



جامعة وهران 2 محمد بن احمد
كلية الحقوق و العلوم السياسية
أطروحة
للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص قانون الأعمال

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين - دراسة مقارنة -

مقدمة و مناقشة علنا من طرف
الطالبة بلقاسم فتيحة
ة

أمام لجنة المناقشة

رئيسة	جامعة وهران 2	أستاذة التعليم العالي	ناصر فتيحة
مقررا	جامعة وهران 2	أستاذة التعليم العالي	زناكي دليلة
مناقشا	جامعة وهران 2	أستاذة محاضرة - أ	محمودي فاطمة
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	دنوني هجيرة
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر - أ	مقتي بن عمار
مناقشا	جامعة بلعباس	أستاذ محاضر - أ	شبة سفيان

السنة الجامعية: 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُبِينًا﴾

صدق الله العظيم

الآية 1 من سورة الفتح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿اللَّهُ نُورُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ مِثْلُ نُورِهِ كَمِشْكُوتٍ فِيهَا مِصْبَاحٌ الْمِصْبَاحُ فِي زُجَاجَةٍ الزُّجَاجَةُ كَأَنَّهَا كَوْكَبٌ دُرِّيٌّ يُوقَدُ مِنْ شَجَرَةٍ مُبَارَكَةٍ زَيْتُونَةٍ لَا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ يَكَادُ زَيْتُهَا يُضِيءُ وَلَوْ لَمْ تَمْسَسْهُ نَارٌ نُورٌ عَلَى نُورٍ يَهْدِي اللَّهُ لِنُورِهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَلَ لِلنَّاسِ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾

صدق الله العظيم

الآية 35 من سورة النور

الإهداء

إلى أغلى ما أملك في هذه الدنيا، أمي الحبيبة ووالدي العزيز
إلى إخوتي

تحية شكر و عرفان

أشكر أستاذتي المحترمة الأستاذة زناكي دليلة

لإشرافها على هذه الرسالة و لثقتها التي وضعتها دائما فيا مما كان

حافزا لي على المبادرة و على العمل

ABBREVIATIONS EN LANGUE FRANCAISE

Aff.	Affaire
Aut. conc	Autorité de la concurrence
AJDA	Actualité juridique- Droit administratif
Bull. civ.	Bulletin civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
D.	Recueil Dalloz
éd.	Edition
éd. Spéc.	Edition spécialiser
Encyc. D	Encyclopédie Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Pal. (G)	Gazette du Palais, édition générale
fasc.	Fascicule
JORF	Journal officiel de la république française
Ibid.	Ibidem
JCP (G)	Semaine juridique, édition générale
N°	Numéro
obs.	Observation
P.A	Les Petites affiches
R.C.D.	Revue des contrats
Rev. con	Revue des droits de la concurrence (D)
Rev. Lamy dr. conc.	Revue Lamy droit de la concurrence
op. cit	Option citée (<i>opere citato</i>)
Rej.	Rejet
Rép. com (ou civ.,...)	Dalloz Encyclopédie
Rev. conc. cons	Revue de la concurrence et de la consommation
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
p.	Page
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
Vol.	Volume

المقدمة

موضوع هذا البحث يتعلق بالتمييز بين الأعوان الاقتصاديين و فقا لمنظور قانون المنافسة¹ و قانون الممارسات التجارية².

لا نجد تعريف صريح لكلمة تمييز في كل من قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية أي في الأحكام التي يحتويانها. فهو مفهوم مستمد من النظريات الاقتصادية. لكن "إذا تحاور قانوني و اقتصادي حول التمييز³، فهل سيتكلمون على نفس الشيء؟ فالتمييز مفهوم متعدد المعاني في الاقتصاد و بالتالي فإن المعنى الاقتصادي للتمييز يختلف غالبا عن النظرة القانونية⁴.

فكل من أحكام قانون المنافسة و أحكام قانون الممارسات التجارية، مستمدين من هذه النظريات الاقتصادية. فعدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، يهدف بالخصوص إلى المحافظة على مساواة الفرص بين المؤسسات و هذه المساواة تقدر بمساعدة معايير ذات طبيعة أكثر اقتصادية منها قانونية⁵. "بالنسبة للنظرية الاقتصادية مادام التمييز يكون ظاهرة طبيعية ناتجة عن الأفضليات لكل

¹ - الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 يوليو 2003، العدد 43، ص.25، المعدل و المتمم.

² - القانون رقم 02-04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 يونيو 2004، العدد 41، ص.3، المعدل و المتمم.

³ - Par D. LOCHAK, <http://Imsi.net/spip.php?Article953>, p. 5 et 6 : « Il convient donc de revenir un instant sur la notion de discrimination et ses différentes acceptions. Au sens le plus large, peut être qualifiée de discrimination toute différence de traitement, qu'elle soit inscrite dans un texte ou qu'elle résulte du comportement de telle personne ou telle institution. Cette acception est conforme à l'étymologie, puisque discriminer, au sens propre, ce n'est rien d'autre qu'opérer une distinction, une séparation, une différenciation entre des objets »,

⁴ - M-E. PHILIP, Doctrine économiques, législation et discrimination... Mais de quelle discrimination parlons nous ?, INNOVATIONS 2004/2- n°20, p. 180 ; J-P.CHAMOUX et H.LEPAGE, Distribution sélective et droit de la concurrence : critique d'une vision néoclassique, Journal des Economistes et des Etudes Humaines, vol.7 numéro 4, décembre 1996, p.2 et 3 : « Le droit ... souligne la divergence durable entre l'approche économique des pratiques discriminatoires, et l'approche juridique de ces même pratiques. L'approche juridiques se concentre sur l'effet des mesures discriminatoires à l'égard de la position concurrentielle des différents agents du marché ».

⁵ - Jean- Jacques BIOLAY, Du principe de non-discrimination dans les relations commerciales, Rev. com., 1981, n°4, p. 431.

عون من الأعوان الاقتصاديين⁶، لا يجب تنظيمها عندما نعتبر أن كل تنظيم للحرية يحمل على كل شكل للفعالية⁷.

إن قانون المنافسة يستخلص من مفاهيم اقتصادية⁸ أو من السياسات الاقتصادية⁹. فالحكومات تستعمل قانون المنافسة كأداة للوصول إلى أهدافها السياسية¹⁰، في هذا المنظور، تغطي سياسة المنافسة مجال أوسع من ذلك الخاص بتطبيق قانون المنافسة¹¹. إن الأهداف الأساسية لهذه السياسات تقوم على الاحتفاظ و تشجيع السياق التنافسي بشكل رفع الاستعمال الفعال للموارد، تماما بالمحافظة على الحركية الاقتصادية لمختلف المتعاملين في السوق¹². هذا يترجم الطابع التطوري وإمكانية التكيف لسياسة المنافسة و يسمح بالإجابة على الانشغالات الحالية للمجتمع مع الإبقاء على الوفاء لأهداف المبادئ الأساسية و هي عدم التعدي على امتيازات السياق التنافسي و بالتالي الفعالية الاقتصادية¹³.

⁶ - « qui est selon les hypothèses : soit irrationnel, générateur de surcoûts et qui se résorbera donc de lui-même ; soit légitimé par l'efficacité intrinsèque visant la maximisation de l'utilité ou du profit ». M-E. PHILIP, op. cit, p.191.

⁷ - op. cit, p. 181 : « ce qui est le cas du courant autrichien (Hayek 1996) la liberté primant sur l'efficacité ».

⁸ - R. Le MOAL, Droit de concurrence, Economica 1979, p.3, citée par F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, éd. L'Harmattan, 2002, n°11, p.23 et 24 : « Qu'il s'agisse de son aspect physiologique étudié par les économistes ou de son aspect pathologique réglementé par les juristes, la concurrence ne nous offre qu'un conglomérat disparate de définitions »; M. Chagny, droit de la concurrence et droit des obligations, thèses, éd. Dalloz, 2004, n°5, p.7 : « La concurrence, objet du droit auquel elle a donné son nom, étant un phénomène économique, il n'est pas surprenant que le droit de la concurrence soit constamment classé dans la catégorie des droits économiques ».

⁹ - Ali Cenk Keskin, Pour un nouveau droit international de la concurrence, éd. L'Harmattan, décembre 2009, p.20.

¹⁰ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°13, p.25 : Aujourd'hui, il est possible d'affirmer que le droit de la concurrence « est toujours l'expression d'une politique et non la consécration d'un principe intangible » ; D. LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, 18^e éd., DALLOZ, 2009, n°605, p. 309 : « Le droit de la concurrence est alors directement lié à la politique économique menée par un gouvernement à une période donnée. Cette interaction peut expliquer les nombreuses réformes qui se succèdent à un rythme qui ne cesse de croître ».

¹¹ - Ali Cenk Keskin, op. cit, p.20 : « Elle englobe, en effet, tous les aspects de la déréglementation des secteurs réglementés de l'économie ».

¹² - op. cit, p.21 ; M. Chagny considère que « le maintien d'un équilibre entre les différents intervenants sur le marché et, plus généralement, la protection des concurrents contribuent à la préservation du fonctionnement concurrentiel des marchés », M. Chagny, droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°59, p.75.

¹³ - Ali Cenk Keskin, op. cit, p.21.

في تاريخ المنافسة الطويل¹⁴، أثار تنوع في المفاهيم و الاحتياجات نتائج مختلفة حسب كل دولة¹⁵.
و إن اختيار اقتصاد السوق¹⁶ يفرض نفسه على تعريف القانون الخاص للمنافسة، لأنه انطلاقاً من
الشروط الضرورية للسير الحسن للسوق¹⁷، يكون من الممكن تحديد القواعد للقانون اللازم¹⁸. إن قانون
المنافسة يهتم بطريقة السير الماكرواقتصادية¹⁹ "du fonctionnement macro-économique" للسوق
و لاسيما، البحث على الفعالية الاقتصادية و الذي متفق عليه أنها "تحقيق أكبر قدر من الرضا
للمستهلكين من طرف المنتجين آخذين بعين الاعتبار قلة الموارد الإجمالية للمجموعة"²⁰.

16 - M. Chagny, Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°25, p.37 : « Les origine des règles de concurrence remonteraient loin dans le temps. Toutefois, au cours de l'Antiquité et pratiquement jusqu'à la fin de l'ancien régime, la concurrence n'est guère promue » ; R. SZRAMKIEWICZ, Histoire du droit des affaires, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 1989, n°80 à 86, pp. 46-48, citée par op. cit, REJ n°215, p.37: « Le Bas Empire romain est marqué par l'interventionnisme : avec la crise économique du IIIe siècle, la pratique du monopole d'état se développe ; en 301 après JC, l'Édit du maximum est adopté par Dioclétien en vue de combattre l'inflation, le prix maximum étant fixé autoritairement par l'État, il sera abrogé par Constantin ; après avoir été favorisé, le corporatisme, sous la forme de collège par profession, est rendu obligatoire à la fin du Bas Empire ».

¹⁵ - Ali Cenk Keskin, op. cit, p.18.

¹⁶ - G-A. SOFINATOS, Injonctions et engagements en droit de la concurrence, étude de droit communautaire Français Grec, éd. L.G.D.J, juin 2009, n°1, p.1 : « Le droit de la concurrence, partie indispensable du droit d'une économie de marché, où l'économie occulte souvent le droit et où ce dernier manifeste parfois sa fonction de serviteur de l'économie, présente un caractère hybride : entre économie et droit, entre droit privé et droit public et même droit pénale, il ignore les frontières, comme le marché lui-même ».

¹⁷ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°15, p.25 : La protection du marché n'est pas une fin en soi. « Ce qui est recherché, c'est la liberté de la concurrence tant sur le marché que dans les relations individuelles ».

¹⁸ - M. Chagny, Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°565, p. 559 ; Y. PICOD, Droit du marché et droit commun des obligations, Revue de droit commercial et de droit économique, D.1998, p.2 et 3 : « La difficulté réside dans le fait que le législateur moderne a créé un corps de règles pour ce droit du marché en répondant chaque fois aux impatiences des groupes sociaux et politiques, sans se préoccuper de leur insertion réelle ».

¹⁹ - M. Chagny, Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°57, p.73 : « La dualité de la règle de concurrence tient, d'une part, à ce qu'elle doit appréhender deux types de comportements radicalement contraires. Elle a, d'autre part, vocation à intervenir à deux niveaux macro et micro-économique, au bénéfice de la concurrence et des concurrents, et revêt dès lors une double dimension ».

²⁰ - F. JENNY, « Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience », Cahiers de droit de l'entreprise n°4, 1989, p.5 ; F. JENNY, « L'ordonnance n°86-123 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : raisonnement économique et équilibre des pouvoirs », Cahiers de droit de l'entreprise n°1, 1987, p.2 : « le critère est celui du bien-être globale de la collectivité des consommateurs, du bien publique économique ».

قانونيا، يتم فهم المنافسة كضمان لحرية التجارة و الصناعة، و بالتالي يجب على قانونها تعريف الممارسات الممنوعة بصفة عامة، مهما كانت الشروط الاقتصادية²¹. قانون المنافسة الحديث يعاقب بصفة عامة الممارسات التي تحمل تعدي على حرية المتعاملين الاقتصاديين و في نفس الوقت ينظم نشاطات المؤسسات في مقارنة وقائية، لقطاع مهني مع احترام الحقائق و الخصوصيات الاقتصادية²². فالحرية التامة و الخالصة للمنافسة²³ تمثل ميكانيزم أين الدورة الكاملة تسيير ببطء من أجل ضمان تخصيص أفضل للموارد²⁴. و بالتالي يجب تأطير المنافسة و تنظيمها و ضبطها في وسط النظام العام، النظام العام الاقتصادي، أين الحماية و بعكس النظام العام الكلاسيكي مضمونة ليس فقط من خلال المشرع و لكن أيضا من خلال هيئات المنافسة²⁵. يُعرف قانون المنافسة أولا من

²¹ - N. LIGNEUL, L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises, éd. BRUYLANT, 2001, p. 3 : « Le droit de la concurrence est donc le droit des relations entre les entreprises sur les marchés. La théorie économique conduit donc à une approche sectorielle et préventive : à des comportements identiques adoptés dans les contextes différents devront être appliquées des règles distinctes. ».

²⁴ - N. LIGNEUL, op. cit, p. 4 ; J-P.CHAMOIX et H.LEPAGE, op. cit, p.3 : « Selon HAYEK, la concurrence est un phénomène essentiel, dans la mesure où elle permet la découverte de nouvelles pratiques, qui prennent de court les pratiques antérieures. De même que l'inventeur d'une nouvelle technique obtient un avantage comparatif par rapport aux techniques antérieures, de même l'innovateur commercial devient le personnage central de l'entreprise commerciale. La vie réelle ne correspond donc pas à un marché stable. Au contraire, les agents économiques dont l'information est imparfaite s'efforcent de découvrir par l'expérience les comportements les plus efficaces, notamment pour se prémunir contre le risque qu'engendre une connaissance imparfaite du comportement des autres agents ».

²³ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°14, p.25 : La notion de liberté concurrentielle ne correspond à rien en soi. Il n'y a de liberté que dans une sphère juridique. Pour qu'il existe une liberté concurrentielle, comme il en est de la liberté contractuelle, il faut que le système juridique le permette, qu'il la construise, de façon qu'elle s'inscrive dans le droit positif ; Y. GUYON, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés, 12^e éd. 2003, DELTA, n°854, p. 925 : « Le principe de la liberté de la concurrence ne figure expressément dans aucun texte de loi, sinon dans le titre – et non dans le corps – du livre IV du code de commerce Français. Pourtant nul ne conteste son existence, car on y voit généralement une application particulière d'une liberté plus vaste, celle du commerce et de l'industrie, qui a une valeur quasi constitutionnelle. Ce principe signifie que *tout procédé qui n'est pas interdit est permis* car la clientèle appartient au commerçant qui se montre assez habile pour l'attirer et assez diligent pour la conserver ».

²⁴ - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°2, p.1.

²⁵ - op. cit, n°2, p.1 et 2.

خلال هدفه الاقتصادي و ثانيا من خلال وظيفته التي هي المساهمة في تطوير النظام العام التوجيهي "ordre public de direction"²⁶.

يبقى قانون المنافسة في معناه الواسع، يضمن في نفس الوقت الحرية و النزاهة في المنافسة، فجزء كبير من قواعده يحمي السوق و يتعرض للاتفاقات و التعسف في وضعية الهيمنة أو التجمعات التي تحذف أو تنقص من المنافسة بين المؤسسات²⁷. و قواعد أخرى تمنع السلوك الخاطئ للمؤسسات التي تتبنى تصرفات مضرة بمنافسيهم أو شركائهم من دون حمل تعدي على سير السوق في حد ذاته، هذه الأحكام تحمي المتنافسين و ليس المنافسة²⁸. و مثل هذه التصرفات يمكن أن تشكل أعمال المنافسة غير النزاهة أو ممارسات مقيدة للمنافسة²⁹ باصطلاح التشريع الفرنسي و الممارسات غير النزاهة و غير الشفافة في اصطلاح التشريع الجزائري و الذي يستعمل اصطلاح الممارسات المقيدة للمنافسة للدلالة على الممارسات المنافية للمنافسة كما هي محددة في التشريع الفرنسي. في المعنى الضيق، فإن قانون المنافسة لا يهتم من حيث المبدأ، بنزاهة المنافسة³⁰.

لم يتوقف قانون المنافسة عن التطور، إذ كان في الأصل هدفه الحصري حماية المتنافسين فيما بينهم و هو دور دعوى المنافسة غير المشروعة³¹. يتعلق الأمر بحماية المؤسسة نفسها، بالدفاع عن حقوقها على الزبائن التي تتعلق بها³². حالياً، أصبح دور قانون المنافسة حماية و تفعيل المنافسة

²⁶ - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°2, p.2 ; « L'inspiration du droit de la concurrence depuis la libération, inspiration qui a survécu à la disparition de la situation de pénurie qui a suivie son introduction en droit européen, est un interventionnisme de type libérale ou néo-libérale, un objectif de politique économique et non de protection sociale », Ibid.

²⁷ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, éd.bruylant, 2015,n°1, p.9.

²⁸ - op. cit, n°1, p.9 et 10.

²⁹ - op. cit,n°1, p.10.

³⁰ - Ibid.

³¹ - D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 16^e éd. Armand Colin, 2005, n°511, p. 287.

³² - op.cit.

و بالتالي يكون ضمان السير الحسن للسوق هو الأساسي³³. لحماية هذه المبادئ التي لها قيمة دستورية، يكون من الضروري تدخل الدولة³⁴، مما يجعل احترام الحرية و المساواة في المنافسة³⁵. و هذا ما يؤكد F. RIEM بحيث يقول أن "حاليا المنافسة لا تكون حالة طبيعية. يجب على قانون المنافسة أن يحدث الشروط التي تسمح للأسواق بالسير وفق نمط تنافسي، هذا يعني جعل المنافسة ممكنة في هذه الأسواق"³⁶.

فالنظرية الاقتصادية تجعل من حرية الدخول إلى السوق، الشرط الأول لوجود المنافسة³⁷. الأحكام القانونية لقانون المنافسة هي قبل كل شيء موجهة لإنشاء و إبقاء الشروط لمنافسة فعلية³⁸، هذا يعني الوضعية " أين المنافسة تمارس حقيقتا و تنتج أثارها المنتظرة منها"³⁹. الشاغل الأكبر لقانون المنافسة ليس فقط ضمان حرية المنافسة للمؤسسات و لكن أيضا ل "إجبارهم على المنافسة الفعلية"⁴⁰.

³³ - D. LEGEAIS, 16^e éd., op.cit, n°511, p. 288 ; F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°16, p. 26 : « Or, même les fondements de l'action en concurrence déloyale sont plus riches et plus complexes qu'il ne paraît. Outre la fonction disciplinaire, la protection des consommateurs, l'égalité dans la concurrence, ressurgit un fondement qui plonge ses racines dans les thèses de RIPERT : la recherche de protection de certaines "propriétés économiques" ».

³⁴ - M. Chagny, Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°52, p.71 : « Selon qu'ils considèrent la concurrence comme une valeur en elle-même ou seulement comme un moyen au service d'un intérêt supérieur, les pouvoirs publics assignent au droit de la concurrence une mission différente. Dans le premier modèle, connu sous l'appellation de *concurrence-condition*, les règles doivent permettre de supprimer systématiquement toute entrave significative à la concurrence, celle-ci étant « la condition indispensable de toute économie équilibrée ». Dans le second modèle, dit de la concurrence-moyen, un comportement restrictif de concurrence n'est pas frappé d'une condamnation automatique et subit un sort différencié, en fonction de sa contribution, positive ou négative, à la satisfaction d'objectifs extra-concurrentiels ».

³⁵ - D. LEGEAIS, 16^e éd., op. cit, n°511, p. 288.

³⁶ - F. RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », RIDE, Vol.22, n°1, 2008, p. 70 et 71 : « La concurrence n'est cependant pas un état naturel. Le droit de la concurrence doit créer les conditions permettant aux marchés de fonctionner sur un mode concurrentiel, c'est-à-dire rendre la concurrence possible sur ces marchés ».

³⁷ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°15, p. 25.

³⁸ - op. cit, n°15, p. 25 et 26.

³⁹ - CL. CHAMPAUD, Caractères du droit de la concurrence, J.CL. Conc- conso., fasc. 30, n°2/1991, citée par op. cit.

⁴⁰ - CL. CHAMPAUD, Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial, EtudeHouin, p.60, citée par op. cit ; op. cit, n°11, p. 23 : « La concurrence est considérée, au point de vue économique comme *pure et parfaite* ou *imparfaite, praticable, contestable* ou *oligopolistique*, ce qui traduit chaque fois une structure différente du marché. Elle peut être aussi *monopolistique* puisqu'une entreprise en situation de monopole est « si totalement inhibée (sic) par la menace d'une entrée sur le marché qu'elle respecte intégralement, en matière de prix, les conditions de la concurrence pure ». Au point de vue juridique, la

مصدر كل من قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية مختلف. قانون الممارسات التجارية ناتج عن قانون المنافسة غير النزيهة، فرع من القانون الذي هو نفسه يجد مصدره في قانون حماية الملكية الفكرية⁴¹. يتعلق الأمر بقانون كان تأسيسه على المستوى الدولي⁴²، و لكنه تطور على المستوى الوطني. قانون المنافسة غير النزيهة concurrence déloyale يجد مصدره في اتفاقية اتحاد باريس Convention d'Union de Paris لسنة 1883 حول حماية الملكية الصناعية، علما أن المادة 10 مكرر أدرجت بناء على مؤتمر واشنطن لسنة 1900 و عدلت في la Hague سنة 1925. أعضاء إتحاد باريس التزموا بضمان لمواطنيهم الحماية ضد أعمال المنافسة غير النزيهة التي عرفتھا الاتفاقية كما يلي "الأعمال المنافسة للعادات النزيهة في المجال الصناعي و التجاري"⁴³. اتفاقية اتحاد باريس تتضمن أيضا قائمة محددة و نموذجية لأعمال منافسة غير نزيهة: الأعمال التي تحدث لبس، التشهير بالمتنافسين و الإعلانات الكاذبة⁴⁴.

في البداية، كانت تهدف الحماية ضد المنافسة غير النزيهة إلى تمديد الحماية للملكية الصناعية، من أجل حماية العناصر المكونة للمحل التجاري التي لم تحدد في قانون الملكية الفكرية. فيما بعد، مجال تطبيق قانون المنافسة غير النزيهة وسع تدريجيا. في أول المطاف، كان هناك ميول اتجاه حماية شاسعة للمتنافسين ضد المنافسة غير النزيهة، خارج مجال حماية المحل التجاري⁴⁵.

إن المؤسسة التي تقاوم انعزالها بسبب الضغط التنافسي، يمكنها تبني نوعين من التصرف، فإما أن تتصرف باتفاق مع المتعاملين الآخرين أو بالعكس تملي بإرادتها المنفردة قانونها على الأعوان

concurrency est tantôt déloyale, parasitaire ou abusive, tantôt effective, ou suffisante. Dans tous les cas, être sincère et non faussée. »،

⁴¹ - J. STYCK, Réflexion sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales, Revue Internationale de droit économique, 2011/4, n°1, p. 456.

⁴² - Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle, article 10bis, inséré en 1900.

⁴³ - J. STYCK, op. cit, n°41, p. 469.

⁴⁴ - Ibid.

⁴⁵ - op. cit, n°43, p. 469 et 470.

الاقتصاديين الآخرين . متنافس أو متعاقد آخر. لكن يجب معرفة إن كانت إحدى هذه التصرفات تعتبر أساسية للسير الحسن للسوق⁴⁶.

لكن التعقيد الموجود في الحياة الاقتصادية الحالية، التعدد في العقود⁴⁷ الخاصة يجعل من حيازة أطراف العقد على معلومات كاملة و دقيقة حول العرض و الطلب أمرا غير حقيقي⁴⁸. بالتالي يجب على كل عون اقتصادي و وفقا للقانون إعلام الزبائن من أعوان اقتصاديين و مستهلكين بالأسعار و التعريفات و بشروط البيع، انطلاقا من هذا الالتزام القانوني بالشفافية⁴⁹ يمكن الحكم على الممارسات التمييزية.

فالحرية التجارية و التعاقدية للمتعاملين الاقتصاديين غالبا ما تترجم من خلال التمييز بين المؤسسات، بحسب إمكانية التفاوض لكل منهم أو بحسب خصوصية الرهان الاقتصادي⁵⁰.

⁴⁶ - M. CHAGNY , Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°569, p. 561.

⁴⁷ - "إن تعاضم شأن العقد في مجال المنافسة يعود في الأساس إلى المواصفات و الخصائص التي يتسم بها من حيث كونه أداة للتوقع le contrat est un acte de prévision و أنه تقنية مرنة قابلة للتطويع مع مختلف الأوضاع و المراكز القانونية، و في شتى الفروع القانونية، و يمنح الأطراف إمكانية التقابلية في الأداءات. بحيث لا يمكن تصور سوق تنافسية من دون عقود، طالما أنه يصعب الكلام عن نظام للسوق ordre marchand بغير تقنيات تعاقدية، بل إن السوق التنافسي في حد ذاته لا يعدو أن يكون مظهرا مكرسا لذلك النظام"، شهيدة قادة، حدود التوجه التعاقدية في مجال المنافسة، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، العدد 04، 2007، ص.86.

⁴⁸ - J-P.CHAMOIX et H.LEPAGE, op. cit, p.3 : « La diffusion gratuite et instantanée de l'information sur le marché est donc un mythe, qui peut condamner à l'erreur les politiques publiques qui partent de cette hypothèse ».

⁴⁹ - N. VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats, UNIVERSIF, éd. 1998, n°2, p. 15 : « Il y a quelques années encore en effet, la transparence ne faisait pas partie de notre vocabulaire juridique. Certes, elle n'était pas inconnue du droit fiscal qui, depuis longtemps, qualifie de transparente les sociétés laissant apparaître, pour la perception de l'impôt, le patrimoine de leurs membres sous le voile de leur personnalité morale, mais celui-ci faisait à ce titre figure d'exception ».

⁵⁰ - L. VOGEL, L. BENZONIE, Les discriminations entre entreprises, Revue Lamy de la concurrence, Avril-juin 2013, n°35, p.114.

مبدأ حرية الأسعار و المنافسة يتضمن إمكانية المتعاملين الاقتصاديين لمفاوضة مختلف آجال المعاملة⁵¹. فالممومين يدفعون إلى منح شروط مختلفة حسب الزبائن. فهكذا يكون كل زبون قابل للحصول على امتيازات التي تكون قد رفضت لمنافسيه، يكون هذا الأمر مشروع⁵².

كما يمكن للتمييز أن يقدر من زاوية الممارسات المنافسة للمنافسة (الممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري) تحت فرضية أنها تؤدي سير السوق في جملته⁵³.

قانون المنافسة الجزائري يهدف إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة و مراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة المستهلكين⁵⁴. و قانون الممارسات التجارية⁵⁵، يهدف إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و كذلك يهدف إلى حماية المستهلك و إعلامه⁵⁶.

هكذا تم تنظيم الممارسات التمييزية التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين في كلتا القانونين، بحيث تم منع الممارسات التمييزية التي يقوم بها العون الاقتصادي سواء كان منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات اتجاه العون الاقتصادي المتعامل معه بمناسبة نشاطات الإنتاج، التوزيع و الخدمات.

⁵¹ - P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, Rép. com. Dalloz, octobre 2004, n°354, p.61.

⁵² - op. cit.

⁵³ - op. cit, n°355, p.61.

⁵⁴ - المادة الأولى من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁵⁵ - P. ARHEL, op. cit, n°4, p. 4: « ...inspirent d'autres législations nationales, la plupart des règles contenues dans le titre IV, notamment les règles de transparence dans les relations entre professionnels, n'ont pas leurs équivalent dans les pays développés (en revanche, de nombreux pays en développement, notamment en Afrique francophone, ont transposé dans leur législation nationale, les règles françaises de la concurrence, y compris celles relatives à la transparence et aux pratiques restrictives ».

⁵⁶ - المادة الأولى من القانون رقم 02-04، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الممنوع في التشريع الجزائري ينتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة أو التعسف في وضعية الهيمنة و التي يكون لها أثر على حرية المنافسة، و بالتالي التمييز هنا ليس إلا نتيجة لمنع عام للممارسات المقيدة للمنافسة و الممارسات المنافسة للمنافسة (في مفهوم التشريع الفرنسي). بالتالي يمكن تكييف مفهوم التمييز هنا في هذه الممارسات بالشخصي "de subjectif"، لأنه يؤسس التمييز على السلوك الخاطيء لفاعله⁵⁷.

المشرع الجزائري منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين منذ أن تبني مفهوم المنافسة كضابط للسياق الاقتصادي. لكن المشرع لم يضع له عنوانا خاصا به أي لم يحدده كممارسة مستقلة، بأركانها إن صح التعبير و هذا منذ أن تبني أول قانون للمنافسة⁵⁸ و كان ذلك سنة 1995. هذا القانون كان ينظم كل من الممارسات المنافسة للمنافسة و الممارسات المتعلقة بالشفافية و النزاهة⁵⁹ و كان يضع لكل منها نظاما خاصا بها. مما جعل المشرع يعيد النظر في أحكام هذا القانون و يضع لكل ممارسة أحكاما خاصة بها في قانون منفصل. بحيث أصدر المشرع سنة 2003 الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة و في سنة 2004 القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. جعل المشرع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في قانون المنافسة حالة من حالات الممارسات المقيدة للمنافسة، بينما هي ممارسة تجارية غير شرعية في حكم قانون الممارسات التجارية و التي يصنفها ضمن المفهوم الفلسفي الذي تبناه هذا القانون و هو النزاهة، و اعتبر أن الممارسات

⁵⁷ - J-J. BIOLAY, op. cit, n°5, p. 432.

⁵⁸ - الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 22 فيفري 1995، العدد 9، ص. 13.

⁵⁹ - بحيث كانت تنص المادة الأولى منه على أنه "يهدف هذا الأمر إلى تنظيم المنافسة الحرة و ترقيتها و إلى تحديد قواعد حمايتها قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين معيشة المستهلكين. و يهدف أيضا إلى تنظيم شفافية الممارسات التجارية و نزاهتها".

التمييزية تخرج عن إطار النزاهة في الممارسات التجارية⁶⁰. و بالتالي لتبيان الممارسة التمييزية يجب معرفتها في إطار الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم و القانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. بالطبع الممارسة التمييزية هنا فقط تلك التي تكون بين الأعوان الاقتصاديين.

لذلك ارتأينا في هذا البحث المتعلق بدراسة الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين بدايتا، دراسة المجال القانوني للممارسة التمييزية الذي يكون من خلال.

أولاً: معرفة الالتزام المتعلق بشفافية الممارسات التجارية الذي نظمته المشرع في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و حث على تطبيقه في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و ذلك لأن الالتزام بالشفافية هو في علاقة وطيدة مع منع الممارسة التمييزية، بحيث يعتبر كوسيلة تمكن من التحقق من وجود ممارسة تفضيلية من عدمها.

ثانياً: تحديد الأساس القانوني للممارسة التمييزية في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. وذلك كله في (الباب الأول).

ثم ارتأينا كمرحلة ثانية من هذا البحث دراسة الآثار القانونية المترتبة على منع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين التي حددها المشرع في كل من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد

⁶⁰ - J. STYCK, op. cit, n°1, p. 455 : « L'application des règles en matière de pratiques commerciales déloyales peut mettre en péril l'objectif du droit de la concurrence, à savoir garantir une concurrence effective » ; op. cit, n°25, p. 465 : L'arrêt *Mediaprint* rappelle que : « (...) Ne sont ainsi exclues dudit champ d'application (...) que les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte "uniquement" aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels ».

المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. بالطبع ستكون دراسة هذه الآثار على الفعالية الاقتصادية و على العقد و على الفاعلين في السوق من متنافسين و مستهلكين. هذه الآثار ستكون موضحة في (الباب الثاني).

كما أنه هذه الدراسة ستكون مقارنة كلما اقتضى الأمر ذلك و التي ستكون على الخصوص مع التشريع الفرنسي.

الباب الأول: المجال القانوني للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين

الباب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على ممارسة التمييز بين الأعوان

الاقتصاديين

الباب الأول

المجال القانوني للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين

مبدأ حرية التجارة و الاستثمار⁶¹ المنصوص عليه دستوريا، يسمح لأي شخص مزاول مهنة اقتصادية، تحت شرط احترام الالتزامات الخاصة بالنظام القانوني للعون الاقتصادي و الالتزامات المهنية "obligations professionnelles". تقييد هذه الحرية لا ينتج إلا من خلال القانون تحت شكل التزام قانوني. من بين هذه الالتزامات القانونية المفروضة على الأعوان الاقتصاديين في مجال المنافسة و الممارسات التجارية، الالتزام بعدم التمييز⁶².

هذه الالتزامات القانونية المفروضة على الأعوان الاقتصاديين تسمح بحماية المتعاقد من خلال مراقبة تكوين و محتوى العقد و قطع العلاقة التعاقدية و في نفس الوقت نزاهة و شفافية الممارسات التجارية. بحيث يمكن القول بأن هناك إرتباط وثيق بين مختلف الالتزامات المفروضة على الأعوان الاقتصاديين و كل التزام يعتبر اثر لالتزام آخر.

الالتزام القانوني بعدم التمييز الموجود في الأمر المتعلق بالمنافسة و القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، هو التزام خاص بالأعوان الاقتصاديين و إن كان المشرع لا ينص على ذلك صراحة في قانون المنافسة. فإنه يقولها بصريح العبارة في قانون الممارسات التجارية و ذلك

⁶¹ - "حرية الاستثمار و التجارة معترف بها، و تمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، و تشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية. تكفل الدولة ضبط السوق. و يحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار و المنافسة غير النزيهة"، المادة 43 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 7 مارس 2016، العدد 14، ص.2.

⁶² - أنظر كل من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا. و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

في المادة 18 منه. هكذا تكون الممارسة التمييزية المستحقة الإدانة تلك التي تكون في العلاقات بين

المنتجين و الممونين، في العلاقات بين المومنين و الموزعين و في العلاقات بين المؤسسات.

لقد حدد المشرع الأشخاص و النشاطات الاقتصادية، المعنية بالالتزام بعدم التمييز في كل من

الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد

المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و بالتالي لم يترك المشرع أي تأويل فيما يتعلق

بتحديد مفهوم العون الاقتصادي أو المؤسسة أو النشاطات التي يقومون بها.

فلقد عرّف القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل

و المتمم، العون الاقتصادي كالتالي: فهو " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت

صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من

أجلها"⁶³. بينما في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، يستعمل مصطلح

المؤسسة، بحيث تعرفها المادة 3/1 منه على أنها "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته

يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستراد"⁶⁴.

إن النشاطات التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديين و التي يجب أن تخضع وجوبا لقانون المنافسة،

منصوص عليها في المادة 2 من القانون رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، و التي هي

"نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية و تربية المواشي، نشاطات التوزيع بما فيها تلك التي

يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها، و الوكلاء، و وسطاء بيع المواشي، و بائعو اللحوم

⁶³ - المادة الثالثة فقرة 3-1 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. المذكور سابقاً.

⁶⁴ - هذه المادة تم تعديلها بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يوليو 2008، يعدل و يتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 و المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2 يوليو 2008، العدد 36، ص.11.

بالجملة، و كذلك نشاطات الخدمات و الصناعة التقليدية و الصيد البحري، و تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية و جمعيات و منظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني و شكلها و هدفها و الصفقات العمومية، بدءا من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة⁶⁵.

لكن المشرع يضع شرط لتطبيق أحكام المنافسة على الأشخاص المعنوية العمومية هو أنه لا يعيق ذلك أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية⁶⁶. و بالطبع فإن الأحكام المتعلقة بمنع الممارسات التمييزية لا تطبق إذا كانت تعيق أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

كذلك النشاطات التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديين هي منظمة في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم، إذ تنص المادة 2 منه على أنه "بغض النظر عن الأحكام الأخرى المخالفة يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية و تربية المواشي، نشاطات التوزيع بما فيها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها، و الوكلاء، و وسطاء بيع المواشي، و بائعو اللحوم بالجملة، و كذلك نشاطات الخدمات و الصناعة التقليدية و الصيد البحري التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية"⁶⁷.

⁶⁵ - لقد تم تعديل المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 غشت 2010، العدد 46، ص. 10.

⁶⁶ - المادة 2/أخيرة من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁶⁷ - تم تعديل المادة 02 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 غشت 2010، العدد 46، ص. 10.

إن الأحكام المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية، هي في علاقة وطيدة مع الأحكام المتعلقة بعدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، المنصوص عليها في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. أكثر وضوحاً، يكون من اللائق توضيح الصعوبات القانونية الناتجة عن تطبيق القواعد المتعلقة بالمراقبة المباشرة للممارسات التمييزية و القواعد التي ليس هدفها المباشر مراقبة الممارسات التمييزية و يمكنها أن تطبق عليها. و التي لا تتطرق إليها إلا بصورة غير مباشرة⁶⁸. و لذا نجد أن المشرع حاول الوقاية من الممارسات التمييزية من خلال تنظيمه للأحكام المتعلقة بالشفافية. و ذلك حتى يكون المتنافسون في وضعية متساوية.

لقد كرس المشرع الجزائري عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، في كل من الأمر المتعلق بالمنافسة و القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الفصل الأول). لكن عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين يخفي تناقضات فهو يحمل حدوداً ذات أهمية منصوص عليها في كلا القانونين، مما يجعل عدم التمييز يفقد فعاليته و أيضاً أن ينعكس على المنافسة المعترف عليه حمايتها. في هذه المقاربة الجدلية سيكون (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تكريس عدم التمييز في قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية.

الفصل الثاني: حدود عدم التمييز في قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية.

⁶⁸ - L. Nicola-Vullierme, Pratiques discriminatoires, Rev. Concurr. Consom, Fascicule 295, 8, 1997, éd. Juris-classeur, 1997, n°15, p.6.

الفصل الأول

تكريس عدم التمييز في قانون المنافسة

و قانون الممارسات التجارية

القواعد المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية تجد سبب وجودها في القواعد المتعلقة بمنع الممارسات التمييزية باعتبارها وسيلة لإثبات و الوقاية من الممارسات التمييزية. لهذا قبل أن نتطرق إلى الأساس القانوني للممارسات التمييزية في كل من قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية (المبحث الثاني)، سنقوم بدراسة الالتزام بشفافية الممارسات التجارية المنصوص عليه في قانون الممارسات التجارية الذي هو في علاقة وطيدة مع الالتزام بعدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين كما هو محدد في التشريع الجزائري، و الذي هو أيضا في علاقة مع مبدأ حرية التفاوض كما هو الحال في التشريع الفرنسي، بما أن أحكام الشفافية تسمح بتحديد التعسف في استعمال حرية التفاوض (المبحث الأول).

المبحث الأول

شفافية الممارسات التجارية:

وسيلة لإثبات و الوقاية من الممارسات التمييزية

نظم المشرع شفافية و نزاهة الممارسات التجارية و على الخصوص شفافية و نزاهة الأسعار، شروط البيع و عملية الفوترة. و ذلك في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. هناك تكامل بين شفافية الأسعار و نزاهة الأسعار، و تكامل بين شفافية شروط البيع و نزاهة شروط البيع و هذا كله يستلزم شفافية و نزاهة الوثيقة التي تجسد فيها هذه الأسعار و شروط البيع ألا و هي الفاتورة التي تسلم بين الأعوان الاقتصاديين بمناسبة أعمالهم التجارية.

لا يمكن الارتكاز على دراسة و تحليل الأحكام المتعلقة بالشفافية دون الرجوع و الاستناد إلى الأحكام المتعلقة بالنزاهة و اللاتي بدورهما يحتمان علينا إلقاء نظرة -التي يمكن أن تكون معمقة- على مبدأ حرية الأسعار و الاستثناءات الواردة عليه بخصوص تدخل الدولة في فرض أو تنظيم سعر البيع، منع فرض سعرا للبيع و كذلك الرجوع إلى أحكام الممارسات المقيدة للمنافسة بخصوص السعر و هذا كله في استقراء لقانون المنافسة الذي هو في علاقة وطيدة مع القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بما أنهم ينظمان علاقات الأعوان الاقتصاديين في جو المنافسة و في إطار نظام السوق. على الخصوص في مجال موضوعنا و هو تنظيم إطار منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في تعاملاتهم.

فالقواعد المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية وجدت من أجل مكافحة الممارسات التمييزية التي يكون ضحاياها الأعوان الاقتصاديين⁶⁹. هذه القواعد يجب أن تسمح ليس فقط بالكشف عن الممارسات التمييزية من أجل معاقبتها و لكن أيضا للوقاية منها. في قلب هذه الأحكام يظهر الإبلاغ بالأسعار و بشروط البيع و إلزامية فوترة عملية البيع أو الخدمة. و لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في (المطلب الأول) نطاق شفافية الممارسات التجارية و في (المطلب الثاني) سنبين ما مدى أهمية القواعد و الأحكام المتعلقة بالشفافية في الوقاية و إثبات الممارسة التمييزية.

المطلب الأول

نطاق شفافية الممارسات التجارية: الوقاية من الممارسات التمييزية

احترام مبدأ الشفافية في العلاقة ما بين الأعوان الاقتصاديين، يفرض من جهة شفافية الأسعار و التعريفات و شروط البيع كرهان منافسة حرة و نزيهة (الفرع الأول) و من جهة أخرى القواعد المتعلقة بالفوترة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شفافية الأسعار و شروط البيع رهان منافسة حرة و نزيهة

عدم التمييز كمحور

لا يمكن أن تكون هناك منافسة حرة و نزيهة بدون شفافية، لأن الشفافية هي الوحيدة التي تسمح باحترام مبدأ المساواة بين الأعوان الاقتصاديين⁷⁰. و في هذا السياق قام مشرعنا و على غرار المشرع

⁶⁹ - L. Nicola-Vullierme, op. cit, n°18, p.6.

⁷⁰ - D. LEGEAIS, 16° éd.,op. cit, n°525, p. 300 et 301 : « jusqu'à une date récente, notre droit (le droit français) était pourtant soumis à la règles du secret des affaires. Les entreprises pouvaient ainsi dissimiler à leurs concurrents leurs conditions de vente. Plus généralement, l'opacité des pratiques interdisait toute découverte des pratiques restrictives de concurrence ».

الفرنسي، بإصدار قانون⁷¹ كرس في باب كامل "مبدأ شفافية الممارسات التجارية" مع الملاحظة أن المشرع الفرنسي خصص قسماً للشفافية⁷². لقد استلهم المشرع المبادئ المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية من القانون الفرنسي و خاصة الأمر رقم 86-1243 المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة⁷³ المعدل و المتمم (لقد أدخلت على هذا الأمر تعديلات جوهرية و هناك عدة أحكام ألغيت). فلقد كان هدف أمر 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار وضع أفضل توازن في العلاقات بين المنتجين و الموزعين، فرض الشفافية هو إحدى الوسائل لتحقيق هذا الهدف⁷⁴. فالشفافية هي ذات طبيعة تقوية المنافسة عندما يستغل الأعوان الاقتصاديين المعلومات المتحصل عليها في السوق من أجل دعم تأهيلهم التنافسي⁷⁵.

و لذا سنتناول شفافية الأسعار (أولاً) و شفافية شروط البيع (ثانياً).

أولاً: شفافية الأسعار

التزام العون الاقتصادي مهما تكن طبيعته القانونية بشرط أن تكون موافقة للقانون المعمول به، بإبلاغ العون الاقتصادي المتعامل معه و ذلك بمناسبة نشاطه، بالأسعار و تعريفات السلع

⁷¹ - القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁷² - و هو القسم الأول من الفصل الرابع من الكتاب الرابع من الجزء التشريعي للتقنين التجاري الفرنسي.

⁷³ - P. ARHEL, *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, op. cit, n°4, p. 5 : « Les dispositions contenues dans le titre IV trouvent leur origine dans les mesures prises par les pouvoirs publics dans les années 1950 pour régler les rapports entre l'industrie et le commerce. Il s'agissait alors de protéger le développement du commerce moderne contre les agissements des fournisseurs et du commerce traditionnel. C'est à cette époque qu'ont été interdits les prix imposés, les augmentations discriminatoires de prix et les refus de vente ».

⁷⁴ - D. LEGEAIS, 16^e éd., op.cit, n°526, p.302 ; JO déb. AN 15 oct. 1986, p. 4702, citée par F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°17, p. 27 : « Au moment de la présentation de l'ordonnance de 1986 le ministre de l'économie et des finances avait très significativement présenté la transparence des prix et des conditions de vente comme « la contrepartie » du principe de la liberté des prix : « les entreprises doivent être libres, elles doivent pouvoir baisser certains prix, en réajuster d'autre, mais cela doit se faire dans la clarté, de façon que le client puisse juger, comparer et jouer sont rôle de régulateur du marché ».

⁷⁵ - op.cit, n°526, p.302.

و الخدمات. يكون بهدف تحقيق الشفافية و إبداء حسن نية بعدم التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين (أ). كما أنه إبلاغ العون الاقتصادي بالأسعار يساهم في دعم التأهيل التنافسي (ب).

أ - التزام العون الاقتصادي بإبلاغ الأسعار: تحقيق الشفافية، إبداء حسن نية بعدم التمييز

تقضي المادة 07 فقرة أولى من القانون رقم 04-02 على أنه "يلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين، بإعلام الزبون بالأسعار و التعريفات عند طلبها"⁷⁶. جعل المشرع في هذه المادة كل من المنتج، التاجر، الحرفي، مقدم الخدمات و الموزعين مهما كانت الطبيعة القانونية لكل منهم مدنيين بالإعلام حول الأسعار و التعريفات لحساب مقدمي الطلبات أو المشتريين المهنيين، أي الأعوان الاقتصاديين الذين يطلبونها ليتمكنوا من الشفافية التي تسمح لهم فيما بعد، التفاوض حول الأسعار و التعريفات مع الدائن بالإعلام بهم. الذي هو العون الاقتصادي مقدم المنتج أو الخدمة. إذا كان وجود هذا النص يخدم بدون إنكار المصالح الفردية لهؤلاء الأعوان الاقتصاديين، الذين هم في وضعية الاختيار بين المنتجات و الخدمات التي فيها أحسن العلاقة بين النوعية و الثمن، فإنه قبل كل شيء مبرر من خلال الاهتمام الطموح بتشجيع المنافسة⁷⁷.

كما أنه "تعتبر الشفافية في العلاقات التجارية وسيلة لمراقبة التمييز غير الشرعي. في هذا الصدد فإنه تطبيق ممنون لأسعار مختلفة على الموزع و على زبون هذا الموزع يشكل تمييز معاقب عليه"⁷⁸. و لذا فإن تحقيق الشفافية من خلال التزام العون الاقتصادي بالإعلان و الإبلاغ بالأسعار و التعريفات وفقا لمتطلبات القانون، يبدي العون الاقتصادي حسن نيته في عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المتعاملين معه و الذين يتواجدون في نفس السياق التنافسي.

⁷⁶ - القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.
⁷⁷ - N. VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats, , éd. UNIVERSIF, 1998, n°68, p. 68.
⁷⁸ - Com. 25avr. 2006, n°03-20.353, Akzo Nobel c/ Bonnot, inédit, citée par D. Ferrier, Concurrence-Distribution, janvier2006- décembre2006, Recueil Dalloz-2007-n°27, p.1913.

ب - شفافية الأسعار: دعم التأهيل التنافسي

تسمح شفافية الأسعار من تكوين سعر عادل، سعر السوق. إذا كان الإعلام بأسعار المنتجات و الخدمات، لمتنافس يشكل حقا، معلومة ذات فائدة للمؤسسات، فإنه ليس من المؤكد أن يتبع تلقائيا هذا الإعلام انخفاض في الأسعار⁷⁹. ففي قانون المنافسة إشتهار الأسعار يمكن أن يؤدي إلى شيء من التضخم، و هو متناقض مع الهدف المرجو منه ألا و هو انخفاض الأسعار⁸⁰.

عندما يكون السوق أقل تنافسية و تكون فيه هيمنة لبعض المتعاملين، فإنه في هذه الفرضية، الشفافية التعريفية تسهل توحيد الأسعار *alignement des prix* نحو الارتفاع و تسهل احتمالية الاتفاقات⁸¹. المعلومات المتعلقة بالسياسة التجارية (السعر، التخفيضات و الحسوم، شروط البيع، التسليم، الدفع) لديها أهمية إستراتيجية و يجب من حيث المبدأ أن تبقى سرية⁸². بشكل أن المؤسسات تحدد أسعارها بالنظر إلى تكاليفها و ليس بالنظر إلى المعلومات التي لها علاقة مع منافسيها. لكن هذا المتطلب صعب مع وجود الالتزام بإشهار الأسعار⁸³. لكن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار هذا الاحتمال و خصص أحكام في الأمر المتعلق بالمنافسة و القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تفيد تنظيم شفافية الأسعار من أجل لعب دورها في دعم التأهيل التنافسي. بحيث نجد أن المادة 19 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تمنع على العون الاقتصادي بإعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي. كما أن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، يمنع في المادة 11 منه على مؤسسة، إلزام مؤسسة أخرى بإعادة البيع بسعر أدنى و ذلك في إطار حظر على

⁷⁹ - J-M. Garinot, Le secret des affaires, thèse, éd. LexisNexis, 2013, n°138, p.119.

⁸⁰ - op. cit, n°141, p. 122.

⁸¹ - op. cit, n°138, p.119 et 120.

⁸² - F. Riem, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°629, p. 407.

⁸³ - J-M. Garinot, op. cit, n°138, p. 120.

المؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة.

المعلومة الاقتصادية للمؤسسات لديها معنيين: في سوق حقيقنا تنافسي، تكون ضرورية لمنافسة فعالة و يمكن كذلك أن تساهم في تطويرها بتدعيم المنافسة في السوق. بالمقابل في سوق oligopolistique (أين عدد البائعين في المساحات الكبرى أقل من المشتريين)، فإن تبادل المعلومات بدقة يكون ذو طبيعة الإضرار بالمنافسة التي توجد بين المتعاملين الاقتصاديين⁸⁴. "في سياق هذا السوق، طبيعة المعلومات المتبادلة لا يمكنها أن تستجيب لهدف الشفافية و لكنها في الواقع، سوى اهتمام منافي للمنافسة"⁸⁵.

ثانيا: الالتزام بالإبلاغ بشروط البيع دعامة شفافية الممارسات التجارية

تشكل شروط البيع الوسيلة التي يحمل من خلالها، العون الاقتصادي إلى علم زبائنه، الشروط التي يقترحها من أجل بيع منتجاته، و تقديم خدماته. فالهدف الأساسي من الإبلاغ بشروط البيع هو تحقيق شفافية الممارسات التجارية حسب ما هو منصوص عليه في القانون. بالتالي السماح لكل زبون أن يقرر حول العرض الذي قدم له من قبل العون الاقتصادي و من أن يتأكد أنه ليس ضحية معاملة تمييزية.

بحيث تعتبر شروط البيع نقطة انطلاق المفاوضات التجارية (ب). كما أنه يعتبر محتوى شروط البيع دعامة الحرية التعاقدية (أ).

أ- محتوى شروط البيع دعامة الحرية التعاقدية

⁸⁴ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op.cit, n°640, p. 411 et 412.

⁸⁵ - op.cit, n°640, p. 412.

تعتبر شروط البيع دعامة الحرية التعاقدية بما أنها تجسد مبدئياً حرية أحد أطراف العقد في وضع شروط البيع و شروط تأدية الخدمة. و هذا انطلاقاً من مبدأ أن المنافسة تتطلب نوعاً من الحرية التعاقدية للمتعاملين الاقتصاديين الضرورية لحيويتها⁸⁶. من بين شروط البيع، كصفات الدفع (1) و التخفيضات في السعر (2).

1- كصفات الدفع: التزام و قابلية لأن تكون محل ممارسة تمييزية

جعل المشرع من شروط البيع المتعلقة بكصفات الدفع التزام أمر للعون الاقتصادي. إذ نص في المادة 9 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، على أنه "يجب أن تتضمن شروط البيع إجبارياً في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كصفات الدفع...". لم يضع المشرع في هذا القانون تفصيلاً عن كصفات الدفع في المواد التي تسبق أو تأتي بعد المادة 9 و لكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 05-468⁸⁷. نجده ينص على أنه من بين البيانات الإجبارية التي يجب أن تحتوي عليها الفاتورة و المتعلقة بالعون الاقتصادي البائع هي طريقة الدفع و تاريخ تسديد الفاتورة⁸⁸.

لكن المشرع لم يحدد في القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و الأمر المتعلق بالمنافسة و المراسيم التنفيذية لهما آجال الدفع و العقوبات المترتبة عليهما، كما فعل على سبيل المقارنة المشرع الفرنسي. فهل هذا يجعلنا نرجع إلى أحكام القانون المدني⁸⁹ المتعلقة بآجال

⁸⁶ - IS. BAUDET, Négociations commerciales dans les relations B to B, éd.Larcir, 2009, n° 125, p.71.

⁸⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 05-468، المؤرخ في 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة و سند التحويل و وصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كصفات ذلك، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 ديسمبر 2005، العدد 80، ص.18.

⁸⁸ - أنظر المادة 2/3 البيان رقم 8 و المادة رقم 8 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468، المذكور أعلاه.

⁸⁹ - بحيث نجد أن الأحكام المتعلقة بآجال الدفع في القانون المدني منصوص عليها في المواد المتعلقة بعقد البيع، ذلك أن المادة 388 منه تقضي بأنه يكون ثمن المبيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق

الدفع و هذا بعد أن خطى المشرع خطى كبيرة في تنظيم العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين في إطار القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و قانون المنافسة.

فتاريخ الدفع يظهر من بين شروط المبادلات القابلة لأن تكون محل ممارسة تمييزية إذا لم تكن مبررة من خلال عناصر موضوعية الحاصلة من شروط البيع و التي تكون لها علاقة مع تعاقب المخزونات des stocks أو مع الأخطار المرتبطة بقدرة المشتريين على الدفع⁹⁰. و لذا يعتبر تنظيم تاريخ الدفع ذا أهمية في مجال الممارسات التجارية و في مجال المنافسة و ذلك بتفادي التمييز بين الأعوان الاقتصاديين بمنح آجال دفع مختلفة و غير مبررة.

في التشريع الفرنسي و على سبيل المقارنة يحدد بالتفصيل في التقنين التجاري الأمور المتعلقة بآجال الدفع⁹¹ و ذلك في المادة 6-441L⁹².

2- التخفيضات في السعر امتياز يمكن أن يكون محل ممارسة تمييزية

بالرجوع إلى نص المادة 9 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، نجدتها تنص على أنه " يجب أن تتضمن شروط البيع إجباريا في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كإجراءات الدفع، و عند الاقتضاء، الحسوم و التخفيضات و المسترجعات".

أو عرف يقضي بخلاف ذلك. و إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو آل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، و مع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع. بحيث نلاحظ أن هذه الأحكام لا تتوافق و الأحكام التي تنظم الممارسات التجارية و خصوصا الأحكام المتعلقة بالفترة.

⁹⁰ - Louis Vogel, Droit de la négociation commerciale, (CGV, Facturation, revente à perte), 2007-2008, Juris Bases. Lawlex, n°94, p.86.

⁹¹ - N. MATHEY, Une nouvelle tentative de lutte contre les délais de paiement excessifs, Revue mensuelle Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence- consommation-Novembre 2008, n°1, p.11 : « Dans la grande distribution, les délais moyens étaient d'environ 120 jours. La moyenne française était de 66 jours alors que la moyenne n'est que de 47 jours en Allemagne. L'objectif européen était de réduire les délais de paiement à 30 jours (Directive, n° 2000/35/CE, 29 juin 2000 relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales). ...les délais de paiement excessive transforment trop souvent les fournisseurs en 'banquiers de leurs client'... ».

⁹² - Art. L.441-6 du code de commerce, modifié par Loi n°2015-990 du 6 aout 2015 art.46.

فالإبلاغ بالتخفيضات في السعر يكون إجباريا بين الأعوان الاقتصاديين كلما اقتضت الضرورة ذلك. و يكون ذلك نظرا لكمية السلعة المطلوبة أو المشتراة، لنوعية أو لخصوصية المشتري أو مؤدي الخدمة، من أجل تعويض تأخير في التسليم، أو لوجود عيب في السلعة أو عدم مطابقة تأدية الخدمة، أو لمكافأة وفاء مشتري⁹³. في التشريع الفرنسي حسب محتوى المادة 6-441.L من القانون التجاري، العون الاقتصادي ملزم بالإبلاغ بالشروط العامة و من بين العناصر التي تتضمنها الشروط العامة للبيع التخفيضات في السعر.

التخفيضات في السعر يمكن أن تشكل ممارسة تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، و ذلك في حالة عدم احترام المعايير المعتمدة للتخفيضات في السعر المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 05-468 من قبل العون الاقتصادي. أو استعمال هذه المعايير و لكن بصورة تمييزية أي عدم تطبيقها بصفة متساوية على كل الأعوان الاقتصاديين المتواجدين في نفس الوضعية.

ب - شروط البيع نقطة انطلاق المفاوضات التجارية

تعتبر مرحلة المفاوضات مهمة للغاية لأنها تسمح للأشخاص (الأعوان الاقتصاديين) بالتعارف، تقدير درجة النزاهة لكل من الآخر، التفكير في المعلومات و التأكد منها على المستوى التقني، المؤهلات المالية، تكييف المشروع، إعطاء محتوى للعقد المستقبلي⁹⁴. الشروط العامة تمثل التعبير عن السياسة التعريفية للممون، هذا يعني الشروط التي توافق تكاليفه، تموقعه التنافسي و بصفة عامة التي توافق إستراتيجيته التجارية. فهي تشكل أي الشروط العامة نقطة انطلاق المفاوضات و كذلك

⁹³ - راجع المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468، يحدد شروط تحرير الفاتورة و سند التحويل و وصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كيفية ذلك، المذكور سابقا.

⁹⁴ - Ali BENCHNEB, Le droit algérien des contrats, Données fondamentales, éd. Universitaires de Dijon, 2011, n°83, p.59.

المرجع الذي يمكن منه تحديد التعسفات الناتجة عن الهيمنة في الشراء⁹⁵ la puissance d'achat و التمييز في الممارسات التجارية.

هذه المرحلة بهذا المعنى ليست محل أحكام خاصة في القانون المدني الذي ينظم إبرام العقود، لكن هذا لا يعني أن المفاوضات ليست محل أي تأطير⁹⁶. يجب لفت النظر إلى التعارض المفيد المتداول بين احتفاظ القانون المدني بسكوته و المذهب التدخل للشرع المعاصر l'interventionnisme du législateur contemporain بخصوص المرحلة قبل التعاقدية⁹⁷ précontractuelle.

واجب النزاهة حين المفاوضات التعاقدية، يتطلب الشفافية التي تلزم كل طرف من المتفاوضين، بإعلام الآخر بكل العناصر التي تسمح بتوضيح اتخاذ قراره⁹⁸.

فكل من قانون الممارسات التجارية في الجزائر⁹⁹. والأمر المتعلق بحرية المنافسة و الأسعار و مؤخرا قانون تحديث الاقتصاد في فرنسا¹⁰⁰. نظموا المفاوضات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين و لكن وفق منظور مختلف. غير أنه الهدف من تنظيم شروط البيع كبداية انطلاق التفاوض، هو منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين أو منع التعسف في الممارسات التجارية (1)، و تحقيق المساواة بين الأعوان الاقتصاديين (2).

1- التفاوض في شروط البيع و منع التمييز

⁹⁵ - D. FERRIER et D. FERRÉ, La réforme des pratiques commerciales, (loi n°2008-776 du 4 août 2008), Recueil Dalloz-2008- n°32, chronique Concurrence-Distribution, n°14, p.2236.

⁹⁶ - Ali BENCHNEB, op. cit, n°83, p.59.

⁹⁷ - D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Etude offerte à JQUES GUESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, éd. L.G.D.J, Janvier 2001, n°4, p.638.

⁹⁸ - op. cit, n°10, p.642.

⁹⁹ - القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

¹⁰⁰ - L.2008-776 du 4 août 2008, JO 5 août 2008, 12471.

إمكانية التفاوض حول شروط البيع للممون لم تكن أبداً حقيقة ممنوعة من قبل التنظيم الاقتصادي¹⁰¹ و بالخصوص قانون المنافسة و القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. لكن كانت محل تأطير وفقاً لتطور المسار الاقتصادي لكل دولة، ففي فرنسا كانت المفاوضات في شروط البيع تحكمها الأحكام المتعلقة بالشفافية و تلك المتعلقة بمنع التمييز و هي نفس الأحكام التي تحكم المفاوضات حول شروط البيع في القانون الجزائري. لكن تطور العلاقات في السوق بين الفاعلين في السوق من منتجين، مومنين و موزعين و تأثير كل ذلك على المستهلكين، جعل من المشرع الفرنسي يحرر المفاوضات التجارية حول شروط البيع و ذلك بمناسبة قانون حول تحديث الاقتصاد في 2008 على أنه يجب أن تكون هذه الحرية بشرط "عدم النية في إحداث عدم التوازن". بدلا من منع الممارسات التمييزية.

1°- التفاوض التجاري حول شروط البيع في القانون الجزائري بشرط عدم التمييز

من الناحية النظرية، يجب أن تعدد شروط البيع الشروط التي بمقتضاها يقرر البائع أو مقدم الخدمة الالتزام و تسمح من خلال القبول إبرام العقد، من دون أن تكون هناك ضرورة للتفاوض، بمجرد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بالشروط التي يلتزم بمقتضاها، فإن العقد يعتبر صحيح التكوين¹⁰². العون الاقتصادي سواء كان منتج، مومون، موزع أو مستورد فإنه إما أن يقبل التعاقد عن طريق آلية التفاوض أو عن طريق آلية القبول بدون تفاوض. في مجال المفاوضات التجارية سمح المشرع بأن يكون التعاقد من قبل الأعوان الاقتصاديين عن طريق التفاوض، لكن نظم ذلك في إطار شفافية و نزاهة الممارسات التجارية و منع التمييز بين الأطراف المتفاوضة. و في إطار منع التمييز الناتج

¹⁰¹ - IS. BAUDET, op. cit, n°126, p.71.

¹⁰² - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op.cit, n°48, p. 51.

عن الممارسات المقيدة للمنافسة بما يمكن أن تحدثه المفاوضات التجارية من آثار على السوق و على المنافسة ككل.

في حديثنا على التفاوض التجاري في القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإنه منظم من خلال باب متعلق بشفافية الممارسات التجارية و باب آخر متعلق بنزاهة الممارسات التجارية، (فيما يخص الباب المتعلق بالمخالفات والعقوبات و الذي فيه عقوبات تتعلق بمخالفة أحكام التفاوض التجاري، فإننا سنتناوله في الباب المتعلق بالآثار المترتبة على الممارسة التمييزية من هذا البحث). في هذا العنصر المتعلق بعدم التمييز في التفاوض التجاري سنتطرق بالتحليل للأحكام المتعلقة بالنزاهة و التي تنظم عدم التمييز في الممارسات التجارية و مادام هناك ارتباط وثيق بين الشفافية و النزاهة في منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين فإننا قمنا بدراسة الأحكام المتعلقة بشفافية شروط البيع في العناصر السابقة. مما يجعلنا نركز هنا على أهم الأحكام المتعلقة بالنزاهة و التي تنظم التفاوض التجاري بين الأعوان الاقتصاديين من دون تمييز بينهما و المنصوص عليها في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم، مع الأخذ بعين الاعتبار الآثار التي تحدثها على المنافسة مما يجعلنا نعود إلى أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم و التي تقيدنا في تحليل التفاوض التجاري بين الأعوان الاقتصاديين مع وجود منع للممارسة التمييزية.

هناك ثلاث مواد في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تنظم التفاوض التجاري بين الأعوان الاقتصاديين، و التي تمنع التمييز في التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين، و بالتالي يعتبر التمييز شرط لعدم صحة تكوين العقد. هما المواد 16، 17 و 18. تقضي المادة 16 بأنه "يمنع كل بيع أو عرض ببيع لسلع و كذلك كل أداء خدمة أو عرضها

عاجلا أو آجلا مشروطا بمكافئة مجانية، من سلع أو خدمات إلا إذا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، و كانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية. لا يطبق هذا الحكم على الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة و كذلك العينات". هذه المادة تنظم المفاوضات و تمنع من أن يكون هناك تمييز في شروط البيع بين الأعوان الاقتصاديين، بحيث أنه إذا كان ممون سلعة أو تأدية خدمة يشترط أن تكون شروط البيع التي تكون بداية نقطة انطلاق التفاوض، تحدد مقدار ثمن شراء سلع أو تأدية خدمات و الذي يكون بالطبع مقابل مكافئة مجانية، فهنا يكون التمييز بين الأعوان الاقتصاديين حول شروط البيع التي تعتبر نقطة انطلاق التفاوض، بما أنه لا يمكن للأعوان الاقتصاديين أو المؤسسات التي لا تكون لديها مقدرة التفاوض حول مقدار الثمن المحدد الحصول على حصة في السوق. و هو ما يعتبر كذلك من قبيل الممارسات المقيدة للمنافسة وفقا لقانون المنافسة بما أن هذا الوضع يسمح بتطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة و كذلك يسمح بإخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية، و بالتالي عرقلة حرية المنافسة و التعسف في وضعية الهيمنة على السوق أو احتكاره¹⁰³. غير أن المادة 16 تضع استثناءا بخصوص جواز التفاوض مع وجود شروط بيع معدة و مبلغة من قبل الممون لزيائنه تتضمن مقدار الثمن السلع أو الخدمات الذي يكون بداية انطلاق المفاوضات بمقابل مكافئة مجانية، مع عدم وجود تمييز بين الزبائن إذا كانت المكافئة المجانية من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة و قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية. بمعنى أن قيمة المكافئة التي تقابل مقدار الثمن لا تكون

¹⁰³- راجع كل من المادة 6 و المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

بدرجة أين يتم إقصاء منافسين. و بالتالي التمييز هنا في هذه الحالة الاستثنائية لا يضر بالمتنافسين و يمكن أن يسمح بتنمية مبيعات الممون.

بالرجوع إلى المادة 17 نجد أنها "تمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات و كذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة". فهذه المادة تنظم المفاوضات بين الأعوان الاقتصاديين و تمنع من أنه يكون من بين شروط البيع التي تكون نقطة انطلاق التفاوض شروطا مجحفة أو تعسفية و إن كان المشرع لا يستعمل هذه العبارة صراحة. تؤدي إلى التمييز بين الزبائن. بحيث أن العون الاقتصادي (منتج، ممون، موزع...) الذي يحدد مقدار ثمن التفاوض و حسب هذه الحالة أي المذكورة في المادة 17 يكون ذلك باشتراط كمية مفروضة، فإن ذلك سيؤدي إلى إقصاء الزبائن الأقل تنافسية. و باشتراط شراء سلع بسلع أخرى و تأدية خدمة بخدمة أخرى هنا كذلك تعتبر هذه الشروط تعسفية، وتؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و إبعاد المتنافسين الذين ليس لديهم إمكانية استقبال سلع أو خدمات أخرى غير تلك المتمكنين منها.

تظهر المادة 18 بأنها هي المادة الرئيسية التي تنظم المفاوضات بين الأعوان الاقتصاديين و تمنع استعمال التمييز خلال ذلك و هذا حقيقة، و هو ما سنوضحه بالتفصيل في المبحث المتعلق بالأساس القانوني للممارسة التمييزية. تنص هذه المادة على أنه "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 كفيات بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة". فهذه المادة تمنع المفاوضات حول شروط البيع و الأسعار متى كان فيها ممارسة نفوذ من قبل أحد الأطراف المتفاوضة على الأخر. و كان هذا النفوذ لا يتلاءم مع متطلبات المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة، بما أنه لا يكون هناك مبرر حقيقي لهذا النفوذ. و هنا كذلك مقدار ثمن

السلع أو تأدية الخدمات و الائتمان، الممنوح لأحد الأطراف المتفاوضة يكون محور المفاوضات و إذا حصل أحد الأعوان الاقتصاديين على ذلك بناء على نفوذ فإنه سيكون أحد أطراف الممارسة التمييزية. و بالتالي تصرفه هذا سيؤدي إلى الحد من الدخول في السوق و ممارسة النشاطات التجارية فيه بالنسبة للمتنافسين و يضر المنافسة بعرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.

هكذا و باسم حرية المنافسة و نزاهة الممارسات التجارية، تؤطر ممارسة الحرية التعاقدية في وقت إبرام العقد أي خلال مرحلة المفاوضات من خلال فرض الالتزامات قبل العقدية بالشفافية بين الأعوان الاقتصاديين، الموجهة لضمان صفاء المبادلات التجارية، و المرتبطة بالنظام العام الموجه¹⁰⁴.

2- التفاوض في شروط البيع بعد قانون تحديث الاقتصاد في فرنسا

"قانون 4 أوت 2008¹⁰⁵ لكن على الأرجح ليس الأخير، في إصلاح الممارسات التجارية، عدل الأحكام القديمة، بشكل عميق من خلال حذف مبدأ عدم التمييز في حد ذاته *per se* من أجل تحرير تقريبا كليا المفاوضات بين الممون و الموزع، و سطحيا من خلال تدعيم مراقبة التعسفات"¹⁰⁶. هذا القانون يسجل في خضم الإصلاحات التي منذ أمر 1 ديسمبر 1986 تبحث عن توازن العلاقات بين

¹⁰⁴ - Nathalie Brunetti, Droit de la concurrence et droit des contrats, Mémoire de DEA, université de Montpellier 1, 1995, p. 6.

¹⁰⁵ - L. n°2008-776 du 4 août 2008, JO 5 août 2008, 12471.

¹⁰⁶ - D. FERRIER et D. FERRÉ, La réforme des pratiques commerciales, (loi n°2008-776 du 4 août 2008), Recueil Dalloz-2008- n°32, chronique Concurrence-Distribution, p.2234.

الممون و الموزع و على الخصوص منذ قانون 2 أوت 2005¹⁰⁷ لفائدة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، تبحث على تخفيض الأسعار للمستهلكين¹⁰⁸.

خطوة أخرى تم اتخاذها في مجال تحرير المفاوضات من خلال قانون تحديث الاقتصاد لـ 4 أوت 2008، التي تشكل نقطة دق الجرس لحركة تشريعية، تهدف إلى إعادة التوازن في العلاقات بين المومنين و الموزعين بالسماح، التفاوض بأكبر قدر في الأسعار و تحقيق أكبر قدر من الشفافية¹⁰⁹. و في نفس الوقت منع التمييز من أجل جعل المفاوضات تمر من الخلف إلى الأمام¹¹⁰ de l'arrière à l'avant لأن حرية التفاوض كانت موجودة قبل هذا القانون من خلال السماح بالتفاوض حول الشروط الخاصة لكل فئة مشتريين أو طالبي تأدية خدمات، لكن منع الممارسات التمييزية كان يؤدي إلى الإنقاص بشدة من هذه الحرية¹¹¹.

¹⁰⁷ - L. n°2005-882, 2 août 2005, JO 3 août 2005 ; C. NOURISSAT, Retour sur les CGV catégorielles et les CPV : différenciation et discrimination tarifaire un an après..., Revue Lamy de la concurrence, octobre/décembre 2006, n°6, p.36 : « ...la loi d'août 2005 est venue consacrer une pratique assez bien établie qui consistait à établir des barèmes et conditions de vente selon des catégorie d'acheteurs... et préciser le sort des CPV ».

