدة إرادات لأطراف تمارس نشاطا اقتصاديا ومستقلة عن بعضها البعض، تدعى في صلب قانون المنافسة (مؤسسات)، ولا يهم التكليف القانوني الذي يتخذه الاتفاق سواء تجسد في صورة عقد أو مجرد تصرفات مماثلة، ولا يهم إذا أفرغ في قالب مكتوب أم لا.

وما يمكن استنتاجه من خلال تحليل هذا العنصر أيضا، أنَّ المشرعان محل المقارنة والتطبيق العملي لنص المادة 1-420 من القانون التجاري الفرنسي (وما يقابلها المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم) لم يأخذا بعين الاعتبار مصطلح المستهلك في عملية تحديد أشكال الاتفاق المحظور، إلا أن هذا الأمر لم يمنعها من الأخذ بمصلحة المستهلك في مسألة توسيع نطاق الحظر ليشمل جميع الممارسات سواء أخذت شكل عقد أو مجرد تصرفات مماثلة.

كل هذه الحقائق لا تجسد في الواقع ممارسة محظورة إلا إذا اقترنت بشرط مهم ألا وهو: المساس بقواعد اللعبة التنافسية في السوق المعنية.

الفرع الثاني: المعيار المادي (مساس الاتفاق بالمنافسة في السوق المعنية)

¹ Blaise Jean-Bernard, op.cit, p.446.

² Ibid, p.446.

الأصل أن الاتفاقات التي تبرم بين المؤسسات لا تعتبر محظورة اللهم إلا إذا كانت: "...تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية السوق أو الحد منها أو الإخلال بها..." في "...نفس السوق أو جزء جوهري منه..."¹، ويعتبر هذا الشرط ضروري لاكتمال هذه المخالفة، مما يسمح معه تطبيق الأحكام التي تهدف معاقبة مرتكبيها.

ومن هنا يمكن القول، أنه لإعمال النصوص القانونية المتعلقة بالاتفاقات المحظورة، وجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الاتفاق وبين تقييد المنافسة في السوق المعني، ونظرا لتعدد الأشكال التي يتخذها الاتفاق فإنه يتعدد معه طرق تقييد المنافسة، مما يتطلب معها دراسة دقيقة للمجال التي تمارس فيه هذه المخالفة (أولا)، ثم التطرق إلى المعايير التي يمكن الاستناد عليها من أجل تقدير المساس بالمنافسة في السوق (ثانيا)، وفي كل مرة سنحاول فيها تحديد مكانة المستهلك ومصالحته في ظل هذا المعيار.

أولا: مدى اعتبار المستهلك ضمن تحديد شروط السوق التنافسية.

لا يلعب تحديد مفهوم السوق في الاتفاقات المحظورة نفس الدور الذي يلعبه في باقي الممارسات المقيدة للمنافسة (كوضعية الهيمنة مثلا)، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من تحديده لأنه في هذه الحالة لا يُعتبر هدفاً في حد ذاته، وإنما هو وسيلة تسمح بتحديد سلطة المؤسسة في السوق التنافسية².

وبعبارة أخرى إنَّ تحديد السوق يسمح بالكشف عن أمور عديدة كقياس درجة المنافسة الحالية والمحتملة، والتعرف على المنافسين الفعليين الناشطين فعلا في السوق، كما يسمح بمعرفة ما إذا كان يجب على السلطات المختصة بالرقابة التدخل أم لا من أجل مراقبة ومعاينة المؤسسات التي تقوم بتصرفات مخلة للعبة التنافسية والمساس بأهم مبدأ ألا وهو: حرية الصناعة والتجارة³.

ولهذا تفرض القواعد القانونية التي تتعلق بالأسواق التنافسية ضرورة بيان أساليب ومعايير تحديد الأسواق التي تمارس عليه المؤسسات المعنية سلطتها، وفي هذه الحالة سوف تأخذ السوق تسمية السوق المرتقبة (Marché pertinent) أو بالإنجليزية (Relevant Market) أو تسمية

¹ المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وما يقابلها المادة 1-420 من قانون التجاري الفرنسي.

² Condomines Aurélien, op cit, p. 38.

³ L'Autorité de la concurrence va dans le même sens : « la délimitation du marché pertinent est essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'apprécier, d'une part, le pouvoir du marché d'une entreprise et d'autre part, les effets des pratiques mises en œuvre. Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins, en partie le dommage à l'économie conduisant à l'évolution des sanctions. »... Zevounou Lionel, Le concept de concurrence en droit, thèse doctorat, UFR droit et sciences politiques, Université Paris ouest Nanterre la defense, 8décembre2010, p.296.

السوق المرجع (Marché de référence) أو السوق المعنية (Marché concerné) ou (Marché en cause)¹.

وبالتالي، مهما اختلفت الأسماء التي يتخذها السوق، فإنه لا يجب نكرانه أن الطبيعة الاقتصادية له تغطي على معناه أكثر من طبيعته القانونية، وقد عرفته النظرية الاقتصادية بأنه: "المكان النظري الذي يلتقي فيه العرض والطلب على المواد والخدمات التي يعتبرها المشترون قابلة للاستبدال مع غيرها من المواد والخدمات المعروضة"².

غالباً ما يسوق المشرع الجزائري تعريفاً للمصطلحات القانونية، إلا أننا لاحظنا في قانون المنافسة تدخله في العديد من المواقع لإبداء نظره وتوجهاته، حيث حاول هذه المرة إعطاء تعريف للسوق المعنية من خلال المادة 2/3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بأنه: "ب- السوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسة مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية."

أمّا بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد فضل عدم إعطاء تعريف السوق المعنية عكس نظيره المشرع الجزائري، الذي حمل مسؤولية تحديده للقضاء والفقهاء، إلا أن كلاهما -القضاء والفقهاء- اعترفا بصعوبة تحديده واعتبرا أن إعطاء قاعدة عامة تشمل السوق المعنية في جميع حالاته يعتبر مستحيلاً، وهذا راجع إلى التطور الذي قد يلحقه خاصة وأن العرض والطلب في تطور مستمر.

هذه الصعوبة دفعت اللجنة الأوروبية إلى التدخل محاولة إعطاء تعريف جامع للسوق المعنية وذلك منذ 1997، وانطلاقاً من اعتبار أن السوق ما هو إلا الإطار التي تسمح لها بوضع سياسة تنافسية³، حيث عرفت لجنة الأوروبية السوق المعنية بأنه: "تتشكل سوق السلع المعنية من كل السلع و/أو الخدمات، التي يعتبرها المستهلك متماثلة أو تعويضية بالنظر إلى خصائصها، وأسعارها والاستعمال التي خصصت له"⁴.

¹ BoutardLabard Marie-Chantal et autres, op cit, p.9-10.

² Nicolas-Vullièrme Laurence, op cit, p.98.

³ Le marché est : "un cadre qui permet de mettre en œuvre sa politique de concurrence." cité par Ibid, p.98

⁴ Communication de la commission sur la définition du marché en cause : « un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. » ; Lehuédé Pascal, Droit de la concurrence(fiche pratique), éditions-breal, p .34.

لم تأخذ سلطات الضبط المنافسة الفرنسية بهذا التعريف، واعتبرت أنّ تحديد السوق المعنية يختلف من حالة إلى أخرى، حيث صرحت في إحدى قراراتها بأنّ: " تحديد السوق المعنية ينتج عن مجموعة من الدلائل والقرائن المشتركة وليست نتاجا عن دليل بسيط".¹

وفي قرار آخر لها في محاولة لتعريف السوق المعني بأنه: "يعرف السوق، بمفهوم قانون المنافسة، بأنه مكان النقاء العرض والطلب حول سلعة أو خدمة خاصة.

نظريا في السوق، تعتبر الوحدات المعروضة للمستهلكين متماثلة تماثلا مطلقا، ممّا يسمح لهم بتقييم هذه العروض عندما تكون كثيرة، الأمر الذي سيخلق نوعا من المنافسة في الأسعار بين كل عارض وآخر، وبمفهوم المخالفة، فإنّ هذا العارض في هذه السوق غير مجبر بصفة مباشرة بالاستراتيجيات الأسعار للعارضين في أسواق مختلفة عنه، لأن هؤلاء العرضيين يُسوقون سلعا وخدمات لا تستجيب لنفس الطلب، فهي لا تُشكل للمستهلكين سلعا مماثلة.

غالبا ما يتم ملاحظة مماثلة مطلقة للسلع أو الخدمات، لذلك يرى المجلس أن المماثلة المفترض تحققها في نفس السوق للسلع أو الخدمات، هي تلك التي يتم التفكير بأنّ الطالبين يعتبرونها كوسائل تعويضية، والتي على أساسها يتم تقييمها من أجل تحقيق نفس الطلب.²

إنّ ظاهر المقارنة المبدئية بين ما جاء في المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وما توصلت إليه السلطات المختصة بالمنافسة الفرنسية والأوروبية، يفرز نتيجتين مهمتين أولها هي أن المشرع الجزائري على غرار سلطات الرقابة الفرنسية والأوروبية اعتد بمصطلح المستهلك في تحديده للسوق المعنية، أما النتيجة الثانية فيتضح أن للسوق حدين هما: سوق النوعية، والسوق الجغرافية.

1- سوق السلع والخدمات المعنية (أو السوق النوعية):

¹Ibid, p.98-99.

² L'autorité française a donné une définition du marché pertinent : « le marché , au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. A l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les consommateurs considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. » ...études thématique figurant dans le rapport annuel du conseil de la concurrence pour l'année 2001, p.89. V Comert Mélanie et autres, op. cit, p.494.

يقصد بالسوق النوعية هي السوق التي تتعلق بنوع معين من السلع والخدمات، ويعبر عنها بأنها سوق السلع والخدمات، وتعرف أيضا بأنها كل السلع والخدمات التي يعتبرها المستهلك بأنها قابلة للاستبدال أو التعويض بالنظر إلى خصائصها أو سعرها أو بالنظر للاستعمال التي خصصت له.¹

هذا التعريف أكدته المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وأكدته *simplifié de notification d'une concentration conformément au formulaire règlement CE n°139/ 2004/CE relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*: "سوق السلع المعنية يقصد بها كل السلع و/أو الخدمات التي يعتبرها المستهلك قابلة للاستبدال أو التعويض بالنظر إلى خصائصها أو سعرها والاستعمال الذي خصصت له، كما تشكل سوق السلع أو الخدمات في بعض الحالات من سلع و/أو خدمات التي تحمل خصائص فيزيائية أو تقنية إلى حد كبير مماثلة وقابلة للاستبدال."¹

من خلال هذه التعريفات، يتضح أن تحديد سوق السلع المعنية يتطلب تحديد السلع و/أو الخدمات المماثلة التي تشكل السوق المعنية وإقصاء تلك التي لا تحظى باهتمام وطلب المستخدمين(المشترين)، وللقيام بهذه العملية هناك العديد من المعايير الجوهرية التي تعتمد عليها سلطات الرقابة والاقتصاديين.

وتختلف هذه المعايير من حالة إلى أخرى، ومن بين هذه المعايير: تماثل السلع و/أو الخدمات في طبيعتها وخصائصها واستخدامها، شروط المنافسة والسعر، مرونة الطلب ومرونة العرض، مدى توافر السلع و/أو الخدمات البديلة أمام المستهلك²، أيضا يتحدد بالنظر إلى اختلاف مصدر الطلب الذي يكون صناعيا أو مستهلك نهائى...إنَّ هذه المعايير تجعل للسلعة و/أو الخدمة الواحدة عدة أسواق³.

لا تثير هذه المعايير المستخدمة إشكالية بالمقارنة مع تحديد المفهوم السليم للسلعة و/أو الخدمة المماثلة التي تشكل سوقا للسلع المعنية، لهذا يعتبر قياس درجة المماثلة للسلعة و/أو الخدمة

¹Le marché de produits est défini comme : « Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Un marché de produits en cause peut, dans certains cas, se composer de plusieurs produits et/ ou services qui présentent des caractéristiques physiques ou techniques en grande partie identiques et sont interchangeables »...V. Arcelin Linda, Droit de la concurrence(les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, Presses Universitaires Rennes, 2009, p.49.

² مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 213-214.

³ Blaise Jean-Bernard, op cit, p.466.

من الأمور الصعبة، كونه يتطلب معه البحث عن العارضين السلع/أو الخدمة المعترين من قبل الطالبين مماثلين لبعضهم البعض¹.

ولقياس درجة التماثل ظهرت العديد من المناهج والطرق من بينها تلك الطريقة التي يستخدمها الاقتصاديون وهي نظرية اقتصادية محضة، وتتمثل في: مرونة الطلب (l'elasticité croisée de la demande)، والتي تعتمد على منطق مهم يتمثل في أن: " مرونة الطلب في السوق قد تشتد أو تضعف بالنظر إلى الكمية المطلوبة، وبالمقارنة مع انخفاض السعر، بحيث ينخفض كثيرا أو قليلا بارتفاع السعر²."

ويقصد بها مراعاة رد فعل المشتريين في حالة ارتفاع معتبر ووقتي (عابر - وقتي) للأسعار سلعة و/أو خدمة معينة، فإذا لجأ المشترون إلى سلعة أو خدمة أخرى، ففي هذه الحالة تعتبر هاتان السلعتان أو الخدمات متماثلتان، وبالتالي تنتميان إلى سوق واحد يطلق على الطريقة تسمية (TEST SSNIP) أي بما معناه:³ "Small but significant no transitory increase in price".

لم تلقى هذه الطريقة الترحيب المطلوب من قبل رجال القانون وأكدوا على وجود دلائل ومعايير أخرى يمكن أن تحدد بصفة دقيقة مصطلح " التماثل" بين السلع والخدمات⁴، ولقياس درجة التماثل يوجد منهجان، المنهج الأول: يتمثل في قياس جانب الطلب على السلع و/أو الخدمات في السوق، أي مع الأخذ بعين الاعتبار حكم وذوق المستهلك، وعلى أساس المستعملين من جهة أخرى⁵.

أما المنهج الثاني يكمن في النظر إلى جانب العرض في السوق، لاسيما عندما يستطيع الصانعين تحويل خطوط إنتاجهم في وقت قصير من أجل تزويد السوق بالسلع المعنية أو السلع المماثلة⁶.

أ- التماثل من جهة الطلب:

يتحدد السوق المعنية بالنظر إلى الطلب، وهذا ما أكدته التعاريف السابقة الذكر، فماذا نعني بالطلب؟ الطلب عند الاقتصاديين مقدار ما يُطلب من منتج معين عند سعر معين في وحدة زمنية معينة⁷، لهذا يرى مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته بأن الأسواق يمكن أن تكون موضوع

¹ Nicolas-Vullière Laurence, op. cit, p.100.

² Arcelin Linda, op. cit, p.50.

³ Condomines Aurélien, op. cit, p.121

⁴ Arcelin Linda, op. cit, p.50.

⁵ Blaise Jean-Bernard, op cit, p.466.

⁶ Arcelin Linda, op. cit, p.5.

⁷ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 29.

اختلاف بالنظر إلى طبيعة الطلب، وبالنظر إلى موقع كل واحد في السلسلة التجارية(منتج، موزعين، تاجر بالجملة، مستخدم نهائي)، ويمكن أن يختلف الطلب في نفس السلسلة التجارية.

وبالتالي، يجب تحديد مدى وجود عروض بديلة لسلمة أو خدمة معينة بمعنى توافر سلم أو خدمات متبادلة من شأنها الاستجابة لنفس الطلب¹.

لذلك نجد في بعض الحالات سلمتين مختلفتين عن بعضهما البعض في الخصائص و المميزات لكن تم اعتبارهما من قبل المستعملين أو المستهلكين سلمتان قابلتان للاستبدال، والعكس صحيح أي توجد سلمتين أو خدمتين رغم أنهما تمتلكان نفس الخصائص والصفات، والطبيعة إلا أنها لا تستجيب لنفس الطلب، فبالتالي سيصبح لدينا سوقين مختلفين، وهذا يؤدي بنا إلى القول أن المماثلة هي معيار يحتوي على جانب من الذاتية².

إن صعوبة تحديد معيار ثابت للمماثلة، جعل كل من مجلس المنافسة والقضاء الفرنسي وسلطات الرقابة الأوروبية يعتمد على معايير مختلفة ومتنوعة لتحقيق نوع من العدالة والتوازن في أحكامه، فأصبحت تستعين بالعديد من المعطيات مجتمعة لتحديد السوق السلم المعنية³، وتتمثل أهم المؤشرات أو المعايير في:

-يعتمد أولاً وقبل كل شيء تحديد فئة الطالبون المعنيون بالأمر، فيجب التفريق بين المستهلكين والمستعملين الخواص عن المستهلكين المهنيين، كما نفرق في نفس الفئة أو الطائفة بين المستهلكين المميزين أي تلك التي تبحث عن طلب خاص ومميز، مع التنويه أن هذا البحث يجب أن يعتمد على معايير موضوعية أكثر⁴.

-طبيعة السلم والخدمات⁵، خصائص التقنية والمادية، الشكل، محتوى المادة أو السلمة، السعر، تغطي نفس الاحتياجات¹، الرفاهية المرجوة من استعمال السلم، توضيب السلم، الدور الوظيفي

¹ Ibid, p.50.

² Condomines Aurélien, op. cit, p.123.

³ Zenouvou Lionel, op.cit, p.292.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.14-15.

⁵ في القضية الشهيرة لتحديد سوق الموز على المستوى الأوروبي، حيث انطلقت اللجنة الأوروبية في تحديدها لهذا السوق من الخصائص المميزة للموز، حيث جاء في قرار CJCE بتاريخ 14 فيفيري 1987 أن: "للموز مظهر وذوق، ومضمون لين، خالي من البذور، سهل الملمس، مستوى دائم للإنتاج، مما يسمح بإرضاء احتياجات ثابتة لفئة مهمة من الشعب تتشكل من أطفال وكبار في السن والمرضى."

(CJCE, 14fév.1978, United Brands c/ Commission, aff. C-27/76, Rec, 1978, p207)... cité par Lionel Zenouvou, op.cit, p.292.

للسلعة، البيئة القانونية والاقتصادية والتقنية²، تكاليف النقل، وقبل كل هذا يجب أن تتال السلع والخدمات إعجاب وتفضيل أكبر عدد ممكن من المطالبين بالسلع والخدمات (سواء أكانوا مستهلكين أو مستعملين)³.

بالإضافة إلى هذه المعايير السابقة، فإنّ مجلس المنافسة الفرنسي يستعمل معايير ad hoc والتي تتعلق بميزات وخصائص السلع و/أو الخدمات المعنية: إنّ وجود تنظيم خاص بسلعة معينة، يعتبر بصفة عامة دليل على عدم وجود له تماثل، ونفس الشيء في حالة وجود طريقة مميزة لتوزيع السلعة، والتي تجعل منها صورة منفردة من نوعها، كما لجأ إلى معايير أخرى كعادات المستهلكين، وذوقهم، والتقاليد المحلية للمستهلكين، انجذاب نحو علامة معينة⁴... إلخ.

إنّ هذه المعايير التي تحدد المماثلة يجب أن تأخذ مع نوع من الاحتياط والاحتباس، كما يتعين أيضاً أن يوضع في الحسبان أن الطلب قد يرتفع أو ينخفض دون تقلب في الأسعار نتيجة إلى تغير ظروف الطلب والمتمثلة في: تغير الدخل الفردي وعدد السكان، التغير في توزيع الثروة، تغير في الأسعار والخدمات البديلة، والتغير في ميول العملاء⁵.

ومن هنا نستخلص أن تحديد معيار المماثلة يتطلب العديد من الدلائل (faisceau d'indices) والمعايير (test de SSNIP، marché restreint⁶، l'impact des chocs⁷...) مجتمعة تساعد على وضع حدود لسوق السلع و/أو الخدمات المعنية.

ب- المماثلة من جهة العرض (مرونة العرض)

¹ لا يعتبر تحديد احتياجات الطالبون معياراً مطلقاً، بحيث تم اعتبار أنّ جهاز التسخين بالغاز والأجهزة الكهربائية التي تستجيب لنفس الاحتياجات غير متماثلة نظراً لاختلاف التام في تركيبتهما.

(Cons. Conc., Déc. n°04-D-13, 8avr2004, décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaire, plomberie, climatisation).

² في قضية تحديد سوق التلفاز العمومي العام، حيث تم اعتباره مختلف عن التلفاز الخاص العام وهذا نظراً لاعتبار القنوات العامة خاضعة لقيود قانونية في اختيار الموزعين عكس القنوات التابعة للخواص... قرار رقم 14- D-03

المؤرخ في 13 فيفيري 1999، Condomines Aurélien, op. cit, p.125

³ Arcelin Linda, op.cit, p.51-52.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.16.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.125-126.

⁶ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.494.

⁷ كما استعان القانون الأوروبي بتحليل آخر أطلق عليه اسم "أثر الصدمات L'impact des chocs" أي تلك العناصر التي تأثر في السوق، والتي يمكن أن تشكل مؤشرات لحساب درجة المماثلة، والتي تتمثل أساساً:

- دخول منافس جديد، طرح سلعة جديدة، التغيرات في أسعار الصرف، ارتفاع أو انخفاض المفاجئ لقدرات الإنتاج لأحد الأعوان...

Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations du 10-7-2013. V... Ibid, p.499.

يقصد بالعرض -في التحليل الاقتصادي- كمية المنتوجات التي يقدمها التجار عند سعر معين وفي وحدة زمنية معينة¹. ولقد أثبت تقارير وقرارات سلطة المنافسة الفرنسي أهمية المماثلة من جهة الطلب في مجال تحديد سوق السلع المعنية، إلا أن هذا الأمر لم يمنع هذه الأخيرة الاستعانة بمعيار آخر مكمل للمعيار السابق، من أجل توسيع مجال المعايير المستعملة في تحديد السوق المعنية، ويقتضي الأمر هنا الأخذ بمنهج المرونة والمماثلة من جهة العرض².

ويقصد بالمماثلة من جهة العرض قابلية العارضين (les offreurs) توفير سلعة و/أو خدمة الأصلية أو المنتج البديل عند ارتفاع سعر السلعة و/أو الخدمة المعنية الأصلية بدون تكاليف إضافية³، معنى ذلك إمكانية المنتجين إنتاج منتوجات مماثلة ليس من العادة إنتاجها والقيام بتسويقها في أجل قصير، وبنفس سعر المنتج الأصلي دون تحمل تكاليف إضافية أو مخاطر إضافية⁴.

أكد على هذا المبدأ محكمة الاستئناف لباريس في قرارها حيث جاء فيه: "من جهة العرض، تفترض المماثلة إمكانية إعادة الممونين توجيه خطوط إنتاجهم نحو سلع أو خدمات معينة دون تحمل تكاليف باهظة من أجل استبدال عارض سابق.

لذلك ينبغي التنبيه أنه إذا تطلب مماثلة العرض استثمارا ضخما أو إعادة مراجعة للاستراتيجيات، فلا يمكن الأخذ به لتحديد مفهوم السوق⁵."

ومنه، فإن غياب التكاليف الإضافية للتحويل إلى إنتاج منتج بديل (Sunk cost) يعتبر ضروريا في هذه الحالة، ويقاس به درجة مرونة العرض، وتحدد به السوق المعنية، لهذا لم تأخذ سلطات الرقابة الفرنسية بهذا المعيار من أجل توسيع مجال الأسواق بل اعتمدت أكثر على تحليل المعايير المتعلقة بالطلب⁶.

2- السوق الجغرافية (تحديد الجغرافي للسوق المعنية):

¹ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 31.

² Boutard Labard Marie-Chantal, op cit, p.17.

³ Condomines Aurélien, op. cit, p.126.

⁴ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.466.

⁵ La Cour d'appel de Paris a énoncé ce principe de la manière suivante : « du côté de l'offre, la substitution suppose que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits ou services en cause sans coût ou risque insupportable pour se substituer à l'offreur précédent, étant observé que si la substitution nécessite de lourds investissements ou des révisions stratégiques, il n'en est pas tenu compte dans la définition du marché. »...Cour d'appel de Paris, Arrêt du 19 mai 1998, BOCCRF n°12 du 18 juin 1998... Cité par Condomines Aurélien, op. cit, p.126.

⁶ Arcelin Linda, op. cit, p. 35.

إنَّ التحديد الجغرافي للسوق الجغرافية من الأمور الأساسية لقياس مدى قوة المؤسسات وتحديد أثر الممارسات التجارية فيه، ومعرفة القانون الواجب التطبيق (إما أن يكون سوقا محليا أو سوقا وطنيا أو إقليمية أو عالمية)، كما أن حظر الاتفاق مرتبط بالإطار الجغرافي لتطبيق قانون المنافسة¹.

ومنه، لا يمكن أن يتشكل سوقا بمعنى الاقتصادي إلا إذا وجدت منطقة أو مساحة جغرافية محددة تمارس فيها المؤسسات نشاطها وهو ما يطلق عليه بتسمية: السوق الجغرافية، وهذا ما أجمع عليه المشرعين محل المقارنة والقضاء.

حيث عرف المشرع الجزائري السوق الجغرافية في الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه: " هو المنطقة التي تعرض فيها المؤسسات المعنية السلع أو الخدمات...".

أما اللجنة الأوروبية في مناقشتها لسنة 1997 فقد عرفت السوق الجغرافية بأنها: "هي المنطقة التي تعرض فيها المؤسسات المعنية سلعا أو خدماتها المعنية أين تكون شروط المنافسة متجانسة بشكل كافي، والتي تختلف عن المناطق الجغرافية المجاورة، والسبب يرجع إلى اختلاف الواضح لشروط المنافسة²".

أخذت سلطة المنافسة الفرنسية نفس الموقف في أحد قراراتها واعتبرت بأنه: " المنطقة الجغرافية التي تلتزم فيها المؤسسات المعنية بتقديم السلع والخدمات المعنية، تسود في هذه المنطقة شروط المنافسة متجانسة بشكل كاف، والتي لا نجدها في المناطق الجغرافية المجاورة، حيث تكون فيها الشروط المنافسة مختلفة بشكل غير واضح³".

أما محكمة النقض الفرنسية فأشارت إليه في إحدى قراراتها بقولها: " لا يمكن لالتقاء العرض والطلب أن يشكل سوقا بالمعنى الاقتصادي ما لم يوجد رقعة جغرافية محددة، حيث تقترب فيه المؤسسة من الزبون بصفة مباشرة⁴".

مما سبق يمكن أن نستنتج، أن السوق الجغرافية ببساطة هي مكان التقاء العرض والطلب، وبمعنى أدق هي المنطقة التي تعرض فيها المؤسسات سلعا و/أو خدماتها المعنية، تحكمها عدة معايير لتحديد الحدود الفاصلة للرقعة الجغرافية من أهمها:

- خصائص السلع أو الخدمات التي تسود في هذا السوق (من بين أهم هذه المعايير المستعملة "تكاليف النقل" فكل كانت هذه الأخيرة مرتفعة كلما تقلصت حدود السوق).

¹ Ibid, p. 53.

² Zevounou Lionel, op.cit, p.293-294.

³ Condomines Aurélien, op.cit, p.129.

⁴ Arcelin Linda, op.cit, p.53.

-خصوصية الطلب(يمكن أن تؤدي خصوصية الطلب في حدود جغرافية إلى تحديد السوق الجغرافية فمثلا: في مجال النقل، يمكن اعتبار أن كل مسار للرحلة بين نقطة الانطلاق ونقطة الوصول من وجهة نظر الزبائن سوقا بحد ذاته...¹).

-خصوصية العرض(يعتبر هذا المؤشر ضروري في تحديد السوق الجغرافية، إذ تم الاستعانة به في العديد من القرارات، حيث تم اعتبار أن الأسواق المتعلقة بتوزيع المياه والصرف الصحي لها بُعد وطني، ذلك أن المؤسسات الثلاث المتعلقة بهذا القطاع تتدخل على مستوى كامل التراب الوطني.. إلخ.)².

-البيئة القانونية(إنَّ وجود تنظيم قانوني خاص (محلي أو وطني) يمكن أن يسمح بتمييز الأسواق الجغرافية، كمثلا: وضع نصوص قانونية للحد من الدخول متعاملين اقتصاديين جدد ناتج عن انتهاء دولة ما سياسة معينة (وجود سياسة خاصة تتعلق بالتصدير، قانون خاص بتنظيم مهنة أو حرفة معينة...)³).

-تحقق شروط واحدة ومتجانسة للمنافسة، ولكن السؤال الذي يطرح: كيف يمكن أن تكون ظروف أو شروط المنافسة متجانسة في نفس المنطقة أو الرقعة الجغرافية؟

لا توجد أي طريقة أو منهاج اقتصادي لتحديد مفهوم المنافسة المتجانسة، إنَّما يعتمد هذا العنصر على عدة معايير حددتها اللجنة الأوروبية أهمها: وجود عراقيل للدخول إلى السوق الوطنية أو المحلية، خصوصية القطاع التي تنتمي إليه السلعة أو الخدمة، وجود تنظيم قانوني خاص، طرق التوزيع المستعملة، تمتع السلعة بعلامة خاصة، عادات المستهلكين، وجود عقود عامة، شروط الحصول على التراخيص، تحليل أسعار الصرف الحَالَة⁴.

وفي الأخير يمكن القول أن المستهلك ومصالحته ضمن الاعتبارات الأساسية والجوهرية للمشرعين محل المقارنة في مسألة تحديد السوق التنافسية، كونه يشكل أحد أهم المعايير لرسم حدود الإطار التي تمارس فيه الممارسات المقيدة للمنافسة.

ثانيا: تقييد الاتفاق للمنافسة هو تقييد لحماية المستهلك.

الأصل أنَّ الاتفاقات لا تعتبر محظورة وذات تأثير على مصالح المستهلكين إلاَّ إذا كان هدفها أو أثرها مقيد للعبة التنافسية في السوق المعنية.

¹ Condomines Aurélien, op.cit, p.130.

² Ibid, p.130.

³ Arcelin Linda, op. cit, p.53.

⁴ Zevounou Lionel, op. cit, p.294.

وبالتالي، لا يمكن إعمال أحكام (المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة والمادة 1-420 من ق ت ف) إلا إذا تحققت كافة الشروط اللازمة لاكتمال الاتفاق المحظور، أي يجب أن يكون هناك اتفاق بين مؤسسات من ناحية، وتقييد للمنافسة من ناحية أخرى، كما يجب أن تكون هناك علاقة سببية بينهما، فإذا لم يشكل الاتفاق اعتداء صريحا على المنافسة فلا وجود للاتفاق المحظور ولا مجال للمتابعة من قبل الهيئات الرقابة المختصة.

وبالرجوع إلى المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف)، نجد أنّ المشرعين الجزائري والفرنسي جرما جميع الاتفاقات التي تهدف أو يمكن أن يترتب عليها عرقلة للمنافسة الحرة أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق المعنية أو جزء جوهري منها.

ولدلالة على هذا الموقف استعمل المشرعان محل المقارنة ثلاثة مصطلحات مهمة في صلب المادة "العرقلة، الحد، الإخلال" في حقيقة الأمر لا تعتبر مصطلحات مختلفة عن بعضها البعض، بل هي تنصب كلها في معنى واحد وهو " التقييد أو المساس - بالمفهوم الواسع - للعبة التنافسية في السوق.

لقد أثبت الواقع العملي لمجلس المنافسة الفرنسي مدى أهمية ما جاءت به المادة 1-420 من ق ت ف (وما يقابلها المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة)، كونها فتحت المجال واسعا للبحث عن المخالفات التي من شأنها إعاقة المسار الطبيعي والحسن للمنافسة، باعتمادها على معيارين لحظر الاتفاقات وهو: معيار الهدف ومعيار الأثر.

وترتيباً على ذلك، يجب أن يكون للاتفاق إما هدفاً أو أثراً مقيداً للمنافسة، وبالتالي ليس من الضروري أن نبين أن الاتفاق قد عرقل بشكل محسوس أو ملموس اللعبة التنافسية في السوق المعنية، وهذا هو الحل الصائب والسليم كونه يسمح بالتدخل الوقائي لمنع إعداد ممارسة مقيدة للمنافسة في المستقبل¹.

لقد أوضح مجلس المنافسة الفرنسي من خلال تقريره لسنة 2003 الطرائق التي يستعملها لتجسيد أحكام المادة 1-420 من ق ت ف على الواقع العملي، حيث اعتبر أنّ السير للبحث عن الاتفاقات المحظورة يتطلب مرحلتين، المرحلة الأولى وتتعلق بالدراسة والبحث عن الغرض أو الهدف (الفعلي أو الاحتمالي) من الممارسة موضوع النزاع، والمرحلة الثانية البحث ودراسة آثار الاتفاق (الفعلي أو الاحتمالي)².

¹ Cabanes Christophe et Neveu Benoît, Droit de la concurrence dans les contrats publics, édition LE Moniteur, Paris, 2008, p.31.

² Conseil de la concurrence français, Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, p.55-56.V. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.Pdf...>

مع العلم أنّ هاتين الطريقتين لا تخضع إلى أي ترتيب (أي إذا وجد أن هدف الاتفاق مقيد للمنافسة فلا حاجة إلى دراسة آثار الاتفاق والعكس صحيح)¹.

1- الغرض أو الهدف المقيد للاتفاق:

يقصد بغرض الاتفاق هو الهدف المرجو تحقيقه من وراء الاتفاق²، لذلك على السلطات المختصة بالرقابة التحقق من الهدف المرجو من وراء الاتفاق دون الالتفات إلى نية الأطراف فيما إذا كانت قد توجهت إلى إحداث خلل في اللعبة التنافسية أم لا³، وهذا ما أكده المشرع الجزائري والفرنسي⁴ بقولهما: "...عندما تهدف....".

إنّ هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي يحقق الكثير من المزايا باعتبار أن التدخل في هذه الحالة سيكون وقائيا بالدرجة الأولى، ذلك أنه لا يمكن للأطراف التمسك بعدم تحقق آثار مقيدة للمنافسة⁵، لهذا فإنّ غياب الأثر الضار للاتفاق يمكن أن يشكل عنصرا هاما أثناء تقدير العقوبة فقط لا غير⁶، كما لا يمكنهم أيضا إحضار الدليل بأن هذا الاتفاق المحظور يذر منافع على المستهلكين⁷.

إنّ فكرة الهدف الذي تستند إليها سلطات الرقابة والضبط للبحث عن الاتفاقات المحظورة هي فكرة موضوعية ومنطقية في أساسها، لهذا فإنّ استخلاص هذه الفكرة لا يمكن أن يتم محض الصدفة، بل يجب على سلطات الرقابة والضبط المختصة بالبحث عن قرائن قانونية واقتصادية، وتقدير مدى تأثير هدف الاتفاق المباشر وغير المباشر، الفعلي أو الاحتمالي على المنافسة، ودراسة الظروف المحيطة بالممارسة محل النزاع والنظر أيضا للمعطيات السوق المعنية، فهناك بعض الاتفاقات (كرفض

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.94-95.

² Conseil de la concurrence français, Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, p.57. V. [http : //www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ rapport2003-etudes. Pdf...](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.Pdf...)

³ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص26

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.94-95

⁵ Pour qu'une entente tombe sous le coup de l'interdiction légale, il : « n'est pas nécessaire qu'elle ait eu pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence, il suffit(...) simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à un tel résultat. » (Rapp. Comm. conc. 1986, JO doc.adm.1987, n°92, p10 ; Cons. Conc., déc n°06-D-25, 28juill. 2006, RLC2007/10, n°690, obs.V.S.; Cons. conc.,déc. N°07-D-04, 24janv.2007, Franchise Jeff de Bruges) ; Bout Roger et Bruschi Marc et Luby-Gaucher Monique et Poillot-Péruzzetto Sylvaine, Le lamy Droit économique (concurrence, distribution, consommation), édition Wolters Kluwer, Paris, France, 2016, p.379.

⁶ Conseil de la concurrence français, Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, op. cit, p.63. V. [http : //www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ rapport2003-etudes. Pdf...](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.Pdf...)

⁷ « ...Un arrêt de la Cour de justice admettant qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle est une « restriction de concurrence par objet », dans le secteur pharmaceutique, même si la preuve que l'accord comports des avantages pour les consommateurs... » Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.214.

التموين، إنشاء تجمع للمؤسسات، تحديد الأسعار... إلخ)¹ ليس بالضرورة أن يكون هدفه مقيد للمنافسة بل تم اعتبارها تقليدياً من الممارسات المحظورة².

وتطبيقاً لذلك، يأخذ مجلس المنافسة الفرنسي بالحسبان في سبيل البحث عن الهدف المقيد للمنافسة العديد من الدلائل كطبيعة المنتج، الكمية المحدودة للسلعة، اسم السلعة موضوع الاتفاق، وضعية وأهمية الأطراف الاتفاق في السوق المعنية... إلخ من الأمور التي تساعد على الكشف السليم عن الهدف المرجو من الاتفاق³.

بيد أن الواقع العملي وتجربة القضاء ومجلس المنافسة الفرنسي أثبتت بالفعل وجود قائمة أو طائفة من الاتفاقات المحظورة بالنظر إلى طبيعتها دون الحاجة إلى البحث عن الهدف المرجو تحقيقه، والتي تعرف تحت اسم: اتفاقات محظورة في حد ذاتها "ententes anticoncurrentielles per se"⁴.

في هذه الحالة بمجرد أن تثبت سلطات الضبط وجود الفعل الذي يتمثل في: الاتفاق كاف لوحده لإثبات أن هناك اتفاقاً محظوراً دون الحاجة إلى البحث عن الهدف المرجو منه ومن بين هذه الاتفاقات: المقاطعة (boycott)، اتفاقات لتقسيم السوق...⁵، أكد على هذا الموقف محكمة الاستئناف الاستئناف ومحكمة النقض الفرنسية⁶.

في حقيقة الأمر، اتخاذ مجلس المنافسة والقضاء الفرنسي هذا الموقف ليس أصيلاً بل هو تقليداً لما جاء به القانون الأمريكي⁷ طبقاً لقاعدة "عدم مشروعية الاتفاق في حد ذاته per se unlawful"⁸.

2- الأثر المقيد للمنافسة.

في إطار البحث عن الاتفاق المحظور، فإنَّ غياب الهدف المقيد للمنافسة لا يعني أنَّ الاتفاقات المبرمة بين المؤسسات سليمة، بل يجب على السلطات الضبط المختصة البحث عن الأثر الفعلي أو

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.512-513.

² Ibid, p.513.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.96.

⁴ Grynfoegel Catherine, Droit français des ententes, op.cit, p.20.

⁵ Ibid, p.97.

⁶ La Cour d'appel a relevé dans un arrêt du 3 décembre 1998 SCP Frerot que : « cette pratique, constitutive d'action concertée et anticoncurrentielle par son objet, est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, peu importe qu'elle eu qu'un impact limité, voire très limité, en terme de chiffre d'affaires sur le marché (...)... ». Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, boycott, p60. V. [http : //www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ rapport2003-etudes. Pdf...](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.Pdf)

⁷ Nicolas-Vullièrme Laurence, op cit, p.177.

⁸ أحمد محمد الصاوي، الإطار القانوني لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة (دراسة مقارنة في ضوء القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2012 في شأن تنظيم المنافسة والتشريعات الأمريكية المقابلة)، رؤى إستراتيجية، العدد 10، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2015، ص14.

الاحتمالي للاتفاقات موضوع النزاع خاصة إذا كنا أمام اتفاقات ضمنية أو تواطؤات غير واضحة صعبة الإثبات¹.

أشار المشرع الجزائري إلى هذه النقطة من خلال نص المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والتي جاءت صياغتها سليمة²، كالاتي: "...يمكن أن تهدف...."، وهو ما أغفله المشرع الفرنسي³، وتوصل إليه الاجتهاد القضائي الأوروبي⁴ والفرنسي، حيث اكتفى بمجرد احتمال الأثر لتجريم الاتفاق.

حسنا فعل المشرع الجزائري والقضاء الفرنسي والأوروبي كونهما حاصرا جميع الاتفاقات التي تهدف أو يمكن أن تهدف، سواء أكان لها أثر فعلي أو احتمالي لتقييد اللعبة التنافسية في السوق المعنية.

إنَّ البحث الذي تقوم به سلطات الضبط المختصة عن الأثر المقيد للمنافسة للاتفاق موضوع النزاع يتطلب القيام بالبحث عن درجة تأثير الاتفاق على المنافسة، وإثبات الآثار السلبية له على السعر، والإنتاج، والتطور، وعلى تنوع وجودة السلع والخدمات... بما يعد كافيا لتقرير عدم مشروعية الاتفاق⁵.
الاتفاق⁵.

وتطبيقا لذلك، تعتمد سلطات المنافسة الفرنسية والأوروبية على طريقة التحليل الاقتصادي، والتي تستند على سلطة أو قوة المؤسسة في السوق، أي تعتبر أنَّ الآثار سلبية أو غير حميدة للاتفاق محل النزاع، عندما يساهم هذا الأخير في خلق أو تقوية سلطات أطرافه-الاتفاق- في السوق المعنية⁶، والتي تسمح للمؤسسات بالبحث عن توازن للأسعار على مستوى مختلف عن تلك تنتجها المنافسة السليمة، أو اصطناع مواقف تسمح بالتأثير على حرية الاختيار المستهلك، أو أيضا تقييد الإنتاج (على مستوى الجودة أو الكمية)⁷.

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.99.

² جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص75-76.

³ Article L420-1 C.com : « ...lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence... »

⁴ La Cour de justice des Communautés Européennes a jugé, dans un arrêt John Deere Ltd du 27 octobre 1994(C-7/95 P), que « L'article 85, paragraphe 1, ne limite pas une telle appréciation aux seuls effets actuels mais celle-ci doit également tenir compte des effets potentiels de l'accord sur la concurrence dans le marché commun. » Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, deuxième étape : l'effet anticoncurrentiel, p.57. V. [http : //www.autoritédelaconcurrence.fr/doc/ rapport2003-etudes. Pdf...](http://www.autoritédelaconcurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.Pdf...)

⁵ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص29.

⁶Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, deuxième étape : l'effet anticoncurrentiel, p.57. V. [http : //www.autoritédelaconcurrence.fr/doc/ rapport2003-etudes. PDF ...](http://www.autoritédelaconcurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.PDF...)

⁷ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.215.

وأضافت محكمة الأوروبية معيار آخر أو بالأحرى اختبار والمتمثل أساسا في مقارنة بين وضعية المنافسة بوجود وغياب الاتفاق موضوع النزاع¹.

إنَّ متتبع للحياة العملية لسلطات الرقابة الأوروبية، يخلص أنها أضافت نقطة أخرى مهمة لم ينص عليها المشرع الجزائري المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المشرع الفرنسي L420-1 من ق ت ف)، وهي أن يكون أثر القيد للمنافسة (الفعلي أو الاحتمالي) مؤثر أو حساس (effet sensible)، أي أصبحت إمكانية التقييد الحساس للعبة التنافسية من المعايير المطبقة لتكييف الاتفاق المحظور²، فهل هذا الشرط ضروريا لتطبيق المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة L420-1 من ق ت ف) أم هو مؤشر يمكن الاستعانة به؟

أ-التقييد المحسوس للمنافسة:

كما قلنا سابقا، أنه لا يوجد تعريف قانوني لمفهوم "تقييد" المنافسة بل سرد كلا المشرعان محل المقارنة قائمة غير حصرية للممارسات التي تشكل تقييدا بالنظر إلى الهدف المرجو من قبل الأطراف أو الأثر المرتقب تحقيقه في السوق المعنية، تاركان المجال لسلطات المنافسة التمييز بين الاتفاقات الحسنة والاتفاقات المحظورة ومتابعة مرتكييها، وهذا ما سيفتح المجال واسعا للتدخل التلقائي في العلاقات التعاقدية بين الأطراف للقيام بهذه المهام.

هذا الأمر جعل سلطات الرقابة الأوروبية والفرنسية تتبنى بعض النظريات التي من شأنها الحد من التدخل التلقائي للاتفاقات بين المؤسسات هذا من جهة، ومن جهة أخرى التخفيف من شدة حظر الاتفاقات والممارسات المدبرة ومن بين أهمها "نظرية عتبة الحساسية"، وقاعدة البرهان (العقل)، ونظرية الآثار المترابطة، والتي نفترض أن تؤثر الممارسة على المنافسة بشكل حساس وملمس، وهذا ما سيدفع فعلا من مجال تطبيق المادة (L420-1 من ق ت ف)³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلا يمكن تحديد موقفه من هذه النظريات من خلال نص المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم فقط لأنه لم تنص على ذلك صراحة، ضف

¹ Le tribunal a indiqué que le test à appliquer est une comparaison de la situation concurrentielle en présence et de celle qui prévaudrait en l'absence de l'accord litigieux : « le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux... » ; Comert Mélanie et autres, op. cit, p.514.

² Grynogel Catherine, Droit communautaire de la concurrence, 3^e édition, L.G.D.J, Lextenso éditions,1997, p.61.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op cit, p .102.

إلى ذلك الفراغ العملي لمجلس المنافسة الجزائري، وهذا ما سيجعلنا نتجه للحديث عن هذه النقطة من خلال المشرع الفرنسي والأوروبي هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، إنّ الاستعانة بهذه النظريات في الكشف عن تقييد الاتفاق للمنافسة، يجعلنا نتساءل حول مدى أخذ سلطات الرقابة الفرنسية والأوروبية بعين الاعتبار مصلحة المستهلك؟ للإجابة على هذا السؤال، وجب تحليل هذه النظريات بصفة دقيقة، وفيما يلي توضيح ذلك.

أ- عتبة الحساسية:

تقضي نظرية "عتبة الحساسية" بالسماح للممارسات المحظورة أن تمس بجزء غير حساس-أي الحد الأدنى-من السوق المعنية، وفي هذه الحالة لا تعتبر هذه الممارسة المرتكبة محظورة ومعاقب عليها.

وبمعنى آخر أدق، لا يطبق الحظر على الممارسات والأعمال المدبرة إلا في حالة تقييدها للمنافسة في السوق المعنية بصفة حساسة، فليس كل تقييد للعبة التنافسية يمكن أخذه على محمل الجد، وهذا ما يكرس فعلا الحرية التعاقدية ومبدأ حرية التجارة، فيجب ألا يسمح للسلطات المنافسة بتطبيق قواعد المنافسة إلا إذا كان هناك إعاقة سير جدية وفعلية للمنافسة في السوق المعنية¹.

كرس القضاء الأوروبي هذا المنظور "عتبة الحساسية" لأول مرة منذ زمن بعيد في قراراته لسنة 1969 و1971²، حيث جاء في قراره أنه: "لا تنطبق أحكام المادة 81 من Art101 TFUE) عندما لا تمس السوق إلا بصفة غير معتبرة، مع الأخذ بعين الاعتبار ضعف وضعية التي يحوزها الأطراف المعنية في سوق السلع المعنية³".

تم تجسيد هذا الحل في العديد من التوجيهات الأوروبية، التي حاولت تحديد العتبة (النسبة المئوية) الفاصلة بين الاتفاق المحظور والاتفاق المحمود، وكان آخرها التوجيه الأوروبي ل22 ديسمبر 2001 والتي حدد من خلاله عتبات (النسب المئوية) لتحديد الحصص في السوق المعنية، كما اعتبر أن مساس الاتفاقات التي لا تتجاوز هذه النسب لا تؤثر بصورة حساسة للمنافسة بين دول الاتحاد⁴.

أما في فرنسا، أمام صمت المشرع الفرنسي حول تبني أو عدم تبني هذه النظرية، نادى العديد من الفقهاء بضرورة إتباع هذا النهج منذ زمن بعيد، واعتبر أن "اشتراط وجود تقييد حساس يؤدي لا محال

¹ Ibid, p.106.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.451.

³ Malaurie-Vignal Marie, Droit français des ententes, op. cit, p.216.

⁴ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.451.

إلى عدم تطبيق قواعد المنافسة، إلا إذا تبين أنّ الاتفاق والممارسات المدبرة محل النزاع تغير بصفة حساسة ميكانيزمات أو الهيكلة التنافسية للسوق المعنية...¹ .

تم قبول هذا الحل من قبل لجنة المنافسة الفرنسية، إلا أنّ مجلس المنافسة هجر هذا الفكر ونظر إليها نظرة " تمرد وعصيان"²، في حين لم تكثر محكمة النقض لموقف مجلس المنافسة وأعدت تبنيه في قراراتها من خلال تأييدها لقرار الغرفة التجارية لمحكمة الاستئناف لباريس التي رفضت تطبيق أحكام المادة (1-420من ق ت ف) على اتفاق لم يكن له إلا تأثير ضيق على السوق المعنية لم يصل إلى حد المساس بصفة مؤثرة(حساسة) باللعبة التنافسية في السوق المعنية³.

لم يكن أمام مجلس المنافسة آنذاك إلا الانصياع لتوجهات محكمة النقض من خلال قرارين لسنة 1995⁴، وتؤكد نهائيا موقفه من خلال القرار Zannier المؤرخ في 12 جانفي 1999⁵.

رغم التناغم الذي عرفه القانون الأوروبي والقانون الفرنسي آنذاك في مجال تبنيه ل" عتبة الحساسية"، إلا أن هذا الانسجام كان جزئيا ذلك أنه لم يكن هناك نسب مئوية تحدد شرط الحساسية على غرار القانون الأوروبي، مما جعل محكمة النقض الفرنسية تتدخل من خلال قرار مهم تؤكد فيه أنه:

"في غياب تام لكل تعريف قانوني أو تنظيمي لعتبة الحساسية، يجب على الهيئات القضائية التي تم إخطارها، أن تتأكد بعد دراسة كل حالة على حدة، مما إذا كان الأثر الاحتمالي أو الفعلي الذي ينجم عن الممارسات المرتكبة من شأنها أن تؤدي إلى المساس المحسوس بقواعد اللعبة التنافسية للسوق المعنية."

وبالتالي، أُعتبر أنّ تحديد شرط عتبة الحساسية مسألة موضوعية متروكة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁶، رغم مرونة هذا الاجتهاد القضائي إلا أن البعض اعتبره مساسا واضحا بالأمن القانوني للمؤسسات، الأمر الذي تطلب تدخل صارم للمشرع الفرنسي لتحديد موقفه في خضم هذه التطورات. وبالفعل تجسد ذلك بموجب الأمر 25 مارس 2004 المتعلق "بتبسيط القانون والشكليات"، متبنيا بصفة نهائية "عتبة الحساسية" (حاليا أصبحت المادتين 1-464-6 و 2-464-6من ق ت ف) متأثرا بشكل كبير بالقانون الأوروبي⁷.

¹ Arcelin Linda , op. cit, p.90.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.107.

³ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.451.

⁴ ...en déclarant que : « seule une atteinte sensible, avéré ou potentielle, au jeu de la concurrence, peut justifier la sanction d'une pratique prohibée par l'article 7(...) » CA paris, 7juill. 1995, BOCCRF 8 sept., p. 347... Bout Roger et autres, op cit, p.381.

⁵ BoutardLabard Marie-Chantal et autres, op cit, p.108.

⁶Ibid, p.108-109.

⁷ Bout Roger et autres, op. cit, p. 382.

وبالتالي أصبحت المادة (L464-6-1 من ق ت ف) تسمح لمجلس المنافسة بوقف الإجراءات والمتابعات عندما لا يتجاوز تأثير الاتفاق أو الممارسات المدبرة نسبة معينة من عتبة الحساسية، أي لم تتجاوز حصة السوق مجتمعة والتي تحوزها المؤسسات أو المنظمات التي كانت أطراف في الاتفاق أو الممارسة المعنية ما يلي:

-10% من السوق المعنية المتأثرة بالاتفاق أو الممارسة إذا تم إبرامه بين مؤسسات أو منظمات متنافسة موجودة أو احتمالية (اتفاقات أفقية).

-15% من السوق المعنية المتأثرة بالاتفاق أو الممارسة إذا تم إبرامه بين مؤسسات أو منظمات غير متنافسة سواء كانت متواجدة أو احتمالية في السوق المعنية (اتفاقات عمودية)¹.

والجدير بالذكر هنا، أن هذه المادة منحت لمجلس المنافسة خيارا بعدم التدخل وليس إلزاما، أي أن الإعفاء المنصوص عليه ليس تلقائيا، وهذا ما يمكن استنتاجه من مصطلحات المادة ذاتها "peut... décidé..."، وهو نفس الحل الذي تبنته المادة 101 TFUE ذلك أن التوجيه الأوروبي ل22 ديسمبر 2001 مرتبط باللجنة الأوروبية، وليس الجهات القضائية والسلطات الرقابية لدول الأعضاء².

كما قلنا سابقا، لم يتضمن القانون الجزائري أي إشارة لتحديد العتبة الفارقة بين مساس الاتفاقات بالمنافسة من عدمها (عتبة الحساسية)، لهذا سيلقى لاحقا على عاتق مجلس المنافسة الجزائري والجهات القضائية هذه المهمة دراسة كل حالة على حدة بالنظر إلى معطيات السوق الجزائري، واستنباط عتبة تتناسب مع واقع الحال³.

ومن خلال تحليل هذه النظرية، يمكن القول أننا لا نجد دلالة تثبت أن المشرع الفرنسي وسلطات الرقابة الفرنسية والأوروبية أخذ بعين الاعتبار مصلحة المستهلك، بل بالعكس نجد أنهما ضيقا من نطاق حظر الاتفاقات، إذ أصبح الأمر يتطلب التروي وقياس درجة المساس بالمنافسة في السوق لتكثيف الاتفاق على أنه ممارسة محظورة، الأمر الذي يثبت أن قانون المنافسة فعلا وُضع لحماية السوق - قبل كل شيء - من الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة وليس مصلحة المستهلك، وإن كان يأخذ بعين الاعتبار مصلحته في بعض المواطن.

أ- قاعدة البرهان (La règle de raison):

¹ Decocq André et Decocq George, op. cit, p.274.

² Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.217.

³ Zouaimia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit, p.84.

تجد قاعدة البرهان أصولها في القانون الأمريكي، فهي إبداع قضائي محض جاء للتخفيف من الحظر المنصوص عليه في الفرع 1 من قانون شارمان لسنة 1890 الذي يفرض حظرا مطلقا على الاتفاقات المقيدة للتجارة دون استثناء، ولكن سرعان ما اكتشفت المحاكم الأمريكية صعوبة تطبيق هذا الحظر، الأمر الذي دفع المحاكم الأمريكية- بعد مدة طويلة- إلى عدم تطبيق هذا الحظر على الاتفاقات المنطقية أي تلك الاتفاقات الضرورية لحماية المصالح الشرعية لأطراف الاتفاق¹.

تأرجحت مواقف اللجنة الأوروبية في أخذ أو عدم أخذ بقاعدة البرهان، في المقابل ارتأى بعض الفقهاء أن هذه القاعدة جاءت للتخفيف والهروب من "الشكلية الصارمة لأحكام المادة §3 85"، فلا يخضع الاتفاق إلى أحكام المادة §1 81، إلا إذا كان المساس بالمنافسة معقولا أو متناسبا، وذلك يفترض استخدام ما يسمى ب"الميزان التنافسي Bilan concurrentiel"².

ويتعلق الأمر هنا، بالبحث عما إذا كانت الفوائد التنافسية للاتفاق تفوق الآثار السلبية فيه، وترجمة لذلك لا يخضع الشرط أو العقد موضوع النزاع للتقدير بصفة فردية، وإنما يجب البحث عن المخالفة بصفة جماعية، أي بالنظر إلى ظروف التعاقد وكذا البيئة الاقتصادية التي تم في العقد أو الشرط وذلك كله باستخدام ميزان تنافسي (Bilan concurrentiel)³.

إنَّ اللجوء إلى هذه القاعدة يتطلب القيام بتحليل اقتصادي شامل لكل حالة على حدة، والنظر ما إذا كان التقييد(المساس) بالمنافسة "معقولا" أو "مناسبا" مع الهدف المرجو من الاتفاق، وبمفهوم أكثر دقة وجب إنشاء ميزان لتقدير الآثار التقييدية و الآثار النفعية للاتفاق محل النزاع، فإذا رجحت الكفة للآثار الإيجابية فإن هذا الشرط أو العقد مشروع وإلا العكس⁴.

طبقت سلطات الرقابة الأوروبية "قاعدة الرهان" في قرارها "Métro" لسنة 1977 بمناسبة عقد التوزيع الانتقائي، وفي قضية "Pronuptia" الخاصة بعقد الفرنشيز⁵.

أما بالنسبة للقانون الداخلي لفرنسا، فقد استقبل "قاعدة الرهان" بسلاسة أكبر بالمقارنة مع القانون الأوروبي، فقد لجأ إليها مجلس المنافسة في العديد من قراراته وهو ما يفسر صراحة قلة الإعفاءات الفردية المنصوص عليها بموجب المادة 4-420 L من ق ت ف⁶.

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.461.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.103 .

³ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.219.

⁴ Mainguy Daniel et Depincé Malo, Droit de la concurrence, LexisNexis SA, Paris, 2015, p.252,

⁵ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op cit, p.219.

⁶ Ibid, p.220.

وتجد هذه القاعدة نظام التوزيع مجال ممتازا لإعمالها خاصة في مجال نظام التوزيع الإنتقائي، التوزيع الحصري، اتفاقات الفرشيز، الشروط العامة للبيع¹... فمثلا في نظام التوزيع الانتقائي (لا تعتبر هذه العقود مشروعة إلا إذا ارتكزت على معايير انتقاء موضوعية، ونوعية متناسبة مع الهدف المنشود من هذا الاتفاق، وألا تشكل تقييدا غير ضروري للمنافسة.

أكد على هذا الحل مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته إذا جاء فيه، أنه إذا كانت: "معايير الانتقاء الكمية والنوعية المطبقة من قبل المانح غير دقيقة وتقديرية، والتي لا تسمح بمراقبة ما إذا كان الوكلاء تم اختيارهم وفق لنفس المعايير الموضوعية المفروضة على كل المترشحين"، فإن هذا العقد يُكَيَّف على أنه اتفاق محظور يقع تحت طائلة أحكام المادة (L420-1 من ق ت ف)².

ولتقدير ما إذا تم الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المستهلك ضمن قاعدة البرهان، كان لا بد أن نسوق أمثلة واقعية لتحديد موقف سلطات الرقابة الفرنسية والأوروبية في هذه النقطة بالذات.

ففي قضية Metro، وتتعلق أحداثها بتوزيع شركة Saba منتجاتها المتعلقة بجهاز السمع البصري في الاتحاد الأوروبي عن طريق موزعين مستقلين تم اختيارهم بناء على كفاءتهم في مجال التسويق، وتماشيا مع هذه الأحداث قامت شركة Saba بالتبليغ عن الاتفاقات التي أجرتها مع موزعيها من أجل الاستفادة من الإعفاء الفردي.

في نفس الوقت، قام بائع بالجملة Metro، والذي تم رفض اعتماده من قبل شركة Saba، برفع شكوى أمام اللجنة الأوروبية من أجل التبليغ عن مخالفة لأحكام المادة 81 (حاليا المادة 101) من TFUE، رغم هذا الإخطار استفادت شركة Saba من الإعفاء الفردي.

لم يتوقف بائع الجملة Metro عند هذا الحد بل قام بإخطار محكمة العدل الأوروبية بموجب طعن ضد قرار الإعفاء الفردي الذي استفادت منه شركة Saba، إلا أن محكمة العدل ساندت قرار اللجنة الأوروبية واعتبرت أن عقود التوزيع الانتقائي لا تشكل تقييدا للمنافسة، إذا تم اختيار الموزعون بناء على معايير موضوعية ومتناسبة مع الهدف المنشود³.

وللوصول إلى هذا الحل كان لابد على محكمة العدل الأوروبية أن تستند على احتياجات ومصلحة المستهلكين، حيث جاء في قرارها أن: "في قطاع إنتاج السلع الاستهلاكية طويلة المدى، وبجودة وتقنية عالية، والذي تفرض تقييد على المنتجين -الكبار والمتوسطون- لعرض مجموعة متنوعة من

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.105.

² Arcelin Linda, op. cit, p.106.

³ Payet Marie-Stéphane, Droit de la concurrence et droit de la consommation, thèse doctorat, Université Panthéon-Assaa, Paris II, 11 janvier 2000, p.269.

الآلات الغير القابلة للاستبدال أو المماثلة، على كل حال بالنظر إلى عيون المستهلكين. فإن هيكلة السوق لا تفترض وجود قنوات للتوزيع مختلفة تتماشى مع خصائص المختلفة للمنتجين وحاجيات كل فئة من المستهلكين¹.

كما أضافت محكمة العدل الأوروبية أن تحقيق منافسة فعالة يتطلب في بعض الحالات التنازل عن المنافسة في جزء معتبر من السوق من أجل تحقيق أهداف أسمى، دون أن يؤدي هذا الوضع إلى إخفائها (المنافسة) من الحياة العملية².

من خلال هذا القرار نجد أن اللجنة الأوروبية ومحكمة العدل استعانت بمصلحة المستهلك بصفة صريحة، إذ اعتدت بذوق وحاجيات المستهلك لتقدير مشروعية نظام التوزيع القائم، وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل واعتبرت أن قبول منافسة من نوع آخر وجب تبريره بالخصائص المميزة للسلع المعنية، وعليه يمكن القول أن رغبة المستهلكين شكلت معياراً محدداً وأساسياً في تحليل هذا القرار.

وفي قضية قطاع توزيع البترول المميع، حيث استناد اتفاق مجموعة من الشركات المتعلقة بـ gazières بوقف تبادل قارورات الغاز فيما بين معيدي البيع من الإعفاء بموجب المادة 10 فقرة 2 من الأمر 1 ديسمبر 1989، الذي استند على قاعدة البرهان.

حيث قررت محكمة الاستئناف لباريس فعلاً أن هذا الاتفاق لا يهدف إلى تقييد المنافسة في السوق بين العلامات ولكن هدفه تقييد معيدي البيع من زيادة زبائنهم" عن طريق وسائل مخالفة لقانون الملكية المتعلقة بشركات gazières المتعلق بالتعبئة، باعتبارها تضر بسلامة المنتج والإنتاجية بصفة عامة لنظام التوزيع القائم بينهم³.

إنّ قضاة الموضوع عند تصديهم لهذه القضية أثاروا حماية مصلحة المستهلكين في نقطتين مهمتين عند تقدير صحة الإعفاء بناء على قاعدة البرهان، تتعلق النقطة الأولى بسلامة المنتج لتقدير الهدف المترتب عن الاتفاق، أما النقطة الثانية فتتعلق بالأخذ بعين الاعتبار احتياجات المستهلك في مسألة تقدير الآثار المترتبة عن هذا الاتفاق⁴.

¹ La Cour décide que : « dans le secteur de la production de biens de consommation durables, de haute qualité et technicité, dans lequel un nombre relativement restreint de producteurs, grands et moyens, offre une gamme variée d'appareils aisément interchangeables, en tout cas aux yeux des consommateurs, la structure du marché ne s'oppose pas à l'existence de canaux de distribution différenciés adaptés aux caractéristiques propres des différents producteurs et aux besoins des différentes catégories de consommateurs ». Ibid, p.269.

² Ibid, p.269.

³ Conseil, 4juin1991, n°91-D-29 Situation de la concurrence dans le secteur de la distribution de pétrole liquéfié, BORCCF, 5 juillet 1991, p.78 ; www, autoritédelaconcurrence. Fr.

⁴ Payet Marie-Stéphane, op. cit, p.270.

وعليه يمكن القول، أنّ هذا القرار طبق قاعدة البرهان بمفهومها الواسع (أي استعان بميزان التنافسي) هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن لحماية المستهلك في هذا القرار أن يلعب دورا مستقلا في عملية تبرير الاتفاق المحظور، وبمعنى أدق هنا فإن موضوع حماية المستهلك هنا لا يعتبر محل اعتبار، رغم أن موقف المستهلك هو الذي سيحدد فعالية نمط المنافسة المتبع للسلع المعنية.

وفي الأخير يمكن القول، أن حماية المستهلك فعلا تشكل فارقا كبيرا في تحديد مصير الاتفاقات المحظورة خاصة في عملية تقييم أهدافها وأثارها على المنافسة من أجل الاستفادة من الإعفاء بناء على قاعدة البرهان، وإن كان الأخذ بهذا العنصر يتم بصفة خفية وغير مباشرة، أي لا يمكن أن اعتباره عنصرا قائما ومستقلا في حد ذاته في مجال إعفاء الاتفاق المحظور.

أما حاليا، فإنّ سلطات الأوروبية أصبحت تنظر إلى "قاعدة البرهان" بحذر كبير في مجال التواطؤ التي تتم بين متنافسين¹، حيث رفضت مؤخرا المحكمة العليا (Tribunal de première instance) تطبيق قاعدة البرهان (الميزان التنافسي) (Bilan concurrentiel) في قرارها المؤرخ في 18 سبتمبر 2001 في قضية (Métropole TV) حول إدراج شرط عدم المنافسة بمناسبة تكوين مؤسسة مشتركة، وصرحت بأنّ هذا الشرط مخالف لأحكام المادة (81 §1 حاليا 101§3 TFUE)².

في حين طبقت المحكمة مفهوما آخر وهو "التقييدات المتتابعة des restrictions accessoires"، والتي تسمح برفع الحظر على الاتفاقات³، إذا كانت التقييدات لمبدأ حرية التجارة مرتبطة مباشرة وبصفة موضوعية ضرورية لتحقيق عملية تجارية مشروعة⁴، مثلا في قضية Rémia قبلت المحكمة شرط عدم المنافسة لاستكمال عملية التنازل عن مؤسسة، واعتبرته غير مخالف لأحكام المادة (81 §1 حاليا 101§3 TFUE)⁵.

وتأسيسا على ما سبق، نحدد لنا الإطار التي تُرتكب فيه ممارسة الاتفاق المحظور، بقي الآن تحديد أمثلة التي تتجسد فيها هذه الممارسة، وكيف يمكن لها أن تؤثر على المستهلك.

المطلب الثاني: أهم نماذج الاتفاقات المخلفة بقواعد المنافسة ومصالح المستهلك.

أورد المشرعان الجزائري والفرنسي قائمة من الممارسات التي تتوفر فيها شروط قيام الاتفاق المحظور من خلال المادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون 12/08، والتي جاء فيها ما يلي: "تحظر...:

¹ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.220.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.461.

³ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.220.

⁴ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.462.

⁵ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.220.

- الحد من الدخول إلى السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يجرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها، أو حسب الأعراف التجارية." (وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف).
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة." (وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف)¹.

إنَّ المتأمل لهذين النصين القانونيين، يَخْلُصُ أنَّ هذه القوائم جاءت على سبيل المثال أي غير حصرية، ذلك أنَّ الخبرة العملية لسلطات المنافسة الأوروبية والفرنسية أثبتت وجود ممارسات قد تتوفر فيها صفات الاتفاق المحظور، والتي لا يمكن الإلمام بها جميعا في صلب هذه المواد هذا من جهة. ومن جهة أخرى، أحسن المشرع الجزائري في إدراج الاتفاقات التي تتعلق بالصفقات العمومية ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة بنص صريح، ممَّا يفيد حرصه على تطبيق قانون المنافسة على المؤسسات العمومية الاقتصادية وضرورة التزام بها في المستقبل.

وبالرجوع إلى التعداد القانوني الذي أورده المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف)، يمكن حصر نماذج الاتفاقات المحظورة في طائفتين رئيسيتين:

الطائفة الأولى: وهي الاتفاقات التي ترمي إلى تقليل عدد المتنافسين في السوق المعنية،

¹ حدد المشرع الفرنسي أيضا قائمة متنوعة من الممارسات التي تشكل اتفاقا محظورا من خلال المادة 1-420 من ق ت ف:

- « ...-limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- répartir les marché ou les sources d'approvisionnements.

الطائفة الثانية: فتضم الاتفاقات التي تقيد حرية المتنافسين في السوق المعنية.

هذا وقد أثبت الواقع العملي أنّ هذه النماذج -سواء أكانت وردت في المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم أو لا- إذا اكتملت فإن لها آثار سلبية وخيمة على السوق والمتعاملين الاقتصاديين والمستهلك، وما يهمننا في هذا المقام هو الطرف الأضعف (المستهلك) الذي سيجد نفسه أمام أسعار ملتهبة مرات ومتذبذبة مرات أخرى، ثم ينتقل الداء ليمس الجودة والتنوع، ليستقر الأمر في الأخير بتحكم هذه المؤسسات برغبات المستهلك واختياراته.

لهذا سنقوم بسررد أهم الممارسات التي تجسد مخالفة لقواعد المنافسة النزيهة والحررة.

الفرع الأول: الاتفاقات التي ترمي إلى التقليل من عدد المتنافسين.

يندرج ضمن هذه الطائفة جميع الاتفاقات التي تهدف إلى الحد أو التقليل من عدد المتنافسين في السوق المعنية بغية زيادة حصص أطراف الاتفاق، وتستعمل لتحقيق هذه الأهداف عدة طرق، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: الاتفاقات التي تهدف إلى وضع حواجز للدخول إلى السوق

يقصد بها اتفاق مجموعة المؤسسات الاقتصادية على وضع حواجز للدخول إلى السوق من خلال فرض قواعد خاصة تحدد مدى إمكانية الدخول إلى السوق¹، ولعل الهدف الرئيسي من وراء هذه الاتفاقات هو إبقاء البنية التنافسية للسوق ثابتة وغير قابلة للتغيير²، و الإبقاء على الأسعار مرتفعةً وبنفس الجودة، وتتجسد هذه المخالفة في عدة أشكال أهمها:

1- عرقلة ممارسة نشاط تجاري أو مهني:

الأصل أن ممارسة أي نشاط تجاري أو الانضمام إلى مهنة ما مرهون بتوافر شروط موضوعة مسبقاً هدفها الأساسي تنظيم المهنة وتحقيق الصالح العام، إلا أنّها قد تتحرف عن مسارها السليم بإجماع أصحاب الاتفاق المحظور على فرض شروط غير شرعية للانضمام إلى نشاط تجاري أو مهنة، والتي يكون الهدف منها عرقلة الدخول إلى السوق (كالإزام المتنافسين الجدد الراغبين في الدخول إلى السوق

¹ محمد تيورسي ، مرجع سابق، ص 201.

² مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة في الممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 80.

بالحصول على بطاقة المهنية، التسجيل في القائمة¹، الحصول على ترخيص من النقابة، إلزام مالك المؤسسة الرغبة في الانسحاب من السوق عرضه على الاتحاد أو النقابة قبل بيعه،...².

حيث أدا مجلس المنافسة الفرنسي هيئة مرخصة من قبل الوزير المكلف بالاقتصاد من أجل الترخيص للآلات ومعدات السلامة ضد الحريق والسرققة، والتي كانت تقصي بعض المتعاملين المستفيدين من هذه الصفة دون أعمال لمعايير موضوعية، أيّد هذا الحكم محكمة الاستئناف لباريس³.

وفي اجتهاد قضائي أكثر صرامة وصراحة لمحكمة الاستئناف باريس في قرارها المؤرخ في 27 ماي 2003 بأنه: "يمكن للشروط الانضمام للجمعيات المهنية المساس بالحرية التنافسية خاصة إذا كان هذا الانضمام هو شرط للدخول إلى السوق، أو أنها تشكل امتيازاً تنافسياً، وكان تحديد أو تطبيق هذه الشروط بشكل غير موضوعي وبدون شفافية أو بصفة تمييزية⁴".

وقد كشف الواقع العملي لمجلس المنافسة الفرنسي (سلطة المنافسة حالياً) عن شروط عديدة تحمل في طبيعتها مساساً بالحرية التنافسية في السوق وخروجاً عن المسار السوي، ومن بينها:

- شرط عدم المنافسة:

في جل الحالات لا يعتبر هذا الشرط غير مشروع إلا إذا خرج هذا الأخير عن "الهدف المنشود منها"، وقد شرّعت سلطات الرقابة الفرنسية هذا الشرط بتوافر ثلاث شروط:

- يجب أن يكون شرط عدم المنافسة محدود الزمان والمكان.

- يجب أن يكون اللجوء إلى هذا الشرط ضرورياً لتحقيق المصالح الشرعية للدائن بكل موضوعية.

- وأخيراً يجب أن يتناسب هذا الشرط بصفة دقيقة مع الوظيفة المسطرة له⁵.

وبالتالي كل خروج عن هذه الشروط، يصبح شرط عدم المنافسة عائقاً حقيقياً أمام المؤسسات الاقتصادية للدخول إلى السوق المعني⁶، وتتحقق هذه الفرضية مثلاً إذا كان التعهد بعدم المنافسة هو

¹ Condomines Aurélien, op.cit, p.53.

² Bout Roger et autres, op.cit, p.385.

³ Ibid, p. 385.

⁴ Cons, conc, déc, n°03-D-51, 6nov 2003, EDF-GDF Service Cannes, BOCCRF, 13 Fév2004, p.35.

⁵ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit, p.229.

⁶ حيث اعتبر مجلس (سلطة) المنافسة أن الشرط التي تضمنته "الاتفاقية النموذجية المبرمة بين مديري التابعين للمدارس التزلج على الثلج" والمفروض على المديري التابعين للنقابة، والمتمثل أساساً بشرط "عدم التجديد عقودها لمدة 3 سنوات"، يمس بحرية ممارسة المنافسة في هذا السوق، ودون أن تكون للنقابة القدرة على التدخل للدفاع على المصالح التجارية المشتركة... (Cons. Conc., déc.n° 91-D-07, 19févr 1991). (Bout Roger et autres, op cit, p.386).

الهدف الرئيسي للاتفاق"، أو إذا لم يكن هذا الشرط ضرورياً "لتنفيذ الاتفاقية الأساسية"، أو أن هذا التعهد بهذا الشرط له "طبيعة جماعية (الأكثرية)"، أو إذا كان شرط عدم المنافسة "لا يتناسب بالنظر إلى الهدف المنشود من العقد"¹.

2- المقاطعة (رفض التعامل):

الأصل في المعاملات التجارية هو حرية التعامل، والذي يستند على أهم مبدأ وهو حرية التعاقد، فالمؤسسة الاقتصادية حرة في التعامل أو عدم التعامل مع باقي المؤسسات الناشطة في السوق، وهو حق أصيل، إلا أن هذا الحق قد يستخدم بطريقة مشبوهة، ويلوث بنوايا غير سليمة خاصة عندما يصدر من مجموعة من المؤسسات ضد مؤسسة معينة، فنكون هنا أما يطلق عليها بالمقاطعة (رفض التعامل).

وقد عرفت لجنة الاتفاقات في فرنسا هذه الممارسة لأول مرة سنة 1970 بمناسبة قيام مجموعة المؤسسات بالاتفاق على قاطعة ناقل في السوق المعنية بهدف إقصاءه منها، حيث جاء فيه بأنها: "إذا كان من الجائز قبول رفض المقاول لخدمات ناقل لأسباب تقنية وتجارية، مالية، فإن هذا الفرض لا ينطبق على هذا الممول"²...

أما غرفة التجارة لمحكمة النقض الفرنسية فقد عرفت أنها: "تلك الممارسة المقصود من ورائها استبعاد متعامل من السوق"³. "أخذ مجلس المنافسة الفرنسي بهذا التعريف في العديد من المناسبات"⁴.

ترتبط على ما تقدم، يمكن تعريف ممارسة المقاطعة بأنها اتفاق مجموعة من المؤسسات الاقتصادية على مقاطعة أحد المؤسسات بهدف إقصاءه من السوق المعنية"⁵.

وتجسيدا لذلك، يمكن أن تكون ممارسة المقاطعة مباشرة، إذا تم التقرير على إستراتيجية الإقصاء وتم تنفيذها من قبل مشارك أو مشاركين في هذه المقاطعة، أو يمكن أن تكون غير مباشرة عندما يقوم

¹Ibid, p.387.

²...Elle a considéré que cette pratique contrevenait à la prohibition légale des ententes car : « s'il est loisible à un entrepreneur de refuser des services d'un transporteur lorsqu'il estime que, pour des raisons techniques, commerciales, financière, il peut ne pas s'adresser à ce fournisseur ». Comm. Tech. Ententes. 18déc 1970. Société des transports Limouzy, JO doc. Adm. 1972, n°17, p425, Recueil lamy n°83)cité par. Bout Roger et autres, op. cit, p.398.

³ La cour de cassation a jugé que : « le boycott constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché » Cass, com.22 oct2002. Lehuédé Pascal, op. cit, p.54.

⁴Roger Bout et autres, op. cit, p.398.

⁵ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص202.

متعامل أو عدة متعاملين بالضغط على المؤسسات الأخرى بعدم التعاقد مع المؤسسة المنافسة المعنية بالمقاطعة¹.

لا يمكن التسليم بوجود مقاطعة إلا إذا تم إثبات هذه الممارسة هذا من جهة، ومن جهة أخرى وجب إثبات أن هناك إرادة حقيقية للإقصاء من السوق المعنية من قبل المؤسسات المقاطعة، كما يجب أن يكون الهدف الوحيد والأساسي من وراء هذه الممارسة هو إقصاء متعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين محددين بالذات².

إلا أنه في بعض الحالات، اعتبرت أجهزة الرقابة (المنافسة) ممارسة المقاطعة من أكثر الممارسات خطورة، لهذا كانت محكمة النقض الفرنسية أول من نادى بضرورة منع هذه الممارسة نظرا لخطورتها دون الحاجة إلى الأخذ بعين الاعتبار للآثار التي قد تتجم عنها، وهذا ما ترجمته في قرارها المؤرخ في 3 ديسمبر 1998 حيث اعتبرت أن: "سياسة المقاطعة خطيرة لهذا وجب معاقبتها ولو كانت آثارها محدودة"³.

ولقد أفرز الواقع العملي في فرنسا على بعض الممارسات التي تجسد من خلالها مفهوم المقاطعة ومن أمثلة ذلك:

-تواطؤ مؤسستين ورفضهما تمويل مؤسسة خبيثة في ميدان الإعلام بالمعلومات الضرورية من أجل منعها من القيام بالمهام الموكلة لها⁴.

-التهديد بوقف الطلبات الموجهة للمنتجين والمستوردين من قبل النقابات المهنية للبائعين بالتجزئة، إذا واصلت تمويل فئة معينة من بائعي بالتجزئة⁵.

-ممارسة بائعي التجزئة ضغوطا على الممون من أجل وقف تمويل الموزعين الذين يمارسون هامشا ضعيفا⁶.

¹ Comert Mélanie et autres, op.cit, p.534.

² Ibid, p.534.

³ ...La Cour de Cassation a également rappelé, dans un arrêt du 10 mars 1998/Syndicat des pharmaciens de Haute-Savoie, qu'une politique de boycott : « compte tenu de sa gravité, devait être sanctionnée même si elle n'avait eu qu'un effet limité » .

Rapport annuel 2003, Etudes thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, première étape : l'objet anticoncurrentiel, boycott, p.60. V. [http : //www.autoritédelaconcurrence.fr/doc/ rapport2003-etudes. Pdf](http://www.autoritédelaconcurrence.fr/doc/rapport2003-etudes.Pdf).

⁴ Cons. conc. 8-7-1998 n°98-D-53, aff. « Secteur de mesure d'audience des médias et de la régie publicitaire » Comert Mélanie et autres, op.cit, p.534.

⁵ Cons. conc. 15-3-1988 n°88-D-11, aff. « Audioprothèse » ; Cons. Conc. 14-6-2002 n°02-D-36, aff. « opticiens de l'agglomération lyonnaise », confirmée ; pour l'analyse au fond, par CA Paris 18-3-2003 : BOCCRF du 25-5-2003 p.260. Ibid, p.534.

⁶ Cons. Conc. 21-6-1988 n° 88-D-28 , aff. « Matériels photographiques » Ibid, p.534.

-توجيه جمعيات مهنية إلى أعضاءها طلب عدم التعاقد مع ممون معين أو مقدم خدمات بالذات¹.

وفي الأخير يجب التنويه بنقطة مهمة ألا وهي ممارسة جمعيات حماية المستهلك سياسة المقاطعة، إلا أننا لا يمكن التسليم بوجود اتفاق محظور من قبل الجمعيات التي تدعو إلى مقاطعة سلعة أو خدمة معينة والسبب البسيط وهو عدم اعتبار الجمعيات من قبيل المؤسسات الاقتصادية، اللهم إلا إذا كانت تباع السلع أو تقدم الخدمات بصفة ثانوية، فهنا يمكن متابعتها على أساس ممارسة اتفاق محظور².

3-تقييد دخول السلع والخدمات:

الأصل هو حرية دخول وخروج السلع أو الخدمات، هذه الحرية تضبطها النصوص القانونية والعادات والأعراف التجارية، إلا أن هناك بعض الممارسات تهدف إلى تقييد دخول السلع أو الخدمات بغرض وضع حواجز لدخول متعاملين اقتصاديين جدد للسوق، وهو الهدف الذي ترسمه عادة شبكات التوزيع الانتقائي أو الحصري³، وتعتبر هذه الممارسات خطيرة كونها ستمس بجودة المنتجات، وستبقي الأسعار مرتفعة كما أنها ستحد من مجال اختيار المستهلك، ومن بين هذه الممارسات ما يلي:

4-تقييد التكنولوجيا والتقدم التقني وتقليص الاستثمار:

إن من أصعب الاتفاقات التي قد تبرم بين المؤسسات هي تلك التي يكون الهدف منها أو من أثارها وقف عجلة التطور والابتكار، كون هذه الأخيرة لن يكون لها أبعاد على ممارسة المنافسة الحرة في السوق، وإنما يتعداها ليمس بفكرة استمرارية الحياة وتقدم المجتمعات.

وقد تتجسد هذه الاتفاقات في العديد من التصرفات المنحرفة، كتلك التي تتم عن طريق إبرام اتفاق من أجل رفض استخدام تقنيات حديثة، وذلك إما بسبب رغبة المنتجون في تسويق مخزونهم، وإما لسبب أن التقنيات ستقلص بشكل ملموس في الاستهلاك)، كما يمكن أن تتجسد في شكل تواطؤ لإقصاء مؤسسات قامت بابتكار آلات أو أساليب إنتاج ذو جودة عالية وموفرة للجهد والمال⁴.

وتطبيقا لذلك، تم اعتبار أن الاتفاق الذي تم بين منتجين للمادة المتفجرة اصطناعا يقيد ويحد من تطوير مادة النترات الوقود(Nitrate-fuel)، والتي تعتبر مادة حساسة وممتازة بالمقارنة مع المواد

¹ Cons. Conc. 22-3-1989 n° 89-D-08, aff. « Levure fraîche de panification » Ibid, p.534.

² Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op cit, p.233.

³ Luhuédé Pascal, op. cit, p.53.

⁴ بكرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 47.

المتفجرة المتوفرة في السوق، وذلك كله بهدف الإبقاء على صناعة المتفجرات القديمة الطراز والمكلفة. في حقيقة الأمر يعتبر تباطؤهم هذا تقييدا ملموسا لأهم مؤشرات التقدم في هذا الميدان¹.

ونسوق تأييدا لذلك أيضا، تصرف نقابة المهنية الخاصة بمنتجي السلع الرامية لحماية الخشب، الذي فرض على المؤسسات المالكة للمنتوجات ذات جودة عالية الامتناع عن بيعها واستبدالها بمنتجات لا تحمل هذه الصفة، وذلك بهدف تعطيل وإبطاء طرح المنتوجات الجديدة ذات الجودة العالية².

كما يمكن أن يتجسد تقييد المنافسة عن طريق تقليص الاستثمار، الذي يعتبر من أهم مؤشرات تطور ورقي المجتمعات، لذلك فالمساس بهذا الميدان هو مخاطرة حقيقية بأهم مقومات الاقتصاد الوطني، ويتجسد هذا الانحراف من خلال لجوء المؤسسات الناشطة في السوق المعنية إما إلى عرقلة توسع المشروعات الاقتصادية في مجالها الجغرافي من خلال فتح فروع أو من خلال استحداث منشآت جديدة³.

كما يظهر تقليص الاستثمار في صورة تجميد بعض الاستثمارات من أجل التوصل إلى غلق بعض المؤسسات⁴، وكذلك يشمل أيضا كل أشكال تجميد عمليات الإنتاج أو التطوير أو التوزيع أو التسويق وجميع أوجه الاستثمار الأخرى أو الحد منها⁵.

ثانيا: الاتفاقات التي تهدف إلى إبعاد المتنافسين من السوق.

تبحث المؤسسات الاقتصادية منذ دخولها إلى السوق المعنية عن شغل حصة معتبرة فيه، وكيفية الحفاظ عليها على المدى البعيد، مما يجعلها في حالة تأهب دائم ضد أي دخول لمتعاملين جدد، الأمر الذي يترجم عادة عن طريق إبرام اتفاقات بين المؤسسات الشاغلة فيه للقيام بممارسات منافية للعبة التنافسية تهدف أساسا لإقصاء أو إبعاد متنافسين من السوق المعنية، وتندرج تحت هذه الطائفة مجموعة من الممارسات تترجم هذا الهدف ومن بينها:

1- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل:

قد يكون الدخول إلى السوق أمر متاح للجميع المؤسسات ومضمون دستوريا، إلا أن البقاء فيه والحفاظ على مكان دائم يكون عادة للأقوى، الذي يستطيع مواجهة جميع الظروف والمتغيرات ولا تتأثر مواقفه،

¹ Comn. Conc., 11 janv 1979, Explosifs industriels et des accessoires de tir .cité par Bout Roger et autres, op. cit, p.389

² Comn. Conc., 15 avr 1980, Produits destinés à préserver le bois .cité par Ibid, p. 389

³ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص46.

⁴ نفس المرجع، ص46.

⁵ أحمد محمد الصاوي، مرجع سابق، ص23.

الأمر الذي يجعل المؤسسات تتسارع لإبرام اتفاقات مع نظيراتها لتحديد حصصهم الدائمة في السوق، وإقصاء كل معارض لهذا التحالف، وعدم السماح بولوج مؤسسات جديدة، يطلق على هذه الممارسة باقتسام السوق.

ويندرج تحت طائلة ممارسة اقتسام الأسواق بين المؤسسات جميع التصرفات التي تترجم مفهوم الاقتسام كالاقتسام الجغرافي للسوق، اقتسام الزبائن، اقتسام الإنتاج (عن طريق تحديد كميات محددة مسبقا quotas)¹، كما يمكن أن تبسط هذه الممارسة ضلالها على الأسواق العمومية².

فبالنسبة لاقتسام الجغرافي للسوق أو بالمعنى الدقيق تحديد الرقعة الجغرافية التي تنشط فيها كل مؤسسة، تنتظر سلطات الرقابة عادة إلى هذه الممارسة نظرة اشمئزاز خاصة إذا كان هدفها أو من آثارها الحد من المنافسة في السوق³، وهذا ما كرسته في العديد من قراراتها.

حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي بأن الشرط الذي أدرجته الجمعية الخاصة بمدارس السياقة الفرنسية، والتي تجبر فيه بضمان - لكل مشارك عضوا فيها - رقعة جغرافية ينشط فيها، سيؤدي إلى القضاء على المنافسة بين أعضاء هذه الجمعية، كما أنه سيلغي قبول أي زيون محتمل في المستقبل⁴.

يمكن أن يهدف الاتفاق أيضا إلى اقتسام الزبائن بين البائعين أو بين المشتريين، أي تختص كل مؤسسة بنسبة مئوية من السوق أو رقم أعمال عام من قطاع معين بالنظر إلى حصتها التي تشغلها في السوق أثناء إبرامها لهذا الاتفاق⁵.

وفي قرار لمجلس المنافسة الفرنسي المؤرخ في 30 نوفمبر 2005 أدان ثلاث متعاملون اقتصاديون للهواتف النقالة لتبادلهم معلومات حول الأسعار المطبقة من قبلهم، حيث برر المجلس هذه الإدانة بأن تبادل المعلومات بينهم ناتج عن مراقبة تنفيذ الاتفاق الوارد بينهم والمتعلق باستقرار حصصهم في السوق⁶.

كما يمكن أن تتجسد هذه الممارسة عن طريق تقليص أو مراقبة الإنتاج أو البيع كمية محددة مسبقا تسمى هذه الاتفاقات ب اتفاقات الحصص "accord de quotas"، ويقصد بها التزام المؤسسات

¹ Bout Roger et autres, op.cit, p.390-391.

²Le conseil a ainsi rappelé conformément à sa jurisprudence, qu'en matière de marché public : « une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme notamment d'une répartition des marchés à venir, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieures au dépôt des offres... » Reis Patrice, Ententes de répartition des marchés (vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ?), ECONOMICA, le processus de concurrence, 2000, p. 313.

³ Brault Dominique, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, L.G.D.J, 2004, p.360.

⁴ Bout Roger et autres, op.cit, p.390.

⁵Ibid, p.390.

⁶ Pascal lehuédé, op.cit, p.53.

المعنية بهذا الاتفاق عن طريق إنتاج أو بيع كمية معينة ومحددة من السلع المعنية، فلا يحق لها أن تتجاوز هذه النسبة المخصصة لها تحت طائلة العقاب¹، ولهذا يكون هذا الشرط عادة مصحوبا بنظام الغرامات في حالة تجاوز الكمية المفروضة².

وقريبا من تثبيت كمية السلع المباعة يمكن أن يهدف الاتفاق إلى تثبيت كمية السلع المشتراة، حيث أدانت سلطة المنافسة الفرنسية أكثر من خمس جزارين لتواطؤهم حول تثبيت الكمية الواجب على كل واحد منهم شرائها من لحم (الخنزير) بهدف خفض سعر الخنزير لدى المزارعين³.

2-الإقصاء من التظاهرات الاقتصادية:

تعتبر المشاركة في التظاهرات التجارية من أهم الخطوات السليمة لتسويق واسع للسلع والخدمات المقررة لمؤسسات الاقتصادية، إلا أن الواقع العملي أثبت هذا الأمر امتياز محتكر من قبل المنظمات المهنية لفائدة أعضائها، الأمر الذي سيسهل عليها إقصاء المؤسسات الغير المشاركة في هذه المنظمات⁴.

3-التواطؤ في الحالة الصفقات العمومية:

إنَّ أهم تعديل جاء به المشرع الجزائري مؤخرا هو بسط تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقات العمومية، وذلك من خلال إدراج الفقرة من المادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون 12/08⁵ والتي تنص على: "...

-السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة."

في حين كان المشرع الفرنسي سابقا في هذا المجال من خلال تدخله بموجب القانون 03/91 المؤرخ في 3 جانفي 1991 والمتعلق بشفافية وتنظيم إجراءات الأسواق وإخضاع بعض العقود للإشهار وللتنافس" وتوالت التعديلات على هذا القانون والتي حددت كيفية تطبيق أحكامه¹.

¹ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.234.

² TUE 19mai 2010, aff. T-11/05, sanctionnant l'attribution de volumes de production et de parts de marché des tubes sanitaires en cuivre. lehuédé Pascal, op.cit, p.52.

³ Aut. Conc. Déc. n°13-D-03, 13févr.2013, RLC2013/35, n2263). Bout Roger et Autres, op cit, p.392.

⁴ بكرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص45.

⁵ ج ر، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص11.

تحتل الصفقات العمومية جانبا مهما من أعمال الدولة لمساهمتها في تسيير المرافق العمومية، وتحقيق الخدمات العمومية الأمر الذي جعل المشرعون يولون أهمية خاصة، ومن بينهم المشرع الجزائري الذي حرص على تطوير هذا النشاط وفقا للمستجدات الحاصلة في الحياة السياسية والاقتصادية التي مرت بها الجزائر.

ويعتبر أول قانون صدر في هذا الشأن سنة 1967 ثم صدر بعده الأمر 10/74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بمراجعة الأمر 67/90 المتضمن قانون الصفقات العمومية²، والتي صدرت بعده العديد من النصوص التنظيمية وصولا إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.

حيث عرف المشرع الجزائري من خلاله الصفقات العمومية بموجب المادة 2 منه على أنها: "يقصد بالصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة في مفهوم هذا التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في مجال الأشغال واللوامز والخدمات والدراسات."

كما أخضع تسيير هذه الصفقات العمومية إلى العديد من المبادئ ضمانا لنجاحتها، وحسن استعمال المال العام، وتحقيقا للمصلحة العامة ومن أهم هذه المبادئ: حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات (المادة 5 و9 من المرسوم 247/15 منه)⁴.

وعلى هذا الأساس، تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من أهم المبادئ التي حرص المشرعان محل المقارنة تكريسها من خلال فتح المجال لكل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا، تقديم عرضه أمام الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط والإجراءات المحددة مسبقا، وبمعنى

¹ Bout Roger et autres, op cit, p.392.

² ج ر، العدد 13، الصادر بتاريخ 12 فيفري 1974، ص 203.

³ ج ر، العدد 50، الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 3.

⁴ تنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم." كما تنص المادة 9 من نفس المرسوم على أنه: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب. ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية."

أدق الأمر ليس عائدا للسلطة التقديرية للمصلحة الإدارية، وإنما الأمر يتعلق بالبقاء للأصلح والأنسب قانونا، وهذا تماشيا مع أهم مبدأ وهو حرية الصناعة والتجارة¹.

وعليه، فإنَّ مبدأ المنافسة الحرة يجب تكريسه في جميع مراحل إجراء الصفقات العمومية أي منذ انطلاقها إلى غاية رسوها على المتعامل الأجدر، إلا أنَّ الوقع العملي أثبت أن رغم وجود ترسانة من النصوص القانونية لتنظيم هذا المجال، لم تخلو الأمر من بعض الممارسات للمتعاملين الاقتصاديين الذي تحول دون الوصول إلى الهدف المنشود، ممَّا يجعل هذا المجال (سوق الطلبات العمومية) يرسوا على بعض المرشحين دون غيرهم بسبب تواطؤهم، وهو ما يتنافى مع مبدأ المساواة لجميع المتنافسين للولوج إلى هذه السوق².

وعليه، تتخذ الاتفاقات أو التواطؤات المحظورة في مجال الصفقات العمومية أشكالا مختلفة ومتنوعة، ومن بينها ما يلي:

-الاتفاقات التي تهدف إلى تقديم كل مؤسسة مشاركة في الاتفاق إلى مؤسسة منافسة لها جميع الدلائل أو الضمانات حول قيمة العرض الذي سوف تشارك به قبل إبداء طلباتهم³، حيث اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي هذا النوع من أخطر أنواع الاتفاقات، وهذا ما كرسه في أحد قراراته المؤرخ في 14 جوان 1988 بقولها: "إن تبادل المسبق للمعلومات بين المؤسسات المزيدة قبل تقديم الفعلي لطلباتهم، يعتبر ذو طبيعة مقيدة بشدة للمنافسة بين المؤسسات المعنية"⁴.

-الاتفاقات التي يطلق عليها "عروض التغطية" (offre de couverture) وهي الاتفاقات التي تتم عن طريق اقتراح المؤسسة التي تريد الظفر بالصفقة على المؤسسات المنافسة تقديم عروض للتغطية عن التواطؤ الحاصل بينهم حول قيمة العرض بطريقة تمويهية تخفي قلة عروضهم بطريقة لا تثير اللبس⁵، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف باريس أن هذا الاتفاق محظور في حد ذاته دون الحاجة إلى الآثار المترتبة عنها⁶.

¹ مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2015، ص 137-138.

² محمد تيورسي، مرجع سابق، ص 378.

³ Le conseil de la concurrence français considère de façon constante que : « en matière de marchés publics, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment, d'une coordination des offres ou échange d'information entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'offre est connu ou peut l'être. » Cabanes Christophe et Neveu Benoît, op. cit, p.41.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p. 393.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.105.

⁶ ...Pour la cour d'appel de Paris, il s'agit d'une pratique interdite per se, car l'offre de couverture est, « en soi, anticoncurrentielle dans son objet » CA Paris, 23 févr. 1996, Société Sonevie, BOCCRF 12avr . Bout Roger et autres, op. cit, p. 393.

-الاتفاقات التي تحدد مسبقا الفائزين بالعطاءات على التناوب¹.

-الاتفاق على قواعد مشتركة لحساب الأسعار أو تحديد شروط العروض.

-الاتفاقات التي تهدف إلى تقسيم السوق أي الاتفاقات التي تتم على أساس جغرافي والتي عادة ما تتزامن مع تنظيم اجتماعات تطلق عليها اجتماعات الكمية (réunion quotas)² من أجل تجسيد اقتسام الأشغال بينهم وفق لنسبة مئوية محددة مسبقا³، كما يمكن أن يأخذ الاتفاق مسارا أخطر عن طريق تكوين المؤسسات المعنية جمعياً هدفها وضع نظام مسبق لتقسيم السوق العام بين أعضائه⁴.

إلا أن هذه الحالة الأخيرة لا تشكل في كل الحالات اتفاقات محظورة، ذلك أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي أجاز إمكانية التفاهم وتبادل المعلومات في حالة منح الصفقات العمومية، وذلك عن طريق تشكيل تجمع أو هيئة بين المرشحين لتقديم عروض مشتركة، ونسوق تأييداً لذلك ما جاء في نص المادة 37 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁵: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصاً أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات كما هو محدد في المادة 81 أدناه."

وكذا المادة 57 من نفس المرسوم التي جاء فيها مايلي: "كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى، حسب الشروط المذكورة في هذه المادة.

ويكون الأخذ في الحسبان لقدرات مؤسسات أخرى مشروطاً بوجود علاقة قانونية بينها، تتمثل في المناولة أو التعاقد المشترك أو في إطار قانون أساسي (فرع أو شركة أو في نفس مجمع الشركات)، وبالإلزامية مشاركتها في إجراء إبرام الصفقة العمومية⁶."

وبالتالي، فإنَّ اللجوء إلى تقديم عروض مشتركة هو حل مقبول قانوناً يجد تبريره في ظروف العام للسوق المعنية، أو نظراً لتقنيته الصفقة العمومية، أو التكاليف الباهظة التي يصعب على متعدد فردي

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 88.

² Decocq George, Une répartition de marché est une infraction par objet, Encyclopédies, contrats-concurrence-consommation, n° 3, Mars 2016, p.11.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p. 393.

⁴ « ...l'atteint au jeu de la concurrence résultant de la constitution d'un groupement non justifié par des raisons légitimes[...] réside dans le fait que cette constitution réduit artificiellement ou empêche les offres concurrentes, en particulier lorsque l'accord empêche les membres du groupement artificiel de présenter une offre individuelle ou dans le cadre d'un groupement légitime. » Condomines Aurélien, op. cit, p.107.

⁵ ج ر، العدد 50، الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 11.

⁶ المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر.

تحملها¹، فإذا سار المرشحون في هذا المسار كان لزاما عليهم إعلام المصلحة المتعاقدة أن تقديم لعروض مشتركة وأن الهدف الأساسي منها ليس اقتسام السوق أو شيئا من هذا القبيل، أو بمعنى أدق أن تصرفهم يخلو من المساس بأهم المبدأ ألا وهو المنافسة الحرة في السوق المعنية².

وكذلك هو الحال في حالة ارتباط المؤسسات فيما بينها بعلاقة قانونية أو مالية كشركة الأم وفروعها أو في نفس مجمع للشركات، لهذا ترى سلطة المنافسة والقضاء الفرنسي³ -في مسألة قيام المؤسسات بتقديم عروض مشتركة -دراسة تبريراتها كل حالة على حدة⁴.

وفي الأخير، فإن كل هذه الممارسات لا تشكل في حد ذاتها اتفاقا محظورا معاقب عليه من قبل المادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم وما يقابلها المادة 1-420 من ق ت ف)، بل يجب تدعيم هذه التواطؤات بدلائل وقرائن مادية فعلية، ذلك أن مثل هذه التصرفات (تبادل معلومات، عروض تغطية...) لا تشكل في الحقيقة إلا قرينة بسيطة على وجود تواطؤ⁵، لذلك يحبذ مجلس المنافسة الفرنسي تأسيس قراره على مجموعة من الأدلة (Faisceau d'indices)⁶، كمثلا: عن طريق التقييم

¹ Cette pratique n'est en soi interdite et « peut trouver une justification dans l'importance des marchés concernés, leur technicité ou la recherche de l'optimisation des goûts. » (Décision n°12-D-06 du 26 janvier 2012 ; cité par. Condomines Aurélien, op. cit, p.107.

² Brault Dominique, op. cit, p.362.

³ ولقد كان لمجلس المنافسة الفرنسي والقضاء حصة الأسد في إبراز التصرفات التي تشكل تقييدا للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، ولا بأس من سرد بعض الأمثلة عن هذه المخالفات:

-حيث أدان مجلس المنافسة تجمع للمؤسسات لارتكابها ممارسات تحد من الدخول إلى الأسواق الخاصة ب"إشارات المرور"، كان الهدف منه تقييد المنافسة (17-D-03-Cons. Conc. ; décision n°03-D-17)، وتأييدا لهذا الموقف أذانت محكمة الاستئناف باريس بموجب قرارها المؤرخ في 5 ديسمبر 2000، واعتبرت أن: إنشاء مؤسسات اقتصادية لتجمعا مؤقتا يمكن أن يكون الهدف منه تقييد المنافسة، إذا لم يكن له تبرير قانوني أو تقني.

CA Paris, 5décembre2000 , Entreprises industrielle c/décision du conseil de la concurrence n°2000-D-20, marchés d'électrification rural dans la Somme. V. Brault Dominique, op. cit, p.362.

-كما أدان مجلس المنافسة تجمع للمؤسسات لتضمنه شرط الحصرية، ذلك لاعتباره شرطا أساسيا للدخول إلى السوق العامة، حيث جاء فيه في قراره لسنة 2009 أنه:

: « Limiter l'accès à un groupement à ses seuls fondateurs ou à des entreprises accepté par eux, n'est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement est la condition de l'accès au marché . (...) Plus généralement, la clause d'exclusivité dans ce type d'accord répond à la logique même du partenariat... » Décision n°09-D-18 du 2 juin 2009. V. Condomines Aurélien, op. cit, p.108.

⁴Ibid, p.107.

⁵ Bout Roger et autres, op. cit, p. 397.

⁶Le Conseil a ainsi rappelé conformément à sa jurisprudence, qu'en matière de marchés publics : « une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme notamment d'une répartition des marchés à venir, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieurs au dépôt des offres... n'impliquent pas nécessairement qu'elles aient eu lieu au cours de réunions formelles. La preuve de leur existence peut résulter soit de preuves se suffisant à elles-mêmes soit d'un faisceau d'indices par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction. » ; Décision n°89-D-89 relative à des pratiques d'ententes relevées dans le secteur des travaux publics. Reis Patrice, op. cit, p.7.

« ... en droit de la concurrence, comme en droit pénal, la preuve est libre. A défaut de preuve directe d'une pratique anticoncurrentielle, la valeur probante d'un faisceau d'indices n'est pas exclue si, après

المالي المعد من قبل مؤسسة أو عن طريق ملاحظة تماثل غير مبرر وتشابه دقيقة بين عروض المؤسسات المتقدمة لنفس المناقصة¹... إلخ.

الفرع الثاني: الاتفاقات التي ترمي إلى المساس بحرية المتنافسين.

من أهم مقومات السوق النزيهة حرية التعامل بين المؤسسات الاقتصادية الناشطة في السوق المعنية، إلا أن البعض منها قد يلجأ إلى طرق ملتوية للحد من هذه الحرية من خلال إلغاء المنافسة فيما بينها أو عن طريق تضيق التعامل على بعض المؤسسات الناشطة في السوق من خلال الإتيان بممارسات تمييزية للحرمان من مزايا المنافسة. ولعل أهمها:

أولاً: الاتفاقات التي ترمي إلى إلغاء المنافسة بين المتنافسين.

يحظر المشرعان محل المقارنة جميع التصرفات التي من شأنها عرقلة المسار الطبيعي للمنافسة لاسيما عندما يتعلق الأمر بتحديد أسعار بيع السلع والخدمات، أو عن طريق تحديد شروط تجارية متجانسة بغية تقييد المنافسة وإغائها في السوق المعنية، والتي ستنعكس سلباً لا محال على القدرة الشرائية للمستهلك، لهذا سوف نتطرق إلى هذه التصرفات فيما يلي:

1-الاتفاقات المبرمة حول الأسعار:

يعد السعر أحد أقوى الأسلحة الفاعلة في السوق المعنية، والذي خصه المشرعان محل المقارنة بأهمية خاصة باعتباره شكلاً من أشكال حرية المنافسة²، وهذا ما أكدته المادة 4 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم وما يقابلها المادة 2-410 L من ق ت ف³، والتي تنص على أنه: " تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقاً لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة."

وعليه، فإن المؤسسات المتنافسة في السوق المعنية حرة في تحديد أسعارها وفقاً لقانون العرض والطلب، لا يحكمها في ذلك إلا النصوص القانونية ومبادئ العدل والإنصاف، إلا أن بعض

recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes même si, pris isolément, il n'auraient pas un caractère suffisamment probant. » Décision n°07-D-36 du 7 novembre 2007. Condomines Aurélien, op. cit, p.109.

¹ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 88.

² Vogel Louis, Droit de la concurrence, LawLex, Paris, 2012, p968.

³ Article L410-1 du code de commerce : « ..., les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au...sont librement déterminés par le de la concurrence... »

المؤسسات قد تلجأ إلى استخدام هذا السلاح بصفة غير شرعية للمحافظة على قوتها الاقتصادية ونصيبها الدائم والمستقر في السوق، عن طريق عقد اتفاقات قد تهدف أو من آثارها عرقلة المسار الطبيعي لتحديد الأسعار.

وتتخذ الاتفاقات المبرمة حول السعر عدة أشكال أفرزتها الحياة العملية، سيتم تناولها فيما يلي:

أ- الاتفاقات المبرمة من أجل تحديد الأسعار:

الأصل أن تمارس كل مؤسسة تنشط في السوق المعنية حقها في تحديد الأسعار بكل حرية، لا تأخذ في تجسيد هذه الحرية إلا المعطيات الاقتصادية الراهنة (كتكاليف الإنتاج، وضعيتها في السوق...)¹، وهذا ما كرسته المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وما يقابلها المادة L420-1 من ق ت ف التي جاء فيها أنه: "حظر الاتفاقات ... التي ترمي إلى:

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.

ومنه، يعتبر الاتفاق بهدف تحديد الأسعار من أكثر الممارسات التي شغلت المشرعون وسلطات الرقابة المختصة² محل المقارنة، ويقصد بهذه الممارسة كل عقد أو تفاهم مشترك بين مجموعة من المؤسسات الاقتصادية (الأفقية أو العمودية) يهدف إلى تعطيل قوى السوق، بحيث تتنازل تلك المؤسسات الاقتصادية عن حريتهم واستقلاليتهم وسلطتهم التقديرية في وضع الأسعار المناسبة بالنظر إلى عدة معطيات ذاتية³.

في حقيقة الأمر، يُعتبر تبني المؤسسات الناشطة في السوق المعنية مثل هذه الممارسات يؤدي لا محال إلى تعطيل السوق وإلغاء المنافسة فيه، مما ينعكس سلبا على التطور التكنولوجي والاقتصادي والقدرة الشرائية للمستهلك، لهذا نجد أن المشرع الجزائري قد تظن لهذه الممارسة منذ أول قانون صدر في مجال الأسعار لسنة 1989 من خلال القانون رقم 89 المتعلق بالأسعار، الذي ألغي بموجب المادة 97 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة(الملغى).

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.526.

² Le Conseil de la concurrence français juge les ententes sur les prix particulièrement pernicieuses : « le conseil est très attaché à ce que soit préservée sur les marchés où s'affrontent différents producteurs ou différents distributeurs, l'indépendance de chacun des opérateurs dans ses décisions de prix. Cette indépendance dans les décisions est en effet une condition nécessaire à l'émergence d'une compétition sur les prix qui , pour n'être que l'une des formes par laquelle la concurrence joue, n'en constitue pas moins un des éléments déterminants en ce qu'elle oblige chacun des opérateurs à faire l'utilisation la plus économique possible des ressources qu'il mobilise. », Boutard L abard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.122.

³ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 89.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حظر تحديد الأسعار منذ زمن بعيد، وجسده في كل القوانين المتعلقة بالمنافسة وصولاً إلى القانون 1 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار¹، بحيث تضمن نصاً صريحاً يقضي بحظر هذه الممارسة، حيث نصت المادة 827 على أنه: "كل اتفاق أو ارتباط...تحديد الأسعار وفقاً لآليات السوق يكون باطلاً".²

في الحقيقة إن فكرة توحيد الأسعار لا يمكن أن تشكل لوحدها مخالفة محظورة³، إلا إذا تم تدعيمها بتدابير تكميلية، والتي تقطع الشك باليقين، ومن بين هذه التصرفات (تثبيت التخفيضات، توحيد الشروط العامة للبيع خاصة مواعيد الدفع، منع التوريد لبعض المشتريين محددين بالذات...)⁴.

ولقد أفرز الواقع العملي، أن اتفاق تثبيت وتحديد الأسعار يتم على مستويين أفقي وعمودي، وفيما يلي شرح لذلك:

أ-1-تحديد الأسعار بصفة عمودية:

الأصل أن قانون المنافسة يعاقب الاتفاقات المحظورة سواء كانت أفقية أو عمودية، وعليه فإن الاتفاقات التي ترمي إلى تثبيت وتحديد الأسعار بين المنتجين والموزعين تعتبر اتفاقات محظورة تحت طائلة أحكام المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة L420-1 من ق ت ف). وفيما يلي شرح لذلك:

أ-1-1-تحديد أسعار إعادة البيع:

تتجسد هذه الاتفاقات عن طريق تحديد المنتجين سعر معين، والذي غالباً ما يكون من خلال وضع حد أدنى لسعر إعادة البيع، وتفرض على الموزعين التقيد بها، يطلق عليها بنظرية السعر الثابت (Théorie dite Price fixing)⁵.

¹ Brault Dominique, op. cit, p.358.

² محمد نيورسي، مرجع سابق، ص202.

³ وهو عكس ما أخذت به المحكمة العليا الأمريكية وهي بصدد النظر في قضية (United States v. Sealy, inc)، حيث اعتبرت أن الاتفاق على إلزام الشركات الراغبة في الحصول على ترخيص تصنيع وبيع ماركة Sealy بالتقيد بإقليم معين وسعر معين، يعد اتفاق مخالف للقانون من دون النظر إلى المسوغات التي دفعت إلى ذلك...أحمد محمد الصاوي، مرجع سابق، ص15.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.527.

⁵ Mainguy Daniel et autres, op. cit, p.298.

وعليه، وبمفهوم المخالفة، فإنَّ ممارسة توحيد (تثبيت) السعر تعتبر مشروعة، إذا كانت تهدف إلى وضع حد أقصى للسعر، في حين أن تحديد الأسعار بصفة دقيقة (تثبيتها) أو فرض حد أدنى تعتبر ممارسة محظورة¹، وهو موقف القانون الفرنسي الذي يختلف عن القانون الأوروبي².

ويرجع بعض الفقه الفرنسي وخاصة الفقيه Didier Ferrier هذا الاختلاف إلى التباين الواضح في أثر انطباق الحظر، إذ يبدو جليا أنَّ المشرع الفرنسي - وانطلاقاً من خلفية اجتماعية - قد وضع في اعتباره مصلحة المستهلك ثم مصلحة الشبكة، فعدم تحديد مستوى أدنى للأسعار يحافظ على المنافسة لصالح المستهلك، أما القانون الأوروبي وانطلاقاً من خلفية ليبرالية محضة - فقد أولى الأهمية لحماية المنافسة لصالح المشروع بغض النظر على المستهلك النهائي³.

إلا أنَّ هذا الحظر المطلق سرعان ما بدأ يلين مع مرور الوقت وخاصة مع تطور أنظمة التوزيع، حيث اعتبر أنَّ اقتراح السعر (السعر الإرشادي (prix conseillé) على الموزعين، لا يعتبر في حد ذاته ممارسة غير مشروعة⁴، حيث قضى أنه يمكن للمومنين نشر أسعار لإعادة البيع بصفة مشروعة بموجب كتالوجات طالما أنها لم تفترن بإجبار بائعي التجزئة وبائعي الجملة على احترامه أو تبين أن هناك رقابة فعلية (la police des prix) على تطبيقها، وبمفهوم المخالفة فإن مجرد التشاور في تحديد السعر لا يعتبر أيضاً ممارسة مقيدة للمنافسة⁵.

ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، إذ أنه استحدث على هذا المبدأ استثناء يتمشى مع التطور الحاصل في شبكات التوزيع، ذلك أنه اعتبر أن: "الاتفاق على تحديد سعر إعادة البيع بين تجار مستقلون مجتمعون تحت نفس العلامة، لا يشكل ممارسة محظورة بالمعنى المنصوص عليه في المادة 1-420 من ق ت ف خاصة إذا كان هؤلاء التجار لا يتمركزون على مستوى واحد في السوق".

ضف إلى ذلك، وطبقاً للقواعد المذكورة آنفاً، فإنَّه يجوز للفرنشيزات (franchisés) المجتمعة تحت نفس العلامة والمتمركز في نفس السلسلة الاقتصادية تحديد فيما بينها حداً أقصى لسعر إعادة البيع أو

¹ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.222.

² محمد تيورسي، مرجع سابق، ص202.

³ نفس المرجع، ص202.

⁴ Naceur Fatiha, Le prix dans le contrats de distribution, les contrats de distribution(droit français, droit algérien, droit communautaire), Presses Universitaires de Bordeaux , France, 2011, p.181-182.

⁵ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.222.

وضع أسعار إرشادية، بشرط ألا تكون طبيعة هذه التوجيهات غامضة أو تشكل في الواقع غطاء لممارسة السعر المفروض أو تحديد السعر الأدنى¹.

وبالفعل تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون 15 ماي 2001، وأدرج هذا الحل ضمن منظومته التشريعية وفقا للمادة L124-1-6 من ق ت ف².

أ-1-2- اقتراح سعر إعادة البيع:

أما بالنسبة لسياسة اقتراح سعر إعادة البيع، فإنّ مجلس المنافسة الفرنسي احتفظ بنفس الحل الأوروبي، والذي يعتبر أن هذه الممارسة غير منافية للمنافسة اللهم إلا إذا كانت تحمل مفهوم الجبر والإلزام³، إلا أنّ هذا الأخير طور مؤخرا اجتهادا قضائيا مفصلا حول الشروط الواجب توافرها لاعتبار السعر المقترح (السعر إرشادي) خارج مجال الحظر المنصوص عليه في المادة L420-1 من ق ت ف، والذي يعتمد في الأساس على مجموعة من القرائن أو الدلائل (faisceau d'indices)، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- وجود أسعار بيع بالتجزئة محددة بين الموزعين والمومنين أي أن الموزع يعلم مسبقا السعر الذي يرغب به المومون لتسويق منتجاته.

- ممارسة المومون رقابة على الأسعار لتفادي تهرب الموزعون من تنفيذ التزامهم.

- يجب أن يمارس الموزعون الأسعار المقترحة من قبل المومنين بصفة فعلية وواقعية، ويتحقق هذا الشرط إذا ارتأت سلطة المنافسة الفرنسية أن 80% من نقاط البيع قد التزمت به، وإلا فمجرد التزام 10% أو أقل يعتبر من قبيل الأسعار المقترحة (prix conseillés)⁴.

في حين نجد أن مجلس المنافسة الفرنسي لا يعتبر أن تحديد الحد الأقصى لسعر إعادة البيع من الممارسات المحظورة مادام الموزعين غير مجبرين على إتباعه⁵، إلا أنّه لم يعتبر هذا الحل القضائي

¹ Le Conseil de la concurrence français estime que, dans le cas notamment de réseaux de distribution (exclusive, sélective ou de franchise): « la fixation concertée de prix de revente pas des commerçants indépendants regroupés sous une même enseigne ne constitue pas une pratique prohibée par les dispositions de l'article 420-1 du code commerce lorsque ces commerçants ne se situent pas sur les même zones chalandise. De plus, il est loisible, au regard des dispositions susmentionnées, à une enseigne dont certains des franchisés sont situés sur les même zone chalandises, de déterminer des prix maximums de revente ou des prix conseillés, à condition que la nature de ces indications soit sans ambiguïté et que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix imposés ou de prix minimum. » cité par Boutard Labard et autres Marie-Chantal, op. cit, p.124-125.

² Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.222.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.125.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.504.

⁵ Boutard Labard Marie-Chantal, op. cit, p.126.

قاعدة عامة إذ أورد عليها استثناءات كرستها الأحكام الصادرة عنه، حيث اعتبرت أن الاتفاق المبرم بين الفيدرالية للبناء و وكالات التوظيف المؤقت، والذي يهدف إلى تثبيت الحد الأقصى للأجور، سيؤدي إلى توحيد العرض وإقصاء من السوق ووكالات العمل المؤقت الغير المنظمة لهذا الاتفاق¹.

ب-2- تحديد الأسعار بصفة أفقية:

يقوم اقتصاد السوق الحر على أساس تحديد الأسعار وفقا للقاعدة العرض والطلب، لا تعتمد المؤسسات في تجسيد ذلك إلا حريتها ومعايير خاصة بها(كالتكاليف الإنتاج أو وضعيتها في السوق...)، إلا أنه قد يصدف أن تتنازل المؤسسات الناشطة في نفس السلسلة الاقتصادية على حريتها واستقلالها من أجل إنشاء أو مشاركة في اتفاق لتوحيد الأسعار فيما بينها.

أو بمعنى آخر هي قيام المؤسسات الناشطة في السوق بالالتزام المباشر باحترام تسعيرة معينة مسبقا فيما بينهم أو سعر مرتفع موضوع بصفة مشتركة مع انفراد كل منها بزبائنها واحترام ذلك ، دون المساس بزبائن منافسيها عن طريق استعمال تعريفات غير المتفق عليها².

ولعل الواقع العملي لمجلس المنافسة الفرنسي³ شاهدا على تنوع الأشكال التي تتخذها في الحياة العملية، ومن أهمها:

ب-2-1- التوصيات التعريفية المتعلقة بالهيئات المهنية والنقابات:

الأصل أن المنظمات أو النقابات تعتنى بتنظيم المهنة التي ترعاها، وتدافع عن المصالح المشتركة لأعضائها، إلا أن هذه الأخيرة قد تخرج عن مسارها الحقيقي وتوجه إلى أعضائها توجيهات حول الأسعار، أو تنشر جدولاً للأثمان أو حتى تحديد معدل ساعات العمل... إلخ.

اعتبر مجلس المنافسة الفرنسية -منذ 1963- أن مثل هذه التصرفات تشكل ممارسة محظورة بحد ذاتها دون النظر إلى الآثار أو الأهداف الناتجة عنها في السوق المعنية، كما أوجب معاقبتها حتى ولو لم تتخذ شكل الإلزام أي أنها جاءت على سبيل الاقتراح لا غير⁴، مبررة ذلك: "أن منظمات

¹ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.222.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.526.

³ حيث أدان مجلس المنافسة الفرنسي أربعة 04 مؤسسات ناشطة في مجال المصاعد ب992 مليون أورو لمشاركتها في اتفاق يهدف إلى تثبيت الأسعار (Comm. CE 21février2007)، كما أدان 17 مؤسسة لإنتاج معدات المتعلقة بالحمامات لقيامها بتنسيق أسعار بيع مواد الصرف الصحي الخاصة بالحمامات فيما بينها في أوروبا لمدة 12 سنة، بغرامة مالية قدرها 622 مليون أورو (Comm. UE, 23juin2010) ... (Lehuédé Pascal, op. cit, p.50)

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.402.

المهنية لا يجب أن تقدم مثالا سيئا لأعضائها، ذلك أنه بمجرد نشر وثائق تتضمن توجيهات رقمية (أسعار مقترحة)، فإنها تعتبر جدول أثمان مستترة¹.

وبالفعل، تعتبر هذه الأخيرة من أكثر الممارسات مطاردة من قبل هيئات الرقابة في فرنسا كونها تهدف إلى تقييد المنافسة عن طريق التحديد المسبق للأسعار (أو عن طريق نشر عقود نموذجية تحدد طريقة حساب معدل ساعات العمل)، دون الأخذ بعين الاعتبار المعطيات الاقتصادية (كالتكاليف، التوزيع...)، ودون ترك المجال لقوى العرض والطلب القيام بمهمتها، كما أنها تسمح للمؤسسات المتوسطة (دون الوسط) العيش واحتلال مساحة في السوق على حساب المؤسسات المناضلة أو تلك التي تود الدخول إلى السوق المعنية (أي التحقت بالسوق مؤخرا)².

كما يمكن للمؤسسات التابعة لمنظمة أو نقابة ما وبدون أن تنشر جدول أثمان معين، القيام بتحديد أسعار مشتركة والتعهد باحترامها قصد الاحتفاظ بالزيائن الخاصة بهم عن طريق ما يسمى ممارسة أسعار أرضية (prix plancher)، بحيث تتعهد فيما بينها على عدم النزول عن هذا السعر، وتعتبر هذه الممارسة شبيهة بممارسة جدول الأثمان وهي أيضا من قبيل الممارسات المحظورة والمعاقب عليها³.

ب-2-2-الأسعار المصطنعة (cristallisation des prix):

تعتبر ممارسة أسعار مصطنعة من أهم الممارسات التي تشكل اتفاقا محظورا على المستوى الأفقي (خاصة بين المنتجين)، ويقصد بها اتفاق مجموعة من المؤسسات على تجميد (geler) الأسعار في مستوى معين بغرض تجنب انخفاضها، وقد كشف الواقع العملي عن تعدد الأشكال التي تتخذها هذه الممارسة لتحقيق هذه النتيجة⁴.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أخذ بهذا المبدأ ولكن بصفة غير مطلقة، إذ سمح بتحديد الأسعار وهوامش الربح عن طريق التنظيم وفي حالات معينة بصفة قانونية، وما عدا ذلك فيعتبر خرقا واضحا لقواعد اللعبة التنافسية في السوق، وهذا ما كرسته المادة 5 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم⁵: "...يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم...".

¹ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.228.

² Mainguy Daniel et autres, op. cit, p.299.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.403.

⁴ Mainguy Daniel et autres, op. cit, p.299.

⁵ ج ر، العدد46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010، ص11.

وعليه، تبقى الاتفاقات التي تهدف إلى اصطناع الأسعار محظورة، وتقع تحت طائلة الحظر المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420 L من ق ت ف)، وقد كشف الواقع العملي في فرنسا عن تعدد الأشكال التي تتخذها لتحقيق هذه النتيجة، إذ يمكن للمؤسسات الاتفاق مثلاً:

- تحديد هامش ربح مفرط¹، ففي قضية التواطؤ بين منتجين للمسامير الخشبية فيما بينهم من أجل احتكار استيراد المسامير الخشبية القادمة من الصين، والتي تمتاز بسعر منخفض بشكل كبير عن السعر الفرنسي، على أساس أن الهامش الربح المقتطع من المسامير المستوردة ستستفيد منه المنتجين الفرنسيين الغير القادرين على المنافسة، تم اعتبار هذا الاتفاق محظور².

- تجميد هامش الربح عن طريق مثلاً فرض تعاضديه على أعضائها نظاماً يمنعها التزود بسلع للعلامة تجارية محددة إلا بتطبيق شروط مسبقاً من قبلها، ودون إمكانية البحث أو محاولة تحقيق فوائد خاصة بها³، وكذلك تم اعتبار التعهد الملقى على عاتق الصيدلي تحت تأثير وضغط مجلس النقابة "بعدم تطبيق تخفيضات هامة بصفة مستمرة" محظوراً⁴.

- كذلك هناك ممارسات صنفها مجلس المنافسة من قبيل الممارسات التي تهدف إلى تثبيت الأسعار بصفة مصطنعة أهمها:

- تثبيت أو ممارسة ضغوط من أجل احترام الحد الأدنى للسعر السلع أو الخدمات.
- تثبيت السعر بدون الأخذ بعين الاعتبار تكاليف الإنتاج الناتجة عن التقدم الحاصل في طرق الإنتاج.
- تثبيت "سعر مستهدف" prix cibles.
- تحديد بصفة مشتركة لمعدلات الزيادة في أسعار البيع⁵.

وتجدر الإشارة، أنّ المشرع الجزائري حظر مثل هذه التصرفات بنص صريح مؤكداً على ضرورة احترام مبدأ حرية الأسعار، والابتعاد عن كل ممارسة تعيق هذا المبدأ من خلال ما جاء في المادة 6

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.530.

² Avis Commission, 4-6-1975, aff, « Distribution des montures de lunettes » V. Ibid, p.530-531.

³ Cass. Com. 16-5-1995, RJDA 12 /95 n°1387, V. Ibid, p.531.

⁴ Cons, conc. 27121998 n°95-D-35,aff. « Distribution pharmaceutique dans la vallée de l'Arve »,V. Ibid, p.531.

⁵Ibid, p.531.

من القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹، والتي تنص على أنه: "تمنع كل المناورات والممارسات التي ترمي، لاسيما إلى:

- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات المحددة أو المسقفة.

- إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار.

- عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع على أسعار البيع والإبقاء على الارتفاع أسعار السلع والخدمات المعينة.

- عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

- تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق...".

ب-2-3- ممارسة أسعار منخفضة بصفة اصطناعية:

يقصد بالسعر المنخفض بصفة اصطناعية (السعر العدواني) بأنه سعر الوحدة للسلعة أدنى من وحدة التكلفة المتغيرة له².

أما الاتفاق الذي يهدف إلى ممارسة أسعار عدوانية، فيقصد به قيام مجموعة من المؤسسات تتمتع بقوة اقتصادية بالتواطؤ مع بعضها من أجل بيع سلعتها بأسعار منخفضة عن تكاليف الإنتاج مُتحملة بذلك خسائر إضافية، وذلك بهدف منع دخول منافسين محتملين أو إخراج منافسين من السوق المعنية³.

أُدرج هذا المصطلح لأول مرة في فرنسا بموجب طلب اتخاذ تدابير تحفظية المؤرخ في 14 سبتمبر 1994⁴، أمّا المشرع الجزائري فقد خصّ هذه الممارسة (أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين) بنص صريح واعتبرها ممارسة مفيدة للمنافسة في حد ذاتها مستقلة عن قاعدة الاتفاقات المحظورة (وفقا للمادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة⁵).

أما ممارسة أسعار منخفضة عن سعر التكلفة أو أعلى منه بقليل فلا يعد من قبيل ممارسة أسعار عدوانية، وإنما يعد من قبيل المنافسة المشروعة خاصة إذا كان القصد منها التنافس والتفوق على

¹ القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 يعدل ويتم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010، ص 12.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.532.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.403.

⁴ Ibid, p.402.

⁵ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 98.

نظائرها لتحقيق صالح المستهلكين¹، إلا أن القضاء الفرنسي اعتبر هذه المعطيات كافية لتشكيل مؤشر على وجود اتفاق محظور بين هذه المؤسسات².

أثبت الواقع العملي أن ممارسة أسعار عدوانية قد تنشط وتظهر جليا في حالة استغلال وضعية هيمنة أكثر منه الاتفاقات المحظورة³.

2-الاتفاقات المتعلقة بشروط البيع:

يمكن تقسيم الاتفاقات المتعلقة بشروط البيع إلى الاتفاقات التالية:

أ-الاتفاقات الرامية لتوحيد الشروط التجارية:

اعتبرت ممارسة توحيد شروط البيع(الشروط التجارية) بين المؤسسات من قبيل المؤشرات التكميلية على وجود اتفاق محظور حول الأسعار⁴، إلا أن هذا لم يمنع من اعتبار هذه الممارسة من قبيل الاتفاقات المحظورة في حد ذاتها، لهذا تعتبر اتفاقا محظورا كل تواطؤ للمؤسسات فيما بينها يهدف أو من آثاره توحيد شروط البيع كتنقيح نفس الضمانات التقنية أو نفس شروط التوزيع، تحديد نفس مواعيد الدفع أو شروط حصول على القرض، أو توحيد شروط الضمان والخدمة ما بعد البيع...⁵.

حيث قضى مجلس المنافسة الفرنسي أن المؤسسات الناشطة في مجال إنتاج الآلات المتعلقة بضبط سخانات والمكيفات الهوائية مذنبة لقيامها بتنسيق فيما بينها من أجل إلغاء بعض الخدمات المجانية، وتبنيها لنفس شروط الدفع، وتأسيس فيما بينها عتبة دنيا لتقديم الفاتورة⁶.

ولبناء هذا الانسجام تلجأ المؤسسات عادة لتبادل المعلومات فيما بينها حول النشاطات التجارية التي تمارسها.

ب-الاتفاقات المتعلقة بتبادل المعلومات حول الأنشطة التجارية:

يعتمد السير الحسن للمنافسة في السوق المعنية على استقلالية المؤسسات في تحديد سياستها التجارية وجهلها لسياسات المؤسسات المنافسة لها، إلا أن هذه الاستقلالية لا تمنع المؤسسات في بعض الحالات في تبادل المعلومات فيما بينها بشرط عدم المساس بتلك المعلومات الإستراتيجية أو التي تتعلق بهيكل السوق الناشطة فيه.

¹ نفس المرجع، ص 97.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.532.

³ Ibid, p.532.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.407.

⁵ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.521.

⁶ Bout Roger et autres, op. cit, p.407.

ومن أجل رفع اللبس عن هذه النقطة، تدخل القضاء الأوروبي في عدة من مواقف للتمييز بين المحظور والمسموح في حالة تبادل المعلومات، حيث جاء في قرار لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية أنه: "إن وجود الاستقلالية لا يلغي حق المتعاملين الاقتصاديين في التأقلم بصفة ذكية مع التصرفات المرئية أو المتوقعة لمنافسيهم، بيد أن الحل يتعارض تماما وبشدة مع كل اتصال مباشر وغير مباشر بين المتعاملين الاقتصاديين الذي يكون الهدف منه أو من آثاره الوصول إلى شروط تنافسية غير تلك التي تتعلق بالشروط العادية للسوق المعنية، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة السلعة أو الخدمة المقدمة، أهمية وعدد المؤسسات وحجم السوق المعنية".¹

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن تبادل المعلومات بين المتنافسين في السوق المعنية، إذا كان يمس بشفافية السوق، ويسمح بتبادل المعرفة عن أداء المنافسين - حتى ولو لم يتعلق بالأسعار - فإنها تعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة.²

ونسوق تأييدا لذلك، ما جاء في أحد قراراته أنه: "يمكن لبعض المعلومات أن تساهم في تقليص الشكوك المتعاملين الاقتصاديين حول تصرفات منافسيهم، مما سيؤدي حتما إلى الحد من شدة الضغوط الواقع عليهم من أجل الاستجابة المثلى للطلبات المشترين". فالحظر هنا يقوم على أساس فقدان الاستقلالية التجارية وليس حجم المعلومات المتبادلة.³

أيّد هذا الحل محكمة استئناف باريس، إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا المنطق "وطالبت بالبحث أكثر عن ما إذا كان تبادل المعلومات هدفه أو من آثاره الفعلي أو الاحتمالي المساس بصفة حساسة بالسير العادي للمنافسة في السوق المعنية، وإلا فمجرد تبادل المعلومات حول الأنشطة لا تعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة".⁴

وقد استقر القضاء الفرنسي والأوروبي على شرعية هذه الممارسات بضرورة تحقق جملة من الشروط والمعايير مجتمعة، وهي كالآتي:

¹La Cour de justice a énoncé les principes pouvant justifier ou non- des échanges d'informations entres concurrents: "l'exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents. Elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché. » V. Comert Mélanie et autres, op. cit, p.519.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.407.

³ Selon le Conseil : « de tels échanges peuvent, en effet, être de nature à diminuer l'incertitude de chacun des opérateurs sur ce que vont faire ses concurrents et, par voie de conséquence, à réduire l'intensité de la pression à laquelle ils devraient être soumis pour répondre au mieux à la demande des acheteurs. », V Boutard Labard. Marie-Chantal et autres, op. cit, p.127.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.407.

- يجب أن تكون المعلومات المتبادلة ذات طبيعة تاريخية، أي يجب أن تكون المعطيات قديمة نسبيا ومؤرخة حتى لا تُسهل على المؤسسات المطلعة عليها اتخاذ بناءا عليها قرارها على المدى القصير .

- يجب أن تقدم المعلومات المتبادلة بشكل عام وإجمالي، أي لا تحمل في طياتها نوعا من التفصيل أو التخصيص، بما لا يسمح بتحديد موقف أو تصرفات المؤسسات المعنية في السوق.

- لا يجب أن ترفق المعلومات المتبادلة بمناقشات أو تعليقات.

- وأخيرا وجب السماح أيضا لكل للمؤسسات المعنية وبدون تمييز الاطلاع على الإحصائيات المهنية¹.

ثانيا: الاتفاقات التي ترمي إلى التمييز بين المتنافسين.

يقصد بها تلك الاتفاقات التي تهدف أو يكون من آثارها أعمال شروط تمييزية وغير متكافئة تجاه المؤسسات الناشطة في نفس السوق المعنية، أدرجها المشرع الجزائري بصفة صريحة في المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وتتخذ هذه الاتفاقات في الحياة العملية صورا عديدة أهمها:

1- صفقات أو اتفاقات الربط:

يقصد باتفاقات الربط أن يفرض البائع على المشتري شرطا بمقتضاه يقبل المشتري عند شرائه للمنتج (أ) الذي يرغب في شرائه، أن يشتري معه المنتج (ب) بصرف النظر عن كونه يرغب في شرائه أو لا (وكذلك الشأن بالنسبة للخدمات)، بينما يسمى المنتج الأول في الاتفاق بالمنتج الرابط (tying Product)، ويطلق على المنتج الثاني بالمنتج المرتبط (tied product)².

أطلق على هذه الصفقات أيضا بالبيع المتلازمة، وقد عرفتها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية على أنها: "موافقة طرف على بيع أحد المنتجات شريطة أن يشتري أيضا منتوجا مختلفا أو متلازما أو على الأقل أن يوافق على أنه لن يشتري ذلك المنتج من أي مورد آخر³".

أشار المشرع الجزائري إلى هذه الممارسة صراحة بموجب أحكام المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة حيث جاء فيه مايلي: "تحظر الممارسات والاتفاقات...:

¹ Brault Dominique, op. cit, p.360-361.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الإحتكار (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص148.

³ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص205.

- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبول خدمات إضافية ليست لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

كما أشارت إلى هذه الممارسة المادة 101 من قانون الأوروبي¹، في حين لم يأت على ذكرها المشرع الفرنسي، ولا يعني من وراء ذلك إغفال منه، بل لأن في الأساس القائمة جاءت على سبيل المثال وليس الحصر.

ويهدف عادة البائع من وراء انتهاج هذه الممارسة حرمان البائعين المتواجدين في السوق من قدرتهم على المنافسة، بالإضافة إلى منع منافسين جدد أو محتملين من الدخول إلى السوق، الأمر الذي سيؤدي حتما إلى تقييد حريتي التجارة والمنافسة².

ومن أشهر القضايا التي حكمت فيها المحاكم الأمريكية بوجود اتفاقات ربط مخالفة للقانون، دعوى عرفت باسم شركة ميكروسوفت الأمريكية، وتلخص وقائع الدعوى في أن المحكمة تبين لها وجود اتفاق ربط بين منتجات تقنية مندمجة في منتجات أخرى، بحيث إذا تم شراء أحدهما يكون حتما على العميل شراء المنتج الآخر والذي يعد منتجا مختلفا ومستقلا عن الأول، وهذه المنتجات هي نظام التشغيل (windows)، ومستعرض الانترنت (internet explorer)³.

2- اتفاقات القصر :

يقصد بها الاتفاقات التي تتم بين جهة الصنع أو المنتج وبين الموزع، على أن يتولى هذا الأخير حق التوزيع الحصري لمنتجات الأول في السوق المعنية⁴، وتتجسد في الواقع تحت غطاء عقد التوزيع الانتقائي أو عقد التوزيع الحصري، وفيما يلي توضيح ذلك:

أ- عقد التوزيع الانتقائي :

يعتبر عقد التوزيع الانتقائي من بين أهم عقود التوزيع، والذي أثار جدلا فقهيًا وقضائيا حول مشروعيتها، ويرجع ظهور هذا العقد في السبعينات كوسيلة من وسائل تسويق السلع والخدمات، ويعتمد هذا العقد على نظام للبيع، يلتزم من خلاله (المصنع) أو بائع بالجملة بالاحتفاظ بمنتجاته لفائدة شبكة

¹ Art. 101, §1 . Sont incompatible avec le marché commun et interdits tous accords entres entreprise, ... : e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de se contrats . »

² بدرة لعور، آليات مكافحة ممارسات التجارة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 51.

³ أحمد محمد الصاوي، مرجع سابق، ص 16.

⁴ نفس المرجع، ص 16.

من الموزعين المعتمدين، ويعتمد هذا النظام على عقود تتضمن شروط تتعلق من جهة بمعايير لاعتماد الموزعين، ومن جهة أخرى بقواعد تتعلق بالعلاقات التي تربط بين الممون والموزعين¹.

وقد حظى هذا العقد باهتمام الفقهاء والقضاء الفرنسي والأوروبي خاصة بعد الرواج الذي عرفه في أوروبا، وقد عرفه الاجتهاد القضائي الفرنسي بأنه: "العقد الذي يلتزم فيها الممون بتموين تاجر أو عدة تجار من اختياره بناء على معايير موضوعية ونوعية، بدون تمييز أو تقييد كمي غير مبرر والذي يرخص فيه للموزع ببيع سلعة أخرى منافسة²". وذلك حتى يضمن الممون توزيع منتوجاته في ظل ظروف حسنة.

كما عرف النظام الأوروبي رقم 300 المؤرخ في 20 أبريل 2010 من خلال المادة 1 منه نظام التوزيع الانتقائي بأنه النظام الذي يتعهد من خلاله الممون ببيع سلعته أو خدماته التعاقدية، بصفة مباشرة أو غير مباشرة فقط للموزعين تم اختيارهم وفقا لمعايير محددة، والذي يلتزم فيه الموزعين بعدم بيع هذه السلع أو الخدمات لموزعين غير معتمدين في النطاق الجغرافي المحفوظ للممون لتشغيل هذا النظام³.

ومن خلال هذه التعاريف السابقة يمكن استنتاج أهم مميزات عقد التوزيع الانتقائي التي ترسم معالمه، وهي كالآتي:

1- التوزيع الانتقائي هو شكل من أشكال تسويق السلع والخدمات، ويعتبر حل وسيط بين التوزيع الشامل والتوزيع الحصري⁴.

2- يتم اللجوء إلى التوزيع الانتقائي بسبب الطبيعة الخاصة لبعض السلع والخدمات، وهي عادة تلك التي تتوفر فيها جودة عالية (كالعطور، الساعات...) أو ذات تقنية عالية (كالأجهزة الالكترونية...)،

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.543.

² Selon la Cour de cassation, le contrat de distribution sélective est celui par lequel « le fournisseur s'engage à approvisionner dans une secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs qualitatifs, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents. » Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1014.

³ Règlement UE n° 330 du 20 avril 2010. L'article 1^{er}, définit la distribution sélective comme le contrat dans lequel « le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lesquels ces distributeurs s'engage à ne pas vendre ces biens à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système. », Marie Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, 3 édition, Dalloz, Paris, 2015, p.66.

⁴دليلة مختور، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 24 جانفي 2015، ص212.

أو المواد الهشة القابلة للكسر، ومن بين المنتجات التي تم اعتبارها في فرنسا بيع السجائر (بسبب خصوصيتها في التخزين)، الصحف المكتوبة (بسبب ضرورة استرجاع الصحف التي لا تباع)¹... إلخ.

وبالتالي، لا يمكن لجميع السلع والخدمات أن تستفيد من الحماية المخولة بموجب عقد التوزيع الانتقائي، رغم انتقاد العديد من الفقهاء على حد تعبيرهم بظهور مؤخرًا ظاهرة سطحية عقود التوزيع الانتقائي لبعض المنتجات التي أصبحت شائعة رغم تمتعها بالجودة العالية كسراويل الجينز Levis، ومنتجات² La coste.

3- يعتمد نظام التوزيع الانتقائي على انتقاء عدد محدود من الموزعين مكلفين بتسويق سلع أو خدمات المموم³.

4- يتم انتقاء الموزعين وفقا لمعايير موضوعية محددة بصفة دقيقة، وقد تكون هذه المعايير إما نوعية أو كمية⁴.

ويقصد بالمعايير النوعية تلك العناصر التي تتعلق بالمؤهلات المهنية (كالتكوين الشخصي للموزع، السمعة...)، جودة المحلات التجارية (مساحتها، تأثيرها، موقعها...)⁵.

أما المعايير الكمية فهي تلك المعايير التي تتعلق بعدد نقاط البيع، والتي تعتبر مصدرا لنجاح وريح الشبكة، مثال ذلك (نقاط البيع في الأماكن التي يكثر فيها عدد السكان...)⁶.

وبالتالي، فإن هذا الاختيار أو الانتقاء لا يخضع لرغبة أو ميول المصنع (المموم) بل يتعداه.

5- يفرض المنتج (المموم) بموجب عقد التوزيع الانتقائي مجموعة من الالتزامات والشروط التي تتعلق أساسا بأسلوب البيع والخدمة ما بعد البيع (مثلا: الشروط المتعلقة بالمحلات التجارية التي سوف تباع فيها هذه السلعة أو تقدم فيها هذه الخدمة، وأيضا تتعلق بالسلع التي يمكن أن تباع بجانب سلع المموم، طرق الإشهار...)، وإلى ذلك من الشروط التي تقوي صورة هذه العلامة وتضمن تسويقا ناجحا⁷.

أما عن مشروعية نظام التوزيع الانتقائي في مواجهة قواعد المنافسة، فإننا نلاحظ أن هذا النظام لم يحظى بالأهمية الخاصة لدى المشرع الجزائري، و أمام هذا الفراغ القانوني الذي يعاني منه هذا النظام

¹ Marie Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, op. cit, p.65.

² Ibid, p.65.

³ دليلة مختور، مرجع سابق، ص 215.

⁴ Dominique Legeais, Droit commercial et des affaires, 20^e édition, Dalloz, Paris, 2012, p.486.

⁵ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.152-153.

⁶ Blaise Jean- Bernad, op. cit, p.603.

⁷ Ibid, p.603-604.

فالأجدر تطبيق أحكام المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، وعليه فالاتفاقات التي تبرم بين الممون والموزع على الأسس السابقة الذكر تبقى محظورة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي والأوروبي، فقد اتخذوا موقفا مغايرا بالرغم من اقتناعهما التام أن هذا العقد يشكل اتفاقات منافية للمنافسة خاصة أنه يتم استبعاد متنافسين لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة من الممون، مما يؤدي إلى خلق تمييز واضح بين المتنافسين، الأمر الذي سينعكس سلبا على اللعبة التنافسية في السوق.

إلا أن القضاء الأوروبي كانت له كلمة الفصل، واعتمد مشروعيتها منذ القرار الشهير Métro لسنة 1986¹، كما أشاد بأهمية هذا النظام واعتبره عاملا مهما لتشجيع المنافسة وتدعيمها خاصة إذا احترم هذا العقد مجموعة من الشروط التي يتم تحديدها مسبقا بموجب نظام الجماعي 2790/99، الذي اعتد بمشروعية الاتفاقات العمودية " مهما كانت طبيعة المنتوجات المعنية" بشرط عدم المساس بالعبوات المحددة من قبل هذه النصوص القانونية².

وبالتالي، فإن نظام التوزيع الانتقائي يستفيد من نظام الإعفاء الجماعي 2010/330 المؤرخ في 20 أبريل 2010 المطبقة على جميع الاتفاقات العمودية، والتي خصها بتحليل مفصل في التوجيهات الأوروبية حول التقييدات العمودية³، كما اعتبرت سلطة المنافسة الفرنسية أن الشروط المحددة من قبل قبل نظام الإعفاء الأوروبي يشكل "دليل للتحليل guide d'analyse"⁴.

أما عن الشروط التي يجب توفرها لحصول التوزيع الانتقائي على المشروعية⁵، والتي تحفظ منافسة كافية في السوق المعنية، ويرجع أساس هذه الشروط إلى تبييني بشكل جلي لقاعدة العقل "La règle de raison"¹، وهي كالتالي:

¹ Malaurie-Vignal Marie, Droit de la distribution, op.cit, p.66.

²دليلة مختور، مرجع سابق، ص 219.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.150.

⁴Ibid, p.149.

⁵ في وقت ليس ببعيد كان القضاء ومجلس المنافسة الفرنسي يتطلب شروط معينة للاعتداد بمشروعية التوزيع الانتقائي، حيث كان ينطلق من فكرة التمييز بين ما إذا كان العقد يعتمد على المعايير الكمية أم النوعية، حيث كان يميل ميلا كبيرا إلى كفة المعايير النوعية دون الكمية للاستفادة العقد من الإعفاء، كرس هذا الحل في العديد من القرارات، حيث جاء في أحد قراراته لسنة 2005 المتعلقة ب Brasseries Kronenbourg:

« premièrement, la nature du produit en question doit requérir un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime au regard à la nature du produit concerné afin d'en assurer le bon usage ; deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ; les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. »

1- يجب أن تقتضي طبيعة السلعة أن يتم توزيعها بموجب نظام التوزيع الانتقائي وذلك من أجل الحفاظ على جودتها و ضمان حسن استعمالها².

2- يجب أن يتم اعتماد الموزعين على أساس غير تمييزي ووفقا لمعايير موحدة وموضوعية (سواء كانت نوعية أو كمية)³، وعلى هذا الأساس كرس مجلس المنافسة الفرنسي ومحكمة استئناف باريس مفارقة أساسية:

إنّ انتقاء الموزعين وفق معايير نوعية وموضوعية (la sélection qualitative) لا يشكل تقييدا للمنافسة، وبالمقابل إذا كانت المعايير متشددة وقاسية، فإنّ هذا العقد يعيق سير المنافسة في السوق⁴، ومن أمثلة ذلك:

* يعتبر التوزيع الانتقائي غير شرعي عندما يتم اعتماد على معطيات تقديرية غير موضوعية كالأخذ بعين الاعتبار مثلا القدرة الشرائية المحتملة للزبائن المحليين.

* يعتبر التوزيع الانتقائي غير شرعي إذا كان يُحمّل الموزعين على تأدية خدمات إضافية كاتخاذ بعض التدابير الإضافية للترويج التجاري أو تحقيق أهداف محددة في إطار المبيعات⁵.

أما بالنسبة للانتقاء على أساس كمي (la sélection quantitative)، فإنّ سلطات المنافسة في هذه الحالة أكثر تشددا من الحالة السابقة ولا يتمتع بتاتا على تطبيق أحكام المادة (1-420-1 من ق ت ف) على هذه العقود إذا كانت الشروط المفروضة في ظل هذه الشبكة لها تأثير حساس على المنافسة.

كما اعتبرت أن مشروعية عقد التوزيع الانتقائي تكتمل باجتماع الشروط المنصوص عليها في المادة (1.2-4-420-1 من ق ت ف)⁶، أي أن المعايير الانتقاء الكمي لا تكون مقيدة للمنافسة إذا كانت ضرورية لضمان التطور الاقتصادي لصالح المستهلكين شريطة أن تطبيق المعايير بصفة موضوعية وغير تمييزية دون الإفراط فيها⁷.

إلا أن سرعان ما تدخلت اللجنة الأوروبية ووجهت ملاحظات كتابية إلى محكمة الاستئناف لباريس بمناسبة تبنيها نفس الحل السابق في قضية المؤرخ في 28 جوان 2005 المتعلق بـ « Garage Gremeau / Dainler » ، حيث جاء فيه أن التوزيع الانتقائي بنوعيه الكمي والنوعي يستفيد من الإعفاء . Condomines Aurélien, op.cit, p.87-88.

¹ Ibid, p.151.

² Comert Mélanie et autres, op.cit, p.593.

³ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op.cit, p.1017-1018.

⁴ Blaise Jean-Bernard, op.cit, p.609.

⁵ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.594.

⁶ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.610.

⁷ دليلة مختور، مرجع سابق، ص 246.

3- يجب أن تكون النتائج المرتقبة من وراء ذلك هو تنمية المنافسة وموازنة التخفيض الكبير للمنافسة بين العلامات التجارية الكامنة في أي نظام للتوزيع الانتقائي¹.

4- لا يجب أن تتم المبالغة في المعايير الانتقاء المفروضة على الموزعين، أي يجب ألا تتجاوز الحد المعقول والمناسب (مبدأ التناسب)².

5- وأخيرا لابد من التأكيد على حرية التجارة للموزعين، خاصة عندما يتعلق الأمر بتحديد الأسعار الموجهة للمستهلك، بحيث يشترط عدم تقييد هذه الحرية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة مهما كانت الأهداف الممونة حتى ولو تعلق الأمر بإعطاء صورة فائقة لمنتجاتها³.

وبالتالي، تعتبر من قبيل الممارسات المنافية للمنافسة ولا تستفيد من الإعفاء كل الشروط التي تهدف إلى اقتسام السوق لا من حيث الإقليم، ولا من حيث الزبائن (عن طريق استعمال الشروط الحصرية أو شرط عدم المنافسة (إذا كان استعماله مبالغا فيه...))⁴.

ب- الاتفاقات العمودية الحصرية:

تعتبر هذه العقود من أكثر العقود إثارة للجدل كونها تتضمن شرطا مثيرا في حد ذاته وهو "القصر" أو بالمعنى الآخر "الحصرية"، ولطالما نظر إليه المشرعين نظرة اشمئزاز وحذروا منه كونه سلاح ذو حدين، فبرغم من أهميته خاصة لأطرافه والتمثلة أساسا في تسويق منتجاتهم أو خدماتهم أو علاماتهم إلى أكبر قدر من المشتريين، مما يذر على أطرافه أرباحا طائلة⁵، إلا أنه في نفس الوقت يحمل في طياته خرقا صريحا لقواعد المنافسة، الأمر الذي سيؤدي حتما إلى استبعاد بعض المتعاملين الاقتصاديين في السوق أو منع بعضهم من الدخول إلى السوق المعنية، كما أنها أيضا تسمح بتسهيل عملية اقتسام الأسواق⁶.

لهذا كانت اتجاهات المشرعين غير مستقرة في وقت مضى، حيث كان المشرع الأوروبي والفرنسي يعتبرانها من قبيل الممارسات المنافية للمنافسة، وهو نفس موقف المشرع الجزائري، إلا أنه سرعان ما انصاع المشرعان الأوروبي والفرنسي لأهمية شبكة التوزيع الحصري في الحياة العملية، وأصبح أقل

¹ Comert Mélanie et autres, op.cit, p.594.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.155.

³ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op.cit, p.1022.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.159.

⁵ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص 207.

⁶ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.141.

سلسلة مع مرور الوقت، وأخضعها لقواعد الإعفاء الجماعي رقم 2010/333 المطبقة على الاتفاقات العمودية¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد كان جَد صارما معها وخصَّ هذا الشرط بمادة خاصة، وعبر عنه بمصطلح "الاستثناء"، حيثُ اعتبر التصرف الذي يحمل في طياته هذا الشرط ممارسة مقيدة للمنافسة في حد ذاتها². وتتعدد الاتفاقات العمودية الحصرية في الحياة العملية وفيما يلي ذكر لأهمها:

ب-1- التوزيع الحصري Concession exclusive:

يتم عقد التوزيع الحصري عن طريق التزام الممون بعدم تموين بعض منتوجاته إلا لبائع واحد بالتجزئة، والذي بدوره يقوم بإعادة بيعه في إطار جغرافي محدود³. في حقيقة الأمر يعتبر هذا الاتفاق تقييداً للمنافسة بين العلامات التجارية، كما أنَّها ستؤدي حتماً إلى غلق السوق، لهذا أعتبرت هذه الممارسة مقيدة للمنافسة في حد ذاتها منذ زمن بعيد⁴.

إلا أنَّ هذا الموقف بدأ يلين مع مرور الوقت، حيثُ أخضعها المشرع الأوروبي إلى نظام الإعفاء الجماعي 2790/99، والذي تم تعديله بموجب النظام 2010/330 المطبق على الاتفاقات العمودية، سار على خطاه المشرع الفرنسي⁵.

ب-2- حصرية الشراء (التموين الحصري):

يتم هذا العقد عندما يتعهد موزع بعدم الحصول أو الشراء منتوجاته التعاقدية إلا من قبل ممون محدد⁶. وتعتبر هذه الاتفاقات مخالفة لمبدأ حرية المنافسة، ذلك أنها تمنع بصفة صريحة الموزعين بالتعاقد مع ممولين آخرين⁷، رغم ذلك فإن مثل هذه العقود قد تخضع للنظام الإعفاء الجماعي (2010/330)، مع العلم أن هذا النظام لا يعالج مثل هذا الشرط إلا تحت ظل ما يسمى "شرط عدم المنافسة" و"مونومركيز"⁸.

¹ Comert Mélanie et autres, op.cit, p.590.

² المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

³ Comert Mélanie et autres, op.cit, p.534.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op.cit, p.167.

⁵ Blaise Jean-Bernard, op cit, p.608.

⁶ Mendoza-Caminade Alexandra, droit de la distribution, Montchretien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p.121-222

⁷ Ibid, p.127.

⁸ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.596.

وعليه، يعتبر الشرط الحصري في هذا العقد محظورا ومنافي للمنافسة إذا تعهد الموزع(المشتري) بشراء أكثر من 80% من منتوجاته التعاقدية من قبل بائع واحد أو بائع معين من قبله¹.

أما بالنسبة للسوق الفرنسية، فقد تم معاقبة مثل هذه التصرفات، وأُعتبرت من قبيل ممارسات المقيدة للمنافسة في حالة عدم احترام الشروط المنصوص عليها في القانون الأوروبي والفرنسي، وفي سبيل ذلك تلجأ سلطة المنافسة في عملية تحليل لهذه الشروط إلى عدة معايير (وجود حواجز للدخول إلى السوق، مدة الشرط الحصري، أهمية حصة السوق التي سوف تغطي بهذا الشرط...)²، ومن أمثلة عن العقود التي اعتبرت مخالفة لقواعد المنافسة:

-تعهد تجمعيين بعدم شراء إلا من قبل ممون رئيسي وعدم التموين خارجا إلا بعد أخذ رأيه مسبقا.

-التزام مديري محطات البنزين بعدم التموين إلا من قبل المؤجر الأماكن³.

ب-3-حصرية البيع:

وهو الشرط الذي يهدف إلى إجبار الممون ببيع منتوجاته التعاقدية بصفة حصرية لمشتري واحد، ويمكن لهذه الشروط أن تتخذ شكلا مباشرا(التزام عقدي بالتموين الحصري)، أو شكل غير مباشر(فرض حصة محددة للمبيعات على الممون)⁴.

تعتبر هذه الممارسة مقيدة للمنافسة في حد ذاتها خاصة، وأنها تقيد المشتريين الآخرين من الحصول على تموين لهذه المنتوجات⁵.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فلا يحظر الشروط الحصرية في حد ذاتها مهما كان الشكل الذي تتخذه(اتفاقات عمودية، وضعية هيمنة...)، بالمقابل يجب أن تضمن هذه الشروط عدم تشكيل سواء-قانونا أو عمليا- حواجز اصطناعية للحد من الدخول إلى السوق المعنية، مع الأخذ بعين الاعتبار في كل هذه العناصر المشكلة(مجال تطبيق شرط الحصرية، مدته، وجود تبرير تقني للجوء إليه، الاعتبارات الحصرية المتحصل عليها من قبل الزبون...)⁶.

¹ يوسف جيلالي، شرط حصرية التموين للمنتقي في عقد الامتياز التجاري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد3، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جويلية2012، ص153.

² Boutard Labard Marie-Chantal, op. cit, p.171.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.546.

⁴ Ibid, p.549.

⁵ Ibid, p.549.

⁶ Ibid, p.549.

من العرض السابق، نخلص أن الإلمام بجميع الاتفاقات المعتبرة محظورة بمفهوم المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 1-420L من القانون التجاري الفرنسي) دريا من دروب المحال، ذلك أن تطور ميكانيزمات السوق سيفرز لاحقا عن وقائع ومستجدات يستحسن معها ترك باب الحظر مفتوحا، وهذا ما كرسه المشرعان فعلا في المواد السابقة الذكر.

وفي الأخير، يمكن القول أن حظر الاتفاقات قد يسهل عملية تنظيم وترتيب السوق لا يمكن التسليم بأن الاتفاقات وحدها التي قد تشكل انتهاكا صريحا بالمنافسة، فهناك ممارسات أخرى ليست ببعيدة عنها تنطوي على نفس الخطر، سيتم التطرق إليها ولعل أهمها الممارسات الاستثنائية.

المبحث الثاني: حماية المستهلك كمحور أساسي لحظر الممارسات الاستثنائية(الحصرية).

تعتبر المنافسة ركنا أساسيا من أركان الاقتصاد الحر وعنصرا فعالا من عناصر استمرار النظام الاقتصادي، والتي سوف تنعكس إيجابا على الأطراف الناشطة في السوق بما فيها المستهلك، وإن كان الواقع العملي أثبت استحالة تحقيق منافسة مثلى أو كاملة، إلا أنه لا ضير من إيقاظ روح المنافسة بين المؤسسات الاقتصادية من حين لآخر من أجل توفير بيئة محفزة للنشاط الاقتصادي.

ولأن حماية المستهلك لا تكتمل إلا بتوفير بيئة تنافسية شريفة ونزيهة، ولأن الحياة التنافسية بين المؤسسات الاقتصادية لا تستقيم إلا بالبحث والتحري عن الممارسات المعيقة للمنافسة الشريفة ومحاربتها بشتى الوسائل القانونية والمؤسسية، فإن الإرادة الصارمة للمشرع الجزائري كانت بالمرصاد، ولعل أبرز دليل على ذلك هو استحداث المشرع الجزائري للممارسة جديدة ضمن قائمة الممارسات المعيقة للمنافسة.

نظم المشرع الجزائري هذه الممارسة بموجب المادة 10 من الأمر 03/03¹، والتي لم يأت على ذكرها في الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى)²، والمتمثلة في: ممارسة عقد شراء إستثنائي لاحتكار التوزيع في السوق، حيث جاء هذا الحظر في نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بأنه: "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو حد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق".

ويمناسبة تعديل المشرع الجزائري للأمر 03/03 سنة 2008³ أعاد صياغة المادة 10 منه بطريقة مختلفة تماما عما كانت عليه سابق(لا من حيث المضمون، ولا من حيث الشكل)، والتي أصبحت تنص على أنه: "تعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه، يسمح لمؤسسة بالاستئثار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر".

إن القراءة الأولية لهاتين المادتين تظهر أنهما تدور فكرتهما حول الاستئثار أو الحصرية، إلا أنه في ظل النص القديم كان المشرع الجزائري يمنع ويحظر عقد شراء الإستثنائي لاحتكار عقود التوزيع، أما في ظل النص الجديد أصبح يحظر كل الممارسات الإستثنائية (سواء تجسدت في شكل أو عمل).

¹ ج ر، العدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25.

² الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، ج ر، العدد 9، الصادر بتاريخ 22 فيفري 1995، ص 13.

³ القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص 11.

ونظرا لحدائثة هذه الممارسة كان لزاماً علينا التحري على معناها الحقيقي، ومحاولة رسمٍ لمعالمها بناءً على ما جاءت به هذه المادة وما توصل إليه الفقه الجزائري، ومقارنتها بما جاء في التشريع الفرنسي والأوروبي، ثم تحديد إلى أي مدى أخذ المشرع الجزائري بمصلحة المستهلك في عملية الحظر.

المطلب الأول: مفهوم الممارسات الاستثنائية وتحديد شروط قيامها.

تدخل المشرع الجزائري-كما قلنا سابقاً- بموجب المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم من أجل استحداث ممارسة جديدة ضمن طائفة الممارسات المقيدة للمنافسة، والتي لم يأت على ذكرها في الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة الملغى.

والمُنتبِع للتعديلات الواردة على قانون المنافسة الجزائري، يجد أنّ المشرع لدلالة على هذه الممارسة استعمل مصطلحاً غريباً نوعاً ما وجديداً في نفس الوقت وهو "الاستثناء"، كما يخلص أيضاً إلى أنّ هذه الممارسة تغيرت ملامحها أكثر من مرة، ممّا يستوجب علينا ضرورة تحديد المفهوم السليم لهذه الممارسة، وإبراز أهم ما يميزها عن باقي الممارسات المتوفرة في قوانين المنافسة المقارنة، ووصولاً إلى رسم الأركان العامة لقيام هذه المخالفة.

الفرع الأول: مفهوم الممارسات الاستثنائية.

لتحديد مفهوم الممارسات الاستثنائية، وجب تتبع المصطلحات التي استعملها المشرع الجزائري، وكذا التعديلات التي لحقت بالمادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

أولاً: تحديد الممارسة الاستثنائية في ظل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

بالرجوع إلى أحكام المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، نجد أنّ المشرع الجزائري حصر حدود هذه الممارسة المحظورة بعقد الشراء الاستثنائي دون غيره من العقود الأخرى، والذي عرف هذا العقد منذ القدم تحت تسمية "عقد البييرة *contrat de bière*" نظراً لكثرة استعماله في مجال توزيع المشروبات الكحولية، كما عرف هذا العقد في مجال توزيع الوقود تحت تسمية "عقد خدمة المحطة *contrat de station-service*"¹.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري في ظل هذه المادة أنّه استعمل لأول مرة مصطلح "عقد الشراء"، رغم أنّه عندما تناول العلاقة التي تربط بين البائع والمشتري في القانون المدني أطلق عليها تسمية "عقد البيع"، وهذا ما يعتبر خروجاً عن المألوف أو القاعدة باستعماله "عقد الشراء بدل عقد البيع"،

¹ Blaise Jean- Bernard, op. cit, p.602

ولعل التفسير الوحيد لهذا الفرض هو هدف المشرع للتركيز بشكل مباشر على المستفيد الأول من العقد هو "المشتري"¹.

كما يلاحظ أيضا، أنّ المشرع الجزائري لم يأت بتعريف لعقد الشراء الإستثنائي، إلا أنّ هذا الأمر لا يحول دون إمكانية استنتاج تعريفا له استنادا للعناصر المذكورة في المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلقة بالمنافسة وما توصل إليه الفقه الفرنسي.

وعليه، فعقد الشراء الإستثنائي: "هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع اتجاه المشتري بأن يستأثر هذا الأخير دون غيره للحصول على السلعة موضوع العقد لهدف توزيعها في السوق المعنية بصفة احتكارية"².

و بمعنى أدق يلتزم المشتري بموجب عقد الشراء الاستثنائي بالألا يقوم بالتموين من سلعة معينة(تم التعاقد عليها)، إلا من قبل البائع المتعاقد معه بموجب هذا العقد أو الشخص الذي يعينه له البائع³، فالالتزام الأساسي في هذا العقد يقع على عاتق المشتري.

ومن الملاحظات التي يمكن استخلاصها أيضا من المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، أن المشرع الجزائري بعد تخصيصه للممارسة الاستثنائية بعقود الشراء الاستثنائي، اكتفى بذكر آثارها في السوق المعنية، واعتبرها من قبيل الممارسات المعرّقة للحرية التنافسية أو التي تحد منها أو تخل بها، وكنتيجة حتمية لذلك، فإنّها من المحتمل أن تسمح لمرتكبها احتكار التوزيع في السوق المعنية.

في حقيقة الأمر، ما جاءت به المادة 10 مبهم وغير كاف للتعبير الصريح عن موقف المشرع الجزائري من هذه الممارسة، والسؤال الذي تبادر إلى أذهاننا: هل هذه الممارسة محظورة؟ وإن صادف واعتبرناها كذلك فمتى يتحقق هذا الفرض؟

إنّ استقراء المادة 10 من الأمر 03/03 يفيد أنها لم تحظر ولم تمنع صراحة ممارسة شراء استثنائي، بل اكتفت باعتبارها معرّقة للمنافسة أو تحد منها أو تخل بها، عكس ما جاءت به المادة 6 (من نفس الأمر) مثلا، التي أشارت إلى أن الممارسة المعنية بهذه المادة مقيدة للمنافسة، واستهلت نصها بمصطلح: "يحظر...".، وهذا الحل أقرب منه إلى المنطق والمقبول كونه ينفي الوقوع في الشبهات⁴.

¹ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص78.

² المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم.

³ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.602.

⁴ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص79.

صور الاتفاق المحظور¹، وهذا ما يفسر فعلا غياب نص مستقل في القانون الفرنسي والقانون الأوروبي خاص بها.

ضف إلى ما قيل، أن المشرع الجزائري -في إطار تعديله للمادة السابقة الذكر- أوضح نهائيا موقفه من هذه الممارسة، إذ جاء في صلب هذه المادة أن هذه الممارسة تمس بقواعد اللعبة التنافسية وهي محظورة، متفطنا للغموض واللبس الذي اعترى المادة 10 من الأمر 03/03 قبل التعديل.

وما يثير الانتباه أكثر في مسألة الحظر، أن هذه الممارسة تعتبر في حد ذاتها ممارسة محظورة وهذا عكس ما نجده في الصور الأخرى للممارسات المقيدة للمنافسة (المواد 6، 7، 11 و 12) من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والتي تعتبر أن أصل هذه الممارسات مشروعاً ما عدا تلك التي تخل أو تحد من المنافسة في السوق المعنية.

وأخيراً، غاب على المادة 10 قبل التعديل تحديد بدقة الأطراف المعنية بهذه الممارسة، حيث جاء في صلبها: "...تسمح لصاحبها...". الأمر الذي كان يفتح آنذاك الباب لجميع الافتراضات والتكهنات، إلا أن هذا الأمر تم حله من خلال تدخله الأخير، إذ حدد بشكل دقيق المعنيين بهذه المادة وهي: "المؤسسة".

ونخلص في النهاية، أن المشرع الجزائري أدرج الممارسة الاستثنائية ضمن من منظومته التشريعية إلا أنه لم يفرد لها تعريفاً خاصاً بها كما فعل بمصطلح "السوق"، و"المؤسسة"....

الأمر سيتطلب معه اللجوء إلى الفقه والقضاء، إلا أننا نلمح تغييراً كبيراً لهذه الممارسة في الدراسات القانونية الجزائرية، وكذا الاجتهاد القضائي، لهذا سنحاول تحديد هذه الممارسة من خلال ما جاء في نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

ومن خلال العرض السابق وبناء على ما تم استنتاجه، نجد أن إعطاء تعريف لهذه الممارسة يتطلب قبل كل شيء تحديد العناصر الواجب توفرها لاكتمال معالمها، ويمكن استخلاصها من المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وتتمثل هذه الأخيرة فيما يلي:

- وجود عقد و/أو عمل استثنائي.

- أن يُمارس هذا العقد و/أو العمل من قبل مؤسسة اقتصادية.

- أن يسمح هذا العقد و/أو العمل إستثنائاً بممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

¹ نفس المرجع، ص 83.

-ضرورة توافر عنصر الاستثناء.

-مساس هذا العقد و/أو العمل مهما كان شكله وموضوعه بالمنافسة من خلال (عرقلتها أو الحد منها أو الإخلال بها).

الفرع الثاني: شروط قيام الممارسات الاستثنائية.

إنَّ اكتمال ملامح هذه الممارسة يتطلب اجتماع جملة من الشروط والعناصر حددتها أحكام المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وفيما يلي شرح لها بالتفصيل:

أولاً: أن نكون أمام عقد و/أو عمل استثنائي

حرص المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على توسيع دائرة الحظر، فبعدما كان يقتصر حدود الممارسة في مجال عقود الشراء الاستثنائي، أصبحت الممارسة المحظورة تشمل كل عقد و/أو عمل مهما كانت طبيعته أو موضوعه.

ولعل الهدف الرئيسي الذي ابتغاه المشرع الجزائري من وراء هذه الشمولية هو تضيق النطاق على مرتكبي هذه الممارسة، وبسط حماية أشمل للمعاملات الاقتصادية واللعبة التنافسية في السوق المعنية الجزائرية.

ثانياً: أن تُمارس هذا العقد و/أو العمل مؤسسة اقتصادية.

كما قلنا سابقاً، أن هذا العنصر كان مغيباً في ظل نص المادة 10 من الأمر 03/03 قبل التعديل، لهذا كان من المناسب جداً تدخل المشرع سنة 2008 لتخفيف الغموض الذي رافق صدور هذه المادة.

وعليه يطبق هذا الحظر على المؤسسات الاقتصادية بمفهوم الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وما يلاحظ على المادة 10 منه جاءت على ذكر المؤسسة بصفة فردية وليس بصيغة الجمع، وهذا ما يدل على أن الممارسة قد ترتكب من قبل مؤسسة واحدة دون الحاجة إلى إجماع المؤسسات.

ويقصد بالمؤسسة وفقاً لأحكام المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة: " كل شخص طبيعي أو معنوي أياً كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات."

ومن تم، يمكن تحديد وحصر الأشخاص التي تدخل تحت غطاء المؤسسة في ظل المادة 3 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم¹ فيما يلي:

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص 49.

-أشخاص القانون الخاص، ويدخل في هذا الإطار:

*الأشخاص الطبيعية تمارس نشاطا اقتصاديا.

*الأشخاص المعنوية (الشركات التجارية مهما كان شكلها وموضوعها، المنظمات والتنظيمات، التعاضيات، نقابات الأجراء، الأشخاص الخاصة المستثمرة في إطار مهمة تتعلق بالمرفق العام).

-أشخاص القانون العام، إذا تصرفت فعلا كمؤسسة في إطار المجال التنافسي الصناعي والتجاري.

ثالثا: أن يسمح العقد و/أو العمل إستثناء ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

تعد الممارسات الإستثنائية (الحصرية) بمفهوم المادة 10 من القانون 12/08 المتعلق بقانون المنافسة محظورة ومخلة بقواعد المنافسة في حد ذاتها مهما كانت الظروف التي تحيط بها، وما يلاحظ على نص المادة 10 أنها توسعت كثيرا في مجال تطبيقها، فبعدما كانت تخص نشاطا واحدا وهو التوزيع أصبح التعديل الجديد يشمل جميع القطاعات التي تدخل في مجال تطبيق المادة 02 من ق 02/08¹ التي تنص على أنه : تطبق أحكام هذا الأمر على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها الاستيراد وتلك التي يقوم بها.....

الصفات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة"

إلا أن هذه المادة تعدلت بموجب المادة 02 من القانون رقم 05/10² التي جاء كالاتي:

".....تطبق أحكام هذا الأمر على ماياتي :

- نشاطات الإنتاج, بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية....."

- الصفات العمومية بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...."

وبالتالي فإن كل عقد و/أو عمل مهما كان موضوعه أو طبيعته يحاول الاستثناء على نشاط الإنتاج، نشاط التوزيع، نشاط الاستيراد الوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة ونشاطات الخدمات

¹ ج ر، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص 11.

² ج ر، العدد 46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010، ص 10.

و الصناعة التقليدية و الصيد البحري، فإنها تعتبر محظورة وممنوعة من الأساس ولا تحتاج السلطات الرقابة البحت عن الهدف أو الأثر المقيد للمنافسة لأنها حسب المشرع الجزائري في حد ذاتها مقيد ومعرقة لقواعد اللعبة التنافسية في السوق المعنية.

رابعاً: ضرورة توافر عنصر " الاستثناء ".

استعمل المشرع الجزائري مصطلح الاستثناء لأول مرة في القانون رقم 10/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بالمؤلف والحقوق المجاورة¹، ولعل الغرض الرئيسي الذي ابتغاه المشرع الجزائري آنذاك هو حماية حقوق المؤلف، فعنصر الاستثناء يعد أحد مقومات هذه الممارسات وأساسها، كونه يهدف في الأساس لحماية وضمان أمن المتعاقدين²، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الفرض ماذا نعني بالاستثناء؟

مفهوم الاستثناء لغة: استثناء (اسم): استثناء / استثناء ب، يستأثر، استثناء، فهو مستأثر، والمفعول مستأثر، ويقال استأثر الله فلانا/ استأثر الله بفلان توفاه، استأثر بالشيء: خص به نفسه، استبد وانفرد به، استأثر البخيل بماله، الاستثناء بالحكم أمر يتنافى ومبادئ الحرية، استأثر الموضوع باهتمام كبير، استأثر بالانتباه: استرعاه، استأثر بالسلطة استبد به، استأثره بالشيء أعطاه إياه دون غيره من الناس، استثنائي: أناني، يريد الاستثناء بشيء، ويفرض أية مشاركة والاستثناء بالتوزيعات شراء الأسهم قبل توزيع أرباحها³.

أما اصطلاحاً، فإن المتتبع للتطورات التاريخية لظهور هذا المصطلح⁴، يجد أنه من الصعب تحديد تاريخ محدد لاستعمال هذا المصطلح نظراً لقدمه، حيث يرى بعض الفقهاء أن استعمال هذا المصطلح

¹ المادة 102 من القانون رقم 10/97 المتعلق بالمؤلف والحقوق المجاورة، والتي جاء فيها أنه: " لا تخول رخصة إبلاغ المصنف إلى الجمهور أي حق استثنائي للاستغلال إلا إذا كانت هناك اتفاقية صريحة تقضي بخلاف ذلك.

لا يمكن أن يتجاوز شرط الاستثناء ثلاث 3 سنوات من تاريخ عملية الإبلاغ الأولى إلى الجمهور.

يفقد الشرط المذكور أعلاه إذا لم يستغل المصنف خلال مدة أقصاها سنة واحدة من تاريخ إبرام الاتفاقية دون مبرر غير مشروع." الجريدة الرسمية، العدد 13، الصادرة بتاريخ 12 مارس 1997، ص 17.

² بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 80.

³ أنطوان نعمه وآخرون، المنجد (في اللغة العربية المعاصرة)، طبعة ثانية، دار المشرق، بيروت، لبنان، 2001، ص 7.

⁴ في حين يرجح بعض الفقهاء أن هذا المصطلح تم استخدامه في المجال التجاري منذ القرن السادس قبل الميلاد وبالضبط في مدينة Sybaris والتي كانت تمنح امتيازاً لمن يقوم باختراع أشياء جديدة في مجال الطبخ، حيث كان تمنح الاستثناء لكل رئيس لطهاة يخترع طبقاً مميّزاً بحيث لا يسمح لغيره باستخدامه لمدة سنة كاملة وذلك من باب التشجيع على الاختراع... Gourdon Pascal, L'exclusivité, édition alpha, L.G.D.J, Paris, 2009, p.2.

نشط منذ القدم في ظل القانون الكنسي، للدلالة على الإجراء الذي تم منحه لأعضاء المجلس (conclave) للإقصاء أي مرشح للبابوية بمناسبة التصويت¹.

أما مصطلح الاستثناء (الحصرية) بمفهومه الحديث لم يعرف النور إلا بعد 1818، ويقصد بالاستثناء (الحصرية) التحفظ "quant-à-soi"، أي كل القدرة على استبعاد الآخرين، وهي استبعاد كل مفهوم للمشاركة، وتعتبر الملكية الخاصة هي النموذج المثالي للممارسة الاستثنائية (الحصرية)، كونها تسمح للمالك باستبعاد الغير عن استعمال الشيء الذي يملكه: كالحقوق الشخصية، الحقوق المتعلقة بالملكية الأدبية...².

ولقد استعمل الفقيه دابان (Dabin) مصطلح الاستثناء في تعريفه للحق، حيث جاء فيه أنه: "استثناء شخص معين بشيء أو قيمة معينة يخول له التسلط والاقتضاء ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية"³.

وقد عرف الدكتور عمار بوضياف الاستثناء بناء على مقاصد الفقيه دابان بأنه انفراد الشخص صاحب الحق دون غيره من الكافة بموضوع الحق، فله أن يختص بالانتفاع منه واستغلاله. ومن هنا فإن فكرة الاستثناء تختلف عن فكرة المصلحة، ذلك أن الاستثناء دائما يجلب المصلحة أو المنفعة لصاحب الحق⁴.

كما أن الاستثناء يستقل عن الإرادة فهو ثابت لناقصي الأهلية، فهؤلاء بإمكانهم الاستثناء بالقيمة محل الحق⁵.

أما الالتزام بالاستثناء (بالحصرية) فيقتضي وجود علاقة سلبية بين شخصين متعاقدين، أي بمعنى أدق الالتزام بالاستثناء يلزم شخص أو عدة أشخاص على تنفيذ خدمة أو خدمات تعاقدية لصالح أحد المتعاقدين دون غيره، فالأمر هنا يتعلق بمدى إخلاص ووفاء الذي ينتظره الدائن من وراء هذا الالتزام⁶.

¹ Ibid, p.1.

² Bosco David, L'obligation d'exclusivité, Forum européen de la communication, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.5.

³ عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، 2010، ص16.

⁴ نفس المرجع، ص16.

⁵ نفس المرجع، ص17.

⁶ Bosco David, op. cit, p.6.

وعلى هذا الأساس، فالالتزام بالاستثناء يفرض على المدين به حظرا مزدوج عام: لكونه لا يسمح للغير أن يستفيد من الخدمة محل هذا التعاقد، كالتزام رياضي مثلا بعدم تمثيل أي علامة تجارية وفي أي حدث مخالف لما جاء في عقد الرياضي¹...

ومن جهة ثانية، فإن الحظر المرفق بهذا الالتزام الحصري هو حظر بلا شرط (pure et simple)، اللهم إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، أي أن أثاره غير موقوفة على أي شرط، كالتزام بالتموين الحصري من قبل ممون واحد مهما كانت طبيعة أو جودة العروض المقدمة من قبله²...

ومن باب أولى، فإن الالتزام بالاستثناء (الحصرية) يلغي كل عرض تنافسي، ذلك أن إخلاص ووفاء المدين لشرط الاستثناء مكتسب بالفعل مسبقا.

وبالتالي، فإن الحصرية -بموجب ما سبق ذكره- هي إدراك واعتراف من قبل شريكان بوجود رابط التفضيل والتمييز يضمهما، والذي يمنع معه التعامل في إطار تنافسي، هذا الرابط التفضيلي الناشئ عن هذه العلاقة يطبق على عمليات الشراء، وعمليات البيع، وكذا تقديم الخدمات³.

ولقد أثبت الواقع العملي أهمية الالتزام الحصري وتنوعه في مجال الاقتصاد، إذ بحسب وجهة نظرة الاقتصادية محضة ينشط الالتزام بالاستثناء (الحصري) في مجال عقود التوزيع الحصري الدولية، وفي مفاوضات المتعلقة بحقوق البث التلفزيوني، ولعل أشهر وأعرق العقود التي ينشط فيها هذا الشرط هو عقود التوزيع الخاصة بالمشروبات والوقود والخمور⁴، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من تواجده في العقود الصغيرة على حد تعبير دافيد بوسكو (David Bosco) مثال عن ذلك: عقد وكيل التأمين⁵...

وقد شهد الواقع العملي في فرنسا عن تنوع القانوني الذي يتخذه الالتزام بالاستثناء، وذلك إما بالنظر إلى هدفه أو موضوعه، فإذا تعهد المدين بتقديم خدمات حصرية اتجاه دائنه أو شريكه، يطلق عليها "حصرية أو استثناء الخدمات"، ينشط هذا النوع في عقود الوساطة أو عقود الوكالة (وهي عقود عادة تفرض على أحد أطراف بعدم تمثيل إلا وكيل واحد)⁶.

وفي نفس السياق، يوجد أيضا نوع آخر يطلق عليه بحصرية (الاستثناء) الشراكة، ويتضمن هذا الفرض مجموعة من الالتزامات التي تفرض على أطراف العقد بعدم التعاون مع الغير لأجل معالجة صفقة مشابهة لتلك التي تتعلق بموضوع الشراكة، مثلا: يتجسد شرط الاستثناء - في هذه الحالة - في

¹ Ibid, p.6.

² Ibid, p.6.

³ Gourdon Pascal, op. cit, p.8.

⁴ Ibid, p.8

⁵ Bosco David, op. cit, p.8.

⁶ Ibid, p.9.

الاتفاقات المتعلقة بالمهن الحرة المنعقد بين الأطباء والعيادات الخاصة، العقود المتعلقة
بالاعلانات¹...

وأخر طائفة في مجال الحصرية أو الاستثناء، نجد ما يطلق عليه "بحصرية الزبائن"، ويقصد به أن
التزام المدين بالبقاء زبونا دائما له وبصفة حصرية خلال مدة زمنية محددة، يعيش هذا الشرط في ظل
عقود الإطار المتعلقة بالتمويل يطلق عليه في هذه الحالة "بشرط التمويل الحصري"².

يُمكن أن تَرَد الحصرية على الإقليم فيطلق عليها في هذه الحالة "بالحصرية الإقليمية"، بحيث يلتزم
الممول بموجب شرط "حصرية التمويل" بالتعاقد بصفة حصرية مع المدين في إطار جغرافي محدد،
ويضمن له بموجب هذا الشرط باكتساب زبائن دون الحاجة إلى تقديم عروض تنافسية في هذا
المجال الجغرافي³، ويعتبر هذا الشرط -حصرية الإقليمية- ضروريا لتكييف عقد الامتياز التجاري⁴،
كما يمكن العثور عليه بكثرة أيضا في عقود الفرنشيز، عقود الوكالة التجارية⁵...

لا يقتصر تنوع شرط الاستثناء (الحصرية) على ما سبق عرضه، بل يمكن تقسيم هذا الشرط بالنظر
إلى الأدوار التي يلعبها في العقد، فيعتبر الشرط الاستثناء أحادية الجانب (Exclusivité
unilatérale) إذا كان المدين هو الوحيد الملزم بهذا الشرط دون الدائن أي أن هذا الالتزام ملقى على
طرف واحد دون آخر كعقود التمويل الحصري، عقود الفرنشيز، عقود العمل... إلخ.

في حقيقة الأمر، إن تبني هذا الشرط سيساهم بشدة في إبراز وضعية من الهيمنة العقدية، ذلك أن أحد
أطراف العلاقة هنا سيرضى على توجيه وتقييد حريته في الاختيار بمحض إرادته⁶.

وفي المقابل، يعتبر شرط الاستثناء ثنائي الجانب (Exclusivité bilatérale) إذا كان تعهد أحد
أطرافه يتناسب مع تعهد الطرف الآخر أي أن الالتزام ملقى على الطرفين، ينشط هذا الشرط أكثر في
عقود الامتياز التجاري (وهو ما يطلق عليه عقد الامتياز الحصري المتبادل concession
réciproque)⁷... إلخ⁸.

كما يمكن أن تقسيم شرط الاستثناء بالنظر إلى شدته وقوته في العقد، وهذا ما يمكن ترجمته بشرط
الحصرية البسيط أو المطلق، فيعتبر شرط الحصرية بسيط عندما يحدد نطاق تطبيقها بصفة ضيقة،

¹ Gourdon Pascal, op. cit, p.8-9.

² Bosco David, op. cit , p.11

³ Ibid, p.11.

⁴ Le Tourneau Philipe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats Formation, Formation, prix et durée), Juris-classeur, (contrat-distribution), LexisNexis, SA, 2006, p.4-5.

⁵ Bosco David, op. cit, p.12.

⁶ Ibid, p.13.

⁷ Mendoza-Caminde Alexandra, op. cit, p.129.

⁸ Bosco David, op. cit, p.13.

أي أن هذا الشرط لا يغطي إلا مجالا ضيقا، ويتحقق هذا الفرض مثلا في عقد الامتياز التجاري المتعلق بالسيارات، في حالة احتفاظ موزع المركبات لنفسه بحقه في تقديم مركبات للمومنين غير المتفق معهم¹.

في حين يطلق عليه بشرط الحصرية المطلقة، إذا قام أطراف العلاقة بتحديد نطاق تطبيق هذا الشرط بشكل أوسع، بحيث يتعهد المدين بالامتناع بشكل كلي في علاقته مع الزبائن الواقعة في مجال تطبيق شرط الحصرية المتفق عليه والموعود به، وخير مثال عن ذلك هو حماية شرط حصرية الإقليم بصفة مطلقة، وتتجسد هذا الفرض في حالة منح الدائن بشرط الحصرية هيمنة أو احتكار كلي على الإقليم الممنوح له².

ومن خلال هذا العرض وما جاء في نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، نستنتج أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح الاستثناء (الحصرية) ولم يعرفه ولم يحدد مداه ولا الأشكال التي يتخذها في الحياة العملية، إنما أكد فقط أن كل عمل أو عقد يتضمن هذا الشرط يعتبر محظورا ومخالف لقواعد اللعبة التنافسية.

وتطبيقا لذلك، فإن جميع الصور (سواء أكانت مطلقة أو بسيطة، خدمات، الشراكة...) التي يتخذها شرط الاستثناء تعتبر محظورة بمفهوم نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، إلا أن هذه المادة نفسها تظهر بشكل جلي حالة معينة دون غيرها من الحالات وهي حالة الاستثناء أحادي الجانب، بحيث يلتزم أحد الأطراف دون الآخر، وقد حدده المشرع بالمؤسسة الممارسة للنشاط.

في حين أغفل المشرع صراحة حالة الاستثناء ثنائي الجانب، فهل هذا يعني أن ظلال هذه المادة لن تغطي هذه الحالة أم هو سهو من قبله؟

لا يجوز التوسع في النص فمصطلحات المادة جاء واضحة والحكم بيبين، ولا يجب أن نحمل النص أكثر من طاقته، ذلك أن لب هذه المادة وفكرتها الأساسية تتمحور حول منع استثناء النشاطات الاقتصادية المعنية بهذا القانون من قبل مؤسسة اقتصادية، سواء تجسد هذا التصرف في شكل عقد أو عمل.

خامسا: مساس الممارسات الاستثنائية بالمنافسة

بالرجوع إلى نص المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة قبل التعديل، نجد أن موقف المشرع الجزائري لم يكن واضحا لتحديد مصير مرتكب هذه الممارسة، حيث اكتفى باعتبار أن ممارسة عقد

¹ Ibid, p.14.

² Ibid, p.14.

شراء استثنائي تحد وتعرقل المنافسة في السوق المعنية متى نتج عنه احتكار القائم به للسوق المعنية هذا من جهة.

إنّ المتأمل للنصوص القانونية الجزائرية، يجد أنّ هناك تضارب واضح بين ما جاء في المادة 7 والمادة 10، ولكن كيف ذلك؟ إنّ المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة¹ تحظر التعسف في وضعية الهيمنة أو الاحتكار، أي أنّ الوصول إلى مرتبة الهيمنة أو الاحتكار لا يعد في حد ذاته مساسا بالمنافسة بل التعسف في استعمال هذه الوضعية هو المحظور، إلا أنّ بتبني المشرع الجزائري للحل المنصوص عليه في مادة 10 هو بمثابة خروج عن الأصل المعتمد من قبل المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة قبل التعديل، وجل التشريعات المقارنة.

الأمر لم يتغير بل زاد تشديدا عندما عدل الأمر 03/03 بموجب القانون 12/08، واعتبر أن كل عقد /أو عمل استثنائي يعتبر محظور في حد ذاته، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه حذف مصطلح أساسي لتفعيل فكرة حظر هذه الممارسة، والتي كانت معروفة سابقا ألا وهو "الاحتكار على نشاط معين"، إذ أن الفكرة الأساسية للحظر-وفقا للتعديل الجديد- تدور حول فكرة "الاستثنائ" في حد ذاتها دون الحاجة إلى أن يصل الأمر إلى حد احتكار نشاط معين.

إنّ موقف المشرع الجزائري من فكرة الاستثنائ ليس غريبا، ففي وقت ليس ببعيد اتخذ المشرع الأوروبي والفرنسي نفس هذا الموقف، إذ كان يعتبران الممارسات التي تتضمن شرط الاستثنائ محظورة في حد ذاتها (interdit per se).

إنّ هذا الحل يجد أصوله في القانون الأمريكي (antitrust)، الذي كان يعرف ما يسمى بقاعدة الحظر المطلق (interdiction per se)، ومع ذلك اعتد النظام الأمريكي بالالتزامات الاستثنائية (الحصرية) مبررا مشروعيتها بتبنيه قاعدة البرهان (rule of reason)، حيث أخضعت المحكمة العليا لأول مرة العقود العمودية لقاعدة العقل بمناسبة معالجة لقضية Standard Oil Co، وتوالت القضايا التي أبرزت من خلالها المحكمة العليا عن مشروعية الاتفاقات العمودية خاصة تلك التي تتضمن شرط الحصرية مستعينة بقاعدة البرهان².

رغم تأثر القانون الأوروبي والفرنسي بالحل الذي جاء بها القانون والقضاء الأمريكي، إلا أنّ كان له مواقف متذبذبة وغير ثابتة حول قبوله شرط الحصرية، حيث ارتأى أن الاتفاقات (الأفقية) التي تشمل على شرط الاستثنائ تعتبر اتفاقا محظورا إذا كانت تمس أو تعرقل مسار المنافسة السوية في السوق

¹ المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد..."

² Bosco David, op. cit, p.132.

المعنية، أي أن تقدير مشروعية الاتفاق الذي يتضمن الاستثناء يتطلب الأخذ بعين الاعتبار الهدف أو الأثر المقيد للمنافسة لهذا الاتفاق¹.

إلا أن الإشكالية التي طرحت آنذاك كانت تتعلق بمدى مشروعية الشروط الاستثنائية في ظل العقود العمودية خاصة عقود التوزيع، التي عرفت رواجاً كبيراً تلك الفترة؟ منذ القرار الشهير لمحكمة العدل الأوروبية (arrêt Conston et Grunding)، اعتبرت المادة CE 81 قابلة للتطبيق على كل الممارسات التي تعيق المنافسة سواء كانت الاتفاقات بين متعاملين اقتصاديين في نفس المستوى (الاتفاق الأفقي) أو على مستويات مختلفة (الاتفاق العمودي)²، ومنذ ذلك الحين، أصبحت الشروط الاستثنائية المدرجة في ظل العقود العمودية للتوزيع تخضع لرقابة القانون الأوروبي (مطابقة المادة CE 81).

لم يعالج القانون الأوروبي شرط الحصرية في ظل الاتفاقات المحظورة فقط، وإنما تطرق إليها أيضاً في ظل وضعية الهيمنة، حيث اعتبر -في قرار قديم- أن ممارسة المؤسسة في وضعية هيمنة استثناء الشراء يعتبر محظوراً في حد ذاته، ولعل هذا الحل راجع للاجتهاد القضائي المتعلق بقضية الشهيرة "Hoffmann-La Roche المؤرخ في 13 فيفيري 1979".

وترجع أحداث هذه القضية إلى شركة Hoffmann-La Roche التي كانت تحتل وضعية هيمنة في ظل سوق الفيتامينات، حيث ارتضى المشترين المتعاملين بمحض إرادتهم بالتوقيع على تعهد صارم بالتمويل الحصري من قبل هذه الشركة المهيمنة، على أن يلتزم الممون بتقديم حسومات وتخفيضات. الأمر الذي لم يرق لمحكمة العدل وعاقبت بشدة هذا التصرف واعتبرته من قبيل الممارسات التعسفية المعاقب عليها بموجب المادة CE³ 82، وفي تعليقه لهذا الموقف ارتأت أن الهدف من وراء شرط التمويل الحصري هو الحد من دخول منتجين جدد للسوق⁴.

¹ Gourdon Pascal, op. cit, p.182.

² Nicolas-Vullierme Laurence, op. cit, p.175.

³ La Cour sanctionna sévèrement la clause en expliquant que : « le fait de lier-fût- ce à leur demande- par une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 CE (aujourd'hui 82) ». V. CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche c / Commission, rec. 1979. cité par Bosco David, op. cit, p167.

⁴ يوجد العديد من القرارات التي اتخذت نفس هذا الموقف، ففي قضية Van den Berg Foods حيث قام ممون للمثلجات في وضعية هيمنة بربط بعض موزعيه بشرط الاستثناء لتمويله بالثلجات... حيث قضت محكمة العدل بأنه: « le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, de lier de facto-fût- ce à leur demande -40% des points de vente du marché de référence par une clause d'exclusivité, qui opère en réalité comme une exclusivité imposée à ces points de vente, constitue l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité (aujourd'hui art 82 CE) ... » T.P.I.C.E, 23 octobre 2003, aff. T-65/98, Van den Berg Food cité par. Ibid, p178-179.

إلا أنَّ القضاء الأوروبي خفف من حدة هذا الحل، عندما أجاز التعهد بالتمويل الحصري في مواجهة المؤسسة في وضعية هيمنة في بعض الظروف، أي يمكن الإقرار بمشروعية الاستثناء في حالة التي لا تؤثر سلبا على المنافسة في السوق المعنية¹.

أما بالنسبة للقانون الداخلي الفرنسي، فنجد أنه تأثر كثيرا بالحلول التي أتى بها القضاء الأوروبي، حيث عالج شرط الاستثناء مرات في ظل الاتفاقات المحظورة، ومرات أخرى في ظل التعسف في وضعية الهيمنة.

حيث كان القضاء الفرنسي جد صارم في معالجة هذا الشرط، إذ اعتبر الاتفاق الذي يتضمن شرط الحصرية يحتتمل أن يشكل اتفاقا محظورا (طبقا للمادة 7 من الأمر رقم 1243 المؤرخ 1 ديسمبر 1986)، حيث تجسد هذا الحل في أحد قرارات محكمة النقض التي اعتبرت أن مجرد قبول مجموعة من الموزعين لشرط الاستثناء من قبل مومون مشترك يمكن أن يشكل اتفاقا محظورا².

إلا أن سرعان ما تراجع القضاء الفرنسي على هذا الرأي متأثرا بما توصل إليه القضاء الأوروبي في هذا المجال، وأصبح ينظر بعين الحذر والحيطه إلى هذا الشرط، وعلى هذا الأساس يعتبر الاتفاق الذي يتضمن شرط الاستثناء محظورا إذا كان من هدفه أو أثره تقييد، أو الحد أو القضاء على المنافسة في السوق المعنية.

ولعل السبب الرئيسي وراء عدول القانون الفرنسي والأوروبي عن الحظر المطلق للشرط الاستثناء هو الضرر الذي سيبصيب أهم مبدأ يقوم عليه النظام الاقتصادي الحر ألا وهو مبدأ حرية الصناعة والتجارة.

جسد القانون الفرنسي هذا الموقف عند معالجته للشروط الاستثناء في ظل التعسف في وضعية الهيمنة، حيث خالف ما جاء به القضاء الأوروبي واعتبر أن شرط التمويل الحصري المستعمل لصالح مؤسسة في وضعية هيمنة لا يعتبر في حد ذاته محظورا³.

¹ Gourdon Pascal, op. cit, p220.

² Cass. Com., 12 octobre 1993, CCC1993, p210 . cité par Ibid, p.183.

³ Selon le Conseil de la concurrence : « la conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de position dominante. Si, en effet, de telles clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet –constaté ou potentiel- d'éviction qu'elle comportent un abus de position dominante prohibé par l'article L420-2 du code commerce... » affaire Kallibra XE, 25 avril 2007, décis, n°07 –MC-01, concurrence, n° 3-2007, p 99 Cité par Bosco David, op. cit, p182.

وبالتالي، يكون المشرع الفرنسي والأوروبي قد خرج من قوقعة حظر العلاقات التي تتضمن شرط الحصرية سواء تجسدت في شكل اتفاق أو استعملت لصالح مؤسسة في وضعية هيمنة، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من بقاءها خاضعة للرقابة لضمان الاستفادة منها على أكمل وجه¹.

إنَّ ما جاء به المشرعين الفرنسي والأوروبي في هذا المجال يبدو واضحا ومنطقيا، فهما لم يعتبرا أن الممارسات الحصرية من الممارسات المقيدة للمنافسة ماعدا تلك التي تعرقل حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، وهذا هو الصواب ذلك أن مثل هذه العقود لها أهمية كبيرة في عالم الاقتصاد، وهدفها الرئيسي تنشيط وإشغال التنافس في قطاع اقتصادي معين، وهو حق تكتسبه المؤسسة الاقتصادية لما حققته من نجاح وتفوق على نظيرتها.

كما يشكل شرط الحصري فائدة كبيرة بالنسبة للمستهلك، في كونه يضمن له الحصول على منتجات وخدمات مماثلة في جميع نقاط البيع التابعة لشبكة التوزيع، كما يسمح لهم أيضا هذا الشرط بمتابعة المنتج أو المورد عن كل الأضرار الناتجة عن عيب في أمن المنتجات².

لا يشاطر هذا الرأي العديد من الفقهاء الذين ارتأوا في الحصرية مساوئ عديدة، إذ أنها تسمح بخفض وتقييد المنافسة في السوق، وكذا تحرم المستهلكون من حقهم في حرية الاختيار، كما يمكن لها أيضا المساس بمبدأ حرية التجارة والصناعة عن طريق تقييد نشاط بعض المهنيين³.

إن الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري لا يعد خروجاً عن المألوف، بل يجد تبريره في العديد من الأسباب النابعة من خصائص وميكانيزمات السوق الجزائرية، والتي يمكن سرد ومن أهمها:

- تجنب المشرع الجزائري تشكيل وضعية هيمنة في السوق، مما يضر بالمؤسسات الاقتصادية الضعيفة.
- إنَّ هذه الممارسة قد تعطي إمكانية وفرصة جيدة للمؤسسات التي تمتلك قوة اقتصادية لزيادة قواها والسماح لها بالتعسف مستقبلا.
- إنَّ مفهوم الحصرية لا يعتبر مفهوما ضروريا في السوق الجزائرية، الذي تفقد إلى المقومات الأساسية، والمتمثلة في عدم استعمال المؤسسات الاقتصادية الجزائرية للتقنيات الحديثة للتسويق،

¹ Nicolas Eréséo, La clause d'exclusivité, Juris-classeur(concurrence-consommation), LexisNexis, avril2016, p.4.

² يوسف جيلالي، شرط حصرية التموين الملزم للمتلقّي في عقد الامتياز التجاري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد3، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، وهران، جويلية2012، ص150-151.

³Eréséo Nicolas, op. cit, p.5.

والتي تعتمد على إستراتيجيات التسويق وتنظيم دورة التوزيع معتمدة على معايير محددة وتقنية عالية.

- إنَّ الحصرية تكتسب بناء على الجدارة والكفاءة المؤسسة وليس حقا يكتسب بناء على تصرفات غير شفافة وغير نزيهة.

- وأخيرا إذا كانت المؤسسات الجزائرية غير قادرة على تطبيق التقنيات الحديثة لتنظيم دورة التوزيع وعلى فهم والسيطرة على القواعد المطبقة على العقود، فالأصل أن تبقى هذه المواد سارية المفعول إلاَّ أنَّ هذا الأمر يجب ألاَّ يطول خاصة بعد انفتاح الجزائر على السوق الأوروبية والسوق العالمية¹.

- وأخيرا، رغم المساوئ والفوائد التي يدرها شرط الاستثناء في الحياة العملية على المتعاملين به، فإنَّ المشرع الجزائري فضَّل حظره نظرا لعدة أسباب سبق ذكرها، كما يمكن أن نلاحظ أيضا أنَّه لم يأخذ بعين الاعتبار المستهلك بصفة صريحة في عملية حظر هذه الممارسة، بل كَيَّفها على أنَّها ممارسة محظورة نظرا لمساسها بميكانيزمات السوق الجزائرية، والتي لازال إلى حد يومنا الحالي فتياً وهشاً، فباستخدام هذا الشرط ستكون النتائج وخيمة على المؤسسات الاقتصادية التي تفتقد إلى المقومات الصحيحة للصمود أمام متطلبات هذا الشرط، والتي سيتحملها في النهاية المستهلك.

لهذا وإن كان ظاهر الحظر يوحي بعدم الأخذ بعين الاعتبار المستهلك في مسألة تقدير هذه المخالفة، فإن تحليل الشروط الواجب توفرها لقيام هذه الممارسة يثبت أن مصلحة المستهلك ضمن الاعتبارات الجوهرية لحظر المشرع الجزائري هذه الممارسة، وبتبنيه هذا الموقف فإنه وسع من إطار الحماية المقررة للمستهلك الجزائري.

المطلب الثاني: الحالات التطبيقية للممارسات الاستثنائية في الجزائر.

عرفت الحصرية(الاستثناء) انتشارا واسعا في مجال العقود التجارية لما تحققه هذه الأخيرة من مزايا لا تحصى لأطراف العقد، ولعل أكثر العقود التي شهدت استفحال لهذا الشرط "عقود التوزيع"، وبالأخص عقد الإمتياز الحصري وعقد الفرنشيز "contrat de concession et contrat de franchise"، الذي يعرف انتشارا واستحسانا في أكثر من ميدان في السوق الجزائرية.

¹Fiche pratique n°5 :L'exclusivité. www, mincommerce, gov, dz/ concur/fiches/...../fiche 5, pdf.

لهذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى هذين العقدين، ومقارنتهما مع ما جاء في نص المادة 10 من الأمر 03/03 المعدل بالقانون 12/08 المؤرخ في 19 يوليو 2008¹، ونحاول تسليط الضوء على كيفية معالجتها من قبل القانون الأوروبي والفرنسي.

الفرع الأول: عقد الامتياز الحصري (Distribution exclusive, concession exclusive).

أطلق على هذا العقد العديد من التسميات كعقد التوزيع الحصري، عقد الامتياز الحصري، العقد الحصري، عقد الامتياز التجاري²...، ويعتبر هذا العقد من أكثر العقود شيوعا في الحياة العملية لما يُحققه هذا الأخير من مزايا ومنافع، ولعل أهمها إشباع لحاجات المستهلكين التي أصبحت تتطلع لكل جديد، إذ أنّ الحاجة الاقتصادية هي المبرر الوحيد والسبب الرئيسي لابتكاره ووجوده³.

يعتبر اليوم عقد الامتياز الحصري من أكثر عقود التوزيع انتشارا في المجال العملي خاصة في القطاع التجهيزات الكهرومنزلية، الآلات الفلاحية، المنتجات البترولية، المشروبات الكحولية والمشروبات أخرى⁴.

كما لا يجب الوقوع في لبس بين عقد الامتياز التجاري الحصري وعقد الامتياز المستخدم في القانون العام⁵، وهو العقد الذي تستخدمه الإدارة لتسيير مرفقا عاما، حيث يتميز هذا العقد بعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة (الإدارة العامة، والمتنازل له)⁶

ولفهم عقد الامتياز التجاري ودوره في الحياة العملية وجب أولا التطرق إلى النظام القانوني الذي يقوم عليه، ثم التطرق إلى موقف قانون المنافسة الجزائري منه.

¹ ج ر، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص 11.

² Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats formation, prix et durée), Juris-classeur, (contrat-distribution), LexisNexis, SA, 2006, p.3.

³ Ibid, p.3.

⁴ La concession exclusive est aujourd'hui : « un système de distribution très largement pratiqué, notamment dans le secteur des appareils électroménagers, du matériels agricoles, des produit pétroliers, de la bière et autres boissons » V. Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (Distribution, circuits et réseaux de distribution...), Juris-classeur, (contrat-distribution), LexisNexis, SA, 2006, p.9.

⁵ يقصد بعقد الامتياز الإداري: "أنه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية، بموجب شخص طبيعي (فردا) أو شخص معنوي من القانون العام أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز، بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله، ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد، يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق." ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد، الجزائر، 2006، ص 212.

⁶ Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (Distribution, circuit et réseaux de distribution), op. cit, p.8.

أولاً: النظام القانوني لعقد الامتياز الحصري.

يرجع السبب الرئيسي من وراء دراسة النظام القانوني لعقد الامتياز الحصري هو محاولة التعريف بهذا العقد، وإبراز أهمية شرط الاستثناء (الحصرية) في تكوينه وتمييزه عن باقي العقود، وفيما يلي تفصيل لذلك:

1-تعريف عقد الامتياز التجاري:

لم يرد في التشريعات المقارنة (الجزائري و الفرنسي، الأوروبي) تعريف لهذا العقد، وإنما تركت المجال للفقه لمحاولة إرساء معالم لهذا العقد، حيث عرفه M.Claude Champaud بأنه: "اتفاق بين تاجر يدعى الملتزم (المتلقي) Concessionnaire بوضع مؤسسته الخاصة بالتوزيع في خدمة تاجر آخر أو مصنع (Industriel) يدعى الممتازل (المانح) Concédent، من أجل أن يضمن له حصريا وفي رقعة جغرافية محدودة ومدة زمنية معينة وتحت رقابة المانح (المتنازل)، توزيع منتوجاته في إطار احتكار إعادة البيع المتنازل عنه¹."

في حين استعمل "Philippe Le Tourneau" مصطلح الامتياز "concession" لدلالة على مجموع عقود التوزيع إلا أنه يرجع ويميز بين "عقد الامتياز الحر" والذي لا يتضمن شرط الحصرية وفي هذه الحالة نكون بصدد عقد توزيع انتقائي، وعقد "الامتياز الحصري" الذي يتميز وينفرد بهذا الشرط².

ومن هذا المنطلق عرف "Philippe Le Tourneau" عقد الامتياز الحصري بأنه: "هو عقد توزيع محدود المدة، يوافق فيه المانح حصريا على إعطاء الملتزم (المتلقي) Concessionnaire حق إعادة بيع منتوجاته ذات العلامة في إطار جغرافي محدود، بالمقابل أن يلتزم المُتلقِيان حصريا من المانح (ويقبل الخضوع إلى عدد من الشروط و الرقابة)³."

وفي تعريف أكثر سلاسة من سابقه، فإن عقد الامتياز الحصري هو عقد يلتزم بموجبه ممون (fournisseur) بتوريد بعض سلعه إلى بائع واحد يسمى:المتلقي concessionnaire من أجل إعادة بيعها في إطار جغرافي محدود بصفة حصرية⁴.

¹M.Claude Champaud que le contrat de Concession est la convention par laquelle un commerçant appelé concessionnaire met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée, et sous la surveillance du concédant, la distribution de produits dont le monopole de revente lui est concédé . », legeais Dominique, Droit commerciale et des affaires, 20^{ème} édition, Sirey /Dalloz) 2012, p.48.

² Bout Roger et autres, op. cit , p.157.

³ Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats, formation , prix et durée) , op.cit , p.3.

⁴ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.597.

أما مؤخرا فقد حاول المشرع الأوروبي التدخل من خلال إعطاء تعريف لعقد التوزيع الحصري¹ بموجب التوجيه رقم 2010/330 المؤرخ في 20 أبريل 2010: "بأنه الالتزام الوارد على المُنظّم بعدم منح حصرية إعادة البيع إلاّ لموزع واحد"، ويضيف النص، بأنه في كثير من الأحيان، "يلتزم الموزع بعدم إعادة البيع إلاّ في إطار جغرافي محدد"².

ومما تقدم من التعريفات يمكن استنتاج أهم الخصائص المميزة لعقد الامتياز الحصري بأنه:

- عقد عمودي يربط بين المورد (concedant) وبائع واحد (المُتلقّي Concessionnaire)³.
- إنّ الالتزام في هذا العقد يقع على عاتق المورد (concedant) .
- عقد الامتياز الحصري هو من عقود الإطار (contrat –cadre)⁴.
- الحصرية التي يتضمنها عقد الامتياز هي من أهم عناصر هذا العقد⁵.

عقد الامتياز الحصري هو عقد وليد الحياة العملية، وهذا ما يفسر سكوت تشريعات كثيرة عن تنظيمه كالمشرع الجزائري و الفرنسي وتقريبا جميع الدول الأوروبية، عكس بعض القوانين البلجيكية⁶ و القانون الولايات المتحدة الأمريكية، رغم المحاولات العديدة لوضع مشروع خاص بتنظيمه (من 1956 إلى 1982) أمام البرلمان الفرنسي إلاّ أنّ الأمر بقي على حاله⁷.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اعتد بهذا العقد كنظام توزيع معمول به في مجال المنتجات الكهرومنزلية والسيارات⁸ والمنتجات البترولية، وقد جاء المنشور الوزاري رقم 63-90 المؤرخ في

¹ Bout Roger et autres, op. cit , p.1571.

² Lignes directrices sur les restrictions verticales, 19 mai 2010, JOUE 19 mai, n° C130/

³ Mendoza-Caminade Alexandra, op. cit, p.128.

⁴ Jean-Bernard Blaise, op. cit, p.597- 598.

⁵ Legeais Dominique, op.cit, p. 480.

⁶ تعتبر بلجيكا الدولة الأوروبية الوحيدة التي نظمت عقد الامتياز التجاري بموجب قانون خاص به المؤرخ في 27 جويلية 1961، ولعل السبب الذي رجحه الفقهاء آنذاك هو محاولة الدولة البلجيكية حماية الوكلاء (concessionnaires) البلجيكين في مجال السيارات خاصة بعد غزو الشركات الأمريكية واليابانية لهذا المجال...لمزيد من المعلومات:

Bout Roger et autres, op. cit , p.1571.

⁷ LeTourneau Philippe, Concession exclusive (condition de validité au regard de droit des contrats, formation, Prix et durée, op.cit , p.3.

⁸ تدخل المشرع الجزائري مؤخرا من أجل تنظيم هذا المجال بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-58 المؤرخ في 8 فبراير 2015 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج ر، العدد5، الصادر بتاريخ 8 فبراير 2015، ص13، حيث استخدم المشرع مصطلح الوكالة بدل عقد الامتياز التجاري، حيث عرف هذا العقد بأنه: "... الوكالة: عقد يتنازل بموجبه الصانع مانح المركبات الجديدة للوكيل عن حق تسويق منتجاته على التراب الوطني ولمدة معينة."

20 أوت 1990 الصادر عن وزارة التجارة آنذاك، حيث حددت المجالات التي يمكن لصاحب الامتياز أن يبرم عقد الامتياز التجاري بشأنها، ومن بين هذه الوسائل التوريد المتعلقة بالسيارات، قطع الغيار.. أما عن المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في المنشور الوزاري 63-90 هو مصطلح الوكالة، ولم يأت لى ذكر مصطلح "عقد الامتياز التجاري"، أما في نظام رقم 90-04 المؤرخ في 8 سبتمبر 1990¹ المتعلق باعتماد الوكلاء وتجار الجملة بالجزائر وتنصيبهم جاء بمصطلح آخر وهو "الانفراد" للدلالة على الاستثناء من خلال (المادة 8/ب منه)، ولعل هذه المادة كانت سوف تثير إشكالية كبيرة إذا ما تم مقارنتها مع جاء في المادة 10 من الأمر 03/03. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو البحث عن الأحكام القانونية التي تنظم هذا العقد ؟

2- أركان وشروط قيام عقد الامتياز الحصري.

يعد عقد الامتياز الحصري من العقود الغير المسماة في القانونين الجزائري والفرنسي، أي أنه من العقود الغير المنظمة بموجب نصوص خاصة، إلا أن هذا الأمر لا يحول دون الرجوع إلى إخضاعه للأحكام العامة المطبقة على جميع العقود.

ومن هذا المنطلق، يخضع عقد الامتياز الحصري للقواعد العامة المتعلقة بالعقود بصفة عامة، والعقود التجارية بصفة الخاصة²، كما أن هذا العقد يتميز أيضا بأنه من عقود الإطار (contrat-cadre)³، لذلك يخضع لبعض الأحكام الخاصة التي تتناسب مع طبيعته، ونظرا لأهمية هذا العقد و استغراقه مدة زمنية طويلة، وجب أن الوقوف على أهم الأحكام التي تنظم سيره في الحياة العملية مع الغياب الشبه التام لتنظيمه.

أ- تكوين عقد الامتياز الحصري:

يعتبر عقد الامتياز الحصري كباقي العقود يخضع لانعقاده توافر الأركان العامة (التراضي، المحل، السبب) التي تطبق على جميع العقود، وإلى أركان خاصة تتماشى مع خصوصيته (المدة، الثمن). وفيما يلي شرح لهذه الأركان:

¹ نظام رقم 04/90 المؤرخ في 8 سبتمبر 1990 يتعلق باعتماد الوكلاء وتجار الجملة بالجزائر وتنصيبهم، ج ر، العدد 45، الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1990، ص 1442.

² Legeais Dominique, op.cit, p. 480.

³ يقصد بعقد الإطار هو العقد الذي يهدف إلى تحديد الشروط اللازمة لإبرام عقود التطبيق المتعلقة عادة بالبيع في

المستقبل... Mainguy Daniel, Contrats spéciaux, Dalloz, 6^{ème} édition, 2008, p.408

وفي تعريف آخر لها هي عقود مرنة تستجيب لوضعية التعاقدية المعقدة خصوصيته في أنه يسمح لعقود أخرى أن تحقق أهداف المتعاقدين "Jean Gatsi, Le Contrat-cadre, L.G.D.J, 1996, p.3...

بادئ ذي بدء، يجب تحديد الأطراف المعنية بعقد الامتياز الحصري وبالرجوع إلى التعاريف السابقة، نجد أن هذا العقد يستند على طرفين مهمين يدعى الطرف الأول المانح (concedant)، في حين يطلق على الطرف الثاني المتلقي (cessionnaire).

يشترط لانعقاد العقد الامتياز التجاري توافر التراضي بين طرفيه، ويقصد بها تطابق الإيجاب والقبول، إلا أنّ وجود التراضي لا يكفي وحده، بل يجب أن يكون صادر عن أشخاص أهلة قانونا للتعاقد وفقا للأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

كما يشترط أيضا أن يكون الرضا الصادر من أطراف هذه العلاقة حرا وصحيا خاليا من كل العيوب والأمراض، ويمارس أطراف عقد الامتياز هذه الحرية عن طريق اختيار الممون للموزع المناسب للعمل معه طيلة فترة هذا العقد دون أن يكون مجبرا على تبرير اختياره أو تسبب رفضه، ولا حتى السير وفق معايير معينة للقيام بهذه العملية، لا يحكمه في هذا الاختيار إلا الوصول إلى حسن تسويق منتجاته¹.

أكد القضاء ومجلس المنافسة الفرنسي على هذا الحل في العديد من المناسبات، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية لسنة 1998 أنه: "للمانح (الممون) الحق في التعامل مع المتعاقد الذي اختاره بمحض إرادته، والذي لن يكون مجبرا على تسبب قراره ولا مناقشة المعايير التي تتم على أساسها هذا الاختيار"².

ليضيف مجلس المنافسة الفرنسي في نفس السياق وتأييدا لنفس المبدأ قراره، الذي جاء فيه أنه: "يخضع اختيار الوكلاء إلى التقدير الحر للممون"³.

تعرض هذا الحل إلى العديد من الانتقادات، كونه خالف بصفة كلية ما تم فرضه على التوزيع الانتقائي الذي يستمد مشروعيته من اختيار الموزعين وفق معايير نوعية وموضوعية، الأمر الذي أدى بمحكمة النقض الفرنسية التدخل لإعادة هيكلة أسس لقيام هذا العقد بموجب قرارها ل25 جانفي 2000⁴، واشترطت ضرورة إخضاع انتقاء الوكلاء (les concessionnaires) إلى نفس المعايير التي يقوم عليها عقد التوزيع الانتقائي، وبذلك تكون قد هجرت الطريقة الاختيار العشوائي والتمييزي السابقة

¹ Mendoza-Caminade Alexandra, op. cit, p.130.

² En 1998, la Cour de Cassation avait affirmé que : « le concedant a le droit de traiter avec le contractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé. » Bout Roger et autres, op. cit, p.1573.

³ Le conseil de la Concurrence Français avait adopté une même position en posant que : « le choix des concessionnaires relève de la libre appréciation du fournisseur. » Ibid, p.1573.

⁴ Mendoza-Caminade Alexandra, op. cit, p.130.

والتي أبحاثها في وقت مضى، "والتي لم تكن تسمح بمراقبة خضوع المرشحين لنفس المعايير الموضوعية أو لا¹".

وعليه، يجب على المانح(الممون) التقيد بمعايير نوعية وموضوعية لاختيار وكلاءه (المتلقين) والابتعاد عن كل مساس أو تعسف في استعماله لهذا الحق.

إن اكتمال التراضي لا يتم إلا بصدور الإيجاب والقبول عن إرادة سليمة وصحيحة خالية من عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال) وإلا وقع العقد باطلا، إلا أن خصوصية هذا العقد وتضمنه لشروط مميزة، فقد حاولت بعض التشريعات المقارنة إحاطة أطرافه بالحماية اللازمة حتى يصدر الرضا عن إرادة واعية وسليمة.

فمثلا القانون الفرنسي أجبر المورد (المانح *concedant*) تقديم وثيقة قبل التعاقد تتضمن معلومات واضحة وصريحة وصادقة حول هذا العقد. نجد هذه الحماية أساسها في القانون 31 ديسمبر 1989 المسمى (قانون دوبي *la loi Doubin*) التي أصبحت حاليا المادة 1-330 / من ق ت ف .

كما أعطت نفس المادة في فقرتها الرابعة مدة للتفكير إعطاء (*Délai de réflexion*) حيث أجبرت هذه الفقرة المورد (*concedant*) إعطاء الطرف الثاني مدة 20 يوم قبل إمضاءه للعقد النهائي لمراجعة بنود العقد و الإلمام بجميع عناصره يسمى (الإعلام المسبق للبائع).

لا نجد مقابل لهذه المادة في القانون الجزائري إلا أن هذه الحماية مضمونة، ويمكن استنتاجها من أحكام القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية²، وبالأخص المادة 4 منه التي تفرض على العون الاقتصادي إعلام كافيا وواضحا الزبون (العون الاقتصادي) بكل ما يتعلق بالسلعة والخدمات وشروط البيع³.

ب-الأركان الخاصة لتكوين عقد الامتياز الحصري:

أيضا من الأمور التي تثير إشكالية في عقود الإطار هي الثمن ومدة العقد⁴، إن مسألة تعيين الثمن في هذا العقد أثارت العديد من الإشكالات على مستوى الحياة العملية والسبب راجع إلى استغراق مثل

¹ « Et qui ne permettent pas de vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats . » Ibid, p.130.

² القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2004، ص3.

³ تنص المادة 4 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية: " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع و الخدمات، وبشروط البيع "

⁴ Legeais Dominique, op. cit, p.480.

هذه العقود مدة طويلة من الزمن الأمر الذي يجعل تعيين الثمن لمرة واحدة مسألة بالغة التعقيد و الصعوبة.¹

إنّ هذه الصعوبة لم تطرح على المستوى العملي بل أثارت جدلا فقهيًا وقضائيا كبيرا في فرنسا، وخاصة أن الأحكام العامة المتعلقة بعقود البيع التقليدية أصبحت غير قابلة التطبيق بأي شكل من الأشكال على هذا العقد.²

انتهى هذا الجدل بموقف القضاء الفرنسي الذي حسم الموضوع بتخليه عن فكرة تحديد الثمن لمرة واحدة في مثل هذه العقود بموجب القرار الشهير له في 1 ديسمبر 1995، واعترف من خلاله على أن أحكام المادة 1129 من القانون المدني الفرنسي غير قابلة التطبيق على مثل هذه العقود.³

أخذ بهذا الاجتهاد القضائي الفرنسي المشرع الجزائري من خلال نص المادة 356 من القانون المدني الجزائري.⁴

أما بالنسبة لمدة عقد الامتياز الحصري، فبالرجوع إلى التعاريف السابقة الذكر، نجد أن مثل هذه العقود قد تدوم لفترات زمنية طويلة رغم ذلك فهي لا تخضع لأية أحكام قانونية خاصة بها، ما عدا أن هذا العقد يتضمن شرط الحصرية (la clause exclusivité)⁵ التي حددت أحكامها المادة 3-330 L من ق ت ف مدتها 10 سنوات كأقصى حد، و بمفهوم المخالفة فإن مدة هذا العقد يجب ألا تتجاوز 10 سنوات.⁶

¹ Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats), op. cit, p.13.

² Legeais Dominique, op. cit, p.479.

³ Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats), op. cit , p.20-21.

⁴ حيث تنص المادة 356 من القانون المدني الجزائري: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.

وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان، والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية."

⁵ Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (condition de validité au regard du droit des contrats), op. cit, p.22.

⁶ Blaise Jean- Bernard, op.cit, p. 598.

في الجزائر لا يوجد مقابل لهذا النص القانوني في المنظومة التشريعية إلا أنه لا يمكن لهذا العقد أن يكون مدى الحياة¹.

من المميزات الأساسية أيضا لهذا العقد احتواءه على شرط غير مألوف في العقود التجارية، ألا وهو شرط الحصرية فهل هذا : الشرط إجباري أم يمكن الاستغناء عليه ؟ وهل هذا الشرط متبادل أم يقع على عاتق طرف واحد دون الآخر ؟

عقد الامتياز الحصري هو عقد يلتزم فيه المشتري بشراء المنتجات من قبل مورد(المانح) من أجل إعادة بيعها، ومن الأمور التي يتم الاتفاق عليها هو شرط الحصرية، بحيث يلتزم المانح بمنح الوكيل حق إعادة البيع لمنتجاته في إطار جغرافي محدود بصفة حصرية.

وبالتالي، يعتبر شرط الحصرية الإقليمي هو طبيعة عقد الامتياز الحصري وشرط أساسي ومهم، والسبب الرئيسي لوجوده، وعليه لا وجود لعقد امتياز حصري بدون هذا الشرط، إذ بدون تحديد هذا الشرط (شرط الحصرية الإقليمية) لا يرقى هذا العقد إلى مصاف عقود الامتياز ويطلق عليه في هذه الحالة عقد الاعتماد (contrat d'agrégation)².

ويختلف مجال شرط الحصرية الإقليمية من عقد امتياز إلى الآخر، فإذا كان شرط الحصرية يتعلق بالإطار الجغرافي التي تمارس فيه هذا الشرط، ففي هذه الحالة يجب أن يحدد في عقد الامتياز بدقة الإطار الجغرافي الذي سيتم تموين الوكيل بالمنتجات المتفق عليها بصفة حصرية أي تحديد(الولاية، المقاطعة، البلدية...)³.

أما إذا كانت الحصرية تتعلق بالزبائن، وهي الحالة التي تتحقق عندما يحدد شرط الحصرية(الاستثناء) الإقليمية طائفة الزبائن المشمولون بهذا الشرط، الأمر الذي يفرض معه أن تحدد هذه الطائفة بصفة دقيقة يطلق عليه بشرط الزبائن المحفوظة « clause de « clientèle réservée »، وقد تتعلق هذه

¹ وقد أكد على هذا الفرض ما جاء في المادة 2 / 2 من المرسوم التنفيذي رقم 58/15 المؤرخ في 8 فبراير 2015 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج ر، العدد 05، الصادر بتاريخ 8 فبراير 2015، ص 13، حيث جاء فيه أن: "... الوكالة: ... يتنازل بموجبه الصانع مانح المركبات الجديدة للوكيل عن حق تسويق منتجاته على التراب الوطني ولمدة معينة."

² Elle a également été affirmé en jurisprudence : « le contrat de concession ne signifie rien s'il ne s'accompagne pas d'un privilège du concessionnaire dans la zone concédée... » (T. com. Paris, 4 août 1976, LPA 10 juin 1977 ; dans le même sens, CA Paris, 2 juin 1981, Gaz. Pal. 1981, 2, jur. , p631, Note Marchi J-P « l'exigence de l'exclusivité territoriale est à l'évidence par elle-même(...) indispensable pour concourir à caractériser un contrat de concession exclusive » Bout Roger et autres, op. cit, p.1575.

³ Ibid, p1583.

الطائفة عادة بعض الجمعيات أو الزبائن التي تنتمي إلى القطاع المتنازل عنه للوكيل، كما يمكن أن تضم الإدارات، الشركات الوطنية، المطاعم¹.

وفي الأخير، يمكن أن تغطي الحصرية المنتوجات المتفقة على توريدها، وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن عقد الامتياز تحديدا دقيقا للمنتوجات المشمولة بشرط الحصرية تحت طائلة البطلان².

رغم أهمية شرط الحصرية في بلورة عقد الامتياز الحصري، إلا أن هذا الشرط قد تختلف قوته من بسيط إلى مدعم لا من جهة الوكيل أو من جهة المانع.

فإذا تعلق الأمر، بشرط الحصرية البسيطة أو ما يطلق عليها أيضا شرط الزبائن المحفوظة (clientèle réservée)، ويقصد بها التزام البائع بعدم البيع في منطقة جغرافية محددة إلا لوكيل واحد، كما أنه يحتفظ لنفسه بحرية الاتجار خارج عن هذه المنطقة أو حتى في نفس المنطقة ولكن لزبائنه الشخصيين سواء بصفة مباشرة أو عن طريق فروعه³.

ويكون شرط الحصرية مدعم (exclusivité renforcée) عندما يحمل في طياته التزامات مشددة على كلا من الطرفين، وتكون الحصرية مدعمة من قبل المانع (concedant) عندما يلتزم هذا الأخير بعدم البيع -في إطار القطاع الجغرافي المحمي- لأي شخص كان، وتحت أي شكل (وهو ما يعرف بشرط عدم المنافسة)⁴.

أما من جهة الوكيل، فيصبح الشرط مشددا أو مدعما، حينما يمنع على الوكيل الحصري من التعدي -بأي شكل كان- على المناطق الجغرافية التابعة لأعضاء الشبكة، يعتبر شرط الحصرية المدعم تجسيدا لوضعية احتكار أو هيمنة البيع على القطاع الجغرافي التابع للوكيل الحصري، أطلق عليه مؤخرا تسمية شرط "الحصرية الجغرافية المطلقة" *exclusivité territoriale absolue*.

عقد الامتياز الحصري كباقي العقود يفرز آثار قانونية على الأطراف المتعاقدة، والتي على أساسها تتحدد تصرفاتهما في المستقبل، وأي خروج عنها يعتبر خرقا واضحا للعقد الذي يجمع بينهما، ويمكن أن نجمل آثاره فيما يلي:

¹ T. com. Paris, 4Févr . 1977, Gaz. Pal . 1977, jur., p.597 ...V Ibid, p.1584.

² Cass, com., 7nov. 1983, n°82-13.651, Bull. civ. n° 292 ...V Ibid, p.1584.

³ Le Tourneau Philippe, Concession exclusive (effet, rupture), Juris-classeur, Tome 2, LexisNexis SA, 2006, p.4.

⁴ Le Tourneau Philippe, Les contrats de concession (distribution sélective-concession exclusive-distribution automobile-droit interne et communautaire), 2édition, LexisNexis, Litec, Paris, 2010, p.24.

بالنسبة للمورد(المانح)، إن المبدأ الأساسي الذي يحكم العلاقة التي تربط بين المتلقي (concessionnaire) والمانح (concedant) هو مبدأ حسن النية، وعلى أساسه يجب على هذا المبدأ أن يتجسد في تصرفاته¹.

كما يجب عليه أن يحترم شرط الحصرية²، الذي يربطه مع المتلقي أي احترام المنطقة الجغرافية المحددة حصرا (سواء كانت جهوية، وطنية، بلدية، أو على مستوى المحافظة...)، وكذا المدة الزمنية المحددة في العقد³.

لهذا يجب عليه وضع تحت تصرف المتلقي (concessionnaire) المعلومات التقنية و التجارية التي بحوزته، وتمويله بالكمية الضرورية والكافية لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا العقد⁴.

أما بالنسبة للمتلقي (concessionnaire)، فيجب عليه احترام الرقعة الجغرافية المتعاقدة عليها وعدم البيع خارج هذه المنطقة⁵، كما يجب عليه الالتزام بالتمويل حصريا من المانح (concedant) طيلة مدة العقد⁶، وعليه أيضا دفع ثمن البضائع موضوع العقد، وفي الأخير يقع عليه احترام أهداف البيع التي تضمنها الاتفاق بين الأطراف⁷.

إنّ هذا العقد بتركيبته المعقدة أثار العديد من الإشكالات، لاسيما تلك التي تتعلق بمدى مصداقيته اتجاه قانون المنافسة أو بمعنى أصح هل أحكام قانون المنافسة قابلة للتطبيق على هذا العقد؟

ثانيا: موقف قانون المنافسة من عقد التوزيع الحصري.

ظل عقد الامتياز التجاري خارج عن تطلعات قانون المنافسة الفرنسي والأوروبي لكونه يعتمد على روابط عقدية عمودية، فلطالما اعتبر القانون الأوروبي أنّ الاتفاقات التي تتم بين مؤسسات لا تقع في نفس السلسلة التجارية لا تعتبر متنافسة مع بعضها البعض.

إلاّ أنّه منذ 1966، بدأت محكمة العدل الأوروبية تغير رأيها شيئا فشيئا، وامتد تطبيق أحكام اتفاقية روما " Traité de Rome" على كل أشكال الاتفاقات سواء كانت أفقية أو عمودية، وبما أن عقد الامتياز التجاري عقد يبرم بين المنتج والموزع أي بين مؤسستين لا تقع في نفس السلسلة الاقتصادية،

¹ Ibid , p.4.

² Legeais Dominique, op.cit , p.481.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.1576.

⁴ LeTourneau Philippe, Concession exclusive (effet, rupture), op.cit, p. 5-6

⁵ legeais Dominique, op cit, p.481

⁶ Mendoza-Caminade Alexandra, op. cit, p.135.

⁷ legeais Dominique, op.cit , p.482.

فإن أحكام المادة 85 تطبق على هذه العقود، وتجسد هذا الرأي فعلا في الحكم القضائي الشهير ل30 جوان 1966 قضية Grunding، وتوالت بعده عدة قرارات أكدت نفس المبدأ.

سار على هذا النهج القضاء الفرنسي، الذي اعتبر لفترة طويلة أن الاتفاقات الحصرية لا تندرج ضمن مصاف الاتفاقات المحظورة، إلا أن مشكلة اتفاقات التوزيع بدأت في الظهور منذ 1960 وخاصة عقد الامتياز الحصري.

ففي تلك الفترة الزمنية، كانت المادة 37 الفقرة الأولى من الأمر 30 جوان 1945 المتعلق بالأسعار يمنع ويجرم رفض البيع، والسؤال الذي طرح آنذاك هو: هل وجود عقد امتياز حصري يبزر رفض البيع لغير الوكيل الحصري أم لا؟

فإذا كانت الإجابة سلبية، فإن مثل هذه العقود تعتبر باطلة، إلا أن محكمة استئناف باريس حكمت بشرعية عقد الامتياز الحصري، ولكن هذا لا يبزر أو يسمح برفض البيع للغير، وهذا ما يؤدي إلى المساس بفعالية هذا العقد ومصادقته¹.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية في 11 جويلية 1962 نقضت قرار محكمة استئناف باريس، واتخذت موقفا جد غريب، حيث قررت بأن وجود عقد الامتياز الحصري يكمن في شروط معينة-جعل المنتوجات - قانونيا غير موجودة(غير قابلة للتصرف)، وهنا يمكن تبرير رفض المانع البيع، كما قامت محكمة النقض الفرنسية بتحديد الشروط التي لا تخضع لجريمة رفض البيع(شرط الحصرية المتبادل، شرط عدم تحديد المنافسة بطريقة مستمرة...)².

أما عن مصادقية عقد الامتياز الحصري بالنظر إلى قانون المنافسة الفرنسي بقي غير واضح، بينما قررت الجهات القضائية عدم اعتبار العقود الحصرية من قبيل الاتفاقات المحظورة، في حين أخذت لجنة المنافسة الفرنسية موقفا جد صارما، حيث اعتبرت أن شبكة التوزيع الحصري يمكن أن يكون لها أثر مقيد على المنافسة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية اعترفت أخير أن مثل هذه العقود تخضع لأحكام المادة 1-420 من القانون التجاري الفرنسي.

إن هذا العقد لم يتم تناوله في إطار الاتفاقات المحظورة، بل تناوله القانون الفرنسي و الأوروبي في إطار التعسف في استغلال وضعية الهيمنة، التي تم طرحه في مدى اعتبار دعم الاندماج العمودي من أجل تطوير شبكة التوزيع تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة؟

¹Bosco David, op. cit, p.17.

² Ibid, p.18.

أجاب على هذا السؤال محكمة العدل للمجموعة الأوروبية CJCE التي في القرارين المشهورين) قضية Hoffmann-La Roche وقضية Van den Bergh Foods) أكدت أن شرط الحصرية من الشروط التي تمس بهيكل السوق، كونه يؤدي إلى منع الزبون من حق اختيار المموين، كما أنها تؤدي إلى غلق الطريق أمام المنتجين الجدد الأمر الذي سيؤدي حتما إلى تعسف في استغلال وضعية هيمنة، رغم ذلك إلا أنها لم تعتبر من شروط المحظورة في حد ذاتها¹.

سار على هذا الرأي القضاء الفرنسي وكذا سلطات الرقابة الذي أصبحت تنتظر إلى الشروط الحصرية نظرة عدم الرضا خاصة عندما تؤدي إلى حرمان بعض المتنافسين أو إقصاء متنافسين، والقضاء على حرية اختيار المستهلكين، إلا أنها لم تصل إلى حد تحريم الشروط الحصرية وأيضا الشروط شبه الحصرية.

فإذا كانت الشروط الحصرية سواء تجسدت في شكل عقد أو اتفاق أو عمل-في وقت مضى- معفية من تطبيق أحكام قانون المنافسة عليها، إلا أنه حاليا لم تعد كذلك بل أصبح ينظر إليها بنوع من الحذر والصرامة، وترجمت ذلك سلطات الرقابة الفرنسية والأوروبية من خلال معالجة كل قضية على حالها والنظر إلى آثارها على السوق المعنية، فمرات تتابع على الممارسات الحصرية بالرجوع إلى أحكام الاتفاقات المحظورة ومرات تطبق عليها أحكام التعسف في وضعية الهيمنة².

وبطبيعة الحال، تستفيد الممارسات الحصرية من الاستثناءات الواردة على الاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة، كما تستفيد أيضا هذه الممارسات من الاستثناءات الواردة في التصنيف³ 2010.

أما بالنسبة للجزائر، فإن عقد الامتياز الحصري ينشط بصفة ملحوظة في ميدان السيارات (concession automobiles)⁴ المنظم بموجب المرسوم التنفيذي 07-390 المؤرخ في 12 ديسمبر 2007 المتعلق بتحديد الشروط وطرق ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 15-58 المؤرخ 8 فبراير 2015 يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة⁵.

¹ Le Tourneau Philippe, concession exclusive (condition de validité au regard du droit de la concurrence), Juris-classeur, (contrat-distribution, LexisNexis, SA, 2006, p.61.

² Zouaïma Rachid, op. cit, p.131.

³ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.608.

⁴ Zouaïma Rachid, op. cit, p.132.

⁵ ج ر، العدد 05، الصادر بتاريخ 8 فبراير 2015، ص 13.

وبالرجوع للمادة 4 من المرسوم التنفيذي 58/15 التي جاء فيها أن: "يجب أن يكون عقد الامتياز الذي يربط الوكيل بالصانع المانح مطابقاً لأحكام التشريع والتنظيم المعمول بها، ولاسيما الأمر 03/03 المؤرخ في...، وأحكام هذا المرسوم".

وكذا المادة 20 منه: "يلتزم الوكيل باحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة لاسيما، في مجال المنافسة والممارسات التجارية وحماية المستهلك والأمن والنظافة والشروط الصحية والعمل والتأمين والبيئة".

ومن خلال استقراء هذه النصوص، نجد أن عقد الامتياز (أطلق عليه المشرع الجزائري عقد الوكالة)، الذي يربط الوكيل والمانح باطل إذا اشتمل على شرط الحصرية (الاستثناء) الإقليمية تطبيقاً لأحكام المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

وعليه، يستطيع الوكيل أن يبيع منتجات (مركبات) لعلامات تابعة للمؤسسات منافسة، كما يمكن للمانح (الصانع) ممارسة نشاطه في نفس الإقليم التابع للوكيل، كما له أيضاً إبرام عقد امتياز مع وكلاء منافسون له في نفس الإقليم الذي ينشط فيه الوكيل، ذلك أن الوكيل في هذه الحالة محروم من الاستفادة من شرط الحصرية وفوائدها¹، إلا أنه في نفس الوقت راعى بصفة صريحة مصلحة المستهلك، حيث أصبح له حرية اختيار واسعة وتشكيلة أوسع تلبي حاجاته وتستجيب لطلباته.

وبذلك يمكن القول، أن المشرع الجزائري بحظه للشروط الحصرية بصفة عامة وفي ظل عقود التوزيع الحصري بصفة خاصة يكون قد راعى مصلحة المستهلك، وبذلك يكون قد وسع من حماية المستهلك من خلال حظر المزيد من الممارسات التي من شأنها المساس بالسير الحسن للمنافسة في السوق المعنية.

ضف إلى ذلك أن لا تستفيد الشروط الحصرية-كما في القانون الفرنسي- من الإعفاءات المنصوص عليها في المادتين 8 و9 من الأمر 03/03 المطبق على الاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة فقط².

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أفرغ عقد الامتياز التجاري من فحواه عندما حرم نهائياً شرط الحصرية، ولعل هذا هو السبب الرئيسي من وراء تسميته "عقد وكالة" بدل "عقد امتياز" في المرسوم التنفيذي رقم 58/15 السالف الذكر.

¹ Zouaïma Rachid, op. cit, p.132.

² Ibid, p.132.

الفرع الثاني: عقد الفرانشيز (عقد الترخيص التجاري *contrat de franchise*)

يعتبر عقد الفرانشيز (عقد الترخيص التجاري) من الأكثر العقود المجسدة لمعاني التعاون الحقيقي بين المؤسسات الاقتصادية حالياً، كما اعتبر النظام الأمثل لتسويق السلع و الخدمات والتكنولوجيا، ويعتمد هذا العقد على التعاون الوثيق والمستمر بين مؤسستين أو أكثر متميزتين ومستقلتين عن بعضهما البعض.

نشأ الفرانشيز (عقد الترخيص التجاري) في الولايات المتحدة الأمريكية منذ ما يقارب ثلث القرن، وانتقل بمفاهيمه وأسسها إلى الدول الأوروبية¹، وهو حالياً يُجسد في الدول العربية.

وبالتالي، فإنّ الفرانشيز (عقد الترخيص التجاري) هو وليد التطور الجديد للحياة التجارية نابع من التقنيات المستحدثة ومن إطلاق مفاهيم جديدة جرى اختيارها بنجاح، وأضحت واقعا يتم التعامل معه، وأخذت مركزا لها في الميدان القانوني، فارتضا نفسه على المؤسسات الاقتصادية والقضاء والقانون بعدما قدم بعض الحلول الملتفة، ممّا جعله مطلوبا ومقبول بشكل عفوي.

إنّ الفرانشيز (عقد الترخيص التجاري) بمفهومه الحالي أصبح يقدم خدمة ليس فقط لأطرافه، وإنما وقبل كل شيء إلى المستهلك حين يضع تحت تصرفه السلع والخدمات والتكنولوجيا المعروضة على البساط العالمي، مما يعزز لديه الضمان والتأمين في استعمالها، ويخلق عنده الحوافز في الاستمتاع بأخر ما توصلت إليه التقنية و التقدم، فهذه الاتفاقات تعطي الجواب لتطور العمليات الاستهلاكية².

لهذا سوف نتطرق إلى التعريف بهذا العقد و النظام القانوني المطبقة على مثل هذه العقود. ثم سنتطرق إلى موقف قانون المنافسة من مدى مشروعيته.

أولاً: النظام القانوني لعقد الفرانشيز (عقد الترخيص التجاري).

لا يمكن البحث عن مدى مشروعية عقد الفرانشيز في ظل قانون المنافسة الجزائري، إلاّ بعد التطرق إلى النظام القانوني الذي يقوم عليه لمعرفة مواطن الاختلاف والتميز فيه، لنجيب على أهم سؤال وهو إلى أي مدى اعتد المشرع الجزائري بمصلحة المستهلك لتقدير مشروعيته في ظل قانون المنافسة.

1- التعريف بعقد الفرانشيز:

¹ Mozas Philippe, La licence de marque dans le contrat de franchise, Les contrats de distribution (droit Français, droit Algérien, droit communautaire), Presses Université de Bordeaux, France, 2011, p.119.

² نعيم مغرب، الفرانشيز (دراسة في القانون المقارن)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص7.

لم يتضمن القانون الجزائري أي تعريف أو تحديد لنشاط الفرنشيز، ولم تنص كذلك على مفهوم التعاقد بالفرنشيز شأنها شأن معظم القوانين الأوروبية والفرنسية في العالم¹، وطالما أن هذا النشاط الجديد لم تنص عليه القوانين إلا مؤخرا وبصورة مجزأة، كان على القضاء و الفقه التوصل إلى إعطاء مفهوم شامل للعقد.

تعددت التعريفات التي حاولت إعطاء مفهوم لهذا العقد سواء الفقهية منها و القضائية، ونظرا لكثرتها فإن من الممل والمضجر سردها كلها، لذلك لا بأس من الأخذ بأهم التعاريف التي أرست معالم هذا العقد.

عرفت الفيدرالية الفرنسية للفرنشيز -التي أنشأت في جوان 1971- الفرنشيز بأنه أمثل طريقة للتعاون بين من جهة مؤسسة تدعى "الفرنشيزور" ومن جهة أخرى مؤسسة أو عدة مؤسسات تدعى "الفرنشيزي" هدفها تطوير فكرة الفرنشيز المطورة من قبل "الفرنشيزور"².

أما محكمة استئناف باريس في قرار لها 28 افريل 1978 عرفت الفرنشيز بأنه: "يعتبر الفرنشيز طريقة من طرف التعاون بين مؤسستين تجارية أو أكثر، تدعى إحداهما الفرنشيزور (Franchiseur) أما الأخرى فتدعى الفرنشيزي (Franchisé)، حيث تمتلك الأولى اسم تجاريا أو هدف اجتماعي معروف، رموز، علامة صناعية، تجارية، أو خدماتية، زيادة على المعرفة الفنية الخاصة بها.

حيث يقوم بوضع تحت تصرف الطرف الثاني حق استعمال مقابل قسط مالي أو منفعة مكتسبة مجموع السلع أو الخدمات، الأصلية منها أو الخاصة، من أجل تطويرها إجباريا وإجماليًا وفقا لتقنيات تجارية مجربة وواضحة وبصفة دورية ومتكررة وبصفة حصرية، من أجل تحقيق أحسن تأثير على السوق المعنية والحصول على تطور سريع لنشاط التجاري للمؤسسات المعنية"³.

¹ Baschet Dominique, La franchise (guide juridique – conseils pratiques), Gualino éditeur, Paris , 2005, p. 17-19.

²La fédération Française de la franchise a définie la franchise " comme une méthode de collaboration entre d'une part, une entreprise le franchiseur, et d'autre une ou plusieurs entreprises, les franchisés, son objet est d'exploiter un concept de franchise mis au point par le franchiseur."V. Ibid, p.18.

³La Cour de Paris a défini la franchise de la façon suivante : " Une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première , propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connue, de sigles, symboles, marques de fabrique , de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir- faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser , moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour l'exploitations obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées. ».Ibid , p.19.

عرف التقنيين قواعد السلوك الأوروبية للفرنشيز الموضوع من قبل الفيدرالية الأوروبية للفرنشيز¹ لأنه :

" الفرنشيز هو نظام لتسويق السلع و/أو الخدمات و/أو التكنولوجيا يعتمد هذا العقد على التعاون الوثيق والمستمر بين مؤسسات مستقلة عن بعضها البعض قانونيا وماليا يطلق عليهم الفرنشيزور (المانح)

(Le franchiseur) و الفرنشيزية (الممنوح لهم) (ses franchiseés).

حيث يوافق الفرنشيزور (franchiseur) بموجب هذا الاتفاق للفرنشيزات التابعة له (ses franchiseés) الحق، ويفرض عليهم تطوير مؤسسة مطابقة للتصور الفرنشيزو (franchiseur)، هذا الحق السابق الذكر يرخص ويجبر الفرنشيزي (franchiseé) بالمقابل دفع مبلغ مالي مباشرة أو غير مباشرة لاستخدامه شعار و/أو علامة تجارية للسلع و/أو الخدمة، المعرفة الفنية، أو أي حق من حقوق الملكية الفكرية مع تقديم لصفة مستمرة المساعدة التجارية و/أو التقنية طيلة مدة العقد الفرنشيز المكتوب و المبرم بين الأطراف لأجل تحقيق هذه الأهداف.²

ومن خلال هذه التعاريف السابقة يمكن الخروج بهذا التعريف المبسط الشامل، وهو أن عقد الفرنشيز هو عقد يلتزم بمقتضاه مؤسستين اقتصاديتين مستقلتين عن بعضهما البعض قانونيا وماليا بالتعاون مع بعضهما البعض.

¹ هذا التقنيين عوض التقنيين الفرنسي لقواعد السلوك منذ 01 جانفي 1991 والذي يعتبر التقنيين الذي أوضح السبل

الصحيحة لمستعملي الفرنشيز (عقد الترخيص التجاري والصناعي) في أوروبا... p20. Ibid

²Le code de déontologie européen de la De la franchise défini la franchise de la façon suivant « : la franchise est un système de commercialisation de produits et /ou de services et /ou de technologies, basé sur une collaboration étai et continue entre des entreprise juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes le franchiseur et ses franchiseés, dans lequel le franchiseur accord à ses franchiseés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchiseé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et / ou la marque de produits et /ou de service, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et /ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit conclu entre les parties à cet effet » Simon François-Luc, Théorie et pratique du droit de la franchise, Joly éditions, 2009, p.9-10.

حيث تضع مؤسسة تدعى الفرنشيزور (Le franchiseur) تحت تصرف مؤسسة أخرى الفرنشيزي (Le franchisé) علامة تجارية، شعار، إشارة، رموز تجارية التابعة له، والمعرفة الفنية الأصلية المجربة، مقابل أن يقوم الفرنشيزي (Le franchisé) باستخدامها بموجب تقنية تجارية موحدة وفق تعليمات ورقابة الفرنشيزور (franchiseur) على شكل مساعدة فنية مستمرة فنية مستمرة مع دفع الفرنشيزي رسوم الانضمام إلى هذه الشبكة.

من خلال هذه التعاريف السابقة يمكن أن نستنتج أن عقد الفرنشيز يعتمد على ثلاث عناصر أساسية التي تعطي لهذا الخصوصية والتميز وهي:

- وضع الفرنشيزور المانح (franchiseur) تحت تصرف الفرنشيزي الممنوح له (franchisé) علامة تجارية أو شعار من أجل جذب الزبائن.
 - نقل الفرنشيزور (المانح) المعرفة الفنية للفرنشيزي (الممنوح له).
 - تزويد الفرنشيزور (المانح) للفرنشيزي (الممنوح له) المساعدة الفنية والتجارية بصفة مستمرة.
- فبدون هذه العناصر السابقة لا يمكن أن تكون أمام عقد الفرنشيز كما يعتمد هذا العقد الدعائم التالية:
- الفرنشيزور (franchiseur) وهو الذي يضع تحت تصرف الفرنشيزي علامة تجارية أو شعار لجذب الزبائن، كما ينقل له المعرفة الفنية (savoir-faire) يلتزم بتقديم المساعدة الفنية لصفة مستمرة.
 - الفرنشيزي (franchisé) تاجر مستقل، طور محله التجاري وفقا لمعايير الفرنشيزور (franchiseur).
 - الشبكة (le réseau) لا تعتبر هذه الأخيرة كيان قانوني مستقل بحد ذاته، وهي تتشكل من الفرنشيزور و الفرنشيزي التابعين له، تعرض فيها كل العلامات التجارية و الشعارات لجذب الزبائن، والرموز الذي تحدد هوية و تجانس الشبكة.
 - الزبائن (clientèle) وهي تلك التي تفضل محلات الفرنشيزي.¹

إذا فعقد الفرنشيز ليس مجرد عقد بل هو أكبر من ذلك، هو في الحقيقة إستراتيجية لتطوير التعاون بين مؤسسات مستقلة.

أما عن مجالات عقد الفرنشيز، فإنه لا يندرج ضمن نشاط واحد، بل تتعدد وتتنوع مجالاته، فيمكن تواجده في جميع مجالات الحياة الاقتصادية فهو شامل¹، ولقد حدد التنظيم الأوروبي ل 30 نوفمبر 1988 عددا كبيرا من الأنواع بالنظر إلى موضوعها، ومن أمثلة ذلك:

¹ Baschet Dominique, op.cit ,p. 23.

- فرنشيز الصناعي (La franchise industrielle)².
- فرنشيز الإنتاجي (La franchise de produit)³.
- فرنشيز التوزيعي (La franchise de distribution).
- فرنشيز الخدماتي (la franchise de service)⁴.

2- أركان وشروط قيام عقد الفرنشيز :

لا يوجد نصوص قانونية خاصة بتنظيم الفرنشيز بشكل صريح سواء على المستوى الجزائري أو على المستوى الأوروبي و الفرنسي، إذا نحن أمام عقد غير مسمى (contrat innommé).

ونظرا لأن عقد الفرنشيز(عقد الترخيص التجاري) هو عقد وليد حياة العملية، ولا ينطوي على إطار موحد من النشاط إنما يتعدد و يتنوع بشكل واسع، فهو شامل يعتمد على المبادئ القانونية العامة مستندا إلى حرية التعاقد بأوسع معانيها مع بعض الخصائص الواجب مراعاتها، في أي نوع محدد طبقا لطبيعة وموضوع العلاقة القائمة بين الفرنشيزور والفرنشيزي⁵.

وبالتالي، فإنّ هذا العقد يخضع في إبرامه وتنفيذه لعدة قوانين أهمها:

- القواعد العامة المتعلقة بالعقود المنصوص عليها في القانون المدني.
- القانون التجاري بصفة الخاصة.
- قانون العلامات التجارية.
- قانون العقوبات.
- قانون المنافسة⁶.

و بالتالي، يجب أن يصدر هذا العقد عن إرادة واعية وصحيحة خالية من عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال) كما يجب أن تكون إدارة أطراف العقد عالمة علما كافيا بالعقد المراد إبرامه فمثلا: في فرنسا فإن قانون دويان (la loi Dubin) ل 31 ديسمبر 1989 والتي أصبحت حاليا المادة 3-330 L من القانون التجاري الفرنسي و المتعلق بالالتزام بالإعلام المسبق L'obligation d'information précontractuelle تنطبق أحكام على عقد الفرنشيز ولكن بتوافر شروط أساسية وهي كالاتي:

¹نعيم مغيبغ، مرجع سابق، ص 45.

²Le Tourneau Philippe et Zoïa Michel, Franchisage, Juris-classeur, Tome 2, LexisNexis SA, 2007, p.12.

³ Ibid, p.16.

⁴ Ibid, p.23.

⁵نعيم مغيبغ، مرجع سابق، ص 45.

⁶ Baschet Dominique, op.cit , p. 237.

- وضع الفرنشيزور تحت تصرف الفرنشيزي اسم تجاري، علامة تجارية أو شعار.
- الالتزام بالحصرية أو شبه الحصرية من أجل ممارسة الفرنشيزي لهذا النشاط.
- أن يكون إبرام عقد الفرنشيز هدفة تحقيق المصلحة العامة لأطرافه.¹

فبدون هذه الشروط السابقة الذكر خاصة (شرط الحصرية) لا تنطبق أحكام المادة (3-330 L من ق ت ف) على العقد الفرنشيز.²

وفي نفس سياق الإعلام الكافي ولكن هذه المرة ليس أطراف العقد، وإنما المستهلك وعلاقته بالفرنشيز، فإننا نجد أن المشرع الفرنسي استعمل لأول مرة مصطلح "الفرنشيز" في نص قانوني كان بموجب المقرر الوزاري المؤرخ ب 21 فيفري 1991 المتعلق بإعلام المستهلك في إطار قطاع الفرنشيز

« L'information du consommateur dans le secteur de la franchise. »³

حيث حدد في هذا القرار نقطة مهمة لصالح المستهلك وهو إعلام الفرنشيزي بطبيعة مؤسسته المستقلة في جميع وثائقه الإعلامية، حيث جاء فيه مايلي: " كل شخص يبيع سلع أو يقدم خدمات، مرتبط بموجب اتفاق الفرنشيز مع الفرنشيزور، يجب عليه إعلام المستهلك لطبيعة مؤسسته المستقلة، بطريقة مقروءة ومرئية في جميع وثائقه الإعلامية، خاصة تلك التي يكون لها طابع إشهاري، وتوضح أيضا خارج وداخل أماكن البيع."⁴

إلا أنه ما يلاحظ على هذا القرار أنه لم يتضمن جزاء في حالة عدم الامتثال إلى الأحكام هذه المادة مما ينزع من هذا الإعلام الصفة الإلزامية.⁵

ماعدنا هذه النصوص المتفرقة هناك وهناك، فإننا لا نجد في التشريع الفرنسي أي أحكام خاصة بهذا العقد⁶، حاله حال المشرع الجزائري الذي سار على نفس النهج.⁷

عندما يتم إبرام عقد الفرنشيز بصورة صحيح، ينتج عنه آثار متعددة لأنه متعدد الأشكال لا ينطوي في إطار واحد محدود، إنما يشمل أنواعا مختلفة بحسب موضوع العقد وظروف انعقاده، فلا مجال لحصر

¹Ibid , p. 248 à 252.