¹⁰⁸ - D. FERRIER et D. FERRÉ, La réforme des pratiques commerciales, (loi n°2008-776 du 4 août 2008), op. cit, n°1, p.2234 ; M. MALAURIE-VIGNAL, Le nouvel article L.442-6 du code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ?, Revue mensuelle Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence- consommation-Novembre 2008, n°1, p.12 : « La réforme s'inspire de l'exemple de l'Irlande qui en 2006 a supprimé, dans le secteur alimentaire, l'interdiction des discrimination tarifaires et les prix alimentaires ont baissé depuis mars 2006. La réforme s'inspire aussi de l'ouverture à la concurrence en France depuis les années 2000 dans le secteur de la téléphonie »; M. PICHON de BURY et C. MINET, Incidences de la suppression de l'article L.442-6,I, 1° du code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME, Revue mensuelle Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence- consommation- Décembre 2008, n°2, p.14 : « Il reste que dans ce système ou la loi du marché est consacrée, la question se pose maintenant de savoir comment et dans quelle mesure la LME atteindra en pratique les objectifs affichés. En effet, l'équation « libre négociabilité = différenciation tarifaire = suppression du système des marges arrière = baisse des prix au consommateur final », bien que présenté comme une évidence, ne résiste pas toujours à une analyse concrète des différents rapports de force entre distributeurs et fournisseurs ».

¹⁰⁹ - M. PICHON de BURY et C. MINET, op. cit, n°1, p.13.

¹¹⁰ - L. VOGEL, Traité de droit économique, tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op.cit, n°544, p.1053.

¹¹¹ - N- MATHEY, La seconde étape de la réforme de la négociation commerciale, Revue mensuelle Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence- consommation- Novembre 2008, n°1, p.10.

يقول الأستاذ L. VOGEL بخصوص هذا النص أن "الانفتاح على المنافسة المقدمة هكذا من خلال النص الجديد تظهر غير كافية في مرحلة التوزيع. الحرية في التفاوض بدون حاجز يمكن أن تظهر هكذا مسبقاً أين المومنين يواجهون مباشرة القوة الشرائية للموزعين الكبار la grande distribution، و الأمن القانوني للمؤسسات أقل ضماناً. فحرية التفاوض، في الواقع كانت موجودة من قبل بشرط أن الموزع يقدم المقابل للامتيازات التعريفية المعلن عنها. التفاوض بدون المقابل الحقيقي المعلن عنه و المتحصل عليه من قبل الموزعين الكبار، يحتمل إخضاع المومنين إلى ضغط كبير و حثهم على ممارسة التمييز من الدرجة الأولى، الأكثر إضراراً من وجهة نظر اقتصادية، لفائدة الموزعين الأكثر قوة، بدون ضمان أن تحويل هذه الهوامش يكون لفائدة المستهلكين. و إن النص على تحرير اتفاقية موحدة بالالتزامات التي التزم بها الأطراف في تحديد الثمن الناتج عن المفاوضات التجارية، لا يشكل ضماناً كافية. فقط تقوية المنافسة بقرب الموزعين ليتمكنه تفادي الآثار غير المرغوب فيها. كما أنه تكيف التعسف «كل إخضاع أو محاولة إخضاع شريك تجاري للالتزامات تنتج عدم توازن ذو معنى déséquilibre significatif في حقوق و التزامات الأطراف» يشكل مراقبة للشروط التعسفية بين المهنيين المستلهمة من قانون الاستهلاك. كذلك عدم دقة مفهوم التعسف أدى بالقضاة إلى التصريح بمناسبة نفس الشرط بأنه تعسفي أو جائز¹¹².

كما أن قانون المفاوضات التجارية عدل أيضاً من خلال القانون المتعلق بالاستهلاك لـ 17 مارس 2014¹¹³. النزعة الليبرالية للعلاقات بين المومنين و الموزعين التي كانت تميز الإصلاحات السابقة تلاشت مع هذا النص ذو النزعة التوجيهية dirigiste. من أجل تفادي أن تكون الشروط العامة للشراء للموزعين نقطة انطلاق التفاوض، أصبحت الشروط العامة للبيع القاعدة الثابتة الوحيدة للمفاوضات

¹¹² - L. VOGEL, Traité de droit économique, tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op.cit, n°544, p.1053 et 1054.

¹¹³ - L.2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

التجارية le socle unique de la négociation commerciale. من أجل ضمان احترام هذا الالتزام المادة 7-441.L من القانون التجاري تنص على أنه الاتفاقية المكتوبة " تشير لجدول حساب الأسعار كما تم إعلانه مسبقا من قبل الممون مع شروطه العامة للبيع، أو كيفيات الاطلاع على هذا الجدول الذي كان كقاعدة للتفاوض"¹¹⁴.

إذا كان قانون الممارسات التجارية و قانون المنافسة يهتمان بالمفاوضات في العقود التي يبرمها بينهم الأعوان الاقتصاديون، فهذا لا يكون من أجل تجسيد توازن اقتصادي بين المتعاقدين، لكن من أجل أن مصالح الغير تكون محفوظة (على سبيل المثال: المتنافسين السابقين لأحد أطراف العقد، المستهلكين، الدائنين، الأجراء)¹¹⁵. فهو يتوقع أي قانون المنافسة التدخل في مجال العلاقات بين الأفراد باسم المصلحة الجماعية أو المصلحة العامة¹¹⁶. أي حماية السوق.

2 - التفاوض في شروط البيع و المساواة بين الأعوان الاقتصاديين

يكون التفاوض في حد ذاته جوهر التجارة و بالتالي لا يمكن منعه¹¹⁷. فإذا كان التفاوض هو الاستثناء و عدم التفاوض هو المبدأ، فإن هذا سيكون مناقض لروح التجارة¹¹⁸. تقول الأستاذة M. MALAURIE -VIGNAL الشيء الوحيد المطلق في التفاوض هو النزاهة في المنافسة¹¹⁹. نفهم من ذلك أن تحقيق المساواة بين الأعوان الاقتصاديين بمناسبة التفاوض هو أمر نسبي. و لهذا ينظم الأمر المتعلق بالمنافسة و القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات

¹¹⁴ - L. VOGEL, Traité de droit économique, tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op.cit, n°545, p.1054 et 1055.

¹¹⁵ - G. DECOQ, Concurrence déloyale et pratiques restrictives, JCP/ La semaine juridique – Edition entreprise et affaires, n°30, 23 juillet 2009, Droit des affaires contrats, p.24.

¹¹⁶ - op. cit.

¹¹⁷ - P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°420, p.75.

¹¹⁸ - M. MALAURIE-VIGNAL, Transparence tarifaire et liberté contractuelle, La semaine juridique - Edition entreprise, n°10,1996, n°8, p.96.

¹¹⁹ - op. cit, n°9, p.96.

التجارية، المفاوضات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين و هذا حتى لا يكون تعسف في نسبة المساواة بينهم. و إن كان و قد سبق للقانون المدني أن نظم التفاوض التعاقدى¹²⁰.

فالشفافية هي وحدها التي تسمح حقا باحترام المساواة بين المؤسسات، فمبدأ الشفافية مهم أثناء التفاوض¹²¹. تقول الأستاذة M. MALAURIE –VIGNAL أنه لا يجب الجمع بين الشفافية و غياب التفاوض، و بالعكس بين السرية la confidentialité و الحرية المطلقة للتفاوض¹²². و النزاهة أثناء التفاوض العقدي négociation contractuelle، ينحدر عنها التزامين مكملين، من جهة الالتزام بالشفافية الذي يلزم كل من المتفاوضين بإعلام الآخر بكل العناصر المتعلقة بتوضيح اتخاذ قراره. من جهة أخرى الالتزام بالتمسك بالمفاوضات عندما هذه الأخيرة في مرحلة تقدمها تنشأ إرادة ظاهرها بات و نهائي في إبرام العقد المتفاوض حسب ما ذهبت إليه روح المتفاوضين، و إن أي انقطاع مفاجئ و عنيف يكون مؤشر لعدم النزاهة¹²³. تشير المادة 26 من القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه تمنع كل الممارسات التجارية غير النزاهة المخالفة لأعراف التجارية النظيفة و النزاهة و التي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين. أي أن تكون هناك المساواة بين الأعوان الاقتصاديين أثناء التفاوض من خلال عدم التعدي على أي مصلحة من مصالح الأعوان الأخرى المتفاوضة. فالتوازن القانوني للمنافسة يعني مجموع القواعد التي تهدف إلى تفادي أن مؤسسة تتواجد في وضعية تفاضلية بالنظر إلى مؤسسة أخرى¹²⁴.

¹²⁰ - راجع المادة 65 من القانون المدني.

¹²¹ - D. LEGEAIS, 16 éd., op. cit, n°525, p. 300.

¹²² - M. MALAURIE-VIGNAL, Transparence tarifaire et liberté contractuelle, op. cit, n°15, p.97.

¹²³ - D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, op. cit, n°10, p. 642.

¹²⁴ - Y. GUYON, op. cit, n°894, p. 966.

الفرع الثاني

الفاتورة وسيلة لشفافية الممارسات التجارية:

دورها في الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين

القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتم، يشترط لشفافية الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين بالإضافة إلى التزامهم بالإبلاغ بالأسعار و بشروط البيع. فترة عملية البيع و تأدية الخدمة التي تتم من طرفهم¹²⁵.

المشرع لم يعطي تعريفا للفاتورة لا في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و لا في المرسوم التنفيذي رقم 05-468 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة و سند التحويل و وصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كفاءات ذلك، المذكور أعلاه. فالفاتورة عبارة عن محرر يضعه البائع من أجل تجسيد الشروط التي بمقتضاها باع السلع، كما تعتبر أيضا وثيقة تنفيذ التي تسهل إتمام الالتزام¹²⁶. لكن من أجل أن اتفاق الأطراف يمكن أن يحتج به، فإنه يجب أن تجسد فاتورة احتراماً للبيانات القانونية، بهدف تحديد محتوى العلاقة التعاقدية.

البيانات المذكورة في الفاتورة تساهم في الشفافية، الشفافية تحقق المساواة و بالتالي الفاتورة تحقق المساواة بين الأعوان الاقتصاديين (أولاً)، و كذلك بما أن الفاتورة تساهم في الشفافية فإنها تجسد طبقاً لأحكام منع التمييز (ثانياً). و بالتالي للفاتورة دور في تحديد الممارسة التمييزية.

¹²⁵ - المادة 10 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدلة بالمادة 3 من القانون رقم 06-10، المذكور سابقاً و التي تنص على أنه "يجب أن يكون كل بيع سلع، أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين الممارسين للنشاطات المذكورة في المادة 2 أعلاه، مصحوباً بفاتورة أو بوثيقة تقوم مقامها. يلزم البائع أو مقدم الخدمة بتسليم الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها و يلزم المشتري بطلب أي منها، بحسب الحالة، و تسلمان عند البيع أو عند تأدية الخدمة...".

¹²⁶ - M. GUILBERTEAU , Facture , Ency . D , 1988 , n° 2 , p. 1 .

أولاً: الفاتورة و المساواة بين الأعوان الاقتصاديين

الفاتورة واجبة التقديم بين كل الأعوان الاقتصاديين الذين يمارسون النشاطات المعنية بالأمر المتعلق بالمنافسة و القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. فهنا يوجد مساواة بين الأعوان الاقتصاديين من حيث الإلزامية، أي إلزامية طلب الفاتورة من قبل الزبون أو المشتري أو الموزع و هي مصطلحات يستعملها المشرع للعون الاقتصادي، القابل في العلاقة التعاقدية، و إلزامية تقديمها من طرف ممون السلعة أو المنتج و ممون الخدمة، الموجب في العلاقة التعاقدية. و هو السبب الذي جعل المشرع ينظم بدقة البيانات التي تذكر في الفاتورة، و جعل تبليغها بين الأعوان الاقتصاديين إجبارياً. إذ استعمل المشرع عبارة "يجب أن تحتوي الفاتورة على البيانات المتعلقة بالعون الاقتصادي..."¹²⁷. فأهم البيانات المتعلقة بالعون الاقتصادي التي تذكر في الفاتورة، كالشكل القانوني للعون الاقتصادي و طبيعة النشاط. فيما يخص الشكل القانوني فهنا يجب أن يبين في الفاتورة ما إذا كان العون الاقتصادي مؤسسة فردية كالتاجر الشخص الطبيعي و هنا يذكر اسمه و لقبه و عنوان المحل التجاري، و إن كان شخص معنوي كالشركة التجارية (مثلاً شركة مساهمة أو شركة ذات المسؤولية المحدودة)، أو شركة مدنية أو تجمع اقتصادي و في هذه الحالة يذكر بالإضافة إلى التسمية رأسمال الشركة و رقم السجل التجاري و رقم التعريف الإحصائي، و هاذين البيانين الأخيرين يذكران أيضاً بالنسبة للشخص الطبيعي. أما فيما يخص طبيعة النشاط فيجب أن تذكر الفاتورة ما إذا كان العون الاقتصادي منتج أو ممون أو موزع أو مستورد.

¹²⁷ - أنظر المادة 3-1 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468 الذي يحدد شروط تسليم الفاتورة، و سند التحويل و وصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كفاءات ذلك، المذكور سابقاً.

يجب أن تكون هناك مساواة في تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالمنافسة و بالممارسات التجارية على الأعوان الاقتصاديين، مهما كانت طبيعتهم القانونية و على كل النشاطات التي يقومون بها. و هنا الفاتورة التي تكون الشاهد على العقد النهائي، تلعب دورا في التأكد من هذه المساواة. يجب تقديم الفاتورة بمجرد إجراء البيع أو تأدية الخدمات و يجب أن تكون هنا المساواة بين الأعوان الاقتصاديين. ففي حالة تأخير أو عدم إتمام البيع كالبيع بالآجال، ففي هذه الحالة يجب أن يذكر في الفاتورة الفوائد المستحقة عند البيع بالآجال¹²⁸. القانون المدني نظم البيع بالآجال، فإذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع¹²⁹، و الفاتورة تقدم بمجرد تسليم المبيع أي لا تشترط نقل الملكية، و لكنها تعتبر أداة إثبات الديون و لذا اشترط المشرع أن يذكر في البيانات إلى جانب سعر الوحدة و السعر الإجمالي دون احتساب الرسوم و السعر الإجمالي مع احتساب الرسوم¹³⁰، الفوائد المستحقة عند البيع بالآجال، و هنا حتى تكون مساواة بين الأعوان الاقتصاديين الذين يستفيدون من البيع بالآجال و الذين لا يستفيدون من ذلك.

و حتى تكون هناك نزاهة في الممارسات التجارية كما نص عليها القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. فإنه يجب أن تذكر في الفاتورة التكاليف التي تشكل عبء استغلال للبائع كأجور الوسطاء و العمولات و السمسرة و أقساط التأمين عندما

¹²⁸ - أنظر المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468، المذكور سابقا.

¹²⁹ - أنظر المادة 1/363 من القانون المدني.

¹³⁰ - أنظر المادة 3 - 1 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468، المذكور سابقا.

يدفعها البائع و تكون مفوترة على المشتري¹³¹. حتى لا يحتج بها فيما بعد من قبل البائع. لأن الفاتورة لا تعتبر فقط إنذار بالمعنى المدني، و ليست فقط التذكير بدين الممون، و لكن الدعوة لدفعه¹³².

من بين الأدوار التي تؤديها الفاتورة في المساواة ما جاءت به أحكام المادة 7 من المرسوم التنفيذي 468-05 التي تقضي بأنه يجب أن تذكر تكاليف النقل صراحة على هامش الفاتورة إذا لم تكن مفوترة على حدة أو لا تشكل عنصرا من عناصر سعر الوحدة. لأنه يحدث أن الممون يعهد تنقل البضاعة إلى وكيل النقل أو إلى ناقل مهني، الذي ككل تاجر مستقل يقوم بفوترة خدماته¹³³. هناك دور في ذكر تكاليف النقل في الفاتورة، في المساواة بين الأعوان الاقتصاديين و هنا حتى لا تكون تفرقة في السعر المعلن و السعر المطبق، بعدم ذكر تكاليف النقل في سعر الوحدة. بأنه يمكن لكل من الممون إثبات دينه و المشتري إثبات التخلص منه و هنا بالرجوع إلى الفاتورة و تكاليف النقل تعتبر من عناصر الدين. لكن إذا تم نقل السلعة من قبل العون الاقتصادي من دون أن تتم عملية تجارية، و كان هذا النقل باتجاه وحدات التخزين، و التحويل و التعبئة و حتى التسويق، فإنه لا يكون ملزم بتحرير فاتورة بل فقط يحزر سند التحويل الذي يبرر حركة السلع¹³⁴. و لكن إذا تم التعاقد مع ناقل مستقل عن صاحب البضاعة ففي هذه الحالة تحرر فاتورة مستقلة تحدد تكاليف النقل. فإذا ما تمت معاملة تجارية أخرى غير النقل فإنه يتم ذكر هذه التكاليف في الفاتورة التي تثبت عملية البيع.

و هنا و من خلال هذه الأحكام التي تنظم الفاتورة، تجسيد لمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين من خلال ضمان احترام شروط البيع و الأسعار المعلنة و تطبيق حرية الأسعار و الأسعار المقننة.

¹³¹ - أنظر المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 468-05، المذكور سابقا.

¹³² - R. SAVATIER, La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain, Rev.Trim.com, tome I, 1973, éd. Sirey, n°1, p.2.

¹³³ - op. cit, n°23, p. 17.

¹³⁴ - أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 468-05، المذكور سابقا.

فلقد أصبحت الفاتورة اليوم حقا، عامل لحرية المنافسة و المساواة في المفاوضات التعاقدية¹³⁵.
هكذا أصبحت الفاتورة الآن الشاهد على علاقات القوة بين الشركاء الاقتصاديين و احترام لجانب مهم
من قواعد المنافسة و على الخصوص تلك المتعلقة بالشفافية¹³⁶.

ثانيا: الفاتورة مجسدة طبقا لأحكام منع التمييز

ألزم القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، القانون رقم 04-02، الأعوان
الاقتصاديون باحترام مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية. شفافية الممارسات التجارية تقتضي
فوترة كل عملية بيع أو تأدية خدمة. و نزاهة الممارسات التجارية تقتضي المساواة بين الأعوان
الاقتصاديين و عدم ممارسة التمييز بينهم بتفضيل عون على آخر بدون مبرر و لا مقابل حقيقي
يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزاهة و الشريفة. و هنا الإلزام بعدم التمييز مفروض على
الأشخاص الذين يمارسون الأعمال التجارية، الذين يكتسبون الصفة التي تحددها القوانين المعمول
بها¹³⁷، و هو ما تفرضه كذلك نزاهة الممارسات التجارية.

هناك علاقة بين احترام القواعد المتعلقة بالأسعار- من إعلان و حرية الأسعار و حدود هذه
الحرية- و شروط البيع - من إعلان و محتوى - و القواعد المتعلقة بالنزاهة و بين احترام القواعد
المتعلقة بالفوترة. على سبيل المثال المادة 19 من القانون رقم 04-02 التي تمنع إعادة بيع سلعة بسعر
أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي، تنص في فقرتها الثانية بأن سعر التكلفة الحقيقي، هو سعر الشراء

¹³⁵ - Avant-propos, Sous la direction de C. LOPEZ et N. STOLOWY, in La facturation de complaisance dans les entreprises, (colloque sur, fausses factures, factures fictives au regard du droit fiscal et du droit pénal), éd. L' harmattan, 2001, p. 11.

¹³⁶ - P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°21, p. 7.

¹³⁷ - أنظر المادة 14 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم،
المذكور سابقا.

بالوحدة المكتوب على الفاتورة، و يضاف إليه الحقوق و الرسوم و أعباء النقل و هي كلها أمور تذكر في الفاتورة. كذلك يجب أن تتضمن شروط البيع، الحسوم و التخفيضات و المسترجعات¹³⁸. أما الأحكام المتعلقة بالفاتورة فإنها تعتبرها من ضمن عناصر السعر الإجمالي مع احتساب كل الرسوم¹³⁹. فتقريباً مختلف الأحكام التي تلزمها الشفافية و النزاهة هي مذكورة في الفاتورة.

لتحديد و مراقبة الممارسات التمييزية فإن كل البيانات المتعلقة بالسعر و بشروط البيع الواجب ذكرها في الفاتورة، تلعب دوراً مهماً. هكذا فإن الكشف على الممارسة التمييزية يكون صعباً و ناقصاً في حالة عدم كفاية البيانات المذكورة في الفاتورة. وحتى تؤدي الفاتورة دورها كوسيلة لشفافية الممارسات التجارية و إثباتها، و إثبات كل تمييز بين الأعوان الاقتصاديين، يجب أن تكون موقعة من قبل العون الاقتصادي الذي حررها.

نظرياً، محتوى الفاتورة بديل لمبدأ حرية التجارة¹⁴⁰. يمكن أن تكون الفاتورة دعامة للممارسات المقيدة للمنافسة و يمكنها على سبيل المثال أن تشكل العنصر المكيف للممارسة التمييزية¹⁴¹.

الفاتورة التي تحرر بمناسبة طلبات صغيرة ينجر عنها مصاريف التي لا تفضل المؤسسات تحملها. و لقد تبنت هذه المؤسسات كحل أول، رفض البيع للزبائن الذين يريدون شراء كميات صغيرة. و إذا كان مثل هذا الشرط موجود في الشروط العامة و لا يمثل ممارسة تمييزية فإنها تعتبر ممارسة مقبولة، و هذا الحكم تم تبنيه من قبل الإدارة بعد إلغاء معاقبة منع رفض البيع في التشريع الفرنسي¹⁴². و إذا

¹³⁸ - أنظر المادة 9 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

¹³⁹ - أنظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي 05-468 المذكور سابقاً.

¹⁴⁰ - P. ARHEL, *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, op. cit, n°23, p.8.

¹⁴¹ - CJCE 11 janv. 1990 (aff. C-277/87), Sandoz, Rec. CJCEI, P. 45, cité par P. ARHEL, op. cit, n°21, p. 7 : « ... les factures peuvent être le support de pratiques anticoncurrentielles et pourraient, par exemple, constituer, un élément de qualification d'une entente illicite ».

¹⁴² - op. cit, n°62, p.13.

فرضت المؤسسات المهيمنة على الزبائن شراء كميات كبيرة فإن هذا يشكل تعسف حسب قانون المنافسة¹⁴³. الحل الذي تم تبنيه من قبل الإدارة في التشريع الفرنسي، يتمثل في فوترة على الزبون مصاريف الفاتورة أو الوضع في مكان ذلك جدول حساب فرق السعر "un barème d'écarts"¹⁴⁴. في التشريع الجزائري يمنع رفض البيع و لكن بشروط. أن يكون رفض البيع بدون مبرر شرعي¹⁴⁵ و أن يكون في إطار تعسف المؤسسة في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة¹⁴⁶. فرفض البيع هنا مؤسس على التعسف، فيجب أولا إثبات التعسف لإدانة رفض البيع. و لكن هل امتناع العون الاقتصادي البائع أو مقدم الخدمة على تقديم فاتورة بمناسبة شراء كميات صغيرة يعتبر بمثابة تعسف و رفض البيع. المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المتعلق بالفاتورة لا يذكر صراحة بأنه يجب أن تذكر في الفاتورة مصاريف الفوترة، و لكن يفهم من خلال المادة 8 منه بأنه يجب ذكرها. إذ تنص على أنه "يجب أن تذكر صراحة في الفاتورة... التكاليف التي تشكل عبء استغلال للبائع كأجور الوسطاء و العمولات و السمسرة و أقساط التأمين عندما يدفعها البائع و تكون مفوترة على المشتري". يمكن إدخال مصاريف الفوترة في التكاليف التي تشكل عبء استغلال للبائع، و لكن عندما يفوترها البائع على المشتري يجب أن يذكر ذلك صراحة في الفاتورة، باعتبار الفاتورة وثيقة محاسبائية و تجسد شفافية الممارسات التجارية و عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و بالتالي فإن القواعد المتعلقة بالشفافية و بعدم التمييز تفرض هنا.

¹⁴³ - "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة... على الخصوص قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة..."، المادة 11 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

¹⁴⁴ - P. ARHEL, *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, op. cit, n°35, p.9.

¹⁴⁵ - أنظر المادة 14 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

¹⁴⁶ - أنظر المادة 11 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

الكثير من الكتاب و ضحوا الأدوار المتعددة و المختلفة للفاتورة و على الخصوص الدور الاقتصادي. من خلال الدور المهم الذي تلعبه هذه الوثيقة الحسابية في المجال الاقتصادي ضمن ستين سنة الأخيرة. فبعدما كانت أداة لا يمكن الاستغناء عنها في مراقبة الأسعار، أصبحت الفاتورة اليوم الشاهد على علاقات القوة بين المتعاملين الاقتصاديين و على احترام جانب مهم من قواعد المنافسة و قواعد الممارسات التجارية كاحترام قواعد النزاهة و عدم التمييز. و لا يمكن للفاتورة أن تؤدي هذه المهمة بكل فعالية إذا لم تكن مجسدة بطريقة منظمة و منسقة¹⁴⁷. و هذا ما جعل التشريعات تفرض بيانات معينة في الفاتورة.

المطلب الثاني

أهمية الأحكام المتعلقة بالشفافية

في الوقاية و إثبات الممارسة التمييزية

القواعد المتعلقة بالشفافية الموجودة تحت رمزية حرية المنافسة، تبحث عن الشفافية للمبادلات في مختلف مراحل العلاقة التجارية¹⁴⁸. و من أجل أن اتفاق الأطراف يكون مثبت، يجب أن تجسد فاتورة في ظل احترام الشكلية القانونية، لكي يحدد محتوى العلاقة التعاقدية¹⁴⁹.
بفرض أحكام الشفافية المشعر كرس نظام وقائي من الممارسات التمييزية (الفرع الأول). و نظام لإثبات الممارسة التمييزية (الفرع الثاني).

¹⁴⁷ - P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°21, p.7.

¹⁴⁸ - L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op.cit, n°551, p. 1069.

¹⁴⁹ - op. cit.

الفرع الأول

الالتزام بالشفافية: نظام وقائي من التمييز

إن الشفافية تفترض تحسين سير السوق لأنه يوجد رباط وثيق بين الإعلام المتوفر في السوق و السير الحسن لهذا السوق. لكن ليست سوى قرينة، لأنه توجد أشكال للسوق أين الشفافية فيها يمكن أن تقتل المنافسة. بالمقابل المبالغة في الشفافية يمكن أن يحمل تعدي على الشفافية نفسها¹⁵⁰. تبعا لغياب كل تفاوض فردي¹⁵¹.

التدابير المتعلقة بالشفافية التي هدفها الوقاية من الممارسات التمييزية ليست مقبولة من قبل الكل بسبب آثارها المتناقضة. فلقد شكلت القواعد المتعلقة بالشفافية منذ اعتمادها لأول مرة في فرنسا جدل و انقساماً بين مؤيدي الشفافية و بين معارضيها. فمؤيدي الشفافية (أولاً) يرون بأنه يجب تشجيع الشفافية لأنها ليست عامل للتضخم المالي، كما هو الشأن بالنسبة للتعطيم و خاصة أنها تسمح من التحقق بوجود أو عدم وجود ممارسة تمييزية¹⁵². أما فيما يتعلق بمعارضتي الشفافية (ثانياً)، الشفافية لا تحافظ على المنافسة. لأنها تضع في خطر المؤسسات المحلية بالنظر إلى المؤسسات الأجنبية التي لم يتم إخضاعها لمثل هذه الأحكام أي تلك المتعلقة بالشفافية. و بالتالي تسبب تمييز آخر¹⁵³.

¹⁵⁰ - C. LUCAS DE LEYSSAC, L'opacification du droit de la transparence, conséquence de sa codification, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspects actuels des droits des affaires, DALLOZ, 2003, p. 755,

¹⁵¹ - N. Brunetti, op. cit, p.5 et 6 : « En effet, selon certain, l'obligation de communication des conditions générales de vente ou de prestation de services conduirait à une *normalisation*, et même à une *standardisation des relations commerciales*. Dans cette optique on s'orienterait vers l'idée que « *l'excès de transparence tue la transparence* », du fait de l'absence de toute négociation individuelle».

¹⁵² - L. Nicola-Vullierme, op. cit, n°22 p.7.

¹⁵³ - op.cit ; L. VOGEL, Droit de la négociation commerciale, éd.2009, op.cit, n°1, p.10 : « La déconfidentialité des conditions générales des entreprises françaises, imposée par l'article L. 441-6 du code de commerce parallèlement au maintien de l'opacité de celle de leurs concurrents étrangers, ne constitue pas un facteur de compétitivité internationale mais place les entreprises françaises dans une situation d'infériorité concurrentielle tout ont les privant de la souplesse de négociation dont bénéficient les entreprises des pays tiers ».

أولاً: تشجيع الشفافية: مؤيدي الشفافية كنظام وقائي

إن الفلسفة فيما يتعلق بالسياق التنافسي، ذات الإلهام التشاؤمي، تعتبر أن المنافسة هشة و بالتالي يجب رعايتها و التحقق اليومي من ممارسات الأعوان الاقتصاديين¹⁵⁴. و من أجل حماية الغير و السوق، فيجب أن يكون هناك التزام بالإعلام يقع على عاتق المؤسسات¹⁵⁵. فحسب هذا المفهوم فإن المنافسة تتطلب أن المتعاملين، يكونون متساوون في الحظوظ و أن لا يتم الإخلال بالتنافس¹⁵⁶. البحث عن المنافسة من خلال مساواة تامة، يتطلب منافسة خالصة و كاملة "pure et parfaite"¹⁵⁷.

فيجب أن يتحصل المشتريين على نفس شروط البيع من نفس البائعين. هكذا يكون هؤلاء البائعين في تنافس مادام، أن كل موزع يتعاقد مع الذي يقدم أحسن الشروط¹⁵⁸. فالتبليغ بالأسعار يسهل المنافسة في كل مراحل التبادل الاقتصادي بسبب "الإمكانية الممنوحة للبائعين بمعرفة الأسعار الأكثر انخفاضا، تمكنهم من التموين في أحسن الشروط الاقتصادية و بالنتيجة، إعادة البيع بدورهم بسعر منخفض من ذلك الذي يبيع به منافسيهم"¹⁵⁹. في هذه المقاربة، فإن المنافسة تفترض معاينة كل تمييز و من أجل الانتهاء الشفافية في الممارسات التجارية¹⁶⁰. يُمكن إجراء الشفافية من الحصول على "معدل تنافس مرتفع من ذلك الذي يُتَّحَصَل من الطرق العفوية للبحث و للالتقاء بالشركاء الاقتصاديين"¹⁶¹.

¹⁵⁴ - J-P.CHAMOIX et H.LEPAGE, op. cit, p.5.

¹⁵⁵ - J-M. GARINOT, op. cit, n°143, p. 123.

¹⁵⁶ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°20, p. 28.

¹⁵⁷ - M. MARTIN, Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence, thèse, éd. Presse universitaires d'Aix- Marseille, 2012, n°355, p. 281.

¹⁵⁸ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op.cit, n°20, p. 28.

¹⁵⁹ - op. cit.

¹⁶⁰ - Ibid.

¹⁶¹ - J-M. MOUSSERON et V. SELINSKY, Le droit français nouveau de la concurrence, Litec, 2^e éd. 1988, (Ces auteurs érigent la transparence au rang de «mécanisme générateur de la compétition»), citée par Ibid.

فهذا المفهوم أساسه تنظيم أكثر تدخلية بسبب المناهج المستعملة من أجل الحفاظ على السير الحسن للمنافسة¹⁶². فحسب D. SCHMIDT "النصوص تحدد المعلومات الضرورية للسير الحسن للسوق، بشكل أن الشفافية لا تتجاوز ما هو ضروري لهذا السير الحسن"¹⁶³.
هكذا، يكون النقاش حول فضائل أو مخاطر الشفافية سبب في تعارض مفهومين مختلفين حول سير المنافسة¹⁶⁴.

ثانيا: الشفافية لا تحافظ على المنافسة: معارضي الشفافية كنظام وقائي

إن الفلسفة فيما يتعلق بالسياق التنافسي، ذات الإلهام النفاولي، تنطلق من الفرض أن السوق مزود للمعلومات "le marché est un pourvoyeur d'information" في نفس الوقت الذي يسمح فيه بالتبادل بين العرض و الطلب¹⁶⁵.

فحسب هذا المفهوم فإن المنافسة تفترض التفاوض الأقصى في العلاقات العمودية التسامح في الممارسات التمييزية و بالنتيجة، المحافظة على التعتيم في العلاقات التجارية¹⁶⁶. فشفافية السوق التي تريد القوانين تحقيقها، يمكن أن تظهر منافية للمنافسة في بعض الأسواق المجمعَة marchés concentrés لأنها تحذف عنصر الربية l'incertitude و عنصر السر le secret الذين هم شروط المنافسة الفعالة¹⁶⁷. فأكبر قدر، من الشفافية يسهل ظواهر الاتفاقات "d'alignements" التي تذهب

¹⁶² - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°23, p. 29 ; F. DREIFUSS-NETTER, Droit de la concurrence et droit commun des obligation, R.T.D. Civ. 1990, p. 369, citée par op. cit, n°23, p. 29 et 30 : « Mais cet interventionnisme libéral se distingue du dirigisme en ce que le but recherché est le libre fonctionnement du marché ».

¹⁶³ - D. SCHMIDT, « Transparence et marchés financiers et boursiers » in la transparence, colloque de Deauville, association droit et commerce, RJ Com. 1993, n° spécial, p. 169, citée par J-M. GARINOT, op. cit, n°143, p. 123.

¹⁶⁴ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°18, p. 27.

¹⁶⁵ - J-P.CHAMOIX et H.LEPAGE, op.cit, p.4.

¹⁶⁶ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°18, p. 27.

¹⁶⁷ - L. Vogel, Droit de la négociation commercial, éd. 2009, op.cit, n°1, p.10.

مزايا التنافس في وقت قريب جدا بعد الحصول عليه، بحيث "تجد المنافسة نفسها عاجزة و تصير النهضة الاقتصادية بطيئة"¹⁶⁸. كما أن قواعد الشفافية قد ساهموا في بعض الأحيان في تجسيد التمييز¹⁶⁹.

و كذلك، التطبيق المشدد لعدم التمييز يؤدي إلى إبعاد كل تفاوض الذي يؤسس مع ذلك "القاعدة الطبيعية لسير الأسواق"¹⁷⁰. يجب هكذا، أن يكون تكوين العقود محدد بحرية على قاعدة الشروط التمييزية و يجب تقبل لهذا الغرض، "الحاجة إلى تعميم المتعاملين، الشركاء في هذه الممارسة التمييزية"¹⁷¹. و حسب الأستاذ CL.LUCAS DE LYSSAC "الشفافية لا يمكن اعتبارها كهدف في حد ذاتها، مثالية ينبغي الوصول إليها"¹⁷².

حيث حسب رأي السيد A. COTTA أحد معارضي الشفافية فإن "منطق سير السوق (أين عدد البائعين أقل من عدد المشترين d'un marché oligopolistique) يتضمن السرية أو على الأقل تعميم في القرارات و العقود التي عبر التعاون التجاري، تنقل عدم الاستقرار التجاري من الأسفل de l'aval (العلاقات مع المستهلكين) إلى المنبع vers l'amont (العلاقات مع الصناعيين)"¹⁷³.

في شروط معينة أكبر شفافية للأسعار يمكنها بشكل ملموس إنماء احتمالية توازي الأشكال المتعمد Parallélisme délibéré و أو تنظيم تنسيق في الأسعار ذو طابع ضد تنافسي. أكبر شفافية للأسعار يمكنها أن تحرض البائعين على ممارسات متوازية الأشكال متعمدة مضرّة للمستهلكين¹⁷⁴.

¹⁶⁸ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°19, p. 27.

¹⁶⁹ - CL. LUCAS de LEYSSAC, L'opacification du droit de la transparence, conséquence de sa codification, op.cit, p. 757.

¹⁷⁰ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°19, p. 28.

¹⁷¹ - A. COTTA, Distribution, concentration et concurrence, Bull. I.C.C., juin 1985, cité par op. cit.

¹⁷² - C. LUCAS DE LYSSAC, « transparence, dépendance et partenariat », LPA 1996, n°29, p. 7, citée par J-M. GARINOT, op. cit, n°143, p. 123.

¹⁷³ - F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°19, p. 27 et 28.

¹⁷⁴ - L. Vogel, Droit de la négociation commerciale, 2007-2008, op. cit, n°16, p.29.

يحدث أن النصوص المأخوذة من قبل السلطات العمومية من أجل تدعيم الشفافية في مجال الأسعار تؤدي ظاهريا إلى ارتفاع في الأسعار، احتمالا أنها دعمت تنسيق ذو طابع ضد تنافسي بين البائعين¹⁷⁵.

بالإضافة إلى أن الشفافية هي مكلفة جدا، إلى درجة أن بعض الكتاب البريطانيين رافعو من أجل عدم واجب الإعلام و هم يقصدون هنا الإشهار القانوني كأحد محاور الشفافية¹⁷⁶. و ليس الشفافية بمعنى اعلان الأسعار و شروط البيع و الفوترة، كما هي محددة في النصوص التي تنظم شفافية الممارسات التجارية.

فالشفافية لا يمكن اعتبارها كمثالية اقتصادية، التي تريد القاعدة القانونية تجسيدها و العمل على احترامها كما هي، بينما الأمر يتعلق بآثارها على المنافسة¹⁷⁷.

الفرع الثاني

الالتزام بالشفافية: نظام إثبات التمييز

الأسعار و شروط البيع تساهم في نظام إثبات التمييز (أولا) و للفوترة كذلك مساهمة في نظام إثبات التمييز (ثانيا).

¹⁷⁵ - L. Vogel, Droit de la négociation commerciale, 2007-2008, op. cit, n°16, p.29.

¹⁷⁶ - J-M. GARINOT, op. cit, n°140, p. 121.

¹⁷⁷ - CL. LUCAS de LEYSSAC, L'opacification du droit de la transparence, conséquence de sa codification, op.cit, p. 757.

أولاً: مساهمة الإبلاغ بالأسعار و شروط البيع في إثبات التمييز

يقوم العون الاقتصادي بإبلاغ المتعاملين الاقتصاديين بالأسعار و بشروط البيع وفقاً لمبدأ الشفافية و لذا سنرى مدى مساهمة الإبلاغ بالأسعار في إثبات التمييز (أ)، و كذلك الإبلاغ بشروط البيع في إثبات التمييز (ب).

أ- مساهمة الإبلاغ بالأسعار في إثبات التمييز

كل من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم و الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. يقضيان بأنه يجب أن يتم تحديد أسعار السلع و الخدمات بصفة حرة وفقاً لقواعد المنافسة الحرة و النزاهة و شفافية و نزاهة الممارسات التجارية. وفقاً للمادة 4 من القانون رقم 05-10 الذي يعدل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإنه تتم ممارسة حرية الأسعار في ظل أحكام التشريع و التنظيم المعمول بهما و كذا على أساس قواعد الإنصاف و الشفافية، لاسيما تلك المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية.

تبعاً لذلك يجب أن توافق الأسعار أو التعريفات المعلنة من قبل العون الاقتصادي، المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة¹⁷⁸.

كل هذه الأحكام تنظم الإبلاغ بالأسعار و لكن كيف يساهم هذا الإبلاغ في إثبات التمييز ؟ يمكننا الإجابة بوضع افتراضات و استلهاً أحكام قانون الممارسات التجارية و قانون المنافسة.

بما أنه يجب احترام قواعد الشفافية المتعلقة بالأسعار فهناك مساهمة في إثبات التمييز. إذ أن المشرع يعاقب على عدم الإعلام بالأسعار و التعريفات و من بينه الإعلام في العلاقات بين الأعوان

¹⁷⁸ - أنظر المادة 6 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

الاقتصاديين¹⁷⁹. و يعطي للموظفين المؤهلين¹⁸⁰ بمعاينة مخالفة عدم الإعلام كل الإمكانيات و من بينها القيام بتفحص كل مستندات العون الاقتصادي الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية، و كذا كل وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني¹⁸¹. كما يمكنهم بالإضافة إلى التفحص أن يستلموا هذه الوثائق و يقوموا بحجزها¹⁸². هذه الإمكانيات الممنوحة لأعوان التحقيق تسمح بكشف مخالفة عدم الإبلاغ بالأسعار و استلزما يمكنهم الكشف عن وجود ممارسة تمييزية.

كما أن المشرع يؤكد في قانون المنافسة على أن موضوع الأسعار يتم في إطار شفافية الممارسات التجارية. لأن في الواقع الالتزام بالشفافية صمم في منظور مراقبة حرية الأسعار و نظام الأسعار المقننة¹⁸³ و بهدف المساواة في المعاملة بين الأعوان الاقتصاديين الممومنين سواء كان التموين من الإنتاج أو من الاستيراد¹⁸⁴ و الموزعين هذا من جهة و من جهة أخرى منع الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

¹⁷⁹ - أنظر المادة 31 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

¹⁸⁰ - راجع المادة 49 من القانون رقم 04-02، المذكور أعلاه.

¹⁸¹ - أنظر المادة 1/50 من القانون رقم 04-02، المذكور أعلاه.

¹⁸² - أنظر المادة 2/50 من القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه.

¹⁸³ - أنظر المادة 3 من القانون رقم 10-05 التي تعدل المادة 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المذكور سابقا.

¹⁸⁴ - تنص المادة 3 من القانون رقم 10-05 التي تعدل المادة 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المذكور سابقا، على ما يلي: قواعد "...تتم ممارسة حرية الأسعار...على أساس قواعد الإنصاف و الشفافية لاسيما تلك المتعلقة بما يأتي: تركبة الأسعار لنشاطات الإنتاج و التوزيع و تأدية الخدمات و استيراد السلع لبيعها على حالها...".

ب – مساهمة الإبلاغ بشروط البيع في إثبات التمييز

فرض الشفافية في العلاقات التعاقدية لم يصبح فقط بهدف الوقاية، و إنما أصبح أيضا يسهل الكشف و بالتالي معاقبة الممارسات التي تخل بالمنافسة كالممارسات التمييزية¹⁸⁵. الكشف و المعاقبة يعني إثبات و جود الممارسة التمييزية و هنا تطرح إشكالية إثبات التمييز بين الأعوان الاقتصاديين من خلال الإبلاغ بشروط البيع.

يمكن للعون الاقتصادي الذي يكون ضحية معاملة تمييزية بإثبات ذلك من خلال تقديم وثائق تثبت وجود تمييز في شروط البيع من خلال مقارنة الشروط المعلنة و الشروط المطبقة على الأعوان الاقتصاديين الآخرين. رغم أننا رأينا فيما قبل أنه لا يوجد ما يشير صراحة إلى أن شروط البيع تكون مجسدة مسبقا.

ثانيا: الفاتورة كوسيلة للشفافية: أداة لإثبات التمييز

الفاتورة لا تعطي أي معلومة للسوق بما أنها وثيقة خاصة متبادلة بين البائع و المشتري. مع ذلك القواعد المتعلقة بالفاتورة تساهم بصفة مؤثرة في شافية السوق طبقا للقانون¹⁸⁶. باعتبار أن الفاتورة تساهم بصفة بعدية في شفافية السوق و التي تثبت بمقتضاها الشروط التي تمت فيها الممارسة

¹⁸⁵ - D. LEGAIS, 16^e éd. op.cit, n°525, p. 300 et 301 ; Ch. ATIAS, Qu'est-ce qu'un contrat, in Droit et économie des contrats, sous la direction de Ch. JAMIN, éd. L.G.D.J, 2009, n°43, p.19 : « Le contrat est l'un des modes de gestion de l'ignorance et de la liberté d'utiliser l'information disponible. C'est pourquoi il ne peut être simplement conçu comme loi intangible. « Le processus de marché est mis en mouvement par les conséquences de l'ignorance initiale des acteurs. Ce processus même consiste en des changements systématiques de plans engendrés par le flux d'information libéré par la participation au marché – c'est-à-dire par la mise à l'épreuve des plans sur le marché ».

¹⁸⁶ - C. Lucas De Leyssac, L'opacification du droit de la transparence, conséquence de sa codification, op.cit, p.758.

التجارية¹⁸⁷. فالفاتورة لا يمكن أن تلعب دورها كاملا كأداة إثبات إلا إذا حررت بطريقة منهجية، تلك التي حددها لها القانون المتعلق بالفاتورة.

الفاتورة تعتبر سند قانوني، أي وثيقة تساهم في إثبات حق أو واقعة لها نتائج قانونية. يقول الأستاذ C. DUCOULOUX FAVARD : الفاتورة باعتبارها وثيقة منشأة بالإرادة المنفردة لا تكون، حتما، سند قانوني. لكن تصبح في الحقيقة كذلك بمجرد أن الظروف تكسبها قوة إثبات حق مرتبط بمحتواها¹⁸⁸.

قبول الزبون للفاتورة المقدمة من قبل الممون يحقق العقد المؤكد réalise un contrat confirmatif للعقد الأصلي المتعلق ببيع السلع أو تقديم الخدمات. العقد الأصلي يكتسب في بعض استعمالاته، استقلالية بالنظر إلى العقد المؤكد. لا سيما في السياق الاقتصادي و الجبائي المحيط بالفاتورة¹⁸⁹. تتضمن الفاتورة في أغلب الأحيان و في الواقع، اشتراطات غائبة في العقد الأصلي أو متناقضة معه. الإشكالية المطروحة إذا هي تحديد فعالية القبول بشأن هذه الاشتراطات. في هذا المجال تمارس السلطة السيادية لقاضي الموضوع. الممارسة القضائية في فرنسا تميل إلى اعتبار أن قبول الفاتورة لا يتضمن الاشتراطات التي أدخلت فيها إلا إذا كانت صريحة¹⁹⁰.

فلقد وجدت القواعد المتعلقة بالفوترة، من أجل مكافحة البيع بخسارة و من أجل الكشف عن الممارسات التمييزية. فوضع مقارنة بين الأسعار و شروط البيع، و الفاتورة يكون وسيلة للتحقق من أن

¹⁸⁷ - C. Lucas De Leyssac, L'opacification du droit de la transparence, conséquence de sa codification, op.cit, p.758.

¹⁸⁸ - C. DUCOULOUX FAVARD, Surfactures et factures fictives face aux délits de fabrication et d'usage de faux en écriture , in La facturation de complaisance dans les entreprises, (colloque sur fausses factures, factures fictives au regard du droit fiscal et du droit pénal), éd. L'harmattan, 2001, p.100 : « La facture étant un document établi unilatéralement n'est pas , par nature , un titre juridique . Mais elle le devient dès lors que les circonstances de fait lui font acquérir une force de conviction d'un droit inhérent à son contenu ».

¹⁸⁹ - R. SAVATIER, La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain, op. cit, n°10, p. 9.

¹⁹⁰ - D. MARTIN et H. HOVASSE, Preuve, Encyc. D, 1989, n° 121 , p. 9 .

العون الاقتصادي يكون محل تدبير تمييزي أم لا¹⁹¹. فدور الفاتورة يبقى أساسي، لكن يجب أن يكون مفهوم قبل كل شيء كأداة، فهي وسيلة بحث و إثبات للممارسات التمييزية¹⁹². البيانات الصريحة التي يجب أن تظهر على الفاتورة هدفها تفادي كل تدبير تمييزي ضد الشريك الاقتصادي. الموجه إليه الفاتورة يمكنه التأكد حقا من أنه ضحية ممارسة تمييزية بما أنه التخفيضات الممنوحة يجب أن تظهر فعلا على الفاتورة¹⁹³. يتعلق الأمر هنا بوسيلة إثبات لعمليات الشراء و البيع و بوثيقة حسابية حتمية للسير الحسن للمؤسسات¹⁹⁴.

الأعوان الاقتصاديون يتأكدون من مطابقة المتعاقدين معهم لالتزاماتهم بتمحيص الفواتير التي يتلقونها أو يسلمونها. هذه الممارسة هي مبدئيا مشروعة. فالمموم يمكنه مثلا فرض على موزعيه المعتمدين أن يبلغوا له الفواتير من أجل التحقق من أنهم لا يعرضون للخطر إحكام الشبكة¹⁹⁵. هكذا فإن اللجنة الأوروبية تعتبر أن فعل المموم المتمثل في فرض معاينة الفواتير لموزع معتمد، عندما عناصر تحمل على الضن أن هذا الأخير يساهم في إعادة بيع منتجات المموم خارج شبكة التوزيع المعتمدة، يشكل وسيلة حتمية من أجل متابعة مخالفات عقد التوزيع و من أجل ضمان تجانس و إحكام النظام، المموم يمكنه كذلك فرض على الموزع الاحتفاظ بالفواتير لمدة فترة عام¹⁹⁶. هكذا فإن الممارسة لا تكون شرعية إلا إذا لم تذهب إلى ما أبعد مما هو ضروري من أجل ضمان التحام نظام التوزيع، الذي يستبعد الإبلاغ التلقائي للفواتير. لأن مثل هذا الفرض يمكنه حقا إعطاء للمموم الوسائل لمراقبة السياسة التعريفية للموزعين¹⁹⁷.

¹⁹¹ - L. NICOLA-VULLIERME, op. cit, n°62, p. 11.

¹⁹² - P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°21, p. 7.

¹⁹³ - L. NICOLA-VULLIERME, op. cit, n°63, p. 12.

¹⁹⁴ - P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°21, p. 7.

¹⁹⁵ - op. cit, n°82, p.15.

¹⁹⁶ - Décis. Comm. CE n°1992/33 du 16 déc. 1991, JOCE, n° L 12, 18 janv. 1992, Rev. Conc. Consom., sept-oct. 1992, n°69, obs. A. Dupeyron., citée par op. cit.

¹⁹⁷ - Ibid.

المبحث الثاني

الأساس القانوني للممارسة التمييزية

إن القانون المتعلق بالممارسات التمييزية معقد، فالممارسات التمييزية مشار إليها في العديد من النصوص، سواء تعلق الأمر بالأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، أو القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و التي كل منها تنص على نظام مختلف. في الحقيقة الممارسة التمييزية تظهر بالخصوص صعوبة، في الإحاطة بها أو تحديدها بدقة. بالرغم من أن المشرع تبنى منع الممارسات التمييزية منذ أول قانون للمنافسة سنة 1995 و أبقى عليه حتى بعد التعديلات المتتالية لقانون المنافسة. و الأمر كذلك، أي عدم الإحاطة بالممارسات التمييزية بدقة بالنسبة لكافة التشريعات المقارنة. فالتشريع الفرنسي و التشريع الأوربي مثلا تراوح بين المنع و الإباحة للممارسة التمييزية و التي يجد دائما القانونيين صعوبة الإلمام بها، لأنها مفهوم مستمد من النظريات الاقتصادية. هذه النظريات الاقتصادية سواء تعلقت بالنظام الماكرواقتصادي أو الميكرواقتصادي، لكل منها حسب اتجاهها الإيديولوجي رأيا و مفهوما للممارسة التمييزية و مفهوما حول آثار هذه الممارسة على المنافسة و على المستهلكين.

الأمر المتعلق بالمنافسة يمنع الممارسة التمييزية عندما تقيد المنافسة، فتأسيس التمييز مرتبط بتأسيس التقييد للمنافسة (المطلب الثاني). أما قانون الممارسات التجارية يقدر الممارسة التمييزية بالنظر إلى المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة. و تأسيس التمييز في قانون الممارسات التجارية هو تأسيس المعاملة التفضيلية و إثبات أنها مخالفة لأحكام نزاهة الممارسات التجارية (المطلب الأول).

المطلب الأول

مستويات تقدير التمييز في قانون الممارسات التجارية

مستويات تقدير التمييز في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تركز على مبادئ هذا القانون و هم الشفافية و النزاهة في الممارسات التجارية. مما يجعل تحديد التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في هذا القانون و هو الإيحاء الذي تعطيه أحكامه. بأن التمييز يستشف من كل القواعد التي تبني هذا القانون. و هذا منطقي لأنه يقوم على مفهوم فلسفي ألا و هو الشفافية و النزاهة. و من يقول شفافية يعني بذلك المساواة. و من يقول نزاهة يعني بذلك الشفافية و المساواة في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين، كما يعني النزاهة في العون الاقتصادي في حد ذاته أي أن يمارس نشاطه الاقتصادي وفق الشروط القانونية المتطلبه لذلك. التمييز يكون هكذا كل مخالفة لشرط قانوني يُطلب للقيام بنشاط اقتصادي.

سنتناول في هذا المطلب التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي للمعاملة التجارية (الفرع الأول)، و التمييز الناتج عن اعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي

للممارسة التجارية

سنتناول (أولاً) التمييز الناتج عن تطبيق المادة 18 و (ثانياً) التمييز الناتج عن تطبيق المواد 15، 16 و 17. و هم مواد القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم.

أولاً: التمييز الناتج عن تطبيق المادة 18 من القانون رقم 02-04

منع المشرع التمييز، بموجب المادة 18 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و التي تقضي بأنه "يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذاً على أي عون اقتصادي آخر، أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة". مجال تطبيق هذه المادة واسع و يترجم إرادة المشرع في ضبط كل الممارسات التمييزية الخاطئة بما أنها تضر إما بالقدرة التنافسية للمتعامل الاقتصادي و إما بالسير التنافسي للسوق في كليته¹⁹⁸. قبل دخول القانون المتعلق بالتحديث الاقتصادي في فرنسا حيز التطبيق، كانت الممارسات التمييزية ممنوعة في حد ذاتها من دون النظر إلى آثارها على السوق¹⁹⁹.

أما بخصوص مجال تطبيق هذه المادة من حيث الأشخاص، فإن الشخص المعني بالممارسة التمييزية هو العون الاقتصادي الذي يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها²⁰⁰. و لا يهم مدة دخوله إلى السوق أو الحقبة التي يتعامل فيها و ذلك سواء

¹⁹⁸ - N. BRUNETTI, op. cit, p.7.

¹⁹⁹ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, Droit européen et français, tome1, op. cit, n°693, p.1271 : « Ce régime n'était pas propre au droit français. D'autres systèmes juridiques, comme les États-Unis ou le Canada, sont également dotés d'une réglementation prohibant certaines formes de pratiques discriminatoires en elles-mêmes. La prohibition du droit français présentait cependant la particularité d'être extrêmement générale. Le fait de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage dans la concurrence, engageait la responsabilité de son auteur (ancien art. L.442-6, I, 1° C. com., abrogé par la loi LME). ».

²⁰⁰ - أنظر المادة 3-1 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

كان منتج أو ممون أو موزع أو مقدم خدمات. لكن غالبية الأحكام القضائية الفرنسية بمناسبة الممارسة التمييزية كانت تشترط وجود العلاقة التجارية²⁰¹.

يتم تأسيس الممارسة التمييزية وفقا للمادة 18 من خلال إثبات عدم وجود المقابل الحقيقي للمعاملة (ب) و بتكيف عناصر الممارسة التمييزية (أ).

أ - عناصر الممارسة التمييزية

الأسعار (1) و شروط البيع (2).

1 - التمييز الناتج عن أسعار البيع أو تأدية الخدمة

تمنع المادة 18 التمييز الناتج عن أسعار البيع أو تأدية الخدمة بين الأعوان الاقتصاديين. التمييز في الأسعار لا يمكن إظهاره إلا بشأن الأسعار المعلن عنها و المطبقة. إن العلاقات الاقتصادية تدور بين الإنتاج، التموين و التوزيع، فقد يكون التمييز في الأسعار بين المنتج و الممون، كما يكون التمييز في الأسعار بين الممون و الموزع. هناك حكم قضائي فرنسي يقضي بأنه وجود تعريفتين مختلفتين تشكل الطابع الرئيسي لممارسة تمييزية في مواجهة الموزعين الذين تطبق عليهم تعريفه أكثر ارتفاعا²⁰².

²⁰¹ - E. DIENY, La prohibition des discriminations après l'abrogation de l'article L. 442-6-I,1° du code de commerce, Rev. conc., doctrine, éd. Dalloz, n°2-2009, n°9, p. 91 : « ...Furent ainsi rejeté par la Cour d'appel de Versailles l'action d'un "candidat acheteur" au motif que cette notion de partenaire économique "implique l'existence de relations commerciales avec l'auteur de la prétendue politique discriminatoire"...la Cour d'appel de Paris, jugeant que "le partenaire économique ...ne peut s'entendre que d'une personne qui était en relation d'affaires avec l'auteur des faits allégués" ».

²⁰² - Nîmes, 13 juillet 2000, SA Groupe Bigard/SA Montesud, SA Jikaf, SA Genor, et ministre de l'économie, n° RG : 98/2030 : « le fournisseur avait accordé un tarif 17% plus bas à des centres Leclerc par rapport à d'autres distributeurs... magasin du réseau Leclerc dont la structuration particulière représente une force de vente autrement plus considérable que celle des distributeurs tiers plaignants », citée par E. DIENY, op. cit, Rej. n°18, p. 91.

يحدث التمييز من خلال تطبيق سعر مختلف لبيع أو شراء سلع أو لتقديم خدمات. إنه يتعلق الأمر بطريقة التمييز الأكثر شيوعاً²⁰³. زيادة على ذلك يمكن أن يحصل التمييز برفع أو بتخفيض الأسعار، وذلك منع المشرع القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هوامش الربح و الأسعار المحددة و المسقفة للسلع و الخدمات، و إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار، و عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج و الاستيراد و التوزيع على أسعار البيع و الإبقاء على ارتفاع أسعار السلع و الخدمات المعنية²⁰⁴. و هذا حتى تكون مراقبة للممارسة التمييزية في السعر من حيث الزيادة و الانخفاض. كما ألزم المشرع كل عون اقتصادي بتطبيق هوامش الربح و الأسعار المحددة و المسقفة و المصدق عليها²⁰⁵.

2- التمييز الناتج عن شروط البيع أو تأدية الخدمة

الممارسات التمييزية المنصوص عليها في المادة 18 من قانون الممارسات التجارية، تظهر متنوعة. فيمكن أن يتعلق الأمر بتمييز عام يشمل كل شروط البيع أو تأدية الخدمة، أو بتمييز يقع بالنظر إلى أحد شروط البيع²⁰⁶. سنحاول تفصيل استعمال تاريخ الدفع للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين (1°)، و كفيات البيع و دورها في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين (2°).

²⁰³ - Dalila ZENNAKI, La discrimination entre agents économiques en droit algérien, In, Les contrats de distribution, Droit français, droit algérien, droit communautaire, éd. Presses universitaires de Bordeaux, mars 2011, p.28 ; « Le tribunal de première instance des communautés européenne a condamné les discriminations de prix pratiquées par le producteur de sucre Irish Sugar entre, d'une part, les clients industriels, qui utilisent le sucre dans la fabrication de denrées alimentaires et de boissons et, d'autre part, les emballeurs de sucre destiné à la vente au détail et qui s'approvisionnent auprès d'elle pour leurs achats de sucre industriel », (TPICE 7 oct. 1999 "aff. T-228/97", Irish sugar, Rec. CJCE II, p. 2967, spéc. Points 173 et s, Petites affiches 24 nov. 1999, n°234, obs. P. Arhel), citée par P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°410, p.73.

²⁰⁴ - أنظر المادة 6 من القانون رقم 06-10 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المذكور سابقاً.

²⁰⁵ - أنظر المادة 4 من القانون رقم 06-10 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المذكور سابقاً.

²⁰⁶ - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.23.

1- التمييز بين الأعوان الاقتصاديين باستعمال آجال الدفع

حقيقتنا أن المشرع منع التمييز في آجال الدفع في المعاملات التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين في المادة 18 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. لكن لا يوجد في هذا القانون ما يفيد تنظيم آجالا للدفع في جميع المعاملات التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين. عكس ما هو معمول به في تشريعات أخرى، ففي ألمانيا يحدد آجال الدفع ب 47 يوما و في الأراضي المنخفضة Pays-Bas ب 40 يوما و ب 26 يوما في النرويج Norvége و كل هذه الآجال تحسب ابتداء من تاريخ إصدار الفاتورة²⁰⁷. في التشريع الفرنسي و على الخصوص في قانون التحديث الاقتصادي²⁰⁸ و لمكافحة التعسف المعين في آجال الدفع قيد المشرع من حرية المهنيين في النص على آجال الدفع التي تطبق عليهم تعاقديا²⁰⁹، حدد "التاريخ المناسب بين الأطراف لدفع المبالغ المستحقة ب 30 يوما اعتبارا من تاريخ تسلم البضائع أو تنفيذ الخدمة المطلوبة. الأجل المتفق عليه بين الأطراف لدفع المبالغ المستحقة لا يجب أن يتجاوز سنتين يوما من تاريخ إصدار الفاتورة. بالمخالفة، أجل أقصاه 45 يوما نهاية الشهر ابتداء من تاريخ إصدار الفاتورة يمكن أن يتفق عليه بين الأطراف، تحت تحفظ أن هذا الأجل يكون أشترط صراحة من خلال العقد و أنه لا يشكل تعسف في مواجهة الدائن. في حالة الفاتورة الدورية... فإن التاريخ المتفق عليه بين الأطراف لا يجب أن يتجاوز 45 يوما من تاريخ إصدار الفاتورة". هذه الأحكام موجودة في المادة 6 - 441- L.

²⁰⁷ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, Droit européen et français, tome1, op. cit, n° 598, p. 1133.

²⁰⁸ - L. n° 2008- 776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²⁰⁹ - A. BERG- MOUSSA, Loi du 22 mars 2012 et délais de paiement entre professionnels, La semaines juridique, Entreprise et affaires, n°16, Hebdomadaire, 19 Avril 2012, p. 5, « l'article 3.5 de la directive prévoit que «les Etats membres veillent à ce que le délai de paiement fixé dans le contrat n'excède pas soixante jours civils, à moins qu'il ne soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier au sens de l'article 7 ».

من القانون التجاري الفرنسي²¹⁰. كما يسمح التشريع الفرنسي بأن تكون هناك اتفاقات ما بين المهنيين في قطاع معين، يمكنها تحديد أجل أقصى يفوق الخمسة و أربعون يوما إذا كان هذا التجاوز مبرر من خلال أسباب اقتصادية موضوعية الخاصة بالقطاع المعني²¹¹.

يكون تحديد آجال للدفع بين الأعوان الاقتصاديين في القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ضروريا، لما له من أهمية في تحديد الممارسة التمييزية.

2°- كفيات البيع و دورها في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

من بين كفيات البيع التي نظمها القانون رقم 04-02 و التي يمكن أن تحدث تمييزا بين الأعوان الاقتصاديين، نص عليها في المادة 19 و المادة 21 منه. فالمادة 19 تمنع أي إعادة بيع لسلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي. و بالتالي فإن البيع بسعر أدنى ككيفية من كفيات البيع بين الأعوان الاقتصاديين هو ممنوع كممارسة في حد ذاتها، كما هو ممنوع إذا استعمل كممارسة للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين. لأنه إذا افترضنا أن للممون زونين، باع لأحدهم بسعر أدنا من سعر التكلفة و لآخر بالسعر الحقيقي فهنا ستكون المعاملة تمييزية إذا لم يبررها مقابل حقيقي تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة. يقصد بسعر التكلفة الحقيقي حسب المشرع "سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق و الرسوم و عند الاقتضاء أعباء النقل"²¹². فهنا البيانات المتعلقة بالسعر المذكورة على الفاتورة ستكون معيارا لتحديد سعر التكلفة الحقيقي. كما أنه لا يدخل في حساب سعر التكلفة الحقيقي التخفيضات أو الاقطاعات أو الانتقاصات الممنوحة للمشتري. و بالتالي كان

²¹⁰ - Article L. 441- 6 modifié par loi n° 2015-990 du 6 aout 2015- art.46.

²¹¹ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, Droit européen et français, tome1, op. cit, n° 599, p. 1135.

²¹² - الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

على المشرع إدخال التخفيضات في السعر لحساب سعر التكلفة الحقيقي و هذا إذا أراد الإبقاء على منع ممارسة البيع بسعر أدنى.

يمكن البيع بسعر أدنى بشأن السلع التي تم التموين منها بسعر أقل أو يمكن التموين منها من جديد بسعر أقل. و يتم حساب السعر الحقيقي هنا لإعادة البيع بالسعر الذي يساوي إعادة التموين الجديد²¹³. أي لا يحسب سعر التكلفة الحقيقي، بناء على سعر الشراء الأصلي للممون أو للموزع.

هناك أيضا إمكانية للعون الاقتصادي للبيع بسعر أدنى بالنسبة للمنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين بشرط أن لا يقل سعر البيع من طرف المتنافسين حد البيع بخسارة²¹⁴. و لكن لا يمكن للعون الاقتصادي أن يستغل هذه الاستثناءات من أجل التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. فالعون الاقتصادي الذي يستفيد من البيع بسعر أدنى أن يقوم بإعادة البيع بناء على هذا السعر.

المنع الموجود في المادة 20 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. يتعلق بكيفية من كفيات البيع و هي إعادة بيع المواد الأولية على حالتها الأصلية. فهنا المشرع منع إعادة بيع المواد الأولية في حالتها الأصلية إذا تم اقتناؤها قصد التحويل²¹⁵. لأن إجازة ذلك يمكن أن يشكل ممارسة تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين بما أن الأعوان الاقتصاديين الذين يقنتون المواد الأولية بقصد تحويلها يستفيدون من امتيازات ضريبية و تسهيلات ائتمانية وفقا للسياسة التشريعية في مجال الاستثمار. لكن المشرع وضع استثناء على المنع في نفس المادة 20 في وجود حالات مبررة كتوقيف النشاط أو تغييره أو حالة القوة القاهرة.

²¹³ - الحالة 4 من الفقرة الثالثة من المادة 19 من القانون رقم 04-02، المذكور أعلاه.

²¹⁴ - الحالة 5 من الفقرة الثالثة من المادة 19 من القانون رقم 04-02، المذكور أعلاه.

²¹⁵ - المادة 20 من القانون رقم 04-02، المذكور أعلاه.

ب - و جود المقابل الحقيقي

المادة 18 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تحدد لنا عناصر الممارسة التمييزية كما رأينا ذلك سابقا. و تحدد لنا في نفس الوقت المعيار الفاصل بين اعتبار عنصر من عناصر الممارسة التمييزية حقيقة ممارسة تمييزية ممنوعة أم لا. هذا المعيار يتمثل في المقابل الحقيقي. و إن كانت هذه المادة لم تعطينا تعريفا أو مفهوما للمقابل الحقيقي.

المقابل الحقيقي يدور بين الوجود و عدم الوجود. وجود المقابل الحقيقي يعني تبرير الممارسة التمييزية، عدم وجوده يؤدي إلى إدانة الممارسة التمييزية. لكن الوجود و عدم الوجود يرتبط بمعيار النزاهة و حسن النية و التي هي من مبادئ العدالة في المعاملات بين الأطراف بصفة عامة و في المعاملات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين بصفة خاصة.

الممنوع في هذه المادة ليس التمييز في حد ذاته و إنما طابعه غير الشرعي، بمقدار ما تتم معاينة، من جهة، تفرقة في المعاملة غير مبررة، و من جهة أخرى، الأثر المخل بشفافية و نزاهة الممارسات التجارية. فالتفرقة غير المبررة تتمثل في عدم وجود مقابل حقيقي.

يقصد بالمقابل الحقيقي، كل العناصر التجارية ذات طبيعة تؤسس لتبريرات اقتصادية، موضوعية و فعلية. في هذه الفرضية، التمييز يمنح امتياز أو إجحاف²¹⁶.

يشترط كذلك المشرع في المادة 18 أن يكون المقابل الحقيقي يتوافق مع المعاملات التجارية النزاهة و الشريفة. مما يعني أن تصرف العون الاقتصادي يحكم عليه بناء على مبدأ النزاهة و مبدأ حسن

²¹⁶ - Nathalie Brunetti, op. cit, 1995, p.7 ; E. DIENY, op. cit, n°6, p. 90 : «La notion de contrepartie réelle n'a pas été précisément définie par la loi, mais la jurisprudence l'entendait de façon assez restrictive comme devant être "effective ou réelle, identifiée ou sérieuse, et objective" ; autrement dit, "pour être licite et justifiée, la contrepartie doit être objective, effective et contrôlable"... ».

النية. كما أنه لا يقبل أن يكون مقابل حقيقي يبرر وجود معاملة تفضيلية أو تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، إذا كانت لا تتماشى و مبدأ حسن النية كمثلاً "إتلاف الوثائق التجارية و المحاسبية و إخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية"²¹⁷. أو يكون موضوع المعاملة "منتجات مستوردة أو مصنعة بصفة غير شرعية"²¹⁸.

ثانيا: التمييز الناتج عن تطبيق المواد 15، 16 و 17 من القانون 02-04

في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، في بابہ المتعلق بنزاهة الممارسات التجارية، و على الخصوص الفصل الأول من هذا الباب المعنون بالممارسات التجارية غير شرعية. نجد كل من المواد 15 و 16 و 17 التي تمنع رفض البيع أو تأدية الخدمة غير المبرر (أ)، كما تمنع البيع أو تأدية الخدمة المشروط (ب). هذه الممارسات ممنوعة في حد ذاتها، كما أنها تصبح ممنوعة لقابليتها لأن تحدث تمييزا بين الأعوان الاقتصاديين.

أ - التمييز الناتج عن البيع أو تأدية الخدمة من دون مبرر شرعي

المادة 15 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. تقضي بأنه "...يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة...". يشترط المشرع لمنع رفض البيع أو تأدية الخدمة

²¹⁷ - الفقرة الأخيرة من المادة 24 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

²¹⁸ - الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

أن تكون متوفرة و أن يكون هناك مبرر شرعي للرفض. فيما يخص الشرط الأول فهو واضح، يكفي فقط إثبات توفر السلعة أو تأدية الخدمة من قبل الإدارة أو من قبل العون الاقتصادي، أما بالنسبة للشرط الثاني فينبغي إثبات أن المنع يكون وفقا للأحكام المتطلبية قانونا. لأنه عدم وجود مبرر شرعي، يعني غياب أي أحكام قانونية رسمية أو أعراف تجارية تحكم المعاملات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين. كما يعني غياب مبادئ العدالة من شفافية و مساواة و نزاهة و حسن النية في المعاملة. و لكن الإشكال الذي يطرح و هو التمييز الناتج عن رفض البيع أو تأدية الخدمة من دون مبرر شرعي. يقول السيد P. ARHEL أن رفض البيع لا يكون غالبا إلا الشكل النهائي للتمييز و بالتالي يمكن أن يعاقب على أساس التمييز²¹⁹. كما يعتبر رفض البيع الشكل الأكثر خطورة للحد من المساواة في المعاملة، و بالتالي تمييز غير شرعي بما أنه يهدف إلى عدم التعامل مع متعاقد عرضي بينما السلعة أو الخدمة متوفرة ماديا و قانونيا²²⁰. و يعتبر من بين حالات رفض البيع عندما البائع أو مؤدي الخدمة يرفض الدخول في مفاوضات²²¹، أو الرد على طلب المعلومات من أجل التعاقد²²²، أو تسجيل طلبية²²³ و أن تكون الطلبية نهائية و حقيقية²²⁴، أو تنفيذ عقد البيع أو تأدية الخدمة وفقا للشروط التي رضي بها المشتري²²⁵.

²¹⁹ - P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°428, p. 77 ; L. VOGEL, Droit de la négociation commerciale, éd.2009, op. cit, n°142, p. 144 : « Le refus de vente d'un candidat par le promoteur d'un réseau de distribution sélective ne constituent plus en soi une faute (Cass. comm., 26 janvier 1999). La responsabilité civile de son auteur ne peut être engagée qu'à la condition d'établir une faute détachable du simple refus. Il en est ainsi lorsque la mise en œuvre des critères de sélection est discriminatoire (Paris, 22 septembre 1999). ».

²²⁰ - D. FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°300, p. 128 ; L. VOGEL, Droit de la négociation commerciale, éd. 2009, op. cit, n°142, p. 144 : « Le refus de vente fondé sur l'existence d'un réseau de distribution exclusive conforme tant à l'article 81 CE qu'au règlement de restrictions verticales ne peut engager la responsabilité civile de son auteur (Paris, 26 juin 2003) : Les contrats étant réguliers, aucune faute ne peut être imputée au fournisseur »

²²¹ - Cass. Crim., 23 févr. 1981 : Bull. crim., n° 68., citée par D. FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°300, p. 128.

²²² - Cass. Crim., 30 avr. 1968 : JCP G 1968, II, 15576., citée par op. cit.

²²³ - Cass. Com., 26 oct. 1993 : Bull. civ. IV, n° 368., citée par Ibid

²²⁴ - Versailles, 29 juin 1994 : D. 1994, inf. rap. P. 222., citée par ibid.

²²⁵ - Riom, 12 juill. 1979 : Gaz. Pal. 1979, 2, p. 583., citée par ibid.

ب - التمييز الناتج عن البيع و تأدية الخدمة المشروط

يستشف هذا النوع من التمييز من خلال المادة 16 التي تمنع البيع أو تأدية الخدمة المشروط بمكافئة (1) و المادة 17 التي تمنع البيع أو تأدية الخدمة المشروط بنوعية أو كمية (2).

1- التمييز الناتج عن البيع أو تأدية الخدمة المشروط بمكافئة

المادة 16 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. تقضي بأنه "يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع و كذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلا أو آجلا مشروطا بمكافئة مجانية، من سلع أو خدمات...". يمنع المشرع المكافئة في المعاملات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين. بالطبع لأن ذلك سيؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و إقصاء منهم الأقل قوة. فاشتراط الممون في تعامله مع الموزعين بأن يكون البيع أو الخدمة مشروطا بمكافئة مجانية سواء كانت هذه المكافئة سلعة أو خدمة فإن ذلك لن يكون بدون فائدة على هذا الممون. فعادة العون الاقتصادي الذي يقدم مكافئة، يشترط مبلغا معيناً يساوي السلع التي يريد بيعها أو يساوي تأدية الخدمة التي يريد تقديمها، و هنا يفتح المجال فقط للأعوان الاقتصاديين الذين لهم إمكانية أو رقم أعمال يسمح لهم بذلك. و هنا سيحدث العون الاقتصادي الممون تمييزاً بين الأعوان الاقتصاديين الموزعين، و هذا يتنافى و مبدأ المساواة بين الأعوان الاقتصاديين الذي يكون في إطار شفافية و نزاهة الممارسات التجارية. لكن المكافئة إذا ما كانت غير مقرونة ببيع سلعة أو تقديم خدمة فإنها لا تكون ممنوعة و جائزة في إطار مبادئ الشفافية و النزاهة في المعاملات التجارية التي ينظمها القانون رقم 02-04 و القوانين التي تنظم المعاملات التجارية بصفة مباشرة أو غير مباشرة كالقانون الجبائي مثلاً.

لا يكون بالضرورة التمييز الناتج عن البيع أو تقديم الخدمة المشروط بتقديم مكافئة متكررا حتى يعاقب عليه، كما يعاقب عليه حتى و لو كان بمناسبة تنمية المبيعات. "فلا يكون بالضرورة أن الممارسة التمييزية التي أحدثت ضررا أن تكون متكررة من أجل أن تعاقب. فممارسة واحدة تكفي. أيضا الممارسة التمييزية التي تكون بمناسبة تنمية المبيعات، يمكن أن تكون معاقبة. غير أن هذه الأخير إذا كانت محدودة في الزمان و في المكان، فإنها يمكن أن تكون مقبولة"²²⁶.

2 – التمييز الناتج عن البيع أو تأدية الخدمة المشروط بنوعية أو كمية

المادة 1/17 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية تقضي بأنه "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات و كذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة".

بالنسبة لعملية البيع، يفرق بين البيع المشروط بكمية و البيع المشروط بوجود معاملة موازية. ففي حالة اشتراط الممون على الموزع لإتمام عملية البيع معه أن يقوم هذا الأخير بشراء كمية معينة من السلع، يمكن أن تكون تفوق حد إمكانية الموزع في الشراء أو تكون أقل من الكمية التي يريد الموزع شراءها. نكون أمام ممارسة تجارية ممنوعة في حد ذاتها و لكن أيضا ممارسة قابلة لأن تكون ممنوعة على أساس أنها تحدث تمييزا بين الموزعين أو بصفة عامة بين الأعوان الاقتصاديين. و ذلك أنه إذا كانت الكمية المفروضة تفوق توقعات الموزعين، فهذا سيؤدي بالطبع إلى إقصاء من السوق سواء تعلق الأمر من سوق سلعة معينة أو من سوق جغرافي، الموزعين الأقل قدرة على المنافسة. أما إذا كانت الكمية أقل من توقعات الموزعين، فإن هذا يعتبر بمثابة رفض البيع بالنسبة للكمية المتبقية المطلوبة من طرف الموزع.

²²⁶ - L. NICOLA-VULLIERME, op. cit, n°99, p. 16.

أما في حالة البيع المشروط بوجود معاملة موازية، أو ما يعبر عنه المشرع البيع المشروط بشراء سلعة أخرى أو الحصول على خدمات فهو ممنوع في حد ذاته. كما أن هذه الممارسة هي قابلة لإحداث تمييز بين الأعوان الاقتصاديين و ذلك في حالة عدم تطبيق هذه الممارسة على كافة الموزعين. لأن التمييز هو عدم معاملة كافة الأعوان الاقتصاديين بصفة متساوية و التفضيل بينهم من دون مراعاة أحكام الشفافية و النزاهة.

كما يمنع كذلك المشرع تأدية خدمة بوجود معاملة موازية، أي اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة. و يطبق على هذه الممارسة نفس التحليل بشأن بيع السلع.

الفرع الثاني

التمييز الناتج عن اعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين

يمنع القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين. ففي هذا المنظور تنص المادة 26 من هذا القانون على أنه "تمنع كل الممارسات التجارية غير النزينة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة و النزينة و التي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون اقتصادي أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين". بالطبع مصالح الأعوان الاقتصاديين متعددة في الممارسات التجارية داخل سوق السلعة أو الخدمة و داخل المنطقة الجغرافية للسوق. التمييز كممارسة تجارية، يمكن أن ينتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين. الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين يكون من خلال الممارسات التجارية غير النزينة. هذه الممارسات التجارية غير النزينة تؤدي إلى إحداث خلل في تنظيم العون الاقتصادي (أولاً) و الإخلال بتنظيم السوق (ثانياً).

أولاً: الممارسة التمييزية و علاقتها في إحداث خلل في تنظيم العون الاقتصادي

التعدي على مصالح العون الاقتصادي يكون من خلال التظليل في الإشهار (أ)، و كذلك بإحداث اضطراب في شبكته للبيع (ب).

أ - الإشهار التضليلي و الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين

القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، يحدد الشفافية و النزاهة كقاعدتين أساسيتان تحكمان الممارسات التجارية التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين. القانون لم يعطي تعريفا للممارسات التجارية في التعريفات التي جاء بها. لكن مفهوم الممارسة التجارية هو كل قيام بعمل، إغفال، سلوك، مسعى أو إبلاغ تجاري، بما في ذلك الإشهار و التسويق، من طرف مهني، في علاقة مباشرة مع تنمية المبيعات، البيع أو التموين لمنتج للمستهلكين. هذا المفهوم جاءت به (المادة 2 أسفل ب) للتوجيهية الأوربية رقم 2005/29 المتعلقة بالممارسات التجارية غير النزيهة للمؤسسات اتجاه المستهلكين في السوق الداخلي²²⁷.

لكن المشرع عدد بعض الممارسات التجارية في القانون رقم 02-04 و التي من بينها الإشهار كممارسة تجارية. و التي عرفها في هذا القانون بأنها "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"²²⁸. باعتبار الإشهار ممارسة تجارية فإنها تطبق عليه الأحكام المتعلقة بالشفافية و بالنزاهة. لكن القانون الذي

²²⁷ - Jules STYCK, op. cit, n°1, p. 455 ; Directive 2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprise vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

²²⁸ - أنظر التعريف رقم 3 من المادة 3 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

ينظم الممارسات التجارية، يجمع بين مفهومين مختلفين، فمعاقبة عدم النزاهة، سيكون معاقبة الكذب، التزوير، التعسف²²⁹.

فالمشرع عاقب على عدم النزاهة في الإشهار من خلال معاقبة الكذب، التزوير و التعسف. و هذا من خلال الأحكام المتضمنة في المادة 28 من القانون رقم 04-02، التي تمنع الاشهار التضليلي، و هي المادة الوحيدة في هذا القانون التي تنظم الإشهار كممارسة تجارية، و لكن تنظم فقط عدم النزاهة في الإشهار و هو الإشهار التضليلي. فهذه المادة تعتبر كل إشهار تضليلي، إشهارا غير شرعي و ممنوع. و الإشهار التضليلي يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته. كما يمكن أن يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه. و كذلك يتعلق الإشهار التضليلي بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة مع ضخامة الإشهار. هذا هو الإشهار التضليلي و لكن كيف يكون للإشهار التضليلي علاقة بالممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين؟. تكون الإجابة بمعرفة أولا العلاقة بين الإشهار و الممارسة التمييزية. الإشهار يكون بمثابة عرض إيجاب على التعاقد من قبل العون الاقتصادي، كما أن الإشهار يتضمن سعر البيع و تأدية الخدمة و كذلك شروط البيع و تأدية الخدمة. فالقبول من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين، سوف يكون بناء على المعلومات التي تضمنها الإشهار (الإيجاب). القبول يكون مطابقا للإيجاب من حيث السعر و شروط البيع. على العون الاقتصادي صاحب الإشهار الالتزام بالإيجاب في مواجهة كل الأعوان الاقتصاديين

²²⁹ - G. FLECHEUX, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, Etude offerte à Jaques GUESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, L.G.D.J, janvier 2001, p. 343.

الذين لديهم قبول. بالطبع عندما يكون القبول مطابقاً للإيجاب و في المدة المحددة لذلك²³⁰ ووفقاً لشروط الإيجاب المحددة في الإعلان. إذا ما تم القبول وفقاً لهذه الشروط فإن العقد يبرم. لكن العون الاقتصادي الموجب صاحب الإعلان عليه أن يوافق على كل قبول لكل من الأعوان الاقتصاديين الذين تقدموا به، من دون تمييز غير شرعي بينهم. أي أنه عدم المساواة بين الأعوان الاقتصاديين الذين عرضوا قبولهم لإيجاب العون الاقتصادي صاحب الإشهار، يعتبر تمييزاً بينهم يعاقب عليه القانون. كما يعتبر عدم قبول عرض إحدى الأعوان الاقتصاديين تعدياً على مصلحته، بما أن العون الاقتصادي صاحب الإشهار، قام بممارسة تجارية غير نزيهة، مخالفة للأعراف التجارية النزيهة. و هنا يعتبر بمثابة تعسف في استعمال الممارسة التجارية. هذا بالنسبة لعلاقة الإشهار بالممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

أما بالنسبة للإشهار التضليلي فإنه يعتبر في حد ذاته تعدياً على مصالح الأعوان الاقتصاديين، بحيث أنه إذا ما تم التعاقد من طرف الأعوان الاقتصاديين بناءً، على هذا الإشهار التضليلي الذي كان تضليلاً حول المنتج أو الخدمة سواء من حيث التعريف، المميزات، الكمية أو من حيث إيقاع لبس في ذهن العون الاقتصادي. فإن العون الاقتصادي المتعاقد سيتضرر من جراء خطأ العون الاقتصادي صاحب الإعلان مما يترتب مسؤوليته التقصيرية و التعاقدية. و لكن أين محل الممارسة التمييزية من الإعراب هنا. يمكن القول أنه إذا ما قام العون الاقتصادي الممون التعاقد مع الأعوان الاقتصاديين الموزعين، باستعمال ممارستين تجاريتين. الأولى عن طريق الإبلاغ بالأسعار و بشروط البيع و تأدية الخدمة عندما يطلبها العون الاقتصادي، و الثانية عن طريق الإشهار التجاري. فهنا سيكون تمييز في حالة ما إذا كان الإشهار التجاري إشهاراً تضليلاً. إذ أن الأعوان الاقتصاديين المتعاملين مع هذا العون الاقتصادي الذي استعمل الطريقتين سيكونون غير متساوين، إذ أنه

²³⁰ - تنص المادة 63 من القانون المدني المعدل و المتمم على أنه "إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

لا يمكنهم أن يكونوا في مستوى واحد من المنافسة. فالذي يتحصل على منتج أو خدمة مطابقة ليس كالذي يتعاقد على أساس لبس في المنتج أو في وفرته، أو كالذي تقوت عليه فرصة التعاقد نتيجة عدم توفر السلعة أو الخدمة التي تم الإشهار بها. عدم التساوي هذا يعني التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و التمييز هنا يعني مخالفة الممارسة التجارية النزيهة. فواجب النزاهة في الممارسات التجارية لا يمكن تفرقة عن فكرة المساواة، فالمدين بالالتزام بالنزاهة يجب أن يتبنى بعض السلوكيات إزاء الآخر، و يكون لهذا الآخر حق في هذه النزاهة²³¹. من هذه الفكرة يمكن أن يؤسس العون الاقتصادي ضحية الإشهار التضليلي دعوته على أساس الممارسة التمييزية.

ب - الممارسة التمييزية و علاقتها في إحداث اضطراب في شبكة البيع للعون الاقتصادي

إحداث خلل في تنظيم العون الاقتصادي، يكون بإحداث اضطراب بشبكته للبيع. بشأن مصطلح شبكة البيع، فإن المشرع يستعمله مرة واحدة في كل مواد القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و ذلك في المادة 27 التي تحدد أو تعطي تعريفا لأهم الممارسات التجارية غير النزيهة، في الحالة رقم 7 منها تعتبر ممارسة تجارية غير نزيهة "إحداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس... بإحداث اضطراب بشبكته للبيع". هل هنا المشرع يقصد شبكة البيع بمعنى شبكة التوزيع réseaux de distribution. المعروفة في التشريعات المقارنة. لكن لا يوجد قانون ينظم التوزيع بهذه الطريقة أي التوزيع في إطار الشبكة في القانون الجزائري. لكن المشرع عند تعديله للقانون رقم 04-02 في 2010 و ذلك بالقانون رقم 10-06، في المادة 6 منه التي تعدل المادة 23 من القانون رقم 04-02 نصت على أنه "تمنع الممارسات و المناورات التي ترمي،

²³¹ - C. BLOUD-REY, Loyauté et pratiques anticoncurrentielles, Antinomie ? , Petites affiches, n° 234, 24 novembre 2011, n°7, p. 20.

لا سيما إلى:...إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع". تمت إضافة هذه الحالة من قبل المشرع في المادة التي تتعلق بممارسة أسعار غير شرعية و كل الحالات المذكورة في هذه المادة هي تتعلق بالأسعار. هذا الحكم يدل على اعتراف المشرع بوجود دائرة للتوزيع أو بشبكة للتوزيع و لكن لا يفهم موقع هذا الحكم في هذه المادة. و إن كان المشرع يريد أن ينظم الممارسات غير النزيهة في إطار شبكة التوزيع و على الخصوص الممارسة المتعلقة بالأسعار، تخصيص لها مادة بكاملها أو فصلا خاصا بها.

مؤخرا في القانون التجاري الفرنسي تم إضافة عنوان جديد تحت تسمية "شبكات التوزيع التجاري". فالقانون رقم 990-2015 من أجل التنمية، الفعالية و المساواة للفرص الاقتصادية، في مادته 31 نصت على أنه الكتاب الثالث من القانون التجاري يتم بالباب الرابع محرر كمايلي: الباب الرابع شبكات التوزيع التجاري²³². تنظيم النشاط في إطار عنوان في قانون يسهل مهمة القانونيين. نظرا لأهمية التوزيع و التوزيع في إطار شبكة، يستحسن على المشرع الجزائري تنظيم هذا النشاط بأحكام تحدده في إطار قانون الممارسات التجارية. فالتمييز الذي يحدث اضطراب في شبكة البيع للعون الاقتصادي يكون ممنوع، لمخالفته لقواعد نزاهة الممارسات التجارية.

ثانيا: الممارسة التمييزية و الإخلال بتنظيم السوق

المشرع يلزم الأعوان الاقتصاديين باحترام القوانين التي تنظم نشاطهم و خاصة الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و التي منها الأحكام المتعلقة بالنزاهة و التي يكون في مخالفتها الإخلال بتنظيم السوق. احترام هذه الأحكام القانونية يعطي إمكانية تحقيق المساواة بين الأعوان الاقتصاديين و بالتالي مكافحة أي تمييز

²³² Art. 31 de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, n°2015-990 du 6 aout 2015, JORF n°0181 du 7 aout 2015, p. 13537.

بينهم و بالنتيجة المحافظة على عدم الإخلال بتنظيم السوق. فيجب على الأعوان الاقتصاديين تحقيق المصلحة العامة من خلال عدم الإخلال بتنظيم السوق.

يعتبر المشرع أن الإخلال بتنظيم السوق في القانون رقم 04-02، يكون من خلال مخالفة القوانين و المحظورات الشرعية، بالتهرب من الالتزامات و الشروط الضرورية لتكوين نشاط أو إقامة هذا النشاط أو ممارسة هذا النشاط²³³. إن هذه المخالفة للقوانين و التهرب من الالتزامات من أجل ممارسة النشاط التجاري، يعتبر تعدي على مصالح الأعوان الاقتصاديين الآخرين. لأن مثل هذه الممارسات تعتبر ممارسات غير نزيهة و مخالفة للأعراف التجارية النزيهة و النزيهة²³⁴.

في هذا السياق يمنع المشرع في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، على "أي شخص ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التي تحددها القوانين المعمول بها"²³⁵. فالرجوع إلى القانون رقم 04-08 الذي يحدد شروط ممارسة الأنشطة التجارية. نجد "يلزم كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة نشاط تجاري، بالقيود في السجل التجاري... يمنح هذا التسجيل الحق في الممارسة الحرة للنشاط التجاري، باستثناء النشاطات و المهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري و التي تخضع ممارستها إلى الحصول على ترخيص أو اعتماد..."²³⁶. فالعون الاقتصادي الذي لا يلتزم بهذا الحكم يعتبر مخالفا للالتزامات الضرورية

²³³ - أنظر الحالة 7 من المادة 27 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

²³⁴ - و هذا حسب مفهوم المادة 26 من القانون رقم 04-02، المذكور أعلاه.

²³⁵ - المادة 14 من القانون رقم 04-02، المذكور أعلاه.

²³⁶ - المادة 4 من القانون رقم 04-08 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المؤرخ في 14 أوت 2004، الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 18 أوت 2004، ص. 4، المعدل و المتمم بالقانون رقم 13-06، المؤرخ في 23 يوليو 2013، الجريدة الرسمية، العدد 39، المؤرخة في 31 يوليو 2013، ص. 33.

لممارسة النشاط التجاري²³⁷، و كذلك عدم احترامه حالات التنافي القانونية لممارسة النشاط التجاري²³⁸، بالنسبة للأحكام القانونية المتعلقة بإقامة النشاط، نذكر هنا حالة المستثمر الشخص الطبيعي أو المعنوي. فعندما يكون الشخص الطبيعي مستثمرا أوليا، فإن موطنه يكون محل إقامته المعتاد في حالة اختياره ذلك و عند انتهاء النشاط يصبح موقع النشاط موطناً له. أما بالنسبة للشخص المعنوي، فعندما تكون الشركة التجارية المستثمر الأولي و لا تحوز مقراً اجتماعياً، فيمكنها أن تختار موطناً لها لدى محافظ الحسابات أو خبير محاسب، محام أو موثق أو محل إقامة الممثل القانوني للشركة لمدة أقصاها سنتان قابلة للتجديد مرة واحدة، عند الاقتضاء، و في حالة بداية النشاط يصبح موقع نشاط الشركة موطناً لها²³⁹. هذه أمثلة عن الأحكام القانونية التي يجب أن تحكم نشاط العون الاقتصادي²⁴⁰ و التي عليه احترامها وفقاً لأحكام القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، حتى لا يكون هناك إخلال في تنظيم السوق.

²³⁷ - تتم عملية تسجيل الأنشطة التجارية بالرجوع إلى مدونة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري. يحدد محتوى و محور و كذا شروط تسيير و تحيين مدونة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري عن طريق التنظيم"، المادة 23 من القانون رقم 04-08 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً. - تنص المادة 25 من نفس القانون على أنه "...الشروع الفعلي في ممارسة الأنشطة و المهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري يبقى مشروطاً بحصول المعني على الرخصة أو الاعتماد النهائي المطلوبين الذين تسلمهما الإدارات أو الهيئات المؤهلة. تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

²³⁸ - "لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعاً لنظام خاص ينص على حالة تنافي. على الذي يدعي حالة التنافي إثبات ذلك. ترتب الأعمال الصادرة عن الشخص في وضعية التنافي كل آثارها تجاه الغير حسن النية الذين يمكنهم التمسك بها، دون أن يكون للمعني حق الاستفادة منها. لا يمكن وجود حالة التنافي بدون نص"، المادة 9 من القانون رقم 04-08 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

²³⁹ - أنظر المادة 7 من القانون رقم 13-06، الذي يعدل القانون 04-08، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المذكور سابقاً، و على الخصوص المادة 21 منه.

²⁴⁰ - هناك نصوص قانونية أخرى تنظم تكوين و ممارسة و إقامة النشاطات الاقتصادية المحددة في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. فهناك المرسوم التنفيذي رقم 97-142 الذي يحدد

المطلب الثاني

الإطار القانوني للممارسة التمييزية في قانون المنافسة

الممارسات التمييزية في الأمر المتعلق بالمنافسة، تنتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة التي حصرها المشرع في الفصل الثاني من الباب الثاني من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم. و الذي أكد عليها في المادة 14 من نفس الفصل بالنص على أنه "تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12، أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة".

فالممارسات التمييزية الممنوعة طبقاً للأمر المتعلق بالمنافسة، هي الممارسات التي تعرقل حرية المنافسة و تخل بالسوق (الفرع الأول) و الممارسات التي ينتج عنها التعسف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن عرقلة حرية المنافسة

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين ينتج عن الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه (أولاً). كما أن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين ينتج كذلك عن الاستئثار الذي يؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة (ثانياً).

كيفية التسجيل في سجل الصناعة التقليدية و الحرف، المؤرخ في 30 أبريل 1997، الجريدة الرسمية المؤرخة في 4 ماي 1997، العدد 27، ص. 9، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 15-124 المؤرخ في 14 مايو 2015، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 مايو 2015، العدد 26، ص. 14. و من بين أحكام هذا المرسوم ضرورة إثبات التسجيل في سجل الصناعة التقليدية و الحرف لكل من الشخص الطبيعي و المعنوي وجود سند ملكية أو عقد إيجار المحل أو امتياز لوعاء عقاري يسمح بممارسة نشاط حرفي أو كل عقد أو مقرر تخصيص آخر مسلم من طرف هيئة عمومية.

أولاً: التمييز الناتج عن الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة

تقضي المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على أنه "تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لا سيما عندما ترمي إلى...". قبل تحديد العلاقة بين التمييز و هذه الممارسات المحددة في هذه المادة 6 (ب)، سنقوم بتحديد مجال تطبيقها (أ).

أ - تحديد الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة

سنتناول مجال تطبيق الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة (1)، و موضوعها أو هدفها في عرقلة حرية المنافسة (2).

1 - مجال تطبيق الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة

المشرع منع الاتفاقات و الاتفاقيات التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة. و لكن لم يعطي تعريفا لها في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم. و لم يحدد الأشخاص المعنيين بها، بحيث تنص المادة 6 فقط على أنه "تحظر...الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية...". لكن المادة الأولى من هذا الأمر، تنص بأنه "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تنادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة...". مما يعني أن الأمر يطبق على المتنافسين و هو ما يفهم من "شروط ممارسة المنافسة في السوق"، لكن هؤلاء المتنافسين يكونون في السوق سواء سوق سلع أو تأدية خدمات أو في سوق محدد بحسب المنطقة الجغرافية. المشرع يعطي

تعريفًا للسوق في هذا الأمر و يقول بأنه هو "كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة و كذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها و أسعارها و الاستعمال الذي خصصت له، و المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية"²⁴¹. كما يحدد هذا الأمر النشاطات التي يقوم بها المتنافسين و هي نشاطات الإنتاج، التوزيع، الخدمات و كل النشاطات كما هي محددة في المادة 2 منه المعدلة في 2010. بما فيها نشاطات الوكلاء و الوسطاء. و لكن المشرع في هذه المادة يذكر نشاط الاستيراد و لا يذكر نشاط التصدير و بالتالي أحكام الأمر المتعلق بالمنافسة لا تطبق على نشاط التصدير. كذلك يحدد الطبيعة القانونية لهؤلاء المتنافسين في "المؤسسة" التي هي "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الإستيراد"²⁴². فالاتفاقات و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة التي تكون ممنوعة بهدف عرقلتها حرية المنافسة هي تلك التي تقوم بها المؤسسات، و لكن أيضا تلك التي تقوم بها الجمعيات و المنظمات المهنية²⁴³. فمثلا نقابة العمال لا يمكنها أن تنهزب من تطبيق أحكام قانون المنافسة عندما تمارس "نشاط اقتصادي مختلف عن مهمتها الرئيسية الأولى و هي حماية مصالح المنخرطين فيها"²⁴⁴. كذلك تطبق أحكام الأمر المتعلق بالمنافسة على النشاطات التي تقوم بها الأشخاص المعنوية العمومية. لكن المشرع لم

²⁴¹ - الفقرة ب من المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

²⁴² - المادة 3 - أ من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 3 من القانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

²⁴³ - تنص المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالمادة 2 من القانون 10-05، المذكور سابقا، على أنه "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: - نشاطات... تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية و جمعيات و منظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني و شكلها و هدفها...".

²⁴⁴ - Paris, 29 février 2000, LawLex022876, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°702, p. 1290.

يوضح أي الأشخاص المعنوية العمومية يقصد فهل يعني فقط المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أم كل الأشخاص المعنوية العمومية. المتعارف عليه أن الأشخاص العمومية التي تستعمل امتيازات السلطة العامة تخضع للقانون الإداري و بالتالي لا يطبق عليها قانون المنافسة²⁴⁵.

فمجال تطبيق الاتفاقات و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة، يكون من حيث الأشخاص و النشاطات الاقتصادية المحددة في الأمر رقم 03- 03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم.

و إن كان الأمر الخاص بالمنافسة، يطبق فقط على النشاطات التي تتم في التراب الوطني الجزائري. لكن هناك أيضا أحكام خاصة أو تنظم المنافسة في ظل الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الجزائر في ظل الشراكة. نذكر أهمها اتفاق الشراكة الذي أبرمته الجزائر مع الاتحاد الأوروبي، فهذا الاتفاق يحدد قواعد تطبيق قانون المنافسة²⁴⁶. الفصل الثاني منه تحت عنوان المنافسة و أحكام اقتصادية أخرى المادة 41 تنص على أنه "يتعارض مايلي مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة و الجزائر: كل الاتفاقات بين المؤسسات و كل القرارات لتجمع مؤسسات و الممارسات المتفق عليها بين المؤسسات، التي يكون هدفها أو من أثرها

²⁴⁵ - "...القانون الإداري لا ينطبق إلا إذا كان الأمر متعلقا بمرفق عام و يتمتع هذا المرفق بامتيازات السلطة العامة في القيام بنشاطاته"، بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار النشر، جسور، الطبعة الثالثة، 2013، ص. 137 - كما أنه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يقضي بأنه تختص المحاكم الإدارية بالفصل في جميع القضايا التي تكون الدولة، الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

²⁴⁶ - مرسوم رئاسي رقم 05 - 159 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، و المجموعة الأوروبية و الدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002 و كذا ملاحقه من 1 إلى 6 و البروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 و الوثيقة النهائية المرفق به، الجريدة الرسمية العدد 3 المؤرخة في 30 أبريل 2005، ص.2.

منع المنافسة أو تحديدها أو تعطيلها...". فهذا الاتفاق يأخذ بعين الاعتبار الاتفاقات بين المؤسسات التي تعرقل المنافسة.

لكن بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد نص صراحة على أنه تطبق الأحكام التي تمنع الاتفاقات حتى على الشركات المكونة لمجمع متواجد خارج فرنسا و ذلك في المادة 1-420 L. من القانون التجاري²⁴⁷.

2- موضوع و هدف الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة

المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، تمنع الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة التي موضوعها و هدفها عرقلة حرية المنافسة في السوق. و بالتالي لا تطبق أحكام هذه المادة إلا إذا أثبت أن أطراف هذه الممارسات كانت لديهم النية في تقييد المنافسة. لم يعطي المشرع تعريفا لهذه الممارسات و إنما اكتفى فقط بوضع حالات التي يمكن أن تكون آثار لهذه الممارسات و ذلك فقط على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر. لأنه الممارسات التجارية في ظل النشاطات الاقتصادية هي متطورة في الزمن و تتطور بسرعة حسب تغير معطيات السوق، سواء سوق السلع و الخدمات أو السوق الجغرافية سواء الوطنية أو الدولية. هذه الحالات هي الحد من الدخول إلى السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيه، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني. اقتسام الأسواق أو مصادر التموين. عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها. تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يجرمهم من منافع المنافسة. إخضاع إبرام العقود مع

²⁴⁷ -« Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles sont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, les ententes expresses ou tacites ou coalitions, ... », L. 420-1 du code de commerce, modifié par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001-art.52 JORF 16 mai 2001.

الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية²⁴⁸.

فهذه الممارسات يمكن أن تنتج عن إبرام لاتفاقات تعاقدية، يمكن أن تنتج أيضا عن وضع هياكل مشتركة²⁴⁹ structures communes.

بالنسبة للممارسات التي تأخذ وصف الأعمال المدبرة، فإن هناك تعريف جاءت به المحكمة الابتدائية للإتحاد الأوربي (TPI) التي أعطت سمة لمفهوم العمل المدبر بتعريفه كما يلي "هو شكل لتنسيق بين المؤسسات الذي من دون أن يؤدي إلى غاية تجسيد لاتفاقية بالمعنى الصحيح تحل عن قصد محل تعاون مألوف بينهم إضرارا بالمنافسة، تعاون نتيجة شروط لمنافسة التي لا تتوافق مع الشروط العادية للسوق"²⁵⁰.

يمكن أن تكيف كأعمال مدبرة، الاجتماعات بين المؤسسات المتنافسة التي ترمي إلى تحديد الأهداف، الأسعار و مقادير البيع. مجرد المشاركة حتى و لو لم تكن فعالة لهذه الاجتماعات يكفي لتحديد الانضمام لعمل مدبر، حتى و لو أن المؤسسة المعنية لا تحترم القرارات المتخذة، المنحدرة من التدبير²⁵¹.

يعتبر مفهوم الأعمال المدبرة أداة لمتابعة الاتفاقات التي تحمل تعدي على المنافسة. حتى و إن أصبحت تظهر اليوم كما لم يسبق لها ذلك كأداة ضرورية في مكافحة المزدوجة ضد الاتفاقات

²⁴⁸ - هناك حالة ذكرها المشرع بمناسبة تعديل المادة 6 بموجب القانون رقم 12-08 و هي "السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة"، لا يفهم تموقع هذه الحالة في هذه المادة و في الممارسات المقيدة للمنافسة بما أنه الذي يمنح الصفقة هي المصلحة المتعاقدة و المتمثلة في الإدارة.

²⁴⁹ - D. LEGAIS, 18^e éd., op. cit, n°663, p. 335 : « Il s'agit alors d'ententes organiques, les membre de l'entente vont se réunir en association ou syndicat ».

²⁵⁰ - CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et S. Suika Unie, Point 26., citée par Camille BAZIN, Quels sont la place et le rôle de la notion de pratiques concertée en droit de la concurrence ? Master en droit européen des affaires sous la direction de Louis VOGEL, Université Panthéon Assas, 2011, p.6 ; J-B. BLAISE, op. cit, n°197, p. 21.

²⁵¹ - TPICE, 6avril1995, aff. T- 145/89. Baustahlgeweb. GmbH., citée par C. BAZIN, op. cit, p.14.

و لاسيما ضد الكارتل، و لكن تبقى لها خصوصيتها كمخالفة فريدة من نوعها infraction unique ،
معقدة و مستمرة²⁵².

ب - تحديد العلاقة بين الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة التي تعرقل
حرية المنافسة و التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

منع هذه الممارسات هي أساسية في اقتصاد السوق، فالاقتصاد السوق يفترض وجود في كل سوق
عدد كافي من المؤسسات التي تحتكم على استقلالية حقيقية في اتخاذ القرار في خياراتها الاقتصادية
و تتواجد هكذا في وضعية تنافسية، لأن هذه الممارسات التي من خلالها المؤسسات تتنازل جماعيا
على استقلالها في اتخاذ القرار أو تحد من الحرية الاقتصادية للغير، فإنها تخاطر بالسير الحسن
للسوق و بالتالي يكون منعهم حتمي بما أنه يهدف إلى ضمان الشروط الأساسية لسير الأسواق
المتنافسة²⁵³. فالاتفاقيات تحمل نواة الاتفاقات غير الشرعية أين إبرامها يحمل تعدي على المنافسة
عندما يحمل على المعطيات التنافسية كالأسعار أو الكميات²⁵⁴. درجة خطورة الاعتداء على المنافسة
تختلف وفقا للاتفاق محل الاعتبار. الاتفاقيات حول الأسعار هي الأكثر خطورة²⁵⁵.

منع المشرع للاتفاقات و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة التي يكون موضوعها
التمييز بين الأعوان الاقتصاديين بهدف عرقلة حرية المنافسة. هنا المشرع يهدف إلى المساواة بين
الأعوان الاقتصاديين.

تطلب المساواة بين الأعوان الاقتصاديين من خلال السعر يعني عدم جواز التمييز بينهم في
الأسعار المطبقة. فالمحركان الأساسيين للمنافسة هما السعر و نوعية المنتجات و الخدمات المقدمة،

²⁵² - C. BAZIN, op. cit, p.5 et 37.

²⁵³ - J-B. BLAISE, Ententes, rép. communautaire, Dalloz, septembre 2003, n°4, p. 3.

²⁵⁴ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op.
cit, n°742, p. 1341.

²⁵⁵ - op. cit.

فالنوعية عنصر للمنافسة تجد مكانها بالأفضلية في المنتجات ذات علامة produits de marque و على الخصوص علامة المنتجين²⁵⁶. فعلى المؤسسات أن تكون في وضعية جذب الزبائن من خلال نوعية منتجاتها أو خدماتها²⁵⁷. من دون استعمال الاتفاقات و الأعمال المدبرة من أجل السيطرة على السوق، و التي قد تؤدي إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها، مما يؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين من حيث مصادر التمويل و الفترة التي تم فيها التمويل. لأن هذا الارتفاع أو الانخفاض سينعكس على البيع النهائي. كما أنه عرقلة تحديد الأسعار باستعمال الاتفاقات و الأعمال المدبرة سيؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، بحيث أنه المتنافسين الذين لا يمكنهم رفع أسعارهم إما نظرا لضوابط قانونية أو لإمكانيات المؤسسة، سيخسرون الزبائن و ربما يقصون من المنافسة، و نفس الشيء بالنسبة لانخفاض الأسعار.

يعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي التمييز في تخفيضات و انتقاص الأسعار المقترحة من قبل الممون و المقبولة من طرف الموزع تكفي من حيث المبدأ لتكثيف هذا الاتفاق من بين الأعمال المدبرة و الاتفاقات. بشرط أن يكون الأطراف على دراية بالطابع التمييزي للممارسة محل الدعوى²⁵⁸. فالعلاقة بين الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين و الأعمال المدبرة و الاتفاقات و الاتفاقيات الصريحة و الضمنية هي علاقة تبادلية. فالتمييز يمكن أن يشكل إحدى الممارسات المدبرة أو ممارسة الاتفاقات، كما أنه يمكن أن تشكل الممارسات المدبرة و ممارسة الاتفاقات، ممارسة تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

²⁵⁶ - M. MARTIN, op.cit, n°418, p. 320.

²⁵⁷ - op.cit.

²⁵⁸ - Décision Cons. conc. n°93-D- 19 du 7 juillet 1993, LawLex023290, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°726, p. 1319.

ثانيا: التمييز الناتج عن الاستثناء

يمنع المشرع الاستثناء الذي تحصل عليه المؤسسة في ممارسة النشاطات المحددة في الأمر المتعلق بالمنافسة (أ). لكن ما علاقة استثناء مؤسسة بنشاط في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المتنافسين (ب).

أ - مفهوم الاستثناء

تنص المادة 10 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم على أنه "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها و يحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته و موضوعه يسمح لمؤسسة بالاستثناء في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر"²⁵⁹. هنا المشرع يستعمل مصطلح الاستثناء و باللغة الفرنسية للنص يعبر عنه ب exclusivité. المادة 10 قبل التعديل كان نصها كالتالي "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق". ففي هذه المادة قبل التعديل عقد الشراء هو الذي كان استثنائي exclusive و نتيجته كانت احتكار التوزيع في السوق و هذا الاحتكار يكون بهدف عرقلة حرية المنافسة أي أن المشرع كان يقصد الاحتكار كممارسة بالمنع. و لكن المشرع بعد تعديل هذه المادة أصبحت النتيجة هي الاستثناء بممارسة النشاط الاقتصادي. أي هنا وسع المشرع من مجال تطبيق منع الاستثناء إلى كل النشاطات الاقتصادية. و يستشف ذلك من عبارة "ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر". و هي النشاطات المحددة في المادة 2 منه.

كما أنه في هذه المادة 10 المعدلة لا يهم طبيعة ممارسة النشاط إن كانت عبارة عن عمل أو عقد، و لا يهم موضوع العمل أو العقد. و هذا يجعل تحديد الاستثناء صعب و ربما يكون غير مجدي من

²⁵⁹ - المعدلة بالمادة 6 من القانون رقم 08 - 12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، الذي يعدل و يتمم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2 يوليو 2008، العدد 36، ص. 11.

خلال هذه التوسعة، للمنافسة. كما يمكن أن نفهم هنا كذلك، بأن المشرع يستبعد التعامل بعقود التوزيع الاستثنائي²⁶⁰ *contrats de distribution exclusive*.

كما يمكن أن نضع تحليل آخر لهذه المادة بعد التعديل، هو أنه الاستثناء في ممارسة النشاط الاقتصادي ليس ممنوع في حد ذاته و إنما يرتبط بشرط عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها. و عليه فإنه يمكن إبرام عقود التوزيع الاستثنائية بشرط أن لا يؤدي الاستثناء إلى عرقلة حرية المنافسة. و يمكن إدخال هذا النوع من تصنيف العقود وفقا لعبارة "...كل...عقد مهما كانت طبيعته و موضوعه يسمح لمؤسسة بالاستثناء في ممارسة نشاط...". و التوزيع نشاط يدخل ضمن تطبيق أحكام المنافسة. كما أنه قد يحدث الاستثناء بمناسبة عقود أخرى كعقود تتعلق بالإنتاج أو عقود تتعلق بتقديم خدمات، و هنا كذلك يجب أن لا يؤدي الاستثناء إلى عرقلة حرية المنافسة. و لكن هذا يبقى مجرد فرضية لأن المشرع يستعمل عبارة "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة" مع عبارة "يحظر كل عمل و/أو عقد...يؤدي إلى الاستثناء...". و بالتالي هنا المشرع وفقا للتحليل اللفظي للمادة يمنع كل استثناء و الذي يقصد به هنا الاحتكار *monopole* و ليس معنى *exclusivité*، و لكن هل هناك علاقة أو فرق بين الاستثناء و الاحتكار. "الاحتكار هي المكانة التي يكون فيها مقدم العرض في وضعية استثنائية لمنتج أو خدمة لمجموعة كبيرة من المشتريين"²⁶¹. لأن الاستثناء أصبح ممارسة شائعة في مجال المعاملات التجارية كالتوزيع الاستثنائي أو التموين الاستثنائي و على الخصوص في مجال

²⁶⁰ - P. GOURDON, L'exclusivité, thèse, éd. L.G.D.J., 2006, n°375, p. 179 : « L'exclusivité contractuelle est par définition préjudiciable à la réalisation de la libre concurrence. En soumettant le distributeur au respect d'une relation commerciale exclusive avec un fournisseur unique, l'exclusivité fausse la compétition économique. Nul doute que l'exclusion des tiers d'un secteur commercial ou géographique est une perversion du principe général de la liberté du commerce et de l'industrie ».

²⁶¹ - L. ZEVOUNOU, op. cit, n°997, p. 386.

المنتجات و الخدمات ذات علامة²⁶²، ذات براءة اختراع²⁶³ أو ذات براءة التصميم الشكلية للدوائر المتكاملة²⁶⁴. و بالتالي لا يمكن منعه دون عرقلة للمنافسة.

لكن حل هذه الصعوبة يكمن في الرجوع إلى النص باللغة الفرنسية²⁶⁵ و هو ما يجعلنا نأخذ بالتحليل الثاني للمادة و هو أن المشرع قصد منع الاستثناء الذي يؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة، و هو في هذه الحالة ممارسة ممنوعة.

في التشريع الفرنسي لا يوجد نص يمنع الاستثناء كممارسة منافية للمنافسة قائمة بحد ذاتها. "فالاستثناء كان في قلب النقاشات و يمكن أن يدرك في نفس الوقت في ميدان الاتفاقات و في التعسف في وضعية الهيمنة. فمجلس المنافسة الفرنسي ذكر بأن الاستثناء التعاقدية ليس ممنوع في

²⁶² - "...إن الحق في ملكية العلامة يخول صاحبه حق التنازل عنها و منح رخص استغلال و منع الغير من استعمال علامته تجاريا دون ترخيص مسبق منه على سلع أو خدمات مماثلة أو مشابهة لتلك التي سجلت العلامة من أجلها..."، المادة 2/9 من الأمر رقم 06-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44، ص. 22.

²⁶³ - "مع مراعاة المادة 14 أدناه، تخول براءة الاختراع لمالكها الحقوق الإستثنائية التالية: (1) في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتوجا، يمنع الغير من القيام بصناعة المنتج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه، (2) إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع، يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع و استعمال المنتج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه، لصاحب البراءة الحق كذلك في التنازل عنها أو في تحويلها عن طريق الإرث و إبرام عقود تراخيص"، المادة 11 من الأمر رقم 07-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44، ص. 27.

²⁶⁴ - "تمنح الحماية الممنوحة بموجب هذا الأمر، لصاحبها حق منع الغير من القيام بالأعمال الآتية دون رضاه... (2) استيراد، أو بيع أو توزيع، بأي شكل آخر، لأغراض تجارية، تصميم شكلي محمي أو دائرة متكاملة يكون تصميمها الشكلي المحمي يتضمن هذه الدائرة بحيث يضل يحتوي على التصميم الشكلي المنسوخ بطريقة غير شرعية. لصاحب التصميم الشكلي الحق كذلك في التنازل عنه أو في تحويله عن طرق الإرث و إبرام عقود تراخيص"، المادة 5 من الأمر رقم 08-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية التصميم الشكلية للدوائر المتكاملة، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44، ص. 35.

²⁶⁵ - « Est considéré comme pratique ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence et interdit, tout acte et/ ou contrat, quel que soit leur nature et leur objet, conférant à une entreprise une exclusivité dans l'exercice d'une activité qui entre dans le champ d'application de la présente ordonnance ».

حد ذاته و مع ذلك يمكن منعه من زاوية التعسف في وضعية الهيمنة أو من تلك المتعلقة بالتنقييد العمودي²⁶⁶.

ب - علاقة الاستثناء في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المتنافسين

استثناء مؤسسة لنشاط اقتصادي في سوق لمنتجات أو خدمات أو لسوق في منطقة جغرافية. يجعلها في موضع قوة أين يمكنها أن تقوم بالتمييز بين الأعوان الاقتصاديين. بحيث يمكنها تطبيق أسعار أو شروط بيع تمييزية في إطار قانوني يكون تحت شكل عمل أو عقد يربطها مع الأعوان الاقتصاديين الذين يكونون خارج المجال الاستثنائي.

"بالطبيعة الالتزام الاستثنائي obligation d'exclusivité يحمل تعدي على المنافسة بما أنه يقصي العديد من المتنافسين لفائدة متنافس واحد و هو التبرير الاقتصادي. مشروعية هذا الالتزام ترتبط بالمحافظة على إمكانية الدخول إلى السوق، سواء تعلق الأمر بمدد الاستثناء التي يجب أن تكون معقولة²⁶⁷، أو بانتقاء المرشحين و تجديد العقد، الذي يجب أن ينتج بدون تمييز²⁶⁸.

²⁶⁶ - Cons. conc., 7 mai 2008, déc. n°08-D-10, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage, Cons. conc., 13 juin 2008, déc. n°08-D-14, relative aux pratiques mise en œuvre dans le secteur de la prévoyance funéraire, obs. L. IDOT, R.C.D.2008/4, décembre 2008, éd. L.G.D.J, p. 1209 ; « Ont été jugés constitutifs d'ententes le contrat d'approvisionnement exclusif entre les cimentiers et le syndicat des négociants en matériaux de construction, ...Parallèlement, le conseil a également reproché aux deux cimentiers un abus de position dominante collective sous forme de remises anticoncurrentielles », CA. Paris, 1^{er} ch. H, 6 mai 2008, obs. L. IDOT, R.C.D.2008/4, décembre 2008, éd. L.G.D.J, p. 1203 : Sociétés Lafarge et alii, La cour d'appel de Paris confirme les conditions dans lesquelles des clauses d'approvisionnements exclusifs et les remises peuvent être jugées restrictives de concurrence.

²⁶⁷ - « Est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de bien meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur », L. 330-1 du code de commerce français.

²⁶⁸ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°773, p. 1384 : « ...l'exclusivité de programmation accordée par un opérateur de téléphonie à sa filiale, en verrouillant les postes téléphoniques mobile sur sa page d'accueil Internet, a été sanctionnée, car elle a pour effet d'exclure indirectement du marché les autres fournisseurs d'accès Internet », Paris, 13 juillet 2000, LawLex023178, D., 2000, AJ, 382.

في عقود التوزيع الاستثنائي، يقوم الممون بانتقاء معيدي البيع. هذا النظام من التوزيع يقصي من سوق توزيع المنتجات المعنية سلسلة من معيدي البيع الذين يريدون الولوج إلى هذا النظام، و لكن يواجهون برفض للبيع. هذا الإقصاء يعتبر الشكل الأقصى للتمييز²⁶⁹.
بما أن مبدأ حرية المنافسة يمنح لأي شخص إمكانية تطوير بكل حرية نشاطاته الاقتصادية²⁷⁰. فإن هذا، يسمح للدولة بالتدخل في حالة عرقلة هذه الحرية بواسطة الآليات التي يمنحها لها القانون. في حالة عدم استغلال العون الاقتصادي لحرية المنافسة التي هي في صالحه و التي منحتة هذا الاستثناء الذي يكون حالة طبيعية لممارسة نشاطه الاقتصادي. و الإضرار بالمتنافسين مما يعرقل المنافسة و يحد منها. و ذلك بمنع الاستثناء و معاقبته.

الفرع الثاني

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف وفقا لأحكام الأمر المتعلق بالمنافسة. يكون نتيجة التعسف عن وضعية الهيمنة على السوق (أولاً). كما يكون نتيجة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا (ثانياً).

أولاً: التمييز الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

يجب أن يكون هناك تجسيد لوضعية الهيمنة الاقتصادية و إثبات التعسف (أ)، و أن تكون هناك مساهمة للتعسف في وضعية الهيمنة على السوق في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين (ب).

²⁶⁹ - CH. COLLARD et CH. ROQUILLY, Droit de la concurrence et de la consommation, in Droit de l'entreprise, 2014-2015, 19^e éd., Wolters Kluwer, n°1452, p. 1018.

²⁷⁰ - M- ST. PAYET, Droit de la concurrence et droit de la consommation, thèse, éd. DALLOZ, 2001, n°83, p. 143.

أ - تجسيد الهيمنة الاقتصادية على السوق و إثبات التعسف

سنرى ما معنى تجسيد الهيمنة الاقتصادية على السوق (1)، و ثانيا ما معنى التعسف في الهيمنة الاقتصادية أي إثبات التعسف (2).

1- تجسيد الهيمنة الاقتصادية

جاء المشرع بتعريف للهيمنة الاقتصادية في المادة 3/ج من الأمر المتعلق بالمنافسة على أنها هي "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيلها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها"²⁷¹. في رأينا أن هذا التعريف هو تعريف للتعسف في وضعية الهيمنة و ليس للهيمنة الاقتصادية التي هي حالة طبيعية للمنافسة في السوق و لا تؤدي إلى عرقلة المنافسة و إنما التعسف هو الذي يؤدي إلى عرقلة المنافسة.

حسب هذا التعريف فإن المؤسسة التي تكون في وضعية هيمنة على السوق هي المؤسسة التي تحتل مركز قوة اقتصادية في السوق، الذي يسمح لها بعرقلة المنافسة. و هنا المشرع يقصد المنافسة الفعلية، أي تلك التي لها أثر مباشر على المتعاملين مع هذه المؤسسة. فمفهوم المنافسة الفعلية يعني المنافسة الحقيقية concurrence actuelle أي وضعية السوق أين المنافسة تسير بالفعل jour

²⁷¹ - نفس التعريف في الجريدة الرسمية المحررة باللغة الفرنسية هو كالتالي:

« c) **position dominante** : la position permettant à une entreprise de détenir, sur le marché en cause, une position de puissance économique qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients ou de ses fournisseurs ;

effectivement²⁷². كما أنها تفيد تعريف السوق الملائم *marché pertinent*، الذي "يساهم في أن منافسة فعلية يمكن أن توجد بين المنتجات التي يتكون منها"²⁷³.

المشرع لا يمنع فقط وضعية الهيمنة التي تكون فيها المؤسسة منفردة و إنما يمنع كذلك وضعية الهيمنة التي يتواجد فيها تجميع لمؤسستين أو أكثر. بحيث أنه كل "تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، و لاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة أشهر"²⁷⁴.

2- التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية

كما رأينا أعلاه أن التعريف الذي جاء به المشرع في المادة 3/ج من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، لوضعية الهيمنة هو تعريف لوضعية التعسف في وضعية الهيمنة. المشرع لم يأتي بنص يمنع فيه وضعية الهيمنة على السوق و إنما منع المشرع في المادة 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق²⁷⁵.

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع تطرق إلى الاستعمال التعسفي للحق في القانون المدني²⁷⁶. لكن التعسف في الحقوق لقانون المنافسة يفترض على العكس امتلاك صاحب الحق

²⁷² - F. RIEM, Concurrence effective ou concurrence efficace ? l'ordre concurrentiel en trompe- l'œil, Revue internationale de droit économique, 2008/1, n°8, p. 2, www. cairn. info/.

²⁷³ - op. cit, n°8, p. 3.

²⁷⁴ - أنظر المادة 17 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

²⁷⁵ - التي تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 2-420 L. الفقرة الأولى من القانون التجاري الفرنسي

L'article L. 420-2, alinéa 1 du code de commerce, dispose : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par 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 vente, liées ou en condition de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

²⁷⁶ - تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

لسلطة فعلية un pouvoir de fait، فالشرط التعسفي يكون مشاركة مفروضة من خلال "التعسف في القوة الاقتصادية"²⁷⁷.

و على خلاف الاتفاقات غير المشروعة و التي تنشأ بمبادرات الأطراف الموقعة، فإن وضعية الهيمنة على السوق تنشأ دون مبادرة مسبقة للمؤسسة المستفيدة منها، فقط أن هذه الأخيرة تقوم بالتعسف في استغلال هذا الوضع²⁷⁸.

لكن نفس السلوك للمؤسسة في وضعية الهيمنة، قد يشكل أم لا تعسف، و هذا حسب حجم المؤسسة و هيكله السوق²⁷⁹ la structure du marché. فالقضاء الفرنسي عاد إلى الوضعية الأكثر حماية للأمن القانوني للمؤسسات. فكل سلوك لمؤسسة مهيمنة لا يكون تعسفي²⁸⁰. ليكون ممنوع، يجب أن يكون غير عادي anormal، هذا يعني أنه يتجاوز الذي يكون ضروري لحماية المصالح الشرعية légitimes للمؤسسة المعنية²⁸¹. أصبح اليوم لتقييم المصلحة الشرعية للمؤسسة المهيمنة يؤخذ بعين الاعتبار آثار سلوكها على السوق²⁸². و هو المعيار الذي اعتمده المشرع للأخذ بوضعية الهيمنة للمؤسسة و هو عرقلتها لمنافسة فعلية. فهئية المنافسة الفرنسية تعتبر أن مكانة المؤسسة المعنية في

²⁷⁷ - M- STEPHANE PAYET, op. cit, n°86, p. 146.

²⁷⁸ - نيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، النشر، دار هومة، 2013، ص. 222.

²⁷⁹ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°801, p. 1424 ; Cons. conc., 23 novembre 2007 : Décision n°07-D-39 relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur de transport ferroviaire de personne sur la route Paris-Londres, note, sous direction de J. PHILIPPE et TH. JANSSENS, Gaz. Pal. conc, dim.13 au jeudi 17 juil.2008, 128^e année n°195 à 199, p.38 : « saisi le 18 novembre 2004 par British Airways (BA) d'une plainte pour abus de position dominante mettant en cause la SNCF et Eurostar Groupe Ltd (EGL) sur le marché du transport de personnes entre Paris et Londres, le conseil de la concurrence a rendu une décision de non-lieu », même si le conseil a « considéré qu'Eurostar détient une position dominante sur le marché du transport de voyageurs sur la route Paris-Londres, sur lequel le transport ferroviaire en Eurostar doit être considéré comme une alternative aux liaisons aérienne directes » et « à poursuivre l'instruction au fond , dans laquelle il estime notamment que les pratiques de prédation tarifaire et de subventions croisées dénoncées par la saisissante ne sont pas établies ».

²⁸⁰ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°801, p. 1425.

²⁸¹ - op. cit.

²⁸² - Ibid ; D. FERRIER, Concurrence- Distribution, janvier 2008-juin 2009, D-2009-n°43, p. 2890 : « ...la Cour de cassation rappelle que l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif peut être établie même lorsque la pratique abusive est mise en œuvre sur un marché distinct du marché dominé. Elle reprend ainsi la solution de la CJCE, à laquelle elle se réfère explicitement ».

قطاع الصيدلة، شهرتها و الثقة التي يمنحها إياها الفاعلين في السوق يكونون هكذا العناصر التي تسمح لها بتأسيس العلاقة بين هيمنة المؤسسة و الممارسة التشهيرية "pratique du dénigrement" (التي تقوم بها إزاء منافس) التي تؤسس للتعسف في وضعية الهيمنة²⁸³.

ب - مساهمة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

يمنع المشرع التعسف في وضعية الهيمنة على السوق الذي يؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و ذلك "بتطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة"²⁸⁴. فالتعسف في حد ذاته هو الذي يؤدي إلى التمييز و ليس الوجود الطبيعي لمؤسسة أو تجميع مؤسسات في وضعية قوة في السوق. كما أن الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين تشكل تعسف و تؤدي إلى الكشف عن التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية. و لكن التمييز الناتج عن وضعية الهيمنة لا يكون ممنوع إلا إذا أدى إلى عرقلة المنافسة.

"قضت محكمة الاستئناف الأوروبية بغرامة قدرها 6,8 أورو من أجل التعسف في وضعية الهيمنة في سوق خدمات وكالات السفر الجوية للمملكة المتحدة. التعسف المأخوذ على British Airways (BA) يتمثل في تطبيقها لنظام عمولة (اتفاقيات تجارية و منح primes de résultat) لوكالات السفر التي تشتري منها الخدمات، و التي موضوعها و هدفها، بمكافئة وفاء الوكالات و ممارسة تمييز بينها، إقصاء المنافسين لـ BA من الأسواق البريطانية للنقل الجوي. هذا القرار هو مناسبة للمجلس لتحديد

²⁸³ - C. MASCRET, Les enseignements de l'autorité de la concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique, Droit de la santé, Doctrine, P.A., n°221, 5 novembre 2014, p. 4 ; Auto. Conc., 18 déc. 2013, n°13-D-21 : relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, obs. C. PRIETO, Rev. contrats, 2-juillet 2014, p. 267 : Tout dénigrement, s'il peut relever de la concurrence déloyale et engager la responsabilité de l'entreprise, vis-à-vis de ces concurrents, peut également être constitutif d'un abus au sens de l'article 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce. Il peut l'être s'il est exercé par une entreprise en position dominante et s'il est de nature à influencer la structure du marché.

²⁸⁴ - راجع المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

نظام لنوعين من الحسوم rabais التي هي ممنوعة على المؤسسة في وضعية الهيمنة منحها: الحسوم التي تنتج أثر إقصاء المتنافسين و تلك التي تكشف عن تمييز بين المتعاملين الاقتصاديين²⁸⁵.
فالممارسة التمييزية ليست بالضرورة تعسف في وضعية الهيمنة على السوق. عكسيا، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق ليس بالضرورة ممارسة تمييزية²⁸⁶.

ثانيا: التمييز الناتج عن التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

سنقوم أولا بتحديد التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية (أ)، ثم تحديد العلاقة بين منع الممارسة التمييزية و منع التعسف في استغلال وضعية التبعية (ب).

أ- تحديد التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

منع المشرع التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و ذلك في المادة 11 منه²⁸⁷ و لذا سنحدد أولا ماذا يقصد بوضعية التبعية الاقتصادية (1)، ثم تحديد معنى التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية (2).

1- تحديد وضعية التبعية الاقتصادية

أعطى المشرع تعريفا لوضعية التبعية الاقتصادية في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. بحيث اعتبرها أنها هي " العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا

²⁸⁵ - CJCE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P, British Airways, Rev. mensuelle LexisNexis Jurisclasseur-mai 2007, conc-cons, n°131, p. 27 et 28, note G. DECOCQ.

²⁸⁶ - L. NICOLA- VULLIERME, op. cit, n°201, p. 26.

²⁸⁷ - تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 2-420 L. الفقرة 2 من القانون التجاري الفرنسي

L'article 420-2, alinéa 2, du code de commerce, dispose : « Est en outre 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. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires visées à l'article L. 442-6 ».

أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا²⁸⁸. لكن بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية في الجريدة الرسمية فإنه يكون أكثر وضوحا و فهما²⁸⁹. المؤسسة تكون صفتها القانونية في العقد الذي يكون موضوع العلاقة التجارية إما ممونا أو تكون صفتها القانونية زبونا. فإذا كان الممون ليس له الخيار بأن يتعاقد مع زبون آخر غير الذي يتعامل معه في حالة ما إذا توفرت له شروط أخرى للتعاقد، فإنه يكون في وضعية تبعية اقتصادية له أي لهذا الزبون. كما أن الزبون الذي ليس له الخيار في التعاقد مع ممون آخر بشروط مختلفة فإنه يكون في حالة تبعية لهذا الممون. فإذا لتحديد وضعية التبعية يجب أن تكون هناك علاقة تجارية و أن تترجم هذه العلاقة التجارية في شكل عقد و أخيرا أن لا يكون لإحدى أطراف العلاقة التعاقدية خيار التعاقد بشروط مختلفة.

هيئة المنافسة الفرنسية تعتبر أن التبعية الاقتصادية للموزع بالمقارنة مع الممون، يجب أن تقدر بالأخذ لاسيما أهمية حصة الممون في رقم أعمال معيد البيع du revendeur، شهرة العلامة للممون، أهمية حصة السوق للممون، الإمكانية الممنوحة للموزع للحصول من ممونين آخرين على منتجات مماثلة²⁹⁰. في الواقع، يكون من الصعب معاينة وضعيات التبعية في قطاع التوزيع، بما أن الموزع لا يتحمل، عند تغيير الممون، تكلفة محددة couts fixes مهمة بالنظر إلى إمكانيته في التمويل و أن هذا التغيير يمكن على العموم أن يكون في أجل قصير. بالمقابل، أهمية رقم الأعمال المحقق مع

288 – أنظر المادة 3/د من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

289 – النص باللغة الفرنسية هو كالتالي:

d) **état de dépendance économique** : la relation commerciale dans laquelle l'une des entreprises n'a pas de solution alternative comparable si elle souhaite refuser de contracter dans les conditions qui lui sont imposées par une autre entreprise, client ou fournisseur.

²⁹⁰ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit n°827, p. 1481.

المؤمن يمكن أن ينتج عن خيار لإستراتيجية تجارية التي تستبعد التبعية الاقتصادية و في غالب الأحيان الموزع يمكن أن يمر من شبكة توزيع إلى أخرى²⁹¹.

2- تحديد التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية

رأينا فيما سبق تحديد لحالة التبعية الاقتصادية، لكن المشرع يمنع التعسف في استغلال هذه الوضعية. أي استغلال التعسف في التبعية المترجمة في شروط العلاقة التعاقدية للمعاملة التجارية. يحدد المشرع في المادة 11 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، الحالات التي تشكل تعسف في وضعية التبعية الاقتصادية و هي 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 مبررة.

التعسف في التبعية الاقتصادية، يظهر غير دقيق كما يبين ذلك الأستاذ L. VOGEL التعسف في التبعية الاقتصادية يكون "تجريم في محيطه معرف بصورة رديئة"²⁹². ممارسات المؤسسة تجاه مؤسسة تابعة لا تكون ممنوعة إلا إذا "من جهة تعرقل المنافسة، يعني المنافسة في السوق و إذا من جهة أخرى، تكون متعسفة، يعني لاسيما، تعكس سلوك أين المؤسسة لا يمكن أن تحدثه إذا لم تكن تمتلك

²⁹¹ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°827, p. 1481 : « lorsque le distributeur se fournit par l'intermédiaire d'une centrale d'achat, l'appréciation de la relation de dépendance doit tenir compte de la double qualité du distributeur. À la fois adhérent et client de la centrale, la dépendance ne pourra être établie que si prédomine le rapport de distribution » ; Paris, 19 mars 1990, RCMH Codibel c/Robert Bosch France, Petit affiches, 2 mai 1990, n°53, p. 5, obs. V. SELINSKY, citée par M-St. PAYET, op. cit, Rej, n°1, p. 236 : une entreprise qui, sur un marché, se fournit pour 60% de ses produits chez un même fournisseur, n'est dépendante de ce dernier que dans la mesure où elle ne dispose pas, sur ce marché, de solutions équivalentes, et se trouve donc, « tributaire pour son existence ou survie du maintien de ses relations » avec le fournisseur.

²⁹² - « incrimination aux contours mal définies », L. VOGEL, citée par M-St. PAYET, op. cit, n°164, p. 234.

وضعية هيمنة على المؤسسة التي تكون في تبعيتها²⁹³. و أن يكون للمؤسسة المهيمنة السلطة لإقصاء المؤسسة التابعة من السوق الذي تتواجد فيه²⁹⁴.

يتبع ذلك أن وحدها السلوكيات غير العادية من وجهة نظر تنافسية du point de vue concurrentiel التي تكون قابلة لأن تقع تحت الحظر القانوني²⁹⁵.

ب- تحديد العلاقة بين منع الممارسة التمييزية و منع التعسف في استغلال وضعية التبعية

الاقتصادية

التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية قد يؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، كما أن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين يمكن أن يشكل تعسف في التبعية الاقتصادية و ذلك وفقا لمفهوم المادة 11 من الأمر رقم 03 - 03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. فمن حالات التعسف المنصوص عليها في هذه المادة نجد رفض البيع بدون مبرر شرعي. و إن رفض البيع يمثل "الشكل النهائي للتمييز"²⁹⁶. فهو يتمثل في رفض شيء لشخص، هذا الرفض يكون تمييزي، عكسيا، الفعل الذي يمنع شخص من إبرام عقد البيع تكون ممارسة تمييزية قابلة لأن تحدث رفض البيع²⁹⁷. فرفض البيع غير المبرر أي رفض البيع التمييزي يشكل تعسف في وضعية التبعية الاقتصادية و في نفس الوقت يخل بالمنافسة.

²⁹³ - Rapport pour 1988, XXXVI, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°835, p. 1487.

²⁹⁴ - M-ST. PAYET, op. cit, n°164, p. 235 ; Conseil, 18 juin 1996, secteur de la publicité, Contrats, Conc. Consom. 1997, n°8, note L. VOGEL citée par op. cit, Rej, n°2, p. 235 : Le conseil relève ainsi, que la société dominante avait le pouvoir « d'orienté tout ou partie des budgets publicitaires de ces clients annonceurs vers des supports concurrents », les supports dépendants étant de ce fait « contraints d'accepter ses exigences financières s'ils ne voulaient pas perdre la clientèle des annonceurs qui s'dressaient à elle ».

²⁹⁵ - op. cit.

²⁹⁶ - «forme extrême de discrimination », Plaisant et Daverat, Refus de vendre et mesure discriminatoire, Gaz. Pal. 1982, 1, doctrine, p. 346, citée par L. NICOLA- VULLIERME, op. cit, n°153, p. 22.

²⁹⁷ - CA Versailles, 9 juin 1988 : D. 1988, inf. rap. p. 215, citée par op. cit, n°153, p. 22.

منع المشرع كذلك أن يكون التعسف في شكل البيع المتلازم أو التمييزي. و بالتالي هنا التمييز بين الأعران الاقتصاديين يشكل تعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، هي حالة من حالات التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية التي وضعها المشرع. تشكل هذه الممارسة تمييزا إذا ما فرضت على البعض دون الآخر. "كذلك يمكن للمؤسسة أن تتعسف في استغلال وضعية التبعية لمنافسيها بفرض تسعيرة غير مبررة و تمييزية"²⁹⁸.

حالة أخرى من حالات التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية المنصوص عليها قانونا، هي الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى. فالمؤسسة التابعة تعطي الأهمية لكونها ضحية التمييز. هكذا، كون موزع بمناسبة التركيز d'une concentration تمنح له أكبر قوة في الشراء بإعادة التفاوض بتخفيض السعر و بدون مقابل للامتيازات التي تحصل عليها من قبل مومنيه، تكون قابلة لتحقيق استغلال تعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية²⁹⁹.

كذلك قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، يعتبر تعسف بنص قانوني. من شأنه أن يحدث تمييز بين الأعران الاقتصاديين إذا ما كانت مؤسسات أخرى تستفيد من نفس شروط المعاملة و غير مهددة بقطع العلاقة التعاقدية.

هناك علاقة بين إثبات التعسف في استغلال وضعية التبعية و إثبات التمييز. إذ يجب إثبات وجود التعسف في استغلال وضعية التبعية، أي أن يقرر مجلس المنافسة أو المحكمة عند الاقتضاء بوجود التعسف. ثم إثبات مساهمة هذا التعسف في التمييز.

²⁹⁸ - Conseil de la concurrence, 29 septembre 1998, Filetech c/France Télécom, n°98-D-60, D. aff. 1999, p.623, citée par Marie-Stéphane PAYET, op. cit, n°166, p. 237.

²⁹⁹ - Décision Cons. conc. n°93-D-21 du 8 juin 1993, LawLex023056, confirmée par Paris, 25 mai 1994, LawLex022730 ; BOCC, 24 juin 1994, 236., citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°835, p. 1488.

الفصل الثاني

حدود عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

المشروع الجزائري يمنع الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم.

الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة و الإضرار بالاقتصاد و بالتالي التمييز هنا هو غير مشروع. لكن عدم مشروعية التمييز ليست مطلقة إذ أن هناك استثناءات وضعها المشروع في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. تجعل من التمييز بين الأعوان الاقتصاديين مشروعاً. و التي تعتبر حدوداً لعدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و لذا سندرس الحدود الواردة على عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في قانون المنافسة في (المبحث الأول).

يشترط المشروع لمنع التمييز وفقاً للقانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، عدم وجود مقابل حقيقي للمعاملة التجارية بين الأعوان الاقتصاديين تبرره المعاملات الشريفة و النزيهة في السوق. كما يشترط كذلك أن تؤدي هذه الممارسة التمييزية إلى إحداث خلل في تنظيم السوق و خلل في تنظيم العون الاقتصادي. وفقاً لهذا القانون فإن وجود المقابل الحقيقي و المبرر للمعاملة التفاضلية يؤدي إلى مشروعية الممارسة التمييزية و بالتالي يعتبر كحد لمنع الممارسة التمييزية، كما أن مبدأ الحرية التعاقدية يعتبر كذلك كإحدى حدود لمبدأ منع التمييز في الممارسات التجارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحدود الواردة على عدم التمييز

بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في قانون المنافسة

منع المشرع الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و هي الممارسات التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه. لأن هدف الأمر تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة و ذلك بقصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة المستهلكين. فكل أحكام هذا الأمر تدور حول هذا الهدف. و لذا جاء هذا الأمر باستثناءات على منع الممارسات المقيدة للمنافسة و بالنتيجة على منع الممارسات التمييزية. الممارسات التمييزية تنتج عن الممارسات التي تعرقل حرية المنافسة، كما تنتج عن التعسف. و لذا سنتناول الحدود الواردة على منع التمييز الناتج عن تقييد المنافسة (المطلب الأول) و الحدود الواردة على منع التمييز الناتج عن التعسف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحدود الواردة على منع التمييز الناتج عن تقييد المنافسة

تتمثل هذه الحدود في الاستثناءات الواردة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن الأعمال المدبرة و الاتفاقات و الاتفاقيات الصريحة و الضمنية التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة، كما هي محددة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم (الفرع الأول). و كذلك

الاستثناءات الواردة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن الاستثناء، الواردة في القانون و في أحكام الأمر المتعلق بالمنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاستثناءات الواردة على التمييز الناتج عن الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقيات

الاستثناءات الواردة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية، حده الأمر المتعلق بالمنافسة في الاستثناءات الواردة بناء على تطبيق نص قانوني (أولا). و في الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة (ثانيا).

أولا : الاستثناءات المتعلقة بتطبيق نص قانوني

إن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين كما هو مكرس في قانون المنافسة، كما رأينا أعلاه. ينتج عن الممارسات التي تعرقل حرية المنافسة، كما ينتج عن التعسف. الممارسات التي تعرقل حرية المنافسة و ينتج عنها التمييز هي محددة كما رأينا في المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتم. لكن المشرع أورد استثناءات على هذه المادة في نفس الأمر في المادة 9 فقرتها الأولى التي تنص على أنه " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه، الاتفاقيات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له".

لكن الإشكال الذي يطرح هنا هو عن الأشكال القانونية للاتفاقيات الناتجة عن تطبيق نص

قانوني (أ) و بمدى تأثير الاتفاقيات الناتجة عن تطبيق نص قانوني على منع التمييز (ب).

أ- الأشكال القانونية للاتفاقات الناتجة عن تطبيق نص قانوني

المشرع ينص فقط على أنه لا تخضع الاتفاقات و الممارسات التي تعرقل حرية المنافسة و تقيدها إلى المنع إذا كان هناك نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، يجيزها. و هذا وفقاً للمادة 9 الفقرة الأولى من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و التي تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 4-420 L. من القانون التجاري، بحيث أن هذه المادة تسمح بعدم تطبيق المنع المتعلق بالممارسات المنافسة للمنافسة في حالات معينة³⁰⁰.

لكن المشرع لم يوضح في هذا الأمر شكل الاتفاقات و الممارسات التي يطبق بشأنها الاستثناء. فهل يمكن مثلاً لنص قانوني أن يجيز اتفاق أو ممارسة يؤدي إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها. الأمر ليس كذلك و إنما يجب أن يكون الاتفاق الذي يعرقل حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، ناتج مباشرة عن تطبيق النص القانوني أو النص التنظيمي الذي اتخذ تطبيقاً له. و بالتالي لا يخضع لتطبيق هذا الاستثناء القطاع الاقتصادي المعني الذي يفلت في مجموعه من قواعد المنافسة، بما أن و لا سلوك منافي للمنافسة يكون ممكناً في مثل هذه الفرضية³⁰¹. كالنشاطات الاقتصادية للسلع و الخدمات التي تكون في إطار الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و الرخصة³⁰². لأن الاستثمارات التي تكون في إطار الامتياز أو الرخصة لا تخضع بالنسبة لسلع و خدمات معينة و لفترة معينة للأحكام المتعلقة بالمنافسة.

³⁰⁰ - « Art. L. 420-4-I- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : 1° qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application », modifié par la loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012-art.5, www.legifrance.gouv.fr

³⁰¹ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°739, p. 1337.

³⁰² - أنظر قانون رقم 16-09 مؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية المؤرخة في 3 غشت 2016، ص. 18.

لتحديد الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 9 في فقرتها الأولى من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، يجب البحث عن هذه الأشكال للاتفاقات في القوانين المختلفة التي تنظم النشاطات الاقتصادية الخاضعة لقانون المنافسة كما هي محددة في المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و في المراسيم التنظيمية التي اتخذت تطبيقاً لهذه القوانين التي تحكم هذه النشاطات و يدخل أيضاً في إطارها التعليمات الوزارية للوزارة المعنية بالنشاط.