² Simon François-Luc, op. cit, p.45.

³ Blaise Jean- Bernard, op.cit, p. 604.

⁴L'arrêté Neiertz précise que : " Toute personne vendant des produits ou fournissant des services, lié par un accord de franchise à un franchiseur , doit informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible. Sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente. »Ces dispositions son appliquais depuis le 01 septembre 1991 » cité par . Baschet Dominique, op.cit, p. 289.

⁵Ibid, p.209-291.

⁶ Le Tourneau Philippe et Zoïa Michel, Franchisage, op. cit, p. 10-11.

⁷ Zouaima Rachid, op. cit , p. 136-137.

التزامات كل من المتعاقدين بشكل صريح وواضح بل يجب العودة إلى كل عقد على حدا لمعرفة ميزاته وخصائصه، مع ذلك تبقى هناك بعض الالتزامات العامة الملزمة في كل العقود بعض النظر عن خصائص كل عقد، ومن بين الآثار القانونية التي يفرزها عقد الفرنشيز، ما يلي:

فبالنسبة للفرنشيزور (franchiseur) يقع على عاتقه العديد من الالتزامات تتجسد في وضع تحت تصرف الفرنشيزي علامة تجارية و جميع الإشارات والرموز موضوع العقد¹.

كما يلتزم بنقل للفرنشيزي (franchisé) المعرفة الفنية التي بحوزته، كما يقع على عاتق الفرنشيزور أيضا واجب تقديم المساعدة الفنية و التجارية اللازمة بصفة مستمرة و دائمة لتنفيذ عقد الفرنشير²، وإذا تضمن هذا العقد شرط الحصرية فإنَّ الفرنشيزور مجبر على الالتزام به³.

أما بالنسبة للفرنشيزي، فبمقابل استعماله لعلامات و رموز، وشعارات الفرنشيزور وكذا المعرفة الفنية، فإنَّ الفرنشيزي يلتزم بجملة من الالتزامات أهمها :

التزام الفرنشيزي بوجود التمويل من قبل الفرنشيزور أو من قبل الفرنشيزرات المعينة من قبله⁴، كما يلتزم بدفع رسوم الدخول في الشبكة التوزيع التابعة للفرنشيزور، وكذا الأقساط المتفق عليها في العقد⁵.
العقد⁵.

إذ يوجب عليه أيضا الالتزام بتطبيق المعرفة الفنية وفقا لتعليمات الفرنشيزور مصحوبا بالالتزام بالمحافظة على سريتها⁶، كما يلتزم بالتعاون الفعال في تطبيق نظام الفرنشيز من أجل المحافظة على هوية وتجانس و الصورة الفرنشيزور التجارية⁷، كما يلتزم بعدم المنافسة أثناء تنفيذ العقد⁸.

ثانيا: موقف التشريعات المنافسة من عقد الفرنشيز.

كباقي العقود التجارية، يخضع عقد الفرنشيز إلى أحكام قانون المنافسة أي يجب أن تكون أحكام هذا العقد متطابقة مع أحكام قانون المنافسة⁹، وباعتبار أن عقد الفرنشيز ما هو إلا اتفاقا بمفهومه الواسع،

¹ Baschet Dominique, op.cit , p.89-90.

² نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 98 إلى 101.

³ Ferrier Didier et Ferrier Nicolas, Droit de la distribution, 7édition, LexisNexis, Paris, 2014, p.400.

⁴ Legeais Dominique, op. cit , p. 485

⁵ Blaise Jean-Bernard, op.cit, p. 605.

⁶ legeais Dominique, op.cit, p. 485.

⁷ Baschet Dominique, op.cit, p.332.

⁸ نعيم مغيب، مرجع سابق، ص 218.

⁹ Le Tourneau Philippe et Zoïa Michel, Franchisage ,op.cit , p.50.

يجب ألا يشكل هذا الاتفاق مساسا بقواعد المنافسة في السوق المعنية، وإلا أصبح اتفاقا محظورا طبقا لأحكام المادة (6 من الأمر 03/03 والمادة 1-420 L من ق ت ف)¹.

كما يلاحظ أيضا أنّ من خصائص عقد الفرنشيز، أنّه ينشأ على المدى البعيد حالة من التبعية بين الفرنشيزي(franchisé) و الفرنشيزور(franchiseur)، وبالتالي فإنّ هذه العلاقة يجب ألاّ يتخللها تعسفا في استغلال القوة الاقتصادية أو استغلالا للتبعية الاقتصادية لأن في هذه الحالة يصبح التصرف محظورا وفقا لأحكام المواد (المادة 7 من الأمر 03/03 والمادة 11 من نفس الأمر والمادة 2-420 L من ق ت ف)².

إنّ عقد الفرنشيز باعتباره عقد وليد الحياة العملية، فإن هناك بعض الشروط و الممارسات ترتكب باسمه تؤدي أو يمكن أن تؤدي إلى المساس باللعبة التنافسية في السوق المعنية، ومن بين هذه الشروط التي قد تثير إشكالية : شرط الحصرية (la clause d'exclusivité) التي قد تدرج في مثل هذه العقود، والسؤال الذي يطرح نفسه : كيف تتجسد الحصرية في مثل هذه العقود؟ وإذا وجدت فهل يعتبر العقد مخالف لقواعد المنافسة؟

لا يشكل شرط الحصرية، كما هو الحال في الامتياز التجاري شرطا أساسيا لإنشاء الفرنشيز، ولا يعتد بهذا الشرط لصحة الفرنشيز ولا يشكل عنصرا جوهريا، وإن كان من الأفضل اعتماده كونه الدافع لتطوير الفرنشيز وتقدمه، كما أنه يذر امتيازات جمة على أطرافه والمستهلك أيضا³.

شكل سابقا شرط الحصرية شرطا أساسيا، وكان ينظر إليه كعنصر من العناصر الجوهرية لإتمام نشاط الفرنشيز، ثم تبين وإن كان هذا الشرط مستحبا فإنه من غير ضروري لإعطاء العقد صفة الفرنشيز.

وقد تتجسد الحصرية في العلاقة التي تربط الفرنشيزور و الفرنشيزي في عدة مواقف، ومن أهمها:

- حصرية التموين (l'exclusivité d'approvisionnement) حيث يلتزم الفرنشيزي(franchisé) بالتموين حصريا من قبل الفرنشيزور(franchiseur) أو الفرنشيزور(franchiseurs) المُعينين من قبله.
- حصرية الإقليمية (l'exclusivité territoriale) حيث يلتزم الفرنشيزور و الفرنشيزي على حصرية الفرنشيز أو على التموين بالسلع في إطار جغرافي محدد¹.

¹ Zouaïmia Rachid, op.cit , p. 133-134.

² Le Tourneau Philippe et Zoïa Michel, Franchisage, op. cit, p. 50. et V. Rachid Zouaïma, op.cit, p .134.

³ نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص114.

فبالنسبة لشرط التموين الحصري، فاعتبار أن عقد الفرنشيز يخضع لحرية المتعاقدين، لذلك يستطيع أطرافه إدراج أي شرط يضمن نجاح التعاون القائم بين الفرنشيزور و الفرنشيزي ولعل شرط الحصرية التموين من بين هذه الشروط².

حيث يلتزم الفرنشيزورالفرنشيزرات المتعاقدة معه بالتموين حصريا أو شبه حصري من قبله أو من قبل مومنين معينين من قبله³، ولقد تم اللجوء إلى هذا الشرط بصفة مكثفة⁴ لتحقيقه مزايا عديدة لأطرافه والمستهلك، ومن بين هذه المزايا ما يلي:

- بالنسبة للفرنشيزور (franchiseur) إن إدراج هذا الشرط في عقد الفرنشيز سيسمح لهذا الأخير ببيع جميع السلع التي ينتجها أو يوزعها عبر الشبكة التي أنشأها مع الفرنشيزرات المتعاقدة معه.
- بالنسبة للفرنشيزي (franchisé) يستفيد أيضا الفرنشيزي من هذا العقد الذي يضمن التموين المستمر بالسلع التي يقوم بتسويقها بصفة منتظمة.
- بالنسبة للمستهلك (consommateur) إن هذا الشرط يسمح للمستهلك أيضا بالعثور على السلعة التي يرغب فيها وبنفس الجودة في جميع محلات الفرنشيزي الذي ينتمي إلى الشبكة التي أنشأها الفرنشيزور إن هذا الشرط فعلا يحقق (gage de sécurité)⁵.

رغم المزايا التي تدرج في طيات هذا الشرط إلا أن هذا الشرط لا يخلو من مساوئ قد تؤدي إلى المساس باللعبة التنافسية في السوق المعينة⁶، فقد يجد المومنين الغير المعينين من قبل الفرنشيزور مثلا مقصيين لعدم قيام الفرنشيزي بالتموين من قبلهم، وحتى بالنسبة للفرنشيزي، فإن مثل هذا الشرط سيحد من حريته في التموين، مما يجعله في حالة تبعية اقتصادية للفرنشيزور بعدما كان مستقلا تمام الاستقلال عنه⁷.

إنّ هذا الشرط كان يقبع بين المحظور والمشروع في فرنسا و أوروبا، أما الجزائر فإن الأمر يختلف تماما عما سارت عليه الاجتهادات القضائية والتشريعية الأجنبية.

ففي فرنسا ولمدة زمنية طويلة، كان هذا الشرط يعيش المصادقية في ظل صمت التشريع وإغفال القضاء له، إلا أنّ هذا الوضع لم يدم طويلا، حيث بدأ انتشار هذا الشرط في اتفاقات الفرنشيز يثير

¹ Baschet Dominique, op. cit, p.325.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.1676.

³ Ibid, p.1676.

⁴ Leloup Jean-Marie, La franchise(droit et pratique), 4er édition, Delmas, Paris, 2004, p.71-72.

⁵ Baschet Dominique, op. cit, p. 328.

⁶ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.612.

⁷ Leloup Jean-Marie, op. cit, p.71.

اهتمام السلطات القضائية ومجلس المنافسة الفرنسي، وفي قرار يعتبر الأشهر لرسمه حدود قبول هذا الشرط في عقود الفرنشيز وبتسليط الضوء نهائياً عليه، حيث أوضحت محكمة النقض الفرنسية موقفها بشكل صريح وصارم في قضية فيلدار (L'affaire phildar) لـ 10 جانفي 1995 بقبولها شرط التموين الحصري واعتباره شرعي إذا كان: "وجوده ضروري للحفاظ على هوية وتجانس، وسمعة الشبكة"¹.

ومن أجل الوصول إلى هذا الحل يجب الاعتماد على عنصرين أساسيين هما:

- طبيعة السلع المعنية بهذا الشرط.
- ميدان النشاط المعني بالأمر².

ولقد تبنت محاكم الموضوع الفرنسية نفس الموقف في العديد من القرارات، حيث أصبحت تطلب من الفرنشيزور تبرير وجود مثل هذا الشرط في عقده في حال وقوع نزاع، الذي أصبح بدوره حريصاً في هذه النقطة بالذات، حيث أصبح يلجأ إلى مثل هذا الشرط لأسباب موضوعية جد مقنعة.

إلا أن الحل الذي جاء في قرار قضية فيلدار (Affaire phildar) " يفرض الفرنشيزور على الفرنشيزي ببيع بصفة حصرية المنتجات النسيجية المصنعة من قبله في متاجره". وذلك بعد مناقشات قضائية دامت تقريباً 10 سنوات، حيث بررت قرارها بما يلي:

- أن إنتاج الفرنشيزور للمنتجات النسيجية يتم وفقاً لطرق خاصة، ويخضع إلى مواصفات محددة بصفة دقيقة ناتج عن المعرفة الفنية التي بحوزته.
- أن شبكة التوزيع الذي ينشط فيها الفرنشيزور تنتمي إلى قطاع تنافسي يضمن مومنين أكثر يقدمون سلعا مشابهة أو مطابقة لتلك السلع موضوع العقد.
- وأخيراً وبعد هذه الدلائل و القرائن فإن شرط التموين الحصري الوارد على السلع يجب معالجته أو تقدير مشروعيته بالنظر إلى ميدان النشاط المعني بالأمر وكذا طبيعة السلع،..."³.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية العديد من الشروط الحصرية الوارد على السلع تلك التي تتضمن قائمة غير محدودة بالموردين، أو تلك التي تحدد قائمة أو كتالوج للسلع وأسعار البيع المحددة لها، مبررة موقفها أن في هذه الحالات الفرنشيزور ترك للفرنشيزي حرية مفاوضة الأسعار وفقاً لقانون السوق بدون أي ضغط أو هيمنة منه⁴.

¹ Le Tourneau Philippe et Zoïa Michel, Franchisage, op. cit, p.52.

² Baschet Dominique, op. cit, p. 330.

³ Le Tourneau Philippe et Zoïa Michel, Franchisage, op. cit, p.53.

⁴ Ibid, p.53.

إذا لم يكن يطبق كقاعدة عامة على جميع الحالات، بل كانت محاكم الموضوع تنظر إلى هذا الشرط حسب كل حالة على حدة، ففي بعض الحالات كانت تقبله و حالات أخرى تعتبره غير مشروع.

إن هذا الموقف الذي اتخذته قضاة الموضوع يجد تبريره في اختلاف مضمون شرط التموين الحصري ما إذا كان ينصب على السلع أو الأجهزة¹.

حيث أقر قضاة الموضوع صحة و مشروعية شروط التموين الحصري المتعلق بالسلع في العديد من المناسبات كالشرط مثلا : " الذي يلزم فيه الفرنشيزي بعدم شراء و استعمال إلا السلع الموصى بها من أجل السماح وتسهيل إنجاز تصفيقات الشعر وتقديم العلاج و العناية للشعر على طريقة " جون-لويس دافيد"².

حيث برر مجلس المنافسة قبوله لهذا الشرط لعدة الأسباب أهمها :

- أن الوثائق المقدمة أثبتت أن تقنيات التلوين وتموجات الشعر تم كتابتها على المنتوجات التي حدد فيها السيد جون لويس دافيد بصفة دقيقة الجرعات و الوقت الذي يجب إحترامه للراحة من أجل الحصول النتائج الموجودة منه.
- إن إدراج مثل هذا الشرط في هذا العقد يؤدي إلى مواصلة نجاح الشعار المتعلق ل" جون لويس دافيد" الذي عرف رواجاً كبيراً آنذاك، كما أن هذا الشرط يسمح بالحفاظ على مصداقية الشبكة وصورة علامة التجارية³.

أما بالنسبة لشرط التموين الحصري الوارد على الأجهزة، فإن القضاء لم يحبذه كثيراً في اتفاقات الفرنشيز و غالباً ما كان يحكم بمشروعيته: كالشرط الذي يفرض فيه الفرنشيزور على الفرنشيزي تموين محله حصرياً بأجهزة من قبل شركة ترجع إجباراً إلى مؤسسة مالية، وتفرض عليها تأجيل الأجهزة المراد وضعها تحت تصرف الفرنشيزي⁴.

إلا أنه في حالات كثيرة اعتبر قضاة الموضوع أن مثل هذه الشروط غير مشروعة كالشرط الذي يفرض على الفرنشيزي شراء من الفرنشيزور أو من أحد الممومنين المعينين من قبله الأجهزة الضرورية لتطوير نشاطه: كأجهزة الكمبيوتر، آلة الحاسبة، آلة النسخ و الطباعة ...، والتي لا تتطوي على أية

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p.1676.

² Baschet Dominique, op.cit, p. 330.

³Ibid, p.331-332.

⁴Ibid, p.332.

خصوصية من أجل تنفيذ مفهوم و فكرة الفرنشيزور، أو الشرط الذي يفرض على الفرنشيزي تمويينا حصريا بالتجهيزات والأدوات اللازمة للتوضيب الداخلي و/أو الخارجي لمحله¹.

أما على المستوى الأوروبي، فإن محكمة العدل للمجموعة الأوروبية أقرت لأول مرة بموجب القرار الشهير في قضية (Affaire pronuptia) ل 28 جانفي 1986 شرعية عقود الفرنشيز خاصة إذا كانت تتضمن شرط للتموين الحصري وبررت موقفها بأن من حق " الفرنشيزور أخذ جميع التدابير اللازمة من أجل الحفاظ على هوية وسمعة الشبكة..."².

وعلى نفس النهج سارت لجنة المجموعة الأوروبية في قرارها الخاص بالفرنشيز (Yves Rocher) بأن الشرط الذي:"يلزم فيه الفرنشيزي بعدم بيع في محله إلا السلع التي تحمل علامة Yves Rocher..." حيث أقرت شرعية هذا الشرط³.

لا تعتبر شرط الحصرية الإقليمية سببا رئيسيا لوجود عقد الفرنشيز، كما هو الحال بالنسبة لعقد الامتياز الحصري، كما أن غيابه لا يؤدي إلى بطلان هذا العقد⁴. إلا أن الحياة العملية أثبتت أن نسبة كبيرة من عقود الفرنشيز تتضمن مثل هذا الشرط لما تحققه من مزايا و مكاسب للفرنشيزي الذي يحقق له الحماية ضد باقي الفرنشيزرات المنافسة له، كما تخلق له محيط آمن لممارسة نشاطه دون منازع⁵.

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للفرنشيزور، الذي لن يستفيد من هذا الشرط بل بالعكس سيحد من حريته ويقيد تطور وازدهار شبكة خاصة إذا كان الفرنشيزي يشغل رقعة جغرافية جد واسعة في السوق المعني⁶.

إن هذا الشرط تم قبول إدراجه في عقود الفرنشيز من قبل القضاء و القانون الأوروبي و الفرنسي، لهذا أوجبت هذه القوانين أن يتم تحديد هذا الشرط بصفة صريحة و دقيقة أثناء تقديم وثيقة الإعلام المسبق (document d'information précontractuelle)، وفي العقد النهائي طبيعة وحدود هذا الشرط⁷.

كما يجب أن تحدد بصفة دقيقة بداية ومدة العمل به، وكذا الرقعة الجغرافية الذي سيشغلها الفرنشيزي. أما إذا كان هذا الشرط هدفه تقسيم السوق بين الفرنشيزي و الفرنشيزور فيعتبر غير مشروعاً⁸.

¹ Ibid, p.334.

² Leloup Jean-Marie, op. cit, p.97-98.

³ Baschet Dominique, op. cit, p. 341.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.1666.

⁵ Baschet Dominique, op. cit, p. 344.

⁶ Ibid, p. 344.

⁷ Bout Roger et autres, op. cit, p.1667.

⁸ Ibid, p.1668.

كذلك يعتبر محظورا شرط الحصرية الإقليمية المطلقة، والتي يلتزم الفرنشيزور بتموين الفرنشيزي في إطار جغرافي محدود، ويمنع عليه بيع تلك السلع لزبائن خارج إطاره الجغرافي المحدد¹ (clause d'exclusivité territoire absolue).

وفي نهاية المطاف يمكن القول أن القضاء الأوروبي والفرنسي في تقديرهما لمشروعية عقد الفرنشيز المتضمن لشرط الحصرية، لم يأخذا بعين الاعتبار مصلحة المستهلك بصفة ظاهرة، بل اعتدا بصحة هذا الشرط إذا كان ضروريا للحفاظ على هوية وسمعة الشبكة، وإن كان هذا الأمر سينصب في الأخير في مصلحة المستهلك الذي سيكون أمام منتجات عالية الجودة، كما يكون المستهلك عالما من الأساس لصفة الشخص الذي يتعامل معه، مما سيزرع في نفسه الاستقرار والطمأنينة.

أما بالنسبة للجزائر، فيعتبر تبني السوق الجزائرية لعقد الفرنشيز سيؤدي حتما إلى تطوير وتنمية التجارة فيها، كونه سيسمح بنقل آخر ما توصل إليه العلم من معرفة وتكنولوجيا وتقنيات حديثة في جميع المجالات، من أجل ضمان الحصول المستهلك الجزائري على سلع وخدمات تضاهي في جودتها ما يسوق في الدول المتقدمة.

كما يمكن لعقد الفرنشيز أن يحل العديد من المشاكل التي تعاني منها السوق الجزائرية، باعتبارها آلية عملية لمكافحة السوق الموازية، وكذا استفحال الخطير لظاهرة السلع المقلدة والمهربة، وبالفعل أظهر احصاء حديث انتعاشا كبيرا لسنة 2012 عن وجود 70 علامة أجنبية تنشط في قطاعات أهمها: مستحضرات التجميل، المواد الشبه الصيدلانية، المواد الغذائية، صيانة السيارات، البصريات...²

إلا أن غياب تنظيم قانوني خاص بهذا العقد يشكل عائقا كبيرا أمام بلورة وتطور هذا الأخير في الجزائر، رغم عدد من المحاولات المتكررة لبسط ظلال التنظيم إلا أنها بائت بالفشل³، الأمر الذي جعل البعض يقر أن هذا العقد يقف في منتصف الطريق بين التحريم والإباحة⁴.

¹ Baschet Dominique, op. cit, p .345.

² تم عرض هذا الاحصاء في الملحق الوطني المتعلق ب" الفرنشيز في الجزائر" المنظم في الأيام 22، 23 و24 جانفي 2012 من طرف هيئة العمل والتفكير حول المؤسسة (CARE) وجمعية الفرنشيز بالتعاون مع الفيدرالية الفرنسية للفرنشيز... www. commerce. gov. dz.

³ مشروع القانون المؤرخ في ديسمبر 2009 المعد من قبل وزارة التجارة، حيث تضمن 11 مادة، استجابة لتذمر المستثمرين الأجانب من الجو الغير المحفز للاستثمار في مجال الفرنشيز، خاصة الأمر 01/09 المؤرخ في 2009/07/22 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، والقانون 09 /69 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق

بتجارة التوزيع الذي قيد... Zouiamia Rachid, op. cit, p.137.

⁴ Selon la formule usitée : « la franchise n'est pas ni tolérée, ni interdite en Algérie . » ...Ibid, p.137.

وبطبيعة الحال لا مفر من إخضاعه للقواعد العامة المطبقة على العقود، وكذا جميع القواعد القانونية المنظمة للممارسات التجارية وقانون المنافسة.

وتطبيقا لذلك، فإن عقد الفرنشيز -إذا تضمن شرط الحصرية- فإنه يقع تحت طائلة البطلان تطبيقا لأحكام المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، في حقيقة الأمر لا يعتبر هذا الحل غريبا، خاصة بعدما ارتأينا أن شرط الاستثناء (الحصرية) هو أمر اختياري، كما أنه ليس عنصرا جوهريا في تكييف العقد كما هو الحال بالنسبة لعقد الامتياز التجاري¹.

هذا الرأي لن يعجب الكثير من الممارسين له، ذلك أن الواقع العملي أثبت أهمية شرط الاستثناء في مثل هذه العقود خاصة في مجال حماية المعرفة الفنية (savoir faire)، وكذا زرع الثقة و الرقابة المستمرة على الشبكة بشكل عام.

ومن جهة أخرى، فإن حظر شرط الاستثناء في مجال عقود الفرنشيز - بصفة عامة - قد يتعارض مع ما جاء به المشرع الجزائري في مجال عقود الترخيص المتعلقة بالعلامات التجارية²، حيث جاء في المادة 16 من المتعلق بالعلامات أنه: "يمكن أن تكون الحقوق المرتبطة بالعلامة موضوع رخصة استغلال واحدة أو استثنائية أو غير استثنائية، لكل أو لجزء من السلع أو الخدمات التي تم إيداع أو تسجيل العلامة بشأنها."

كما تضيف المادة 17 من نفس القانون أنه: "يجب، تحت طائلة البطلان، أن يتضمن عقد الترخيص في مفهوم المادة 16 أعلاه، المبرم وفقا للقانون المنظم للعقد، العلامة، فترة الرخصة، والإقليم الذي يمكن استعمال العلامة في مجاله أو نوعية السلع المصنعة أو الخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة."

حيث تفرض هاتين المادتين تحت طائلة البطلان تحديد الحصرية الإقليمية التي تستعمل فيه العلامة التجارية، ولعل النتيجة الأولية التي يمكن أن تتبادر للأذهان هي اعتبار هذه المادة سببا للإعفاء من الحظر المطلق المنصوص عليه في المادة الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم³.

وفي الأخير، يمكن القول أن المشرع الجزائري من خلال حظره للشروط الحصرية في ظل عقود الفرنشيز هو حماية للمؤسسات الاقتصادية الجزائرية التي تفتقد إلى مقومات المتينة لإنجاح هذا الشرط

¹ Ferrier Didier et Ferrier Nicolas, op. cit, p.400-401.

² الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات، ج ر، العدد 44، الصادر بتاريخ 23 يوليو 2003، ص 22.

³ Zouaïmia Rachid, op. cit, p.138.

وهذا راجع إلى ميكانيزمات السوق الجزائرية، الذي يعرف استفحالا للعلامات المقلدة وانتشار للأسواق الموازية، مما يصعب ضبط نشاطات الاقتصادية فيه هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، إن المشرع الجزائري بتبنيه لحظر شرط الحصرية في ظل هذا العقد، يكون قد وسع من حماية المستهلك الجزائري الذي سيكون أمامه عدة خيارات، وبأسعار معقولة من خلال السماح لأكثر من الممنوح لهم (franchiseur) في ممارسة نشاطهم في نفس الرقعة الجغرافية، كما يمكن للفرنشيزي (franchisé) صاحب العلامة أيضا ممارسة نشاطه في نفس المنطقة الجغرافية، التي يمارس فيها الممنوح لهم نشاطهم.

إذا يمكن أن نتوصل إلى نتيجة مهمة، وهي أن مصلحة المستهلك تشكل محور اهتمام المشرع الجزائري من خلال حظر الممارسات الاستثنائية، إذ تعتبر ضمن الاعتبارات الأساسية والجوهرية لهذا الحظر، ففي الأخير إن هذا الحظر يحمي بصفة أولية السوق والنظام العام الاقتصادي، الذي ستعكس ايجابياته على المستهلك.

خلاصة الفصل الأول:

إنَّ حماية المستهلك تتطلب إيقاظ روح التنافس بين المؤسسات الاقتصادية التي تنشط وتنشأ من أجله، وذلك من أجل توفير بيئة محفزة للنشاط الاقتصادي تهدف في الأخير لتحقيق رفاهية المستهلك، ولأن المنافسة في السوق لا تستقيم إلا بالكشف عن الممارسات المقيدة لها، فقد اتجهت جل التشريعات الحديثة إلا إرساء قواعد قانونية هدفها قمع وحظر كل ممارسة تعيق السير الحسن والطبيعي للمنافسة.

وبالفعل حرص المشرع الجزائري على هذا المطلب منذ أوَّل قانون صدر في مجال المنافسة، والذي حاول من خلاله أن يضبط تصرفات المؤسسات المتهورة الراغبة في إخلال التوازن في السوق، والذي سيدفع ثمنها حتما المستهلك، خاصة بعد أن أصبح دور الدولة يقتصر على الرقابة.

وتطبيقا لذلك، قام المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بحظر عدة ممارسات ولعل أعرقها وأقدمها ممارسة الاتفاق المحظور من خلال المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث خلصنا من دراسته على جملة من النتائج أهمها:

- اتفقت التشريعات محل المقارنة أن حظر الاتفاقات التي تعيق المسار السوي للعبة التنافسية في السوق هدفه الأساسي والجوهري هو حماية السوق بالدرجة الأولى من الممارسات المخلة بقواعد المنافسة، لهذا لا تشكل الاتفاقات التي تبرم بين المؤسسات خرقا لقواعد المنافسة من حيث المبدأ.

- إن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي لم يستعن بمصطلح المستهلك كعنصر أو معيار لتكييف الاتفاق المحظور، أي لم نجد لهذا المصطلح دلالة في المادة التي نظمت الاتفاق المحظور.

- إنَّ التحليل الدقيق لممارسة الاتفاق المحظور أظهر رعاية المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بصفة خفية لمصلحة المستهلك في الكثير من المواطن، أهمها:

- توسيع طائفة الأطراف المخاطبين بالحظر المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، رغم غياب صريح لذكر هذه الطائفة، وبذلك يكون قد وسع نطاق تطبيق قانون المنافسة، مما يضمن له تغطية شاملة لجميع النشاطات الاقتصادية المتوفرة في السوق، والتي ستزيد فعالية حماية المستهلك.

- إنَّ تحديد السوق التنافسية يعتمد على المستهلك ومصلحته، كونها تشكل أحد أهم المعايير لرسم حدود الإطار التي تمارس فيه الاتفاق المحظور.

-إنّ انتقال الاتفاقات المبرمة بين المؤسسات من حالة المسموح إلى حالة المحظور إذا كانت تهدف أو من آثارها تقييد المنافسة، هو دليل على توجه سياسة المشرع الجزائري نحو توسيع دائرة الحظر لضمان حماية أشمل للمستهلك.

-وأخيرا، توصلنا من خلال دراسة بعض نماذج الاتفاق المحظور، أنها فعلا تضر بالمستهلك سواء من حيث السعر، أو الجودة، كما أنها تحد من حرية الاختيار لديه، لهذا فإن مسألة حظرها لا تحمي السوق فقط بل أنها تفعل حماية مصالح المستهلك.

اقتناعا من المشرع الجزائري بتجربته البسيطة في مجال تنظيم المنافسة ونظر لخصوصية السوق الجزائرية، قام هذا الأخير بحظر الممارسات الاستثنائية بموجب مادة منفصلة، والتي لا نجد لها نظير في التشريع الفرنسي والأوروبي.

-لم يكن المشرع الجزائري واضحا في مسألة حظر عقود الشراء الاستثنائية، حيث كان يعتبر أن هذه الممارسة تعرقل حرية أو تحد أو تخل بالمنافسة، عندما تسمح لصاحبها احتكار التوزيع في السوق.

-أظهر التعديل الجديد الوجه الصارم للمشرع الجزائري، حيث اعتبر أن الممارسات -سواء أخذت شكل عقد أو عمل- ما دامت تهدف إلى الاستئثار على النشاطات الاقتصادية المنصوص عليها في المادة 2 من الأمر 03/03 في السوق، تعتبر محظورة في حد ذاتها.

من خلال التحليل الدقيق لهذه الممارسة، نجد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار المستهلك بصفة صريحة في عملية تكييف حظر هذه الممارسة، بل كيفها على أنّها ممارسة محظورة نظرا لمساسها بميكانيزمات السوق الجزائرية، والتي لازالت إلى حد يومنا الحالي فنية وهشة، فباستخدام هذا الشرط ستكون النتائج وخيمة على المؤسسات الاقتصادية التي تفتقد إلى المقومات الصحيحة، والتي سيتحملها في النهاية المستهلك.

هذا الحل كان معروف فيما مضى لدى سلطات الرقابة في فرنسا وأوروبا، إلا أنه في الوقت الراهن أصبح يُنظر إلى الممارسات التي تتضمن شرط الحصرية نظرة حذر وقلق دون أن ترقى إلى حد الحظر، كما أن سلطات الرقابة في فرنسا وأوروبا أصبحت حاليا تعالج الحصرية، إما في ظل اتفاق محظور، أو في ظل التعسف في وضعية الهيمنة.

-إنّ التحليل الدقيق للشروط قيام هذه الممارسة، يثبت أن مصلحة المستهلك ضمن اعتبارات الجوهرية لحظر المشرع الجزائري هذه الممارسة، ويتبنى هذا الموقف فإنه وسع من إطار الحماية المقررة للمستهلك الجزائري.

-إنَّ حظر المشرع الجزائري للممارسات الاستثنائية بصفة مطلقة يثير العديد من التحفظات خاصة عندما يتعلق الأمر ببعض عقود التوزيع الرائجة عالمياً (عقود الفرانشيز، عقود الامتياز التجاري)، والتي تتضمن شرط الاستثناء.

-صحيح أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه العقود بموجب قانون خاص بها، إلاَّ أنَّ هذا الأمر لا يمنع من تطبيق الأحكام العامة عليها (القانون المدني، قانون الممارسات التجارية، قانون الاستهلاك، قانون المنافسة)، وبمفهوم المخالفة يحظر تضمين هذه العقود شرط الاستثناء لمخالفته قواعد المنافسة.

-إنَّ حظر المشرع الجزائري للاستثناء - مهما كان شكله - قد يفرغ مثل هذه العقود من مضمونها، ممَّا سيؤثر سلباً على المستثمرين الأجانب الراغبين في التعامل بها طالما أنهم لن يستفيدوا من منافع الحصرية، الأمر الذي سيغير وجهتهم نحو دول أقل تشدداً في هذا المجال، ممَّا سيفوت على المستهلك الجزائري الاستمتاع بالمنتجات العالمية ذات الجودة العالية.

الفصل الثاني: توسيع حماية المستهلك بحظر التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

يعتبر تحقيق مصالح المستهلك -حاليا- من أهم المقومات التي تحاول التشريعات المقارنة الوصول إليها، من خلال محاولة خلق سوق تنافسية نزيهة وشريفة تقوم على أساس المساواة بين المؤسسات الاقتصادية الناشطة فيه، إلا أن الحياة العملية أثبتت أن هناك العديد من التصرفات في السوق التي قد تحول دون ذلك، خاصة عندما تمتلك المؤسسة قوة اقتصادية هائلة تجعلها في مركز قوة يسمح بفرض شروطها الغير المناسبة على الأطراف المتعاقدة معه، إلا أن هذه المقومات لا تعتبر في حد ذاتها محظورة، ذلك أن الوصول إلى أعلى مراتب القوة والتطور والتنمية هو الهدف الأسمى الذي يحاول الفاعلون في الاقتصاد جاهدين الوصول إليها.

لم يكن قانون المنافسة ليمشي عكس التيار ولا أن يوقف هذا التطور كونه حتما سيثجع الاستثمارات والتنمية الاقتصادية ولكن في حدود المعقول والمقبولة قانونا، لهذا نجد أن المشرعين حظروا كل الممارسات التي من شأنها إعاقة المنافسة، وأكدوا على ضرورة التمسك بالمبادئ السليمة والنزيهة لقيام نظام اقتصادي سليم، ومن أبرز التصرفات التي حاول المشرعون محاربتها وقمعها تلك التي تستغل فيها المؤسسات قواها وإمكانياتها في سبيل السيطرة على السوق، والقضاء على قانوني العرض والطلب فيه، هو: التعسف في استغلال وضعيه الهيمنة، والتعسف في وضعيه التبعية الاقتصادية، عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفض بشكل تعسفي.

وإيماننا من المشرع الجزائري بمبادئ الشفافية والمساواة في المعاملات التجارية، سارع إلى حظر كل ما من شأنه المساس بهذه المبادئ، حيث كرس هذا المطلب بحظر التعسف الناتج عن استغلال وضعيه هيمنة منذ أول قانون صدر لتنظيم السوق الجزائرية (قانون الأسعار لسنة 1989)، في حين تأخر بالأخذ بممارسة التعسف عن وضعيه التبعية الاقتصادية إلى غاية 2000 بموجب المرسوم التنفيذي 314/2000 المتعلق بتحديد المقاييس الذي تبين أن العون الاقتصادي في وضعيه هيمنة (الملغى بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة)، أما ممارسة أو عرض أسعار منخفض بشكل تعسفي فقد نظمته في الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة .

في حين كان المشرع الفرنسي كالعادة سباقا في تبني هذه الممارسات، حيث قام بحظر ممارسة التعسف في وضعيه الهيمنة بموجب القانون 628/63 المؤرخ 2 جويلية 1963، في حين حظر ممارسة التعسف في وضعيه التبعية الاقتصادية بموجب الأمر 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية

الأسعار والمنافسة، أما حظر ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي بموجب القانون 1 جويلية 1996.

لهذا سنتطرق بالتفصيل لممارسة التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة من خلال (المبحث الأول)، في حين سنعالج ممارسة أو عرض أسعار منخفضة بشكل تعسفي في (المبحث الثاني)، وسنحاول توضيح كيف لهذه الممارسات أن تمس بالمستهلك، وإلى أي مدى أخذ المشرعان محل المقارنة بمصلحة المستهلك لتقرير عملية الحظر.

المبحث الأول: حظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة كآلية فعالة لحماية المستهلك.

إنّ المساس بوضعية المنافسة لا يتم بواسطة الاتفاقات والممارسات الاستثنائية فحسب، بل أيضا بوسائل أخرى خاصة عند امتلاك المؤسسة لقوة اقتصادية أو إمكانيات معتبرة في السوق تجعلها في وضع يسمح لها بفرض هيمنتها على السوق، والتعسف في التعامل مع غيرها، ورغم ما يبدو من تشابه بين هذه الحالة الأخيرة وموضوع الاتفاقات باعتبارهما يشكلان خرقا صارخا لقواعد المنافسة، إلا أن هناك فرق جوهري بين كلا من الصنفين.

إن استخدامنا لعبارة "التعسف في الهيمنة" -عبارة فقهية- لدلالة على نوعين من الممارسات المقيدة للمنافسة، بحيث تنتصف الممارسة الأولى بالإطلاق على أساس أنها تؤدي إلى احتكار السوق من طرف مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات ويطلق عليها تسمية: التعسف عن استغلال وضعية الهيمنة.

أما الممارسة الثانية فتتصف بالنسبية على أساس أنها تشكل هيمنة وسيطرة مؤسسة على مؤسسة أخرى ويطلق عليها في هذه الحالة: التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية¹، فهما ممارستان تتطويان على نوع من السيطرة إلا أن لكل ممارسة مجال أعمال خاص بها.

وقد تم تبني عبارة "التعسف في الهيمنة" لأول مرة في المشروع المقدم من قبل مجموعة من الخبراء المعنيين بإعادة هيكلة قانون المنافسة آنذاك، الذي تم تجسيده بالأمر 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، والذي لم يأخذ بهذه العبارة رغم تبنيه الصريح لهاتين الممارستين، إلا أنه جمعهما بموجب نص قانوني مشترك بينهما رغم الاختلاف الكبير بينهما².

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 121.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.411.

أما بالرجوع إلى القانون للمنافسة الجزائري، نجد أنه حظر هاتين الممارستين بصفة صريحة من خلال مادتين منفصلتين عن بعضهما البعض، لهذا سنتطرق إلى ممارسة التعسف في استغلال وضعيه الهيمنة من (المطلب الأول)، أما الممارسة التعسف في وضعيه الهيمنة فخصصنا لها (المطلب الثاني)، وفي كل حالة سنحاول دراسة مدى أخذ المشرعان محل المقارنة مصلحة المستهلك ضمن عملية تكيف هذه المخالفات.

المطلب الأول: حماية المستهلك من التعسف في استغلال وضعيه الهيمنة.

يعتبر زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين من أولى أهداف قانون المنافسة، التي تمت ترجمته بموجب حظر كل الممارسات التي من شأنها أن تعيق المنافسة الحرة والنزاهة في السوق المعنية، ومن بين هذه الممارسات تلك التي تصدر عن المؤسسات التي تمتلك قوة اقتصادية هائلة تجعلها في مركز قوة يسمح لها بالتصرف بكل حرية وراحة إزاء جميع الظروف وهو ما يعرف ب: وضعيه الهيمنة.

اتفقت جميع التشريعات أن وضعيه الهيمنة في حد ذاتها لا تعتبر منافية للمنافسة، إلا أن الاستغلال التعسفي هو الذي يعتبر كذلك، ويعتبر أول قانون منع الممارسات التعسفية في استخدام وضعيه الهيمنة هو القانون الأمريكي لسنة 1880 قبل صدور قانون شرمان¹ 1890، سار على هذا النهج القانون الأوروبي الذي حظر هذه الممارسة بموجب المادة 82 من قانون المجموعة الأوروبية (82 Traité CE) والتي أصبحت حاليا المادة 102 TFUE article، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص على هذا الحظر من خلال المادة 8 من الأمر 1 ديسمبر 1986 التي أصبحت حاليا المادة 2-420 من ق ت ف التي نصت أنه:

" يحظر وفقا لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 1-420، التعسف في استغلال وضعيه هيمنة من قبل مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات في سوق داخلية أو في جزء جوهري منه. يتمثل هذا التعسف في رفض البيع، البيوع المرتبطة....."²

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نص على هذا الحظر لأول مرة في قانون الأسعار 1989 الملغى، ثم القانون الصادر 1995 (الملغى)، وصولا إلى الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة وفقا للمادة 7 منه نصت على مايلي:

" يحظر كل تعسف ناتج عن وضعيه هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

¹ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 124.

² Grynfoegel Catherine, Abus de position dominante (article 86 du traité CE), Juris- classeur , Paris ,2002 ,p.4.

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم منافع المنافسة.
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.
- من خلال الاستقراء الأولي للنصوص السابقة الذكر، يتضح أنها تتفق على مبدأ أساسي واحد وهو: أن وضعية الهيمنة لا تعتبر في حد ذاتها ممارسة مقيدة للمنافسة، بل تعتبر مؤشر مستقبلي على حدوث خلل في السوق المعنية إذا ما اقترنت هذه الوضعية مع تصرفات تعسفية.
- كما أنها تتفق على توافر شرطين لاعتبار وضعية هيمنة ممارسة مقيدة للمنافسة وهما:

- وجود مؤسسة في وضعية هيمنة في السوق المعنية.
- الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة وإحداث خلل أو تقييد في السوق المعنية. ولكن السؤال المطروح في هذا المقام، أين المستهلك من كل هذا الخطوات؟

الفرع الأول: شروط قيام ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة.

يتطلب تحديد مكانة المستهلك في عملية حظر ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة، تحليل دقيق لجميع العناصر المشكلة لهذه المخالفة لمعرفة مدى مساهمة المستهلك ومصالحته في عملية تكيف المخالفة. ومن هذا المنطلق، يجب التنويه أن التشريعات المقارنة تنطلق من نقطة مهمة، وهي أن وضعية الهيمنة لا تشكل في حد ذاتها ممارسة مقيدة للمنافسة، بل يجب اقتران هذه الوضعية بممارسات تخرج المنافسة عن المسار السوي.

وتأسيساً على ذلك، يجب اجتماع أكثر من عنصر لقيام ممارسة مخالفة لقواعد المنافسة، بحيث يجب أن توفر مؤسسة تشغل وضعية هيمنة على السوق المعنية (أولاً)، كما يجب أن تقوم هذه الأخيرة بممارسات تعسفية مخلة بقواعد المنافسة (ثانياً)، وفيما يلي تحليل كل عنصر لتحديد مكانة المستهلك في خضم هذه العملية.

أولاً: وجود مؤسسة في وضعية هيمنة.

بداية ينبغي التنويه، أن مجرد وجود مؤسسة في وضعية هيمنة لا يعد في حد ذاته مقيدا للمنافسة في القانوني الجزائري والتشريعات المقارنة، وإنما يكون كذلك متى أسأت هذه الأخيرة استغلال هذا الوضع، لهذا سنتطرق إلى نقطتين مهمتين تحت هذا العنصر، أولاً سنحدد معنى المؤسسة والسوق المعنية بوضعية الهيمنة، ثم نقوم بتحديد المفهوم الدقيق لوضعية الهيمنة، وفيما يلي عرض لهذه التفاصيل:

1- تحديد مفهوم المؤسسة المعنية بوضعية الهيمنة:

بالرجوع إلى أحكام المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم¹، نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل الحديث عن مرتكب المخالفة، تماماً مثلما فعل عند صياغته للمادة 6 (من نفس الأمر) المتعلقة بالاتفاقات المحظورة مخالفاً بذلك ما جاء به المشرع الفرنسي، الذي حدد بدقة هذا الأخير هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يفهم من مضمون المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم إذا كانت هذه المخالفة تحتاج إلى مرتكب واحد أو يمكن أن تجتمع فيها أكثر من طرف؟؟

فالمُتأمل للمادة 7 من الأمر 03/03، يجد أنها جاءت عامة لتؤكد فقط أن وضعية الهيمنة غير محظورة في حد ذاتها، وتدخل في مصاف الحظر عندما تقترن هذه الوضعية بممارسات تعسفية، إلا أن هذا الأمر لا يجب أن يشكل عائقاً، فبالرجوع إلى التعريف الذي ساقه المشرع الجزائري لتحديد مفهوم وضعية الهيمنة ذكر بصريح العبارة الفاعل ألا وهي "المؤسسة".

ويقصد بالمؤسسة -في ظل قانون المنافسة- كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد².

وبالتالي، يمكن أن تمارس وضعية الهيمنة من قبل كل شخص طبيعي كان أو معنوي، خاصة أو عاماً، بشرط أن يمارس نشاطاً اقتصادياً³ ويتمتع بالاستقلالية.

¹ حيث تنص المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:..."

² المادة 3/أ من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

³ تدخل المشرع الجزائري مؤخراً مضيفاً بعض النشاطات الجديدة ضمن أحكام المادة 2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث جاء فيها ما يلي: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

ويضيف المشرع الفرنسي أنّ هذه الممارسة يمكن أن ترتكبها مجموعة من المؤسسات، وهو الأمر الذي لم يأخذ به المشرع الجزائري، ذلك أنّ هذا الأخير كان صريحا في تحديد مضمون وضعية الهيمنة، إلّا أنّه أخذ بوضعية الهيمنة الفردية، مخالفا بذلك ما جاء به المشرع الفرنسي، ويطلق على وضعية الهيمنة التي تشترك فيها أكثر من مؤسسة بوضعية الهيمنة الجماعية.

ويقصد بوضعية الهيمنة الجماعية هي الوضعية التي تتواجد فيها مؤسستين أو أكثر تتشيطان في سوق معينة واحدة، تربطهما روابط هيكلية كالاشتراك في رأس المال أو التمثيل المتبادل في مجلس الإدارة.. إلخ، كما يمكن أن تنتج هذه المجموعة عن طريق اتفاق -مهما كان شكله- بين هذه المؤسسات من أجل تبني إستراتيجية منظمة ومتناسقة في مواجهة عملائهم، والمؤسسات المنافسة لهم، والمستهلكين، كما يمكن أن يطبق هذا الوصف في غياب وجود اتفاق بين هذه المؤسسات¹.

ولعل أكثر الأمور إثارة في مسألة "وضعية الهيمنة الجماعية" هو اقترابها إلى حد كبير من مفهوم الاتفاق المحظور، إلا أنه لا يجب الخلط بينهما والاتفاق فلكل مجال أعمال خاص به، كما أن تحديد وجود اتفاق محظور أو وضعية هيمنة جماعية يعتمد على عدة معايير مجتمعة، خاصة تلك التي تتعلق بهيكل السوق المعنية².

وكنيجة لما قيل سابقا، نستنتج أن المشرعان محل المقارنة قد راعيا حماية المستهلك من خلال توسيع دائرة الأشخاص المخاطبين بأحكام المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

لن تكتمل ملامح وضعية الهيمنة بمعرفة الفاعل، بل يجب أيضا تحديد الإطار التي تمارس فيها هذه الوضعية أي تحديد السوق المرجعية، لما لهذا العنصر أهمية بالغة في قياس مدى حيازة المؤسسة حصة هامة فيه، والتي تمتلك بموجبها القدرة على التأثير السلبي على المنافسة، وهذا ما أكدته المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

ويقصد بالسوق المرجعية الفضاء الذي يلتقي فيه العرض والطلب أو الخدمات القابلة للاستبدال، والتي يعتبرها المشترون كبديلة فيما بينها وغير بديلة مع غيرها من المواد والخدمات الأخرى المعروضة، وعلى كل فإنه لا يمكن رسم حدود للسوق المرجعية التي تمارس فيها وضعية الهيمنة إلا بتحديد المعايير التالية:

-نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري..."

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p.420.

² Ibid, p.420.

معيار المبادلة: وهو عامل مشترك بين العرض والطلب، حيث يقتضي الأمر البحث عن إمكانية استبدال منتج معين بمنتج آخر إذا كان سعره في ارتفاع.

معيار التحديد الجغرافي: ويقصد به تحديد الرقعة الجغرافية التي تحوزها هذه المؤسسة، فسعة السوق تختلف بسعة النشاط الاقتصادي الذي تزاوله المؤسسة، إذ كلما كان النشاط واسع المدى كلما كان السوق أوسع¹.

وبالرجوع إلى ما قيل في مسألة تحديد السوق المعنية سواء في ظل الاتفاقات المحظورة أو ممارسة التعسف في وضعية هيمنة، نجد أن المستهلك يلعب دورا مهما في هذه عملية رسم الحدود التي تمارس فيها المخالفة، ذلك أن المماثلة لتحديد السلع المعنية تركز على معايير موضوعية مع الأخذ بعين الاعتبار عادات ونفسيات، وأهمية العلامة لدى طالبي السلع والخدمات، وهذا وإن دل على حرص المشرعان محل المقارنة على التأكيد على مكانة المستهلك ضمن اهتمامات الأساسية لقانون المنافسة.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، نجد أن المشرع الجزائري اشترط لاكتمال وضعية الهيمنة أو الاحتكار أن يتم في السوق أو في جزء منه، حيث استعمل عبارة: "يحظر كل تعسف عن وضعية هيمنة على السوق... أو جزء منها..."، والسؤال الذي يطرح نفسه أي جزء قصد المشرع؟

لا نجد إجابة على هذا السؤال في ظل قانون المنافسة، ولا حتى في الاجتهاد القضائي لانعدامها، ضف على الفراغ العملي لمجلس المنافسة الجزائري في هذه النقطة بالذات، الأمر الذي سيدفعنا إلى اللجوء إلى ما توصل إليه المشرع الفرنسي، الذي اشترط تطبيق على ممارسة وضعية الهيمنة نفس الشروط المتعلقة بالاتفاقات المحظورة، ونتيجة لذلك يشترط أن يمس التعسف في السوق أو في جزء جوهري منه.

2- التحديد الدقيق لمفهوم وضعية الهيمنة:

عرف المشرع الجزائري وضعية الهيمنة من خلال المادة 3 من الأمر 03/03 الفقرة ج التي تنص على: "هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مومنيها."

¹ محمد بن عزة، دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول، 2013، ص 253.

بينما لم تعرفها التشريعات الأوروبية والفرنسية¹ بل تركت هذا الأمر للاجتهاد القضائي، الذي كان له الفضل الكبير في تحديد مفهوم لفكرة وضعية الهيمنة وتحديد العناصر المكونة له.

حيث جاءت محكمة العدل الأوروبية بتعريف يعد من أهم التعاريف الذي ساعدت على إرساء المعالم الأساسية لوضعية الهيمنة على مستوى الأوروبي والفرنسي، والذي استوحى منه المشرع الجزائري التعريف السابق الذكر والتي جاء فيه كالآتي: "وضعية الهيمنة تتعلق بالقوة الاقتصادية التي تملكها مؤسسة ما، والتي تمنحها القدرة على وضع العوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق المعنية، كما تعطيها إمكانية القيام بتصرفات مستقلة إلى حد معتبر في مواجهة منافسيها وزبائنها أخيرا المستهلكين..."²

وفي قرار أكثر وضوحا اعتبرت: "إن وضعية الهيمنة على خلاف حالة الاحتكار أو شبه الاحتكار، لا تقصي هذه الوضعية المنافسة ولكن تعطي للمؤسسة المستفيدة من هذه الوضعية إمكانية اتخاذ القرار، والتي يكون لها تأثير ملحوظ على الشروط التي تتم فيها المنافسة، وفي كل الأحوال، هذه الوضعية تمكنها من التصرف في حدود واسعة دون وجوب الاكتراث لما حولها، ودون أن يلحق بها هذا التصرف أي ضرر".، تبني القضاء ومجلس المنافسة الأوروبي والفرنسي³ هذه التعاريف في العديد من القرارات⁴.

ممّا سبق نستنتج، أن ما توصل إليه المشرع الجزائري ما هو إلا نتاج الاجتهادات القضائية الأوروبية، ومن هذا المنطلق تعتبر وضعية الهيمنة -في ظل قانون المنافسة - وضعية تسمح للمؤسسة التي تمتلك القوة الاقتصادية بالانفراد بتصرفاتها دون الاكتراث لما حولها في السوق المعنية سواء في مواجهة منافسيها أو مومنيها، وحتى في مواجهة المستهلك هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، نجد أن الاجتهاد القضائي الأوروبي استعمل لأول مرة في عملية تكييف ممارسة مقيدة للمنافسة مصطلح المستهلك، وهذا دليل على أن هذا الأخير ضمن اهتمامات الأساسية لقانون المنافسة بصفة عامة.

¹ Zouaïmia Rachid , Droit de la concurrence, op. cit, p90-91.

² Grynfofel Catherine, Droit communautaire de la concurrence, 3eme édition, L.G.D.J, p .95-96 : "la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise... »

³ La notion de position dominante s'entend, selon la cour de paris : « comme le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective . » . Elle suppose, ajoute -t-elle, « que l'entreprise considérée occupe sur le marché une place prépondérante que lui assurent notamment l'importance des parts de marché qu'elle détient dans celui-ci , la disproportion entre celles-ci et celles des entreprises concurrentes, comme éventuellement son statut et ses modes d'action commerciale »(CA Paris, 1^{er} ch ., 13avrili 1999 , SA Dectra et autres, BOCCRF12 mai, p.254... cité par ; Bout Roger et autres, op. cit, p.412.

⁴ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.465.

كما يجب التسليم أيضا- من خلال التعاريف السابقة- أن وجود وضعية هيمنة في السوق المعنية لا يعني الهيمنة الكلية على السوق المعني واختفاء التام للمنافسة، بل بالعكس وجودها يسمح بنوع من المنافسة، إلا أن هذه المؤسسة سوف تؤثر عاجلا أم آجلا في اللعبة التنافسية في السوق المعنية.

إنَّ وضعية الهيمنة وفقا للمادة 7 من الأمر 03/03 وطبقا للاجتهاد القضائي الأوروبي والفرنسي، تتجسد في حالتين: حالة وجود احتكار (Monopole)، أو حالة امتلاك المؤسسة قوة اقتصادية تسمح لها بممارسة تصرفات مستقلة في مواجهة المنافسين (La concentration de la puissance économique)¹.

أ-وجود حالة الاحتكار:

إنَّ الاحتكار في أصله اليوناني يتضمن جزأين Polein- Monos هي كلمة تعني البيع بمفرده، أما كلمة المحتكر في أصلها اليوناني تتضمن جزأين Monos-polist وهي تعني بائع واحد²، أي وجود بائع واحد لسلعة معينة ليس لها بدائل جيدة³.

ويقصد بالاحتكار أي "أحادية القطب" وجود عون اقتصادي واحد يقدم خدمة أو يعرض سلعة يواجه بها عدد من المستهلكين أو المستعملين، فهي ترتبط بوضعية السوق وليس بصاحب المركز الذي يطلق عليه تسمية "المحتكر"⁴.

ويقصد به أيضا الانفراد بسوق سلعة أو خدمة من طرف مؤسسة واحدة، بمعنى فعل يؤدي إلى السيطرة والنفوذ بهدف إحداث اختناقات في معدلات ووفرة السلع وجودتها وأسعارها بغرض إلغاء المنافسة أو إجبار المنافسين على إخلاء السوق، وبالتالي فالعنصر الأساسي في الاحتكار هو القضاء على المنافسين في السوق⁵.

وتجدر الإشارة إلى أنَّه من أحد أسباب نشوء وضعية الاحتكار في السوق توافر أحد أسباب التالية:

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.556.

² جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 129.

³ مراد عبد الفتاح، شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، خاص(عبد الفتاح مراد)، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 18.

⁴ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 64.

⁵ أمل بن شلبي، الحد من آليات الاحتكار منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 2.

-السيطرة على مصدر من مصادر المواد الأولية فمثلا: شركة ILCOCA الأمريكية احتكرت إنتاج الألمنيوم لفترة طويلة نتيجة سيطرتها على مصدر المادة الأولية المستعملة في صناعة الألمنيوم¹.

-براءة الاختراع وحقوق النشر: ويقصد ببراءة الاختراع حق خاص تمنحه الحكومة للمخترع سلعة أو خدمة معينة، أما حقوق النشر فهي حق خاص يمنح للمؤلف أو الملحن أو غيره من أنواع العمل الفني. ويكون هذا الحق ساريا المفعول لفترة زمنية محددة من الوقت، تختلف من دولة إلى أخرى².

-التفوق التكنولوجي والعلمي: حيث تستطيع مؤسسة ذات تفوق تكنولوجي القضاء على أي منافس محتمل والحفاظ على مركزها الاحتكاري وذلك بفضل تفوقها التكنولوجي³.

-الإجراءات الحكومية الخاصة بحماية الصناعة الوطنية من استيراد سلعة معينة أي منع المنافسة الأجنبية للسلع الوطنية الأمر الذي يجعل المؤسسات الوطنية تحتكر إنتاج هذه السلع المعنية.

-اندماج المؤسسات ببعضها البعض⁴.

ويمكن تقسيم الاحتكار إلى قسمين: الاحتكار القانوني (Monopole légal)، والاحتكار الواقعي (Monopole).

ويقصد بالاحتكار القانوني يكون مصدره إما التشريع أو التنظيم، إذ يقرر التشريع في أحكامه أن يستأثر شخص عام دون غيره القيام بنشاط معين⁵، ومن أمثلة بعض الاحتكارات القانونية في الجزائر (الجزائر) شركة التبغ والكبريت SNTA، الشركة الوطنية للكهرباء والغاز...⁶ إلخ، أما في فرنسا فنجد مثلا (France-Télécom)، شركة الكهرباء الفرنسية (EDF)⁷.

الاحتكار الفعلي (الواقعي): هذه الحالة تتحقق بتسخير أشخاص عامة أو خاصة كافة الوسائل المادية والبشرية لتحقيق نجاح اقتصادي فعال، وبالتالي الوصول إلى هيمنة كاملة أو جزء كبير من السوق المعنية. لا يمنع مثل هذا الاحتكار شرط أن يكون العمل مشروع ونزيه وتكون الوسائل مشروعة⁸.

¹ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 64.

² أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 9.

³ نفس المرجع، ص 11.

⁴ إيمان بن وطاس، المرجع السابق، ص 65.

⁵ Marie-Chantal Boutard Labard et autres , op.cit, p.194.

⁶ إيمان بن وطاس، المرجع السابق، ص 66.

⁷ Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2003, études thématiques , p80-81.http://:www.autorité de la concurrence.Fr/doc/Rapport2003_analysejurisprudence.pdf. 13/01/2009

⁸ Laurence Nicolas-Vullièrme ,op. cit, p.88.

إن الاحتكار سواء أكان قانونيا أو فعليا (واقعيا) سيؤدي حتما إلى القضاء أو إنقاص بصفة ملحوظة من المنافسة في السوق المعني، إن هذا المفهوم شبيه بمفهوم وضعية الهيمنة وتأكيدا على التشابه الموجود بينهما فإن المشرع الجزائري قد استعمل هذا المصطلحين (الاحتكار ووضعية الهيمنة) واعتبرهما متلازمين من خلال نص المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها..."، وهذا ما أكده أيضا الاجتهاد القضائي الفرنسي في العديد من القرارات¹.

ب- وضعية هيمنة عن طريق تجميع القوة الاقتصادية:

تحدد وضعية الهيمنة إما باحتكار مؤسسة على كل أو جزء مهم من السوق المعنية، كما يمكن أن تتحدد بامتلاك مؤسسة ما قوة اقتصادية تمنحها القدرة على وضع عراقيل للقيام منافسة فعلية في السوق المعنية.

ويعنى أدق هذه القوة الاقتصادية جعلها تنفرد بتصرفات مستقلة في مواجهة منافسيها ومستهلكيها، وهذا ما يمكن استقراءه من خلال المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم: "...هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية... وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة..."،

أكدت على هذا الفرض قرارات عديدة لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية: "...إنَّ وضعية الهيمنة عندما تكون للمؤسسة: "إمكانية القيام بتصرفات منفردة مستقلة والتي تسمح له بالتحرك بدون الأخذ بعين الاعتبار للمنافسين الآخرين."²

إنَّ قياس القوة الاقتصادية للمؤسسة المعنية ما في السوق المعنية لا تعتمد على مؤشر واحد كحصة المؤسسة في السوق المعنية، الذي أعتبر مؤشر ضعيف وغير كاف لتحديد وضعية هيمنة في السوق المعنية، بل يجب الاعتماد على مجموع من المؤشرات أو المعايير الاقتصادية تكون أكثر مرونة تتناسب مع وضعية كل حالة على حدة لإثبات هذه الحالة (Faisceau d'indices)، إنَّ هذا الموقف سار عليه القضاء الأوروبي والفرنسي.

سار على هذا النهج المشرع الجزائري، الذي أدرج المعايير المعتمدة لقيام وضعية هيمنة في المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 2000، إلا أنَّ هذا المرسوم لم يدم طويلا، وتم إلغاؤه بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وسكت المشرع الجزائري مرة أخرى عن هذه النقطة،

¹ La SACAM cass.1^{er} civ., 13 déc 1983.n°80-16. 318, Bull, civ1, p261. www. autoritédelaconcurrence.fr

² Commission CE 9-12-1971, aff. « Continental Can » : JOCE 1972 L7, p.25.

وحسنا فعل لتفادي تضيق المجال على مجلس المنافسة، الذي بدوره سيكون أمامه تحديات كبيرة في هذا المجال، ولا بأس من الاستفادة من التجربة الأوروبية والفرنسية في هذه النقطة، والسؤال الذي يطرح نفسه ما هي المعايير التي يمكن للسلطات الرقابة استعمالها لتحديد القوة الاقتصادية للمؤسسة في السوق المعنية؟

يوجد العديد من المعايير المعتمدة لتحديد القوة الاقتصادية للمؤسسة في السوق المعنية، ولا بأس من ذكر أهمها فيما يلي:

-المعيار الأساسي (معيار حصة المؤسسة في السوق):

يعتبر معيار حصة المؤسسة في السوق المعنية من أهم المعايير أو بالأحرى المعيار الرئيسي الذي يجب اللجوء إليه من أجل تحديد وجود وضعية هيمنة في السوق المعنية أم لا¹.

ويقصد بهذا المعيار المكان أو النصيب الذي تحوزه المؤسسة في السوق المعنية أو جزء جوهري منه، بحيث يوجد ارتباط وثيق بين حصة المؤسسة وبين القوة الاقتصادية التي تكتسبها في السوق المعنية.

وبالتالي، فإن استحواد مؤسسة على مجموع مهم من الحصص في السوق المعنية بالمقارنة مع منافسين آخرين يعد مؤشرا مهم على وجود وضعية هيمنة²، والجدير بالذكر أن معظم التشريعات المتعلقة بقانون المنافسة لجأت إلى وضع نسب مئوية لاعتبار مؤسسة ما في وضعية هيمنة فمنها من حددها بما يتراوح ما بين (30% - 40%)³، في حين حذت بعض القوانين عدم وضع نسبة معينة، فمثلا: لو فاقت حصة المؤسسة 50% في مجال معين لا تعتبر المؤسسة في وضعية هيمنة بل بالعكس هناك بعض الحالات قد تصل النسبة إلى 90% ولا تعتبر أن هناك وضعية والعكس صحيح⁴، إذا هنا الفكرة تختلف من حالة عملية إلى أخرى وذلك نظرا للخصائص التي تميز كل سوق معينة.

وبالمقابل، فإن استحواد مؤسسة على نسبة ضئيلة 10% أو أقل مثلا من الحصص فهو دليل على عدم وجود وضعية الهيمنة فمثلا: اعتبرت سلطة المنافسة الفرنسية استحواد مؤسسة على نسبة 21% فهو دليل على عدم وجود وضعية هيمنة.

وتجدر الإشارة إلى أن معيار حصة المؤسسة في السوق المعنية رغم اعتباره من المعايير الأساسية لتحديد وضعية الهيمنة، إلا أنه يعد قرينة بسيطة أي لا يعتبر مؤشر قاطعا وكافيا لإثبات وجود

¹ Grynfoegel Catherine, Droit communautaire de la concurrence, op. cit, p.96.

² إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 67.

³ أمل شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 50.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.196

مؤسسة في وضعية هيمنة، حيث يمكن إثبات عكسها إذا تبين وجود منافسة فعلية في السوق المعنية ووجود منافسين فعليين لها، كما إذا ثبت أن السوق مفتوح لمنافسين جدد أو أن الاحتكار ما هو إلا وضعية مؤقتة وفي ظرف زمني قصير¹.

إن معيار حصة المؤسسة في السوق المعنية رغم أهميته يبقى غير كاف لإثبات حالة الهيمنة، بل يجب البحث عن مؤشرات أو معايير أخرى لقياس القوة الاقتصادية للمؤسسة أطلق عليهم بعض الفقهاء بالمؤشرات الثانوية، وهي كالآتي:

- معيار رقم الأعمال:

يقصد بمعيار رقم الأعمال هو حجم المبيعات مقوما تقويما ماليا أو بمعنى آخر هو الرقم الذي حققته مؤسسة ما خلال السنة المالية المنصرمة، أخذ بهذا المعيار العديد من المشرعين: كالمشرع البلجيكي والمشرع الياباني الذي اعتبر أن المؤسسة التي يتعدى رقم أعمالها خمسون مليون (ين) وحائزة على نصيب يفوق 50% من السوق المعنية فهي في وضعية هيمنة².

تبنى المشرع الجزائري هذا المعيار بموجب المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 في مادته: "تحدد حصة السوق بالعلاقة بين رقم أعمال العون الاقتصادي المعني ورقم أعمال جميع الأعوان الاقتصاديين الموجودين في نفس السوق." إلا أن هذا المرسوم- كما قلنا سابقا- ألغي بموجب الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة الذي خلت نصوصه من ذكر لهذا المعيار في تحديد القوة الاقتصادية للمؤسسة، بل نجد أن المشرع قد استعمله في تحديد مبلغ العقوبة المقررة في حال ارتكاب مؤسسة للممارسة مقيدة للمنافسة³.

لم يختلف الأمر كثيرا مع المشرع الفرنسي إلا أن الأمر لم يمنح مجلس (سلطة) المنافسة والقضاء الفرنسي من استعمال هذا المعيار لتحديد وضعية الهيمنة في العديد من المناسبات والقرارات⁴.

- معيار الامتيازات القانونية أو التقنية المتوفرة لدى المؤسسة المعنية:

يمكن لمؤسسة معينة أن تستفيد من امتيازات قانونية كإعفائها من دفع الضرائب لمدة معينة⁵ مثلا، أو أن تتميز عن غيرها بامتيازات تقنية كتفوقها التكنولوجي والتقني على باقي المنافسين، ريادتها في

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.559.

² جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص136-137.

³ المادة 56 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁴ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.238.

⁵ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص139.

مجال التسيير و أقدميتها، شهرة علامتها التجارية، عدد العقود التي تبرمها، الزبائن التي تموينهم، حصولها على حق امتياز لتكنولوجيا معينة أو سلعة معينة، دورها الريادي في مجال الأسعار ويقصد بهذا المعيار الأخير قدرة المؤسسة بالاحتفاظ بمستوى معين من الأسعار يكون أكثر ارتفاعا من مستوى الأسعار المنافسة، و في حالة قيام هذه المؤسسة بتغيير أسعارها تقوم المؤسسات المنافسة بإتباع السعر المفروض من طرفها¹.

-معيار طبيعة العرض:

كامتلاك شبكة إنتاج تسمح باقتراح سلسلة واسعة من المنتجات في حين لا يملك المنافس الرئيسي لهذه المؤسسة سوى وحدة واحدة للإنتاج لا تغطي إلا منطقة محدودة²، أو يتحقق هذا المعيار عندما تمتلك هذه المؤسسة علامة تجارية جد مشهورة³.

-وجود عراقيل تحول دون الدخول بحرية إلى الأسواق أو غياب المنافسة المحتملة:

بمعنى عدم سهولة دخول مؤسسات جديدة إلى السوق المعنية إلا إذا كانت تتمتع بقدرات إنتاجية وتكنولوجيا جد متطورة⁴.

ثانيا: الاستغلال التعسفي في وضعية الهيمنة.

اتفقت التشريعات المقارنة على أنّ وضعية الهيمنة في حد ذاتها لا تعتبر من الممارسات المقيدة للمنافسة، أي أن هذه التشريعات لا تجرمها وإنما تجرم إساءة استخدامها في السوق المعنية، رغم أن بعض الفقهاء الأوروبيين كان له رأي آخر في هذه النقطة، وذلك استنادا إلى ما أقره الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية في أحد قراراتها التي جاءت كالتالي: "تكون وضعية الهيمنة جيدة عندما تعكس القوة الاقتصادية لمؤسسة ما في وضعية الهيمنة، والتي تكون موضوع الحظر، وما السلوك التعسفي لا ينتج إلا مؤشرا على انطلاق الرقابة... ويمثلان ويشكلان العنصرين الأساسيين لاكتمال المخالفة."

إنّ هذا الرأي لا يمكن التسليم به ذلك أن النصوص القانونية (الجزائرية والفرنسية والأوربية) كانت واضحة جدا في هذه النقطة بالذات.

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.200-201.

² إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 68.

³ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.238.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.199.

إنَّ وضعية الهيمنة هي حق لكل مؤسسة اقتصادية تنشط في السوق، وامتازت عن غيرها من المؤسسات وذلك بسبب ما توصلت إليه من شهرة ورواج منتوجاتها في السوق، أو نظرا لاستعمالها لتكنولوجيا وتفوقها في التسيير التقني والامتيازات التجارية، كما أن الوصول إلى وضع المهيمن يحفز على تفعيل الحسن للمنافسة¹ وبث روح التنافس بين المؤسسات التي تنشط في السوق، والتي سيستفيد منها المستهلك قطعا من خلال تنوع السلع وجودتها العالية.

إنَّ وصول مؤسسة اقتصادية إلى وضعية الهيمنة لا يمنعها أن تحافظ على مكانتها بطريقة شرعية ومقبولة، وحماية مصالحها الخاصة لكن دون أن تصل إلى الحد الخروج عن المعقول، وهذا هو الحد الفاصل بين "التعسف" و"العقلانية" تطبيقا لمبدأ التناسب². فماذا نعني بالسلوك التعسفي؟

1- تحديد مفهوم التعسف في قانون المنافسة:

لم يحدد القانون الجزائري والقوانين المقارنة مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة، إلاَّ أنَّ الاجتهاد القضائي الأوروبي والفرنسي حاولا تحديد هذا المفهوم بناء على النصوص القانونية والتطبيقات العملية.

ونعني بالتعسف بمفهوم القانون المدني هو الإساءة وسوء استعمال للحق والإضرار بالآخرين³، أما التعسف في مفهوم قانون المنافسة فإنَّه يتخذ منحى آخر يتميز بأنه أوسع ومرن يتعلق أساسا بتقييد المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق المعنية.

نجد لهذا المفهوم الأخير تفسيران مهمان يسمى الأول تعسف السلوكيات، والثاني التعسف الهيكلي، والذي تم تطويره منذ 1979.

أ- التعسف السلوكيات (التعسف الناتج (Abus de comportement)

يقصد بالتعسف السلوكيات هو التعسف الذي يظهر في شكل فعل غير عادي بالمقارنة بالأفعال التي تمارس في ظل نظام المنافسة الحرة⁴، أي أن التعسف في هذه الحالة هو تصرف أو سلوك مناف للمنافسة تتحصل من خلاله على نتائج لم يكن لتصل إليها لولا وضعيتها المهيمنة⁵.

¹ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 70.

² La Cour l'a admis et a pu lui concéder : « dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger les dites intérêts. » Grynfoegel Catherine, Droit communautaire de la concurrence, op. cit, p.96

³ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.236.

⁴ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.468.

⁵ Vignal Marie-Malaurie, Abus de position dominante, contrats-concurrence-consommation, Juris-classeur, 2002, p.17.

لهذا قام المشرع الأوروبي والفرنسي بإعطاء قائمة بالتصرفات التي تعتبر تعسفية، غير أن هذه القائمة جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، وبالتالي حسب هذه النظرية كل تصرف مهما كان يسمح بتقييد وانحراف المنافسة عن مسارها الطبيعي يعتبر تعسفا في نظر هذه النظرية¹ بالمفهوم لموضوعي (conception subjective)².

ب-التعسف الهيكلي (Abus de structure):

يقصد بالتعسف الهيكلي بأنه كل فعل لمؤسسة في وضعية هيمنة تقيد أو تؤثر على هيكل المنافسة والسوق المعني بها معاً³، أي أن التعسف في هذه الحالة هو أوتوماتيكي، وبمعنى أدق وجود وضعية الهيمنة في حد ذاته يعتبر تعسفا دون الحاجة إلى وجود فعل تعسفي⁴، فيمكن للتصرفات الشرعية والتي لا تسبب أي ضرر للمؤسسات الناشطة في نفس السوق المعنية تصرفات تعسفية⁵.

يرجع أساس هذه النظرية إلى القرار الشهير لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية Continal.can بتاريخ 21 فيفري 1973 والتي جاء فيه ما يلي: "إن تعزيز وضعية الهيمنة من طرف مؤسسة مهما كانت الطرق المستعملة من أجل الوصول إلى ذلك لدرجة أن مستوى الهيمنة أدى إلى المساس المحسوس بالمنافسة." حيث لم تكن تميز بين التعسف الهيكلي والتعسف الناتج⁶.

تعرضت هذه النظرية إلى العديد من النقض كونها جرمت الوصول إلى وضعية الهيمنة أو تقويتها⁷، ويرجع هذا التعصب في محاربة وضعية الهيمنة آنذاك هو خلو القانون الأوروبي من مراقبة التمرکزات والتجميعات والخلط بين هذه الوضعية ووضعية الهيمنة.

لم يدم هذا الوضع طويلا بسبب هجر القضاء الأوروبي و الفرنسي لفكرة التعسف الهيكلي، وأصبح يشترط لاكتمال المخالفة مقيدة للمنافسة قيام مؤسسة في وضعية الهيمنة بسلوك أو تصرف غير مبرر وتعسفي لوضع عراقيل لتطور المنافسة في السوق المعنية، وهذا ما أقرته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها الشهير Hoffman- la Roche التي عرفت التعسف بأنه:

"فكرة موضوعية تتعلق بالتصرفات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة، والتي تؤدي بطبيعتها إلى التأثير على هيكل السوق أو الذي تكون فيه درجة المنافسة قد ضعفت إثر تواجد المؤسسة المعنية في هذه الوضعية، حيث يكون من شأن هذه التصرفات التأثير على درجة المنافسة التي كانت موجودة في

¹ Nicolas-Vullièrme Laurence, op. cit, p.202.

² Vignal Marie-Malaurie, Abus de position dominante, op. cit, p.17.

³ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.243.

⁴ Mainguy Daniel et autres, op cit, p285.

⁵ Grynfoegel Catherine , Droit communautaire de la concurrence, op. cit, p106.

⁶ Mainguy Daniel et Depincé Malo, op. cit, p.314.

⁷ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p. 234.

السوق، وذلك باللجوء إلى استخدام وسائل مختلفة عن تلك الوسائل التي تحكم المنافسة العادية في مجال السلع أو الخدمات المقدمة من طرف الأعوان الاقتصاديين، وهذا أمر يمنع تطور المنافسة¹.

ولهذا أصبح القضاء الأوروبي والفرنسي لا يفرقان بين التعسف الهيكلي والتعسف السلوكي، أي أصبحا يطبقان مفهوم التعسف بمفهومه الواسع²، لهذا قام المشرع الأوروبي بسرد جملة من التصرفات على سبيل المثال والتي تشكل تعسفاً.

سار على هذا النهج المشرع الفرنسي والجزائري اللذان قدما مجموعة من التصرفات، والتي جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، كما أن القائمة التي بها المشرع الفرنسي تختلف عن تلك التي جاء بها القانون الجزائري والأوروبي.

وبناء على ذلك، فإن كل تصرف تأتي به مؤسسة في هيمنة للسوق المعنية يكون الهدف منه تقييد المنافسة أو القضاء عليها يشكل تعسفاً، خاصة إذا كان التعسف ناتج عن امتلاك بنية أساسية أو منتوجات أو خدمات لا يحوزها المنافسين الحاليين ولا المنافسين المحتمليين هذه الحالة تتعلق بنظرية "التسهيلات الضرورية la théorie des facilités ou théories des installations essentielles".

يقصد بنظرية التسهيلات الأساسية تلك النظرية التي تقوم على افتراض احتكار مؤسسة ما لبنية أساسية أو مادة أولية، أو خدمة أساسية في السوق المعنية مع غياب البديل المناسب لهذه المادة أو البنية، أو الخدمة الأساسية بسبب توافر خصائص جد دقيقة أو ارتفاع تكاليف امتلاكها، والتي يستحيل توافرها لدى المنافسين الحاليين والافتراضيين، ممّا يؤدي إلى خروجها أو عدم القدرة من الأساس الدخول إلى السوق المعنية، أو بقائها مرهون بالرجوع إليها.

هذه النظرية تنطبق على جميع المؤسسات سواء كنت عامة أو خاصة، تستثمر في نشاط عام أو خاص، ويتشكل التصرف التعسفي في هذه الحالة رفض أو منع استعمال البنية الأساسية التي تحتاج إليها المؤسسات الحالية أو الجديدة للدخول إلى السوق³.

ترجع أصول هذه النظرية إلى قانون (Anti-trust) قانون الولايات المتحدة الأمريكية⁴، وأقر بهذه النظرية القضاء وسلطات الرقابة الأوروبية والفرنسية، اللذان أدخلتا بعض التعديلات وجعلها تتناسب مع خصوصية القانون الأوروبي، وقد تجلت هذه النظرية في العديد من القرارات¹.

¹ Nicolas Vullière Laurence, op. cit, p.202.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.470.

³ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p. 256.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.427.

إن أعمال نظرية التسهيلات الضرورية يتطلب تحقق الشروط الآتية:

-وجود مؤسسة في وضعية هيمنة.

-امتلاك أو تسيير مؤسسة في وضعية هيمنة لتسهيلات أو تجهيزات ضرورية لا تتوافر لدى غيرها².

-يجب ألا يكون للتجهيزات أو البنية الأساسية أية مماثل لها فعليا كان أو احتماليا مثال ذلك (مطار، شبكة الاتصالات، شركة تنقية المياه، قاعدة بيانات تتضمن قائمة المنخرطين، حقوق المؤلف كحق المؤلف المرتبط بالبرامج السمعية والبصرية...)³.

-يجب أن تكون هذه التسهيلات ضرورية بحيث لا يستطيع المتنافسين تقديم خدمات أو بيع منتجات لعملائهم⁴.

-يجب أن تكون هذه البنية الأساسية غير قابلة للإنتاج في نفس الشروط الاقتصادية المعقولة من قبل منافسين للمؤسسة في وضعية هيمنة⁵.

-يجب أن ترتكب هذه المؤسسة في وضعية هيمنة تعسفا، بمعنى أن تتعسف هذه المؤسسة في استخدام وضعيتها بمنع استعمال هذه البنية الأساسية أو السماح باستعمالها بشروط تعسفية غير مبررة.

-يجب أن تمس أو تعيق تصرفات المؤسسة المالكة أو المسيرة للتسهيلات أو التجهيزات الأساسية المنافسة الحالية أو الاحتمالية في السوق المعنية⁶.

ومن خلال ما سبق ذكره، نستنتج أن المشرعان محل المقارنة والاجتهاد القضائي الأوروبي والفرنسي لم يأخذوا بمساهمة المستهلك في تحديد مفهوم التعسف الذي يصاحب وضعية الهيمنة في السوق، مما نلمح تراجع لهذا الأخير في عملية تكييف الحظر، وهذا وإن دل على توجه قانون المنافسة- في الأول والأخير- من خلال حظر هذه الممارسات إلى حماية السوق بصفة أساسية وجوهرية، لتنصب المصلحة في الأخير للمستهلك النهائي، أي الحماية في ظل حظر هذه الممارسة ضمنية.

2-يجب أن يؤدي التعسف إلى المساس بقواعد اللعبة التنافسية.

¹ Nicolas Vullièrme Laurence, op. cit, p.202.

² Mainguy Daniel et autres, op. cit, p.290.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.562.

⁴ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p. 256.

⁵ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.562.

⁶ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p.256.

الأصل أنّ وضعية الهيمنة لا تشكل في حد ذاتها ممارسة مقيدة للمنافسة، إلا أنّ التعسف في استغلال وضعية الهيمنة هو الذي يعتبر كذلك، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: هل هذا الشرط كافي؟ أي هل يجب أن يؤدي التعسف إلى المساس بقواعد اللعبة التنافسية أم أن التعسف وحده كاف لاكتمال المخالفة؟

لم يولي المشرع الجزائري هذه النقطة الأهمية المطلوبة، كونه ركّز على حظر كل تعسف في استغلال وضعية الهيمنة إذا توافر فيها "القصد"¹، وهذا ما يمكن استخلاصه من عبارات المادة 7 من الأمر 03/03 نفسها، أي أنه ستعاقب تصرفات المؤسسات في وضعية هيمنة التي لها القصد في إعاقة مسار اللعبة التنافسية، أمّا التصرفات التي لا تنطوي على هذا العنصر غير قابلة لتطبيق أحكام المادة 7 من الأمر 03/03 عليها، وهو الأمر الذي سيسهل إفلات العديد من المؤسسات من الملاحقة والعقاب²، مما سيضيق الحماية المستهلك المبتغاة من وراء حظر هذه الممارسة، كون سيصعب على سلطات الرقابة الجزائرية تحديد هذا العنصر لتعلقه بالنوايا الداخلية للمؤسسات الناشطة في السوق.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنّه اتخذ موقفا مغايرا وواضحا خاصة أنه وحد بين الشروط المطبقة على منع الاتفاقات والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة³، أي أنه اشترط أن التصرف الناتج عن وضعية الهيمنة يجب أن يكون له هدف أو أثر فعلي أو احتمالي على عرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق المعنية⁴، وهذا ما يظهر جليا من خلال نص المادة 2-420 من ق ت ف⁵، والتي تحلينا لنص المادة 1-420 من ق ت⁶.

وهو الحل الذي تجسد في العديد من قرارات سلطة المنافسة ومحكمة النقض الفرنسية، فمثلا: سلطة المنافسة الفرنسية رفض العديد من الإخطارات لعدم مساس تصرفات المؤسسات في وضعية الهيمنة بصفة حساسة بالمنافسة في السوق المعني⁷.

إنّ الحل الذي اتّخذ المشرع الفرنسي، يوضّح جليا رغبة الأخير في بسطِ ظلال هذه المادة على جميع التصرفات التعسفية الصادرة عن المؤسسات في وضعية الهيمنة (سواء أكنت تهدف أو لها أثر على

¹ وهذا ما أكدته المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:..."

² جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 147.

³ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p. 256.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.223.

⁵ Article L420-2 du code commerce : « Est prohibée dans les conditions prévues à l'article L420-1 l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe... » .

⁶ Article L420-1 du code commerce : «Sont prohibées..., lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché... »

⁷ Zouaimia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit, p.97.

المنافسة الحرة في السوق المعنية)، كما أنه يوسع دائرة الحماية المقررة للمستهلك من خلال حظر هذه الممارسة، مما يفوت فرصة على المؤسسات الإفلات من المتابعة والعقاب.

ولم يتوقف الفقهاء الفرنسيين عند هذا الحد، بل أوجبوا أن يكون هناك علاقة سببية بين قوة المؤسسة في وضعية الهيمنة والاستغلال التعسفي، أي يجب أن يتحقق الاستغلال التعسفي بسبب استعمال المؤسسة لوضعيتها المهيمنة في السوق المعني، كما يجب أن تكون العلاقة السببية علاقة مباشرة.¹

أما بالنسبة للقانون الأوروبي (وطبقاً لنص المادة TF102)، لا نجد أية دلالة على وجوب توافر الهدف المقيد للمنافسة إذ استلزم المادة 102 أن يرتب التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة أضرار بالمبادلات التجارية التي تتم بين دول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي²، إلا أن هذا الأمر لم يمنع اللجنة الأوروبية والهيئات القضائية الأوروبية من الأخذ بالهدف أو الأثر (الفعلي أو الاحتمالي) على المنافسة بين دول الأعضاء في قراراتها³.

الفرع الثاني: بعض أشكال استغلال التعسف في وضعية الهيمنة.

يتخذ التعسف في استغلال وضعية الهيمنة العديد من الأشكال التي لا حصر لها، لهذا حاولت التشريعات محل المقارنة تقديم قائمة متنوعة من التصرفات التي تجسد التعسف، وما يلاحظ على النصوص المقارنة أن القوائم جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

حيث جاء في نص المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.

- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل.

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

¹ Condomines Aurélien, op. cit, p.142.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.223.

³ Daniel Mainguy et autres, op. cit, p.291.

-إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية."وبهذا تكون قد خالفت ما جاءت به المادة 2-420-من ق ت ف¹.

من خلال استقراء لهذه النصوص القانونية، نجد أن التصرفات التعسفية التي نصت عليها المادة 2-420-من ق ت ف هي نفسها التي كانت موجودة في ظل المادة 7 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى، والتي أصبحت تعد أشكالاً للتعسف في استغلال وضعيتها التبعية الاقتصادية²، في حين وُحِدَ المشرع الجزائري التصرفات التي تشكل اتفاقاً محظوراً، وتلك التي تعتبر تعسفاً في استغلال وضعيتها الهيمنة.

ومن خلال استقراء هذه القوائم يمكن القول، أنّ هذه التصرفات التعسفية لا تشكل مخالفة لأحكام قانون المنافسة فقط، بل قد تتسبب بأضرار جمة للمتعاملين الاقتصاديين الناشطين في السوق المعنية، كما أنّها تضر أيضاً بالمستهلك البسيط الذي سيجد نفسه أمام أسعار ملتهبة دون جودة، أو سيفاجئ

¹Article L420-2 du code commerce : «Est prohibée dans les conditions prévues à l'article L420-1 l'exploitation d'une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de ventes, en ventes liées ou en conditions de ventes discriminatoires ainsi que dans la rupture de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.»

²حدد المشرع الجزائري في ظل المادة 7 من الأمر 95/06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) قائمة مغايرة عما هو معتمداً حالياً في ظل المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث جاء فيها أنه: "يمنع كل تعسف ناتج عن وضعيتها أو احتكار على السوق أو احتكار له أو على جزء منه يتجسد في:

-رفض البيع بدون مبرر شرعي وكذلك أجناس مخزون من منتجات في محلات أو في أي مكان آخر مصرح بها أو غير مصرح به.

-البيع المتلازم أو التمييزي.

-البيع المشروط باقتناء كمية دنيا.

-الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.

-قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير شرعية.

-كل عمل آخر من شأنه أن يحد أو يلغي منافع المنافسة في السوق.

تحدد عن طريق التنظيم المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعيتها هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف." حالياً هذه القائمة أصبح تمثل صوراً عن التعسف في وضعيتها التبعية الاقتصادية، وأخذت به قرارات مجلس المنافسة الجزائري(مجلس المنافسة الجزائري)، قرار رقم 98 ق الصادر عن مجلس المنافسة يوم 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت... منقول عن الموقع الإلكتروني التابع لمجلس المنافسة الجزائري: (www. conseil-concurrence. Dz).

باختفاء بعض المنتجات أو العلامات التجارية من السوق، ممّا سيقيد من حرية اختياره، ويجعله رهن إشارة هذه المؤسسات المتعسفة.

وتنقسم التصرفات التعسفية إلى طائفتين، الطائفة الأولى: تتمثل في الممارسات التعسفية الماسة بالسوق والعلاقات التجارية، أما الطائفة الثانية: الممارسات التعسفية الماسة بالأسعار وشروط البيع. وسوف يتم التعرض لبعض النماذج من كل طائفة.

أولاً: الطائفة الأولى (الممارسات التعسفية الماسة بالسوق والعلاقات بين التجار).

تسعى المؤسسات في وضعية الهيمنة إلى الحفاظ على مكانتها في السوق بكل الطرق المشروعة والغير المشروعة، وذلك بإتباع تصرفات تهدف إلى غلق المجال أمام منافسيها أو محاولة كسب المزيد من الحصة في السوق المعنية عن طريق إقصاء منافسيها، الذي سيؤدي لا محال إلى تخفيض العرض في السوق المعنية، مما سيؤثر مباشرة على أسعار السلع والخدمات وجودتها، والتي سيدفع ثمنها المستهلك النهائي، ولا بأس أن نسوق أمثلة عن بعض هذه التصرفات.

1- الممارسات التعسفية الماسة بحرية الدخول إلى السوق:

وتتخذ هذه التصرفات صوراً متعددة وتتمثل فيما يلي:

أ- الحد من الدخول إلى السوق وممارسة النشاطات التجارية فيه:

يشمل هذا الأمر جميع التصرفات التي تهدف إلى التقليل من المنافسين والإنتاج والتوزيع وكذا الحد منهم، وذلك بفرض نوعاً من الرقابة التقنية على المؤسسات الراغبة في الدخول إلى السوق أو إلزامية الحصول على اعتماد سابق، أو التسجيل في قائمة معينة¹...إلخ.

كما يمكن أن تتجسد هذه التصرفات أيضاً عن طريق وضع رقابة على جودة الإنتاج يكون من شأنها إعاقة الطريق أمام المؤسسات أخرى، أو تضمين عقود التوزيع لبنود التي تقلص من المنافسين في السوق².

ب- تقليل أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور الفني:

يتحقق هذا الأمر عندما تقوم المؤسسات المهيمنة على سوق معينة بتحديد كمية إنتاج أو تسويق كل مؤسسة لمنتجات معينة، وبذلك يمنع على كل مؤسسة من إنتاج أو تسويق أو استخدام تكنولوجيا

¹ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 74.

² نفس المرجع، ص 74.

متطورة غير المسموح بها تحت طائلة عقوبات تفرضها عليها المؤسسات المهيمنة، مثال ذلك: كرفض تقديم معلومات محمية بحقوق المؤلف¹.

ت-اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل:

يقصد بها تلك الممارسات التي يتم بموجبها اقتسام السوق المعنية بين المؤسسات التي تحتل مراكز قوة في السوق المعنية، حيث تحدد نسبة معينة من الإنتاج أو التوزيع أو البيع التي يتوجب عليهم احترامها، هذه الممارسات الغير المشروعة سوف تحدد مراكز المؤسسات في السوق المعنية وتمنعهم من ممارسة نشاطهم خارج الحدود².

وقد يأخذ تقسيم السوق أشكالاً مختلفة كالتقسيم الجغرافي أو تقسيم السوق عن طريق توزيع حصص الإنتاج أو التوزيع، كما يمكن تقسيم السوق على التخصص أو النشاط الذي يفلح فيه³.

2- الممارسات التعسفية الماسة بالعلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين:

تستطيع المؤسسة في وضعية الهيمنة تغيير سياستها التجارية بما يتناسب مع التطورات الحاصلة في عالم التجارة دون أن تعتبر في هذه الحالة متعسفة في استغلال وضعيتها المهيمنة في السوق المعنية، أما إذا كانت تصرفاتها تهدف أو يمكن أن تهدف إلى المساس بالحرية التجارية للمؤسسات أو تقييد نشاط المنافسين لها في السوق المعنية، ففي هذه الحالة تنتقل من المباح إلى المحظور، وهذا ما أقره الواقع العملي للتجربة المحتشمة لمجلس المنافسة الجزائري وسلطات المنافسة الفرنسي. ومن بين هذه الممارسات ما يلي:

أ-رفض البيع:

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الممارسة صراحة في المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة عكس ما جاء به المشرع الفرنسي، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من التتويه عن هذه الممارسة باعتبار أن المادة 7 من الأمر 03/03 أصلاً جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

يعتبر رفض البيع أو أداء الخدمة من الممارسات التعسفية التي قد تمارسها المؤسسة في وضعية الهيمنة⁴، حيث أقرت محكمة الاستئناف ومحكمة النقض الفرنسية أن تصرف الفيدرالية الفرنسية لكرة

¹ Vignal Marie-Malaurie, Droit de la concurrence interne et européen, op. cit, p. 256.

² إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 75.

³ نفس المرجع، ص 75.

⁴ Zennaki Dalila, La discrimination entre agents économiques en droit algérien, les contrats de distribution(droit français, droit algérien, droit communautaire), Presses Universitaires de Bordeaux , France, 2011, p.26.

القدم تصرف تعسفا معاقب عليها بموجب المادة 8 (التي أصبحت المادة 2-420 L من ق ت ف) لرفضها إعطاء تراخيص إعادة البث مباريات كرة القدم¹.

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبر أن مجرد التهديد برفض البيع أو أداء خدمة تعسفا، حيث اعتبر تصرف شركة "....."، الذي قررت "توقيف حسابات bloquer les comptes" الموزعين الذين لا يحترمون أسعار البيع المفروضة من المومنين تصرفا تعسفا².

أخذ مجلس المنافسة الجزائري أيضا بعين الاعتبار بهذه الممارسة، حيث تدخل مؤخرا بموجب القضية رقم 2016/01 المؤرخ 18 مايو 2016 ضد شركة الأسهم لافارج الجزائر (LAFARGE-SPA ALGERIE)³.

حيث تتعلق وقائع هذه القضية برفع الشركة ذات المسؤولية المحدودة ايماكور (SARL IMACOR) بتاريخ 16 أبريل 2013 إخطار لدى مجلس المنافسة ضد شركة الأسهم لافارج الجزائر (LAFARGE-SPA ALGERIE)، تدعي من خلاله رفض الشركة المشتكى منها بيعها الاسمنت الرمادي دون مبرر شرعي وكذا البيع التمييزي اتجاهها.

كما ادعت الشركة ذات المسؤولية المحدودة ايماكور (SARL IMACOR) التعسف في وضعية الهيمنة من طرف شركة الأسهم لافارج الجزائر (LAFARGE-SPA ALGERIE)، والذي تبين من خلال اعتماد هذه الأخيرة كزبون ورفض ملفها بحجة أنها لا تستوفي الشروط والمعايير المحددة من طرف الشركة المنتجة للإسمنت.

بعد إطلاع مجلس المنافسة على أوراق الملف، وبناء على الإرسالية التي توجهت بها الشركة المخطرة والمتضمنة نسخة عن بروتوكول اتفاق بين شركة لافارج وشركة اماكور، والذي التزمت من خلاله شركة اماكور بوضع حد لنزاعها القائم مع الشركة المشتكى منها أمام المجلس.

خلص مجلس المنافسة-أثناء المداولة- إلى وجود شقين في القضية، الشق الأول يتعلق بالضرر اللاحق بالشركة المدعية، حيث اشكت من كونها ضحية التعسف في وضعية الهيمنة وكانت محل رفض بيع بدون مبرر من طرف الشركة المدعى عليها، وأنها تكبدت خسائر هائلة جراء هذه

¹ Guedj Alain, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, Edition Litec, Paris, 1999, p.37.

² Galène Renée, Droit de la concurrence(pratique anticoncurrentielles), 2er édition, EFE éditions Formation entreprises, 1999, p.189.

³ مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 2016/01 المؤرخ 18 مايو 2016 ضد الممارسات المرتكبة من قبل شركة الأسهم لافارج الجزائر (LAFARGE-SPA ALGERIE)... منقول عن الموقع الإلكتروني التابع لمجلس المنافسة الجزائري: www.conseil-concurrence.dz

الممارسات، وهذا ما تم نفيه في الوثيقة الخاصة بالاتفاق الودي، حيث اعترف مسير شركة اماكور ضمناً بأنه آنذاك لم يكن يتوفر على الشروط والمعايير التي من شأنها أن تؤهله للحصول على الاعتماد الخاص بتوزيع مادة الاسمنت.

أما الشق الثاني للقضية فيتعلق بمبادئ المنافسة، إذ ناقش الأعضاء مدى مساس بهذه المبادئ ومدى تأثير السوق المعنية جراء هذه الممارسات.

حيث قضى المجلس المنافسة في الشق الأول بعدم التأسيس نظراً لانقضاء الخصومة بسبب الصلح طبقاً لأحكام المادة 220 من ق إ م إ، كما اعتبر أن ممارسات الشركة لم تؤثر على المنافسة ولم ينجر عنها أضرار على مستوى السوق، مبرراً قراره الأخير بغياب تذبذب أو اختلال في التموين بمادة الاسمنت أو ارتفاع في سعرها في منطقة النشاط المعنية خلال هذه الفترة.

وبناء على ما تقدم، يمكن أن نستنتج أن الممارسة رفض البيع من قبل مؤسسة في وضعية الهيمنة، لا تعتبر تعسفاً في جميع الحالات إذ يمكن تبريرها بوجود أسباب شرعية كعدم قدرة المؤسسة الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن العقد أو المخزون غير كاف، أو ضرورة تأمين خدمة ما بعد البيع ذو جودة عالية... إلخ¹، وفي هذه الحالات لا يعتبر الرفض تعسفاً².

ب- استثناء المؤسسة في وضعية الهيمنة بعملائها بطريقة تعسفية:

قد تلجأ المؤسسة في وضعية الهيمنة إلى تقوية مكانها وتعزيز رقابتها على السوق المعنية من أجل الحد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من الدخول إلى السوق، وذلك عن طريق التصرفات التالية:

أ- "الشروط الحصرية": تعتبر هذه الوسيلة من أخطر الوسائل كونها تؤدي إلى القضاء على المنافسة نهائياً أو تقييد الزبائن المتعاملين معها، ويقصد بها فرض مؤسسة في وضعية هيمنة شروط حصرية على الموزعين المتعاملين معها عن طريق إجبارهم على شراء نسبة محددة من حاجاتهم من قبلها³.

أثيرت هذه الممارسة لأول مرة أمام القضاء الأوروبي في قضية Van den Bergh foods، أما بالنسبة للمجلس المنافسة الفرنسي فقد عالج الكثير من القضايا في هذا المجال ومن بينها القضية

¹Dans une affaire, de 2004, le conseil de la concurrence français considéré que : « le fait, pour une entreprise en position dominante sur un marché de matières premières, de refuser, pour des raisons non objectives ou discriminatoires, de vendre ses produits à un opérateur situé sur un marché aval, ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence, constitue un abus de position dominante. » Décision n°04-D-26 du 30 juin 2004, confirmée par la Cour d'appel de Paris, arrêt du 25 janvier 2005, BOCCRF n°6 du 23 juin 2005. Cité par Condomines Aurélien, op. cit, p.195.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.214-215.

³Ibid, p.219.

المتعلقة بقطاع الهاتف المحمول في البحر الكريبي(Caraïbes) المفروض من قبل شركة Orange¹.

في حين نجد أن المشرع الجزائري له موقف مغاير تماما عن موقف القضاء الأوروبي والفرنسي، كونه يعتبر أن الشروط الحصرية من الممارسات المحظورة في حد ذاتها، وأفرد لها مادة خاصة بها(المادة 10 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم).

ب-التخفيضات أو الحق في الاسترداد والتخفيضات والمساعدات التجارية: قد تستعمل مؤسسة في وضعية هيمنة بعض التصرفات القصد منها الاستثناء والاحتفاظ بالزبائن والعملاء، قد تتجسد هذه التصرفات في أشكال مختلفة كالقيام بتقديم تخفيضات أو مساعدات تجارية يطلق عليها تخفيضات الولاء "Remise de fidélité"².

اعتبرت القوانين الجزائرية والفرنسية والأوروبية أن مثل هذه التصرفات تشكل تعسف واضحا في استغلال وضعية الهيمنة خاصة إذا كان التبرير الوحيد له هو الاستثناء بالعملاء واحتكار التعامل معهم، وبالتالي تؤدي إلى تقييد دخول المنافسين الجدد أو تقوية الصعاب أمامهم³.

إنّ هذه النظرية لا تنطبق في كل الحالات، إذ أنّ التخفيضات البسيطة للأسعار أو التخفيضات الكمية "Remise quantitative" التي تنتج عن شراء كمية معينة لا تشكل تعسف في وضعية الهيمنة، خاصة تلك التي يطلق عليها "التخفيضات الهادفة"، أي تلك التي تمنحها المؤسسة في وضعية الهيمنة لصالح العملاء الذين يحققون رقم مشتريات معينة خلال مدة زمنية معينة⁴.

أقرت هذا الحل اللجنة الأوروبية والقضاء الفرنسي في قرار لها: "...كل أنظمة التخفيضات المطبقة من قبل مؤسسة في وضعية هيمنة تنتج أثارا احتكارية ممنوعة من قبل قانون المنافسة، إلا إذا كانت هذه التخفيضات تقوم على تبرير اقتصادي"⁵.

وعليه، فإنّ التخفيضات التي تقدمها المؤسسة في وضعية الهيمنة لا تعتبر تعسفا في كل الحالات، بل يجب أن تجتمع العديد من القرائن والظروف التي تعطي للتصرف الصفة التعسفية، وبمعنى أدق يجب البحث عن المعايير والكيفيات التي تمنح من أجلها التخفيضات، ومراقبة إذا كان لها أهداف منافية

¹ Condomines Aurélien, op. cit, p.156-164.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.217.

³ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص156.

⁴ نفس المرجع، ص156.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.166.

لقواعد المنافسة الحرة، أي ليس لها تبرير اقتصادي، لهذه الأسباب قررت اللجنة الأوروبية والقضاء الفرنسي دراسة كل حالة على حدة¹.

جسدت سلطة المنافسة الفرنسي هذا الحل في العديد من القرارات، حيث رفضت شكوى حول تعسف في استغلال وضعية هيمنة بسبب ممارستها تخفيضات للولاء "Remise de fidélité" لم يكن لها هدف استبعاد فعلي للمنافسين لهذه المنافسة²، في حين تمت إدانة العديد من المؤسسات في وضعية الهيمنة لقيامها بالتخفيضات بأشكال مختلفة واعتبرتها تصرفات تعسفية:

-التخفيضات المحسوبة بناء على احتياجات الزبون، التخفيضات المدة "Remise de durée" أي التخفيضات تابعة للالتزام بتمويلها لمدة زمنية معينة، التخفيضات "Remise de gamme" أي التخفيضات التي يستفيد منها الزبون لشرائه منتجات أو خدمتين مختلفتين ينتميان إلى سوقين مختلفين³، التخفيضات التمييزية "Remise discriminatoires" هي تلك التخفيضات المخصصة لبعض العملاء الاقتصاديين دون غيرهم دون أن يكون لهذا التمييز أي مبرر اقتصاديا⁴.

ت-البيوع المرتبطة (Vente liée ou couplage):

تفرق النظرية الاقتصادية بين الارتباط التام "couplage pur" الذي يتعلق بربط بيع سلعة أو أداء خدمة معينة ببيع سلعة أو أداء خدمة أخرى لا ينفصلان عن بعضهما البعض، وبين الارتباط المختلط "couplage mixte"، والذي يتعلق ببيع سلعة أو أداء خدمة معينة ببيع سلعة أو أداء خدمة أخرى يمكن فصلهما عن بعضهما البعض⁵، أخذ المشرع الجزائري صراحة بهذه النظرية وباقي التشريعات المقارنة وجسدها في نصوصهم القانونية⁶.

حيث قضى مجلس المنافسة الجزائري في القضية رقم 98 ق 03 المؤرخ في 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت للبيع المشروط، باعتبارها كانت تخضع بيع السجائر لاقتناء منتجات أخرى، وتبريرها لذلك كان لمواجهة الصعوبات التي تواجهها في تسويق هذه المنتجات وبحرسها على تحسين وضعيتها المالية والحفاظ على مناصب العمل.

إلا أنَّ مجلس المنافسة ارتأى أن الصعوبات المحتج بها باعتبارها تؤثر سلبا على سير الشركة، فإنَّها لا تبرر هذه الممارسة في ظل قانون المنافسة لاسيما، وأنها تحنل موقع هيمنة على السوق بدرجة

¹ Ibid, p166.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.576.

³ Condomines Aurélien, op. cit, p.168-169.

⁴ Zennak Dalila i, La discrimination entre agents économiques en droit algérien, op. cit, p.27.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.172.

⁶ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 159.

يستحيل معها إيجاد بديل لمنتجاتها، لهذا فإنّ هذه الممارسة تشكل تعسفاً في استغلال وضعيّة هيمنة يستوجب معه إعمال أحكام المادة 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة¹.

وبالتالي، فإنّ هذه الممارسة لكي تعتبر تعسفاً يجب أن تربط بين سلعتين أو خدمتين مختلفتين، كما يجب أن تحمل في طياتها هدف أو أثر مقيد للمنافسة أو المنافسين²، ولا يمكن قبول البيوع المرتبطة إلا إذا كانت لها تبرير موضوعي أي طلب الزبائن أو المصلحة العامة أو لأي سبب آخر مقنع³، هناك العديد من المؤسسات تمت إدانتها لارتكابها ممارسة بيوع مرتبطة⁴.

ثانياً: الممارسات التعسفية الماسة بالأسعار وشروط البيع.

قد تحاول المؤسسة في وضعيّة الهيمنة الحفاظ على مكانتها وتوسيع نشاطها بكل الطرق والوسائل المشروعة والغير المشروعة، وخاصة أنها تمتلك كافة الإمكانيات المالية والاقتصادية التي تجعلها تتصرف بكل سلاسة وقوة، وذلك بفرض تصرفات تعسفية على المنافسين قصد تضيق المجال عليهم ودفعهم للانسحاب من السوق المعنيّة بمحض إرادتهم. ومن بين هذه التصرفات ما يلي:

1- ممارسة أسعار افتراسية (prix prédateur):

يقصد بممارسة أسعار افتراسية قيام مؤسسة في وضعيّة الهيمنة ببيع سلعة أو أداء خدماته بأسعار أقل من تكاليف الإنتاج بهدف القضاء أو تأديب منافسيه⁵، أي أن المؤسسة تقوم بـ "التضحية بالأرباح على مدى القصير" "Sacrifice de profits à court terme" بهدف المساس بالمنافسة في السوق المعنيّة⁶. أو بمعنى آخر يقصد به قيام مؤسسة في وضعيّة هيمنة تصرف تعسفي مفترس عند تحملها بكامل رضاها عمداً خسائر أو التنازل على أرباح على المدى القصير مقدّمة بذلك "تضحية"، الهدف

¹ مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 98 ق 03 المؤرخ 13 ديسمبر 1998 المتعلق بممارسات الشركة الوطنية للتبغ والكبريت...منقول عن الموقع الإلكتروني التابع لمجلس المنافسة الجزائري: www.conseil-concurrence.dz

² Dans une affaire relative à des contrats commerciaux proposés par la poste à ses clients grand comptes, le conseil a considéré que les remises commerciales et de développement de la poste constituaient des remises de couplage car elles reposaient sur une globalisation des chiffres d'affaires de plusieurs produits relevant de marchés distincts sans que cela soit justifié par des gains d'efficients (les économies d'échelle ne se transposant pas d'un produit à l'autre), dans cette affaire, le conseil a par ailleurs estimé que ses remises avaient pas un effet fidélisant car elles n'étaient pas fondées sur des quantités mais dépendaient d'une progression du chiffre d'affaires réalisé avec la poste sans rapport avec les volumes traités et n'avaient pas de contrepartie économiquement justifiée (Cons. conc., 30-11-2004 n°04-D-65, aff. « la poste ») cité par Comert Mélanie et autres, op. cit, p.577.

³ Dans l'affaire Canal Plus, cette affaire de 2005 concernait la licéité d'une offre de la société Canal Plus, en position dominante sur le marché de la télévision à péage, couplant l'accès à la chaîne Canal Plus et au bouquet de chaînes par stallite Canalsatellite, pour un prix inférieur à celui de ses deux prestations vendues séparément. V Condomines Aurélien, op. cit, p.174.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.208-209.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.147.

⁶ Nicolas-Vullierme Laurence, op. cit, p.205.

منها إبعاد أو القدرة على الإبعاد منافس أو عدة منافسين (فعليين أو محتملين) للتعزيز أو الحفاظ على قوتها في السوق المعنية وهذا ما أقرته اللجنة الأوروبية ومحكمة الاستئناف لباريس¹.

تكون الأسعار الافتراضية عندما لا يوجد تناسب بين السعر والتكلفة التي أنفقتها المؤسسة المهيمنة لإنتاج تلك السلعة، بحيث يجب أن يصل انخفاض السعر إلى درجة كبيرة تعكس نية الشركة في تدمير منافسيها تسمى الممارسة في هذه الحالة "بيع بالخسارة" أو "حرب الأسعار"².

يرجع أساس هذه النظرية إلى الاجتهاد القضائي الأوروبي (AZKO) حيث تم اعتماد على اختبار مقارنة مستوى الأسعار مع تكاليف الإنتاج³.

اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أنّ من يبيع بأسعار منخفضة عن التكاليف المتوسطة المتغيرة للإنتاج يشكل ممارسة أسعار عدوانية أو افتراضية، كما اعتبر أنّ البيع بأسعار منخفضة على التكاليف الإجمالية عندما يكون الهدف منها أو المخطط الرئيسي لها هو استبعاد منافسين، وهذا ما أكدّه القضاء الفرنسي في العديد من القرارات⁴.

وفي اجتهاد حديث لسلطة المنافسة الفرنسي، الذي قام باستكمال العناصر اللازمة لتكييف ممارسة أسعار بيع افتراضية تصرفا تعسفيا، فبالإضافة إلى عنصر تحليل التكاليف (أي يجب أن تبيع المؤسسة المهيمنة بأسعار أقل من سعر تكلفة الإنتاج)، وجب البحث عن إمكانية استبعاد أو إضعاف المنافسين في السوق المعنية، أما العنصر الثالث هو إمكانية تعويض الخسائر الناتجة عن هذه فترة ممارسة الأسعار المنخفضة، إلا أنّ هذا الشرط الأخير يمكن للمؤسسة في وضعية هيمنة تبرير تصرفاتها اقتصاديا⁵.

2- ممارسة أسعار تمييزية (prix discriminatoire):

يقصد بهذه الحالة قيام مؤسسة في وضعية هيمنة على تقديم أسعار متفاوتة على المؤسسات المتعاملة معها أي تفضيل زبائن عن باقي المتعاملين الآخرين⁶، نص المشرع الجزائري صراحة على هذه الممارسة من خلال المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة الجزائري:

"...قصد:....تطبيق شروط غير تكافئية لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة...". و ما يقابلها المادة 2-420 من ق ت ف.

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p.424-425.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.215-216.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.570.

⁴ Condomines Aurélien, op. cit, p.150-151.

⁵ Bout Roger et autres, op. cit, p.425.

⁶ Zennaki Dalila, La discrimination entre agents économiques en droit algérien, op. cit, p.17.

إن ممارسة أسعار أو شروط بيع تمييزية لا يعتبر في حد ذاته ممارسة تعسفية إلا إذا كان لها أثر أو هدف مقيد للمنافسة¹، يتحقق هذا الفرض عندما ينتج عن تمييز تقديم خدمة غير مبررة للمؤسسة في وضعية هيمنة في السوق المعنية خاصة عندما تتدخل تلك المؤسسة في وضعية هيمنة بشكل عمودي وتنافس زبائنها لدعم مكانتها المهيمنة في السوق المعنية².

إن ممارسة أسعار بيع أو شروط بيع تمييزية، يفترض فيها أن تتم من قبل مؤسسة في وضعية هيمنة على مؤسسات (زبائنها) تحتل نفس الوضعية، وتنشط في نفس السوق المعنية، وهذا ما أكدته سلطة المنافسة الفرنسي في العديد من قراراتها ومؤخرا في قرار لسنة 2010 بقولها:

"إن المعاملات المختلفة بين المؤسسات الاقتصادية لا تعتبر ممارسة تمييزية طالما أن الأعوان الاقتصاديين المعنيين ينتمون إلى فئات مختلفة وينشطون في أسواق مختلفة³."

أكد مجلس المنافسة الجزائري على هذه الفرضيات في القضية التي طرحت أمامه ضد المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)⁴، حيث ترجع أحداث هذه القضية إلى الإخطار الذي رفعه وزير التجارة ضد المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية بسبب إمكانية ارتكابها التعسف في وضعية الهيمنة، حيث تتلخص الوقائع الواردة في الإخطار في معاملة المؤسسة المشتكى منها معاملة تفضيلية لبعض الزبائن، وتمثلت هذه الامتيازات على وجه الخصوص فيما يلي:

- استعمال مخازن المؤسسة.

- الحصول على كميات هامة من المنتجات على حساب باقي الزبائن.

- كفيات الدفع.

- التخفيضات في الأسعار.

بعد اطلاع مجلس المنافسة على الوثائق المرفقة بالقضية والاستماع إلى الأطراف المعنية بالقضية، قرر مجلس المنافسة ما يلي:

¹ Ibid, p23.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.574.

³ Condomines Aurélien, op. cit, p.177.

⁴ مجلس المنافسة الجزائري، قرار رقم 99 ق 01 الصادر عن مجلس المنافسة يوم 23 جوان 1999 المتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الإلكترونية (وحدة سيدي بلعباس)...منقول عن الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة الجزائري: www.conseil-concurrence.dz

-بالنسبة لاستعمال مخازن المؤسسة من قبل بعض الزبائن: تبث من معاينات المحققين أن بالفعل المؤسسة المشتكى منها تضع مخازنها تحت تصرف بعض الزبائن دون الآخرين، مما يشكل فعلا تمييزا في شروط التسليم.

-بالنسبة لكيفيات الدفع: تبين من خلال الاطلاع على أوراق الملف أن المشتكى منها ترفض على زبائنها تسديد 30% من المبلغ الإجمالي عند رفع المنتجات، ويدفع المبلغ الباقي في شكل أقساط على مدى الفترة الممتدة تتراوح ما بين أربعة وستة أشهر، إلا أن هذه السياسة التجارية لا تنطبق على كافة الزبائن، ذلك أن هناك بعض منهم يستفيد من التخفيض عند أول دفع بنسبة أقل بكثير، بحيث لا تتعدى 19% من المبلغ الإجمالي.

-بالنسبة للتخفيضات في الأسعار: من خلال معاينة المحققين، تبين أن المؤسسة المشتكى منها تمنح الزبائن الذين يقتنون كميات هامة من المنتجات تخفيضات معتبرة، مبررة ذلك أن هذه السياسة المنتهجة هدفها تسويق أكبر كمية ممكنة من المنتجات لتغطية الأجرور، إلا أن الممارسة ليست كما تدعي المؤسسة المشتكى منها، ذلك أن تطبيق هذه السياسة جاء بصفة انتقائية، نتيجة تفضيل بعض الزبائن من حيث الكميات المسلمة لهم، مما يجعلهم يحصلون على تخفيضات لا يستهان بها.

حيث اعتبر مجلس المنافسة أن المؤسسة المشتكى حرة في تحديد السياسة التجارية التي تخدم مصالحها، فإنه لا يجوز لها من منظور قانون المنافسة استعمال هذه الحرية للحد من المنافسة بين مختلف البائعين أو لإضعاف قدرة البعض على منافسة البعض الآخر.

وعليه، تعتبر الممارسات التي ارتكبتها قائمة وتشكل في حد ذاتها تعسفا في استغلال وضعية الهيمنة، طالما أنها صادرة من مؤسسة تشغل وضعية هيمنة، مما يستوجب معه الأخذ بأحكام المادة 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة

وبالتالي نستنتج، أن ممارسة أسعار أو شروط تمييزية لا تعتبر في حد ذاتها ممارسة تعسفية، إذ يمكن تبرير هذه التصرفات بأسباب موضوعية مقنعة، وما عدا ذلك فتعتبر تعسفية إذا كان الهدف منها أو من أثارها تقييد المنافسة¹.

كما يمكن أن تتجسد آثار التمييز في حرمان زبائن المؤسسة في وضعية الهيمنة من منافع المنافسة أو إقصائها من السوق المعنية، وحرمان المستهلكين في آخر المطاف من الاستفادة من فوائد المنافسة

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.210.

على أساس الجدارة والاستحقاق، كما يمكن لهذه الممارسة المساس بهيكل السوق وليس بالمؤسسة أو المؤسسات الضحية¹.

3- ممارسة أسعار مفروضة (prix imposé):

يعتبر مبدأ حرية الأسعار من أهم المبادئ التي تقوم عليه المنافسة في السوق المعنية، وهي أيضا من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام اقتصاد السوق، إلا أن هذا المبدأ قد يتم تقييده أو المساس به عند قيام مؤسسة في وضعية هيمنة بفرض أسعار على المتعاملين بها، والمقصود بهذه الحالة "ممارسة أسعار مرتفعة" بشكل واضح يشكل تصرفا تعسفي².

لقد أثبت الواقع العملي لمجلس المنافسة الفرنسي الذي استلهم إلى حد كبير من الاجتهاد القضائي الأوروبي الكيفية التي يتم فيه الكشف عن وجود ممارسة أسعار مفروضة³، وهي:

- البحث عن التفاوت الواضح بين السعر وقيمة السلعة أو الخدمة المعنية.

- مقارنة سعر السلعة أو الخدمة المعنية مع سعر السلعة والخدمات المماثلة.

كما أن هذا التحليل يتم دراسته كل حالة على حدة وفقا لخصائص السوق المعنية⁴، إن القضايا التي تتعلق بهذه الممارسة تكاد تكون نادرة في الحياة العملية للمجلس المنافسة الفرنسي⁵.

وفي الأخير يمكن القول، أنّ حظر مثل هذه التصرفات يزيد من فعالية الاقتصادية للمؤسسات الاقتصادية الناشطة في السوق المعنية، كما أنها يوسع نطاق الحماية المقررة للمستهلك من قبل قانون المنافسة.

¹ Condomines Aurélien, op. cit, p.177.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.573.

³ Affaire NMPP(DOM-TOM)-Dans une affaire ayant donné lieu à une décision en 2004, le conseil de la concurrence français a rejeté des demandes conservatoires formulées par un exportateur de produits de presse, qui se plaignait notamment de pratiques de tarifs excessifs de la part des Nouvelles Messageries de Presse Parisienne(NMPP) pour des services de distribution de la presse dans certains DOM-TOM. Il a néanmoins considéré, avant de rejeter ces demandes pour absence d'atteinte grave et immédiate à l'économie au secteur, aux consommateurs et au plaignant, que la qualification de pratique de pratique abusive ne pouvait être exclue ...cité par Condomines Aurélien, op. cit, p.190.

⁴ Grynfoegel Catherine, Droit français des abus de domination, op. cit, p.22-23.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.187.

المطلب الثاني: التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

يقوم نظام اقتصاد السوق على حرية المؤسسات في ممارسة أعمالها والدخول في علاقات مع نظيراتها، لا يحكمها في ذلك إلا التقيد بمبادئ المنافسة الشريفة والمساواة في السوق، وعلى هذا الأساس لا تشكل هذه العلاقات بأي حال من الأحوال إخلالا بقواعد المنافسة الحرة حتى ولو كانت تحمل في طياتها تبعية مؤسسة لمؤسسة أخرى، إلا أنّ بعض المؤسسات قد تستغل هذه العلاقة بالإتيان بتصرفات تعسفية غير مقبولة اتجاه المؤسسات التابعة لها، ممّا ينجص عليها نشاطها ويضعها أما خيارين كلاهما أصعب من الثاني (إما قبول هذا التعسف أو الانسحاب من السوق)، وفي كلا الحالتين لن ينصب هذا القرار في مصلحتها، المشكلة أن هذا التعسف لن يقف عند المؤسسات الناشطة في السوق، بل يتعداه ليمس بأهم المبادئ التي تقوم عليها المنافسة الحرة والشريفة ألا وهو مبدأ حرية التجارة والصناعة، والذي سينعكس سلبا على أذواق المستهلك ومصالحة.

وبالتالي، تنتقل هذه الممارسة من المباح إلى المحظور، الأمر الذي يتطلب معه تدخل المشرعون للتصدي لهذه الممارسة وجعلها في مصاف الممارسات المحظورة، وبالفعل كرسّ المشرع الجزائري هذا حظر في منظومته التشريعية بموجب المادة 11 من الأمر 03/03¹ المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم، حيث جاء فيها ما يلي:

"يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة..."

تعتبر هذه الممارسة جديدة في الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، فلم يأت على ذكرها الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة الملغى، ويلاحظ أن أول ظهور لمصطلح التبعية الاقتصادية، قد تم في إطار المرسوم التنفيذي رقم 314/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 الذي يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة، وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، إذ صدر هذا المرسوم التنفيذي تطبيقا لأحكام المادة 7 من الأمر 06/95.

حيث جاء في المادة 5 منه أنه: "يعتبر تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق أو جزء منه، كل فعل يرتكبه عون اقتصادي في وضعية هيمنة على السوق المعنية يستجيب للمقاييس الآتية:..."

- غياب حل بديل بسبب وضعية تبعية اقتصادية.

¹ ج ر، العدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25.

طرح آنذاك التساؤل التالي: كيف يمكن التطرق في مرسوم تنفيذي لوضعية لم يأت على ذكرها النص الأصلي الأمر 06/95؟

ليأت بعد ذلك الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، حيث ألغى الأمر 06/95 والمرسوم التنفيذي 314/2000 وأدرج هذه الممارسة في منظومته التشريعية¹، إلا أننا نلاحظ من خلال استقراء النصوص القانونية للأمر 03/03 والأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة، نجد أن صور التعسف المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر 03/03 أوردها الأمر 06/95 ضمن صور التعسف في وضعية الهيمنة المادة 7 منه².

أمّا بالنسبة للقانون الفرنسي -فإنّ الأمر لم يكن بهذه السلسلة- فقد عُرفت هذه الصورة لأول مرة بموجب الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 إلى جانب التعسف في وضعية الهيمنة، أما قبل هذا التاريخ فلم تكن المادة 50 من الأمر 1945 تحظر إلا التعسف في وضعية الهيمنة³.

إلا أن الواقع العملي ساهم كثير في ظهور هذه الممارسة، فبعد انتشار وتطور سوبر ماركات في فرنسا وانقلاب ميزان القوى في العلاقة بين المنتجين والموزعين، حيث أصبح المنتجين يجدون أنفسهم في علاقة تبعية اقتصادية مع شبكات التوزيع الكبرى، والتي أصبحت قنوات إجبارية لضمان وصول منتجاتهم إلى المستهلك النهائي⁴.

أثار هذا الوضع حفيظة العديد من المنتجين ضد الموزعين الذين اشتكوا بسبب التعسف في وضعية الهيمنة، إلا أن هذه الممارسة ما كان يمكن حظرها بتطبيق أحكام التعسف في وضعية الهيمنة لأن معظم هذه المؤسسات لم تكن تشغل وضعية هيمنة، الأمر الذي دفع لجنة الاتفاقات الفرنسية إلى التدخل -بعد جدل فقهي وقضائي كبير- بموجب رأي الصادر بتاريخ 14 مارس 1985 المتعلق بوضعية التمركز والتمركز العالي للشراء "relatif à la situation des centrales et super centrales des achats" وحظر لأول مرة هذه الممارسة طبقاً للمادة 8/ من الأمر 1 ديسمبر 1986، والتي أصبحت حالياً المادة L420-2 al2 من ق ت ف⁵، والتي جاء فيها ما يلي:

¹ عبير مزغيش، التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية كممارسة مقيدة للمنافسة، مجلة المفكر، العدد 11، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، سبتمبر 2014، ص 497.

² إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 85.

³ Zouaïmia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit , p.102.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.228.

⁵ Ibid, p.229.

"تعد محظورة عندما تؤدي إلى المساس بسير أو هيكل المنافسة، الاستغلال التعسفي الذي تمارسه مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات لوضعية التبعية الاقتصادية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا¹.."

من خلال استقراء النصوص القانونية السابقة، نجد أن وضعية التبعية الاقتصادية لا تعد في حد ذاتها ممارسة منافية لقواعد المنافسة، إنما الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية هو الذي يعتبر كذلك، وبالتالي يجب تحقق عدة شروط لاعتبار هذه الممارسة في مصاف الحظر، وهي كالاتي:

-وجود مؤسسة في وضعية التبعية الاقتصادية.

-الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية.

-الإخلال هذه الوضعية بقواعد المنافسة.

ولتحديد مدى تأثير هذه الممارسة على المستهلك، يجب دراسة بدقة هذه العناصر المشكلة لها، وفيما يلي تفصيل ذلك.

الفرع الأول: وجود وضعية تبعية اقتصادية.

لا تستقيم المنافسة في السوق إلا بالكشف عن جميع الممارسات التي تعيق المسار الطبيعي والسوي لها، لهذا جندَّ المشرعان محل المقارنة جميع السبل للتصدي لأية ممارسة من شأنها المساس باللعبة التنافسية، وهذا ما ترجمه المشرعان فعلا من خلال مراقبة تصرفات المؤسسات اتجاه بعضها البعض خاصة عندما تمتلك قدرات ومكنات- لا ترقى إلى حد الهيمنة -إلا أنها تجعل البقية في حالة تبعية لها، ثم تغتنم الفرصة للقيام بتصرفات تنغص الحياة الاقتصادية لتابعيها.

الأمر الذي يتطلب معه ضرورة التصدي له قبل استفحاله والمساس بميكانيزمات السوق وهيكله المنافسة فيه، وهذا ما كرسه فعلا المشرعان محل المقارنة من خلال حظر جميع التصرفات التعسفية التي ترافق وضعية التبعية من أجل إعادة التوازن للعلاقات التي تربط المؤسسات المتنافسة، والذي سينعكس إيجابا على السوق والمستهلك النهائي.

إلا أنه ينبغي التنويه أن المشرعان محل المقارنة لم يحظرا هذه الممارسة في حد ذاتها، وإلا اعتبر ذلك من قبيل محاربة روح المنافسة والإبداع بين المؤسسات، والمساس بأهم مبدأ يقوم عليه نظام اقتصاد السوق الحر ألا وهو مبدأ حرية الصناعة والتجارة.

¹ Art L420-2 c. com : « ...est prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d' affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur... »

لذلك وجب علينا قبل الخوض في هذه الممارسة باعتبارها ممارسة مقيدة للمنافسة، التطرق إلى المفهوم الدقيق لوضعية الهيمنة الاقتصادية (أولاً)، ثم تحديد المعايير لقياس هذه الوضعية في السوق (ثانياً).

أولاً: تحديد مفهوم وضعية التبعية الاقتصادية.

عرفت المادة 3/د من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم وضعية التبعية الاقتصادية بأنها: "العلاقة التجارية التي لا يكون فيها للمؤسسة حل بديل مقارنة إذا رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبوناً أو مموناً¹."

لا نجد مقابل لهذه المادة في التشريع الفرنسي، لهذا سنقارن التعريف الذي أتى به المشرع الجزائري بما توصل إليه الفقه والقضاء الفرنسي في هذا المجال، ونحدد إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري بالإلمام بالعناصر الأساسية لقيام وضعية التبعية الاقتصادية.