ب - مدى تأثير الاتفاقات الناتجة عن تطبيق نص قانوني على منع التمييز

إن الممارسات التمييزية هي ممنوعة في قانون المنافسة إذا كانت نتيجة الأعمال المدبرة و الاتفاقات و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية، عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة. و هذا كلما كان التمييز يؤدي إلى الحالات المذكورة في المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و لكن إذا كان المشرع يضع استثناء على الحظر الموجود في المادة 6 بخصوص الاتفاقات، المتمثل في وجود نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، يجيز هذه الاتفاقات بغض النظر عن عرقلتها أم لا للمنافسة. فهذا الاستثناء بخصوص الاتفاقات الممنوعة، سيكون من بين حدود منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. لأنه إذا لا يوجد حظر للاتفاقات التي تعرقل المنافسة، فإنه لا يكون هناك حظر للممارسات التمييزية الناتجة عن هذه الاتفاقات.

و بالتالي يعتبر النص التشريعي و النص التنظيمي الذي اتخذ تطبيقاً له، استثناءاً للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

ثانيا: الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة

الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة كما هي محددة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. تتمثل في ترخيص مجلس المنافسة (أ) و في عدم تدخل مجلس المنافسة (ب).

أ - ترخيص مجلس المنافسة

إن ترخيص مجلس المنافسة، يسمح بعدم تطبيق الحظر المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. المتعلقة بالاتفاقات و الممارسات و الأعمال المدبرة التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه. و لكن يرخص فقط بالاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. و هذا ما نصت عليه المادة 9 في فقرتها الثانية من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم.

يضع المشرع هذه الاستثناءات التي يزيل فيها الحظر عن هذه الممارسات المقيدة للمنافسة معلنا بذلك عن مقاصده و فلسفته التشريعية بوضعه التقدم الاقتصادي فوق كل اعتبار آخر و لو ترتب عليه تقييد المنافسة، مما يعني أن هدف المنع و الإباحة هو المصلحة الاقتصادية العامة.

"تظهر الطريقة التي من خلالها ينظر إلى التقدم الاقتصادي و الفعالية في قانون المنافسة غير متجانسة، فتبرير الممارسات المنافية للمنافسة من خلال مساهمتهم في التقدم الصناعي مؤسس على

فكرة الموازنة *idée de bilan*. فنضع في الميزان من جهة، التقييد الذي للممارسة المتفحصة أن تحدته أو يمكن أن تحدته للمنافسة، و من جهة أخرى، الآثار الاقتصادية المفيدة التي تستوجبها³⁰³.

فحسب هيئة المنافسة الفرنسية، التطور الاقتصادي يجب أن يكون تطورا من أجل المجموعة *collectivité* في مجملها و ليس من أجل المؤسسات المعنية³⁰⁴. يجب أن يكون النتيجة المباشرة للممارسات محل الترخيص، و لا يجب أن يتحصل عليه من خلال طرق أخرى و أن يكون ذا أهمية كافية من أجل تبرير الاعتداءات على المنافسة *les atteintes à la concurrence*³⁰⁵. التطور الاقتصادي الذي يبحث عنه يجب أن يعرف بشكل واضح و موضوعي و قابل للتقدير، مما يسمح بأن تكون هناك إمكانية التحقق بعديا أن الهدف المعلن قد تم فعليا الوصول إليه³⁰⁶.

هذه الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 9 في فقرتها الثانية تجعل من الاتفاقات و الممارسات الممنوعة بمقتضى المادة 6 مباحة. و بالتالي فإن التمييز الناتج عن هذه الاتفاقات يكون مباحا أي غير محظور و غير معاقب عليه. فمثلا الاتفاق الذي يؤدي إلى تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة، يعتبر تمييزا بين الأعوان الاقتصاديين. لكن إذا كان ذلك يؤدي إلى السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، فإن التمييز هنا لا يعاقب عليه بشرط وجود ترخيص من مجلس المنافسة يجيز الاتفاق رغم عرقلته لحرية المنافسة.

³⁰³ - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°425, p. 386.

³⁰⁴ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°740, p. 1339.

³⁰⁵ - op. cit.

³⁰⁶ - Ibid.

ب - عدم تدخل مجلس المنافسة

المشروع جاء بحكم في المادة 8 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. يعطي للمؤسسات إمكانية طلب من مجلس المنافسة عدم التدخل بشأن الحظر المنصوص عليه في المادة 6 من نفس الأمر. بحيث تنص المادة 8 على أنه "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية و استنادا إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاقا ما أو عملا مديرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و 7 أعلاه، لا تستدعي تدخله. تحدد كفاءات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب مرسوم".

فطلب المؤسسات من مجلس المنافسة بعدم التدخل، يعتبر من بين الاستثناءات التي ترد على الحظر المتعلق بالممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة. يقدم طلب عدم تدخل مجلس المنافسة من قبل المؤسسة أو المؤسسات المعنية أو يقدمه ممثلو هذه المؤسسات الذين يجب أن يستظهروا تفويضا مكتوبا يبين صفة التمثيل المخول لهم، هذا بالنسبة للمؤسسات الوطنية³⁰⁷. أما المؤسسات الأجنبية المعنية أو ممثلوها المفوضون، فيجب أن يبينوا عنوانا في الجزائر³⁰⁸. يقدم الطلب إلى مجلس المنافسة لأنه يعتبر مختص وفقا للأمر المتعلق بالمنافسة. فمجلس المنافسة "يتمتع بسلطة اتخاذ القرار و الاقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من... كل طرف آخر معني، بهدف تشجيع و ضمان الضبط الفعال للسوق، بأية وسيلة ملائمة، أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان

³⁰⁷ - أنظر المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، المؤرخ في 12 مايو 2005، الجريدة الرسمية، العدد 35، المؤرخة في 18 مايو 2005، ص. 4.

³⁰⁸ - أنظر المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، المذكور أعلاه.

السير الحسن للمنافسة و ترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تنعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية"³⁰⁹.

لكن حتى يصبح طلب المؤسسات بعدم تدخل مجلس المنافسة بخصوص الاتفاقات استثناء، يجب حصول المؤسسات على تصريح بعدم التدخل يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلبهم³¹⁰. للحصول على هذا التصريح يجب أن تبين المؤسسات دوافع طلب عدم التدخل ببيان الأسباب التي يمكن أن يمس فيها موضوع الطلب بقواعد المنافسة، و كذلك تبيان الأسباب التي لا يهدف تصرف المؤسسة أو المؤسسات المعنية إلى عرقلة حرية المنافسة في نفس السوق أو الحد منها أو تعطيلها و في نفس الوقت بيان مزايا الطلب التي يمكن أن تتعكس على المنافسة و على المستعملين و المستهلكين³¹¹. و يقوم مجلس المنافسة بالتحقيق في هذه الدوافع³¹². يتخذ التصريح بعدم التدخل الذي يقدمه مجلس المنافسة حسب القانون المتعلق بالمنافسة، شكل نظام أو تعليمة أو منشور التي يتم نشرها في النشرة الرسمية للمنافسة³¹³.

³⁰⁹ - المادة 34 / 1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، الجريدة الرسمية، العدد 36.

³¹⁰ - تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المذكور أعلاه، على أنه "التصريح بعدم التدخل المذكور في المادة الأولى أعلاه، تصريح يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية، يلاحظ المجلس بموجبه عدم وجود داع لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من الأمر رقم 03-03...".

³¹¹ - أنظر الملحق الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، المذكور أعلاه.

³¹² - "يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يستمع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات له. كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة إجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه"، المادة 3/34 و 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

³¹³ - أنظر المادة 34 / 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

لما يعطي مجلس المنافسة التصريح بعدم التدخل بخصوص الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية التي تعرقل حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، بناء على طلب المؤسسات المعنية بهذه الممارسات المقيدة. فإنه تصبح هذه الممارسات المقيدة للمنافسة غير محظورة و كذلك التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن هذه الممارسات المقيدة للمنافسة التي تحصلت على تصريح من مجلس المنافسة بعدم التدخل بشأنها، تصبح غير معاقب عليه في السوق المعنية.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على التمييز الناتج عن الاستثناءات

لم يورد المشرع مادة خاصة تحدد الاستثناءات المترتبة على الاستثناءات كما فعل بشأن الاستثناءات التي ترد على الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية التي تعرقل حرية المنافسة و ذلك في المادة 9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، كما رأينا ذلك أعلاه. و لكن بالتمعن في المادة 9 نجد أن الفقرة الأولى منها فقط هي التي تنص صراحة على أنه في حالة وجود النص القانوني لا يطبق المنع المنصوص عليه في كل من المادة 6 و 7. و لكن الفقرة الثانية من المادة 9 فإنها تخص الاستثناءات المتعلقة بكل الاتفاقات و الممارسات المقيدة للمنافسة و هذا ما يفهم من عبارة "يرخص بالاتفاقات و الممارسات". و الاستثناءات يعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة في مفهوم المادة 10 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم.

القانون الفرنسي يصنف منعها أي الممارسة الاستثنائية ضمن منع الاتفاقات و التعسف في الهيمنة (التي تضم في التشريع الفرنسي التعسف في وضعية الهيمنة و التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية) و بالتالي تطبق عليها الاستثناءات المتعلقة بالاتفاقات و التعسف في وضعية الهيمنة. و إن كان يوجد نقد لهذه الوضعية، بحيث يعتبر أن الخلط الموجود بين وضعية الاستثناء و وضعية الهيمنة ليس ممتاز، فالأولى هي عبارة عن آلية قانونية، الثانية هي وضعية قانونية واقعية³¹⁴ concrète.

فإنه سيكون تصميم هذا الفرع عبارة عن فرضية إمكانية تدخل مجلس المنافسة في كل الأحوال التي يكون فيها التقدم الصناعي محل الرهان (أولاً)، و كذلك تكون هذه الإمكانية للحكومة (ثانياً)، و عليه يصبح الاستثناء كممارسة ممنوعة، مباحة و بالتالي التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عنها مباحاً.

أولاً: الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة

النوع من المنافسة الموجود في النصوص القانونية التي تمنع الممارسات المقيدة للمنافسة و كذلك التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عنها، كما رأينا ذلك أعلاه. لا يتعلق بمنافسة مثالية، خالصة و كاملة pure et parfaite و لكن بالأحرى منافسة طبيعية praticable و فعلية، الذي يؤدي إلى مفهوم أكثر عملي للتزاحم بين المؤسسات و سير الأسواق التي من خلالها تتطور³¹⁵. في هذا المعنى، مفهوم

³¹⁴ - P. GOURDON, op. cit, n°193, p. 84 : « La cour de justice des communautés européennes admet à ce propos, que la détention d'un droit exclusif relevant de la propriété intellectuelle ne confère pas fatalement une position dominante. La jurisprudence de la cour de justice permet de préciser qu'il faut rechercher une concordance entre une position d'exclusivité et un pouvoir économique de type monopolistique sur le marché. Autrement dit, le droit exclusif s'exerce sur la clientèle d'un produit ou d'un procédé et la position dominante est réalisée lorsqu'un monopole est mis en place sur un marché considéré dans son ensemble ».

³¹⁵ - CH. COLLARD, CH. ROQUILLY, op. cit, n° 1362, p. 938.

الاستثناء يترجم فكرة أن الممارسة التي تحمل تعدي على المنافسة ليست حتميا مضرّة، مثل هذه الممارسة حتى و لو كانت مجسدة يمكن أن تكون مفيدة، إذا ما الآثار الايجابية التي تنتجها للمنافسة في السوق المعني تغطي على نتائجها السلبية³¹⁶. فالتطور الاقتصادي يصبح في بعض الأحيان ضروري ليكون استثناء للممارسة التمييزية الناتجة عن الاستثناء. "قرفض رخصة لمرشح لشبكة الامتياز الاستثنائي réseau de concession exclusive مبرر من خلال أسباب الملاءمة الاقتصادية، من خلال مصلحة المستهلكين و مصلحة أصحاب الامتياز المتواجدين في المكان هي مشروع³¹⁷".

المجلس القضائي الأوربي "رافع كذلك أن مجرد الحصول على فائدة من حق استثنائي ممنوح من قبل القانون، الحق الذي مكونه يتمثل في سلطة منع إنتاج و بيع المنتجات المحمية من قبل الغير غير المرخص لهم، لا يمكن أن ينظر إليه كطريقة تعسفية للإقصاء من المنافسة"³¹⁸.

فالملكية الفكرية تسمح بالاستثمار في الأسواق الجديدة، فهي تسمح للمؤسسة بالتميز في السوق و أيضا بالتطور نحو السوق الدولية، فبحماية ابتكاراتها في الخارج ستتحالف مع شركاء جدد، لا سيما بفضل التراخيص³¹⁹ les licences. هكذا فإن الملكية الفكرية بصفة عامة و الملكية الصناعية خاصة يتواجدون في قلب إستراتيجية تطوير المؤسسات³²⁰. كما أنه يمكن أن يكون مشروعاً أن صاحب

³¹⁶ - CH. COLLARD, CH. ROQUILLY, op. cit, n° 1362, p. 938.

³¹⁷ - Bastia, 3 février 1997, LawLex025635, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°778, p. 1391.

³¹⁸ - CJCE, 5 octobre 1988, CICRA/Renault, aff. 53/87, Rec. 1988, p. 6039, n°15, citée par C. ULLRICH, Les pratiques de prise de brevets de l'industrie pharmaceutique un cadre de référence pour la concrétisation de la notion de la notion de protection abusive, in les pratiques de l'industrie pharmaceutique au regard du droit de la concurrence, éd. Litec, 2010, volume 34, p. 198 ; Paris, 3 juillet 2013, LawLex131145, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°773, p. 1385 : « De même , un contrat de bail conclu entre un centre commercial et de grandes enseignes nationales peut contenir une clause d'exclusivité sans instaurer de barrières à l'entrée sur le marché ni provoquer d'effet d'éviction ou de verrouillage lorsque le centre concurrent qui invoque sa nullité a pu rapidement et avant son ouverture se constituer une gamme complète d'enseignes disposant d'un fort pouvoir d'attraction et que la clause n'a pas été rigoureusement appliquée ».

³¹⁹ - M. DUPUIT, Droit de la propriété industrielle, in Droit de l'entreprise, 19^{es} éd. 2014-2015, édité par Wolters Kluwer, n° 1689, p. 1155.

³²⁰ - op.cit.

العلامة يرغب في المحافظة على المراقبة المتعلقة بالاتجار commercialisation بالمنتجات التي تحمل علامته، و من أجل هذا يجسد شبكة توزيع ذات نماذج متنوعة و من خلال عقود ذات شروط متعددة، و تقييد حرية اختيار الزبائن، أو المومنين، لكميات المنتجات المباعة... إلخ³²¹.

في قلب هذه المعطيات المتعلقة بتطوير المنافسة و إيجاد حلول لتوازن الممارسات الممنوعة في حد ذاتها يتواجد دور مجلس المنافسة. تدخل مجلس المنافسة وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. بشأن وضع استثناء على الاستثناء الممنوع وفقا لأحكام المادة 10 منه. يكون بناءا على طلب الأطراف المعنية أو تلقائيا في حالة وجود مساهمة في التطور الاقتصادي.

تدخل مجلس المنافسة هنا يكون بناءا على الحكم العام الموجود في المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. هذه المادة تسمح لمجلس المنافسة التدخل كلما كان هناك تعدي على السير الحسن للمنافسة و كذلك لتشجيع المنافسة و ترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تتعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية. و الذي يكون عن طريق اتخاذ القرار و الاقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف معني.

هناك "رأي لمجلس المنافسة الفرنسي بخصوص تمديد عقد الاستثناء أين المجلس" يذكر بأنه مدة عقود الاستثناء يجب أن تكون متناسبة مع استغلال الحقوق من قبل مقتنيها، و كافية بصورة تسمح باستهلاك الاستثمار الذي تم بموجب هذا الاستغلال. و أن تقدير هذه المدة يختلف حسب خصوصيات السوق و طبيعة الحقوق المتنازل عنها". كما أن المجلس عاين أنه "لا يوجد أي اجتهاد قضائي يؤسس لأنه أي تنازل استثنائي للحقوق لفترة تفوق ثلاث سنوات تشكل ممارسة منافية

³²¹ - A. CHAVANNE, J-J. BURST, Droit de la propriété industrielle, 5^e éd., Dalloz, 1998, n° 1142, p. 673.

للمنافسة. تم يدقق أنه لا يوجد أي تحليل اقتصادي إلى حد الآن، يعتبر أن تمديد مدة الاستثناء يمكن أن يقيد المنافسة³²².

مجلس المنافسة الفرنسي في قرار له بتاريخ 14 ماي 1991 اعتبر أن أنظمة التوزيع، الانتقائي أو الحصري ليسو منافين للمنافسة عندما أن معايير الاختيار تكون ذات طبيعة موضوعية، و لا يكون موضوعها أو هدفها الإقصاء بالطبيعة شكل أو أشكال محددة من التوزيع و ليسوا مطبقين بصورة تمييزية³²³. كما أنه في حيثيات قرار لمجلس المنافسة الجزائري ذكر من حيث الموضوع أنه "من خلال ما تم ذكره فإن شركة سونطراك أقدمت على عرقلة حرية المنافسة و الحد منها في سوق توزيع المزلقات و هذا وفقا للمادة رقم 10 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، باتخاذها قرار إعادة شركة نפטال موزعا حصريا للمزلقات و تطبيقها لأسعار تفضيلية لصالح شركة نפטال على غرار الموزعين الخواص"³²⁴.

فمجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة، دوره السهر على السير الحسن للسوق من أجل زيادة الفعالية الاقتصادية و حماية المستهلكين. و بالتالي له كل الصلاحية باتخاذ قرار تحت أي شكل قانوني وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و ذلك من أجل جعل أي استثناء ناتج عن عقد أو عمل ممارسة مباحة من أجل ضمان الفعالية الاقتصادية و حماية المستهلكين في

³²² - Avis n°07-A-15 du 9 novembre 2007 portant sur le projet de décret modifiant le décret n°2004-699 relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audio-visuelle des compétitions ou manifestations sportives. Le Conseil de la concurrence se prononce sur la prolongation de la durée des contrats de cession des droits de retransmission des matches de la ligue 1 de football, en la faisant passer de trois à quatre ans, Gaz. Pal. de droit de la concurrence, Dimanche 13 au jeudi 17 juillet 2008, p. 49 et 50

³²³ - Décision Conc. conc. n°91-D-31 du 18 juin 1991, LawLex022669, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°778, p. 1391.

³²⁴ - قرار رقم 2015/20 صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 16 أبريل 2015 بشأن القضية رقم 2013/49 بين السيد دوخانجي رايح ضد شركة سوناطراك و سلطة ضبط المحروقات، النشرة الرسمية للمنافسة رقم

www.conseil-concurrence.dz/wp-content/uploads/2015/rapport-Annuel-2014.pdf, 8

السوق و نفترض أن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن الاستثناء المباح من قبل مجلس المنافسة يكون بدوره مباحا و هذا ما أدى بنا إلى اعتبار أن تدخل مجلس المنافسة يعتبر استثناء عن التمييز الناتج عن الاستثناء.

ثانيا: الاستثناءات المتعلقة بترخيص الحكومة

تتدخل الحكومة في المجال الاقتصادي و على الخصوص لوضع توازن للمنافسة عندما تكون الحرية مهددة. على الخصوص و أن حرية التجارة و الاستثمار أصبحت مبدأ دستوري على هيئات الدولة السهر على احترامها. فالاستثناء في العقود، حتى و لو كانت تجيزه القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية أو الذي تجيزه بعض الأعمال التجارية الضرورية لممارسة التجارة. إلا أن هذا لا يمنع من تدخل الحكومة لوضع حد لهذا الاستثناء.

"فالسطات العامة تتدخل من أجل منع أن الأكثر قوة تقصي نهائيا الأكثر ضعفا، مما يحذف أي منافسة، بالنتيجة عندما حرية المنافسة تؤدي إلى عدم التزام الدولة *désengagement de l'Etat*، فالبحت على توازن يتطلب تدخل هذه الأخيرة. لكن هذا التدخل ليس مباشر، فالدولة تكتفي بضمان أن يتواجد توازن قانوني و اقتصادي للمنافسة"³²⁵.

فالقوانين المتعلقة بالملكية الفكرية تقضي بتدخل الحكومة لإلغاء الاستثناء في حد ذاته عندما يقتضي الصالح العام ذلك. فيمكن للوزير المكلف بالملكية الصناعية في أي وقت، منح رخصة

³²⁵ - Y. GUYON, op. cit, n°894, p. 966 ; op. cit, n°896, p. 969 : une économie prospère et solide suppose à la fois de grosses et de petites entreprises. Des règles tant ponctuelles que générales empêchent les premières de faire disparaître les secondes en exerçant sur elles une sorte de violence économique.

إجبارية³²⁶ لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير لطلب براءة أو لبراءة اختراع، عندما تستدعي المصلحة العامة ذلك. يحدد المشرع المصلحة العامة هنا في الأمن الوطني، الصحة، تنمية قطاعات اقتصادية وطنية، خصوصا عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا و مرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق³²⁷. فنظام البراءة هو مؤسس على فكرة المنافسة الدينامية، ليس على فكرة المنافسة من أجل الحصول على احتكار حقيقي يغطي كل السوق، لا يكون إلا مؤقتا³²⁸. فالاستثناء لا يكون مبرر إلا إذا كان متطلب من خلال الشروط التقنية أو التجارية³²⁹. كما يمكن أيضا للوزير المكلف بالملكية الصناعية في حالة الاستثناء المتعلق باستغلال الرسوم و النماذج، إلغاء هذا الاستثناء بمنح رخصة إجبارية لهيئة عمومية أو للغير³³⁰ في حالة اقتضاء الصالح العام ذلك³³¹. و يتمثل الصالح العام في الأمن الوطني، التغذية، الصحة أو قطاعات حيوية أخرى للاقتصاد الوطني و كذلك استغلال تصميم شكلي محمي لأغراض عمومية غير تجارية³³². لكن هذا الإلغاء لاستثناء ليس أبدي إذ يمكن للوزير المكلف بالملكية الصناعية بناء على، طلب مالك

³²⁶ - "تكون الرخصة الإجبارية المذكورة في المادة 38 أعلاه، غير استثنائية و يكون هدفها الأساسي تموين السوق الوطنية"، المادة 48 من الأمر رقم 03-07، يتعلق ببراءات الاختراع، المذكور سابقا.

³²⁷ - أنظر المادة 49 من الأمر رقم 03-07، يتعلق ببراءات الاختراع، المذكور سابقا.

³²⁸ - C. ULLRICH, op. cit, p. 201 et 202.

³²⁹ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°774, p. 1386.

³³⁰ - "إذا عين أي شخص آخر وفقا للمادة 31 (الفقرة الأولى) أعلاه، لا يمكن نقل الرخصة الإجبارية إلا مع مؤسسة المستفيد من الرخصة أو الطرف من المؤسسة التي يتم فيها استغلال التصميم الشكلي"، المادة 34 من الأمر رقم 03-08، يتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، المذكور سابقا.

³³¹ - أنظر المادة 31 من الأمر رقم 03-08، يتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، المذكور سابقا.

³³² - أنظر المادة 31 الحالة الأولى من الأمر رقم 03-08، يتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، المذكور سابقا.

التصميم الشكلي، أن يسحب الرخصة الإجبارية في حالة ما إذا زالت الشروط التي بررت منح الرخصة الإجبارية³³³. و مثل هذا الحكم هو غير موجود في القانون المتعلق ببراءة الاختراع بخصوص، منح الرخصة الإجبارية. و لكن يوجد حالة واحدة في القانون المتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، لا يسحب فيها الوزير منح الرخصة الإجبارية و هي إذا اقتنع بأن حماية المصالح المشروعة للمستفيد من هذه الرخصة تبرر الإبقاء عليها³³⁴.

يعتبر هنا تدخل الحكومة ممثلاً في الوزير المكلف بالملكية الصناعية، استثناء على الاستثناء في حد ذاته و بالتالي استثناء على الممارسة التمييزية التي لا يمكن تأسيسها على الاستثناء الذي يعرقل حرية المنافسة.

المطلب الثاني

الحدود الواردة على منع التمييز الناتج عن التعسف

تتمثل هذه الحدود في الاستثناءات الواردة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية على السوق، المنصوص عليه في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم (الفرع الأول). كما تتمثل هذه الحدود كذلك في الاستثناءات الواردة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية (الفرع الثاني).

³³³ - أنظر المادة 1/33 من الأمر رقم 08-03، يتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، المذكور سابقاً.

³³⁴ - أنظر المادة 2/33 من الأمر رقم 08-03، يتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، المذكور سابقاً.

الفرع الأول

الاستثناءات الواردة على التمييز الناتج عن التعسف

في وضعية الهيمنة الاقتصادية على السوق

تتمثل الاستثناءات الواردة على التمييز الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق كما هي محددة في الأمر المتعلق بالمنافسة في الاستثناءات الناجمة عن تطبيق نص قانوني (أولاً). و في الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة (ثانياً).

أولاً: الاستثناءات المتعلقة بتطبيق بنص قانوني

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين ينتج عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق كما هو محدد في المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. لكن المشرع أورد استثناءاً على حظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق و بالنتيجة استثناء على التمييز الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق. هذا الاستثناء أوردته المشرع في المادة 9 الفقرة الأولى من الأمر المتعلق بالمنافسة. تنص هذه المادة على أنه "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه، الاتفاقات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له".

المادة 6 تتعلق بالحظر المتعلق بالممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية التي تهدف إلى عرقلة المنافسة. أما المادة 7 فهي تحظر كل تعسف ناتج عن وضعية الهيمنة الاقتصادية على السوق.

فكلما كان هناك نص قانوني لا يعتبر الحالات المنصوص عليها في المادة 7 تعسفاً في وضعية الهيمنة الاقتصادية على السوق. فإنه لا يطبق عليها الحظر و كذلك لا يطبق الحظر على التمييز

الناتج عن هذه الحالات. و لذا سنرى أهم القوانين التي تجيز التعسف في وضعية الهيمنة على السوق (أ). و مدى تأثير الاستثناء الناتج عن تطبيق نص قانوني على منع التمييز (ب).

أ - القوانين التي تجيز التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

الهيمنة على السوق هي الوضعية التي تمكن مؤسسة من الحصول على مركز قوة اقتصادي في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيلها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها³³⁵.

"إذا لا يكون مقبولاً أن متعامل اقتصادي يتعسف في وضعية القوة التي يحتلها بالمقارنة مع المهنيين الآخرين المتواجدين في السوق، التشريع المتعلق بالممارسات المقيدة التعسفية يظهر بعيد جداً عن الحقائق الاقتصادية"³³⁶.

و لذا أوجد المشرع استثناءات و من بينها وجود نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له³³⁷. الذي يُمكن المؤسسة من ممارسة التعسف في الهيمنة الاقتصادية على السوق لسلعة أو خدمة معينة أو سوق منطقة جغرافية من دون أن تخضع للعقوبات المدنية المنصوص عليها في قانون المنافسة و المرتبطة بالتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية. هذه النصوص القانونية، تكون بالطبع لحماية قطاع اقتصادي معين. كأن يوجد نص قانوني يحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيه أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني. و التي تعتبر

³³⁵ - المادة 3/ج من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

³³⁶ - M. MARTIN, op. cit, n°462, p. 346 et 347.

³³⁷ - « Le Conseil de la concurrence français a précisé que l'expression *texte législatif* ou *réglementaire* ne doit pas être entendue de façon étroite. Des pratiques simplement autorisées par une circulaire ou une lettre du ministre de l'Économie et des finances « *se présentant comme une interprétation formelle de la réglementation en vigueur pourrait être couverte (...)* bien que ces actes ne constitue pas à proprement parler des *texte réglementaire* », rapport Cons.conc pour 1975, p. 999, citée par P. GOURDON, op. cit, n°405, p. 199.

ممارسات ممنوعة لأنها تعسفية و تسمح بالهيمنة التعسفية و لكن وجود النص القانوني يجيزها و تعتبر استثناء عن المبادئ العامة المنصوص عليها في قانون المنافسة.

ب - مدى تأثير الاستثناء الناتج عن تطبيق نص قانوني على منع التمييز

وجود نص قانوني أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له يجيز التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، يعني أنه لا يؤخذ بالآثار المترتبة عن هذه الوضعية على الأعوان الاقتصاديين. من بين هذه الآثار التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، إذ أنه التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، يؤدي إلى تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين.

وجود نص قانوني يجيز التعسف في وضعية الهيمنة في قطاع نشاط اقتصادي معين، يعني ذلك أنه يجيز التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق. و بالتالي يعتبر وجود النص القانوني كاستثناء للتمييز الناتج عن وضعية الهيمنة. و لكن لا يطبق هذا الاستثناء إلا على النشاط الاقتصادي المعني بالنص القانوني أو النص التنظيمي الذي اتخذ تطبيقا له.

ثانيا: الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة

الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة حسب ما ورد في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. تتمثل في ترخيص مجلس المنافسة (أ) و في عدم تدخل مجلس المنافسة (ب).

أ - ترخيص مجلس المنافسة

"يرخص بالاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات و الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة³³⁸". فكل الممارسات المقيدة للمنافسة و الممنوعة وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. يمكن أن يرخص بها من قبل مجلس المنافسة وفقا لشروط المادة 2/9 من هذا الأمر.

أعطى المشرع لمجلس المنافسة إمكانية الترخيص بالتعسف في وضعية الهيمنة على السوق، إذا كانت تهدف إلى تطوير الاقتصاد الوطني، أو تساهم في خلق مناصب شغل جديدة، أو تسمح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. كذلك يمكن لمجلس المنافسة في حدود الصلاحيات التي أعطاه لها قانون المنافسة "اتخاذ القرار و الاقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني، بهدف تشجيع و ضمان الضبط الفعال للسوق، بأية وسيلة ملائمة، أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة و ترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تتعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية"³³⁹. و لكن هذه الصلاحية التي أعطاه لها المشرع لمجلس المنافسة لا تكون في شكل ترخيص كما هو منصوص عليه صراحة في الفقرة 2 من المادة 9 من الأمر رقم

³³⁸ - المادة 2/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

³³⁹ - المادة 1/34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و إنما "في هذا الإطار، يمكن مجلس المنافسة اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة..."³⁴⁰.

فمجلس المنافسة يهدف إلى اتخاذ كل التدابير التي من شأنها أن تؤدي إلى التطور الاقتصادي. لكن بشأن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق الذي يؤدي إلى التطور الاقتصادي، فيجب أن يكون هناك ترخيص من مجلس المنافسة حتى تعتبر هذه الممارسة جائزة. لكن لم يبين المشرع كيفيات طلب أو الحصول على الترخيص كما فعل بشأن عدم تدخل مجلس المنافسة و ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 05-175 الذي يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق. أو كما فعل بخصوص الحصول على الترخيص بالتجميعات و ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 05-219 الذي يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع³⁴¹.

لكن بالرجوع إلى المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. فإنها تنص في فقرتها الثانية على أنه "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات و الأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 و 11 و 12 أعلاه، أو تستند على المادة 9 أعلاه". هذا من حيث الصلاحية.

و بخصوص المؤهلين لطلب الترخيص من مجلس المنافسة بخصوص التعسف في وضعية الهيمنة و هذا بناء على ما جاء في هذه الفقرة. فهم محددين في الفقرة الأولى من المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. التي تقضي بأنه "يمكن أن يخطر الوزير المكلف

³⁴⁰ - المادة 2/34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12، المذكور سابقاً.

³⁴¹ - المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 22 يونيو 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، الجريدة الرسمية المؤرخة في 22 يونيو 2005، العدد 43، ص. 5.

بالتجارة مجلس المنافسة و يمكن المجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك". هذه الهيئات هي الجماعات المحلية و الهيئات الاقتصادية و المالية و المؤسسات و الجمعيات المهنية و النقابية و كذا جمعيات المستهلكين.

و بالتالي يعتبر ترخيص مجلس المنافسة هنا استثناء للحظر المنصوص عليه في المادة 7. و بالنتيجة يعتبر ترخيص مجلس المنافسة بالتعسف في وضعية الهيمنة على السوق، استثناء أو حدا للتمييز الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة.

ب - عدم تدخل مجلس المنافسة

المشروع جاء بحكم في المادة 8 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. يعطي للمؤسسات إمكانية طلب من مجلس المنافسة عدم التدخل بشأن الحظر المنصوص عليه في المادة 7 من نفس الأمر. بحيث تنص المادة 8 على أنه "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية و استنادا إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاقا ما أو عملا مديرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و 7 أعلاه، لا تستدعي تدخله. تحدد كفاءات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب مرسوم".

فطلب المؤسسات من مجلس المنافسة بعدم التدخل، يعتبر من بين الاستثناءات التي ترد على الحظر المتعلق بالتعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق. يقدم طلب عدم تدخل مجلس المنافسة من قبل المؤسسة أو المؤسسات المعنية أو يقدمه ممثلو هذه المؤسسات الذين يجب أن

يستظهروا تفويضا مكتوبا يبين صفة التمثيل المخول لهم، هذا بالنسبة للمؤسسات الوطنية³⁴². أما المؤسسات الأجنبية المعنية أو ممثلوها المفوضون، فيجب أن يبينوا عنوانا في الجزائر³⁴³. يقدم الطلب إلى مجلس المنافسة لأنه يعتبر مختص وفقا للقانون المتعلق بالمنافسة. فمجلس المنافسة "يتمتع بسلطة اتخاذ القرار و الاقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من... كل طرف آخر معني، بهدف تشجيع و ضمان الضبط الفعال للسوق، بأية وسيلة ملائمة، أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة و ترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تتعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية"³⁴⁴.

لكن حتى يصبح طلب المؤسسات بعدم تدخل مجلس المنافسة بخصوص التعسف في الهيمنة على السوق استثناء، يجب حصول المؤسسات على تصريح بعدم التدخل يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلبهم³⁴⁵. للحصول على هذا التصريح يجب أن تبين المؤسسات دوافع طلب عدم التدخل ببيان الأسباب التي يمكن أن يمس فيها موضوع الطلب بقواعد المنافسة، و كذلك تبيان الأسباب التي لا يهدف تصرف المؤسسة أو المؤسسات المعنية إلى عرقلة حرية المنافسة في نفس السوق أو الحد منها أو تعطيلها و في نفس الوقت بيان مزايا الطلب التي يمكن أن تنعكس على المنافسة و على

³⁴² - أنظر المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، المذكور سابقا.

³⁴³ - أنظر المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، المذكور سابقا.

³⁴⁴ - المادة 1/34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12 المذكور سابقا.

³⁴⁵ - تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، المذكور سابقا، على أنه "التصريح بعدم التدخل المذكور في المادة الأولى أعلاه، تصريح يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية، يلاحظ المجلس بموجبه عدم وجود داع لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من الأمر رقم 03-03...".

المستهملين و المستهلكين³⁴⁶. و يقوم مجلس المنافسة بالتحقيق في هذه الدوافع³⁴⁷. يتخذ التصريح بعدم التدخل الذي يقدمه مجلس المنافسة حسب القانون المتعلق بالمنافسة، شكل نظام أو تعليمة أو منشور التي يتم نشرها في النشرة الرسمية للمنافسة³⁴⁸.

لما يعطي مجلس المنافسة التصريح بعدم التدخل بخصوص التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، بناء على طلب المؤسسات المعنية بهذه الممارسات المتمثلة في التعسف في وضعية الهيمنة على السوق. فإنه تصبح هذه الممارسات التعسفية غير محظورة و كذلك التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن هذه الممارسات التعسفية التي تحصلت على تصريح من مجلس المنافسة بعدم التدخل بشأنها، يصبح غير معاقب عليه في السوق المعنية.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على التمييز الناتج عن التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية

الاستثناءات الواردة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية تكون من خلال الاستثناءات المتعلقة بالتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، المنصوص

³⁴⁶ - أنظر الملحق الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 05-175، يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، المذكور سابقا.

³⁴⁷ - "يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يستمع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات له. كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة إجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه"، المادة 3/34 و 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12، المذكور أعلاه.

³⁴⁸ - أنظر المادة 34/2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة و المتممة بالمادة 18 من القانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

عليها في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. هذه الاستثناءات هي موجودة في حكم المادة 2/9 من هذا الأمر.

لذا سنتناول مساهمة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في التطور الاقتصادي (أولاً)، ثم إجراءات الحصول على ترخيص مجلس المنافسة (ثانياً).

أولاً: مساهمة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في التطور الاقتصادي

يعتبر مساهمة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في التطور الاقتصادي استثناء على المنع المنصوص عليه في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و التي تعتبر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية ممارسة مقيدة للمنافسة.

بحيث تنص المادة 2/9 من الأمر المتعلق بالمنافسة على أنه "يرخص...و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق...". حتى ولو كانت هذه الفقرة لا تذكر المادة 11 الخاصة بحظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية بصريح العبارة، إلا أنه يمكن أن يطبق هذا الاستثناء عليها و يفهم ذلك بعبارة "الممارسات" و هنا المشرع يقصد كل الممارسات المقيدة للمنافسة المذكورة في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده ينص على الاستثناءات المتعلقة بحظر الاتفاقات و التعسف في وضعية الهيمنة و التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في نفس المادة ألا و هي المادة 4-420.L

من القانون التجاري³⁴⁹، التي تعتبر كل من وجود النص القانوني و التطور الاقتصادي استثناء على حظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

المادة 9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، تنص على أنه "كل تطور اقتصادي أو تقني"، و كقاعدة عامة كل إبداع تقني يشكل تطور اقتصادي، و من الأمثلة على التطور التقني، التطور في الإضاءة العمومية، أو في النقل بالسكة الحديدية، و التطور التقني بمعناه الواسع يعني التطور في الإنتاجية³⁵⁰ progrès de productivité. كما أنه تحسين التشغيل يعتبر استثناء على منع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية. يذكر كذلك المشرع في هذه المادة كاستثناء السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية و بالتالي هنا يمكنها استغلال وضعيات للتبعية و التعسف فيها لمواجهة هيمنة المؤسسات الكبرى أو الهيمنة الناتجة عن التجميعات الاقتصادية. و التي تعتبر هذه المؤسسات الصغيرة و المتوسطة وريد الاقتصاد الوطني.

و لكن المشرع يضع كل هذه الاستثناءات تحت شرط ترخيص مجلس المنافسة. بالمقارنة مع التشريع الفرنسي فيما يتعلق بالاستثناءات المتعلقة بالمؤسسات الصغيرة و المتوسطة فإنه يشترط وجود

³⁴⁹ - Article L.420-4 du code de commerce modifié par Loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012-art.5, dispose : « I- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 les pratiques :
1°- Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;
2°- Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économiques, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.
II- Certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnue comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'autorité de la concurrence... ».

³⁵⁰ - L-A. VINCENT, Progrès technique et progrès économique, in Revue économique, volume 12, n°6, 1961, p. 877 et 882, www.persee.fr/doc/reco-0035-2764_1961_num_12_6_407486

مرسوم يتعلق بمجال نشاط معين لهذه المؤسسات لتستفيد من الإعفاء من الحظر بعد أخذ رأي هيئة المنافسة³⁵¹.

نستنتج من المادة 2/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، أنه يعتبر التطور الاقتصادي كحد لمنع التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية و بالتالي كحد لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية. و هذا لا يكون إلا بعد الحصول على ترخيص مجلس المنافسة.

ثانيا: إجراءات الحصول على ترخيص مجلس المنافسة

يجب معرفة أنه في قانون المنافسة، الممارسة التي لها آثار سلبية على المنافسة، مع ذلك يمكن إنقاذها: و هو حالة، في المقام الأول إذا ما كان لها كذلك آثار ملائمة للمنافسة التي تكون تفوق آثارها السلبية، و يكون ذلك بوضع موازنة تنافسية un bilan concurrentiel فإذا كانت هذه الموازنة إيجابية فإن الممارسة جائزة و هي تطور المنافسة في السوق³⁵² proconcurrentielle. أما في المقام الثاني هناك رؤية مختلفة لهذه الموازنة، تكون أكثر اقتصادية: الممارسة يمكن أن تكون لها آثار ملائمة ليس على المنافسة بالمعنى الدقيق، و لكن على جوانب اقتصادية أكثر اتساعا (لأنها ملائمة

³⁵¹ - CH. COLLARD, CH. ROQUILLY, op. cit, n°1371, p. 953 : «...la procédure d'exemption par catégories d'accords n'avait jamais été utilisée jusqu'à ce que soient publiés le 7 juin 1996 deux décrets d'exemption pris sur le fondement de l'article L.420-4,II, du code de commerce. Ces textes, limités aux produits agricoles, renforcent une approche relativement spécifique de ce secteur au regard des règles de droit de la concurrence...le décret n°2007-1884 du 26 décembre 2007 concernant un accord relatif aux délais de paiement entre clients et sous-traitants industriels dans la filière automobile ».

³⁵² - M. BEHAR-TOUCHAIS, Déontologie et concurrence : une influence réciproque ?, in Les pratiques de l'industrie pharmaceutique au regard du droit de la concurrence, (Actes du colloque du 12 mars 2010- Dijon), éd. LITEC, 2010, n°23, p. 174.

للمستهلكين، للبيئة، للصحة...) و بالتالي ستكون هناك موازنة اقتصادية، و الممارسة ستنتقد إذا تكون الموازنة إيجابية³⁵³.

و هذا هو عمل مجلس المنافسة عندما يعطيه القانون هذه الإمكانية. المادة 2/9 تنص على أنه "...لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات و الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة"، بمعنى أنه حتى يمكن لمجلس المنافسة وضع الموازنة الاقتصادية و انقاد الممارسة المقيدة للمنافسة و نقصد هنا التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، يجب أن يكون ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة بالممارسة. لكن يعاب على المشرع أنه لم يضع أحكام تبين كيفية طلب و الحصول على مثل هذا ترخيص من مجلس المنافسة. كما فعل بشأن التجميعات الاقتصادية إذ هناك مرسوم تنفيذي يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع³⁵⁴. الذي يذكر هذا المرسوم التنفيذي بأنه يجب أن تكون عمليات التجميع التي من شأنها المساس بالمنافسة، موضوع طلب ترخيص من مجلس المنافسة³⁵⁵. بحيث أن هذا المرسوم مرفق بملحقين أين يجب تبيان أصحاب التجميع، النشاط المعني، السوق المعني و غير ذلك من المعلومات المتطلبة.

كما أنه لم يبين الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، فيما كان ترخيص مجلس المنافسة المتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة وفقا لشروط أحكام المادة 2/9 منه قابل للطعن، أمام الهيئة القضائية. إذ أنه بخصوص ترخيص مجلس المنافسة بالتجميع فإن المشرع ينص على أنه عدم ترخيص مجلس المنافسة بالتجميع يكون قابل للطعن أمام مجلس الدولة³⁵⁶.

³⁵³ - M. BEHAR-TOUCHAIS, op. cit.

³⁵⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 05-219، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، المذكور سابقا.

³⁵⁵ - أنظر المادة 2 و 3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-219، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، المذكور سابقا.

³⁵⁶ - أنظر المادة 19/أخيرة من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

باتخاذ مجلس المنافسة قرارا بترخيص التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، فإنه يصبح التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في سوق معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في قطاع نشاط معين غير محظور. يعتبر هنا قرار مجلس المنافسة حدا للتعسف في وضعية التبعية الاقتصادية و بالنتيجة حدا للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على عدم التمييز

المكرس في قانون الممارسات التجارية

يمنع المشرع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. في حالة عدم وجود مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزاهة و الشريفة. و عدم وجود مبرر مشروع للمعاملة. كذلك في حالة ما إذا كان التمييز بين الأعوان الاقتصاديين يحدث خلافا في تنظيم العون الاقتصادي و خلافا في تنظيم السوق.

لكن هذا المنع للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين ليس على إطلاقه. إذ أن هناك استثناءات واردة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. تتمثل هذه الاستثناءات في وجود المقابل الحقيقي و المبرر الشرعي (المطلب الأول).

إن النشاط الاقتصادي يترجم عمليا و قانونيا من خلال عقود، و إن الحرية التنافسية في إطار الممارسات التجارية لا يمكن أن توجد إلا إذا تم الحرص و المحافظة على الحرية التعاقدية. و هذا يعني أن الأعوان الاقتصاديين يكون بإمكانهم مبدئيا إبرام العقود التي يريدونها، و وفق الشروط التي يرغبون فيها. إذا أخذنا بهذا المنطق فإنه تعتبر حرية التعاقد إحدى حدود الممارسات الممنوعة في قانون الممارسات التجارية و التي من بينها الممارسات التمييزية. و لذا ستناول في (المطلب الثاني) من هذا المبحث، إمكانية الاعتراف لمبدأ حرية التعاقد بالسيطرة على التعامل بين الأعوان الاقتصاديين. باعتبارها استثناء أو حدا لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

المطلب الأول

المقابل الحقيقي و المبرر الشرعي كحد

لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

جعل المشرع من المقابل الحقيقي للمعاملة التجارية استثناءا لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين (الفرع الأول). و من وجود المبرر الشرعي للتمييز الناتج عن رفض البيع كاستثناء لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقابل الحقيقي كاستثناء لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

يمنع المشرع أي تمييز بين الأعوان الاقتصاديين في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم و ذلك طبقا للمادة 18 منه و التي تنص على أنه " 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 كفيات بيع أو شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة ". تشترط المادة عدم وجود المقابل الحقيقي لمنع الممارسة التمييزية و بالتالي وجود المقابل الحقيقي ينفي المنع (أولا) و لكن يجب ملاءمة المقابل الحقيقي مع المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة كشرط لقبول المقابل الحقيقي كحد لمنع الممارسة التمييزية (ثانيا).

أولاً: وجود المقابل الحقيقي للمعاملة التجارية

يعتبر وجود المقابل الحقيقي كحد لعدم منع الممارسة التمييزية، فلا يمكن إدانة الممارسة التمييزية إذا تم إثبات أن التفرقة في المعاملة تم تعويضها بمقابل حقيقي. لكن الإشكال الذي يثار هو ماذا يقصد بالمقابل الحقيقي. فهل هناك مفهوم للمقابل الحقيقي موحد يطبق على كل الممارسات التجارية أم أن هناك معايير متعددة للمقابل الحقيقي تختلف باختلاف كل معاملة تجارية.

المشرع لم يعطي مفهوماً للمقابل الحقيقي في المادة 18 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و لا حتى في النصوص الأخرى المكملة له. و لكن المعاملة التجارية بين الأعوان الاقتصاديين تتم في إطار السوق، و بالتالي معايير تحديد المقابل الحقيقي للمعاملة التجارية تتم وفق المعايير التي يعتمدها السوق التي تتم فيه. المشرع يعتمد اقتصاد السوق و الاقتصاد الليبرالي الذي يكون فيه قانون العرض و الطلب هو المهيمن. و بالتالي يمكن اعتماد هذا القانون كمعيار لتحديد المقابل الحقيقي للمعاملة. كما أن هناك قوانين أخرى تنفرد على قانون العرض و الطلب ألا و هو التوازن الاقتصادي للمعاملة³⁵⁷. القانون المدني يأخذ بمبدأ التعادل إذ يجب أن يكون المقابل معادلاً للالتزام بفعل أو منح شيء³⁵⁸.

المشرع في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و في المادة 18 لا يشترط فقط وجود المقابل للالتزام و لكن أن يكون هذا المقابل حقيقي

³⁵⁷ - بالرجوع إلى القانون المدني نجده يشير إلى التوازن الاقتصادي للمعاملة أو بالأحرى التوازن الاقتصادي للعقد في المادة 3/107 التي تنص على أنه "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، و إن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعًا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

³⁵⁸ - بالرجوع إلى نص المادة 1/57 من القانون المدني نجدها تنص على أنه "يكون العقد تبادلياً متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلاً لما يمنح أو يفعل له".

لانتفاء الممارسة التمييزية. المقابل هو عنصر عملية البيع أو تأدية الخدمة، الذي قيمته يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار في حساب سعر التكلفة للمنتج أو للخدمة المقدمة³⁵⁹. أما المقابل الحقيقي يقدر من خلال الفروق في سعر التكلفة، و إن هذه الفروق في سعر التكلفة يمكن أن تكون مرتبطة بتحويلات الممون لبعض زبائنه، تكاليف الإنتاج و التسويق³⁶⁰. كما أن هذه الفروق يمكن لاسيما أن تنتج أيضا عن أهمية الكميات المسلمة لنقطة بيع واحدة و مرة واحدة، لأهمية الكميات المسلمة لعدة نقاط لفترة معينة، مثلا السنة، أو أيضا عرض السلع للبيع و تنظيم التسليم في الوقت³⁶¹. الفرق في حجم الطلبات و كيفية التموين أو أهمية السوق المفتوح للممون تشكل مقابلات حقيقية des contreparties réelles³⁶². لكن أهمية الكميات المشتراة لا تشكل المقابل الحقيقي في حالة الحصول على امتياز عندما الممون يبيع بخسارة³⁶³. المقابل الحقيقي يمكن أن ينتج أيضا عن تحويل الخدمات³⁶⁴ بين الممون و الموزع، مثلا إذا الموزع يرفع بنفسه البضاعة و هي تسلم إلى كل منافسيه³⁶⁵.

إذا كان تجمع اثنين أو أكثر من المشترين بإمكانهم إيجاد مقابل في تطور مبيعات الممون أو تخفيض في مصاريفهم، فإن تقدير حقيقة هذا المقابل و تقويمه يجب أن يجرى حالة بحالة بخصوص كل ممون³⁶⁶. و إن وجود و أهمية هذا المقابل لا يمكن أن تنتج فقط من معاينة تطور

³⁵⁹ - D.FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°309, p. 132.

³⁶⁰ - P.ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°363, p. 63.

³⁶¹ - op. cit.

³⁶² - L. VOGEL, Droit de la négociation commerciale (2007-2008), op. cit, n°97, p.89 ; op. cit, n°172, p. 377 : « L'importance du marché ouvert à un fournisseur constitue, quantitativement, une contrepartie réelle aux avantages tarifaires consentis aux distributeurs d'une enseigne »,.

³⁶³ - op. cit, n°170, p. 374.

³⁶⁴ - op. cit : « à condition qu'ils soient effectivement rendues, qu'ils se traduisent par un allégement des charges du fournisseurs et qu'ils soient rétribués à leurs juste valeur ».

³⁶⁵ - P.ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°363, p. 63.

³⁶⁶ - op. cit.

المبيعات و التخفيض في مصاريف مجموع المومنين المنضمين إلى مركز التوزيع³⁶⁷. كذلك لا يمكن أن ينتج المقابل الحقيقي عن أقدمية العلاقات المجسدة مع الزبون³⁶⁸.

قضاة الموضوع في حكم قضائي فرنسي، حددوا بوضوح أنه يجب بالضرورة أن يكون المقابل الحقيقي القابل لأن يكون مبرر لممارسة تمييزية متعلقة بنفس عملية الشراء و ليس بعمليات سابقة أو لاحقة³⁶⁹.

ثانيا: المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة كمعيار لتقدير المقابل الحقيقي

من معايير تحديد المقابل الحقيقي التي وضعها المشرع في المادة 18 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. معيار النزاهة و الشرف في المعاملات التجارية. أي أنه لا يمكن أن يعتبر وجود المقابل الحقيقي كحد لمنع الممارسة التمييزية إلا إذا كان يتلاءم مع المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة. بمفهوم المخالفة إذا كان المقابل الحقيقي لا يتلاءم مع المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة فإنه تعتبر الممارسة التي يكون مقابلها ممارسة تمييزية.

مفهوم النزاهة و الشرف من الصعب تحديده فالمشرع في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. في الباب المتعلق بنزاهة الممارسات التجارية عدد فقط الممارسات الممنوعة بحكم مخالفتها لنزاهة الممارسات التجارية و هي الممارسات التجارية غير الشرعية، ممارسة أسعار غير شرعية، الممارسات التجارية التدلّيسية و الممارسات التجارية غير

³⁶⁷ - Avis CEPC n°04-02 du 25 févr. 2004, citée par P.ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°363, p. 63.

³⁶⁸ - CA Rouen, 14 déc. 1994, citée par op. cit.

³⁶⁹ - L. VOGEL, Droit de la négociation commercial (2007-2008), op. cit, n°163, p. 364.

النزیهة. و لكن یأتي في الفصل المتعلق بالممارسات التجارية غير النزیهة، في المادة 26 منه و يعرف لنا الممارسات التجارية غير النزیهة، بأنها تلك الممارسات المخالفة للأعراف التجارية النظیفة و النزیهة و التي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون اقتصادي أو عدة أعوان اقتصاديين آخريين. و بمفهوم المخالفة فإن المعاملات النزیهة يجب أن تكون موافقة للأعراف التجارية النظیفة و النزیهة، كما أن المعاملات النزیهة هي التي لا يتم فيها الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين الآخريين. و بالتالي فإن المقابل الحقيقي يجب أن لا يكون فيه اعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين حتى يمكن اعتباره استثناء لعدم منع الممارسة التمييزية.

المؤسسة التي تريد التمييز فإن التمييز يشكل الطابع الأساسي للسلوك غير النزیه اتجاه شريكها الاقتصادي³⁷⁰. فالمبادئ و المفاهيم القانونية التي واجب النزاهة مرتبط بها هي على الأساس المسؤولية المدنية التقصيرية، الخطأ، حسن النية³⁷¹.

المقابل في الممارسة التمييزية يتمثل في الامتياز الاقتصادي النوعي أو الكمي³⁷². سواء كان المقابل نوعي أو كمي، يجب أن يكون حقيقي يعني ذلك متناسب مع التمييز³⁷³. كذلك المقابل الحقيقي يجب ليس فقط أن يوجد و إنما أيضا أن تكون له قيمة أصلية في العلاقة مع الفرق في السعر الملائم³⁷⁴. المشرع يستعمل مصطلح الملائم مع المعاملة النزیهة و الشريفة.

فسلوك الطالب le demandeur سواء الحاضر أو الماضي يمكن أن يبرر المعاملة غير المتساوية³⁷⁵. فالسلوك الحاضر يعتبر طلب غير عادي بسبب محتوى أو كيفيات غير مطابقة

³⁷⁰ - L. VOGEL, L. BENZONI, Discrimination tarifaire : quelle marge de manœuvre pour les entreprises ?, op. cit, n°12, p.30.

³⁷¹ - Celine BLOUD-REY, op.cit, n°10, p.21.

³⁷² - D.FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°309, p. 132.

³⁷³ - N. DORANDEU, Le dommage concurrentiel, éd. Presse universitaires de perpignan – P.U.P., 2000, n°127, p.80.

³⁷⁴ - D.FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°312, p. 133.

³⁷⁵ - op. cit, n°308, p. 131.

للعادات التجارية و مثال على ذلك الطلب المفرط أين معيد بيع متخصص يريد اقتناء كل مخزون المنتجات المقترح من قبل موزع كبير في إطار بيع تخفيضي³⁷⁶. أما السلوك الماضي فهو يعبر عن عدم النزاهة عندما سوء النية يُظهر: التشهير بمنتجات الممون³⁷⁷، انحراف المبيعات³⁷⁸، عدم تنفيذ العقد³⁷⁹. يقضي قانون الممارسات التجارية أنه يعتبر من بين الممارسات التجارية غير النزاهة، تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتجاته أو خدماته، تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتجاته أو خدماته³⁸⁰.

قانون الممارسات التجارية³⁸¹، يقضي في مادته الأولى، أن هدفه تحديد قواعد و مبادئ الشفافية و النزاهة المطبقة على الممارسات التجارية التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديين. هدف النزاهة حماية الأعوان الاقتصاديين خاصة عندما يتعلق الأمر بمكافحة التزاحم المفرط أين النصوص القانونية توفر مكانة للاعتبارات الأخلاقية³⁸².

و لذا نجد أن المشرع لم يشترط فقط عدم وجود المقابل الحقيقي لتكليف الممارسة بأنها تميز بين الأعوان الاقتصاديين، و لكن أن يكون هذا المقابل الحقيقي لا يتلاءم مع المعاملات التجارية النزاهة و الشريفة أي مع القواعد الأخلاقية للمعاملات. و لذا فإنه الذي يجعل من الممارسة التمييزية غير

³⁷⁶ - Paris, 2 mars 1992 : D. 1994, somm. p. 171, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC., citée par D. FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°308, p.131.

³⁷⁷ - Paris, 4 nov. 1964 : D. 1965, p. 247, note J. GUYENOT., citée par op. cit, n°308, p.132 : Du fait de leur revente dans des conditions dévalorisantes : produits de luxe retirés de leur emballages.

³⁷⁸ - Cass. com., 10 oct. 1973 : D. 1974, p. 60, ou d'autre produits non concurrents, Lyon, 5 mai 1982 : JCP G 1983, II, 19970, note J-J. BIOLAY., citée par op. cit : Produits utilisés pour attirer les consommateurs afin de leur vendre les produits d'un concurrent.

³⁷⁹ - Impayés, Cass. com., 9 mai 1990 : Bull. civ. IV, n°144., citée par Ibid.

³⁸⁰ - أنظر المادة 27 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

³⁸¹ - قانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

³⁸² - M. CHAGNY, Droit de la concurrence et droit des obligations, op.cit, n°75, p. 85 : Tempérament nécessaire de la libre concurrence, l'exigence de loyauté est assortie d'une connotation morale, nonobstant son étymologie.

ممنوعة وفقا لأحكام المادة 18 أو بتعبير آخر مايعتبر حدا للممارسة التمييزية هو وجود المقابل الحقيقي الذي يتلاءم مع المفاهيم الأخلاقية للقانون و التي حددها المشرع في التلاؤم مع المعاملات التجارية النزيهة و الشريفة.

الفرع الثاني

المبرر الشرعي كاستثناء على عدم

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

لقد منع المشرع التمييز الناتج عن البيع أو تأدية الخدمة من دون وجود مبرر شرعي (كما رأينا ذلك في الفصل الأول من هذا الباب). و إن وجود المبرر الشرعي يعتبر كحد لعدم منع الممارسة التمييزية. رأينا سابقا، أن عدم وجود مبرر شرعي يعني عدم وجود أحكام قانونية رسمية أو أعراف تجارية كما يعني كذلك غياب مبادئ العدالة من شفافية و مساواة و نزاهة و حسن نية في المعاملة. و بالتالي فإن وجود المبرر الشرعي يمكن أن ينتج عن وجود نص قانوني أو عرف تجاري (أولا). كما أن المبرر الشرعي ينتج على أساس تطبيق مبدأ النزاهة و حسن النية في المعاملة (ثانيا).

أولا: وجود نص قانوني أو عرف تجاري كحد لمنع الممارسة التمييزية

إن وجود نص قانوني أو عرف تجاري يعتبر مبرر شرعي. فالقانون المدني يقضي أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي فإن القاضي يحكم بمقتضى العرف³⁸³، و من بين الأعراف هناك ما يعرف

³⁸³ - أنظر المادة الأولى من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

بالعرف التجاري³⁸⁴. هكذا فإن وجود النص القانوني يعتبر كحد لمنع الممارسة التمييزية (أ)، كما يمكن للعرف التجاري أن يكون كذلك (ب).

أ - وجود النص القانوني كحد لمنع الممارسة التمييزية

فالنصوص القانونية تفرض في بعض الأحيان أن تكون هناك معاملة غير متساوية. هكذا المشرع يمنع تسويق منتجات معينة لموزعين معينين، على سبيل المثال مموني المنتجات الصيدلانية لا يمكنهم البيع إلا للصيدليات المركزية، للصيدليات، باستثناء المتاجر ذات المساحات الكبرى³⁸⁵. في التشريع الجزائري تعتبر الصيدلية المركزية الممون الوحيد للمنتجات الصيدلانية و هي التي تقوم ببيع المنتجات الصيدلانية للمؤسسات العمومية و الخاصة للصحة و بيع المنتجات الصيدلانية للمؤسسات المعتمدة المكلفة بتوزيع المنتجات الصيدلانية و للصيدليات³⁸⁶. فلا يعتبر رفضا للبيع طلب التموين بمنتجات صيدلانية من الغير أي من غير الصيدلية المركزية. و بالتالي يوجد هنا مبرر شرعي لرفض البيع و لكن هل يعتبر تأسيس لممارسة تمييزية، هنا يثور الإشكال بما أنه للصيدلية المركزية وحدها احتكار التموين و هي التي تقوم بالتوزيع، بحيث ينص القانون على أنه من مهام الصيدلية المركزية "تسويق المنتجات الصيدلانية لدى المؤسسات المعتمدة المكلفة بتوزيع المنتجات

³⁸⁴ - تنص المادة الأولى مكرر من الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 الذي يعدل الأمر رقم 75-59، المتضمن القانون التجاري، المذكور سابقا، على أنه "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و أعراف المهنة عند الاقتضاء".

³⁸⁵ - D. FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°307, p.131.

³⁸⁶ - أنظر المادة 4 المعدلة بالمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 11-457 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 94-293 المؤرخ في 25 سبتمبر 1994 و المتضمن إنشاء الصيدلية المركزية للمستشفيات و تنظيمها و عملها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 14 يناير 2012، العدد 1، ص. 47.

الصيدلانية و الصيدليات³⁸⁷. و إن هذه المؤسسات المعتمدة تقوم فقط بالتوزيع بالجملة³⁸⁸. و في كل

الحالات يمكن للصيدليات التموين من الصيدلية المركزية.

كما أن المشرع يفرض على موزعي المواد التبغية³⁸⁹ البيع فقط لبائعي التبغ المعتمدين قانونا من

الإدارة الجبائية³⁹⁰. فالنص القانوني يعتبر هنا مبرر شرعي لموزعي المواد التبغية إذ لا يمكنهم البيع

إلا للبائعين المعتمدين. و أن يكون البيع لهم وفق الكميات و الأسعار المنشورة بقرار من الوزير

المكلف بالمالية³⁹¹.

هذا فيما يخص تطبيق نص قانوني باعتباره مبرر شرعي لرفض البيع الذي يعتبر تطبيق بامتياز

لممارسة تمييزية.

³⁸⁷ - أنظر المادة 4 المعدلة بالمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 11-457، المذكور سابقا.

³⁸⁸ - أنظر المادة 186 المعدلة بالمادة 19 من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008، يعدل و يتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 و المتعلق بالصحة و حمايتها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 3 غشت 2008، العدد 44، ص. 3، بحيث تنص "تتولى التوزيع بالجملة للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، بصفة حصرية، مؤسسات عمومية و كذا مؤسسات خاصة معتمدة،...".

³⁸⁹ - يعتبر موزعي مواد تبغية، صانعي المواد التبغية المرخص لهم بصفة موزعين، أشخاص طبيعيين و شركات معتمدين بصفة موزع للمواد التبغية. أنظر المادة 7 و 8 من المرسوم التنفيذي رقم 04-331 المؤرخ في 18 أكتوبر 2004، يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية و استرادها و توزيعها، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 20 أكتوبر 2004، العدد 66، ص. 5.

³⁹⁰ - إذ تنص المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 04-431 المذكور أعلاه على أنه "ينبغي على موزعي المواد التبغية أن يضعوا وجوبا في متناول بائعي التبغ المعتمدين قانونا من الإدارة الجبائية مجموع علامات و أصناف التبغ الموجهة لوضعها في السوق. يضع مدير الضرائب للولاية المختص إقليميا، قائمة بائعي التبغ في متناول الموزعين. يمكن إرسال القوائم المعدلة إلى الموزعين وفق نفس الشروط".

³⁹¹ - المادة 4 من الملحق الثاني المتعلق بدفتر شروط الموزع للمرسوم التنفيذي رقم 04-331، المذكور سابقا.

ب – وجود العرف التجاري كحد لمنع الممارسة التمييزية

أما فيما يتعلق بالعرف التجاري فإن المشرع ينص في القانون التجاري على أنه "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني و أعراف المهنة عند الاقتضاء"³⁹². أي أن العلاقات بين التجار تحكمها النصوص القانونية و الأعراف التجارية. لكن المشرع لم يحدد لنا ما هي هذه الأعراف المهنية و لا توجد مدونة لهذه الأعراف. و بالتالي لا يمكن حصر ما يعتبر من بين الأعراف التجارية مبررا شرعيا لرفض البيع. و لكن متى وجد هذا العرف التجاري و أخذ به القاضي و اعتبره مبررا شرعيا لرفض البيع فإنه سيعتبر كحد لمنع الممارسة التمييزية.

ثانيا: تطبيق مبدأ النزاهة و حسن النية في المعاملة كحد لمنع الممارسة التمييزية

مفهوم حسن النية يعتبر كمفهوم أخلاقي مرتبط باستقامة الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي عند إتمام الفعل acte³⁹³. أكثر دقة حسن النية يمكنه أن يرتبط بإخلاص المتعاقدين، الضروري لتكوين و لتنفيذ العقد³⁹⁴. كذلك مفاهيم النزاهة، المساواة أو التوازن تتواجد في العديد من الكتابات القانونية أو القضائية أين يكون هدفها ترقية الفعالية في المنافسة على المستوى الميكرواقتصادي³⁹⁵.

يمكن أن يفهم واجب النزاهة على أنه "الإخلاص التعاقدى" "la sincérité contractuelle" أو أيضا على أنه "حسن النية التعاقدى" "la bonne foi contractuelle"³⁹⁶. كما أنه أصبحت حاليا النزاهة، مبدأ

³⁹² – المادة الأولى مكرر من القانون التجاري، المعدل و المتمم.

³⁹³ - Ana BEDUSCHI-ORTIZ, La notion de loyauté en droit administratif, AJDA, DALLOZ, 2010, p. 2, <https://ore.exeter.ac.uk/>.

³⁹⁴ - op. cit.

³⁹⁵ - N. DORANDEU, op. cit, n°102, p. 65.

³⁹⁶ - Ana BEDUSCHI-ORTIZ, op. cit.

قانوني لأمن المبادلات و كذلك ضمان السير الحسن لاقتصاد السوق³⁹⁷. يعتبر الأستاذ GHESTIN أن النزاهة و حسن النية هما عبارتان شبه متعادلتان و أنه بالنتيجة يمكن استعمالهما من دون تفرقة³⁹⁸.

و لكن رغم هذا فإنه يمكن القول، بأنه إذا وجدت النزاهة في المعاملة التجارية فلا نكون بحاجة إلى منع الممارسة التمييزية. و بتعبير آخر، وجود النزاهة في المعاملة بين الأعوان الاقتصاديين، يعتبر كحد لمنع الممارسة التمييزية.

لكن تحديد معيار النزاهة صعب فهناك حكم قضائي فرنسي قضى بأنه "لا يعتبر تعسفي أن يدافع مخبر عن مصالحه التجارية برفضه بيع منتجات محددة السعر إداريا لمعامل الذي لا يبيع أي منتج في السوق الوطني الذي من أجله التنظيم المتعلق بالسعر تم وضعه و الذي لا يريد هذا المنتج إلا بهدف أن السعر المحدد من قبل السلطات العامة بالنظر إلى الاستعمال في التراب الوطني، يسمح له بإعادة بيعه في السوق الأجنبي بفائدة"³⁹⁹. و قد علقت الأستاذة M. MALAURIE-VIGNAL على هذا القرار بمايلي: "بأنها تتأسف على هذا التعليل، بحيث يظهر و أنه يبرر السياسة التي تمنع على المستوردين الاستفادة من الفروق في السعر. بالرغم من أن قانون المنافسة هدفه بإزالة العراقيل المصطنعة لتسهيل حرية ترويج المنتجات، ليتمكن المستهلك الاستفادة من أسعار تنافسية"⁴⁰⁰.

و لكن النزاهة تقتضي بأن يكون احترام للسياسة التعريفية للدولة، و منه على الأعوان الاقتصاديين عدم التعدي عليها.

³⁹⁷ - Michelle GRAZIANI, Le devoir de loyauté : contrainte ou opportunité ?, publié le 22 janvier 2016 sur <http://www.creg.ac-versailles.fr>, p. 1.

³⁹⁸ - op. cit.

³⁹⁹ - CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 23 janv. 2007, Sté Pharma-Lab : Juris-Data n°2007-324831, Contrats-Concurrence-consommation-Revue Mensuelle LEXISNEXIS Jurisclasseur- Mars 2007, p. 20, note Marie MALAURIE-VIGNAL, Le médicament et le droit des pratiques anticoncurrentielles.

⁴⁰⁰ - M. MALAURIE-VIGNAL, Le médicament et le droit des pratiques anticoncurrentielles, op. cit, p.21.

المطلب الثاني

الحرية التعاقدية كحد لمنع التمييز

بين الأعوان الاقتصاديين

يهتم قانون الممارسات التجارية⁴⁰¹ في أغلب أحكامه بالممارسة التجارية في إطار العقود و بالخصوص في مجال المفاوضات و تنفيذ العقود. "فمبدأ حرية التعاقد، يقوم على مبدأين يتمثل أولهما في حرية المتعاقد في اختيار من يتعاقد معه، و يتمثل ثانيهما في حرية أطراف العقد في التفاوض توخيا لما يصيب مصالحهما"⁴⁰².

قانون الممارسات التجارية⁴⁰³، نظم أكثر تنفيذ العقود بين الأعوان الاقتصاديين و إلزامية احترام حرية التعاقد في تنفيذ العقود. و ذلك إلى جانب تنظيم التفاوض و إبرام العقود. لكن هنا لم يأخذ المشرع بحرية التعاقد أي أثناء إبرام العقود، بل قيدها بمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين أثناء التفاوض و إبرام العقد. و بالتالي فإن المبادئ التي تقوم عليها الحرية التعاقدية تعتبر كحد لمنع الممارسة التمييزية المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، عندما تجسد في إطار العقد. انطلاقا من هذه الفكرة ارتأينا طرح إشكالية نظرية و هي، ما مدى اعتبار حرية التعاقد حدا لمنع الممارسة التمييزية؟.

⁴⁰¹ - القانون رقم 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁴⁰² - أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، دراسة تحليلية مقارنة في الفقه و القضاء الأنجلوأمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 16، العدد 01، السنة 1992، ص. 241، "و قد قام إلى جانب هذين المبدأين، مبدأ آخر مساند و مكمل لهما، و هو مبدأ القوى الملزمة للعقد الذي يرمي إلى تقرير "حرمة العقد" و حاصله أن الأفراد كاملي الأهلية يملكون أقصى درجات حرية التعاقد. و عقودهم عندما تبرم بحرية و اختيار، تكون مقدسة و على المحاكم تنفيذها. و قد سادت هذه المبادئ و ترسخت في ضمير المجتمعات الغربية في بداية القرن التاسع عشر و بصفة خاصة في انكلترا في عصر ثورة التغيرات الاقتصادية و السياسية".، نفس المرجع، ص. 242.

⁴⁰³ - القانون رقم 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

الإجابة على هذه الإشكالية تتطلب منا أولاً طرح فكرة حرية التفاوض كمبدأ من مبادئ الحرية التعاقدية و الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين (الفرع الأول). و ثانياً القوة الملزمة في العقد الناتج عن احترام مبادئ الحرية التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية التفاوض و الممارسة التمييزية

بين الأعوان الاقتصاديين

المادة 18 من القانون رقم 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تنظم التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين و تمنع استعمال النفوذ أثناء التفاوض و الذي يكون أثره التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و لكن هامش حرية التعاقد يبقى دائماً في المعاملات كما أن المتعاملين الاقتصاديين لن يرضوا بأن تلغى نهائياً المبادئ التي تبنى عليها حرية التعاقد و حرية المنافسة في المجال الاقتصادي.

فإذا طرحنا فكرة أن الحرية التعاقدية كافية لتكافؤ الفرص بين الأعوان الاقتصاديين في السوق. فإنه لا يكون هناك مجال للتدخل و منع الممارسة التمييزية، على اعتبار أن الأعوان الاقتصاديين يحرصون على منح إمكانية التفاوض لكل المتعاقدين - الأعوان الاقتصاديين - (أولاً). كما أنه فكرة حرية اختيار المتعاقد تتنافى و المنع الموجود بشأن رفض البيع (ثانياً).

أولاً: حرية التفاوض ضرورة في المعاملات بين الأعوان الاقتصاديين

تكريس مبدأ حرية التفاوض في المعاملات بين الأعوان الاقتصاديين من شأنه أن يضمن فرص الحصول على حصص في السوق. لأنه من أجل تنمية المبادلات الضرورية للتطور الاقتصادي، يجب استبعاد كل معرقل للحرية التعاقدية⁴⁰⁴.