لم يمنع عدم إعطاء المشرع الفرنسي تعريفاً لهذه الوضعية من محاولة الفقه والقضاء إرساء المعالم الأساسية لهذه الوضعية، حيث عرفه وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي لسنة 1985 بأنه: "علاقة تجارية التي لا تكون فيها لإحدى المؤسستين حل بديل إذا أرادت رفض التعاقد بنفس الشروط التي يفرضها عليها الزبون أو الممون²."

كما استعان وزير الاقتصاد والمالية في تحديده لوضعية التبعية الاقتصادية بالأشكال الكلاسيكية التي أتى بها الاجتهاد القضائي الألماني، حيث حددها في ثلاث أشكال، وهي كالاتي:

-التبعية الاقتصادية للموزع إزاء ممونه الذي يضع منتجات تحمل علامة تجارية مميزة أكسبتها شهرة يستحيل مع الصورة التي أعطيتها إياها هذه العلامة استبدالها بغيرها من السلع، وهو ما يعرف بالتبعية بسبب الملائمة (La dépendance par cause d'assortiment)³.

-النوع الثاني من التبعية يفترض ارتباط مؤسسة بأخرى أو مجموعة المؤسسات بواسطة عقود طويلة الأمد أو استثمارات مهمة خصوصاً عقود المقاوله من الباطن، وبالتالي يصبح مصير المؤسسة مرتبطاً بهذه العقود، بحيث أن قطع العلاقات تحكم على هذه المقاوله بالقطع، يطلق على هذه النوع بالتبعية الناتجة عن علاقات العمل (La dépendance par cause de relation d'affaires)⁴.

¹ ج ر، العدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25.

² Pour le ministre de l'économie et des finances ce concept désigne : « Une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur. » ; Didier Wilfrid Jean, Droit pénal des affaires, 5^é édition, Dalloz, 2003, p.443.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.234.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.431.

-النوع الثالث، فيتعلق بالحالة العكسية لأن التابع فيها هو المورد وليس الممون، حيث يفرض الممون على المورد شروط عملية مبالغ فيها، يصطلح على هذه الحالة: التبعية بسبب قوة الشراء (La dépendance pour cause de puissance)¹.

بينما عرفت محكمة النقض الفرنسية بأنها: "استحالة مؤسسة في البحث عن حل بديل تقني أو اقتصادي في العلاقة التعاقدية التي أنشأتها مع مؤسسة أخرى"².

في حين عرفها بعض الفقهاء الفرنسيين بأنها علاقة تجارية يوجد من خلالها أحد الطرفين في وضعية لا خيار في حال رغبت في رفض البيع، وبالتالي يجد نفسه مضطرا لقبول الشروط التي يفرضها الطرف الآخر³، بينما عرفها البعض الآخر بأنها الوضعية التي تجد فيها المؤسسة نفسها في علاقتها مؤسسة أخرى، زبونة كانت أو ممونة، تمارس عليها نفوذ أو سلطة⁴.

أما مجلس المنافسة الفرنسي اعتبر التبعية الاقتصادية، الحالة التي تجد فيها عون اقتصادي في علاقته مع عون آخر (زبون أو ممون) يتميز بوضعية قوة اقتصادية في مواجهة العون الآخر لدرجة أن هذا الأخير (زبونا كان أو ممون) لا يمكنه التملص من تلك العلاقة، حيث أن استمرار نشاط العون الاقتصادي المتواجد في وضعية الهيمنة مرهون بعدم قطع العلاقة التجارية التي تربطه بالعون الآخر⁵.

ومن خلال هذه التعريفات، يمكن أن نستنتج أن حالة التبعية الاقتصادية تنشأ بين مؤسستين اقتصاديين تملك أحدهما من القوة والمكانات التي تجعل المؤسسة المقابلة لا تستطيع الاستغناء عن التعاقد معها نظرا لغياب الحل البديل، مما يجعلها ترضخ بمحض إرادتها لجميع الشروط التي تفرضها عليها، ذلك أن مصير نشاطها وضماني استمراريتها مرهون بعدم قطع العلاقة التعاقدية التي تربطها بتلك المؤسسة المقابلة لها، هذا الوضع ينم عن وجود اختلال واضح في القوة للعلاقة التي تربط بين هاتين المؤسستين.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن وضعية التبعية الاقتصادية المنصوص عليها وفقا للمادة 3/أ من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، تنشأ بين مؤسسة في مواجهة مؤسسة أخرى، وهو بهذا الموقف قد خالف ما جاء به المشرع الفرنسي من خلال المادة 2-420L من ق ت ف، الذي مد

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.234.

² La Cour de cassation considère que l'état de dépendance économique se définit comme : « l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise » Comert Mélanie et autres, op. cit, p. 581-582.

³ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص86.

⁴ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1067.

⁵ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص86.

ظلال هذه الوضعية للعلاقة التي تربط بين مجموعة من المؤسسات في مواجهة مؤسسة أخرى بصفتها ممونا أو زبونا¹.

كما أن المشرعان محل المقارنة استبعدا صراحة-من خلال استقراء المادتين السابقتين-العلاقة التي تربط المستهلك والمؤسسة، وبالتالي يكون المشرعان محل المقارنة قد استبعد صراحة المستهلك في عملية الحظر المنصوص عليه في المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 2-420-امن ق ت ف).

كما تلغي المادتان السابقتان، تطبيق أحكامهما على المؤسسات الاقتصادية المرتبطة مع بعضها البعض بشكل أفقي، أي أن العلاقة المراد دراستها هنا هي تلك التي تربط بين مؤسستين بشكل عمودي².

ومن هذا المنطلق، لا يمكن الحكم على أي علاقة تربط مؤسسة بأخرى -سواء أكانت ممونا أو زبونا- أنّها تشكل وضعية تبعية اقتصادية، إلا إذا اجتمعت فيها جملة من الشروط والمعايير، وقد حاول القضاء الفرنسي تحديده في العديد من القرارات، حيث قام بتحديد بعض المعايير اللازمة لاعتماد وضعية التبعية الاقتصادية، هذه المعايير تعلقت مرات بالكمية ومرات أخرى بالكيفية.

أما مجلس المنافسة الفرنسي في تقرير له لسنة 1987، لم يكن يشدد على ضرورة اجتماع جميع المعايير للحكم على وجود حالة من التبعية الاقتصادية، فيكفي توفر بعض المعايير فقط³.

ثانيا: المبادئ والمعايير المعتمدة لقيام وضعية التبعية الاقتصادية.

إنّ اكتمال قيام وضعية تبعية اقتصادية يتطلب اجتماع مجموعة من المبادئ والمعايير التي أتى على ذكرها المشرعان محل المقارنة، إلا أنّ الفضل الكبير في الحقيقة لإرساء هذه المعالم يرجع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي، وفيما يلي سرد لهذه المبادئ والمعايير مع محاولة مقارنتها مع ما جاء به المشرع الجزائري.

1- المبادئ العامة المعتمدة لقيام وضعية تبعية اقتصادية:

¹ Dans une décision de 2011, l'Autorité de la concurrence Française a considéré que l'état de dépendance économique pouvait être apprécié, soit, dans la relation bilatérale entre deux opérateurs économiques, soit « plus largement, dans les relations entre un fournisseur et son réseau de distribution, pourvu que ce réseau constitue un groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés, à l'égard de ce fournisseur dans la même position économique et juridique. » Décision n°10-D-08 du 3mars 2010 ... cité par Condomines Aurélien, op. cit, p.237.

² بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص96.

³ جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص163.

أدت التجربة العريقة لمجلس المنافسة الفرنسي لإرساء مجموعة من المبادئ الأساسية لقيام وضعية التبعية الاقتصادية، ولا بأس من الاستفادة منها، خاصة في ظل سكوت المشرع الجزائري والفراغ العملي لمجلس المنافسة في هذا المجال، ويمكن حصر هذه المبادئ فيما يلي:

-وجب على المؤسسة التي تدعي وجود حالة التبعية الاقتصادية أن تكون قد نشأت بينها وبين المؤسسة المدعى عليها علاقة تجارية، إذ بدون هذه العلاقة لا يمكن قبول وجود وضعية الهيمنة¹.

-لا يمكن أن تقوم وضعية هيمنة اقتصادية بين المؤسسات المرتبطة معا²، ويقصد بها أن تكون المؤسسات المعنية بهذه الوضعية مستقلة عن بعضها البعض استقلالاً مالياً وقانونياً، فإذا كانت أحد المؤسسات مساهمة في المؤسسة المتبوعة أو تشارك في إدارتها، ففي هذه تخرج هذه الوضعية فلا مجال للحديث عن وضعية هيمنة.

-عدم جواز إدعاء مؤسسة بوجود وضعية تبعية اقتصادية في مواجهة عدة مؤسسات مجتمعة، أي لا يمكن أن نتصور أن تتم وضعية التبعية الاقتصادية جماعية لأن هذه الحالة تنشأ بين مؤسستين³، كما يجب أن تتم دراسة كل حالة على حدة، ولا يتم دراستها بمفهوم شامل لكل المهن أو بين مجموع الموزعين في مواجهة مجموع المومنين⁴.

إذا كان هذا الحل يصدق على ما جاء به المشرع الجزائري، فإنّ لمجلس المنافسة الفرنسي رأي آخر، إذ أنه يقبل في بعض الحالات بوجود حالة تبعية اقتصادية جماعية بشرط أن تشكل مجموع المؤسسات تكتلاً متجانساً، حيث أقرت سلطة منافسة الفرنسية في قرارها المؤرخ 12 جويلية 2012 بوجود حالة تبعية اقتصادية بين ناقل الصحف ومجموعة مودعي الصحف المتعاقدة مع هذا الناقل، باعتبار أن مجموع مودعي الصحف يشكل تكتلاً متجانساً، وأن وضعية التبعية تتعلق بعلاقتهم مع نفس المؤسسة⁵.

-يجب أن يؤدي قطع العلاقة التجارية بين المؤسستين المعنية بوضعية التبعية الاقتصادية إلى إحداث خسارة معتبرة لأحدهما دون الآخر، بحيث لا يمكن لهذه المؤسسة تعويض عن هذه الخسارة⁶.

2-المعايير المعتمدة لقياس وضعية التبعية الاقتصادية:

¹ المادة 3/د من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

² بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص96.

³ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1074.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.240-241.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.237.

⁶ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص97.

إنَّ تحقق وجود وضعية التبعية الاقتصادية - باعتبار أن لهذه الوضعية مفهوم اقتصادي وليس قانوني - يتطلب الاستناد إلى عدة معايير يمكن استخلاصها من النصوص القانونية (الجزائري والفرنسي)، وما توصل إليه الاجتهاد القضائي ومجلس المنافسة الفرنسي، وعليه يمكن أن تتخذ وضعية التبعية الاقتصادية شكلين أو حالتين هما:

الحالة الأولى: وضعية تبعية موزع اتجاه ممون

يطلق على هذه الحالة أيضا (وضعية تبعية التموين)، إن تحقق هذه الوضعية يتطلب توافر مجموعة من المعايير حددها القضاء الفرنسي، وهي كالآتي:

- شهرة العلامة (La notoriété de la marque): يعتبر هذا الأخيرة معيار مهم لتحقيق وضعية تبعية اقتصادية، وهذا راجع إلى أن شهرة العلامة لأي منتج يؤثر بصفة مباشرة على إمكانية الحصول على منتجات مماثلة، إلا أن هذا المعيار لا يعتبر وحده كافيا لاعتبار أن هناك وضعية التبعية¹.

وتتحقق هذه الوضعية بإعمال معيار شهرة العلامة في الأوجه التالية:

- أن وجود المنتج ذو العلامة المشهورة في محل الموزع، يتوقف عليه ميول الزبائن لهذا الموزع، فلولا وجود المنتج ذو العلامة المشهورة لديه لما انجذب إليه هؤلاء الزبائن.
- أن الموزع لا يستطيع الاستمرار في مواصلة نشاطه، في حالة انعدام المنتج ذو العلامة المشهورة من متجره.

والجدير بالذكر، أن العلامة المشهورة لا يتم تقديرها بصفة عامة، بل يجب تقديره بالنسبة إلى كل منتج من نفس العلامة التجارية، كما اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في إحدى قراراته بأنه لا يعد من قبيل الشهرة النجاح القصير الأجل والمؤقت لمواد معينة بسبب عامل الموضة².

- أهمية حصة الممون في رقم أعمال الموزع: إنَّ الأخذ بهذا المعيار يسمح بقياس مدى تبعية الموزع للممون ومدى قدرته على مناقشة العقود التي تربطه به، ولكي يؤخذ بهذا المعيار يجب توافر الشروط التالية:

- يجب أن تكون هذه الحصة معتبرة.
- يتم احتساب هذه الحصة بطريقة مرتبطة وديناميكية من خلال متابعة طيلة الفترة الزمنية المعنية، وبحسب تطورات حصص الممون في السوق المعنية³.

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.471.

² عبير مزغيش، مرجع سابق، ص 510-511.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.582.

- يجب أن تكون هذه الحصة قد حصلت بفعل تركيبة السوق (structure de marché) أو ظروف أخرى لا علاقة لها بالموزع¹.

-حصة الممون في السوق: يقصد بهذا المعيار مدى قوة الاقتصادية للممون ولكن لا يشترط في هذه الحالة أن يكون الممون في وضعية هيمنة بل يكفي أن يمتلك مكانة وقوة تجعله يُخضع باقي المؤسسات للسيطرة، يجب أن يتم البحث عن هذا المعيار خلال فترة زمنية معينة².

-غياب الحل البديل: لا يعتبر هذا المعيار من قبيل الاجتهاد القضائي بل هو معيار تم استخلاصه من خلال المادة 2/8 من الأمر المؤرخ 1 ديسمبر 1986، ويقصد به عدم وجود أمام الموزع ممون آخر يقدم نفس الشروط البديلة³.

وعليه، لا يكفي أن تجتمع جميع المبادئ والعناصر السابقة لقيام تبعية اقتصادية، بل يجب أن لا يبقى أمام الموزع أي بديل يُغنيه اللجوء إلى ذلك الممون أو العكس، هذا الحل تم تبنيه من قبل المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم⁴.

ويجب التنويه إلى أن هذا المعيار عام، ينطبق على كل الحالات سواء أكانت تبعية الموزع للممون أو العكس، كما أثبت الواقع العملي في فرنسا على ضرورة التعامل مع هذا المعيار بحذر كبير، كون الإسراف في الأخذ به، سيشكل عائق أمام العلاقات التي تربط بين المومنين والموزعين أو العكس، لهذا درج القضاء الفرنسي على تفسير هذا المعيار بشكل صارم ودقيق مخافة دفع المؤسسات المتبوعة من قطع علاقاتها بالمؤسسات التابعة خوفا من إدانتها بالتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية.

رغم أهمية معيار الحل البديل في رسم المعالم الصحيحة لوضعية التبعية الاقتصادية، إلا أن المشرع الفرنسي تدخل مؤخرا وألغى هذا الحل بعد تعديله لنص المادة 2 al 2-420 من ق ت ف بموجب القانون La loi NRE 2001، وأصبح لا يشترط لاستكمال وضعية التبعية الاقتصادية توفر شرط "الحل البديل"، تاركا وراؤه علامة استفهام كبيرة لدى القضاء ومجلس المنافسة الفرنسي.

بالتالي، أصبحت ممارسة وضعية تبعية اقتصادية معاقب عليها لمجرد وجود مؤسسة تابعة لمؤسسة أخرى، على أن هذه التبعية تؤدي إلى المساس بقواعد المنافسة⁵.

¹عبيد مزغيش، مرجع سابق، ص 510.

² Condomines Aurélien, op. cit, p.238-239.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.239.

⁴ Zouaïmia Rachid, op. cit, p.109.

⁵Ibid, p.139.

لم يلقى هذا الحل الترحيب المنتظر منه من قبل مجلس المنافسة الفرنسي حيث اعتمد هذا المعيار (الحل البديل) كشرط أساسي لتحقيق وضعية التبعية الاقتصادية في أول قرار صادر له بعد صدور قانون La loi NRE لسنة 2001¹، سار على هذا النهج سلطة المنافسة، دعمت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف بشدة².

الحالة الثانية: وضعية تبعية الممون للموزع.

تتحقق هذه الحالة عندما نكون أمام تبعية الممون للموزع وخاصة عندما يشغل الموزع قوة مهمة في السوق (كموزع كبير في السوق، مالك سلسلة أسواق ممتازة...)، والمتمثلة في المراكز الكبرى للشراء (Super central d'achat)، ولقد حددت سلطة المنافسة الفرنسية بمناسبة قضية L'affaire Cora) المعايير الأساسية لتحديد تبعية الممون للموزع³ وهي كالآتي:

-أهمية حصة رقم الأعمال المحصل عليها من قبل الممون في علاقته بالموزع، مع العلم أن مجلس المنافسة افرنسي لم يحدد نسبة معينة.

-أهمية الموزع في تسويق المنتجات المعنية.

-البحث عن وجود أسباب قوية ومادية تشرح مدى أهمية الموزع لدى الممون (أي الأسباب التي أدت إلى تمركز البيوع الممون في مواجهة الموزع أو خيار استراتيجي أم حاجة تقنية).

-البحث عن وجود بديل لدى الممون⁴.

مما سبق نستنتج، أن وضعية التبعية الاقتصادية تقاس قبل كل شيء بالرجوع إلى قوة العلاقة التي تربط بين الممون والموزع، هذه القوة لا تقاس بالنظر إلى حصة الموزع في السوق فقط، وإنما تقاس

¹ Le conseil maintient que : « la dépendance économique, au sens de l'article L420-2 du code commerce, ne peut résulter que de l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'il a nouées, soit en qualité de client , soit en qualité de fournisseur, avec une entreprise » Bout Roger et autres, op. cit, p.434.

²Ibid, p .434.

³ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.473.

⁴Les quatre critères cumulatif sont examinés pour apprécier l'existence de la dépendance d'une entreprise à l'égard de son distributeur : « l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur, l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, en particulier si elle résulte d'un choix de stratégie commerciale ou au contraire d'une nécessité technique s'imposant au producteur et l'existence de solutions équivalentes, de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées . » Condomines Aurélien, op. cit, p.239.

أيضا بالنظر إلى الأهمية الكمية (رقم الأعمال المحصل عليها من قبله...)، والأهمية النوعية (دوره في التسويق...) ¹.

ومن أجل تقدير وضعية المموم في السوق المعنية، تأخذ سلطات الرقابة الفرنسية بعين الاعتبار عدة معايير أساسية كضعف الموارد المالية للمموم، ضعف هوامش الموردين في الأسواق التي تنشط فيها، غياب شهرة العلامة للمموم، مدة وأهمية ممارسة لسياسة الشراكة التي تربطه بالموزع، أهمية ومدى الطاقة الزائدة لعرض منتوجاته في السوق، قيود الواردة على نقل البضائع... هذه المعايير تم استنتاجها في العديد من القضايا المطروحة أمامه ².

وفي الأخير يمكن الوصول إلى أنّ نتيجة مهمة وهي أن وضعية التبعية الاقتصادية فكرة موضوعية يجب على الموزع أو المموم أن يثبت هذه الوضعية بالمعايير السابقة الذكر هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن الاجتهاد القضائي الأوروبي والفرنسي لم يستعن صراحة بمصطلح المستهلك كأحد المعايير الجوهرية لتكييف وضعية التبعية الاقتصادية.

ضف إلى ذلك، أنّ وضعية التبعية الاقتصادية ممارسة غير محظورة ومباحة لضمان استمرار التجارة وتداول السلع والخدمات طالما أنّ الوصول إلى هذا الفرض جاء نتيجة المثابرة والاجتهاد، أما إذا اقترنت هذه الوضعية بممارسات تعسفية دخلت في مجال الحظر المنصوص عليه في المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 2، 2-420 لمن ق ت ف).

الفرع الثاني: التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

كما قلنا سابقا، إنّ وضعية التبعية الاقتصادية لا تعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة، بل يشترط أن تقتزن هذه الوضعية بممارسات تعسفية (إما من قبل المموم أو الموزع)، تؤدي إلى المساس أو عرقلة اللعبة التنافسية في السوق المعنية، حيث حدد المشرعان محل المقارنة بعض الممارسات التي تشكل تعسفا، كما أضاف المشرعان شرطا مهما، ويتمثل في ضرورة مساس هذه التصرفات بالمنافسة، وفيما يلي تفصيل لذلك:

أولا: بعض أشكال الممارسات التعسفية.

تأسيسا على ما قيل سابقا، حاولت المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 2/2-420 من ق ت ف) تحديد الممارسات التي تعتبر تعسفية، والتي جاءت كالاتي:

¹ Grynfolgel Catherine, Droit français des abus de domination, op. cit, p.34-35.

² Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1067.

-رفض البيع بدون مبرر شرعي،

-البيع المتلازم أو التمييزي،

-البيع المشروط باقتناء كمية دنيا،

- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،

-قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة¹.

وما يعاب على المشرع الجزائري أنَّه استخدم مصطلح "على الخصوص" ممَّا يوحي أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر، لولا تداركه بالفقرة الأخيرة "...كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق"، التي عدلت موازين المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وأصبحت هذه القائمة تدل على الممارسات التعسفية على سبيل المثال وليس الحصر، وما يمكن ملاحظته على هذه الحالات أنها تقترب من بعض الصور المنصوص عليها في القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية² هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، إنَّ هذه الممارسات التعسفية لا تضر بالعلاقة الرابطة بين المؤسسات الاقتصادية فقط، بل تمد ظلالها على المستهلك الذي سيجد نفسه أمام انقطاع مفاجئ لبعض السلع والخدمات تارة، وارتفاع أسعارها تارة أخرى، ممَّا يجعله في حيرة وعدم استقرار، ونظرا لأهمية الحالات التي أوردها المشرعان الجزائري والفرنسي في إبراز مظاهر الاستغلال التعسفي، فإنها تحتاج إلى المزيد من التفصيل:

1-رفض البيع بدون مبرر شرعي:

إنَّ المشرع الجزائري نظم هذه الممارسة في قانونين مختلفين الأول المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة والمتعلق برفض البيع الصادر من مؤسسة اقتصادية مستغلة لوضعية التبعية في مواجهة مؤسسة أخرى، والمادة 15 من قانون 02/04 المتعلق القواعد المطبقة على الممارسات

¹ Art L420-2, al 2 : «...ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au 1 de l'article L442-6 ou en accord de gamme. »

² القانون 02 /04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2004، ص3.

التجارية، وهو رفض البيع في مواجهة عون اقتصادي وبالأخص المستهلكين¹، إلا أن ما يهمننا في هذا البحث هو الحالة الأولى.

وبالتالي، حتى تكتمل ملامح ممارسة رفض البيع بمفهوم قانون المنافسة، يجب أن تتحقق فيها شروط معينة لاعتبارها ممارسة مقيدة للمنافسة. وفيما يلي سرد لهذه الشروط :

-وجود وضعية تبعية اقتصادية بين مؤسستين اقتصاديتين.

-صدور طلب من مؤسسة اقتصادية تابعة لمؤسسة أخرى (يجب أن يكون هذا الطلب عاديا وصادر عن حسن نية، أما إذا كان الطلب غير عادي أو صادر عن سوء نية أو بوجود عقد توزيع حصري أو انتقائي منظم، عدم قدرة الممون على الوفاء بالطلب بسبب عدم توافر السلع، فإن الرفض في هذه الحالة يعتبر مبررا ولا تشكل هذه الحالة وجود تعسف)².

-توافر المنتج لدى المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية، ويجب أن يتحقق هذا الوجود قانونيا وفعليا، ويقصد بذلك أن يكون المؤسسة باستطاعتها الحصول على المنتج أو إنتاجها، وألا يكون محل البيع محل حجز أو سلعة للعرض وليس للبيع، أو خاضعة لتنظيم قانوني خاص، ماعدا ذلك يعتبر الرفض مبررا³.

-صدور الرفض من قبل المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية، فلا يكفي التهديد بالرفض أو التأخير بالتسليم لا يعد رفضا⁴.

-إقصاء ممون من السوق المعنية أو خفض حصة التي يشغلها في السوق المعنية بموجب طلبات متتالية وتمييزية، خاصة إذا كانت هذه الطلبات صادرة عن تواطؤ بين الأسواق الممتازة أو بموجب توازي التصرفات⁵.

إنَّ ممارسة رفض البيع بدون مبرر شرعي لا تمس باللعبة التنافسية في السوق المعنية فقط بل تمد ضلالها إلى المستهلك، الذي يجد نفسه محروما من السلع والخدمات التي اعتاد اقتناءها بالقرب منه، ممَّا يضطره إلى البحث عنها في أماكن أخرى متحملا عناء التنقل وارتفاع الأسعار.

¹ حيث جاء في المادة 15 من القانون 02/04 القانون السابق الذكر: "...يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت متوفرة..."

² إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 91.

³ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 102.

⁴ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 92.

⁵ Condomines Aurélien, op. cit, p.240-241.

2- البيع المتلازم:

لم يعرف المشرع الجزائري في ظل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم المقصود من وراء البيوع التي سردها في ظل المادة 11 منه، الأمر الذي يتطلب معه اللجوء إلى الفقه لتحديد هذه البيوع¹، حيث عرف البعض البيع المتلازم: بأن تفرض المؤسسة البائعة على زبائنها بضاعة معينة إضافة إلى البضاعة المراد شراؤها².

ويمكن أيضا تعريفه أيضا على أنه: "الأسلوب التجاري الذي تلجأ إليه المؤسسة الممونة والتي تكون في مركز قوة من أجل إلزام المؤسسات التابعة لها اقتصاديا على قبول شروطها التعسفية، والمتمثلة في بيع أحد المنتجات مرافقا لمنتج آخر، هذا الأخير يكون من نوع مخالف بحيث تكون المؤسسات التابعة في غالب الأحيان ليست بحاجة إليه، مما يسمح للمؤسسة الممونة من تحقيق عملية ممتازة³."

ومن خلال هذه التعاريف، يمكن استنتاج بعض الشروط اللازمة لقيام هذا البيع، والتي تتمثل أساسا:

- أن تقوم علاقة تجارية بين المؤسسة التابعة والمؤسسة المتبوعة.

- أن تقوم المؤسسة التابعة- مع علمها لمدى حاجة المؤسسة المتبوعة- بربط شراء منتج (سلعوة أو خدمة) محل الطلب بمنتج إضافي.

- أن يتم بيع المنتج الأصلي والذي هو محل وموضوع العلاقة التعاقدية والمنتج الإضافي في ذات الوقت.

¹ من خلال استقراء النصوص القانونية، نجد أن المشرع الجزائري قد نص على هذه الممارسة ولكن في ظل القانون آخر وهو القانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في الباب الثالث تحت عنوان: نزاهة الممارسات التجارية، الفصل الأول المعنون الممارسات التجارية غير الشرعية، بموجب المادة 17 منه التي تنص على: "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة.

لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة."

² محمد بن عزة، مرجع سابق، ص 256.

³ بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 104.

- يجب أن يكون المنتجان المتلازمان المفروضان من قبل المؤسسة التابعة من طبيعتين مختلفتين، بحيث المنتج الأصلي لا علاقة ولا صلة له بالمنتج الإضافي¹.

أما عن الصور التي يتخذها البيع المتلازم في الحياة العملية فلا بد الاستئناس بما جاءت به المادة 17 من القانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية نظرا للفراغ القانوني والعملية في هذه النقطة، وعليه تتجسد هذه الصور فيما يلي:

- بيع منتج متلازم لمنتج آخر أو تقديم خدمة: ويقصد به ربط المؤسسة المتبوعة ببيع أحد منتجاتها للمؤسسة التابعة بشراء منتوجا ثانيا مرافق للمنتج الأصلي محل العقد في نفس الوقت، والذي يكون عادة مختلف عنه في النوع والجنس، أو أن يربط عملية بيع المنتج بتقديم خدمة.

- أداء خدمة ملازمة لخدمة أخرى أو لشراء منتج آخر: يقصد بها ربط المؤسسة المتبوعة تأدية خدماتها للمؤسسة التابعة بأداء خدمة أخرى إضافية، كما يمكن أن تتجسد عن طريق ربط المشرع الجزائري تأدية الخدمة مقابل اقتناء السلعة.

- اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة: يقصد بها ربط المؤسسة المتبوعة عملية البيع بشراء كمية مفروضة، وتتجسد هذه الوضعية في حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الكمية المفروضة تفوق طلب المؤسسة التابعة، ينتج عن هذا السلوك إقبال كاهل هذه المؤسسة بمصاريف زائدة هي في غنى عنها، كما يجعلها تتكبد عناء البحث عن أماكن جديدة لتخزين الكمية الزائدة مع احتمال كبير لكسادها في المخازن.

الحالة الثانية: أن تكون الكمية المفروضة أقل من طلب المؤسسة التابعة، أي يقصد بها أن تقدم المؤسسة المتبوعة كمية قليلة عن تلك التي تريد المؤسسة التابعة شراؤها، والتي لن يكون أمام هذه الأخيرة إلا قبول هذه الكمية، الأمر الذي سينعكس سلبا على أسعار هذه المنتجات نظرا لقلتها خاصة إذا كانت هذه الأخيرة كثيرة الطلب، مما سيؤدي إلى ارتفاع أسعارها في مواجهة المستهلك، وبالتالي الإخلال بالسير الطبيعي للمنافسة في السوق.

إنّ التدقيق في القائمة التي تضمنتها المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة والمعدل، يوحي أنّ هذه الممارسة الأخيرة تشبه كثيرا ما جاء في الفقرة التي تتعلق بممارسة: "البيع المشروط باقتناء كمية دنيا"، ويقصد بها أن تشترط المؤسسة المتبوعة الكمية الواجب شراؤها على المؤسسات التابعة، والتي يتم تقديرها بكمية دنيا دون مراعاة لطلب واحتياجات المؤسسة التابعة.

¹ نفس المرجع، ص 104.

في حقيقة الأمر، لا تعتبر هذه الفقرة إلا صورة من صور البيع المتلازم خاصة عندما يتعلق الأمر بربط البيع بشراء كمية مفروضة، وعليه يمكن القول أن هذه الممارسة ما هي إلا تكرار لما قيل سابقا، اللهم إلا إذا اعتبرنا أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى التشديد على هذه الممارسة، واعتبارها ممارسة مستقلة في حد ذاتها.

3- البيع التمييزي:

يقصد بالبيع التمييزي محاباة لمشتري على حساب مشتريين آخرين¹، أو هي منح المؤسسة المتبوعة جملة من الامتيازات لأحد زبائنها دون غيرها من المؤسسات، بحيث يصبح هذا الزبون في مركز أفضل مقارنة مع باقي المؤسسات الأخرى.

نجد لهذه الممارسة مقابلا أيضا في ظل القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المتعلقة بالممارسات التجارية بموجب 18 من التي تنص على: "يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذا على أي عون اقتصادي آخر، أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلائم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة"².

ونظر للفراغ القانوني حول تحديد هذه الممارسة في ظل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، لا بأس من الاستئناس بما جاء في المادة 18 المذكورة أعلاه من أجل استخراج العناصر التي يمكن أن يقع عليها التمييز، والمتمثلة أساسا في:

- يمكن أن يقع التمييز في الأسعار المقدمة للمؤسسات التابعة: ويتحقق هذا الفرض، إذا تحققت الشروط التالية:

- اختلاف في السعر،
- أن يكون المشترون قد تعاملوا مع بائع واحد،
- أن ينطوي البيع على سلعة أساسية،
- أن تكون السلع على الدرجة نفسها من الجودة،

¹ محمد بن عزة، مرجع سابق، ص 256.

² أخذ المشرع الفرنسي بهذه الممارسة وأحالتها من خلال المادة 2، al 2-420L من ق ت ف إلى المادة 1، 6-442L من ق ت ف، والتي اعتبرها من الممارسات المخلة باللعبة التنافسية غفي السوق كونها تمس بمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، ويرجع تاريخ حظرها إلى القانون رقم 73 / 1193 المؤرخ في 27 ديسمبر 1973 المتعلق

بالتوجيه التجارة والحرف... Fourgoux Jean-Louis, Pratiques restrictives de concurrence, Juris-classeur, LexisNexis, 2006, p. 3

• أن يكون الهدف من هذا التمييز الإضرار بالمنافسة¹.

-كما يمكن أن يقع التمييز على كفاءات البيع وشروطه: ويتعلق الأمر هنا بمواعيد تسليم البضائع، التمييز في تحديد آجال الدفع، أو فرض شروط بيع مختلفة بين المتعاملين².

إلا أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي يشترط في حظر الممارسات التمييزية المنصوص عليها في المادة 18 من قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية على غياب مبرر شرعي، والذي عبر عنه المشرعان ب"غياب مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة"³.

أما بالنسبة للمادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم(وما يقابلها المادة 2 al 2-2, L420 من ق ت ف)، فاعتبرت أن هذه الممارسة تعسفية حتى ولو كان لها مبرر شرعي طالما أنها تؤدي إلى إلغاء أو المساس بالمنافسة في السوق المعنية.

4-الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى:

من الممارسات التي يمكن للمؤسسة المتبوعة القيام بها في إطار العلاقة التي تجمعها مع المؤسسة التابعة هو إلزامها بإعادة بيع سلعها بسعر محدد أو أقل من هذا السعر، فإذا لم تستجب إلى هذا المطلب تعرضت إلى جزاءات قد تصل إلى حد قطع العلاقة التي تربطها بها، ممّا يضطرها إلى الاستجابة لجميع مطالب حتى ولو كان هذا الأمر على حساب منفعتها وحريتها التجارية.

ولكي تتحقق هذه الممارسة وجب تحقق الشروط التالية:

- وجود علاقة تجارية بين المؤسسة المتبوعة والمؤسسة التابعة.

-ألا تكون لمؤسسة التابعة حل بديل عن المؤسسة المتبوعة.

-أن تقوم المؤسسة المتبوعة بإلزام المؤسسة التابعة أي أن الأمر يتعلق بعنصر الإلزام و التهيب وليس الاختيار والترغيب، لهذا عادة ما يكون هذا الإلزام مصحوبا بجزاء قمعي في حالة عدم قبول تعليمات المؤسسة المتبوعة.

-وأخيرا، ترد هذه الممارسة على أسعار المنتجات التي تخضع لحرية الأسعار، إلا أنّ هذا الأمر لا يجب أخذه على إطلاقه، ذلك أنّ هناك بعض المنتجات تخضع للتقنين من قبل السلطات العامة،

¹ أحمد محمد الصاوي، مرجع سابق، ص18.

² Fourgoux Jean-Louis, op. cit, p.5.

³ Zennaki Dalila, La discrimination entre agents économiques en droit algérien, op. cit, p.25.

وبالتالي لا سلطان للمؤسسات المتبوعة عليها (تطبيقاً لأحكام المادتين 4 و 5 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم)¹.

5- قطع العلاقة التجارية في حالة رفض المتعامل الخضوع لشروط غير مبررة:

يقصد بهذه الممارسة قيام المؤسسة المتبوعة بفرض جملة من الشروط والالتزامات الغير المبررة على المؤسسة التابعة، التي تجد نفسها مضطرة لقبولها وإلاً تعرضت العلاقة للقطع بشكل تعسفي²، ومن بين الشروط التي يمكن إدراجها، نجد مثلاً: كشرط عدم المنافسة، شرط الأسد... إلخ³.

وتتحقق هذه الممارسة باجتماع الشروط التالية⁴:

- وجود علاقة تجارية بين المؤسسة المتبوعة والمؤسسة التابعة.

- ألا تكون للمؤسسة التابعة حل بديل عن المؤسسة المتبوعة.

- أن تقوم المؤسسة المتبوعة بفرض شروط تجارية غير مبررة على المؤسسة التابعة، أي الأمر هنا يتعلق بالإجبار والإلزام وليس على سبيل الاختيار.

- وأخيراً، اقتران المضي في العلاقة التجارية بقبول الشروط التعسفية، ولا يمكن تبرير قطع هذه العلاقة عن طريق تقديم إنذار سابق للمؤسسة التابعة مثلما هو الأمر بالنسبة للشروط المتعلقة بالمادة 5°، 1، 6-442 L من ق ت ف⁵.

كما استعمل المشرع الجزائري في آخر فقرة من المادة 11 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم عبارة "كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق"، ممّا يوحي أنّ الممارسات التعسفية قد تتخذ عدة أشكال في الحياة العملية لا يمكن الإلمام بها في ظل قائمة واحدة، وحسناً فعل المشرعان محل المقارنة بتركهم القائمة مفتوحة استجابة للتطورات الحاصلة في المستقبل.

¹ بكرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 113.

²² عرف المشرع الفرنسي هذه الممارسة في ظل المادة 5°، 1، 6-442 L من ق ت ف حيث أطلق عليها قطع

العلاقات التجارية دون سابق إنذار... p.5... Jean-Louis Fourgoux, op. cit.,

³³ بكرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 113.

⁴ Une décision de 2008 résume les principes applicables en pareille situation : « la cessation de relations commerciales, même établies depuis longtemps, ne peut, à elle seule, être considérée comme abusive. Il ressort de la jurisprudence du conseil (cf. la décision no 04-D-26 du 30 juin 2004) que peut constituer un abus de dépendance économique la rupture de relations commerciales lorsqu'elle est brutale, sans justification objective et lorsqu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence » ; V. Condomines Aurélien, op. cit., p.242.

⁵ Art 442-6, 1, 5° du code commerce : « ... rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans écrit tenant compte de la durée de la relation... »

ولقد أوضح الواقع العملي للقضاء ومجلس المنافسة الفرنسي عن بعض الحالات التي تعتبر من قبيل التعسف في استغلال وضعيتها التبعية الاقتصادية، وتختلف أشكال الممارسات التعسفية بالنظر إلى المؤسسة التابعة ما إذا كانت ممونا أو موزعا فبالنسبة مثلا : إذا كان الممون في حالة تبعية اقتصادية للموزع وهي كالاتي :

-ارتباط مرجعية مؤسسة أو منتوجاتها برسم يدفعه الممون بدفع مقابل تسمى: "منحة مرجعية للقاعدة"، أو باستعمال الحيل أو الخدع من أجل جعل هذا الرسم يبدوا وكأنه تم بمقابل، ينتج عن هذا التصرف مصاريف إضافية للدخول إلى السوق.

-فرض تعويض رجعي وتسمى في بعض الحالات "غرامة" في حالة عدم تطبيق قواعد غير مكتوبة تدعى: "المجموعة الأكثر تفضيلا".

-منع دخول إلى السوق المعنية موزعين جدد وذلك بوضع شروط غير مبررة للدخول إلى المراكز الشراء¹.

ومن خلال دراسة هذه الحالات، نجد أن مراعاة المشرعان محل المقارنة لمصالح المستهلك في ظل هذه الممارسة جاءت بصفة جد ضمنية ودقيقة من خلال حماية المؤسسات الاقتصادية من هذه الممارسات التعسفية، والحفاظ على استقرار العلاقات فيما بينها.

ثانيا: مساس وضعيتها التبعية الاقتصادية بالمنافسة

لا تعتبر وضعيتها التبعية الاقتصادية في حد ذاتها ممارسة مقيدة للمنافسة، بل يجب أن تصطب هذه الوضعية ممارسات تعسفية تهدف أو لها أثر مقيد للمنافسة (أي يجب أن تمس هذه التصرفات التعسفية باللعبة التنافسية في السوق المعنية)².

وبالتالي، لا يمكن اعتبار المساس بمصلحة مؤسسة تابعة لمؤسسة أخرى تعد تعسفا أو مساسا بالسوق المعنية، إذ يجب على سلطات المختصة بالرقابة البحث على مساس حقيقي للممارسات بالسوق المعنية فمجرد المساس بمصلحة مؤسسة تابعة لمؤسسة أخرى لا يمكن أن يشكل أو يرقى إلى مستوى الهدف أو الأثر المنافي للمنافسة.

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.584-585.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.435.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نطرح التساؤل التالي: متى يتم تقييد وضعية التبعية الاقتصادية للعبة التنافسية في السوق؟ وهل يجب الانتظار إلى حين إقصاء مؤسسة في سوق المعنية حتى نعتبر أن هناك تعسف في وضعية التبعية الاقتصادية؟

إنَّ الهدف الرئيسي من وراء وضع نصوص قانونية خاصة بالمنافسة هو حماية السوق المعنية من الممارسات المنافسة للمنافسة، والذي سينعكس إيجاباً على المستهلك في الأخير، وبالتالي ليس من مهام قانون المنافسة حماية المؤسسات ضحية من هذه الممارسات، كما أن الدور الرئيسي للسلطات الرقابة (مجلس المنافسة) هو حماية النظام العام الاقتصادي وليس لعب دور الحكم بين المؤسسات الاقتصادية.

ومن هذا المنطلق، يجب توفر عنصر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، أي يجب أن يؤدي هذا التعسف إلى الإخلال بقواعد المنافسة وليس إلحاق أضرار بالمؤسسات الاقتصادية، والسؤال الذي يطرح نفسه: متى يكون هناك إخلال؟

لم تحدد المادة 11 من الأمر 03/03 إلى أي مدى يمكن اعتبار وجود إخلال (أي عتبة الحساسية) التي يجب على أساسه معرفة ما إذا كانت ممارسة مقيدة للمنافسة أم لا، وهذا ما يفسر نية المشرع الجزائري في ترك المجال واسعاً لمجلس المنافسة من أجل استنتاج هذه العتبة بمناسبة القضايا المطروحة أمامه¹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كانت آرائه متذبذبة نوعاً ما، إذ أنه كان يشترط في ظل المادة 8-2 من الأمر 1 ديسمبر 1986 أن يكون هناك مساس أو تقييد للعبة التنافسية "atteinte au jeu de la concurrence" في السوق المعنية، إلا أن هذا النص لم يكن ناجعاً خاصة في المجال العملي، إذ كان على المؤسسات المتضررة من التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية إثبات أن هذا التعسف يؤدي إلى المساس بقواعد المنافسة في السوق المعنية².

اتَّخذ المجلس المنافسة الفرنسي ومحكمة الاستئناف هذا الموقف في العديد من القضايا الذي كان يتطلب توافر جميع الشروط (وجود وضعية تبعية اقتصادية، تحقق التعسف، إخلال بقواعد المنافسة) لاكتمال الحظر، إذ كانت تشترط على الأطراف المدعية إثبات أن هناك مساس بقواعد المنافسة، وهو ما جعل الفقهاء الفرنسيين تتخذ موقفاً سلبياً وخاصة أن هذا الحظر لم يطبق إلا عدد قليل من القضايا بسبب صعوبة إثبات وجود مساس بقواعد المنافسة³.

¹ Zouaïmia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit, p.112.

² BoutardLabard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.248.

³ Ibid, p.248-249.

لم يبقى الوضع على حاله، حيث تم استدراكه بصدور القانون La loi NRE المؤرخ في 15 ماي 2001 والتي أعادت صياغة المادة 2 al2-2 L420 وعوضت الشرط القائل: "المساس بقواعد المنافسة بشرط أكثر ليونة وهو" عرقلة سير المنافسة أو نظامها" هذا الحل الذي جاء به هذا القانون في حقيقة الأمر تم تبنيه مسبقا من قبل مجلس المنافسة الفرنسي مؤخرا في ظل القانون القديم¹.

إلا أنّ الفقه الفرنسي يعتبر على التدخل الأخير للمشرع الفرنسي، كونه لم يكن في المستوى المطلوب، خاصة وأنّ قرارات مجلس المنافسة أثبتت أنّ الصعوبة لا تكمن فقط في إثبات وجود مساس في قواعد المنافسة، إنّما الصعوبة تكمن أيضا في جمع العناصر المكونة لتحديد التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية².

بالإضافة إلى العناصر السابقة الذكر، يجب أن يكون هناك علاقة بين وضعية التبعية الاقتصادية والممارسات التعسفية، أي بجب إثبات أن هناك علاقة سببية بينها وبين إزالة منافع المنافسة في السوق المعنية أو الحد منها³.

وبالتالي، لا يمكن اعتبار التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية ممارسة مقيدة للمنافسة، إلا إذا كانت هذه الوضعية تهدف أو يمكن أن تهدف إلى المساس بقواعد اللعبة التنافسية في السوق المعنية) طبقا للمادة 11 من الأمر 03/03 والمادة 2-2-2 L420 من ق ت ف).

وتأسيسا على ذلك، لا تقوم ممارسة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية إلا إذا اجتمعت مجموعة من الشروط واقتزنت بدلائل وقرائن قوية تثبت ذلك، ولكن السؤال المطروح على من يقع عبء الإثبات؟

إنّ عبء إثبات الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية، يقع على الطرف الذي يدعي وقوع التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وذلك من خلال تقديمه لأدلة تثبت الحق الذي يدعيه، ومن ذلك مثلا: فإن الممون ليقوم الدليل على ادعائه يتعين عليه إثبات توافر معيار غياب الحل البديل المعادل مثلا للقول بوجود تعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية⁴.

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.474.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.252.

³ Zouaïmia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit, p.112.

⁴ عبير مزغيش، مرجع سابق، ص516.

وبالتالي، ليس أمام المؤسسات الضحية التي لم تستطع توفير الدليل إلا التمسك بأحكام القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية (وما يقابلها المادة 6-442 من ق ت ف)¹، أي في هذه الحالة يتعلق الأمر بوجود خطأ يستوجب رفع دعوى المسؤولية أو البطلان أمام القضاء، مما يستلزم المسؤولية المدنية للمسؤول عن هذه التصرفات التعسفية، وفي هذه الحالة لا تُجبر المؤسسة الضحية بإحضار دليل إثبات على وجود مساس بقواعد المنافسة².

وفي الأخير، يمكن القول أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي يُثبت مرة أخرى أن حظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية الهدف منه حماية السوق من الممارسات الغير السوية، من خلال تنظيم العلاقة الرابطة بين المؤسسات الاقتصادية وليس العلاقة الرابطة بينها وبين المستهلك، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من الإصرار دوماً على فكرة أن مصلحة المستهلك ضمن الاعتبارات الأساسية لعملية الحظر، كونه المستفيد الأول والأخير من بث منافسة نزيهة وشريفة في السوق، الذي سينعكس على السعر وضمان وفرة المنتجات في كل أماكن البيع، ممّا يحقق الرفاهية المنشودة من وضع قواعد تنظم المنافسة.

¹ إنَّ التبرير الوحيد لتدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 96-588 المؤرخ 1 جويلية 1996 المتعلق شفافية وتوازن العلاقات التجارية هو صعوبة معاينة الممارسات التعسفية المتعلقة بوضعية التبعية الاقتصادية بسبب ضرورة إحضار الدليل على أن هناك مساس حقيقي بقواعد المنافسة في السوق، ونتيجة لذلك أدرج المشرع الفرنسي ثلاث قواعد جديدة ضمن المادة 36 من الأمر رقم 86/1243 المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 (التي أصبحت حالياً المادة 6-442 من ق ت ف)، وتتعلق هذه القواعد بثلاث مخالفة مدنية تتعلق الأولى ب (المادة 3°، 1، 3-442 من ق ت ف)، والثانية تتعلق بالتهديدات التعسفية بقطع العلاقات التجارية (المادة 4°، 1، 4-442 من ق ت ف)، والثالثة تتعلق بالقطع التعسفي للعلاقات التجارية القائمة (المادة 5°، 1، 5-442 من ق ت ف)، هذه المخالفات الجديدة ستسمح بقيام مسؤولية كبار الموزعين، الذين كانوا يستغلون وضعيتهم التعسفية اتجاه المؤسسات الصغيرة دون أن ترقى هذه التصرفات إلى حد المساس باللعبة التنافسية في السوق المعنية، ممّا يجعلها تفلت من معاقبتها على أساس التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية...

Bout Roger et autres, op. cit, p. 435.

² Zouaimia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit, p.114.

المبحث الثاني: حماية المستهلك كميّار جوهري لاكتمال ممارسة منع التعامل بالأسعار منخفضة تعسفيا.

يعتبر السعر حلقة وصل بين المؤسسات الاقتصادية والمستهلك، كما يعد من أكثر العناصر جاذبية وإثارة له عند ولوجه إلى السوق، لهذا حظي هذا العنصر باهتمام المشرع الجزائري منذ أول قانون صدر لتنظيم المنافسة في الجزائر، وخاصة بعد تبنيها لنظام اقتصاد السوق، حيث أخضع تحديده لقواعد اللعبة التنافسية وإرادة الأطراف المتعاقدة أي ما يطلق عليه بمبدأ حرية الأسعار.

جسد المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال المادة 4 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم) وما يقابلها المادة 2-410 من ق ت ف)¹، حيث جاء فيها أنه: "تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة..."

إلّا أنّ هذا المبدأ إذ أخذ على إطلاقه زرع كيان السوق وهيكلته، ومن أجل ذلك حاول المشرعان محل المقارنة خلق ضوابط قانونية وتجريم بعض التصرفات التي قد تحول دون الانتفاع بهذا المبدأ، ولعل ما جاء في المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة (وما يقابلها المادة 5-420 من ق ت ف) خير دليل على هذا التحرك.

¹Article L410-2 du code commerce : « ...les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{ER} janvier 1987 de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. »

حيث نصت المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة (وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف)¹ على أنه: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتمويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق."

إنّ نص المشرعان على هذه الممارسة- ممارسة أسعار بشكل منخفض تعسفيًا- في مصاف الممارسات المقيدة للمنافسة دليل قاطع على الأهمية القصوى التي يعترتها عنصر السعر في إقامة منافسة حرة، وإرادة تشريعية صارمة على مكافحة كل الممارسات التي تمس به، ومتابعة كل من يحاول العبث به.

ومن هذا المنطلق، سنحاول التعريف بهذه الممارسة وتمييزها عن ما يشبهها من ممارسات، ثم البحث عن الشروط اللازمة لاكتمال هذه المخالفة.

المطلب الأول: مفهوم ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيًا.

كما قلنا سابقًا، أن السعر يعتبر بمثابة الركيزة الأساسية لقيام اقتصاد السوق، لهذا فإن كل تلاعب أو محاولة المساس به سيكون له آثارا وخيمة ليس على المتعاملين به فقط، وإنما على النظام الاقتصادي العام ككله، لهذا كرّس المشرعان محل المقارنة هذه المخاوف من خلال حظر وتضييق أي ممارسة تلحق الأذى بهذا العنصر، ولأنّ قانون المنافسة هو الراعي الرسمي للنظام الاقتصادي العام فمن باب أولى أن يتضمن مادة تترجم هذه الحماية.

وعليه، جاءت المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم تجسيدا لمظاهر الحماية، بحظرها عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، إلا عنصر الإثارة في هذه المادة ليس الحظر في حد ذاته، وإنما هو الطرف المراد حمايته والذي لم يعهد ذكره في قانون المنافسة بصفة صريحة ألا وهو المستهلك.

ذلك أن الممارسات المقيدة للمنافسة السابقة الذكر، تتعلق بضبط العلاقة بين المتعاملين الاقتصاديين بحيث تنصب هذه المعادلة في الأخير لمصلحة المستهلك، أما العلاقة التي تربط المستهلك بالمتعامل

¹ Article L420-5 du code de commerce : « Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix ou pratiques de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coût de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. Les coût de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits. Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public. »

الاقتصادي فعادة ينظمها قانون الاستهلاك وقانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، لهذا تعتبر المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة خروجاً حقيقياً عن هذا التقسيم، ولعل السبب في ذلك هو تأكيد المشرعان محل المقارنة على حماية المستهلك على عدة مستويات، وتأكيد على أن مصلحته ضمن الاعتبارات الأساسية لقانون المنافسة، لهذا تتطلب هذه الممارسة توضيحاً أكثر من خلال تعريفها (الفرع الأول)، وتمييزها عن ما يشبهها من ممارسات تعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفية.

في ظل نظام اقتصاد السوق، تتمتع المؤسسات الاقتصادية بحرية البيع والشراء لا يحكمها في هذا الأمر إلا قانون الطلب والعرض، ويعتبر هذه الحرية تجسيدا لمبدأ الحرية التجارة وواجب المنافسة الشريفة، إلا أن بعض المؤسسات الاقتصادية قد تستغل هذه الحرية بطريقة غير شرعية من خلال عرض أسعار منخفضة جدا من أجل جلب الزبائن وتعزيز وضعيتها في السوق.

في حقيقة الأمر هذه الممارسة بهذه العناصر لم تكن تشكل في وقت مضى ممارسة مقيدة للمنافسة، إلا أن هذا الوضع لم يكن ليديم طويلا بعد تفتن المشرعون لمدى خطورتها على المسار الطبيعي للمنافسة خاصة على المدى البعيد.

لهذا سنقوم في هذا الفرع بدراسة التطور التاريخي الذي طرأ على هذه الممارسة، وكيف انتقلت من المسموح إلى المحظور.

أولاً: التطور التاريخي لممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفية.

بالرجوع إلى أول قانون نظم الأسعار في الجزائر، نجد أن المشرع عالج أول مرة مشكلة بيع المنتج بأقل من سعر التكلفة، من خلال ما جاء في المادة 10 من الأمر 12/89 المؤرخ في 5 يوليو 1989 المتعلق بالأسعار (الملغى)¹ أنه: "لا يمكن أن تكون أسعار منتج في جميع الأطوار أقل من سعر التكلفة أو سعر الشراء الفعلي إذا أدى ذلك إلى الإساءة إلى منافس أو إذا كان يرمي إلى تحقيق تحويلات غير شرعية للقيمة بين المؤسسات لتخفيف الأعباء الجبائية."

إلا أن هذا النص لم يكن مطلقاً، بل سمح بتطبيق هذه الممارسة في حالتين هما:

-المنتجات القابلة للتلف نظراً لمخاطر التقادم الناجمة عن التخزين الطويل المدى.

-المنتجات التي تباع بأسعار التصفية التي يجب أن تبرر ظروف بيعها الموضوعية.

¹ ج ر، العدد 29، الصادر بتاريخ 19 يوليو 1989، ص 757.

إذا تعتبر المادة 10 من الأمر 12/89 المصدر الأولي والتاريخي لحظر ممارسة أسعار بيع أقل من سعر التكلفة ليس بالشكل المنصوص في المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة ولا الهدف المبتغى منه، إلا أن هذا الأمر لا يجعلنا نتجاهل إرادة المشرع الجزائري في حظر كل ممارسة تمس بالأسعار.

إن صدور أول قانون للمنافسة لم يكن ليغير شيئاً في هذه الممارسة، حيث عالج هذه المرة ممارسة بيع بالخسارة، من خلال نص المادة 1/10 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة الملغى¹: "يحظر على كل عون اقتصادي بيع سلعة بسعر دون السعر الذي يستحقه، عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى تقييد المنافسة في السوق."

إلا أن أحكام هذه المادة لم تكن واضحة كفاية لتحديد متى يكون السعر الممارس غير السعر المستحق؟؟؟

و بمناسبة إعادة هيكلة قانون المنافسة، قام المشرع الجزائري بالتخلي عن هذه الممارسة واستبدالها بممارسة أسعار منخفضة تعسفا في مواجهة المستهلكين، وأدرجها في منظومته التشريعية من خلال (المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة)، مع العلم أن هذه المادة لم تخضع لأي إضافة بمناسبة التعديلات التي طرأت على قانون المنافسة مؤخرا.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فإن الواقع العملي هو السبب الحقيقي لقيام هذه الممارسة، ذلك أن بعض الممارسات التعسفية لمجموعة من الموزعين وبالأخص أصحاب الأماكن الكبيرة والأسواق الكبيرة كانت السبب الأول والرئيسي لتبني هذه الممارسة في ظل قانون المنافسة، ولعل الهدف الرئيسي الذي ابتغاه المشرع الفرنسي آنذاك هو حماية المؤسسات الصغيرة في مواجهة الموزعون الكبار، الذين كانوا يستفيدون من حجمهم الاقتصادي المهم من أجل الإنقاص من هامش أرباحهم للسلع المصنعة من قبلهم من أجل جلب زبائن منافسيهم، الذين لا يمكن أن يكون لهم نفس القدرات والإمكانات لمواجهة هذا الفرض²، عرفت هذه الممارسة بالقول الشهير "La baguette a un franc"³.

هذه القضايا لم يكن ليطبق عليها أحكام التعسف في وضعية الهيمنة ولا أحكام الاتفاق المحظور، ولا حتى التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية⁴، الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي يتدخل في أول تعديل له للأمر 1 ديسمبر 1986، وذلك بموجب القانون 1 جويلية 1996 المتعلق بإعادة المصادقية

¹ ج ر، العدد 9، الصادر بتاريخ 22 فبراير 1995، ص 13.

² Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.256.

³ Mainguy Daniel et Depincé Malo Droit de la concurrence, op. cit, p.325.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.256.

والتوازن في العلاقات التجارية (relative la loyauté et l'équilibre des relations commerciales)، حيث أضاف المادة 10-1 التي تحدثت صراحة عن ممارسة أسعار منخفضة تعسفاً¹، تم الاحتفاظ بهذا النص كما هو، الذي أدرج حالياً في المادة 5-420 L من ق ت ف².

ثانياً: المقصود من ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفاً.

إنّ السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: لماذا هذا النص أو لماذا هذا التخصيص؟ وما نقصد بممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي؟

إنّ الممارسات التي كان يمارسها الموزعين على المؤسسات، والتي عجزت النصوص المتعلقة بالاتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة، وحتى المتعلقة بوضعية التبعية الاقتصادية على التصدي لها، أدت إلى ضرورة تدخل المشرعان محل المقارنة بنصوص قانونية تتناسب مع هذا الفرض العملي، وبالتالي أصبح البيع بأسعار منخفضة تعسفاً من الممارسات المقيدة للمنافسة المستحدثة، إلا أنّ هذه الممارسة في الأصل لا تعتبر كذلك إلا إذا كانت تهدف أو كان لها أثر مقيد للمنافسة.

إنّ استعمال هذه المادة يجب أن يتم التعامل معه بكل حذر حتى لا يتم الوقوع في لبس خطير، ذلك أن التوسع فيه سوف يقضي على أهم مبدأ تقوم عليه المنافسة الحرة ألا هو حرية الأسعار، كما يجب أيضاً عدم الخلط هذه الوضعية مع ممارسة بيع بالخسارة، التي تعتبر هذه الأخيرة من زمرة الممارسات المقيدة للمنافسة (pratiques restrictives).

ومن أجل ذلك وجب تحديد مفهوم للممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، وبالرجوع إلى المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة لا نجد تحديداً صريحاً لها، إلا أنّ الأمر لا يمنع من اللجوء إلى ما توصل إليه الفقه والقضاء في هذا المجال.

حيث نجد أن مجلس المنافسة الفرنسي استعان في تحديده لمفهوم ممارسة أسعار منخفضة تعسفاً إلى الاجتهاد القضائي الأوروبي، الذي بدوره استوحى مفهومه من ممارسة أسعار افتراضية المتعلقة بالقضية الشهيرة (قضية Akzo) المؤرخ في 3 جويلية 1991³.

¹ Dans un avis émis durant les travaux préparatoire de la loi, en réponse à une demande présentée par la commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale, le conseil de la concurrence a en effets estimé que ce texte devait permettre à cette prohibition de « s'appliquer dans les cas où les entreprises ne sont ni entente ni en position dominante » (Cons. Conc., avis n°96-A-05, 2 mai 1996) ; V Bout Roger et autres, op. cit, p.534.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.474.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.261.

وبالتالي تتحقق وجود ممارسة أسعار افتراضية بشكل تعسفي في حالتين:

-إذا كان السعر منخفض بالمقارنة مع التكاليف المتوسطة المتغيرة.

-إذا كان السعر منخفض بالمقارنة مع التكاليف الإجمالية والمتعلقة بالتكاليف الثابتة والتكاليف المتغيرة.

أخذ الاجتهاد القضائي الفرنسي أيضا بهذا الحل في تحليله لهذه الممارسة، كما اعتمد مجلس المنافسة نفس التعريفات في العديد من الآراء والقرارات الصادرة عنه¹.

في حين عرفها الأستاذ محمد تيورسي بأنها: كل فعل قام به عون اقتصادي، خاصة الموزعون الكبار، سواء بصفة منفردة أو جماعيا ينصب على عنصر السعر، إذ يقوم بالتعامل بأسعار تتحدى كل منافسة تجعله يتحمل هو أيضا نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي².

إلا أن هذا التعريف يعاب عليه أنه حمل نص المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة أكثر من طاقتها، كونه خصص فئة معينة بهذه الممارسة (الموزعون)، كما حصر هذه الأخيرة في مسألة التعامل دون عملية العرض، في حين نص المادة السالفة الذكر جاءت واسعة شملت كل الفئات الفاعلة في السوق وحظرت التعامل وعرض أسعار منخفضة.

كما عرفت بكرة لعور هذه الممارسة بأنها: "هي ممارسة مقيدة للمنافسة ترتكبها مؤسسة ضد مؤسسة أخرى من خلال عرض أو ممارسة لأسعار بيع منخفضة للمستهلك انخفاضا يصل إلى درجة البيع بسعر التكلفة الإجمالية مما يخل بمبادئ المنافسة الحرة"³.

ولعل هذا التعريف الأقرب إلى المقصود المبتغى من خلال نص المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

ومما سبق نستنتج، أن ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين قد تؤدي لا محال إلى إخلال التوازن الهيكلي في السوق المعنية رغم عدم تحقق وضعية الهيمنة أو اتفاقات محظورة، إذ تستطيع أي مؤسسة تمتلك إمكانيات مالية معتبرة ممارسة أسعار منخفضة جدا من أجل إقصاء منافس أو عدة منافسين من السوق التي تنشط فيه⁴، مع العلم أن هذه المؤسسة تتعمد الخسارة لعلمها بعد

¹Ibid, p.262.

² محمد تيورسي، مرجع سابق، ص 231.

³ بكرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 117.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.261.

إفشال المنافسة والاستئثار بالسوق سوف تبقى المهيمن الوحيد على السوق، وبعد ذلك ترفع الأسعار حسب رغبتها دون الحاجة إلى الاعتداد بقانون العرض والطلب¹.

الفرع الثاني: تمييز ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي عن ما يشبهها من الممارسات التجارية.

إنّ الاستقراء الأولي للنصوص القانونية المتعلقة بالممارسات التجارية، نجد أنّ ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي المنصوص عليها في قانون المنافسة قد تختلط ببعض الممارسات التي تشترك في عنصر مهم وهو المساس بالأسعار، مما يستوجب علينا عرض مفصل لهذه الممارسات ومقارنتها مع الممارسة محل الدراسة لرفع كل لبس أو شبهة، ومن بين أهم هذه الممارسات (بيع بالخسارة، البيع في حالة التصفية، البيع بالتخفيض)، وفيما يلي عرض مفصل لهذه المقارنة:

أولاً: تمييز ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي عن إعادة البيع بالخسارة

قد يبدو الأمر لأول وهلة أن ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي تتشابه كثيرا مع ممارسة بيع بالخسارة، كونهما يشتركان في هدف واحد وهو القضاء على المنافسة في السوق، إلا أن الأمر يختلف عما هو ظاهر، ذلك أن ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي تعتبر من قبيل الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها في ظل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، في حين تعتبر إعادة البيع بالخسارة من الممارسات التجارية الغير الشرعية المنصوص عليها في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية² (وما يقابلها المادة 2-L442 من ق ت ف)³.

¹ بكرة لعور، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين، مجلة المفكر، العدد العاشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جانفي 2014، ص 361.

² قانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2007، ص 3.

³ عالج المشرع الفرنسي هذه الممارسة منذ القانون 2 جويلية 1963، كما أدرجها ضمن قائمة الممارسات المقيدة للمنافسة (les pratiques restrictives de la concurrence)، كما عاقب المشرع الفرنسي مرتكبيها بعقوبات

ويقصد بإعادة البيع بالخسارة بقيام عون اقتصادي بفرض أسعار منخفضة بشكل ملحوظ وأقل بكثير من سعر التكلفة الحقيقي بهدف إقصاء منافسيه من السوق وجلب أكبر قدر ممكن من الزبائن، ليعود مرة ثانية من خلال رفع أسعارها ولكن هذه المرة دون منافس¹.

إنَّ هذا التعريف لهذه العملية يوحي التشابه بين هذه الممارسة وممارسة أو عرض أسعار منخفضة بشكل تعسفي، إلا أن التدقيق في النصوص القانونية التي تنظمها نجد أن إعادة البيع بالخسارة المنصوص عليه في المادة 19 من القانون 02/04 (وما يقابلها المادة 2-442L من ق ت ف²) صورة مفتوحة على كل العلاقات التي تنشأ بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم أو بينهم وبين المستهلك، في حين أن الحظر المنصوص عليه في المادة 12 من الأمر 03/03 يشمل العلاقة التي تربط المؤسسات الاقتصادية والمستهلك³.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنَّ ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة تعسفياً يستوجب أن تكون السلعة المراد بيعها قد تم إنتاجها أو تحويلها أو تسويقها⁴، على خلاف إعادة البيع بالخسارة الذي يشمل فقط عملية البيع أو إعادة للبيع للسلعة على حالتها⁵.

وفي نفس السياق، نجد أنَّ المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي حدد معايير التي يقاس عليها التعسف في عملية ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق،

جزائية من باب التشديد والصرامة نظراً لخطورة ممارستها في الحياة العملية، وذلك بموجب المادة 2-442L من ق ت ف، التي جاء فيها ما يلي:

Art L442-2 du code commerce : « le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75000€ d'amende... »

وهو نفس الموقف الذي سار عليه المشرع الجزائري، حيث يعاقب مرتكبي هذه الممارسات بموجب المادة 35 من القانون 02/04 بغرامة مالية قدرها 100000 دج إلى 300000 دج.

¹ اعتماداً على ما جاء في المادة 19 من القانون 02/04 السالف الذكر: "يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي.

يقصد بسعر التكلفة الحقيقي، سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، وعند الاقتضاء، أعباء النقل."

² En effet, la loi « ne fait aucune distinction entre les opérateurs et incrimine tout commerçant qui revend un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat » (Cass, crim. 21-6-1993 : RJDA 8-9/993 n°720) ; Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1077.

³ بكرة لعور، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين، مرجع سابق، ص364.

⁴ المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁵ المادة 19 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم.

في حين حدد معيار التي يقاس عليه إعادة البيع بالخسارة بسعر التكلفة الحقيقي، عبّر عنه المشرع الفرنسي بسعر الشراء الحقيقي وهذا التعبير الأصح¹.

ضف إلى ذلك، أنّ التعسف في ممارسة أو عرض أسعار بيع بشكل تعسفي باعتباره من الممارسات المقيدة للمنافسة فهو تدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة²، ويعاقب عليها بموجب المادة 56 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بغرامات مالية (وما يقابلها المادة 1، 2-464 L من ق ت ف).

أما إعادة البيع بالخسارة باعتبارها من الممارسات التجارية الغير الشرعية تناط مهمة البحث والتحري عنها للأعوان التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة³ (وما يقابلها DGCCRF)⁴، كما أنها تخضع لاختصاص الجهات القضائية⁵، ويعاقب عليها بموجب المادة 35 من القانون 02/04 (وما يقابلها المادة 1L442-2, al. و 2L422-2, al. من ق ت ف).

وتجدر الإشارة، أنّ حظر ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي هو حظر مطلق لا يرد عليه أي استثناء، في حين أورد المشرعان محل المقارنة على ممارسة إعادة البيع بالخسارة بعض الاستثناءات التي جاءت على سبيل الحصر⁶، وهي كالاتي:

¹ Le prix d'achat effectif correspond au « prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport. » (C. com. Art L442-2, al. 2).

² حيث نصت المادة 14 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم: "تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه ممارسات مقيد للمنافسة".

³ المادة 49 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1080.

⁵ المادة 60 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم.

⁶ L'interdiction de la revente à perte tendant essentiellement à protéger la liberté de la concurrence, il n'y a pas lieu de le maintenir lorsqu'elle est justifiée par des nécessités économiques. Aussi le législateur français a-t-il prévu sept cas dans lesquels la revente à perte n'est pas sanctionnée (C.com, art 442-4) :

- les ventes volontaires ou forcées, motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciales.
- les ventes de produits saisonniers, dans la mesure où elles interviennent pendant la période terminale de la saison, soit dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente.
- les ventes de produits démodés ou dépassés.
- les baisses des cours.
- l'alignement sur la concurrence, la revente à perte est autorisée lorsque le revendeur s est contenté d'aligner son prix de revente « sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ». Mais cette possibilité est limitée aux ventes à perte de produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300m² et de produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1000m² .
- les ventes de produits périssables.
- les ventes en soldes. ; V Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1079-1080.

-السلع سهلة التلف والمهددة بالفساد السريع،

-السلع التي بيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغيير النشاط أو إنهائه أو إثر تنفيذ حكم قضائي،

-السلع الموسمية وكذلك السلع المتقادمة أو البالية تقنيا،

-السلع التي تم التموين منها أو يمكن التموين منها من جديد بسعر أقل، وفي هذه الحالة، يكون السعر الحقيقي لإعادة البيع يساوي سعر إعادة التموين الجديد،

-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 بالخسارة¹.

ثانيا: تمييز ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفا عن البيع بالتخفيض.

تتشرك هاتان الممارستان في كونهما تنصبان على عقد البيع، كما أن كلاهما يتحدد فيه السعر بشكل منخفض، وما عدا ذلك فإنهما يختلفان عن بعضهما البعض اختلافاً بيّن، ذلك أن كلاهما ينتمي إلى زمرة معينة من الممارسات، فتتعلق الأولى بممارسة مقيدة للمنافسة في حين تتعلق الثانية بممارسة تجارية غير مشروعة في إطار قانوني محدد (طبقاً للمادة 21 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية وما يقابلها المادة 3,1-310 L من ق ت ف).

ويقصد بالبيع بالتخفيض (طبقاً للمادة 2 من المرسوم التنفيذي 215/06)² بأنه البيع بالتجزئة المسبوق أو المرفق بالإشهار، والذي يهدف عن طريق تخفيض في السعر إلى بيع السلع المودعة في المخزن، بصفة سريعة³.

ولا يجوز أن يشمل البيع بالتخفيض إلا السلع التي يشتريها العون الاقتصادي منذ ثلاثة أشهر على الأقل ابتداءً من تاريخ بداية فترة البيع بالتخفيض" (في حين حددها المشرع الفرنسي بشهر واحد من تاريخ بداية فترة التخفيضات).

¹المادة 2/19 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر.

² المرسوم التنفيذي رقم 215/06 المؤرخ في 18 جوان 2006 يحدد شروط وكيفية ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة الطرود، ج ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 21 جوان 2006، ص 5.

³Les soldes sont définis comme les ventes qui (C. com. Art310—3, 1) :

-sont accompagnées ou précédées de publicité ;

-sont annoncées comme tendant, par un réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock ;

-ont lieu durant les périodes définies par la loi ; V. Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1196.

وكما قلنا سابقا، أنّ المشرع الجزائري أجاز تخفيض سعر البيع ضمن شروط دقيقة وإجراءات محددة حتى لا تخرج عن مسارها الحقيقي، بحيث يشترط لإتمام هذه الممارسة إتباع الإجراءات التالية:

-إيداع العون الاقتصادي الراغب في ممارسة البيع بالتخفيض تصريح لدى المدير الولائي للتجارة مرفقا بالوثائق التالية¹(نسخة من مستخرج السجل التجاري أو عند الاقتضاء، نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف، قائمة السلع موضوع البيع بالتخفيض وكمياتها، قائمة تبين التخفيضات في الأسعار المقرر تطبيقها وكذا الأسعار الممارسة مسبقا)².

-تسلم للعون الاقتصادي ترخيص تسمح له بالشروع في البيع بالتخفيض خلال المدة المحددة قانونا، بحيث لا يسمح بإجراء البيع بالتخفيض إلا مرتين في السنة المدنية³، مدة كل فترة 6 أسابيع متوالة خلال فصلي⁴ الشتاء(جانفي وفيفري) والصيف(جويلية وأوت)⁵، على أنّ تواريخ هذه العملية تحدد في بداية كل سنة بقرار من الوالي، بناء على اقتراح من المدير الولائي للتجارة بعد استشارة الجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك⁶.

-يجب على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين عن طريق الإشهار على واجهة المحل المعلومات التالية(تواريخ بداية ونهاية البيع بالتخفيض، السلع المعنية(التي يجب أن تعرض بصفة منفصلة عن

¹المادة 1/6 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة الطرود السابق الذكر.

²المادة 6/ 2 و3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة الطرود السالف الذكر.

³ حيث حدد المشرع الفرنسي بصفة دقيقة منذ دخول القانون 4 أوت 2008 المتعلق LME حيز التنفيذ المواعيد المحددة لإجراء البيع بالتخفيض مرتين في السنة المدنية، مدة كل فترة 6 أسابيع بدل 5 التي كان معمولا بها، تتعلق هذه القاعدة بالبيع المسافة أو عن بعد...

Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1196.

⁴ Les soldes d'hiver débutent le deuxième mercredi du mois de janvier à 8h du matin, cette date étant avancée au premier mercredi du mois de janvier le deuxième mercredi intervient après le 12 du mois, les soldes d'été débutent le dernier mercredi du mois de juin à 8h du matin, cette date étant avancée à l'avant- dernier mercredi du mois de juin lorsque le dernier mercredi intervient après le 28 du mois(C.com art 213-15-2)

⁵ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة الطرود السابق الذكر.

⁶ المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة الطرود السالف الذكر.

السلع الأخرى)، الأسعار (قبل البيع بالتخفيض)، تخفيضات الأسعار الممنوحة والتي يمكن أن تكون ثابتة أو تدريجية¹.

والجدير بالذكر في هذا المقام، أن ممارسة البيع بالتخفيض يذر بالعديد من المزايا سواء على المستهلك الذي يجد نفسه أمام سلع ذات علامة وجودة بأسعار معقولة، كما يستفيد العون أيضا من هذه الممارسة من خلال تصريف منتوجاته، وهذا ما لا نجده أبدا في ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، وإن كان يبدو الأمر لأول وهلة أنها نافعة إلا أن لها أبعاد احتكارية استثنائية على المدى البعيد.

ثالثا: تمييز ممارسة أسعار بيع منخفضة عن البيع في حالة تصفية المخزونات.

بادي ذي بدء، يقصد بالبيع في حالة تصفية المخزونات بالبيع المسبوق أو المرفق بإشهار، والذي يهدف إلى بيع بصفة سريعة لكل أو جزء من السلع الموجودة عن طريق التخفيض في السعر، ويتم هذا البيع على إثر التوقف المؤقت أو النهائي عن النشاط أو تغييره أو تعديل جوهرى لشروط استغلاله².

ومن خلال هذا التعريف نجد أن هذه الممارسة تشترك مع ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي في نقطة مهمة وهي اللجوء إلى تخفيض السعر لإتمام عملية البيع.

ماعدا هذا الشبه، فإن كلاً من الممارستان تختلفان عن بعضهما البعض في أمور عديدة، إذ تعتبر ممارسة بيع في حالة تصفية المخزونات ممارسة مشروعة قانونا في حدود الإطار المرسوم لها، كما أن اللجوء إليها يهدف أساسا إلى تسريع عملية تصفية المحلات التجارية والمؤسسات الراغبة في تغيير نشاطها أو التوقف نهائيا عن ممارسة النشاط التجاري.

¹ المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة الطرود السالف الذكر.

² المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة الطرود السالف الذكر، وما يقابلها المادة 1-310 L من ق ت ف التي جاء فيها أنه:

« Sont considérées comme liquidations les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de la totalité ou d'une partis des marchandises d'un établissement commercial à la suite d'une décision, quelle qu'en soit la cause, de cessation, de suspension saisonnière ou de changement d'activité, ou de modification substantielle des conditions d'exploitation »

أما عن الشروط والإجراءات الواجب إتباعها للممارسة البيع في حالة التصفية بصفة المشروعة، فقد حددتها المواد 11 و 12 من المرسوم 215/06¹ وتمثل فيما يلي:

- يجب على كل عون اقتصادي المعني بهذه الممارسة أن يعلن عن طريق الإصاق وبكل الوسائل الملائمة الأخرى تواريخ بداية ونهاية البيع في حالة تصفية المخزونات السلع المعنية والأسعار والتخفيضات في الأسعار الممنوحة.

- يخضع البيع في حالة تصفية المخزونات إلى تصريح مسبق يودع لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليمياً، يتضمن بداية ونهاية البيع في حالة تصفية المخزونات، مرفقا بالوثائق الآتية:

- -في حالة التوقف النهائي عن النشاط: نسخة من مستخرج الشطب من السجل التجاري، أو عند الاقتضاء، نسخة من مستخرج الشطب من سجل الصناعة التقليدية والحرف.
- -في حالة التعليق المؤقت للنشاط: تصريح شرفي للعون الاقتصادي يثبت غلق المحل التجاري ويحدد مدته.
- -في حالة تغيير النشاط: نسخة من مستخرج السجل التجاري، أو عند الإقتضاء، نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف.
- -جرد السلع التي ستكون محل التصفية وأسعار بيعها.

والجدير بالتنويه أن كل ملف مطابق يؤدي فوراً إلى تسليم رخصة إلى العون الاقتصادي تسمح له بالشروع بتصفية المخزونات خلال المدة المحددة.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول أن الممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي هي ممارسة مختلفة عن الممارسات السابقة رغم اشتراكها في نقطة المساس بالأسعار، إلا أن لكل مجال أعمال خاص به هذا من جهة.

كما أن المشرعان محل المقارنة خصا ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي بالحظر المطلق عكس بعض الممارسات السابقة أورد عليها بعض الاستثناءات، والبعض منها تصبح مشروعة في ظل شروط وإجراءات خاصة وما عدا ذلك فتعتبر محظورة.

وأخيراً، إنَّ الهدف الرئيسي من وراء حظر ممارسة محل الدراسة هو إمكانية المساس بقواعد المنافسة الحرة في السوق المعنية، في حين أن بعض من الممارسات السابقة الذكر الهدف من حظرها هو

¹ ج ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 21 يونيو 2006، ص 3.

حماية المؤسسات الاقتصادية وإحقاق المساواة بينهم، وحماية المستهلك على المستوى البعيد باعتباره الحلقة الأضعف.

المطلب الثاني: مجال وشروط اكتمال ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا.

انطلاقا من مبدأ حرية تحديد الأسعار، فإنَّ المؤسسات حرة في استخدام هذا المبدأ لا يحكمها في ذلك إلاَّ قواعد المنافسة الحرة والنزيهة، إلاَّ أنَّ بعض المؤسسات قد تتحرف عن هذه المبادئ من خلال تبني أسعار بصفة عشوائية لا تم بتاتا لواقع الحال، وقد يصل بها الأمر إلى حد ممارسة أو عرض أسعار منخفضة متكبدة خسائر هي في غنى عنها، وهنا يطرح السؤال: هل هذه التصرفات تشكل ممارسة مقيدة للمنافسة؟

أجابت على هذا السؤال أحكام المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم(المادة 5-420L من ق ت ف)، حيث اعتبرت أن ليس كل عرض أو ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة، بل حددت بصفة دقيقة نطاق تطبيقها، كما فرضت ضرورة اجتماع جملة من الشروط لقيامها، فبدون هذه الشروط لا مجال للحديث عن مخالفة مقيدة للمنافسة.

وتطبيقا لذلك، سيتم التطرق إلى مجال إعمال أحكام المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة(الفرع الأول)، أما الشروط الواجب توافرها لقيام ممارسة مقيدة للمنافسة فسيتم معالجتها في(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجال إعمال أحكام المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

بالرجوع إلى نص المادة 12 من الأمر 03/03 (وما يقابلها المادة 5-420L من ق ت ف)، نجد أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي حدد نطاق تطبيق هذه المادة بصفة دقيقة درأ لأي شبهة أو لبس، وبمفهوم المخالفة لا مجال لإعمال أحكام هذه المادة في غير هذه الظروف، وفيما يلي تفصيل لذلك:

أولا: نطاق تطبيق أحكام المادة 12 من الأمر 03/03 من حيث طبيعة العلاقة محل المخالفة.

من خلال استقراء نص المادة 12 من الأمر 03/03 (وما يقابلها المادة 5-420L من ق ت ف)، نجد أن المشرعان محل المقارنة حددا طبيعة العلاقة محل المخالفة بعقد البيع (سواء تعلق الأمر

بعرض أو ممارسة فعلية له)، ويقصد بعقد البيع بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي."¹

يعتبر عقد البيع -من حيث المبدأ- من العقود الرضائية، فيكفي لإبرامه مجرد التراضي دون اشتراط أي شكل أو إجراء آخر²، وكباقي العقود يشترط لقيامه توافر الأركان الأساسية من رضا ومحل وسبب وإلا وقع العقد باطل بطلان مطلق، الأمر الذي سيجعلنا نتطرق إلى هذه الأركان بما يتناسب مع ما جاء في نص المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

1- التراضي في ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفا.

كما قلنا سابقا، أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي حظر عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة، ويقصد بالعرض³ المنصوص عليه في المادة 12 من الأمر 03/03 من قانون المنافسة (وما يقابلها من المادة 5-420 L من ق ت ف) الخطوة الأولى للتعبير عن الإرادة.

وبالتالي، فإنّ النصين أدخلا في مجال تطبيقهما جميع التصرفات والممارسات التي تتعلق بمرحلة العرض حتى ولو لم تشكل ممارسة مكتملة، أي لا يهم إذا كان البيع قد تحقق أم لا فمجرد العرض يشكل ممارسة محظورة⁴.

فإذا كان هذا الحال بالنسبة للعرض فما بال لو اكتملت ممارسة بيع أي اقترن بالإيجاب بالقبول.

ومن هنا نستنتج، أن المشرع الجزائري ساوى بين الحالتين سواء اكتملت العلاقة التعاقدية أم لا تحت طائلة الحظر، وهذا دليل على إصراره على محاربة كل مساس بالسعر، ويبدو أن المشرع الجزائري

¹ المادة 315 من القانون المدني الجزائري.

² نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة(البيع)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1997، ص40.

³ يقصد بالعرض الموجه إلى الجمهور، أي عرض للبضائع مع بيان أثمانها، يعد إجابا باتا لأنه يدل على النية الأكيدة من العارض في تكوين العقد وإحداث الأثر القانوني وتغيير وضع المعقود عليه من حال إلى حال.. منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها(الوسيط في شرح القانون المدني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص92.

⁴ Auguet Yves, droit de la concurrence, Elipses édition, paris, 2012, p.136.

بتبنيه هذا الحل قد أصبح الطابع الوقائي على هذه الممارسة وهو ما لا نلمسه في الممارسات المقيدة للمنافسة الأخرى، ولعل الهدف الرئيسي هو حماية المنافسة والمستهلك من هذه الممارسة¹.

2- محل العرض أو ممارسة الأسعار:

من خلال استقراء نص المادة 12 من الأمر 03/03 (وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف) نجد أن هذه الممارسة تتعلق صراحة بعقد البيع، الأمر الذي يجعلنا نتساءل إذا كانت هذه الممارسة تنحصر فقط في بيع "السلع"² produits، فهل هذا يعني أن هذا الحظر لا ينطبق على الخدمات³؟؟

بالرجوع إلى المواد 6 و 7 و 10 من الأمر 03/03 والمتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، نجد أن الحظر جاء عام أي يشمل السلع والخدمات، فما هو الحل بالنسبة لهذه المادة خاصة أنها استعملت مصطلحا بيّنا "البيع"؟؟

طُرح هذا التساؤل على مجلس المنافسة الفرنسي من قبل بمناسبة العديد من القضايا المطروحة أمامه منذ 1996، إذ كان يرفض الإخطار عندما يتعلق الأمر بتقديم الخدمات، إلا أن هذا الأمر تم تداركه بمناسبة إجابته عن إخطار لجنة الإنتاج و التجارة في رأيها الصادر 2ماي 1996، حيث اعتبر أن أحكام المادة 5-420 L من ق ت ف تنطبق أيضا على الخدمات⁴.

ويستند هذا الرأي إلى المفهوم الاقتصادي للبيع الذي يتوافق تماما مع توجه المشرع الفرنسي - خاصة أثناء مناقشات البرلمانية- الذي أوضح بشكل صريح تطبيق هذا الحظر على الخدمات⁵.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فيبقى السؤال مطروح وخاصة أن مجلس المنافسة الجزائري لازال فنيا في مجال التحري والتحقيق عن الممارسات المقيدة للمنافسة، ولربما المستقبل القريب سي طرح أمامه هذه العقبة، إلى ذلك الحين يستحسن أن يتدخل المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي من أجل تعديل المادة 12 وإدراج الخدمات بصفة صريحة في مجال هذا الحظر.

¹ بكرة لعور، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين، مرجع سابق، ص 366.

² يقصد بالسلعة: كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا. " طبقا للمادة 16/3 من القانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ 8 مارس 2009، ص 14.

³ يقصد بالخدمة: كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة. " طبقا للمادة 17/3 من القانون 03/09 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

⁴ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.257.

⁵ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1079.

ومن الملاحظات التي يمكن استخلاصها أيضا من خلال المادتين 12 من الأمر 03/03 (وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف)، أن السلع المشمولة بالحظر -المنصوص في المواد السابقة الذكر- هي تلك السلع المصنعة أو تلك التي خضعت إلى تحويل مسبقا أو مسوقة قبل عرضها للبيع، إلا أن أحكام المادة 5-420 L من ق ت ف تستثني صراحة إعادة بيع السلع على حالها، أو إعادة نسخ تسجيلات صوتية على دعائم مادية صلبة و vidéogrammes¹.

في حقيقة الأمر إن الاستثناء الأول يجد تفسيره في أحكام المادة 2-442 L من ق ت ف التي تعاقب على إعادة البيع بالخسارة للسلع على حالها، أما بالنسبة للثاني فإن تفسيره غير واضح وغير بين وي طرح السؤال لماذا هذه الخصوصية²؟؟؟ ولعل التبرير الوحيد لهذا الموقف هو استفاة هذه السلع من الاستثناء الثقافي³ "exception culturelle".

أما المادة 12 من الأمر 03/03 لم تتضمن أية استثناءات على المبدأ العام، وهو عكس ما جاءت به المادة 10 من الأمر 12/89 المتعلق بقانون بالأسعار الملغى، التي جاءت فيه المادة بجملة من الاستثناءات في الفقرة الثانية منها: "لا تنطبق هذه الأحكام على:...

-المنتجات القابلة للتلف نظرا لمخاطر النقاام الناجم عن التخزين الطويل المدى.

-المنتجات التي تباع بأسعار التصفية التي يجب أن تبرر ظروف بيعها الموضوعية."

ثانيا: نطاق تطبيق أحكام المادة 12 من حيث الأشخاص المخاطبين بها.

في الوقت التي حددت فيه المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف) بصفة دقيقة طبيعة العلاقة التي تنشأ عنها ممارسة مقيدة للمنافسة، فإنها لم تكن بهذه الدقة والتفصيل الأطراف المخاطبين بها، لهذا سنحاول دراسة هذه الإشكالية بالتفصيل فيما يلي:

1-تحديد الطرف الموجه إليه الحظر(المستهلك):

حددت المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم(وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف) بصفة دقيقة الطرف الموجه إليه البيع، بحيث اقتصر هذا الحظر بفئة معينة وهي فئة المستهلكين دون غيرهم، وبمعنى أدق تطبق أحكام هذه المادة على العلاقة التي تربط

¹ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.257.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.476.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.54 3.

بين المؤسسة الاقتصادية والمستهلكين فقط، وبالتالي تقصى من فحوى هذه المادة العلاقة التي تربط بين مؤسستين اقتصاديتين.

لم يحدد قانون المنافسة الجزائري مصطلح المستهلك لهذا يجب البحث عن هذا المفهوم في نصوص قانونية أخرى، حيث عرفت المادة 3 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09¹ بأنه:

"المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي الذي يقطن بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة معدة للاستعمال النهائي، من أجل تلبية حاجاته أو حاجة شخص أو حيوان تحت رعايته."

أما في فرنسا فبالإضافة إلى النصوص القانونية التي عرفت المستهلك²، فإن القضاء الفرنسي حاول أيضا إعطاء مفهوم للمستهلك بمناسبة قضية طرحت أمامه، بقوله أن المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي لا يمتلك خبرة في المجال الذي يتعاقد به، والذي يقوم بتلبية حاجاته الشخصية واستعمال السلعة أو الخدمة التي اقتناها لأجل هذا الهدف³.

إنّ هذه التعاريف تطرح عنصرين أساسيين لتحديد مفهوم المستهلك يتمثل أولاهما في الاستعمال النهائي للسلعة أو الخدمة، وثانيها استعمال السلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية⁴.

وبالتالي، فإنّ اقتناء السلع أو الخدمات من أجل ممارسة نشاط مهني آخر لا يدخل في نطاق تطبيق المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة.

فالمشتري العام لا يمكن اعتباره مستهلكا، وهذا لأنه لا يشبع حاجاته الشخصية، بل يقوم بإشباع حاجات أشخاص التي تستعمل خدماته⁵، كذلك لا يمكن اعتبار نقابة البلديات مستهلكا نظرا لأنها تتدخل من أجل القيام بخدمات عمومية، خاصة إذا كانت هذه الخدمات ليس لتلبية حاجاته الخاصة وإنما لتلبية حاجات المواطنين التابعين لتلك البلديات⁶، كما لا يمكن اعتبار مركز استشفائي الذي يطرح إعلان عن عرض متعلق بخدمة لمساعدة من أجل بناء منزل للمتقاعدين⁷، ولا حتى مؤسسة تقوم بطلب عرض من أجل نقل عمالها إلى أماكن عملهم⁸.

¹ ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ 8 مارس 2009، ص 12.

² Consommateur défini comme : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. » (article liminaire du code de la consommation).

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.258.

⁴ Zouaïmia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit, p.117.

⁵ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1082.

⁶ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1080.

⁷ Zouaïmia Rachid, Droit de la concurrence, op. cit, p.119.

⁸ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.258.

ومن هذا المقام يمكن القول، أن هذه الممارسة المقيدة للمنافسة الوحيدة التي استعان فيها المشرعان محل المقارنة بمصطلح المستهلك لتكييف عملية الحظر، وهذا ما لا نجده في باقي الممارسات السالفة الذكر.

2-تحديد الطرف مرتكب المخالفة:

إذا كان المشرعان محل المقارنة قد حددا بصفة دقيقة الأشخاص المخاطبين بالمادة 12 من الأمر 03/03 بفئة المستهلكين، إلا أنه لم يحدد المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي مرتكب المخالفة بصفة صريحة، الأمر الذي يتطلب معه الرجوع إلى القواعد العامة.

ولما كانت أحكام قانون المنافسة تنطبق قصرا على كل هيئة تحمل تسمية المؤسسة، فبمفهوم المخالفة فإن المؤسسة هي المخاطب بأحكام المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، ويقصد بها كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة مستقلة نشاطا اقتصاديا (الإنتاج والتوزيع، والخدمات)¹.

ولأن أحكام المادة 12 من الأمر 03/03 لم تورد أي استثناء على مجال تطبيقها، فإن ظلال تطبيقها يمتد على الأشخاص العمومية والتي تمارس نشاطا اقتصاديا، وذلك خارج إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام، ويراد بالأشخاص العمومية هنا المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بحيث تعتبر مؤسسة في مفهوم الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

وبالتالي، تنطبق أحكام المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 5-420 من ق ت ف) على كل شخص طبيعي أو معنوي، خاص أو عاما، يمارس نشاطا اقتصاديا بصفة مستقلة يقوم بعرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي في مواجهة المستهلكين.

الفرع الثاني: شروط أعمال أحكام المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

¹ تدخل المشرع الجزائري مؤخرا مضيفا بعض النشاطات الجديدة ضمن أحكام المادة 2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث جاء فيها ما يلي: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تنطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

-نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري..."

كما قلنا سابقا، ليس كل بيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة، بل يجب أن تتحقق جملة من الشروط لإعمال أحكام المادة 12 من الأمر 03/03، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- يجب أن يكون السعر منخفض جدا بشكل تعسفي.

- يجب العمل بهذا السعر بصفة علنية.

- يجب أن يكون الهدف من وراء هذه الممارسة إقصاء أو استبعاد المنافسين من السوق، وفيما يلي توضيح ذلك:

أولا: يجب أن يكون السعر منخفضا بشكل تعسفي بالمقارنة مع تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق

تصبح عملية عرض أو ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي ممارسة مقيدة للمنافسة، إذا كان السعر المعروف أو الممارس منخفضا بشكل تعسفي بالمقارنة مع تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، وتعتبر هذا المعيار كهامش مرجعي لتشكيل ممارسة مقيدة للمنافسة.

وقد عرف المشرع الجزائري سعر التكلفة الحقيقي بأنه: "سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة يضاف إليه الحقوق والرسوم وعند الاقتضاء أعباء النقل"¹. ويرى بعض الدارسين أن هذا التعريف تقاس عليه تكاليف الإنتاج أو سعر تكاليف التحويل أو سعر تكاليف التسويق².

كما أضاف المشرع الفرنسي في عملية تقدير سعر البيع تكاليف التسويق والمصاريف الناتجة عن الالتزامات القانونية والتنظيمية المتعلقة بسلامة المنتج (طبق للمادة 5-420 L من ق ت ف)³، ولعل موقف هذا الأخير لخير دليل على أن حماية سلامة المستهلك ضمن الاعتبارات الجوهرية لعملية تكييف هذا الحظر، في حين أغفل المشرع الجزائري هذا المعيار المهم.

إنّ هذه المعايير التي أتت بها المواد السابقة لم تكن كافية لتحديد الصفة التعسفية وراء انخفاض السعر، وبمعنى أدق لم تكن هذه المعايير كافية لتقدير تكاليف الإنتاج السلع إلى حين وضعه في السوق المعنية.

¹ المادة 2/19 من القانون 02/04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر.

² بكرة لعور، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين، مرجع سابق، ص 368.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.257.

الأمر الذي جعل مجلس المنافسة الفرنسي يتدخل لحل هذه الإشكالية من أول دخول هذا النص محل التطبيق، ومن أجل ذلك استعان المجلس بالاجتهادات القضائية المتعلقة بالأسعار المفترسة، وكذلك القواعد المتعلقة بالمحاسبة، حيث حاول التفريق بين التكاليف المتغيرة والتكاليف الثابتة، وكذا التكاليف المباشرة والغير المباشرة¹.

ويقصد بالتكاليف المتغيرة هي تلك التي تضم القيمة المتغيرة، والتي تتناسب مباشرة مع نشاط المؤسسة، ومن أجل تقدير هذه القيمة، يجب تحديد العلاقة بين الموارد الأولية المستهلكة ومستوى نشاط المؤسسة.

أما التكاليف الثابتة فهي تلك التكاليف التي تبقى فيها القيمة ثابتة مهما تغير مستوى النشاط، وبصفة عامة، فإن التكاليف الثابتة تمثل الموارد الأولية المستهلكة المساهمة لإنشاء الهيئة التي تمارس بموجبها المؤسسة نشاطها².

فإذا مارست المؤسسة الاقتصادية أسعار منخفضة عن التكاليف الإجمالية (التكاليف المتغيرة+ التكاليف الثابتة)³، فلا تعتبر أنها عرضت أو ممارسة أسعار بشكل تعسفي إلا إذا تم تدعيمها بدلائل وقرائن مقنعة وجدية مطابقة، ومترابطة صادرة عن إرادة واعية لاجتذاب الزبائن قصد الإضرار بالمنافسين⁴.

كما أن مجلس المنافسة الفرنسي في إطار تحديده للمستوى العتبة التي يعتبر فيها السعر المعروض أو الممارس بشكل تعسفي، يقوم بمقارنة أسعار المؤسسة المرتكبة لهذه الممارسة بأسعار المؤسسات المنافسة والتي تمارس وتنشط في نفس السوق المعنية⁵، إلا أن هذه المقارنة لا يجب أن يتم التوسع فيها باعتبارها معياراً أساسياً⁶.

ثانياً: إعلام المستهلك بسعر البيع المنخفض بشكل تعسفي.

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p.545.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1084.

³ استعملت سلطة المنافسة الفرنسية هذان المعياران لقياس التعسف في السعر المعروض للمستهلك، حيث اعتبرت أن: « Dans l'hypothèse où une entreprise pratique un prix de vente inférieur au coût variable, la preuve de la volonté d'éviction résulte de plein droit de la mise en œuvre de cette pratique si l'entreprise est en position dominante ; en revanche, si l'entreprise n'est pas en position dominante, cette pratique constitue une présomption simple ou un indice de sa volonté d'éviction qui doit être complété par d'autres indices pour établir l'existence d'une volonté. Dans ce dernier cas, il convient alors d'examiner si la démonstration de la volonté d'éviction ou de la potentialité d'éviction résulte de l'ensemble des éléments figurant au dossier ; (Cons. Conc., 23-10-2002 n°02-D-64 : Rapport Cons. Conc., pour 2002 p 229) Ibid, p.1084.

⁴ Brault Dominique, op. cit, p.440.

⁵ Jean-Bernard Blaise, op. cit, p.476.

⁶ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1085.

إنَّ تقدير وجود أسعار منخفضة بشكل تعسفي، يتطلب ضرورة إعمال أحكام المادة 17 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹ (وما يقابلها المادة 1-112 L من قانون الاستهلاك²)، وكذا أحكام المادتين 4 و5 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالممارسات التجارية³، والتي تفرض على المؤسسات إعلام المستهلك بأسعار المنتجات عن طريق الوسم أو وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

كما يشترط أيضا أن يتم تبيان الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة (المادة 5 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالممارسات التجارية).

ثالثا: الرغبة في الإقضاء أو الاستبعاد.

لا يعتبر عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي ممارسة مقيدة المنافسة، إلا إذا كانت تهدف أو لها أثر مقيد للمنافسة⁴، والذي ترجمه المشرعان محل المقارنة في عملية استبعاد مؤسسة أو أحد منتوجاتها من السوق المعنية⁵.

إن هذا الحظر لا يمكن للمستهلك البسيط أن يفهم معناه على المدى القريب، إذ يعتقد أن هذه الممارسة تنصب في مصلحته وبراعى قدراته الشرائية، إلا أنَّ الحقيقة عكس ذلك تماما، فعرض أو ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي هدفه ليس إرضاء رغبات المستهلك، وإنما دفع المؤسسات

¹ أكدت على هذا الفرض المادة 17 التي تنص على: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة". ... من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ 8 مارس 2009، ص 12.

² Art L112-1 du code de la consommation : « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de service informe le consommateur, par voie de marquage, d' étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du conseil national de la consommation. »

³ شدد المشرع الجزائري على الالتزام بالإعلام بموجب المادة 4 من القانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي جاء فيها أنه: "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع".

وتضيف المادة 5 من القانون 02/04 السالف الذكر أنه: "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

يجب أن تبيين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة.

⁴ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1082.

⁵ Bout Roger et autres, op. cit, p.548.

المنافسة أو أحد منتجاتها من الخروج من السوق المعنية، ثم تقوم ذات المؤسسات المرتكبة لتلك الممارسة برفع الأسعار حسب رغباتها¹.

أثارت هذه الممارسة العديد من الإشكالات على المستوى العملي، مما جعل مجلس المنافسة الفرنسي يسمح بتطبيق مفاهيم وأحكام المتعلقة بممارسة أسعار افتراضية على ممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي، الاختلاف الوحيد بينهما هو أن الأولى تطبق على مؤسسات في وضعية هيمنة، أما الثانية فلا يشترط في المؤسسة الممارسة لهذه الممارسة أن تكون في وضعية هيمنة على السوق المعنية، إلا أن كلتا الممارستين تشترك في هدف واحد والمتمثل في تحمل خسائر من أجل استبعاد المنافسين من السوق المعنية (أي انتهاج سياسة استبعادية)².

ولكن الإشكالية المطروحة كيف يمكن إثبات هذه السياسة الاستبعادية في الحياة العملية؟

حاول القضاء الفرنسي رسم بعض المظاهر التي تتجلى فيها السياسة الاستبعادية للمؤسسة المعنية في السوق المعنية، إما بوجود وثائق تثبت ذلك، وإما بالنظر إلى تصرفات المؤسسة المعنية خاصة إذا قامت بانتهاج سياسة تجارية مخالفة لتلك التي اعتادت العمل بها دون مبرر مشروع، المهم أن هذه السياسة الاستبعادية لا يمكن أن تتم بمحض الصدفة³.

إنَّ انتهاج مؤسسة لسياسة استبعادية في السوق المعنية راجع إلى عدة أسباب إما لاكتسابها حصة معتبرة في السوق المعنية، أو لإمكانياتها المالية المعتبرة أو إلى بنية أو هيكلتها التجارية، أو حتى بنيتها نشاطها في السوق المعنية، مما يجعل المنافسين عاجزين على مواكبة هذه المؤسسة⁴.

لهذا يجب على سلطات الرقابة⁵ عند إخطارها ضرورة مباشرة البحث والكشف عن السياسة التجارية المنتهجة من قبل المؤسسة المعنية ومدى اقترانها مع إمكانية استرجاع أو تعويض الخسائر التي لحقت بها، كما أن الكشف عن وجود تعسف في ممارسة أسعار بيع منخفض يتطلب أن يتسم تصرف المؤسسة المرتكبة للمخالفة بالديمومة، في حقيقة الأمر هذه الخاصية تدخل في السياسة الاستبعادية للمنافسين وجذب زبائنهم، ويتم تقدير الديمومة حسب كل سلعة مثال ذلك:

¹ إيمان بن وطاس، مرجع سابق، ص 101.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.476.

³ Boutard Labard Marie-Chantal et autres, op. cit, p.265.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1085.

⁵ لهذا يرى مجلس المنافسة الفرنسي أن تطور سياسة الافتراض، وجب أن يتم ممارستها لوقت طويل وكاف من أجل: "إقصاء منافسيها، على أمل استرجاع الخسائر المتكبدة عن طريق رفعها مرة ثانية بمجرد خروج منافسيها من السوق

المعنية". Bout Roger et autres, op. cit, p.548.

-إذا قام موزع بممارسة أسعار افتراضية بشكل متكرر، هذا التكرار يحمل خسائر جماعية لمنافسيه.
-ممارسة أسعار منخفضة في الأوقات التي يكثر فيها البيع كأعياد الميلاد أو أثناء صدور سلعة ذات شهرة كبيرة¹.

إلا أن خاصية الديمومة لوحدها غير كافية لوحدها لتقرير وجود ممارسة أسعار بيع منخفضة، بل يجب أن تُقابل بعدم قدرة المنافسين على مقاومة هذا التصرف لمدة طويلة وتقرير الخروج بأسرع وقت ممكن، وعندما تقوم برفع الأسعار مرة أخرى في المستقبل لا يستطيع المنافسين المنسحبين الرجوع مرة أخرى أو المنافسين الجدد الدخول إلى السوق المعنية².

في حقيقة الأمر، نجد فراغا قانونيا بشأن تقدير "الرغبة في الإقصاء" في القانونين الجزائري والفرنسي، إلا أن هذا لم يمنع مجلس المنافسة الفرنسي من التدخل لتحديد ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، بمناسبة تقديم رأيه حول تطبيق هذا الحظر في قطاع الاسطوانات³، حيث حدد مجلس المنافسة الشروط الواجب توفرها لاعتبار أن الأسعار الممارسة لها طابع استبعاد المنافسين في السوق، متأثرا بأهم المبادئ والاجتهادات القضائية الأوروبية والفرنسية المتعلقة بممارسة أسعار افتراضية.

بادئ ذي بدء، حدد مجلس المنافسة بعض الظروف لاعتبار أن ممارسة الأسعار من قبل المؤسسات تشكل ممارسة طبيعية للمنافسة ولا تحمل في طياتها استبعاد للمنافس، وتتمثل هذه الظروف فيما يلي: العمليات المنتظمة، غياب الإشهار، غياب آثار الجذب، حصة المؤسسة في السوق أو الانتماء إلى مجموعة من الموزعين مما يجعل احتمال إقصاء بعيد الاحتمال...، بعد ذلك انتقل إلى تحديد الظروف التي تبرر وجود ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، وفي سبيل ذلك يأخذ مجلس المنافسة بما يلي: قوة العلاقة بين الموزعين المعنيين، التحري إذا كانت الممارسة المعنية دائمة وممتدة بشكل كاف، وأخير دراسة أثر جاذبية المواد المعنية⁴.

فبالنسبة لقوة العلاقة بين الموزعين: لاحظ مجلس المنافسة الفرنسي، أن تبني موزع للممارسة بيع منخفضة بشكل تعسفي، يقترن عادة بضمان هذا الأخير مكانته في السوق، خاصة بالنظر لحصته في السوق، إمكانياته المالية، هيكله الاقتصادية، وبشرط أن تهدف هذه الممارسة لإقصاء الموزعين المنافسين، الذين لا يملكون نفس الإمكانيات ولا يقدرّون على تحمل هذه الممارسة⁵.

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1086.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.547.

³ Cons. Conc., avis n°97-A-18, 8 juill. 1997, BOCCRF 17sept. , p657 ;...V Ibid, p.548 .

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1085.

⁵ Bout Roger et autres, op. cit, p.548.

فيما يتعلق بالبحث ما إذا كانت الممارسة دائمة وممتدة: أكد مجلس المنافسة الفرنسي أن من خصائص ممارسة بيع منخفضة بشكل تعسفي هو الدوام والاستمرار، ممّا سيسمح بمراقبة مدى اعتبار هذه الممارسة جزءاً من استراتيجية اجتذاب زبائن منافسيه وإقصاءه من السوق¹.

ويقدر دوام الممارسة، إما بالنظر إلى المنتجات (كأن يقوم الموزع بممارسة أسعار افتراضية بصفة متكررة، ممّا يسمح له بجذب الزبائن الاحتمالين لمنافسيه بصفة منتظمة، يؤدي هذا التكرار إلى خسائر متراكمة لمنافسيه...)، وإمّا بالنظر إلى منافسيه (كأن يقوم سلسلة من الموزعين بممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي في منطقة تجارية تشهد قدوم موزع جديد، وفي نفس الوقت تقوم بممارسة أسعار بيع مرتفعة لنفس المنتج وبنفس الشروط في نقاط أخرى للبيع...)².

وأخيراً، مسألة آثار جاذبية بعض المنتجات: ارتأى مجلس المنافسة الفرنسي أن بعض المنتجات قد يكون لها أهمية كبيرة في السوق المعنية، فمثلاً في قضية توزيع الاسطوانات، تنتج أهمية هذه الاسطوانات بالنظر إلى شهرة المنتجات سواء أكانت جوهريّة (الجودة الفنية، سمعة الأداء...)، أو كانت خارجية (وعود وإعلانات المنتج أو الموزع)، ومن جهة أخرى وزن أو قيمة هذه الاسطوانات في السوق المعنية³.

بقي الآن سؤال أخير ومهم: هل يتعلق الإقصاء المنصوص عليه في المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة (وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف) بالمؤسسات أو المنتجات؟

أجابت المادة 12 من الأمر 03/03 (وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف) صراحة على هذا السؤال، حيث اعتبرت أن الإقصاء من السوق أو عرقلة الدخول إليه يمس كل "مؤسسة" في حالة منافسة مع مرتكبة الممارسة.

وتطبيقاً لذلك، يحظر ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي بهدف إقصاء أو عرقلة الدخول إلى السوق كل شخص طبيعي أو معنوي، خاصاً أو عاماً، يمارس نشاطاً اقتصادياً (الإنتاج، التوزيع والخدمات والاستيراد) ويتمتع بالاستقلالية⁴.

كما مدّ المشرعان محل المقارنة ظلال الحظر ممارسة بيع منخفضة بشكل تعسفي بهدف إقصاء أو عرقلة الدخول إلى السوق منتجات التابعة للمؤسسات المتنافسة⁵، ولعل الهدف الرئيسي من وراء ذلك

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1086.

² Ibid, p.1086.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.548.

⁴ المادة 3/أ من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁵ Le conseil de la concurrence français a estimé que la qualification de prix abusivement bas ne pourrait être retenue que si la pratique a pour objet ou peut avoir pour effet « l'élimination d'un produit ou d'une catégorie de produits, sauf dans l'hypothèse où l'impossibilité- économique – dans laquelle se trouverait un disquaire,

هو التضييق على المؤسسات الفاعلة في السوق جميع المنافذ المؤدية لمثل هذه التصرفات، حفاظا على المتنافسين والمنافسة في السوق من كل انزلاق محتمل.

ونتيجة لما قيل سابقا، أن ممارسة بيع منخفض في مواجهة المستهلك لا تعد في حد ذاتها ممارسة مقيدة للمنافسة، إلا إذا اقترنت بجملة من المعطيات وأحاطت بها بعض الظروف والملابسات-تم الإشارة إليها سابقا- تثبت فعلا مساسها بالسير الطبيعي للمنافسة في السوق، لذلك وجب على هيئات الرقابة الجزائرية التحري والبحث المعمق عن العناصر اللازمة لقيام هذه الممارسة أخذا بعين الاعتبار كل حالة على حدة، ولا بأس من استفادة من التجربة العريقة للاجتهاد القضائي الفرنسي والأوروبي في هذا المجال.

وفي الأخير، يمكن التأكيد مرة أخرى أن المستهلك ومصالحته ضمن الاعتبارات الأساسية للمشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي، إذ أن هذه الممارسة استعانت بشكل كبير بالمستهلك لتكييف عملية الحظر عكس باقي الممارسات السالفة الذكر.

خلاصة الفصل الثاني:

سخر المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي وسائل قانونية متنوعة ومتعددة للارتقاء بالمستهلك إلى أعلى مراتب الأمان والرفاهية، وذلك من خلال التأكيد على حرية التجارة وتفعيل

au fait de cette pratique, de vendre un disque ou quelque disques, ou une catégorie de disques, aurait pour conséquence de l'éliminer du marché»(Cons. Conc. , avis n°97-A-18, 8 juill. 1997) ; V. Bout Roger et autres, op. cit, p.548.

المنافسة المشروعة في السوق، وتكريسا لهذا المطلب قام المشرعان محل المقارنة بمنع جميع الممارسات التي من شأنها تقييد حرية المنافسة والإضرار بها.

وبالفعل جاء قانون المنافسة مستجيبا لهذه المطالب، بحيث تدخل هذه المرة لحظر جميع التصرفات التي تستعمل فيها المؤسسات مكائنها وقوتها الاقتصادية في سبيل الإضرار بمنافسيها والتحكم في المستهلك ورغباته، وتدرج تحت مصاف هذه التصرفات: التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، منع ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي.

ومن خلال دراستنا لهذه الممارسات بصفة مفصلة توصلنا إلى النتائج التالية:

-تتشرك كل هذه الممارسات في أن لها نتائج سلبية وخيمة على المستهلك باعتباره الحلقة الأضعف في السلسلة التجارية، لهذا يعتبر هذا الأخير المستفيد الأول من عملية حظر هذه الممارسات.

-فبالنسبة لوضعية الهيمنة في السوق، الأصل أن هذه الممارسة لا تعتبر محظورة في حد ذاتها طالما أن الوصول إليها كان نتيجة الاجتهاد والمثابرة.

-إن القول بأن مؤسسة ما تحتل وضعية هيمنة في السوق، يتطلب الاعتماد على عدة معايير لقياس هذه القوة، والتي حددها المشرع الجزائري في ظل المرسوم التنفيذي 314/200، إلا أنه رجع وألغاه بصدور الأمر 03/03 متأثرا بما قام به المشرع الفرنسي الذي ترك هذه المسألة لسلطة المنافسة والقضاء لدراسة كل على حدا.

-اتفق المشرعان محل المقارنة على أن وضعية الهيمنة تصبح ممارسة خطيرة على السوق والمستهلك، إذا اقترنت بتصرفات تعسفية، وفي هذه الحالة تنتقل هذه الممارسة من المسموح إلى المحظور، إلا أننا توصلنا إلى أن المشرعان محل المقارنة والاجتهاد القضائي الأوروبي والفرنسي لم يأخذوا بمساهمة المستهلك في تحديد مفهوم التعسف الذي يصاحب وضعية الهيمنة في السوق، مما نلمح تراجع لهذا الأخير في عملية تكييف هذا الحظر، وهذا وإن دل على توجه قانون المنافسة- في الأول والأخير- من خلال حظر هذه الممارسات إلى حماية السوق بصفة أساسية وجوهرية، لتتصب المصلحة في الأخير للمستهلك النهائي، أي الحماية في ظل حظر هذه الممارسة ضمنية.

-أورد المشرعان محل المقارنة قائمة عن التصرفات التي تشتمل على عنصر التعسف والتي جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، وتوصلنا إلى أن هذه التصرفات التعسفية لا تشكل مخالفة لأحكام قانون المنافسة فقط، كونها تضر أيضا بالمستهلك البسيط الذي سيجد نفسه أمام أسعار ملتبهة دون جودة، أو سيتفاجئ باختفاء بعض المنتجات أو العلامات التجارية من السوق، ممّا سيقيد من حرية اختياره، ويجعله رهن إشارة هذه المؤسسات المتعسفة.

-فيما يتعلق بوضعية التبعية الاقتصادية، توصلنا أنه لا يمكن الحكم على أية علاقة تربط مؤسسة بأخرى أنها تشكل وضعية تبعية اقتصادية، إلا إذا اجتمعت فيها جملة من الشروط والمعايير، كما اتفق المشرعان محل المقارنة على أنّ هذه الممارسة لا تعتبر محظورة في حد ذاتها، كونها تسهل عملية تداول السلع والخدمات في السوق، كما أنها تساهم بشكل كبير في تقريب المنتجات للمستهلك.

-يشارك المشرعان محل المقارنة في حظر وضعية التبعية الاقتصادية إذا اقترنت بممارسات تعسفية تهدف أو لها أثر مقيد للمنافسة، ومن خلال دراسة لبعض الحالات التي يتجسد فيها التعسف تبين أن مراعاة المشرعان محل المقارنة لمصالح المستهلك جاءت بصفة جد ضمنية ودقيقة من خلال حماية السوق من هذه الممارسات التعسفية.

-وفي الأخير، يمكن القول أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي يُثبت مرة أخرى أن حظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية الهدف منه حماية السوق من الممارسات الغير السوية، من خلال تنظيم العلاقة الرابطة بين المؤسسات الاقتصادية وليس العلاقة الرابطة بينها وبين المستهلك، إلا أنّ هذا الأمر لا يمنع من الإصرار دوماً على فكرة أن مصلحة المستهلك ضمن الاعتبارات الأساسية لعملية الحظر، كونه المستفيد الأول والأخير من بث منافسة نزيهة وشريفة في السوق، الذي سينعكس على السعر وضمان وفرة المنتجات في كل أماكن البيع، ممّا سيحقق الرفاهية المنشودة من وضع قواعد تنظم المنافسة.

-أما بالنسبة للممارسة عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، توصلنا إلى أنها الممارسة الوحيدة التي استعان فيها المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بمصطلح المستهلك لتكييف عملية حظرها، وبلا وأكثر إذ يعتبر شرطاً من شروط قيام هذه المخالفة.

-كما توصلنا إلى أنّ هذه ممارسة أو عرض أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي لا تشكل ممارسة مقيدة للمنافسة إلا إذا اجتمعت جملة من الشروط حددتها المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم (وما يقابلها المادة 5-420 L من ق ت ف)، وصقلها الاجتهاد القضائي الفرنسي وقرارات سلطة المنافسة الفرنسي.

- وفي الأخير، يمكن التأكيد مرة أخرى أن المستهلك ومصالحته ضمن الاعتبارات الأساسية الجوهرية الضمنية للمشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي من وراء عملية حظر ومحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة.

خلاصة الباب الأول:

كرّس المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي دعائم للوقوف على أسس سليمة لقيام المنافسة الشريفة والحرّة، من خلال ما هيأه من مناخ ملائم تنشط فيه مختلف المؤسسات الاقتصادية، مما يحفظ السوق التنافسية، الأمر الذي سينعكس بالإيجاب على المستهلك دون أدنى شك، واستناداً إلى ما جاء في الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، فإنّه

حظر كل الممارسات التي من شأنها إعاقة المنافسة أو تقييدها، وأفرد لها فصلا خاصا أطلق عليه "الممارسات المقيدة للمنافسة".

ومن هنا خلصنا أنّ حماية المستهلك لا تتسع إلا بإرساء المنافسة الحرة والنزيهة، والتي بدورها لا تستقيم إلا بالكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة ومحاربتها، والمتمثلة أساسا بالاتفاقات المحظورة، والممارسات الاستثنائية، والتعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، عرض أو ممارسة أسعار بيع بشكل تعسفي، ومن خلال دراستنا لهذه الممارسات بصفة دقيقة خلصنا إلي الملاحظات التالية:

إنّ المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي لم يستعن بمصطلح المستهلك كعنصر أو معيار لتكييف الممارسات المقيدة للمنافسة، أي لم نجد لهذا المصطلح دلالة في المواد التي نظمت هذه الممارسات، ما عدا ما جاء في التعريف الذي ساقه الاجتهاد القضائي لوضعية الهيمنة في السوق، وكذا ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، أين أعتبر المستهلك العنصر الرئيسي لاكتمال هذه المخالفة، الأمر الذي يؤكد أن مساهمة المستهلك في عملية تكييف هذه الممارسات ضئيل جدا.

ومن جهة أخرى، أظهر لنا التحليل الدقيق لكل ممارسة على حدا، أنه رغم غياب المستهلك في عملية تكييف هذه الممارسات، فإنّ مصلحة المستهلك تبقى ضمن الاعتبار الجوهرية الضمنية لحظر المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي لهذه الممارسات، ذلك أن الهدف الأساسي والأولي من عملية الحظر هو حماية السوق وتنظيمه، والتي ستتصب هذه المعادلة في الأخير في مصلحة المستهلك.

وأخيرا، يمكن التأكيد على أن المشرعان محل المقارنة قد وفقا إلى حد كبير في توسيع الحماية للمستهلك من خلال تبني نظام الحظر على كل الممارسات التي من شأنها أن تحد أو تعرقل المنافسة في السوق، إلا أنّ هذه الحماية تبقى غير كافية تتطلب تدعيمها بضمانات قانونية ومؤسسية لتفعيل هذه الحماية.

الباب الثاني: الضمانات القانونية والمؤسسية لتجسيد حماية

المستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة

أصبحت حماية المستهلك محل اهتمام التشريعات في كل دول العالم، نظرا لما يشهده السوق من تدفق منتجات جديدة ومتنوعة في كل وقت، وتعدد المؤسسات الاقتصادية المتنافسة وتدخلهم بفضل تحرير السوق، ممّا استدعى الأمر تدخل السلطات العامة إلى تكريس مبدأ حرية التنافس الذي يعد من أهم

العوامل التي تؤدي إلى خلق بيئة تنافسية فعالة، تعمل على إرضاء المستهلكين من خلال توفير منتجات ذات جودة عالية وبأسعار مناسبة.

ولكن ينبغي التنويه أن هذا الدرب الذي سرى عليه المشرع الجزائري والمتمثل في تفعيل السير الحسن للمنافسة في السوق، يجب التسليم بداهة أن مصلحة المستهلك تمثل آخر اهتمام المؤسسات الاقتصادية،

الأمر الذي يتطلب معه تدخل المشرع من أجل إرساء قواعد تحدد بصفة دقيقة السياسة التنافسية للسوق بما يخدم المستهلك باعتباره الحلقة الأضعف بموجب قانون المنافسة.

ولما كانت الحماية المرجوة من حظر جميع الممارسات المخلة للمنافسة أولى اهتمامات قانون المنافسة، الأمر الذي لا يخلو من مخاطرة عدم كفاية هذه النصوص، ففي النهاية قانون المنافسة له مجال أعمال خاص وهو تنظيم السوق وحمايته من جميع الممارسات المخلة بالمنافسة، التي ستصيب بصفة غير مباشرة في مجملها في مصلحة المستهلك، لهذا بات وضع نصوص قانونية مستقلة عن قانون المنافسة ضرورة حتمية للتضييق على المؤسسات الاقتصادية، ومراعاة بصفة مباشرة مصالح المستهلك، وهذا ما حاول المشرع الجزائري تجسيده في العديد من النصوص القانونية (كقانون الاستهلاك وقانون الممارسات التجارية) مستلهما خطاه من المشرع الفرنسي.

إن مقتضيات قانون مستقل يحمي المستهلك لا تعتمد فقط على ضمان حقوقه وسلامته من أخطار المنتجات المقدمة له، وإنما يتجاوز هذا الدور إلى تمكينه من الاستفادة من هذه الحقوق عن طريق الإجراءات التي تعكس رغبة المشرع في القضاء على الممارسات التعسفية والمقيدة للمنافسة للتأثير بشكل أو بآخر عليه.

ولأن معالم حماية المستهلك لا تكتمل بوجود نصوص قانونية فقط لا غير، كان لابد من تدعيمها بآليات مؤسساتية تضمن تفعيل حماية المستهلك، وتعيد التوازن المفقود في العلاقة الرابطة بين المستهلك والمؤسسات الاقتصادية، بدأ من القانون الراعي للمنافسة في السوق وصولاً إلى قانون خاص بالمستهلك.

لهذا سنتناول في هذا الباب أهم الضمانات القانونية المتوفرة لتجسيد حماية المستهلك من خلال ضبط أكثر لتصرفات المؤسسات الاقتصادية في السوق (الفصل الأول)، ثم سنتطرق إلى أهم الآليات المؤسساتية المتوفرة للتصدي للممارسات المخلة بقواعد المنافسة في السوق بما يضمن استكمال مظاهر الحماية المرجوة من وراء هذا النظام (الفصل الثاني).

الفصل الأول: أهم الآليات القانونية المتوفرة لتفعيل حماية المستهلك.

إنَّ المخاطر التي يواجهها المستهلك في السوق المعنية رغم محاولة قانون المنافسة توفير الحماية، وكذا تجسيد هذا الدور من خلال فرض تصرفات نزيهة وشفافة بين المتعاملين الاقتصاديين، الأمر الذي سيعود بالنفع قطعا على المستهلك، باعتبار أن هذه العلاقات ما هي في حقيقة الأمر إلا سلسلة من الحلقات الذي يؤدي المساس بإحداها اختلال الترتيب بأكمله، تبقى غير كافية ذلك أنَّ الكشف عن وجود بعض الممارسات المخلة بقواعد المنافسة في السوق(مثلا ممارسة أسعار منخفضة بشكل

تعسفي...)، يتطلب سنوات من التحري والتحقيق لفضح مخططات المؤسسات، وهذا ما توصلنا إليه من خلال الباب الأول، لهذا فإن الاعتماد على الحظر المكرس من قبل المشرعان محل المقارنة للتصدي للممارسات المقيدة للمنافسة قد يوفر الحماية للمستهلك، إلا أنه لا يضمنها مما يتوجب معه ضرورة تدخل المشرعان محل المقارنة من أجل التركيز الفعلي لحماية مصالح المستهلك.

ولتحقيق حماية المستهلك ضد الآثار السلبية للممارسات المقيدة للمنافسة كان لابد من خلق نوع من المساواة في القوة بينه وبين المؤسسات الناشطة في السوق على نحو يستطيع معه المستهلك الوقوف على ملائمة المعاملات الموجهة إليه.

وبالفعل، جسد المشرعان محل المقارنة هذا المطلب من خلال وضع آليات قانونية في ظل قانون مستقل عن قانون المنافسة يراعي أكثر مصالح المستهلكين، وذلك من أجل ضبط أكثر للعلاقة الرابطة بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي، مما يجعل المتعامل الاقتصادي تحت الرقابة الدائمة والمستمرة للمستهلك، وفرض المزيد من الالتزامات القانونية التي تهدف إلى توفير سلع وخدمات آمنة وصحية وقطع الطريق أمام تجاوزات المؤسسات الناشطة في السوق.

لهذه الأسباب قسمنا هذا الفصل إلى تحديد أولاً الوسائل القانونية المتوفرة لضبط العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي (المبحث الأول)، ثم تناولنا بعض الالتزامات المفروضة على المتعامل الاقتصادي، والتي تهدف إلى تقويم سلوكه اتجاه المستهلك من خلال تقديم سلع وخدمات آمنة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أهم الوسائل القانونية الراعية لضبط العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمؤسسات الاقتصادية.

إنّ حماية المستهلك من الممارسات المقيدة للمنافسة أمر شديد التعقيد خاصة، وأن هذه الممارسات ترتكب بين المؤسسات الاقتصادية فيما بينها إلا أنّ نتائجها يتحملها المستهلك في الأخير، لذلك حرم المشرعان محل المقارنة هذه الممارسات لما لها من أضرار على جميع الأصعدة، إلا أنّ هذا التحريم

لوحده ليس كافيا لقطع دابر المؤسسات المخالفة لقواعد المنافسة، وخاصة وأن آثار بعض هذه الممارسات لا يتم الكشف عنه في الحال بل قد تمتد إلى سنوات عديدة.

الأمر الذي يتطلب معه تدخل آليات قانونية تنظم هذه المرة العلاقة التي تجمع المستهلك والمتعامل الاقتصادي في السوق، وتحميه من تبعات الممارسات المخلة بقواعد المنافسة، وبالفعل جسد المشرعان محل المقارنة هذا المطلب من خلال وضع نصوص قانونية تضغط على المؤسسات الاقتصادية للرجوع إلى المسار السوي في السوق، كما تجعل تصرفاته محل رقابة دائمة ومستمرة من قبل المستهلك، إلا أن هذا المطلب لم يكن قانون المنافسة ليحققه، لهذا كان لابد من قانون مستقل يعمل على تفعيل حماية المستهلك، ولا يوجد أحسن من قانون الاستهلاك وقانون الممارسات التجارية للقيام بهذا الدور.

ومن أهم الضمانات القانونية التي خولها المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي هو ضبط العلاقة التي تربط المستهلك والمؤسسات الاقتصادية من أجل إعادة التوازن المفقود في العلاقة التي تربطهما، ويتحقق هذا الضبط من خلال إلزام المؤسسات الاقتصادية بتقديم معلومات كافية حول السلع والخدمات المقدمة، خاصة بعدما أصبح من المستحيل على أي مستهلك أن يدعي علمه علما كافيا بتفاصيل الدقيقة والفنية لهذه العقود، وأصبحت الاستفادة من المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات حكرا على المستهلك الأكثر وعيا واحترافا وهي الفئة الأقل في المجتمع.