إن إعادة طرح فكرة الحرية التعاقدية و بالتالي حرية تحديد المحتوى التعاقدية. يجعل من الحرية التعاقدية كمبدأ رئيس *principe directeur*⁴⁰⁵.

مبدأ حرية التعاقد لا يمكن أن يكون مطلقاً باعتبار أنه يجب أن يشترك مع مبادئ أخرى كبيرة للقانون، كمبدأ حرية المنافسة. فهذين المبدأين يشتركان في كونهما يرتكزان على نفس الحيلة القانونية: المساواة بين الأطراف، الذين يفترض فيهم أنهم أفراد عاديين، نزهاء و يتمتعون بسلوك نموذجي⁴⁰⁶.

المبادئ التي تقوم عليها الحرية التعاقدية تضمن المساواة بين الأعوان الاقتصاديين. هكذا تكون المساواة في المعاملة الوسيلة التي تضمن تصحيح التعسف في القوة الاقتصادية لإحدى المتعاملين و الحالة المرتبطة بالتبعية الاقتصادية للمتعامل الآخر⁴⁰⁷.

مادامت الحرية التعاقدية تضمن المساواة، فإن حرية التفاوض التي هي إحدى مبادئ الحرية التعاقدية تضمن المساواة. فيمكن استنتاج أنه لا يكون هناك داعي لفرض منع التمييز في الممارسات التجارية.

هناك حكم قضائي فرنسي يجعل من الحرية التعاقدية استثناء على حظر الاتفاقات و على الخصوص الاتفاقات التي تؤدي إلى الاحتكار. و الذي يمكن استلهامه في مجال حرية التفاوض بين

⁴⁰⁴ - J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e éd, L.G.D.J, 1993, n°40, p. 30 : « C'est le principe du « laisser faire, laisser passer » que complète implicitement le laisser contracter ».

⁴⁰⁵ - D. MAZEAUD, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, Chronique, Recueil DALLOZ, 2009, n°20, p. 1365.

⁴⁰⁶ - Nathalie Brunetti, op. cit, p.3.

⁴⁰⁷ - D. FERRIER, Droit de la distribution, op. cit, n°294, p. 126.

الأعوان الاقتصاديين دون أن يكون هناك تطبيق للمنع الموجود بشأن الممارسة التمييزية. "مبدأ الحرية التعاقدية يسمح لصاحب براءة الاختراع بتفضيل المؤسسات التي أخذت على عاتقها المخاطر التكنولوجية لتطوير الاختراع لتطبيقه في مجالات جديدة و ذلك برفع تكلفة التراخيص le coût des licences كلما مر الوقت على براءات الاختراع au fur et à mesure du vieillissement des brevets⁴⁰⁸.

فالحرية التعاقدية تبقى دائما كفكرة نظرية لها تطبيقها و بالخصوص في جانبها المتعلق بحرية التفاوض. و تعتبر كحد لمنع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

ثانيا: حرية اختيار المتعاقد و المنع الموجود في المادة 15 من القانون رقم 04-02

أهمية العقد توجد في الاقتصاد الحر كما توجد في الاقتصاديات الأخرى، إلا أنه حجم تواجد السوق يساهم في أهمية العقد⁴⁰⁹. فعلى العموم أي نظام اقتصادي لا ينكر وجود الوسيلة التعاقدية l'instrument contractuel لأنه يكون و يبقى التعبير عن توافق الإرادات بين شخصين على الأقل من أجل إنشاء التزام قانوني أو أكثر⁴¹⁰. فالمشعر الجزائري أقر الوسيلة التعاقدية في جميع خياراته الاقتصادية، سواء خلال مرحلة الاقتصاد الموجه أو اقتصاد السوق.

تتمثل الحرية التعاقدية في حرية الأطراف بالتقرير بأنفسهم بالدخول أو لا في العلاقة التعاقدية. و إن الذي يعرض سلعة أو خدمة هو يريد التعاقد و يكون في حالة إيجاب. في هذا السياق المشعر

⁴⁰⁸ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°712, p. 1306.

⁴⁰⁹ - Ali BENCHENEB, op. cit, n°35, p. 27 ; E. BROUSSEAU et J-MICHEL GLACHANT, Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique, Rev. d'économie industrielle, n°1, 2000, p. 24 : « La notion du contrat est à la fois une notion plus transversale et plus générale que la notion de marché ».

⁴¹⁰ - Ali BENCHENEB, op. cit, n°35, p. 27; op. cit, n°2, p.6 : «L'utilité, sinon la nécessité, du contrat n'est guère contestable aussi bien pour la réalisation d'affaires...Le contrat est tout à la fois instrument d'approvisionnement, de production, de distribution, de mise à disposition de produits aux consommateurs...».

أخذ بمبدأ حرية التعاقد كحد لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و ذلك في المادة 15 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، على أنه "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع. يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة...". فهنا العون الاقتصادي مهما كانت صفته القانونية سيكون في وضعية ايجاب. و بالتالي سيكون هناك أيضا عدة أعوان اقتصاديين آخرين الذين يتواجدون في نفس سوق السلع أو الخدمة في وضعية قبول. حرية اختيار المتعاقد تبقى في الحالة المذكورة في المادة 15 عند الأعوان الاقتصاديين الذين يريدون قبول عرض العون الاقتصادي الذي يكون في وضعية ايجاب.

المشروع في المادة 15 من القانون رقم 02-04، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، يمنع رفض البيع أو تأدية الخدمة بدون مبرر شرعي. و لقد رأينا سابقا في الفصل الأول من هذا الباب بأن رفض البيع من دون مبرر شرعي يعتبر شكل من أشكال التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و إن هذا المنع يعتبر عرقلة للحرية التعاقدية في مبدئها المتعلق بحرية اختيار المتعاقد⁴¹¹. فإذا أخذنا بالحرية التعاقدية كفكرة نظرية التي يبقى لها دائما تطبيقها، و التي أخذ بها المشروع هنا في المادة 15. فإن حرية اختيار المتعاقد تعتبر كحد لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن رفض البيع بدون مبرر شرعي.

⁴¹¹ - Ali BENCHENEB, op. cit, n°87, p.61: « L'offre est un engagement non pas de conclure un contrat mais de donner suite à une acceptation... ».

الفرع الثاني

القوة الملزمة في العقد: الناتج عن احترام مبادئ الحرية التعاقدية

(كحد للممارسة التمييزية)

من أهم مهام القانون هو التوفيق بين حرية التعاقد و معنى المصلحة العامة⁴¹². فإذا لم تتبني العلاقة التعاقدية على كلا شطري مبدأ حرية التعاقد، فيغدوا إذا المبدأ المرادف و هو "القوة الملزمة للعقد" غير مستوجب الاحترام. و عليه يثور التساؤل متى يتعين على القاضي احترام مبدأ حرية التعاقد و من تم يقلع عن التدخل في الرابطة العقدية إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد (أولاً)، و متى يتعين عليه أن يضحى بالقوة الملزمة للعقد من أجل مصلحة طرف ضعيف باعتباره طرف ضعيف في عقد ناتج عن ممارسة تمييزية طبقاً للمادة 18 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، (ثانياً).

أولاً: القوة الملزمة للعقد

من نتائج الحرية التعاقدية القوة الملزمة للعقد. و التي أخذ بها المشرع بشأن آثار العقد في القانون المدني. إذ تنص المادة 106 منه على أنه "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"⁴¹³. يقول الأستاذ Ali BENCHENEB بشأن هذه المادة أن لها قدرة معتبرة لتسيير مجمل الاقتصاد، بفضل هذا النص فإن توقعات الأطراف المتعاقدة

⁴¹² - أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص. 243.

⁴¹³ - المادة باللغة الفرنسية هي كالتالي:

« Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi »

و هي مستلهمة من القانون المدني الفرنسي، المادة رقم 1134

لا تكون غير صحيحة و هكذا فإن ضبط نشاطات الإنتاج، التوزيع، الاستثمارات و/أو الاستهلاك يمكن فهمه⁴¹⁴.

فالقوة الملزمة للعقد هي إحدى المبادئ الرئيسية لتنفيذ العقد. فالقانون المدني يسمح للأطراف في العقد بوضع قانونهم (المتمثل في العقد) هذا يعني أن الأطراف يجب عليها تنفيذ التزاماتها و كذلك أن هذه الالتزامات تفرض على الآخرين و لاسيما القاضي الذي عليه احترام روح و محتوى العقد.

وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية لا شيء يفرض على أطراف التعاقد. لكن عندما يتم ذلك، فإن عليهم التمسك باحترام التزاماتهم. ينتج عن ذلك أنه لا يمكن لأحد الأطراف فك الرابطة التعاقدية بإرادته المنفردة من دون أن يرتب مسؤوليته⁴¹⁵. فالتراضي المتبادل وحده يمكنه فك ما تم عقده و على الأطراف تنفيذ بكل ثقة الالتزامات المتولدة على العقد⁴¹⁶.

إذا أخذنا بفرضية أن الحرية التعاقدية هي حد لمعاقبة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المقرر في قانون الممارسات التجارية، فإننا سنأخذ بضرورة احترام الأفراد لالتزاماتهم الناتجة عن العقد الذي تم وفقا لإرادتهم و بالتالي القوة الملزمة للعقد.

التساؤل الذي يطرح هو حول القوة الملزمة للعقد الذي أبرم مع وجود قاعدة إجبارية في قانون الممارسات التجارية تقضي بعدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

مع أن قانون الممارسات التجارية لا ينص على عقوبات مدنية كبطلان العقد و ذلك بعكس قانون المنافسة الذي ينص على ذلك. فهذا لا يمنع بأن نضع هذه الأطروحة و هو مصير العقد الذي يكون بناءا أو نتيجة ممارسة تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

⁴¹⁴ - Ali BENCHENEB, op. cit, n°263, p. 181.

⁴¹⁵ - F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit, n°25, p. 32.

⁴¹⁶ - op. cit.

ثانيا: التنازل عن القوة الملزمة للعقد الناتج عن الممارسة التمييزية كما هو محدد في المادة 18

بالنسبة لـ DOMAT و POTHIER تبرير القوة الملزمة للعقد تبقى خارجة عن إرادة الإنسان. فهي أساسا معنوية و لا تركز على الحرية الفردية، المعتبرة كحق طبيعي، لكن تركز على واجب الضمير: احترام الكلمة المعطاة " le respect de la parole donnée ". فبالنسبة لهم يجب على الاتفاقيات les conventions فيما عدى احترام القوانين و الأخلاق العامة، يجب الاستلham من حسن النية و الأخلاق⁴¹⁷. فحسب طرح الأستاذ F. TERRÉ عندما قاعدة قانونية "تتعلق بعدد معين من الفرضيات فهذا بالضرورة لأن البعض الآخر غير متضمن فيها"⁴¹⁸.

وجود نوع من الإفراط في علاقات الأعمال يبرر تدخل قواعد نزاهة الممارسات التجارية في العقود. مراقبة العقد تكون بمعيار خارج عن العقد من خلال، تطلب الخلق الاقتصادي⁴¹⁹. الذي يأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة، السوق، و ليس فقط المصلحة الخاصة لمتنافس أو متعاقد باسم العدالة التعاقدية⁴²⁰. و هذا ما أخذ به المشرع في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و هو كذلك ما رأيناه بخصوص منع المشرع للممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. لكن اعتبار أن الحرية التعاقدية هي حد للممارسة التمييزية المنصوص عليها في المادة 18 يعطي للعقد القوة الملزمة و بالتالي لا يمكن التنازل عن هذه القوة الملزمة من قبل الأطراف المتعاقدة.

لكن هل يمكن للقاضي التدخل في إرادة أطراف العقد بناء على مخالفته للنظام العام و المتمثل في مخالفة قاعدة آمرة في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية

⁴¹⁷ - J. GHESTIN, op. cit, n°58, p.40.

⁴¹⁸ - F. TERRÉ, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, citée par M-ST. PAYET, op. cit, n°252, p. 373.

⁴¹⁹ - M. MALAURIE-VIGNAL, Éthique des pratiques restrictives, op. cit, n°15, p. 18.

⁴²⁰ - op. cit.

و بالخصوص المادة 18 منه. الإجابة ستكون بنعم إذا أخذنا بالمنع الموجود في المادة 18. و ستكون بلا إذا أخذنا بفرضية أن الحرية التعاقدية تعتبر كحد لمنع الممارسة التمييزية و بالتالي لا يمكن للقاضي التدخل في تعديل أو إلغاء العقد بناء على المادة 18.

الباب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على ممارسة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

وفقا للفرضية التي قمنا بطرحها في مقدمة هذا البحث و المتعلقة أولا بتحديد المجال القانوني للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين من حيث المبدأ و إطار الاستثناءات الواردة عليه. و ثانيا معرفة الآثار القانونية المترتبة على هذه الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. فإننا قمنا بتحديد الممارسة التمييزية في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و بينا أن المشرع يمنع أي ممارسة تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

منع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، لها بعد موضوعي و هو حماية السوق و بعد شخصي و هو حماية الأعوان الاقتصاديين. لدى فإن دراسة الآثار القانونية المترتبة على الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، المنصوص عليها في كل من الأمر المتعلق بالمنافسة و قانون الممارسات التجارية ستكون في فصلين. الفصل الأول سيكون حول الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على السوق، و فصل ثاني يتعلق بالآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على الأعوان الاقتصاديين.

الفصل الأول: الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على السوق

الفصل الثاني: الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على الأعوان الاقتصاديين

الفصل الأول

الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على السوق

السوق هو المجال الافتراضي و المجال القانوني الذي تتفاعل فيه كل الممارسات التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديين. من بين هذه الممارسات، الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في هذا السوق. نقصد هنا الممارسة التمييزية التي تم تبيانها في كل من قانون المنافسة⁴²¹ و قانون الممارسات التجارية⁴²². بحيث أنه في تفاعل بيني، هذه الممارسات التمييزية تترك آثارا في هذا السوق.

الآثار القانونية للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين على السوق التي سيتم دراستها في هذا الفصل هي الآثار القانونية على الفعالية الاقتصادية (المبحث الأول)، و الآثار القانونية على المستهلك (المبحث الثاني).

⁴²¹ – الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁴²² – القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

المبحث الأول

الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين

على الفعالية الاقتصادية

قمنا بدراسة في الباب الأول من هذا البحث الأساس القانوني للممارسة التمييزية و الاستثناءات الواردة على هذه الممارسة أو ما عنونه بحدود الممارسة التمييزية. و كان ذلك في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و لذا سنتناول في هذا المبحث الآثار القانونية لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين على الفعالية الاقتصادية (المطلب الأول). ثم الآثار القانونية لحدود التمييز بين الأعوان الاقتصاديين على الفعالية الاقتصادية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الآثار القانونية لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

على الفعالية الاقتصادية

لقد تم تقدير مستويات التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في كل من الأمر المتعلق بالمنافسة و قانون الممارسات التجارية. في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، قمنا بتقدير منع التمييز بناء على عرقلة حرية المنافسة و كذلك للتعسف الذي ينتجه. أما في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، فتم تقديره بناء على عدم وجود مقابل حقيقي للممارسة التجارية و كذلك لوجود اعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين.

و لذا سنتناول آثار منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في الأمر المتعلق بالمنافسة على
الفعالية الاقتصادية (الفرع الأول)، ثم آثار منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في قانون
الممارسات التجارية على الفعالية الاقتصادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون

المنافسة على الفعالية الاقتصادية

سنقسم هذا الفرع إلى آثار منع التمييز الناتج عن عرقلة حرية المنافسة على الفعالية
الاقتصادية (أولاً)، و آثار منع التمييز الناتج عن التعسف على الفعالية الاقتصادية (ثانياً).

أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عرقلة حرية المنافسة على الفعالية الاقتصادية

لا يمكن للمنافسة أن تكون حرة، إلا إذا ارتكزت على مساواة الحظوظ بين المتعاملين الاقتصاديين
و بالتالي غياب التمييز⁴²³. فالممارسات التمييزية يمكنها حقا تهديد المساواة بين المتنافسين،
أي مساواة الحظوظ بين المؤسسات: فيمكنهم مثلا، إنشاء عدم التوازن بين مختلف الأعوان
الاقتصاديين أو ضرر للمؤسسة لمتابعة نشاطها⁴²⁴.

⁴²³ - G. RIPERT et R. ROBLLOT, Traité de droit commercial, par L. VOGEL, Tome1, Volume1, Commercant- Tribunaux de commerces- Fonds de commerce- propriété industrielle- Concurrence, L .G.D.J, 18èd, 2001, n°810, p.663 ; C.J.C.E. 19 mars 1991, France c/ Commission citée par F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, Rej n°89, p.30 : « Un système de concurrence ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée ».

⁴²⁴ - L. Nicola-Vullierme, op. cit, n°3, p. 4.

المشعر و تحقيقا لهدف قانون المنافسة و المتمثل في زيادة الفعالية الاقتصادية⁴²⁵، ارتئ منع أو حظر الممارسات التمييزية التي تنتج عن عرقلة حرية المنافسة. فمن بين النتائج المترتبة على عرقلة حرية المنافسة، الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، و إن هذا لا يتماشى مع تحقيق الفعالية الاقتصادية للاقتصاد الجزائري الذي يركز و يعول على المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و ذلك بدعمها بكل الوسائل و التي من بينها صيغ إنشائها (إذ أن هناك العديد من المؤسسات الصغيرة و المتوسطة تنشأ في إطار سياسة دعم تشغيل الشباب).

فالمنع هنا للممارسة التمييزية التي تنتج عن الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية⁴²⁶ أو عن الأعمال المدبرة و التي تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة فيه نوع من الصواب و يؤدي إلى تحسين الفعالية الاقتصادية. و المتمثلة هنا في تنافسية المؤسسات المنشأة للمؤسسات المتواجدة في السوق.

بالنسبة لمنع التمييز الناتج عن الاستثناء، فإن المؤسسات لديها إمكانية الاستثناء بأسعارها هكذا أسعار، تتعارض مع تلك المحددة من خلال حرية قانون العرض و الطلب و المجددة بهدف منطق البحث عن هيمنة المؤسسات الكبرى⁴²⁷.

⁴²⁵ - و هذا ما أقرته المادة الأولى "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق... قصد زيادة الفعالية الاقتصادية...". الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، المذكور سابقا.

⁴²⁶ - "تتخذ الاتفاقات المقيدة للمنافسة أشكالاً متعددة، حيث أن الاتفاق المقيد للمنافسة يمكن أن يتمثل في أعمال تنسيقية بين المشروعات التي يجمعها الاتفاق و قد يتمثل في اتفاقات صريحة و اتفاقات ضمنية و قد تتخذ شكل الاتحادات. بصفة عامة فإن الشكل القانوني الذي يمكن أن يتخذه الاتفاق لا يمثل أي أهمية من حيث إمكانية خروجه من نطاق الحظر القانوني"، حلو أبو الحلو، النظام العام في مجال المنافسة و الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، العدد 05، الطبعة 2005، ص. 38 و 39.

⁴²⁷ - Lionel ZEVOUNOU, op. cit, n°1008, p. 389.

تدخل الدولة عن طريق قانون المنافسة لمنع الممارسة التمييزية الناتجة عن الاستثناء هو بهدف تحقيق الفعالية الاقتصادية و على الخصوص الفعالية الاقتصادية المتعلقة بالإنتاج.

بالنسبة لمنع التمييز الناتج عن الاستثناء d'exclusivité نتكلم عن إمكانية الدخول إلى السوق كشرط لتحقيق الفعالية الاقتصادية. لأنه بالنسبة للاقتصاد الوطني الاستثناء بإحدى النشاطات المنصوص عليها في المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، من شأنه عرقلة حركة نمو الإنتاج الوطني، على الخصوص و إن تحدثنا على الاستثناء الناتج عن الملكية الفكرية فإن غالبية الاختراعات المرتبطة بالتكنولوجيا (كالهواتف النقالة مثلا) و العلامات ذات شهرة المرتبطة بالمنتجات الراقية، هي أجنبية (نقصد هنا حقوق الملكية الصناعية المرتبطة بها). كما أنه مختلف علامات التوزيع في مجال المنتجات و الخدمات هي أجنبية.

الأثار المتعلقة بقانون المنافسة على النهضة الاقتصادية فسرت من قبل مختلف الدراسات المستلهمة من النظريات الاقتصادية و الخيارات السياسية المتعددة، و المتمثلة في النهوض بالسياق التنافسي و حمايته و التوصل إلى أكبر قدر من الفعالية الاقتصادية⁴²⁸.

⁴²⁸ - Ali CENK KESTIN, op. cit, p. 64 et 65. -

"إن تأسيس السياق التنافسي لا يتلاءم مع الممارسات المقيدة للمنافسة، لأنها تمس بالسير الطبيعي لقواعد السوق"، صاري نوال، قانون المنافسة و القواعد العامة للالتزامات، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، 2009-2010، ص. 47 - "إن قواعد المنافسة أول ما تهدف إليه في الأساس هو ضمان السير الحسن للسوق و تحقيق الفاعلية، و بمعنى آخر، حماية هذه الأخيرة من كل ممارسة من شأنها المساس بهاتين الغايتين اللتين تبقيان في حد ذاتهما وسيلتين توصلان إلى غاية أكبر تتمثل في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للبلد على وجه الخصوص. و يظهر ذلك جليا من خلال حظر الممارسات التي يكون موضوعها أو من آثارها منع أو تضيق أو عرقلة الحرية التنافسية عموما في السوق"، تيروسي محمد، المرجع السابق، ص.39.

ثانيا: آثار منع التمييز الناتج عن التعسف على الفعالية الاقتصادية

حسب النظرية النيوكلاسيكية، الأسواق تخصص الموارد النادرة للمستعملين النهائيين الذين هم في منافسة "qui sont en concurrence"، الفعالية الاقتصادية تتناسب مع الاستعمال و التخصيص الأفضل لهذه الموارد من قبل الأسواق و بهذا إعطاء أقصى ما يمكن رفاهية المجتمع⁴²⁹. بالمقابل، وجود عون اقتصادي مهيم في السوق يمكنه الإنفاص من الفعالية في السوق و هذا الأخير معرض لخطر عدم تحقيق هدفه في إعطاء أقصى رفاهية للمجتمع. بالنتيجة، قانون المنافسة ينظم السوق بهدف النهوض بالمنافسة و الرفع من الفعالية الاقتصادية⁴³⁰.

لذا نجد أن المشرع حظر كل تعسف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق⁴³¹، كما منع المشرع التعسف في وضعية الهيمنة على السوق الذي يؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين كما رأينا ذلك بالتفصيل في الباب الأول. لكن المشرع لم يقف عند حد المنع بل ربط المنع بالآثار التي يخلفها على الفعالية الاقتصادية، بذكره الحالات التي تنتج عن التعسف في وضعية الهيمنة و التي بموجبها تحظر الممارسة. من بين هذه الحالات تقليص الاستثمارات و التطور التقني و هذا بالطبع يؤثر على الفعالية الاقتصادية. الفعالية الاقتصادية التي تسعى السياسة التشريعية إلى تجسيدها إذ تم مؤخرا تبني قانون يتعلق بترقية الاستثمار⁴³² و الذي يمنح مزايا للمؤسسات المستثمرة بهدف الزيادة من رفاهية

⁴²⁹ - Ali CENK KESTIN, op. cit, p. 54.

⁴³⁰ - op. cit, p. 54.

⁴³¹ - أنظر المادة 7 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁴³² - قانون رقم 09-16 مؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية المؤرخة في 3 غشت 2016، ص. 18.

المجتمع و الذي هو أساس الفعالية الاقتصادية، بحيث أن هذه المزايا ستسمح بالاستثمار و بالتالي
الزيادة في مناصب الشغل⁴³³.

كما أنه يكون دور التطور التقني أساسي في سير السوق⁴³⁴. السوق يشجع سلوك المنتجين الذين
لديهم تأهيل جيد و يعاقب الذين ليسوا فعالين⁴³⁵. الأمل في الربح و الخوف من الخسارة يؤدي
باستمرار بالمنتجين إلى تحسين الإنتاج، من أجل الإنقاص من التكاليف و من أجل الاختراع
و الإبداع الذين هم عناصر النهضة الاقتصادية⁴³⁶ *croissance économique*. و بالتالي دعم الفعالية
الاقتصادية.

فكل ممارسة تؤدي إلى التعدي على هذا التطور التقني فإنها ستعوقل الفعالية الاقتصادية.
فالممارسة التمييزية التي تنتج عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق فإنها سيكون لها أثر على
الفعالية الاقتصادية.

"يتضح أن التمييز لا يكون حقيقيا خطر على المنافسة إلا في حالة أين نجم عن التعسف في
وضعية الهيمنة بينما أن المنع التلقائي يمكنه الحد و بإفراط من الحرية الفردية، و حتى التعارض مع
الهدف الرئيسي لتشريع المنافسة و هو الحفاظ على المنافسة و السير الحسن للسوق"⁴³⁷. بالطبع
و هذا ما جعل المشرع يربط المنع بالآثار التي يخلفها التعسف. فكلما كان التمييز بين الأعوان

⁴³³ - بخصوص المزايا الإضافية لفائدة النشاطات المنشئة لمناصب الشغل يقضي القانون رقم 16-09 الذي يتعلق
بترقية الاستثمار في المادة 16 منه على أنه "ترفع مدة مزايا الاستغلال الممنوحة لفائدة الاستثمارات المنجزة خارج
المناطق المذكورة في المادة 13 أعلاه، من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات عندما تنشئ أكثر من مائة منصب شغل
دائم، خلال الفترة الممتدة من تاريخ تسجيل الاستثمار إلى غاية نهاية السنة الأولى من مرحلة الاستغلال، على
الأكثر...".

⁴³⁴ - Ali CENK KESTIN, op. cit, p.63.

⁴³⁵ - op. cit.

⁴³⁶ - Ibid.

⁴³⁷ - M. CHAGNY, Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°614, p. 598.

الاقتصاديّين الناتج عن التعسف يؤثر على زيادة الفعالية الاقتصادية يكون ممنوعاً. فمنع التمييز هنا له أثر و هو رغبة المشرع في تحقيق الفعالية الاقتصادية.

بالنسبة للتمييز الناتج عن وضعيّة التعسف في وضعيّة التبعية الاقتصادية فإنه هنا المشرع حدد حالاته دون التطرق إلى الآثار التي تخلفها هذه الممارسة ماعداً أنها تقيد المنافسة و تخل بقواعد المنافسة. بالطبع فإنه من بين قواعد المنافسة تحقيق الفعالية الاقتصادية. فكلما كان لهذه الممارسة أثر سلبي على الفعالية الاقتصادية فإنها ستكون ممنوعة.

استعمال نظرية المنافسة الحرة و الكاملة *la concurrence pure et parfaite* هدفه تنظيم سلوك المؤسسات: فإذا قانون المنافسة يسمح للمؤسسات بالتصرف بشكل مستقل فإنهم لن يحاولوا التصرف بشكل غير فعال⁴³⁸. على العكس، المؤسسة التي لا تكون مجبرة من خلال المنافسة تمتلك قدرة أكبر على الإضرار بالمنافسين المحتملين⁴³⁹. كما أنه هيكل السوق *la structure du marché* مرتبط بتنافسية المؤسسة و هذا حسب مدرسة هافرد⁴⁴⁰ *l'école de Havard*. لذا فإن منع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديّين في قانون المنافسة هو بهدف تحقيق التنافسية في السوق.

⁴³⁸ - L. ZEVOUNOU, op. cit, n°1007, p. 389.

⁴³⁹ - op. cit, n°1008, p. 389.

⁴⁴⁰ - op. cit, n°1007, p. 389 ; J-B. BLAISE, op. cit, n°385, p.38 : La concurrence effective est la concurrence qui est susceptible de jouer sur chaque marché particulier. Pour établir l'existence, la nature et l'intensité d'une atteinte à la concurrence il est donc nécessaire de déterminer au préalable le marché de référence, appelé encore le marché en cause ou le marché pertinent.

الفرع الثاني

الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون

الممارسات التجارية على الفعالية الاقتصادية

سنتناول في هذا الفرع الآثار القانونية لمنع التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي للممارسة التجارية على الفعالية الاقتصادية (أولاً) و آثار منع التمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين على الفعالية الاقتصادية (ثانياً).

أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي على الفعالية الاقتصادية

يرتبط عدم التمييز بمفهوم المساواة في القانون⁴⁴¹. فمبدأ المساواة يكون مطابقاً لمتطلبات الفعالية الاقتصادية⁴⁴².

الأستاذ M. GLAIS في تعليقه على الأحكام المتعلقة بالممارسة التمييزية المنصوص عليها في الأمر 1 ديسمبر 1986 (قبل تعديله بموجب القانون المتعلق بالتحديث الاقتصادي)⁴⁴³ و الذي استلهم منه المشرع أغلب أحكامه على أنه "ليس هناك منازعة في أن أحكام الباب السادس من الأمر 86، تهدف بالأولوية الضمان للموزعين المساواة في الدخول إلى السوق، بدل من تفضيل البحث عن الفعالية الاقتصادية، حتى و لو كانت من حيث المبدأ لا تتعارض مع الفعالية الاقتصادية"⁴⁴⁴. فالأستاذ M. GLAIS يقر بأن المساواة لها أثر على الفعالية الاقتصادية و بالتالي فإن منع التمييز بين

⁴⁴¹ - Selon J-M.LOUIS, Le principe d'égalité en droit des affaires, th. Paris I, 1998, cité par M. CHAGNY, Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit , Rej, n°276,p. 594.

⁴⁴² - Selon J-M.LOUIS, op. cit, cité par op. cit , Rej, n°285,p. 595.

⁴⁴³ - ذكرنا فقط هذا التعديل دون ذكر التعديلات السابقة عنه، لأنه التعديل الذي أحدث تغييراً جدياً بخصوص الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

⁴⁴⁴ - M.GLAIS, Les pratiques discriminatoires dans les relations fournisseurs-distributeurs, chronique de la concurrence, Revue d'économie industrielle, année 1995, volume 72, p.85.

الأعوان الاقتصاديين لعدم وجود مقابل حقيقي له وفقا للمادة 18 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، له أثر على الفعالية الاقتصادية. بحيث التمييز هنا يؤدي إلى الإنقاص من رفاهية المجتمع. بحيث أنه حسب النظرية الهيكلية للاقتصاد فإنه يجب عدم تشجيع السلوكيات غير النزيهة أو الممارسات التجارية غير النزيهة، و ذلك من أجل تحسين التشغيل، النهضة الاجتماعية و التوزيع العادل للمداخل⁴⁴⁵.

ثانيا: آثار منع التمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين على الفعالية الاقتصادية

لقد سبق و أن رأينا أن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين وفقا لما هو محدد في قانون الممارسات التجارية. ينتج كذلك عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين. الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين هو مؤسس وفقا للأحكام التي جاء بها القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و الذي يكون من خلال إحداث خلل في تنظيم العون الاقتصادي و الإخلال بتنظيم السوق. فالتمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين يؤدي إلى خلل في شبكة التوزيع و بالتالي خلل في توزيع المنتوجات و الخدمات في السوق.

عكس الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، الذي ينص صراحة في مادته الأولى على أن هدف أحكامه زيادة الفعالية الاقتصادية. فان القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة

⁴⁴⁵ - L. ZEVOUNOU, op. cit, n°1010, p. 390 ; op. cit, Rej n°143, p. 391 : « Le concept d'efficience se décline en trios variante: l'efficience allocative, productive et dynamique. L'efficience allocative est définie comme telle « lorsque chaque ressource est orienté vers grâce au mécanisme des prix vers son usage le plus valorisé ».

على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، لا يوجد به ما ينص في أحكامه على أن هدفه تحقيق
الفعالية الاقتصادية.

لكن شبكات التوزيع سواء تعلق الأمر بالتوزيع الانتقائي أو التوزيع الحصري أو الفرانشيز
franchise فإنها ستؤدي بالضرورة إلى التمييز بين بائعي التجزئة المنتمين إلى الشبكة الذين تم
انتقاؤهم و هؤلاء اللذين لم يتم قبولهم في الشبكة. هذا النوع من أنظمة التوزيع أي في إطار الشبكة
يقصي من سوق المنتجات المعنية مجموعة من معيدي البيع التي تريد الانضمام و لكنها تواجه
رفضاً بالبيع⁴⁴⁶. فعلا سبيل المثال حصرية الشراء التي بمقتضاها يلتزم الموزعين اتجاه الممون تحد
من إمكانية البيع للمومنين الآخرين الذين يريدون دخول السوق، و الذين لا يجدون موزع واجد
disponible و كذلك تحد من موارد التموين للموزع الذي التزم بأن لا يتعامل إلا مع ممون واحد⁴⁴⁷.

مراقبة الممارسات التمييزية يسمح بتجنب معاملة تفرقية بين الأعوان الاقتصاديين، الحفاظ على النزاهة
في العلاقات التجارية و مراقبة التعسف في القدرة الشرائية⁴⁴⁸.

فالممارسات التجارية في إطار شبكات التوزيع يمكنها التأثير سلبا على السوق و التأثير على
الفعالية الاقتصادية. و بالتالي فإن منع الممارسات التمييزية الناتجة عن الاعتداء على مصالح
الأعوان الاقتصاديين في إطار شبكات التوزيع له آثار إيجابية على الفعالية الاقتصادية و بالنتيجة
تحقيق رفاهية المجتمع و على الخصوص بتحسين التشغيل.

⁴⁴⁶ - Ch. COLLARD et Ch. ROQUILLY, Droit de la concurrence et de la consommation, in Droit de l'entreprise, 19^e édition 2014-2015, édité par WOLTERS KLUWER, n°1452, p. 1018.

⁴⁴⁷ - op. cit.

⁴⁴⁸ - L. Nicola-Vullierme, op. cit, n°3, p. 4.

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على حدود التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

على الفعالية الاقتصادية

حدود عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين يعني عدم وجود منع للممارسة التمييزية. لذا سنرى في هذا المطلب آثار عدم وجود منع للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في الأمر المتعلق بالمنافسة على الفعالية الاقتصادية (الفرع الأول)، ثم آثار عدم وجود منع للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في قانون الممارسات التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقا لقانون

المنافسة على الفعالية الاقتصادية

إنه من بين حدود الممارسة التمييزية وفقا لقانون المنافسة تطبيق نص قانوني. فهل لوجود هذا النص القانوني أثر على الفعالية الاقتصادية؟ (أولا). كما أنه كذلك من بين حدود الممارسة التمييزية وفقا لقانون المنافسة تدخل مجلس المنافسة، و ترخيص الحكومة. فهل لهذه الحدود أثر على الفعالية الاقتصادية؟ (ثانيا).

أولاً: أثر إباحة الممارسة التمييزية لوجود نص قانوني على الفعالية الاقتصادية

حماية المساواة بين المتنافسين لا يمكن أن تمارس بدون حدود. فمن المستحيل أن تكون كل المؤسسات دائماً في نفس الوضعية، فبعض الممارسات التمييزية يمكن أن تبرز. و بالأخص إذا وجد نص قانوني يبررها.

نظرية التنظيم الصناعي الحديثة "la théorie de l'organisation industrielle moderne"، تقترح أنه كلما كان السوق أكثر تنافسية كلما يصبح أكثر فعالية⁴⁴⁹. هذه النتيجة تظهر ارتباط متبادل إيجابي بين المنافسة و الفعالية و تقترح أن الحكومة دورها تنظيم المنافسة غير الكاملة imparfaite من أجل تحقيق أسواق أكثر تنافسية⁴⁵⁰.

و من أجل أن قانون المنافسة يحقق الفعالية الاقتصادية ارتئى المشرع وضع استثناء لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين بموجب نص قانوني، (الحكومة تتدخل لوضع النص القانوني).

لقد رأينا سابقاً أن النص القانوني يعتبر استثناء بالنسبة للاتفاقيات الصريحة أو الضمنية و للأعمال المدبرة التي تعرقل المنافسة و التي تنتج عنها الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. كما يعتبر كذلك استثناء للتعسف عن وضعية الهيمنة على السوق و التي تنتج عنها الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

لكن لا ينص المشرع في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على أنه يعتبر النص القانوني استثناء على الاستثناء الذي يعرقل المنافسة و بالتالي لا يعتبر النص القانوني استثناء على التمييز الناتج عن الاستثناء. و بالتالي نتساءل عن هذه التفرقة بالنسبة للإعفاءات بخصوص

⁴⁴⁹ - Ali CENK KESTIN, op. cit, p. 59.

⁴⁵⁰ - op. cit.

الممارسات المقيدة للمنافسة في هذا الأمر. و كذلك عن منطق المشرع في تحديد الإعفاء و تقدير
الفعالية الاقتصادية.

ثانيا: أثر إباحة الممارسة التمييزية لوجود تدخل مجلس المنافسة أو ترخيص الحكومة على الفعالية
الاقتصادية

رأينا سابقا أن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين قد ينتج عن الاستثناء، و أن من بين الاستثناءات
الواردة على هذا النوع من التمييز، ترخيص الحكومة الذي يلغي الاستثناء في حد ذاته. و بالتالي
سندرس تأثير ترخيص الحكومة للتمييز الناتج عن الاستثناء على الفعالية الاقتصادية (أ). كما أنه
تدخل مجلس المنافسة يعتبر من بين استثناءات الممارسة التمييزية، فهل لهذا التدخل تأثير على
الفعالية الاقتصادية (ب).

أ - أثر ترخيص الحكومة على الفعالية الاقتصادية

بفضل قانون المنافسة يمكن للحكومة أن تتدخل بكل حرية في الاقتصاد، من أجل رفع الفعالية في
السوق و تصحيح عيوب سيره⁴⁵¹. فإذا كان القانون يهدف إلى الحفاظ على مستوى للمنافسة في
السوق، فهذا لأن المشرع يؤمن بفضائل التنافس⁴⁵². فالسيد SOFINATOS يعتبر في رسالته للدكتوراه
أن "التنافس بين المتعاملين يمكنه ضمان الرفاهية الجماعية بالحث على الإبداع و تحسين جودة
المنتجات و الخدمات. و أن الانتقاء الطبيعي يؤدي إلى اختفاء المتنافسين الأقل فعالية و إلى

⁴⁵¹ - Ali CENK KESTIN, op. cit, p.60.

⁴⁵² - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°2, p.2.

المكافأة التأهيلية للمتعاملين الفعالين⁴⁵³. و لكن سياسة المنافسة لا يمكن أن تكون عمياء، منفصلة عن باقي السياسات الاقتصادية⁴⁵⁴. فيحدث أنه يجب على المنافسة⁴⁵⁵ أن تتنازل عن وظيفتها من أجل متطلبات المصلحة العامة كالدفاع عن التنافسية، ترقية التنافسية بين المؤسسات في البيئة التي تكون موضوع تصرفات تعسفية أو لأهداف النظام الاجتماعي⁴⁵⁶.

ترقية التنافسية من أجل الفعالية الاقتصادية، فإن هذا لا يحدث إلا بتدخل الحكومة. بالطبع ترخيص الحكومة لاستثناء هنا يعني إلغاء الاستثناء في حد ذاته و بالتالي لا وجود للممارسة التمييزية الناتجة عن هذا الاستثناء كما حللنا ذلك سابقا. و بالتالي نستنتج أن التمييز الناتج هنا عن الاستثناء لا يكون معاقب و لا يؤثر على الفعالية الاقتصادية. لأن ترخيص الحكومة يكون بناءا على معطيات اقتصادية و اجتماعية معينة و وفقا لذلك فإن هذا الترخيص يؤدي إلى الزيادة في الفعالية الاقتصادية أو لا يؤثر عليها.

ب - أثر تدخل مجلس المنافسة على الفعالية الاقتصادية

وفقا لقانون المنافسة، يتدخل مجلس المنافسة بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة سواء تعلق الأمر بالممارسات التي تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة، الممارسات التي تفضي إلى التعسف، أو تلك الممارسة التي تسمح بالاستثناء بنشاط اقتصادي. تدخل مجلس المنافسة هنا يكون من أجل الترخيص بهذه الممارسات. الترخيص يبيح الممارسة و لا تصبح ممنوعة أو معاقب عليها. بالنتيجة الممارسات

⁴⁵³ - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°2, p.2.

⁴⁵⁴ - op. cit.

⁴⁵⁵ - R. LE MOAL, Contribution à l'étude du droit de concurrence, Thèse, Rennes, 1972, p.105, citée par F. RIEM, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, op. cit, n°11, p. 24 : « Ceux qui ce sont risqués à une définition de la concurrence sont parvenus à la conclusion qu'il n'existe pas *une* mais *des* concurrences ».

⁴⁵⁶ - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°2, p.2.

التميزية بين الأعوان الاقتصاديين الناتجة عن هذه الممارسات تصبح مباحة. و هو ما رأيناه بالتفصيل في الفصل المتعلق بحدود الممارسات التمييزية.

ربط المشرع تدخل مجلس المنافسة بالتطور الاقتصادي أي أنه يرخص بالممارسات التي تؤدي إلى التطور الاقتصادي. و بالتالي هناك آثار تترتب في تدخل مجلس المنافسة على الفعالية الاقتصادية. تدخل مجلس المنافسة يكون بترخيص الممارسة الممنوعة أو بعدم التدخل بمنع أو معاقبة الممارسة الممنوعة وفقا لما هو محدد في قانون المنافسة.

الإطار القانوني لتدخل مجلس المنافسة هو محدد في كل من المادة 8 و المادة 2/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. بالنسبة للمادة 8 فهي تتعلق فقط أو جاءت أحكامها متضمنة بالخصوص الممارسات المحددة في المادتين 6 و 7 من نفس الأمر. أما المادة 2/9 فهي تخص كل الممارسات المقيدة للمنافسة. و كذلك يوجد الإطار القانوني لتدخل مجلس المنافسة في المادة 34 من قانون المنافسة، التي تعتبر مادة ذات تطبيق عام. فيما يخص إجراءات تدخل مجلس المنافسة فقد سبق و أن تم تفصيلها في المبحث المتعلق بالحدود الواردة على عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في قانون المنافسة.

حسب النظرية النيوكلاسيكية الحديثة للميكرواقتصاد " de la micro-économique " هناك ثلاث صيغ للوصول إلى المقدرّة الاقتصادية، من بينها القدرة الديناميكية "efficiency dynamique" التي ترجع بصفة عامة إلى نسبة الإبداع التكنولوجي، فهي تضمن أن المؤسسات ستبحث عن الإبداع و التطوير الأحسن للتكنولوجية من أجل تقليص تكاليفها⁴⁵⁷. فالمنتجين يمكنهم استعمال التكنولوجية

⁴⁵⁷ - Ali CENK KESTIN, op. cit, p. 57 et 58.

الجديدة من أجل تحسين نوعية منتوجاتهم و رفع الفعالية الإنتاجية و التي تؤدي إلى الرفاهية الاقتصادية الشاملة⁴⁵⁸.

فالمساهمة في التطور التقني، يظهر بالأخص بمناسبة اتفاقات التعاون في مجال البحث و التطوير، اتفاقات التعاون تحمل في الغالب إنشاء مؤسسات مشتركة⁴⁵⁹. و إن التعاون في مجال البحث و التطوير و الاستغلال المشترك للنتائج، يساهم على العموم في النهضة التقنية و الاقتصادية بالنشر بكثرة المعارف التقنية بين الأطراف، بتفادي ازدواجية العمل في أشغال البحث و التطوير، بتشجيع التطورات الجديدة les nouveaux progrès بفضل تبادل المعارف التكاملية و السماح بزيادة تفعيل إنتاج المنتوجات أو استعمال النتائج الناتجة عن البحث⁴⁶⁰.

الاتفاقات في نفس الوقت التي تعرقل فيه المنافسة، يمكن أن تشكل وسيلة تنظيم النشاط الاقتصادي⁴⁶¹.

من بين الاتفاقات التي يمكنها المساهمة في التطور الاقتصادي أو التقني، الاتفاقات التي تحمل على تبني معايير صناعية مشتركة تساهم في النهضة التقنية، خاصة إذا تؤدي إلى توسعة العرض و الفتح للمستعملين خيار فسيح للمنتوجات، كما في حالة سوق الحبكة الإعلامية le marché des logiciels⁴⁶².

⁴⁵⁸ - Ali CENK KESTIN, op. cit, p. 58 ; J-B. BLAISE, op. cit, n°595, p. 54 : Les licences exclusives de brevets incitent les titulaires de brevets à concéder des licences et les licenciés à investir dans la fabrication, l'utilisation et la mise dans le commerce de nouveaux produits ou dans l'utilisation de nouveaux procédés. Elles donnent ainsi la possibilité à des entreprises autres que le titulaire du brevet de fabriquer leurs produits selon la technique la plus moderne et de perfectionner cette technique. il en résulte un accroissement du nombre de centres de production ainsi qu'une augmentation des quantités et un perfectionnement de la qualité des produits fabriqués.

⁴⁵⁹ - op. cit, n°588, p. 54.

⁴⁶⁰ - op. cit, n°589, p. 54.

⁴⁶¹ - op. cit, n°583, p. 53.

⁴⁶² - op. cit, n°594, p. 54.

إن العوامل الاجتماعية و على الخصوص الحفاظ على التشغيل، يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار في تقدير المساهمة في التقدم الصناعي⁴⁶³. و بالتحديد في الظروف الاقتصادية غير الملائمة⁴⁶⁴ défavorable. كما أنه المساهمة في النهضة الاقتصادية يمكن لا سيما، أن يتمثل في إمكانية وضع في السوق منتجات جديدة، التخفيض في التكاليف، تحسين الإنتاجية، تحسين النوعية أو الخدمات، الزيادة في التنافسية الدولية، تثبيت على المستوى الوطني مورد التموين أو حماية البيئة⁴⁶⁵.

و هذا ما أخذ به المشرع في تحديد معايير تدخل مجلس المنافسة، بحيث أنه يرخص بالاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو إلى تطوير القدرات التنافسية للمؤسسة⁴⁶⁶، فمثلا الاتفاق المتعلق بإنشاء مؤسسة مشتركة commune، للوصول إلى تقسيم السوق بين الشركة المشاركة و المؤسسة المشتركة، يمكن أن يكون ضروري من أجل التواجد و التطور في السوق التنافسي⁴⁶⁷. لأنه يتم إجازة الاتفاقات و الممارسات حينما تتغلب آثارها الإيجابية على مستوى الإنتاج، التوزيع أو هيكل السوق على آثارها المنافية للمنافسة⁴⁶⁸.

كما يرخص مجلس المنافسة بالممارسات التي تساهم في تحسين التشغيل، و كذلك تلك التي تمكن المؤسسات الصغيرة و المتوسطة من تعزيز وضعيتها التنافسية في السوق⁴⁶⁹. و كذلك بالممارسات التي من شأنها ضمان السير الحسن للمنافسة و ترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط

⁴⁶³ - CJCE, 25 oct. 1977, Metro c/ Commission, aff. 26/76, Rec. 1875, cité par J-B. BLAISE, op. cit, n°584, p. 53.

⁴⁶⁴ - CJCE, 11 juill. 1985, Remia c/ commission, aff. 42/84, Rec. 2545, cité par op. cit.

⁴⁶⁵ - L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°1024, p. 1765.

⁴⁶⁶ - أنظر المادة 2/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁴⁶⁷ - J-B. BLAISE, Ententes, op. cit, n°616, p. 56.

⁴⁶⁸ - صاري نوال، المرجع السابق، ص. 27.

⁴⁶⁹ - أنظر المادة 2/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

التي تنعدم فيها المنافسة⁴⁷⁰. فالشروط الحصرية و التفضيلية يمكنها أن تبرر عندما تكون ضرورية من أجل الدخول في سوق جديد⁴⁷¹. خاصة إذا كان السوق مهيم على من قبل متعامل تاريخي⁴⁷² opérateur historique.

و بالتالي فإنه تدخل مجلس المنافسة الذي يبيح الممارسات المقيدة للمنافسة و الاستثناء و بالتالي إباحة الممارسة التمييزية التي تنتج عنها يكون له أثر على الفعالية الاقتصادية.

الفرع الثاني

الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقا لقانون

الممارسات التجارية على الفعالية الاقتصادية

الإشكاليات التي يطرحها هذا الفرع هي أولا هل لعدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقا لما هي محددة في المادة 18 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أثر على الفعالية الاقتصادية؟ (أولا). و ثانيا هل لحرية التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين أثر على الفعالية الاقتصادية؟ (ثانيا).

أولا: أثر عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقا لما هو محدد في المادة 18 على الفعالية الاقتصادية منع الممارسة التمييزية وفقا لما هو محدد في المادة 18 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، يكون بناء على معايير محددة و هي عدم وجود

⁴⁷⁰ – أنظر المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁴⁷¹ - J-B. BLAISE, op. cit, n°617, p. 56.

⁴⁷² - op. cit.

المقابل الحقيقي للمعاملة و انتفاء مبدأ النزاهة في الممارسات التجارية. و لقد رأينا سابقا بأنه وجود المقابل الحقيقي و وجود النزاهة و حسن النية في المعاملة تعتبر من حدود معاقبة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، و بالتالي تؤدي إلى عدم معاقبة الممارسة التمييزية كما هي محددة في المادة 18. فهل لعدم المنع وفقا لما تم تحديده أثر على الفعالية الاقتصادية.

البحث عن وجود المقابل الحقيقي هو البحث عن المساواة في المعاملة. و لكن " يجب أن لا يكون البحث على مساواة محتومة، يؤدي لعدم مساواة اقتصادية أو إلى تحجير العلاقات التجارية"⁴⁷³. إن الفقه الاقتصادي الحديث المستلهم من من قبل COASE و HAYEK و KNIGHT و آخرون، يهدف إلى قلب تأكيدات النموذج النيوكلاسيكي⁴⁷⁴ و تبني أن التمييز التجاري، يمكن أن يكون له أثر إيجابي على الفعالية الاقتصادية⁴⁷⁵.

كما أن النزاهة هدفها إحداث الثقة التي تشكل عامل التطور في الاقتصاد، لأنها تسمح بتقليص تكاليف الحماية الذاتية للأعوان⁴⁷⁶ autoprotection des agents. و أن بدون ثقة أي سوق لا يمكن أن يسير⁴⁷⁷. و هكذا فإن للثقة التي تنشأ عن النزاهة تسمح بزيادة الفعالية الاقتصادية.

⁴⁷³ - S. RETTERER, La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution :D. 2003, 1210, citée par Y. GUYON, op. cit, n°869, p. 936 : « il ne faudrait pas que la recherche d'une égalité mathématique aboutisse à une inégalité économique ou à une pétrification des relations commerciales ».

⁴⁷⁴ - O. FAVEREAU, Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie, in Droit et économie des contrats, sous la direction de Ch. JAMIN, éd. L.G.D.J, 2009, n°49, p.22 et 23 : « L'économie, depuis le dernier tiers du XIXe siècle, a toujours été marquée par une opposition vigoureuse entre un courant dominant (mainstream), qualifié de « néo-classique » (par Veblen) ou d'« orthodoxe » (par Keynes), revendiquant un individualisme méthodologique strict, d'orientation plutôt apologétique à l'égard du capitalisme libéral – et des courants critiques, d'inspirations diverses, plus ou moins minoritaires selon les époques. Jusqu'au milieu des années 1970, le courant dominant était représenté par la « théorie (mathématique) de l'équilibre Général » ou l'économie était conçue comme un système de marchés interdépendants ».

⁴⁷⁵ - J-P.CHAMOIX et H.LEPAGE, op. cit, p.3 ; E. BROUSSEAU et M. GLACHANT, op. cit, p. 24 : « ...en pratique, les agents échangent des biens et services hors de l'équilibre et dans le cadre de rencontre bilatérales ; c'est-à-dire sans connaître les échanges et les prix pratiqués par les autres agents et sans savoir si ces prix soldent les marchés ».

⁴⁷⁶ - M. NUSSENBAUM, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, Gaz. Pal. mercredi 23, jeudi 24 mai 2012, édition spécialisée colloque, p. 34.

⁴⁷⁷ - op. cit, n°7, p.35 : Kenett Arrow en 1974 avait montré que sans confiance aucun marché ne pourrait fonctionner.

ثانياً: أثر حرية التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين على الفعالية الاقتصادية

لقد رأينا سابقاً بأن المادة 18 من القانون رقم 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تنظم التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين و لكن تمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و قمنا بطرح فكرة نظرية في الفصل المتعلق بحدود الممارسة التمييزية، كفرضية بأن حرية التفاوض على اعتبارها مبدأ من مبادئ الحرية التعاقدية. يمكنها منح تكافؤ الفرص للأعوان الاقتصاديين المتعاقدين و لا يكون هناك مجال للتدخل و منع الممارسة التمييزية. و بالتالي الأخذ بهذه الفرضية هل له أثر على السوق و بالتحديد على الفعالية الاقتصادية. و إن كان مفهوم العقد هو في نفس الوقت مفهوم متشعب و أكثر عمومية من مفهوم السوق⁴⁷⁸. فالعقد يكون حقا الثروة الأولى للمؤسسة، و المؤسسة بدون عقد هي مؤسسة مفرغة من مادة حياتها (vidée de son sang)⁴⁷⁹. و إن السوق هو المكان الاجتماعي le lieu social أين تتعايش مختلف المصالح، من دون أن تختلط مع بعضها البعض، سواء كانت مصالح خاصة أو مصالح عامة⁴⁸⁰. النظام القانوني، يرتكز على فكرة أن حرية السوق هي أحسن وسيلة لضمان رفاهية الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين⁴⁸¹. القانون اقتصادياً فعال économiquement efficace هو القانون المرن الذي يترك أكبر قدر من الحرية للأطراف، و الذي يجعل القاضي بعيداً عن العلاقة التعاقدية⁴⁸².

إن التشريع الذي يفرض على كل منتج التعامل بنفس الأسلوب و بإحكام كل الموزعين، بمنحهم بانتظام نفس مستويات الطلب يكون له بناءً عليه أثر على تجاهل مع ذلك الفعل الموضوعي، المتمثل

⁴⁷⁸ - M. GLAIS, Les pratiques discriminatoires dans les relations fournisseurs-distributeurs, op. cit, p.26.

⁴⁷⁹ - M. LATINA, L'attractivité du droit des contrats : l'efficacité économique du droit des contrats, réforme-obligation.dalloz.fr

⁴⁸⁰ - G. DECOCQ, Concurrence déloyale et pratiques restrictives, op. cit, n°2, p. 24.

⁴⁸¹ - Ali Cenk Keskin, op. cit, p.69.

⁴⁸² - M. LATINA, L'attractivité du droit des contrats : l'efficacité économique du droit des contrats, réforme-obligation.dalloz.fr

في أن مجموع الموزعين لا يمثلون في نظر هذا أو ذاك الممون نفس المعايير المتجانسة كليا⁴⁸³.
بالتالي كل ممون يرى هكذا نفسه ممنوع من تجسيد سلم الأفضلية الخاص به بين المترشحين لتوزيع
منتجاته⁴⁸⁴.

في تقرير للجنة الألمانية للاحتكارات لسنة 1977 أشار إلى أنه المنع العام للتمييز "ينتج آثار
اقتصادية سلبية بعدم تشجيع البحث عن الشراء بأقل التكاليف و يزيل فعالية المنافسة من خلال
الأسعار"⁴⁸⁵.

بالنتيجة حرية الأعوان الاقتصاديين في التفاوض و حرية المؤسسات في التعاقد، يمكنهم من ربط
علاقات تجارية مع من يرونه نزيه و حسن النية. و إن مسألة الفعالية الاقتصادية هي مسألة نسبية
مرتبطة برهانات أخرى غير حرية الأطراف في التفاوض.

⁴⁸³ - M. GLAIS, op. cit, n°1, p.88.

⁴⁸⁴ - op. cit, n°1, p.88.

⁴⁸⁵ - Rapport cité par M. GLAIS, « L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence », Rev. Eco 1994, n°68, p. 84, cité par M. CHAGNY, Droit de la concurrence et droit des obligations, op. cit, n°612, p. 597.

المبحث الثاني

آثار وجود أو عدم وجود الممارسة التمييزية على المستهلكين

إن المستهلك يعتبر فاعل من بين الفاعلين في السوق، و بالتالي فإن أي تنظيم للسوق يكون له آثار عليهم. فتنظيم السوق من خلال منع الممارسة التمييزية يترك آثارا سواء إيجابية أو سلبية على المستهلكين. المشرع الجزائري نظم (أو بالأحرى منع) الممارسة التمييزية في السوق كما رأينا في الباب الأول من هذه الرسالة في قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية. فهناك بالطبع علاقة بين هذين الفرعين من القانون اللذان يهدفان في كليهما إلى تنظيم الممارسات التجارية و تحقيق المنافسة في السوق.

سنتناول في هذا المبحث آثار منع التمييز كما هو مكرس في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على المستهلكين. و كذلك آثار منع التمييز كما هو محدد في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، على المستهلكين. و ذلك كله في (المطلب الأول).

ثم سنتطرق في (المطلب الثاني) من هذا المبحث لآثار حدود التمييز في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، على المستهلكين.

المطلب الأول

الآثار القانونية لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

على المستهلكين

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: (الفرع الأول) يتعلق بالآثار القانونية لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم على المستهلكين. و (الفرع الثاني) يخص الآثار القانونية لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المحدد في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم.

الفرع الأول

الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون المنافسة

على المستهلكين

منع المشرع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في قانون المنافسة (الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم)، تلك الممارسة التي تنتج عن عرقلة حرية المنافسة أو تنتج عن التعسف سواء في وضعية الهيمنة الاقتصادية أو وضعية التبعية الاقتصادية. و لذا سنرى آثار منع التمييز الناتج عن عرقلة حرية المنافسة على المستهلكين (أولاً)، ثم آثار منع التمييز الناتج عن التعسف على المستهلكين (ثانياً).

أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عرقلة حرية المنافسة على المستهلكين

الممارسات التي تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة و التي ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين تتمثل في الاتفاقات و الاتفاقيات و الأعمال المدبرة و في الاستثناءات. و بالتالي التمييز هنا يؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة، فهل لهذه الممارسات أي الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، فائدة مادية و معنوية للمستهلكين⁴⁸⁶. بما أن المشرع يمنع الممارسات التي تقيد المنافسة بما فيها الممارسات التمييزية التي تؤدي إلى تقييد المنافسة، بقصد تحسين ظروف معيشة المستهلكين. بحيث ينص المشرع صراحة في المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على أنه يهدف هذا الأمر إلى تفادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة بقصد تحسين ظروف معيشة المستهلكين.

منع الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين الناتجة عن عرقلة حرية المنافسة من أجل تحسين ظروف معيشة المستهلكين، إذا ماذا يقصد بتحسين ظروف معيشة المستهلكين. فهل يقصد بها نوعية المنتجات و الخدمات المقدمة أو فقط القدرة الشرائية للمستهلك أي فقط النظر إلى أسعار المنتجات و الخدمات. بالنظر إلى محتوى الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، فإنه يقصد بتحسين ظروف معيشة المستهلكين، تحسينها من حيث أسعار المنتجات و الخدمات أي القدرة الشرائية للمستهلك. لكن بالنظر إلى القانون الخاص بحماية المستهلكين⁴⁸⁷ فإنه يقصد بتحسين ظروف معيشة المستهلكين تقديم لهم منتجات و خدمات سليمة و نزيهة أي منتجات و خدمات خالية من أي نقص أو عيب خفي و تتوفر على معايير المطابقة و الأمن.

⁴⁸⁶ - E. BACCICHETTI, PH. BONNET, Droit des pratiques anticoncurrentielles et droit de propriété intellectuelle, La semaine juridique-Edition entreprise et affaires, Concurrence, n°46, 12 novembre 2009, n°4, p. 19 : « Le refus du titulaire des droits de propriété intellectuelle d'octroyer une licence à ces concurrents ne peut être considéré comme anticoncurrentiel que s'il fait également obstacle au développement du marché dérivé au préjudice des consommateurs ».

⁴⁸⁷ - القانون رقم 03-09، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المذكور سابقاً.

فالاتفاقيات و الاتفاقيات و الأعمال المدبرة تعرقل حرية المنافسة لما تؤدي إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار⁴⁸⁸. فلما يكون هناك تمييز بين الأعوان الاقتصاديين ينتج عن إحدى هذه الممارسات فإنها حتما ستضر بالمصالح المادية للمستهلك. كما يحرص قانون المنافسة على تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع و الخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس للسوق⁴⁸⁹. كما يحرص على مكافحة المضاربة بجميع أشكالها و الحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك⁴⁹⁰. في هذه المقاربة، يمكن القول بأنه منع الممارسة التمييزية الناتجة عن الممارسات التي تعرقل حرية المنافسة فيه نوع من الصواب و ذلك لحماية المستهلكين من النتائج المترتبة عنها من عدم التنافسية للمنتجات و الخدمات من حيث الجودة و الأسعار.

⁴⁸⁸ - « Considérant que les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence et lèsent les consommateurs dans un grand nombre de pays en augmentant les prix et en limitant la production, des biens et services étant alors totalement indisponibles pour certains acheteurs et inutilement onéreux pour d'autre », Recommandation du conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, 25 mars 1998, citée par N. JALABERT-DOURY, Les instruments de coopération plurilatéraux et multilatéraux de *Soft Law* élaborés par l'OCDE, in Mondialisation et droit de la concurrence, Les réaction normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, éd. Litec, 2008, p. 151 ; M. CARDON, Le réseau international de la concurrence (RIC/ICN) : une question de foi, in Mondialisation et droit de la concurrence, Les réaction normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, éd. Litec, 2008, p. 211 : « Sans doute la question est-elle plus aigue encore pour les pays en développement, qui souffrent davantage des effets de ces pratiques ».

⁴⁸⁹ - أنظر المادة 3/5 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁴⁹⁰ - أنظر المادة 4/5 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

- C. JOURDAIN-FORTIER, Des pratiques de protection des parts de marché aux pratiques d'éviction. Réflexion sur la notion de « Bien-être du consommateur » En droit de la concurrence, In Les pratiques de l'industrie pharmaceutique au regard du droit de la concurrence, Actes du colloques du 12 mars 2010- Dijon, éd. Litec, 2010, volume 34, p. 25 : « Pour prendre les termes de M. Emmanuel Combe, la concurrence « constitue un processus dynamique de sélection des firmes les plus efficaces, pouvant conduire à l'élimination de certains concurrents : les règles de concurrence ne visent donc pas à empêcher la disparition de concurrents, mais bien plutôt à encadrer le processus de sélection, afin de s'assurer qu'il profite au consommateurs, à la fois en termes de prix, de variété et de qualité des produits ».

ثانيا: آثار منع التمييز الناتج عن التعسف على المستهلكين

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين ينتج عن التعسف في وضعية الهيمنة و كذلك عن التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية. و إن هذه الممارسة التمييزية تترك آثار على مصلحة المستهلكين سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية. و يمكن للمستهلكين الاستفادة من وجود إثبات للتعسف في وضعية الهيمنة للمطالبة بحقوقهم المتعلقة بعقود الإذعان المبرمة بينهم و بين الأعوان الاقتصاديين⁴⁹¹ أو ما يعرف في مفهوم حماية المستهلك بالمهني. إذ أن هناك قرار لمحكمة النقض الفرنسية تقر حكم قضاة الموضوع لما اعتبروا أن الشروط المتضمنة في عقود الإذعان، كانت "فرضت على المستهلكين من خلال التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية"⁴⁹².

المجلس القضائي الفرنسي يكرس وضعية الهيمنة كـ"وضعية القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة و التي تعطيها سلطة عرقلة المنافسة الفعالة، في سوق معينة بمنحها إمكانية سلوكات مستقلة و التي تقدر بالنظر إلى منافسيها، زبائنها و في النهاية للمستهلكين"⁴⁹³.

يلاحظ الأستاذ G.BERLIOZ أن العوامل الاقتصادية "بعد أن جعلت من عقود الإذعان وسيلة إكراه un instrument de contrainte، جعلوا من استعمال عقود الإذعان ضرورة"، اليوم، "تقنيات إبرام العقود الموحدة و بدون نقاش هم اقتصاديا لا غنى عنهم"⁴⁹⁴. فتعسف عون اقتصادي في وضعية الهيمنة الاقتصادية و لا سيما، إذا نتج عنها ممارسة تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. يؤدي به

⁴⁹¹ - لأنه أصبحت حماية المستهلكين تجد مصدرها في تضاعف عقود الإذعان، حيث تتم حمايتهم ضد التعسفات الناجمة عن هذه العقود التي تقيد فيها الحرية و بالتالي رضا الطرف الضعيف الذي يجد نفسه خاضعا لأبسط عباراتها و التي تعتبر هنا نظرية عيوب الرضا غير كافية لحماية المستهلك بما أنها تستدعي إقامة الدليل على وجود العيب، بلقاسم فتيحة، أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك، مجلة القانون الاقتصادي و البيئة، تصدر عن مخبر القانون الاقتصادي و البيئة، جامعة وهران، العدد 2، سبتمبر 2009، ص. 62.

⁴⁹² - Civ. 1^{er}, 6 janv. 1994, JCP 1994, II, 22237, note G. PAISANT, Contrats Conc. Consomm. 1994, n°58, note G. RAYMOND, citée par M-St. PAYET, op. cit, n°73, p. 134.

⁴⁹³ - op. cit, n°69, p. 121.

⁴⁹⁴ - G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, citée par op. cit, rej. n°7, p. 134.

لا محالة، إلى إبرام عقود تعسفية مع المستهلكين. بالرغم من وجود حماية خاصة للمستهلكين في القانون رقم 03-09، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش⁴⁹⁵. و الذي يحمي المستهلك في جميع مراحل الإنتاج و الاستيراد و التخزين و النقل و التوزيع بالجملة و بالتجزئة⁴⁹⁶. إلا أن المشرع حرص في قانون المنافسة على أن تحسن ظروف معيشة المستهلكين و الحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلكين تؤخذ بعين الاعتبار في منع الممارسات الناتجة عن التعسف في وضعية الهيمنة⁴⁹⁷ و في منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.

فيما يخص التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية و الممارسة التمييزية الناتجة عنها. فإن المشرع في قانون المنافسة يمنع حالات تنتج عن وضعية التبعية الاقتصادية و إن كان فيها فائدة مادية للمستهلكين. كمنع مؤسسة بالزام مؤسسة أخرى بصفقتها زيونا أو ممونا بإعادة البيع بسعر أدنى⁴⁹⁸. و لكن هذا ليس على إطلاقه إذ يمكن أن تكون هذه الممارسة فقط لإقصاء عون اقتصادي من السوق و دون أن يكون هناك انعكاس ملموس على المستهلك النهائي من حيث الأسعار. هذا و بالإضافة إلى أن المشرع منع ممارسة مستقلة في حد ذاتها و هي البيع التعسفي للمستهلكين إذ "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل

495 - المذكور أعلاه.

496 - أنظر المادة 9/3 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المذكور سابقا، فيقصد بـ" عملية وضع المنتج للاستهلاك: مجموع مراحل الإنتاج و الاستيراد و التخزين و النقل و التوزيع بالجملة و بالتجزئة".
497 - C. JOURDAIN-FORTIER, op. cit, p. 41 et 42 : « Pour apprécier l'atteinte à la concurrence, que ce soit sur le fondement des ententes ou des abus de position dominante, il faudra s'interroger sur les bienfaits de la pratique visée pour le consommateur, soit sur ses conséquences en terme de baisse des prix, d'amélioration de qualité et de la diversité des produits mis sur le marché. Il s'agit là d'un critère classique en droit de la concurrence ».

498 - أنظر المادة 11 الحالة الرابعة من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

و التسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق"⁴⁹⁹.

و بالتالي هناك قناعة لدى المشرع بأن منع التعسف و التمييز الذي ينتج عن التعسف فيه فائدة للمستهلك.

الفرع الثاني

الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون الممارسات التجارية

على المستهلكين

لقد أدخل القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، مصلحة المستهلك في الاعتبار أيضا، عندما أسس الالتزام بالإعلام بالأسعار و شروط البيع و منع كل الممارسات التي من شأنها التمييز في الأسعار أو التمييز في شروط البيع. إذ تنص المادة الأولى من هذا القانون على أنه "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و المستهلكين، و كذا حماية المستهلك و إعلامه". لأنه ظهر للمشرع أن تكريس الشفافية و النزاهة في المعاملات التجارية و التي ينتج عنها منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين بما لهم من ضرورة في حسن سير السوق، لهم أثر على حماية المستهلكين.

⁴⁹⁹ - المادة 12 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

لذا سنقسم هذا الفرع إلى آثار التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي للممارسة على المستهلكين (أولاً)، و إلى آثار التمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين (ثانياً).

أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي على المستهلكين

منع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين يستلهم في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، من نص المادة 18 منه. و الذي يعتبر منع متعلق بالعلاقات التعاقدية بين الأعوان الاقتصاديين. إن المادة 18 هي موجهة قبل كل شيء لحماية الأعوان الاقتصاديين⁵⁰⁰. لكن هذا المنع ينعكس على المستهلكين لأنهم في علاقة دائمة مع الأعوان الاقتصاديين. هذا الانعكاس قد يكون إيجابي أو سلبي.

فيعتبر المستهلكون حقاً في نفس الوقت، محرك المنافسة من خلال اختياراتهم في السوق و المستفيدين من المنافسة عندما تمارس بحرية و نزاهة. فقواعد الشفافية التي تهدف إلى تطوير الممارسات التجارية و من خلال ذلك المساهمة في تطوير سير الاقتصاد، تخدم على العموم المصالح الخاصة للمستهلكين. لذلك الإخلال بالالتزام بالشفافية المفروض على الأعوان الاقتصاديين في مواجهة المستهلكين، يرتب عقوبات في ذمتهم و هو ما يحقق حماية بعدية للمستهلك⁵⁰¹. و بالطبع رأينا في الباب الأول من هذه الرسالة أن هناك علاقة وطيدة بين الشفافية في الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين و الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

⁵⁰⁰ - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.22.

⁵⁰¹ - بلقاسم فتيحة، شفافية الممارسات التجارية و حماية المستهلك، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران، ص. 127.

في نفس السياق تقول الأستاذة زناكي دليلا أن الممارسات التمييزية تنتج عن عدم التوازن في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين. عدم التوازن ينشأ عن العقد الموضوع من قبل أحد الأطراف و الذي يجعل أحد الأطراف خاضع للطرف الآخر، كما يكون من فعل العلاقات التجارية التي تتواجد في إطار تيار الأعمال⁵⁰². حتى تكون هناك ممارسة تمييزية غالبا ما أن أحد أطراف علاقة الأعمال يتواجد في وضعية أفضلية تؤدي بالطرف الآخر أنه ينظم إلى العقد المحرر مسبقا من قبله⁵⁰³.

العلاقة التي تربط الأعوان الاقتصاديين بالمستهلكين هي في غالبيتها، علاقة تعاقدية التي تكون إما في شكل عقود بيع أو عقود تقديم خدمات. فتلبية حاجيات المستهلكين، يكون عن طريق نقل ملكية المال أو تقديم الخدمات.

عدم وجود المقابل الحقيقي في المعاملة بين الأعوان الاقتصاديين و بالتالي وجود الممارسة التمييزية، يؤثر على رفاهية المستهلك⁵⁰⁴ من حيث انعكاس ذلك على أسعار و جودة المنتوجات.

"فالمقاربة من حيث الآثار أو من خلال قاعدة المنطق، يسمح بتقدير مشروعية ممارسة معينة بالنظر إلى آثارها الواقعية سواء كانت فعلية أو محتملة، على المنافسة و على المستهلك⁵⁰⁵."

⁵⁰² - Dalila ZENNAKI, op. cit, p. 17.

⁵⁰³ - op. cit, p. 17.

⁵⁰⁴ - C. JOURDAIN-FORTIER, op. cit, p. 43 : « Le juriste voit dans le concept de « bien-être du consommateur » a priori au mieux un concept vague dont il ne sait pas exactement ce qu'il recouvre ou au pire une notion sans aucune signification. S'il connaît la notion de « consommateur », il ne connaît pas celle du « bien-être ». En réalité le malaise du juriste s'explique par le fait qu'il s'agit d'un concept propre à la science économique, utilisé en droit, dans le contour exact est mal défini ».

⁵⁰⁵ - op. cit, p. 48 et 49 : « "L'approche par les effets" ... implique d'effectuer, au cas par cas, un bilan global de la situation, de mettre en balance les risques et les avantages d'une pratique donnée pour les consommateur ».