ومن باب أولى تحريم كل ما من شأنه وضع المستهلك في وضع لا حول ولا قوة فيه من خلال فرض بعض الشروط التعسفية، مما يضمن توسيعا للحماية المنشودة من سن هذه النصوص القانونية.

لهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تم التطرق فيه إلى الالتزام بالإعلام ودوره في تنوير إرادة المستهلك ومدى قدرته على مجابهة الممارسات المقيدة للمنافسة (المطلب الأول)، إلى أن الحماية الفعلية لا تكتمل إلا بحماية المستهلك من وقوع ضحية شروط مجحفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعلام المستهلك لمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة.

إنّ تفعيل حماية المستهلك للتصدي للممارسات المقيدة للمنافسة، يتطلب كما قلنا سابقا العديد من النصوص القانونية التي تضيق الخناق على المؤسسات الاقتصادية، ولعل قانون المنافسة من أهم الآليات القانونية لتجسيد هذا الدور من خلال حظر جميع التصرفات المخلة بقواعد المنافسة في

السوق، إلا أنّ ضمان هذه الحماية وتفعيلها يتطلب تدخل عدة نصوص قانونية مستقلة عنه، تساهم في الوصول إلى الأهداف المسطرة من قبله.

وإيماناً من المشرع الجزائري بهذا الحل، حاول تجسيده بموجب ترسانة من النصوص القانونية لمسايرة هذا الوضع، التي جاءت لتعديل العلاقة التي تربط بين المستهلك والمؤسسات الاقتصادية، ولعل أهم ما جاء به هو سن قانون خاص بالاستهلاك وقانون ينظم الممارسات التجارية في السوق، حيث حمل هذان القانونان في طياتها مجموعة من التدابير والالتزامات الرامية لضمان شفافية ونزاهة السوق، وتفعيل حماية المستهلك، ولعل الالتزام بالإعلام إحدى أهم هذه الالتزامات.

حيث أجبر المشرع الجزائري المؤسسات الاقتصادية بضرورة مصارحة المستهلك بالمعلومات اللازمة لتبصيره وجعله على بينة من أمره عند اتخاذ قراره بالتعاقد وذلك من خلال احترام الالتزام بالإعلام¹، الذي سيسمح للمستهلك من ممارسته حقه في الاختيار بين المنتجات المعروضة، والتميز بينها في السعر والجودة مع وفقاً لقدراته الشرائية.

ويقصد بالالتزام بإعلام المستهلك هو إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد².

في حين عرفه البعض الآخر بأنه: "الترام سابق على التعاقد يتعلق بالترام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل ومنتور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معنية قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد المتعاقدين أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلمّ ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروع للطرف الآخر، الذي يلتزم على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"³.

¹ أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، دفاثر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2014، ص20.

² تزهة الخالدي، الالتزام بالإعلام ودوره في تنوير إرادة المستهلك، حماية المستهلك (دراسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك)، الطبعة الأولى، العدد 4، منشورات مجلة القضاء المدني، الرباط، المملكة المغربية، 2014، ص158.

³ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص273.

ومن التعريفات الملتزمة بطبيعة بعض العقود نجد البعض عرفه بأنه: "التزام يفرضه المشرع على أحد طرفي عقد الاستهلاك، بموجبه يلتزم بالإدلاء بالبيانات الجوهرية المرتبطة بالتعاقد للطرف الآخر الذي يجهلها، وذلك في الوقت المناسب مستخدماً في ذلك اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد ومحلّه¹".

ومن خلال التعريفات السابقة، نجد أن الوفاء بهذا الالتزام يؤدي إلى السماح للمستهلك بالبداية في إبرام العقد وهو على علم بحقيقة التعاقد والبيانات التفصيلية المتعلقة بأركانه وشروطه، ومدى ملائمتها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد، كما يضمن هذا الالتزام بصفة أعم شفافية المنافسة في السوق، مما يقطع الطريق أمام الممارسات المعيقة للمنافسة في السوق.

الفرع الأول: حدود ممارسة المؤسسات الاقتصادية للالتزام بالإعلام.

يعتبر الالتزام بإعلام المستهلك وليد النظرية العامة للعقود ويتحقق عن طريق الرضائية، إلا أنه بالرجوع إلى نصوص القانون المدني لم تعد قادرة على ضمان حماية الحرية التعاقدية بسبب تغير روابط القوة بين المتعاقدين، وصعوبة استهداف الحماية المطلوبة بنفس الوسائل القانونية، الأمر الذي دفع المشرعون إلى البحث عن وسيلة قانونية جديدة يساهم بها في تحقيق حماية فعالة للمستهلك في مواجهة المؤسسات الاقتصادية التي تبحث عن تحقيق مصالحها الشخصية قبل كل شيء.

إن ممارسة المؤسسات الاقتصادية للالتزام بالإعلام في مواجهة المستهلك، يجعل هذه الأخيرة خاضعة لرقابة مستمرة من قبل المستهلك وأجهزة الرقابة على السواء، كما أنه سيفضح عن أي تجاوز لقواعد المنافسة في السوق، وفيما يلي توضيح لحدود ممارسة هذا الالتزام.

أولاً: نطاق الالتزام بالإعلام المستهلك من حيث طبيعة العلاقة.

الالتزام بالإعلام هو التزام يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومن ثم فهو ليس التزاماً خاصاً بعقد معين، وإنما التزاماً عاماً ينطبق على جميع العقود، وقد قسم الفقهاء العقود بالنظر إلى صفة المتعاقدين إلى عقود استهلاكية وعقود مهنية، إلا أنه ما يهمننا في دراستنا هي العقود الاستهلاكية.

لم ترد التشريعات محل الدراسة تعريفاً للعقود الاستهلاكية مما فتح الباب واسعاً للفقهاء، حيث عرفها بعض الفقهاء بأنها عقود تبرم بوسيلة تقليدية أو إلكترونية بين المهني والمستهلك بشأن السلع أو الخدمات يقدمها الثاني للأول بغرض إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية².

¹نزهة الخالدي، مرجع سابق، ص158.

²منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

وبالتالي، يمكن تحديد نطاق الالتزام بالإعلام بكل عقد يعتمد فيه أحد المتعاقدين على ما لديه من خبرة وتخصص في مجال معاملة لا يكون فيه للمتعاقد الآخر تلك الخبرة والتخصص.

ومنه، فإنَّ العقود الاستهلاكية تضم أنواع متعددة فهي لا تقتصر على عقد دون الآخر. كما أن هذا الالتزام يقع على عاتق طرف دون الآخر ألا هو كل متدخل في شبكة توزيع السلع أو تقديم الخدمات وصولاً إلى المستهلك¹.

ثانياً: نطاق تطبيق الالتزام بالإعلام من حيث محل العلاقة.

فرض المشرعان (محل المقارنة) الالتزام بالإعلام في جميع العقود المبرمة من قبل المستهلك سواء انصبت على سلعة أو خدمة.

فإذا كانت سلعة، فيجب أن يشملها الإعلام سواء أكانت منقولة أو عقارية، مادية أو معنوية، مستعملة أو جديدة، شائعة الاستعمال أو مبتكرة، إلا أنَّ نطاق هذا الالتزام قد يتسع إذا كان محل العقد ذو طبيعة خاصة أو معقدة أو مبتكرة.

ولتحديد نطاق الالتزام بالإعلام من حيث المحل، يجب الرجوع إلى أحكام قانون حماية المستهلك والقانون المدني للإلمام به، حيث تعددت التسميات التي أطلقت على محل العقد الاستهلاكي، وفيما يلي توضيح لهذه الأسماء:

ففي نصوص القانون المدني الجزائري الصادر بتاريخ 1975² ذكر مصطلح "الشيء" في نص المادة 138 من ق م ج مع العلم أنَّ هذا المفهوم يشمل العقار والمنقول حيث جاء نصها يشمل كل: "كل من يتولى حراسة الشيء يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء". والتي تم استلهاها من نص المادة 1/1384 من ق م ف.

ومع التعديل الجديد للقانون المدني الجزائري بمقتضى الأمر 10/05³ أدرج المشرع الجزائري منظورا آخر لفكرة المحل وأطلق عليه تسمية "المنتوج"، حيث عرفه في المادة 140 مكرر/2 بأنه:

¹ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 68.

² الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص 990.

³ القانون رقم 10/05 المؤرخ 20 يونيو 2005، يعدل ويتم رقم 58/75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، العدد، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005، ص 17.

ولعل السبب الرئيسي لسلوك هذا الاتجاه حسب اعتقادنا هو مسابرة التعديل الحاصل في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إلا أنه يعاب على هذا التعريف أنه أخرج طائفة العقارات من قائمة المنتوجات، وهو نفس موقف المشرع الفرنسي.

أما فيما يتعلق بالقانون المتعلق بالعلامات، عرفت المادة 2 من الأمر 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات¹، السلعة بأنها: "كل منتج طبيعي أو زراعي، أو تقليدي، أو صناعي، خاما كان أو مصنعا".

أما المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش²: "كل شيء منقول مادي، يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية".

وعليه، فإنّ المنتج يشمل كل المنقولات المادية وهي تأكيد على ما جاء به القانون المدني الجزائري، كما أن المنقولات لا تقتصر على الأشياء التي تهلك، وإنما تشمل أيضا الأشياء التي تبقى مع مرور الزمن.

في حين عرفت المادة 11/2 من قانون 04/04 المتعلق بالتقييس³ بأن: "المنتج كل مادة أو مادة بناء أو مركب أو جهاز، أو إجراء أو وظيفة أو طريقة".

أما المادة 2/2 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات (الملغى)⁴ فقد عرفت المنتج بأنه: "كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة".

وما يلاحظ على هذه المواد، أنّ المنتج يشمل كل المنقولات المادية، كما يشمل أيضا الإجراءات أو الوظائف أو الطرق، كما وسعت أيضا من مفهوم المنتج ليشمل هذه المرة الخدمة.

أما نصوص قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فقد عرفت المادة 18/3 المنتج بأنه كل: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

وبالتالي ومن خلال استقراء نصوص الاستهلاكية والنصوص السابقة الذكر، نجد أنّ المشرع الجزائري جعل في بعض الأحيان المنتج سلعة مادية، وفي بعض الحالات يدرج في مفهوم المنتج الخدمة، إلا

¹ ج ر، العدد 44، الصادر بتاريخ 23 يوليو 2003، ص 22.

² ج ر، العدد 5، الصادر بتاريخ 31 يناير 1990، ص 202.

³ ج ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2004، ص 14.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ 15 سبتمبر 1999، يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات (الملغى)، ج ر، العدد 40، الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 1990، ص 1246.

أنه ما يلاحظ على التعديل الأخير لقانون الاستهلاك نجد أنه قد حسم أمره نهائيا واعتبر المنتج مصطلح يشمل (السلعة أو الخدمة).

كما ألحق هذا التعريف بتوضيح أكثر عندما أعطى تعريفات لمفهوم السلعة أو الخدمة، ولعل السبب الرئيسي هو رفع البس الذي حصل بين مختلف هذه المصطلحات هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا المصطلح لم يلغى جميع التسميات والمصطلحات السابقة الذكر، بل أسوء من ذلك بقي المشرع الجزائري يخلط في استخدام هذا المصطلح ويستعمله للدلالة على السلعة دون الخدمة، لذلك من الأحسن أن يتخذ المشرع الجزائري تسمية موحدة بمناسبة تعديله للنصوص التنظيمية واللائحية مستقبلا.

وما يلاحظ أيضا على قانون حماية المستهلك وقمع الغش، أنه لم يحم بحصر جميع أنواع السلع تاركا المجال أمام تطور الحياة العملية وما قد تفرزه من تطورات ومستجدات، عكس المادة 140 مكرر من قانون المدني الجزائري التي عدت البعض منها.

وما يلاحظ أيضا على المشرع الجزائري في تعديله للقانون الاستهلاك اكتفى بتعريف الخدمة دون التطرق إلى تعداد أنواع الخدمات، وإنما خص بالذكر نوعين من الخدمات (الخدمة ما بعد البيع، خدمة القرض الاستهلاكي)، مع أنّ الحياة العملية تحمل في طياتها العديد من النشاطات التي تخدم مصالح المستهلك لم تلقى الاهتمام المرجو من النصوص القانونية.

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بإعلام المستهلك.

إنّ حماية المستهلك لا يمكن أن تتجسد فقط بحظر الممارسات المخلة بقواعد المنافسة في السوق، بل يجب تدعيمها بنصوص قانونية تضمن الشفافية والنزاهة في السوق، من خلال فرض على المؤسسات تقديم معلومات واضحة وكافية لضمان للمستهلك حرية الاختيار بين السلع والخدمات، من أجل إعادة التوازن المفقود في العلاقة بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي، فبالإضافة إلى الالتزام العام بالإعلام الواقع على المؤسسات الاقتصادية، كان لابد من فرض التزامات خاصة بالإعلام للتأكيد على الحماية المبتغاة، وفيما يلي عرض ذلك.

أولا: الالتزام العام بإعلام المستهلك.

يتجلى الالتزام بالإعلام في صورتين، الأولى تبدو خلال المرحلة السابقة على إبرام العقد ويطلق عليها الفقه الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات اللازمة لإبرام العقد، والصورة الثانية تكون خلال تنفيذ العقد ويسميتها الفقه بالالتزام أثناء تنفيذ العقد¹، وفيما يلي شرح ذلك:

1-الالتزام بالإعلام قبل إبرام العقد:

يتم هذا الالتزام بإعلام المستهلك بالبيانات الضرورية التي تهمة، والتي يراها المتدخل مناسبة لإدراكه بالسلعة أو الخدمة للحصول على معرفة منافية للجهالة²، وبعد هذا الالتزام عام وسابق للتعاقد يهدف إلى توير المستهلك بالشروط والأوصاف المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد، فهو التزام منفصل عن العقد وينشأ في المرحلة السابقة على التعاقد³.

وبالتالي، فإنَّ الالتزام بالإعلام في هذه المرحلة هو الإدلاء المعاصر لتكوين العقد، والسابق على إبرامه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة والمتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتي يجهلها الدائن ويتعذر حصوله عليها من غير طريق المدين، وذلك بهدف تكوين رضا سليم لديه حال إقباله على التعاقد⁴.

2-الالتزام بالإعلام أثناء تنفيذ العقد:

يعتبر هذا الالتزام امتداد للالتزام في مرحلة ما قبل التعاقد، ويختلف هذا الالتزام عن السابق نظريا، أما عمليا فإنَّ تمييز هذين الالتزامين عن بعضهما البعض صعب المنال ذلك أنَّ الانتقال من الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد إلى الالتزام بعد العقد يتم بطريقة سرية وخفية⁵.

حيث انتقد الفقيه الفرنسي Le Tourneau هذا التقسيم واعتبره تقليديا مستبعدا أية فائدة له في الواقع العملي، كون أن الهدف من الالتزامات جميعها هو سلامة رضا المتعاقد الآخر، حيث يرى أن هذا

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص62.

² عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012، ص86.

³ Zoungrana Ibrahim, Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire (étude comparative avec le droit européen)(français), thèse doctorat, université de Perpignan via domitia, France, 2016, p.257-258.

⁴ نزهة الخالدي، مرجع سابق، ص160.

⁵ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, Droit de la consommation, 9édition, Dalloz, 2015, p.57-58.

التقسيم -الالتزام قبل التعاقد بالاعلام، والالتزام التعاقدى بالاعلام- هو مجرد تقسيم مصطنع، تغلب عليه اعتبارات (التصنع) ولا يوجد ثمة فارق، يوضح درجات الاختلاف فيما بينهما¹.

ويتضمن الالتزام بالاعلام خلال هذه المرحلة شقين:

أ-تكمّن في الإدلاء بالمعلومات المتعلقة باستعمال الشيء حتى يتمكن المستهلك من الحصول على المصلحة المرجوة له منه، ويتجنب كل استعمال خاطئ من شأنه ترتيب أضرار عليه.

ب-يتجلى في ضرورة تحذير المتعامل الاقتصادي للمستهلك من مخاطر استعمال الشيء مع توضيح كافة الاحتياطات الواجب إتباعها لتفادي هذه المخاطر وآثارها السلبية².

ثانيا:الالتزام الخاص بإعلام المستهلك.

لم يكتفي المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بالالتزام العام بالاعلام للمستهلك، بل ضمن نصوصه القانونية والتنظيمية قواعد تحدد بدقة المعلومات التي يجب على المتعامل الاقتصادي (المحترف professionnel) توضيحها للمستهلكين، كما أخضع المشرعان محل المقارنة الإخلال بها إلى جزاءات جزائية وجعلها خاضعة لرقابة الهيئات المختصة بالرقابة(أعوان قمع الغش).

ومنه، فإنّ الالتزام الخاص بالاعلام رغم أهميته و الحماية التي أحيط بها لا يمكنه إلغاء الالتزام العام بالاعلام، كما أنّ هذا الأخير لا ينقسم إلى التزام قبل التعاقد وآخر عقدي، وإنّما يتضمن دون تمييز الالتزامين معا، نظرا لكونهما يهدفان إلى تنوير وتوضيح رضا المستهلك قبل إبرام العقد، كما يسمح بعد ذلك إلى الاستعمال الصحيح للسلعة أو الخدمة³.

ضف إلى ذلك، أنّ الالتزام بالاعلام يسهل عملية الرقابة المستمرة والدائمة للمستهلك على المؤسسات الاقتصادية، كما أنّه يسرع عملية كشف التجاوزات والممارسات المقيدة للمنافسة في السوق المعنية. ويمكن تقسيم الالتزام الخاص بالاعلام إلى ما يلي:

1-الالتزام الخاص بالاعلام حول الأسعار والتعريفات:

لا يعتبر الالتزام بالاعلام بالأسعار عامل مهم لحماية المستهلك فقط، بل يؤدي إلى تطوير المنافسة وبت الشفافية في السوق المعنية، حيث تسمح له بإجراء المقارنة بين أسعار السلع والخدمات المعروضة من محل تجاري إلى آخر، حتى يكون في منأى عن تلاعب المؤسسات بهذه الأسعار

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص282.

²نزّهة الخالدي، مرجع سابق، ص160.

³ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op.cit, p.58-59.

باستغلال جهله بها، وفي إعلان الأسعار حماية للمستهلك من الزيادات الغير المشروعة من جهة،
وتسهيل عمل أجهزة الرقابة لإتمام مهامهم من جهة أخرى¹.

كما هذا الإلتزام يجد روحه في قانون الاستهلاك وقانون المنافسة، والتي تم ترجمتها في المواد 4 من
قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية وما يقابلها المادة 1-112L من قانون الاستهلاك.

وبالتالي، يفرض على المؤسسات الاقتصادية إعلام المستهلكين بالسعر بكل الوسائل والطرق المتاحة،
فلا يكفي إعلام المستهلك بشكل فردي، بل يجب تمكين كل مستهلك من معرفة السعر قبل إبرام العقد
دون معاناة طلب السعر من البائع أو مقدم الخدمة²، لتسهيل على المستهلك القيام بمقارنة بين السلع
والخدمات واختياره بناء على الجودة المقترحة والأهداف المرجوة من خلاله وعلى السعر المقدر لهما.

كما يجب أن يتوافق السعر المعلن من قبل الأعوان الاقتصاديين مع المبلغ الإجمالي الذي سيدفعه
المستهلك.

إنَّ هذه الأحكام التي جاءت بها هذه النصوص تطبق على كافة المستهلكين، كما أنها تطبق على كل
نشاطات الإنتاج والتوزيع، والخدمات. ولكن السؤال المطروح في هذا المقام: كيف يتم تقدير السعر في
مواجهة المستهلك؟

أ-مضمون السعر:

يجب أن توافق الأسعار والتعريفات المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه المستهلك مقابل اقتناء سلعة أو
الحصول على خدمة، إلا أنه ما يلاحظ على المشرعين الجزائري والفرنسي العناصر الذي تحدد المبلغ
الإجمالي تاركين الأمر للتنظيم.

تدارك المشرع الجزائري هذا النقص، حيث قام مؤخرا بوضع مرسوم تنفيذي رقم 65/09 الذي يحدد
الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع
والخدمات المعنية³، حيث أجبرت المادة 5 منه المتدخل ضرورة إعلام بمجموع العناصر المكونة
للأسعار والتعريفات الواجب دفعها، وكيفية الدفع وكذا عند الاقتضاء، كل الاقتطاعات أو التخفيضات

¹أبو بكر أحمد الأنصاري، الحماية الجنائية للمستهلك (دراسة مقارنة بين القانون المغربي والقانون الليبي)، أطروحة
دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني(عين الشق)، الدار البيضاء، 1996-
1997، ص100.

²محمد بودالي، مرجع سابق، ص84.

³ ج ر، العدد10، الصادر بتاريخ 11 فبراير 2009، ص8.

أو الانتقاصات الممنوحة والرسوم المطبقة(وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي تدارك الأمر وقام بوضع عدة قرارات تنظيمية في هذا المجال).

كما يجب أن تضاف إلى السعر المعلن التكاليف أو التعويضات (أو المصاريف المتعلقة بالخدمات الإضافية الاستثنائية المطلوبة صراحة من المستهلك، والذي يكون محل اتفاق مسبق بينهما).¹

وبالتالي، يتضمن السعر جميع التكاليف التجارية وجميع النفقات المتعلقة(مصاريف التغليف، مصاريف النقل إلى غاية وضعها في محلات البيع، وكل النفقات وضع المنتج...إلخ).

كما يجب أن يعلم المستهلك في حالة ما إذا كان السعر لا يتضمن ملحق أو خدمة ضرورية لاستعمال أو تركيب للسلعة أو الخدمة، هذه الإضافة يجب أن تحدد بصفة صريحة، وإلا اعتبرت هذه الملحقات ضمن المبلغ الإجمالي كألعاب الأطفال مثلا لا تتضمن بطاريات أو كآلة كهرومنزلية لا تتضمن تزويدها بجهاز التركيب و التوصيل.²

كما أن المشرع الفرنسي أضاف مؤخرا نصوصا قانونية تدعيما للالتزام بإعلام المستهلك بالأسعار خاصة في الحالة التي لا يمكن تحديد السعر من قبل نظرا لطبيعة السلعة أو الخدمة، فإنَّ المحترف مجبر في كل العقود المبرمة منذ 14 جوان 2014 بتزود بطريقة لحساب السعر (mode de calcul)، وفي هذه الحالة يجب أن يحتسب التكاليف الإضافية المتعلقة بالنقل، التوزيع، وكل التكاليف الأخرى...³.

كما تدخل المشرع الفرنسي أيضا في حالة العقود ذو مدة غير محدودة أو عقود الاشتراك، واعتبر أنَّ السعر الإجمالي يتضمن جميع التكاليف المعروضة والمتعلقة بكل مرحلة من مراحل الفاتورة، فإذا كانت الفاتورة تتضمن تسعيرة (تعريفية) ثابتة فالثمن الإجمالي يجب أن يتضمن كل التكاليف الشهرية.

أما في الحالة التي لا يمكن فيها تقدير التكاليف الإجمالية، فيجب إعلام المستهلك بطريقة حساب السعر (mode de calcul).

كما يجب أن يتحقق شرطا آخر وهو أن تكون السلعة أو الخدمة جاهزة، أي لا يمكن الإعلان عن الأسعار عن أشياء أو سلع غير جاهزة للبيع أو عن خدمات لا تتحقق طيلة مدة الإعلان.

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1012.

²Ibid, p.1018.

³ Raymond Guy, Droit de la consommation, 3édition, LexisNexis SA, Paris, 2008, p.231.

إنَّ جاهزية السلع تقدر بالنظر إلى المخزون الذي في حيازة المعلن في مخازنه، وعند اللزوم في المحلات المتعلقة بالأعضاء المنظمين إلى شبكته وقدرته على ضمان توفير السلع والخدمات في فترة وجيزة (delai bref)¹.

أمَّا بالنسبة للخدمات، فإنَّ تحديد السعر يجب أن يتضمن الرسوم الخاصة بتأدية الخدمة وأيضا سعر الزيادات في الثمن المرتبطة بعمليات إضافات تكميلية أو خاصة، أما فيما يتعلق بالخدمات ذات الطابع المتغير فإنَّ السعر المعلن يتضمن مختلف العناصر المستعملة من قبل مؤدي الخدمة كاحتساب مثلا: سعر ساعات اليد العاملة، سعر المتر، مصاريف النقل...² إلخ.

كما يدخل في إطار احتساب المصاريف الإجمالية الرسم على القيمة المضافة، ويعتبر هذا الأخير من أكثر الرسوم تطبيقا على السعر المعلن، وهي تشمل السلعة أو الخدمة وتعتبر بمثابة ضريبة عامة يدفعها المستهلك وتخص العمليات ذات الطابع الصناعي والتجاري والحرفي أو الحر غير أنها تحصل بصفة منتظمة كلما تمت معاملة خاضعة للرسم.

وفي الأخير، يجب أن يعبر عن السعر المعلن بالعملة الوطنية (أي بالدينار الجزائري/ اليورور) الذي باختصار (دج) و(€)، وذلك تطبيقا للمادتين 1 و2 من قانون 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض والقرار 1987/12/3 المادة 1/1.

ب-تحديد الأسعار:

كمبدأ عام يحكم تحديد الأسعار في الجزائر منذ انتهاجها لنظام اقتصاد السوق " مبدأ حرية تحديد الأسعار"، أي أن تحديدها يعتمد على المنافسة الحرة والنزيهة في السوق، وهذا ما أكدته صراحة جميع القوانين المتعلقة بالمنافسة الملغاة والجديدة³، سرى على هذا الدرب المشرع الفرنسي.

وبالتالي، فإنَّ المؤسسات الاقتصادية حرة في تحديد أسعار السلع والخدمات المعروضة على المستهلكين، لا يحكمه في ذلك إلا احترام قواعد المنافسة الحرة والنزيهة، والتي لن تتحقق إذا تدخلت الممارسات المقيدة للمنافسة⁴.

وتبعاً لمبدأ حرية تحديد الأسعار التي يتمتع بها المؤسسات، فإنَّه يجوز لها القيام بعملية تخفيض سعر (السلع أو الخدمات) أو رفعها، طالما أنها لا تشكل مخالفة بمفهوم قانون المنافسة (اتفاقا محظورا،

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1019.

² Ibid, p.1019-1020.

³ المادة 4 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم السالف الذكر .

⁴ المواد 6، 7، 10، 11، 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم السالف الذكر .

بيع بسعر منخفض بشكل تعسفي...)، أي طالما أنها لا تخفي في طياتها أحد الممارسات المقيدة للمنافسة.

إلا أنه وإن كان الأصل هو مبدأ التحرير فإنه ليس مطلقا، لذلك فإننا نجد أنّ المشرع الجزائري واستنساها بالتجربة الفرنسية خاصة في هذا المضمار، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة التي يمر بها الاقتصاد الوطني، قيد حرية الأسعار بجملة من الحالات التي يؤدي تحقيقها إلى جعل تنظيم الأسعار من طرف الدولة أمراً مشروعاً، وذلك من أجل إعادة التوازن الاقتصادي العام من خلال محاربة جميع أشكال ارتفاع الأسعار الغير المبررة، والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك¹.

ت- طرق الإعلان عن الأسعار:

تحقيقاً لإعلام فعال ولضمان شفافية السوق²، وتأكيداً على إبقاء رقابة مستمرة للمستهلك على تصرفات المؤسسات الاقتصادية، أدرج المشرع الجزائري على غرار نظيره والفرنسي الطرق التي يتم فيها الإعلان عن الأسعار، وإن كانت تختلف هذه الأخيرة بحسب طبيعة السلعة أو الخدمة المقدمة، فقد حددت المادة 1/5 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي جاءت كالآتي:

"يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة."

والمادة 17 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي نصت على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة."

إذا من خلال هذه النصوص القانونية، نجد أن المشرع الجزائري حدد طرقاً عديدة وغير حصرية للإعلان عن السعر عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة للإعلام، هذا النهج سار عليه المشرع الفرنسي ولكن كان دقيقاً جداً في هذه النقطة إذ ميز بين الإعلان الذي يخص السلع والخدمات، وكذا كانت السلع معروضة للجمهور أم لا³.

¹ المادة 5 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالسالف الذكر.

² Bernheim-Desvaux Sabine, Droit de la consommation, Studyrama, France, 2011, p. 83.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1018.

وفي كل الأحوال، يجب أن يكون الوسم أو العلامة أو الملصق بصفة مرئية وسهل الإطلاع عليه ومتعذر محوها. غير أن هناك بعض السلع والخدمات استثناها المشرع الجزائري بطرق خاصة للإعلام حول سعرها، حيث حددها عن طريق (دعائم الإعلام الآلي) (تيلماتيك)، والوسائل السمعية والبصرية والهاتفية واللوحات الإلكترونية والدلائل والنشرات البيانية أو أي وسيلة أخرى ملائمة.¹

أما بالنسبة للخدمات، لم يحدد المشرع الجزائري الطريقة المناسبة للإعلان عن سعر الخدمات، في حين حدد المشرع الفرنسي بصفة دقيقة الكيفية التي يتم فيها الإعلان عن الخدمات، وذلك بموجب الملصقات أو المعلقات في المكان الذي تعرض فيها للمستهلكين، كما يجب أن تحدد المعلق وثيقة موحدة ومرئية ومقروءة توضح قائمة الخدمات والأسعار المرفقة بها.²

كما يتعين على المتدخل تسليم كشف للمستهلك قبل انجاز الخدمات يوضح في شكل مفصل طبيعة الخدمات والمكونة للأسعار والتعريفات وكيفية الدفع، كما يجب أن يوضح بصفة مرئية ومقروءة لا تثير أي لبس لدى المستهلك المقدم على اقتناءها.

كما يوجد بعض الخدمات حدد النصوص التنظيمية كيفية الإعلان عنها (كالخدمة الفندقية مثلا المرسوم التنفيذي رقم 46/2000 المؤرخ في 1 مارس 2000 يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيمها وسيرها وكذا كفيات استغلالها، حيث أجبرت المادة 31 المتدخل إعلان أسعار إيجار الغرف واستهلاك المأكولات والمشروبات في لافتات توضع عند مدخل المؤسسة الفندقية، وفي مكاتب الاستقبال، والدفع، وفي الغرف والمطاعم، طبقا للتنظيم المعمول به وفقا للنظام الداخلي³).

2- الالتزام الخاص بإعلام المستهلك بخصائص السلع والخدمات:

إنَّ حماية المستهلك من الممارسات المقيدة للمنافسة، لا يمكن تحقيقه من خلال حظر هذه الممارسات فقط، بل يتطلب الأمر تقويم السلوك الغير السوي للمؤسسات في الأسواق، والذي لا يمكن اكتشاف هذه السلوكيات إلا عن طريق إعلام المستهلك بخصائص السلع والخدمات المعروضة عليه، التي تكشف عن نوع وجودة السلع والخدمات المتداولة في السوق، ممَّا يسمح للمستهلك وأجهزة الرقابة من تحديد وجود خلل من عدمه، كما يمكن أن يكون سببا لفضح العديد من الممارسات التعسفية كالتعسف في وضعية هيمنة أو وجود اتفاق محظور لتقليص أو مراقبة التطور التقني مثلا.

¹ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 65/09 المتعلق بتحديد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعنية السالف الذكر.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1018.

³ محمد بودالي، مرجع سابق، ص86.

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذا العنصر بصفة صريحة في قانون الاستهلاك 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وإنما تطرق إليه بصفة غير مباشرة من خلال المادة 17 منه التي جاء نصها كالآتي: "...بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج...".

في حين كان المشرع الفرنسي أكثر دقة ووضوحاً، حيث أشار إلى هذه النقطة بموجب المادة-111 L1 المتعلق بالاستهلاك: "يجب على كل محترف بائع للسلعة أو مقدم للخدمة قبل إتمام العقد تقديم للمستهلك كل المعلومات المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة."

إلا أن هذا الأمر لا يعني أن المشرع الجزائري قد أغفل نهائياً هذه النقطة، بل أكد عليها في العديد من المواد فمثلاً، المادة 10 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على: "... يتعين على المتدخل احترام إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص:

-مميزات وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته..."

وكذا المادة 11 من نفس القانون أشارت إلى هذه النقطة في نصها: "يجب أن يلبي المنتج المعروض للاستهلاك الرغبات المشروعة... من حيث طبيعته وصفه ومنشأه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله...".

إلا أن المشرع الجزائري وإيماناً منه بضرورة توفير الحماية اللازمة للمستهلك من مخاطر التطورات الحاصلة في عالم السلع والخدمات، وتناغماً مع المستجدات الحاصلة في العالم من حوله أصدر مؤخراً مرسوماً تنفيذياً رقم 13 / 378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013، الذي يحدد الكيفيات اللازمة لإعلام المستهلك¹.

حيث أثرى هذا الأخير المنظومة التشريعية بالعديد من المصطلحات وحدد الكيفيات اللازمة لإعلام المستهلك، كما أن هذا المرسوم تطرق بصفة صريحة عن ضرورة الإعلام عن خصائص السلع والخدمات وعن جميع المعلومات الضرورية لاكتمال عنصر الإعلام لدى المستهلك.

حيث عرف المشرع الجزائري الخصائص الأساسية من خلال المادة 3/3 بأنها: "المعلومات الضرورية لإرضاء المستهلك بصفة واضحة التي تحمل على الأقل تعريف المنتج والمتدخل المعني بعرض المنتج للمرة الأولى وطبيعة المنتج، والمكونات، والمعلومات المتعلقة بأمن المنتج، والسعر، ومدة عقود الخدمات."

¹ ج ر، العدد 58، الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 2013، ص 8.

ما يعاب على هذا النص، أنه قام بصفة بحصر بعض العناصر التي تشكل الخصائص الأساسية لسلع والخدمات إلا أنه أخفق في الإلمام بها، ومن جهة ثانية إن كان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش قد تكلم عن المنتج واعتبره (السلعة والخدمة) معا، فإنه يرجع في هذا المرسوم مرة ثانية ويلجأ إلى المفهوم القديم للمنتج ويعتبره سلعة دون خدمة، وبالتالي يجعلنا نقع في كل مرة في لبس حول المقصود من المنتج؟ هل هو سلعة أو خدمة كما في قانون حماية المستهلك وقمع الغش أم هو سلعة دون الخدمة؟

كما حدد هذا المرسوم أيضا الطرق المستعملة لإيصال المعلومات للمستهلك من خلال المادة 4 منه والتمثلة عموما بالوسم أو وضع العلامة أو الإعلان أو بأية وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتج للاستهلاك.

في حقيقة الأمر، يعتبر الوسم من أمثل وأهم الطرق لإمداد المستهلك بالبيانات أو المعلومات اللازمة حول المنتج حيث يطلق عليه بعض الفقهاء تسمية "البائع الصامت"¹، ولقد عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 3/4 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بأنه: "كل البيانات أو الكتابات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها."

ولقد نظم كلا المشرعين الجزائري والفرنسي في مراسيم تنظيمية البيانات والمعلومات الواجب إدراجها في الوسم وخصاهما بالعناية اللازمة، وتختلف هذه المعلومات باختلاف المنتج المراد التعريف به، وقد حدده المشرعان محل المقارنة بما يلي: المنتجات الغذائية، المنتجات الغير الغذائية، الخدمات.

المنتجات الغذائية:

وهنا يجب التفرقة بين المنتجات الغذائية المعبأة والغير المعبأة، حيث حددت المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك² بالبيانات الواجب توفرها في الوسم بالنسبة للمواد الغذائية المعبأة وهي كالاتي:

-تسمية البيع للمادة الغذائية، قائمة المكونات، الكميات الصافية المعبر عنها حسب النظام المتري الدولي، التاريخ الأدنى للصلاحيّة أو التاريخ الأقصى للاستهلاك، الشرط الخاصة بالحفظ و/أو الاستعمال، الاسم والتسمية التجارية والعلامة المسجلة وعنوان المنتج أو الموزع أو الموضب أو الموزع أو

¹ منى أبو بكر الصديق، مرجع سابق، ص 77.

² المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك السالف الذكر.

المستورد إذا كانت المادة مستوردة، بلد المنشأ و/أو بلد المصدر إذا كانت المادة مستوردة، طريقة الاستعمال واحتياجات الاستعمال في حالة ما إذا إغفاله لا يسمح باستعمال مناسب للمادة الغذائية...¹إلخ.

المنتجات الغير الغذائية:

ويتعلق الأمر حسب هذا المرسوم بالمنتجات الغير الغذائية سواء أكانت أداة أو وسيلة أو جهاز أو آلة أو مادة موجهة للمستهلك لاستعماله الخاص و/أو المنزلي²، أما الإعلان عنها فيشكل حسب طبيعة المادة وطريقة عرضها، ويتضمن البيانات الإجبارية التالية:

-تسمية البيع للمنتج، الكمية الصافية للمنتج المعبر عنها بوحدة القياس المتري الدولي، الاسم أو عنوان الشركة أو العلامة المسجلة وعنوان المنتج أو الموزع أو المورد أو المستورد عندما يكون المنتج مستورداً، بلد المنشأ و/أو المصدر عندما يكون المنتج مستورداً، طريقة الاستعمال المنتج، تعرف الحصة أو السلسلة و/أو تاريخ الإنتاج، تاريخ الأقصى للاستعمال، الاحتياطات المتخذة في مجال الأمن (يحتوي على التحذيرات المتعلقة بالأخطار)³...إلخ.

الخدمات:

الشيء الجديد في المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، أن المشرع الجزائري أولى أهمية خاصة للخدمات بعدما ظلت مهمشة للسنوات عديدة، أما عن البيانات التي يجب تقديمها للمستهلك، وتتمثل فيما يلي:

(الاسم أو عنوان الشركة والعنوان والمعلومات الخاصة بمقدم الخدمات، الشروط العامة المطبقة على العقد، اسم مقدم الخدمة ومعلومات الخاصة وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي عنوان شركته، ومقر شركته وعنوان المؤسسة المسؤولة عن الخدمة إذا كان مقدم الخدمة شخصا آخر، رقم القيد في السجل التجاري أو في سجل الصناعة التقليدية والحرف، رقم تاريخ الرخصة واسم وعنوان السلطة التي سلمتها بالنسبة للنشاطات المقننة، تكاليف النقل والتسليم والتركييب⁴...إلخ.

¹ المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك السالف الذكر.
² المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك لسالف الذكر.
³ المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك السالف الذكر.

⁴المادة 54 و 55 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك السالف الذكر.

3- الالتزام الخاص بالإعلام عن شروط البيع:

لا تقتصر حماية المستهلك في مواجهة خطورة الممارسات المقيدة للمنافسة بإعلامه بأسعار السلع والخدمات فقط بل، يتطلب الأمر مد نطاق الإعلام ليشمل عناصر مهمة وضرورية لاكتمال العلم لدى المستهلك، حيث نص في المادة 4 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (وما يقابلها المادة 3-113 L من الاستهلاك الفرنسي) على ضرورة إعلام المستهلك أيضا بشروط البيع.

إنَّ المادة الرابعة من القانون 02/04 تطرح إشكالية مهمة من حيث صياغتها، ولقد أثارت في فرنسا جدلا فقهيًا¹ لم يستفد منه المشرع الجزائري عند نقله للمادة وإدراجها في منظومته التشريعية، حيث يعاب على هذه المادة ما يلي:

1- إنَّ التقييد الحرفي بالنص يدل على أنَّ هذه المادة تطبق على عقد البيع "أي السلع" فقط لا غير، وبالتالي فإن اقتناء الخدمات يعتبر خارجا عن نطاق التطبيق رغم أن روح المادة يتجه لإدراج هذه الأخيرة تحت سلطانه، إلاَّ أنَّه لا يمكن تحميل النص أكثر من طاقته، فهذا الأخير ينجم عن مخالفته عقوبات جزائية.

2- لم يحدد المشرعان محل المقارنة المقصود من "شروط البيع" أي مضمونه عندما يتعلق الأمر بعقد الاستهلاك، في حين كان جد واضحا عندما عالج الشروط الواجب توفرها في العلاقة التي تربط بين الأعوان الاقتصاديين، حيث أجبر تضمين العقد إجباريا "كيفية الدفع وعند الاقتضاء الحسوم والتخفيضات والمسترجعات".

3- أن المشرعين اعتبر من قبيل "شروط البيع" إعلام المستهلك "بحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة" المنصوص عليها في المادة 8 من القانون رقم 02/04، وهنا أيضا وقع المشرع الجزائري في خطأ النقل الحرفي لنصوص التشريع الفرنسي (نص المادة 3-113 L من قانون الاستهلاك).

حيث لاقت هذه المادة جدلا فقهيًا كبيرا في فرنسا لما حملته من تعارضات وتناقضات هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر هذه المادة غير مجدية لأنها ببساطة تعتبر تكرارا لما جاء في نص المادة (c 3-113 L من قانون الاستهلاك)، ومن جهة أخرى فإن هذا الأخير مخالفًا تماما لأحكام

¹ Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, Droit de la consommation, 5^e édition, Dalloz, 2000, p.58.

المادة (1-132R من قانون الاستهلاك) التي تمنع الشروط التي تعفي أو تحدد المسؤولية باعتبارها شروط تعسفية¹.

وهو نفس التعارض الذي وقع فيه المشرع الجزائري عند إصداره للمرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 ديسمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية² في مادته، التي اعتبرت أن تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم تنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير صحيح لواجباته يعد من قبيل البنود التعسفية.

أما عن الطرق الواجب إتباعها لإعلام المستهلك بشروط البيع، فإنّ المشرع الجزائري لم يحددها عكس المشرع الفرنسي الذي ألحق المادة (3-113L من قانون الاستهلاك) بعدة تعديلات، حيث حدد فيها طريقة الإعلان عن شروط البيع، حيث أُلزم المشرع الفرنسي المحترف على إدراج شروط البيع وشرط خاصة بالتعريفات المفضلة *tarifaires préférentielle* لمجموعة خاصة من المستهلكين والإعلان عنها داخل أماكن البيع أو موقعه الإلكتروني (*Arrêté du 31-12-2008 art*)، إما عن طريق معلقات في أماكن سهل الإطلاع عليها وبصفة مقروءة ومرئية للجميع، أو تقديمها عن طريق الكتالوجات (*catalogue*)، أو عن طريق دفتر يحدد الشروط العامة المتعلقة بالعقد...³

4-الالتزام بالإعلام باستعمال اللغة الوطنية الرسمية:

أجبرت التشريعات محل المقارنة على التزام المؤسسات استعمال اللغة الوطنية لإعلام المستهلك⁴، إن اتخاذ المشرعين هذا الموقف يجد تبريره في اتجاه الدول للحفاظ على مقوماتها الشخصية وتجسيدها لمظاهر السيادة، ضف إلى ذلك توفير قدر كبير من الحماية لمستعملي ومستهلكي السلع أو الخدمات.

يرجع أول قانون فرض تعميم اللغة العربية في الجزائر في جميع الميادين قانون رقم 91-05 المؤرخ في 16 يناير 1991⁵، وما يقابلها تعميم اللغة الفرنسية في فرنسا بموجب القانون رقم 1349/75

¹Ibid, p.59.

²المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 11 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56، الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2006، ص 16.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.210-211.

⁴خلفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2011، ص 213.

⁵القانون رقم 91-05 المؤرخ في 16 يناير 1991 يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج ر، العدد 3، الصادر بتاريخ 16 يناير 1991، ص 44.

المؤرخ 31 ديسمبر 1975، الذي تم استبداله بقانون رقم 665/94 المؤرخ في 4 أوت 1994 المسمى "La loi Toubon"¹.

وبالتالي، فإنّ على المؤسسات استعمال اللغة الوطنية في جميع البيانات مهما كان نوعها سواء تعلق الأمر بالسلعة أو الخدمة المقدمة للمستهلكين، أي يجب أن تستعمل في تحرير بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال، وشروط ضمان المنتج، عرض السعر، التغليف والتقديم، وكذلك في كل الوثائق المرفقة بالبيع أو تأدية الخدمة (سواء كانت كاتالوج، وصل الاستلام، وصل التسليم، وصل الصندوق، عقود الإذعان كعقد التأمين، عروض الخدمات المالية... إلخ)².

كما يشمل استخدام اللغة الوطنية جميع السلع المنزلية الغائية وغير الغذائية، مواد التجميل والتنظيف البدني، اللعب والسلع الصيدلانية والكيميائية والسلع الخطيرة وأيضا أجهزة الإطفاء والإنقاذ، فيما يتعلق بالبيانات التقنية وطرق الاستخدام وعناصر التركيب وكيفيات الاستعمال، وجميع الأسماء والبيانات المتعلقة بالسلع والخدمات وجميع الأشياء المصنوعة أو المستوردة أو المسوقة في الجزائر³.

كما لا يفرق القانون الفرنسي بينما إذا كان استعمال سلعة معقدا أم لا، لهذا لا يمكن طرح سلعة للبيع إذا كانت لا تتضمن نشرة توضيحية مكتوبة باللغة الفرنسية لمجرد أن هذه السلعة لا يحتاج استخدامها فعلا لمثل هذه النشرة أو أنها من قبيل الهدايا على المشتريات⁴.

كما أضفى المشرع الفرنسي في هذه النقطة أيضا لمسته التفصيلية، إذ سمح باستخدام مصطلحات أجنبية في بعض الحالات دون اللغة الفرنسية وهي كالاتي:

-إذا تعلق الأمر بتسمية سلعة typique أو تسميات خاصة أجنبية معروضة لدى الجمهور (cookies, paella, pizza...)، إذا تعلق الأمر بتسمية سلعة أجنبية محمية في فرنسا بموجب اتفاقية دولية، إذا تعلق الأمر بمصطلحات أو معاني تدخل في اللغة المتداولة أو الناتجة عن تطبيق اتفاقية دولية، إذا تعلق الأمر بالتسميات الاجتماعية أو الأسماء التجارية⁵.

كما أنه لم يستبعد المشرعين الجزائري والفرنسي إضافة لغة أجنبية أو عدة لغات أجنبية، وفي هذه الحالة يجب أن يكون استعمال لغة أجنبية مقروءة ومرئية ومتعذر محوها، إلا أن المشرع الجزائري

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.869.

² منى أبو بكر الصديق، مرجع سابق، ص 195-196.

³ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 81-82.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.871.

⁵ Ibid, p.876.

أضاف شرط أن تكون اللغة المضافة سهلة الفهم، فهل يفهم من ذلك إذا كانت اللغة الأجنبية (صينية أو يابانية...)، فهل يمنع إدراجها؟

وفي الأخير، يمكن القول أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي حاولا تجسيد حماية المستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة من خلال هذا الالتزام، إلا أننا لا يمكن أن نضمن كفايته في خضم هذه التطورات وشراسة المنافسة بين المؤسسات الاقتصادية، لهذا وجب إرفاق هذا الأخير بعدة ضمانات لتفعيل حماية المستهلك ضد التصرفات المخلة بقواعد المنافسة النزيهة والشريفة.

المطلب الثاني: محاربة الشروط التعسفية لمحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة.

تسعى المؤسسات الاقتصادية الناشطة في السوق منذ دخولها إلى السوق إلى تعزيز مكانتها، وكسب أكبر قدر ممكن من الحصص لضمان البقاء والاستمرارية، وقد تلجأ في سبيل تحقيق هذا الهدف إلى كل السبل المشروعة والغير المشروعة (الممارسات المقيدة للمنافسة)، وبمجرد بلوغها لهدفها واستحواذها على السوق، يصبح المستهلك البسيط رهن إشارتها وتحت رحمتها، مما يسمح لها بموقفها هذا فرض شروط مجحفة في حقه، ومن ذا الذي يمنعها بعدما تعطلت قواعد المنافسة في السوق.

لهذا كان من اللازم أن يتدخل المشرع الجزائري لمواجهة هذا الفرض بسن نصوص قانونية تقطع الطريق أمام المؤسسات الاقتصادية، وتعيد بث المنافسة من جديد في السوق من خلال التأكيد مرة أخرى على نزاهة الممارسات التجارية.

وتجسيدا لهذا المطلب، قام المشرع الجزائري التدخل بموجب نصوص قانونية تفرض على المؤسسات الاقتصادية عدم إدراج شروط تعسفية في تعاملهم مع المستهلك، ولمعالجة مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية، فإنه ينبغي الوقوف أولا على تحديد مفهوم الشرط التعسفي (الفرع الأول)، لننتقل بعد ذلك لكيفية تقدير الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الشرط التعسفي.

بدأت فكرة الشرط التعسفي تحظى باهتمام الفقهاء والمشرعين كوسيلة لحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية أو آلية لإعادة التوازن العقدي منذ 1962، حيث كانت البداية في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون التجارة الموحد (L'Uniform commercial code) الذي عرف الشروط الغير المعقولة أو المقبولة، حيث سمحت سابقة قضائية للقاضي بإبطال كل شرط يتسم بالتعسف¹.

¹ أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014، ص 34.

أما بالنسبة للدول الأوروبية، فقد بدأت بالاهتمام بمحاربة الشروط التعسفية لحماية للمستهلك ابتداء من سنة 1970، ويعتبر القانون السويدي أول من تناول هذه النقطة سنة 1971 ثم توالى القوانين فالدانمارك سنة 1974، فالمملكة المتحدة (1973-1977) فألمانيا 1974 وفرنسا 1978¹.

حيث بدأ المشرع الفرنسي بالاهتمام بالشروط التعسفية 1978 بموجب القانون المسمى (Loi Scrivener) تيمناً بصاحب النداء "Madame Scrivener"، حيث خصص الفصل الرابع للشروط التعسفية، وبعد مرور 10 سنوات أدخل المشرع الفرنسي تنظيماً جديداً بموجب القانون 1988/01/5 الذي اعترف بدعوى إلغاء الشروط التعسفية، وفي سنة 1993 تم إدماج كل هذه القوانين في تقنين الاستهلاك، ولم يقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد بل إلى يومنا الحالي مازال يدخل تعديلات جديدة على هذا الصبح فيه الموضوع محاولاً خلق نوع من الأصالة والحدثة والإبداع في محاربة الشروط التعسفية في جميع الميادين وتحقيق حماية فعالة للطرف الضعيف².

أما بالنسبة للجزائر، فإن المشرع الجزائري سار على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي، إلا أنه يعاب عليه أنه تأخر كثيراً في سنه قوانين تحارب الشروط التعسفية، فقد نص لأول مرة عنها في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية وقام بإحاقه بمراسيم تنفيذية مطبقة له.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: ماذا نعني بالشروط التعسفي؟

أولاً: تعريف الشرط التعسفي.

تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية والقضائية التي حاولت رسم الحدود التي يصبح فيها الشرط محظوراً، ومن بين هذه التعريفات الفقهية ما جاء به بأنه: "الشرط المعد سلفاً من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة"³.

في حين عرفه الفقه العربي بأنه: "هو البند الذي يضعه المحترف في العقد الموقع بينه وبين غير المهني والمستهلك اعتماداً من المحترف على سلطته الاقتصادية من أجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق"⁴.

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 80.

² Auguet Yves, Droit de la consommation, Ellipses édition, Paris, 2008, p.65.

³ أبو بكر أحمد الأنصاري، مرجع سابق، ص 165.

⁴ المعروفى الزوبير، حماية المقترض من الشروط التعسفية، مجلة حماية المستهلك (دراسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك)، الطبعة الأولى، العدد 4، منشورات مجلة القضاء المدني، الرباط، المملكة المغربية، 2014، ص 90.

وعرفه جانب آخر من الفقه العربي بأنه: " شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره¹."

من خلال استقراء التعريفات الفقهية، نجد أنها أجمعت على أن مناط الشرط التعسفي هي الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المهني (المتدخل) على حساب المستهلك، وإن كان الفقه القانوني يستعمل مصطلح معيار "الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين".

وعلى غرار الفقه فقد تصدت التشريعات الاستهلاكية لتعريف الشرط التعسفي، فقد عرفه المشرع الجزائري بأنه: " يقصد في مفهوم القانون بما يأتي:

... شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

أما المشرع الفرنسي فقد عرف موقفه تطوراً واضحاً منذ اليوم الذي أولى فيه اهتمامه بمحاربة الشروط التعسفية، حيث عرفت المادة 35 من قانون 19 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك بالسلع والخدمات بأنه: "... هي الشروط المفروضة على غير المهني أو المستهلك والتي تخول له التعسف في استعمال قوته الاقتصادية مقابل ميزة مفرطة أو فاحشة²."

إلا أنه تراجع عن هذا التعريف بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 1 فيفري 1995 استجابة للتوجيه الأوروبي ل5 فيفري 1993 المتعلق بالشروط التعسفية، والذي أصبح حالياً المادة L212-1 من قانون التقنين الاستهلاكي بأنه: " هي تلك التي يكون الهدف منها أو الأثر المترتب عنها إنشاء مضرة في مواجهة الغير المهني أو المستهلك، والتي يترتب عنها إخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد³."

وعليه ووفقاً لما جاء به المشرعين الجزائري والفرنسي، فإنهما يشتركان كلاهما في المعيار الذي يقاس عليه درجة التعسف والمتمثل أساساً في "الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات المهني (المتدخل)

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 435.

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 80.

³ Julien Jérôme, Droit de la consommation, Lextenso éditions, L.G.D.J, 2015, p.265.

والمستهلك"¹، إن هذا المعيار الذي تبناه المشرعين يعتبر واسعاً جداً هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فكرة مواجهة الشروط التعسفية تنحصر أساساً في البحث عن سبل القضاء على التفاوت وإخلال التوازن بدلا عنه، وهو ما يمكن مواجهته بقواعد تشريعية من النظام العام لا يمكن مخالفتها².

وترجمة حقيقة لهذا الهدف، قام المشرعين الجزائري والفرنسي بسن مراسيم تنفيذية لتحديد بعض الشروط التعسفية. حيث أدرج المشرع الجزائري في نفس القانون 02/04 المتعلق ب في الفصل الخامس المتعلق ب: الممارسات التعاقدية التعسفية بعض الحالات التي تشكل شروطاً تعسفية³، وذلك من خلال المادة 29 منه التي تنص على أنه: "تعتبر بنوداً أو شروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

-أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك..."

وفي سنة 2006، وإعمالاً لأحكام المادة 30 من القانون 02/04 قام بإصدار مرسوم تنفيذي رقم 306/06 والمتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁴، حيث قامت المادة 5 منه بسرد الشروط التي تعتبر تعسفية بقولها: "تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يلي:

-تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه..."

ثانياً: الأساس القانوني للحماية من الشروط التعسفية.

لاحظ بعض الفقه أن حماية المستهلك من الشروط التعسفية ليس غريباً عن الشريعة العامة (القانون المدني)، والتي لا ضير من إعمالها في محاولة لمحاربة عدم التوازن العقدي، حيث ظهرت عدة

¹ Douche-Doyette Nathalie, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat, faculté du droit, science économiques et gestion, université de Lorraine, 2012, p. 175.

² إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 110.

³ القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2004، ص 3.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 11 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد 56، الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2006، ص 16.

نظريات لتقرير هذه الحماية، ويمكن أن تقسم إلى أربعة أفكار رئيسية في عجلة: الغبن، السبب، نظرية إساءة استعمال القوة، نظرية مبدأ حسن النية¹.

تعتبر نظرية الغبن من أول النظريات التي حاولت نسج الحماية على المتعاقد ذلك أن الهدف والمضمون من الحماية هو تحقيق التوازن، حيث نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري بأنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا التعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...".

من خلال هذه المادة، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية المادية للغبن مسيرا بذلك ما جاء به المشرع الفرنسي في المادة 1118 من قانون المدني الفرنسي، التي تعبر أن الغبن يتحقق في حالة عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد أي يجب أن تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين².

إلا أن المشرع الجزائري رجع وخالف المشرع الفرنسي موافقا بذلك المشرع الألماني، الذي تبنى النظرية الشخصية، التي تنظر إلى قيمة الشيء لا بحد ذاته وإنما تنظر إلى الاعتبار شخص المتعاقد، ولا تحدد هذه النظرية رقما معيناً لدرجة الغبن بل الأمر متروك لظروف الواقعة³.

وبالتالي، فإن نظرية الاستغلال لا تنظر إلى اختلاف قيم الأشياء بمعيار موضوعي خلال تحديد نسبة معينة من نقصان القيمة يعد غبنا عند تجاوزها، وإنما يقاس أيضا بمعيار شخصي وفقا لظروف كل حد على حدة، ضف إلى ذلك أنه لا يمكن للطرف المغبون بالغبن إلا إثبات العنصر النفسي بشقيه (قيام الضعف النفسي وقيام الطرف الآخر باستغلال هذا الضعف ودفعه إلى إبرام عقد يضر بمصلحته)⁴.

في حقيقة الأمر، إن هذه الوسيلة رغم محاولتها البسيطة لإعادة التوازن إلى العقد فإنها لا تخدم المستهلك، مما يجعل تعميم مفهوم الاستغلال لا يستقيم أساسا مع نطاق الحماية من الشروط

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 118.

² محمد بودالي، مرجع سابق، ص 252-253.

³ أيمن أبو العيال وفواز صالح، القانون المدني (مصادر الالتزام)، مطبعة الروضة، جامعة دمشق، 2004-2005، ص 114.

⁴ عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة في القانون المدني والمقارن)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2002، ص 31.

التعسفية، كون أن هذه الحقيقة تصطم بالعديد من الإشكالات أهمها (عدم شمول هذا النص لباقي الحالات التي يخل فيها توازن العقد ولا تنطبق عليها باقي شروطه).

فإن ذلك يجعل هذا النص قاصرا على تحقيق الحماية التي ينشدها هذا من جهة، كما أن نطاق تطبيق هذا النص يتطلب إثبات استغلال الطرف الأقوى لعييب أو ضعف في إرادة الطرق المغبون من جهة أخرى، ذلك أنه ليس الطيش أو الهوى أو ضعف الإدراك دليل في حد ذاته على وجود ضعف نفسي، يضاف إلى ذلك أن هذه الأوصاف قد تم تحديدها بتعابير محددة اتفق عليها الفقه. وهذا ما يعني أن المشرعين حصرا أسباب الدفع بهذا العيب في أضيق نطاق ممكن¹.

نظرا لقصور نظرية الغبن في تحقيق حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية، لجأ بعض الفقه إلى تبني نظرية "مبدأ حسن النية" باعتبارها أقرب الأنظمة لمحاربة عدم التوازن العقدي بصفة عامة²، فطبقا لأحكام المادة 1/107 من قانون المدني الجزائري (وما يقابلها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي) التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية."

وبالتالي، فإنه يُلزم المتعاقدان الانضباط بالحدود المعقولة والصحيحة للأمانة، إلا أن هذا المبدأ شهد جدلا فقهيًا كبيرا حول إمكانية الاعتداد بهذا المبدأ في كل مراحل العقد؟ للإجابة على هذه الاقتراح ظهر رأيين، الرأي الأول يعتد بمبدأ حسن النية عند تكوين العقد أو انعقاده، أما الرأي الثاني يذهب إلى اعتبار أن مبدأ حسن النية "مبدأ عام يشمل جميع العقود ويعتد به في جميع مراحل إبرام العقد وتنفيذه.

بالرجوع إلى نص المادة 3/107 من ق م ج وما يقابلها المادة 1134 من ق م ف نجد أن المشرع الجزائري أكد أن الحماية المنشودة تكون أثناء تنفيذ العقد، وبالتالي لا يمكن تطبيقه أثناء إبرام العقد³.

إلا أنه كان للقضاء رأيا مغايرا فمثلا: المحاكم الألمانية استعملت هذا المبدأ مباشرة لإزالة عدم التوازن العقدي والأشد وقعا، في حين ترددت كثيرا المحاكم الفرنسية في تبني نفس موقف المحاكم الألمانية، لذلك فإن مبدأ حسن النية يمكن استلهاه في العديد من الأنظمة والأحكام القضائية، إلا أنه لا يمكن أن يشكل في فرنسا تقنية قانونية مستقلة⁴، أما فراغ الاجتهاد القضائي الجزائري يجعلنا نقر بالدور الضعيف التي يلعبه هذا المبدأ في إعادة التوازن العقدي.

¹ نفس المرجع، ص32.

² Zennaki Dalila, La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, revue franco-maghrébine du droit, N°20, Presses Universitaires de Toulouse1, 2013 , p.314.

³ Ibid, p.314.

⁴ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.184.

وفي استبعاد لفكرة مبدأ حسن النية اتجه الفقه إلى البحث مرة أخرى عن أساس جديد لحماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وذلك بالرجوع إلى نظرية " التعسف في استعمال الحق"، التي تسمح بحصول أحد المتعاقدين على "ميزة مفرطة" وتحرم الآخر من الحق ذاته¹.

والسؤال الذي طرح آنذاك إذا كان من حق المتعاقد أن يقترح للجمهور إبرام عقود عن طريق فرض شروط معدة مسبقا، فهل يعد استعمال هذا الحق تعسفا إذا ما ضمن هذا الأخير شروطا غير متوازنة نظرا لجهل أو عدم كفاءة الطرف الآخر؟ لم تطرح هذه الإشكالية على المحاكم الفرنسية، وهذا ما يفسر ندرة التطبيقات القضائية في هذه النقطة².

وتأتي آخر محاولة لإيجاد الأساس الصحيح لمحاربة الشروط التعسفية ألا وهي نظرية "السبب"، حظيت هذه النظرية بتأييد فقهي كبير وتطبيقات قضائية متعددة، حيث كانت البداية سنة 1996 بموجب الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية (شركة كرونوبوست L'affaire Chronopost) وهو الحكم الذي أنعش الذاكرة القانونية فيما يتعلق ب" السبب " في العقود وفقا للقواعد العامة، والذي لقي ترحيبا واسعا من الفقه الفرنسي وبالمبادئ المستمدة منه³.

ولقد أظهر القضاء الفرنسي أهمية اللجوء إلى القواعد العامة من أجل إلغاء الشروط التي تقضي بتخفيف أو القضاء نهائيا على المسؤولية المتعاقدين مستندا في ذلك على نص المادة 1131 من قانون المدني الفرنسي⁴ وما يقابلها المادة 98 من قانون المدني الجزائري: " كل التزام مفترض أن له سبب مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك...".

أما المادة 97 من قانون المدني الجزائري فقد نصت على: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً."

إن الأخذ بهذه النظرية لمحاربة الشروط التعسفية لا يمكن أن يكون لها مستقبلا كونه، إن نجحت في هذه المرة في إلغاء بعض الشروط التعسفية، فإنّها لن تستطيع مجابهة جميع الشروط التي تخلق عدم توازن في العقد.

¹ Zennaki Dalila , La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation , op. cit, p.315.

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 120-121.

³ نفس المرجع، ص 121-122.

⁴ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 256-257.

وفي النهاية خلص الفقه إلى أنه رغم قدرة نظرية العامة للالتزام في التجاوب مع متطلبات أحدث المسائل في المعاملات المدنية، إلا أنها تبقى عاجزة عن تحقيق الحماية المنشودة والتوازن العقدي، يبقى الأمر يتطلب سن نصوص قانونية تتناغم مع روح التطور وتحارب الشروط التعسفية، وهذا ما ترجمه المشرعان محل المقارنة من خلال نصوص قانونية تعالج هذا الخلل.

ثالثاً: عناصر الشروط التعسفية.

تختلف عناصر الشرط التعسفي باختلاف التعاريف التي تبناها المشرعان الجزائري والفرنسي، حيث أجمع الفقه على ضرورة توافر ثلاث عناصر ضرورية لاكتمال الشرط التعسفي، وهي كالاتي:

العنصر الأول: أن يتعلق الأمر بعقد مبرم بين المؤسسة الاقتصادية (المتدخل) والمستهلك.

لم تحدد المادة 5/3 من قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية¹ المجال التي تطبق فيه الشرط التعسفي، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 29 من نفس القانون فإنها حددت هذا المجال بالعقود المبرمة بين "المستهلك والبائع" التي تنص على أنه: "تعتبر بنوداً أو شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..."

إن الملاحظة الأولى التي يمكن توجيهها لنص هذه المادة أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "البائع"، وبالتالي استبعد بصفة صريحة مؤدي الخدمة، ثم في فحوى نفس المادة يتطرق للحالات التي تعتبر فيها الشروط التعسفية في مجال تأدية الخدمات " بحيث لا يسمح للعون الاقتصادي...أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك."، وبالتالي يضعنا المشرع الجزائري في لبس وقلق.

لحسن الحظ أن المشرع الجزائري تدارك الخطأ الذي وقع فيه عند استعماله للمصطلحات من خلال المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية²، حيث حدد هذا المجال بالعقود المبرمة بين "الأعوان الاقتصاديين والمستهلك" وهذا الأصح³.

¹ القانون رقم 02 /04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

² المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر .

³ Bazin-Beust Delphine, Droit de la consommation(mémento LMD), 1édition, Gualino, Lexitenso éditions, 2014-2015, p.170.

وبالتالي، فإنّ هذه النصوص القانونية لا تحمي كل المتعاقدين بل فقط العلاقة التي تربط بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك بموجب عقد، وهنا يطرح التساؤل الطبيعي لهذه الحالة ما هو المقصود من مصطلح العقد؟

أجاب المشرع الجزائري عن هذا التساؤل بخروجه عن قوقعة المفاهيم الضيقة الكلاسيكية حيث وضع تعريفا مستحدثا للعقد في القانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية تماشيا مع التطورات الحاصلة في مجال المعاملات المدنية، حيث جاء فيه ما يلي:

"كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبيه أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيق أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن خصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع المقررة سلفا."

كما رجع المشرع الجزائري مرة أخرى بتكرار هذا التعريف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 حيث نص في المادة 2/1 منه على أنه: "يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3 الحالة 4 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلع أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

ومن هنا نستخلص أن المشرع الجزائري قد حصر نطاق الشروط التعسفية في العلاقة التي تربط بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك بموجب عقود الإذعان دون عقود المساومة¹.

ويعرف عقد الإذعان بأنه العقد يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا، بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية²، أو هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقدرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيه محدودة النطاق في شأنها³.

¹ Zennaki Dalila, La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, op. cit, p. 315.

² Allag-Zennaki Dalila, Contrats (Négociation- Construction-Rédaction), op. cit , p.15 .

³ عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، 2013، ص102.

ووفقا لما جاءت به النصوص السالفة الذكر، فإن المشرع الجزائري تبني المفهوم الواسع لعقد الإذعان وبذلك يكون قد هجر المفهوم الكلاسيكي الضيق النطاق وبخصائص محدودة وأصبح يشمل عقود عديدة.

وبالتالي، يحظى فيها المستهلك بحماية خاصة، إلا أنه وللأسف قلص المشرع نطاق الحماية على هذه الطائفة دون غيرها وحتى هذا الموقف بقي غير واضح، ويفتقر إلى الدقة ما إذا كانت المقصود هنا (عقود الإذعان أحادية الجانب أم ثنائية الجانب)¹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي واستنادا لما جاءت به المادة 1-212L من قانون الاستهلاك، فإن مجال تطبيق الشروط التعسفية يكون في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين هذا من جهة، كما يمتد ليشمل "نماذج الاتفاقات" التي اعتاد المحترفين عرضها على المستهلكين أو غير المحترفين. كما أنه لم يحصر الحماية في عقود الإذعان وحسنا فعل كونها تدرأ الغموض المرتبط بهذه الطائفة من العقود وتطبيقاتها².

وبالتالي، كان المشرع الفرنسي أكثر شمولية ودقة في تحديده للنطاق المشمول بالحماية من المشرع الجزائري وبعض المشرعين الأوروبيين، فالأحكام القانونية المتعلقة بمحاربة الشروط التعسفية تطبق على جميع العقود على حد سواء (سواء كانت إيجار، البيع، التأمين...)، أي كان محلها (منقولاً أو عقاراً)، وحتى تلك العقود التي تربط المستهلك بالمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (مرافق توزيع المياه...) فإنها تخضع لقانون الاستهلاك، وتبعا للأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية³.

العنصر الثاني: تطبق الأحكام المتعلقة بمحاربة الشروط التعسفية على جميع الشروط التعاقدية المكتوبة.

وفقا لما جرى في نص المادتين 4/3 و 5 من قانون 02/04 (وما يقابلها المادة 1-212L من قانون الاستهلاك)، فإن جميع الشروط التعاقدية المدرجة في العقود تخضع للقواعد الخاصة بالشروط التعسفية بشرط أن تكون مكتوبة، ويضيف المشرع الجزائري أن تكون محررة مسبقا⁴.

¹ Zennaki Dalila, La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, op. cit, p. 315.

² Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.170-171.

³ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.168-169.

⁴ Zennaki Dalila, La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, op. cit, p.316.

ولا يقصد بالكتابة في مفهوم النصوص السابقة الذكر أن تكون رسمية، ولا يهتم الشكل أو الركيزة التي تظهر عليه كالفاتورة أو الطلبية، أو سند ضمان، أو جدول أو وصل تسليم، أو سند، أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها، وتضيف المادة 1,5-212 من قانون الاستهلاك التذاكر أو على ظهر اللوحات أو لافتات.

كما لا يهتم مضمون الشرط التعسفي سواء تعلق بكيفيات دفع الثمن، أو تسليم الشيء، أو عبء المخاطر أو مدى المسؤولية أو الضمان، وكذا شروط التنفيذ والفسخ والقائمة طويلة وغير محدودة¹.

العنصر الثالث: أن تخلق الشروط التعسفية اختلالاً ظاهراً في التوازن العقدي.

وفقاً لما قضت به أحكام المادة 5/3 من قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، فإنه يعتبر الشرط تعسفياً إذا كان من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سار على نفس النهج المشرع الفرنسي الذي تم استلهام مواده من التوجيه الأوروبي لسنة 1993².

ولقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك من خلال المادة 1,11-212 من قانون الاستهلاك التي أسندت تقدير الشرط التعسفي وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذلك بجميع الشروط الأخرى المتعلقة بالعقد، كما يمكن تقديره أيضاً بالنظر إلى شروط التي تتضمنها عقود أخرى إذا كانت هذه العقود يخضع أحدهما قانوناً إلى الآخر³.

وإيماناً من القضاء الفرنسي بضرورة تحقيق التوازن العقدي، فإن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أبعد من ذلك إذ أنها لم تنفي الصفة التعسفية عن الشرط لمجرد أنه كان للمستهلك حق اختيار اللجوء إلى محترف آخر لا يفرض نفس الشروط⁴.

أما عن كيفية تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقد، فإنه إذا كان العقد المبرم معين وسبق تحريره، فإن تقديره يستند إلى المعيار الشخصي (in concerto)، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد والظروف المحيطة بإبرام هذا العقد.

أما إذا تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، يتم الاستناد إلى المعيار المجرد (in abstracto) مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتوسط والظروف العادية⁵.

¹ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.190.

² أحمد بورزق، مرجع سابق، ص 84.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.220.

⁴ Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, op. cit, p.191.

⁵ Ibid, p.192.

إنَّ الحقيقة التي رسختها التعليلة الأوروبية والمشرع الفرنسي، والذي يجب على المشرع والقضاء الجزائري تبنيها في نصوصه وأحكامه هي أن النصوص القانونية السابقة جاءت لمكافحة عدم التوازن العقدي التي قد تحدثه الشروط التعسفية وليس الهدف الرئيسي منها هو إحلال التعادل التام لأداءات الأطراف¹.

وتأصيلا لهذا المفهوم فقد المشرع الفرنسي مؤخرا تعدلا مهما من خلال نص المادة 4, R212-4 من الاستهلاك، حيث استبعد تقدير التعسف في الشروط المتعلقة بالتعريف بالمحل الأساسي للعقد وكذا تعادل السعر النهائي مع السلعة المباعة أو الخدمة المقدمة، والسبب الرئيسي من اتخاذ المشرع الفرنسي هذا الموقف خاصة فيما يتعلق بالجودة والسعر، هو أنَّ المستهلك محمي بصفة كبيرة وكافية بموجب اللعبة التنافسية، كل ما في الأمر أنَّ القانون يجب أن يضمن تفعيل النصوص الخاصة بالمنافسة، إلاَّ أنَّ هذا الفرض يبقى غير مجدي، لهذا حاول المشرعان محل المقارنة وضع نصوص قانونية توضح بصفة دقيقة بعض أنواع الشروط التعسفية².

الفرع الثاني: تقدير الشروط التعسفية.

تحقيقا للرغبة الجامحة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، قام المشرعان محل المقارنة بجهود جمة لحصر الشروط التعسفية، وذلك بسن قوانين ومراسيم خاصة كفيلة بحظر الشروط التي تلقى إجماعا أنها تخل بالتوازن العقدي، ولم تقف التشريعات محل المقارنة عند هذا الحل بل أنشأت أجهزة منوطة لها مهمة استبعاد الشروط التي تراها تعسفية دون أن ننسى دور القاضي في التصدي لمثل هذه الشروط، إلاَّ أنَّ كل هذه الجهود تبقى الشروط محددة على سبيل المثال، ويبقى الاجتهاد حول الإلمام بها مستمر إلى يومنا الحالي.

أولا: الشروط التعسفية المحددة بموجب النصوص القانونية.

إنَّ فكرة مواجهة الشروط التعسفية تنحصر في سبل القضاء على التفاوت في أداءات الأطراف المتعاقدة وهو ما يمكن مواجهته بقواعد تشريعية وتنظيمية، وترجمة حقيقية لهذا الهدف قامت معظم التشريعات بحصر قوائم خاصة بالشروط التعسفية، ولقد كان المشرع الألماني رائد في تبني هذه الآلية أي تحديد قوائم (السوداء والرمادية).

أخذ المشرع الجزائري بالمبدأ والمتمثل في سرد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من قانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تضمنت 8 أصناف، إلاَّ

¹Ibid, p.193.

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص97.

أنه يعاب على هذه القائمة أنها حصرت تطبيقها على الشروط الوارد في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع، وهذا ما يؤدي حتما إلى استبعاد تطبيقها على مقدم الخدمات، ثم يرجع مرة أخرى في نفس المادة وبمد الحماية إلى مقدم الخدمة في الفقرة الثالثة منه، وهذا ما يجعل المشرع الجزائري في نوع من عدم الاستقرار وعدم الثبات الذي قد يخلق لبس في ذهن القضاة، وخاصة إن مخالفتها يعرض صاحبها إلى عقوبات مالية.

علاوة على ذلك، إن هذه القائمة جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ويستشف ذلك من خلال المصطلح "لاسيما" وهو موقف سليم من المشرع الجزائري وذلك لتوفير حماية أشمل للمستهلك، وهذا ما أكدته المادة 30 من القانون 02/04، وتدعيما لهذا الموقف قام المشرع الجزائري بإصدار مرسوم تنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

حيث جاء في مادته 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية على أنه: "تعتبر بنود تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

-تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه.

-الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك..."

إن الاستقراء الأولي للنص يوحي أن القائمة جاءت على سبيل الحصر لا المثال، وذلك ما يمكن استخلاصه من العبارة "تعتبر تعسفية..."، ولحسن الحظ أن المادة 29 من القانون 02/04 جاءت على سبيل المثال¹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد كانت مواقفه جد متغيرة وغير واضحة لفترة زمنية معتبرة، كما أنه اختار نظاما أكثر تعقيدا تميز بتعداد مصادر وقوائم الشروط التعسفية باختلاف الجهة التي تحدده (إما المشرع، أو لجنة الشروط التعسفية، وإما يحددها القضاء)، إلا أن هذا النهج لم يثبت فعاليته من حيث التطبيق².

حيث قام المشرع الفرنسي بنقلة نوعية وجريئة متأثرا بما جاء به المشرع الألماني، الذي كان رائدا في تبني آلية سرد قوائم خاصة بالشروط التعسفية (سوداء، رمادية) باقتراح من النائب "Chatel" وكان

¹ Zennaki Dalila, La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, op. cit, p.318.

² Julien Jérôme, op. cit, p.264-265.

وقتناك نائبا بالبرلمان، حيث تعتمد هذه الآلية على الأخذ بفكرة القائمة التي تقرر بطلان بعض الشروط بقوة القانون ودون الحاجة إلى تدخل القضاء أو المهني تسمى القائمة السوداء، وقائمة ثانية غير حصرية يكون فيها البطلان على المظنة لا اليقين تسمى القائمة الرمادية، حيث يحق فيها للأطراف اللجوء إلى القضاء للبحث في صحة الشرط الوارد في العقد¹.

وترسيخا لهذا الاقتراح في المنظومة التشريعية الفرنسية وإعمالا لأحكام المادة 1-212 L من قانون الاستهلاك وبعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية وتنفيذا لأحكام قانون تحديث الاقتصاد (Loi de Modernisation d'économie) الصادر بتاريخ أوت 2008 برقم 2008/776، صدر المرسوم رقم 302 لسنة 2009 والمتضمن القائمتين.:

القائمة الأولى: القائمة السوداء (تحتوي على اثني عشر شرط تعسفي باطلة بقوة القانون منذ وجودها ولا يتوقف بطلانها على حكم القاضي، فسلطة القاضي هي سلطة تقديرية وليس تقديرية أي كاشفة للشرط التعسفي المادة 1-212 R من قانون الاستهلاك).

القائمة الثانية: القائمة الرمادية (تحتوي على عشر شروط تعسفية تحمل مظنة البطلان، إذ يجعل الصفة التعسفية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، فهي شروط يفترض أنها تعسفية إلى أن يثبت المهني عكس ذلك المادة 2-212 R من قانون الاستهلاك)².

ومما سبق، نجد أنّ المشرعين الجزائري والفرنسي اعترفا صراحة بضرورة مكافحة الاختلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد وإعادة التوازن العقدي، إلا أنّ كلا منهما عبرا عن هذه الرغبة بطريقته الخاصة، ولعل المشرع الفرنسي كان أكثر وضوحا ومنطقية من المشرع الجزائري، وهذا للأسباب التالية:

-إنّ تبني قوائم خاصة بالشروط التعسفية تنشأ لصالح المستهلك قرائن قانونية، حيث تكون القرينة قاطعة إذا تعلق الأمر بشروط القائمة السوداء، في حين تكون بسيطة إذا تعلق الأمر بشروط القائمة الرمادية³.

وبالتالي، يمكن القول أنّ هذه الآلية قد جاءت بأحكام أكثر حمائية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، بما لا نرى معه مانعا من القول بأن تحديد الشروط التعسفية وفقا للطريقة المماثلة سيكون منارة إرشادية للقاضي الجزائري عند فحصه للشروط المتنازع حولها.

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 97-98.

² عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 147.

³ Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.175-176.

ثانيا: تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة الشروط التعسفية.

إيماناً من المشرعين الجزائري¹ والفرنسي بضرورة مدِّ بساط الحماية على المستهلك من الشروط التعسفية، قام كلا منهما باستحداث أجهزة هدفها الكشف عن الشروط التعسفية، ووضع حد لتعسف بعض المهنيين أطلق عليها تسمية " لجنة البنود التعسفية"²، حيث أناط لها مهمة تقدير الشروط التعسفية ولا مانع للقضاء من اعتبار هذه التوصيات مرجعا لتحديد التعسف في الشروط محل النزاع³.

كما اعترف المشرعان الجزائري والفرنسي صراحة للقضاء باستشارة لجنة البنود التعسفية، حيث حدد المشرع الفرنسي بدقة الشروط والمواعيد الواجب احترامها عكس المشرع الجزائري الذي ترك الأمر مبهما⁴.

حيث يقوم القضاء الفرنسي بطلب رأي اللجنة في أي شرط موضوع النزاع بموجب قرار غير قابل للطعن، تقوم اللجنة بدراسته في مدة 3 أشهر كأقصى حد من يوم الإخطار، ولا يمكن للقاضي اتخاذ أي قرار في الموضوع إلى حين استلامه رأي اللجنة أو انتهاء المدة المقررة، مع العلم أن رأي اللجنة غير ملزم للقاضي⁵.

ثالثا: دور القاضي في تحديد الطابع التعسفي للشروط.

الأصل أنه يمنع على القاضي التدخل في مضمون العقد، إلا أنه يستطيع التدخل لتفسير هذا المضمون حينما تكون إرادة أحد الأطراف المتعاقدة غير واضحة، أو تكون البنود الواردة فيه غامضة، في هذه الحالة يستطيع القاضي استخدام سلطته في تفسير شروط العقد وتتبع توجه إرادة الأطراف المتعاقدة⁶.

¹ أحمد بورزق، مرجع سابق، ص302-303.

² المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ 3 فبراير 2008، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد7، الصادر بتاريخ 10 فبراير 2008، ص 17 (وما يقابلها (Article L822-4 du code de la consommation.

³ Bernheim-Desvaux Sabine, op. cit, p.186-187.

⁴ Auguet Yves, op. cit, p.68.

⁵ Article R822-21 du code de la consommation.

⁶ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص109.

ففي ظل القواعد العامة، أعطى المشرع الجزائري صراحة للقاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي في عقود الإذعان في حين كان المشرع الفرنسي يرفض إعطاء هذه الصلاحية¹، إلا أنه بعد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي سنة 1978 بدأ التساؤل يطرح نفسه على أرض الواقع، حول إمكانية تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي في الحالة التي لا يوجد فيها مرسوم تنفيذي يحدد الشروط التعسفية؟

أثار هذا السؤال جدلاً فقهيًا وقضائيًا كبيرًا في فرنسا بين معارض ومؤيد لإعطاء القاضي سلطة تقدير الشرط التعسفي في حالة عدم وجود نصوص قانونية².

انقسم الفقه في فرنسا إلى رأيين، رأي رافض إلى إعطاء القاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقد، ويبرر هذا الاتجاه موقفه فإن القانون 10 جانفي 1978 كان واضحًا في حق التقرير للسلطة التنفيذية (الحكومة دون غيرها) وذلك بإصدار مراسيم، وهي غير مقيدة في ذلك إلا باحترام المعايير التي جاءت بها المادة 35 منه³.

في حين برز الاتجاه المؤيد لإعطاء القاضي المبادرة في إبطال مفعول الشروط التعسفية حتى ولو لم يصدر بشأنها مرسومًا يعتبرها كذلك، ويبرر هذا الاتجاه رأيه بالقانون 10 جانفي 1978 نفسه باعتباره لم ينص صراحة على سلطة القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، لكن في الوقت نفسه لم يمنع صراحة الحكم ببطان الشرط التعسفي بالاستناد إلى النصوص العامة (القانون المدني)⁴.

كما يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن القاضي مادام يتدخل في الشروط الجزائية فلا مبرر من منعه من التدخل في مجال الشروط التعسفية⁵.

أما بالنسبة للقضاء فقد تأرجحت مواقفه بين مؤيد ومضيق لتفسير القانون 10 جانفي 1978، حيث أيد اتجاه من القضاء التفسير الضيق للقانون السابق الذكر، والذي يرفض إبطال الشروط محل النزاع، والتي لم يرد فيها مرسوم تنفيذي، وقد ترجم هذا الموقف في العديد من الأحكام القضائية فمثلاً: الحكم

¹ لعاشي محمد، التوازن العقدي كآلية لضمان حماية المستهلك، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد5، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، سبتمبر 2005، ص167.

² Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, op. cit, p.193.

³ Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.177.

⁴ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص109.

⁵ نفس المرجع، ص110.

الصادر 20 مارس 1980 رفضت محكمة Aix-En-Provence إبطال شرط كان ينطوي على تعسف بحجة أنه لم يكن محل نص قانوني¹.

ولقد درج القضاء الفرنسي على مؤازرة الاتجاه السابق، ومن تم اقتصر دور القاضي على إبطال الشروط التعسفية الواردة بموجب مراسيم تنفيذية إلى أن اتجهت محكمة النقض الفرنسي للخروج من هذا النفق، وذلك بموجب الحكم الصادر بتاريخ 16 جويلية 1987، حيث أجازت للقاضي بصفة صريحة إمكانية الحكم بالطابع التعسفي للشرط محل النزاع ولوفي غياب نص قانوني يمنع هذا الشرط، ويعتبر هذا القرار بمثابة قفزة نوعية في توسيع صلاحيات المحاكم².

وفي سنة 1995، جسّد المشرع الفرنسي هذا الحكم القضائي في أحكام المادة 1-1212 L من قانون الاستهلاك، حيث سمح المشرع الفرنسي صراحة للقاضي بالتدخل لتقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقود والتي لم ينص عليها القانون صراحة، وذلك بالاستناد إلى المعايير المنصوص عليها في المادة وإلى القوائم المنصوص عليها في قانون الاستهلاك والتوجيهات الصادرة عن اللجنة البنود التعسفية. كما أجاز للقضاء صراحة بإمكانية طلب رأي لجنة الشروط التعسفية بشأن أي شرط محل نزاع أمامها³.

أما بالنسبة للقاضي الجزائري فقد أعطيت له هذه الصلاحية وفقا للمادة 110 من قانون المدني الجزائري، إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد المعايير التي يجب عليه الاعتماد عليها، إلا أن هذا الأمر لا يمنع القاضي من اللجوء إلى أحكام القانون 02/04 وبالأخص تعريف (الشرط التعسفي)، كما يمكن له الاستئثار بقوائم المنصوص عليها في المادة 29 من قانون 02/04 والمادة 5 من قانون 306/06، بالإضافة إلى توجيهات وآراء لجنة الشروط التعسفية إذا مارست مهامها في المستقبل⁴.

وفي الأخير، يمكن التأكيد على أن حماية المستهلك من الممارسات المقيدة للمنافسة، يتطلب تظافر العديد من الضمانات القانونية لقطع دابر المؤسسات الاقتصادية المرتكبة لهذه المخالفات، وذلك من خلال فرض تنظيم دقيق للعلاقة التعاقدية الرابطة بين المستهلك والمؤسسات الناشطة في السوق، إلا أنّ هذا الشوط لا يكفي لتجسيد الحماية المبتغاة، بل يتطلب تشديد أكثر للالتزامات الواردة على

¹ Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, op. cit, p.199.

² Ibid, p.199.

³ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 109-110.

⁴ Zennaki Dalila, La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, op. cit, p. 318.

المؤسسات الاقتصادية باعتبار أن المستهلك هو الحلقة الأضعف في هذه المعادلة، وذلك لتضييق الخناق عليها وجعلها تحت الرقابة الدائمة والمستمرة للمستهلك وأجهزة الرقابة.

المبحث الثاني: أهم الوسائل القانونية المتوفرة لضبط وتنظيم سوق الاستهلاك(سوق السلع والخدمات)

إنّ عملية تنظيم وضبط سوق الاستهلاك(السلع والخدمات) تتطلب البحث عن موازنة حقيقية بين عملية ضبط وتطوير السوق ومنع كل تصرف أو ممارسة مقيدة للمنافسة، خاصة بعدما أصبح سوق السلع والخدمات(سوق الاستهلاك) خاضعا لهيمنة اللعبة التنافسية الحرة، وأصبحت المؤسسات الناشطة فيه في سباق شرس وحاد من أجل كسب أكبر حصص معتبرة فيه.

الأمر الذي تطلب تدخل المشرعان محل المقارنة من أجل إثراء منظومتها التشريعية بوسائل وآليات تضمن ضبط السوق وتعمل على تفعيل حماية المستهلك، ولأن حماية المستهلك لا تكتمل إلا إذا تم التضييق على المؤسسات الناشطة في السوق، بضرورة تبني تصرفات نزيهة وشريفة من خلال الامتثال للنصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة، والتي تحظر بصفة صريحة كل الممارسات التي من شأنها الحد أو التقييد أو عرقلة المنافسة فيه، وكذا الالتزام بالإتيان بممارسات نزيهة شرعية فيما بينها طيلة حياتها العملية هذا من جهة.

وبالمقابل، فرض المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي جملة من الالتزامات على المؤسسات الاقتصادية لتنظيم سوق الاستهلاك(السلع والخدمات) بطريقة تجعل المستهلك على دراية وعلم بالشروط والظروف التي يتعاقد فيها، وتعتبر هذه الالتزامات من قبيل تشديد الخناق على المؤسسات الاقتصادية كونها إلزامية، وتبقيها على رقابة مستمرة ودائمة من قبل السلطات العامة، كما أنّها تحمل في طياتها جانبا وقائيا، كونها تضمن حماية المستهلك من ضرر محتمل الوقوع فيه جراء السلع والخدمات المقدمة لهم.

وبالفعل، تدخل المشرعان محل المقارنة لتحقيق هذه المعادلة من خلال فرض العديد من الالتزامات بموجب نصوص قانونية مستقلة عن قانون المنافسة، ومن بين أهم هذه الالتزامات الالتزام بمطابقة السلع والخدمات(الفرع الأول)، والالتزام بالسلامة العامة(الفرع الثاني). وفيما يلي تفصيل ذلك.

المطلب الأول: مطابقة السلع والخدمات وأثرها على تصرفات المؤسسات الاقتصادية.

إنَّ أولى أهداف قانون المنافسة هو ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفعالية الاقتصادية، وتجسيدا لهذا المطلب قام المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بحظر كل ممارسة من شأنها المساس أو تعطيل المبادئ التي تقوم عليها المنافسة الشريفة والنزاهة في السوق، مما يمكن في الأخير من ضمان رفاهية أكبر للمستهلك، الذي ستكون أمامه عدة خيارات وبجودة عالية وأسعار مقبولة.

إلا أنَّ الوصول إلى هذا الهدف، يتطلب ضمانات قانونية متينة لقطع الطريق أمام المؤسسات الناشطة في السوق لإنفراد بالمستهلك والتحكم في خياراته خاصة وأن الكشف عن الممارسات الغير السوية في السوق يحتاج وقتا طويلا وتحليلا دقيقا لظروف كل حالة على حدة، ممَّا يفوت على المستهلك مزايا المنافسة الشريفة والنزاهة، الأمر الذي يمكن معالجته بفرض المزيد من الالتزامات على المؤسسات الناشطة في السوق لتجسيد الحماية المبتغاة، ومن بين أهم الالتزامات التي ساقها المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي الالتزام العام بالمطابقة (أولا)، والالتزام بالسلامة (ثانيا)، وفيما يلي تفصيل ذلك.

الفرع الأول: التزام المؤسسات الاقتصادية بالمطابقة لضمان حماية المستهلك.

تفتح المنافسة المشروعة والنزاهة المجال واسعا للمستهلكين للتعبير عن اختياراتهم من خلال المقارنة بين أسعار وجودة السلع والخدمات المعروضة عليهم بما يتناسب مع مصالحهم وقدراتهم الشرائية، ذلك أنَّ المضي على هذا الدرب يسمح بالسوق بتنظيم نفسه بنفسه، وعلى هذا الأساس ستُقصى المؤسسات المخلة لقواعد المنافسة تلقائياً¹، إن التسليم بهذا المنطق وإن كان يحمل في طياته بعض من الحقيقة، إلا أنَّ الواقع العملي أثبت العكس، ذلك أن محاربة الممارسات المخلة بقواعد المنافسة وإن كان يضمن مطابقة السلع والخدمات المعروضة، فإنَّه لا يضمنها بل يتطلب تدخل نصوص قانونية مستقلة ترعى هذا الالتزام ولعل قانون الاستهلاك هو الأنسب.

حيث يعتبر الالتزام بالمطابقة من الالتزامات المستحدثة في قانون حماية المستهلك، والمفروضة على المؤسسات الاقتصادية (المتدخل)، ولكي يتم فهم هذا الالتزام كان لابد من التطرق إلى توضيح للمصطلح "المطابقة"، فماذا يقصد بهذا المصطلح؟

¹ Piédelièvre Stéphane, Droit de consommation, 2édition, Economica, 2014, p.503.

تتعدد المعاني التي تحيط بمصطلح "المطابقة" فهو بحسب بعض الفقهاء مصطلح "polysémique"¹ وذلك حسب الزاوية التي ينظر منها إليه، فبالنسبة لمنظور قانون الاستهلاك للمصطلح المطابقة نجد أن المشرع الجزائري انفرد بتعريفه بموجب المادة 18/3 التي تنص على: "بأنها استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به." (وما يقابلها (المادة 1-411 من قانون الاستهلاك الفرنسي).

وبالتالي، فإنَّ القصد من وراء مصطلح المطابقة أن تكون السلع والخدمات مطابقة للنصوص التشريعية والتنظيمية والمقاييس والعادات المهنية.

أما إذا انطلقنا من منظور قانون الالتزامات، فإنَّ مصطلح المطابقة ينحصر بما جاء في بنود العقد أو الاتفاق، أما عن المفهوم الشامل لهذا المصطلح والذي يجمع بين جميع المعاني فيمكن اختصاره بما جاء في قانون الاستهلاك (بأن تكون السلع والخدمات المقناة من قبل المستهلك مطابقة للرجبة المشروعة للمستهلكين)².

هذا التعريف يثير إشكالية أخرى ألا وهو استعماله لمصطلح الرجبة المشروعة، ومن هنا يمكن أن نتساءل عن ماهو المقصود من وراء الرجبة المشروعة؟ تهاطلت التعريفات الفقهية التي حاولت رسم حدود بيّنة للرجبة المشروعة في غياب نص تشريعي يحدد معناه، إلاَّ أنَّ معظمها جانب الكمال الأمر الذي جعل بعض الفقه يصرف بعض العوامل والعناصر لتقدير المشروعية، وهو ما أخذت به التشريعات محل المقارنة، ومن بين هذه العوامل التي حددتها المادة 18/3 من قانون الاستهلاك وقمع الغش (وما يقابلها المادة 1-412 من قانون الاستهلاك): طبيعة المنتج، سعرها، حالتها التقنية، مصدره، تاريخ صنعه، كيفية استعماله، شروط حفظه، الاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليها، وجميع المعلومات التي يقدمها المنتجين ومقدمي الخدمات... إلخ.

إلاَّ هذا المفهوم لا يمكن أخذه على إطلاقه بل يجب حصره بالمنطق والمعقول، فلا يمكن للمستهلك أن يطالب بأكثر من المعقول والمفروض انتظاره من السلعة أو الخدمة في ظل الشروط التقنية والاقتصادية المتوفرة³.

¹ Picot Yves et Davo Hélène, droit de la consommation, 2 édition, éditions Dalloz, Paris, 2010, p.253.

² Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.203.

³ Naceur Fatiha, Les règles préventives visant la conformité des produits et services, revue de droit économique et environnement, revue semestrielle, n°2, le laboratoire de droit économique et environnement, septembre 2009, p.7.

وقد ثار التساؤل حول المعيار الذي تقدر به الرغبة المشروعة للمستهلك، هل هو معيار موضوعي يتم بالرجوع إلى مستهلك متوسط أم هو معيار ذاتي يتم بالرجوع إلى الشخص نفسه الذي سيحصل على السلعة أو الخدمة؟

ويميل أغلب الشراح إلى الأخذ بمعيار التقدير المجرد للرغبة المشروعة، على أساس استحالة مطابقة المتدخل (المتعامل الاقتصادي) مراعاة رغبات وحاجات كل شخص على حدا في وقت يغلب الطابع الكمي على الإنتاج والاستهلاك معاً، ومع ذلك يجوز أن يكون تقدير الرغبة ذاتياً في حالة ما إذا ذكر العقد المبرم بين المستهلك والمتدخل ميزة خاصة في المنتج¹.

وبالتالي، نستخلص أنّ مبدأ المطابقة يتحقق بوضع في السوق منتجات تحقق الرغبة المشروعة للمستهلك، وضمناً لتحقيق هذه النتيجة، اتخذ المشرعان محل المقارنة جملة من النصوص والإجراءات والتنظيمات لتحقيق هذا الهدف، بدءاً من إخضاع بعض المهن الحرة والنشاطات لشروط معينة للالتحاق بها (كالصيدلة، الطب، الهندسة... إلخ)، مع العلم أن هناك من الفقهاء من يرى أن هذه الأخيرة تعتبر قيوداً صريحة ومباشرة على مبدأ حرية التجارة والصناعة².

ولم يقف المشرعان في سبيل البلوغ إلى الأهداف المسطرة عند هذا الحد، بل ساقا جملة من المواصفات والمقاييس التي يتعين على السلع والخدمات الاستجابة لها، ويمكن تقسيمها إلى:

- الأحكام المتعلقة بالقواعد الأمرة بالتنظيمات الأمرة.

- الأحكام المتعلقة بالمواصفات القياسية.

أولاً: استجابة المنتج للأحكام المتعلقة بالقواعد القانونية الأمرة.

على ضوء التحديد الذي تم التوصل إليه سابقاً، فإنّ الرغبة المشروعة تتحدد بمطابقة المنتجات إلى المواصفات القانونية، ويقصد بالمواصفة القانونية تلك الخصائص والمميزات التقنية المطلوبة في سلعة أو خدمة لكي تحقق غرض معين³.

وتطبيقاً لأحكام المادة 11 من قانون الاستهلاك الجزائري (وما يقابلها نص المادة 1-412 L وما بعدها من قانون الاستهلاك الفرنسي)، سمح المشرعان محل المقارنة للحكومة بالتدخل عن طريق مراسيم تنفيذية وقرارات وحتى دوريات لتذليل الصعوبات على المؤسسات (المحترفين).

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 284.

² Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.203.

³ Raymond Guy, op. cit, p.51-52.

وما يلاحظ أن كلا من المشرعان محل المقارنة صاغا جملة من المراسيم التنفيذية يعود للمشرع الفرنسي فضل السبق في هذه النقطة (منذ 1905)، كما لا يفوتنا في هذا المقام التنويه إلى تبني المشرع الفرنسي للتوجيهات الأوروبية (Traité CE) بهدف خلق الانسجام والتناسق في النصوص التشريعية لدى دول الأعضاء فيها، وفي حال تنازع القوانين بين النصوص الداخلية لدول الأعضاء والنصوص الأوروبية، تُغلب كفة النصوص الأوروبية¹، والسؤال المطروح في هذا المقام ما هو مضمون المواصفات القانونية؟

1- مضمون المواصفات القانونية (التنظيمية):

جاءت النصوص التنظيمية لمد ضلال الحماية للمستهلك بسبب عدم مقدرة قانون المنافسة توفير ذلك، ويمكن تقسيم مضمون المواصفات القانونية إلى طائفتين هما: قواعد تتعلق بحماية المصالح الاقتصادية للمستهلكين، وقواعد تتعلق بحماية صحة وأمن المستهلكين، وذلك بهدف رفع الحرج والحيرة على المستهلك الذي لن يقع ضحية الخطأ حول خصائص المنتجات.

ومنه، فإنّ الالتزام بمطابقة المنتجات للنصوص القانونية هو التزام يجب على المتدخل احترامه منذ تولي مهمة الإنتاج إلى غاية وضعه للاستهلاك.

ولقد حددت المادة 11 من قانون الاستهلاك الجزائري المجالات العامة للمواصفات والخصائص القانونية (طبيعة المنتج، مميزاته الأساسية، نسبة المقومات اللازمة، وهويته وكمياته وشروط الحفظ...)، في حين أسهب المشرع الفرنسي- وفق تعديله الجديد- في تحديد مضمون النصوص التنظيمية طبقا للمادة 1-412 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهي كالاتي:

- تحديد شروط المتعلقة بالاستيراد، الوعد، البيع، التوزيع المجاني.

- طرق التقديم والتسجيلات لكل أنواع السلع، التغليف، الفواتير، الوثائق التجارية أو الوثائق التخفيضات، والذي يتعلق ب طرق التصنيع، طبيعة المنتج، الجودة، المكونات (ويقصد هنا في هذه الحالة المواد الغذائية...).

- تحديد مفهوم، تركيبة وتسمية السلع مهما كانت طبيعتها.

- تحديد مفهوم وشروط استعمال المعاني و المصطلحات المستخدمة في الإعلانات والإشهار بهدف نقادي الوقوع في الخلط².

¹ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.206.

² Ibid, p.208.

2-مراقبة احترام مطابقة المواصفات التنظيمية أو القانونية:

إنّ تفعيل حماية المستهلك في ظل المنافسة الشرسة التي تخوضها المؤسسات الاقتصادية يوميا لا يتطلب سن نصوص قانونية فقط، بل يحتاج الأمر إلى رقابة دائمة ومستمرة على تصرفات المؤسسات الناشطة في السوق تضمن رفاهية المستهلك، وتكشف عن الممارسات المخلة بقواعد المنافسة الحرة والنزيهة، ويتجسد هذا الفرض عن طريق فرض المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي نوع من الرقابة للتأكيد على ضرورة احترام مطابقة المواصفات القانونية والتنظيمية على أرض الواقع، وفيما يلي تفصيل ذلك.

أ-الرقابة الذاتية للمتدخل:

جرى نص المادة 12 من قانون الاستهلاك (وما يقابلها المادة 1-411 L من قانون الاستهلاك الفرنسي) على أن أول رقابة تتم على السلع والخدمات تكون من قبل المؤسسة(المتدخل)نفسه، وهي ما يطلق عليها(الرقابة الذاتية)، حيث يقوم المؤسسة(المتدخل) قبل وضعه منتوجه في السوق من التأكد من مطابقته للنصوص المتعلقة بسلامة وأمن المستهلكين وشفافية المعاملات التجارية، سواء أكان هذا المنتج موجه للاستهلاك محلي، أو مستورد أو موجه للتصدير¹.

تتأط مهمة الرقابة الذاتية بالنسبة للقانون الجزائري إلى المتدخل (والذي يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عرض المنتجات للاستهلاك)، في حين حدد المعني بالمسؤول الأول الذي يضع السلعة أو الخدمة في السوق المعنية، غالبا ما يكون المنتج إذا كان المنتج مصنوعا في الأراضي الوطنية، أما إذا كان مستوردا فيقع هذا الالتزام على عاتق المستورد²، إلا أنّ الفقيهين الفرنسيين Jean Calais-Aulais و Henri Temple يريان أن هذا النص³ لا يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً، فهناك متدخلين قد يقع عليهم نفس اللوم مثلهم مثل المنتج والمستورد فكلهم معنيون بالرقابة، كل مافي الأمر أن الالتزام الصارم بالنسبة للمنتج والمستورد بالمقارنة مع البقية⁴.

وأمام وضوح النصوص المتعلقة بالرقابة، يجب على المؤسسة(المتدخل)التأكد ومراقبة السلعة أو الخدمة المراد وضعها في متناول المستهلك ما إذا كانت مطابقة للنصوص القانونية والتنظيمية، إنّ قيام المتدخل بهذه الإجراءات هو أمر روتيني وعادي، كما يجب أن تتناسب هذه الرقابة مع طبيعة

¹ على فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص250.

² Piédelièvre Stéphane, op. cit, p.516.

³ Article L411-1 du code de la consommation français.

⁴ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.208.

العمليات التي قام بها المتدخل حسب حجم وتنوع المنتجات التي يضعها للاستهلاك والوسائل التي يجب أن يمتلكها مراعاة لاختصاصه والقواعد والعادات المتعارف عليها في هذا المجال¹.

عند قيام المؤسسة بالرقابة الواردة على عاتقه يجب عليه أن يصطنع لنفسه دليلا على أنه قام بها فعلا²، كما أنّ الرقابة التي يجريها الأعوان المنصوص عليهم في المادة 25 من هذا القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لا تعفيه من إلزامية التحري حول مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقا للأحكام التنظيمية السارية المفعول.

إنّ عدم قيام المؤسسة بهذا الالتزام لا يشكل جريمة تعرضه إلى عقوبات جزائية" فلا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص قانوني"، كل ما في الأمر أنه ستؤثر عليه سلبا وسيعتبر سيء النية، مما قد يعرضه للمتابعة على أساس جريمة الغش إذا اجتمعت جميع أركانها³.

وفي سبيل قيام المتدخل بعملية الرقابة المسبقة، يلجأ المتدخل إما لمخابر أو خبراء متخصصين حسب اختياره يطلق عليها في هذه الحالة بالرقابة الذاتية الداخلية⁴، كما قد تكون الرقابة خارجية عندما يتعلق الأمر ببعض المنتجات التي تتطلب تدخل وزارة خاصة مثلا(مسجل لدى وزارة الصحة...)⁵.

ب-الرقابة الإدارية:

تتأط مهمة رقابة مطابقة المنتجات إلى مصالح متخصصة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش، حددها المشرع الجزائري بأعوان قمع الغش طبقا للمادة 29 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي جاء فيها ما يلي: "يقوم الأعوان المذكورون في المادة 25 أعلاه، بأي وسيلة وفي أي وقت وفي جميع مراحل عملية عرض للاستهلاك، برقابة مطابقة المنتجات بالنسبة للمتطلبات المميزة الخاصة بها."

حيث حددت المادة 25 من نفس القانون الأشخاص المؤهلين بإجراء الرقابة، وهم طائفتان: الأولى تشمل ضباط الشرطة القضائية، أما الطائفة صاحبة الاختصاص الأصيل أعوان قمع الغش التابعون للوزارة المكلفة بحماية المستهلك، في حين تتأط هذه المهمة فرنسا للمديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش(DGCCRF).

¹ علي فتاك، مرجع سابق، ص 251.

² Piédelièvre Stéphane, op. cit, p.517.

³ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.256-257.

⁴ Piédelièvre Stéphane, op. cit, p.517.

⁵ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 288.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية، يتبين أن الأشخاص المذكورين في المادة 25 من قانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لهم دور مزدوج:

الدور الأول: هو دور الضبط الإداري، والذي يتمثل في الوقاية من جرائم الغش والتدليس، والتحقق مما إذا كان هناك غش من عدمه، والتدخل للحيلولة دون وجود هذا الغش والحد منه باتخاذ التدابير التحفظية والوقائية¹.

الدور الثاني: هو دور الضبط القضائي، ويتلخص في تحرير المحاضر بالواقعة وأعمال الخبرة، إلى أن ينتهي إما برفع الدعاوى والحكم فيها أو عدم السير فيها، وهو الدور الأساسي².

ثانيا: استجابة المنتج للأحكام المتعلقة بالمواصفات القياسية (تقييس السلع والخدمات).

لم تكن التشريعات محل المقارنة بسن نصوص تشريعية وتنظيمية لتحقيق مطابقة المنتوجات للدرجة المشروعة للمستهلك، بل أدرج لهذا الهدف أيضا قانونا خاصا أطلق عليه بالتقييس (Normalisation) بموجب القانون رقم 04/04³ المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس المعدل والمتمم⁴، حيث عرف فيه هذا المصطلح بأنه طبقا للمادة 2 الفقرة الأولى منه:

التقييس: النشاط الخاص بوضع أحكام ذات استعمال مشترك ومتكرر في مواجهة مشاكل حقيقية أو محتملة، يكون الغرض منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين.

ويقدم وثائق مرجعية تحتوي على حلول لمشاكل تقنية وتجارية تخص المنتوجات والسلع والخدمات التي تطرح بصفة متكررة في العلاقات بين الشركاء الاقتصاديين والعلميين والاجتماعيين.

في حين عرفها المشرع الفرنسي في المادة 1 من المرسوم رقم 697/2009 المؤرخ في 16 جوان 2009 على أنها: "التقييس هو نشاط متعلق بالمصلحة العامة، والذي يكون الهدف منه إمداد بالوثائق المرجعية مطورة بشكل رضائي بين جميع الأطراف المعنية، تتعلق بقواعد، خصائص، توجيهات، آراء، أو أمثلة عن الممارسات الجيدة والمتعلقة بالسلع، الخدمات، والطرق، أو الهيئات."

¹ نفس المرجع، ص 290.

² نفس المرجع، ص 290.

³ القانون رقم 04/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس، ج ر، العدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2004، ص 14.

⁴ القانون رقم 04/16 المؤرخ في 19 يونيو 2016، يعدل ويتم القانون رقم 04/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمتعلق بالتقييس، ج ر، العدد 37، الصادر بتاريخ 22 يونيو 2016، ص 8.

ومن خلال استقراء هذه النصوص، نجد أن المشرع الفرنسي كان أكثر وضوحاً وشمولاً من المشرع الجزائري كونه حاول تحديد المجالات التي يمسها نشاط التقييس هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقصد بالموصفات القياسية تلك الوثائق المرجعية التي تحدد الخصائص التقنية المطلوبة لمنتج ما، كالسمات المميزة (الجودة، الأمن، التغليف، الوسم...) أو المناهج المعتمدة أو طريقة إنتاج معينة، وهي متاحة للجميع ومصاغة بالتعاون أو الاتفاق مع جميع الأطراف المعنية، وتستند إلى نتائج العلم والتكنولوجيا والخبرة هدفها تحقيق الصالح العام.

ولقد أشار المشرعان محل المقارنة إلى الوثائق المرجعية عند تعريفهما للتقييس، واعتبراه جزءاً من موضوعه وهي ما يطلق عليه بتسمية المواصفة (Norme)، إذ تعتبر بمثابة معيار للتفاهم ولغة مشتركة يتم الاحتكام إليها، فهي تلعب دور المترجم أي أنها تترجم الحاجات المختلفة إلى أوصاف أو إرشادات وغيرها مفادها التحسيس والتطوير¹.

حيث عرفها المعهد الجزائري للتقييس بأنها: "خاصية تقنية أو أو أي وثائق متاحة للجمهور أو المنجزة بالتعاون والتشاور والاتفاق العام لكل الأطراف المعنية بالأمر".

نستنتج ممّا سبق، أنّ تبني المشرعان محل المقارنة للتقييس هدفه الأساسي هو دفع عجلة التطور الاقتصادي في البلاد ومحاولة مسايرة المستجدات الحاصلة في العالم للرقى بالمنتجات الوطنية للمستوى العالمي، ففي بادئ الأمر كان الهدف الأساسي من التقييس هو ضمان ملائمة المنتجات، هذا الهدف لم يختفي بل تم تدعيمه بأفاق جديدة، حيث أصبح التقييس يهدف إلى مطابقة السلع والخدمات إلى رغبة المستخدمين، وألا يشكل خطراً على صحة وأمن المستهلكين.

مدّ هذا المفهوم لم يتوقف عند هذا الحد فمنذ 1980، أصبح يشمل مفاهيم جديدة ومتطورة كتوفير الطاقة، حماية البيئة، التطور الدائم... إلخ².

كما أنّ الهدف من وراء لجوء المعنيين بالأمر للتقييس يختلف باختلاف المعني به، فإنّ لجوء المؤسسة (المتدخل) إليه هدفه فتح أبواب التطور عن طريق تبني سياسات ناجحة غير تلك التي كان يعتمد عليها، كما أنها تسمح بتخفيض تكاليف الإنتاج، وتوفير آليات ناجحة للبيع وديمومة المنتجات، وهذا ما يضمن له النجاح والاستمرار في عالم التجارة.

¹ بوفاس الشريف ورحاحلية بلال، الالتزام بالموصفات القياسية كاستراتيجية لحماية المستهلك، مداخلة، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية لحماية المستهلك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس، الجزائر، يومي 08 و 09 ماي 2013، ص 6.

² محمد بودالي، مرجع سابق، ص 300.

أما الهدف المبتغى من قبل المستهلك من تبني التقييس، هو حصوله على منتجات ذات جودة وتتوفر على الأمن والصحة، كما أنه سيحصل من ورائها على جميع المعلومات والبيانات والضمانات الممنوحة له، ففي الحقيقة أن التقييس يخلق شعورا بالطمأنينة والثقة لديه في مواجهة المتدخل¹.

وبالتالي، فإنّ الأهداف التي يحاول التقييس تسطيرها لا تختلف عن تلك التي تحاول النصوص القانونية والتنظيمية ترسيخها في الحياة العملية للمؤسسات (المتدخل)، رغم الاختلاف بينهما في أمور عديدة إلا أنّهما ينصبان في نقطة واحدة وهي جعل المنتجات مطابقة وبمواصفات عالمية، وبعث الراحة والثقة لدى المستهلكين، وهذا ما أكدته المادة 3 من قانون رقم 04/04 المتعلق بالتقييس.

1- إعداد المواصفات القياسية:

نص المشرع الجزائري على نوعين من المقاييس من خلال القانون رقم 04/04 المتعلق بالتقييس المعدل والمتمم² وهي: اللوائح الفنية والمواصفات، وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 464/05 المؤرخ في 6 ديسمبر 2005 (المتعلق بتنظيم التقييس وسيره) كيفية إعداد اللوائح الفنية والمواصفات³،

ويقصد بالمواصفة وفقا لما جاء به نص المادة 3/2 من القانون 04/04 المعدل والمتمم بأنها: "وثيقة تصادق عليها هيئة التقييس المعترف بها، تقدم من أجل استعمال مشترك ومتكرر، القواعد والإشارات أو الخصائص لمنتج أو عملية أو طريقة إنتاج معينة، ويكون احترامها غير إلزامي. كما يمكن أن تتناول جزئيا أو كليا المصطلحات أو الرموز أو الشروط في مجال التغليف والسمات المميزة أو اللصقات لمنتج أو عملية طريقة إنتاج معينة."

أما اللائحة الفنية ووفقا لنفس المادة السابقة الفقرة السابعة منها، يقصد بها: "وثيقة تنص على خصائص منتج ما أو العمليات وطرق الإنتاج المرتبطة به، بما في ذلك النظام المطبق عليها، ويكون احترامها إلزاميا."

كما يمكن أن تتناول جزئيا أو كليا المصطلحات أو الرموز أو الشروط في مجال التغليف والسمات المميزة أو اللصقات لمنتج أو عملية أو طريقة إنتاج معينة.

يمكن اللائحة الفنية أن تجعل المواصفة أو جزء منها إلزاميا."

¹ Calais-Auloy Jean et Tremple Henri, op. cit, p.210-211.

² ج ر، العدد 37، الصادر بتاريخ 22 يونيو 2016، ص 8.

³ المرسوم التنفيذي رقم 464/05 المؤرخ في 6 ديسمبر 2005، يتعلق بتنظيم التقييس وسيره، ج ر، العدد 80، الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2005، ص 3.

ووفقا لذلك، فإنّ المواصفة تعتبر بمثابة معيار للتفاهم ولغة مشتركة يتم الاحتكام إليها، فهي تلعب دور المترجم أي أنها تترجم الحاجات المختلفة إلى أوصاف أو إرشادات وغيرها مفادها التحسيس والتطوير¹.

وبالتالي، تناط مهمة التقييس في الجزائر إلى عدة هيئات تتعاون فيما بينها لإتمام مهام التقييس، حيث عدت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 (المتعلق بتنظيم التقييس وسيره) الهيئات ذات النشاطات التقييسية (المجلس الوطني للتقييس، المعهد الجزائري للتقييس، اللجان التقنية الوطنية، الهيئات ذات النشاطات التقييسية، الوزارات ضمن نشاطاتها في إعداد اللوائح الفنية).

أمّا الجهاز المنوط له مهمة إعداد المواصفات القياسية هو المعهد الجزائري للتقييس (IANOR)، تم إنشاؤه كهيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 69/98 المؤرخ في 21 فيفري 1998 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 20/11 المؤرخ في 25 يناير 2011²، يعمل تحت إشراف وزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار، والذي حدد له تشكيلة تتناسب مع المهام الملقاة عليه (المادة 5 منه).

أمّا في فرنسا، فإنّ مهمة التقييس منوطة للجمعية الفرنسية للتقييس (L'AFNOR)، والتي تمّ إنشاؤها في 22 جوان 1926³.

ومن الأهداف الرئيسية لهاته الهيئة- مهما اختلفت تسميتها- هو تحقيق الصالح العام عن طريق إعداد المواصفات الوطنية بالتنسيق مع مختلف القطاعات، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف ساقا المشرعان محل المقارنة جملة من الإجراءات لإتمام عملية تقييم المواصفات القياسية، علما أن هذه الإجراءات هي نفسها المستخدمة عند مراجعة المواصفات، وتتم هذه الأخيرة وفق المراحل التالية (سوف نستعرض هذه المراحل بالمقارنة مع ما يجري في فرنسا):

¹ بوفاس الشريف ورحاحلية بلال، مرجع سابق، ص 6.

² المرسوم التنفيذي رقم 20 / 11 المؤرخ في 25 يناير 2011، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 69 / 98 المؤرخ في 21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء المعهد الجزائري للتقييس ويحدد قانونه الأساسي، ج ر، العدد 06، الصادر بتاريخ 30 يناير 2011، ص 4.

³ Aubry Hélène, La normalisation au regard des règles de concurrence, Encyclopédies, contrats-concurrence-consommation, n° 3, Mars 2016, p.8.

-بادئ القول، يجب تحديد احتياجات المشتركين في إعداد المواصفة أي تحديد بصفة دقيقة مواصفة معينة في قطاع معين¹.

-تقوم اللجان التقنية الوطنية بإعداد مشاريع المواصفات واللوائح²، وهي لجان تنشأ بمقرر من الوزير المكلف بالتقييس بناء على اقتراح من المدير العام للمعهد الجزائري للتقييس تمارس مهامها تحت مسؤوليته، وتتشكل اللجان التقنية من ممثلي المؤسسات والهيئات العمومية، المتعاملين الاقتصاديين وجمعيات حماية المستهلك والبيئة وكل الأطراف الأخرى المعنية³.

في حين تناط هذه المهمة في فرنسا للمكاتب التقييس القطاعية والتي يتم انتدابها من قبل الجمعية الفرنسية للتقييس، مع العلم أن لكل مكتب اتجاه خاص به (السيارات، المباني، التجهيزات، الكهرباء... إلخ)، وتتوفر تقريبا على نفس تشكيلة اللجان التقنية الوطنية الجزائرية، يساعدها في تأدية مهامها اللجان المتعلقة بالتقييس والمشكلة من جميع الأطراف المعنية، والتي تتمنى المشاركة في إعداد المواصفات القياسية، كما يمكن أيضا للجمعيات حماية المستهلك المشاركة⁴.

-تعرض اللجان التقنية الوطنية مشروع المواصفة التي قامت بإعداده مرفقة إياه بتقارير تيرر محتواه على المعهد الجزائري للتقييس، الذي يقوم بدوره بالتحقق-حسب طبيعة المسألة المدروسة- من مطابقة المشروع المعروض عليه قبل إخضاعه للتحقيق العمومي⁵.

-بعد الانتهاء من إجراءات الإعداد السابقة، يعرض المعهد الجزائري للتقييس هذا المشروع للتحقيق العمومي، كما تعطي هذا الأخير للمتعاملين الاقتصاديين ولكل الأطراف المعنية مدة ستون (60 يوما) لتقديم ملاحظاتهم⁶.

في حين خالف المشرع الفرنسي، إذ سمح بعرض المشروع في مواقع الانترنت الخاص ل L'AFNOR لمدة لا تقل عن 15 يوم قبل عرضه على الأطراف المعنية لإبداء ملاحظاتها، وبرعاية من الجمعية الفرنسية للتقييس يتم تقديم هذا المشروع إلى النائب (interministériel) المتعلق بالتقييس، والذي يقوم بدوره بمراجعة هذا المشروع في أجل شهر في حال ما إذا كان قواعد المشروع

¹ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.259.

² المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 السالف الذكر.

³ المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 السالف الذكر.

⁴ Aubry Hélène, op. cit, p.9.

⁵ المادة 1 / 16 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 السالف الذكر.

⁶ المادة 3/16 من المرسوم التنفيذي رقم 464 / 05 السالف الذكر.

غير متجانسة أي مخالفة للأحكام والقواعد القانونية والتنظيمية، وإلى توجهات السياسة الفرنسية للمقاييس أي بصفة أعمق مخالف للصالح العام التي تتطلع إليها الجمعية الفرنسية للتقييس¹.

-بعد انقضاء أجل التحقيق العمومي، تصادق اللجنة التقنية الوطنية على الصيغة النهائية بعد الأخذ بعين الاعتبار جميع الملاحظات والآراء²، وكذلك الحال بالنسبة للجمعية الفرنسية للتقييس³.

-تسجل المواصفات الوطنية المعتمدة بموجب مقرر صادر عن المدير العام للمعهد الجزائري للتقييس، تدخل حيز التطبيق ابتداء من تاريخ توزيعها عبر المجلة الدورية للمعهد⁴.

2-تطبيق المقاييس:

كما قلنا سابقا، أن المقاييس (المواصفات واللوائح الفنية) هي وثائق مكتوبة بلغة تقنية موضوعة باتفاق عام، تمتاز بتنوع محتواها فقد نجد للسلعة الواحدة أكثر من مواصفة، فمنها ما يتعلق بالمكونات وأخرى تتعلق بالخصائص (شكلها، جودتها، مكوناتها...)، يكون الهدف منها جعل السلعة قابلة للاستعمال في إطار الغرض الذي أنشأت من أجله.

كما توضع في متناول جميع المتخصصين المعنيين بالأمر، حيث يستطيع كل شخص مختص الحصول على هذه الوثائق بشرط دفع ثمنها لدى الجهة المعنية L'IANOR (L'AFNOR)، لا ينطبق هذا القول على المستهلكين، الذين يضعون ثقتهم في علامة المطابقة دون علمهم بمحتواها⁵.

وخلاصة القول، إنَّ تطبيق المواصفات القياسية يبقى اختياريا وهو ما يميزها عن اللوائح الفنية التي يعتبر احترامها إلزاميا، إلا أنَّ هذا لا ينقص من قيمتها شيئا، بل بالعكس أنَّ من مصلحة المتدخل تطبيقها على منتوجاته والظفر بعلامة المطابقة ("ت ج" وفي فرنسا "NF")، الأمر الذي سيدر عليه منافع جمة عند وضع منتوجاته مسومة بتلك العلامة في السوق، مما سيخلق شعورا بالطمأنينة والثقة لدى المستهلك، إلا أن هذا الشعور لا يجب مزجه بحقيقة أن الهيئة المختصة بالتقييس غير مسؤولة في حالة وجود خلل في المنتج، فهي تضمن الجودة لا المنتج في حد ذاته⁶.

¹ Piédelièvre Stéphane, op. cit , p.522.

² المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 السالف الذكر .

³ Aubry Hélène, op. cit, p.10.

⁴ المادة 2/17 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 السالف الذكر .

⁵ Aubry Hélène, op. cit, p.10-11.

⁶ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.259.

كما أن هناك حالات استثنائية تصبح المواصفة القياسية اجبارية إذا تم نشرها بموجب قرار وزاري، وفي حالة عدم استجابة المنتج لهذه المواصفة، فإنها تحرك ضد صاحبها أحد الجرائم التالية (كالغش، الاحتيال...)، والتي قد تؤدي إلى جزاءات مدنية وجزائية¹.

3-الإشهاد بالمطابقة:

ويقصد بها تلك العملية التي يعترف بموجبها بأن منتج أو خدمة أو شخص أو نظام تسيير مطابقا للوائح الفنية أو المواصفات أو الوثائق التقييسية أو للمرجع الساري المفعول (طبقا للمادة 9/1 من القانون 04/16 المعدل والمتمم للقانون 04/04 المتعلق بالتقييس)²، ويتم الإشهاد على المطابقة منتج ما بتسليم شهادة المطابقة و/ أو تجسيده بوضع وسم المطابقة على المنتج أو على تعبئته.

إن الإشهاد على المطابقة ينشر شعورا بالثقة حول المنتجات سواء أكانت محلية أو مستوردة مطابقة للمواصفات القانونية وللمقاييس المعتمدة، وتتم هذه العملية قبل عرض المنتجات للاستهلاك، يمنح الإشهاد على المطابقة من طرف جهة مختصة، حدده المشرع الجزائري بالمعهد الجزائري للتقييس³.

إنَّ وسم المطابقة للوائح الفنية هو وسم إجباري لجميع المنتجات الخاضعة للاتحة أو عدة لوائح فنية جزائرية، بينما علامة المطابقة للمواصفات الوطنية هو إشهاد غير إجباري على الجودة⁴.

وفي الأخير، يمكن القول أن أعمال هذا الالتزام على المؤسسات الاقتصادية الناشطة في السوق سيضيق الخناق عليها، وسيقلل من الآثار السلبية للممارسات المقيدة للمنافسة إن وجدت في السوق، إلا أنَّ هذا الالتزام لوحده غير كاف فقد يحصل أن تخرج المؤسسات عن مسارها السوي، مما يتطلب حماية أوسع وأشمل مما سبق ذكره.

الفرع الثاني:التزام المؤسسات الاقتصادية بالضمان لتجسيد حماية المستهلك.

لا ننكر أن حصول المستهلك على سلع وخدمات مطابقة للمواصفات القانونية والقياسية، والتي تحقق له الرغبة المشروعة له، ولا تؤدي صحته وسلامته هو الهدف الأسمى من إسهاب المشرعين في سن نصوص قانونية تحاصر المتدخل(المحترف) من كل حذب وصوب قصد تشديد الالتزامات الواردة

¹ Bernheim-Desvaux Sabine, op. cit, p.242.

² ج ر، العدد37، الصادر بتاريخ 22 يونيو 2016، ص8.

³ الطيب قلوب، تقييم المطابقة في التشريع الجزائري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد3، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، جويلية 2012، ص136-137.

⁴ المادة 7 من القانون 04/16 المعدل والمتمم للقانون 04/04 السالف الذكر.

عليه، فما عادت القواعد العامة تفي بالغرض في خضم المستجدات الحاصلة على المنتجات، والتعقيد والمنافسة الشرسة التي أصبحت تحيط حياة المستهلك.

وقد ترجم المشرعان محل المقارنة هذه المخاوف في العديد من المناسبات، ولعل أهمها وضع في متناول المستهلك وسيلة فعالة يستعملها كلما تحصل على منتجات غير سليمة أو غير مطابقة للمواصفات التي تم الاتفاق عليها أو من المفروض الحصول عليها، والتي تستلزمها الأعراف وطبيعة التعامل هذه الطريقة يطلق عليها الضمان.

وعلى هذا الأساس، فإنه يقع على البائع التزام بتسلم المبيع خاليا من كل عيب، فإذا أخلف البائع التزامه قامت مسؤوليته (وهي ضمانه لهذا العيب وتحمل الآثار المترتبة عن ذلك). ولقد حددت النصوص القانونية محل المقارنة الوسائل التي يستطيع المستهلك اللجوء إليها والمنصوص عليها أساسا في القانون المدني وقانون الاستهلاك، ويمكن تقسيمها إلى طائفتين (الضمان القانوني، والضمان الاتفاقي).

أسأل موضوع الضمان حبر العديد من الفقهاء وأدى في بعض الحالات إلى تضارب كبير بين أحكام المحكمة النقض الفرنسية، إلا أنه ما يهمننا في هذا المقام ليس التضارب بل أين يكمن التشديد الذي نحن بصدد إبرازه، ومتى يكون صالحا للغرض الذي أعد له، وكيف يمكن الانتفاع بحسب رغبات المستهلكين طبقا للمجرى العادي للأمر.

إنّ النقاء النصوص القانونية الجزائرية والفرنسية في نقطة تشديد الالتزامات الواردة على المؤسسات الاقتصادية الناشطة في السوق(المتدخل) أمر مفروغ منه، إلا أنّ الإشكالية تكمن في الكيفية التي عالج فيها كلا من المشرعين هذه النقطة، فنجد أن المشرع الفرنسي قد خالف نظيره المشرع الجزائري عند صياغته للنصوص الخاصة بالالتزام بالضمان خاصة بعد تبني هذا الأخير للتوجيه الأوروبي لسنة 1999 الذي تم إدراج في المنظومة التشريعية الفرنسية بموجب المرسوم¹ 2005، حيث استحدث في النظام القانوني ضمانا آخر وهو ضمان المطابقة والذي لا نجد له مثيلا في القانون الجزائري.

وبالفعل إذا قدمت مؤسسة ما(المتدخل) منتوجا غير مطابقا للنصوص القانونية ولا يستجيب للرغبة المشروعة للمستهلك، جاز للمستهلك أن يرجع عليه بالضمان، والذي بدوره ينقسم إلى ضمان قانوني وضمان اتفاقي، وفيما يلي عرض لكل هذه المستجدات والمفارقات بين التشريعين الجزائري والفرنسي.

¹ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.269.

أولاً: التزام المؤسسات بالضمان القانوني في مواجهة المستهلك.

لضمان فعالية حماية المستهلك في مواجهة الممارسات المخلة بقواعد المنافسة هو الهدف الأسمى لكل من المشرعين الجزائري والفرنسي، وذلك من خلال إلقاء المزيد من الالتزامات على عاتقه، ومن بين هذه الالتزامات التزامه بالضمان، إلا أن هذا الالتزام خاض العديد من التعديلات التي أعطت له نفساً جديداً يتماشى مع التطورات الحاصلة على المنتجات في السوق، والذي يمكن تقسيم حسب هذه التعديلات الضمان القانوني إلى نوعين وهما:

- الضمان القانوني المنصوص عليه في القانون المدني.

- الضمان القانوني المنصوص عليه في قانون الاستهلاك. وفيما يلي عرض لهذين النظامين بالتفصيل:

1- الضمان القانوني المنصوص عليه في القانون المدني:

يقصد بالضمان القانوني المنصوص عليه في قانون المدني، هو التزام البائع بمقتضى عقد البيع، بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة وكاملة، فلا قيمة بالنسبة للمشتري أن يتسلم الشيء المبيع مثقلاً بالمشاكل والعوائق، لذلك يلتزم البائع ألا يتعرض بنفسه للمشتري، وأن يدفع عنه كل تعرض من الغير يمكن أن ينسب إليه هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، كما أنه لا قيمة لتسليم المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري إن لم يكن هذا الشيء صالحاً لتحقيق الغاية المقصودة منه، لذلك فإن البائع يضمن للمشتري خلو المبيع من العيوب الخفية التي تحول دون تحقيق المبيع للغرض المقصود منه.

وبالتالي، يتضح ممّا سبق، أنه يقع على البائع التزام بضمان عدم التعرض الاستحقاق والتزام بضمان العيوب الخفية¹.

ونظراً لأهمية الخاصة لعقد البيع، أورد المشرعان محل المقارنة أحكام الضمان ضمن التنظيم القانوني لهذا العقد، إلا أن أحكام هذا الالتزام القانوني يمتد إلى كل العقود الناقلة للملكية والانتفاع كالمقايضة

¹ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 339.

والإيجار، القرض والشركة...، مع تعديل لأحكامه بالقدر الذي يتفق مع الطبيعة الخاصة لكل عقد، فالضمان يقوم في عقود المعاوضة ولا يقوم بحسب الأصل في عقود التبضع¹.

في حقيقة الأمر، يعتبر الالتزام بضمان العيوب الخفية من أعرق الالتزامات الواردة على البائع والتي تجد مصدرها في القانون الروماني، والذي يرجع تبنيتها من قبل المشرع الفرنسي منذ 1804 في المواد من (1641 إلى 1649) من قانون المدني الفرنسي، والذي سرى على خطاه المشرع الجزائري منظمًا إياها في المواد (379) وما يليها من القانون المدني الجزائري.

حيث نصت المادة 379 من ق. م. ج على أنه: "يكون البائع ملزمًا بالضمان إذا لم يشتمل البيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته..."، وما يقابلها المادة 1641 من ق م ف التي تنص على أنه: "يكون البائع ملزمًا بالضمان بسبب العيوب الخفية في الشيء المبيع والتي تجعله غير صالح للاستعمال الموجه له، أو التي تنقص نقصًا شديدًا للاستعمال بحيث لم يكن للمشتري أن يقبله أو حتى يدفع ثمنه لو علم بها."

يتضح من هاتين المادتين، أن كلا المشرعان أكدا على ضرورة خلو المبيع من العيوب الخفية، ويشترط في العيب الخفي الذي يكون محل الضمان شروطًا أربعة، ولكن قبل التطرق إلى ذلك لابد من الانحراف قليلاً لمعرفة المقصود من العيب الخفي؟

لم تعطي التشريعات محل المقارنة تعريفًا دقيقًا للعيب الخفي، غير أن الفقه والقضاء حملا مسؤولية ذلك ولا بأس من ذكر أهمها في عجالة، حيث عرفها البعض بأنها: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"².

في حين انفرد المشرع الفرنسي باعتبار أن العيب الخفي هو العيب الذي يؤثر في صلاحية الشيء للاستعمال، ولا ننسى فضل القضاء الفرنسي في صقل وبلورة هذا النظام وتفسير نصوصه لتضمن الإلمام بكافة جوانبه، وقد تضاربت أحكام فمرات وسع نطاق تطبيق العيب الخفي ومرات شدد في ذلك³.

¹ محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 314.

² نفس المرجع، ص 315.

³ علي فتاك، مرجع سابق، ص 71.

أ-شروط العيب الموجب للضمان القانوني(ضمان العيوب الخفية):

في بادئ الأمر، يستثنى من نطاق تطبيق ضمان العيوب الخفية البيوع القضائية إذا تمت بالمزاد العلني¹، وما عدا ذلك فإذا تحققت هذه الشروط قام الالتزام بالضمان، ويمكن تحديدها بما يلي:

يجب أن يكون العيب قديماً (المقصد الحقيقي من هذا الشرط هو أن يكون العيب راجعاً إلى البيع، ولذلك يجب أن يكون العيب سابقاً على البيع²، أي يجب أن يكون موجوداً وقت تسلم المشتري للمبيع من البائع، وجد العيب قبل تمام البيع أو حدث بعد تمامه، فالمهم أن يكون موجوداً وقت التسليم³.

ويعتبر العيب موجوداً منذ اللحظة التي يوجد فيها مصدره أو نواته ولو كان انتشاره قد تم بعد ذلك).

يجب أن يكون العيب خفياً (يقصد بالخفاء العيب عدم استطاعة المشتري أن يتبين ويكتشف هذا العيب لو أنه فحص المبيع بالعناية المطلوبة وهي عناية الشخص العادي، في المقابل ذلك إذا كان الشخص العادي يستطيع اكتشاف العيب والاطلاع عليه، فإنَّ العيب لا يكون خفياً ولا يوجب الضمان⁴، فالبائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعلمها وقت البيع أو تلك التي تكون ظاهرة.

ويتضح من خلال النصوص القانونية محل المقارنة المنظمة لهذا النظام، أن المشرعان لجأ إلى المعيار الموضوعي لتحديد متى يعتبر العيب خفياً وهو معيار الرجل العادي).

يجب أن يكون العيب مؤثراً (بالرجوع إلى المادة 379 من ق م ج وما يقابلها، فإنَّ العيب المؤثر هو العيب الذي ينقص من قيمة المبيع بدرجة محسوسة أو أن ينقص من نفعه بحسب المقصودة منه أو تفويت منفعة المبيع كلياً أو جزئياً.

أما عن مقدار النقص الذي يجعل العيب مؤثراً بالمبيع، فإنَّ المشرع الجزائري لم يحدد ذلك، وبالتالي يمكن الاستعانة بالمعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي، والذي يقضي بأنَّ العيب مؤثر إذا بلغ من الجسامة بحيث لو علمه المشتري وقت التعاقد لامتنع عن الشراء أو قام بالشراء بثمن أقل، ويترك

¹ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.259

² نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 390.

³ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 351.

⁴ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 218.

للقاضي الموضوع سلطة تقدير جسامة العيب على ضوء واقع الحال¹. ولا يضمن البائع العيب الغير المؤثر أي العيب التافه الذي جرى العرف التسامح فيه².

ولا يختلف مفهوم العيب الخفي في القانون الفرنسي عنه في القانون الجزائري، وخاصة من حيث شروط العيب وضرورة الإخطار، إلا أنهما يختلفان في مسألتين هما:

الأولى من حيث الخيار الذي يثبت للمشتري بموجب دعوى الضمان (وتتمثل في إقامة دعوى رد المبيع واسترداد الثمن، وبين استبقاء المبيع واسترداد جزء من الثمن أي تخفيض الثمن)، ولا نجد له نظيره في النص الجزائري، والثانية من حيث أجل رفع دعوى الضمان (في الوقت الذي حدده المشرع الجزائري بسنة من وقت التسليم الحقيقي للمبيع، في حين لم يحدد المشرع الفرنسي وقتا معلوما وإنما عبر عنه بالوقت القصير un bref délai، وترك أمرها للقضاء وفقا لطبيعة العيب وعرف المكان الذي وقع فيه)³.

2- الضمان القانوني المنصوص عليه في ظل قانون الاستهلاك:

أثبتت الواقع العملي أن النظرية العامة لضمان العيوب الخفية ودور القضاء الفرنسي في توسيعها وبلورتها لم تدر الثمار التي كان يبتغيها المشرعان محل المقارنة، وإيماننا من المشرعان محل المقارنة بضرورة بسط حماية أشمل من تلك تفرضها القواعد العامة، فإنهما شجدا على ضرورة الالتزام بالضمان ولكن هذه المرة بصفة أوسع وأشمل وضمناه في قانون الاستهلاك.

إنّ تبني المشرعان هذا النهج راجع إلى حملة من الأسباب التي أدت إلى تغيير مسار الالتزام بالضمان والخروج من قوقعة الأحكام العامة للعيوب الخفية، ولعل معظمها أفرزته الحياة العملية لا من حيث الأشخاص المعنية به، ولا من حيث محل الضمان. وفيما يلي شرح مفصل لهذه المستجدات في هذا النظام لدى المشرعان محل المقارنة.

أ- الضمان القانوني المنصوص في قانون الاستهلاك الجزائري:

عالج المشرع الجزائري الضمان القانوني في ظل القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴، إلا أنه ترجمه بطريقة مختلفة عن تلك التي أخذ منها بها المشرع الفرنسي، حيث جاء في نص

¹ علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012، ص 120.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 397.

³ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 355-356.

⁴ ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ 8 مارس 2009، ص 12.

المادة 13 من قانون 03/09 على أنه: "يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون.

ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات.

يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته..."

كما عرف الضمان في صلب هذا القانون من خلال المادة 19/3 على أنه: "التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته."

وتماشيا مع ما جاء في قانون الاستهلاك، وإيماننا بضرورة تسريع وتيرة حماية المستهلك، نظم المشرع الجزائري أحكام الضمان بموجب المرسوم التنفيذي رقم 266/90¹، والذي ظل سارية المفعول إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي رقم 327/13 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ²، حيث حمل نفسه تعريف الضمان مرة ثانية من خلال المادة 3/1 منه.

ووفقا لما سبق من مواد، نجد أنّ المشرع الجزائري شدد على ضرورة التزام المؤسسات بالضمان القانوني في مواجهة المستهلك، إذ ألقى على عاتق المؤسسات التزام بتقديم منتجات خالية من كل العيوب.

ففي بادئ الأمر، كان المشرع الجزائري يلزم المؤسسات أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من كل عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له ومن أي خطر ينطوي عليه، طبقا لما جاء من قبل المادة 3 من المرسوم رقم 266/90 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 التي تنص على أنه: "يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له أو من أي خطر ينطوي عليه ويسري مفعول هذا الضمان لدى تسليم المنتج."

¹ المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج ر، العدد 40، الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 1990، ص 1246.

² التنفيذي رقم 327/13 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادر بتاريخ 2 أكتوبر 2013، ص 16.

ووفقا لما سبق سابقا، فإنَّ العيب الموجب للضمان بالإضافة إلى الصلاحية للاستعمال بالنظر إلى نقص السلامة المنتظرة، والذي عبر عنه المشرع الجزائري بمصطلح "الخطر"، إلا أنَّ ما جاء في التعديل الجديد قلب موازين القوى وغيَّر الاتجاهات التي كانت سارية المفعول في ظل المرسوم السابق، ويمكن لمس هذا التغيير من خلال التعريف الذي جاء به للضمان من خلال المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي 327 /13 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ على أنه:

-الضمان: الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع(كل بند تعاقدى أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما) وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة...".

كما تضيف المادة 4 منه أيضا على أنه: "في إطار تنفيذ الضمان، يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع ويكون مسؤولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم الخدمة".

ومنه نستنتج، أن المشرع الجزائري استخدم مصطلحين مهمين قد يغيران من ملامح الالتزام القانوني للضمان وهو "العيوب" و"المطابقة"، وهو ما لا نجد له مصدرا في القانون 02/89 المتعلق بحماية المستهلك¹ والمرسوم التنفيذي رقم 266/90 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ خاصة المصطلح الثاني، وهو الأمر الذي يجعلنا نميل معه إلى القول أن المشرع الجزائري قد تأثر بلا شك عند إصداره لهذا المرسوم التنفيذي في القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي لسنة 1999 الذي تبنى الالتزام بالمطابقة.

كما أن المرسوم التنفيذي رقم 327/13 تدارك التناقض الذي كان واقع بين القانون 03/09 والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 266/90 الذي كانت تحدد نطاق الضمان بكل ما يقتنيه من منتج مادي أو خدمة، بيد أن نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 327/13 جاء متسقا في فحواه مع ما تم النص عليه من خلال المادة 13 من قانون الاستهلاك الذي أكدت على أن الضمان يسري على السلع والخدمات، وفي حقيقة تقديرنا نجد أن هذا المرسوم ضيق ما كان موسعا في ظل المرسوم التنفيذي رقم 266/90، وفيما يلي توضيح ذلك من خلال سرد الشروط الواجبة التحقق للاستفادة من الضمان القانوني في ظل قانون الاستهلاك الجزائري.

¹ ج ر، العدد6، الصادر بتاريخ 8 فبراير 1989، ص154.

أ- شروط العيب الموجب للضمان القانوني في ظل قانون الاستهلاك الجزائري:

بالرجوع إلى النصوص القانونية، لا تضمن المؤسسات العيب في المنتج المقدم للمستهلك إلا بتوفر الشروط الآتية: أن يحدث العيب خلال فترة الضمان، أن يتم العقد بين طرفي العقد (المتدخل والمستهلك)، أن يكون المنتج معيبا.

- أن يحدث العيب خلال فترة الضمان:

من الشروط الأساسية لتقرير الضمان المنصوص عليه بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش، أن يحدث العيب خلال الفترة المشمولة بالضمان، وهو ما جسده المادة 2/13 من قانون 03/09 التي تنص على أنه: "...يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج..."، وتم تأكيده بالمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، التي تنص على: "...وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة."

واستنادا إلى هذه النصوص، يشترط للقيام بالضمان وجود العيب وقت إبرام العقد، كما يجب أن تظهر نتائجه قبل انتهاء فترة الضمان المحددة¹، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اتسق طريقا مخالفا لما هو مألوف في العيب التقليدي، الذي يشترط وجود العيب وقت تسليم المبيع وليس وقت البيع سواء نشأ أصله قبل التسليم أو تراخت نتائجه إلى ما بعد التسليم².

إن الحماية المقررة بموجب الضمان القانوني لا يجب أن يأخذ على إطلاقه، بل حدد المشرع الجزائري المدة التي يظل فيها المنتج مشمول بالحماية، والتي يجب ألا يقل عن 6 أشهر ابتداء من تاريخ تسليم السلعة الجديدة أو تقديم الخدمة³ مستثنيا بذلك إلى المنتجات المستعملة التي حددها بمدة ثلاث أشهر⁴، قابلة في كلتا الحالتين بالتمديد باتفاق الأطراف المعنية، إلا أنه لا يجوز الاتفاق على إنقاص في مدة الضمان باعتبارها من النظام العام.

أما عن مدة الضمان، فإن المشرع الجزائري ترك تحديده مرهونا بطبيعة السلعة (سواء أكانت جديدة أو مستعملة)، وبقرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك وقمع الغش أو بقرار مشترك بينه وبين الوزير

¹ سليم سداوي، حماية المستهلك الجزائري نموذجاً، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص53.

² نفس المرجع، ص53.

³ المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 367/13 السالف الذكر.

⁴ المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 367/13 السالف الذكر.

المعني¹، وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يتطرق للخدمة عند تحديده مدة الضمان، ممّا يجعلنا دوماً في حيرة حول تطبيق أو عدم تطبيق الأحكام السابقة عليها؟ وعلى العموم حدد القرار الوزاري المؤرخ في 14 ديسمبر 2014 مدة الضمان لبعض السلع².

-إنّ قيام الالتزام بالضمان يلزم وجود عقد أو اتفاق مبرم بين طرفي العلاقة الاستهلاكية

أكدت على هذا المطلب المواد 1/13 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والمادة 1/3 والمادة 2³ من المرسوم التنفيذي 327/13، كما أنّها وفي نفس السياق حددت مجال تطبيق الالتزام من حيث نوع العقد والأشخاص المعنية به.

وعليه، فإنّ الضمان القانوني الوارد في قانون الاستهلاك يتعلق بعقد البيع دون العقود الأخرى، وبالتالي لا تستفيد من الالتزام باقي العقود التي تبقى القواعد العامة العلاج الوحيد للعيوب التي ترد عليها، كما تضيف المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ شيئاً جديداً وهو تطبيقها على البيع: "...مهما كانت طريقة وتقنية البيع المستعمل." وهذا ما يفتح المجال لإمكانية تطبيق هذا الضمان على العقود الإلكترونية.

أما من حيث الأشخاص، فإنّ القانون 03/09 ومرسومه التنفيذي رقم 327/13 ينطبق على العلاقة التي تربط بين المتدخل والمستهلك فقط، وبالتالي يخرج من نطاق تطبيقها كل ما لا يندرج تحت هذان المصطلحان.

أما محل الضمان، فيشمل الالتزام بضمان المنتج المعيب، ويفهم من ذلك أن الحماية المقصودة من القانون 03/09 والمرسوم التنفيذي رقم 327/13 تنصب على السلع والخدمات⁴، وهذا ما أقرته صراحة المادة 13 من القانون 03/09 التي تنص على: "يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازاً أو أداة أو آلة أو عتاداً أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون.

¹ المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 367/13 السالف الذكر.

² القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014، يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة، ج ر، العدد 03، الصادر بتاريخ 27 يناير 2014، ص 25.

³ حيث تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 بأنّه: "تطبق أحكام هذا المرسوم على السلع والخدمات المقتناة المنصوص عليها في أحكام المادة 13 من القانون 03/09، ...، مهما كانت طريقة وتقنية البيع المستعمل."

وتضيف المادة 3/1 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 327/13 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ بأنّه: "... الضمان... على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع...".

⁴ حيث جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السالف الذكر بأنّه: "تطبق أحكام هذا المرسوم على السلع والخدمات المقتناة المنصوص عليها في أحكام المادة 13 من القانون 03/09...".

ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات...".

ويتضح من خلال ما جاءت به النصوص القانونية، فإن المنتجات المشمولة بالضمان في إطار العلاقة الاستهلاكية هي كل المواد التجهيزية والخدمات، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ضيق من مجال الاستفادة من الضمان، في حقيقة الأمر إنَّ انتهاجه لهذا المسلك ما هو إلاّ دليلا آخر على تبني ما جاء به المشرع الفرنسي في هذه النقطة بصفة غير صريحة.

- أن يكون المنتج معيبا:

لكي يستفيد أي منتج من الضمان يجب أن يلحقه عيبا ما، وبالرجوع إلى المواد 13 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹ والمرسوم التنفيذي رقم 327/13 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، أكد على ضرورة تحقق العيب دون أن يبدي تعريفا صريحا للعيب الموجب للضمان، الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول مدى إمكانية إسقاط القواعد العامة للعيب الخفي على العيب المقصود في قانون الاستهلاك؟ أم أن هذا الأخير له صيغة جديدة تتناسب مع التطورات الحاصلة في قانون الاستهلاك؟

أسأل تحديد مفهوم العيب حبر العديد من الفقهاء، بل أدى في بعض الأحيان إلى تضارب الأحكام القضائية التي كان لها نصيب في رسم حدود العيب الموجب للضمان، إلاّ أنّ ما يهمنا في هذا المقام وبعيدا عما تم استخلاصه من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فإنّ المشرع الجزائري في المرسوم 327/13 أدرج مفهوما مغايرا عما كان معروفا في الأحكام متماشيا مع ما جاء به المشرع الفرنسي في تعديله لسنة 2005، حيث استند إلى بعض المعايير التي تساعد على تحديد مفهوم العيب من خلال 10 من المرسوم 327/13 المتعلق: " يجب أن يكون المنتج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له، وعند الاقتضاء:

-يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل وحائزا كل الخصائص الذي يقدمها هذا المتدخل للمستهلك في شكل عينة أو نموذج.

-يقدم الخصائص التي يجوز للمستهلك أن يتوقعها بصفة مشروعة، والتي أعلنها المتدخل أو ممثله علنا ولاسيما عن طريق الإشهار أو الوسم.

-يتوفر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول به."

¹ جاء في المادة 13 من القانون 03/09 أنه: " يجب على المتدخل ...، في حالة ظهور عيب بالمنتج،..."

ومن ثم فإنَّ العيب المنصوص عليه في صلب هذه المادة هو "عدم الصلاحية للاستعمال المخصص له" بصفة أولية، إذ تعتبر المنتجات معيبة حسب هذا النص إذا كانت غير صالحة للاستعمال المعد له كليا أو جزئيا، وهو نفس المعيار الذي تبناه في ظل المرسوم السابق 266/90 الملغى (المادة 3منه)¹، إلا أنَّ التساؤل التي كانت تثيره هذه المادة هو تحديد المعيار القانوني الذي تحدد هذه الصلاحية؟

لم يكن المرسوم الملغى 266/90 يجيب على هذا السؤال الأمر الذي كان اللجوء فيه إلى قواعد القانون المدني أمرا مفروغا منه²، في حين تدخل المشرع الجزائري للمرة الثانية كان مجديا إذ حدد بعض المعايير التي يمكن الاستناد عليها لتحديد هذا المعيار الذي يجد مصدره في ما جاء به المشرع الفرنسي في ظل التوجيه الأوروبي لسنة 1999.

ويبدو أيضا-جديرا بالقول- في ظل المفهوم الجديد للعيب الموجب للضمان في ظل الأحكام المتعلقة بحماية المستهلك تختلف عن العيب الخفي المنصوص عليه في ظل القانون المدني، إذ يظل العيب - حسب هذه النصوص- مشمولا بالضمان حتى ولو كان المستهلك قادرا على كشفه إذ قام بفحصه، بل أنه لا يمكن أن يعفى المتدخل من الضمان لمجرد إثبات أن المستهلك قد قام بتجربة المنتج (طبقا للمادة 11 من المرسوم 327/13) أو أنه تسلمه خال من أي عيب، والواضح أن المشرع الجزائري أبقى على تبني العيب الغير الظاهر حتى ولو كان المستهلك قادرا على تبينه³.

أما في الحالة علم المستهلك بالعيب، فإنَّ المشرع الجزائري لم يُجب على هذا الفرض إلاَّ أنَّ المنطق وحسن النية يقتضي سقوط الضمان ليس لانقضاء شرط الخفاء، وإنما لتحقق العلم بالعيب⁴.

أ-ب-تنفيذ الالتزام بالضمان:

أوضح المرسوم 327/13 (المتعلق بتحديد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ) الجديد كيفية تنفيذ الالتزام بالضمان والمواعيد التي يلزم على أطراف العلاقة الاستهلاكية احترامها،

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 369.

² لم تحدد المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 أي معيار يمكن الاستناد عليه لتحديد صلاحية استعمال الشيء، وهذا ما يجعلنا نستجد بالمعايير التي ذكرتها المادة 379 من القانون المدني الجزائري، والتي تحدد وجهة الاستعمال بمعياريين موضوعين هما: طبيعة الشيء ومضمون العقد، فطبيعة الشيء هي التي تحدد المنافع المقصودة منه، كما تحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع، كما يمكن أن تتحدد وجهة الاستعمال بمضمون العقد... نفس المرجع، ص 370.

³ علي حساني، الإطار القانوني للإلتزام بالضمان في المنتجات (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 231-232.

⁴ نفس المرجع، ص 232.

حيث أوجبت المادة 1/21 منه على ضرورة تقديم المستهلك شكوى أو احتجاج إلى المتدخل المعني بالأمر بمجرد اكتشاف العيب في السلعة المقتناة أو الخدمة المقدمة، هذا الإجراء يعتبر بمثابة أول الاجراءات المتبعة للبدء في تنفيذ الالتزام، إذ بدونه لا يمكن للمتدخل أن يعلم بوجود العيب¹.

لم يشترط المشرع الجزائري أن يتخذ الاحتجاج المقدم من قبل المستهلك شكلا معيناً، فللمستهلك كامل الحرية في اختيار الطريقة المناسبة لترجمة سلوكه إما كتابيا أو شفويا(المادة1/21 من المرسوم التنفيذي 327/13)، وبمجرد وصول هذا الاحتجاج إلى علم المتدخل، يقوم بالتدخل عن طريق معاينة حضورية للمكان الذي يتواجد فيه المنتج بحضور المستهلك أو ممثليهما في مهلة 10 أيام من تاريخ تقديم الشكوى².

إذا تحققت الشروط السابقة واتبعت الإجراءات اللازمة، جاز للمستهلك الاستفادة من الحلول والحقوق التي رسختها المادتين(المادة13 من قانون الاستهلاك03/09 والمادة12 من المرسوم التنفيذي327/13)، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه في المادة 13 سرد الحلول بصفة اختيارية ولم يحدد أسبقية أي حل على الآخر، وبما أن المرسوم التنفيذي جاء ليوضح كيفية تنفيذ الضمان، قام بسرد الحلول بشكل تدريجي ومتتابع معتمدا على الحل البسيط إلى الحل الأكثر تعقيد³.

وبالتالي، فإنّه يحق للمستهلك - وفقا لما جاء في المادتين السابقتين- أن يطالب إما بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة، فإن تعذر عليه ذلك قام باستبدالها أو استعادة السلعة مع رد ثمنها، وفي كل الأحوال دون أية تكاليف أو مصاريف إضافية.

¹المادة 1/21 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السالف الذكر حيث جاء فيها: " لا يستفيد المستهلك من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية، أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة، لدى المتدخل...".

²المادة 2/21 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السالف الذكر حيث فيها: "...يمكن المتدخل أن يطالب مهلة عشرة(10) أيام ابتداء من تاريخ استلام الشكوى للقيام بمعاينة مضادة، وعلى حسابه، بحضور الطرفين أو ممثليهما في المكان الذي توجد فيه السلعة المضمونة."

³المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 السالف الذكر حيث جاء فيها: " يجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان، طبقا للمادة 13 من القانون خ03/09...إما:

- بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة.

- باستبدالها.

- يرد ثمنها..."

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط في عملية (رد قيمة السلعة أو الخدمة) ضرورة أن تكون في حالة جيدة وإلا تحمل المستهلك النقص الوارد فيها، غير أن القواعد العامة- في تقدير بعض الفقهاء وتقديرنا- تضمن ذلك للمتدخل حسن النية¹.

كما لم يتناول المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك والمرسوم التنفيذي 327/13 النص على حق المستهلك في التعويض وحسب-تقدير أيضا بعض الفقهاء وتقديرنا- فإنّ هذا الحق مكفول في إطار القواعد العامة².

ب-الضمان القانوني في ظل قانون الاستهلاك الفرنسي:

تشارك فرنسا مع العديد من الدول بتبنيها للالتزام القانوني لضمان العيوب الخفية، إلا أنّ بتبنيها الالتزام التي جاء به التوجيه الأوروبي رقم 1999 /44 المؤرخ في 25 ماي 1999 المتعلق بالبيع وضمان السلع الاستهلاكية فقد خالفت ما هو معروف، خاصة بعد نداء رئيس اللجنة برئاسة البرفيسور Geneviève Viney بتبسيط وتوسيع التوجيه الأوروبي وجعله ينطبق على جميع أنواع البيوع، وذلك بإدراجه في القانون المدني واستبدال ضمان العيوب الخفية بضمان المطابقة³.

ما كان للمشرع الفرنسي أن ينتهج هذا المسار عند تدخله بموجب الأمر 17 فيفري 2005، إذ فضل الاحتفاظ بضمان العيوب الخفية في القانون المدني، وإدراج ضمانا آخر في قانون الاستهلاك تحت عنوان:"الضمان القانوني للمطابقة *garantie légale de conformité*"، ولعل السبب الحقيقي وراء هذا الموقف هو خلق الانسجام و التوافق مع دول الاتحاد الأوروبي لأجل تسهيل حرية تنقل البضائع فيما بينهم، وتحقيق التوازن في شروط المنافسة المطبقة بينهم، وذلك لهدف أسمى هو الوصول إلى أعلى مراتب الحماية للمستهلك الفرنسي والأوروبي⁴.

وبالتالي، أصبح المستهلك الفرنسي أمام خيارين إمّا اللجوء إلى الضمان القانوني المنصوص عليه في القانون المدني(ضمان العيوب الخفية)، أو الضمان القانوني المنصوص عليها في قانون الاستهلاك (الضمان القانوني للمطابقة) وذلك بموجب المرسوم المؤرخ في 17فيفري 2005.

وبالفعل أدرج المشرع الفرنسي هذا التعديل في منظومته التشريعية بموجب المرسوم المؤرخ في 17 فيفري⁵ 2005 ، في فصل منفصل تحت تسمية: الالتزام بضمان المطابقة" محددًا بذلك شروط

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص384.

² نفس المرجع، ص384.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.243.

⁴ Ibid, p.243.

⁵ L'ordonnance n°2005-136 du 17février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : J.O n°41 du 18 février 2005, p.2778.

وكيفية إعماله في الحياة العملية، حيث جاء في المادة من قانون الاستهلاك: " يلتزم البائع بتسليم سلعة مطابقة لما جاء في العقد من عيوب المطابقة التي تصاحب عملية التسليم."

والتي حددت المادة 1-217 L من قانون الاستهلاك الفرنسي بصفة دقيقة الشروط الواجب توفرها لتطبيق الالتزام بالضمان القانوني(ضمان المطابقة)¹ وهي كالاتي:

- يجب أن يتعلق الأمر بعقد البيع، ينطبق أيضا على عقد التموين بالسلع المنقولة.

- يجب أن يتعلق الأمر بعقد بيع أموال منقولة مادية، يقصى من نطاق تطبيقها الأموال العقارية.

- يجب أن يتم أمر البيع بين بائع(يمارس مهامه التجارية أو المهنية) وبمشتري له صفة المستهلك².

فإذا تحققت هذه الشروط السابقة، فتح الباب أمام المستهلك لرفع دعوى الضمان بالمطابقة، ولكن الإشكالية المطروحة هنا وهو المقصود من وراء مصطلح المطابقة، فهل هو نفسه المصطلح التي تم التطرق إليه في الالتزامات بالمطابقة أم أن المصطلح هنا يختلف؟

من خلال استقراء المواد من 5-217 L إلى 14-217 L من قانون الاستهلاك، نجد أنّ المشرع الفرنسي لم يعرف المطابقة محل المناقشة تعريفا دقيقا، وإنما فضّل إدراج عدة معايير تقاس على أساسها المطابقة، فإذا لم تتحقق تلك الحالات اعتبر الشيء محل العقد غير مطابقا، استوجب معه رفع دعوى ضمان المطابقة.

وعليه، تكون السلعة أو الخدمة مطابقة لقانون الاستهلاك الفرنسي، عندما تكون السلعة صالحة للاستعمال العادي المعد له، وعند الاقتضاء يجب أن تكون السلعة مطابقة مع الوصف الذي تم تقديمه من قبل البائع، تحمل في طياتها الجودة التي تم تقديمها له وفق شكل نماذج أو موديلات هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ مطابقة السلعة للعقد المبرم يجب أن تقدم الجودة التي ينتظرها بصفة مشروعة بالمقارنة مع التصريحات الإعلانية التي يقدمها المنتج أو البائع بموجب الإعلان أو الوسم³.

¹ يجب التنويه أن الشروط التي أتى بها المشرع الفرنسي هي نفسها الشروط المنصوص عليها في التوجيه الأوروبي CE / 44/ 1999 المؤرخ في 25 ماي 1999 ، والذي تم تبنيه من قبل كل الدول الأوروبية...

Degrave Elise, La réparation et le remplacement d'une chose vendue non conforme, Annales de droit de Louvain, vol. 65, n°1-2, 2005, p.151.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.244.

³ Picod Yves et Davo Héléne, op.cit, p.274.

إلى جانب ذلك، يتم تقدير المطابقة وفق نفس المادة بالنظر إلى المواصفات أو الاستعمال الخاص للسلعة والتي تم الاتفاق عليه بكل حرية في العقد صراحة أو ضمناً¹، كما يمكن أن تقاس بالنظر إلى المعطيات التقنية المعروفة أو في اليوم الذي تم فيه إبرام عقد البيع².

وعلى هذا الأساس، يرى الفقهاء Henri و Calais أن الالتزام بضمان المطابقة أصبح شاملاً لجميع عيوب المطابقة، وأن مصطلح العيب الخفي تم امتصاصه لمصطلح أكثر شمولية وهو مصطلح المطابقة³، وبالفعل فعيب المطابقة يحمل في طياته مقاربة ثنائية (dualiste)، فهي تجمع المفهوم المدني للعيب الخفي (المادة 1641 من ق م ق ف) في مفهومه الموضوعي، ومفهوم الالتزام بالتسليم المطابق (المادة 1604 من ق م ق ف) في مفهومه الشخصي⁴.

وفي الأخير، لا يمكن للمشتري اللجوء إلى الضمان المنصوص عليه في قانون الاستهلاك، إلا إذا توفرت في العيب خاصيتين التاليتين:

- يجب أن يكون عيب المطابقة خفياً أثناء إبرام العقد (المادة من قانون الاستهلاك)، في حقيقة الأمر يعتبر هذا الشرط أو الخاصية أكثر منطقية، ذلك أن العيب الذي يعلم به المشتري ويتجاوز عنه أو لا يعترض عليه حينها لا يعتبر عيباً في المطابقة، إلا أن قانون الاستهلاك الفرنسي وخلافاً لما جاء في التعليمات الأوروبية، لا يشترط أن يكون العيب خفياً أثناء التسليم، إذ يستطيع المستهلك المطالبة بالضمان حتى ولو كان العيب ظاهراً⁵.

- لا يضمن البائع إلا عيب المطابقة الموجود أثناء التسليم، ذلك أن البائع غير مجبر لضمان العيوب التي قد تحدث بعد التسليم باعتبار أن تبعية الهلاك بعد التسليم تنتقل إلى المشتري، إلا أنه قد يحدث أن يكون العيب موجوداً أثناء التسليم إلا أنه يكون خفياً ويتراخى ظهوره بعد التسليم، فما هو الحل؟

أجاب قانون الاستهلاك الفرنسي على هذا الفرض، واعتبر أن العيوب المطابقة التي تظهر خلال 6 أشهر من يوم التسليم، تعتبر موجودة أثناء التسليم ما لم يتم إثبات عكس ذلك (قرينة بسيطة المادة من قانون الاستهلاك)، هذه المدة تم نقلها من التوجيه الأوروبي لسنة 1999، أصبحت في ظل القانون 17

¹ فتيحة سعدي، محاولة رسم الحد الفاصل بين ضمان العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق، مجلة سداسية، العدد 3، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، 3 جويلية 2012، ص 86.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.244.

³ فتيحة سعدي، محاولة رسم الحد الفاصل بين ضمان العيب الخفي والالتزام بالتسليم المطابق، مرجع سابق، ص 86.

⁴ Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.205.

⁵ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.245.

مارس 2014 أربعة وعشرون شهرا (24) إلا أن هذه المدة لا تدخل حيز التنفيذ إلا في مارس 2016¹.

ولقد رجح بعض الفقه اختصار مدة رفع الدعوى راجع إلى طبيعة السلع التي يشملها الضمان القانوني، والتي تعتبر بطبيعتها سريعة الاهتلاك، فإذا وجد عطب أو عيب فسوف يظهر في مدة وجيزة بعد الشراء².

إن ممارسة المشتري للدعوى الضمان بالمطابقة أمام القضاء سيكون سهلا لو تم اكتشافه في مدة 6 أشهر من يوم التسليم، مستفيدا في هذا الحالة من العرض الذي سوف تقدمه المادة من قانون الاستهلاك، والتي تتشأ في مصلحته قرينة بسيطة بأن العيب موجود قبل التسليم ما لم يثبت عكس ذلك، وهو عكس الحل المنصوص عليه في المادة 1315 من ق م ف³.

وفي المقابل، يلتزم البائع أن يثبت أنه قام بتسليم مبيع مطابق وأن العيب الذي ظهر فيه راجع إلى خطأ في الاستعمال أو لأن العيب مخالف لطبيعة السلعة.

إن الحماية التي ابتغاها المشرع الفرنسي جعلته يتدخل مرة ثانية بموجب قانون هامون " La loi Hamon" المؤرخ في 17 مارس 2014⁴ لرفع مدة القرينة إلى أربعة وعشرون شهرا، أما بالنسبة للسلع المستعملة فتحتفظ بنفس المدة، لا تدخل هذه التعديلات حيز التنفيذ إلا بعد مرور عامين على نشر هذا القانون (18 مارس 2016)⁵، كل هذه الامتيازات جعلت بعض الفقه يخرج من صمته ويُشيد بالحماية الواسعة التي حملها هذا النظام في طياته بالمقارنة مع الحماية التي كان يوفرها القانون المدني⁶.

-الآثار المترتبة على تطبيق الضمان القانوني للمطابقة:

الأصل أن القانون الفرنسي ساير أحكام التوجيه الأوروبي 1999/44 في إعطاء المشتري حق اختيار الطريق الأنسب لعلاج عيب المطابقة التي ظهرت في السلع التي اقتناها، والتي لا يستطيع الأطراف الاتفاق على استبعادها أو تقييدها⁷.

¹ Ibid, p.245-246.

² Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.205.

³ Foucher Patricia et Hèbert-Wimart Françoise, La garantie de la conformité du bien au contrat, INC document (étude juridique), INC Hebdo, n°1367, 5-11 décembre 2005, p.5.

⁴ La loi n°2014-344 du 17mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », JO, 18mars2014.

⁵ Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.205.

⁶ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.246.

⁷ Foucher Patricia et Hèbert-Wimart Françoise, op. cit, p.5.

وعليه، يستطيع المستهلك الاختيار بين أربع طرق متوفرة قانونا في حوزته وهي: إما إصلاح المبيع، استبداله، إنقاص من الثمن، فسخ العقد، وهو ما لا توفره صراحة أحكام القانون المدني¹.

إن تنوع السبل المتاحة أمام المستهلك لا يجب أخذه على إطلاقه، إذ طالب التوجيه الأوروبي المستهلك احترام التزام التساهل والتسامح الذي يجد مصدره في حسن النية التعاقدية للأطراف المتعاقدة، وترسيخا لذلك يمنع على المستهلك طلب فسخ العقد إذا كان عيب المطابقة بسيط أو غير جسيم².

وبالتالي، فإنه يحق للمستهلك طبقا للمادة (من قانون الاستهلاك) أن يختار بين إصلاح أو استبدال المبيع وبدون تكاليف إضافية، إن انتهاج المشتري هذا السلوك يحمل في طياته واجب التعاون التي تفرضه حسن نية الأطراف على أن تتم هذه العملية في ظروف ملائمة وبأجال معقولة دون تحميل المستهلك مشاق هذا العيب³.

وفي حالة استحالة اللجوء إلى الحلين السابقين، يمكن للمستهلك رد السلعة المعيبة مع استرداد ثمنها(الفسخ)، أو أن يحتفظ بها مقابل إنقاص ثمنها⁴.

وفي كل الأحوال، يعتبر اللجوء إلى هذه الحلول مجاني أي لا يمكن تحميل المستهلك مصاريف إضافية أو تكملية مهما كان السبيل الذي تم اختياره، بل بالعكس يستطيع هذا الأخير المطالبة بتعويض الأضرار التي قد يسببها عيب المطابقة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن ممارسة المستهلك للحقوق المسخرة له بموجب قانون الاستهلاك يتم بموجب البائع النهائي، الذي بدوره يستطيع الرجوع على الوسطاء المتتاليين أو المنتج(14-217L من قانون الاستهلاك)⁵.

ثانيا-التزام المؤسسات بالضمان الاتفاقي.

يعتبر الضمان الاتفاقي من أبرز ملامح تشديد الالتزامات الواردة على المتدخل، حيث نظمه المشرع الجزائري في ظل المادة 14 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي جاء فيها أن: "كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه...".

¹ Degrave Elise, op. cit, p.206.

² Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.271.

³ Foucher Patricia et Hèbert-Wimart Françoise, op. cit, p.5.

⁴ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.247.

⁵Ibid, p.247.

تم التأكيد على وجوده في ظل المرسوم التنفيذي رقم 327/13 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ من خلال المادة 2/3 وأطلق عليه تسمية (الضمان الإضافي)، حيث عرف من خلالها هذا الأخير على أنه: كل التزام تعاقدى محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك، دون زيادة في التكلفة."

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فمنذ دخول قانون هامون La loi Hamon، الذي أعطى تعريفا واضحا وصريحا للضمان الاتفاقي، والتي درج على تسميته بالاتفاق التجاري حيث عرفته المادة -L217 15 من قانون الاستهلاك على أنه: "يفهم من كل تعهد اتفاقي للمحترف اتجاه المستهلك، فيما يخص تعويض ثمن الشراء، استرداد أو تصليح السلعة، زيادة على التزاماته القانونية الناتجة عن الضمان بالمطابقة للسلع".

ومن خلال استقراء النصوص السابقة، نجد أن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي يتفقان على مبدأ عام واحد وهو أن الضمان الاتفاقي لا يقوم إلا باتفاق مسبق بين المنتج أو البائع (المحترف/ المتدخل) والمستهلك، ولا يكون خاضعا إلا لإرادتهما¹، وينتشر عادة استعمال هذا النوع من الضمانات في بيع السيارات والأجهزة الكهرومنزلية².

ولقد تصور الفقه الفرنسي في وقت مضى أن الضمانات الاتفاقية ليس إلا نوع من التعديل والتوسيع في الضمانات القانونية للعيوب الخفية، فإن استقلالية هذين النوعين من الضمانات أصبح أمرا مسلما به³، ذلك أن الضمان الاتفاقي المقصود - من هذه النصوص - ذو طابع خاص، كما أنه يشكل نظاما مترابطا يختلف عن الضمان القانوني كلا حسب الهدف المنوط به، فإذا كان الضمان القانوني يلزم البائع بتحمل نتائج وجود عيب خفي في المبيع (أحكام القانون المدني) أو عيب المطابقة (أحكام قانون الاستهلاك) والموجود أثناء التسليم⁴، فإن للضمان الاتفاقي صورا أكثر تنوعا كونه يجبر البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل، في ظل شروط واضحة ومدة معينة بعد إبرام البيع⁵.

ومن خلال كل ما سبق، واستقراء للنصوص القانونية المنظمة له، نجد أن الضمان الاتفاقي يمتاز بالخصائص التالية:

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 384.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.249.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 473.

⁴ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.250.

⁵ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 473.

-تعتبر الضمانات الإضافية (الاتفاقية) من أهم الآليات تشديد الالتزامات الزاردة على المتدخل(المحترف)، كما أنها وسيلة لتحسين وضع المشتري بالمقارنة مع الضمان القانوني (العيوب الخفية، المطابقة) كونه يمنح امتيازات أكبر للمستهلك، لذلك يجب على المستهلك أن يتفطن أكثر حتى لا يقع في لبس عدم التمييز بين الضمان الاتفاقي والضمان القانوني الناجم عن عدم خبرته وقلة معلوماته مقابل صمت المتدخل¹، لهذا يقع على المتدخل التزام اعلام المستهلك بكلا الضمانيين حتى تتضح الرؤية ويرفع الحرج، كما لا يحق للمتدخل أن يتمسك بحق المستهلك في الخيار بين الضمانيين بحجة أن استفادة المستهلك من الضمان القانوني تلغي حقة في اللجوء إلى الضمان الاتفاقي².

-إنّ الاحتجاج بالضمان الاتفاقي يتم في حالة وجود عيب أثناء المدة المحددة في الاتفاق، وبالتالي يعفى المستهلك من إثبات قدم العيب وخفاؤه أو أنه موجود أثناء التسليم، مع العلم أن العديد من المحترفين يتملصون من مسؤوليتهم عن طريق إلقاء اللوم على سوء استخدام (استعمال) السلعة المقتناة أو الخدمة المقدمة، إلا أنه في هذه الحالة يقع على المتدخل استحضار الدليل على ذلك³.

-إنّ الضمان الاتفاقي يتماشى مع الضمان القانوني، لا يلغيه وإنما جاء تدعيما له، وعليه فإنّ الشروط التي تنقص من الضمان الاتفاقي أو تخضعه لشروط خاصة لا يكون لها أي تأثير على الضمان القانوني، وهذا ما أكدته المادة 14 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وما يقابلها المادة⁴.

في حين أضاف المشرع الفرنسي من خلال المادة من قانون الاستهلاك على ضرورة إلزام المحترف بالتذكير بصفة واضحة بوجود ضمان قانوني وأن الضمان الاتفاقي ما هو إلا امتياز يقدمه هذا الأخير⁵.

-أن الضمان الاتفاقي يعتبر وحدة واحدة لا تتجزأ، إذ لا يمكن للأطراف المعنية تطبيق بعض الشروط واستبعاد بعضهما البعض، كما أن الشروط الواردة في هذا الضمان تعتبر قابلة للتطبيق في مجال الضمان الاتفاقي(الإضافي)⁶.

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص385.

² وزارة التجارة، دليل المستهلك الجزائري، مايو 2012، ص126.

³ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.268.

⁴ علي حساني، مرجع سابق، ص250.

⁵ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.268.

⁶ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.250.

- نظرا لأهمية الضمان الاتفاقي وخطورته أجبرا المشرعان الجزائري والفرنسي على ضرورة إفراده في قالب مكتوب، كما أكدت على ضرورة استحضار جملة من البيانات حددتها المادة 10 إلى 16 المرسوم التنفيذي 327/13 (وما يقابلها المادة 15-217L من قانون الاستهلاك).

كما يضيف المشرع الفرنسي في هذه النقطة تدقيقا ينفي الجهالة عن المستهلك، إذ يجبر المحترف (البائع) على ضرورة ذكر البيانات التالية:

- ذكر المادة 16-217L (من قانون الاستهلاك) المتعلقة بمدة السلعة.

- تذكير المستهلك ببقاء البائع ملزما بالضمان القانوني (المنصوص عليه في القانون المدني وقانون الاستهلاك).

- النقل الحرفي للمواد (4-217L و 5-211L و 12-217L من قانون الاستهلاك، والمواد 1641a¹ و 1648² والمادة 2232 من القانون المدني).

ولعل الهدف الرئيسي من وراء هذه البيانات هو تكريس حماية أوسع للمستهلك التي قد تدرأ عنه الوقوع في لبس عدم التمييز، والتفرقة بين الضمان القانوني والضمان الاتفاقي¹.

- من أهم مميزات الضمان القانوني أنه يتم مجانا، فهل هذه الميزة المنوطة للضمان الاتفاقي؟

أجابت على هذا السؤال المادة 14 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي تنص على أنه: "كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا...".

وعليه، فإنّ الضمان الاتفاقي عكس الضمان القانوني يكون إما مجانا أو بالمقابل، إلا أنّ المشرع الجزائري بتدخله بموجب المرسوم 327/13 ارتأى وجهة نظرة أخرى من خلال نص المادة 2/3 منه التي جاء فيها مايلي: "كل التزام تعاقدى...، دون زيادة في التكلفة".

الأمر الذي يفرز معه تناقض واضح بين النصيين؟

بالرجوع إلى المشرع الفرنسي في هذه النقطة، نجده أنه كان يعتمد على مجانية الضمان الاتفاقي أو ثمنه يضاف إلى تكلفة المبيع، إلا أنه بعد اعتماد قانون هامون La loi Hamon أصبح الضمان الاتفاقي يتم بمقابل²، أما بالنسبة للمشرع الجزائري يستدعي التناقض الذي وضعنا فيه نرجع إلى الأساس الذي يقوم عليه الضمان الاتفاقي ألا وهو اتفاق الأطراف، وبالتالي فإن هذا الأخير خاضع

¹ Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.209-210.

² Ibid, p.209.

لإرادة الأطراف المتعاقدة، التي قد تتجه إلى اعتباره مجاني أو بمقابل، والأصح الإبقاء على ما جاء في نص المادة 14 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

-إنَّ المنافع التي يدَّرها تبني المشرعان محل المقارنة للضمان الاتفاقي، لا تنفي عدم وجود مخاطر قد تلاحق المستهلك أثناء تطبيقه، فمن جهة عدم تمكن المستهلك التمييز بين الضمان الاتفاقي والضمان القانوني، وقد يؤدي إلى ربط حقه في استخدام الضمان الاتفاقي وبين الشروط المتعلقة بالعيوب، فيضيع على نفسه ما يتيح له الضمان الاتفاقي من مزايا¹.

ومن جهة أخرى قد يستغل بعض المتدخلين (المحترفين) الضمان الاتفاقي في الدعاية والإعلانات المضللة، ومن ثمَّ يتحول من وسيلة لإعادة التوازن المفقود في العلاقة بين الطرفين والتشديد من قبل المشرعين على المتدخل إلى عبء على المستهلك².

ثالثا: التزام المؤسسات بالخدمة ما بعد البيع.

تعتبر الخدمة ما بعد البيع من بين أهم المستجدات التي أكد على ضرورتها قانون حماية المستهلك الجزائري 03/09 من خلال نص المادة 16 منه على: "في إطار الخدمة ما بعد البيع، وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتج المعروض في السوق".

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف الخدمة ما بعد البيع في المادة السابقة الذكر، وإنما وضع متى يتم اللجوء إلى هذه الإمكانية والالتزامات الواردة على المتدخل أثناء تنفيذه لهذه الخدمة، مع العلم أن المشرع الجزائري أشار إلى هذه التقنية منذ القرار الوزاري المؤرخ 10 ماي 1994 (المتضمن كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90).

عكس المشرع الفرنسي الذي أبدع في تبنيه هذا الالتزام من خلال نص المادة من قانون الاستهلاك، متخذاً نفس موقف المشرع الجزائري في عدم تعريفه للخدمة ما بعد البيع تاركا المجال واسعا للفقهاء، الذي أعطى للخدمة ما بعد البيع معنيين (معنى واسع ومعنى ضيق).

وعليه، تعتبر الخدمة ما بعد البيع بمفهومها الواسع هي كل أشكال الخدمات الممنوحة بعد إبرام عقد البيع والمتعلقة بالشيء المبيع، مهما كانت طريقة دفعها أو أدائها (كالتسليم في المنزل والإصلاح

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 479.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.252.

والعناية...¹، ومن خلال هذا المفهوم يتضح أن الضمان القانوني والضمان الاتفاقي يعتبر جزءا لا يتجزء من الخدمة ما بعد البيع.²

أما إذا نظرنا للخدمة ما بعد البيع بمفهومها الضيق، فإنها تشمل كل الأداءات التي تكون بمقابل ولا تدخل في ثمن المبيع، كنقل للمبيع أو تركيبه، أو صيانة المبيع فكلها تتم بمقابل³.

ومن خلال هذه التعاريف، يتضح أن الخدمة ما بعد البيع تختلف عن عقد البيع، فإذا كان الضمان ينشأ أثناء إبرام عقد البيع، فإن الخدمة ما بعد البيع تتشأن عن عقد مقاوله، تختلف عن عقد البيع حتى ولو كان تابعا له، وأبرم معه في نفس الوقت⁴.

ومما سبق نستنتج، أن الخدمة ما بعد البيع تتطلب تسخير المتدخل المزيد من الجهد من أجل توفير للمستهلك جملة من الخدمات المتمثلة أساسا في (التركيب، المساعدة الفنية، النقل، إصلاح العيوب..). قصد الإبقاء على صلاحية المنتجات أطول وقت ممكن.

والجدير بالذكر أن خلو نص المادة (من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش) للخدمة ما بعد البيع من نطاق تطبيقها، وعلى وجه العموم تسري الخدمة ما بعد البيع على التجهيزات والأدوات الكهرومنزلية وأجهزة الإعلام الآلي والسيارات...، أي بوجه خاص الأجهزة التي تتطلب وقت معين أثناء استعمالها للتأكد من مدى صلاحيتها، وعليه يخرج من نطاق تطبيق الخدمة ما بعد البيع المواد القابلة للاهتلاك دفعة واحدة (كالمواد الغذائية...)⁵.

ومن خلال النصوص القانونية المنظمة للخدمة ما بعد البيع وكذا التعاريف المدرجة له، يتميز هذا النظام بالخصائص التالية:

- تعتبر الخدمة ما بعد البيع مكملة للضمان القانوني والضمان الاتفاقي، وتكمن فعاليتها في الحالات التي لا يمكن للضمان بنوعيه أن يلعب دوره أو في حالة انقضاء الضمان بهدف الحفاظ على صلاحية عمل المبيع أطول وقت ممكن⁶.

¹ فاطمة محمودي، الخدمة ما بعد البيع على ضوء قانون رقم 09-03، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد 3، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، 3 جويلية 2012، ص 94.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.254.

³ فاطمة محمودي، الخدمة ما بعد البيع على ضوء قانون رقم 09-03، مرجع سابق، ص 96.

⁴ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 387.

⁵ فاطمة محمودي، الخدمة ما بعد البيع على ضوء قانون رقم 09-03، مرجع سابق، ص 97.

⁶ المادة 16 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

-الخدمة ما بعد البيع هي من الالتزامات الواقعة على المتدخل اتجاه المستهلك، إلا أنّ الدور الأصيل يرجع إلى الحرية التعاقدية للأطراف المتعاقدة.

وبالتالي، يستطيع المعنيون بالأمر إدراج في العقد ما يحلو لهما من الشروط دون تعسف، وإلا وقعا في شباك الحظر والبطلان¹.

-يترتب على إخلال المتدخل بالتزامه بعدم توفير نظام الخدمة ما بعد البيع غرامة مالية تتراوح ما بين خمسين ألف دينار 50000 دج إلى مليون دينار جزائري 1000000 دج وما يقابلها المادة، مع إمكانية خضوع النزاع الذي يثار بخصوص عدم تنفيذ الخدمة ما بعد البيع من طرف المتدخل إلى الصلح².

-نظرا لأهمية الخدمة ما بعد البيع والمشاكل التي قد تثيرها في الحياة العملية، فإنّ المشرع الجزائري لم يوفق إلى حد كبير في معالجة هذا النظام، ولعل السبب الرئيسي من وراء ذلك هو خلو القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والمرسوم التنفيذي رقم 327/13 المطبق له من تنظيم خاص لهذه الخدمة، عكس المشرع الفرنسي الذي أبدع في حل المشاكل التي تقف عائقا على إنجازها وتحقيق أكبر قدر من الحماية، حيث تدخل مرة ثانية بموجب القانون LME المؤرخ في 4 أوت 2008³، الذي فرض على المحترفين بعض الالتزامات لسد العجز الذي خلفه التطبيق العملي للخدمة ما بعد البيع⁴، وتم إدراجها في المنظومة التشريعية بموجب المواد (L217-17 إلى L217-20 من قانون الاستهلاك) والمتعلقة في مجملها في إعلام المستهلك في ثلاث مواطن:

-أثناء إبرام عقد البيع، يجب على البائع الذي يعدّ بتقديم خدمة ما بعد البيع تحرير عقد كتابي وإعطاء نسخة منه للمشتري.

-أثناء نقلها ووضع السلعة في الخدمة (mise en service)، وذلك عندما تشكلان جزءا من الخدمات الموعود بها، ويقصد وضع المبيع في الخدمة كل ما يتعلق بتركيبه والتأكد من حسن سيره، لهذا يجب على المحترف تقديم للمشتري وثيقة تبين طريقة عملها (notice d'emploi)، وعند الاقتضاء شهادة ضمان الآلة.

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.254.

² فاطمة محمودي، الخدمة ما بعد البيع على ضوء قانون رقم 09-03، مرجع سابق، ص102.

³ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'économie, JORF, n°0181 du 5 août 2008, p.12471.

⁴ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.269.

-وفي الأخير، عند فويرة خدمات التصليح بصفة جزافية، يجب على البائع إعلام المشتري بصفة مكتوبة أصل العطل، وطبيعة التدخل والقطع التي يتم استبدالها.¹

كما فرض المشرع الفرنسي على غياب هذه الأحكام غرامة مالية قد تصل إلى 3000 أورو للشخص الطبيعي و 15000 أورو للشخص المعنوي.²

لقد أكد الواقع العملي في فرنسا عجز كل هذه القواعد المستحدثة للتصدي إلى المشاكل التي يثيرها تطبيق الخدمة ما بعد البيع، الأمر الذي تطلب معه تدخل المشرع الفرنسي مرة ثانية سنة 2014، حيث فرض هذه المرة على المنتج والمستهود أن يعلم البائع بالمدة الزمنية التي سوف تستغرقها لتوفير قطع الغيار في السوق، والذي بدوره يعلم المستهلك بتلك المدة تحت طائلة العقوبة المالية.³

المطلب الثاني: حماية المستهلك عن طريق توفير منتجات آمنة وسليمة

تعتبر المنافسة الحرة والنزيهة حقلا ممتازا لتقديم أحسن السلع والخدمات للمستهلك، إلا أن هذا الفرض لا يمكن أن يتحقق إذا أقدمت المؤسسات الناشطة في السوق بارتكاب ممارسات مخلة بقواعد المنافسة، مما يصعب معه الاحتفاظ بأحسن المؤسسات أداء، الأمر الذي سينعكس سلبا على نوعية وجودة المنتجات المعروضة للمستهلك، ولقطع دابر هذه المؤسسات تدخل المشرعان محل المقارنة من أجل التشديد عليها من أجل توفير منتجات آمنة وسليمة للمستهلك، أطلق عليه في صلب القوانين المنظمة لحماية المستهلك بالالتزام بالسلامة.

يعتبر الالتزام بالسلامة من أهم الالتزامات الواردة على المتدخل والذي تم إدراج مفهومه في العقود، ويرجع الفضل في ذلك للاجتهاد القضائي الفرنسي، وليس غريبا عليه ذلك باعتباره مؤسسا فعلا للنظرية الالتزامات.

حيث اعتبر الالتزام بالسلامة في بداية نشأته التزاما تبعا وضمنا يقع على أحد المتعاقدين وذلك بعد ظهوره لأول مرة في عقد النقل بموجب القرار الشهير للمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 نوفمبر⁴ 1911، بدأ هذا الالتزام يغزو العقود شيئا فشيئا إلى غاية وصوله لعقد البيع في القرن 19، وذلك بموجب القرار الشهير المؤرخ في 11 جوان 1991 الذي أنشأ مبدأ هاما، حيث جاء في القرار ما يلي:

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.255.

² Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.211.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.257.

⁴ علي حساني، مرجع سابق، ص 137.

"يقع على البائع التزاما عقديا بالسلامة والذي يفرض عليه عدم تسليم منتجات خالية من كل عيب أو كل خلل في صناعته، بطبيعته أن يلحق ضررا بالأشخاص أو الأموال".¹

ولقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي هو الأساس القانوني والمنطقي لتبرير وتفسير وجود التزام تبعية لضمان السلامة²، والتي تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري وهي ما استند عليه ولازال يستند عليه القضاء الجزائري في العديد من المناسبات طبقا للقرار الصادر عن الغرفة المدنية للقضاء الأعلى (المحكمة العليا) الصادر بتاريخ 1983/03/20.³

اتخذ المشرع الفرنسي هذا الحل إلى غاية 1978 خاصة بعد غياب تام لأحكام قانونية خاصة بسلامة المنتجات والخدمات، واعتبر أنذاك أن الالتزام بالسلامة التزم تابع للالتزام بالمطابقة، وبالفعل كل النصوص القانونية والتنظيمية والتطبيقية للقانون 1905 كانت تحاول أن تغطي هذا الفرض، وحتى تدخل الجمعية الفرنسية للتقييس (L'AFNOR) عن طريق مواصفات خاصة بالسلامة لم تكن تفي بالغرض المنشود.⁴

هذا الأمر لم يكن ليؤدي نفعاً مع التطورات والمستجدات الحادثة الأمر الذي تطلب معه إدراج هذا الاجتهاد القضائي وتنظيمه في ظل نصوص قانونية، هذا ما دفع المشرع الفرنسي للتدخل بموجب القانون (Scrivener la loi n°78-23 du 10-01-1978)، والاعتراف لأول مرة صراحة بالالتزام بالسلامة باعتباره التزام مستقل في حد ذاته⁵، تم استبداله بالقانون 31 جويلية 1983 التي أصبحت حالياً المادة L221-1 من قانون الاستهلاك⁶، تم بلورتها وصقلها بالعديد من النصوص القانونية المستوحاة من التوجيهات الأوروبية، ولعل أهمها التوجيه الأوروبي 25 جويلية 1985 المتعلق بالمسؤولية الناتجة عن المنتجات المعيبة (والذي تم إدراجه في القانون المدني بموجب المادة 1346-4 من ق م ف)⁷، والتوجيه الأوروبي ل29 جوان 1992 الذي استبدله بموجب التوجيه المؤرخ في 3 ديسمبر 2001 المتعلق بالسلامة العامة للمنتجات المحددة بموجب المادة 2 منه (Lettre b)، تبناه

¹ Piédelièvre Stéphane, op. cit, p.561.

² Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.225.

³ أحمد موافي بناني، الالتزام بالسلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، جانفي 2014. ص416.

⁴ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.272.

⁵ Ibid, p.273.

⁶ بعد التعديل الجديد للقانون الاستهلاك بموجب الأمر رقم 301/2016 أصبحت ترقم هذه المادة 3-L421 من قانون قانون الاستهلاك.

⁷ علي فتاك، مرجع سابق، ص157-158.

المشعر الفرنسي بالمرسوم 22 أوت 2008¹ بموجب المواد L222-1 إلى L222-3 من قانون الاستهلاك².

في المقابل، استمر المشعر الجزائري بنفس الموقف والوتيرة متخبطا بين تطبيق الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني، ومرات ما جاء في قانون الاستهلاك رقم 02/89 المؤرخ في 2 فيفري 1989 من خلال المادتين (2 و3/الفقرة الأخيرة منه)، إلا أنه كان يعاب على المشعر الجزائري أنه تعرض للالتزام بالسلامة في قانون الاستهلاك أثناء تعرضه للالتزام بالمطابقة³.

استمر هذا الموقف طويلا إلى غاية تعديل قانون الاستهلاك سنة 2009، حيث اعترف نهائيا وبصفة صريحة وواضحة بالالتزام بالسلامة بموجب فصل كاملا تحت عنوان: الالتزام بأمن المنتجات، وفصلا آخر يتضمن الالتزام إلزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها، كما ألحقه مؤخرا بمرسوم تنفيذي يحدد كيفية تطبيقه⁴، لهذا سنحاول استعراض تحديد الالتزام العام بالسلامة (أولا)، ثم نتطرق إلى

الفرع الأول: التزام المؤسسات بسلامة المنتجات.

كما قلنا سابقا، أن الاجتهاد القضائي الفرنسي كان له فضلا كبيرا في نشأة وبلورة الالتزام العام بالسلامة باعتباره التزاما مستقلا في حد ذاته، الأمر الذي يتطلب معه رسم حدود بينة له كونه التزاما حديث النشأة، مما يؤدي إلى اختلاط معناه مع بعض الالتزامات الأخرى ذات الصلة، ولاسيما بوجه خاص الالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالمطابقة، لهذا سنتولى بيان تعريف الالتزام بالسلامة على عجاله، ثم ننتقل إلى تحديد مضمونه لتبيان أين يكمن التشديد المرجو من وراء تبني هذا الالتزام.

أولا: المقصود بالالتزام بالسلامة.

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p274.

² بعد التعديل الجديد للقانون الاستهلاك بموجب الأمر رقم 301/2016 أصبحت ترقيم هذه المادة L421-1 إلى L421-7 من قانون الاستهلاك.

³ فتيحة ناصر، الأمن كتابع للالتزام بالمطابقة، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد2، مخبر القانون القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، سبتمبر 2009، ص94.

⁴ علي فتاك، مرجع سابق، ص184-185.

من خلال استقراء النصوص القانونية الخاصة بهذا الالتزام، نجد أن المشرعان الجزائري والفرنسي اكتفيا بسرد نصوص قانونية مؤكدة على الالتزام بالسلامة باعتباره التزام مستقلا، كما حددا نطاق تطبيقه وتقدير السلامة المطلوبة، إلا أنَّهما لم يعرفا المقصود من الالتزام بالسلامة؟؟

في حين نجد أن الفقه أسهب في إعطاء مفهوم لهذا الالتزام، فمنهم من ذهب إلى تعريفه من خلال تحديد شروطه، في حين ذهب البعض الآخر من محاولة الاقتراب من ذاتية الالتزام، في حين عرفه جانب من الفقه بأنه: "إن الالتزام بضمان السلامة، يقتضي توافر عدد من الشروط وهي أن يتجه أحد المتعاقدين إلى متعاقد آخر من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة، وأن يوجد خطر يهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج، وأن يكون الملتمزم بتقديم الخدمة أو المنتج مهنيا ومحترفا¹".

إن عدم إعطاء المشرعان محل المقارنة تعريفا صريحا للالتزام بالسلامة لا يعني أبدا استحالة استنتاج المقصود الذي حاولا تكريسه من خلال النصوص المنظمة له، لهذا سنحاول أن نقارب المفهوم التشريعي الذي رسمه كلا من المشرعين محل المقارنة.

فبالرجوع إلى المادة 4 من 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تنص على أنه: "يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد والسهرة على أن لا تضر بصحة المستهلك".

في حين نصت المادة 9 منه: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

وما يقابلها المادة 3-421 من قانون الاستهلاك التي تنص على أنه: "يجب أن تكون السلع والخدمات الموضوعة للاستهلاك من قبل المحترف بالنظر إلى ظروف الاستعمال العادي، وفي ظل ظروف أخرى منطقية أن تتوفر على الأمن المنتظر شرعيا منه وألا يلحق ضررا بصحة الأشخاص".

من خلال هذه النصوص القانونية، يتضح أن سلوك المدين وهو بصدد تنفيذ الالتزام بالسلامة واقع تحت طائلة الوجوب، بمعنى أن كل تصرف منه هادف لحماية صحة المستهلك يعتبر واجب ولا يقبل منه أقل من ذلك.

¹ أحمد موافي بناني، مرجع سابق، ص 414.

وبالتالي، فإن مفهوم الالتزام بالسلامة يتمثل فيما ينبغي أن يحرص عليه المدين عندما يقدم سلعة أو خدمة للدائن، وألا يكون من شأنه إطلاقاً المساس بسلامته، وإلا يكون المدين قد أخل بالالتزامه¹.

كما ينبغي في هذا المقام أيضاً التمييز بين الالتزام العام بالسلامة الذي أقره المشرعان على عاتق المؤسسات (المتدخل) لحماية المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً، الذي يمتد تطبيقه إلى مستعملي المنتج عن طريق المستهلك أيضاً عند استفادتهم من السلع والخدمات، والتي يمكن أن تحدث لهم أضراراً فيما يتعلق بصحتهم وسلامتهم، أما الالتزام التعاقدى بالسلامة فيتعلق فقط بتعويض الأضرار الناتجة عن السلعة أو الخدمة بشرط تحلي المستهلك بصفة المتعاقد هنا لكي يستفيد من هذه الحماية.

إنّ هذه المعطيات قد تلقي الضوء على نقطة مهمة وهي محاولة تحديد طبيعة الالتزام بالسلامة الملقى على عاتق المتدخل، ما إذا كان التزم بتحقيق نتيجة أم أنه مجرد التزم عام ببذل عناية؟

ثار جدل فقهي وقضائي كبير حول تحديد طبيعة الالتزام الملقى على عاتق المتدخل لما لهذا الجواب من أهمية كبيرة فيما يتعلق بالإثبات اللازم لقيام المسؤولية.

فإذا قلنا التزم المتدخل (المهني) بضمان السلامة هو التزم ببذل عناية، فإنه لا يكفي المشتري للحصول على التعويض أن يثبت حصول الضرر بفعل السلعة أو الخدمة، بل يتعين عليه أن يقيم الدليل على خطأ المنتج المتمثل في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتلافي وجود عيب أو خطورة بالسلعة.

أما إذا اعتبرنا أن الالتزام المنتج (المتدخل) بضمان السلامة على أنه التزم بتحقيق نتيجة، فإن هذا سيؤدي إلى تخفيف العبء على المتضرر، الذي يستطيع الحصول على التعويض بمجرد إثبات تخلق النتيجة².

بين مؤيد للرأي الأول ومخالف للرأي الثاني وبين تضارب أحكام محكمة النقض الفرنسية، انتهت باعتراف أن الالتزام بالسلامة هو ليس التزم ببذل العناية بل هو أكثر من ذلك ولكنه أقل من التزم بتحقيق نتيجة³، إذن الأمر يحتاج إلى عملية موازنة بين المتدخل (المنتج) الذي يجب ألا ننقل كاهله دون إقامة الدليل على الدور الإيجابي للشيء وإلا تأثر الإبداع.

¹ نفس المرجع، ص 416.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 565-566.

³ علي جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة (دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي)، القسم الثاني، مجلة الحقوق، العدد 4، السنة 20، ديسمبر 1996، ص 279.

ومن جهة المستهلك، لا يمكن تحميله عبء إثبات أمر قد يكون عسير على الفنيين أنفسهم بسبب تعقيدات الصناعة، فأحيانا قد لا نستطيع إعادة المنتج إلى حالها لمعرفة دور كل سلعة ومستعملها¹.

وبالتالي نستنتج مما سبق، أن الالتزام بالسلامة المقصود بقانون حماية المستهلك ومراسيمه التنظيمية يخرج عن الإطار العقدي، وإنما هو وليد الضرورات الاجتماعية، فهو التزام مفروض على كل محترف يضع سلعة أو خدمة في السوق².

ثانيا: تحديد مضمون الالتزام بالسلامة.

حددت المادة 4 و 9 من قانون الاستهلاك (وما يقابلها 1-421 L وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي) الإطار القانوني الذي يمارس فيه الالتزام بالسلامة، وذلك من حيث الأطراف المعنية به، ومن حيث المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام.

فيما يخص الأطراف المعنية بهذا الالتزام، استعمل المشرع الفرنسي -في تحديد الأطراف المستفيدة من هذا الالتزام- مصطلحات واسعة مقارنة مع المشرع الجزائري الذي حصرها بـ"المستهلكين"، في حين استعمل مصطلح "person" "شخص" أي كل شخص قد يتعرض للضرر بفعل السلع أو الخدمات المعروضة السوق³، والذي تعطى حصة الأسد فيها للفئة "المستهلكين" باعتبارها شريحة الأوسع، ولعل التفسير الأصح لهذا التوسيع هو ضم أكبر طائفة من الأشخاص تحت غطاء الحماية، لاقى هذا النص تأييد شريحة معتبرة من الفقهاء، الذين اعتبروا أنه لا حاجة أو غاية من تضيق الحماية⁴.

في حين رجع المشرع الجزائري ليوسع هذه المرة طائفة الملزمين أو المدنيين بالالتزام بالسلامة مستعملا مصطلح المتدخل، ويقصد به في نص هذا القانون (كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عمل عرض المنتجات للاستهلاك)⁵، في حين استعمل المشرع الفرنسي مصطلح "المحترف" ويقصد به طائفتين مهمتين (المنتج producteur، الموزع distributeur) طبقا للمادة 1-421 L من قانون الاستهلاك⁶.

¹ علي فتاك، مرجع سابق، ص 200-201.

² محمد بودالي، مرجع سابق، ص 403.

³ Bazin-Beust Delphine , op. cit, p.190.

⁴ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.264.

⁵ المادة 7/3 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر، حيث جاء فيه ما يلي: "المتدخل:

كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك."

⁶ Bazin-Beust Delphine , op. cit, p.190.

أما المقصود من مصطلح السلامة المراد تحقيقها من وراء هذا الالتزام، وطبقا للمواد السابقة الذكر¹، نجد أن تقدير مفهوم السلامة يتم بصفة مجردة بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها أو ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين².

وبالتالي، يستفيد المستهلك(المستعمل) السلعة أو الخدمة المعروضة في السوق، إذا قام باستعماله استعمالا طبيعيا يتوافق مع طبيعة السلعة أو الخدمة وفي ظل ظروف عادية أيضا، وبمفهوم المخالفة لا يمكن الاستفادة من الحماية ما لم يستعمل بصفة عادية وغير منطقية³.

استعملا المشرعان محل المقارنة أيضا مصطلح "الاستعمال المشروع المنتظر منها" بصفة نموذجية، والمقصود هنا من مصطلح "مشروع" أن الجمهور(المستهلك) لا يمكن أن يطالب بتحقيق أمن أو سلامة مطلقة، بل من حقه أن ينتظر حماية تتناسب مع حالته التقنية ومع شروط الخاصة باستعمال كل سلعة أو خدمة أي المعيار المستعمل في هذه الحالة معيار "الرجل المنطقي أو العادي"⁴.

لم يكتفي المشرعان الجزائري والفرنسي برسم حدود لمفهوم أو مصطلح السلامة، بل دعماه بمراسيم وتنظيمات لدرأ الشبهات التي قد تحيط به، حيث تدخل المشرع الجزائري بموجب مرسوم تنفيذي لسنة 2012 يحدد القواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات⁵.

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، الذي قام بدمج التوجيه الأوروبي المؤرخ 3 ديسمبر 2001 في المرسوم التنفيذي رقم 210/2008 المؤرخ 22 أوت 2008، والذي حدد بموجبه جملة من المعايير الواجب الأخذ بها لتقييم مدى مطابقة (السلع والخدمات) للالتزام العام بالسلامة⁶.

حيث حددت المادة 2/6 من المرسوم التنفيذي 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة على أمن المنتجات المعايير الواجب مراعاتها لتحقيق السلامة:

1-التنظيمات والمقاييس الخاصة المتعلقة بها في مجال أمن وصحة المستهلكين وحمايتهم لاسيما فيما يتعلق بما يأتي:

¹ المادة 4 و9 من القنون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر وما يقابلها المادة 1-421 L وما يليها من قانون الاستهلاك.

² Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.228.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.264.

⁴ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.228.

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المؤرخ في 6 مايو 2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج ر، العدد 28، الصادر بتاريخ 9 مايو 2012، ص 18.

⁶ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.228.

-مميزات السلعة من حيث تركيبها وشروط انتاجها وتجميعها وتركيبها واستعمالها وصيانتها وإعادة استعمالها وتدويرها من جديد ونقلها.

-شروط النظافة التي يجب أن تتوفر في الأماكن المستعملة للإنتاج والأشخاص الذين يعملون بها.

-مميزات تدابير الأمن الأخرى المرتبطة بالخدمة وشروط وضعها في متناول المستهلك.

-التدابير الملائمة الموضوعة قصد ضمان تتبع مسار السلعة أو الخدمة.

2-المستوى الحالي للمعارف والتكنولوجيا.

3-الأمن الذي يحق للمستهلكين انتظاره.

4-الاستعمالات المرتبطة بحسن السير في مجال الأمن أو الصحة.

ولقد كان المشرع الفرنسي سابقا في تحديد هذه المعايير خاصة بعد أن عيَبَ على نص المادة-L221 من قانون الاستهلاك بساطتها واتساعها، مما يفتح المجال لعدة تفسيرات مختلفة قد تفقد النص قيمته، حيث حددت المادة الجديدة(5-L421 إلى 7-L421 من قانون الاستهلاك) هذه المعايير فيمايلي:

1-يجب أن يكون المنتج مطابقا للتنظيمات الخاصة بها والتي يكون الهدف منها حماية صحة وأمن المستهلكين(مراسيم، تنظيمات، قرارات، توجيهات أوروبية، مواصفات إجبارية)¹.

2-يجب أن يكون المنتج مطابق للمواصفات الوطنية الغير الإجبارية المنقولة من المواصفات الأوروبية التي تم نشرها من قبل اللجنة الأوروبية في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي².

3-في حالة انعدام تنظيمات خاصة أو مواصفات أوروبية قابلة للتطبيق على هذا المنتج، ففي هذه الحالة يتم تقييم الالتزام العام بالسلامة عن العناصر التالية:

-المواصفات الوطنية الغير الإجبارية.

-توصيات اللجنة الأوروبية المتعلقة بتقدير سلامة المنتجات.

-دليل حسن التطبيق في مجال سلامة المنتجات.

-المستوى الحالي للمعارف والتكنولوجيا.

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.266.

² Bazin-Beust Delphine, op. cit, p.190.

-الأمن الذي يحق للمستهلكين انتظاره بصفة مشروعة¹.

وبالتالي، نجد أن المشرعان محل المقارنة شددوا كثيرا على المؤسسات الاقتصادية من أجل توفير منتجات سليمة وآمنة في خضم المنافسة الشرسة التي تمارسها يوميا فيما بينها، وفي ما يلي استعراض أهم هذه القواعد الوقائية.

الفرع الثاني: التدابير الوقائية المتخذة لتحقيق السلامة ولضبط سلوكيات المؤسسات الاقتصادية.

إنَّ ضمان تفعيل حماية المستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة والمخلة بقواعد المنافسة، يتطلب تشديد الالتزامات الواردة على المؤسسات الناشطة في السوق لقطع الطريق عليها في محاولة لتخفيف الضغوط التي تمارسها على المستهلك بعد إقصاء منافسيها. ذلك أن حظر الممارسات المخالفة للمنافسة لا يعني القضاء عليها أو عدم ارتكابها من قبل المؤسسات، الأمر الذي يتطلب اتخاذ الحيطة والحذر، وهذا ما كرسه فعلا المشرعان محل المقارنة من خلال سن قوانين تهدف لضمان سلامة السلع والخدمات، ومن أهم هذه القواعد ما يلي:

أولاً: القواعد الوقائية المشتركة لضمان سلامة جميع السلع والخدمات.

إنَّ وصول المنتجات إلى أسمى مراتب السلامة لا يعتمد بتاتا على الحرية التنافسية، بل يجب أن يصقل هذا الهدف بنصوص قانونية آمرة قد تخرق المبدأ الأساسي-مبدأ حرية الصناعة والتجارة- نفسه ولكن لهدف أسمى ألا وهو تحقيق صحة وأمن المستهلكين².

على هذا الدرب سرى كلا من المشرعين محل المقارنة، إذ سنَّ العديد من النصوص القانونية لتشديد الالتزام الوارد على المؤسسات (المتدخل)، فلا يكفي أن يستجيب المنتج للشروط والقواعد المنصوص عليها في التنظيمات واللوائح الفنية، بل يجب يكون سليما وآمنا، وفيما يلي استعراض لأهم القواعد والنصوص الوقائية التي أتى بها المشرعين في سبيل تحقيق الأهداف المنشودة.

1-القواعد المفروضة على المؤسسات (المتدخل):

إنَّ اهتمام المشرعان الجزائري والفرنسي بضمان سلامة المستهلكين تم تجسيده بعدة نصوص قانونية ومراسيم تنفيذية التي جاءت تطبيقا لهذا الالتزام، وذلك بهدف حماية المستهلك من المخاطر والأضرار المحدقة به من كل حدب وصوب، ولا بأس من استعراض بعض هذه القواعد والمتمثلة أساسا:

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1092.

² محمد بودالي، مرجع سابق، ص405.

-حرص المشرعان على أن تكون المنتجات التي تصل إلى المستهلك سليمة وذات فائدة بصحة المستهلك، فقد جعل الدخول إلى بعض المهن مرهون بتحقق بعض الشروط التي تفرضها النصوص القانونية الخاصة (كالتب¹، الحمامة²، الصيدلة³...)، إلا أن هذا الحل لا يجب أن يأخذ على إطلاقه، فهي تنطبق على بعض الأنشطة دون غيرها، وإلا تمّ تدمير مبدأ حرية التجارة والصناعة.

ضمن نفس الاتجاه، تدخل المشرعان محل المقارنة- بهدف رعاية الالتزام بالسلامة - بإلزام المتدخل بإعلام المستهلكين بمخاطر استعمال المنتجات، وهذا ما رسخته المادة 10 من المرسوم التنفيذي 203/12 التي تنص على أنه: "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات وضع في متناول المستهلك كل المعلومات الضرورية التي تسمح له بتقاضي الأخطار المحتملة والمرتبطة باستهلاك و/ أو باستعمال السلعة أو الخدمة المقدمة وذلك طيلة مدة حياته العادية أو مدة حياته المتوقعة بصفة معقولة." (وما يقابلها المادة 1-423 وما يليها من قانون الاستهلاك)، مكرسا بذلك مبدأ الوقاية والاحتياط.

دعم الاجتهاد القضائي الفرنسي ما جاء في المادة (1-423 من قانون الاستهلاك)، حيث ذهب إلى أبعد من ذلك، إذ فرض على البائع (المحترف) التزام بالنصيحة التي تفرض عليه الاستعلام حول احتياجات المشتري وتقديم هذه المعلومات عادة بموجب طريقة العمل المصحوبة بالمنتجات (Mode d'emploi)، التي تحمل في طياتها توجيهات وتحذيرات استعمال السلع⁴.

لم يتوقف المشرعان الجزائري والفرنسي عند هذا الحد بل فرضا على المؤسسات الاقتصادية (المتدخل) بمتابعة مسار السلع أو الخدمة، أي إلزامه بمتابعة دورة حياة السلع أو الخدمات حتى بعد طرح منتجاتهم في السوق وتسويقها⁵ (طبقا للمادة 2/5 و3 من المرسوم التنفيذي 203/12 وما يقابلها 4-423 من قانون الاستهلاك)، إن تكريس المشرعان لهذا الالتزام هو تجسيد حقيقي وفعلي لمبدأ الحيطة والوقاية⁶.

¹ المادة 198 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008، ج ر، العدد 44، الصادر بتاريخ 3 غشت 2008، ص 3.

² المادة 31 و32 من القانون رقم 07/13 المؤرخ 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة الحمامة، ج ر، العدد 55، الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 2013، ص 3.

³ المادة 198 و197 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم السالف الذكر.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1092.

⁵ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، 148.

⁶ Bazin-Beust⁶ Delphine , op. cit, p.193.

وفي الأخير، تُجبر المؤسسات(المتدخل) بإبلاغ الهيئات المكلفة بحماية المستهلك بكل المخاطر التي يتم استكشافها في السلعة أو الخدمة الموضوعة في السوق¹ (طبقا للمادة 15 من المرسوم التنفيذي 203/12).

إنَّ كل هذه الالتزامات السابقة الذكر، لا تقتصر فقط على المنتجين بل يمتد ظللها إلى الموزعين تحقيقا للتوازن المنشود في السوق²(المادة13 من المرسوم التنفيذي 203/12 وما يقابلها المادة-L221-3-1من قانون الاستهلاك).

2-التدابير الوقائية المتخذة من قبل الأعوان المؤهلين لحماية المستهلك:

دون تقييد للمساحة التي تستغرقها حرية المؤسسات، سمح المشرعان محل المقارنة للأعوان المكلفين بالبحث عن الجرائم المتعلقة بالاستهلاك³ اتخاذ جميع التدابير الضرورية والتحفظية من أجل ضمان حماية للمستهلك وتحقيقا لمطلب سلامة المنتجات المعروضة عليه، وبهذه الصفة يستطيع الأعوان بالمهام التالية:

-حرية الدخول نهارا وليلا، بما في ذلك أيام العطل، إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وبصفة عامة إلى كل مكان باستثناء المحلات السكنية التي تنطبق عليها أحكام قانون الإجراءات الجزائية.⁴

-إجراء المراقبة أثناء نقل المنتجات على مستوى الطرقات.⁵

-فحص الوثائق والسماع للمتدخلين المعنيين في جميع مراحل وضع المنتج للاستهلاك⁶.

-اقتطاع العينات¹.

¹ Picod Yves et Davo H  l  ne, op. cit, p.229.

² Ibid, p.229.

³تناط مهمة التحقيق والتحري عن المخالفات المتعلقة بالاستهلاك في الجزائر إلى أعوان قمع الغش المنصوص عليهم في المادة 25 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الي جاء فيها مايلي: "بالإضافة إلى ضباط الشرطة القضائية والأعوان الآخرين المرخص لهم بموجب النصوص الخاصة بهم، يؤهل للبحث ومعاينة مخالفات أحكام هذا القانون أعوان قمع الغش التابعون للوزارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش". أما في فرنسا، تناط هذه المهمة إلى الأعوان التابعين للمديرية العامة المتعلقة بالمنافسة والاستهلاك وقمع الغش(DGCCRF).

⁴المادة 1/34 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

⁵المادة2/34 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

⁶المادة33 من القانون03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر

-فرض على المتدخل تقديم كل الوثائق للإعلام².

-اتخاذ كافة التدابير التحفظية اللازمة إزاء المنتجات المشكوك في مطابقتها أو غير المطابقة، أو حتى التي قد تكون مطابقة للمواصفات القانونية إلا أنها تشكل في ذاتها مخاطر على المستهلك، حيث نجد أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق صلاحياتهم في هذه الحالة، إذ أناط لهؤلاء الأعوان سلطة تقدير الأخطار التي تشكلها المنتجات المعروضة على الرقابة مسبقا³.

وفي سبيل تحقيق ذلك، اتخذ كلا من المشرعين الجزائري والفرنسي موقفا مغايرا عن نظيره مع احتساب عدم اكتمال الطريقة المتبعة للقيام بهذه المهمة، حيث سمح المشرع الجزائري من خلال المادة 7 من المرسوم التنفيذي 203/12 (المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات) للأعوان المعنيين بالتدخل من أجل اتخاذ التدابير المناسبة قصد:

-الحد من وضعها في السوق أو طلب سحبها أو استرجاعها إذا أظهر التطور التكنولوجي أن السلعة غير مضمونة.

-توقيف الخدمة إذا تبين أنها غير مضمونة.

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد الكيفية التي تباشر بها مهامها، بل أناطت هذه المهمة إلى الوزير المكلف بحماية المستهلك وقمع الغش تنظيمها عن طرق قرار وزاري⁴.

في حين اتسم المشرع الفرنسي بالدقة والعملية في تحديد هذه النقطة، حيث فرض على الأعوان تشكيل ملف إداري وتحويله إلى والي المقاطعة وإلى الوزير المكلف بحماية المستهلك، وعند الاقتضاء إلى الوزير المكلف المعني بالأمر.

في حال وجود خطر، يتخذ والي والوزراء المعنيون التدابير الاستعجالية اللازمة، وفي غير هذه الحالة فللوزراء إمكانية طلب من المحترف عرض السلعة أو الخدمة إلى الهيئات المتخصصة⁵.

أما في حالة التي يكون فيها الخطر حال، فإنه يجبر على المتدخل (المحترف) إعلام مصالح الوزارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش المختصة إقليميا فورا بذلك، وعلى هذا الأساس تتخذ الإدارة

¹المادة 39 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

² المادة 33 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1101.

⁴ المادة من المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات السالف الذكر.

⁵ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.275.

المكلفة بحماية المستهلك (أعوان قمع الغش) جميع التدابير التحفظية قصد سحب كل سلعة أو توقيف الخدمة من السوق، إذا كانت لا تستجيب لمتطلبات الأمن¹.

حيث حدد المشرع الجزائري عدة تدابير وقائية لاحتواء الإشكال في أسرع الآجال الممكنة، ومن بين أهم هذه الصلاحيات ما يلي:

- رفض الدخول المؤقت أو النهائي للمنتجات المستوردة عبر الحدود.

- إيداع وحجز السلع.

- السحب المؤقت أو النهائي للمنتجات.

- الأمر باسترجاع المنتجات.

- تغيير اتجاه المنتجات.

- إعادة توجيه المنتجات لاستعمالها بعد التحويل.

- إتلاف المنتجات.

- التوقيف المؤقت للنشاط.

- الأمر بإعادة التصدير².

ففي الوقت الذي وسع المشرع الجزائري الصلاحيات المنوطة لأعوان قمع الغش، نجد أن المشرع الفرنسي سلك مسلكا آخر في سبيل احتواءه للمخاطر التي ترتبها السلع والخدمات المعروضة في السوق، حيث حصر مهام الأعوان المعنيين في الحجز والإيداع وفي بعض الحالات التدخل من أجل الأمر " بإجراءات تصحيحية للأوضاع"³.

¹ المادة 14 و 2/15 من المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات السالف الذكر.

² طيب ولد عمر، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010، ص 263 إلى 275.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.281.

3-التدابير الوقائية المتخذة من قبل الهيئات المتخصصة:

سلامة وصحة المستهلك من أسمى الأهداف التي تحاول التشريعات المقارنة تجسيدها على أرض الواقع ولو تطلب الأمر خرقا واضحا لأهم المبادئ التي يقوم عليها اقتصاد السوق "مبدأ حرية الصناعة والتجارة" أو حتى المساس بمبدأ "الفصل بين السلطات"، ولأجل هذا الهدف أنشأت التشريعات المقارنة هيئات مختصة للتصدي لهذه المهمة.

فبالنسبة للمشرع الجزائري، أنشأ مؤخرا هيئة أطلق عليها تسمية "شبكة الإنذار السريع" لدى الوزير المكلف بحماية المستهلك وقمع الغش (بموجب المرسوم التنفيذي 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات).

تكلف هذه الهيئة بمتابعة المنتجات التي تشكل أخطارا على صحة المستهلكين وأمنهم، كما أنها تباشر كل ما من شأنه:

-ضمان البث وبدون انتظار على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي على حسب طبيعة الخطر المعين لكل معلومة من شأنها الإضرار بصحة المستهلك أو أمنه، وضع المعلومات التي تحوزها والمتعلقة بالأخطار التي تشكلها المنتجات على صحة المستهلكين وأمنهم في متناول المستهلكين¹، إلا أن هذه الهيئة بقيت حبرا على ورق.

في حين أن المشرع الفرنسي، كرس تدخل الدولة في سبيل تحقيق الوقاية والسلامة للمستهلكين من خلال إنشاء هيئة أطلق عليها تسمية "لجنة سلامة المستهلكين" وذلك بموجب القانون 21 جويلية 1983 (أصبح حاليا المادة 4-534 L من قانون الاستهلاك منذ القانون 1 جويلية 2010)، والتي تم استلهاها من النموذج الأمريكي لسنة 1972، ومن مهامها الأصلية هو اتخاذ التدابير من أجل خفض الحوادث والمدروسة، والرياضة². تناط لهذه الهيئة المهام التالية:

-تقوم هذه الهيئة بجمع المعلومات حول المخاطر الناتجة عن السلع أو الخدمات.
-وضع المعلومات التي بحوزتها والخاصة بالأخطار التي تحملها السلع أو الخدمات في متناول الجمهور.

-تقوم بتقديم اقتراحات حول التدابير الوقائية من الأخطار على شكل آراء وتوجيهات³.

¹ المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات السالف الذكر.

² Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.230.

³ Raymond Guy, op. cit, p.78.

إلا أن هذه الهيئة تم إلغاؤها بموجب المادة 54 من القانون رقم 99/2017 المؤرخ في 20 جانفي 2017، والتي تم نقل مهامها إلى المديرية العامة للاستهلاك، المنافسة وقمع الغش (DGCCRF)¹.

ثانيا: التدابير الوقائية المتعلقة ببعض المواد الخاصة.

إنَّ اختلال ميزان القوى في العلاقة القائمة بين المؤسسات الاقتصادية (المتعامل الاقتصادي) من جهة والمستهلك من جهة أخرى، جعل المشرعان محل المقارنة يحرصان على أن تكون أكثر السلع استهلاكاً (كالمواد الغذائية، المواد التجميلية...) سليمة من حيث المواصفات وغير ضارة وذات نفع بصحة المستهلك، لذلك أحاط المشرعان محل المقارنة هذه المواد بالتنظيم الدقيق ولا بأس أن نأخذ المواد الغذائية نموذجاً باعتباره من أهم مقومات العيش الصحي، ونرى أهم التنظيمات التي أتت بها المشرعان محل المقارنة ومدى كفايتها في خضم التطورات الحاصلة على أرض الواقع.

بالفعل ازداد مؤخراً اهتمام التشريعات محل المقارنة بالمواد الغذائية يوماً بعد يوم بازدياد التدخل التكنولوجي في صناعة وتسويق الأغذية، والتي كانت ولا زالت تشكل قلقاً عارماً لدى الهيئات العليا في الدولة، جسد المشرعان محل المقارنة هذه المخاوف من خلال التدخل بموجب جملة من النصوص القانونية والمراسيم التنفيذية التي جاءت تطبيقاً لها.

حيث أفرد المشرع الجزائري فصلاً كاملاً منفصلاً بعنوان "الزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها"، كما ألحق به العديد من النصوص التنظيمية²، كما عرف في صلبها المواد الغذائية وفقاً للقانون الجزائري بأنها: "كل مادة معالجة أو معالجة جزئياً أو خام، موجهة لتغذية الإنسان أو الحيوان، بما في ذلك المشروبات وعلك المضع، وكل المواد المستعملة في تصنيع الأغذية وتحضيرها ومعالجتها، باستثناء المواد المستخدمة فقط في شكل أدوية أو مواد التجميل أو مواد التبغ"³. نظراً لحساسية المواد الغذائية، فإنَّ مبدأ سلامة المادة الغذائية يقتضي ضرورة الأخذ بعين الاعتبار جميع المراحل التي يمر بها تصنيع هذه الأخير، أي منذ الإنتاج الأولي إلى غاية الاستهلاك النهائي، وهذا ما كرسته المواد 4 إلى 8 من قانون الاستهلاك الجزائري 03/09.

¹ منقول عن الموقع الإلكتروني: www.conso.net

² حيث تم مؤخراً تدعيم هذا المجال بمرسوم تنفيذي يحدد شروط النظافة المطلوبة للحفاظ على سلامة المواد الغذائية: المرسوم التنفيذي رقم 140/17 المؤرخ في 11 أبريل 2017، يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري، ج ر، العدد 24، الصادر بتاريخ 16 أبريل 2017، ص 3.

³ المادة 2/3 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

لم يقف المشرع عند هذا الحد بل جعل تطبيق هذه المواد مرتبط بسن مراسيم تنظيمية عديدة ومتنوعة لرفع اللبس والشبهات، فمثلا نجد المرسوم التنفيذي رقم 214/12 المؤرخ في 15 مايو 2012 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات استعمال المضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري¹، وكذا القرار الوزاري المؤرخ في 31 ديسمبر 2008 الذي يحدد قائمة المنتجات الاستهلاكية ذات الطابع السام أو التي تشكل خطرا من نوع خاص وكذا المواد الكيماوية المحظور أو المنظم استعمالها لصنع هذه المنتجات².

أيضا نجد في نفس السياق، المرسوم التنفيذي رقم 254 /97 المؤرخ في 8 يوليو 1997، يتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها³، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 114/10 المؤرخ في 18 أبريل 2010 يعدل ويتم رقم 37/97 والذي يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية⁴، عديدة هي الأمثلة⁵ وسنكتفي بهذا القدر من السرد وهذا وإن دل على توجه السياسة الوطنية نحو ضبط أكثر لهذا المجال.

واستكمالا لإجراءات الوقاية التي تسمو إليها الدولة الجزائرية، استحدثت هيئة أطلق عليها اللجنة الوطنية المكلفة بالتنسيق ما بين القطاعات في مجال حماية صحة المستهلك من الأخطار الغذائية

¹ ج ر، العدد 30، الصادر بتاريخ 16 مايو 2012، ص 18.

² ج ر، العدد 23، الصادر بتاريخ 19 أبريل 2009، ص 20.

³ ج ر، العدد 46، الصادر بتاريخ 9 يوليو 1997، ص 21.

⁴ ج ر، العدد 26، الصادر بتاريخ 21 أبريل 2010، ص 5.

⁵ يوجد العديد من الأمثلة في هذا المجال، إذ مثلا نجد أن المشرع الجزائري أفرد لكل مادة غذائية تنظيما خاصا بها، حيث نسرد في هذا المقام بعض النصوص القانونية:

-القرار المؤرخ في 20 فبراير 2014، يعدل ويتم القرار المؤرخ في 27 أكتوبر 1999 والمتعلق بمواصفات مسحوق الحليب الصناعي وشروط عرضه وحيازته واستعماله وتسويقه وكيفيات ذلك، ج ر، العدد 34، الصادر بتاريخ 16 يونيو 2014، ص 24.

-المرسوم التنفيذي رقم 99/17 المؤرخ في 26 فبراير 2017، يحدد خصائص القهوة وكذا شروط وكيفيات عرضها للاستهلاك، ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ 5 مارس 2017، ص 9.

-القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 5 أكتوبر 1997، يتعلق بالخصائص التقنية للخل وكيفيات وشروط وضعه رهن الاستهلاك، ج ر، العدد 18، الصادر بتاريخ 29 مارس 1998، ص 24.

- القرار المؤرخ 21 مايو 1991، يتعلق بتركيبة الخبز الذي يعرضه الخبازون للاستهلاك وشروط تقديمه، ج ر، العدد 36، الصادر بتاريخ 31 يوليو 1991، ص 1386.

بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 20/03/1999¹، تناط لهذه الهيئة مهمة" ترقية التنسيق والتشاور بين المؤسسات والهيئات العملية المساهمة في ضمان حماية صحة المستهلك من الأخطار الغذائية"²، وتكلف اللجنة في هذا الإطار لاسيما فيما يتعلق ب:

-إثارة كل الأعمال التي تهدف إلى تحقيق تكامل بين الولايات المتوفرة قصد الوصول إلى الأهداف المحددة،

-السهر على تنفيذ البرنامج المقرر وتقييم نتائجه وإرسال تقرير عن ذلك إلى الوزارات المعنية،

-إبداء الرأي حول المشاريع النصوص التي يبادر بها في هذا الميدان³.

كما دعم المشرع الجزائري هذا المجال بهيئة أخرى لتفعيل الحماية تحت تسمية اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية⁴، وذلك تماشيا مع التنظيم الدولي للأمن الغذائي، الذي تشرف عليه هيئة الدستور الغذائي⁵، وتتمثل مهمتها الأساسية أساسا في تنسيق الأعمال وإبداء الآراء والتوصيات المتعلقة بما يأتي:

-جودة المواد الغذائية المرتبطة بحماية المستهلك.

-تسهيل التجارة للمواد الغذائية⁶.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كان سابقا في هذا المجال، إذ تلقى سلامة المواد الغذائية اهتمام وتنافس الوزارات لديه خاصة (وزارة الفلاحة، الوزارة المكلفة بالاستهلاك، وزارة الصحة)، ضف إلى ذلك التوجيهات والتنظيمات الأوروبية (خاصة التنظيم رقم 2002/178 المتعلقة بمبدأ حرية تبادل السلع).

وتجسيدا لأحكام المادة 11 من القانون 1 أوت 1905 التي أصبحت حاليا المادة 1-421 من قانون الاستهلاك، تم سن العديد من المراسيم التنظيمية والتي تهدف إلى هدفين أساسيين، من جهة انقاد

¹ القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 20/03/1999، يتضمن إنشاء وتنظيم وسير اللجنة الوطنية المكلفة بالتنسيق مابين القطاعات في مجال حماية صحة المستهلك من الأخطار الغذائية، ج ر، العدد، الصادر بتاريخ 2 مايو 1999، ص15.

² المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 20/03/1999 السالف الذكر.

³ المادة 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 20/03/1999 السالف الذكر.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 67/05 المؤرخ في 30 يناير 2005، يتضمن إنشاء اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية وتحديد مهامها وتنظيمها، ج ر، العدد 10، الصادر بتاريخ 6 فبراير 2005، ص5.

⁵ أحمد بن عزوز، الالتزام بالأمن الغذائي، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة وهران، جويلية 2012، ص39.

⁶ المادة من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

المستهلكين من وقوع ضحية الأخطاء، ومن جهة أخرى حماية صحتهم، ومن بين أهم هذه المراسيم: المرسوم المؤرخ في 18 سبتمبر 1989 المتعلق بالمضافات الغذائية، المرسوم 8 جويلية 1992 المتعلق بالآلات والمواد المخصصة لملامسة المواد الغذائية، كما أفرد العديد من المراسيم لكل مادة على حدا (الجبن، الحليب، البيض، السمك، المواد المجمدة، اللحوم... إلخ)¹.

كما دعم المشرع الفرنسي سياسة سلامة المواد الغذائية بأجهزة متخصصة تحت رعاية الوزارات الثلاث أطلق عليها تسمية: الوكالة الفرنسية للسلامة الصحية للمواد الغذائية (AFSSA)²، وفي سنة 2010 تم دمجها مع وكالة الوطنية للسلامة الصحية للبيئة والعمل، التي أصبح يطلق عليها: الوكالة الوطنية للسلامة الصحية للمواد الغذائية، والبيئة، والعمل (ANSES)، تتاط لها نفس المهام المنوطة للجنة سلامة المستهلكين، إلا أنها تختص بقطاع معين ألا وهو المواد الغذائية، ومن بين أهم مهامها:

-تقوم بجمع المعلومات وتقدير المخاطر، يساعدها في ذلك لجنة علمية ومخابر متخصصة.

- تزود الحكومة بالآراء والتوجيهات، كما يمكن لها أن توصي باتخاذ التدابير الضرورية في حالة الخطر الجسيم.

-تعلم الجمهور بكافة الآراء والتوجيهات، كما أنها تضمن في ممارستها لهذا الحق الشفافية اللازمة التي تتطلبها السلامة الغذائية.

ولإتمام اللجنة المهام الملقاة على عاتقها، يمكن إخطارها من قبل الحكومة عند طلبها لرأيها، أو يمكن أن تخطر نفسها بنفسها أو من قبل جمعيات حماية المستهلك³.

وفي الأخير، يمكن القول أن تفعيل حماية المستهلك في مواجهة المنافسة الشرسة التي ترتكبها المؤسسات الاقتصادية، لا يتطلب نصوص قانونية تفرض التزامات على المؤسسات الاقتصادية، بل يستوجب أيضا تفعيل بالدرجة الأولى النصوص القانونية المتعلقة بالهيئات الراعية لتطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالمستهلك.

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op.cit, p.274.

² Piédelièvre Stéphane, op. cit, p571.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.1107.

خلاصة الفصل الأول:

إنّ تفعيل حماية المستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة لا يعتمد أساسا على الحظر المنصوص عليه في قانون المنافسة، ذلك أن هذا الأخير مهمته الأساسية والجوهرية هو حماية السوق من الممارسات الغير السوية من أجل في تحقيق في النهاية رفاهية المستهلك، الأمر الذي يتطلب معه تدعيم هذا الحظر بضمانات قانونية لتكريس هذه الحماية.

وبالفعل، جسد المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي هذا المطلب عن طريق فرض جملة من الالتزامات القانونية ولكن هذه المرة في ظل قانون مستقل عن قانون المنافسة، قانون ينظم العلاقة بين المؤسسات الاقتصادية والمستهلك، ويرعى مصالح المستهلكين، ولعل قانون 03/09 والقانون 02/04 خير دليل على ذلك، ومن خلال دراستنا لأهم ما جاء به هذان القانونان، توصلنا إلى أنه فعلا تم تدعيم الحظر المنصوص عليه في قانون المنافسة بوسائل قانونية تضمن الشفافية والنزاهة في السوق، من خلال فرض على المؤسسات تقديم معلومات واضحة وكافية لضمان للمستهلك حرية الاختيار بين السلع والخدمات، من أجل إعادة التوازن المفقود في العلاقة بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي.

وفي سبيل تحقيق هذا المطلب، شدد المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي على ضرورة محاربة الشروط المجحفة في حق المستهلك، من أجل إعادة بث المنافسة الحرة من جديد في السوق

من خلال التأكيد مرة أخرى على نزاهة الممارسات التجارية، إلا أنّ هذا الشوط لا يكفي لتجسيد الحماية المبتغاة، بل يتطلب تشديد أكثر للالتزامات الواردة على المؤسسات الاقتصادية باعتبار أن المستهلك هو الحلقة الأضعف في هذه المعادلة، وذلك لتضييق الخناق عليها وجعلها تحت الرقابة الدائمة والمستمرة للمستهلك وأجهزة الرقابة.

كرس المشرع الجزائري على غرار نظيره هذا المطلب من خلال ضرورة توفير منتجات آمنة وسليمة للمستهلك، ولا يتحقق هذا الفرض إلا بمطابقة هذه الأخيرة للمواصفات القانونية والقياسية، كما وضع المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي في يد المستهلك وسيلة فعالة يستعملها كلما تحصل على منتجات غير سليمة أو غير مطابقة للمواصفات التي تم الاتفاق عليها أو من المفروض الحصول عليها.

في حقيقة الأمر، إنّ إعمال هذه الالتزامات مجتمعة على المؤسسات الاقتصادية الناشطة في السوق سيضيق الخناق عليها، وسيقلل من الآثار السلبية للممارسات المقيدة للمنافسة إن وجدت في السوق.

كما توصلنا أن ضمان فعالية أكبر لحماية المستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة، لا يتوقف على سن نصوص قانونية، بل يجب ارفاقه بهيئات ومؤسسات ترعى في نفس الوقت تفعيل المنافسة الحرة والنزيهة، وتضمن حماية أوسع للمستهلك.

الفصل الثاني: الآليات المؤسسية المتاحة لتكريس حماية المستهلك.

باعتبار أن المنافسة مسألة ضرورية لتفعيل النشاط الاقتصادي داخل السوق، فإنَّ المستهلك عموماً هو المستفيد الأول والأخير منها، إلاَّ أنَّ هذا الوضع قد يزعج الكثير من المؤسسات التي قد تلجأ إلى محاولة تضيق أو محو المنافسة في السوق، لهذا نجد أن جل التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري وضعت آليات قانونية لرعاية النظام العام التنافسي بشكل ينصب في مصلحة المستهلك.

وإيماناً من المشرعين محل المقارنة أنَّ الحياة العملية للمؤسسات الاقتصادية لا تستقيم بوجود نصوص تحظر وتبيح بعض التصرفات، وإنَّما يجب تدعيمها بآليات مؤسسية تسهر على تطبيق هذه النصوص وتحارب كل ما من شأنه الوقوف عائقاً أمام السير الحسن للمنافسة في السوق.

فقد كرساً هذا المطلب من خلال إنشاء هيئات متخصصة في مجال المنافسة ترعى التطبيق الفعلي لقواعد المنافسة وتسعى لتوفير مناخ تنافسي سليم، كما تناط لها مهمة رعاية مصالح المستهلكين في نفس الوقت، ولعل أبرز هيئة اتفقت جميع التشريعات على إعطائها هذا الدور هو مجلس المنافسة أو سلطة المنافسة حسب وجهات نظر المشرعون إليها(المبحث الأول).

إلاَّ أنَّ تفعيل حماية المستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة لا يكتمل إلاَّ من خلال تجنيد هيئات تستمد مصدرها من المستهلك نفسه، وتملك من المكنة والقدرة على مجابهة ومراقبة الاختلالات الحادثة في السوق، ما كان للمستهلك البسيط أن يفعلها بمفرده، وليس هناك أحسن من جمعيات حماية المستهلك للقيام بهذا الدور.

ولأنَّ ملامح الحماية المبتغاة في مواجهة تصرفات المؤسسات الاقتصادية الغير السوية، لا تكتمل إلاَّ بتظافر العديد من الهيئات والمؤسسات التي تحاول التخفيف من حدة شراسة المنافسة في السوق، وتقرب الآراء والمصالح المتضاربة للمستهلك والمؤسسات الاقتصادية والسوق، والتي لم يبخل المشرعان محل المقارنة في اسهاب في هذه النقطة من خلال تبني أكثر من هيئة للقيام بهذا الدور(المبحث الثاني)، وفيما يلي تفصيل ذلك.

المبحث الأول: توجه سياسة مجلس المنافسة نحو تفعيل حماية المستهلك.

يعتبر مجلس المنافسة جهاز حديث النشأة، وأول ما ظهر بالجزائر كان بموجب الأمر رقم 06/65 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة¹، ويعتبر هذا الأمر أول قانون نظم المنافسة في

¹ ج ر، العدد9، الصادر بتاريخ 22 فبراير 1995، ص25.

الجزائر ووضح المبادئ الأساسية التي تقوم عليها، كما وضع القواعد التي تنظم سلوكيات و تصرفات المؤسسات الاقتصادية في السوق.

إلا أنَّ المتتبع للحياة السياسية والاقتصادية يرى أنَّ إنشاء مثل الجهاز جاء في أوج مراحل الانتقال السياسي والاقتصادي التي عرفتھا الجزائر، والذي شهدت في تلك الفترة ثورة شعبية، الأمر الذي سيؤثر سلبا لا محال على تشكيلته وقراراته¹.

وبالرجوع للنصوص القانونية المنظمة له آنذاك، نجد أنَّ المشرع الجزائري لم يقد بتعريف مجلس المنافسة، بحيث سار مسار المشرع الفرنسي الذي ترك مسألة تكيفه للفقہ، ومن جهة أخرى فإنَّ هذا القانون تضمن العديد من النقائص.

ونظرا للتطورات الاقتصادية والسياسية التي شهدتها الجزائر في تلك الآونة، بدا في هذا الصدد الأمر 06/65 المتعلق بالمنافسة غير كاف، ممَّا أدى إلى تدخل المشرع لأول مرة من أجل تعديل الأمر رقم 06/65 وإثراء مجلس المنافسة بصلاحيات تليق بالمهام المسندة إليه، وذلك بموجب الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة².

ولقد كان من الأهداف المعلنة لهذا الأمر هي تهيئة الظروف لقيام منافسة فعالة في السوق، ومنع أي ممارسة تحد منها، ومراقبة عمليات الدمج، وتحفيز الكفاءات الاقتصادية و حماية المستهلك، كما جاء هذا الأمر بأمور توضيحية أكثر خاصة في مجال تشكيل مجلس المنافسة وسلطاته، ولعل أهم أمر جاء به الأمر 03/03 هو اعتبار مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة تنشأ لدى رئيس الحكومة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي³.

إلا أنَّ الإرادة القوية للمشرع الجزائري والرامية إلى ترسيخ قواعد متينة لبناء أسواق تسودها المنافسة الشريفة، ومنع الاحتكار لم تتوقف عند الأمر 03/03، بل قام المشرع بوضع تعديلات له بموجب قانون 12/08 المؤرخ في يونيو 2008⁴، وكذا القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010⁵، تهدف كلها إلى إعادة هيكلة قانون المنافسة وجعله يتماشى مع التطورات الاقتصادية التي ضربت

¹ داود منصور، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015-2016، ص 8-9.

² ج ر، العدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25.

³ المادة 23 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة تنص على أنه: "تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة"، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي."

⁴ ج ر، العدد 36، الصادر بتاريخ 2 يوليو 2008، ص 11.

⁵ ج ر، العدد 46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010، ص 10.

البلاد في الآونة الأخيرة، والتي أعادت هيكلة وتشكيل مجلس المنافسة وبلورته من أجل تسريع وتيرة التنمية، ولعل أهم تعديل طال هذا الأخير هو إقحام فئة المستهلكين ضمن تشكيلته¹، ويعتبر هذا الأمر أول تأكيد على توجه سياسته نحو تفعيل حماية المستهلك من خلال تنظيم المنافسة في السوق المعنية.

لم يتوقف المشرع الجزائري عند هذا الحد في مسألة تجسيد حماية المستهلك، بل أناط له المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي² في سبيل تحقيق هذا الفرض العديد من الاختصاصات منها ماهو وقائي(الدور الاستشاري والرقابي)، ومنها ما هو علاجي(الدور التنازعي)، وفيما يلي توضيح ذلك.

المطلب الأول: ممارسة مجلس المنافسة للدور الاستشاري والرقابي لمواجهة الممارسة المقيدة للمنافسة

يعتبر مجلس المنافسة المختص الأول والعالم بأحوال السوق والمؤسسات الناشطة فيه، ومن هذا المنطلق يستطيع هذا الأخير أن يلعب دورا فعالا في عملية تفعيل حماية المستهلك ودفع عجلة التنمية الاقتصادية، وما يساعده في ذلك هي طبيعته الخاصة، التي تجمع بين الصيغة الإدارية والصفة القضائية.

وبالفعل أناط المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي لمجلس المنافسة صلاحيات عديدة يمارس من خلالها عملية تنظيم السوق وتفعيل حماية المستهلك، ولعل سلطتي الاستشارة والتنظيم تجسيدا حقيقيا لهذا الفرض، وفيما يلي استعراض ذلك.

¹ المادة 10 من القانون 12/08 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة التي جاء فيه أنه: "يتكون مجلس المنافسة من 12 عضو ينتمون إلى الفئات التالية:

- (06) ستة أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل شهادة الليسانس أو شهادة جامعية ممتثلة وخبرة مهنية مدة ثماني سنوات على الأقل في المجال القانوني و/ أو الاقتصادي والتي لها مؤهلات في مجالات المنافسة والتوزيع والاستهلاك، و في مجال الملكية الفكرية.
- (04) أربعة أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذي مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية ولهم خبرة مهنية مدة خمس سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والخدمات والمهن الحرة .
- (02) عضوان مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين...

² أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد أحدث تغييرا مهم خاصة في تسمية مجلس المنافسة الذي أصبح يطلق عليه سلطة المنافسة وذلك بموجب القانون LME تماشيا مع الاتحاد الأوروبي...

Lemaire Christophe et Idot Laurence, Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France(l'Autorité de la concurrence entre deux Europe), La semaine juridique, n° 12, 18 mars 2009, p.25-26.

الفرع الأول: الصلاحيات الاستشارية كعلاج وقائي لمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة.

يلعب مجلس المنافسة (أو سلطة المنافسة) دور استشاري هام بشأن كل ما يتعلق بالمنافسة، كون هذه الهيئة الخبير المختص الأول في مجال المنافسة، وتعد استشارة مجلس المنافسة وسيلة فعالة لتوجيه سياسة الدولة نحو ما يخدم جميع المصالح المتضاربة للمؤسسات الاقتصادية والمستهلكين، كما أنها طريقة متاحة لجميع المشاركين في الحياة الاقتصادية داخل الدولة ابتداء من السلطة العامة إلى المستهلك البسيط عبر جمعيات للحماية للمستهلكين.

بالفعل يحق طلب الاستشارة من قبل الأشخاص المؤهلة قانونا بذلك¹، حيث حددتها المادة 35 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالأشخاص الآتي ذكرهم: الحكومة، الجماعات المحلية، والهيئات الاقتصادية والمالية، والمؤسسات والجماعات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلك. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد كان أكثر توسعا ودقة، حيث أضاف على الهيئات السابقة الذكر اللجان البرلمانية، في حين قلص مجال الاستشارة بالنسبة للجمعيات لحماية المستهلك، ولم يسمح بهذا الحق إلا بالنسبة لتلك الجمعيات المعتمدة دون غيرها².

كما سمح المشرعان الجزائري والفرنسي للجهات القضائية بمختلف أشكالها استشارة مجلس المنافسة في كل ما يتعلق بالقضايا المتصلة بالمنافسة طبقا لنص المادة 38 من قانون المنافسة (وما يقابلها المادة (3-462 من قانون التجارة الفرنسي)³.

¹ إنَّ السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هل قائمة الجهات التي سمح لها المشرعان محل المقارنة باستشارة مجلس أو سلطة المنافسة جاءت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ لا نجد في التشريعين الجزائري والفرنسي إجابة لهذا التساؤل، إلا أنَّ مجلس المنافسة الفرنسي قد أجاب على هذا التساؤل في العديد من الآراء، بأن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا المثال.

² حيث حدد المشرع الفرنسي من خلال المادة 1-462 من ق ت ف المعنيون ب: الحكومة (ممثلة بوزير الاقتصاد)، اللجان البرلمانية، الجماعات المحلية، الهيئات المهنية والنقابية، غرف الفلاحية، غرف المهن والحرف، غرف التجارة والصناعة، جمعيات حماية المستهلك المرخص لها، والسلطة العليا المعبر المكلفة بنشر الأعمال الفكرية وحماية الحقوق عبر الانترنت HADOPI، الرؤساء المكلفون بمراقبة الأسعار والأرباح، ومنذ دخول القانون LME قيد التنفيذ أصبح للسلطة المنافسة إمكانية إخطار نفسها بنفسها auto-saisine حول كل مسألة تتعلق بالمنافسة... Pascal Lehuédé, op. cit, p.112.

³ حيث رفضت سلطة المنافسة الفرنسية الإجابة على العديد من طلبات استشارة للغير الأشخاص المؤهلين قانونا بذلك كالمؤسسات، الجمعيات، التجمعات مثال ذلك: رفض طلب رأي المقدم من قبل جمعية SOS Médecins، وكذا طلب المتعلق بشركة SARL Holopanograme.

Menuret Jean- Jacques, Autorité de la concurrence, Juris-classeur(concurrence- consommation), commercial 1, LexisNexis, Paris, 2014, p.31.

وفي الأخير، يجب التمييز بين نوعين من الاستشارات التي يقدمها مجلس المنافسة، قد تكون اختيارية(الفرع الأول) أو وجوبية(الفرع الثاني).

أولاً: الاستشارة الاختيارية.

من أجل ضمان تفعيل الحماية المنوطة للمستهلك والمنشودة من وراء مجلس المنافسة، أناط المشرعان محل المقارنة لهذا الأخير مهمة تقديم الآراء والاستشارات في كل مسألة أو شأن يتعلق بالمنافسة متى طلبت منه الأشخاص السابقة الذكر ذلك، باعتباره المستشار الخبير في هذا المجال¹، إذ يستطيع المجلس بموجب هذه المكنة إثارة مصالح المستهلك والتشديد عليها من خلال التأكيد على ضرورة بث وتفعيل منافسة نزيهة وحررة.

كما أن دوره لا يقف عند تقديم الاستشارات حول مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية، بل يمتد إلى القيام بالتحقيقات اللازمة حول شروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، وإذا أثبتت هذه التحقيقات أن تطبيق هذه النصوص يشكل تقييداً، فإنّ هذه الهيئة تباشر كل العمليات لوضع حد لهذه القيود².

كما يستطيع مجلس المنافسة أن يشارك في صنع القرارات القضائية، حيث أباح للجهات القضائية أن تستشير عند معالجتها القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، ممّا سيضمن إلا أن هذه الاستشارة تتطلب إجراءات خاصة حددتها المواد التالية (م 38 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، وما يقابلها المادة 3-462 من القانون التجاري الفرنسي)، الهدف من ورائها الحفاظ على حقوق الأطراف المتخاصمة، كما أنها ستشجع المستهلك البسيط للجوء إلى القضاء، طالما أن هذه الأخيرة سوف تتعاون مع مجلس (أو سلطة المنافسة) للنظر في قضاياهم.

فحسب المادة 38 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، إذا كان مجلس المنافسة قد درس القضية، فإنّ هذا الأخير يدلي رأيه دون الحاجة إلى إجراء الاستماع الحضورى، أما إذا كان المجلس بالمنافسة لم يسبق له دراسة القضية المراد إبداء الرأي فيها، فإنّ المجلس يطلب موافقاته بجميع المحاضر والتقارير

¹ المادة 35 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

² المادة 3/20 من القانون 12/08 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم للأمر 03/03.

والتحقيقات ذات الصلة بالقضية المرفوعة إليه¹، ولا يستطيع إبداء رأيه إلا بعد إجراء الاستماع الحضورى².

بحيث يستمع المجلس حضوريا للأطراف المعنية أو ممثليها والتي يجب عليها تقديم مذكرة بذلك، كما تستطيع هذه الأطراف المعنية أو ممثليها وكذا وزير المكلف بالتجارة الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه، اللهم إلا إذا كان في الوثائق ما يمس بسرية المهنة، فإنه يجوز للرئيس رفض تسليمها للأطراف³، بعد انتهاء من هذا الإجراء يقوم المجلس بإبداء رأيه وتبليغه للجهة القضائية المعنية.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كان أكثر دقة وتنظيما في الإجراءات المتبعة لتقديم سلطة المنافسة رأيا، وعليه، فإن الجهات القضائية إذا استشارت سلطة المنافسة في قضية متصلة بالممارسات المقيدة المنافسة ولم تكن المعلومات الخاصة بها بحوزتها، فإنها تطلب بتبليغها وتتبع أمامها إجراء الاستماع الحضورى⁴.

حيث يقوم المقرر العام بإعداد تقرير يتكفل بتبليغها للأطراف المعنية، وتقدم نسخة من للمفوض الحكومة لدى سلطة المنافسة وكل الأشخاص الذين لهم صلة بالنزاع، يمنح المقرر العام أجل لا يقل عن شهر من أجل الاطلاع على الملف وتقديم ملاحظات مكتوبة⁵، بعد اكتمال هذه الإجراءات تقوم سلطة المنافسة بدراسة القضية ثم تبدي رأيا وتبلغه إلى الجهات القضائية، يمكن نشر هذا الرأي بعد قيام الجهة القضائية بالفصل في النزاع⁶.

كما يمكن أن يلعب مجلس المنافسة دورا جبارا من خلال التأكيد على ضرورة أخذ بعين الاعتبار مصلحة المستهلك عند تقديم رأيه حول مسألة إعفاء بعض الممارسات المقيدة للمنافسة بموجب نص قانوني، خاصة بعد سماح المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي صراحة إعفاء بعض

¹ المادة 15 من القرار رقم 1 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري، مجلس المنافسة، النشرة الرسمية، رقم 3، 2014، ص 14.

² المادة 38 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم.

³ المادة 30 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁴ Lehuédé Pascal, op. cit, p.113.

⁵ Bout Roger et autres, op. cit, p.290.

⁶ Menuret Jean- Jacques, op. cit, p.32.

الممارسات من الحظر¹، للتطبيق من قاعدة الحظر المطلق طالما ظهرت مستجدات ومعطيات تبيح الفعل المرتكب.

إلا أن هذا الفرض أحاطه المشرعان الجزائري والفرنسي بشروط صارمة ودقيقة، تتعلق بضرورة وجود نص قانوني أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له فقط، كما يجب أن يكون صادر أثناء أو قبل ارتكاب المخالفة، كما اشترط المشرعان محل المقارنة أن تكون هناك علاقة سببية بين المخالفة المرتكبة ونص الإعفاء، أي يجب أن تكون الممارسة المرتكبة المخالفة لقواعد المنافسة نتيجة مباشرة وضرورية لنص الإعفاء².

إن ممارسة الحكومة لصلاحيات سن نصوص قانونية تهدف إلى الإعفاء من الحظر بعض الممارسات المقيدة للمنافسة لا يجب أن يأخذ على إطلاقه، وإلا فما الفائدة من وراء وضع قانون يحمي المنافسة والسوق؟؟ ذلك أن تدخل الدولة كل مرة في مجال السوق قد يفرغ القانون من مضمونه، ويخل بمبدأ المساواة بين المؤسسات الاقتصادية في السوق وقد تصل إلى حد المساس بمصالح المستهلك.

لهذا تخضع هذه المكنة في فرنسا إلى رقابة مشددة من قبل السلطات القضائية الإدارية ومجلس المنافسة (سلطة المنافسة حاليا) لإعادة التوازن بين الحظر والإباحة، والتأكيد على ضرورة احترام المبادئ العامة التي تقوم عليها المنافسة الحرة والنزاهة في السوق، بما يخدم مصالح المستهلك.

وقد أثبت الواقع العملي في فرنسا قلة اللجوء إلى نصوص الإعفاء، والتدخل الفعال لمجلس الدولة³ عن طريق استشارة مجلس المنافسة⁴ في كل مرة يثار فيها الشك حول النص القانوني المعني بالإعفاء، وذلك من أجل التصدي إلى تبريرات المؤسسات الاقتصادية المتمسكة بهذه النصوص.

¹أباح المشرع الجزائري بعض الممارسات المقيدة للمنافسة بموجب المادة 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم من قانون المنافسة التي جاء فيها أنه: "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له..."

² Bout Roger et autres, op. cit, p.442.

³Dans l'arrêt Société Christ et fils, du 12 juin 1996, le Conseil d'Etat a examiné la validité d'un arrêté ministériel étendant à l'ensemble d'un secteur économique d'un accord interprofessionnel agricole comportant l'obligation de pratiquer un prix déterminé. Il a estimé que ce type d'accord ayant même, pour objet de fausser le libre jeu de la concurrence sur ce marché et que, portant sur la totalité de la production du territoire national, il était susceptible d'affecter les échanges entre Etat membres. il en a dés lors déduit que l'arrêt interprofessionnel contraire à l'article 101TFUE, était incompatible avec les obligations faites aux états de respecter l'effet utile des règles communautaires de concurrence...cité par Groupe du travail n°2, du comité de la concurrence, la justification de pratiques par l'existence d'une réglementation(France), direction des affaires financières et des entreprises(comité de la concurrence), France, 14février 2011 , p.9.

⁴Dans la décision n°01-D-07 du 11avril 2001 relative à des pratiques mise en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique, le Conseil de la concurrence a considéré que la qualité du service rendu par les grossistes-répartiteurs peut varier d'un opérateur à un autre, laissant donc la place à une concurrence par les mérites ; il a donc rejeté l'argumentation des entreprises mises en cause, selon lequel le droit de la concurrence n' avait pas s'appliquer sur le marché concerné, puisque celui-ci était administré et que les marges et ristournes des grossistes, ainsi que les prix de détail des pharmaciens, étaient plafonnés...cité par Ibid, p.13-14.