ثانيا: آثار منع التمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين

لقد رأينا سابقا أن التمييز كممارسة تجارية، يمكن أن ينتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين و أن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين يكون من خلال الممارسة التجارية غير النزيهة و أن هذه الممارسات التجارية غير النزيهة تؤدي إلى إحداث خلل في تنظيم العون الاقتصادي و الإخلال بتنظيم السوق. و إن المشرع منع التمييز الذي ينتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين، فهل في هذا المنع مصلحة للمستهلكين.

الحماية القانونية للمستهلكين هي حماية موجودة في التشريع الجزائري من خلال منع الممارسات التجارية غير النزيهة التي من بينها الممارسة التمييزية و التي تحمل تعدي على المصالح الاقتصادية للمستهلكين. فهذه القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، حماية المستهلك و إعلامه.

الأعوان الاقتصاديون الذين يحتكمون على القوة الاقتصادية لديهم سلطة الإفلات من نظام السوق la contrainte du marché، و الحالة هذه النظام القانوني يركز على فكرة أن حرية السوق هي الوسيلة الأفضل لضمان رفاهية أعوانه⁵⁰⁶. رفاهية المستهلكين تكون من خلال انخفاض أسعار المنتجات و الخدمات في السوق، تطوير جودة و تنوع المنتجات و الخدمات المعروضة في السوق. المعيار هو نظام السوق، القاعدة القانونية ستفرض هذا المعيار على الطرف الذي لا يخضع لها في الواقع⁵⁰⁷. القانون سيحل محل نظام السوق الذي لم يحترم، تصحيح عدم التوازن الذي ينتج عن

⁵⁰⁶ - M-St. PAYET, op. cit, n°111, p. 181; C. JOURDAIN-FORTIER, op. cit, p.44 : «Ce concept de “bien-être du consommateur” doit être distingué d’un n’autre concept, dont il est une composante : celui du “surplus global”, lequel tien compte à la fois du “surplus du producteur” et des actionnaires ou salariés. La somme des surplus de chacun de ces groupes donne la mesure du “bien-être totale”, c’est-à-dire du bien-être d’une société ».

⁵⁰⁷ - M-St. PAYET, op. cit, n°111, p. 181.

غياب هذا النظام⁵⁰⁸. بالطبع تدخل الأحكام القانونية هنا فيه مصلحة للمستهلكين و من بين هذا التدخل منع الممارسة التمييزية الناتجة عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين.

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على حدود التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

على المستهلكين

سنتناول في هذا المطلب الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على المستهلكين (الفرع الأول). ثم الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقا للقانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، على المستهلكين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقا لقانون المنافسة

على المستهلكين

سنقسم هذا الفرع إلى آثار إباحة الممارسة التمييزية لوجود نص قانوني على المستهلكين (أولاً)، و إلى آثار إباحة الممارسة التمييزية لوجود ترخيص الحكومة و تدخل مجلس المنافسة على المستهلكين (ثانياً).

⁵⁰⁸ - M-St. PAYET, op. cit, n°111, p. 181.

أولاً: آثار إباحة الممارسة التمييزية لوجود نص قانوني على المستهلكين

يضع المشرع في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، استثناء على الممارسة التمييزية التي تنتج عن الاتفاقات و الاتفاقيات و الأعمال المدبرة و عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق و ذلك وفقاً لما تم توضيحه في الباب الأول من هذه الرسالة. و إن هذا الاستثناء يتمثل في وجود نص قانوني سواء كان نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له⁵⁰⁹. و إن وجود هذا الاستثناء يبيح الممارسة التمييزية. فهل لهذه الإباحة فائدة و مصلحة للمستهلكين.

المستهلكين هم المشتريين في السوق، لذا يعتبرون المستفيدين الأساسيين من قانون المنافسة. فهذا القانون يتدخل لتكملة الأحكام المكونة لقانون حماية المستهلك⁵¹⁰.

فوجود نص تنظيمي يتعلق بتحديد هوامش و أسعار السلع و الخدمات و الأصناف المتجانسة من السلع و الخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها⁵¹¹. فإن الاتفاقات المتعلقة بتطبيق هذا التنظيم لا تكون ممنوعة. و الممارسات التمييزية التي تنتج عن هذه الاتفاقات لا تكون ممنوعة. و إن فيها مصلحة للمستهلكين بما أن مثل هذا التنظيم يؤدي إلى تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع و الخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس للسوق، و مكافحة المضاربة بجميع أشكالها و الحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك⁵¹².

⁵⁰⁹ - أنظر المادة 9 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.
⁵¹⁰ - D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 18^e éd., op. cit, n°605, p. 332.

⁵¹¹ - أنظر المادة 5 من القانون رقم 05-10 الذي يعدل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المذكور سابقاً.
⁵¹² - أنظر المادة 5 الفقرة 3 و 4 من القانون رقم 05-10 الذي يعدل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المذكور سابقاً.

ثانيا: آثار إباحة الممارسة التمييزية لوجود ترخيص الحكومة و تدخل مجلس المنافسة على المستهلكين

لقد تم توضيح في الباب الأول من هذه الرسالة أن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين قد ينتج عن الاستثناء. و استنتجنا الاستثناءات الواردة على هذا النوع من التمييز من الأحكام المتعلقة بالملكية الفكرية، و التي تضع استثناء على الاستثناء الذي يخوله القانون لصاحب الحق. من بين هذه الاستثناءات ترخيص الحكومة الذي يلغي الاستثناء في حد ذاته. و بالتالي سندرس تأثير ترخيص الحكومة للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن الاستثناء على المستهلكين (أ). كما أنه تدخل مجلس المنافسة يعتبر من بين استثناءات الممارسة التمييزية الناتجة عن الاستثناء، عن الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و كذلك تلك الناتجة عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق و عن التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية. فهل لهذا التدخل أي تدخل مجلس المنافسة تأثير على المستهلكين (ب).

أ - أثر ترخيص الحكومة على المستهلكين

الاقتصاديين يلفتون أيضا النظر إلى أن التمييز ليس بالضرورة منتقد بالنظر إلى مبادئ المنافسة: "فالأدب الاقتصادي غني حول مسألة أن التمييز ليس بالضرورة منافي للمنافسة. فقد يكون إحدى الطرق التي بفضلها تحصل المنافسة من خلال الأسعار"⁵¹³. و وجود منافسة من خلال الأسعار يعني أن هناك تنوع في المنتجات و الخدمات، الذي ينعكس على مصالح المستهلكين، الذين يكون لهم مجال واسع في الاختيار و غير خاضعين لاستثناء عون اقتصادي واحد، و أحسن مثال على ذلك

⁵¹³ - F.JENNY, La puissance d'achat, un concept inopérant (Bull. ILEC, janv. 2001, n°320), citée par ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°354, p.61.

تنافسية الأسعار في مجال خدمات المكالمات الهاتفية و الأنترنت التي عادت بالفائدة على المصالح المادية و المعنوية للمستهلكين.

نعني بترخيص الحكومة هنا، باعتباره حد لمنع التمييز الناتج عن الاستثناء المنصوص عليه في قانون المنافسة، و الذي يكون بغرض المصلحة العامة. كما تم توضيح ذلك بالتفصيل في الفصل المتعلق بحدود الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

بما أن شرط الترخيص هنا مرتبط بالمصلحة العامة، فهل مصلحة المستهلكين المادية و المعنوية تدخل في إطار المصلحة العامة⁵¹⁴. بالطبع، نعم مصلحة المستهلكين تدخل في إطار المصلحة العامة⁵¹⁵. و بالتالي ترخيص الحكومة الممثلة في الوزير المكلف بالملكية الصناعية يكون لضرورة مكافحة الممارسات غير التنافسية⁵¹⁶ و إن الممارسات غير التنافسية تضر بمصلحة السوق بما فيه مصلحة المستهلكين. فتأثير الاستثناء على المستهلكين هو تأثير إيجابي. فنجد من بين أسباب

⁵¹⁴ - Ali CENK KESKIN, op. cit, p. 79 : « les loi modernes de concurrence exigent souvent des gouvernements de réconcilier les objectifs sociaux et économique » ; J. BILLEMENT, La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, thèse, éd. L.G.D.J, 2013, éd. Alpha, 2015, n°45, p. 40 : « L'intérêt général cache plusieurs réalités : comme l'écrit Cornu, "un intérêt privé est d'ordre public lorsqu'il procède d'une valeur à laquelle la société accorde une importance fondamentale". L'ordre public protège aussi bien l'intérêt général à proprement parler, que certains intérêt privés ou catégoriels ».

⁵¹⁵ - L. ZEVOUNOU, op. cit, n°22, p. 8 : les fondements du droit de la concurrence peuvent autant se référer à l'efficacité économique qu'à la loyauté des échanges, à l'intégration des marchés, à la protection du consommateur ou à celle de l'emploi ; Kamwi MOUAFFO, I Les fondement théoriques de l'intérêt du consommateur dans le droit des ententes, publié le 16/7/2014, www. legavox.fr : « ...les trois « principaux axes » de la politique américaine de la concurrence sont « le bien-être du consommateur, la protection du mécanisme de la concurrence, et le renforcement de l'efficacité économique », « l'efficacité au niveau de la production et le bien-être des consommateurs paraissent avoir une priorité égale en tant qu'objectifs de la politique de la concurrence dans l'union européenne » ; anctepors.blog.lemonde.fr/2008/03/29/conception-francaise-de-linteret-general-du-service-public-et-de-la-fonction-publique-snm-c !: « Les économistes se sont intéressés à l'intérêt général, ainsi, dans la théorie économique néoclassique, si les agents économiques agissent rationnellement, la poursuite de leurs intérêt particuliers aboutit à la réalisation d'un « optimum social », mais celui-ci n'est que la préférence révélée des consommateur ».

⁵¹⁶ - أنظر المادة 49 الحالة 2 من الأمر رقم 03-07 يتعلق ببراءات الاختراع، المذكور سابقا، و المادة 31/أخيرة من الأمر رقم 03-08 يتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، المذكور سابقا.

ترخيص الوزير المكلف بالملكية الصناعية بمنع الاستثناء بحقوق الملكية الصناعية "عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا و مرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق"⁵¹⁷.

ب - أثر تدخل مجلس المنافسة على المستهلكين

لقد رأينا سابقا في الفصل المتعلق بحدود الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين و على الخصوص حدود الممارسة وفقا لقانون المنافسة. أنه يعتبر من بين حدود الممارسة التمييزية تدخل مجلس المنافسة. و أنه تدخل مجلس المنافسة يكون بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة سواء تعلق الأمر بالممارسات التي تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة، الممارسات التي تفضي إلى التعسف، أو تلك الممارسات التي تسمح بالاستثناء بنشاط اقتصادي. إن هذه الممارسات ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و استنتجنا أن تدخل مجلس المنافسة، يعتبر بمثابة إباحة للممارسة التمييزية التي تنتج عن التقييد أو التعسف في المنافسة.

الإطار القانوني لتدخل مجلس المنافسة هو محدد في كل من المادة 8 و 2/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. تدخل مجلس المنافسة بخصوص الاستثناء المنصوص عليه في المادة 8 فهو يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها في المادة 6 و 7 من نفس الأمر. لكن المادة 2/9 فهي تخص تدخل مجلس المنافسة بشأن كل الممارسات المقيدة للمنافسة و لكن نقصد هنا فقط الممارسات التي ينتج عنها التمييز و التي تمت دراستها أعلاه. و هي الاتفاقات و الاتفاقيات و الأعمال المدبرة التي تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة و الاستثناء الذي يؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة، و كذلك التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق و عن وضعية التبعية

⁵¹⁷ - أنظر المادة 49 الحالة 2 من الأمر رقم 03-07 يتعلق ببراءات الاختراع، المذكور سابقا.

الاقتصادية. كذلك يوجد الاطار القانوني لتدخل مجلس المنافسة في المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، التي تعتبر مادة ذات تطبيق عام بالنسبة للممارسات التي لا يوجد بها حكم خاص يقضي بالترخيص بها. أما فيما يخص إجراءات تدخل مجلس المنافسة فقد سبق و أن تم تفصيلها في المبحث المتعلق بالحدود الواردة على عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المكرس في قانون المنافسة.

نظرا لأهمية مصلحة المستهلك في تطبيق قواعد المنافسة، راعى المشرع أن تكون مصالحه ممثلة في مجلس المنافسة. بحيث تقضي المادة 24 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على أنه يكون من بين أعضاء مجلس المنافسة، عضوان مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين. كذلك يمكن لجمعيات حماية المستهلكين استشارة مجلس المنافسة طبقا للمادة 35 من نفس الأمر. كما أن الأمر المتعلق بالمنافسة يسمح لهذه الجمعيات برفع دعوى قضائية و المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تصيب المستهلكين من جراء مخالفة الأعوان الاقتصاديين للمنع المنصوص عليه في هذا الأمر طبقا للمادة 48 منه.

ربط المشرع تدخل مجلس المنافسة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و على الخصوص المادة 2/9 منه بالتطور الاقتصادي أي أنه يرخص بالممارسات التي تؤدي إلى التطور الاقتصادي. لكن لم يذكر صراحة تدخل مجلس المنافسة من أجل مصالح المستهلك. لكن بالرجوع إلى المادة الأولى من قانون المنافسة فنجد أنه يهدف في نفس الوقت إلى زيادة الفعالية الاقتصادية و إلى تحسين معيشة المستهلكين. و بالتالي فإن تدخل مجلس المنافسة يكون أيضا من أجل مصالح المستهلك.

كما أنه إذا كان هدف تدخل مجلس المنافسة بعدم منع الممارسات المقيدة للمنافسة و الممارسات التعسفية و الاستثناء و ما ينتج عنهم من ممارسات تمييزية بين الأعوان الاقتصاديين يؤدي إلى تخفيض أسعار المنتوجات و الخدمات ذات الاستهلاك الواسع أو التي يستفيد منها المستهلكين مباشرة، فهذا سيكون مفيدا للمصالح الاقتصادية للمستهلكين.

الفرع الثاني

الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقا لقانون الممارسات التجارية

على المستهلكين

سنقسم هذا الفرع إلى آثار عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقا لما هو محدد في المادة 18 على المستهلكين (أولا)، و إلى آثار حرية التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين (ثانيا).

أولا: أثر عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقا لما هو محدد في المادة 18 على المستهلكين

لقد رأينا في المبحث المتعلق بحدود الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين كما هو محدد في قانون الممارسات التجارية. بأنه وجود المقابل الحقيقي للمعاملة و وجود مبدأ النزاهة و حسن النية في المعاملات التجارية يؤدي إلى عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقا لما هو محدد في المادة 18 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. فهل لعدم المنع وفقا لما تم تحديده أثر على المستهلكين.

هناك رأي للأستاذة زناكي دليلة بخصوص الممارسة التمييزية و علاقتها بحماية المستهلكين بحيث تقول بأنه "منع الممارسة التمييزية هو ذو طبيعة عدم تشجيع الموزعين على الشراء بشروط مفيدة

و بأقل سعر، و هذا إضراراً بالمستهلكين⁵¹⁸. و بالتالي تقر بأنه عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقاً لما هو محدد في المادة 18 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. هو مفيد لمصلحة المستهلكين. القانون رقم 02-04 الذي يجعل من بين أهدافه حماية المستهلك⁵¹⁹. بحيث ينص في المادة 30 منه على أنه "بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، (و هنا يقصد المشرع الشروط التعسفية في العقود بين المستهلك و البائع)⁵²⁰. حقيقة هذه المادة تشير إلى مصالح المستهلك و لكنها تنظم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و الذي يهمننا في هذا الطرح هو أثر العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين و التي من بينها عدم معاقبة الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين لوجود حدود على مصلحة المستهلكين. و لكن ماذا يقصد بمصلحة المستهلكين.

بالرجوع إلى قانون الاتحاد الأوربي، و على الخصوص التوجيهية رقم 29-2005 المتعلقة بالممارسات التجارية غير النزيهة للمؤسسات اتجاه المستهلكين⁵²¹. فإنها تمنع هذه الممارسات غير النزيهة التي فيها تعدي مباشر على المصالح الاقتصادية للمستهلك و بصفة غير مباشرة على المصالح الاقتصادية للمتنافسين⁵²². الذي يهمننا في ذكر هذه التوجيهية هي أنها نظمت مصالح

⁵¹⁸ - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.23.

⁵¹⁹ - حيث تنص المادة الأولى منه على أنه "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و المستهلكين، و كذا حماية المستهلك و إعلامه".

⁵²⁰ - أنظر المادة 29 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁵²¹ - Dir. 2005-29 du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, JO L 149 du 11 juin 2005.

⁵²² - L. VOGEL, Traité de droit économique, Tome 4, Droit européen des affaires, éd. LAWLEX, Bruylant, 2015, n°208, p. 422.

المستهلك في إطار الممارسات غير النزيهة التي تتم بين المؤسسات و تأثيرها على المستهلك و كذلك لاستعمالها مصطلح المصالح الاقتصادية للمستهلك.

فإذا كان عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقا لما هو محدد في المادة 18 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، لوجود الحدود التي تم ذكرها سابقا، فيه فائدة على المصالح الاقتصادية للمستهلك فإننا نوافق الطرح الذي جاءت به الأستاذة زناكي دليلة بأنه لا فائدة من منع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. و إن لم يكن فيه فائدة على المصالح الاقتصادية للمستهلك فإن الطرح الذي جاء به المشرع في تعديل سنة 2010 للقانون رقم 02-04 و على الخصوص المادة 23⁵²³ منه هو الأنسب. إذ أن المشرع أعطى تبريرا على الإبقاء على معاقبة الممارسة التمييزية و حمى المصالح الاقتصادية للمستهلك من خلال الأسعار. فالمشرع ترك مجال للمراقبة. بحيث أن الهيئات المكلفة بالمراقبة تترك لنفسها مجال للسيطرة على الممارسات التجارية من خلال التصرف بصورة غير مباشرة على طريقة حساب أسعار إعادة البيع للمستهلكين. و الذي تراقب فيه كذلك الممارسات التمييزية.

⁵²³ - تنص المادة 23 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدلة بموجب القانون رقم 10-06، المذكور سابقا، على أنه "تمنع الممارسات و المناورات التي ترمي، لاسيما إلى: القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هوامش الربح و أسعار السلع و الخدمات المحددة أو المسقفة، إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار، عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج و الاستيراد و التوزيع على أسعار البيع و الإبقاء على ارتفاع أسعار السلع و الخدمات المعنية، عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما، تشجيع غموض الأسعار و المضاربة في السوق...".

ثانيا: أثر حرية التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين

لقد رأينا سابقا بأن المادة 18 من القانون رقم 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. تنظم التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين و لكن تمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و قمنا بطرح فكرة نظرية في الفصل المتعلق بحدود الممارسة التمييزية، كفرضية بأن حرية التفاوض على اعتبارها مبدأ من مبادئ الحرية التعاقدية. يمكنها منح تكافؤ الفرص للأعوان الاقتصاديين المتعاقدين و لا يكون هناك مجال للتدخل و منع الممارسة التمييزية. و بالتالي الأخذ بهذه الفرضية هل له أثر على السوق و بالتحديد على المستهلكين.

لقد كان في فرنسا منع الممارسات التمييزية محل انتقادات من طرف الموزعين الكبار la grande distribution التي كانت ترى فيها عائق لحرية التفاوض لتعريفات و الشروط العامة للبيع للمومنين، و التي تعتبر حسبها شرط للحصول على تخفيض للأسعار من طرف المومنين و التي يمكنها أن تنعكس على المستهلكين⁵²⁴. كما أنه حسب الفقهاء الفرنسيين فإن إجراءات منع الممارسة التمييزية فشلت في لعب دورها بتخفيض أسعار البيع للمستهلكين⁵²⁵. فقانون التحديث الاقتصادي ل 4 أوت 2008 فتح الطريق للتفاوض المباشر من خلال رفع منع الممارسات التمييزية التي هيمنت على القانون الفرنسي في إطار الممارسات المقيدة لأكثر من عشرات⁵²⁶.

⁵²⁴ - L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°693, p. 1272.

⁵²⁵ - D. LEGAIS, 18^e éd., op. cit, n°618, p. 317.

⁵²⁶ - IS. BAUDET, op. cit, n°124, p. 69 : « par ailleurs, cette négociation n'est pas totalement libre. Le législateur a maintenu la prohibition d'un certain nombre de pratiques abusives énumérées à l'article L.442-6 du code de commerce et en a renforcé les sanctions. Enfin, la négociation n'échappe pas à une certaine transparence, puisque les parties ont l'obligation de formaliser, dans une convention, les résultats de cette négociation. Aussi, il convient de bien circonscrire le droit pour l'acheteur de négocier directement les conditions de vente et les tarifs du vendeur avant d'étudier la formalisation de cette négociation ».

يعتبر مبدأ الشفافية⁵²⁷ مهم جدا أثناء التفاوض في العقد⁵²⁸. بحيث أن كل منتج يشتري هو موجه ليعاد بيعه، التفاوض في العلاقات بين المهنيين في المنبع relation amont سيكون لها تأثير مباشر على سعر البيع بالتفصيل⁵²⁹.

و بالتالي فإنه إجازة حرية التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين مع عدم منع التمييز يمكن أن يكون فيه فائدة على المصالح الاقتصادية للمستهلكين، كما يمكن أن يكون لحرية التفاوض مع منع التمييز و لكن تقنين حرية الأسعار كما هو الشأن في التشريع و على الخصوص القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، فيه فائدة على المصالح الاقتصادية للمستهلكين.

⁵²⁷ - N. VIGNAL, La transparence en droit privé des contrats, UNIVERSIF, éd. 1998, n°1, p. 15 : « Michel Foucault écrivait "à chaque époque correspond une épistèmê particulière". On serait tenté de dire que cette épistèmê est aujourd'hui la transparence. On ne cesse en effet de parler d'elle. Il y a une sorte "de vertige de la transparence". Et notre droit n'y échappe pas, alors même qu'il ignorait hier son existence ».

⁵²⁸ - D. LEGAIS, 16^e éd., op.cit, n°527, p.303.

⁵²⁹ - IS. BAUDET, op. cit, n°1, p.5.

الفصل الثاني

الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين

على الأعوان الاقتصاديين

سندرس في هذا الفصل آثار التمييز بين الأعوان الاقتصاديين على الأعوان الاقتصاديين سواء، كانوا أصحاب الممارسة التمييزية أو المتضررين من هذه الممارسة. ففي سبيل تنظيم المنافسة تنظيما قانونيا، و للحد من الممارسات الممنوعة قانونا. تدخل المشرع لحماية صاحب الحق في المنافسة في السوق من الأضرار التي قد تنجم عن الممارسة التمييزية الصادرة عن بعض الأعوان الاقتصاديين. و ذلك في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم.

يرافق المشرع الجزائري كل منع في القانون لعقوبات مناسبة لضمان احترامه، سواء كانت هذه العقوبات مدنية أو جزائية. فيما يتعلق بالجزاءات المدنية، سنتناول جزاء البطلان، أي بطلان العقود المترتبة على الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين (المبحث الأول). أما فيما يتعلق بالجزاءات المترتبة على الأعوان الاقتصاديين المرتكبين الممارسة التمييزية فسيكون في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

بطلان العقود المترتبة على الممارسة التمييزية

بين الأعوان الاقتصاديين

لقد قمنا بالدراسة في الباب الأول من هذه الرسالة الإطار القانوني للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و لذا سندرس في هذا الفصل بطلان العقود المترتبة على التمييز وفقا لما هو محدد في قانون المنافسة (المطلب الأول)، ثم بطلان العقود المترتبة على التمييز وفقا لما هو محدد في قانون الممارسات التجارية (المطلب الثاني). باعتبار بطلان العقود هو من بين الآثار المترتبة على هذه الممارسة التمييزية.

و لكن يجب الإشارة، إلى أنه بخصوص حدود الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين (التي تمت دراستها في الباب الأول من هذه الرسالة)، أي وجود استثناءات على منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين سواء، ذلك المنع المكرس في الأمر المتعلق بالمنافسة أو القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. فهذا يعني عدم وجود إمكانية إبطال العقد على أساس التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، لانقضاء المنع في حد ذاته و بالتالي الأساس القانوني لبطلان العقد. في هذه الحالة تبقى هناك إمكانية للأعوان الاقتصاديين إبطال العقد على أساس شروط إبطال العقد و بطلانه المتواجدة في أحكام القانون المدني. و بالتالي سوف لن نتناول هذا الطرح في هذا المبحث.

المطلب الأول

بطلان العقود المترتبة على التمييز

وفقا لما هو محدد في قانون المنافسة

يعتبر العقد العنصر المحرك لاقتصاد السوق و كذلك يعتبر أحد الوسائل الأساسية للممارسات التي تحمل تعدي على حرية المنافسة. من بين هذه الممارسات التي تحمل تعدي على حرية المنافسة الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. و لذا نص المشرع على بطلان العقود التي تعرقل حرية المنافسة و تلك التي تؤدي إلى التعسف. سنتناول بطلان هذه العقود من حيث الأساس القانوني لبطلان العقود المترتبة على الممارسة التمييزية (الفرع الأول)، و كذلك من حيث فعالية هذا البطلان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني لبطلان العقود المترتبة

على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

تنص المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على أنه "دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدى يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه".

حسب نص المادة 13 فإنه يبطل كل عقد يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة أي تلك التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو تؤدي إلى التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو عن وضعية التبعية الاقتصادية، كذلك يبطل كل عقد مهما كانت طبيعته أو موضوعه يسمح لمؤسسة

بالاستثناء في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة. و إن هذه الممارسات كما رأينا في الباب الأول من هذه الرسالة، ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و بالتالي فإن العقود الناتجة عن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين يمكن أن تبطل متى أثبتت الممارسة التي أدت إلى التمييز.

فالأساس القانوني لبطلان العقود الناتجة عن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، في قانون المنافسة هو المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. بحيث أنه يبطل كل عقد أو شرط تعاقدى أو التزام، ينتج عن الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. التي تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 3-420 L. من القانون التجاري الفرنسي التي تقضي بأنه تبطل الالتزامات و الاتفاقيات و الشروط التعاقدية التي تنتج عن الاتفاقات و التعسف في وضعية الاقتصادية و التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية⁵³⁰. و لقد رأينا سابقا بأن التشريع الفرنسي يمنع الاستثناء في إطار التعسف في وضعية الهيمنة.

حتى و إن كانت المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، لا تبين طبيعة البطلان إن كان مطلقا أو نسبيا، و كذلك الأمر بالنسبة للمادة 3-420 L. من القانون التجاري الفرنسي. هناك قرار لمحكمة النقض الفرنسية يقضي بأن البطلان هو بطلان مطلق مادام أن المادة 1-420 L. المتعلقة بالاتفاقات هي من النظام العام⁵³¹.

⁵³⁰ - art. L. 420-3 du code de commerce français dispose que « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L.420-2 », legifrance.fr

⁵³¹ - Cass. com., 27 février 2001, LawLex022677, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, droit européen et français, tome 1, op. cit, n°956, p. 1671.

فإن الأمر يتعلق بالبطلان المطلق الموجه لمعاقبة التعدي على المنافسة، هذا ما يعني حماية المصلحة العامة⁵³². إذا يتعلق الأمر بالمصلحة الماكرواقتصادية للسوق " macroéconomique du marché"⁵³³. في الواقع صحة العقود في منظور قانون المنافسة تركز على المقاربة الاقتصادية للعلاقات التعاقدية⁵³⁴. العقد ليس في حد ذاته ممنوع، لكن اعتبارا لآثاره العرضية على السوق، في الحقيقة هدف العقد هو المتفحص⁵³⁵.

و لكن سنقوم بالدراسة في هذا الفرع أصحاب الحق في طلب البطلان (أولا) و الهيئة المكلفة بالنطق بالبطلان (ثانيا).

أولاً: أصحاب الحق في البطلان

أصبح العقد أكثر فأكثر ناتج عن السوق إما بصفة مباشرة أو غير مباشرة، و بذلك اكتسب بُعد جماعي⁵³⁶. و هذا ما جعل العقد أداة العمليات التي تتحقق في السوق، لا يهم فقط أطرافه، لكن أكثر من ذلك كل الذين يهْمُون السير الحسن للسوق و النظام العام للسوق⁵³⁷. إن البطلان موجه لحماية السوق في إطار المصلحة العامة، من خلال وسيلة حماية الحقوق الفردية للمتعاملين. موجه لحماية

⁵³² - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.41; O. FRANCO, L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité, thèse, éd. L.G.D.J, 2016, n°234, p. 175 : « L'intérêt général se manifeste ainsi par la nécessité d'assurer la sécurité juridique et la protection des tiers ».

⁵³³ - S. LE BRETON, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, études particulière aux contrats de distribution, Litec, 2002, n°291, p. 388.

⁵³⁴ - N. BRUNETTI, op. cit, p.14.

⁵³⁵ - op. cit p.13.

⁵³⁶ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 602.

⁵³⁷ - op. cit : « l'ordre public de marché a été progressivement restitué au libre jeu des mécanismes naturels du marché. Son contenu a donc changé. Il est de moins en moins fais de règles plus ou moins opportunes, mais juridiquement précises, énoncées par ceux qui avaient le monopole de la définition du bien commun économique. Il se réfère de plus en plus au respect des règles économiques naturelles du marché qui son difficiles à mettre en équation juridique » ; O. FRANCO, op. cit, n°322, p. 330 : « En quelque années, le droit de la concurrence est devenu l'exemple le plus marquant de la résilience de l'ordre public. Par son biais, les contrats sont contrôlés ».

النظام العام للسوق، البطلان هو مطلق. بالتالي يمكن إثارته من قبل كل أطراف العقد. و من قبل كل المساهمين في مخالفة المنع⁵³⁸، نقصد هنا المنع المتعلق بالممارسة التمييزية الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة. لكن تأثير النظام العام للسوق ليس محدد في أطراف الاتفاق المعني بالبطلان، لكنها تعني أكثر اتساعا كل الذين يهتمهم السير الحسن للسوق. لهذا السبب قانون المنافسة يكون مرجع الأطراف و الغير المعنيين⁵³⁹.

أثناء التنافس فإن الصراع الذي يحدثه اقتصاد المنافسة " une économie de concurrence "، تعرف بمقتضاه المؤسسات المتنافسة أكثر من أي شخص، متى و لماذا ممارسة معينة تصبح مضرة سواء للسوق أو للمتنافسين⁵⁴⁰.

و لذا تنص المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، على أنه "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به". هذه المادة تعطي الإمكانية لأي شخص تضرر من ممارسة مقيدة للمنافسة رفع دعوى قضائية. التي يمكن أن نستنتج منها أنه يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي تضرر من التمييز الناتج عن إحدى الممارسات المقيدة

⁵³⁸ - Chambéry, 4 avril 2000, LawLex031069, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, droit européen et français, tome 1, op. cit, n°956, p. 1671.

⁵³⁹ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 607 ; Dalila ZENNAKI, op. cit, p.41 : « Il s'agit d'une nullité absolue... Toute personne intéressée peut donc soulever la nullité (article 110 du code civil), ce qui permet au contractant de mauvaise foi, désireux d'échapper à ses obligations, de détourner à son profit la nullité de sa finalité ».

⁵⁴⁰ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 602 : « Dés lors, l'incertitude sur le contenu de l'ordre public n'existe que dans l'esprit de ceux qui estiment que l'ordre public de concurrence relève encore de l'ordre public de direction de l'économie, plutôt que de l'ordre public de protection du marché » ; M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence et droit des contrats, D., 1995, 8^e cahier-chronique, p. 51 : « Le droit spéciale de la concurrence constituerait ainsi un nouvel ordre public économique, autonome, qui s'ajouterait à l'ordre public traditionnel ».

للمنافسة أن يطلب بطلان العقود المترتبة عن الممارسات المقيدة للمنافسة و التي نتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

بالإضافة إلى أطراف العقد الذين يمكنهم رفع دعوى البطلان، فإن هذه المادة سمحت لكل متضرر رفع دعوى البطلان. " فالتصرفات القانونية les actes juridiques باعتبارهم الوسيلة لإقامة الوضعية الاقتصادية التي يمكن الاحتجاج بها على الغير، تؤدي بالمقابل إلى إعطاء الغير الحق في النظر في محتوى العقد. السوق باعتباره المكان الاجتماعي أين تتحاذى مختلف المصالح، من دون أن تختلط مع بعضها البعض. و لهذا السبب يمكن أن يطلب البطلان كل شخص ذي مصلحة، و كذلك ممثلي المصلحة العامة المشتركة و كل الفاعلين في السوق"⁵⁴¹.

كما أنه الهيئات المكلفة بالسهر على احترام قواعد المنافسة تم الاعتراف لها بسلطات خاصة و التي من بينها حماية النظام العام التنافسي، هذه الهيئات هي مجلس المنافسة و الوزير المكلف بالتجارة. فهذين الهيئتين تمتلكان صلاحية رفع دعوى البطلان أمام المحاكم المختصة، فيما يتعلق بالعقود و الشروط التعاقدية المخالفة لأحكام قانون المنافسة و التي من بينها مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة.

لا يوجد نص في قانون المنافسة يقضي بأن ترفع دعوى البطلان من قبل مجلس المنافسة أو الوزير المكلف بالتجارة. لكن مادام مجلس المنافسة لا ينظر في القضايا المتعلقة ببطلان العقود الناتجة عن الممارسات التمييزية، و باعتباره الهيئة المكلفة بضمان السير الحسن للمنافسة، فإن يمكنه رفع دعوى البطلان لدى المحكمة كلما تضررت المنافسة و أثبتت الممارسة التمييزية. كذلك الأمر

⁵⁴¹ - G. DECOCQ, Concurrence déloyale et pratiques restrictives, op. cit, n°2, p. 24 ; Cass. com., 24 octobre 2000, LawLex022716, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, droit européen et français, tome 1, op. cit, n°956, p. 1671 : « En application de ce texte (art. L. 420-3 du code de commerce), la convention ce rapportant à une pratique anticoncurrentielle prohibée peut être annulée même si tous les contractants n'y ont pas participé ou n'en ont pas eu connaissance ».

بالنسبة للوزير المكلف بالتجارة الذي يمكنه رفع دعوى البطلان باعتبار أن مجلس المنافسة موضوع لدى الوزير المكلف بالتجارة⁵⁴². يمكن لكل من مجلس المنافسة ممثلاً في رئيسه أو الوزير المكلف بالتجارة رفع دعوى البطلان إما في نفس الوقت مع المتضرر عون اقتصادي أو مستهلك، أو لاحقة له. كما يمكنهم رفعها من دون أن يباشر المتضرر بأي إجراء.

في التشريع الفرنسي و قبل قانون 15 ماي 2001 المتعلق بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة، لم يكن من صلاحيات مجلس المنافسة و الوزير المكلف بالاقتصاد رفع دعوى البطلان. لكن هذا القانون منح لهم بالإضافة إلى النيابة العامة إمكانية رفع دعوى البطلان⁵⁴³.

الأستاذ G.Clamour يفرق في قانون المنافسة بين البعد الموضوعي و البعد الشخصي. البعد الموضوعي هدفه حماية السوق، في حين البعد الشخصي يحمي حقوق المتنافسين. هذه التفرقة بين البعدين، تسمح هكذا بالتبرير أن البعد الموضوعي في قانون المنافسة يكون ذلك الذي يدخل في إطار مهام المصلحة العامة التي تتكفل بها الأشخاص العمومية⁵⁴⁴.

فوفقاً للمادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، الوزير المكلف بالتجارة يمكنه دائماً رفع دعوى أمام المحاكم المختصة بناء على طلب يقضي بوقف الممارسة المنافسة لقواعد المنافسة أو بطلان العقود أو الشروط التعاقدية التي تكون الوسيلة أو الأثر لهذه الممارسات و كذلك الأمر بالنسبة لرئيس مجلس المنافسة. للمستهلكين كذلك الحق في رفع دعوى بطلان العقود في حالة

⁵⁴² - أنظر المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب المادة 9 من القانون رقم 12-08 الذي يعدل قانون المنافسة، المذكور سابقاً.

⁵⁴³ - G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, op. cit, n°827, p. 675.

⁵⁴⁴ - C.CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, citée par L.ZEVOUNOU, op. cit, n°20, p.7.

التضرر، و بالطبع الذي يقوم بحماية مصالح المستهلكين هم جمعيات حماية المستهلكين⁵⁴⁵. بالإضافة إلى المتضررين المباشرين و هم الأعدان الاقتصاديين المتضررين. بنسبة للمستهلكين ليس هناك ما يفيد في أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، أحقيتهم في المطالبة ببطلان العقود الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة و بالأحرى الناتجة عن الممارسة التمييزية بين الأعدان الاقتصاديين. ما عدى الحكم العام الموجود في المادة 48 و الذي أسسنا عليه أحقية أصحاب الحق في طلب البطلان. و لكن يمكن أن نستنتج ذلك أو نضع فرضية إمكانية قيامهم بذلك أي رفع دعوى البطلان، في إطار الدعوى الجماعية التي اعترف بها المشرع للجمعيات المؤسسة قانونا في القانون رقم 06-12 المتعلق بالجمعيات، الذي يعطيها إمكانية القيام بجميع الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة بسبب وقائع لها علاقة بهدفها و تمس بمصالح الجمعية و أعضائها⁵⁴⁶. هنا يعطي القانون للجمعيات القيام بجميع الإجراءات القضائية، أي إمكانية رفع كل أنواع القضايا المدنية منها و الجزائية.

في التشريع الفرنسي و بمجىء قانون هامون la loi Hamon أدخلت الدعوى الجماعية في التشريع الفرنسي و سمحت لجمعيات المستهلكين الوطنية المؤسسة قانونا من رفع دعوى تعويض الضرر

⁵⁴⁵ - المادة 1/21 من القانون رقم 03-09، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المذكور سابقا، تنص على أنه "جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه و تحسيسه و توجيهه و تمثيله".

⁵⁴⁶ - أنظر المادة 17 من القانون رقم 06-12 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 15 يناير 2012، العدد 02، ص. 33. تقضي بأنه "تكتسب الجمعية المعتمدة الشخصية المعنوية و الأهلية المدنية بمجرد تأسيسها و يمكنها حينئذ القيام: ...التقاضي و القيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة، بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية ألحقت ضررا بمصالح الجمعية أو المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها...".

الحاصل للمستهلكين بمناسبة الممارسات المنافسة للمنافسة أمام الجهات القضائية المدنية⁵⁴⁷ و لكن لم تنص على إمكانية رفعهم لدعوى البطلان. رفع هذه الدعوى هو منصوص عليها في قانون الاستهلاك⁵⁴⁸.

ثانيا: الهيئة المكلفة بالنطق بالبطلان

لقد رأينا بأنه يمكن رفع دعوى بطلان العقود الناتجة عن الممارسة التمييزية على أساس المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. كما رأينا الأشخاص الذين لهم الحق في رفع دعوى البطلان. لكن يبقى لنا معرفة الهيئة المكلفة بالنطق بالبطلان.

لا أحد يمكنه الاحتجاج بأن محكمة الموضوع هي الوحيدة التي يمكنها النطق بالبطلان الذي هو نتيجة التعدي على النظام العام التنافسي⁵⁴⁹. فالهيئات المكلفة بالمنافسة لا تحتكم على هذه السلطة كما أنه قرارات مجلس المنافسة بشأن الممارسات المقيدة للمنافسة، هي في حد ذاتها قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة⁵⁵⁰. المجلس القضائي يختص بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة

⁵⁴⁷ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, droit européen et français, tome 1, op. cit, n°957, p. 1671 et 1672 : Après trente ans de débats et de tentatives infructueuses, la loi Hamon, a finalement introduit l'action de groupe en droit français.

⁵⁴⁸ - L'action de groupe est codifiée aux articles L. 623-1 et suivant du code de la consommation, www.economie.gouv.fr

⁵⁴⁹ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 60 9; F.TERRE , F.SIMLER et Y.LEQUETTE , op.cit , n°389 ,p.389 : « Il se peut que, sans avoir recours au juge, les parties reconnaissent elle-même la nullité du contrat. Il en va ainsi uniquement si les parties tirent les conséquences d'une imperfection préexistante. Au cas où elles s'accorderaient pour « revenir » sur un contrat valablement conclu, il s'agirait non plus d'une nullité à proprement parler, mais d'une « abrogation ». Alors que la nullité efface en principe rétroactivement les effet du contrat, l' « abrogation » ne vaut que pour la venir ».

⁵⁵⁰ - أنظر المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالقانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

عن المحاكم في الدرجة الأولى⁵⁵¹، و محكمة الدرجة الأولى هي المختصة في الفصل في بطلان العقود.

سلطة القاضي التقديرية لا يمكن أن تمارس إلا حول امتداد البطلان أو حول وجود الممارسة المنافية لقواعد المنافسة. لكن تقدير القاضي لوجود الممارسة المقيدة للمنافسة يظهر صعوبة في حالة أن ممارسة معينة تم الحكم عليها بأنها مقيدة للمنافسة من قبل مجلس المنافسة. فمن غير المعقول أن تكون ممارسة قد حكم عليها من قبل مجلس المنافسة بأنها مقيدة للمنافسة و تأتي المحكمة و ترفض هذا الوصف للممارسة⁵⁵². و لكن هناك حكم خاص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يقضي بأن القاضي "يكيف الوقائع و التصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم و يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه"⁵⁵³. و على اعتبار أن مجلس المنافسة خصم في دعوى البطلان المرفوعة أمام المحكمة إلى جانب أصحاب الممارسة التمييزية و المتضررين من هذه الممارسة، فإنه و استنادا إلى هذه المادة (المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) فإنه لا يمكن للقاضي التقيد بتكييف مجلس المنافسة للوقائع.

فتقدير القاضي للبطلان يحمل على ما تأتي به الهيئات المتخصصة في مجال المنافسة. قرارات مجلس المنافسة ليس لها من الناحية القانونية أي سلطة الشيء المقضي به بالمقارنة مع المحاكم.

⁵⁵¹ - أنظر المادة 34 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008، ص. 2.

⁵⁵² - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 609 et 610.

⁵⁵³ - أنظر المادة 29 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا، - يعد التكييف القانوني من أهم الأعمال التي يقوم بها القاضي للوصول للحل القانوني للمسألة المطروحة عليه بمناسبة الدعوى، و يقصد بالتكييف أعمال القاعدة القانونية على ما ثبت لدى القاضي من وقائع الدعوى و يتطلب جهدا منطقيا إلى جانب الجهد القانوني، بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، الجزء الأول، إصدار كليك للنشر، 2011، ص. 66.

جعل من مجلس المنافسة هيئة قضائية سيخفي هذا التساؤل بالإعطاء لمجلس المنافسة سلطة النطق بالبطان الذي هو النتيجة المدنية التي لا مفر منها للتقدير الاقتصادي المتناول. و لكن خصوصية تكوينه ستجعل من الصعب أن تكون له مهمة قضائية و على الخصوص الفصل في بطان العقود. في التشريع الفرنسي تم إنشاء هيئات قضائية متخصصة للفصل في النزاعات المتعلقة بالمنافسة، الملكية الصناعية و المؤسسات في وضعية صعبة. فيما يخص المنافسة فإن هذه الهيئات القضائية المتخصصة تنظر في جميع النزاعات الناشئة عن الممارسات المنافية للمنافسة أي ما يتعلق بالاتفاقات و الأعمال المدبرة، التعسف في وضعية الهيمنة و التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية و كذلك فيما يتعلق بالاستثناءات الواردة بخصوص منع هذه الممارسات⁵⁵⁴. و تختص كذلك بدعوى بطان العقود الناتجة عن هذه الممارسات و كذلك دعوى التعويض. و التي لها الاختصاص حتى في مجال الاستعجالي⁵⁵⁵. و إن محكمة باريس هي وحدها المؤهلة للنظر في استئناف أحكام هذه الهيئات القضائية المتخصصة⁵⁵⁶. عدد هذه المحاكم هو ثمانية⁵⁵⁷.

حقيقة أن المحكمة هي المختصة بالنطق بالبطان بخصوص العقود الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة و التي تؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و لكن الإشكال الذي يطرح هل المحكمة المدنية أم المحكمة التجارية هي صاحبة الاختصاص. يمكن أن نستنتج أن الجهة القضائية المختصة هي المحكمة التجارية قياسا على المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. التي تنص على أنه "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة

⁵⁵⁴ - Art. L.420-7 du code de commerce.

⁵⁵⁵ - T. com. Albi, réf., 28 octobre 2009, LawLex093286, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, droit européen et français, tome 1, op. cit, n°953, p. 1661.

⁵⁵⁶ - Art. R. 420-5 du code de commerce.

⁵⁵⁷ - « ainsi huit tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce a été instituée pour l'application du droit de la concurrence : Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes, bénéficient depuis le 1^{er} janvier 2006 d'une compétence exclusive en matière de pratiques anticoncurrentielles », La compétence des juridictions spécialisées en matière d'actions en réparation, 13 janvier 2013, www.kramerlevin.com

للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام القرار⁵⁵⁸. و لكن يظهر هذا الحل غير سليم مادام أن المحكمة المدنية هي المؤهلة للفصل في بطلان العقود.

الفرع الثاني

فعالية البطلان المترتب على التمييز

بين الأعوان الاقتصاديين

من خلال ملاحظة الواقع الاقتصادي يظهر أن قانون المنافسة يطبق على وضعيات معقدة، متشعبة، متعددة الأطراف و مستمرة. فهل يمكن إلغاؤها كلها من خلال الأثر الرجعي؟ فيجب على البطلان أن يقارن أو يشترك مع الوسائل القانونية الأخرى التي تسمح أيضا بتجسيد النظام العام التنافسي. هكذا تكون العقوبة المدنية البطلان المطلق غير متكيفة مع الواقع و وهمية (أولا) لكن هناك طرق قانونية أخرى تؤدي إلى حلول أكثر فعالية في الواقع (ثانيا).

أولا: عدم تكيف البطلان المطلق مع الواقع

حاليا أصبح قانون المنافسة، هدفه حماية و تسهيل المنافسة، و إن ضمان السير الحسن للسوق هو الأساس لهذا الهدف، فالقانون سيعاقب كل ما سيحد من هذه المنافسة⁵⁵⁹. و بالتالي حماية السوق بواسطة فرض تصرفات على الأعوان الاقتصاديين. من بين هذه التصرفات عدم القيام بالممارسات

⁵⁵⁸ - المعدلة بالمادة 31 من القانون رقم 08-12 الذي يعدل الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المذكور سابقا.
⁵⁵⁹ - D. LEGAIS, 18^e éd., op cit, n°605, p. 330.

المقيدة للمنافسة سواء تلك التي تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة أو إلى التعسف و الاستئثار و التي ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

لذا فإنه تكون قابلة للبطلان العقود التي تحمل العناصر الممنوعة وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و التي من بينها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و إنه تحديد العناصر الممنوعة في العقد ليس بالأمر السهل⁵⁶⁰، هذا بالنسبة للمعايير الموضوعية⁵⁶¹. و كذلك الأمر فيما يتعلق بالمعايير الشخصية المرتبطة بإرادة الأطراف و اقتصاد العقود⁵⁶².

يعود لقضاة الموضوع، أصحاب السلطة في هذا الأمر أي النظر في بطلان العقود، في وضع حدود دائرة البطلان، التي تعتبر أساسية لتلبية هدف قواعد المنافسة. هذه الغاية تؤدي إلى النطق بالبطلان بمجرد أن شرط غير مشروع وُجه إلى القاضي، من غير أن تكون هناك أهمية بأن كل أطراف العقد الذين يخضعون لهذا الشرط قد رفعوا الدعوى أم لا⁵⁶³. لكن قانون المنافسة يسمح للجهات القضائية طلب رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة و بالأحرى الممارسات التمييزية. و لا يبدي مجلس المنافسة رأيه بخصوص البطلان إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى إذا ما كان المجلس لم يسبق له و أن درس القضية المعنية⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ - E. BACCICHETTI, PH. BONNET, op. cit, n°20, p. 21 : « En réalité, l'appréhension des accords de licence de marque sur le fondement de la prohibition des ententes anticoncurrentielles requiert une analyse au cas par cas, permettant de déterminer si de tels accords contiennent des clauses ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel ».

⁵⁶¹ - M. chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, op. cit, n°417, p.411 : « A première vue, l'on peut s'étonner que la nullité intégrale soit commandée par l'efficacité de la sanction. Il est permis de penser que la nullité de la clause imposant les prix de revente suffit, à partir du moment où le contrat ne comporte pas d'autres dispositions litigieuses ».

⁵⁶² - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 612 ; J. GUESTIN, op. cit, p. 1333 et 1334 : « Il faut y voir la traduction de l'idée selon laquelle la nullité, en tant que sanction destinée à assurer le respect d'une règle impérative, doit uniquement atteindre les éléments du contrat qui produisent des effets contraires à ladite disposition ».

⁵⁶³ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 612.

⁵⁶⁴ - أنظر المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

إن أخذ رأي مجلس المنافسة من قبل الهيئات القضائية في مجال البطلان مهم جدا، لأنه سيسمح بالإضافة إلى تقديم جميع المعلومات المتعلقة بالقضية و بالأعوان الاقتصاديين، تحديد ما إذا كانت الممارسة المقيدة للمنافسة و التي ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و التي بمقتضاه يتم المطالبة ببطلان العقد الذي كان نتيجتا لها، تدخل ضمن تطبيق المواد 6 و 7 و 10 و هي المواد التي تحكم كل الممارسات المقيدة المذكورة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و كذلك يمكن لمجلس المنافسة تحديد أن هذه الممارسة تستفيد من الإعفاء استنادا إلى المادة 8 و 9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم⁵⁶⁵. و لقد تم توضيح أحكام هذه المواد بالتفصيل في الفصل المتعلق بحدود الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

كما أنه هناك أيضا إشكال يتعلق برفض مجلس المنافسة بقرار معلل عدم قبول الإخطار الذي توجهه له الأشخاص المؤهلة قانونا إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة في الإخطار لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية⁵⁶⁶. في هذه الحالة، إذا ما قرر المتضررين من هذا العقد من أطرافه أو الغير اللجوء إلى المحكمة، فإنه سيصعب عليهم إثبات الممارسة التمييزية لغياب التحقيقات الضرورية لذلك و التي يقوم بها مجلس المنافسة. فهو الذي ينظر فيما إذا كانت الممارسات تمييزية أم لا. أيضا يصعب على الأعوان الاقتصاديين تدعيم دعواهم أمام المحكمة إذا لم يبدي مجلس المنافسة رأيه و ذلك نظرا، لأن الممارسة مر عليها ثلاث سنوات. لكن هناك منفذ آخر للقاضي و للأعوان الاقتصاديين و هو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي يسمح بإجراءات التحقيق قبل الفصل في الدعوى. إذ يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه، أن

⁵⁶⁵ - أنظر المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁵⁶⁶ - المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المذكور سابقا.

يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون⁵⁶⁷. و التي تكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁵⁶⁸. بحيث أن هدف إجراءات التحقيق حسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو إقامة الدليل و الاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع⁵⁶⁹. لكن هل التحقيقات التي يقوم بها القاضي وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، تكون في نفس مستوى التحقيقات التي يقوم بها مجلس المنافسة باعتباره هيئة متخصصة و ذو لجان مؤهلة لذلك.

إذ رجعنا إلى المادة 13 من قانون المنافسة فإنه يبطل العقد الذي يتعلق بالممارسة التمييزية. فهذه المادة تنفي أي سلطة تقديرية للقاضي في إبطال العقد في حال ثبوت الممارسة التمييزية. و بالطبع فإن مجلس المنافسة هو الهيئة الوحيدة طبقا لقانون المنافسة القادر على إثبات وجود ممارسة تمييزية. فمصير الأعوان الاقتصاديين المتضررين من الممارسة التمييزية مرتبط بقبول مجلس المنافسة بإجراء التحقيقات اللازمة.

هناك مسألة أخرى يثيرها البطلان الناتج عن الممارسة التمييزية، هي مسألة التقادم. تطبيق تقادم الممارسة أو تقادم العقد طبقا لقواعد القانون المدني. فقانون المنافسة يحدد مدة التقادم بثلاث سنوات، بحيث لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت ثلاث سنوات، ما لم يكن قد قطع هذا التقادم بسبب بحث أو معاينة أو عقوبة⁵⁷⁰. أما القانون المدني فيحدد مدة التقادم بخمسة عشر

⁵⁶⁷ - المادة 75 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا - كما أنه إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية هي إجراءات بسيطة و غير معقدة، بحيث يأمر القاضي بإجراء التحقيق المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال، و أن هذه الأوامر و الأحكام غير قابلة للاستئناف أو الطعن إلا مع الحكم الذي فصل في الدعوى. المواد 2/77 و 81 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

⁵⁶⁸ - المادة 76 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا.

⁵⁶⁹ - المادة 77 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا.

⁵⁷⁰ - المادة 44/ فقرة أخيرة من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور أعلاه.

سنة من يوم إبرام العقد⁵⁷¹. كذلك في هذا الشأن نرجع إلى المادة 13 من قانون المنافسة التي تربط بطلان العقد بوجود الممارسة التمييزية. فإذا أخذنا بالتقدم الطويل الموجود في القانون المدني فإنه سيجعل من هذه العقوبة فارغة من محتواها وهدفها و متعسفة. لأن هذا العقد يكون قد نتج عنه عدة عقود و اتفاقيات و لتتصور الأمر في عقود التوزيع.

هكذا و بصفة عامة، يبقى البطلان غير متكيف مع قانون المنافسة بما أنه و خلافا للقانون المدني الذي يهدف من البطلان العقوبة للعقد الذي هو غير صحيح في تكوينه، فإن قانون المنافسة يقرر العقوبة للسلوك الذي يحمل تعدي على المنافسة. بالتالي فإن قانون المنافسة يرى العقود بالنظر إلى آثارها من دون أن تكون لشروط تكوينها محل اعتبار⁵⁷². هكذا و بالنسبة إلى الممارسات التمييزية التي هي ممنوعة بالنظر إلى تأثيرها السلبي على المنافسة، فإن التزام المتعاقدين الذي هو في أصله صحيح طبقا لقواعد صحة العقود و بالتالي مشروع، فإن آثاره هي التي تصبح غير مشروعة. بسبب هذه الآثار السلبية على المنافسة فإن العقد الناتج عن الممارسة التمييزية معرض لعقوبة البطلان. فالبطلان و بعكس الأوامر و الإعفاءات "لا يعتبر أداة للسياسة الاقتصادية" و إن القاضي يضمن في نفس الوقت احترام النظام العام و الحفاظ على الحقوق الشخصية. يبقى أنه في مجال المنافسة، البطلان يظهر في "غالب الأحيان مخيب للأمل" و أصبح ينظر إليه كعديم الفعالية⁵⁷³.

⁵⁷¹ - المادة 102/2 من القانون المدني، "تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من يوم إبرام العقد".

⁵⁷² - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.42.

⁵⁷³ - M. chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, op. cit, n°418, p.414.

ثانيا: الفعالية بدون بطلان

البطلان المطلق لمخالفة النظام العام، الاسترداد، غير قابلة للتأكيد. فهناك طرق قانونية أخرى، أكثر فاعلية في الواقع⁵⁷⁴. فيجب أن تكون عدالة الأعمال سريعة و فعالة و البطلان يظهر بطيء و ثقيل و غير أكيد في نتائجه. حيث أن المتضررين من الممارسات غير الشرعية يتخوفون من أن يرو مصالحهم الشرعية لا تأخذ طريقها الصحيح⁵⁷⁵. كما أنه فكرة المنافسة لا يجب أن تؤدي إلى عدم استقرار العقود⁵⁷⁶. و بالتالي هناك طرق دعاوى أخرى تمنح إليهم.

هناك ما يعرف بالتدابير المؤقتة التي يأخذها مجلس المنافسة، بحيث يمكن لمجلس المنافسة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة بالطبع التي تكون موضوع التحقيق، و كلما اقتضى الاستعجال ذلك. هذه التدابير المؤقتة تكون بهدف تفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، يصيب المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء الممارسات المقيدة للمنافسة و يصيب كذلك المصلحة الاقتصادية العامة⁵⁷⁷. لكن مجلس المنافسة يتخذ الأوامر المعللة التي ترمي إلى وضع حد للممارسات التمييزية عندما تكون العرائض و الملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها من اختصاصه⁵⁷⁸.

كما أن هناك تدابير مؤقتة تأخذها المحاكم و هو ما يعرف بالإجراء الاستعجالي، المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁵⁷⁹. إذ أن هذا الإجراء يسمح للقاضي باتخاذ التدبير المؤقت

⁵⁷⁴ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 615.

⁵⁷⁵ - op. cit.

⁵⁷⁶ - B. FAGES, J.MESTRE, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, in L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations, RTD com. 51 (1), janv. mars 1998, p.81.

⁵⁷⁷ - المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁵⁷⁸ - المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁵⁷⁹ - المادة 299 و ما بعدها من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور أعلاه.

في أقرب الآجال⁵⁸⁰. هذه التدابير المؤقتة تتمثل في توقيف الممارسة المقيدة للمنافسة و يمكن القول توقيف الممارسة التمييزية. بالطبع توقيف الممارسة المقيدة للمنافسة يمكن أن لا يكون فقط إجراء مؤقت إذا ما تم الطعن فيه أمام محكمة الموضوع⁵⁸¹، كما يمكن أن ترفع دعوى إيقاف الممارسة المقيدة للمنافسة مباشرة أمام محكمة الموضوع.

البطلان النسبي يمكن أن يظهر كذلك أكثر فعالية من البطلان المطلق و الكلي للعقد عندما يكون العيب لا يؤثر إلا على جزء من هذا العقد⁵⁸². لكن في غياب توجيهات خاصة، الاختيار بين البطلان الكلي و البطلان الجزئي للعقد يعود إلى القضاة المكلفين بالنطق به⁵⁸³. خاصة و أن المادة 13 من قانون المنافسة تسمح بإبطال فقط الشرط التعاقدى الذي كان نتيجة الممارسة المقيدة للمنافسة و التي من بينها الممارسات التمييزية. البطلان النسبي يكون أفضل من ناحية فعالية العقوبة بالنسبة للمتعاقد الذي لم يقم بالممارسة التمييزية. فضلا عن ذلك، البطلان النسبي يضمن الحفاظ على العقد، الذي تمت مطابقته مع القاعدة القانونية بحيث أنه، يتم حماية المتعاقد الذي هو في وضعية ضعف⁵⁸⁴.

مهما كان مداه، البطلان يحمل تعدي على التوقعات التعاقدية. سواء اختفى شرط و أن المستفيد منه هو المتدمر. أو أن البطلان يحمل على مجموع الاتفاقية و هنا أيضا يمكن إعادة النظر في الشروط المالية عندما الاسترجاع الملازم للإلغاء الرجعي للعقد، الذي يعتبر و كأنه لم يوجد، يحصل بالنظر إلى قيمته في غياب حصوله عينا⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 61 5: « Dans la vie des affaires, la plupart des combats judiciaires se gagnent ou se perdent aux avant-postes, c'est-à-dire au stade du référé. C'est là qu'un avantage décisif du point de vue économique peut être pris ou perdu. La durée des procédures au fond fait le reste, et transforme le provisoire en définitif ».

⁵⁸¹ - المادة 298 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور أعلاه.

⁵⁸² - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.42.

⁵⁸³ - M. chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, op. cit, n°412, p.407.

⁵⁸⁴ - op. cit, n°417, p.412.

⁵⁸⁵ - op. cit, n°418, p.413.

لكن البطلان المثار بمناسبة وجود شرط تمييزي في العقد أو أن العقد في أكمله كان نتيجة لممارسة تمييزية، هو بطلان بقوة القانون. فلا يمكن لأطرافه التمسك بصحته و بالأثر النسبي للعقد في حالة ما إذا أثير البطلان من قبل الغير سواء كانوا أعوان اقتصاديين أو مجلس المنافسة. لأن القانون يسمح لمجلس المنافسة بإجراء التحقيقات اللازمة للكشف عن الممارسات المخالفة لقانون المنافسة و التي من بينها الممارسة التمييزية. بحيث يمكن لمجلس المنافسة أن يقوم بتحقيقات حول تطبيق النصوص التشريعية و التنظيمية ذات الصلة بالمنافسة. و إذا أثبتت هذه التحقيقات أن تطبيق هذه النصوص تترتب عليه قيود على المنافسة، فإن مجلس المنافسة يباشر كل العمليات لوضع حد لهذه القيود⁵⁸⁶.

المطلب الثاني

بطلان العقود المترتبة على التمييز وفقا لما

هو محدد في قانون الممارسات التجارية

سنقسم هذا المطلب إلى الأساس القانوني لبطلان العقود المترتبة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين (الفرع الأول)، و إلى فعالية البطلان المترتب على التمييز (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني لبطلان العقود المترتبة على التمييز

في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، اكتفى المشرع بتقرير جزاءات عقابية على مخالفة أحكامه. و من تم فإن العون الاقتصادي الذي يقوم

⁵⁸⁶ - المادة 37 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

بممارسة تمييزية طبقا للمادة 18 من هذا القانون أو تلك التي تكون نتيجة التعدي على مصالح الأعراف الاقتصادية (كما تم توضيحه سابقا)، يتعرض فقط لعقوبات جزائية دون أن تتعرض العقود التي أبرمها للبطلان، لأنه لا يوجد حكم خاص في القانون رقم 04-02 ينص على بطلان العقود المخالفة لأحكامه كما كان الحال في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، الذي يقضي ببطلان العقود الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة و الممارسات التمييزية الناتجة عنها. لكن تبقى الجزاءات المدنية و منها البطلان مؤسسة على القواعد العامة التي تعتبر العقود المخالفة للنظام العام باطلة. بالرجوع إلى التشريع الفرنسي، نجد أن المشرع ينص صراحة بخصوص الممارسات التمييزية بين قوسين كما هي محددة في المادة⁵⁸⁷ L. 442-6 من القانون التجاري و التي يصنفها ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة. أنه يمكن وفقا لأحكام نفس المادة المطالبة ببطلان الشروط و العقود غير الشرعية illicites.

القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. ينظم العلاقات بين الأعراف الاقتصاديين في إطار الممارسات التجارية، أي أن العقود التي تنتج عن هذه الممارسات هي عقود تجارية و بالتالي يحكمها القانون التجاري⁵⁸⁸ في حالة عدم وجود حكم صريح في القانون رقم 04-02. لكن فيما يتعلق بالبطلان فإنه لا يوجد أحكام في القانون التجاري، أحكام عامة تنظم بطلان العقود التجارية و إن كان القانون التجاري ينظم بعض العقود التجارية. و لكن هناك حكم في القانون التجاري يجعلنا نرجع إلى أحكام القانون المدني و هي المادة الأولى مكرر منه التي تنص على أنه "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، و في حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني...". نستنتج من ذلك أن أحكام القانون المدني المتعلقة بالبطلان هي التي

⁵⁸⁷ - Modifier par la loi n°2015-990 du 6 août 2015- art. 34.

⁵⁸⁸ - أمر رقم 75-59 يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

تطبق على العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين في حالة عدم احترامهم القواعد المنصوص عليها في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، أي في حالة مخالفتها النظام العام و الذي هو مجسد في القواعد الآمرة المنصوص عليها في هذا القانون.

فالعقد لا يعتبر كامل إلا إذا تطابق الإيجاب مع القبول و إذا اعتبرنا أن السعر و الشروط العامة للبيع تشكل العنصر الأساسي للقبول، فإنها ستمنع إبرام العقد في حالة عدم قبولها أو تجعله قابل للبطلان في حالة اكتشاف وجود عيب التمييز بين الأعوان الاقتصاديين وفقا لأحكام القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم.

وفقا للقانون المدني فإن العقود تبطل لغياب ركن من أركان تكوين العقد، عدم مشروعية الالتزام، غياب السبب أو خرق قاعدة من النظام العام⁵⁸⁹.

بالتالي وجود الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين وفقا لقانون الممارسات التجارية و كما تم تحديدها في الباب الأول من هذه الرسالة فإنه سيؤدي إلى إبطال العقد أو بطلانه وفقا لأحكام القانون المدني.

و لكن الإجابة على هذا الطرح سيؤدي بنا إلى التساؤل حول أصحاب الحق في طلب البطلان (أولا) و حول الهيئة المكلفة بالنطق بالبطلان (ثانيا).

أولا: أصحاب الحق في طلب البطلان

تحديد أصحاب الحق في طلب البطلان حسب منظور القانون المدني، يرتبط بتحديد ما إذا كان البطلان مطلق أو نسبي. الأمر هنا يتعلق بالبطلان المرتبط بالعقود المترتبة على التمييز بين الأعوان

⁵⁸⁹ - Ali BENCHENEB, op. cit, n°228, p. 153.

الاقتصاديين كما هو محدد في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. إذا تعلق الأمر بحماية المصلحة الفردية للمتعاقد أو المتضرر المباشر من العقد فإنه يتعلق الأمر بالبطلان النسبي، أما إذا تعلق الأمر بحماية المصلحة العامة فإنه هنا سنتكلم عن البطلان المطلق⁵⁹⁰. التساؤل الذي يثار هو هل الأحكام التي تمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين تهدف فقط إلى حماية العون الاقتصادي المتضرر من العقد الناتج عن التمييز أم تهدف إلى حماية كل المتضررين من التمييز سواء كانوا أطراف في العقد الذي أدى إلى التمييز أم لا. للإجابة سنتطرق للتأسيس القانوني للبطلان المطلق. فمتى كان سبب العقد غير مشروع فإنه سيؤدي إلى البطلان المطلق للعقد⁵⁹¹ و بالتالي إذا كان الهدف من التعاقد التمييز بين الأعوان الاقتصاديين فإنه سيصبح سببه غير مشروع طبقا للقانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. كذلك يصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا كان محله غير مشروع و يكون المحل غير مشروع وفقا للقانون رقم 04-02 إذا تحصل العون الاقتصادي على أسعار و آجال دفع و شروط بيع لا يبررها مقابل حقيقي.

590 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للنشر، 2012، ص. 241 و 242 : يكون البطلان مطلقا إذا لم يتوافر ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من الشروط القانونية في المحل أو السبب، كما قد يكون نسبيا، إذا لم تتوافر شروط صحة الرضاء، أو إذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية. و هذا هو المعيار التقليدي الذي سار عليه الفقه التقليدي في التفرقة بين نوعي البطلان. و قد أخذ التقنين المدني الجزائري بهذا المعيار كأساس للتفرقة بين نوعي البطلان. على أن هناك جانبا من الفقه الحديث يقيم على أساس المصلحة التي يريد المشرع حمايتها من وراء تقرير البطلان. فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها عامة، كان الجزاء هو البطلان المطلق، أما إذا كان يريد المشرع حماية مصلحة خاصة فيكون الجزاء هو البطلان النسبي.

591 - تنص المادة 97 من القانون المدني على أنه "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب، كان العقد باطلا".

فإذا كنا بصدد البطلان النسبي فإن أصحاب الحق في طلب البطلان حسب القانون المدني و على الخصوص المادة 99 منه التي تنص على أنه "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". حسب هذه المادة الدعوى مفتوحة فقط للطرف المتعاقد الذي يريد القانون حمايته و بالتالي المتعاقد الآخر مع الضحية ليس لديه التأسيس لطلب الإبطال. الهدف من هذا النص هو إبعاد المتعاقد الآخر من الاستفادة من الدعوى و لكن هذا ليس معناه إعطاء الضحية حق حصري في الدعوى (على سبيل المثال دائن الضحية)⁵⁹².

و لكن مادامنا أمام البطلان المطلق للأسباب التي تم توضيحها سابقا، فإنه لكل ذي مصلحة طلب البطلان و هذا حسب المادة 102 من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان...". و لكن ماذا يقصد بكل شخص ذي مصلحة. هم من دون احتجاج أطراف العقد الذي يمكن لكل منهم أن يتخلص من العقد بإثارة خرق قاعدة ذات الصالح العام⁵⁹³ و بالتالي طلب البطلان لذلك. أما بالنسبة للغير الذين يطلبون البطلان يجب أن تكون لديهم مصلحة التي تكون في علاقة ضيقة مع البطلان⁵⁹⁴. تحديد العلاقة إن كانت ضيقة أم لا صعب. فلقد رأينا سابقا بأن القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، يهدف إلى حماية المستهلك و إعلامه. و بالتالي نتساءل إن كان للمستهلك الحق في طلب بطلان العقد الناتج عن الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين إذا

⁵⁹² - Ali BENCHENEB, op. cit, n°236, p. 159.

- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 248 : لا يكون حق التمسك بإبطال العقد الباطل بطلانا مطلقا إلا للمتعاقد الذي قرر القانون لمصلحته هذا الإبطال. فإذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية، أو شاب إرادته عيب من عيوب الرضا، فله الحق في طلب الإبطال. أما المتعاقد الآخر الكامل الأهلية، و الذي سلمت إرادته من العيوب فليس له هذا الحق. و كذلك لا يصح للغير الأجنبي الذي يراد الاحتجاج عليه بالعقد القابل للإبطال، أن يتمسك بإبطال العقد، و لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

⁵⁹³ - F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUTTE, op. cit, n°396, p. 393.

⁵⁹⁴ - op. cit, n°396, p. 394.

كان هذا العقد يؤثر على مصالحه المادية و المعنوية. لا يوجد ما يفيد ذلك في القانون رقم 02-04 لأنه لا ينص على أحكام تتعلق ببطلان العقود و لا في القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الذي هو كذلك ينص فقط على أحكام جزائية و لا يوجد في جميع أحكامه ما يفيد بطلان العقود و بالتالي أحقية المستهلك في طلب بطلان العقود الناتجة عن الممارسات غير النزيهة بين الأعوان الاقتصاديين و منها الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. و لكن مادام المستهلك فاعل، مؤثر و يتأثر بالممارسات في السوق فإن من حقه أن تكون له إمكانية المطالبة ببطلان العقود الناتجة عن الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين. و حتى تكون لهذه المطالبة فعالية فإنه من المستحب أن ترفع الدعوى من طرف جمعيات حماية المستهلكين، و التي أعطاه القانون هذا الحق للمطالبة بالتعويض في إطار الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية.

في التشريع الفرنسي و بما أنه ينص على بطلان العقود بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة⁵⁹⁵، فإنه يحدد كذلك الأشخاص الذين لهم الحق في رفع دعوى التعويض و ذلك من قبل كل شخص ذي مصلحة، من قبل النيابة العامة و الوزير المكلف بالاقتصاد و من طرف رئيس هيئة المنافسة عندما يرى بأن القضية تدخل في اختصاصه⁵⁹⁶ (لأن الممارسات المقيدة للمنافسة تخرج من اختصاص هيئة المنافسة).

⁵⁹⁵ - لا يقصد بها الممارسات كما هي في التشريع الجزائري أي الاتفاقات و التعسف في وضعية الهيمنة و التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، و التي يسميها التشريع الفرنسي الممارسات المنافية للمنافسة و إنما هي الممارسات التجارية غير النزيهة.

⁵⁹⁶ - Art. L. 442-6-III du code de commerce ; M. BEHAR-TOUCHAIS, Autonomie de l'action de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence du ministre, Rev. Lamy dr. conc, n°20, juillet/septembre 2009, p. 39 : La cour de cassation persiste dans sa jurisprudence inaugurée le 8 juillet 2008 et continue d'affirmer que l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6-III du code de commerce est « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou a la présence du fournisseur », sans que cela heurte l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

ثانيا: الهيئة المكلفة بالنطق بالبطلان

حسب أحكام القانون المدني فإن المحكمة هي المختصة في مسألة البطلان المطلق إذ تقضي المادة 102 منه على أنه "... و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة". نستشف من هذه المادة أن المحكمة هي المختصة في الحكم بالبطلان. و لكن تبقى مسألة تحديد الاختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي.

و إن الاختصاص النوعي يبقى ذا أهمية بما أن القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و كما يدل عليه اسمه فإنه يتعلق بالممارسات التجارية، لكن هناك من بين النشاطات التي ينظمها نشاطات مدنية، و مع ذلك فإنها تخضع لهذا القانون. أي الذي يهتم هو الممارسة و ليس النشاط. مادام الأمر كذلك فهل سيتحدد الاختصاص النوعي للمحكمة للقسم المدني أم القسم التجاري.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يقضي بأنه "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام... و تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية و التجارية..."⁵⁹⁷. و بالتالي إذا تعلق النزاع بالعقود المدنية فإن القسم المدني هو المختص و إذا كانت العقود تجارية فإن القسم التجاري هو المختص⁵⁹⁸.