ومن هذا المقام يمكن القول، أنه حانت الفرصة لطلب الحكومة آراء مجلس المنافسة الجزائري -الذي تم تنصيبه مؤخرا- حول نصوص المتعلقة بالإعفاء والاستفادة من خبرته العملية في كل المجالات والقطاعات الاقتصادية لضمان تدخل فعال للحكومة في هذا المجال.

ثانيا: الاستشارة الإجبارية

إن ضمان فعالية تدخل مجلس المنافسة في تفعيل حماية المستهلك في مواجهة الممارسات المخلة بقواعد المنافسة قد يكون وقائيا من خلال تقديم استشارات اختيارية لأصحاب القرار في الدولة، وقد تتخذ هذه الاستشارة الطابع الاجباري، حيث سار المشرع الجزائري على نفس النهج المشرع الفرنسي¹، حينما شدد على ضرورة استشارة الحكومة لمجلس المنافسة (أو سلطة المنافسة)، دون أن يكون لهذه الاستشارة القوة الإلزامية²، وذلك في كل مشروع نص تنظيمي متعلق بالأسعار أو تقييد للمنافسة أو من أجل كل مشروع نص تنظيمي يدرج تدابير من شأنها على الخصوص:

- إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط ما أو دخول سوق ما، إلى قيود من ناحية الكم،

- فرض رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات،

- فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات،

- تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع³.

رغم اشتراك المشرع الفرنسي مع المشرع الجزائري من حيث المبدأ، إلا أنّ النصوص القانونية الفرنسية تميز بين هذه الحالة وحالة استشارة الحكومة لسلطة المنافسة من أجل ترخيص لطائفة من الاتفاقات المقيدة للمنافسة عندما يكون الهدف منها تطوير تسيير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، يجبر النص القانوني (2، 4-420L) سلطة المنافسة تقديم رأي مطابق، أي أن الحكومة لا تستطيع التحرك خارج نطاق الرأي المقدم لها، رغم احتفاظها بسلطة عدم اتباع الكلي أو مخالفة أو التخلي عن المشروع في حد ذاته (لا نجد نظير لهذا النص في القانون الجزائري)⁴.

¹ حيث شدد المشرع الفرنسي على ضرورة استشارة الحكومة لسلطة المنافسة حول كل مشروع تنظيمي من أجل اتخاذ تدابير جديدة على الخصوص:

- إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط ما أو دخول سوق ما، إلى قيود من ناحية الكم،

- فرض رسوم حصرية في بعض المناطق،

- تحديد ممارسات موحدة في ميدان الأسعار أو شروط البيع... Menuret Jean- Jacques, op. cit, p.28-29.

² Lehuédé Pascal, op. cit, p.113.

³ المادة 36 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁴ Menuret Jean- Jacques, op. cit, p.29.

وما يمكن ملاحظته على هذه القائمة أنها جاءت على سبيل الحصر، وحسن فعل المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي في اسناد هذا الأمر لصاحب الاختصاص الأصلي تقاديا للتضارب مع واقع الحال، كما أنه يضمن رقابة دائمة ومستمرة على القوانين لضمان منافسة شريفة ونزيهة، والتي ستنصب في آخر المطاف في مصلحة المستهلك.

الفرع الثاني: الدور الرقابي السابق لمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة وزيادة فعالية حماية المستهلك.

من المعلوم أنّ المنافسة لا تعتبر هدفا في حد ذاتها¹، بقدر ما هي وسيلة يستعان بها، من أجل الوصول إلى تحقيق التقدم والانتعاش الاقتصادي، وتفعيل حماية المستهلك، لهذا أجاز المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بعض الممارسات المقيدة للمنافسة، كلما كان من شأنها المساهمة في التقدم والرخاء الاقتصادي بشرط أن تحصل على ترخيص مسبق من مجلس المنافسة². حيث جاء في المادة 9 /2 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة ما يلي: "يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة."

وتطبيقا لذلك، أخضع المشرع الجزائري الاستفادة من الإعفاء للرقابة المسبقة لمجلس المنافسة، من أجل التأكد من تطبيق هذا الإعفاء بشكل سليم بما يخدم الاقتصاد الوطني، ومن أجل الوصول إلى هذا الهدف اشترط المشرع الجزائري استكمال بعض الإجراءات الشكلية والتي لا نجد لها مقابل في النصوص القانونية الفرنسية، حيث أوجب المشرع الجزائري على أطراف المخالفة المرتكبة (الاتفاق المحظور أو التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة) طلب ترخيص بعدم التدخل من قبل مجلس المنافسة³.

¹ Payet Marie-Stéphane, Droit de la concurrence et droit de la consommation, thèse doctorat, Université Panthéon-Assaa, ParisII, 11janvier 2000, p.24.

² محمد تيورسي، مرجع سابق، ص315-316.

³ أكدت على هذا الإجراء أحكام المادة 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم: "...لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس منافسة."

وكذا أحكام المادة 8 من نفس الأمر السابق الذكر: "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية واستنادا إلى المعلومات المقدمة له أن اتفاقا أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و7 أعلاه لا تستدعي تدخله.

تحدد كليات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب مرسوم."

وبالفعل تدخل المشرع الجزائري مؤخرا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 175/05 المؤرخ في 12 مايو 2005¹ من أجل تحديد الكيفيات والإجراءات اللازمة للحصول على تصريح بعدم التدخل (attestation négative).

إنَّ المسار الذي انتهجه المشرع الجزائري يختلف تماما عما جاء به القانون الفرنسي والأوروبي، فبالنسبة للقانون الفرنسي لا نجد مقابل للفقرة الثانية من نص المادة 9 من الأمر 03/03 المتعلق بطلب الترخيص في نصوصه التشريعية والتنظيمية، رغم أن سلطة المنافسة الفرنسية هي المختصة الأولى في اتخاذ القرار حول مدى اكتمال شروط الإعفاء المنصوص عليها بموجب أحكام المادة L 420-4 من ق ت ف.

كما أنها لا تلزم أطراف المخالفة الإبلاغ عن وجود اتفاق محظور أو التعسف ناتج عن وضعية الهيمنة ينتج عنه آثار حسنة، حيث أن طلب الإعفاء يتم تقديمه في نفس الوقت مع وسائل الدفاع الأخرى لاسيما عندما تبدأ المتابعة الإدارية تطبيقا لأحكام المادتين L420-1 و L420-2 من ق ت ف.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الفرنسي لجأ إلى عملية الترخيص في حالة معينة نصت عليها الفقرة الثانية من المادة L 420-4 من ق ت ف وذلك بموجب قرار وزاري وبعد أخذ رأي سلطة المنافسة الفرنسي².

أما بالنسبة للقانون الأوروبي، فإنه يشترط "شهادة سلبية Attestation négative" ولكن لتبرير عدم العقاب وليس لإثبات تحقق الشروط اللازمة للإعفاء من العقوبة³.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، واستنادا على ما جاء في نص المادة 9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، فإنَّ الإعفاء الذي تحصل عليه المؤسسات المعنية وفقا لأحكام هذه المواد لا يتم بقوة القانون أي بشكل عفوي، بل يجب الحصول على ترخيص مسبقا، كما أنَّ عدم حصول الأطراف المعنية عليه لا يعفي من العقوبة شيئا، لذلك فطلب الحصول على التصريح بعدم التدخل هو إجراء ضروري و وجوبي. وفيمايلي تحليل طلب التصريح بعدم التدخل، ومدى مساهمة تدخل مجلس المنافسة في تفعيل حماية المستهلك ضمن هذه الإجراءات المتبعة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 175/05 المؤرخ في 12 مايو 2005، يحدد الكيفيات والإجراءات اللازمة للحصول على تصريح بعدم التدخل، ج ر، العدد 35، الصادر بتاريخ 18 مايو 2005، ص 4.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.640

³ Grynfoegel Catherine, Droit comminautaire de la concurrence, op. cit, p.80.

أولاً: مراقبة مجلس المنافسة الشروط الشكلية للإستفادة من الإعفاء.

إنّ حماية المستهلك لا تقف عند حظر الممارسات المقيدة للمنافسة في السوق، ذلك أن الممارسات التي قد تعتبر مخلة بقواعد المنافسة قد تشكل في ظروف أخرى خير وفيها على الحياة الاقتصادية، لهذا فضلت معظم التشريعات إخراج بعض التصرفات المقيدة للمنافسة من دائرة الحظر، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري الذي بدوره استلهم خطاه من المشرع الفرنسي والأوروبي منعكسا ذلك في المواد 8 و 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، والمادة 4-420L من ق ت ف والتي تعتبر قريبة من المادة 101§3 من TFUE).

في حين رجع المشرع الجزائري مرة ثانية وأخضع هذا الاستثناء إلى الرقابة السابقة لمجلس المنافسة، لضمان فعالية أكثر لهذه الممارسات المخلة بقواعد المنافسة، وحماية مصالح المستهلك، وتتم هذه الرقابة عن طريق التدقيق في الطلبات المقدمة من قبل المؤسسات الراغبة في خرق المنافسة من أجل الحصول على التصريح بعدم التدخل، وفيما يلي توضيح الإجراءات المعتمدة من قبل المجلس لإتمام هذه المهام المسندة إليه.

1- تقديم طلب "التصريح بعدم التدخل".

يقصد بالتصريح بعدم التدخل بأنه تصريح يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية، يلاحظ المجلس بموجب عدم وجود داع لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم.

وتطبيقا لذلك، حدد المشرع الجزائري الشروط الضرورية لقبول طلب التصريح بعدم التدخل من خلال المرسوم التنفيذي رقم 05-175¹ بشكل صارم وصريح وذلك تسهيلا منه لمهمة المؤسسات المعنية، ومجلس المنافسة لقيامه بدوره الرقابي بشكل شفاف وصريح، حيث اشترطت المادة 4 من نفس المرسوم السابق الذكر أن يودع ملف يتضمن الوثائق التالية:

1- طلب مؤرخ وموقع من قبل المؤسسات المعنية بهذا التصريح²:

أوضح الملحق رقم 1 من نفس المرسوم بشكل واضح شكل الطلب الذي يجب على الأطراف المعنية إيداعه لدى مجلس المنافسة الجزائري، وذلك تحت عنوان: " طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل".

¹ ج ر، العدد 35، الصادر بتاريخ 18 مايو 2005، ص 4.

² الملحق رقم 1 طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل من المرسوم التنفيذي رقم 05/175 السالف الذكر.

-يحدد في هذا الطلب هوية صاحب الطلب (بشكل مفصل).

-هوية المشاركين الآخرين في الطلب(بشكل مفصل).

-موضوع الطلب(فيما إذا كان يتعلق باتفاق محظور أو تعسف ناتج عن وضعية هيمنة)، وأخيرا
تصريحا للموقعين بأنه ما ذكر من معلومات وما يرفق به من وثائق ومستندات صحيحة ومطابقة
للواقع، ختاماً توقيع الأطراف المعنية أو ممثل عنهم وتحديد صفاتهم¹.

2-استمارة معلومات ترفق بطلب الحصول على التصريح بعدم التدخل عنوانها "استمارة معلومات
للحصول على التصريح بعدم التدخل": حدد الملحق رقم 2 مضمون استمارة معلومات المتعلقة
للحصول على التصريح بعدم التدخل وتتمثل فيما يلي:

أ-المعطيات المتعلقة بالمؤسسة أو المؤسسات المشاركة بالطلب:

ويقصد بها توضيح بشكل صريح وضعية المؤسسة أو المؤسسات في السوق المعنية وكذا هويتها
ووضعيتها المالية²، أي يجب أن تتحقق فيها الشروط اللازمة لاتخاذ وصف المؤسسة بمفهوم الأمر
03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتم³، كما تحدد بشكل واضح بيان رقم أعمالها المحقق من
خلال السنة المالية السابقة وكذا رقم أعمال محقق بخصوص السلع والخدمات المعنية بالطلب...

ب-السوق المعنية:

يشكل تحديد السوق المعنية عنصراً مهماً لارتكاب المخالفة، لهذا يجب على الأطراف المعنية توضيح
السوق المعنية التي تنشط فيه، كما يجب عليها تحديد ما يلي:

-طبيعة السلع أو الخدمات المعنية بالطلب (بيان السلع والخدمات البديلة)، بيان إذا كانت السلع أو
الخدمات خاضعة لتنظيم خاص أو كان استيرادها حراً.

-كما تذكر أسماء وعناوين المؤسسات الموجودة في نفس السوق المعنية، وكذا توضيح التسهيلات أو
الصعوبات المتعلقة بالدخول إلى السوق، بيان أسماء وعناوين الزبائن الموجودين في نفس السوق،
بيان البعد الجغرافي.

¹ الملحق رقم 1 طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل من المرسوم التنفيذي رقم 175/05 السالف الذكر .

²الملحق رقم 2 المتعلق باستمارة معلومات تتعلق بالحصول على التصريح بعدم التدخل من المرسوم التنفيذي رقم
175/05 السالف الذكر .

³طبقاً للمادة 1/3 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة يقصد بالمؤسسة: " كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت
طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطا الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات."

ج-دوافع الطلب:

يعتبر هذا العنصر هام جدا لأنه يكمل نص المادة 9 من الأمر 03/03 التي خلت من شرطين مهمين لاكتمال شروط الإعفاء، ويقصد بهذا العنصر تحديد بدقة موضوع الطلب بالنظر لأحكام المادتين 6 و7 من الأمر 03 /03 المعدل والمتمم، بحيث يجبر المؤسسة المعنية بهذا الطلب توضيح ما يلي:

-يبين المزايا التي سوف تستفيد منها المؤسسات المعنية من الطلب،

-تحديد مدة هذا الطلب، والأسباب التي يمكن أن تمس فيها موضوع الطلب بقواعد المنافسة.

-بيان الأسباب التي لا تهدف تصرف المؤسسة إلى عرقلة حرية المنافسة في نفس السوق المعنية أو الحد منها أو الإخلال بها¹.

إنَّ التمعن في هذا الفرض الأخير يكشف عن خلل كبير في صياغة المادة، إذ أن هناك خلط واضح في معنى هذه المادة، ذلك أن التصرف المراد الاستفادة من الإعفاء سيؤدي حتما إلى تقييد المنافسة والمساس بها، ولكن يجب ألا يقضي هذا التصرف المعفى بالمنافسة نهائيا في السوق المعنية، لأن في هذه الحالة سيشكل التصرف المعفى إخلالا كبيرا بمكنيزات السوق.

-وأخيرا بيان مزايا الطلب التي يمكن أن تتعكس على المنافسة وعلى المستعملين والمستهلكين².

أما عن الأشخاص المخول لهم قانونا تقديم هذا الطلب، فإن المشرع الجزائري فتح باب واسعا أو لجميع المؤسسات المعنية بالطلب أو ممثلها تقديم طلب الحصول على التصريح بعدم التدخل بشرط أن يستظهر الممثلين تفويضا مكتوبا يبين صفة التمثيل المخول لهم.

2- موقف مجلس المنافسة الجزائري من طلب "التصريح بعدم التدخل".

حددت المادة 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم أن الاستفادة من الإعفاء يتطلب الحصول على ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة الجزائري، لهذا يفرض على الأطراف المعنية عند انتهاء من سرد لهذه المعلومات بشكل صادق وصریح، يتم إيداع ملفاتهم في خمس نسخ أصلية) أو مصادق

¹دوافع الطلب، استمارة معلومات تتعلق بالحصول على التصريح بعدم التدخل، الملحق الثاني، المرسوم التنفيذي رقم 175/05 السالف الذكر.

²دوافع الطلب، استمارة معلومات تتعلق بالحصول على التصريح بعدم التدخل، الملحق الثاني، المرسوم التنفيذي رقم 175/05 السالف الذكر.

على مطابقتها للأصول إذا كانت نسخا مصورة) لدى الأمانة العامة لمجلس المنافسة مقابل وصل استلام يحمل رقم تسجيل الطلب أو بموجب رسالة موسى عليها¹.

بعد إيداع الملف لدى الأمانة العامة لمجلس المنافسة، يقوم هذا الأخير بالتصرف للفصل في هذا الطلب عن طريق مقرر يتم تعيينه لدراسة هذا الملف، وإذا اقتضى الأمر يمكن طلب تزويده بكافة المعلومات أو المستندات الضرورية لإكمال التحقيق².

إن إصدار مجلس المنافسة شهادة "التصريح بعدم التدخل" هو بمثابة تصريح من سلطة مختصة بأن اتفاقا محظورا أو تعسف في وضعية الهيمنة لا تشكل مخالفة، الأمر الذي يتطلب معه دراسة معمقة للملف الذي تقدمه الأطراف المعنية، أي يجب عليه أن يتأكد فعلا أن الممارسة المرتكبة (اتفاق محظور أو تعسف في وضعية الهيمنة) تتحقق فيها الشروط المنصوص عليها في (المادة 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم)³.

إن ممارسة مجلس المنافسة للرقابة المسبقة على الإعفاء بعض الممارسات المقيدة للمنافسة من الحظر، يتيح له فرصة مراقبة السوق من جهة، ومحاولة التوفيق بين ضرورة خرق قواعد اللعبة التنافسية وحماية المستهلك من جهة أخرى.

ثانيا: مراقبة مجلس المنافسة الشروط الموضوعية للاستفادة من الإعفاء.

تعتبر حماية المستهلك من أسمى الأهداف المنشودة من وراء وضع قانون للمنافسة، من أجل ذلك يحظر هذا الأخير كل ممارسة من شأنها المساس أو الاخلال باللعبة التنافسية في السوق، إلا أنه قد يلجأ في بعض الحالات لرفع الحظر عن بعض الممارسات إذا كان الهدف منها المساهمة في التقدم الاقتصادي، الأمر الذي يجعلنا نتساءل ما إذا كانت مصلحة المستهلك لا تزال محور اهتمام قانون المنافسة أم أنه تم التنازل عنها في سبيل تحقيق هدف أسمى (التقدم الاقتصادي)؟

للإجابة على هذا الإشكال يجب دراسة هذا المعيار-حماية مصلحة المستهلك- في ظل الشروط الموجبة للإعفاء، وفيما يلي تحليل ذلك، وذلك من خلال التقييد بالشروط الآتي ذكرها:

¹ المادة 5 / 1 من المرسوم التنفيذي رقم 175/05 السالف الذكر.

² المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 175/05 السالف الذكر.

³ Art L420-4 du code commerce : ³ "Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L420-1 et L420-2 les pratiques :

2-Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effets d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence par une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques... ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans les mesures ou elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

1- الشروط الإيجابية للحصول على الترخيص:

حددت المادة 8 و9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم الشروط الواجب تحققها لإستفادة المؤسسات من الإعفاء، والتي يجب على مجلس المنافسة الجزائري مراقبتها والتحقق من توفرها، وفيما يلي عرض لهذه الشروط.

أ-ضمان التقدم الاقتصادي (le progrès économique) وحماية المستهلك:

يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط اللازمة للاستفادة من الإعفاء، حيث اتفقت جميع التشريعات على ضرورة توفرها بما فيها المشرع الجزائري والفرنسي والأوروبي، ويقصد بهذا الشرط أن يساهم الاتفاق المحظور والتعسف في وضعية الهيمنة مساهمة واضحة في التقدم الاقتصادي حتى يستطيع أطراف المخالفة الحصول على الإعفاء القانوني، ولكن السؤال المطروح ماذا نعني بالتقدم الاقتصادي (économiques progrès)؟

لم يعطي المشرعان محل المقارنة أي تعريف ل(للتقدم الاقتصادي) بل ترك عناية تحديده للقضاء والواقع العملي للسلطات الرقابة، ويرجع السبب الرئيسي لهذا الموقف كون هذا المصطلح واسعا جدا بالمقارنة مع مصطلح المنافسة، كون هذا المصطلح يجمع بين قناعات ومصالح المهنيين وكذا المستهلكين¹.

أثار هذا المصطلح ولا زال يثير إلى يومنا الحالي العديد من المشاكل في ترجمته، لهذا فإن الأمر يجعل تحديد المعايير الواجب تحقيقها لتحديد الآثار الإيجابية للاتفاق المحظور والتعسف في وضعية الهيمنة صعبا ولكن ليس إلى درجة الاستحالة.

في حقيقة الأمر لا يمكن تحديد مصطلح دقيق للتقدم الاقتصادي إلا في ظل الاجتهاد القضائي والتقارير السنوية لمجلس المنافسة الفرنسي، الذي أثبت أن هذا المصطلح يتخذ عدة أشكال وقد أطلق عليها أيضا مفهوم "الريح الكافي gains d'efficience"².

إنّ هذا الشرط يجب أن يتم التعامل معه بالمفهوم الواسع، فهو لا يتعلق بالآثار الاقتصادية التي يمكن أن تقيد المنافسة فقط، بل يجب الأخذ بعين الاعتبار كل الآثار الذي تدخل في إطار الأهداف العامة أو المصلحة العامة، كما أن الأهداف أو المزايا التي يجب أخذها في تقدير مصطلح التقدم الاقتصادي بعين الاعتبار هي مزايا موضوعية³.

¹ Lehuédé Pascal, op. cit, p.60.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.626.

³ Ibid, p.626.

إذا فما هي المؤشرات التي يتم الاعتماد عليها لتقدير وجود تقدم اقتصادي ؟

-تطوير الإنتاجية:

يتحقق هذا الهدف إذا كان الاتفاق المحظور أو التعسف في استغلال وضعية الهيمنة يؤدي إلى الزيادة في الإنتاجية، ويتحقق هذا الفرض إذا تم خفض العلاقة بين الكمية المنتجة من جهة، والعمل والتكاليف المستحقة من جهة أخرى، وبمعنى أدق تقوم المؤسسات برفع الإنتاجية بخفض تكاليف الإنتاج والمصاريف العامة أي " إنتاج جيد وتكاليف منخفضة produite mieux et moins cher"¹.

ويتخذ هذا الهدف عدة أشكال ومن أمثلتها: خفض تكاليف الإنتاج، استبعاد الصناعات الغير المربحة، تطبيق اقتصاد قياسي (économie d'échelle) بخفض الأسعار، رفع أو التحكم في قدرات الإنتاج، ضبط وتنظيم الإنتاج، توسيع تشكيلة المنتوجات، خفض التكاليف العامة، التنسيق في الاستثمارات...² ومن أمثلة عن الواقع العملي على المستوى الأوروبي والفرنسي:

حيث أقرت اللجنة الأوروبية في قرارها المتعلق بقضية "الخيوط التركيبي Fibre synthétique" بأن الاتفاق المبرم بين عشرة (10) أهم منتجين أوروبيين للخيوط التركيبي من أجل خفض قدراتهم الإنتاجية إلى 18% يستفيد من الإعفاء وهذا راجع للأسباب التالية:

-تحرير المؤسسات من الأعباء المالية التي كانت مستحقة بسبب الأعباء الإضافية (الفائضة) والسماح بتخفيض المشاركين.

- الاتفاق يسمح بتطوير الإنتاج من أجل تنفيذ والعمل في ظل شروط اجتماعية مقبولة.

- الاتفاق يتعلق فقط بخفض القدرات الزائدة ولمدة محدودة لا تزيد عن 5 سنوات.

- هذا الاتفاق مفيد للمستخدمين الذين يستفيدون من عرض تنافسي وسلع ممتازة³.

كذلك أقرت في قرار آخر لها الصادر في 12 جويلية 1984 والمتعلق بقضية "Carlsberg" بإعفاء اتفاق من أجل ترخيص علامة تسمح لصانع الجعة الدانماركية من أجل المنافسة في السوق الأجنبية الذي كان في السابق مشغول من قبل المؤسسات الوطنية⁴.

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p.447.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.626-627.

³ Avgeri Parthenia et Karpenschief Michaël et Vaissière thierry et Wiesike Oliver, Entreprise- Concurrence et Europe, 4eme édition, FEDE, 2009, p.25.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.627.

أما على المستوى الداخلي لفرنسا، فقد استفادت العديد من الاتفاقات من الإعفاءات الناتجة عن المساهمة في التقدم الاقتصادي، ومن أمثلة ذلك:

-تواطؤ البنوك من أجل توحيد نظام المحفظة الالكترونية من أجل رقي وتحقيق فعالية أكثر وسلامة نظام الدفع في فرنسا.

-تواطؤ بين البنوك من أجل ضمان أقل خدمة بنكية للزبائن الغير المرغوب فيهم (les clients défavorables).

- التواطؤ من أجل تقديم أحسن المعلومات أو تقديم أحسن الضمان أو الخدمة ما بعد البيع التي تعود بالمنفعة على المستهلكين¹.

-تطوير التوزيع:

يمكن أن يتخذ التقدم الاقتصادي تطوير لمجال التوزيع وترقيته خاصة في مجال التوزيع الانتقائي، عقود الفرشيز، تنظيم المعارض والتظاهرات، عقد الفرانشييز... إلخ.

*التوزيع الانتقائي:

عادة يستفيد هذا النوع من الاتفاق من الإعفاء المنصوص عليه في المواد السابقة الذكر، كونه يساهم في تطوير الاقتصاد بسبب البرمجة الدقيقة للإنتاج والتسويق الأمثل، وضمان تمويل مستمر للمستهلكين مع توفير مرضي للخدمة مابعد البيع²، ولكن يجب الأخذ بعين الاعتبار المعايير التالية:

-طبيعة المنتج: تقنية معقدة، سعر مرتفع نسبيا، خصائص خطيرة، الحاجة إلى خدمة ما بعد البيع، المنتج ذو جودة خاصة بحيث تتطلب تعاون وثيق بين المنتجين والبائعين بالجملة(الموزعين).

-ضرورة ضمان للموزعين رقم أعمال كاف من أجل تقديم جهود حقيقية للترقية في مواجهة الزبائن والحفاظ في المخزن على تشكيلة كافية وواسعة من المنتوجات³.

*اتفاقات التعاون التجاري:

هذه الاتفاقات تسمح للمشارك في الاتفاق أن يضع تحت تصرف المشارك شبكته للبيع لتحسين وتطوير التوزيع كونه يسمح لأطراف الاتفاق الولوج بسهولة إلى أسواق جديدة، كما أنه يشجع القدرة التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة¹.

¹ Condomines Aurélien, op. cit, p.248.

² Bout Roger et autres, op. cit, p447.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p628.

-تحسين شروط السوق وتحسين الإعلام والخدمات المقدمة للمستهلكين:

يتحقق هذا المعيار عندما تضمن الممارسة المقيدة للمنافسة محل النزاع أحسن توزيع للسلع في مواجهة المستخدمين²، وهناك عدة معايير جد مختلفة لها تأثير واضح وفعال على سوق السلع والخدمات من بين هذه الحالات:

-تحكم جيد للعرض والطلب من أجل التخلص من الإنتاج الفائض أو من أجل تنظيم تهديد بركود الإنتاج.

-تطوير وتحسين جودة الخدمات المقدمة إلى الزبائن: كتقديم أحسن إعلام للمستهلكين أو توفير أحسن ضمان للأمن، أو تقديم أحسن فعالية و استعجاليه للخدمات الجديدة.

-تطوير علامة تجارية وطنية.

-توسيع توزيع سلعة مرخص بها.

-تحسين شروط استعمال وسائل الدفع³.

-توسيع الاستفادة من العلامات التجارية العالمية.

-البحث عن تقنيات وأساليب متطورة للإنتاج والتوزيع.

إلا أنَّ هذه المعايير اعتبرت في بعض الحالات سببا لإقصاء الإعفاء عن الاتفاقات المحظورة، خاصة إذا كانت تؤدي إلى عدم التوازن الخارجي لسوق السلع(ارتفاع الاستيراد وضعف التصدير)، ومراقبة دائمة من جهة ارتفاع الإنتاج الوطني من قبل الدول الأجنبية⁴.

-المساهمة في إيجاد وتحسين الشغل:

إنَّ الاستفادة من الإعفاء لا يتعلق بالمعايير والمؤشرات السابقة الذكر، فقد أضاف المشرع الجزائري مؤشرا هاما أجل استفادة المؤسسات الاقتصادية من الإعفاء ألا وهو استحداث مناصب للشغل والحفاظ عليها. وبالتالي، فإنَّ كل ممارسة محظورة (سواء أكانت اتفاقا محظورا أو تعسف في استغلال وضعية

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.629.

² Ibid, p.637.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.448.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.629.

الهيمنة) كان الهدف منها إحداث مناصب للشغل أو الحفاظ عليها تعتبر ممارسة معفاة طبقا لنص المادة 9 من الأمر 03/03 والمادة 4-420 L من ق ت ف)¹.

لا يعتبر هذا المؤشر حديث النشأة ولا صنيع النصوص القانونية، بل تم استحدثه وتطبيقه من قبل القضاء ومجلس المنافسة الفرنسي في العديد من قراراتهم (القرار الشهير ل3ماي 1988 حيث اعتبر مجلس المنافسة هذا المؤشر: "...عنصر للاستقرار يسمح بتطوير الشروط العامة للإنتاج"²).

- مساهمة التقدم في تعزيز وضعية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في السوق:

أعطى المشرع الجزائري عناية خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، إذ وردت إشارة صريحة إلى إمكانية السماح لها بالالتيان بممارسات مقيدة للمنافسة التي من شأنها أن تعزز وضعيتها التنافسية.

ويرجع أخذ المشرع الجزائري لهذا النوع من المؤسسات بعين الاعتبار، لما تشكله هذه الأخيرة من قاعدة أساسية في الاقتصاد الوطني، بحيث أن اتفاق هذه المؤسسات مثلا فيما بينها بإمكانه السماح باستعمال التكنولوجيا والأدوات العصرية، مما يساهم في التقدم الاقتصادي وينعكس في المستقبل على تحول نوعي في أنماط التسيير هذا من جهة، ومن جهة يمكن أن يؤدي هذه الممارسة المخالفة إلى تخفيض تكاليف الإنتاج، مما يستتبع انخفاض السعر، وهو ما ينصب في مصلحة المستهلك في الأخير³.

ومن جهة أخرى، يمكن أن يجنب هذا الإعفاء مؤسسات عديدة من الوقوع في الإفلاس والتصفية، ومحاولة إتخاذ إجراءات علاجية قصد الاحتفاظ بها بدل القضاء عليها⁴.

من خلال استعراض لهذه المؤشرات، يمكن القول أن حماية المستهلك هي وسيلة أو آلية لتحليل وضعية المؤسسة في السوق، ذلك أن تحقيق رغبات المستهلك تعتبر الشرط الأساسي والجوهري لاستمرارية دخولها في منافسة مع بعضها البعض في السوق، وبتحليل وضعيتها يسمح بتحديد ما إذا كانت جودة السلع أو الخدمات المقدمة تحتاج إلى التطوير أو لا، فهنا الفكرة لا تتعلق بحماية المستهلك أي بمنحه مزايا من وراء تحسين الجودة، وإنما الأمر يتعلق بضرورة البحث ما إذا كان متطلبات أو احتياجات المستهلك قد تم ترجمتها في سبيل إعادة عافية المؤسسة، لهذا يمكن التضحية بحماية المستهلك في سبيل تحقيق التنمية المراد الوصول إليها⁵.

¹ Lehuédé Pascal, op. cit, p.60.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.448.

³ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص318.

⁴ نفس المرجع، ص319.

⁵ Payet Marie-Stéphane , op. cit, p.38.

خاصة إذا تعلق الأمر بمؤشر "المساهمة في إيجاد الشغل"، لهذا سنشهد في الجزائر لجوء العديد من المؤسسات الاقتصادية إلى هذا الحل لتبرير تصرفاتها المنحرفة في السوق ولو على حساب المستهلك، ولعل السبب الرئيسي راجع إلى ميكانزمات السوق الجزائرية والسياسة الاقتصادية المتبعة في الجزائر التي تبحث دوماً عن تحقيق الأمن الاجتماعي.

في حين لم يتوقف الاجتهاد القضائي الفرنسي عند هذا المؤشر، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث رخص الاتفاق المحظور المتعلق بالكتاب، واعتبره بمثابة: "دعم ثقافي وعنصر لتوحيد الثقافة في أرجاء الوطن....."¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه مادام القضاء الفرنسي ومجلس المنافسة قد قبل هذا الفرض الأخير، فهل يمكن إعفاء الممارسات المقيدة للمنافسة لوجود أزمة قطاعية (crise sectorielle)؟

رفضت سلطة المنافسة الفرنسية تبرير الممارسات المقيدة للمنافسة (الاتفاق المحظور أو التعسف في وضعية هيمنة) بوجود أزمة قطاعية (crise sectorielle)، حيث في جاء قرار لها أنه: "...وفي قرار آخر لسنة 2003 تم إدانة منتجي الفريز fraise بسبب قيامها بوضع تدابير لمراقبة السوق المعنية من أجل تقادي انخفاض الأسعار في قطاع كان يعرف مشاكل خاصة"².

إلا أن هذا الموقف نسبي غير مطلق، إذ يمكن الأخذ به في حالات استثنائية، ففي قرار قديم لمجلس المنافسة الفرنسي أقر بإمكانية الاعتراف بالإعفاء لبعض الأوضاع حيث تكون الأزمة الاقتصادية مبررا ويمكن اعتبارها في هذه الحالة بمثابة "المساهمة في التقدم الاقتصادي المنصوص عليها في المادة 4-420 من ق ت ف"³.

في الواقع يمكن الأخذ بعين الاعتبار الأزمة الاقتصادية عند تحديد قيمة الغرامات في إطار "وضعية هيكلية استثنائية"، وفي هذه الحالة تحليل الأزمة وإسقاط نتائجها يكون على كل مؤسسة معينة على حدا وليس إسقاطها على جميع المؤسسات بصفة عامة⁴.

إذا كانت هذه الفرضيات تصدق على الاتفاقات محظورة، فإن هذا الأمر يختلف في حالة وجود تعسف في وضعية الهيمنة، الذي لطالما نظر إليها القضاء الفرنسي والأوروبي بعين الاشمئزاز متسانلا كيف يمكن للتعسف في وضعية الهيمنة أن يخدم مصلحة المستهلك؟؟؟

¹ Nicolas- Vullièrme Laurence, op. cit, p.185.

² Condomines Aurélien, op. cit, p.250.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.445.

⁴ Condomines Aurélien, op. cit, p.250.

ونسوق لهذا التساؤل قضية ميشلين Michelin، حيث قضت محكمة TPI أن ممارسة مؤسسة ميشلين Michelin - مؤسسة في وضعية هيمنة في مجال العجلات- تخفيضات الولاء مقابل التعهد بالشراء من قبلها ممارسة تعسفية، رغم أن مؤسسة ميشلين Michelin أثبتت أن تصرفها ليس مقيدا للمنافسة، وأن حصصها في السوق انخفضت، وأن المستهلكون استفادوا من هذه التخفيضات بسبب انخفاض أسعار العجلات في السوق.

بينما ارتأت محكمة TPI أن هناك تقييد لمنافسة حيث جاء في قولها: " أن هناك احتمال كبير أن خفض حصص المؤسسة في السوق (...) وأسعار البيع (...) ستكون مهمة في حالة غياب هذه الممارسة المرتكبة¹."

وعليه، يمكن تفسير قلة إلى ندرة الاعفاءات المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية بسبب عدم قدرة المؤسسات على اثبات مساهمة تصرفاتها في التقدم الاقتصادي².

ومنه نستنتج ممّا سبق، أنّ المشرعان محل المقارنة قد أخذوا بعين الاعتبار بصفة غير مباشرة حماية المستهلك من خلال أولى الشروط الواجبة لإعفاء الممارسات المقيدة للمنافسة، إلا أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أن توقف عند هذا الحد لولا صدور المرسوم التنفيذي المتعلق بكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل، الذي عدّل نقص المادة 9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

ب- حفظ حصة عادلة من الربح عن التقدم الاقتصادي للمستعملين:

لم تنص أحكام المادة 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم والمتعلق بقانون المنافسة، إلا أنه تدارك هذا النقص في المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 الذي يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل³، من خلال المادة 3 المتعلق بدوافع الطلب، في حين تطرقت إلى هذا الشرط صراحة المادة 4-420 L من ق ت ف والمادة §3 101 TFUE.

ويقصد بهذا الشرط بأن الاتفاق المحظور والتعسف الناتج عن وضعية الهيمنة لا يستفيد من الإعفاء لمجرد أنه يساهم في التقدم الاقتصادي، ولا لأنه يدر بالأرباح والمنافع على المؤسسات المعنية به، بل

¹ Pour le tribunal, il y a cependant atteint à la concurrence car « il est très probable que la diminution des parts de marché [...] et de ses prix de vente [...] aurait été plus importante en l'absence des pratiques dénoncées ». TPCE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01, Manufacture Française des pneumatiques Michelin c / Commission : Rec. CJCE 2003, 2, p.4071.

² Payet Marie-Stéphane , op. cit, p.39.

³ ج ر، العدد 35، الصادر بتاريخ 18 مايو 2005، ص 3.

يجب على هذه الممارسات المحظورة أن تكون لها آثار ايجابية وتدر منافع على الغير، وعلى حسب تقدير المشرعين المقصود هنا هم "المستعملين"¹.

إلا أن الواقع العملي أثبت صعوبة التفريق بين هذا الشرط والشرط السابق الذكر، لهذا ارتأينا تفسير بعض المصطلحات لتوضيح هذا الشرط أكثر ألا وهي: "المزايا" « profit » و "المستعملين utilisateurs"؟

المزايا أو الربح المراد تحقيقه من وراء خرق قواعد المنافسة هو المزايا الاقتصادية الموضوعية الحساسة التي يمكن الحصول عليها من تقييد الممارسة المرتكبة للمنافسة، وقد تتخذ هذه المزايا العديد من الخصائص كما أنها تقبل نظرة واسعة.

فإذا كان التقدم الاقتصادي يترجم عن طريق خفض الإنتاج فإن المزايا (profit) التي يمكن الحصول عليها يجب أن ينعكس بالإيجاب على الأسعار الموجهة للمستهلكين²، ففي هذه الحالة تتخذ المزايا طبيعة مالية. كما يمكن للمزايا أن تتخذ طبيعة غير مالية، وفي هذه الحالة قد تترجم في عدة أشكال: كترقية جودة السلع والخدمات المقدمة، تطوير في عملية تسويق المنتجات، أو سرعة التموين أو توفير الخدمة ما بعد البيع... إلخ³.

ولقد ذهب القضاء الأوروبي والفرنسي وسلطات الضبط إلى أبعد من ذلك في تفسيرها لمفهوم المزايا (profit)، فقد اعتبر أن هذا المفهوم قد يتحقق إذا كانت الآثار الإيجابية للممارسة المرتكبة قد تدر نفعاً على البيئة أو تؤدي إلى مكافحة التلوث⁴.

ومنه، يجب على التقدم الاقتصادي أن يحقق: "مزايا موضوعية، حساسة، ذو طبيعة توازن الخسائر الناتجة على تقييد المنافسة"، إذا الآثار الإيجابية لتقييد المنافسة يجب أن تحس أو يتم الشعور بها وإدراكها على مستوى السوق المعنية⁵.

أما المصطلح الثاني فهو "المستعملون Les utilisateurs"؟

لم ينص المشرع الجزائري على مصطلح "المستعملون les utilisateurs" بموجب المادة 9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، إنما تطرق إليه من خلال المادة 3 المتعلقة بدوافع الطلب، لم يحدد المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بصفة صريحة المقصود من

¹ Nicolas- Vullièrme Laurence, op. cit, p.185.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.458.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.632.

⁴ Ibid, p.638.

⁵ Nicolas- Vullièrme Laurence, op. cit, p.185.

مصطلح المستعملون (les utilisateurs)، تاركان المهمة للقضاء ومجلس المنافسة استبطان ذلك من خلال التطبيقات العملية.

الأمر الذي يستدعي اللجوء إلى ما توصل إليه القضاء الفرنسي ومجلس المنافسة الفرنسي، وكذا التوجيه الأوروبي، باعتبار أن مجلس المنافسة الجزائري مازال فتيا في هذا المجال.

حيث توصلوا إلى اعتبار أن هذا المصطلح شامل وجامع لكل المتدخلين (أطراف الذين شملهم الممارسة المرتكبة)¹ بصفة مباشرة أو غير مباشرة في السلسلة الاقتصادية للسلع والخدمات، بمعنى أدق المنتجون، البائعون بالجملة، البائعون بالتجزئة،...، والمستهلك النهائي².

وبالتالي، لا يجب أن تقتصر الآثار أو المزايا على أطراف الممارسة المرتكبة، وإنما يجب أن تمتد تلك الآثار لتشمل أطرافها وعملائها، وإلى المستهلك النهائي والاقتصاد الوطني بصفة عامة.

إذ أنه لا يمكن الاحتجاج بأن الباعث هو تحقيق التقدم الاقتصادي، بل يجب أن يصاحبه وبشكل تناسبي تحقيق آثار مفيدة على جميع المستويات بصفة مباشرة، ذلك أن السماح لبعض المؤسسات الاقتصادية خرق قواعد المنافسة سيؤدي حتما إلى عدم المساواة في السوق المعنية، هذه اللامساواة لن تبررها إلا النتائج الإيجابية الناتجة عن هذا الخرق، وهذا ما يضيف الشرعية الاقتصادية على الممارسات المقيدة للمنافسة المباحة³.

2- الشروط السلبية (الشروط المتعلقة بالممارسة المقيدة للمنافسة):

لا تقتصر مهمة مجلس المنافسة بمراقبة المنافع والآثار الإيجابية الناتجة عن الممارسة المعنية بالإعفاء، بل تمتد الرقابة إلى البحث عن الأسباب الحقيقي وراء اللجوء إلى هذه الممارسات، أي يجب أن يثبت أطراف الممارسة أن اللجوء إلى هذه الوضعية المحرمة ضروريا، مع مراعاة في كل الأحوال ألا يقضى هذا التصرف على المنافسة بشكل كلي في السوق المعنية، وفيما يلي تفصيل لهذه الشروط.

أ- الطابع الضروري لتقييد المنافسة:

يقصد بهذا الشرط أن تقييد المنافسة لا يمكن أن يبرر إلا إذا كانت الممارسة المرتكبة (الاتفاق المحظور، التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة) ضرورية لتحقيق التقدم الاقتصادي، وبمعنى أدق يجب

¹ « le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises intéressés »...Conseil de la concurrence, Rapport pour l'année 1992, p.192.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.638.

³ Payet Marie-Stéphane , op. cit, p.37.

على أطراف الممارسة المرتكبة أن يثبتوا أنهم لجئوا إلى تقييد المنافسة في السوق المعنية مضطرين من أجل تحقيق الأهداف المرسومة للمضي قدماً¹.

إذا يجب على أطراف الممارسة المرتكبة إثبات العلاقة السببية بين تقييد المنافسة وتحقيق التقدم الاقتصادي، وأيضاً ضرورة اللجوء إلى هذا التقييد، وهو ما يعبر عنه باحترام (مبدأ الضرورة والنسبية)².

طبق مجلس المنافسة الفرنسي هذا الشرط بشدة وصرامة، إذ اعتبر أنه لا يمكن الاستفادة من أحكام المادة (4-420L من ق ت ف) إلا إذا كان تحقيق التقدم الاقتصادي هو نتيجة مباشرة وضرورية لتقييد المنافسة، أي "لا يمكن تحقيقه بوسيلة أقل تقييداً للمنافسة"³.

ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على أطراف الممارسة المرتكبة⁴.

كما ذهب مجلس المنافسة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، إذ اشترط على أطراف المخالفة إثبات أن هناك تناسب بين الممارسة المرتكبة وبين الآثار المفيدة المحققة، فالتقدم الاقتصادي إذا كان ضعيفاً أو هامشياً وغير ذي وزن سواء في سوق السلع أو الخدمات المعنية التي تمت بمناسبة الممارسة المقيدة للمنافسة، فإنه لا يعد معقولاً ولا متناسباً مع الاعتداء على المنافسة⁵.

أما عن كيفية تحديد "الطابع الضروري" لتقييد المنافسة في الممارسة المرتكبة، فإن اللجنة الأوروبية قامت بتحديداتها وفقاً لكل حالة على حدة أي تحليل موضوعي للمعايير المتضمنة في الاتفاق المحظور وهي عديدة ومختلفة ك: طبيعة القطاع الاقتصادي المعني، وضعية السوق وتطوره، الهدف من وراء التقييد، موقف السلطات العمومية الوطنية، شروط الإنتاج وأهمية الاستثمارات الضرورية، طبيعة السلعة وشروط استخدامها، الوقت الضروري للحصول على النتائج المرجوة⁶... إلخ.

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذا الشرط في المادة 9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم واكتفى فقط بالإشارة إليه بصفة غير دقيقة في الملحق الثاني المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 175/05، حيث اشترطت ذكر: "...بيان الأسباب التي يمكن أن تمس فيها موضوع الطلب بقواعد المنافسة."

¹ Maiguy Daniel et Dépincé Malo, Droit de la concurrence, op. cit, p.332.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.450.

³ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.458.

⁴ Condomines Aurélien, op. cit, p.249.

⁵ Bout Roger et autres, op. cit, p.450.

⁶ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.632.

وكان من الأجدر أن يشدد المشرع الجزائري ليس فقط الأسباب التي جعلت الأطراف المعنية بالمخالفة اللجوء إلى تقييد المنافسة، وإنما يجب توضيح "طابع الضرورة" في هذه الأسباب وهذا الأصح.

لهذا على المشرع الجزائري أن يكون أكثر وضوحا في مثل هذه الأمور خاصة وأن مجلس المنافسة - المنوط إليه مهمة الإعفاء- ما هو إلا سلطة إدارية تتطلب توجيهها أكثر لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا القانون.

كما أن عدم التأكيد على مثل هذا الشرط-طابع الضرورة- سيفتح الطريق لمجلس المنافسة الجزائري من أجل التعمق أكثر في البحث حول أحقية مرتكبي المخالفة بالإعفاء والحصول على التراخيص.

في حين نجد أن نظيره مجلس المنافسة الفرنسي كان متشددا في هذه النقطة بالذات، لهذا لا نجد مساره العملي حافل بالإعفاءات، إذ بلغت عدد الحالات التي استفادت من الإعفاء في الفترة الممتدة من (2008-2011) 06 حالات فقط¹.

وبالتالي، يمكن القول أنّ المشرعان محل المقارنة قد أكدّا مرة ثانية على ضرورة مراعاة مصلحة المستهلك من خلال تطبيق هذا الشرط.

ب-ب- عدم إلغاء الممارسة المرتكبة بالمنافسة في السوق المعنية:

يقتضي هذا الشرط أن الممارسة المرتكبة (سواء أكانت اتفاقا محظورا أو تعسف ناتج عن وضعية هيمنة) يجب ألا تعطي الحق لأطرافها أو مرتكبيها إمكانية إلغاء المنافسة في جزء مهم من السوق المعنية، أي لا تستفيد الممارسة المقيدة للمنافسة من الإعفاء إذا كانت تقضي بشكل كلي أو جزء مهم من المنافسة في السوق المعنية².

إنّ إعمال هذا الشرط يفترض أولا وقبل كل شيء تحديد لسوق السلع والخدمات المماثلة والمشابهة، ثم البحث إذا كانت السلع أو الخدمات المعنية تشكل جزءا جوهريا في السوق المعنية مثال: حساب حصة السوق... إلخ³.

هذا الشرط يتدخل في المبدأ الذي يقوم عليه فكرة الحصيلة الاقتصادية Bilan économique، الذي يقارن بين تقييد المنافسة مع التطور الاقتصادي الناتج عن الممارسات المرتكبة⁴.

¹ Condomines Aurélien, op. cit, p.250.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.633-639.

³ Nicolas- Vullierme Laurence, op. cit, p.18.

⁴ Lehuédé Pascal, op. cit , p.61.

إنّ هذا الشرط يسمح بضرورة الإبقاء على جرعة معقولة (أدنى جرعة) من المنافسة في السوق المعنية، فالتقدم الاقتصادي يمكن أن يبرر بعض التصرفات التقييدية للمنافسة، ولكن لا يمكن أن يؤدي إلى القضاء النهائي على المنافسة، وهذا ما حاول المشرعان الأوروبي والفرنسي ترجمته في نصوصهما القانونية¹.

أما فيما يتعلق بقانون المنافسة الجزائري، فإننا لا نجد إشارة لهذا الشرط، وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: هل غياب هذا الشرط سوف يجعل مجلس المنافسة الجزائري يعني بعض التصرفات والممارسات التي يكون الهدف منها تحقيق التقدم الاقتصادي حتى ولو كان ذلك على حساب المنافسة في السوق المعنية؟

في حقيقة الأمر جاءت المادة 9 من الأمر 03/03 غير واضحة، وإن صح التعبير ناقصة بالمقارنة مع نص المادة 4-420 L من ق ت ف، رغم أن المشرع الجزائري عند نقله للمادة 10 من قانون المنافسة الملغى حذف الجزء المتعلق "على شرط ألا يتم القضاء كلياً على المنافسة"، فهل هذا الحذف كان متعمداً أم أنه جاء عن عدم إدراك لأهمية هذا الشرط؟

ولحسن الحظ صدر المرسوم التنفيذي رقم 175/05 ليحدد كيفية الحصول على التصريح بعد التدخل، وأشار إلى هذا الشرط الأخير في المادة 3 المتعلقة بدوافع الطلب بقولها: "... بيان الأسباب التي لا تهدف تصرف المؤسسة إلى عرقلة حرية المنافسة في نفس السوق المعنية أو الحد منها أو الإخلال بها...".

إن التمعن في هذا الفرض الأخير يكشف عن خلل كبير في صياغة المادة، إذ أن هناك خلط واضح في معنى هذه المادة، ذلك أن التصرف المراد الاستفادة من الإعفاء سيؤدي حتماً إلى تقييد المنافسة والمساس بها، ولكن يجب ألا يقضي هذا التصرف المعفى بالمنافسة نهائياً في السوق المعنية لأن في هذه الحالة سيشكل التصرف المعفى إخلالاً كبيراً بمكانزمات السوق.

ونتيجة لذلك، فإننا نجد أنّ المادة 4-420 L من ق ت ف سهلت كثير عمل سلطة المنافسة الفرنسية بالمقارنة مع النص الجزائري، فما على سلطة المنافسة الفرنسية إلا تطبيقها بحذافيرها على الحالات العملية، وهذا ما يترجم وجهة نظر المشرع الفرنسي الذي يعتبر أن إعفاء بعض التصرفات (الاتفاق المحظور، التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة) ما هو إلا استثناء على المبدأ العام الهدف منه خدمة الصالح العام (المؤسسات الاقتصادية، المستهلك، السوق) وليس خدمة لأطراف الممارسة المرتكبة.

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit. p.458.

لهذا نجد أن مجلس المنافسة يطبق هذه المادة بشكل صارم وهو ما يفسر قلة التراخيص الممنوحة، فمثلا اعتبر أن البرتوكول الذي هدفه أو آثاره إجبار البائعين بالتجزئة المفاوضين أعضاء النقابة التي تحقق أكثر من 90% من التوزيع بالجملة للاسمنت بالتموين شبه الكامل من قبل منتجين للاسمنت الفرنسيين، هذا الاتفاق يقصي بصفة جوهرية المنافسة بالنسبة للمومنين للاسمنت الأجانب¹.

على من يقع عبء الإثبات؟

باعتبار أن الممارسة المقيدة للمنافسة (الاتفاق المحظور والتعسف في وضعية الهيمنة) هي شرط ضروري من أجل الحصول على المنافع، وجب أن تكون هذه المنافع تستحق عناء خرق قواعد المنافسة في السوق المعنية، ومن أجل ذلك يجب أن يتحقق شرطين صارمين جدا وهما:

-وجود دليل على أن هناك علاقة سببية بين الممارسة المقيدة للمنافسة والآثار الايجابية للتقدم الاقتصادي ويفترض فيها أن مؤشرا هذا التقدم لا يمكن تحقيقها بأسباب أخرى.

-يجب ألا تكون الآثار الايجابية تافهة فلا يمكن الأخذ بعين الاعتبار التصرفات العادية التي تدخل في تسيير الشبكة التجارية...².

يقع عبء إثبات أهمية ومزايا الممارسة المقيدة للمنافسة على الأطراف المعنية بالمخالفة³.

وبالتالي، يجب على مجلس المنافسة الجزائري أن يقوم بتقييم شامل للاتفاق المحظور أو التعسف في وضعية الهيمنة المعنية بالطلب، وفي هذه الحالة يمكن له الاستعانة بما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي والأوروبي في هذا المجال.

وعلى هذا الأساس، يستطيع مجلس المنافسة الجزائري الاستعانة بعدة معايير مثلا "نظرية الحصيلة الاقتصادية" التي تقوم على الموازنة بين الآثار الايجابية والسلبية للمخالفة المرتكبة في السوق المعنية، كما يستطيع ألا يقف عند هذا الحد، إذ بإمكانه توسيع دائرة التقدير والقيام بتقييم الآثار التقييدية للفعل المرتكب على المنافسة مثلا، كما يمكن له الأخذ بعين الاعتبار تحليله الشامل لوضعية الاقتصاد الجزائري.

في حقيقة الأمر، سيد مجلس المنافسة الجزائري نفسه أمام تحد كبير، لهذا لن يكون لمجلس المنافسة الجزائري نفس مواقف مجلس المنافسة الفرنسي عند تحليله لنص المادة 9 من الأمر 03/03، الذي سيكون مضطرا إلى مراعاة العديد من المعايير خاصة الاجتماعية منها، فسيجد نفسه يقبل حتى "الفكر

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.639.

² Ibid, p.640.

³ Lehuédé Pascal, op. cit , p.61.

الاجتماعي Aspect social " على حساب المنطق الاقتصادي la logique économique تحقيقا لرغبة السلطة العامة، فمثلا: يمكن قبول طلبات الإعفاء للسماح للمؤسسات تفادي وضعية الإفلاس، كونها توفر مناصب الشغل، والتي تعتبر مأهم مقومات سياسة الدولة الجزائرية والتي تبحث عن السلام الاجتماعي¹ paix social.

بمجرد انتهاء مجلس المنافسة من دراسة الملف يبقى له تحديد موقفه بناء على المعطيات الواردة أمامه، فإما يقبل طلب الأطراف المعنية أو يرفضها مع التعليل.

ففي الحالة التي يقبل فيها مجلس المنافسة الجزائري طلب الأطراف المعنية، فإنّ هذا الأمر يعني أن تصرف المؤسسة المعنية لا يحمل في طياته اللاشرعية، ولكن يجب الانتباه من نطاق تطبيق هذا التصريح من حيث الزمان والمكان، إذ أنه لا يجب أن يشمل التصرفات السابقة واللاحقة التي قد ترتكبها ذات المؤسسات في المستقبل، وهنا يجب التفريق بين حالتين:

1- كل التعديلات التي تطرأ على العقود التي استفادت من الإعفاء هي مرخصة ومشمولة بالإعفاء الأصلي.

2- التعديلات في العقد التي تحدث تقييدا جديدا للمنافسة أو التي تقوم بتقوية الآثار المقيدة للمنافسة السابقة، لا تعتبر مشمولة بالإعفاء الأصلي، فعلى المؤسسات المعنية القيام بإجراءات جديدة للاستفادة من التصريح بعدم التدخل من جديد.

إن إعفاء التصرفات المقيدة للمنافسة يجب أن يحدد بفترة زمنية معينة رغم غياب النص القانوني حول هذه النقطة، وبمفهوم المخالفة أن التصرفات المقيدة للمنافسة التي ترتكبها المؤسسة أو المؤسسات المعنية قبل حصولها على هذا التصريح تعتبر باطلة ويتم معاقبة مرتكبيها.

وفي الأخير، إن التصريح الذي تحصل عليه المؤسسات المعنية بالطلب تعفي عنها جميع العقوبات سواء الإدارية والمدنية والجنائية لخرقها أحكام المادتين 6 و 7 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، يقتصر هذا امتياز على الفترة الممتدة من تاريخ الإخطار إلى تاريخ صدور قرار مجلس المنافسة.

وبالتالي، ومن خلال دراستنا إلى مختلف الشروط التي يجب على مجلس المنافسة مراعاتها لمنح ترخيص بالإعفاء لبعض الممارسات المقيدة للمنافسة، نجد أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي قد راعى بشكل كبير مصلحة المستهلك سواء من حيث الشروط الموضوعية والشكلية،

¹ Zouaïma Rachid, op. cit, p.148-150.

مما يؤكد مرة أخرى على توجه سياسة مجلس المنافسة نحو تفعيل حماية المستهلك في مواجهة جميع الممارسات المخلة بقواعد المنافسة.

المطلب الثاني: ممارسة مجلس المنافسة الصلاحيات التنازعية لمحاربة الممارسات المقيدة لمنافسة.

يتدخل مجلس (سلطة المنافسة الفرنسية) في كل النزاعات المتعلقة بالمنافسة، ويتمتع في هذا المجال بسلطة اتخاذ القرار اللازم كلما كانت الممارسات والأعمال المرفوعة أمامه تتعلق بالممارسات (الاتفاق المحظور، التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، الاستثناء، ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي¹ طبقا للمواد (6، 7، 9، 10، 11، 12) من قانون المنافسة الجزائري².

وتعتبر هذه الأخيرة من أقوى الصلاحيات المنوطة لمجلس المنافسة دون غيرها من سلطات الضبط للتصدي ومواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة، كونها تحمل في طياتها كل معاني الردع والقمع لإعادة بث المنافسة في السوق وضمان حماية أوسع للمستهلك.

إلا أن ممارسة مجلس المنافسة لهذه الصلاحية مكفول بضوابط وحدود لا يجوز له أن يخرج عنها، كما أن ممارسته لها ينتج عن قرارات مهمة تعيد اللعبة التنافسية في السوق، وتضمن فعالية قوانين المنافسة لتوفير الحماية للمستهلك، وفيما يلي تفصيل ذلك.

الفرع الأول: حدود ممارسة مجلس المنافسة للصلاحيات التنازعية.

يقع على عاتق مجلس (سلطة المنافسة الفرنسية) مهمة التحقيق والتحري لإثبات كل التصرفات المخلة بالمنافسة، ومحاولة ردعها ومعاقبة مرتكبيها، ولعل أهم مبدأين تعتمد عليهما هذه الهيئة أثناء ممارستها لهذا الدور هو مبدأ النزاهة ومبدأ احترام إجراء الاستماع الحضورى³.

إن اختصاص مجلس المنافسة في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة ليس اختصاصا مطلقا، بل يرد عليه بعض الاستثناءات التي تتمشى مع طبيعته القانونية⁴، وقد أوردها المشرع الجزائري في المواد (13)

¹ ربيعة صباحي، دور مجلس المنافسة في مجال الردع الإداري للممارسات المقيدة للمنافسة، الملتقى الوطني حول "قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالة، يومي 16 و 17 مارس 2015، ص9.

² ما يقابلها المواد L420-1 و L420-2 و L420-4 و L420-5 و L420-1 من القانون التجاري الفرنسي.

³ Menuret Jean- Jacques, op. cit, p.13.

⁴ حسين شرواط، مرجع سابق، ص61.

و48 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة)، وتتمثل هذه الاستثناءات في اسناد مهمة الابطال والتعويض في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة إلى الجهات القضائية صاحبة الاختصاص الأصيل وهذا الأنسب.

حيث تمتلك المحاكم العادية عموماً (التجارية والمدنية) حق النظر في الدعاوى المقدمة أمامها تطبيقاً للقواعد العامة، والتي تقضي أن كل فعل ألحق بالغير يمكن أن يكون محلاً للمسؤولية المدنية، ومادام أن الأفعال والممارسات المقيدة للمنافسة لا تعدوا أن تكون أفعالاً تستتبع لا محالة إلحاق ضرر بالغير، فإن إمكانية مساءلة الفاعل تبقى واردة وفقاً لقواعد القانون المدني¹.

ولقد أورد قانون المنافسة ذاته نصاً صريحاً يقضي بإمكانية عرض المتضررون من الممارسات المقيدة للمنافسة (المواد 6، 7، 10، 11، 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم) دعواهم على المحاكم المختصة، طبقاً للتشريع المعمول به (المادة 48 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم).

أخذ المشرع الفرنسي أيضاً بهذا الحل من حيث المبدأ، إلا أنه رجع مرة ثانية وقيد عدد المحاكم الإقليمية المختصة في الفصل في هذه الدعاوى، مدعماً إياها بمرسوم يحدد هذه القائمة. وبالفعل حدد المرسوم 30 ديسمبر 2005 قائمة المحاكم ذات الاختصاص الحصري و عددها 7 من (TGI ومحاكم تجارية) وهي كالتالي: محاكم (مارسيليا، بوردو، ليل، ليون، نانسي، باريس، روناس وفورت دو فرانس، أما الاستئناف فيتم في محكمة استئناف واحدة "محكمة استئناف باريس"².

بموجب نص المادة 13 والمادة 48 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة (وما يقابلها المادة 3-420 L والمادة 6-420 L من ق ت ف)، فإنهما يفتحان المجال إلى نوعين من الدعاوى وهي: دعوى البطلان ودعوى التعويض.

أ-دعاوى البطلان (دعوى تقدير مشروعية الأفعال):

اعتبر المشرع الجزائري أن كل التزام أو اتفاقية تتعلق بإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها في المواد (6، 7، 10، 11، 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم)، فإنه باطل بقوة القانون طبقاً لنص المادة 13 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل

¹ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص337.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.501.

والمتمم: "...بيطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و7 و10 و11 و12 أعلاه." وما يقابلها (المادة 3-420 من ق ت ف)¹.

بخلاف الوضع في القانون الجزائري، فإن المادة (3-420 من ق ت ف) لم تبسط ظلال البطلان على أحكام المادة (5-420 من ق ت ف) المتعلقة بممارسة البيع بأسعار منخفضة تعسفاً، وهذا ما جعل الفقه في فرنسا يتساءل حول مصير هذه الممارسة؟ هل هذا يعني أنها لا تعتبر باطلة؟

ذهب بعض الفقه إلى عدم اعتبار إغفال المادة فراغاً قانونياً، ذلك أنّ الحل الأساسي أصلاً موجود في أحكام المادة من القانون المدني، التي تقضي ببطلان مثل هذه البيوع بطلاناً مطلقاً، وما دور المادة (3-420 من ق ت ف) إلاّ تذكير بهذا الحل الذي يجد أساسه في الأحكام العامة².

إنّ المقصود من البطلان في هذا المقام هو البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام أخذاً بصريح المادة (13 من الأمر 03/03 وما يقابلها المادة 3-420 من ق ت ف).

وبناءً عليه، يحق لكل متضرر أو من له مصلحة إثارة هذا البطلان، كما يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها³.

ب-دعوى التعويض:

فتح المشرع الجزائري الطريق واسعاً أمام كل متضرر (مؤسسات اقتصادية ضحية، المستهلك..) من الممارسات المقيدة للمنافسة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك⁴، طبقاً لما جاءت به المادة 48 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم: "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرراً من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام هذا الأمر أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به."

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.658.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.501.

³ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص338.

⁴ مقدم توفيق، دور الهيئات القضائية في النزاعات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، مجلة القانون الاقتصادي، مجلة سداسية، العدد5، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، منشورات دار الأديب، جامعة وهران2، سبتمبر2015، ص27.

بطبيعة الحال، فإنّ دعوى التعويض تمارس طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية (المسؤولية التقصيرية)¹ المنصوص عليها في المواد 124 من ق م ج وما يليها (وما يقابلها المواد 1382-1383 من القانون المدني الفرنسي).

وعليه، يجب على رافع دعوى التعويض إثبات الخطأ المرتكب، والمتمثل أساساً في أحد الممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا الضرر الذي لحق به وإثبات العلاقة السببية بينهما².

أثبت الواقع العملي للقضاء في فرنسا، أنّ تحديد قيمة التعويض في مثل هذه القضايا صعب جداً، قد يكون في بعض الحالات رمزياً³، إلا أنّ الجزء المدني الحقيقي المبتغى من وراء هذه الدعوى هو فرض بعض القيود والالتزامات على عاتق مرتكب المخالفات قصد الحيلولة دون استمرار الممارسات المقيدة للمنافسة⁴.

الفرع الثاني: مظاهر ممارسة مجلس المنافسة للسلطاته التنازعية.

لا تستقيم المنافسة الشريفة في السوق إلا بالكشف والبحث عن الممارسات المقيدة للمنافسة، الأمر الذي جسده المشرعان محل المقارنة بإنشاء هيئة مختصة في هذا المجال (مجلس المنافسة)، والاسناد إليها جميع الآليات والوسائل القانونية لمحاربة ومعاينة مرتكبي الممارسات المخالفة للمنافسة.

حيث سخر المشرعان محل المقارنة لمجلس المنافسة -بصفته المكلف بالدفاع عن النظام العام الاقتصادي- أي قرار من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة، وتحقيق التوازن والشفافية بين الأعوان الاقتصاديين، وتكريس حماية المستهلك.

وتجسيدا لهذه المطالب منح المجلس سلطة اتخاذ القرارات اللازمة يتم تكييفها بحسب الأوضاع الذي هو بصدد معالجتها (عملاً بالمادة 34 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بقانون 12/08)، وبما أن مجلس المنافسة ليس بهيئة قضائية، فلا يمكن أن تتجاوز حدود الجزاء العقوبة المالية.

إلا أنّ مجلس المنافسة لا يمكن أن يمارس هذه الصلاحيات إلا بعد إتباع إجراءات قانونية محددة، وأن يحترم المبادئ القانونية المسطرة لإضفاء الشرعية على قراراته، حيث تنطلق الإجراءات المتبعة أمامه بموجب الإخطار من قبل هيئات محددة قانوناً⁵، يقوم المجلس بفتح تحقيق حول الممارسة المبلغ عنها،

¹ نفس المرجع، ص 28.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.659.

³ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.503.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.539.

⁵ حددت المادة 44 من قانون المنافسة الجزائري والمادة 5-462 L من قانون التجارة الفرنسي الأشخاص المخول لهم صلاحية إخطار مجلس أو سلطة المنافسة، ويمكن تقسيمها إلى ثلاث فئات: الإخطار من قبل الوزير المكلف بالتجارة

لنتتهي بإصدار قرار يختلف باختلاف الوقائع الموضوعة أمامه، ويمكن تصنيف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بحسب الترتيب الآتي:

أولاً: قرار عدم قبول أو رفض الإخطار.

كما قلنا سابقاً، تنتوع القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة ولعل أولها قبول أو عدم قبول الإخطار، ويكون تدخل مجلس المنافسة بموجب هذه القرارات إما في بداية أو أثناء سير مرحلة التحقيقات.

فبمجرد تلقي مجلس المنافسة الإخطار من الجهات المؤهلة (جمعيات حماية المستهلك...) قانوناً بذلك، يقوم بالتأكد من صحة الإخطار ومدى مطابقته للنصوص القانونية، وقد حددها المشرعان مسبقاً، وتتمثل هذه الحالة (عدم توفر الصفة أو المصلحة لدى المخطر، تقادم الوقائع محل الإخطار، محل الإخطار لا يدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة...) ¹.

كما يمكن أيضاً لمجلس المنافسة رفض الإخطار في حالة إذا كانت وقائع محل الإخطار غير مدعومة بعناصر مقنعة، فالإخطار - كما سبق تناوله - لا يكون مقبولاً إلا إذا استند على عناصر قوية مشكلة للممارسات المقيدة للمنافسة فمثلاً: لا يمكن الاستناد في الوقائع على وجود مثلاً اتفاق بين مجموعة من المؤسسات أو أن مؤسسة كذا في حالة وضعية هيمنة... إلخ ².

فإذا ارتأى المقرر العام والمقررون (عند تحقيقهم في القضايا المسندة لهم من قبل رئيس مجلس المنافسة الجزائري) عدم قبول الإخطار لتوافر أحد الأسباب السابقة الذكر، يقوم بإعلام رئيس مجلس المنافسة الجزائري برأي مغل (المادة 56 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة)، يمكن أن يصرح مجلس المنافسة على ضوء هذا الرأي بقرار مغل عدم قبول الإخطار.

أما في فرنسا، فإنَّ المقرر العام الذي يعترزم اقتراح عدم قبول الإخطار أو رفضه للسلطة المنافسة، فإنَّه يحدد أجلاً لإعداد المذكرات والوثائق المبررة أو الملاحظات من أجل الإطلاع عليها من قبل الأطراف المعنية (المخطر) أو من قبل مفوض الحكومة (المادة 8-463 R من ق ت ف)، يتم اتخاذ هذا

(أو الاقتصاد)، المؤسسات الاقتصادية والهيئات المنصوص عليها في المادة (م 53 من قانون المنافسة والمادة L461-1 من القانون التجاري الفرنسي)، الإخطار التلقائي أو الذاتي.

¹المواد (44 من الأمر 03/03 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم وما يقابلها المادة 1, 8-464 L من ق ت ف).

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.672.

الإجراء حضوريا في مواجهة الطرف المخاطر، وأخيرا يتخذ القرار بعد قبول الإخطار أو رفضه بموجب قرار معطل من قبل أحد تشكيلات سلطة المنافسة¹.

يتم تبليغ قرار عدم قبول الإخطار أو رفضه إلى المخاطر والوزير المكلف بالتجارة (في فرنسا الوزير المكلف بالاقتصاد)(طبقا للمادة 2°، R463-8 من ق ت ف وما يقابلها المادة 47 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم).

ثانيا: قرار عدم وجود وجه للمتابعة.

دعم المشرع الفرنسي سلطة المنافسة بالعديد من الصلاحيات المنوطة في الأصل للهيئات القضائية، والتي لا نجد لها نظيرا في القانون الجزائري ومن بين هذه الصلاحيات التصريح "بعدم وجود وجه للمتابعة" طبقا للمادة (6-464 L من ق ت ف) في حال اعتبار أن طبيعة الممارسة المبلغ عنها لا تمس بالمنافسة في السوق المعنية².

كما تستطيع سلطة المنافسة الفرنسي باتخاذ هذا الحل في كل وقت من مراحل سير الإجراءات بموجب قرار معطل (المادة 6-464 L من ق ت ف)³، عند إسناد المقرر العام متابعة إخطار معين، وتبين له أن الممارسة المخاطر عنها لا تشكل عائقا للمنافسة في السوق المعنية، يقدم هذا الأخير ملاحظاته التي يتم الإطلاع عليها وعلى الملف من قبل المخاطر ومفوض الحكومة من أجل تقديم ملاحظاتهم في أجل شهرين ابتداء من تاريخ حصولها الملف، يتم تقديم هذه الملاحظات إما مكتوبة أو شفوية أثناء الجلسة، يتم اتخاذ قرار بالأول وجه للمتابعة بأحد التشكيلات سلطة المنافسة المنصوص عليها قانونا⁴.

تبلغ سلطة المنافسة قرر بالأول وجه للمتابعة إلى المخاطر والأشخاص المعنية، وإلى الوزير المكلف بالاقتصاد (المادة 1 al 8-464 L و 3°، R464-8 من ق ت ف).

ثالثا: قرار اتخاذ التدابير المؤقتة (التحفظية).

إن من أبرز القرارات التي يمكن لمجلس المنافسة تبنيها في سبيل تفعيل حماية المستهلك هو اتخاذ تدابير استعجالية في مواجهة بعض المواقف التي تهدد استقرار السوق وتعصف بالمنافسة فيها، كما يناط إليه هذه الصلاحية حتى ولو لم يتم استكمال إجراءات التحقيق.

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.490.

² Wilhem Pascal et fechiche Lila, Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (procédure devant l'Autorité de la concurrence), Juris-classeur(concurrence-consommation) 3 , LexisNexis, Paris, 2014 , p.35.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.466.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.722.

يخضع اتخاذ مجلس المنافسة للتدابير المؤقتة للأحكام المنصوص عليها في المادة 46 من الأمر 03/03 وما يقابلها المادة L 464-1 al 1 er من ق ت ف: " يمكن مجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثر مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة."

من خلال استقراء النص القانوني، نجد أنّ اتخاذ التدابير المؤقتة (أطلق عليه المشرع الفرنسي التدابير التحفظية) يتطلب تحقق شروط حددت مسبقا في المادة السابقة الذكر، والتي تهدف في مجملها إلى إعادة مجرى المنافسة في السوق والحد من التصرفات المقيدة للمنافسة ولو بصفة مؤقتة، وتظهر أهمية اتخاذ التدابير المؤقتة في حالة الدعاوى التي يستوجب النظر فيها لمدة طويلة، قد تمتد لسنوات خاصة في حالة الدعاوى المعقدة¹.

ويمكن إجمال الشروط اللازمة لاتخاذ مجلس المنافسة تدابير مؤقتة-تحفظية- فيما يلي:

- تقديم طلب باتخاذ تدابير مؤقتة:

سمح المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي للمستهلك ممثلا بجمعيات حماية المستهلك² تقديم طلب للمضي في إجراءات اتخاذ التدابير المؤقتة(التحفظية) من باب التصدي للممارسات المقيدة للمنافسة حتى ولو كان الأمر مجرد شك قوي بوجود خرق لقواعد المنافسة.

حيث أجاز تقديم طلب اتخاذ التدابير المؤقتة في أي مرحلة كانت عليها الإجراءات(سواء الإجراءات العادي أو المبسط في فرنسا)، المهم أن يكون محل هذا الطلب متعلق بأحد الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع دعوى مرفوعة أمامها أو موضوع تحقيق، مع العلم أن إلحاق طلب اتخاذ التدابير المؤقتة بالإخطار، قد يؤدي إلى رفضه إذا ما تم رفض الإخطار بدون التطرق إليه(المادة 8-462 من ق ت ف)³.

- وجوب تأسيس طلب اتخاذ التدابير المؤقتة:

¹ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص344.
² سمح المشرع الجزائري لعدة أطراف تقديم طلب تدابير مؤقتة، ويقصد بالأطراف المعنية بطلب التدابير في صلب المادة 46 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، كل الأشخاص الذين تم ذكرهم في المادتين 35 و44 من نفس الأمر(وهم: الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية).

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.723.

يجب أن يكون الطلب المتعلق باتخاذ التدابير المؤقتة معللا ومسببا وإلا تم رفضه، لهذا عند وصول طلب اتخاذ التدابير المؤقتة إلى مجلس المنافسة، يقوم هذا الأخير بدراسته من كل الجوانب سواء من حيث الاختصاص، سواء من حيث مدى تأسيسه.

حددت المادة 46 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة (وما يقابلها 1-464 من ق ت ف) أهم الأسس التي يجب الاعتماد عليها، ولقد حاولت سلطة المنافسة الفرنسية تجسيد هذه المادة بموجب كفاءات تم تبنيها لدراسة الطلبات المعروضة عليها وهي كالآتي:

- يتأكد مجلس المنافسة أولا ما إذا كانت الممارسة موضوع الإخطار تدخل في مجال اختصاصها أم لا.

- يراقب إذا كانت العناصر التي تم الاعتماد عليها في الطلب تسمح بافتراض أن الممارسة المحظورة قد تم ارتكابها فعلا.

- يراقب إذا كانت الأفعال المصرح عنها " واضحة ومؤثرة " وتشكل فعلا ممارسة مقيدة للمنافسة¹.

- وأخيرا يتحقق مجلس المنافسة ما إذا كانت الممارسة موضوع الطلب تؤدي إلى " وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثر مصالحها من جراء هذه المؤسسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة"، في حين عبّر عنه المشرع الفرنسي ب: " خطرا محققا وحال بالاقتران العام، أو بالقطاع المعني، بمصالح المستهلكين أو بالمؤسسة المدعية"². (المادة 2, al 1-464 من ق ت ف).

من خلال استقراء نص هذه المادة، نجد أن المشرع الفرنسي اعتد بعدة معايير لتقدير الخطر الموجب لرفع طلب التدابير المؤقتة، كما اعتد بصفة صريحة بمصالح المستهلك كمعيار أو مؤشر لتقدير الخطر، مما يؤكد على فعالية الدور الذي يلعبه في السوق التنافسية، في حين لم يحدد المشرع الجزائري كيفية تقدير هذا الشرط، والذي سيتولى أمره التطبيق العملي لمجلس المنافسة.

وما يلاحظ أيضا على المشرع الجزائري أنه حصر أعمال هذه المادة في حالة " الظروف الاستعجالية"، في حين استعمل المشرع الفرنسي مصطلح "nécessaire" وهو مصطلح أوسع وواقعي أكثر، إذ يتمتع معه مجلس المنافسة بسلطة مطلقة³.

¹ Ibid, p.723-724.

² يعتبر الشرط الأخير مهم جدا، ويتم تقديره بناء على الوضعية المالية للمؤسسة المدعية...
Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit , p.1166.

³ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص344.

ومن الأمور التي يجب أخذها بعين الاعتبار أثناء دراسة طلب اتخاذ التدابير المؤقتة هو ضرورة وجود علاقة سببية بين الممارسة المرتكبة محل الطلب، والخطر المحدق والحال بمصالح الأطراف المعنية بهذه المادة، فلا تعتبر مثلاً: وجود حالة خطر محقق وحال حالة فسخ ممنوع التموين مع موزع يتطلب اتخاذ تدابير مؤقتة، باعتبار أن السلعة موضوع الفسخ لا تشكل إلا حصة ضئيلة في رقم أعماله، كما يمكن له التزود بنفس السلعة من قبل منتجين آخرين¹.

إجراءات اتخاذ التدابير المؤقتة:

لم يعتني المشرع الجزائري بتحديد الإجراءات الواجبة لاتخاذ التدابير المؤقتة بصفة دقيقة، وكذا الحال بالنسبة للنظام الداخلي للمجلس المنافسة، في حين نجد أن المشرع الفرنسي كرس إجراءات واضحة خاصة بالتدابير المؤقتة وبسطها بطريقة تتناسب مع طبيعتها.

بعد وصول الطلبات إلي رئيس مجلس المنافسة، الذي بدوره يقوم بإرساله إلي المقرر العام فور تسجيله، يقوم المقرر العام بعد تعيينه لمقرر لمتابعة طلبات التدابير المؤقتة² مباشرة بتحديد آجال للأطراف المعنية للاطلاع على الملف من أجل تقديم ملاحظات وإعداد مذكرات جوابية، وإذا أمكن إحضار وثائق ثبوتية.

تستدعي الأطراف المعنية للجلسة بموجب رسالة موصى عليها وذلك في أجل 3 أسابيع قبل انعقادها، ويمكن للمقرر العام تقليص هذه المدة³، لم يحدد المشرع الجزائري هذه المدة، ممّا يستوجب معها الرجوع إلى المدة المنصوص عليها في المادة 31 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة (أي 21 يوم قبل انعقاد الجلسة).

وتعتبر جلسة اتخاذ القرار حضورية، حيث يستمع المجلس إلى الأطراف المعنية وفقاً لمبدأ الجاهية، ويتم الاستماع إلى الأطراف تباعاً (المقرر، المقرر العام ثم ممثل الوزير المكلف بالتجارة) مفوض (الحكومة)، ثم الأطراف المعنية) طبقاً للمادة 36 من النظام الداخلي للمجلس المنافسة الجزائري، ويمكن للمجلس الاستماع إلى أي طرف يضيف معلومات ضرورية.

يصدر مجلس المنافسة قراره باتخاذ تدابير مؤقتة "وواضحة ومحددة بصفة دقيقة لمواجهة حالة الاستعجال"، كما له أن يتخذ أي تدبير نافع كمثالاً: توقيف الممارسة موضوع الطلب وفرض على الأطراف الرجوع إلى الحالة التي كانوا عليها (المادة 3-1a-464L من ق ت ف).

¹ Cons. Conc. Déc. N°91-MC. 03, 10 sep 1991, stéfloder SA, BOCCRF 1^{er} oct, p282, confirmée par CA paris, 23 oct 1991, BOCCRF 26 nov, p. 314.

² المادة 24 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.725.

وأخيرا مهما كانت التدابير التي يمكن مجلس المنافسة فيجب أن تكون معللة ومؤقتة¹، ينشر قرار اتخاذ التدابير المؤقتة (التحفظية) في النشرة الرسمية للمنافسة) كما يضيف المشرع الفرنسي ضرورة نشرها على الموقع الإلكتروني للسلطة المنافسة).

يبلغ هذا القرار إلى الأطراف المعنية (طالب التدبير، الأشخاص المعنيين بهذا القرار)، وإلى الوزير المكلف بالتجارة (مفوض الحكومة في فرنسا) الذي يسهر على تنفيذها وذلك بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام (المادة 47 من الأمر 03/03).

تعتبر قرارات اتخاذ التدابير المؤقتة ذات طابع إجباري رغم إمكانية تعرضها للطعن، إذ يمكن للمجلس تقرير عقوبات مالية في حالة عدم تنفيذها من قبل الأطراف المعنية أو تحديد أجال عند عدم تنفيذها.

كما يجوز لمجلس المنافسة أن يقرر عقوبات تهيديية في حدود مبلغ 100000 دج عن كل تأخير، في حين حدده المشرع الفرنسي 5 % من رقم الأعمال (L464-2, 11-b من ق ت ف).

رابعاً: اتخاذ الأوامر كآلية لوقف الممارسات المقيدة للمنافسة.

سخر المشرعان الجزائري والفرنسي للمجلس المنافسة (سلطة المنافسة) سلطة واسعة لاتخاذ الأوامر، وتعتبر هذه السلطة من صميم اختصاصاته، والتي تهدف إلى تقويم السلوك المنحرف للمؤسسات واستعادة الوضع الطبيعي للمنافسة في السوق المعنية، وتفعيل حماية المستهلك فيه.

تعتبر هذه المكنة من أقوى المكنات فعالية لمحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة في السوق، وتضييق النطاق على المؤسسات الناشطة فيه للرجوع عن المسار الغير السوي، والتأكيد على بث منافسة شريفة ونزيهة وتكريس حماية المستهلك فعليا، إذ يمكن لمجلس المنافسة أن يوجه أنواع مختلفة من الأوامر، ومن أمثلة هذه الأوامر:

-أوامر للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة في أجل محدود.

-أوامر لتعديل بعض التصرفات أو البنود التعاقدية والتي تفرض بموجبها على المؤسسات المعنية بتعهدات أو المعايير التي يجب الالتزام بها لتحقيق سلوك سوي في السوق².

-أوامر تهدف إلى المساس بهيكلية وبنية المؤسسة يطلق عليها بالأوامر الهيكلية، وتتجسد هذه الأوامر عند إجبار سلطة المنافسة على التخلي عن أصولها أو إعادة هيكلتها إذا كان هذا الحل الوحيد لإعادة تنشيط المنافسة في السوق المعنية، تم إدراج هذا النوع من الأوامر في القانون الفرنسي منذ 2008¹.

¹ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit , p.1169-1170.

² بدرة لعور، آليات مكافحة الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص366.

-الأوامر الخاصة بنشر قرارات مجلس المنافسة(سلطة المنافسة)أو مستخرجا منها أو توزيعها أو تعليقها، وتتجسد أهمية هذه الأوامر في إعلام المؤسسات المرتكبة للأفعال المخلة بالمنافسة والمستهلكين، وتسريع وتيرة تطبيقها لتفادي مخاطر يصعب بعد فوات الأوان جبرها، وذلك لتحقيق هدف أشمل هو استعادة المنافسة مجراها الطبيعي في السوق المعنية².

وتجدر الإشارة، أنّ مهمة مجلس المنافسة (سلطة المنافسة) في اتخاذ الأوامر مؤقتة غير مطلقة، فيجب أخذ عند ممارستها عدة اعتبارات، ولعل أهمها هو تقويم سلوك المؤسسات المنحرفة عن المسار السوي، فلا يدخل في مجال اختصاصها مثلا: إبطال الاتفاقية، أو حل المؤسسة أو التجمع³.

إنّ بعض الأوامر التي يتم اتخاذها من قبل مجلس المنافسة في بعض الحالات ذات طابع إجباري للأطراف المعنية بها، لهذا يتطلب صياغتها استعمال " مصطلحات واضحة ودقيقة ومختصرة لا لابس في تنفيذها"⁴.

وبالتالي، ينبغي على سلطة المنافسة تحديد كل التفاصيل التي من شأنها توجيه سلوك المؤسسات، وفي حالة الشك في مضمون الأمر يجب على المؤسسة أن تخطر المجلس لتوضيح صياغة الأمر.

كما يمكن أن يقرر مجلس المنافسة(سلطة المنافسة) عقوبات مالية إما نافذة، وإما في الأجل التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر (المادة 47 من الأمر 03/03)، كما أنّ عدم اكتراث المؤسسة قد يعرضها إلى عقوبات تهديدية قد تصل إلى غاية 100000 دينار عن كل يوم تأخير (المادة 58 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم)⁵.

يسهر الوزير المكلف بالتجارة على تنفيذ أوامر مجلس المنافسة(المادة 47 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم)، وهو نفس الموقف الذي كان ينتهجه المشرع الفرنسي، إلّا أنّه بعد تعديل القانون التجاري بموجب الأمر قم 2008-1161 المؤرخ في 2008/11/13 الذي نقل اختصاص رقابة تنفيذ القرارات والأوامر من الوزير المكلف بالاقتصاد إلى سلطة المنافسة، وبالتالي أصبحت سلطة المنافسة هي التي تسهر على تنفيذ قراراتها وأوامرها (المادة 8-464 L من ق ت ف) وبالضبط مديرية الإجراءات التابعة لسلطة المنافسة⁶.

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p.503-504.

² Condomines Aurélien, op. cit, p.328-329.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.504.

⁴ Ibid, p.501.

⁵ Wilhem Pascal et fechiche Lila, op. cit, p.39.

⁶ Roger Bout et autres, op. cit, p.504.

إنَّ زيادةَ فعالية مجلس المنافسة يكمن في قوة القرارات الصادرة عنها ومدى استجابة وتفاعل المؤسسات معها، وهذا ما جعل المشرعان محل المقارنة يؤكدان على هذه النقطة بالذات، فبالرغم من إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عنه، إلاَّ أنَّه لا يمكن توقيف تنفيذها إلاَّ بأمر من رئيس مجلس قضاء الجزائر العاصمة¹.

في حين تتخذ سلطة المنافسة ومحكمة استئناف باريس موقفاً جدياً صارماً في تطبيق الأوامر الصادرة عنها، بحيث يعتبران أن عدم تنفيذ أمر واضح ودقيق صادر عن سلطة المنافسة بشكل متعمد، يشكل في حد ذاته مخالفة تستوجب العقاب².

خامساً: العقوبات المالية كآلية لردع المؤسسات وتكريس حماية أوسع للمستهلك.

إنَّ استكمال مجلس المنافسة التحقيق يكشف عن مسارين مختلفين إمَّا غياب المخالفة -وهي ليست المقصودة هنا- وإمَّا تثبيت المخالفة التي كانت محل التحقيق، ممَّا يفتح المجال أمام مجلس المنافسة (سلطة المنافسة) لاستعمالها سلطة مختلفة عن تلك السلطات السابقة، والتي يطلق عليها "بالسلطة القمعية أو الردعية".

جسد المشرعان الجزائري والفرنسي هذه السلطة من خلال فرض غرامات مالية على المؤسسات الاقتصادية، التي تبيَّن في حقها ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة (المواد 6، 7، 10، 11، 12) من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، قد تكون إما فورية، وإما في حالة عدم تنفيذ أوامر في الآجال المحددة.

وتكريساً لما جاء به المشرعان محل المقارنة، يتخذ مجلس المنافسة (سلطة المنافسة) موقفاً قمعياً إذا ما تم تكييف الممارسة المرتكبة على أنَّها اتفاقاً محظوراً أو تعسفاً في وضعية الهيمنة أو أحد الممارسات المقيدة للمنافسة الأخرى ويمكن ترجمته في العقوبات التالية (المادة 45 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم وما يقابلها المادة 2-464 من ق ت ف):

-أمر المؤسسات المرتكبة للمخالفة بوضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة في أجل محدد أو فرض شروط خاصة.

-فرض غرامات مالية (عقوبة مالية) يتم تنفيذها إما فوراً أو في حالة عدم تنفيذ الأوامر في آجال محددة.

¹المادة 58 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

²مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 381.

-الأمر بنشر القرار المتخذ في النشرة الرسمية للمنافسة وعلى الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة.

-فرض على الأطراف المعنية بالقرار المتخذ غرامات تهديدية¹.

وتتسم العقوبات المالية وفقا لسلطات المنافسة لطبيعة مزدوجة قمعية ووقائية، لهذا السبب وجب أن تكون العقوبة ردعية بما فيه الكفاية، وفي نفس الوقت تحمل في طياتها وسائل تشجع المؤسسات على التعاون والتنسيق مع سلطات المنافسة.

وتجدر الإشارة أن قانون المنافسة، لا يتضمن ترتيبا للممارسات المقيدة للمنافسة على عكس قانون العقوبات الذي يحدد تصنيفا للعقوبات بالنظر إلى جسامة المخالفة (échelle des peines)، ممّا ينتج عنه عدم وجود سلم للعقوبات المطبقة عليها².

كما تضيف سلطة المنافسة الفرنسية أنه من غير الممكن والغير المقبول وضع سلم تدريجي تقني " يسمح بمعرفة قيمة العقوبة المالية التي تفرضها، حيث جاء في قولها: "إنّ قيمة العقوبة المالية لا يمكن تحديده أو معرفته مسبقا إلاّ بعد دراسة كل الأدلة المعنية بهذا القرار وعلى ضوء موضوع القضية محل الدراسة...³".

-تحديد قيمة العقوبة المالية:

حدد المشرعان الجزائري والفرنسي أساسا لحساب مبلغ الغرامات المالية، والمتمثل أساسا في رقم أعمال المؤسسة المرتكبة للممارسات المقيدة للمنافسة. فإذا تعلق الأمر بالإجراء المبسط والذي لا نجد له نظير في القانون الجزائري، حدد المشرع الفرنسي قيمة العقوبة (ألا تتجاوز 750000 أورو) بالنسبة لكل مشارك في الممارسة المحظورة.

أما في الحالات العادية، عيّن المشرعان الجزائري والفرنسي نسبة معينة معتبرة كحد أقصى للغرامات المالية المفروضة على المؤسسات المرتكبة للمخالفة، إلاّ أنّ التطور الحاصل في الحياة العملية جعل الفقه في فرنسا ينظر باستياء لسياسة تسقيف العقوبات المالية التي ما عادت تتناسب مع ظروف الحال ولا كافية لردع الممارسات المقيدة للمنافسة، ممّا جعل المشرع الفرنسي يتدخل عدة مرات لتقوية فعالية المنافسة من خلال إتقال كاهل المؤسسات المرتكبة للممارسة المقيدة للمنافسة بالعقوبات المالية التي سوف تكون لها في المستقبل رادعا حقيقيا لها⁴.

¹ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.492.

² مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص384-385.

³ Aut, conc . communiqué, 16mai 2011 relatif à l& méthode de détermination des sanctions pécuniaires, voir, n° 13611.

⁴ Wilhem Pascal et fechiche Lila, op. cit, p.40.

اتخذ المشرع الجزائري نفس الموقف الذي سلكه المشرع الفرنسي برفعه لمبلغ الغرامة المالية رغبة منه على إنعاش مجلس المنافسة وتفعيله في الحياة العملية، وبالفعل حددت المادة 56 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون 12/08 (وما يقابلها المادة 2-464 L من ق ت ف)، الأحكام التالية:

- إذا كان مرتكب المخالفة "مؤسسة" تملك رقم أعمال محدد، فإنَّ الحد الأقصى للغرامة المالية لا يفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح.

بينما حدد المشرع الفرنسي الحد الأقصى للعقوبة بـ 10% من رقم الأعمال العالمي من غير الرسوم المرتفع المحقق من قبل المؤسسة خلال السنة المالية أعمالها المقفلة وذلك ابتداء من السنة المالية السابقة للسنة التي نفذت الممارسات المقيدة للمنافسة¹. أما إذا كان حساب المؤسسة المعنية مركبا، تعتمد سلطة المنافسة على رقم الأعمال الناتج عن الحسابات المركبة².

- أما إذا مرتكب المخالفة ليس مؤسسة (جمعيات، نقابات مهنية) أي ليس لها رقم أعمال محدد، لا تتجاوز الغرامة المطبقة في هذه الحالة 6 ملايين دينار جزائري، في حين حدده المشرع الفرنسي بـ 3 ملايين أورو³.

كما يضيف المشرع الجزائري حالة أخرى وهي حالة عدم اكتمال السنة المالية لمؤسسة المعينة بارتكاب المخالفة، فإنَّ المادة 62 مكرر من القانون 12/08 أنتت بالحل في صلبها: "في حالة ما إذا كانت كل من السنوات المالية المقفلة المذكورة في المواد 56 و 61 و 62 من هذا الأمر لا تغطي كل واحدة منها مدة سنة، فإنَّه يتم حساب العقوبات المالية المطبقة على مرتكبي المخالفة حسب قيمة رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال مدة النشاط المنجز."

ولأنَّ المنافسة الحرة والنزيهة هي المبتغى الأول والأخير لكل مشرع، فإن المشرع الجزائري لم يتهاون حتى المؤسسات التي لم ترتكب المخالفة ولكنها سهلت ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة، وساهمت في اكتمال ملامحها، حيث فرضت عليها عقوبة (قدرها مليوني دج)، إلا أنَّه ما يعاب عليه أنه خص فقط

¹ أغفل المشرع الجزائري هذه النقطة، ما يجعلنا نتساؤل حول نقطة انطلاق احتساب آخر سنة مالية مختتمة هل من تاريخ الوقائع أو أنها تحتسب بتاريخ صدور القرار عن مجلس المنافسة؟ ومن الأرجح أن يأخذ المشرع الجزائري ومجلس المنافسة ما أخذ به المشرع الفرنسي باعتباره له خبرة عريقة في هذا المجال.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.665.

³ Nicolas-Vullièrme Laurence, op. cit, p.230.

الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي، ممّا سيؤدي إلى إنقاص فعالية هذه المادة(57 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة)¹.

وتفعيلاً للقرارات لمجلس المنافسة، قرر المشرعان محل المقارنة إرفاق قراراته بعقوبات تهديدية لا يقل عن 150000دج، أما المشرع الفرنسي ففضل احتسابه بموجب رقم الأعمال 5% منه عن كل تأخير لتنفيذ قراراته في الآجال المحددة (المادة وما يقابلها المادة 2, 2-464L من ق ت ف).

المعايير المعتمدة لتحديد العقوبة المالية:

إنّ ممارسة مجلس المنافسة لسلطة العقاب يتطلب معه الحرص الشديد على تطبيقه، وفقاً لمتطلبات حددها القانون مسبقاً، وأطره بصفة حرفية المجلس الدستوري في فرنسا، لهذا يشترط لممارسة مجلس المنافسة هذه السلطة توافر شرطين مهمين:

-ألا تكون هذه الجزاءات سالبة للحرية، إنّ أقصى عقوبة يمكن أن يسلطها مجلس المنافسة على الأطراف المخالفة هي عقوبات مالية تم تحديدها بصفة مسبقة من قبل المشرع، أما العقوبات السالبة للحرية فهي من صلاحيات القاضي وحده².

-خضوع سلطة العقاب لمجلس المنافسة لضمانات قانونية وقضائية، يقتضي تقدير مبلغ الغرامة المالية إلى توافر عدة شروط تم فرضها مسبقاً من قبل مجلس الدستوري الفرنسي، وتتعلق أساساً بضرورة إخضاع سلطة العقاب الممنوحة للسلطات الإدارية(مجلس المنافسة) إلى نفس الضمانات المطبقة على الجزاءات الجنائية مع الاحتفاظ بالخصوصية المنشودة لمواجهة مهمة ضبط المنافسة في السوق المعنية، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

-احترام مبدأ التناسب حجم العقوبة المفروضة مع درجة خطورة المخالفة المرتكبة مع الأخذ بعين الاعتبار التي تم جنيها من هذه الممارسات³،

-تطبيق القانون الأصلح للمتهم وعدم رجعية النصوص القانونية الأكثر صرامة.

-مبدأ مشروعية المخالفات والعقوبات،

-احترام مبدأ الحضور التي تسبق النطق بالعقوبة،

¹ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 388.

² داود منصور، مرجع سابق، ص 371.

³ Bout Roger et autres, op. cit, p.510.

-مبدأ شخصية الجزاء فكل مؤسسة مسؤولة عن الأفعال التي ارتكبتها وعلى أساسها تحدد عقوبتها أي بقدر ما ارتكبت أو ساهمت في ارتكاب المخالفة، فهي لا تتقاسم بالتساوي عند دفع مبلغ الغرامة¹.

إلى جانب هذه المبادئ يعتمد مجلس المنافسة معايير أخرى محددة قانوناً لتسهيل عملية تقدير مبلغ الغرامة المالية على المؤسسات المرتكبة للممارسات المقيدة للمنافسة، نص المشرع الجزائري عليها من خلال المادة 62 مكرر 1 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم: "تقرر العقوبات المنصوص عليها في أحكام المواد 56 إلى 62 من هذا الأمر، من قبل مجلس المنافسة على أساس معايير متعلقة، لا سيما بخطورة الممارسة المرتكبة، والضرر الذي لحق بالاقتصاد، والفوائد المجمعّة من طرف مرتكبي المخالفة، ومدى تعاون المؤسسات المتهمّة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعيّة المؤسسة المعنوية في السوق." مايقابلها (المادة 3, al. 1, 2, L464- من ق ت ف).

وبالتالي، تقدر العقوبة المالية وفقاً للقانونين الجزائري والفرنسي على أساس عدة معايير (خطورة الممارسة المرتكبة، الضرر الذي لحق بالاقتصاد، وكذا الفوائد المجمعّة من طرف مرتكبي المخالفة، مدى تعاون المؤسسات المتهمّة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق، وأهمية وضعيّة المؤسسة المعنوية في السوق المعنوية)، وما يلاحظ على أن هذه المعايير جاءت على سبيل المثال وليس الحصر هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أيضاً أن تحدد العقوبة بصفة فردية على كل مؤسسة مرتكبة للمخالفة، وأن تلحق هذه العقوبة بتعليل دقيق وحريص لكل منها².

إنّ اعتماد مجلس المنافسة لهذه المعايير هو تجسيد حقيقي لجميع المبادئ السالفة وبالأخص "مبدأ تناسب العقوبة"، كما أضافت سلطة المنافسة الفرنسية مؤخراً بتاريخ 16 ماي 2011 نشر طريقة عملية المتبعة من قبله لتحديد العقوبة وفقاً للمعايير السابقة الذكر، ولعل السبب الرئيسي من وراء هذا الموقف هو إضفاء الشفافية على عملها، ممّا يسمح للأطراف المعنوية وتقدير مدى مصداقية العقوبات المقررة عليهم كخطوة لتقريب بين الإدارة والمواطن³.

أما عن الطريقة المتبعة لتحديد العقوبة، لم يحدد المشرع الجزائري طريقة لاحتساب العقوبة تاركا الأمر للتطبيق العملي لمجلس المنافسة الفصل في ذلك، في حين أجابت الخبرة العملية لمجلس المنافسة الفرنسي على هذا المطلب، والتي عادة تبدأ بضرورة إتباع الترتيب المحدد من قبل القانون التجاري الفرنسي، وكذا دراسة كل حالة على حدة، وعليه تتبع الخطوات التالية:

¹ مسعد جلال، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات الجارية، مرجع سابق، ص 389-390.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.492.

³ Aut, Communiqué du 16-05-2011, conc . communiqué, 16mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, voir, op. cit, pt21.

-تحديد قيمة التعويض القاعدي "Montant de base de la sanction" لكل مؤسسة معنية بالممارسة المقيدة للمنافسة مع الأخذ بعين الاعتبار خطورة الأفعال المرتكبة وأهمية الضرر الواقع على الاقتصاد، ويتم تحديد قيمة التعويض بما يتناسب مع قيمة المبيعات المحققة للسلعة أو الخدمة محل المخالفة.

وتعتبر سلطة المنافسة هذا المعيار أهم من معيار رقم الأعمال العام المحقق من قبل كل مؤسسة، كونه يسمح بتقدير كل حالة على حدة بحسب قيمة التعويض القاعدي، وبالنظر إلى الحجم الاقتصادي للمخالفة ووزنها المرتبط بالأسواق المعنية لكل مؤسسة مخالفة¹.

-تقوم سلطة المنافسة بعد ذلك بتحديد قيمة التعويض القاعدي بصفة فردية (L'individualisation) مع الأخذ هذه المرة بالظروف المخففة أو المشددة².

-كما تقوم بتقدير وجود أو عدم وجود حالة العود، وتعتبر هذه الحالة من الظروف المشددة للعقوبة والتي فضل المشرعان محل المقارنة تنظيمها بشكل مستقل عن المعايير السابقة لما لها من أهمية خاصة.

-وفي الأخير تقوم سلطة المنافسة بالتعديلات النهائية لتحديد ملامح قيمة العقوبة النهائية، مع الأخذ بعين الاعتبار كل المعايير السابقة الذكر على ألا يتجاوز المبلغ النهائي الحد الأقصى القانوني للعقوبة والمتمثل أساسا في (10% من رقم الأعمال العالمي...)³.

استعملت سلطة المنافسة الفرنسية هذه الطريقة لأول مرة في احتساب العقوبات في قضية الكارنل لأربعة منتجين أساسيين، لقي هذا الحل آنذاك تأييدا كبيرا من محكمة استئناف الفرنسي، التي اعتبرت الطريقة المعتمدة من قبل سلطة المنافسة جد موفقة: "اعتمد بصفة... على مختلف المعايير المعتمدة من قبل القانون التجاري"، إلا أنها رجعت مرة ثانية واعتبرت أن هذا القرار لا يشكل نصا تنظيميا في حد ذاته، ولا يجب أن يعامل بطريقة أكثر حدة من أحكام القانون التجاري⁴.

كما قلنا سابقا، يتطلب تحديد العقوبة الأخذ عدة معايير، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يحدد طريقة معينة لتقدير هذه المعايير، تاركا المهمة لمجلس المنافسة، الذي بدوره لازال فتيا في مجال فرض العقوبات، الأمر الذي يحتاج معه بعض الوقت والخبرة للقيام بهذه الخطوات لذلك سيتم الاعتماد على ما أفرزته الحياة العملية لمجلس المنافسة الفرنسي، وفيما يلي توضيح كيفية تقدير هذه المعايير.

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.667.

² Wilhem Pascal et fechiche Lila, op. cit, p.44.

³ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1184-1185.

⁴ Bout Roger et autres, op. cit, p.509.

• تقدير جسامة الممارسة المرتكبة:

يعتبر أولى المعايير المعتمدة من قبل مجلس المنافسة لتقدير قيمة العقوبة المالية، ويتم تقدير جسامة الأفعال وفقا لطبيعة الممارسة المرتكبة بصفة موضوعية ومجردة¹، وتأخذ سلطة المنافسة الفرنسية عدة عناصر في سبيل رسم حدود جسامة الأفعال، والمتمثلة أساسا:

-طبيعة المخالفة (أوالمخالفات) محل التحقيق والأفعال المعتمدة التي تميزها، وطبيعة الضبط أو الضوابط التي تحكم المنافسة المعنية².

-طبيعة النشاطات والقطاعات، والأسواق المعنية.

-طبيعة الأشخاص الذين تم ايداؤهم بهذه الممارسات (المستهلكين، مؤسسات الصغيرة أو متوسطة...).

-الخصائص الموضوعية للمخالفة أو المخالفات المعنية بالتحقيق(توفر حالة الطابع السري للمخالفة أم لا، استعمال الانحراف بالقانون...)³.

ومنه، يمكن القول أن مجلس المنافسة قد راعى المستهلك ومصالحته في ظل أولى المعايير المعتمدة لتقدير العقوبات المقررة على المؤسسات المرتكبة للمخالفة، وهذا مايبثت فعلا توجهها نحو تحقيق المزيد من الرفاهية والحماية للمستهلك.

• تقدير حجم الضرر الواقع على الاقتصاد:

إنَّ تقدير حجم الضرر الواقع على الاقتصاد لا يجب خلطه مع الضرر الذي يصيب ضحايا المخالفات، ولا مع المكاسب الغير الشرعية الذي تندر على مرتكب أو مرتكبي هذه المخالفة، إنَّما الضرر الواقع على الاقتصاد هو بالإجمال كل مؤشرات الاضطراب التي بطبيعتها تحدث للسير التنافسي للنشاطات الاقتصادية أو القطاعات، أو الأسواق المعنية (سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة)، وكذلك بصفة عامة الاقتصاد العام⁴.

لم يحدد

¹ مسعد جلال، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص393.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.510.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.668.

⁴ Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1183.

وقد استعانت سلطة المنافسة الفرنسية بعدة معايير من أجل تقدير حجم الضرر الواقع على الاقتصاد، وهي على سبيل المثال:

- حجم المخالفة أو المخالفات المرتكبة من قبل المؤسسات (التغطية الجغرافية، أهمية الحصص التي تم الحصول عليها من قبل المؤسسات المرتكبة للمخالفة...).

- الخصائص الاقتصادية للنشاطات والقطاعات، والأسواق المعنية بالمخالفة (درجة التركيز، الهامش...).

- النتائج الهيكلية (أي تمس بنية السوق) (خلق حواجز لدخول إلى السوق، خفض الجودة، تقييد التقدم التكنولوجي...).

- تأثير المخالفة بصفة عامة على الاقتصاد، على المتعاملين الاقتصاديين والمستخدمين النهائيين وكذا المستهلكين النهائيين¹.

وتأسيساً على هذه المعايير، يمكن التأكيد أنّ مصلحة المستهلك ضمن الاعتبارات الأساسية لتقدير العقوبة في ظل ثاني المعايير المعتمدة من قبل المشرع الجزائري. معيار أهمية وضعية المؤسسة المرتكبة للمخالفة في السوق:

من أجل تحقيق عقوبة مالية ردعية وفعالة، يجب على مجلس المنافسة الأخذ بعين الاعتبار وضعية المؤسسة المرتكبة للمخالفة في السوق بصفة موضوعية، هذا المعيار هو في الحقيقة مؤشر قوي لانخفاض أو ارتفاع قيمة العقوبة².

تأخذ سلطة المنافسة الفرنسية في سبيل تحديد هذا المعيار رقم أعمال المؤسسة المرتكبة للمخالفة ووضعيتها المالية، ومدى مساهمتها في المخالفة في عمل منظمة مهنية بالنظر إلى ممتلكاتها وسلطاتها الاقتصادية، ويتم تقدير وضعية المؤسسة يوم اتخاذ سلطة المنافسة قرارها وبالنظر إلى النشاطات المعنية³.

كما أجازت سلطة المنافسة الفرنسية اعتماد وضعية المؤسسة المرتكبة للمخالفة كمعيار للتخفيف من العقوبة المالية المفروضة عليها وخاصة في حالة ضعف إمكانياتها ومواردها، أو في حالة معاناتها من

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p. 510-511.

² Vogel Louis, Droit de la concurrence, op. cit, p.1184.

³ بكرة لعور، آليات مكافحة الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص380.

صعوبات مالية خطيرة أو بسبب تعرضها للتصفية القضائية، بشرط إحضار المؤسسة التي تدعي ذلك الدليل¹.

بالمقابل، رفضت محكمة النقض الفرنسية اعتماد المشاكل والصعوبات الخاصة بالقطاع التي وقعت فيه الممارسة المخالفة كمعيار لتخفيض العقوبة².

4- معيار العود:

يعتبر معيار العود من الظروف المشددة، ويقصد به قيام المؤسسة تم متابعتها ومعاقبتها سابقا على سلوكات مقيدة للمنافسة، بارتكاب مرة أخرى نفس الممارسة في مواجهة المؤسسات المنافسة بشرط أن تكون المدة المعتمدة بين المخالفة السابقة وبداية المخالفة الجديدة تبرز بوضوح إصرار المؤسسة المعنية على مخالفة قواعد المنافسة³.

أغفل المشرع الجزائري تنظيم بصفة صريحة هذا المعيار مثل نظيره المشرع الفرنسي، الذي لم يكتف باعتباره ظرفا مشددا بل اعتمده كمعيار مستقل لتقدير العقوبة المالية، في حين اكتفى المشرع الجزائري بالتتويه عنه من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 60 من الأمر 03/03 المعدل والمتم التي جاء فيها: "لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفة المرتكبة."

إلا أنه لاشك أن مجلس المنافسة الجزائري سوف يأخذ بعين الاعتبار هذا المعيار ولو لم يتم النص عليها في إطار الظروف المشددة للعقوبة.

أما بالنسبة لسلطة المنافسة الفرنسية، فإن تحقق هذا المعيار سيرفع قيمة العقوبة من 15% إلى 50%⁴. ومن ثم يمكن القول، أن لجوء مجلس المنافسة إلى هذا المعيار في تقدير العقوبات المقررة على المؤسسات المخالفة لقواعد المنافسة، دليل على إصراره على محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة وقمعها وتوسيعا حقيقيا للحماية المراد توفيرها للمستهلك في السوق المعنية.

5- إلغاء أو تخفيض العقوبة المالية في حالة إجراء العفو (procédure de clémence):

أخذ المشرع الجزائري بمضمون هذه الحالة إلا أنه لم يطلق عليها تسمية "العفو" كما فعل نظيره المشرع الفرنسي، كما اعتبره من أحد الظروف المخففة للغرامة المالية، حيث جاء فيها مايلي: "يمكن لمجلس

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.573.

² Bout Roger et autres, op. cit, p.513.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.673.

⁴ Wilhem Pascal et fechiche Lila, op. cit, p.42-43.

المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق هذا الأمر.¹

وما يلاحظ على هذه المادة أنها تختلف تماما عن إجراء العفو المنصوص عليه في القانون الفرنسي، الشبه الوحيد هو إلغاء أو تخفيض الغرامة المالية إذا تحققت الأسباب المحددة من قبل المادة السالفة الذكر، أما إجراء العفو الذي تبناه المشرع الفرنسي والمنقول أساسا من برامج العفو المعتمدة في الولايات المتحدة الأمريكية، الذي انتقل إلى أوروبا وتبنته اللجنة الأوروبية، وأصبح حاليا جزءا لا يتجزأ من المنظومة التشريعية الفرنسية من خلال المادة (L464-2, IV) من القانون التجاري¹.

ومما خلال استقراء النصوص المتعلقة بهذا الإجراء²، نستنتج أن نطاق تطبيق إجراء العفو يشمل جميع الاتفاقات المحظورة المنصوص عليها (المادة 1-420 من ق ت ف)، وبالأخص الاتفاقات المحظورة التي يطلق عليها (الكارتل)، وتختلف الشروط المطبقة على إجراء العفو باختلاف المعلومات التي تملكها سلطة المنافسة الفرنسية حول الاتفاقات المحظورة المرتكبة في السوق المعنية³.

فإذا قامت المؤسسة الراغبة في الاستفادة من إجراء العفو بإدلاء معلومات جديدة للمقرر العام لم يكن يعلمها لو لا تدخله، فإنها تستفيد من إعفاء كلي-بصفة تلقائية- من العقوبة، ولكن بشرط تحقق الشروط التالية:

- يجب أن تبادر المؤسسة الراغبة في إجراء العفو بإعطاء معلومات حول اتفاق محظور للسلطة المنافسة.

- يجب ألا تكون هذه المؤسسة قد أجبرت مؤسسات أخرى للمشاركة في ارتكاب المخالفة.

- يجب أن تتوقف المؤسسة المعنية بالإجراء عن ممارسة هذه المخالفة⁴.

- يجب أن تقدم المؤسسة المعنية تعاونا كاملا ودائما ومطلقا وسريعا طيلة مدة إجراء التحقيق.

- تلتزم المؤسسة المعنية بالسرية بعدم إعلام المؤسسات المرتكبة للمخالفة بالمساعي التي تقوم بها¹.

¹نادية لاكلي، شروط الاستفادة من إجراء الرأفة في قانون المنافسة، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد5، منشورات دار الأديب، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران2، سبتمبر2015، ص102.
²المادة L464-2, IV من القانون التجاري الفرنسي.

³ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.496.

⁴نادية لاكلي، إجراء الرأفة وسيلة لمكافحة الاتفاقات المقيدة للمنافسة(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2 محمد بن أحمد، 2016-2017، ص138-140.

أما إذا كانت المعلومات غير كافية للكشف عن وجود مخالفة، إلا أنها ذات أهمية وقيمة قد تساعد سلطة المنافسة على فضح هذه المخالفة، يمكن أن تستفيد هذه المؤسسة بتخفيض جزئي².

6- اعتماد الظروف الملازمة للقضية:

ويقصد بها اعتماد مجلس المنافسة للظروف المشددة والمخففة لتحديد قيمة العقوبة النهائية، والتي قد تؤدي إما لرفع أو خفض مبلغ الغرامة المالية.

-الظروف المخففة:

أخذ المشرع الجزائري بالظروف المخففة كأحد أسباب تخفيض أو عدم الحكم العقوبة المالية، وذلك في حالة الاعتراف المؤسسات بالمخالفات المنسوبة إليها وتعاونها أثناء التحقيق وتعهدتها بعدم ارتكاب أحد المخالفات المنصوص عليها في الأمر 03/03 من قانون المنافسة³.

في حين وسع المشرع الفرنسي من الظروف المخففة التي يعتمد عليها لتخفيف العقوبة المالية، ولم يحصرها بنص قانوني بل تركها للسلطة التقديرية للسلطة المنافسة، التي بدورها أدرجت بعض الحالات التي تعتبرها ظروفًا مخففة مثلًا:

- -إحضار المؤسسة دليلاً على أنها انضمت إلى الممارسة المخالفة وهي مُرغمة أو مُكرهة⁴.
- -أن المؤسسة المعنية بالمخالفة توقفت بصفة تلقائية أو انسحبت مباشرة من الممارسات المقيدة للمنافسة بعد تبليغها بالمآخذ بحسن النية⁵.

-الظروف المشددة:

أخذت سلطة المنافسة الفرنسية بعين الاعتبار الظروف المشددة كأحد أسباب رفع قيمة العقوبة المالية، ومن بين هذه الحالات التي تعتمد عليها ما يلي:

-إذا كانت المؤسسة مارست دوراً فعالاً أو المحرك الأساسي لارتكاب المخالفة المعنية بالأمر.

-إذا كانت المؤسسة قد اتخذت تدابير لإكراه المؤسسات الشاغلة في السوق على انضمام للمخالفة.

¹ نفس المرجع، ص 139.

² نادية لاكلي، شروط الاستفادة من إجراء الرأفة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 106.

³ المادة 60 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁴ Roger Bout et autres, op. cit, p. 512.

⁵ مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 397.

-إذا استعانت المؤسسة المعنية بقوتها التأثيرية أو سلطتها المعنوية الخاصة خاصة إذا كانت مكلفة بمهمة الخدمة العامة¹.

أما بالنسبة تحصيل مبالغ العقوبات والغرامات التهديدية، تعتبر المبالغ المحصلة من الغرامات المالية أو غرامات تهديدية التي يقررها مجلس المنافسة ديونا مستحقة للدولة طبقا للمادة (71 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم).

وفي الأخير، يمكن الجزم أنّ للمستهلك دور أساسي وجوهري لدى مجلس المنافسة في عملية تقدير وتقييم العقوبات المقررة ضد المؤسسات المرتكبة للممارسات المقيدة للمنافسة، وهذا ما يجعلنا نتجه إلى حد اعتبار أن مجلس المنافسة يمكن تصنيفه من الهيئات الراعية للمستهلك ومصالحه².

-الجزاء الجزائية:

زود المشرعان الجزائري والفرنسي مجلس المنافسة سلطات واسعة تهدف أساسا إلى حماية السوق وقمع الممارسات المقيدة للمنافسة، ولعل السبب الرئيسي من ظهور هذه الصلاحيات جاء عقب إزالة التجريم عنها، والتي كان يعتبرها القانون بمثابة جرائم اقتصادية تستدعي تدخل القاضي الجزائري لقمعها، لكن بعد استحداث جهاز تناط له مهمة ضبط السوق، قام المشرعان بتزويده بنفس السلطات التي كان يتمتع بها القاضي الجزائري مع بعض الخصوصية³.

وبالتالي، فإنّ المخالفات المتعلقة بقواعد المنافسة لا تملك طابعا جزائيا، كما أنّها لا تخضع لمبدأ "الخطأ" الذي يفرض نفسه في المواد الجنائية حاليا، إنما يمكن تكيف هذه المخالفات على حد قول البعض بأنها انتقاصات من النظام العام الاقتصادي عموما⁴.

إلا أن المشرع الفرنسي اتخذ موقفا مغايرا فمند وضعه للمرسوم 1986 احتفظ بهذا المبدأ إلى يومنا الحالي، أي بالطابع الجنائي الخاص-ضمن حدود ضيقة ومحدودة- لبعض التصرفات المنافسة للمنافسة، وهذا ما كرسته المادة (L 420-6 al 1 er من ق ت ف)⁵، والتي لا نجد لها نظيرا في القانون الجزائري.

وبالتالي، إذا اجتمعت العناصر المذكورة في (المادة L420-6 al 1^{er} من ق ت ف) فإنّها تشكل مخالفة يعاقب عليها جزائيا:

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.670.

² Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.45.

³ محمد تيورسي، مرجع سابق، ص330.

⁴ نفس المرجع، ص339.

⁵ Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.500.

- يجب أن يكون مرتكب الجريمة شخص طبيعياً.

- يجب أن يتعلق الأمر بارتكاب ممارسة مقيدة للمنافسة (اتفاقاً محظوراً، التعسف في وضعية الهيمنة، التبعية الاقتصادية).

- يجب أن يكون مرتكب الجريمة قد ساهم بصفة شخصية وقاطعة في التخطيط والتنظيم أو تنفيذ الممارسات المنصوص عليها في المواد (L420-1 و L420-1 من ق ت ف).

- أن يمارس مرتكب المخالفة هذا الفعل بصفة احتيالية، أي أن يستتبع هذا التصرف سوء نية أو خداع بين (كالتعسف في استعمال السلطة، الإكراه، الخداع وكل وسيلة احتيالية أخرى تحمل نفس هذه المعاني...¹).

إذا اكتملت ملامح الجريمة لدى سلطة المنافسة الفرنسية أحالت الملف إلى وكيل الجمهورية، الذي بدوره يقوم باستكمال بالإجراءات اللازمة لتحريك ومباشرة الدعوى العمومية وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية، كما يمكن للضحايا أيضاً تحريك الدعوى العمومية وفقاً للأحكام العامة².

عكس ذلك، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بفحوى هذه المادة وكرسه بموجب المادة 57 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة فعلياً، إلا أنه أنط مهمة العقاب لمجلس المنافسة بموجب غرامة مالية فقط، وبالتالي أكد المشرع الجزائري مرة ثانية على إزالة التجريم على المخالفات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة نهائياً.

وبالتالي، يمكن القول أن ممارسة مجلس المنافسة الجزائري على غرار نظيره سلطة المنافسة الفرنسية للسلطات الممنوحة له، سيلعب دوراً مهماً في سبيل التصدي للممارسات المقيدة للمنافسة، كما أنه سيعمل على توفير للمؤسسات محيط مناسب للبقاء والاستمرار بفضل مراقبة قواعد السوق التي يجب أن تسود فيه، الأمر الذي سينصب في الأخير في مصلحة المستهلك.

¹ Bout Roger et autres, op. cit, p.532.

² Blaise Jean-Bernard, op. cit, p.500.

المبحث الثاني: دور الحركات الجمعوية والهيئات الاستشارية في قلب موازين القوى لمصلحة المستهلك

لم يكتفي المشرع الجزائري بحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، وإنما أدرج العديد من الآليات القانونية لتحقيق حماية أكبر للمستهلك ضمَّنها في العديد من النصوص القانونية المستقلة عن قانون المنافسة، ففي النهاية قانون المنافسة بالرغم من مراعاة لمصالح المستهلك، فإنَّ مهمته الأساسية هو حماية السوق من الممارسات المخلة بالمنافسة، والتي ستتصب في نهاية المطاف في مصلحة المستهلك.

الأمر الذي يتطلب ضرورة التدخل بموجب آليات مؤسساتية تسهر على استكمال ما بدأه قانون المنافسة، ولكن هذه المرة بمشاركة المستهلك نفسه، أي بالسماح له بتنظيم نفسه في جماعات، تأخذ على عاتقها مهمة الدفاع عنه، والتصدي لجميع الممارسات المخلة بحقوقه ومصالحه، يطلق عليها تسمية جمعيات حماية المستهلك.

وبالفعل كرس المشرع الجزائري هذا المطلب من خلال المادة 21 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وأناط لها عدة صلاحيات لاستكمال دورها فهي الأقدر على التعبير عن حاجاتهم ومتطلباتهم على جميع المستويات، والأنسب للتصدي للتصرفات المخلة بقواعد المنافسة للمؤسسات الاقتصادية.

وإيماننا من المشرع الجزائري أن تنظيم وترتيب السوق بشكل ينصب في مصلحة المستهلك، لا يعتمد فقط على هيئات ردية و جمعيات حماية المستهلك، بل يجب أن يستكمل بخلق هيئات مهمتها الأساسية تقريب وجهات بين جميع الجهات الفاعلة في السوق والمصالح المتضاربة فيه(المستهلك، المؤسسات الاقتصادية، السوق)، وصبَّها في قالب مشترك، وتساهم بشكل كبير في تطوير وترقية سياسة حماية المستهلك، ولعل الهيئات الاستشارية أفضل سبيل لذلك.

لهذا حاولنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تطرقنا في المطلب الأول لدور الحركات الجمعوية ممثلة في جمعية حماية المستهلك في قلب موازين القوى لمصلحة من خلال التصدي للممارسة الغير السوية للمؤسسات الاقتصادية(المطلب الأول)، في حين سلطنا الضوء في(المطلب الثاني) على الهيئات الاستشارية التي لها أهمية كبيرة في صناعة وترقية سياسات الدول في مجال الاستهلاك، وكيف يمكن لمهامها أن تركز الحماية للمستهلك في مواجهة المؤسسات الاقتصادية.

المطلب الأول: جمعيات حماية المستهلك كآلية فعالة للتصدي الممارسات المقيدة للمنافسة.

لم تكن جمعيات حماية المستهلكين بهذا الشكل ولا القوة التي تُعرف بها اليوم، بل تعتبر هذه الأخيرة وليد العديد من التطورات والتحركات المتتالية الذي أفرزت هذه الهيئة إلى الوجود.

ويقصد بالجمعية بصفة عامة بأنها اتفاق يجتمع في إطاره أشخاص طبيعيين أو معنويون على أساس تعاقدية ولغرض غير مريح، يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محدودة أو غير محدودة من أجل ترقية مختلف الأنشطة ذات الطابع المهني أو الاجتماعي أو العلمي أو الديني أو التربوي وغيرها¹.

ونظرا لإيمان المشرعان محل المقارنة بأهميتها خاصة في مجال رعاية التوازن في المجتمع المدني، أكّدا على ضرورة إنشائها ودعمها بكل الوسائل المالية والقانونية.

ولعل جمعية حماية المستهلك من الجمعيات التي شدد المشرع الجزائري على ضرورة تنظيمها، وتطويرها استجابة للمتطلبات، والتغيرات المستجدة في الساحة الوطنية والعالمية (وذلك بموجب القانون رقم 09/03 المؤرخ ب 25 فبراير 2009 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والملغي للقانون 02/89 المتعلق بقانون حماية المستهلك).

حيث عرفها المشرع من خلال المادة 21² منه، على أنها: «جمعية حماية المستهلك هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله».

ومنه، فإن جمعية حماية المستهلك كباقي الجمعيات، تخضع من حيث نشأتها وتنظيمها وتسييرها إلى القانون رقم 90/31 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 والمعدل بموجب القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12

¹ يوسف جيلالي، الاتصال بشأن مخاطر المنتوجات والخدمات الاستهلاكية، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مجلة سداسية، العدد 2، جامعة وهران 2، سبتمبر 2009، ص 8.

² المادة 21 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

يناير 2012 المتعلق بقانون الجمعيات¹، كل ما في الأمر أنّ هذه الجمعية تهدف إلى حماية مصالح المستهلك والدفاع عن حقوقه بمختلف الوسائل المتاحة قانوناً².

لم يعرف المشرع الفرنسي جمعية حماية المستهلك كنظيره المشرع الجزائري، إلاّ أنّه أولاً اهتماماً خاصاً فأفرد لها فصلاً خاصاً، كما أخضع إنشائها للقانون 1 جويلية 1901 ويقصد بها: "الاتفاق الذي يتم بين شخصين أو أكثر من أجل وضع بشكل مشترك ودائم معارفهم ونشاطاتهم من أجل تحقيق أهداف مشتركة غير ربحية"³.

وبطبيعة الحال هي عكس الشركات، فالجمعية عموماً تنشأ لمهام غير ربحية، ودورها الأساسي هو إعطاء وزن للمستهلكين في المجتمع المدني، كما تقوم بتمثيل مصالحهم لدى الهيئات الإدارية والقضائية⁴.

ويمكن تحديد في فرنسا ثلاث اتجاهات كبيرة وهي: الاتجاه العائلي⁵، الاتجاه النقابي⁶، الاتجاه الاستهلاكي⁷.

¹ القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، ج ر، العدد 2، الصادر بتاريخ 15 يناير 2012، ص 33.

² تعتبر أول جمعية حماية المستهلك أنشأت في الجزائر كانت سنة 1988... منقول عن الموقع الإلكتروني:

<http://www.palmoon.net/2/tapic>.

³ Macqueron Patrice et Gatamel Denis et De Guibert Dominique et Clement Christine, Associations(fondations- congrégations) fonds de dotation), Memento pratique, Francis Lefebvre, 2014-2015, p.17.

⁴ غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد المبادئ، الوسائل، والملاحقة مع دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2011، ص 105.

⁵الاتجاه العائلي: مبدئياً هذه الجمعيات يتلخص نشاطها في إنقاذ العائلات من مشاكل التي تواجهها: كالميزانية، السكن، الجودة، أمن المنتوجات، التعليم، القرض، سير البيوع عن بعد(في المنزل)، ويكون تدخلها احتياطي(التحريات، تحضير نماذج عن الميزانيات، ارتفاع الأسعار ...). ويندرج تحت هذه الطائفة: المجلس الوطني للجمعيات العائلية اللاتينية،.... إلخ... Comert Mélanie et autres, op. cit, p.62....