أما فيما يخص الاختصاص الإقليمي فإن الاختصاص يعود للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ - أنظر المادة 32 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا.
⁵⁹⁸ - تنص المادة 531 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية، و عند الاقتضاء في المنازعات البحرية...".
⁵⁹⁹ - أنظر المواد 37 و 38 و 39 و 40 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا.

في فرنسا تم إنشاء هيئة قضائية متخصصة بموجب قانون التحديث الاقتصادي لسنة 2008، للنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق المادة 6-442.L من القانون التجاري، و التي تم تحديدها بموجب مرسوم⁶⁰⁰. هذه الهيئات المتخصصة يمكنها استشارة هيئة فحص الممارسات التجارية التي تعطي رأيها في أجل أقصاه أربعة أشهر من يوم عرض القضية عليها. الرأي المقدم من طرف لجنة الفحص لا يلزم المحكمة و طلب الاستشارة من اللجنة غير قابل للطعن⁶⁰¹. كما أنه المادة 6-442.L تنص بأن المحاكم المدنية أو التجارية هي المختصة في النظر في البطلان.

الفرع الثاني

فعالية البطلان المترتب على التمييز

في هذا الفرع نطرح إشكالية فعالية البطلان المطلق للعقود المترتبة على الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين كما هي محددة في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، أي هل من فائدة عملية لهذا البطلان على السوق (أولاً). و إن كان البطلان المطلق غير فعال و غير مطابق للواقع فهل من حلول بديلة (ثانياً).

⁶⁰⁰ - Décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009, JO 15 nov. 2009,p, 19761 ; O. LEROY, B. RUY, Juridictions spécialisées dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence, Décret du 11 novembre 2009 : questions en suspens, risques encourus, JCP éd.G, n°3- 18 janvier 2010, p. 70 : Pour connaitre de « l'application de l'article L. 442-6 » du code de commerce, seront désormais seuls compétents huit tribunaux de commerce et de grande instance (Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes). Et surtout, la cour d'appel de paris sera l'unique juridiction du second degré. Ce dispositif rappelle celui résultant du décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005(JO 31 déc. 2005, p. 20831), relatif aux pratiques anticoncurrentielles.

⁶⁰¹ - IS. BAUDET, op. cit, n°148, p. 85 ; M. CHAGNY et J. RIFFAUT-SILK, Actualité du contentieux des dommages concurrentiels, Rev. Lamy dr. Conc, juillet/septembre 2009, n°20, p. 151 : Après avoir décidé, en 2001, de spécialiser les juridictions appelées à mettre en œuvre le droit des pratiques anticoncurrentielles, le législateur a retenu la même option dans la loi du 4 août 2008, pour une partie du droit des pratiques restrictives. Comme il l'a fait précédemment pour les pratiques anticoncurrentielles.

أولا : عدم تكيف البطلان المطلق مع الواقع

من الناحية النظرية، يجب على البطلان الذي يعاقب الإخلال بقاعدة من النظام العام إزالة الأفعال غير المشروعة بصفة مطلقة و رجعية. و إنه لا يستدعي الشك أنه الإخلال بقاعدة من النظام العام المنصوص عليها في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، كتلك المرتبطة بنزاهة الممارسات التجارية التي تقتضي منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، تستدعي مثل هذه العقوبة. و لكن هل لهذه العقوبة فائدة عملية.

عقوبة البطلان هي أساسا عقوبة شديدة. فالبطلان يؤدي إلى إزالة العقد، فكل شيء يسير و كأن العقد لم يوجد أبدا⁶⁰². فتوقعات الأطراف المتعاقدة تحبط، مشاريعهم يمكن أن يعاد النظر فيها، و النتائج القانونية التي سيتعرضون لها ليست بالهينة و قابلة لأن تعرضهم لصعوبات جديدة⁶⁰³.

تحديد تطبيق شروط غير متكافئة من قبل عون اقتصادي لنفس الخدمات اتجاه الأعوان الاقتصاديين، سواء تعلقت هذه الشروط بمنح أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات بيع لا يبررها مقابل حقيقي في المعاملات التجارية النزاهة و في نفس الوقت تضر بالسوق، لا يكون إلا من خلال مقارنة العقد محل النزاع مع عقود أخرى مبرمة من نفس العون الاقتصادي أو المؤسسة مع أعوان اقتصادية أو مؤسسات متواجدة في نفس السوق، و التي يمكن أن تكون في وقت لاحق عن

⁶⁰² - Ali BENCHENEB, op. cit, n°228, p. 153.

- إذ تنص المادة 1/103 من القانون المدني على أنه "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل" - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 259 : طبقا لنص المادة 1/103 من القانون المدني يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان العقد قد نفذ كله أو جزء منه، يجب على كل عاقد أن يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه. فإذا كان العقد قد نفذ كله أو جزء منه، يجب على كل عاقد أن يرد تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه. فإذا كان العقد يبيعا، التزم البائع برد الثمن، و المشتري برد المبيع و ثمراته من يوم المطالبة القضائية".

⁶⁰³ - Ali BENCHENEB, op. cit, n°228, p. 153.

إبرام العقد محل النزاع⁶⁰⁴. فالمراقبة لا تحمل على عناصر تكوين العقد و لكن على الوضعية التي ينتجها أثناء تنفيذه⁶⁰⁵. هكذا عقد صحيح في تكوينه، يمكن أن يبطل بمجرد أن تكون له آثار منافية لحرية المنافسة، و هذا يعتبر تعدي على نظرية البطلان⁶⁰⁶. بالإضافة إلى كل هذا فإن رجعية البطلان في مجال الممارسة التمييزية الذي يؤدي إلى إلغاء العقد من أصوله، يجعل البطلان غير ملائم كعقوبة مدعمة من خلال الآثار اللاحقة للعقد⁶⁰⁷. فضلا عن ذلك فإن البطلان يثير مشاكل مزعجة بخصوص الاسترداد⁶⁰⁸ خاصة عندما العلاقة التعاقدية تستمر في الزمن⁶⁰⁹.

"بطلان العقد ليكون فعال، يجب أن ينتج آثار متلائمة مع الأهداف التي تتبع العقوبات، و هم نظامين: قمعية dissuasive و إصلاحية réparatrice. الدور القمي للعقوبة يكون قبل وقوع الاعتداء بحث المتقاضين على احترام القاعدة، بينما الوظيفة الإصلاحية لا تتدخل إلا بعدا، عندما الاعتداء يحصل. و الحالة هذه، الانعدام الرجعي للعقد، أثر البطلان، لا يسمح الإجابة بفعالية على أهدافه سواء الردعية أو الإصلاحية"⁶¹⁰.

⁶⁰⁴ - M. CHAGNY, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, op. cit, n°398, p.399.

⁶⁰⁵ - op. cit, n°399, p.399 : « M. Rontchevsky souligne que le contrôle par l'effet « ne porte pas sur la régularité du processus de formation de l'acte mais sur la situation créée par son existence ou son exécution ».

⁶⁰⁶ - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.42.

⁶⁰⁷ - op. cit.

⁶⁰⁸ - M. CHAGNY, Droit spécial de la concurrence et droit commun : nouvelle rencontre... Nullité du contrat et répétition de l'indu, en l'absence des contractants concernés, Rev. Lamy de la concurrence, Contentieux des dommages concurrentiels, n°11, avril/juin 2007, p. 87 : « la rétroactivité attachée à la nullité produit des effets radicaux puisqu'elle emporte la restitution des somme indûment perçues en exécution des contrats contraires aux droit des pratiques restrictives ».

⁶⁰⁹ - Dalila ZENNAKI, op. cit, p.42.

⁶¹⁰ - C. OUERDANE, A. DE VINCELLES, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, éd. D, 2002, n° 36, p. 55.

ثانيا : الحلول الأخرى البديلة لبطلان العقد

نظرا لسكوت القانون حول مدى البطلان إن كان نسبي أو مطلق فإن هذا يسمح للقضاة بإعادة صياغة العقود بالأخذ بعين الاعتبار في نفس الوقت اقتصاد العقود " l'économie des contrats " و هدف القاعدة القانونية التي تم مخالفتها⁶¹¹. البطلان النسبي ليس أقل خطورة من البطلان المطلق⁶¹². فالفرق بين البطلان المطلق و البطلان النسبي يتركز على المصلحة المراد حمايتها من قبل القاعدة القانونية، فالقواعد التي تنظم تكوين العقد تهدف إلى حماية المصلحة الفردية و هي مصلحة إحدى الأطراف المتعاقدة، كما تهدف إلى حماية المصلحة العامة بما أن العقد ليس مسألة الأطراف المتعاقدة لوحدهم، فهو كذلك عمل اجتماعي⁶¹³ un acte social .

تجسيد النزاهة في السوق يمكن أن يكون مضمون من خلال الالتزام الذي يمكن أن يكون ثقيل جدا، و هو فرض على عون اقتصادي تنفيذ العقد الذي أصبح صحيحا بما أن القاضي أرجعه مطابق لقواعد نزاهة الممارسات التجارية باستبعاد كل الشروط غير المشروعة⁶¹⁴. و بالتالي استبعاد كل الشروط التي أدت إلى الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

هناك جانب من الفقه يرى بأن القانون الذي يكون اقتصاديا فعال هو القانون المرن، الذي يترك أكبر حرية للأطراف، و الذي يبعد القاضي في التدخل في العلاقة التعاقدية⁶¹⁵.

⁶¹¹ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 610 ; CASA. Com, 25/2/74, JCP 1976, ed G, II, 18378, note PH. SIMLER : « La nullité, en aucun cas, ne doit pouvoir être invoquée par celui contre les intérêt exclusifs duquel, la règle violée était dirigée ».

⁶¹² - Ali BENCHENEB, op. cit, n°234, p. 158.

⁶¹³ - op. cit.

⁶¹⁴ - C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, op. cit, p. 610.

⁶¹⁵ - Mathias LATINA, L'attractivité du droit des contrats : l'efficacité économique du droit des contrats, réforme-obligation. dalloz. fr

المبحث الثاني

الجزاء المترتبة على الأعوان الاقتصاديين

المرتكبين الممارسة التمييزية

لقد قمنا بالتوضيح سابقا الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. فهاذين القانونين كما يمنعا التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، يقرون عقوبات⁶¹⁶ على مخالفة الأحكام المنصوص عليها في هذين القانونيين. و بالأخص و الذي يهم في هذا البحث إقرار عقوبات على مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

و لهذا سنتطرق في هذا المبحث للعقوبات المترتبة على منع التمييز في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، (المطلب الأول)، تم للعقوبات المترتبة على منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين وفقا للقانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، (المطلب الثاني).

⁶¹⁶ - F. JENNY, L'Articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique, in Concurrence, Rev. des droit de la concurrence, n°1-2013, Colloque Les sanctions du droit de la concurrence, n°1, p. 1 : Les sanctions en matière de droit de la concurrence sont diverses. Elles peuvent être administratives, civiles, pénales ou encore professionnelles. Ces diverses sanctions obéissent à des règles juridiques différentes, ont des portées différentes et sont infligées par des organismes différents (tribunaux pénaux, tribunaux civils ou autorités de concurrence). En outre, une même infraction peut faire l'objet de plusieurs sanctions.

المطلب الأول

الجزاء المترتبة وفقا لقانون المنافسة

المشرع ليقضي أو ليقص من الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين و بالتالي يضمن تطبيق الالتزامات المفروضة على الأعوان الاقتصاديين المنصوص عليها قانونا، يفرض عقوبات تصدرها هيئات إدارية و أخرى تبت فيها المحاكم. فالمنافسة يجب أن تؤطر و تنتظم في وسط النظام العام، النظام العام الاقتصادي أين الحماية و خلافا للنظام العام الكلاسيكي مضمونة ليس فقط من خلال المشرع و لكن أيضا من خلال هيئات المنافسة⁶¹⁷. بالنظر إلى وظائف قانون المنافسة، الهيئات المكلفة بتطبيقه تزدوج. بجانب القضاة المعتبر عليهم تجسيد النظام العام للحماية، أضيفة إليهم هيئات إدارية مستقلة التي لها مهمة ضمان تجسيد النظام العام التوجيهي⁶¹⁸. "تعتبر أن دور الهيئات الإدارية يختلف عن دور الهيئات القضائية. هيئات المنافسة هدفها الحرص على السير الحسن للسوق، القضاة يحمون المصالح الفردية"، هذه التفرقة في المهام تعود إلى ممارسة الأعمال⁶¹⁹.

الهيئة التي يعطيها المشرع سلطة إصدار عقوبات إدارية هي مجلس المنافسة و ذلك وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم.

و لذا سنقسم هذا المطلب إلى (الفرع الأول) الذي يخص العقوبات الإدارية التي يصدرها مجلس المنافسة. و إلى (الفرع الثاني) الذي يتعلق بالعقوبات المدنية المتمثلة في التعويض التي تصدرها الهيئة القضائية.

⁶¹⁷ - G- A. SOFINATOS, op. cit, p.1 et 2.

⁶¹⁸ - op. cit, p.27.

⁶¹⁹ - Ibid.

الفرع الأول

العقوبات الإدارية التي يصدرها مجلس المنافسة

يعتبر مجلس المنافسة هيئة إدارية، إذ أنه "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة. يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر"⁶²⁰. التشريع الفرنسي يعرف أيضا هيئة المنافسة و التي يعتبرها هيئة إدارية مستقلة⁶²¹.

و بالتالي العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة في حق المتنافسين من أجل تجسيد المنافسة في السوق هي عقوبات إدارية. و إن أهم العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة نصت عليها المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و هي محررة كالاتي "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معلقة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعاينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض و الملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه. كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فورا و إما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر. و يمكنه أيضا أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه". و بناءا عليه يمكن لمجلس المنافسة كلما تعلق الأمر بالممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة، تطبيق عقوبات إدارية على الأعوان الاقتصاديين المخالفين. تتمثل هذه العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة في العقوبات المالية و هي الغرامات (أولا)، و في الأوامر للحد من الممارسات المقيد للمنافسة و التي تعتبر كعقوبة يصدرها مجلس المنافسة في حق المتنافسين المخالفين (ثانيا).

⁶²⁰ - المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بموجب القانون رقم 08-12، المذكور سابقا.
⁶²¹ - D. FERRIER, K. BIANCONE, L'autorité de la concurrence (après la loi du 4 aout 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008), D, n° 15,2009, n°2, p. 1031 : c'est-à-dire une institution administrative disposant d'une autonomie fonctionnelle sur un plan juridique mais aussi matérielle et indépendante du pouvoir politique.

أولا : العقوبات المالية التي يوقعها مجلس المنافسة على الأعوان الاقتصاديين المرتكبين الممارسة التمييزية

من صلاحيات مجلس المنافسة توقيع عقوبات على الأعوان الاقتصاديين المرتكبين الممارسة التمييزية. سواء كانت هذه الممارسة التمييزية ناتجة عن عرقلة حرية المنافسة أو عن التعسف كما رأينا ذلك سابقا. و يستشف ذلك من الفقرة الثانية من المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و التي تنص على أنه "كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فورا و إما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر". و من المادة 56 من نفس الأمر التي تقضي بأنه "يعاقب على الممارسة المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 أعلاه، بغرامة مالية لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم...". و إن المادة 14 من نفس الأمر تحدد لنا الممارسات المقيدة للمنافسة و من بين الممارسات التي تحددها هي تلك المنصوص عليها في كل من المواد 6 و 7 و 10 و 11. و هي الممارسات التي رأينا بالتفصيل كيف يمكن أن ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في السوق.

قبل أن يحكم مجلس المنافسة في الغرامة يتأكد أولا من أن الممارسة المعنية تدخل ضمن إطار تطبيق الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة و بالتالي الممارسة التمييزية الناتجة عنها و كذلك يتأكد من الاستثناءات الواردة عليها⁶²². إذ أنه يمكن لمجلس المنافسة عدم قبول النظر في القضية

⁶²² - المادة 2/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، تنص على أنه "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات و الأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه، أو تستند على المادة 9 أعلاه". - القرار رقم 2015/13 صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 18 جوان 2014، بشأن القضية رقم 2003/25 بين السيد سليمان مجيد موزع و الشركة ذات المسؤولية المحدودة إبراهيم و أبنائه افري ممون، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08: يقرر من حيث الشكل: قبول الإخطار شكلا و من حيث

المتعلقة بالممارسة التمييزية الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة إذا ما ارتأى أن هذه القضية لا تدخل ضمن اختصاصه أو أنها غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، أو أن الدعوى المتعلقة بهذه الممارسات تقادمت⁶²³.

الإشكال الذي يطرح هو حول تحديد هذه الغرامة المالية التي يحكم بها مجلس المنافسة و كيف يمكن تحديدها (أ)، و ما هي الاستثناءات الواردة عليها أي عدم الحكم بالغرامة على العون الاقتصادي المخالف بالرغم من ثبوت الممارسة (ب).

الموضوع: يصرح مجلس المنافسة بإقرار عقوبة مالية على شركة ذات المسؤولية المحدودة "إفري" للممارسات التمييزية و حددت العقوبة بالنسبة الأدنى المنصوص عليها في المادة 14 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة.

⁶²³ - أنظر المادة 3/44 و 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، التي تنص على أنه يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار مغلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية. لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة". - قرار رقم 2015/14 صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 13 نوفمبر 2014، بشأن القضية رقم 2015/14 بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة الفجر و الشركة ذات الأسهم نפטال، النشرة الرسمية رقم 08 : "اقتناء المادة الأولية بسعر قارورة الغاز و ليس بسعر الغاز السائل فهذه الممارسة تعتبر من الممارسات التجارية التمييزية المنصوص عليها في المادة 24 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و قمع هذه الممارسات تدخل ضمن صلاحيات المصالح الخارجية لوزارة التجارة (مصالح المراقبة)" - قرار رقم 2015/25 صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 16 أبريل 2015، بشأن القضية رقم 2014/03 بين الشركة ذات الأسهم رونو ضد الشركة ذات الأسهم سوفاك، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08 : "من حيث الإجراءات: استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في الأمر المتعلق بالمنافسة و النظام الداخلي. من حيث الموضوع: اعتبارا لعدم توفر الأساس القانوني للإشهار المقارن للأسعار غير معاقب عليه في القانون رقم 03-03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة. حيث أن الممارسات المبنية في الشكوى هي: التشويه، التطفل و إحداث خلل في تنظيم مؤسسة المنافس مخالقات خاصة بالممارسات التجارية المعاقب عليها بالقانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، لاسيما المادة 27 منه، و عليه اعتبار الشكوى مرفوضة لعدم التأسيس القانوني. بناء على المادة 44 (الفقرة 1، 3، 4) و المواد 47 و 63 (الفقرة 1) من الأمر رقم 03-03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة".

أ - كيفية تحديد الغرامة المالية

إن العقوبة المالية المقررة للممارسات المقيدة للمنافسة و بالتالي على الممارسات التمييزية الناتجة عنها هي عبارة عن غرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم للمؤسسة أو للعون الاقتصادي المخالف. و أن يكون رقم الأعمال محقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة. أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة الممارسات المقيدة للمنافسة، على أن لا تتجاوز هذه الغرامة أربع أضعاف هذا الربح، و إذا كان مرتكب المخالفة لا يمتلك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار⁶²⁴. هذا في حالة ما إذا كانت العقوبة المالية أصلية أما إذا كانت العقوبة تكميلية أي تلك المقررة في حالة عدم احترام الأوامر و الإجراءات المؤقتة التي يحكم بها مجلس المنافسة على الأعوان الاقتصاديين المخالفين، و في هذه الحالة يكون مبلغ الغرامة يساوي مائة و خمسين ألف دينار عن كل يوم تأخير⁶²⁵.

كما يمكن لمجلس المنافسة أن يحكم بعقوبة إضافية للعقوبة الأصلية (التمثلة في الغرامة) المقررة لمخالفة الأحكام المتعلقة بمنع الممارسات المقيدة للمنافسة و الممارسات التمييزية الناتجة عنها على العون الاقتصادي المخالف الذي يقدم معلومات خاطئة أثناء التحقيق، إذ أنه "يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ ثمانمائة ألف دينار بناء على تقرير المقرر، ضد المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تنهون في تقديمها، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر"⁶²⁶.

⁶²⁴ - أنظر المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالقانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

⁶²⁵ - أنظر المادة 58 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالقانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

⁶²⁶ - أنظر المادة 59 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالقانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

تحدد الغرامة إذا بناء على نسبة محددة قانونا تحسب من رقم الأعمال المحقق للعون الاقتصادي المخالف لآخر سنة مالية مختتمة. أو بناء على الريح المحقق بحيث يعاقب مجلس المنافسة العون المخالف بضعفي أو ثلاثة أضعاف أو أربعة أضعاف الريح المحقق. و في حالة عدم وجود رقم الأعمال، المشرع وضع رقم محدد لمبلغ الغرامة و هو ستة ملايين دينار. كما يمكن أن تحسب الغرامة بناء على رقم الأعمال المحقق في الجزائر خلال مدة النشاط المنجز و هذا في حالة ما إذا كانت آخر سنة مالية مختتمة لا توفي مدة سنة⁶²⁷. كما يمكن أن يحدد مبلغ الغرامة بموجب النص القانوني و من دون تحديد أي مرجع (رقم الأعمال، الريح)، كما هو الحال بالنسبة للغرامة الإضافية للغرامة الأصلية المنصوص عليها في المادة 59 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم.

كما أن المشرع جاء بمعايير جديدة في القانون رقم 12-08 الذي عدل و تمم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة. بحيث أن العقوبات المالية التي يحكم بها مجلس المنافسة على العون الاقتصادي المخالف، يجب أن تكون مؤسسة على معايير تتعلق بخطورة الممارسة المرتكبة، و الضرر الذي لحق بالاقتصاد، و الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة، و مدى تعاون المؤسسات المتهمه مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية و أهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق⁶²⁸.

⁶²⁷ - أنظر المادة 62 مكرر من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المتممة بالقانون رقم 12-08، المذكور سابقا.

⁶²⁸ - أنظر المادة 62 مكرر 1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المتممة بالقانون رقم 12-08 المذكور أعلاه.

- F. JENNY, L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique, op. cit, n°18, p. 4 : « ...le modèle économique qui suggère, d'une part, que la gravité de la faute n'est pas un critère de la sanction de ces fautes et, d'autre part que la sanction doit être supérieure au gain illicite multiplié par l'inverse de la probabilité de condamnation de la pratique n'est pas facilement compatible avec le principe juridique selon lequel il convient de respecter une proportionnalité entre la faute et la sanction ».

ب - الاستثناءات الواردة على عقوبة الغرامة

إذا أثبتت تحقيقات مجلس المنافسة أن الممارسة مقيدة للمنافسة و أن هذه الممارسة نتج عنها تمييز بين الأعوان الاقتصاديين و ذلك وفقا لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. فإنه سيحكم بغرامة مالية وفقا للقيمة و المعايير المحددة في هذا الأمر.

لكن المشرع وضع استثناء على هذه القاعدة أي أنه لا يحكم مجلس المنافسة على العون الاقتصادي مرتكب المخالفة بالغرامة و لو أثبتت في حقه ارتكابه لممارسة مقيدة للمنافسة و ذلك في حالة اعتراف العون الاقتصادي بالمخالفات المنسوبة إليه أثناء التحقيق في القضية و يتعاون مع المحققين للإسراع في التحقيق فيها، و أن يتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر⁶²⁹. لكن المشرع جعل الأمر جوازي لمجلس المنافسة و ذلك لاستعماله عبارة "يمكن لمجلس المنافسة"⁶³⁰. أي أن مسألة إعفاء العون الاقتصادي من العقوبة ليست إجبارية لمجلس المنافسة، بالرغم من توفر الشروط المنصوص عليها قانونا.

المشرع يطبق هذا الاستثناء فقط على العون الاقتصادي الذي يرتكب المخالفة لأول مرة و تتوفر فيه الشروط المذكورة أعلاه. أي أنه لا يكون في حالة العود⁶³¹.

و كما رأينا سابقا أن الممارسات التمييزية تنتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة و التي من بينها الاتفاقات. و إن مثل هذا الإجراء الاستثنائي المنصوص عليه في المادة 60 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. تكون له أهمية كبرى، عندما مجلس المنافسة لا يحوز

⁶²⁹ - أنظر المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁶³⁰ - "يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، و تتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها و تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر" المادة 1/60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁶³¹ - المادة 2/60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

أي معلومة حول الاتفاقات. فهذا الإجراء يسمح بالكشف عن الاتفاقات السرية، و التي تكون بالخصوص مضرة و قديمة أي موجودة منذ زمن⁶³². و بالتالي يسمح بالكشف عن التمييز الذي كان موجود بين الأعوان الاقتصاديين نتيجة هذه الاتفاقات. و إن هذا الإجراء و المعروف في التشريع الأوربي تحت تسمية "programme de clémence"⁶³³ أي "برنامج العفو" عن الأعوان الاقتصاديين المخالفين لا يكون ذو فعالية إذا لم يجتذب الأعوان الاقتصاديين على الإدلاء بالمعلومات التي بحوزتهم و هذا لا يتأتى إلا بوجود غرامات مرتفعة، و توقع و شفافية في البرنامج⁶³⁴. هناك إجراء جديد جاء به قانون ماكرو⁶³⁵ la loi MACRON و هو إجراء المصالحة و الذي يعوض إجراء عدم الاحتجاج عن الوقائع la non-contestation des griefs. فعندما المؤسسة لا تحتج على الوقائع التي وجهت إليها، المقرر العام يمكنه أن يفرض عليها اقتراح المصالحة الذي تحدد فيه القيمة الدنيا و القيمة القصوى للعقوبة المالية المستوجبة، في حالة قبول المؤسسة، عندها المقرر العام يقترح على

⁶³² - V. SÉLINSKY, Mondialisation et ententes injustifiables, In Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concurrence, Actes du colloques des 14 et 15 juin 2007- Dijon, éd. Litec, 2008, volume 30, n°36, p. 377.

⁶³³ - L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°942, p. 1645 et 1646 : « Afin d'accroître l'efficacité du contrôle, le législateur a, à l'instar des droit américain ou européen, institué un système de clémence permettant de tenir compte du degré de coopération de l'entreprise dans l'évaluation du montant de la sanction (C. com., art. L. 464-2). La sanction peut être réduite de moitié lorsque l'entreprise ou l'organisme ne conteste pas la réalité des griefs notifiés et s'engage à modifier son comportement pour l'avenir. L'exonération peut, par ailleurs, être totale ou partielle lorsque l'entreprise ou l'organisme contribue à établir la réalité des pratiques prohibées et à identifier ses auteurs ; un avis de clémence précise les conditions auxquelles l'exonération est subordonnée. La coopération du demandeur en clémence doit être entière et loyale ».

⁶³⁴ - V. SÉLINSKY, op. cit, n°37, p. 377 : «...dans l'hypothèse ou le droit de la concurrence d'un pays donné prévoit des sanctions pénales, il sera important de savoir si le délateur est à l'abri de ces sanctions. En France, sur ce point, le conseil s'est engagé, dans son communiqué de procédure, à ne pas adresser le dossier au procureur de la république par application de l'article L. 420-6 du code de commerce lorsque une demande de clémence a été présentée. Mais le parquet reste évidemment maître de l'appréciation de l'opportunité des poursuites » ; op. cit. : « En droit communautaire, la commission a précisé les modalités de coopération avec les juridictions dans une communication qui indique qu'elle se réserve la possibilité de ne pas transmettre aux juridictions les déclarations obtenues en matière de clémence, si, de son point de vue, une telle transmission s'avère contraire à l'intérêt communautaire » ; P. ARHEL, Non-contestation des griefs et programmes de conformité, La semaine juridique entreprise et affaires, 1 mars 2012, Hebdomadaire n°9, éd LexisNexis, concurrence, n° 131, p. 9 : « L'autorité de la concurrence a publié un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires visant à accroître la transparence, en faisant connaître la façon concrète dont elle exerce son pouvoir de sanction ».

⁶³⁵ - Loi n°2015-990 du 6 aout 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

هيئة المنافسة بتحديد عقوبة مالية تدخل في الحدود المقترحة⁶³⁶. و هذا يكون مع المؤسسات التي تكون متابعة بشأن الاتفاقات و التعسف في وضعية الهيمنة.

هناك قرار لهيئة المنافسة الفرنسية الذي منح تخفيض بنسبة 22% من مبلغ العقوبة للهيئات المدانة من أجل الممارسات التمييزية الذين تنازلوا عن الاعتراض عن الشكوى و التزموا ببرنامج المطابقة⁶³⁷. هناك قرار لمجلس المنافسة يقضي بعدم الحكم على شركة سوناتراك بأي غرامة مالية مقابل تعهدها بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، على أن تلتزم هذه الشركة كتابيا بأن تبادر في مدة لا تتجاوز شهرين تبدأ من التبليغ الرسمي لقرار مجلس المنافسة بتحويل ملفات الموزعين الخواص من شركة نפטال إلى شركة سوناتراك و ذلك لتموينهم بصفة عادية و أن تلتزم شركة سوناتراك بمعاملة جميع الموزعين المعتمدين سواء كانوا عموميين أو خواص بنفس المستوى من حيث الأسعار و نوعية و كمية المنتج⁶³⁸.

ثانيا : الأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة للأعوان الاقتصاديين المرتكبين الممارسة التمييزية

"يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعايينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض و الملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه"⁶³⁹. لمجلس المنافسة صلاحية إصدار عقوبة على الأعوان الاقتصاديين المرتكبين الممارسات المقيدة للمنافسة كما هي

⁶³⁶ - Art. L. 464-2-III du code de commerce.

⁶³⁷ - Décision Aut. conc. n°13-D-06 du 28 février 2013, LawLex13269, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°943, p. 1648.

⁶³⁸ - قرار رقم 2015/20 صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 16 أبريل 2015، بشأن القضية رقم 2013/49، بين السيد دوخانجي رابح ضد شركة سوناتراك و سلطة ضبط المحروقات، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08.

⁶³⁹ - المادة 1/45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

محددة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، و كذلك على الممارسة التمييزية التي تنتج عن هذه الممارسات و التي تم توضيحها. هذه العقوبة متمثلة في الأوامر التي توقف هذه الممارسات المقيدة. «الأوامر تفرض إتمام بعض الأعمال إيجابية أو سلبية و تفرض و هو فعل غير دقيق عقوبات. طبيعة الأوامر كنظام عقابي، تستحضر الطابع المتسلط و الفردي لوسيلة تستعمل الإكراه»⁶⁴⁰. و لذا فإن تأويل الأوامر يكون دقيق، بحيث يجب أن تكون عباراتها واضحة، محددة و لا تدع مجال للشك حين تنفيذها⁶⁴¹ و تتعلق فقط بالمؤسسات التي تعنيها⁶⁴².

استعمال الأوامر و الالتزامات يستمد جذوره من فلسفة التدخل في السوق. فالهيئة المراقبة لا تكتفي بالإعلان عن عدم مشروعية الممارسة، بل تهتم أيضا بتوقيفها الفعلي، بتعديلها، و بمطابقتها مع القانون⁶⁴³.

بخلاف الوسائل الأخرى المستعملة من قبل مجلس المنافسة و التي لا تتدخل مباشرة في السوق، الأوامر و الالتزامات تتدخل مباشرة. تؤثر على سلوك الأعوان الاقتصاديين الذين يعتبرون خلايا السوق، و لهم أثر آني. لهذا السبب يكتسبون صفة التدابير التصحيحية⁶⁴⁴. التدابير التصحيحية تمارس أثر مباشر على العقد⁶⁴⁵.

المشروع في المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، لم يحدد آجال التي على العون الاقتصادي تنفيذ فيها الأوامر الموجه إليه. في حكم للقضاء الفرنسي يعتبر أنه يجب

⁶⁴⁰ - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°11, p.12.

⁶⁴¹ - Paris, 10 septembre 1996, LawLex022353, BOCC, 3 octobre 1996, 471, RJDA, 1997, n° 73, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°934, p. 1628.

⁶⁴² - Décision Con. conc. n° 97-D-73 du 8 octobre 1997, LawLex022928, citée par Ibid.

⁶⁴³ - G-A. SOFINATOS, op. cit, n°10, p.11.

⁶⁴⁴ - op. cit, n°12, p.14.

⁶⁴⁵ - op. cit, n°14, p.1 4; J. BILLEMENT, op. cit, n°149, p. 105 : « Songeons ainsi au pouvoir d'adresser une injonction de modifier les clauses d'un contrat ayant un effet restrictif sur la concurrence. Comme un auteur l'a relevé, cette technique n'est pas si différente des pouvoirs du juge judiciaire, qui peut réputer une clause non écrite ».

على الأوامر أن تنفذ في أجل معقول ابتداء من تبليغها⁶⁴⁶. يتم تبليغ القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي⁶⁴⁷. هيئة المنافسة الفرنسية تعتبر أنه مادامت الأوامر آنية التنفيذ immédiatement exécutoire فإنه يجب على الأطراف أن تطابق ممارساتها وفقا لها من دون أجل⁶⁴⁸. كما أنه الأجل المعقول يقدر فعليا بالنظر إلى ظروف نوع القضية و على الخصوص الطابع المميز للمؤسسة و القطاع المعني⁶⁴⁹.

ينص المشرع على أنه "لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة. غير أنه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز 15 يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 أعلاه، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة"⁶⁵⁰. نستنتج هنا أنه يمكن أن لا يكون للأوامر تطبيق فوري في حالة ما إذا ارتأى رئيس مجلس قضاء الجزائر توقيف تنفيذها. لكن المشرع قيده بأجل لا يتجاوز 15 يوما.

الفرع الثاني

العقوبات المدنية التي تصدرها الهيئة القضائية

بالإضافة إلى العقوبات الإدارية التي يصدرها مجلس المنافسة على الأعوان الاقتصاديين مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة و التي ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، فإن الأمر رقم

⁶⁴⁶ - Paris, 29 mars 1996, LawLex022737, BOCC, 24 mai 1996, 247, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°934, p. 1629.

⁶⁴⁷ - أنظر المادة 1/47 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالقانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

⁶⁴⁸ - Décision Cons. conc. n° 95-D-47 du 27 juin 1995, LawLex023024, citée par L. VOGEL, Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, op. cit, n°934, p. 1629.

⁶⁴⁹ - Paris, 29 mars 1996, LawLex022737, citée par op. cit.

⁶⁵⁰ - أنظر المادة 3/63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدلة بالقانون رقم 08-12، المذكور سابقا.

03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. يعطي الإمكانية لكل شخص تضرر من هذه الممارسات رفع دعوى قضائية أمام الهيئة القضائية المختصة. إذ تنص المادة 48 منه على أنه "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به".

بالطبع رفع الدعوى القضائية هنا يكون لجبر الضرر و جبر الضرر يكون بالحصول على التعويض المناسب. يمكن اعتبار العقوبات المدنية كوسيلة لتدعيم تطبيق قانون المنافسة و بالتالي وسيلة لحماية المنافسة⁶⁵¹. فالإدانة هنا تتمثل في دفع مبلغ مالي يتناسب مع الضرر الحاصل، الذي يعني الخسارة الحاصلة أو فوات الربح طبقا لمبادئ قانون الالتزامات⁶⁵². "تقدير الضرر الاقتصادي يتطلب الحذر، العقل الراشد و التقدير"⁶⁵³. أين الضرر الاقتصادي في مجال المنافسة لم يجبر بما فيه الكفاية⁶⁵⁴. فالحل من أجل تحسين جبر الضرر الاقتصادي يوجد في استعمال تقنيات التقدير مشددة، مكيفة حسب طبيعة المؤسسة⁶⁵⁵.

و لكن الذي يهم في هذا البحث منذ بدايته و هو العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين. و بالتالي سيتم دراسة جبر الضرر و التعويض كعقوبة مدنية في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين. و هذا سيكون من خلال إثبات العلاقة السببية بين الضرر و خطأ صاحب الممارسة التمييزية (أولا)، و تحديد الهيئة القضائية المختصة للفصل في عقوبة التعويض (ثانيا).

⁶⁵¹ - V. LASSERRE-KIESOW, La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles, Rec. D, n°30, 2007, p. 2118 : « Les sanctions civiles, peuvent être envisagées comme l'un des moyens de renforcer l'application du droit de la concurrence : ... A ce titre elles se présentent comme un outil au service de la protection de la concurrence ».

⁶⁵² - op. cit, p. 2118.

⁶⁵³ - F. BELOT, L'évaluation du préjudice économique, Rec. Dalloz, 2007-n°24, p. 1682.

⁶⁵⁴ - op. cit, « Le recours à la technique anglo-saxonne des *punitives damages* est présenté par certains comme la solution pour améliorer à coup sur la réparation des victimes », op. cit, Rej, n°13.

⁶⁵⁵ - Ibid.

أولاً: إثبات العلاقة السببية بين الضرر و خطأ صاحب الممارسة التمييزية

تحقيقاً لهدف قانون المنافسة و هو حماية المنافسة و المتنافسين، كفل المشرع للعون الاقتصادي ضحية مخالفة القواعد القانونية و على الخصوص قاعدة منع الممارسة التمييزية، حق رفع دعوى المطالبة بحماية حقه. فجبر الضرر يعتبر أولى مهام العقوبات المدنية، فبالنسبة لضحايا الممارسات المقيدة للمنافسة، جبر الضرر هو تجسيد التوازن الذي دمره الضرر من خلال إعادة تمركز، إذا أمكن ذلك الضحية في الوضعية التي كان بالإمكان أن يكون فيها لولا أن الضرر لم ينتج⁶⁵⁶.

حقيقتنا الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، كفل للعون الاقتصادي المتضرر المطالبة بحقه أمام الجهة القضائية. لكنه لم يحدد أحكام تتعلق بكيفية جبر الضرر. بالتالي فإن حماية حق العون الاقتصادي المتضرر، تسمح بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية الموجودة في القانون المدني و التي من بينها قواعد إثبات العلاقة الموجودة بين الخطأ و الضرر.

من أجل معاقبة العون الاقتصادي صاحب الممارسة التمييزية، يجب إثبات الفعل التمييزي، الضرر التنافسي و العلاقة السببية بينهما. صاحب الممارسة التمييزية يمكنه أن يعفى من المسؤولية إذا جاء بالإثبات الذي يبرر الممارسة التمييزية. بحيث وجود ترخيص مجلس المنافسة كما رأينا ذلك سابقاً، وفقاً لأحكام المادة 8 و 2/9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، الذي يجيز الممارسات المقيدة للمنافسة و بالتالي التمييز الناتج عنها لاعتبارات الفعالية الاقتصادية و حماية المستهلك. يعتبر بمثابة إثبات الذي يبرر الممارسة التمييزية⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ - V. LASSERRE-KIESOW, op. cit, p. 2118.

⁶⁵⁷ - N. DORANDEU, Le dommage concurrentiel, éd. Presse universitaires de perpignan- P.U.F, 2000, n°204, p. 139 : puisque l'ordre public économique vise, *in fine*, au travers du rétablissement du fonctionnement concurrentiel du marché, le progrès économique et la satisfaction des consommateurs, lorsque l'effet dommageable d'une atteinte concurrentielle sera compensé par la preuve d'un effet favorable sur le progrès économique, la pratique échappera à toute incrimination, le bilan concurrentiel étant équilibré par le bilan économique.

أثناء ممارسة دعاوى التعويض أو الدعوى المدنية فإن الخطأ يتجسد من خلال الممارسة التي تحمل تعدي على حرية المنافسة⁶⁵⁸. الخطأ المدني لا يتطابق قانونياً مع الخطأ التنافسي، لكن من حيث الواقع هو نفسه⁶⁵⁹. فهناك حكم قضائي فرنسي يجعل من الممارسة التي تعرقل حرية المنافسة في قطاع معين، خطأ يقوم به المتنافس مما يستوجب تعويض الضرر الناتج عنه⁶⁶⁰.

لكن الإشكال الذي يثار في مجال المنافسة هو إثبات الخطأ من طرف العون الاقتصادي المتضرر. فهل فصل مجلس المنافسة في القضية المتعلقة بالممارسة التمييزية و تقرير عقوبات يعتبر بمثابة الاعتراف بارتكاب الخطأ. و هل تقرير مجلس المنافسة بعدم معاقبة العون الاقتصادي المخالف لعدم توفر الأدلة الكافية، أو نظراً لإجراء المصالحة معه، أو لحصوله على العفو وفقاً لمقتضيات المنافسة. دليل على عدم وجود ضرر للأعوان الاقتصاديين الآخرين.

"في غالب الأحيان قرارات هيئات المنافسة التي تعاقب المؤسسات لمخالفتها قانون المنافسة تكون غير كافية لتأسيس الحق في التعويض للضحايا، الذين هم بحاجة إلى الوثائق التي استعملت في

⁶⁵⁸ - V. LASSERRE-KIESOW, op. cit, p. 2118 ; « Autrement dit, le droit d'agir qui découle de la liberté du commerce et de l'industrie en devenant contraire à l'intérêt général ne justifie plus la licéité du préjudice concurrentiel, et la victime, en poursuivant son intérêt particulier, par le vecteur des actions en responsabilité civile, concourt à la sauvegarde du processus concurrentiel dans l'intérêt général », N. DORANDEU, Le dommage concurrentiel, books.openedition.org/pupvd/1960

⁶⁵⁹ - L. VOGEL, Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ?, in Concurrence, Rev. des droit de la concurrence, n°1-2013, Colloque Les sanction du droit de la concurrence, n°32, p. 16.

⁶⁶⁰ - op. cit : La cour d'appel de Versailles a ainsi jugé qu'«une décision définitive du conseil de la concurrence désignant nommément la société appelante comme l'une des victimes d'actions dilatoires concertées ayant eu pour objet et pour effet d'entraver le libre exercice de la concurrence dans le secteur de l'expertise média, établit suffisamment que les comportements qu'elle a sanctionnés à ce titre constituent bien des fautes à l'égard de l'appelante, laquelle est bien fondée à poursuivre l'indemnisation du préjudice qui en a résulté pour elle » ; V. LASSERRE-KIESOW, op. cit, p. 2117 : « L'esprit du droit de la concurrence serait-il affecté par les sanctions civiles, voire dénaturé par celles-ci ? Les sanctions civiles présentent-elle un risque de subversion, ou même de contradiction au sein de l'ordre concurrentiel ? Ces questions méritent d'autant plus d'être posées que la cohérence d'une matière est garante de sécurité juridique. En effet, renforcer les sanctions civiles dans le droit français serait reconnaître les victimes, et notamment les consommateurs, comme des acteurs légitimes du droit de la concurrence ».

الإجراءات أمام هذه الهيئات لإظهار الخطأ، الضرر و العلاقة السببية بينهما للحصول على ربح الدعوى في إطار دعوى خاصة "private enforcement"⁶⁶¹.

"الحصول على الإثباتات يشكل إحدى صعوبات الدعوى الخاصة l'action privée. فدعوى التعويض أمام الجهات القضائية المدنية و التجارية تجري حسب إجراءات الإدعاء المدني أين كل طرف يجب أن يثبت ما يدعيه. يظهر هذا الأمر صعب، أين يقترح أحيانا الارتكاز على تكييفات هيئات المنافسة التي تشكل قرائن. و بالتالي الدليل المعاكس يكون من قبل المدعى عليه. عدم وجود تكييف للوقائع من قبل هيئة المنافسة، عائق الإثبات يصبح صعب تخطيه. تجسيد الضرر هو كذلك أمر معقد و في حالة افتراض أن الضرر تجسد يجب كذلك إثبات العلاقة السببية بين الممارسات المنافسة للمنافسة و الضرر"⁶⁶².

من الناحية العملية، مسألة الحصول على الإثباتات، تطرح من وجهتين: من جهة، فيما يتعلق بسرية التحقيقات في مجال إجراءات المنافسة⁶⁶³ بالنظر إلى أطراف هذا الإجراء، و من جهة أخرى فيما يتعلق بالحصول على الإثباتات الناتجة عن طلب العفو⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ - J. VOGEL, Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence, in Concurrence, Rev. des droit de la concurrence, n°1-2013, Colloque Les sanction du droit de la concurrence, n°10, p. 19.

⁶⁶² - V. SÉLINSKY, op. cit, n°30, p. 373 ; Trib. Com. Nanterre, 6° ch., 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c. sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche, citée par op. cit, p. 374 : « Ainsi, le tribunal de commerce de Nanterre a jugé que « s'il existe un lien entre la faute des auteurs des ententes et la majoration des prix des matières premières, le lien de causalité entre ces prix majorés et le préjudice allégué n'est quant à lui pas établi du fait de la possibilité qu'avait le vendeur de répercuter cette majoration dans ces prix de vente » et ajoute que « ne l'ayant pas fait (...) alors qu'il le pouvait (...), celui-ci a librement arrêté sa politique tarifaire sans que la responsabilité des défenderesses puisse être engagée ».

⁶⁶³ - "يخضع أعضاء مجلس المنافسة لواجب التحفظ. و يتعين عليهم عدم إفشاء الوقائع و الأفعال أو المعلومات التي يطلعون عليها أثناء ممارسة مهامهم أو بمناسبة ذلك"، المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 المؤرخ في 26 شعبان عام 1416 الموافق 17 يناير سنة 1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في أول رمضان عام 1416، العدد 6، ص. 4. الذي تم إلغاؤه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة و سير مجلس المنافسة، معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 15-79 و ذلك في المادة 15 منه التي تنص على أنه "يعد المجلس نظامه الداخلي و يصادق عليه و يرسله إلى الوزير المكلف بالتجارة. ينشر

لكن هناك حكم في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، يستشف منه خصوصية القضايا المرفوعة أمام الجهات القضائية عندما، يتعلق الأمر بالممارسات المقيدة للمنافسة. إذ أنه "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر. و لا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية..."⁶⁶⁵. نستنتج هنا أن الجهة القضائية يمكن أن تطلب من مجلس المنافسة في حالة رفع قضية تعويض من طرف العون الاقتصادي المتضرر، رأيه حول ما إذا كانت الممارسة التمييزية الناتجة عن إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة تشكل خطأ تنافسي. والذي يمكن أن يكون طلب الهيئة القضائية هذا بناءً، على طلب المدعي ضحية الممارسة.

عندما يبدي مجلس المنافسة رأيه، فإذا أقر بأن الممارسة تشكل خطأ تنافسي فلا يسع العون الاقتصادي المطالب بالتعويض إلا إثبات الضرر و العلاقة السببية بينه و بين الخطأ. كما أنه إذا أقر مجلس المنافسة بوجود الخطأ و العلاقة السببية بينه و بين الضرر أي أقر بوجود ضرر على السوق نظراً لوجود ضرر على المتنافسين، فإنه يكون قد سهل الأمر على المدعي. لكن كل هذا يتحفظ بما أن السلطة التقديرية تعود للقاضي في تحديد الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما⁶⁶⁶.

النظام الداخلي في النشرة الرسمية للمنافسة". صدر عن مجلس المنافسة القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة. و التي تنص المادة 5 منه على أنه "يخضع أعضاء مجلس المنافسة لواجب التحفظ، يلتزم أعضاء مجلس المنافسة و المقرر العام و المقررين بعدم الكشف عن أية وقائع أو عقود أو المعلومات التي هم على علم بها أثناء قيامهم بأداء مهامهم".

⁶⁶⁴ - J. VOGEL, Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence, op. cit, n°11, p. 19.

⁶⁶⁵ - المادة 1/38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁶⁶⁶ - F. JENNY, L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique, op. cit, n°33, p.5 : « Monopole des juridictions civiles, les jugements ordonnant des sanctions civiles restent rares. Cette rareté ne reflète pas nécessairement le manque d'importance des sanctions civiles dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, dans la mesure où un certain nombre de procédures

يتساءل الأستاذ L. VOGEL و يقول إذا العقوبات المدنية تصبح القاعدة، فهل لا يجب أن يعود الاختصاص إلى القاضي - القاضي المتخصص في مجال الاقتصاد - الذي أمامه هيئات المنافسة تقوم بمتابعتها؟⁶⁶⁷.

ثانيا: تحديد الهيئة القضائية المختصة للفصل في عقوبة التعويض

المشروع في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. كفل للشخص المتضرر من الممارسة المقيدة للمنافسة الحق في رفع دعوى قضائية لجبر الضرر، مادام أن مجلس المنافسة لديه فقط السلطة في تقرير العقوبات الإدارية من غرامات مالية و أوامر، لكن ليس لديه الاختصاص في تعويض ضحايا الممارسات المقيدة للمنافسة.

و الأمر كذلك، إذا على الشخص ضحية الممارسات المقيدة للمنافسة و التي ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، الذي يريد الحصول على تعويض الضرر الذي أصابه. رفع دعوى أمام المحكمة. لكن المشروع في المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، لم يبين إن كان رفع الدعوى سابق أو لاحق لإجراءات تقديم الدعوى أمام مجلس المنافسة، التي تكون بإخطار من الأشخاص المؤهلة قانونا لذلك⁶⁶⁸. و هل قرار مجلس المنافسة باعتباره هيئة متخصصة

donnent lieu à des transactions entre les parties. Pourtant, de nombreux spécialistes estiment que l'action civile pourrait et devrait jouer un plus grand rôle dans la mise en œuvre du droit de la concurrence en Europe » ; V. LASSERRE-KIESOW, op. cit, p. 2119 : « lorsque la pratiques anticoncurrentielle n'est pas suffisamment grave pour faire l'objet d'une poursuite de la part des autorités de concurrence, le droit commun de la preuve doit s'appliquer, parce qu'il semble difficile de justifier le renforcement du droit des victimes à la preuve dans cette seul matière, ou même d'attendre des autorités de concurrence qu'elle suppléent aux juridictions en donnant des avis ou des expertises. Le rôle complémentaire des poursuites civiles indépendantes est ainsi peut-être limité, c'est une observation faite par le conseil de la concurrence (Avis Cons. con. 21 sept. 2006, préc. p. 12, n°47 à 52 ; p. 21, n° 96-97) ».

⁶⁶⁷ - L. VOGEL, Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ?, op. cit, n°36, p. 17 : « Si les sanctions civiles devenaient la règle, la compétence ne devraient-elle pas revenir au juge – à un juge économique –, devant lequel les autorités de concurrence intenteraient des poursuites ?.

⁶⁶⁸ - أنظر المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

في النظر في الممارسات المقيدة للمنافسة، يعتبر شرط لرفع الدعوى أمام المحكمة. غالباً ما أن الأطراف تنتظر فصل مجلس المنافسة لأنه سيكون لديهم إثبات للممارسة المقيدة للمنافسة⁶⁶⁹. و لكن هذا ليس على إطلاقه إذ يمكن لمجلس المنافسة أن يصرح بعدم قبول النظر في القضية إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، كما لا يمكن أن ينظر في القضايا التي تقادمت⁶⁷⁰.

كما أنه مسألة تعويض الأضرار المترتبة على الممارسات المقيدة للمنافسة التي ينتج عنها التمييز بين الأعوان الاقتصاديين، يثير مسألة تحديد الاختصاص النوعي (أ) و الإقليمي (ب) للجهة القضائية.

أ - الاختصاص النوعي للمحاكم المختصة للفصل في عقوبة التعويض

المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، يعطي الإمكانية لكل شخص طبيعي أو معنوي تضرر من الممارسات المقيدة للمنافسة، أن يرفع دعوى التعويض أمام الهيئة القضائية المختصة. لكن لم تحدد لنا طبيعة الاختصاص النوعي للمحكمة التي ترفع أمامها قضية التعويض.

⁶⁶⁹ - L. VOGEL, Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ?, op. cit, n°32, p. 16 : Les demandes civiles d'indemnisation après condamnation par les autorités de concurrence sont de plus en plus nombreuses. Même si une grande partie des affaires se terminent par des transactions ou s'il est parfois difficile de transformer une demande en justice en condamnation, les tribunaux judiciaires et administratifs prononcent de plus en plus de décisions d'indemnisation.

⁶⁷⁰ - أنظر المادة 3/44 و 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

الاختصاص النوعي للمحكمة التي تنتظر في تعويض الضرر الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة، حسب قانون الإجراءات المدنية يعود إما للقسم المدني أو القسم التجاري⁶⁷¹، بحسب الطبيعة القانونية للأشخاص المعنية بالتعويض. فإذا كان المدعي شخص مدني فإن الاختصاص يعود للقسم المدني أما إذا كان المدعي شخص تجاري فإن الاختصاص يعود للقسم التجاري. تقضي المادة 531 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على أنه "ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية... وفقا لما هو منصوص عليه في القانون التجاري...و النصوص الخاصة...". الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، يعتبر من بين النصوص الخاصة التي تخضع لاختصاص القسم التجاري. كما أن الأمر في حد ذاته يقضي بأن قرارات مجلس المنافسة يطعن فيها أمام الغرفة التجارية للمجلس القضائي. لكن هذا لا يمنع إن كان المدعي مدنيا من يخضع نزاعه لاختصاص القسم المدني.

"في حالة وجود إمكانية اختيار المحكمة المختصة، فإن المتضرر سيختار المحكمة التي يرى فيها ملائمة لمصالحه، و في حالة الخطأ في الاختصاص، فإنه لا يمكن رفعه إلا إذا كان عدم الاختصاص يظهر ملائم التمسك به اعتبارا لوضعية محكمة الموضوع"⁶⁷².

هناك تساؤل يطرح بشأن وقت طلب التعويض و الاختصاص النوعي. فهل يمكن للمدعي أي الشخص المتضرر من الممارسات المقيدة للمنافسة، طلب التعويض أثناء الطعن في قرارات

⁶⁷¹ - "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام. يمكن أن تتشكل من أقطاب متخصصة... غير أنه في الأحكام التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية. في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا..."، المادة 32 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور سابقا.

⁶⁷² - J. VOGEL, Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence, op. cit, n°3, p. 18.

مجلس المنافسة التي تكون أمام الغرفة التجارية للمجلس القضائي. حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالطبع لا، لأن اختصاص المجلس في الطعن في قرارات المجلس هو بنص خاص كما أنه ينظر و الذي يهمننا في القرارات المتعلقة بالعقوبات الإدارية التي يصدرها المجلس. كما أنه وفقا للقواعد العامة للاختصاص النوعي للمجالس القضائية فإنها تختص بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى و في جميع المواد، و حتى و لو كان وصفها خاطئا⁶⁷³.

ب - الاختصاص الإقليمي للمحاكم المختصة للفصل في عقوبة التعويض

تحديد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي تفصل في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين و التي تنتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة يرجعنا إلى الأحكام العامة لإجراءات التقاضي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. فوفقا للقانون رقم 08-09 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور أعلاه، فإنه يؤول الاختصاص الإقليمي بشأن التعويض للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار⁶⁷⁴. الفعل الضار المتمثل هنا في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة، يكون في سوق سلع أو خدمات و المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية.

⁶⁷³ - المادة 34 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور أعلاه.
⁶⁷⁴ - و هذا وفقا لما جاء في المادة 39 الحالة الثانية من القانون رقم 08-09 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور أعلاه، و التي تنص على أنه "في مواد تعويض الضرر عن جنائية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، و دعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرتها الفعل الضار".

تنص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "يعتبر لاغيا و عديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا كان تم بين التجار". و لقد رأينا فيما يتعلق بالاختصاص النوعي أنه قد ينعقد للمحكمة المدنية كما قد ينعقد للمحكمة التجارية. و بالتالي إذا كانت العلاقة التي تجمع المدعي المتضرر و المدعى عليه هي علاقة تجارية، يمكنهم الاتفاق على عقد الاختصاص الإقليمي لغير الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الفعل الضار الذي يستوجب التعويض.

فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي في فرنسا بشأن كل القضايا المتعلقة بقانون المنافسة، و بالتالي الاختصاص الإقليمي بشأن تعويض الضرر الناتج عن مخافة قواعد المنافسة، هو محدد بثمانية محاكم ابتدائية كبرى و محاكم تجارية " de huit tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce"، و إن مجلس الاستئناف لمدينة باريس هو وحده المختص في استئناف أحكام هذه المحاكم المختصة⁶⁷⁵.

المطلب الثاني

الجزاء المترتبة وفقا لقانون الممارسات التجارية

إن القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. ينص في أحكامه على عقوبات جزائية لكل مخالفة لقواعده. و إن من بين القواعد التي يقضي بها هذا القانون هي القاعدة المتعلقة بمنع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين و التي يرتب

⁶⁷⁵ - J. VOGEL, Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence, op. cit, n°4, p. 18.

عليها عقوبات جزائية (الفرع الأول). كما يعطي هذا القانون الحق لكل شخص ذي مصلحة تضرر من الممارسة التمييزية، المطالبة بالتعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العقوبات الجزائية المترتبة على منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

سنقسم هذا الفرع إلى العقوبات المالية الجزائية المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم (ثانياً)، و إلى كيفية معاينة و التحقيق في الممارسات الممنوعة وفق أحكام هذا القانون (أولاً).

أولاً: التحقيق في الممارسة التمييزية وفقاً لقانون الممارسات التجارية

لكي يتم تطبيق العقوبات المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. يقضي هذا القانون بأنه يجب معاينة مخالفات هذا القانون من طرف موظفين مؤهلين، يحددهم و يحدد مهامهم. و بناءً على المعاينات و التحقيقات التي يقومون بها تحرر محاضر تثبت هذه المخالفات. و لذا سنقوم بدراسة مهام هؤلاء الموظفين في مجال الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين (أ)، و حجية المحاضر التي يحررونها (ب).

أ - مهام الموظفين المؤهلين بالتحقيق في الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين

إن القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. يعطي الاختصاص لموظفين مؤهلين⁶⁷⁶ لضمان تطبيق أحكامه و الحرص على عدم مخالفة الأعوان الاقتصاديين للقواعد الآمرة التي جاء بها، بخصوص تنظيم الممارسات التجارية. فهذا القانون ينظم شفافية و نزاهة الممارسات التجارية أي المساواة و عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. فهؤلاء، الموظفين و بناء على تحقيقاتهم يتم تحديد العون الاقتصادي المرتكب مخالفة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

من بين المهام التي خولها لهم القانون لكفالة احترامه و تمكينهم من كشف المخالفات، هي القيام بتفحص كل المستندات الإدارية و التجارية و المالية و المحاسبية، و كذا كل وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية للأعوان الاقتصاديين النشطين في السوق من دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني⁶⁷⁷. و الدخول بكل حرية إلى المحلات التجارية و المكاتب و الملحقات التي تمارس فيها الممارسات التجارية، و أماكن الشحن و التخزين للسلع و البضائع محل الممارسات التجارية

⁶⁷⁶ - "في إطار تطبيق هذا القانون، يؤهل للقيام بالتحقيقات و معاينة مخالفات أحكامه، الموظفون الآتي ذكرهم: - ضباط و أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، - المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، - الأعوان المعينون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية، أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض..."، المادة 49 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁶⁷⁷ - أنظر المادة 1/50 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

للأعوان الاقتصاديين المعنيين بها، و التي يمكنهم مراقبتها حتى أثناء عملية نقلها⁶⁷⁸. كما يمكنهم حجز هذه البضائع⁶⁷⁹.

و لقد منح هذا القانون للموظفين المكلفين بالسهل على احترامه امتيازات تسهل عليهم أداء مهامهم، كطلب تدخل وكيل الجمهورية المختص إقليمياً⁶⁸⁰. و الحكم على كل من يخالف أو يعرقل أداء مهامهم بعقوبة الحبس و غرامات مالية⁶⁸¹.

في حالة ما إذا التحقيقات التي يقوم بها هؤلاء الموظفون، تثبت وجود الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين مخالفتنا لأحكام المادة 18 و 15 و 16 و 17 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، كما تم تحديدها أعلاه. فإنهم يحررون محضر بذلك يثبتون فيه هذه الممارسات⁶⁸². و تختتم التحقيقات بتقارير التحقيق⁶⁸³.

⁶⁷⁸ - أنظر المادة 52 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁶⁷⁹ - أنظر المادة 51 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁶⁸⁰ - أنظر المادة 49/أخيرة من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁶⁸¹ - أنظر المواد 53 و 54 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁶⁸² - "تثبت المخالفات للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون في محاضر تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة الذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً، مع مراعاة الأحكام الواردة في المادة 60 من هذا القانون"، المادة 1/55 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁶⁸³ - "تطبيقاً لأحكام هذا القانون، تختتم التحقيقات المنجزة بتقارير تحقيق يحدد شكلها عن طريق التنظيم"، المادة 2/55 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

ب - حجية المحاضر المحررة من قبل الموظفين المؤهلين بالتحقيق في الممارسات التمييزية

إن المحاضر التي يحررها الموظفون المؤهلون في التحقيق في مخالفة أحكام القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تصنف المخالفة حسب أحكام هذا القانون⁶⁸⁴ كما تبين العقوبات المقترحة من طرفهم عندما يمكن أن تعاقب المخالفة بغرامة المصالحة⁶⁸⁵. و لهذا لحجية هذه المحاضر في الإثبات أهمية كبرى. وفقا لذلك، يجب أن تكون هذه المحاضر محررة و موقعة من طرف الموظفين الذين قاموا بمعاينة المخالفة⁶⁸⁶. و تبين فيها كل البيانات المتطلبة قانونا من هوية الأعوان الاقتصاديين مرتكبي المخالفات و نشاطهم و عناوينهم، إلى هوية الموظفين الذين قاموا بالتحقيقات⁶⁸⁷. كما أنها تكون محررة و موقعة من طرف مرتكب المخالفة، و في حالة رفضه، يحرر ذلك في المحضر⁶⁸⁸.

684 - أنظر المادة 4/56 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

685 - أنظر المادة 5/56 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

686 - "تكون المحاضر المحررة تحت طائلة البطلان إذا لم توقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفة"، المادة 2/57 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

687 - أنظر المادة 2/56 و 3 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

688 - أنظر المادة 4/57 و 5 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

محاضر و تقارير المخالفات المحررة من قبل الموظفين المؤهلين بالتحقيق في الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير⁶⁸⁹.

ثانيا: العقوبات المالية الجزائية المترتبة على صاحب الممارسة التمييزية

لقد حددنا بالتفصيل الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين كما هي محددة في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و ذلك في الباب الأول من هذه الرسالة. و إن هذا القانون ينص على عقوبات جزائية لمخالفة أحكامه و بما أنه ينظم عدة ممارسات فإنه يحدد لكل ممارسة العقوبات الخاصة بها سواء، كانت أصلية أو تكميلية. و تطبيقا لمبدأ المشروعية الذي يقضي بأنه "لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير نص"⁶⁹⁰، فإنه لا يمكن تحديد الفعل المجرم و لا العقوبة المطبقة عليه إلا إذا نص عليها صراحة القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و لذا سنتناول العقوبات الأصلية و التكميلية المنصوص عليها في هذا القانون للممارسات التمييزية كما قمنا بتحديدنا سابقا في هذا البحث (أ)، و إلى الهيئة القضائية المختصة للفصل في هذه العقوبات (ب).

⁶⁸⁹ - "مع مراعاة أحكام المواد من 214 إلى 219 من قانون الإجراءات الجزائية و كذا أحكام المادتين 56 و 57 من هذا القانون، تكون للمحاضر و تقارير التحقيق حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير"، المادة 58 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁶⁹⁰ - المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 11 يونيو 1966، العدد 49، ص. 702، المعدل و المتمم.

أ - العقوبات الأصلية و التكميلية المترتبة على الممارسة التمييزية

كما رأينا سابقاً، انه القواعد التي يبنى عليها القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية هي ذات مفهوم فلسفي ألا و هو الشفافية و النزاهة. و أن الشفافية يعنى بها المساواة و من يقول النزاهة يعنى بذلك الشفافية و المساواة بين الأعوان الاقتصاديين. كما رأينا أن التمييز ينتج عن كل مخالفة لشرط قانوني يتطلب للقيام بنشاط اقتصادي. كما رأينا كذلك أن للفتورة دور مهم في احترام قواعد النزاهة و عدم التمييز. و أن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين ينتج عن الممارسات التجارية كما هي محددة في كل من المواد 18 و 15 و 16 و 17 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و إن هذا القانون يرتب عقوبات أصلية و أخرى تكميلية عن كل مخالفة لأحكامه و التي منها مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و بما أنه يجب أن تكون المخالفة و عقوبتها محددة بنص صريح وفقاً لمبدأ مشروعية العقوبات الجزائية، فإنه سنتناول العقوبات المقررة لمخالفة الأحكام التي قمنا بالاستنتاج منها الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

بالنسبة للعقوبة الأصلية لا يوجد إشكال بما أن القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، يحدد عقوبات مالية جزائية على كل مخالفة للممارسات التجارية التي ينظمها أو التي يمنعها. بالطبع قيمة هذه الغرامة تتفاوت من ممارسة لأخرى. فالمادة 35 من هذا القانون تنص على أنه "تعتبر ممارسات تجارية غير شرعية، مخالفة لأحكام المواد 15 و 16 و 17 و 18 و 19 و 20 من هذا القانون، و يعاقب عليها بغرامة من مائة ألف دينار إلى ثلاثة ملايين دينار". نستنتج من هذه المادة وفقاً لما تم توضيحه فيما سبق أن التمييز بين الأعوان

الاقتصادي الذي ينتج عن إحدى الممارسات المحددة في المادة 35 (فيما عدا المادة 20) يعاقب عليه بغرامة جزائية تقدر بمائة ألف دينار كحد أدنى و ثلاثة ملايين دينار كحد أقصى.

لكن هناك حكم خاص في المادة 64 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تقضي بأنه "تجمع الغرامات المنصوص عليها في هذا القانون مهما كانت طبيعة المخالفات المرتكبة". أي أنه في حالة ارتكاب العون الاقتصادي لعدة مخالفات أي قيامه بعدة ممارسات تجارية ممنوعة بموجب هذا القانون فإنه في حالة معاقبته سيدفع مبلغ الغرامة المتعلق بكل ممارسة و التي تجمع كلها.

لكن الإشكال يثار بشأن العقوبات التكميلية التي يمكن أن يحكم بها إلى جانب العقوبة الأصلية. العقوبات التكميلية التي يقرها القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. هي حجز البضائع و العتاد و التجهيزات، مصادرة السلع المحجوزة، منع العون الاقتصادي من ممارسة نشاطه لمدة لا تزيد عن 10 سنوات، نشر الأحكام القضائية أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية⁶⁹¹.

من بين الممارسات المعنية بالعقوبات التكميلية و التي تهمنا في دراسة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. مخالفة الأحكام المتعلقة بالفوترة هي فقط المعنية بالعقوبات التكميلية. و إن للأحكام المتعلقة بالفوترة دور في شفافية الممارسات التجارية التي تساهم في الوقاية من التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

⁶⁹¹ - أنظر المواد من 39 إلى 45 و المادة 47 و 48 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

في بعض الممارسات التي ينظمها القانون رقم 02-04 يجعل في حالة العود في المخالفة، العقوبة التكميلية⁶⁹² تصل إلى حد الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات. كما هو الحال بالنسبة لمخالفة أحكام الفوترة كتحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة. و الفاتورة تعتبر الوسيلة للوقاية من الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.

أما فيما يخص الممارسات التمييزية الناتجة عن المواد 18 و 15 و 16 و 17 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، فإنه لا ينص على عقوبات تكميلية تتعلق بها.

ب - الهيئة القضائية المختصة للفصل في العقوبة المترتبة على الممارسة التمييزية

تقضي المادة 1/60 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، على أنه "تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية". هذا يعني أن الهيئة المختصة للفصل في العقوبات المترتبة على الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين هي الجهات القضائية. لكن هناك جهات قضائية مدنية، إدارية و جزائية.

فيما يتعلق بالعقوبات الجزائية الأصلية و التكميلية التي رأيناها أعلاه، فإنها تخضع للجهات القضائية الجزائية. إذ أنه التحقيقات التي يقوم بها الموظفون المؤهلون بشأن مخالفات الأعوان

⁶⁹² - يستدل على ذلك من نص المادة 47/ أخيرة من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدلة بالمادة 11 من القانون رقم 06-10، المذكور سابقا ، التي تنص على أنه " و تضاف لهذه العقوبات، زيادة على ذلك، عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات".

الاقتصاديين لأحكام هذا القانون، تثبت في محاضر التي تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة، الذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً⁶⁹³.

كما أنه المادة 65 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، تنص على أنه "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، و الجمعيات المهنية التي أنشئت طبقاً للقانون، و كذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون...". مادام أن قانون الإجراءات الجزائية هو المطبق، بشأن متابعة المخالفات، فإن المحكمة الجزائرية هي المختصة.

و مادام أن القانون رقم 02-04 يعطي لأعمال الأعوان الاقتصاديين المنافية لأحكامه، وصف المخالفة، فإن الاختصاص النوعي يعود لمحكمة المخالفات⁶⁹⁴. فيما يخص الاختصاص الإقليمي لمحكمة المخالفات يعود إلى الاختصاص الإقليمي لوكيل الجمهورية⁶⁹⁵.

هكذا الادعاء بشأن المخالفات المتعلقة بالممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، يكون أمام الجهات الجزائرية و تطبق بشأن الإجراءات أحكام قانون الإجراءات الجزائية.

⁶⁹³ - أنظر المادة 2/55 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقاً.

⁶⁹⁴ - "تختص المحكمة بالنظر في الجرح و المخالفات"، المادة 1/328 من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966، الجريدة الرسمية المؤرخة في 10 يونيو 1966، العدد 48، ص. 622، المعدل و المتمم.

⁶⁹⁵ - "يتحدد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية بمكان وقوع الجريمة، و بمحل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم فيها أو بالمكان الذي تم في دائرته القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى و لو حصل هذا القبض لسبب آخر..."، المادة 37 من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل و المتمم، المذكور أعلاه.

الفرع الثاني

العقوبات المدنية المترتبة على منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

ينص القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، بالإضافة إلى العقوبات المالية الجزائية، على عقوبات إدارية (أولاً)، و عقوبة التعويض (ثانياً).

أولاً: العقوبات الإدارية المترتبة على الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين

إلى جانب العقوبات الجزائية التي ينص عليها القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، هناك عقوبات إدارية يقرها. نذكر منها بيع السلع المحجوزة⁶⁹⁶، غلق المحلات التجارية⁶⁹⁷، الغرامة الإدارية⁶⁹⁸. في التشريع الفرنسي في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة (أي الأحكام المتعلقة بالشفافية و النزاهة في المنافسة)، أدخل ما يعرف بالأوامر الإدارية و هذا منذ

⁶⁹⁶ - "عندما يكون الحجز على مواد سريعة التلف أو تقتضي ذلك حالة السوق أو لظروف خاصة، يمكن الوالي المختص إقليمياً، بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقرر، دون المرور بالإجراءات القضائية المسبقة، البيع الفوري من طرف محافظ البيع بالمزيدة للمواد المحجوزة أو تحويلها مجاناً إلى الهيئات و المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي و الإنساني، و عند الاقتضاء، إتلافها من قبل مرتكب المخالفة بحضور المصالح المؤهلة و تحت مراقبتها وفقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما. في حالة بيع المواد المحجوزة، يودع المبلغ الناتج عن بيع هذه السلع لدى أمين خزينة الولاية إلى غاية صدور قرار العدالة"، المادة 43 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور أعلاه.

⁶⁹⁷ - "يمكن الوالي المختص إقليمياً، بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة، أن يتخذ بموجب قرار، إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة أقصاها ستون يوماً، في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في أحكام المواد 4 و 5 و 6 و 7 و 8 و 9 و 10 و 11... من هذا القانون"، المادة 46 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدلة بالمادة 10 من القانون رقم 06-10، المذكور أعلاه.

⁶⁹⁸ - أنظر المادة 2/60 و 3 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور أعلاه.

قانون HAMON⁶⁹⁹ و بالتالي أصبح أعوان المديرية العامة للمنافسة، للاستهلاك و قمع الغش، يتمتعون بسلطة اتخاذ الأوامر في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة و هذا بموجب المادة 1-465 L. و المادة 2-465 L. أين عدم احترام هذه الأوامر في حالة اتخاذها يترتب غرامة إدارية، و تظهر هذه الأوامر كعقوبة إدارية⁷⁰⁰. هذه الأوامر توجه للأعوان الاقتصاديين من أجل إيقاف كل تعدي غير مشروع أو حذف كل شرط غير شرعي، و يجب على الإدارة إبلاغ هؤلاء الأعوان الذين يمكنهم إبداء ملاحظاتهم في أجل ستين يوما، و الطعن في هذه الأوامر يكون أمام القاضي الإداري. فالمشرع تبنى فلسفة عدم العقاب الجزائي dépenalisation بهدف تحقيق فعالية قانون الممارسات المقيدة للمنافسة⁷⁰¹.

في تشريعنا من بين هذه العقوبات الإدارية المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و التي تهمنا هنا هي الغرامة التي يقرها المدير الولائي المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالتجارة و ذلك بشأن، المصالحة التي تتم مع الأعوان الاقتصاديين. و لقد حدد هذا القانون شروط و إجراءات المصالحة (أ)، و النتائج المترتبة على المصالحة (ب).

أ- شروط و إجراءات المصالحة

سنبين ما هي شروط إجراء المصالحة مع الأعوان الاقتصاديين المخالفين لأحكام القانون رقم 04-02 الذي يحدد الشروط المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم (1)، ثم إلى إجراءات المصالحة كما هي محددة في هذا القانون (2).

⁶⁹⁹ - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁷⁰⁰ - D. MARILLON, Du droit administrative en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'exemple de l'injonction administrative, publier 3 mars 216, file://C:/Users/documents

⁷⁰¹ - op. cit.

1- شروط إجراء المصالحة مع الأعوان الاقتصاديين المخالفين

ليستفيد العون الاقتصادي المخالف للممارسات الممنوعة و التي من بينها الممارسات التجارية التي تؤدي إلى التمييز بين الأعوان الاقتصاديين أو تلك التي تمنع الوقاية منها أو الكشف عنها⁷⁰²، من إجراء المصالحة. هناك شروط حددها المشرع و هي أن لا تتجاوز غرامة المخالفة المعايينة مليون دينار جزائري بالنسبة للمصالحة التي تكون من اختصاص المدير الولائي المكلف بالتجارة⁷⁰³. و أن تكون في حدود غرامة تفوق مليون دينار و تقل عن ثلاثة ملايين دينار بالنسبة للمصالحة التي تكون من اختصاص الوزير المكلف بالتجارة⁷⁰⁴. أما إذا كانت غرامة المخالفة تتجاوز ثلاثة ملايين دينار فإنه لا تقبل بشأنها مصالحة⁷⁰⁵. و أيضا في حالة عدم قبول العون الاقتصادي المصالحة فإنه لا تتبع الإجراءات الخاصة بالمصالحة⁷⁰⁶.

702 - هنا نقصد الممارسات المتعلقة بالشفافية من الإبلاغ بالأسعار و التعريفات و شروط البيع و الفوترة، التي تؤدي كما رأينا في الباب الأول إلى الوقاية و الكشف عن الممارسات التمييزية.

703 - أنظر المادة 2/60 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

704 - أنظر المادة 3/60 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

705 - "عندما تكون المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق ثلاثة ملايين دينار، فإن المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية"، المادة 60/أخيرة من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

706 - "عند تحرير المحضر...معارضته غرامة المصالحة المقترحة، يقيد ذلك في المحضر"، المادة 57/أخيرة من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

كذلك من شروط استفاضة العون الاقتصادي المخالف من إجراء المصالحة، أن يكون قد ارتكب المخالفة لأول مرة أي أن لا يكون في حالة العود⁷⁰⁷. و يقصد بحالة العود، قيام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط⁷⁰⁸. هنا المشرع يربط حالة العود بالنشاط⁷⁰⁹ الذي يقوم به العون الاقتصادي و ليس بقيامه بالممارسات الممنوعة، أي إذا غير النشاط فلا يعتبر في حالة عود. و هو برأينا تحايل على منطق الممارسات التجارية النزيهة.

كما أنه ليستفيد العون الاقتصادي المخالف من مبلغ غرامة المصالحة، يجب أن يدفع الغرامة في أجل خمسة و أربعين يوما ابتداء من تاريخ الموافقة على المصالحة، و إلا فإنه ستنتم المتابعات القضائية⁷¹⁰.

2- إجراءات المصالحة مع الأعوان الاقتصاديين المخالفين

عندما يرتكب العون الاقتصادي المخالفة و تتم معاينتها من قبل الموظفين المؤهلين كما هم محددين في المادة 49 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،

⁷⁰⁷ - "في حالة العود حسب مفهوم المادة 47 (الفقرة 2) من هذا القانون، لا يستفيد مرتكب المخالفة من مصالحة، و يرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية"، المادة 62 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁷⁰⁸ - أنظر المادة 2/47 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدلة بالمادة 11 من القانون رقم 06-10، المذكور سابقا.

⁷⁰⁹ - يقصد بنشاط العون الاقتصادي، النشاطات المحدد في المادة 2 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدلة بالمادة 2 من القانون رقم 06-10، المذكور سابقا.

⁷¹⁰ - أنظر المادة 61/أخيرة من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

المعدل و المتمم. يقوم هؤلاء الموظفون بتحرير تقارير تحقيق و يثبتون المخالفات التي قاموا بمعاينتها في محضر يبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة⁷¹¹. يبينون في المحضر المرسل إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة غرامة المصالحة عندما تكون هناك إمكانية إجراء مصالحة مع الأعوان الاقتصاديين المخالفين⁷¹²، حسب شروط المصالحة المذكورة أعلاه.

في حالة ما إذا كان اختصاص إجراء المصالحة من اختصاص المدير الولائي المكلف بالتجارة، فإن القانون يعطيه إمكانية قبول المصالحة أو رفضها. في حالة قبوله إجراء المصالحة فإن هذا سيؤدي إلى وضع حد للمتابعات القضائية للعون الاقتصادي المخالف. أما إذا كان إجراء المصالحة ليس من اختصاصه فإنه يرسل تقارير التحقيق و المحاضر المحررة من قبل الموظفين المؤهلين إلى الوزير المكلف بالتجارة. للوزير صلاحية إجراء المصالحة، لكن القانون يعطيه إمكانية قبول المصالحة أو رفضها. ففي حالة قبول المصالحة فإن ذلك سيضع حد للمتابعات القضائية للعون الاقتصادي المخالف، أما في حالة عدم قبوله المصالحة، فإنه يرجع المحاضر إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة وفقا لما هو محدد قانونا⁷¹³، الذي يرسلها بدوره إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية.

⁷¹¹ - أنظر المادة 2/55 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁷¹² - "كما تبيين العقوبات المقترحة من طرف الموظفين الذين حرروا المحضر عندما يمكن أن تعاقب المخالفة بغرامة المصالحة"، الدادة 5/56 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁷¹³ - أنظر المادة 2/55 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

ب - الآثار المترتبة على المصالحة

الآثار المترتبة على المصالحة بين الأعوان الاقتصاديين المخالفين و بين الإدارة المتمثلة في المدير الولائي للتجارة و الوزير المكلف بالتجارة. هي أن المصالحة تنهي كل المتابعات، مما ينقص من تكلفة اللجوء إلى القضاء و تقليص عدد القضايا أمام المحاكم الجزائية. كما يتفادى العون الاقتصادي المخالف كل إجراءات التقاضي من استئناف أمام المجالس القضائية و الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

كما أنه من بين الآثار المترتبة على المصالحة، أنها تسمح للعون الاقتصادي المخالف، الاستفادة من تخفيض 20% من مبلغ الغرامة المحسوبة من قبل الموظفين المؤهلين لأنه كما رأينا، أنهم يحددون في المحضر الذي يعدونه مبلغ غرامة المصالحة. يستفيد العون الاقتصادي من هذا التخفيض في حالة قيامهم بمعارضة غرامة المصالحة المحددة من قبل الموظفين المؤهلين أمام المدير الولائي المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالتجارة، الذين في حالة قبولهم تعديل مبلغ غرامة المصالحة في حدود العقوبات المالية المنصوص عليها قانونا، و موافقة الأعوان المتابعين على هذه المصالحة، يستفيدون من تخفيض 20% من مبلغ الغرامة المحسوبة⁷¹⁴.

ثانيا: عقوبة التعويض المترتبة على الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين

حقيقتنا أن العقوبات المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. هي عبارة عن عقوبات جزائية المتمثلة في غرامة مالية. إلا أنه

⁷¹⁴ - أنظر المادة 61 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

هذا لم يمنع القانون من منح الشخص المتضرر من ممارسات العون الاقتصادي المخالف و التي من بينها الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، من التأسيس كطرف مدني للحصول على التعويض. يتعلق الأمر هنا بالدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية (أ). و لكن في حالة تطبيق العقوبة الإدارية المتمثلة في غرامة المصالحة، فما هي الوسيلة التي تمكنه من الحصول على حقه في التعويض بما أن هذه العقوبة الإدارية تضع حد للمتابعة القضائية الجزائية. لا يسع المتضرر في هذه الحالة، إلا رفع دعوى مدنية أمام القضاء على أساس المسؤولية التقصيرية (ب). المسؤولية المدنية تتواجد أحيانا في نفس الوقت مع المسؤولية الجزائية، لكن ليست نسخة منها. المسؤولية المدنية تفترض وجود ضرر، الذي لا يكون حتما في كل المخالفات الجزائية. بالمقابل، يكون الخطأ دائما ضروري لوجود مسؤولية جزائية، أين توجد مسؤولية مدنية من دون خطأ.

أ - عقوبة التعويض الناتجة عن المسؤولية الجزائية

يرتب القانون رقم 02-04 مسؤولية جزائية على الأعوان الاقتصاديين المخالفين لأحكامه و التي تنظر فيها المحاكم الجزائية. أو ما يعرف وفقا للأحكام العامة بالدعوى العمومية المقامة أمام المحكمة. هذا القانون أعطى الإمكانية للحصول على التعويض إما بناء على دعوى فردية (1)، أو دعوى جماعية (2).

1- دعوى التعويض الفردية

إن العون الاقتصادي المخالف لأحكام القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، و التي منها منع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين،

يتعرض لعقوبة التعويض. المتمثلة في دفع مبلغ مالي لجبر الضرر الناتج عن الممارسة التجارية الممنوعة. و ذلك للشخص المتضرر من هذه الممارسة.

"فكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون. و التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم"⁷¹⁵. تعويض الطرف المدني هنا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي الذي يمكن أن يقبل تأسيسه أو يرفضه⁷¹⁶. فإذا قبل القاضي تأسيسه فإنه سيحكم له بالتعويض الذي يراه ملائما. و في هذه الحالة سيتعرض العون الاقتصادي لعقوبتين في نفس الوقت، عقوبة جزائية المتمثلة في غرامة مالية و عقوبة التعويض التي يستفيد منها الشخص الطبيعي أو المعنوي المتضرر.

في القانون الفرنسي، المشرع لا يعاقب جزائيا على الممارسات التفاضلية بين الأعوان الاقتصاديين أو التعسف في الحصول على امتيازات بدون مقابل. و بالتالي الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين كما هي محددة في المادة 6-442 L.⁷¹⁷ من القانون التجاري لا تخضع للمسؤولية الجزائية و إنما للمسؤولية المدنية و على وجه الدقة المسؤولية التقصيرية. فصاحب الممارسة التمييزية ملزم بجبر الضرر الحاصل للمتعامل الاقتصادي. بحيث تعتبر الممارسة التمييزية في التشريع الفرنسي وفقا لهذه المادة ممارسة من بين الممارسات المقيدة للمنافسة. دعوى التعويض وفقا لهذه المادة ترفع أمام الجهة القضائية المدنية أو التجارية المختصة، من طرف كل شخص يثبت مصلحته في الدعوى،

⁷¹⁵ - أنظر المادة 65 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁷¹⁶ - "تقدر الجهة القضائية قبول الإدعاء المدني"، المادة 244 من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

⁷¹⁷ - Modifié par la loi n°2015-990 du 6 août 2015- art. 34.

كما ترفع من قبل النيابة العامة، الوزير المكلف بالاقتصاد أو من قبل رئيس هيئة المنافسة⁷¹⁸ عندما يعاين بمناسبة القضايا التي تدخل في اختصاصه، أن الممارسة منصوص عليها في هذه المادة. و للتذكير فقد رأينا سابقا بأن هناك هيئات قضائية متخصصة في النزاعات المرتبطة بتطبيق هذه المادة 6-442 L. من القانون التجاري.

2- دعوى التعويض الجماعية

"دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، و الجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون... القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون. كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم"⁷¹⁹. يعتبر هذا النص خروج عن الحكم العام الموجود في المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية بما أنه "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناتج عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة".

السماح للجمعيات المهنية بالتأسيس كطرف مدني سيقص من تكاليف اللجوء إلى القضاء و السماح لمجموع المهنيين المتضررين من إثبات الضرر الناتج عن الممارسة التمييزية و الحصول على تعويض.

⁷¹⁸ - L. VOGEL, Traité de droit économique, Droit de la concurrence, Droits européen et français, Tome 1, op. cit, n° 685, p. 1265 : « Le président peut non seulement introduire une action, mais aussi interjeter appel des jugements rendus. Comme celle du ministre de l'Economie, l'action exercée par le président de l'Autorité de la concurrence est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence. Pas plus que le ministre, le président de l'Autorité de la concurrence n'a pas à informer les fournisseurs préalablement à l'exercice de l'action, mais seulement dans un délai utile leur laissant le temps de décider d'intervenir ou non à l'instance ».

⁷¹⁹ - أنظر المادة 65 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

ب - عقوبة التعويض الناتجة عن المسؤولية التقصيرية

رأينا أعلاه، أن القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، يسمح للطرف المتضرر بأن يتأسس كطرف مدني بمناسبة الدعوى الجزائية التي ترفع ضد العون الاقتصادي المخالف و ذلك وفقا لأحكام هذا القانون. لكن هذا القانون يعطي إمكانية عدم مساءلة العون الاقتصادي المخالف جزائيا و ذلك في حالة التوصل معه إلى المصالحة و نفذ هذا العون هذه المصالحة بدفع الغرامة المالية. و ينص هذا القانون على أن المصالحة تنهي المتابعات القضائية. كما أن قانون الإجراءات الجزائية ينص على أنه "كما يجوز أن تنقضي الدعوى العمومية بالمصالحة إذا كان القانون يجيزها صراحة"⁷²⁰. لم ينص القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، عن حكم خاص بهذه الحالة أي لم ينص على إمكانية المتاحة للمتضرر من الممارسات الممنوعة و التي منها الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين، للحصول على تعويض. مادام أن التأسيس كطرف مدني مرتبط بوصول الدعوى العمومية أو الخصومة الجزائية أمام المحكمة. و كذلك هناك حالة أخرى و هي عدم قبول القاضي الجزائي الإدعاء المدني⁷²¹، و هنا أيضا لا يوجد حل في القانون رقم 02-04 بشأن الإجراءات التي يجب على ضحية الممارسات التمييزية إتباعها و كذلك ضحية مخالفة أحكام هذا القانون.

⁷²⁰ - المادة 6/ أخيرة من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدلة بالمادة 2 من الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو 2015، يعدل و يتم الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

⁷²¹ - أنظر المادة 1/244 من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل و المتمم، المذكور سابقا.

لكن تبقى للعون الاقتصادي المتضرر إمكانية رفع دعوى مدنية على أساس المسؤولية التقصيرية للحصول على تعويض الضرر الذي أصابه. و يكون ذلك وفقا للأحكام العامة للقانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

هناك إجراءات قانونية تسمح للعون الاقتصادي المتضرر من الممارسة التمييزية بأخذ حقوقه، باستعماله دعوى المسؤولية التقصيرية أمام الجهة التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار⁷²² و ذلك أمام القسم المدني. و هنا على العون الاقتصادي المتضرر لاستعمال المسؤولية التقصيرية إثبات الخطأ⁷²³ و الضرر⁷²⁴ و العلاقة السببية بينهما، حتى يتمكن من الحصول على تعويض.

إذا كان يمتلك الطرف الذي يدعي بأنه ضحية ممارسة تمييزية تأسيس وجود هذه الممارسة، بالمقابل فإنه يتحتم على الذي يمنح معاملة مختلفة لبعض من زبائنه تبرير وجود مقابل حقيقي⁷²⁵.

"يجب أن يكون الإثبات قائم على الواقع و على وجود إجحاف للشريك الاقتصادي و لا يكفي فقط إثارة وجود فائدة أو إجحاف افتراضي"⁷²⁶. و بالتالي لا يكون هناك محل لإثبات وجود ضرر⁷²⁷.

⁷²² - "ترفع الدعاوى المتعلقة... بفعل تقصيري... أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار"، أنظر المادة 39 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المذكور أعلاه.

⁷²³ - فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص. 194 و 195 و 201: الراجح أن الخطأ يتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، و يتمثل هذا الانحراف في الإخلال بواجب قانوني أو التزام سابق و هو عدم الإضرار بالغير، و أن مجرد انحراف الشخص عن السلوك الواجب لا يكفي لقيام الخطأ إذ يجب أن يكون مميزا أي لديه الإدراك بأنه انحراف. و يتمثل الركن المادي للخطأ في الإخلال بالواجب القانوني الذي يقع على من ينسب إليه الخطأ. و تختص المحكمة العليا بحق الرقابة على قيام ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية.

⁷²⁴ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 211: الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له.

⁷²⁵ - Cass. com. 13 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°14, Dalloz Affaires 1998. 283.

⁷²⁶ - CA Versailles, 24oct. 1996, RJDA 5/1997, n°667, Petites affiches 4 juin 1997, obs. V. Sélinisky et J. Peyre.

⁷²⁷ - Cass. com. 6 avr. 1999, Lettre distr., juin 1999, RJDA 7/1999, n°848, Contrat, conc., consom. 115, obs. M. Malaurie-Vignal, Petites affiches 22 nov. 1999, n°232, p. 21, obs. N. Reboul., citée par P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°364, p.64.

هناك حكم قضائي فرنسي بخصوص الضرر الناتج عن الممارسة التمييزية، يقضي بأنه بمجرد أن موزع يحصل على امتياز مالي من قبل شريك اقتصادي غير مبرر بمقابل حقيقي، ينتج لدى هذا الشريك إجحاف في المنافسة، من دون أن يكون هناك محل للإدارة أو للعون الاقتصادي الذي تضرر من هذا الإجحاف إلى تقدير هذا الضرر⁷²⁸.

تظهر المرحلة التي يكون فيها التمييز ثابت أقل أهمية، فيمكن مثلا أن يتعلق الأمر بمرحلة التوزيع أو التموين⁷²⁹.

إن تجربة منح الامتيازات التمييزية من قبل الأعوان الاقتصاديين، يظهر صعوبة تجسيد إثبات الممارسة التمييزية⁷³⁰. و على المتضرر استعمال وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني. و بما أن الممارسات قد تكون بين الأعوان الاقتصاديين التجار، فإنه في هذه الحالة تستعمل وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون التجاري، كالفاتورة مثلا و التي هي منظمة بموجب القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و تعتبر الفاتورة كما رأينا سابقا وسيلة للوقاية و إثبات الممارسة التمييزية. و لكن الإشكال الذي يطرح هو أن الممارسات التجارية التي ينظمها القانون رقم 02-04 تتعلق بالنشاطات التجارية و النشاطات المدنية و هذا وفقا لما جاءت به المادة 2 من هذا القانون.

⁷²⁸ - Cass. com. 5 déc. 2000, RJDA 4/2001, n°512 ; V. aussi Cass. com. 3 déc. 2002(n°00-21.504), Bull. civ.IV, n°184), citée par P. ARHEL, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, op. cit, n°365, p.64.

⁷²⁹ - Le tribunal de commerce de paris a estimé que l'avantage discriminatoire obtenue par Intermarché pour financer l'Argus créait un avantage en faveur de ce groupement et, de façon surabondante, un désavantage au détriment des fournisseurs concernés, (25 nov. 1996, Contrat, conc., consom. 1997, comm. 51, obs. C. Guillon).

⁷³⁰ - مستلهم من قرار لمجلس المنافسة الفرنسي، -

Décis. Cons. conc. n°93-D-21 du 8 juin 1993 (Groupe Cora).

و بالتالي إذا كانت الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين تتعلق بنشاطات مدنية فهنا تطبق قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني أما إذا كانت الممارسة التمييزية تتعلق بنشاطات تجارية، فهنا قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون التجاري هي التي تطبق. كل هذه الفرضيات و الحلول بشأن تطبيق دعوى المسؤولية التقصيرية أو استعمالها من قبل العون الاقتصادي المتضرر هو لعدم وجود أحكام تفصيلية في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. بشأن حصول المتضرر من الممارسة التمييزية على حقه في التعويض في حالة عدم وجود متابعة جزائية للعون الاقتصادي المخالف في الحالات التي رأيناها أعلاه.

الخاتمة

الفرضية، هي التمييز بين الأعوان الاقتصاديين كممارسة ممنوعة في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و لقد تم توضيح هذه الممارسة في أحكام كل من القانونين. و كلما اقتضت الضرورة توضيح الأحكام المتعلقة بهذه الممارسة في التشريع الفرنسي.

يرتكز الفقه في تحليله للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين على النظريات الاقتصادية. في هذا المجال، المشرع يأخذ بعين الاعتبار النظريات الاقتصادية و كذلك موقف الفقه القانوني من هذه النظريات و واقع السوق المتزامن من أجل وضع النص القانوني الملائم، سواء بمنع الممارسة التمييزية، إباحتها أو اتخاذ معايير معينة على أساسها يحدد المنع. على هذا الأساس نجد الفرق بين التشريع الجزائري و التشريع الفرنسي.

المشرع الجزائري يمنع و يعاقب على ممارسة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين بينما نجد المشرع الفرنسي في قانون المنافسة و في نظرة غير معمقة لا يمنع و لا يعاقب على التمييز في الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين (يعاقب على التعسف في خلق عدم التوازن في العلاقات التجارية)، و لكن يمنع التمييز الناتج عن الممارسات المنافية للمنافسة. و لهذا نجد أن الأنظمة القانونية للدول متفاوتة بين منع الممارسة التمييزية و بين إباحتها وفق شروط معينة. و إن لكل من المنع و الإباحة أثارا على الفعالية الاقتصادية و كذلك على المصالح المادية و المعنوية للمستهلكين.

لكن لم يتمكن الفقه من اتخاذ موقف موحد حول منع التمييز أو إباحته. و حتى حول إيجابيات و سلبيات كل منهما على الفعالية الاقتصادية، المساواة بين المتنافسين و تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلكين. كما أنه الدراسات الاقتصادية الحديثة تبين الآثار المتغيرة للممارسات التمييزية على

المنافسة في السوق و بالتالي، لا يمكن الجزم بأن منعها فيه فائدة على الاقتصاد أو إباحتها هو مضر للاقتصاد.

يهدف المشرع الجزائري في قانون المنافسة إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و نقادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة و مراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة المستهلكين. أما في قانون الممارسات التجارية، يهدف إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و المستهلكين و كذا حماية المستهلك و إعلامه. فكل من القانونان يهدفان إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية و المحافظة على مصالح المستهلك. من بين الممارسات التجارية التي منعها المشرع من أجل تحقيق أهداف هذين القانونين، هي الممارسات المتعلقة بمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين. و في مقاربة جدلية يمكننا القول أن هدف قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية، الفعالية الاقتصادية و حماية المستهلك و إن منع الممارسة التمييزية يأتي لتحقيق الفعالية الاقتصادية و حماية المستهلك و نستنتج من ذلك أن للممارسة التمييزية آثار على السوق و على الأعوان الاقتصاديين.

لقد رأينا أن الأحكام المتعلقة بمنع الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين هي في علاقة وطيدة مع الأحكام التي تنظم شفافية الممارسات التجارية في السوق. إذ أن الشفافية تسهل الكشف عن التمييز بين الأعوان الاقتصاديين و بالتالي معاقبة الأعوان الاقتصاديين المخالفين. كما يمكن اعتبارها كمرقبة قبلية للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين و من هذا نقادياها.

كما أنه دراسة الممارسة التمييزية في هذه الرسالة، لم تقف عند تحديد الأساس و الإطار القانوني للممارسة التمييزية فقط و إنما كذلك حدود هذه الممارسة. لقد قمنا باستنتاج حدود هذه الممارسة كما هي مجسدة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، من الأحكام التي تتعلق

بالاستثناءات الواردة على الممارسات المقيدة للمنافسة، بما أن التمييز ينتج عن هذه الممارسات. بينما حدود الممارسة التمييزية كما هي مكرسة في القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. فتمت دراستها من خلال المعايير التي تحكم الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين في هذا القانون. و كذلك من خلال وضعنا لفرضية نظرية كحد للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين و هي مبدأ الحرية التعاقدية. و حاولنا أن نبرهن أن الحرية التعاقدية، تعتبر كحد لعدم منع الممارسة التمييزية و بالتالي الأخذ بمبدأ الحرية التعاقدية يبيح الممارسة التمييزية.

التمييز بين الأعوان الاقتصاديين هو معاقب عليه في كل من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم. و القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم. و هي عقوبات إدارية، مدنية و جزائية. و رأينا أنه كيف للهيئة المتخصصة المتمثلة في مجلس المنافسة الذي يعتبر سلطة إدارية مستقلة دور في اتخاذ كل إجراء مناسب لوضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة و التي من بينها الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين التي تنتج عنها، كلما أثبتت التحقيقات التي يقوم بها الموظفون المؤهلون هذه الممارسات. و ذلك بفرض عقوبات إدارية و مدنية.

كما أنه للهيئات القضائية دور في معاقبة الأعوان الاقتصاديين المرتكبين للممارسات التمييزية، سواء كانت هذه العقوبات مدنية أو جزائية. بما أنه القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم، ينص على عقوبات جزائية تتعلق بمخالفة أحكامه و التي من بينها مخالفة الأحكام المتعلقة بالشفافية و تلك المتعلقة بالتمييز بين الأعوان الاقتصاديين.

قانون الممارسات التجارية كقانون المنافسة ينظمان الممارسات التمييزية داخل السوق و لذا يمكن أن نتساءل بشأن العون الاقتصادي الذي يتعرض في نفس الوقت للعقوبات المنصوص عليها في قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية.

و إن كان هنا فرق بخصوص تدخل الدولة، لمنع الممارسات التمييزية. في قانون الممارسات التجارية، هناك تطبيق لعقوبات جزائية، أما في قانون المنافسة فالعقوبات هي عقوبات مدنية. لكن لمنع أي اعتداء على حرية المنافسة. فإن مجلس المنافسة يمكن أن يتدخل حتى بخصوص الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتم، إذا كانت الممارسات الممنوعة المنصوص عليها فيه تقيد المنافسة و ذلك بأن "إذا أثبتت التحقيقات المتعلقة بشروط تطبيق النصوص التشريعية و التنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، بأن تطبيق هذه النصوص يترتب عليه قيود على المنافسة، فإن مجلس المنافسة يتخذ كل إجراء مناسب لوضع حد لهذه القيود".

قائمة المصادر

المصادر باللغة العربية

دستور 1996، الجريدة الرسمية المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، العدد 76 معدل ب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية المؤرخة في 14 أبريل 2002، العدد 25 و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، العدد 63 و القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية المؤرخة في 7 مارس 2016، العدد 14.

الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر

- المرسوم الرئاسي رقم 05-195 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوربي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، و المجموعة الأوربية و الدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل 2002، و كذا ملاحقه من 1 إلى 6 و البروتوكولات من 1 إلى رقم 7 و الوثيقة النهائية المرفقة به، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 30 أبريل 2005، ص. 2.

النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري (حسب التسلسل التاريخي)

- الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 10 يونيو 1966، العدد 4، الصفحة 622، المعدل و المتمم.

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 يونيو 1966، العدد 49، الصفحة 702، المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78، الصفحة 990.
- الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، العدد 101، الصفحة 1306، المعدل و المتمم.
- المرسوم الرئاسي رقم 96-44، المؤرخ في 17 يناير 1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في أول رمضان عام 1416، العدد 6، الصفحة 4.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-142، المؤرخ في 30 أبريل 1997، الذي يحدد كفاءات التسجيل في سجل الصناعة التقليدية و الحرف، الجريدة الرسمية المؤرخة في 4 ماي 1997، العدد 27، الصفحة 9.
- الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 يوليو 2003، العدد 43، الصفحة 25.
- الأمر رقم 03-06، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 23 يوليو 2003، ص. 22.
- الأمر رقم 03-07، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 23 يوليو 2003، ص. 27.
- الأمر رقم 03-08، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44، ص. 35.

- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،
الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 يونيو 2004، العدد 41، الصفحة 3.
- القانون رقم 04-08، المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة
الرسمية المؤرخة في 18 أوت 2004، العدد 52، الصفحة 4.
- المرسوم التنفيذي رقم 04-331 المؤرخ في 18 أكتوبر 2004، يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد
التبغية و استرادها و توزيعها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 أكتوبر 2004، العدد 66، الصفحة 5.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المؤرخ في 12 مايو 2005، يحدد كفاءات الحصول على التصريح
بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18
مايو 2005، العدد 35، الصفحة 4.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-219، المؤرخ في 22 يونيو 2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع،
الجريدة الرسمية المؤرخة في 22 يونيو 2005، العدد 43، الصفحة 5.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-468، المؤرخ في 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة و سند
التحويل و وصل التسليم و الفاتورة الاجمالية و كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 ديسمبر
2005، العدد 80، الصفحة 18.
- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،
الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 أبريل 2008، العدد 21، الصفحة 2.
- القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يوليو 2008، يعدل و يتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19
يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2 يوليو 2008، العدد 36، الصفحة 11.

- القانون رقم 08-13، المؤرخ في 20 يوليو 2008، يعدل و يتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 و المتعلق بالصحة و حمايتها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 3 غشت 2008، العدد 44، الصفحة 3.

- القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية المؤرخة في 8 مارس 2009، العدد 15، الصفحة 12.

- القانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل و يتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 غشت 2010، العدد 46، الصفحة 10.

- القانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل و يتم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 غشت 2010، العدد 46، الصفحة 11.

- المرسوم التنفيذي رقم 11-457، المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 94-293 المؤرخ في 25 سبتمبر 1994 و المتضمن إنشاء الصيدلية المركزية للمستشفيات و تنظيمها و عملها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 14 يناير 2012، العدد 1، الصفحة 47.

- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 15 يناير 2012، العدد 02، ص. 33.

- القانون رقم 13-06، المؤرخ في 23 يوليو 2013، يعدل و يتم القانون رقم 04-08، المؤرخ في 14 أوت 2008، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 31 يوليو 2013، العدد 39، الصفحة 33.

- المرسوم التنفيذي رقم 15-124، المؤرخ في 14 مايو 2015، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 97-142 المؤرخ في 30 أبريل 1997، الذي يحدد كفيات التسجيل في سجل الصناعة التقليدية و الحرف، الجريدة الرسمية المؤرخة 20 مايو 2015، العدد 26، الصفحة 14.
- الأمر رقم 15-02، المؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل و يتم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 يوليو 2015، العدد 40، الصفحة 28.
- القانون رقم 16-09، المؤرخ في 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية المؤرخة في 3 غشت 2016، الصفحة 18.
- القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، الصادر عن مجلس المنافسة.

المراجع العامة

- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، الجزء الأول، إصدار كليك للنشر، 2011.
- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار النشر، جسر، الطبعة الثالثة، 2013.
- تيروسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، النشر، دار هومة، 2013.
- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للنشر، 2012.
- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.

الأطروحات و المذكرات

- بلقاسم فتيحة، شفافية الممارسات التجارية و حماية المستهلك، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران، 2007-2008.
- صاري نوال، قانون المنافسة و القواعد العامة للالتزامات، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، 2009-2010.

المقالات

- بلقاسم فتيحة، أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك، مجلة القانون الاقتصادي و البيئة، تصدر عن مخبر القانون الاقتصادي و البيئة، جامعة وهران، العدد 2، سبتمبر 2009.
- حلو أبو الحلو، النظام العام في مجال المنافسة و الإستهلاك، مجلة الدراسات القانونية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، العدد 05، الطبعة 2008.
- شهيدة قادة، حدود التوجه التعاقدية في مجال المنافسة، مجلة الدراسات القانونية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، العدد 04، الطبعة 2007.
- أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، دراسة تحليلية مقارنة في الفقه و القضاء الأنجلوأمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 16، العدد 01، السنة 1992.

قرارات مجلس المنافسة

- قرار رقم 2015/20 صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 16 أبريل 2015 بشأن القضية رقم 2013/49 بين السيد دوخانجي رايح ضد شركة سوناطراك و سلطة ضبط المحروقات، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 8،

- القرار رقم 2015/13 صادر عن مجلس المنافسة في جلسة المنعقدة يوم 18 جوان 2014، بشأن القضية رقم 2003/25 بين سليمانى مجيد موزع و الشركة ذات المسؤولية المحدودة إبراهيم و أبنائه افري ممون، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08.

- قرار رقم 2015/25 صادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة يوم 16 أبريل 2015، بشأن القضية رقم 2014/03 بين الشركة ذات الأسهم رونو ضد الشركة ذات الأسهم سوافاك، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08.

BIBLIOGRAPHIE (en langue française)

Textes de législation française

- Directive n°2005-29 du 11 mai 2005, relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, JOL 149 du 11 juin 2005.
- Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, JORF n°304 du 31 décembre 2005, p. 20831.
- Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°181 du 5 août 2008, p. 12471.
- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400.

- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537.
- Article L. 441-6 du code de commerce, modifié par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 art.46.
- Article 31 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°181 du 7 août 2015, p. 13537.

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BENCHNEB A., Le droit algérien des contrats, données fondamentales, éd. Universitaire de Dijon, 2011.
- CHAVANNE A., J-J. BURST., Droit de la propriété industrielle, 5^e éd., Dalloz, 1998.
- COLLARD CH., ROQUILLY CH., Droit de la concurrence et droit de la consommation, in droit de l'entreprise (ouvrage collectif), 19^e édition 2014-2015, éditée par Wolters Kluwer.
- DUPUIT. M., Droit de la propriété industrielle, in Droit de l'entreprise (ouvrage collectif), 19^e éd. 2014-2015, édité par Wolters Kluwer.
- FERRIER D., Droit de la distribution, éd. LITEC, 2006.
- GENESTE B., Droit français et droit européen de la concurrence, éd. Eyrolles, 1999.
- GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e éd., L.G.D.J, 1993.
- GUYON Y., Droit des affaires, tome1, Droit commercial général et sociétés, 12^e éd. 2003.
- LEGEAIS D., Droit commercial et des affaires, 16^e éd., Armand Colin, 2005.
- LEGEAIS D., Droit commercial et des affaires, 18^e éd., DALLOZ, 2009.
- RIPERT G., ROBLOT R, Traité de droit commercial, par L. VOGEL, tome 1, volume 1, Commerçant- Tribunaux de commerce- Fond de commerce- Propriété industrielle- Concurrence, L.G.D.J, 18^e éd. 2001.
- TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, 8^e éd., DALLOZ, 2002.
- VOGEL L., Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence, Droit européen et français, éd. Bruylant, 2015.

- VOGEL L., Traité de droit économique, tome 4, Droit européen des affaires, éd. Brylant, 2015.

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MÉMOIRES

- BAUDET IS., Négociations commerciales dans les relations B to B, éd. Larcier, 2009.
- BAZIN C., Quels sont la place et le rôle de la notion de pratiques concertée en droit de la concurrence ? Mastère en droit européen des affaires sou la direction de L. VOGEL, Université Panthéon Assas, 2011.
- BILLEMONT J., La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, thèse, éd. L.G.D.J, 2013, éd. Alpha, 2015.
- BRAULT D., Droit de la concurrence comparé, vers un ordre concurrentiel mondial ? éd. Economica, 1995.
- BRUNETTI N., Droit de la concurrence et droit des contrats, Mémoire de DEA, Université de Montpellier1, 1995.
- CENK KESKIN A., Pour un nouveau droit international de la concurrence, thèse, éd. L'harmattant, décembre 2009.
- CHAGNY M., Droit de la concurrence et droit des obligations, thèse, éd. DALLOZ, 2004.
- DORANDEU N., Le dommage concurrentiel, éd. Presse universitaires de perpignan – P.U.P., 2000.
- FRANCO O., L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité, thèse, éd. L.G.D.J, 2016.
- GARINOT J-M., Le secret des affaires, thèse, Université de bourgogne, 2011, éd. LexisNexis, 2013.
- GOURDON P., L'exclusivité, thèse, éd. L.G.D.J., 2006.
- LE BRETON S., L'exclusivité contractuelle et des comportements opportunistes, études particulière aux contrats de distribution, éd. LITEC, 2002.
- LIGNEUL N., L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises, éd. Bruylant, 2001.
- MARTIN M., Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence, thèse, éd. Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

- PAYET M-ST., Droit de la concurrence et droit de la consommation, thèse, éd. DALLOZ, 2001.
- RIEM F., La notion de transparence dans le droit de la concurrence, thèse, éd. L'harmattan, 2002.
- OUERDANE C., DE VINCELLES A., Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, thèse, éd. DALLOZ, 2002.
- SOFINATOS G-A., Injonctions et engagements en droit de la concurrence, étude de droit communautaire Français et Grec, thèse, éd. L.G.D.J, juin 2009.
- VIGNAL N., La transparence en droit privé des contrats, thèse, Universif, éd. 1998.
- VOGEL L., Droit de la négociation commerciale, (CGV, Facturation, Revente à perte), éd. JurisBaseLawLex, 2007-2008.
- VOGEL L., Droit de la négociation commerciale, (CGV, Facturation, Revente à perte...), éd. JurisBaseLawLex, 2009.
- ZENOUVOU L., Les usages de la notion de concurrence en droit, thèse, éd. L.G.D.J, 2012.

ARTICLES, CHRONIQUES, ACTES DE COLLOQUES

- ARHEL P., Transparence tarifaire et pratiques restrictives, Rép. com. Dalloz, octobre 2004.
- ARHEL. P., Non-contestation des griefs et programmes de conformité, La semaine juridique entreprise et affaires, 1^{er} mars 2012, Hebdomadaire n°9, éd. LexisNexis, Concurrence 131.
- ATIAS CH., Qu'est-ce qu'un contrat, in droit et économie des contrats, sous la direction de JAMIN CH., éd. L.G.D.J, 2009.
- BACCICHETTI E., BONNET PH., Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle, La semaine juridique- Edition entreprise et affaires, Concurrence, n°46, 12 novembre 2009.
- BEDUSCHI - ORTIZ A., La notion de loyauté en droit administrative, AJDA, Rev. D., Etude, Théorie du droit, 2010.
- BEHAR-TOUCHAIS M., Autonomie de l'action de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence du ministre, Rev. Lamy dr. conc, n°20, juillet/septembre 2009.

- BEHAR-TOUCHAIS M., Déontologie et concurrence : une influence réciproque ?, in Les pratiques de l'industrie pharmaceutique au regard du droit de la concurrence, (Actes du colloque du 12 mars 2010- Dijon), éd. LITEC, 2010.
- BELOT F., L'évaluation du préjudice économique, Recueil Dalloz, n°24, 2007.
- BERG-MOUSSA A., Loi du 22 mars 2012 et délais de paiement entre professionnels, La semaine juridique, entreprise et affaires, n°16, Hebdomadaire, 19 avril 2012.
- BIOLAY J-J., Du principe de non- discrimination dans les relations commerciales, Rev. com. 1981.
- BLAISE J-B., Ententes, Rép. communautaire Dalloz, septembre 2003.
- BLOUD-REY C., Loyauté et pratiques anticoncurrentielles, Antinomie ?, Petites affiche, n°234, 24 novembre 2011.
- BROUSSEAU E., GLACHANT J-M., Economie des contrats de l'analyse économique, Rev. d'économie industrielle, volume 92, n°1, année 2000.
- BUYDENS M., La transparence, Méridien de l'esprit moderne, in Liber Amicorum, Lucien Simon, éd. Bruylant Bruxelles 2002.
- CARDON M., Le réseau international de la concurrence (RIC/ICN) : une question de foi, in Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, éd. Litec, 2008.
- CATALA A., Les loi du marché, in Etude offerte à Jaque GUESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, L.G.D.J, janvier 2001.
- CHAGY M., Droit spécial de la concurrence et droit commun : nouvelle rencontre... Nullité du contrat et répétition de l'indu, en l'absence des contractants concernés, Rev. Lamy de la concurrence, Contentieux des dommages concurrentiels, n°11, avril/juin 2007.
- CHAGNY M., et RIFFAUT-SILK J., Actualité du contentieux des dommages concurrentiels, Rev. Lamy dr. Conc, juillet/septembre 2009, n°20.
- CHAMOUX J-P., LEPAGE H., Distribution sélective et droit de la concurrence : Critique d'une vision néoclassique, journal des économistes et des études humaines, volume7, n°4, décembre 1996.
- DECOQ G., Concurrence déloyale et pratiques restrictives, La semaine juridique- Edition entreprise et affaires, n°30, 23 juillet 2009.

- DIENY E., La prohibition des discriminations après l'abrogation de l'article L. 442-6-I,1° du code de commerce, Rev. conc., éd. Dalloz, n°2-2009.
- DUCOULOUX FARD C., Surfactures et factures fictives face aux délits de fabrication et d'usage de faux en écriture, in La facturation de complaisance dans les entreprises, (colloque sur, fausses factures, factures fictives au regard du droit fiscal et du droit pénal), éd. L'harmattan, 2001.
- FAGES B., Acceptation et application des conditions générales, Rev. Lamy droit civil, mars 2006, Supplément au n°25.
- FAGES B., MESTRE J., L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, in L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations, RTD com. 51 (1), janv-mars 1998.
- FAVEREAU O., Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie, In droit et économie des contrats, sous la direction de Ch. JAMIN, éd. L.G.D.J, 2009.
- FERRIER D., Concurrence-Distribution, janvier 2006, Recueil Dalloz 2007.
- FERRIER D., FERRE D., La réforme des pratiques commerciales, (loi n°2008-776 du 4 août 2008), Chronique concurrence-distribution, Recueil Dalloz, n°32, 2008.
- FERRIER D., Concurrence-Distribution, janvier 2008-juin 2009, Etudes et commentaire, panorama, conc, D. n°43, 2009.
- FERRIER D., BIANCONE K., L'autorité de la concurrence (après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008), D, n° 15,2009.
- FLECHEUX G., Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, In Etude offerte à Jaque GHESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, L.G.D.J, janvier 2001.
- GLAIS M., Les pratiques discriminatoires dans les relations fournisseurs-distributeurs, Chronique de la concurrence, Revue d'économie industrielle, Année 1995, volume 72.
- GRAZIANI M., Le devoir de loyauté : contrainte ou opportunité ? publié le 22 janvier 2016 sur <http://www.creg.ac-versailles.fr>
- GUILBERTEAU., Facture, Encyclopédie. Dalloz, 1988.
- GUILOTIN A., La preuve et la forme des ententes, La semaine juridique entreprise et affaires, n°6, 9 février 2012.

- JALABERT-DOURY N., Les instruments de coopération plurilatéraux et multilatéraux de *Soft Law* élaborés par l'OCDE, in *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, éd. Litec, 2008.
- JENNY F., « L'ordonnance n°86-123 du 1^e décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : raisonnement économique et équilibre des pouvoirs », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°1, 1987.
- JENNY F., « Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience », *Cahier de droit de l'entreprise*, n°4, 1989.
- JENNY F., L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique, In colloque *Les sanctions du droit de la concurrence*, Rev. de droit de la concurrence, n°1, 2013.
- JOURDAIN-FORTIER C., Des pratiques de protection des parts de marché aux pratiques d'éviction. Réflexions sur la notion de « Bien-être du consommateur » en droit de la concurrence, In *Les pratiques de l'industrie pharmaceutique au regard du droit de la concurrence*, Actes du colloque du 12 mars 2010- Dijon, éd. Litec, 2010, volume 34.
- LAINE M., Réflexions sur le droit de la concurrence, Réponse à Félix Rome sur la décision « Microsoft », *Recueil Dalloz*, 2007-n°4.
- LASSERRE-KIESOW V., La promotion de sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles, *Recueil Dalloz*, 2007.
- LATINA M., L'attractivité du droit des contrats : efficacité économique du droit des contrats, reform-obligation.dalloz.fr
- LEROY O., RUY B., Juridictions spécialisées dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence, Décret du 11 novembre 2009 : questions en suspens, risques encourus, *JCP éd.G*, n°3- 18 janvier 2010.
- LOPEZ C., STOLOWY N., Avant- propos, in *La facturation de complaisance dans les entreprises, (colloque sur, fausses factures, factures fictives au regard du droit fiscal et du droit pénal)*, éd. L'harmattan, 2001.
- LUCAS DE LEYSSAC C., L'opacification du droit de la transparence, conséquence de sa codification, In *mélange en l'honneur de Yves GUYON, Aspect actuels des droits des affaires*, Dalloz, 2003.

- LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANIE G., L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, Etude offerte à Jaques GUESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, éd. L.G.D.J., janvier 2001.
- MALAURIE-VIGNAL M., Ethique des pratiques restrictives, Petites affiches, 24 novembre 2011-N° 234,
- M. MALAURIE-VIGNAL., Droit de la concurrence et droit des contrats, D., 1995, n°8, cahier-chronique.
- MALAURIE-VIGNAL M., Transparence tarifaire et liberté contractuelle, La semaine juridique-Edition entreprise n°10, 1996.
- MALAURIE-VIGNAL M., Le médicament et le droit des pratiques anticoncurrentielles, Revue mensuelle Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence-consommation, mars 2007.
- MALAURIE-VIGNAL M., Le nouvel article L. 442-6 du code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ?, Revue mensuelle Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence-consommation, novembre 2008.
- MARILLON D., Du droit administrative en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'exemple de l'injonction administrative, publier 3 mars 216, file://C:/Users/documents
- MARTIN D., HOVASSE., Preuve, Encyclopédie Dalloz 1989.
- C. MASCRET., Les enseignements de l'autorité de la concurrence en matière d'abus de position dominante pour des pratiques visant à retarder l'entrée sur le marché d'un médicament générique, Droit de la santé, Doctrine, P.A., n°221, 5 novembre 2014.
- MATHEY N., Une nouvelle tentative de lutte contre les délais de paiement excessifs, revue mensuelle Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence-consommation, novembre 2008.
- MATHEY N., La seconde étape de la réforme de la négociation commerciale, Revue mensuelle, Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence-consommation, novembre 2008.
- MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, In Etude offerte à Jaque GHESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, L.G.D.J, janvier 2001.
- MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, chronique Recueil Dalloz, n°20, 2009.
- MOUAFFO K., I Les fondements théoriques de l'intérêt du consommateur dans le droit des ententes, publier le 16/07/2014, www.legavox.fr

- NICOLAS-VULLIERME., Pratiques discriminatoires, Rev. conc.consom, fascicule 295, 8, 1997.
- NOURISSA C., Retour sur les CGV catégorielles et les CPV : différenciation et discrimination tarifaire un an après..., Revue Lamy de la concurrence, octobre/décembre 2006.
- NUSSENBAUM M., L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, Gaz. Pal. mercredi 23, jeudi 24 mai 2012, édition spécialisée colloque.
- PHILIPPE M-E., Doctrine économique, législation et discrimination... mais de qu'elle discrimination parlons nous ? Innovation 2004/2 n°20.
- PIZZIO J., Droit de la consommation, Encyclopédie Dalloz 1987.
- PYCHON DE BURY M., MINET CH., Incidence de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce et de introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME, Revue mensuelle, Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence-consommation, novembre 2008.
- PYCOD Y., Droit du marché et droit commun des obligations, Revue de droit commercial et de droit économique, Dalloz 1998.
- RIEM F., « Concurrence effective ou concurrence efficace ? l'ordre concurrentiel en trompe l'œil » RIDE, vol.22, n°2, 2008.
- SAVATIER R., La facture et la polyvalence de ces rôles juridiques en droit contemporain, Rev. Trim. com, Tome I, 1973, éd. Sirey.
- SELYNSKY V., Mondialisation et ententes injustifiables, In Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration, Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007- Dijon, éd. Litec, 2008, volume 30.
- STYCK J., Reflexion sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales, Revue internationale de droit économique, 2011/4 n°1.
- ULLRICH. C., Les pratiques de prise de brevets de l'industrie pharmaceutique un cadre de référence pour la concrétisation de la notion de protection abusive, in les pratiques de l'industrie pharmaceutique au regard du droit de la concurrence, éd. Litec, 2010, volume 34.

- VINCENT L-A., Progrès technique et progrès économique, in Revue économique, volume 12, n°6, 1961.
- VOGEL L., BENZONI L., Les discrimination entre entreprises, Revue Lamy de la concurrence n°35, avril-juin 2013.
- VOGEL L., Discrimination tarifaire : qu'elle marge de manœuvre pour les entreprises ?, Revue mensuelle, Lexisjurisclasseur, contrat-concurrence-consommation, mai 2013.
- VOGEL J., La contestation des réseaux de distribution sur le fondement du droit de la concurrence dans la jurisprudence judiciaire, concurrence n°23, www.vogel-vogel.com
- VOGEL J., Stratégies et moyens de défense face à une action en dommage-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence, In Colloque des sanctions du droit de la concurrence, Revue de droit de la concurrence, n°1, 2013.
- VOITURIER T., FLORES V., ELBERACHARD CH., CHAUVEAU CH., Le prix équitable définition et méthode d'évaluation, Etudes réalisée avec le soutien de la délégation interministérielle à l'innovation sociale et a l'économie sociale, France, octobre 2002 « sologral@sologral.Asso.fr
- ZENNAKI D., La discrimination entre agents économiques en droit algérien, In Les contrats de distribution, droit français, droit algérien, droit communautaire, éd. Presses Universitaires de Bordeaux, mars 2011.
- ZENNAKI D., L'ordre public contractuel, en droit de la consommation, Rev. de droit économique et environnement, n°3, juillet 2012.

JURISPRUDENCE FRANÇAISE ET EUROPÉENE CITÉES

- Cass. Crim., 30 avr. 1968 : JCP G 1968, II, 15576., citée par D. FERRIER.
- CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et S. Suika Unie, Point 26., citée par Camille BAZIN.
- CJCE, 25 oct. 1977, Metro c/ Commission, aff. 26/76, Rec. 1875, cité par J-B. BLAISE.
- CJCE, 5 octobre 1988, CICRA/Renault, aff. 53/87, Rec. 1988, p. 6039, n°15, citée par C. ULLRICH.
- CJCE 11 janv. 1990(aff. C-277/87), Sandoz, Rec. CJCEI, P. 45, cité par P. ARHEL.
- Paris, 19 mars 1990, RCMH Codibel c/Robert Bosch France, Petit affiches, 2 mai 1990, n°53, p. 5, obs. V. SELINSKY, citée par M-St. PAYET, Rej, n°1, p. 236.

- Décis. Comm. CE n°1992/33 du 16 déc. 1991, JOCE, n° L 12, 18 janv. 1992, Rev. Conc. Consom., sept-oct. 1992, n°69, obs. A. Dupeyron, citée par P. ARHEL.
- Cass. Com., 26 oct. 1993 : Bull. civ. IV, n° 368, citée par D. FERRIER.
- Civ. 1^{er}, 6 janv. 1994, JCP 1994, II, 22237, note G. PAISANT, Contrats Conc. Consomm. 1994, n°58, note G. RAYMOND, citée par M-St. PAYET.
- Conseil, 18 juin 1996, secteur de la publicité, Contrats, Conc. Consom. 1997, n°8, note L. VOGEL., cité par M. ST. PAYET.
- Cass. crim. 12 juin 1997, Dalloz Affaires 1997.
- Cour d'appel de paris. 25 fév. 1998, Dalloz Affaires 1998.
- Cass. crim. 18 juin 1998, Bull. crim., n°199, Dalloz Affaires 1998.
- TPICE 7 oct. 1999 "aff. T-228/97", Irish sugar, Rec. CJCE II, p. 2967, spéc. Points 173 et s, Petites affiches 24 nov. 1999, n°234, obs. P. Arhel.
- Paris, 29 février 2000, LawLex022876, citée par L. VOGEL.
- Nîmes, 13 juillet 2000, SA Groupe Bigard/SA Montesud, SA Jikaf, SA Genor, et ministre de l'économie, n° RG : 98/2030.
- Cass. com. 9 janv. 2001, D. 2001, obs. Lienhard.
- CJCE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P, British Airways, Rev. mensuelle LexisNexis Jurisclasseur-mai 2007, conc-cons, p. 27 et 28, note G. DECOCQ.
- CA. Paris, 1^{er} ch. H, 6 mai 2008, obs. L. IDOT, R.C.D.2008/4, décembre 2008, éd. L.G.D.J, p. 1203.
- Paris, 3 juillet 2013, LawLex131145, citée par L. VOGEL.
- Auto. Conc., 18 déc. 2013, n°13-D-21 : relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, obs. C. PRIETO, Rev. contrats, 2-juillet 2014, p. 267.

DÉCISIONS DE L'AUTORITÉ DE CONCURRENCE FRANÇAISE

- Décision n°91-D-31 du 18 juin 1991, LawLex022669, citée par L. VOGEL.
- Décision n°07-D-39 relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur de transport

ferroviaire de personne sur la route Paris-Londres, note, sous direction de J. PHILIPPE et TH. JANSSENS, Gaz. Pal. conc, dim.13 au jeudi 17 juil.2008, 128^e année n°195 à 199, p.38 à 40.

- Cons. conc., 7 mai 2008, déc. n°08-D-10, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage, Cons. conc., 13 juin 2008, déc. n°08-D-14, relative aux pratiques mise en œuvre dans le secteur de la prévoyance funéraire, obs. L. IDOT, R.C.D.2008/4, décembre 2008, éd.L.G.D.J, p. 1209.

SITES INTERNET

- www.persee.fr/doc/reco-0035-2764_1961_num_12_6_407486

- sologral@sologral.Asso.fr

- www.vogel-vogel.com

- www.legavox.fr

- <http://www.creg.ac-versailles.fr>

- <https://ore.exter.ac.uk/>

- <file:///D:/Nouveau dossier/Brunetti-Droit de la concurrence et droit des contrats.htm>

-<http://www.creg.ac-versailles.fr>

-ancetpors.blog.lemonde.fr/2008/03/29/conception-francaise-de-linteret-general-du-service-public-et-de-la-fonction-publique-snm-c !

- www.kramerlevin.com

- books.openedition.org/pupvd/1960

- <file:///C:/Users/documents>

- www.conseil-concurrence.dz/wp-content/uploads/2015/rapport-Annuel-2014.pdf

الفهرس

- المقدمة : 01
- الباب الأول: المجال القانوني للممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.....13
- الفصل الأول: تكريس عدم التمييز في قانون المنافسة و قانون الممارسات التجارية.....17
- المبحث الأول: شفافية الممارسات التجارية: وسيلة لإثبات و الوقاية من الممارسة التمييزية.....18
- المطلب الأول: نطاق شفافية الممارسات التجارية: الوقاية من الممارسات التمييزية.....19
- الفرع الأول: شفافية الأسعار و شروط البيع: رهان منافسة حرة و نزيهة، عدم التمييز كمحور.....19
- أولا : شفافية الأسعار..... 20
- أ - التزام العون الاقتصادي بإبلاغ الأسعار: تحقيق الشفافية، إبداء حسن نية بعدم التمييز..... 21
- ب - شفافية الأسعار - دعم التأهيل التنافسي..... 22
- ثانيا: الالتزام بالإبلاغ بشروط البيع دعامة شفافية الممارسات التجارية..... 23
- أ - محتوى شروط البيع دعامة الحرية التعاقدية.....23
- 1- كفيات الدفع التزام و قابلية لأن تكون محل ممارسة تمييزية.....24
- 2 - التخفيضات في السعر امتياز يمكن أن يكون محل ممارسة تمييزية.....25
- ب - شروط البيع نقطة انطلاق المفاوضات التجارية..... 26
- 1 -التفاوض في شروط البيع و منع التمييز.....27
- 1 - التفاوض حول شروط البيع في القانون الجزائري بشرط عدم التمييز.....28
- 2 - التفاوض في شروط البيع بعد قانون تحديث الاقتصاد في فرنسا.....32
- 2- التفاوض في شروط البيع و المساواة بين الأعوان الاقتصاديين.....35

الفرع الثاني: الفاتورة وسيلة لشفافية الممارسات التجارية: دورها في الممارسة التمييزية

- 37..... بين الأعوان الاقتصاديين.....
- 38..... أولاً: الفاتورة و المساواة بين الأعوان الاقتصاديين.....
- 41..... ثانياً: الفاتورة مجسدة طبقاً لأحكام منع التمييز.....
- 44..... **المطلب الثاني:** أهمية الأحكام المتعلقة بالشفافية في الوقاية و إثبات الممارسة التمييزية.....
- 45..... **الفرع الأول:** الالتزام بالشفافية: نظام وقائي من التمييز.....
- 46..... أولاً: تشجيع الشفافية: مؤيدي الشفافية كنظام وقائي.....
- 47..... ثانياً: الشفافية لا تحافظ على المنافسة: معارضي الشفافية كنظام وقائي.....
- 49..... **الفرع الثاني:** الالتزام بالشفافية: نظام إثبات التمييز.....
- 50..... أولاً: مساهمة الإبلاغ بالأسعار و شروط البيع في إثبات التمييز.....
- 50..... أ – مساهمة الإبلاغ بالأسعار في إثبات التمييز.....
- 52..... ب – مساهمة الإبلاغ بشروط البيع في إثبات التمييز.....
- 52..... ثانياً: الفاتورة كوسيلة للشفافية: أداة لإثبات التمييز.....
- 55..... **المبحث الثاني:** الأساس القانوني للممارسة التمييزية.....
- 56..... **المطلب الأول:** مستويات تقدير التمييز في قانون الممارسات التجارية.....
- 56..... **الفرع الأول:** التمييز الناتج عن وجود مبرر و مقابل حقيقي للممارسة التجارية.....
- 57..... أولاً: التمييز الناتج عن تطبيق المادة 18 من القانون رقم 04-02.....
- 58..... أ – عناصر الممارسة التمييزية.....
- 58..... 1- التمييز الناتج عن أسعار البيع أو تأدية الخدمة.....

- 2 - التمييز الناتج عن شروط البيع أو تأدية الخدمة.....59
- 1 - التمييز بين الأعوان الاقتصاديين باستعمال آجال الدفع.....60
- 2 - كفيات البيع و دورها في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....61
- ب - وجود المقابل الحقيقي.....63
- ثانيا: التمييز الناتج عن تطبيق المواد 15، 16 و 17 من القانون رقم 04-02.....64
- أ - التمييز الناتج عن البيع أو تأدية الخدمة من دون مبرر شرعي.....64
- ب - التمييز الناتج عن البيع و تأدية الخدمة المشروط.....66
- 1 - التمييز الناتج عن البيع أو تأدية الخدمة المشروط بمكافئة.....66
- 2 - التمييز الناتج عن البيع أو تأدية الخدمة المشروط بنوعية أو كمية.....67
- الفرع الثاني : التمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين.....68**
- أولاً: الممارسة التمييزية و علاقتها في إحداث خلل في تنظيم العون الاقتصادي.....68
- أ - الإشهار التضليلي و الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.....69
- ب - الممارسة التمييزية و علاقتها في إحداث اضطراب في شبكة البيع للعون الاقتصادي.....72
- ثانيا: الممارسة التمييزية و الإخلال بتنظيم السوق.....73
- المطلب الثاني: الإطار القانوني للممارسة التمييزية في قانون المنافسة.....76**
- الفرع الأول: التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن عرقلة حرية المنافسة.....76**
- أولاً: التمييز الناتج عن الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة.....77
- أ - تحديد الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة.....77
- 1 - مجال تطبيق الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية و الأعمال المدبرة77

- 2 - موضوع و هدف الاتفاقات و الاتفاقيات الصريحة و الضمنية و الأعمال المدبرة.....80
- ب - تحديد العلاقة بين الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة و الضمنية و الأعمال المدبرة
- 82..... التي تعرقل حرية المنافسة و التمييز و بين الأعوان الاقتصاديين
- 84..... ثانيا: التمييز الناتج عن الاستثناء
- أ - مفهوم الاستثناء..... 84
- ب - علاقة الاستثناء في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين المتنافسين..... 87
- 88..... الفرع الثاني: التمييز بين الأعوان الاقتصاديين الناتج عن التعسف
- 88..... أولا: التمييز الناتج عن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق
- أ - تجسيد الهيمنة الاقتصادية على السوق و إثبات التعسف..... 89
- 1 - تجسيد الهيمنة الاقتصادية..... 89
- 2 - التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية..... 90
- ب - مساهمة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في التمييز بين الأعوان الاقتصاديين..... 92
- 93..... ثانيا: التمييز الناتج عن التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية
- أ - تحديد التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية..... 93
- 1 - تحديد وضعية التبعية الاقتصادية..... 93
- 2 - تحديد التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية..... 95
- ب - تحديد العلاقة بين منع الممارسة التمييزية و منع التعسف
- 96..... في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية
- 98..... الفصل الثاني: حدود عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

المبحث الأول: الحدود الواردة على عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

- 99.....المكرس في قانون المنافسة.....99
- 99.....المطلب الأول: الحدود الواردة على منع التمييز الناتج عن تقييد المنافسة.....99
- الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على عدم التمييز الناتج عن الأعمال المدبرة
- و الاتفاقيات و الاتفاقات.....100
- 100.....أولا: الاستثناءات المتعلقة بتطبيق نص قانوني.....100
- أ - الأشكال القانونية للاتفاقات الناتجة عن تطبيق نص قانوني.....101
- ب - مدى تأثير الاتفاقات الناتجة عن تطبيق نص قانوني على منع التمييز.....102
- ثانيا: الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة.....103
- أ - ترخيص مجلس المنافسة.....103
- ب - عدم تدخل مجلس المنافسة.....105
- الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على التمييز الناتج عن الاستئثار.....107
- أولا: الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة.....108
- ثانيا: الاستثناءات المتعلقة بترخيص الحكومة.....112
- المطلب الثاني: الحدود الواردة على منع التمييز الناتج عن التعسف.....114
- الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على التمييز الناتج عن التعسف
- في وضعية الهيمنة على السوق.....115
- أولا: الاستثناءات المتعلقة بتطبيق نص قانوني.....115
- أ - القوانين التي تجيز وضعية الهيمنة على السوق.....116

ب - مدى تأثير الاستثناء الناتج عن تطبيق نص قانوني على منع التمييز.....117

ثانيا: الاستثناءات التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة.....117

أ - ترخيص مجلس المنافسة.....118

ب - عدم تدخل مجلس المنافسة.....120

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على عدم التمييز الناتج عن التعسف

في وضعية التبعية الاقتصادية.....122

أولاً: مساهمة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية في التطور الاقتصادي.....123

ثانيا: إجراءات الحصول على ترخيص مجلس المنافسة.....125

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على عدم التمييز المكرس في

قانون الممارسات التجارية.....128

المطلب الأول: المقابل الحقيقي و المبرر الشرعي كحد لمنع التمييز

بين الأعوان الاقتصاديين.....129

الفرع الأول: المقابل الحقيقي كاستثناء لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....129

أولاً: وجود مقابل حقيقي للمعاملة التجارية.....130

ثانيا: المعاملات التجارية النزيفة و الشريفة كمييار لتقدير المقابل الحقيقي.....132

الفرع الثاني: المبرر الشرعي كاستثناء على عدم التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....135

أولاً: وجود نص قانوني أو عرف تجاري كحد لمنع الممارسة التمييزية.....135

أ - وجود النص القانوني كحد لمنع الممارسة التمييزية.....136

ب - وجود العرف التجاري كحد لمنع الممارسة التمييزية.....138

ثانيا: تطبيق مبدأ النزاهة و حسن النية في المعاملة كحد لمنع التمييز

- 138.....الممارسة التمييزية
- 140.....المطلب الثاني: الحرية التعاقدية كحد لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين
- 141.....الفرع الأول: حرية التفاوض و الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين
- 142.....أولا: حرية التفاوض ضرورة في المعاملات بين الأعوان الاقتصاديين
- 143.....ثانيا: حرية اختيار المتعاقد و المنع الموجود في المادة 15 من القانون رقم 04-02.....
- الفرع الثاني: القوة الملزمة في العقد: الناتج عن احترام مبادئ الحرية التعاقدية
- 145.....(كحد للممارسة التمييزية)
- 145.....أولا: القوة الملزمة للعقد
- ثانيا: التنازل عن القوة الملزمة للعقد الناتج عن الممارسة التمييزية كما هي
- 147.....محددة في المادة 18.....
- 149.....الباب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على ممارسة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....
- 150.....الفصل الأول: الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على السوق.....
- المبحث الأول: الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على
- 151.....الفعالية الاقتصادية.....
- المطلب الأول: الآثار القانونية لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين على
- 151.....الفعالية الاقتصادية.....
- الفرع الأول: الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون المنافسة على
- 152.....الفعالية الاقتصادية.....

أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عرقلة حرية المنافسة على الفعالية الاقتصادية.....152

ثانياً: آثار منع التمييز الناتج عن التعسف على الفعالية الاقتصادية.....155

الفرع الثاني: الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون الممارسات التجارية

على الفعالية الاقتصادية.....158

أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي

على الفعالية الاقتصادية.....158

ثانياً: آثار منع التمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين

على الفعالية الاقتصادية.....159

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على حدود التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

على الفعالية الاقتصادية.....161

الفرع الأول: الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقاً لقانون المنافسة

على الفعالية الاقتصادية.....161

أولاً: أثر إباحة الممارسة التمييزية لوجود نص قانوني على الفعالية الاقتصادية.....162

ثانياً: أثر إباحة الممارسة التمييزية لوجود تدخل مجلس المنافسة أو ترخيص

الحكومة على الفعالية الاقتصادية.....163

أ - أثر ترخيص الحكومة على الفعالية الاقتصادية.....163

ب - أثر تدخل مجلس المنافسة على الفعالية الاقتصادية.....164

الفرع الثاني: الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقاً لقانون الممارسات التجارية

على الفعالية الاقتصادية.....168

أولاً: أثر عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقاً لما هو محدد في المادة 18 على

168.....الفعالية الاقتصادية

170.....ثانياً: أثر حرية التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين على الفعالية الاقتصادية

172.....المبحث الثاني: آثار وجود أو عدم وجود الممارسة التمييزية على المستهلكين

173.....المطلب الأول: الآثار القانونية لمنع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين

173.....الفرع الأول: الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون المنافسة على المستهلكين

174.....أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عرقلة حرية المنافسة على المستهلكين

176.....ثانياً: آثار منع التمييز الناتج عن التعسف على المستهلكين

الفرع الثاني: الآثار القانونية لمنع التمييز المكرس في قانون الممارسات التجارية

178.....على المستهلكين

179.....أولاً: آثار منع التمييز الناتج عن عدم وجود مبرر و مقابل حقيقي على المستهلكين

181.....ثانياً: آثار منع التمييز الناتج عن الاعتداء على مصالح الأعوان الاقتصاديين

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على حدود التمييز بين الأعوان الاقتصاديين

182.....على المستهلكين

الفرع الأول: الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقاً لقانون المنافسة

182.....على المستهلكين

183.....أولاً: آثار إباحة الممارسة التمييزية لوجود نص قانوني على المستهلكين

ثانياً: آثار إباحة الممارسة التمييزية لوجود ترخيص الحكومة و تدخل مجلس المنافسة

184.....على المستهلكين

- أ - أثر ترخيص الحكومة على المستهلكين.....184
- ب - أثر تدخل مجلس المنافسة على المستهلكين.....186
- الفرع الثاني: الآثار القانونية لإباحة الممارسة التمييزية وفقا لقانون الممارسات التجارية على المستهلكين.....188**
- أولا: أثر عدم معاقبة الممارسة التمييزية وفقا لما هو محدد في المادة 18 على المستهلكين.....188
- ثانيا: أثر حرية التفاوض بين الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين.....191
- الفصل الثاني: الآثار القانونية للتمييز بين الأعوان الاقتصاديين على الأعوان الاقتصاديين.....193**
- المبحث الأول: بطلان العقود المترتبة على الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.....194**
- المطلب الأول: بطلان العقود المترتبة على التمييز وفقا لما هو محدد في قانون المنافسة.....195**
- الفرع الأول: الأساس القانوني لبطلان العقود المترتبة على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....195**
- أولا: أصحاب الحق في طلب البطلان.....197
- ثانيا: الهيئة المكلفة بالنطق بالبطلان.....102
- الفرع الثاني: فعالية البطلان المترتب على التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....205**
- أولا: عدم تكيف البطلان المطلق مع الواقع.....205
- ثانيا: الفعالية بدون بطلان.....210
- المطلب الثاني: بطلان العقود المترتبة على التمييز وفقا لما هو محدد في قانون الممارسات التجارية.....212**
- الفرع الأول: الأساس القانوني لبطلان العقود المترتبة على التمييز.....212**
- أولا: أصحاب الحق في طلب البطلان.....214

- 218.....ثانيا: الهيئة المكلفة بالنطق بالبطلان.....
- 219.....**الفرع الثاني:** فعالية البطلان المترتب على التمييز.....
- 220.....**أولا:** عدم تكيف البطلان المطلق مع الواقع.....
- 222.....ثانيا: الحلول الأخرى البديلة لبطلان العقد.....
- 223.....**المبحث الثاني:** الجزاءات المترتبة على الأعوان الاقتصاديين المرتكبين الممارسة التمييزية.....
- 224.....**المطلب الأول:** الجزاءات المترتبة وفقا لقانون المنافسة.....
- 225.....**الفرع الأول:** العقوبات الإدارية التي يصدرها مجلس المنافسة.....
- أولا: العقوبات المالية التي يوقعها مجلس المنافسة على الأعوان الاقتصاديين
المرتكبين الممارسة التمييزية.....
- 226.....
- 228..... أ - كيفية تحديد الغرامة المالية.....
- 230..... ب - الاستثناءات الواردة على عقوبة الغرامة.....
- 232.....ثانيا: الأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة للأعوان الاقتصاديين المرتكبين الممارسة التمييزية...
- 234.....**الفرع الثاني:** العقوبات المدنية التي تصدرها الهيئة القضائية.....
- 236.....**أولا:** إثبات العلاقة السببية بين الضرر و خطأ صاحب الممارسة التمييزية.....
- 240.....ثانيا: تحديد الهيئة القضائية المختصة للفصل في عقوبة التعويض.....
- 241..... أ - الاختصاص النوعي للمحاكم المختصة للفصل في عقوبة التعويض.....
- 243..... ب - الاختصاص الإقليمي للمحاكم المختصة للفصل في عقوبة التعويض.....
- 244.....**المطلب الثاني:** الجزاءات المترتبة وفقا لقانون الممارسات التجارية.....
- 245.....**الفرع الأول:** العقوبات الجزائية المترتبة على منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....

- أولاً: التحقيق في الممارسة التمييزية وفقاً لقانون الممارسات التجارية.....245
- أ - مهام الموظفين المؤهلين بالتحقيق في الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.....246
- ب - حجية المحاضر المحررة من قبل الموظفين المؤهلين بالتحقيق في الممارسات التمييزية.....248
- ثانياً: العقوبات المالية الجزائية المترتبة على صاحب الممارسة التمييزية.....249
- أ - العقوبات الأصلية و التكميلية المترتبة على الممارسة التمييزية.....250
- ب - الهيئة القضائية المختصة للفصل في العقوبة المترتبة على الممارسة التمييزية.....252
- الفرع الثاني: العقوبات المدنية المترتبة على منع التمييز بين الأعوان الاقتصاديين.....254**
- أولاً: العقوبات الإدارية المترتبة على الممارسة التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.....254
- أ - شروط و إجراءات المصالحة.....255
- 1 - شروط إجراء المصالحة مع الأعوان الاقتصاديين المخالفين.....256
- 2 - إجراءات المصالحة مع الأعوان الاقتصاديين المخالفين.....257
- ب - الآثار المترتبة على المصالحة.....259
- ثانياً: عقوبة التعويض المترتبة على الممارسات التمييزية بين الأعوان الاقتصاديين.....259
- أ - عقوبة التعويض الناتجة عن المسؤولية الجزائية.....260
- 1 - دعوى التعويض الفردية.....260
- 2 - دعوى التعويض الجماعية.....262
- ب - عقوبة التعويض الناتجة عن المسؤولية التقصيرية.....263
- الخاتمة:.....267

271.....: قائمة المصادر:

289.....: الفهرس:

و لله الحمد