⁶الاتجاه النقابي: النقابات العمالية مهامها محدودة في الدفاع عن مصالح العمال، لا تستفيد هذه الجمعيات من الحقوق المعروفة لدى جمعيات حماية المستهلك، ويندرج تحت هذا الاتجاه جمعية القوى العمالية-للمستهلكين، جمعية من أجل إعلام والدفاع عن المستهلكين، جمعية الدفاع والتعليم والإعلام المستهلك... Ibid, p.62.

⁷الاتجاه الاستهلاكي:

أما من حيث دورها، فتقوم جمعية حماية المستهلك بعدة مهام تم استنادها من مجموعة المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك المعممة من قبل إدارة الشؤون الدولية الاقتصادية والاجتماعية لهيئة الأمم المتحدة (في قرارها 348/39 في أبريل 1985 الجلسة 106)¹، تم تأكيد عليها من قبل المشرعان الجزائري والفرنسي، والتي يمكن لها الاستعانة بها من أجل التصدي للممارسات المقيدة للمنافسة، ويمكن تقسيم هذه الأدوار إلى ما يلي:

الفرع الأول: التدخل الوقائي كآلية للتعريف بالممارسات المقيدة للمنافسة.

نقصد بالتدخل الوقائي لجمعيات حماية المستهلك هو تلك الإجراءات والتدابير التي تتخذها الجمعية قبل المساس بصحة وأمن المستهلك، قصد ضمان صحته وسلامته من الممارسات التي تشكل خطرا عليه.

ولقد أكد على هذا المطلب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/21 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: ".....تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسينه وتوجيهه وتمثيله....". وفيما يلي توضيح لكيفية ممارسة هذا الدور:

هذا الاتجاه ممثلا أساسا بالاتحاد الفيدرالي للمستهلكين (UFC-que choisir)، والذي يضم 154 جمعية محلية، هذا الاتجاه يشكل ضغطا كبيرا على المتعاملين الاقتصاديين، كما أنها تمثل المستهلكين في 40 مقاطعة، كما أنها عضو مؤسس في المكتب الأوروبي للاتحاد المستهلكين والمستهلك الدولي.

كما تعتبر أيضا من قبل جمعيات الاستهلاكية: الكنفدرالية للاستهلاك والسكن وإطار الحياة، الكنفدرالية العامة للسكن، الكنفدرالية الوطنية للسكن، الفيدرالية المستقلة لمستخدمي النقل.

يمكن لهذه الجمعيات أن تجتمع مع بعضها البعض ومن بينها هذه التشكيلات:

1-المراكز التقنية الجهوية المتعلقة بالاستهلاك: يمكن للجمعيات المستهلك ذات الطابع المحلي الاتحاد فيما بينها وتشكيل مركز تقني جهوي للاستهلاك، وتتحصر مهامها في تقديم لأعضائها الموارد المالية، كما تساعدهم على تطوير نشاطاتهم خاصة في مجالي المعلومات التقنية والقانونية، كما تقوم بتوفير تربية تدريبية.

2-على المستوى الوطني: إن تجمع الجمعيات المستهلكين يتخذ شكل اتحادات أو الفيدراليات أو الكوفيدراليات.

3-المكتب الأوروبي لاتحادات المستهلكين: تم إنشاؤه سنة 1962، يتشكل هذا المكتب من 40 جمعية للمستهلكين دول أوروبا (فرنسا ممثلة من L'UFC, que choisir, La CLCV)، كما يعتبر هذا المكتب عضوا في المجموعة الأوروبية الاستشارية للمستهلكين، والذي يقدم رأيه في كل المشاكل المتعلقة بحماية المستهلكين على المستوى الأوروبي، كما يدافع عن مصالح المستهلكين أمام البرلمان الأوروبي والدولي... Ibid, p.63.

¹قرار الأمم المتحدة رقم 39/48 لسنة 1985: حق الأمان، حق المعرفة، حق الاختيار، حق الاستمتاع إلى آراءه، حق إشباع احتياجاته الأساسية، حق التعويض، حق التنقيف، حق الحياة في بيئة صحية...المنظمة العربية للمواصفات والمقاييس، جمعية حماية المستهلك، الطبعة الأولى، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 1984، ص16.

أولاً: إعلام جمعيات حماية المستهلك المستهلكين وتحسيسهم بمخاطر الممارسات المقيدة للمنافسة.

قد لا تسمح الطرق الإدارية والقانونية في كل الأحوال بحماية مصالح المستهلكين، لذلك نجد أن المشرعين أكدوا في قانون حماية المستهلك على المهام الوقائية لمواجهة جميع الممارسات المرتكبة في السوق، والمتمثلة أساساً في : الإعلام والتحسيس، والتوجيه من خلال نص المادة 1/21 من قانون 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (وما يقابلها نص المادة من قانون الاستهلاك).

ومنه، تتحدد الواجبات الأساسية لجمعيات حماية المستهلكين لمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة، ضرورة تحسيس المستهلك بكل المخاطر التي تهدده من جراء هذه الممارسات، وإرشاده إلى جميع السبل الوقائية التي من شأنها الحفاظ على سلامته وتفعيل دوره في الحياة الاجتماعية، وهذا ما يؤدي إلى تربية المستهلك تربية استهلاكية وخلق وعي راق له.

كما تقوم جمعيات حماية المستهلكين بتعريف وتوجيه المستهلك بمختلف الجهات المعنية بالسهرة على ضمان مصالحه، وكذا تحسيسه بالدور الحساس التي تقوم به هذه الجمعيات، والذي يجب أن يُدعم بحماية المستهلك لنفسه¹.

وبالتالي، فإنّ الدور التحسيبي التي تلعبه جمعيات حماية المستهلكين لا يتوقف عند المستهلك فقط، بل يتعداه ليصل إلى الطرف الثاني من العلاقة الاستهلاكية، أي كل شخص يتدخل في عملية وضع المنتج رهن الاستهلاك (المؤسسات).

حيث يتم تحسيس المؤسسات الاقتصادية بالثقة الموضوعية فيه، وفي نفس الوقت بخطورة المهمة الملقاة عليه، وكذا الأضرار الناجمة عن عدم احترام واجباته، وأن تصرفاتهم المتهورة سوف يكون لها أثراً سلبياً على سمعتها بين أوساط المستهلكين، فكثرة الشكاوى حول مؤسسة معينة سيؤدي لا محال إلى إحجام المستهلكين عنه².

هذا ولا يتوقف الدور التحسيبي عند هذا الحد، بل تقوم جمعيات حماية المستهلكين بتوعية وتحسيس أصحاب القرار في الدولة حول أهمية الإجراءات الوقائية التي يجب عليهم اتخاذها لحماية مصالح

¹ Lattouf Ziad, Le rôle des associations de protection des consommateurs dans le cadre de la loi 09/03 du 25fevrier 2009 relative à la répression des fraudes, revue de droit économique et environnement, revue semestrielle, n°2, le laboratoire de droit économique et environnement, septembre 2009, p. 18.

² إبراهيم المامون، جمعيات حماية المستهلك، مجلة حماية المستهلك (دراسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك)، الطبعة الأولى، العدد 4، منشورات مجلة القضاء المدني، الرباط، المملكة المغربية، 2014، ص187.

المستهلك، ومحاولة لفت انتباههم إلى التجاوزات التي يمارسها المؤسسات في السوق، ومدى تأثيرها على أمن وسلامة القدرة الشرائية للمستهلكين¹.

كما تمارس جمعيات حماية المستهلك إلى جانب دورها التحسيصي دورا في إعلام المستهلك، ويقصد بالإعلام الموجه للمستهلك في هذه الحالة هو إحاطة المستهلكين بجميع المعلومات والمعارف التقنية حول المنتجات المعروضة للاستهلاك، وتعريفه بواجباته وحقوقه اتجاه المتدخلين في عرض المنتجات في السوق المعنية².

إنّ هذا الحق يجد أساسه في الحقوق الأساسية للمستهلك، التي تم الإعلان عنها في خطاب الرئيس الأمريكي جون كينيدي سنة 1962، ويرتبط ارتباطا وثيقا بحرية الإعلام الذي تضمنه الدساتير والقوانين الخاصة بالإعلام، حيث نصت المادة 2 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالإعلام الجزائري³، بأن نشاط الإعلام يمارس بحرية في إطار أحكام هذا القانون العضوي، حيث جاء في نص المادة 3 من نفس القانون⁴ ما يلي:

"يقصد بأنشطة الإعلام في هذا القانون العضوي، كل نشر أو بث لوقائع أو أحداث أو رسائل أو آراء أو أفكار أو معارف، عبر أية وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو متلفزة أو إلكترونية، وتكون موجهة للجمهور أو لفئة منه."

أما الحق في الإعلام في فرنسا، فيجد أساسه في حرية التعبير المنصوص عليها في ظل المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن، والمادة 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 11 من الميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، وبالتالي فإنّ ممارسة الجمعيات لهذا الحق مكفول قانونا⁵.

إنّ ممارسة جمعيات حماية المستهلك لحقها في الإعلام بكافة الوسائل المتاحة، يقابله حق الرد في الصحف، وهو حق مكفول للأشخاص المقصودة من الإشهار (المؤسسة المعنية بالأمر)، وذلك بموجب المادة 13 من القانون 29 جويلية 1981، التي تسمح لكل شخص معني بالأمر بحق الرد

¹ أعمار زعبي، حماية المستهلك (من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة)، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص224.

² نفس المرجع، ص224.

³ المادة 2 من القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالإعلام، ج ر، العدد2، الصادر بتاريخ 15 يناير 2012، ص12.

⁴ المادة 3 من القانون العضوي رقم 05/12 المتعلق بالإعلام السالف الذكر.

⁵ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.89.

بموجب كتابة دورية مجانية بنفس طول المقال الذي تم فيه اتهامه، وفي نفس المكان وبنفس الخصائص، على أن يتم الرد في الرقم الذي يصدر في اليوم الموالي لاستقباله، وفي حالة الرفض الغير المبرر تتدخل المحكمة بفرض غرامة مالية وتأمر بتنفيذه¹.

ونظرا للتطور الهائل والسريع الذي شهدته وسائل الاتصال والإعلام، جعل المشرع الفرنسي ينظم حق الرد في الانترنت بالمقارنة مع الوسائل التقليدية المستعملة (الصحافة) قانون 21 جوان 2004 "من أجل الثقة في التجارة الرقمية"² "Pour la confiance dans l'économie numérique"، والتي جاء في مادته (Art 6-5) القاعدة التالية:

"أي شخص مسمى أو معين في مجال خدمة الاتصال الموجهة للجمهور والمتصل بالانترنت، له الحق في الرد دون طلب اصلاح طلبات التصحيح أو إلغاء رسالة التي يمكن أن توجه إلى خدمة الانترنت". هذا الطلب يجب أن يوجه خلال 3 أشهر إلى مدير الإشهار، والذي بدوره يكون مجبرا على إدراج الإجابة خلال 3 أيام من يوم استقباله الطلب تحت طائلة دفع غرامة مالية قدرها 3750 أورو².

إن ممارسة جمعيات حماية المستهلك لحقها في حرية التعبير ليس حقا مطلقا، بل يجب ممارسته في الحدود المعقولة والموضوعية، وإلا شكل هذا التصرف خطأ يستوجب مسؤولية مدنية، والمحكمة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة المدنية، إلا أن هناك قرار سمح باختصاص المحكمة التجارية، معلا قراره بأن نشر الجمعيات للمجلات وبيعها يشكل عملا تجاريا، إلا أن الفقه انتقد هذا الاجتهاد القضائي كون أن نشر المجلات من النشاطات اليومية للجمعيات، وبالتالي لا يمكن أن يُحوّل نشر وبيع المجلات من قبل الجمعيات إلى مؤسسة إعلامية³.

إلا أن الإشكالية التي أثبتت أن حول تكييف الخروج عن حدود الحق في الإعلام لا يمكن أن تشكل جريمة خاصة أو محددة، كما هو الحال بالنسبة لجريمة الإشهار الكاذب مثلا، والتي لا يمكن تطبيقها في هذه الحالة إلا في حالات جد خاصة وبشروط استثنائية.

مما جعل القضاء يبحث عن سبيل آخر يستند عليه في الحكم على الجمعيات من خلال تطبيق أحكام المادة 9-716 L والتي أصبحت حاليا المادة 10-716 L من قانون الملكية الصناعية، إلا أن الأصح كان يجب عليها رفض استعمال هذا النص لأن الهدف منه معاقبة الاعتداء الوارد من قبل المنافسين⁴.

¹ Ibid, p.89.

² Ibid, p.89.

³ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.35.

⁴ Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.97.

يبقى الطريق الأنسب من أجل اللجوء إلى القضاء هو الاعتماد على نص المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني، وبالأخير فإنَّ عدم الدقة في النقد لا يشكل لوحده خطأً موجباً للمسؤولية، بل يجب أن يكون هذا التصرف صدر عن إهمال وعدم حيطة وحذر من قبل الجمعية¹.

حيث ظهر في الآونة الأخيرة قرار لمحكمة النقض الفرنسية مثير جداً للاهتمام بتاريخ 10 أبريل 2013، والذي يستند إلى المادة 10 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، جاء فيه ما يلي: "حرية التعبير هي حق، ولا تعتبر ممارستها تعسفية إلا في الحالات التي حددها القانون صراحة."²

صراحة هذا القرار لا يعني إعلام المستهلكين بصفة خاصة، ولكن هذا القرار وضع مبدأ عاماً، ينطبق على جميع الحالات، وبمفهوم المخالفة أن المؤسسات الاقتصادية لا تستطيع المطالبة بإصلاح الأضرار التي أصابتها بناءً على المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، إلا في الحالات التي يضع فيها القانون تقييداً لحرية التعبير (التشهير،...)³.

أما بالنسبة للتعويض فيكون معنوياً، وقد يصبح مالية إذا تم ملاحظة انخفاض في رقم أعمال المنتج، إلا أنَّ هناك إشكالية أساسية وهو إثبات العلاقة السببية بين عدم دقة المعلومات وانخفاض الملموس لدى المنتج، ذلك أنَّ سبب الانخفاض قد يكون راجع إلى العديد من الأسباب، لأنَّ في هذه الحالة سيكون إصلاح الضرر جد مرتفع، إلا أنَّ جمعيات حماية المستهلكين تستطيع التخلص من مسؤوليتها إثبات أن تصرفها صادر عن حسن النية⁴.

لا يتوقف دور جمعيات حماية المستهلكين على تحقيق المهام التقليدية من تحسيس واعلام، بل تعمل هذه الأخيرة على خلق جوا من التناسق والتوازن بين مصالح المستهلكين ومصالح المؤسسات (الأعوان الاقتصاديين)، فهي وإن كان هدفها الأسمى ضمان حقوق المستهلك في الحصول على أحسن المنتجات وبأسعار معقول، فإنَّها من جهة أخرى تشجع المؤسسات على إصلاح سلوكها في السوق المعنية، وتقديم منتجات صالحة وسليمة وبأسعار مقبولة، والذي سينعكس إيجاباً على المنافسة والمستهلك، والاقتصاد الوطني بصفة أعم.

¹ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.35.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.89

³ Ibid, p.89.

⁴ Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.98.

وتعتمد جمعيات حماية المستهلك في سبيل قيامها بهذه المهام بجمع المعلومات ومعالجتها، ثم نشرها في الوقت المناسب على أوسع نطاق¹ عن طريق وسائل الإعلام المختلفة المكتوبة، والمرئية والمسموعة، مثل: الإذاعة والتلفزيون²...، وكذا تنظيم لقاءات ومحاضرات حول موضوع المنافسة والممارسات المقيدة للمنافسة وجذب انتباهه حول أهميتها في حياته، وتنظيم قوافل تحسيسية باتجاه المدارس، والثانويات والمتوسطات، وتنظيم أبواب مفتوحة بمناسبة تنظيم المعارض، وقد يتعدى الأمر إلى تنظيم نزلات ميدانية إلى أماكن التسوق خلال المناسبات، وذلك حتى تكون الجمعية على اتصال مباشر ودائم مع المستهلك.

إلا أن ما يحول دون قيام جمعيات حماية المستهلك في الجزائر بدور أكثر فعالية في مجال إعلام المستهلكين هو افتقارها إلى الموارد المالية التي تمكنها من تمويل الإعلانات الخاصة بتوعية المستهلكين وإرشادهم بصفة دورية ومنتظمة، كما يجعلها غير قادرة على الولوج إلى وسائل الإشهار على نطاق واسع، كما يجعلها غير قادرة أيضا على إصدار الجرائد والمجلات المتخصصة بشؤون الاستهلاك، زد على ذلك أن الحملات التحسيسية التي تقوم بها تتسم بعدم الاستمرارية.

لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد تظن لهذه النقطة من خلال التأكيد على الاعتراف للجمعيات حماية المستهلك بالمنفعة العام حتى تستفيد من الدعم المالي، إلا أن هذا الأمر بقي مجرد حبر على ورقة، إذ أن قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وحتى التعديل الأخير لقانون الجمعيات (06/12) لم يوضح الشروط الواجب توافرها من أجل استفادة مثل هذه الجمعيات بصفة المنفعة العامة، مما يعني أن الدور الإعلامي والتحسيبي للجمعيات مازال إلى يومنا الحالي يفتقر إلى التقوية والدعم.

ثانيا تمثيل جمعيات حماية المستهلك على مستوى الجهات المعنية بالسوق والمستهلك.

لا يقتصر دور جمعيات حماية المستهلك على تحسيس المستهلكين حول مخاطر الاستهلاك، وما يحدث في السوق من تجاوزات وممارسات مخلة بقواعد المنافسة الحرة والنزيهة، بل يمتد دورها إلى المشاركة في إعداد وتوجيه سياسة دولة نحو الأخذ بعين الاعتبار مصالح المستهلك وحقوقه ، وذلك عن طريق حضور ممثلين عنها في الهيئات الرسمية وغير الرسمية، الدولية والوطنية، وهو ما يسمح لها بالتعبير عن أهدافها، وتشجيع الحوار والتشاور مع السلطات العليا.

¹ علي بولحية بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليانة، الجزائر، 2000، ص 66.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 349.

كما يسمح لها أيضا بالمشاركة مع مختلف القطاعات المعنية من أجل دراسة وإعداد النصوص القانونية¹ الكفيلة بإعادة التوازن المفقود في العلاقة الرابطة بين المؤسسات الاقتصادية والمستهلكين، وتكريس حماية أوسع للمستهلك في مواجهة الاختلالات الحادثة في السوق.

وعليه، فإن انضمام جمعيات حماية المستهلك إلى العديد من الهيئات يجعل دورها فعالا أكثر، إلا أن ممارسة هذا الدور وإن كان أصيلا للجمعيات حماية المستهلك في الجزائر، فإنه استثنائي في فرنسا كونه مرهون بالحصول على ترخيص مسبق، ووفقا لشروط محددة مسبقا في القانون الفرنسي².

وبالتالي، يعتبر الحصول على الترخيص شرطا رئيسيا لتمثيل المستهلكين في فرنسا على مستوى الهيئات والتجمعات الإدارية والقضائية، حيث حددت المواد L811-1 و L811-2 و R 811-1 و R811-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي الشروط اللازمة للحصول على الترخيص وهي كالآتي:

- يجب أن تكون الجمعية التي تم الإعلان عنها بشكل قانوني أي أن تتمتع بالشخصية المعنوية.

- يجب أن تكون هذه الجمعية مستقلة تمام الاستقلال عن أي نشاط مهني، ما عدا بالنسبة للشركات التعااضدية للمستهلكين التي تستطيع الحصول على الترخيص رغم ممارستها لنشاط مهني³.

- يجب أن يكون الهدف الرئيسي لإنشاء هذه الجمعية هو الدفاع عن مصالح المستهلكين.

- يجب أن تمر سنة كاملة على الأقل على إنشاء الجمعية المعنية بالأمر.

- يجب أن يكون لها نشاط فعال وعمومي إلا أن تقييمه صعب جدا خاصة أن تقديره يتم بالنظر إلى نشر الإعلانات.

- يجب أن تكون تشكيلتها مقنعة أي أنها تحتوي على عدد أعضائها 10000 عضو مشارك بصفة فردية بالنسبة للجمعيات ذات الطابع الوطني⁴.

إذا اكتملت الشروط السابقة الذكر جاز للجمعية تقديم طلب إلى مديرية القطاعية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش (DDCCRF) أين تقع مكان إقامتها، يمنح الترخيص بموجب قرار وزاري للجمعيات الوطنية

¹ Lattouf Ziad, op. cit, p.18.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.63.

³ Cibert-Goton Virginie et Albortchire Adamou, Pratique du droit de la concurrence et de la consommation, édition ESKA, Paris, 2007, p.19.

⁴ Julien Jurôme, op. cit, p.53.

وبقرار من والي المقاطعة للجمعيات الجهوية أو المحلية، هذا الترخيص لا يمنح إلا بعد أخذ رأي الوزير العام ووكيل الجمهورية العام لمحكمة الاستئناف(المادة 2-811L من قانون الاستهلاك)¹.

تحدد مدة الترخيص بخمسة سنوات قابلة للتجديد بنفس الشروط السابقة الذكر، ويجب على الجمعيات المرخص لها القيام بتقرير سنوي حول نشاطها بناء على الشروط المحددة بموجب القرار 21 جوان 1988، حاليا ينشط في فرنسا خمسة عشر (15) جمعية وطنية مرخص لها.

كما يمكن سحب الترخيص إذا شاب أحد الشروط السابقة عيبا أو إذا تخلف أحدها خلال مدة الترخيص بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية العام².

ومن أهم المشاركات للجمعيات حماية المستهلك في الجزائر في الحياة السياسية والعملية هو انضمامها في العديد من الهيئات، والتي ستسهل عملية الرقابة والمشاركة في ترتيب وتنظيم السوق الجزائرية، ومن بين أهم هذه الهيئات نذكر على سبيل المثال:

- المشاركة في تكوين المجلس الوطني للتقييس، وهذا ما جاء في نص المادة 4 / 21 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 المتعلق بتنظيم التقييس وسيره³: " يتكون مجلس الوطني للتقييس الذي يرأسه الوزير المكلف بالتقييس أو ممثله، من ممثلين:-

-ممثل عن جمعيات حماية المستهلكين"

- المشاركة في الأشغال اللجنة التقنية للمعهد الجزائري للتقييس للإعداد للمقاييس الوطنية، طبقا للمادة 1/9 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05، والتي تنص: "تتشكل اللجان التقنية الوطنية من ممثلي المؤسسات والهيئات العمومية، والمتعاملين الاقتصاديين، جمعيات حماية المستهلك والبيئة وكل الأطراف المعنية..."⁴.

- المشاركة في أشغال اللجنة الوطنية " كوداكس أليمنتاريوس " المكلفة بإعداد المقاييس والتنظيمات التقنية المتعلقة بالمنتجات الغذائية⁵.

¹ Cibert-Goton Virginie et Albortchire Adamou, op. cit, p.19.

² Julien Jurôme, op. cit, p.54.

³ المرسوم التنفيذي رقم 464/05 المؤرخ 6 ديسمبر 2005، يتعلق بتنظيم التقييس وسيره، ج ر، العدد 80، الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2005، ص 3.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 464/05 المتعلق بتنظيم التقييس وسيره السالف الذكر.

⁵ منقول عن الموقع الإلكتروني: www.caccpe.org/caccp_ar/cnca.asp

- المشاركة في لجنة البنود التعسفية، وذلك وفقا للمادة 5/8 التي تنص: "تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:
- ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.¹
- المساهمة في تشكيل المجلس الوطني لحماية المستهلك².
- المشاركة لدى اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية طبقا للمادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 67/05، حيث تشارك الجمعية في إبداء رأيها حول اقتراحات هيئة الدستور الغذائي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة ومنظمة الصحة العالمية، كما يساهم في إعلام المستهلك وإرشاده في ميدان الجودة والأمن الصحي للمواد الغذائية.
-
- المشاركة لدى اللجنة المهنية للحليب³ طبقا للمادة 2 من القرار المؤرخ في 6 نوفمبر 2007، حيث تعمل الجمعية على إبداء رأيها وتقديم توصيات تتعلق بالسياسة العامة لفرع الحليب وتنظيم السوق والأسعار.
- المشاركة في اللجنة المهنية للحبوب، حيث تهتم بإبداء رأيها وتقديم توصيات حول المسائل المتعلقة بالسياسة العامة لفرع الحبوب، تنظيم حملات الحصاد، تنظيم السوق وتحديد الأسعار.
- كما سمح المشرع مؤخرا لأعضاء جمعيات حماية المستهلك بالمشاركة بتشكيل مجلس المنافسة طبقا للمادة 10 من القانون 12/08 المعدل للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة⁴، ولعل هذا التعديل الجديد لخير دليل على أن حماية المستهلك من الاعتبارات الأساسية لتنظيم المشرع الجزائري لقانون المنافسة وأمور السوق في الجزائر، على أن هذا الحل لا نجد له نظير لدى المشرع الفرنسي الذي يعتبر سباقا في مجال المنافسة والاستهلاك على السواء.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين المبرمة والبنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر.

² المرسوم التنفيذي رقم 355/12 المؤرخ في 2 أكتوبر 2012 الذي يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، العدد 56، الصادر بتاريخ، ص 9.

³ المرسوم التنفيذي رقم 247/97 المؤرخ في 8 يوليو 1997 يتضمن إنشاء الديوان الوطني المهني للحليب ومشتقاته، ج ر، العدد 46، الصادر بتاريخ 9 يوليو 1997، ص 6.

⁴ القانون رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

ولم يقف المشرعان محل المقارنة عند هذا الحد، حيث سمح لها طلب الاستشارة من مجلس المنافسة حول كل مسألة تتعلق بالمنافسة¹.

أمّا في فرنسا، فإنّ جمعيات المستهلكين المرخص لها وحدها تستطيع تمثيل المستهلكين في الهيئات التالية، حيث تلعب هذه الأخيرة دورا فعال في تمثيل المستهلك ونقل انشغلاته لدى مختلف الهيئات الفاعلة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتتمثل هذه الهيئات فيما يلي:

-مجلس الإدارة للمركز الوطني للاستهلاك،

-لجنة المستهلكين للاتحاد الأوروبي،

-مجلس الوطني للاستهلاك،

-لجان المقاطعات الخاصة بالاستهلاك،

-لجنة البنود التعسفية،

-مجلس الوطني للتغذية،

-لجنة فض النزاعات المتعلقة بالاستهلاك...الخ².

ومنه نستنتج، أنّ الدور التقليدي للجمعيات حماية المستهلك لم يعد كافيا، بل أصبح دورها يتعدى ذلك من خلال المشاركة في رسم معالم للاستهلاك السليم والآمن، وإسماع صوت المستهلك الذي ظل لفترات طويلة خارج عن اللعبة السياسية والاقتصادية، خاصة أنّ المشرع الجزائري قد جعل له نصيب في أقرب الهيئات المتعلقة بالمنافسة والسوق، ولعل هذا الحل راجع إلى معرفة المشرع الجزائري للسوق الجزائرية التي تختلف تماما عن السوق الفرنسية والأوروبية.

إلاّ أنّه يُعاب على المشرع الجزائري، أنّ العديد من الهيئات السالفة الذكر لا زالت حبرا على ورق، ممّا سيفوت على المستهلك فرصة المشاركة في صنع القرارات والنصوص القانونية والآراء، التي ستخدم مصلحته وترفع انشغلاته على أعلى المستويات، الأمر الذي يتطلب معه التسريع في إنشائها وتفعيلها على أرض الواقع، ذلك أنّ وجودها سيشكل فارقا كبيرا على جميع المستويات.

¹ المادة 35 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم وما يقابلها المادة 1-460 من ق ت ف.

² Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.39-40.

3-أساليب أخرى مستعملة من قبل جمعيات حماية المستهلك:

إنَّ الحفاظ على التوازن داخل السوق بين مصالح المؤسسات الاقتصادية و المستهلكين أمر ليس بالهين، يتطلب معه تصرف الجمعية بروح المسؤولية والموضوعية، متخذة بذلك دور الحياد، إلاَّ أنَّه قد تصادفها تصرفات من قبل المؤسسات الاقتصادية تستوجب إظهار الجانب الحاد من ملامحها لإصلاح السلوك المنحرف المخل بالسوق بعد استنفاد كل السبل الودية، وفي هذه الحالة ستكون تصرفاتها أكثر شراسة وجرأة من ذي قبل، ولكننا لن نذكر جميع هذه الأساليب فقط تلك التي تتعلق بموضوع بحثنا، ومن بين هذه الأساليب التي يتم اللجوء إليها ما يلي:

أ-الدعوة إلى المقاطعة (Boycotte- grève des achats):

الدعوة إلى المقاطعة هي الدعوى المقدمة من قبل جمعيات حماية المستهلكين والتي تهدف إلى الكف عن استعمال سلعة أو خدمة معين، أي أن تقوم الجمعية بالمطالبة بمقاطعة جماعية لسلعة معينة أو خدمة معينة، أو مؤسسة معينة¹.

ويعنى آخر تعد هذه الوسيلة بمثابة الإضراب عن الشراء، بحيث تقوم جمعيات حماية المستهلكين ببحث المستهلكين على التخلي عن اقتناء السلع أو الخدمة التي ثبتت خطورتها على الصحة البشرية أو في حالة ارتفاع الفاحش للأسعار².

ويختلف هذا الإجراء عن النقد، من حيث أنَّ الدعوة إلى المقاطعة لا تعد مجرد تقديم معلومة، وإنما تتخذ شكل الأمر، ولقد تم استعمالها لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتقلت إلى فرنسا، وحاليا بدأ سيطها يلوح في الأفق الجزائرية من خلال مطالبة العديد من الجمعيات مقاطعة بعض المنتجات.

لم ينظم المشرعان محل المقارنة هذه الوسيلة، فامتناع المستهلكين عن شراء أو اقتناء حاجاتهم لا يعرضهم لأية مسألة قانونية، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: هل يحق للجمعيات حماية المستهلك أن تأمر بمقاطعة منتج معين؟

¹الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص234.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.693.

أثارت هذه النقطة في فرنسا جدلا فقهيًا وقضائيا كبيرًا، فمنهم من رأى أنه يجب على الجمعيات الامتناع اللجوء إلى هذه الوسيلة كونها تسبب أضرارًا بالمؤسسة المعنية في حال الخطأ، والتي لا يمكن جبرها بعد ذلك¹.

في حين أيد البعض الآخر هذا الحل، واعتبروه كحق يمارس مثله مثل حق العمال في الإضراب، انتهى هذا الجدل بمشروعية اللجوء إلى الدعوة إلى المقاطعة، إذا تم استنفاد كل السبل الودية لحماية المستهلك، وما عدا ذلك فيعتبر تعسفاً²، كما أضاف الاجتهاد القضائي الفرنسي ضرورة تحقق شرطان مهمان:

- أن تكون الدعوة إلى المقاطعة غير عنيفة ومنتهورة.

- أن يكون هدفها الأول والأخير حماية المستهلك أو أنها الطريق الوحيد لإجبار المحترف (المعني بالأمر) بالتخلي عن سلوكه الخاطئ.

- ويضيف البعض الآخر ضرورة اعدار أو تحذير المحترف باللجوء إلى المقاطعة في حال لم يغير تصرفاته³.

ب- الإشهار المضاد:

تستطيع جمعيات حماية المستهلكين في سبيل التصدي للممارسات المقيدة للمنافسة اللجوء إلى الإشهار المضاد كوسيلة لإيقاف تصرفات واتفاقات المؤسسات فيما بينها لاستبعاد منتج جيد، أو مؤسسة ذات كفاءة، ويعتمد الإشهار المضاد على نشر انتقادات تخص سلعة أو خدمة موضوعة في السوق مستعملا في ذلك وسائل مقارنة بالإشهار (الصحف، الراديو، التلفزيون، الانترنت... إلخ)⁴، مما يجعل المؤسسات دوما في تنافس فيما بينها من أجل تقديم أحسن المنتجات وبأسعار معقولة.

كذلك يمكن للجمعيات التدخل بأسلوب الإشهار المضاد متى ثبت أن هناك إفراط في ارتفاع الأسعار، وخاصة أن السلع محل الزيادة لا تتميز عن غيرها سواء في نفس السوق أو الأسواق المجاورة لها،

¹ أحمد محمد محمود على خلف، الحماية الجنائية للمستهلك (في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 513.

² عبد القادر زواري، الحماية الجزائية للمستهلك في القانون الجزائري، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2015-2016، ص 356.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.694-695.

⁴ عبد القادر زواري، مرجع سابق، ص 357.

فوضع الأسعار دون مراعاة القدرة الشرائية للمستهلك، وإيهامه بأن المنتج ذو جودة عالية وفي الحقيقة لا يعكس جوهره سعره هو بالفعل تصرف غير سوي.

لم يتعرض المشرعان الجزائري والفرنسي لهذا التصرف لا في قانون المنافسة، ولا في قانون الاستهلاك. إلا أنّ غياب نص صريح حول مشروعيته لم يمنع جمعيات حماية المستهلك في فرنسا باللجوء إلى هذا الحل في العديد من المناسبات.

ويعتبر الإشهار المضاد كالإشهار الممارس من قبل المحترفين لا يخضع إلى أي رقابة مسبقة، ولعل هذا التصرف يجد أساسه في مبدأ حرية الرأي¹.

أصبحت ممارسة جمعيات حماية المستهلك للإشهار المضاد في فرنسا من المهام العادية، إلا أنّها لا يمكن أن تأخذ على إطلاقه، بل يجب أن تمارسه في إطار قانوني وموضوعي حتى لا تتعرض للمسألة بتهمة التشهير أو الإشهار المقارن، وللمحترف المعني بالأمر حق الرد بجميع الوسائل المتاحة له، إلا أن الواقع العملي في فرنسا أثبت أن المحترفين يفضلون اللجوء إلى القضاء للاقتصاص من الجمعيات حماية المستهلك²، ولا بأس أن تستفيد جمعيات حماية المستهلك الجزائرية من الخبرة العريقة للجمعيات الفرنسية لتفادي الوقوع في لبس أو أخطاء بسبب التهور وعدم الدقة.

ج- إخطار مجلس المنافسة:

اعترف المشرعان الجزائري والفرنسي لجمعيات حماية المستهلك بحقها وسلطتها في مجال تطبيق قانون المنافسة إلى جانب ميدان تطبيق قواعد حماية المستهلك، لاسيما في التبليغ عن المخالفات وتقديم الشكاوى ضد الممارسات المقيدة للمنافسة³.

إنّ تسخير المشرعان محل المقارنة في يد جمعيات حماية المستهلك آليات للتصدي لجميع التصرفات والممارسات المخلة بقواعد السوق لدليل قوي على الإرادة الصارمة لإشراك هذه الأخيرة في تنظيم، وإعادة التوازن المفقود في العلاقة الرابطة بين المستهلك والمؤسسات الاقتصادية.

وفي سبيل ذلك، سمح المشرعان محل المقارنة لجمعيات حماية المستهلك إخطار مجلس المنافسة لإبلاغه عن وجود تصرفات مقيدة للمنافسة(المادة 6 و 7 و 10 و 11 و 12 من الأمر 03/03 المتعلق

¹ أحمد محمد محمود على خلف، مرجع سابق، ص 512.

² الصغير محمد مهدي، مرجع سابق، ص 234.

³ محند الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، العدد 23، 2000، ص 74.

بالمنافسة المعدل والمتمم وما يقابلها المادة 1-420 و 2-420 و 5-420 من ق ت ف)، إلا أنّ هذه المكنة في فرنسا من اختصاص جمعيات حماية المستهلكين المرخص لها بذلك فقط¹.

ويشترط المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي في الإخطار أن يكون مكتوبا (عريضة مكتوبة)، حيث ترسل هذه الأخيرة إلى رئيس مجلس المنافسة، كما يجب على الجمعية أن ترسل إخطارا مكتوبا في 4 نسخ، ويمكن أن ترفق هذا الأخير بالبيانات الملحقة بها على شكل رسالة مع وصل تسليم أو ايداعها لدى مكتب التنظيم العام لمجلس المنافسة الأمانة العامة طوال أيام الدوام الرسمي بين الساعة 9:00 صباحا و 16:00 مساء² (في فرنسا تودع لدى مكتب الإجراءات التابع لسلطة المنافسة ما بين الساعة 9:00 صباحا إلى غاية 19:00)³.

يستمتع مجلس المنافسة الجزائري حضوريا للأطراف المعنية في القضايا المرفوعة إليه، ويمكن لهذه الأطراف بما فيها جمعيات حماية المستهلك باعتبارها طرف معنيا أن تمثل أو تحضر مع ممثليها أو أي شخص تختاره، كما لها أن تحظى بالاستماع من قبل المجلس.

كما يحق لجمعية حماية المستهلك المعنية الاطلاع على الملف باستثناء المستندات والوثائق التي تمس بسرية القضايا، كما لها أن تحضر جلسات المجلس بنفسها أو بمن يمثلها⁴.

إنّ تفعيل حماية المستهلك على أرض الواقع لا يعتمد على الوسائل السابقة الذكر، بل يتطلب تدخلا فعليا عن طريق اللجوء إلى سبل فعالة للاقتصاص من المؤسسات الاقتصادية المنحرفة عن الطريق السوي للعبة التنافسية في السوق، ولعل السبيل الأنجع للوصول إلى هذه الغاية هو اللجوء إلى القضاء، والسؤال المطروح هل تتمتع جمعيات حماية المستهلك بممارسة هذا الحق؟

الفرع الثاني: التدخل الدفاعي كآلية لجبر الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة.

إنّ الغرض الأساسي لجمعيات حماية المستهلك هو الدفاع عن مصالح المستهلكين، فهي لا تهدف إلى تحقيق الربح أو الشهرة، ومن الأدوار المنوطة لها في سبيل تحقيق هذا الهدف هو الدفاع عن مصالح المستهلكين، ويقصد به ذلك الإجراء التي تباشره الجمعيات أمام الجهات القضائية في حال تعرض أعضائها أو مستهلك أو عدة مستهلكين إلى أضرار بهدف وقف هذا الضرر وإصلاحه.

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.70.

² المادة 7 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.714.

⁴ محند الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مرجع سابق، ص74.

وكلل الجمعيات المنشأة وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون الجمعيات (القانون رقم 90/31 المعدل بالقانون رقم 12/06 المتعلق بالجمعيات والقانون)، يمكن لجمعية حماية المستهلك مادام تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، أن تتأسس كطرف مدني في الدعاوى ضد كل الأفعال التي تشكل ضرر بمصالحها الفردية أو الجماعية المتعلقة بأعضائها للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقهم، ومعاقبة المتسبب في الضرر وهذا هو الأصل.

وإن كان هذا هو الأصل، فإنه لم يكن يسمح لوقت طويل لجمعيات حماية المستهلكين في فرنسا الدفاع عن المستهلكين أمام الجهات القضائية، حيث كان هذا الحق منوطا للوزارة العامة (Ministère public) فقط، إلا أن الضغط التي مارسته هذه الجمعيات على الحكومة جعل الأمر يتحقق فعلا بصدور قانون 27 ديسمبر 1973 بموجب القانون المسمى "Loi Royer"، حيث سمحت المادة 46 منه على هذا الحق بشرط الحصول المسبق على ترخيص¹.

وبالتالي، أصبح الطريق ممهدا لكي تتولى جمعيات حماية المستهلك في فرنسا رفع الدعوى المدنية أمام جميع الجهات القضائية، والتي تتعلق بأفعال تمس بصفة مباشرة أو غير مباشرة بمصالح المشتركة للمستهلكين.

وبالفعل اعتبر ذلك النص نقلة نوعية في تطور المنظومة التشريعية المتعلقة بالاستهلاك، إلا أن محكمة النقض آنذاك فسرت نص المادة 46 تفسيرا ضيقا وصارما، حيث سمحت للجمعيات بممارسة هذا الحق في حالة الدعوى المدنية لإصلاح ضرر ناتج عن مخالفة جنائية، اعتبر قرار محكمة النقض صادما معيقا لمضي الجمعيات قدما في تحقيق آمال المستهلكين المستضعفين².

تصاعدت بوادر الأمل من جديد بصدور القانون 5 جانفي 1988 المتعلق بممارسة الدعاوى القضائية من قبل جمعيات حماية المستهلك الذي ألغى نص المادة 46، ولكن السؤال بقي مطروحا حول إمكانية رفع الجمعيات دعاوى قضائية بمجرد تحقق مخالفة جنائية أم العكس يكفي؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا السؤال سنة 1995 بقرار التي جاء فيه: "أي مخالفة تسبب ضررا مباشرا أو غير مباشر للمصالح المشتركة للمستهلكين...".

وبناء على هذا القرار أصبح كل فعل مهما كانت طبيعته مدنية أو جزائية، يسبب ضررا مباشرا أو غير مباشر للمصالح المشتركة للمستهلكين يعتبر قابل لرفع دعاوى القضائية من أجله³.

¹ Cibert-Goton Virginie et Albortchire Adamou, op. cit, p.20.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.684.

³ Ibid, p.684.

لم يتوقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد بل واصل في إبداعه بموجب القانون 18 جانفي 1992، والأمر 23 أوت 2001، والقانون 17 مارس 2014 الذين أدرجوا أمور مهمة وهي دعوى التمثيل المشترك (représentation conjointe)، ووسع من دعوى الوقف (action en cessation d'agissements illicites)، كما أضاف دعوى الجماعة (action de groupe) على التوالي¹.

أما المشرع الجزائري، فقد خرج عن هذا الأصل منذ أول قانون صدر في مجال حماية المستهلك المؤرخ في 7 فيفري 1989، الذي سمح للجمعيات حماية المستهلك أن تباشر الدعاوى القضائية، وذلك كخطوة لتدعيم دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق ومصالح المستهلكين المشتركة.

كما أكد التعديل الجديد لقانون حماية المستهلك رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 على هذا الدور، حيث أجازت المادة 32 منه للجمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني في الدعاوى ضد كل فعل يشكل ضررا بمصلحة المستهلك أو المستهلكين.

في حقيقة الأمر تعتبر هذه الخطوة تطور تشريعي مهم، كونه حمل معه الكثير من المعاني، حيث سمح أخيرا للجمعيات حماية المستهلك بإمكانية التنصيب كطرف مدني في جميع الدعاوى (المدنية والجزائية) وسواء كان المتضرر مستهلك واحد أو عدة مستهلكين (المادة 23 من القانون 03/09).

إلا أن ما يهمنا في هذا المقام هو كيفية ممارسة جمعيات حماية للمستهلك لهذه المكنة من أجل التصدي للممارسات المقيدة للمنافسة، وخاصة أن لجوء المستهلك من أجل جبر الأضرار التي تسببها هذه الممارسات دريا محفوفا بالعوائق والصعوبات التي تجعله يعزف على هذا الأمر من الأساس، ولا صير من أن نسوق البعض منها:

العائق النفسي: يتمثل في شعور المستهلك بأنه وحيد وضعيف أمام مؤسسات وشركات كبيرة ذات إمكانيات ضخمة يصعب عليه مواجهتها بإمكانياته البسيطة، وكذا الخوف الذي تثيره المحاكم في نفوس المستهلكين.

العائق المادي: عادة ما يضطر المستهلك إلى قبول شروط والتزامات مجحفة من أجل عدم الذهاب إلى عالم المحاكم، التي تتطلب مصاريف كبيرة (مصاريف قضائية، وأتعاب المحامي...)، والتي عادة ما تكون أكبر من التعويضات التي من الممكن أن يتحصل عليها².

العائق الزمني: تتميز المحاكم القضائية بالبطء الشديد و وطول الإجراءات، مما يجعل المستهلك يعيد التفكير ألف مرة في كل مرة يريد أن يلجأ فيها إلى القضاء.

¹ Julien Jurôme, op. cit, p.54.

² إبراهيم المأموني، مرجع سابق، ص 189.

العائق الثقافي: لا يعرف أغلب المستهلكين الحقوق المكفولة لهم بموجب قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة، لذلك لا يلجأون إلى القضاء¹.

ولهذه الاعتبارات، تم منح الجمعيات الحق في تمثيل المستهلكين أمام القضاء، حيث أصبحت حاليا هذه المهمة من أهم الاختصاصات الموكلة لها، إذ تستطيع هذه الأخيرة من خلال ممارستها لهذا الدور زيادة فعالية حماية المستهلك، ومحاربة جميع التصرفات المخلة بحقوق المستهلك، وكذا الممارسات المقيدة للمنافسة في السوق من أجل إعادة التوازن المنشود في العلاقة بين المستهلك والمؤسسات الاقتصادية، ولها في ذلك الاختيار إما التوجه للقضاء المدني أو الجزائي للمضي قدما نحو الأهداف المسطرة مع تحمل جميع النتائج المترتبة عن هذا الاختيار²، وفيما يلي تفصيل ذلك.

أولا: ممارسة الجمعية لدعوى الدفاع عن المصالح المشتركة لمواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة.

كما توصلنا في الباب الأول، ينتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة أضرار جمة بمصالح المستهلك، والذي لا يستطيع بمفرده مواجهة هذه المؤسسات الاقتصادية، الأمر الذي يتطلب معه ضرورة تدخل جمعيات حماية المستهلك من أجل التصدي للنتائج السلبية للممارسات المقيدة للمنافسة عن طريق اللجوء إلى الدعاوى القضائية للدفاع عن المصالح المشتركة.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية التي أتى بها المشرعين محل المقارنة، نجد أن المشرع الجزائري نص على هذه الحالة في ظل القانون 02/89³ بموجب مادة وحيدة التي تكلمت عن حق التدخل في رفع الدعاوى أمام المحكمة، والتي اتسمت بعدم الوضوح والإبهام.

حيث اشترطت المادة 2/12 من القانون 02⁴/89 أن الضرر الواجب لرفع الدعوى هو الضرر المعنوي الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين، أي أن تمثيل جمعية حماية المستهلك أمام القضاء كان مشروطا بحدوث الضرر على المصالح المشتركة للمستهلكين، والتعويض يقتصر على الضرر المعنوي، لم يكن المستهلك الذي تضررت مصالحه ليستفيد من هذا التدخل، والأسوأ من ذلك أن هذه المادة تم إلغاؤها نهائيا بموجب القانون الجديد لحماية المستهلك 03/09، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مصير هذه الدعوى في خضم التطورات الحاصلة؟

¹ نفس المرجع، ص 189.

² Raymond Guy, op. cit, p.498.

³ ج ر، العدد6، الصادر بتاريخ 8 فبراير 1989، ص154.

⁴ حيث تنص المادة 2/12 من القانون 02/89 على أنه: "...إضافة إلى ذلك فإن جمعيات المستهلكين المنشأة قانونا لها الحق في رفع دعاوى أمام أي محكمة مختصة بشأن الضرر الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي ألحق بها."

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كان له رؤية مغايرة في ممارسة جمعيات حماية المستهلك لحقها في رفع الدعاوى المدنية المتعلقة بالمصالح المشتركة للمستهلكين، واستنادا إلى نص المادة 1-621 من قانون الاستهلاك، نجد أنها حددت الشروط اللازمة لرفع مثل هذه الدعوى وهي كالآتي:

- ضرورة الحصول على ترخيص (يجب على الجمعيات حماية المستهلك الحصول على ترخيص مسبق لمباشرة دعاوى المدنية لإصلاح ضرر مباشر أو غير مباشر)¹.

- المساس بالمصالح المشتركة للمستهلكين (لا يمكن للجمعيات حماية المستهلك برفع الدعاوى القضائية إذا لم يكن الهدف الرئيسي منها الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين، ولكن السؤال المطروح ماذا نعني بهذا الشرط؟

لم تعرف التشريعات المقارنة المفهوم من وراء المصالح المشتركة للمستهلكين ما دفع البعض إلى اعتبارها مفهوما غير مؤكد (incertain)²، في حين حاول البعض الآخر تعريفها بأنها: "تقع بين مفترق الطرق بين المصلحة الخاصة بكل مستهلك والمصلحة الجماعية لمجموع المواطنين، وعليه فإنَّ المصلحة المشتركة تجد مكانها بين الدعوى الفردية للضحية والدعوى المرفوعة من الوزارة العامة."³

وعليه، لا يجب أن يختلط هذا المفهوم لا مع المصلحة العامة التي هي من صلاحيات الوزارة العامة، ولا مع الضرر الشخصي للضحايا الناتجة عن المخالفات بصفة مباشرة، إذ يجد هذا المفهوم محله في المصالح التي تدافع عنها جمعيات حماية المستهلك، مثال ذلك (المنافسة الشريفة والنزاهة، صحة وسلامة المستهلكين...)⁴.

وبالتالي، فإنَّ الضرر التي تحاول جمعيات حماية المستهلكين جبره سواء أكان مباشرا أو غير مباشر، أو حتى احتماليا، يجب أن يمس بالمصالح المشتركة للمستهلكين وليس بالمصلحة الشخصية الفردية للضحية⁵، وهذا ما أكدته قرار محكمة النقض الفرنسية بقولها: "إنَّ الضرر سواء كان مباشرا أو غير مباشر ناتج عن مخالفة أو مساس بالمصلحة المشتركة للمستهلكين، والذي يمكن للجمعيات المرخصة المطالبة بإصلاحه لا يجب أن يختلط بالضرر الشخصي الناتج عن المخالفة والذي يمكنهم المطالبة به شخصيا"⁶.

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.685.

² Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.753.

³ Ibid, p.753.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.64.

⁵ Leveneur Leurent, Code de la consommation, LexisNexis, 2016, p.382.

⁶ Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.754.

رغم اجتهادات العديد من الفقهاء في تحديد مفهوم شامل جامع "للمصلحة المشتركة للمستهلكين" إلا أنها باتت بالفشل، الأمر الذي جعل القضاء الفرنسي يقتنع تماما بأن رسم حدود لمفهوم المصلحة المشتركة صعب إلا أنه لا يعتبر مستحيلا، إذ يمكن تحديده بناءا على مجموعة من الدلائل "Faisceau d'indices" وعلى ضوء العديد من العناصر¹.

ولقد كرّس القضاء الفرنسي هذا الحل في العديد من المناسبات حتى أنه قبل إصلاح ضرر ذو طبيعة جموعية (qualifié associatif)، والتي لا يمت بأية صلة مع المساس بالمصلحة المشتركة للمستهلكين لا بصفة مباشرة أو غير مباشرة، حيث جاء في قرارها أن: "تقبل إصلاح ضرر ذو طبيعة جموعية، والذي لا نجد له مصدرا لا في التعدي بصفة مباشر أو غير مباشرة على المصالح المشتركة للمستهلكين، ولا في الضرر الشخصي والمباشر الواقع على الجمعية المعنية بهذا الطلب، توصلت محكمة الاستئناف إلى هذا المعنى وطبقته."².

وبالتالي، يمكن القول أن النتائج السلبية للممارسات المقيدة للمنافسة تشكل أيضا ضرارا بالمصالح المشتركة للمستهلكين، والتي يمكن أن سببا لرفع جمعيات حماية المستهلكين دعوى أمام القضاء لجبر الأضرار الناتجة عنها.

-طبيعة المخالفة المرتكبة (يسمح للجمعيات حماية المستهلكين المرخصة لها التصب كطرف مدني في حالة وجود ضرر مباشر أو غير مباشر يمس بالمصالح المشتركة للمستهلكين، إذا كانت المخالفة المرتكبة جنائية³ سواء نص عليها قانون الاستهلاك أو أي قانون آخر (قانون المنافسة...)).

ومن التطبيقات العملية التي تم قبولها لدى القضاء الفرنسي (الممارسات الماسة بحرية تحديد الأسعار والمنافسة في السوق، البيع بالخسارة... إلخ)⁴.

إذا اكتملت الشروط السابقة تحقق الهدف المرجو من رفع مثل هذه الدعاوى وهو إصلاح الضرر الواقع على المصالح المشتركة للمستهلكين، إلا أن الأمر في هذه الحالة يتطلب تحديد طريقة لتقييم هذا الضرر، إذا يقع على قضاة الموضوع تحديد العناصر المحددة للضرر الجماعي الواقع على المستهلكين.

¹ Azar-Baud Maria José, Les actions collectives en droit de la consommation(étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé), thèse en cotutelle pour le doctorat, Université Panthéon-Sorbonne(Paris1) et de l'Université de Buenos Aires, 9décembre 2011, Paris, p.106.

² Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.754.

³ Azar-Baud Maria José, op. cit, p.82.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.64.

وعليه، إذا تم قبول دعوى الجمعية حماية المستهلك لطلبها وتأكيد من وجود فعلا ضررا يستوجب التعويض، فإن لها في الحالة الحق في الحصول على التعويض عادة ما يكون رمزيا باعتبار أن الضرر يكون عادة معنويا واستثناءا قد يكون ماديا، إلا أن هذا الأمر لا يمنع من حصول الجمعيات على تعويض للمصاريف التي تكبدتها من طرف الطرف المحكوم عليه¹.

كما تستطيع الجمعيات أن تطالب من القضاء وقف التصرفات الغير المشروعة، هذا الحل تم إدراجه في المادة (3-621)من قانون الاستهلاك المعدلة بموجب القانون 2014-344 المؤرخ في 17مارس (2014)، فمثلا يمكن أن تطلب سحب سلعة غير مطابقة أو وقف إشهار كاذب أو توقف ممارسة مقيدة للمنافسة...، وفي هذه الحالة يكون الوقف تحت طائلة الإكراه أي دفع مبلغ مالي مهم إذا واصلت المؤسسة تصرفاتها الغير المشروعة².

ثانيا: دعوى التمثيل المشترك (l'action en représentation conjointe).

استقر المشرع الجزائري والفرنسي على الاعتراف بحق الجمعيات حماية المستهلك اللجوء إلى القضاء من أجل الدفاع عن المصالح الفردية للمستهلك³، بعد أن كان هذا الحل مرفوض رفضاً مطلقاً في بادئ الأمر، ليصبح حقيقة بموجب المادة 23 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (وما يقابلها المادة 1-622 من قانون الاستهلاك)، التي جاء فيها أنه: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني".

أطلق عليها المشرع الفرنسي على هذا النوع من الدعاوى تسمية: دعوى التمثيل المشترك (l'action en représentation conjointe)، وبخلاف الدعوى السابقة تعتبر هذه الدعوى الوحيدة التي تسمح بالدفاع عن المصالح الفردية للمستهلك وتعتبر بالفعل خروجاً عن الأصل، الذي لطالما حاربت لأجله جمعيات حماية المستهلك في فرنسا، إلا أن ممارسة هذه الدعوى محفوف بالشروط الدقيقة والصارمة⁴.

إن هذه الدعوى مفيدة جدا خاصة عندما يتعلق الأمر بالممارسات المقيدة للمنافسة، كونها تسمح للمستهلك التحرك والتصدي لمختلف الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة (كالاتفاقات المحظورة، البيع بشكل منخفض تعسفيا...) والتي قد تسبب له أضرار جمة.

¹ Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.754.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.65.

³ Cibert-Goton Virginie et Albortchire Adamou, op. cit, p.21.

⁴ Noblot Cyril, Droit de la consommation, Lextenso éditions, Montchrestien, 2012, p.24-25.

وبالفعل تم استخدام هذا النوع من الدعاوى من جمعية "UFC que choisir" لتعويض المستهلكين ضحايا الاتفاق المحظور بين ثلاث متعاملين اقتصاديين للهواتف النقالة في فرنسا، الذي تم إدانتها مسبقا من قبل سلطة المنافسة الفرنسية بموجب القرار المؤرخ 30 نوفمبر 2005 التي فرضت عليهم غرامة مالية قدرها 534 مليون أورو¹.

أما عن الشروط الواجب توافرها من أجل ممارسة هذه الدعوى، فقد أحاطها المشرع الفرنسي² عكس المشرع الجزائري بجملة الشروط الدقيقة، منها ما هو متعلق بالجمعية نفسها، ومنها ما هو مرتبط بطبيعة الدعوى، وفيما يلي تفصيل ذلك:

- يجب أن يكون هناك مستهلك أو عدة مستهلكين (سواء كان شخص طبيعي أو معنوي) متضررين³، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي اشترط أن يكون هناك عدد معتبر ومحدد من المستهلكين (أشخاص طبيعية)، ولم يُسلم هذه المكنة لمستهلك واحد⁴.

- يجب أن يتعرض المستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية وذات أصل مشترك (المادة 23 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش).

- يجب أن يكون المتسبب في الضرر هو نفس المتدخل⁵ (المادة 23 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش).

إذا يمكن أن نستنتج مما سبق، أنّ جمعية حماية المستهلك تستطيع أن تتصب كطرف مدني متى تحققت الشروط السابقة الذكر، دون الحاجة إلى أن تكون الجمعية مرخصة للقيام بالدفاع عن مصالح المستهلكين، لكن يعاب على المادة 23 من القانون 03/09 أنها لم تحدد كيفية قيام الجمعية بهذا الحق أي هل يجب تتحصل الجمعية على وكالة من قبل المستهلك أو المستهلكين المتضررين أم لا؟ أم يكفي أن يتم الأمر شفهيًا دون الحاجة إلى الكتابة؟

وفي حالة عدم وجود هذه الوكالة المكتوبة، فما هي حدود التي يجب أن تنقيد بها الجمعية؟ وفي حالة خسارة الجمعية التي ترفع الدعوى القضائية بدل عن المستهلكين هل يسقط يضيع حق هؤلاء المستهلكين في التعويض؟ وهل يفقدون في رفع الدعوى بصفة فردية؟

في حقيقة الأمر يمكن الإجابة على السؤال الأخير بكل بساطة، إن خسارة الجمعية للحصول على التعويض نتيجة الضرر الذي لحق بجماعة المستهلكين، يؤدي إلى سقوط حقهم في رفع دعواهم بصفة

¹ منقول عن الموقع الإلكتروني: www.conso.net.

² Article L622-1 du code de la consommation.

³ المادة 23 من القانون 03/09 من المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر .

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.71.

⁵ Julien Jurôme, op. cit, p.607.

انفرادية، لكن يمكن أن نتصور استئناف الجمعية للحكم الصادر عن المحاكم وهو الحق الذي يكرسه القانون للمتقاضى الذي يخسر دعواه¹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد سمح بممارسة هذه الدعوى للجمعيات المرخصة والمعروفة بتمثيلها على المستوى الوطني، بشرط أن تحصل هذه الأخيرة على وكالة من قبل اثنين من المستهلكين المعنيين بالأمر للتدخل أمام القضاء باسم المستهلكين لإزالة الضرر².

كما يشترط المشرع الفرنسي أيضا أن تكون هذه الوكالة مكتوبة، وتتضمن الهدف من وراء رفع هذه الدعوى، كما يجب أن تحدد السلطات الممنوحة للجمعية لاستكمال جميع التصرفات والإجراءات اللازمة للمضي في هذه الدعوى³.

إن ممارسة جمعيات حماية المستهلك لمثل هذه الدعاوى مفتوح أمام جميع الجهات القضائية (المدنية، الجزائية، الإدارية)، وبالتالي فإن جميع الإشعارات والاستدعاءات المتعلقة بسير هذه الدعوى توجه إلى جمعية حماية المستهلك الموكلة إليها الأمر.

إنّ الواقع العملي في فرنسا أثبت فشل هذه الدعوى وهذا راجع إلى عدة أسباب من بينها ضرورة الحصول على وكالة، وإتقال كاهلها بإعلام كل مستهلك بمجريات القضية، أما السبب الرئيسي لفشل هذه الدعوى هو تحمل الجمعية المسؤولية الناتجة عن هذه الوكالة⁴.

ثالثا: ممارسة الجمعيات في فرنسا للدعوى الجماعية (Action de groupe)

إنّ فشل دعوى التمثيل المشترك المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك⁵، جعل أنظار السياسيين والفقهاء تتجه نحو تبني طريقة تضمن إصلاح أضرار أكبر عدد معتبر من المستهلكين، خاصة عندما تشترك مصالحهم مع بعضهم البعض، الأمر الذي كان معروفا في الولايات المتحدة الأمريكية باسم (class action) الذي طوّره القضاء الأمريكي، أتبعه المشرع الأمريكي بتقنين للقواعد التي تحكم هذه الدعوى في قواعد العدالة 1912، تم تنقيحه عام 1937⁶.

¹ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، نشأة دار المعارف، القاهرة، ص158.

² Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.759.

³ Julien Jurôme, op. cit, p.607.

⁴ Pièdelièvre Stéphane, op. cit, p.754.

⁵ Claret Hélène et Paisant Gilles, Un nouveau projet de loi en faveur des consommateurs, la semaine juridique, hebdomadaire, n°49, Juris-Classeur, décembre 2006, p.2251.

⁶ محمد أحمد عبد الحميد القيسي، المرجع السابق، ص435.

انتقل تطبيق هذه الدعوى إلى العديد من دول الكيبك والتي كان يطلق عليها (Recours collectif)، وبعض الدول الأوروبية¹.

أما في فرنسا فقد كان الأمر مفروغا منه ولعل السبب الرئيسي لهذا الموقف مقتضاه "عدم جواز التقاضي بوكيل"².

أثيرت هذه المسألة بصفة جدية في فرنسا بداية 2005، حين صرّح الرئيس الفرنسي السابق "جاك شيراك" عن أمله في استحداث نظاما مشابها للدعوى المرفوعة في قانون الأمريكي، هذه الإرادة تم مباركتها بتحضير تقرير برلماني حول "الدعوى الجماعية" إلا أنه لم يُكتب لها النور إلى غاية 2009، الذي أعاد إحياء هذا المطلب، إلا أنّ هذه الدعوى لم يتم الاعتراف بها نهائيا إلا مؤخرا بموجب قانون 17 مارس 2014 المتعلق بالاستهلاك، وذلك بموجب المواد 1-423 إلى 26-423³ من قانون الاستهلاك والتي تم تكملتها بالمواد 1-423 إلى 21-423 من قانون الاستهلاك⁴.

إنّ الحديث عن هذه الدعوى يستوجب منا تحديد مفهومها، ورسم الحدود التي تمارس في إطارها، كما أنّ حداثة وأهمية هذه الدعوى خاصة في مجال محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة، جعلت المشرع الفرنسي يتدخل بجملة من الأحكام والشروط التي تُمارس ضمنها، لذلك سيتم تحديد أولا نطاق تطبيقها والإجراءات المتبعة لممارستها مع أننا لا نجد نظيرا لهذه الدعوى في المنظومة التشريعية الجزائرية لهذا سيتم دراستها وفقا للقانون الفرنسي.

1- نطاق تطبيق الدعوى الجماعية

أدرج القانون 17 مارس 2014 الدعوى الجماعية في المنظومة التشريعية الفرنسية، والذي تم تكملته بالقرار رقم 1086-2014 المؤرخ في 24 سبتمبر 2014، حيث حددت المواد 1-623 إلى 3-623 من قانون الاستهلاك نطاق تطبيق هذه الدعوى.

بالرجوع إلى المادة 1-623 من قانون الاستهلاك التي وضعت حجر الأساس لهذه الدعوى، والتي جاء فيها مايلي: "..... والممثلة على المستوى الوطني والتي حصلت على الترخيص المنصوص عليه في المادة 1-811، يمكن لها الامتثال أمام المحاكم المدنية من أجل إصلاح الأضرار الشخصية

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.657.

² محمد أحمد عبد الحميد القيسي، المرجع السابق، ص435.

³ بعد تعديل قانون الاستهلاك بموجب الأمر رقم 2016 / 301 أصبحت ترقيم هذه المواد كالآتي(1-623 إلى 3-623 من قانون الاستهلاك) والتي تم تكملتها بالمواد(1-623 إلى 33-623) من قانون الاستهلاك.

⁴ Julien Jurôme, op. cit, p.609.

للمستهلكين الذين ينتمون إلى وضعية مماثلة أو مشابهة، والتي تسبب بها عدم التنفيذ متدخل أو عدة متدخلين لالتزاماتهم القانونية أو العقدية...¹.

اهتم المشرع الفرنسي بهذه الدعوى كثيرا من خلال إحاطتها بالعديد من الشروط والإجراءات الواجب السير عليها مميّزا إيّاها عن الدعوى الجماعية المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية.

ومن خلال الاستقراء الأولي للنصوص القانونية، تظهر أن هذه الدعوى تعتمد أساسا على دعوى المسؤولية المدنية، والتي يكون الهدف منها إصلاح الأضرار التي تمس بالمستهلكين، وفيما يلي توضيح أكثر للشروط والحالات والإجراءات التي ترفع فيها مثل هذه الدعوى.

أ- شروط وحالات رفع الدعوى الجماعية:

إن إدراج المشرع الفرنسي هذه الدعوى في منظومته التشريعية جعله يحيطها بالعناية اللازمة من خلال رسم لها حدود واضحة تجنباً لكل لبس أو شبهة، التي قد يقع فيها مفسري القانون، حيث حددت المادة L632-1 من قانون الاستهلاك الشروط الواجب توفرها لافتتاح الدعوى الجماعية والحالات التي يتم فيها اللجوء إلى مثل هذه الدعوى.

أ- الشروط اللازمة لافتتاح الدعوى الجماعية:

حددت المادة السابقة الذكر الشروط الواجب توفرها لافتتاح الدعوى الجماعية-سواء تعلق الأمر برفع الدعوى، موضوع الدعوى، الجهة المختصة بموضوع الدعوى، ولعل السبب الرئيسي لهذا الاهتمام هو حداثة الدعوى وخطورتها، وتتمثل هذه الشروط فيما سيأتي ذكره:

-تتاطر رفع الدعوى الجماعية في فرنسا إلى جمعيات حماية المستهلك المرخصة، والتي تكون ممثلة على المستوى الوطني (يوجد حاليا 15 جمعية حماية مستهلك مرخصة)².

إن الاستقراء الحرفي للمادة L623-1 من قانون الاستهلاك نجد مصطلح مثيرا جدا للاهتمام وهو "une" والتي يفهم من خلالها أن ممارسة هذه الدعوى يكون من قبل جمعية واحدة فقط لا غير، كما

¹ Article L623-1 du code de la consommation : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréés en application de l'article L811-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique ayant pour cause commune un manquement d'un ou des même professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles :

1°A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de service ;

2°Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens de titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.74.

أجبر المشرع الفرنسي تمثيل الجمعيات - المرخصة لها - أمام المحكمة بمحامي ضمانا للمضي الحسن والسلسل لإجراءات الدعوى الجماعية¹.

-تهدف رفع دعوى جماعية إلى إصلاح الأضرار التي تمس بالمستهلكين فقط، إنَّ هذا الشرط يجبرنا على رسم خطوط حمراء يمنع على غير المعنيين اللجوء إليها حتى ولو تحقق الضرر، والمستهلك المقصود هنا هو كل شخص طبيعي والذي لا يتدخل بسبب نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي ، الأدبي.

وبالتالي، فإنَّ هذه الدعوى محرمة على الأشخاص الذين تضرروا بسبب مهنتهم أو الذين تعرضوا إلى أضرار بيئية².

-إنَّ الهدف الرئيسي من رفع الدعوى الجماعية هو إصلاح الأضرار الشخصية الفردية للمستهلكين، وبالتالي لا تستطيع الجمعيات المرخصة لها في هذا المقام أن تطالب بإصلاح الأضرار التي تمس بالمصالح المشتركة للمستهلكين³.

وفي نفس السياق، اشترط المشرع الفرنسي ضرورة وجود مستهلكين في موقف مشابه أو مماثل، قد يشكل هذا الشرط صعوبة تحديد جميع المستهلكين المعنيين برفع الدعوى، وإن كانت هذه الصعوبة تختفي في بعض الحالات، إلا أنَّ هناك بعض المواقف المعقدة التي يستحيل معها التحديد، الأمر الذي يتيح للقاضي سلطة التقدير والتحديد.

وحسنا فعل المشرع الفرنسي في عدم حصره لعدد المستهلكين الواجب توفرهم لتشكيل مجموعة، وبالتالي يكفي حصول الضرر على مستهلكين اثنين فقط لقبول مثل هذه الدعاوى.

أمَّا إذا تحدد مسبقا عدد المستهلكين المتضررين بنفس الأفعال ومن نفس المحترف، أطلق عليها المشرع الفرنسي ب(الدعوى الجماعية المبسطة)، والتي نصت عليها المادة 14-623 إلى 623-17 والمكملة بالمواد 11-623 إلى 15-623 من قانون الاستهلاك)، تخضع هذه المواد لجميع الشروط العامة المتعلقة بالدعوى الجماعية المبسطة، ماعدا هذين الشرطين:

-التعريف بالمستهلكين المتضررين وتحديد عددهم الذين هم في الأساس معروفون.

-أن يكون المستهلكين قد تعرضوا لنفس القدر من الضرر...⁴.

¹Article R623-5 du code de la consommation.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.659.

³ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.75.

⁴Ibid, p.80.

وأخيراً، تمارس الدعوى الجماعية أمام القضاء المدني ويقصى بصفة نهائية ممارستها أمام القضاء الإداري، وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي لم يقف عند هذا الحد بل اشترط أن ترفع الدعوى الجماعية أمام المحكمة العليا (TGI) طبقاً للمادة 2-R623 من قانون الاستهلاك.

أما من حيث الاختصاص الإقليمي، حددته المادة 2-R623 من قانون الاستهلاك بموطن المدعى عليه، وفي حالة تعدد المدعى عليهم تختار الجمعية المرخصة أحد المحاكم التي تقع في دائرة اختصاصها أحد منهم¹، أما إذا تعلق الأمر بأجنبي أو شخص غير معروف الموطن فإن المحكمة العليا لباريس (TGI) هي المختصة².

أب- حالات التي ترفع فيها الدعوى الجماعية:

حدد المشرع الفرنسي الحالات التي يسمح فيها للجمعيات المرخصة لها رفع الدعوى الجماعية وهي كالآتي:

-تفتح الدعوى الجماعية أمام المستهلكين الذين أصابتهم أضرار بمناسبة اقتناء السلع أو الاستفادة من الخدمات، إذا الأمر هنا يتعلق بعقود الاستهلاك، كما أن التصرف الذي يبيح اللجوء إلى القضاء لا يتعلق فقط بعدم تنفيذ الالتزامات القانونية للمحترف، وإنما يمتد ليشمل الالتزامات التعاقدية³، وهذه الحالة ليست محل دراستنا.

-تفتح الدعوى الجماعية مرة أخرى في حالة إصلاح الأضرار الناجمة عن الممارسات المقيدة للمنافسة وفق شروط محددة، إذ يجب أن يسبق هذا الإجراء صدور قرار من سلطة منافسة الوطنية أو من الهيئة الأوروبية المختصة تدين فيها المؤسسات الاقتصادية المدعى عليها⁴، كما يشترط أن يكون هذا القرار استنفد جميع طرق الطعن أي أنه نهائي⁵.

في حقيقة الأمر، تعتبر هذه الدعوى تجسيدا حقيقيا لمعنى التداخل بين قانون المنافسة وقانون الاستهلاك⁶.

¹ Ibid, p.75.

² Article L R623-2 du code de la consommation.

³ Rebeloy Vincent, La nouvelle action de groupe, Recueil Dalloz, n°16, 1 mai 2014, p.943.

⁴ Article L623-24 du code de la consommation.

⁵ Chevrier Eric, Loi relative à la consommation(analyse des principales dispositions de la loi et ses difficultés de mise en œuvre), Dalloz, mai 2014, p.3.

⁶ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.660.

2-مراحل السير في الدعوى الجماعية.

إذا تحققت الشروط والحالات السابقة الذكر جاز للجمعيات حماية المستهلك رفع دعوى جماعية، وتنقسم مراحل هذه مرحلتين مهمتين وهما كالآتي:

أ-المرحلة الأولى من إجراءات رفع الدعوى الجماعية:

الأصل أن جمعيات حماية المستهلك لا ترفع دعوى جماعية إلا إذا كانت مؤشرات النجاح تلوح في الأفق، فإذا تلقت الجمعية شكاوى من عدد معتبر من المستهلكين ضد نفس المحترف ولأجل نفس الأفعال، فعليها التأكد من أنه لم ترفع بشأن هذه الأفعال دعوى جماعية ضد هذا المحترف، كما تأخذ بعين الاعتبار أن هناك مستهلكين قد يكونوا تضرروا من نفس فعل المحترف، وفيما يلي شرح لكيفية البدء في إجراءات رفع الدعوى الجماعية.

أ-أتمهيد للدعوى الجماعية:

فإذا اجتمعت الشروط والحالات السابقة، تبدأ جمعية حماية المستهلك بالتحرك قدما للسير في إجراءات الدعوى، حيث تفتح بموجب دعوة أو استدعاء(assignation)، والتي تتضمن البيانات الواجب توفرها في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم بصفة عادية(TGI)¹، كما تعرض جميع الحالات الفردية التي هي في صدد الدفاع عنها، تلحق بهذه الأخيرة قرار الترخيص الممنوح لجمعية حماية المستهلكين².

إذا تحركت الدعوى الجماعية فإنها توقف تحرك الدعاوى الفردية للمستهلكين الرامية لإصلاح نفس الأضرار، يجب ألا يتجاوز وقف هذه الدعوى 6 أشهر من يوم صدور الحكم أو الموافقة على اتفاق الصلح (L423-20 من قانون الاستهلاك)³.

وفي هذه الحالة، يستطيع المستهلكون اتخاذ أحد الموقفين إمّا الدخول في الدعوى الجماعية، أو ممارسة دعوى فردية لإصلاح الضرر الحاصل ضده.

إذا تسلم المحترف استدعاء(عريضة) جمعية حماية المستهلك، فله في هذا المقام اختيار إحدى الطرق: إمّا الحصول على حل ودي ومرضي لجميع الأطراف، وله في هذا الصدد أن يطلب من المحكمة

¹ تمارس الدعوى الجماعية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، ما عدا بعض الاجراءات الخاصة بها(R623-1 من قانون الاستهلاك).

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.76.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.661.

المعنية تطبيق أحكام القانون 8 فيفري 1995 المتعلق بالصلح (Médiation)¹، إذا اتفقت جميع الأطراف على اللجوء إلى هذا الحل يعين القاضي طرف ثالث للوصول إلى اتفاق مرضي بين جميع الأطراف (المحترف وجمعيات حماية المستهلك المعنية بالأمر) قبوله إصلاح الأضرار الفردية التي سببها للمستهلكين².

كما يمكن أن تقبل جمعيات حماية المستهلك المعنية هذا الحل مباشرة مع المحترف، ولكن بشرط موافقة القاضي على الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف، الذي يتأكد بدوره من مطابقته لمصالح المستهلكين وإعطاءه الصيغة التنفيذية، ينشر الاتفاق المتوصل إليه بكل الوسائل المتاحة لإعلام المستهلكين المعنيين³.

أما في الحالة التي يفضل فيها المحترف الحل القضائي أو أنه لم يتم التوصل إلى حل يرضي جميع الأطراف، تستكمل إجراءات رفع الدعوى الجماعية مسارها.

أب-موقف القاضي من الدعوى الجماعية:

قفل باب المصالحة، يفتح المجال أمام الجهة القضائية المختصة للفصل في الدعوى المرفوعة أمامها، حيث يضطلع القاضي المعني بالأمر في هذا المقام بدور كبير ومتنوع، كما أن حكمه سيتناول العديد من النقاط.

طبقا للمادة 6-623L من قانون الاستهلاك، يقوم القاضي بالتأكد من الشروط اللازمة لقبول الدعوى الجماعية خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 1-623L من قانون الاستهلاك⁴.

أما الدور الأصيل الذي يضطلع به القاضي فهو الحكم بمسؤولية المحترف بناء على الحالات التي تدافع عنها الجمعيات المرخصة، وفي هذا الصدد يستعين القاضي بالقواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية، وله أن يؤسس حكمه، إما طبقا للقواعد المتعلقة بالالتزام بالإعلام بالممارسات التجارية الغير النزيهة، الضمان القانوني... إلخ، أو اللجوء إلى أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي⁵.

أما إذا تعلق الأمر بممارسة مقيدة للمنافسة، فإن دور القاضي هنا يختلف كونه سيكون مقيدا بالقرار الصادر عن سلطة المنافسة أو الهيئة المختصة بالاتحاد الأوروبي، الذي يدين التصرف محل النزاع،

¹ La loi n° 95 /125 du 25 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°34 du 9février1995, p. 2175.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p82.

³ Calais-Auoy Jean et Temple Henri, op. cit, p.661.

⁴ Julien Jurôme, op. cit, p.619.

⁵ Calais-Auoy Jean et Temple Henri, op. cit, p.662.

وذلك كله بعد التأكد بأن الدعوى تم رفعها في آجال القانونية المقبولة¹، أي أن ألا تزيد المدة عن 5 سنوات تحتسب من يوم الذي يصبح فيه القرار الإدانة نهائيا (أي استنفذ جميع طرق الطعن)².

تحكم هذه المرحلة الأولى من الإجراءات القواعد العامة لرفع الدعاوى القضائية (فالإجراءات وجاهية، كتابية...)، كما أن الجمعية مجبرة على إحضار الدليل لإثبات صحة قولها وكذلك المحترف، وللقاضي -في سبيل الوصول إلى الحقيقة- اتخاذ جميع التدابير التحفظية اللازمة وخاصة تلك التي تصنع الدليل القاطع كتلك التي يجلبها المحترف (الدفاتر التجارية...)³.

إذا تبين من الحالات المعروضة على القاضي والظروف الملازمة للقضية أن المحترف مسؤولا عن هذه الأفعال، فإن للقاضي أن يحكم بما يلي:

-قيام مسؤولية المحترف المعني بالأمر.

-تحديد مجموع المستهلكين المستفيدين من قيام مسؤولية المحترف المعني بالأمر، و البحث عن إثبات معايير الربط بينهم⁴.

-تحديد الأضرار الواجب إصلاحها لكل مستهلك أو إحدى كل طائفة من المستهلكين المشكلة للجماعة (18-623L من قانون الاستهلاك).

-تحديد قيمة التعويض أو الإلزام بجميع العناصر التي تسمح بتقديره (2) al 3-423L من قانون الاستهلاك⁵.

-يأمر القاضي في نفس القرار باتخاذ جميع التدابير اللازمة لإعلام المستهلكين المتضررين الانضمام إلى المجموعة (16-623R من قانون الاستهلاك).

تعتبر هذه النقطة مهمة جدا كونها تلعب دورين أساسيين، من جهة تسمح بتحديد المستهلكين الضحايا الذين لم يتم التعرف عليهم وإعلامهم بوجود دعاوى جماعية، وكذا النتائج التي وصلت إليها هذه الدعوى، ومن جهة أخرى تفتح الباب للمرحلة الثانية من الإجراءات⁶.

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.83.

² Article L623-25 du code de la consommation.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.662.

⁴ Ibid, p.662.

⁵ Julien Jurôme, op. cit, p.619.

⁶ Ibid, p.621.

-يحدد القاضي بصفة دقيقة آجال وكيفيات الانضمام إلى الدعوى الجماعية، أما عن الإشهار الموجه للمستهلكين أن يحمل البيانات تم تحديده بموجب الحكم القضائي (كيفية ومضمون وأجل الانضمام، البيانات عن الشخص الذي يتم الإعلام عنده عن هذا الانضمام...)¹.

أما عن الإجراءات والوسائل اللازمة لإعلام المستهلك، لم يشترط المشرع الفرنسي طريقة معينة للإعلام المستهلك، وبالتالي فكل الوسائل المتاحة، وللقاضي أن يختار أكثر من طريقة لإعلام أكبر قدر من المستهلكين، سواء كانت وطنية أو محلية أو باستعمال وسائل الاتصال (كالتلفاز، الصحافة المكتوبة، السمعية، مواقع الانترنت، مواقع التواصل الاجتماعي... إلخ)، أو بإرسال رسائل عبر البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية².

يقع على عاتق المحترف إلزامية إعلام المستهلكين، ولا يمكن لها المضي في هذه الخطوة إلا بعد أن يصبح قرار المحكمة نهائياً (أي استنفذ جميع وسائل الطعن العادية والغير العادية).

2- المرحلة الثانية من الإجراءات رفع الدعوى الجماعية:

تعتبر هذه المرحلة مهمة كونها ترسم خطوط الوصول النهائية للدعوى الجماعية، كما أنها تحاول حصر المستهلكون ضحايا أفعال هذا المحترف، وتشتمل هذه المرحلة على خطوتين مهمتين: انضمام المستهلكين إلى الدعوى الجماعية، تعويض المستهلكين.

أ- انضمام المستهلكون إلى الدعوى الجماعية:

إذا كانت الفترة الأولى من الإجراءات تنتهي بإعلام المستهلكين بالحكم الصادر ضد المحترف، فإن المرحلة الثانية تبدأ برد فعل المستهلكين ضحايا نفس المحترف، الذي يكون لهم الخيار في اتخاذ أحد الموقفين: إما الانضمام إلى الدعوى الجماعية والاستفادة من الحكم الصادر ضد هذا الأخير دون عناء ومشقة رفع دعوى جديدة وتحضير الدليل، أو اختيار الطريق الأطول وهو رفع دعوى فردية للمطالبة بالأضرار التي تخص كل واحد منهم.

فالأولى توقف الدعوى الفردية ولكن لا تلغيها، إلا أنّ القانون الفرنسي لم يحدد بشكل صريح ما إذا كان الانضمام إلى الدعوى الجماعية يحرم من ممارسة الدعوى الفردية لنفس الأفعال، وإن كان المنطق القانوني يغلب عليه الحرمان³.

¹ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.77.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p662.

³ Ibid, p.663.

إنَّ المنفق عليه أن الانضمام إلى الدعوى الجماعية ليس إجبارياً، وبالتالي يقترب هنا النظام بما هو معمول به بنظام الانضمام الاختياري (opt-in) المعروف لدى القانون الأمريكي إلا أنه يختلف جذرياً عنه، فإن الانضمام المعمول به في قانون 2014 يكون في دعوى بث فيها نهائياً، أي أن المحترف مسؤولاً عن هذه الأفعال، كما أن المستهلك الضحية المنظم إلى الدعوى الجماعية سوف يستفيد من الحكم الصادر ضد المحترف، ويقبل أن يتم تعويضه وفق شروطاً معلنة مسبقاً¹.

إنَّ انضمام المستهلكون للدعوى الجماعية ليس مطلقاً -أي يتم في كل وقت- بل يخضع لأجال محدودة في الحكم الصادر أو الاتفاق المتوصل إليه مع المحترف، بحيث يجب أن لا يكون أقل من شهرين ولا أن يتجاوز 6 أشهر من يوم اكتمال إجراءات المتخذة للإعلان عن الحكم أو الاتفاق (L623-8 من قانون الاستهلاك)، كما يحدد الحكم أو الاتفاق كيفية الانضمام².

في حقيقة الأمر، حددت المادة L623-8 من قانون الاستهلاك ثلاث كيفية لإتمام مراسيم الانضمام، وبالتالي فالمستهلك الراغب في الانضمام له إما: الاتصال مباشرة بالمحترف المسؤول عن الأضرار، أو الجمعية المعنية بالأمر، أو أي شخص مختص (كالمحامي، المحضر القضائي...)، مع العلم أن اللجوء إلى هذا الحل الأخير، عادة يتم في حالة كثرة عدد المستهلكين المطالبين بالتعويض وذلك لتخفيف العبء على الجمعية حماية المستهلك المعنية بالأمر³.

كما يجب أن يدعم هذا الانضمام بأية وسيلة تضمن وصوله إلى علم القاضي المعني بالقضية، يجب أن يتضمن الانضمام بيانات معينة (كاسم ولقب المستهلك الضحية، عنوانه، عنوانه الإلكتروني (إن وجد)، يحدد قيمة التعويض عن الأضرار التي أصابته إجباراً...) ⁴.

ب- حصول المستهلكون على التعويضات:

جرى نص المادة L623-18 من قانون الاستهلاك على أنَّ المحترف المدان مسؤول عن تعويض بصفة فردية جميع الأضرار التي مست المستهلكين الرافعين أو المنضمين إلى الدعوى الجماعية، وفق للشروط المحددة في الحكم الصادر ضده (الذي يحدد قيمة التعويض، الكيفيات، المواعيد...) ⁵.

في الحالات العادية، يكون قيمة التعويض متساوية بين جميع المستهلكين، لكن قد يصدف أن يختلف بين مستهلك وآخر، وفي هذه الحالة يجب على القاضي تحديد الأسباب والمعايير التي ساهمت في تقدير التعويض، كما يمكن أن يحكم القاضي على المحترف المسؤول بالتعويض العيني¹.

¹ Julien Jurôme, op. cit, p.622.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.77.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.662.

⁴ Comert Mélanie et autres, op. cit, p.79.

⁵ Julien Jurôme, op. cit, p.622.

يجب على القاضي المعني بالأمر تحديد الآجال التي يجب على المحترف التقيد بها لتنفيذ الحكم الصادر ضده، والذي ينقسم إلى آجلين متتابعين: يتعلق الأول بأجل تدخل المحترف لإصلاح الضرر، والثاني بعد انتهاء الأجل الأول من أجل إخطاره بطلبات التعويض الغير المرضية².

وفي الأخير، يناط للقاضي المعني بالأمر-الذي أصدر الحكم ضد المحترف- مهمة حل جميع المشاكل التي تعترض تنفيذ الحكم(25-2063 من قانون الاستهلاك).

وعلى هذا الأساس، فإنه ينظر في جميع طلبات التعويض التي تنفذ أو تلك الطلبات الغير المرضية، يراعى في هذه الحالة الأخيرة جميع الشكليات والإجراءات المتبعة أمام TGI (أي يجب أن تكون مكتوبة وموقعة من قبل محام وموضوعة لدى أمين ضبط المحكمة)، وذلك في الأجل المحدد من قبل القاضي المعني بالأمر³.

إذا أصدر القاضي حكمه ضد المحترف، فله في ذلك خيارين: إما تنفيذه بطريقة شمولية أي عدم التعويض المباشر للمستهلكين واللجوء مباشرة إلى جمعيات حماية المستهلك أو محامي أو محضر قضائي لدفع قيمة التعويض كاملا، وفي الحالة التي تناط هذه المهمة للجمعية، فإنها مجبرة على إعادة تحويلها إلى حساب الوديعة لدى صندوق الودائع والأمانات من أجل إعادة تحويلها للمعنيين بالأمر⁴.

أما إذا رفض المحترف تنفيذ حكم المحكمة، فإن للجمعيات اللجوء إلى التنفيذ الجبري مستندة للقواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ الجبري(21-623L من قانون الاستهلاك)⁵.

إن قبول جمعيات حماية المستهلك المضي قدما في الدعوى الجماعية يكلفها العديد من المشاق والتكاليف التي قد تثقل كاهلها خاصة أن التعويضات التي يحكم به القاضي هي من حق المستهلكين المتضررين من أفعال المحترف، إلا أن هذا الأمر لا يمنعها أن تطالب القاضي المعني بالأمر بالحكم على المحترف ذاته بجميع التكاليف التي تكبدتها طيلة مدة المضي في إجراءات المحاكمة⁶.

وأخيرا، إذا انتهت جميع الإجراءات السابقة الذكر أو بالمعنى الأصح إذا قام المحترف بإصلاح الأضرار التي سببها للمستهلكين، يمكن للقاضي التصريح بانتهاء المحاكمة التي بدورها تنتهي معها الدعوى الجماعية⁷.

¹ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.664.

² Comert Mélanie et autres, op. cit, p.80.

³ Ibid, p.80.

⁴ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.664-665.

⁵ Julien Jurôme, op. cit, p.622.

⁶ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.665.

⁷ Julien Jurôme, op. cit, p.623.

مع الأخذ في الحسبان حداثة الدعوى الجماعية في قانون الاستهلاك الفرنسي، فإنّه من المبكر جدا حسب قول بعض الفقهاء تقييم آثار هذه الدعوى على الواقع العملي¹، كما أن التطبيق القضائي سوف يحدد ملامح الأهداف المرجوة منها في المستقبل هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، إن هذه الدعوى بشروطها وإجراءاتها لا يمكن للمشرع الجزائري اقتباسها والعمل خاصة وأنه في مرحلة بعث الروح في الهياكل المؤسساتية، التي ظلت لفترة طويلة غائبة عن معترك الحياة الاقتصادية (مجلس المنافسة)، صف إلى أن طبيعة السوق الجزائرية والمؤسسات الناشطة فيها تختلف كثيرا عن السوق الفرنسية والأوروبية.

المطلب الثاني: دور الهيئات الاستشارية في استكمال ملامح حماية المكرسة للمستهلك.

إن إعداد سياسة هادفة إلى تفعيل حماية المستهلك وإعادة التوازن المفقود في العلاقة بين المستهلك والمؤسسات الاقتصادية، يتطلب مساهمة جميع أطراف المجتمع المدني في عملية صنع القرار، ومن أجل الوصول إلى هذا الحل تم تطوير عدة صيغ للاتصال والتشاور، ولعل أهمها خلق هيئات تحمل في طياتها كل الأطراف المعنية والإدارة في قالب تشاوري واحد، ممّا يسمح بفتح حوار حقيقي والخروج بقرار يرضي جميع الأطراف الفعالة في المجتمع تأخذ هذه الأجهزة تسمية مجلس، لجنة...²

وقد حفل القانون الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بمجموعة من الهيئات التي تسعى إلى تحقيق تلك الغايات في إطار توازن دقيق يحاول أن يوفق بين مقتضيات المستهلك ومقتضيات السوق، ويمكن تقسيم الهيئات الاستشارية الفاعلة في المجتمع المدني، والتي يتم الاعتماد عليها لاستكمال ملامح الحماية في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة إلى هيئات استشارية عامة (أولا)، وهيئات استشارية خاصة (ثانيا)، ولعل أهم هذه الهيئات كالاتي:

الفرع الأول: الهيئات الاستشارية العامة.

تلعب الهيئات الاستشارية العامة دورا فعلا في الحياة السياسية كونها تسمح بإسماع صوت المستهلك إلى المراتب العليا للدولة، كما أنها تساعد في صياغة نصوص قانونية تخدم مصلحة المستهلك لمواجهة خطر جميع التصرفات والممارسات المخلة بقواعد المنافسة في السوق، مما تضمن تكريس الحماية المرجوة من سن النصوص القانونية، ومن بين أهم الهيئات التي من الممكن الاعتماد عليها لتحقيق هذا الهدف ما يلي:

¹ Ibid, p.623.

² يوسف جيلالي، الاتصال بشأن مخاطر المنتجات والخدمات الاستهلاكية مرجع سابق، ص 17.

أولاً: المجلس الوطني لحماية المستهلكين

يعتبر هذا الجهاز فعلاً جهازاً تشاورياً بامتياز نظراً لتركيبته المتميزة والتي تشمل كل الأطراف المعنية، تم استحداثه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 272/92 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتعلق بتكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه، الذي حدد شروط تكوينه واختصاصه¹، وأكدت على ضرورة نشأته المادة 24 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

أدرج المشرع الفرنسي هذا الجهاز في منظومته المؤسساتية تحت تسمية "المجلس الوطني للاستهلاك" (CNC) الذي كان سابقاً في ذلك، حيث تم إنشاؤه بموجب المرسوم رقم 642/83 المؤرخ في 12 جويلية 1983 المعدل بالمرسوم رقم 2010/801 (D821-1 إلى D821-4 من قانون الاستهلاك)².

وبالفعل، لا تملك هذه الهيئة سلطة إصدار القرارات، وإنما هي هيئة استشارية تبدي رأيها (طبقاً للمادة 1/22 من المرسوم التنفيذي رقم 355/12³) في حدود المسموح قانوناً في المسائل التالية:

- المساهمة في الوقاية من الأخطار التي يمكن أن تتسبب فيها المنتجات المعروضة في السوق وتحسينها من أجل حماية صحة المستهلكين ومصالحهم المادية و المعنوية.

- مشاريع القوانين والتنظيمات التي يمكن أن يكون لها تأثير على الاستهلاك وكذا على شروط تطبيقها.

- البرامج السنوية لمراقبة الجودة وقمع الغش.

- استراتيجية ترقية جودة المنتجات وحماية المستهلكين.

- جمع المعلومات الخاصة بمجال حماية المستهلكين.

- برامج ومشاريع المساعدة المقررة لصالح جمعيات حماية المستهلكين.

- التدابير الوقائية لضبط السوق.

- آليات حماية القدرة الشرائية للمستهلكين¹.

¹ ج ر، العدد 52، الصادر بتاريخ 8 يوليو 1992، ص 1415.

² Raymond Gay, op. cit, p.471.

³ المرسوم التنفيذي رقم 355/12 المؤرخ في 2 أكتوبر 2012، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه، ج ر، العدد 56، الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2012، ص 9.

وفي سبيل تحقيق هذه المهام، شرع القانون الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي بتشكيله تخدم المصالح المتضاربة للأطراف الفاعلة في المجتمع المدني، حيث تتكون من ممثلين من بعض الوزارات ذات الصلة بحماية أمن وصحة المستهلكين، وبالرقابة على المنتجات (كوزارة الفلاحة، ووزارة التجارة، ووزارة الصحة، ووزارة الصناعة...)، وعن ممثلين من الهيئات والمؤسسات العمومية، بالإضافة إلى ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين وأمن وجودة المنتجات يتم اختيارهم من قبل الوزير المكلف بحماية المستهلك².

في الحقيقة تعتبر هذه التشكيلة عادلة نوعا تضم جميع الأصوات الفاعلة في المجتمع، هذا ما حاول المشرع الفرنسي تداركه في تعديله الأخير لتشكيلة المجلس الوطني للاستهلاك، إذ أدرج العديد من الهيئات التي كانت مهمشة أو بالأحرى مغيبة سابقا (كجمعيات حماية المستهلك، الهيئات الإدارية...)، رغم أهميتها في صنع الآراء الجادة والمتنوعة (المرسوم رقم 23/2015 المؤرخ في 12 جانفي 2015 المتعلق بتشكيل وتحديد مهام مجلس الوطني للاستهلاك)³.

كما أجاز المشرع الجزائري لهذه الهيئة الاستعانة بخبراء أو أي شخص يمكنه تقديم مساهمة في هذا المجال، ويستند المجلس الوطني لحماية المستهلكين في إطار أعماله على لجان دائمة ومؤقتة متخصصة في عدة مجالات⁴.

أثبت الواقع العملي في الجزائر غياب هذه الهيئة عن الساحة⁵، مما يفوت فرصة كبيرة على المستهلك لإسماع صوته والمشاركة في تنظيم السوق، في حين نجد نشاطا كبير لنظيره المجلس الوطني للاستهلاك الفرنسي الذي كانت له مشاركات عديدة في مجالات مختلفة⁶.

¹ المادة 2/22 من المرسوم التنفيذي رقم 355/12 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه السالف الذكر.

² المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 355/12 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه السالف الذكر.

³ Raymond Gay, op. cit, p.471.

⁴ المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 355/12 يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه السالف الذكر.

⁵ بودهان موسى، النظام القانوني للتقييس (نصوص تشريعية وأخرى تنظيمية)، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص48.

⁶ يشهد الواقع العملي نشاطا كثيفا لمجلس الوطني للاستهلاك في عدة ميادين ومن بين آرائه مثلا:

-Avis rapport du 27/09/2005 relatif à la protection du consommateur à l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz.(Bulletin officiel de la concurrence , de la consommation et de la répression des fraudes, n°2006/ 11, pp1167-1175).. www. legifrance. gov.fr.

-Avis du 19/09/1995 sur les essais comparatifs.(Bulletin officiel de la concurrence , de la consommation et de la répression des fraudes, n°95/6, p163-167) . www. legifrance. gov.fr.

ثانيا: المعهد الوطني للاستهلاك الفرنسي:

انفرد المشرع الفرنسي بإنشاء هذه الهيئة بموجب القانون 22 ديسمبر 1966 (1-531 L من قانون الاستهلاك)، والذي تم إعادة تنظيمه بالمرسوم المؤرخ في 4 أبريل 2001، ويعتبر المعهد مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري يتمتع بشخصية معنوية واستقلالية مالية (1-822 L من قانون الاستهلاك)¹.

ويشارك في تشكيل المعهد الوطني للاستهلاك ممثلين عن جميع الأطراف الفعالة في المجتمع، فمن جهة يضم ممثلين عن الدولة وجمعيات حماية المستهلكين، حيث تمون الدولة المعهد الوطني للاستهلاك وتعين مديره، ومن جهة أخرى يتضمن مجلس إدارة سبعة (07) ممثلين عن المستهلكين (4-822 R من قانون الاستهلاك)².

ويضطلع المعهد الوطني للاستهلاك طبقا للمادة (2-822 L من قانون الاستهلاك الفرنسي) بمهام متنوعة وفعالة ومن بينها:

-يقدم المعهد الوطني للاستهلاك المساعدة التقنية للهيئات المختصة بالاستهلاك.

-يقوم المعهد الوطني للاستهلاك بجمع وتحليل ونشر المعلومات، ودراسة وإجراء التحقيقات والتجارب المقارنة.

-تنشيط المعهد بأعمال تدريبية وتعليمية ووقائية حول المسائل المتعلقة بالاستهلاك الموجهة إلى أكبر فئة في المجتمع، وأيضا إلى فئة المحترفين والجمعيات المعنية³.

أثبت الواقع العملي مشاركة فعالية لهذه الهيئة في تقريب وجهات النظر بين المصالح المتضاربة (المستهلك، المؤسسات الاقتصادية)، كما أن تساهم في إعلام المستهلك بالمستجدات الحاصلة على مستوى السوق.

-Avis du 1decembre 2015 portant sur la comparabilité de la relation client des offres de communications électronique)...www.economie-gouv. fr.

-Avis du 12juin 2012 relatif à « la fourniture d'électricité et du gaz naturel « préparer l'avenir » » (Bulletin officiel de la concurrence , de la consommation et de la répression des fraudes, n°2012/6, p163-167) www. legifrance.gouv. fr.

¹ Picod Yves et Davo Hélène, op. cit, p.201.

² Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, p.32.

³ Raymond Gay, op. cit, p.473.

الفرع الثاني: الهيئات الاستشارية الخاصة.

أدرج المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي في منظومته المؤسساتية هيئات استشارية متخصصة في مجالات محددة حرصا منه على بسط تغطية شاملة على مختلف النواحي التي تهم المستهلك، من أجل التضييق على المؤسسات الاقتصادية وتفعيل حماية المستهلك، ومن بين هذه الهيئات ما يلي:

أولاً: لجنة البنود التعسفية.

أنشأ المشرع الجزائري لجنة لمراقبة الشروط التعسفية لأول مرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06/306 (الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية) مستلهما خطاه من المشرع الفرنسي، الذي كان سابقا في ذلك، حيث أسس لجنته بموجب القانون 10 جانفي¹1978.

حيث تشكل لجنة البنود التعسفية الجزائرية طبقا للمادة 2 (التي تعدل المادة 8 من المرسوم رقم 06/306) من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 3 فبراير²2008 من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين، يتوزعون كالتالي:

- عضوين عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.

- عضوين عن الوزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

- عضوين عن مجلس المنافسة.

- متعاملان اقتصاديات يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

في حين تتشكل لجنة البنود التعسفية الفرنسية من ثلاثة عشر عضو حددتهم المادة 18-822 R من قانون الاستهلاك وهم:

- قاضي لدى المحكمة برتبة رئيس لدى المحكمة أو الإدارية.

¹ Auguet Yves, op. cit, p.56-66.

² ج ر، العدد7، الصادر بتاريخ10 فبراير2008، ص17.

-قاضيان أحدهما رئيس والآخر نائبا له عضو في مجلس الدولة.

-شخصين مؤهلين في المجال القانوني وتقنيات العقود يتم اختيارهم بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.

-أربعة أشخاص ممثلين للمهنيين.

-أربعة أشخاص ممثلين للمستهلكين.

-المدير العام للمجلس الأعلى للاستهلاك.

ويتبين من خلال التشكيلة الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري أنها جاءت أكثر تنوعا واختصاصا في مجال الأعمال والعقود، وهو الاختصاص الذي أكد عليه في جميع الفئات.

كما أن المشرع الجزائري حسن فعل كونه مثل جميع الأطراف المعنية في اللجنة، الاختلاف الوحيد مع المشرع الفرنسي أنه يؤكد دوما على فكرة ضرورة الاستعانة بالقضاة في مثل هذه اللجان نظرا لأهميتها وقوة حضورها، وتأثيرها على الأحكام والآراء الصادرة عنها.

لم تحدد التشريعات المقارنة الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية، في حين اعتبر الفقه أن هذه اللجنة لها طابع إداري، كما أن ليس لها اختصاصات قضائية أو تشريعية بل تقتصر مهمتها على توجيه التوصيات والآراء إلى الهيئات المختصة¹.

ولقد استحسن الفقه ذلك حيث قصر سلطات اللجنة على النحو المبين سديدا بالنظر إلى أن يملك المنع فيما يتعلق بالشروط التعسفية هما المشرع والقاضي، وكون أن مثل هذه اللجان الإدارية لا تتمتع بذات الضمانات².

وفي سبيل قيام لجنة البنود التعسفية بالمهام الموكلة لها يتم إخطارها إما من قبل الوزير المكلف بالتجارة، أو بموجب كل إدارة أو جمعية مهنية أو جمعيات حماية المستهلكين وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك، كما يمكن أن تقوم بإخطار نفسها بنفسها طبقا للمادة 11 من المرسوم التنفيذي 306/06 المعدل والمتمم.

أما عن المهام المسندة إليها، فإنها تقوم بالبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي.

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 97

² نفس المرجع، ص 97.

وبالتالي، يدخل في مجال تطبيقها الشروط العامة المحررة مسبقاً، كما لا يقتصر مهمتها أثناء إبرام العقد فقط بل مد نطاق الحماية إلى مرحلة التنفيذ (طبقاً للمادة 2/7 من المرسوم التنفيذي 306/06 المعدل والمتمم بالقانون 44/08).

كما تقوم اللجنة أيضاً بصياغة توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ولم يحدد المشرع الجزائري مضمون هذه التوصيات عكس المشرع الفرنسي الذي حددهما ب(الإلغاء أو التعديل)، إلا أنهما يشتركان في نقطة واحدة وهي طبيعة التوصيات في كونها غير إلزامية، وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات، إلا أن هذه الصفة لم تمنع من تشكيل هاجس لدى الأعراف الاقتصادية خاصة إذا تم نشرها¹.

إلا أنه ما يعاب على لجنة البنود التعسفية الجزائرية أنها لا زالت حبرا على ورقا رغم كثرة النصوص القانونية لإنشائها وتنظيمها مما يفوت على المستهلك فرصة ذهبية لحمايته من تعسف المؤسسات الاقتصادية.

ثانياً: الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية الموجهة للطب البشري.

تم النص على هذه الوكالة بموجب المادة 1-173 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم (القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم)²، حيث تم تضمين قانون الصحة فصل جديد بعنوان الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري من خلال المواد (1-173 إلى 10-173)، وعليه تعتبر الوكالة طبقاً للمادة 1-173 من هذا القانون سلطة إدارية مستقلة، تتمتع باستقلال مالي وتمتلك شخصية معنوية.

أما المشرع الفرنسي فقد دعم منظومته المؤسساتية بهذه الوكالة لتكريس حماية المستهلك ورعاية سوق الأدوية منذ فضيحة (Le Mediator)، الذي كشفت عن النواقص التي شابت النظام، وذلك بموجب القانون 29 ديسمبر 2011³.

إنَّ إيمان المشرعان محل المقارنة بحساسية هذا النشاط ودقته ، جعلهما يرسخان في نصوصهما العديد من المهام آملان تقليل المخاطر، وتجسيد حماية مُستهلك الأدوية من خلال تنظيم وترتيب سوق الأدوية التي تعرف بخطورتها ودقتها. ومن بين هذه المهام¹ ما يلي:

¹ Auguet Yves, op. cit, p.56-66.

² القانون رقم 13/08 المؤرخ 20 يوليو 2008، يعدل ويتم القانون رقم 05/85 المؤرخ 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، العدد 44، الصادر بتاريخ 3 غشت 2008، ص 3.

³ Calais-Auloy Jean et Temple Henri, op. cit, pp291-292.

-السهر على تشجيع الإنتاج الوطني في مجال المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري.

-تحديد ضبط سوق المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري.

-تحديد أسعار المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية عند الإنتاج والاستيراد، بعد رأي اللجنة المكلفة بدراسة الأسعار.

-مراقبة الإشهار والسهر على الإعلام الطبي الموثوق به الخاص بالمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

-إبداء رأيها حول كل المسائل المرتبطة بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري وكذا حول فائدة كل منتج جديد.

-المشاركة في إعداد استراتيجيات وسياسات تنمية قطاع الصيدلة واقتراح العناصر التي تساعد على ذلك.

-إبداء رأيها في كل مشروع نص ذي طابع تشريعي أو تنظيمي لتسيير مجال الصيدلة والمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري.

-تقديم اقتراحات ترمي إلى تحسين الأحكام المعيارية المعمول بها في هذا المجال.

-إعداد تقرير سنوي حول وضعية سوق المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري وتطورها².

وفي سبيل القيام بهذه المهام، أثنى المشرع الجزائري هذه الوكالة بعدد معتبر من اللجان المتخصصة في مجالات عدة ومن بينها:

-لجنة تسجيل الأدوية.

-لجنة المصادقة على المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري.

-لجنة مراقبة الإعلام الطبي والعلمي والإشهار.

-لجنة دراسة أسعار المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري¹.

¹ المادة 173-3 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

² المادة 173-3 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المدل والمتمم.

بالفعل تلعب هذه الهيئات الاستشارية دورا مهما في تجسيد حماية المستهلك من خلال التدخل في صنع وتوجيه سياسة السلطات العامة نحو تفعيل أكثر لحماية المستهلك، كما تعتبر هذه الهيئات علاجا وقائيا مهما من الممارسات المخلة بقواعد المنافسة، كونها تسعى لتتوير إرادة جميع الأطراف الفاعلة في المجتمع من خلال آرائها واقتراحاتها.

⁴ المادة 173-2 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المدل والمتمم.

خلاصة الفصل الثاني

إنَّ أولى أهداف قانون المنافسة هو ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفعالية الاقتصادية، وتجسيدا لهذا المطلب قام المشرعون بحظر كل ممارسة من شأنها المساس أو تعطيل المبادئ التي تقوم عليها المنافسة الشريفة والنزيهة في السوق، ممَّا سيضمن في الأخير رفاهية أكبر للمستهلك، الذي ستكون أمامه عدة خيارات وبجودة عالية وأسعار مقبولة.

إلَّا أنَّ هذه الأهداف لا يمكن أن تتحقق إلَّا إذا دعمها المشرعان محل المقارنة بآليات مؤسسية ترعى حماية العملية التنافسية في السوق بشكل ينصب في الأخير في مصلحة المستهلك، وللتوفيق بين جميع هذه المطالب أنشأ المشرعان محل المقارنة مجلس المنافسة وزوداه بعدة صلاحيات تتناسب مع طبيعته.

ومن خلال دراستنا للصلاحيات المنوطة له، ومدى قدرتها على تكريس الحماية المقررة للمستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة، توصلنا أن حماية المستهلك ضمن الاعتبارات الأساسية لمجلس المنافسة أثناء ممارسته لصلاحيات الاستشارية سواء أكانت اختيارية أو اجبارية.

كما اعتبر مصلحة المستهلك ضمن الأولويات عند تسليمه التراخيص للإعفاء من الحظر بعض الممارسات المقيدة للمنافسة، وذلك من خلال التطبيق الصارم والدقيق للشروط الاستفاداة للمؤسسات من هذا الإعفاء، والتي لمسنا من خلال تحليلنا لهذه الشروط -سواء الإجرائية أو الموضوعية- الأخذ بعين الاعتبار حماية مصالح المستهلك.

كما توصلنا إلى أنَّ المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي سخر لهذه الهيئة صلاحيات أقصى من ذي قبل، قد تصل إلى حد العقوبات المالية ولا يمكن أن تتجاوزها. ومن خلال تحليل هذه المكنة يمكن القول أنها تجسيد حقيقي لمصلحة المستهلك، كونها تشكل رادعا حقيقيا قمعيا للمؤسسات الاقتصادية من أجل الكف عن الممارسات المخلة بالمنافسة، والرجوع إلى الطريق السوي لبت وتفعيل السير الحسن للمنافسة، مما يضمن مصلحة المستهلك في الأخير.

إن اضطلاع مجلس المنافسة بهذه الصلاحيات لا يضمن حماية مطلقة للمستهلك، ففي الأخير الهدف الرئيسي لمجلس المنافسة هو تحقيق استقرار السوق، وقد يجد نفسه يتخلى عن مصلحة المستهلك في سبيل حدوث ذلك.

إنَّ هذه المخاطرة تتطلب تدخل آليات أخرى من أجل إعادة التوازن لمصلحة المستهلك لمواجهة الاختلالات الواقعة في السوق، والتي قد تتخذ شكل حركات جموعية وهيئات استشارية.

تعتبر جمعيات حماية المستهلك سلاحا فعالا من خلال مساهمتها في تفعيل حماية المستهلك في السوق والتصدي للممارسات المقيدة للمنافسة، خاصة بعدما دعمها المشرع الفرنسي مؤخرا من الحق في ممارسة "دعوى الجماعة" للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات المقيدة للمنافسة، ولعل هذه الدعوى سيكون وقعها شديدا على المؤسسات الاقتصادية المخالفة لقواعد المنافسة، كما أنها ستكون رادعا حقيقيا في المستقبل لها.

وأخيرا، توصلنا أن حماية المستهلك يتطلب هيئات استشارية تعمل على توجيه السياسة العامة للدولة نحو تفعيل وتكريس حماية المستهلك كأحد دعائم الأساسية لخلق سوق تنافسية، ومحاولة التوفيق بين جميع المصالح المتضاربة (المستهلك، السوق، المستهلك).

خلاصة الباب الثاني:

خلصنا في نهاية العرض أن تنظيم الأسواق لا يخضع بالمطلق لأحكام قانون المنافسة فحسب، بل تشترك عدة قوانين في ترتيبه وتنظيمه وإعادة هيكلته بما يضمن إعادة التوازن للعلاقة الناشئة بين المؤسسات الاقتصادية والمستهلك من جهة، والسوق من جهة أخرى، كما تسهر عدة أجهزة استحدثها المشرع الجزائري خصيصا تتولى مراقبة ومتابعة الأنشطة الاقتصادية، تماشيا مع تخلي الدولة عن دورها الريادي في التسيير والتخطيط ورغبة منه لضبط زمام المنافسة في السوق بما يخدم جميع المصالح المتضاربة وتحقيق الصالح العام.

ومن خلال هذا الباب حاولنا تسليط الضوء على أهم الضمانات القانونية المتوفرة لتجسيد حماية المستهلك في مواجهة الممارسات المخلة بقواعد المنافسة، وإعادة التوازن المفقود في العلاقة الرابطة بين المستهلك والمؤسسات الاقتصادية، ومن بين أهم ما جاء في هذا المقام تلك الالتزامات التي فرضها المشرع الجزائري على المؤسسات الاقتصادية المنصوص عليها في قانون الاستهلاك 03/09، وقانون الممارسات التجارية 02/04، حيث تناولنا بعضها فيها البحث ومن بينها (الالتزام بالإعلام، الالتزام بالسلامة، الالتزام بالضمان، الالتزام بالمطابقة) بشكل دقيق ومفصل لتحديد مواطن القوة التي حملتها في طياتها.

وتوصلنا أن الضمانات القانونية التي جاء بها المشرعان محل المقارنة تشكل فعلا تشديدا وتضييقا للخناق على المؤسسات الناشطة في السوق، مما يجعلنا تحت رقابة دائمة ومستمرة من قبل المستهلك نفسه وهيئات الرقابة المختصة، الأمر سيسهل الكشف السريع عن أي اختلالات واقعة في السوق.

ثم تطرقنا إلى أهم الأجهزة المتوفرة والخاصة برعاية ومراقبة النشاط الاقتصادي، والتمثلة أساسا بمجلس المنافسة باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في رعاية المنافسة في السوق، وخلصنا أن ممارسة المجلس للمهام الموكلة إليه هي تجسيد حقيقي لحماية المستهلك.

وأخيرا، حاولنا رسم معالم الحماية التي تهدف جمعيات حماية المستهلك والهيئات الاستشارية ترسيخها في تعديل زمام الأمور لمصلحة المستهلك من خلال رعاية المنافسة النزيفة والشريفة في السوق، وتفعيل دور المستهلك في الحياة الاقتصادية باعتباره شريكا فعالا لا باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التي تربطه بالمؤسسات الاقتصادية.

الخاتمة:

وختاما لموضوع بحثنا توصلنا أن المشرع الجزائري منذ تبنيه لنظام اقتصاد السوق وهو يحاول إرساء قواعد متينة لقيام منافسة حرة ونزيهة، ممّا يحفظ للمؤسسات الاقتصادية بيئة صحية للتنافس والإبداع ترعى في نفس الوقت مصلحة ورفاهية المستهلك، وبالفعل كرس المشرع الجزائري هذا المطلب منذ أول قانون صدر في مجال المنافسة، والذي حاول ترتيب وتنظيم السوق الجزائرية، من خلال ضبط تصرفات المؤسسات الناشطة فيه، ومحاربة جميع الممارسات التي تحول دون الوصول إلى هذا الهدف، والذي تم ترجمته فصل كامل يحظر كل الممارسات التي تعيق أو تقيد المنافسة، أطلق عليها تسمية: الممارسات المقيدة للمنافسة.

وتأسيا على ما قيل سابقا، فإن تحقيق رفاهية المستهلك ومصالحته في ظل نظام اقتصاد السوق تتطلب إرادة قوية لإرساء منافسة حرة ونزيهة بين المؤسسات في السوق، والتي بدورها لا تستقيم إلا بالكشف ومحاربة الممارسات المخلة بقواعد المنافسة، والمتمثلة أساسا بالاتفاقات المحظورة، والممارسات الاستثنائية، التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، ممارسة أسعار بيع منخفض بشكل تعسفي في مواجهة المستهلكين.

ومن خلال دراستنا لهذه الممارسات، توصلنا إلى أنّ المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي وسّع من نطاق حماية المستهلك من خلال الحظر الذي طبّقه على هذه الممارسات، رغم أنّه لم يتم الاستعانة به في عملية تكييف حظر هذه الممارسات، أي لم نجد لمصطلح المستهلك دلالة في المواد التي نظمت هذه الممارسات، ما عدا ممارسة أسعار بيع منخفض بشكل تعسفي، أين اعتبر المستهلك ركنا أساسيا لاكتمال المخالفة هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، أظهر التحليل الدقيق لكل ممارسة على حدة، أن رفاهية المستهلك ومصالحه لم تغب عن ناظري المشرع الجزائري، بل اعتبرها ضمن الاعتبارات الأساسية والجوهرية لعملية تنظيم وترتيب السوق ومحاربة جميع الممارسات التي من شأنها المساس بالسير الحسن للمنافسة، والتي لمسناها في العديد من المواطن.

وتطبيقا لذلك، جسد المشرع الجزائري حماية المستهلك من خلال حظر جميع الاتفاقات الميرمة بين المؤسسات، والتي من شأنها أو هدفها القضاء على المنافسة، وبمفهوم المخالفة لا تعتبر كل الاتفاقات محظورة بل يجب أن تتوفر جملة من الشروط لاعتبارها في مصاف الحظر، لذلك فالاتفاقات التي لا تتوفر فيها شروط الحظر تعتبر مباحة طالما ستندرج بالنفع على المستهلك والاقتصاد على حد سواء.

إنّ المشرع الجزائري وإيماناً منه على ضرورة بسط أكبر قدر من الحماية للمستهلك والسوق الجزائرية، خالف بصفة صريحة ما جاء به المشرع الفرنسي والأوروبي، من خلال حظره بصفة نهائية جميع الممارسات التي تتضمن شرط الحصرية، خاصة عندما تؤدي إلى استئثار ممارسة نشاط اقتصادي يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة.

إنّ مضي المشرع الجزائري نحو حظر الاستئثار من جميع التصرفات، سيفرغ لا محال بعض العقود الرائجة عالمياً من مضمونها ومنافعها (الفرنشيز، عقد الامتياز التجاري...)، ممّا سيؤثر سلباً على المستثمرين الأجانب الراغبين في التعامل بها، الأمر الذي سيضطرهم إلى تغيير وجهتهم نحو دول أقل تشدداً في هذا المجال، ممّا سيضيق على المستهلك الجزائري ما تم توسيعه مسبقاً، كما سيحرمه الاستمتاع بمنتجات عالمية ذات جودة عالية.

لم تكن ملامح الحماية لتكتمل إلاّ بحظر كل الممارسات التي تهدف إلى استعمال القوة الاقتصادية في السوق، ونقصد في هذا المقام وضعية الهيمنة ووضعية التبعية الاقتصادية، حيث نجد أنّ المشرع الجزائري لم يحرمّ هذه الممارسات من الأساس مادام أنّ الوصول إليها كان عن جدارة واستحقاق، وطالما أنّها توفر منتجات ذات جودة عالية وبأسعار معقولة، إلا أنّ هذه الوضعيات تصبح خطيرة عند استغلال هذه المؤسسات لمركزها بصفة تعسفية، خاصة عندما يكون الهدف منها الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في السوق عن طريق إقصاء المنافسين من السوق، مما سيجعل المستهلك ضحية تلاعبات هذه المؤسسات وخاضعا لرغباتها.

ومن مظاهر توسيع الحماية للمستهلك الذي حاول المشرع الجزائري تجسيده هو حظر جميع التصرفات التي تمس بأهم عنصر في عملية البيع ألا وهو السعر باعتباره أكثر العناصر جاذبية وإثارة للمستهلك، والذي ترجمه في شكل ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي بموجب مادة مستقلة، لما لها تأثير خارق على أهم المبادئ التي يقوم عليها اقتصاد السوق ألا وهو "مبدأ حرية الأسعار".

إنّ دراسة مختلف الممارسات المقيدة للمنافسة بالتفصيل، أسفرت على نتيجتين مهمتين، تتعلق الأولى بغياب المستهلك في عملية حظر هذه الممارسات إلا أنّ مصلحته ورفاهيته كانت ضمن الاعتبارات الأساسية والجوهرية للمشرع الجزائري لتكريس هذا الحظر، إلا أنّ الاعتماد بشكل مطلق على قانون المنافسة لاستكمال هذه الحماية درياً من دروب المجازفة، ففي النهاية هذا الحظر يخدم السوق أكثر مما يخدم المستهلك الأمر الذي يتطلب معه البحث عن مصادر أخرى لتكريس الحماية في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة وهي النتيجة الثانية التي طغت على دراستنا لهذا الموضوع.

وبالفعل، ترجم المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الفرنسي هذه النتيجة من خلال فرض على المؤسسات الناشطة في السوق جملة من الالتزامات، والتي تجد مصدرها في ظل قانون مستقل عن قانون المنافسة، قانون ينظم هذه المرة العلاقة الناشئة بين المؤسسات الاقتصادية والمستهلك، ولعل قانون الاستهلاك 03/09 وقانون الممارسات التجارية 02/04 الأنسب للقيام بهذه المهمة، ومن بين أهم الالتزامات (الالتزام بالإعلام، الالتزام بالمطابقة، الالتزام بالضمان، الالتزام السلامة...).

حيث توصلنا من خلال دراسة لمختلف هذه الالتزامات القانونية بالتدقيق إلى أنها تشكل فعلا تشديدا وتضييقا للخناق على المؤسسات الناشطة في السوق، مما يجعلها تحت رقابة دائمة ومستمرة من قبل المستهلك والهيئات الرقابية المتخصصة، الأمر الذي سيُسَهِّل الكشف السريع عن أي اختلالات واقعة في السوق.

إلا أن الواقع العملي، أثبت غيابا صارخا لجل هذه الالتزامات وعدم فعاليتها، الأمر الذي سيفوت على المستهلك الحماية المبتغاة من سن هذه الترسانة من النصوص القانونية، لهذا وجب على المشرع الجزائري أن يأخذ بعين الاعتبار هذا الخلل المتأصل في منظومته، ويعمل على بث الروح في النصوص القانونية والتنظيمية المتوفرة، والتأكيد على ضرورة تطبيقها على أرض الواقع بكل السبل المتاحة (كالوسم على المنتجات، مراقبة الشروط التعسفية...)، كما يعمل على التسريع في إنشاء بعض الهيئات التي لا تزال حبر على ورق رغم أن وجودها سينتج فارقا كبيرا على كل المستويات مثلا لجنة البنود التعسفية، المجلس الوطني لحماية المستهلكين.

إن دراسة الضمانات المسخرة لحماية المستهلك لا تقف عند رسم التصور العام لأهم الحقوق التي يجب الاعتراف بها للطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية، وإنما يتعداها إلى تحديد الآليات المؤسساتية المتوفرة من أجل تمكين المستهلك من مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة.

وتجسيدا لهذا المطلب، استحدث المشرع الجزائري مجلس المنافسة للقيام بمهمة تنظيم السوق ومحاربة كل الممارسات التي من شأنها تقييد أو تعيق المسار الطبيعي للمنافسة، ولعل من أهم الأهداف التي رفعها عاليا منذ نشأته هي محاولة زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين، على أن الأيام المقبلة كفيلة في تحديد مدى التزام مجلس المنافسة بهذا الهدف

وفي سبيل الوصول إلى هذه الأهداف التي سطرها، أناط له المشرع الجزائري جملة من الصلاحيات منها ما هو وقائي (الاستشارات، التراخيص)، ومنها ما هو ردعي قد يصل إلى حد فرض

غرامات مالية صارمة، إلا أنها لا يمكن أن تصل إلى حد إلغاء الممارسة وتعويض الضحايا، الذي يبقى القضاء صاحب الاختصاص الأصيل.

إلا أن الواقع العملي، أثبت أن مجلس المنافسة الجزائري لا زال يعاني من عدة نقائص التي تحول دون إتمام المهام الملقاة على عاتقه خاصة (في مسألة النظام الداخلي الذي يعني الكثير من النقائص خاصة فيما يتعلق بالإجراءات والمواعيد، وكذا مسألة الإخطار الذي يعد الخطوة للتقرب منه سواء لأمر استشاري أو للتبليغ عن ممارسات محظورة...)، الأمر الذي يستدعي ضرورة الإسراع لتدارك هذه النواقص من أجل التكريس الفعلي للمستهلك الجزائري.

إنّ اضطلاع مجلس المنافسة بالمهام الموكلة إليه لا يضمن حماية مطلقة للمستهلك، ففي الأخير فالهدف الرئيسي لمجلس المنافسة هو تحقيق استقرار السوق، وقد يجد نفسه يتخلى عن مصلحة المستهلك في سبيل حدوث ذلك، لذلك تجنيد هيئات تستمد مضمونها وقوتها من المستهلك نفسه أمر حتمي، ولعل جمعيات حماية المستهلك الأنسب للقيام بتعديل كفة الميزان لمصلحة المستهلك، خاصة عندما تراقب وتمارس ضغوطا فعالة على السلطة التنفيذية، والمؤسسات الاقتصادية لتعديل التصرف السوء لأجل تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية، خاصة بعدما دعمها المشرع الفرنسي مؤخرا من الحق في ممارسة "دعوى الجماعة" للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات المقيدة للمنافسة، ولعل هذه الدعوى سيكون وقعها شديداً على المؤسسات الاقتصادية المخالفة لقواعد المنافسة، كما أنها ستكون رادعا حقيقيا في المستقبل لها.

إلا أنّ الواقع العملي، أثبت محدودية نشاط جمعيات حماية المستهلك في الجزائر، الذي يقتصر دورها الحالي على تنظيم الأيام الدراسية والتحسيسية، ونشر بعض الجرائد والمجلات الغير المنتظمة، ممّا يفسر عجزها في مواجهة نفوذ المؤسسات الاقتصادية، ولعل أهم عائق يحول دون قيامها بالمهام الموكلة إليها هو ضعف مواردها المالية الدائمة، رغم التدخل الإيجابي للمشرع الجزائري مؤخرا للتأكيد على إمكانية الاعتراف لبعضها بصفة المنفعة العامة وكذا الدعم المالي، إلا أنّ هذه المستجدات الهامة بقيت مجرد قانون ينتظر التطبيق، لذلك وجب على المشرع الجزائري استكمالاً لمظاهر العناية التي أولاها لهذه الجمعيات وضع مراسيم تنظيمية توضح بصفة دقيقة تطبيق هذه المستجدات (لاسيما فيما يتعلق بالشروط والكيفيات اللازمة للاستفادة من صفة المنفعة العامة، تحديد بصفة دقيقة الشروط والكيفيات الواجبة من أجل ممارسة الجمعيات لحقها في التنصب كطرف مدني باسم المستهلك).

وأخيرا، يمكن للهيئات الاستشارية أن تلعب دورا جبارا في عملية تقريب وجهات النظر المختلفة والمتضاربة بين أهم الفاعلين في المجتمع المدني (الحكومة، المؤسسات الاقتصادية، المستهلك)، إلا

أنَّه يعاب على هذه الهيئات أنَّها بقيت إلى يومنا الحالي حبرا على ورق وهو حال العديد من الهيئات الراعية لمصالح المستهلك، الأمر الذي يتطلب معه ضرورة تدخل المشرع الجزائري من أجل بعث الروح في هذه الهيئات وإلا ما الفائدة من ترسانة النصوص القانونية إذا لم يتم تجسيدها في أرض الواقع.

وفي الأخير، يمكن القول أنَّ المشرع الجزائري وفق إلى حد كبير في توفير الحماية للمستهلك من خلال التشديد على حظر الممارسات المقيدة للمنافسة ومحاربتها قانونا، إلا أنَّ هذا الهدف لا يمكن الوصول إليه عمليا، إلا إذا تم ترتيب السوق الجزائرية من جديد بما يضمن عدم المساس بالمنافسة وحماية المستهلك الجزائري في نفس الوقت، ولعل هذه المعادلة تتطلب إرادة صارمة وعزيمة قوية من السلطة التنفيذية من أجل تفعيل وبث الروح في النصوص القانونية، والهيئات المؤسساتية الراعية للسوق والمؤسسات الاقتصادية من جهة، ومصالح المستهلكين من جهة أخرى، ومن أجل تحقيق ذلك وجب أولا تنظيم السوق الجزائرية التي تفتقر إلى هيكلية صحيحة، ممَّا يتطلب معه نصوص قانونية خاصة مستمدة من عقر دارها، خاصة وأن النصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة والسارية المفعول لها طابع أوروبي يتماشى مع السوق الأوروبية.