وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الشركات

مقدمة من قبل الطالب: جمال خوالد

مذكرة بعنوان:

نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة

نوقشت وأجيزت بتاريخ:2017/05/23

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتورة: مجوج انتصار	(جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	رئيسا
الدكتور: عياض عماد الدين	(جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مشرفا ومقررا
الدكتورة: بن أحمد صليحة	(جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مناقشا

الموسم الجامعي:2017/2016

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الشركات

مقدمة من قبل الطالب: جمال خوالد

مذكرة بعنوان:

نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة

نوقشت وأجيزت بتاريخ:2017/05/23

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتورة: مجوج انتصار	(جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	رئيسا
الدكتور: عياض عماد الدين	(جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مشرفا ومقررا
الدكتورة: بن أحمد صليحة	(جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مناقشا

الموسم الجامعي:2017/2016

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل وفاءً وتقديراً وإعترافاً منا بالجميل نتقدم بجزيل الشكر لأولئك المخلصين الذين لم يألوا جهدا في مساعدتنا، ونخص بالذكر الأستاذ الفاضل:

*** عياض عماد الدين *****

على هذه الدراسة وصاحب الفضل في توجيهنا ومساعدتنا، فجزاه الله كل خير.

ولا ننسي أن نتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتنا طيلة السنوات الخمس

وأخيراً، نتقدم بجزيل شكرنا إلى كل من مدوا لنا يد العون في إخراج هذه الدراسة على أكمل وجه.

مقـــدمـــــة

مقدمة

لقد ظل القانون المدني يمثل الشريعة العامة لكافة التصرفات القانونية بصفة عامة والعلاقات التعاقدية بصفة خاصة في مختلف مجالات الحياة القانونية، غير أن تطور الحياة الاقتصادية وتغير وظيفة الدولة نتيجة لتبني نمط اقتصادي جديد في إطار اقتصاد السوق، فتح المجال لظهور أشخاص معنوية خاصة على غرار الشركات التجارية والتجمعات الاقتصادية كنتيجة لتكريس الحريات الاقتصادية على غرار حرية التجارة والصناعة والاستثمار وكذلك حرية المنافسة والأسعار في ظل تحرير القطاعات الاقتصادية وانفتاح المرافق العمومية على المنافسة الحرة.

هذا التطور أدى غلى ظهور تشريعات خاصة معها قواعد جديدة غير مألوفة عن تلك القواعد التي كانت تحكم العلاقات التعاقدية ضمن أحكام القانون المدني الذي يكرس الحرية العقدية والقوة الملزمة للعقد وكذلك المساواة بين أطراف العقد بغض النظر عن مراكزهم الاقتصادية، بما يهدف إلى استقرار المعاملات المالية خصوصا العلاقات الاقتصادية منها وتحقيق الأمن القانوني في الحياة الاقتصادية.

ومن أبرز هذه التشريعات، قانون المنافسة الذي تضمّن مثل هذه القواعد الخاصة، لاسيما وأنه أولى أهمية كبيرة للعلاقات التعاقدية التي تنشا في السوق في إطار التصدي للممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة على اعتبار أن أحكامه تهدف إلى حماية السوق وحظر الممارسات التي تمس بالمنافسة والمتدخلين في السوق ومراكزهم التعاقدية، مما أدى الى تدخل قانون المنافسة في مجال قانون العقود وإخضاع هذا الأخير لمنطق قانون المنافسة، وهذا ما أفرز الكثير من الإشكالات سواء ما تعلق منها بتحديد مفهوم العقد من منظور قانون المنافسة ومد مشروعيته خاصة إذا ما تضمّن العقد ممارسة محظورة او تعسفا أخّل بتوازن العلاقات التعاقدية، وكذلك القيود المتعلقة بالنظام العام في ظل تبني نظام عام اقتصادي جديد يعتبر الضابط للحياة الاقتصادية وللعلاقات التعاقدية التي تظهر في السوق في ظل التباين الذي تتميز به نتيجة للتفاوت الناتج عن الوضعيات الاقتصادية التي يحتلها المتعاقد في السوق.

وإلى جانب المسؤولية المدنية التي تنشا على أساس الضرر التنافسي الناتج عن الممارسات المنافية للمنافسة، استعان قانون المنافسة بالبطلان كجزاء مدني تمّ الأخذ به ضمن منظومة الجزاءات التي تضّمنها قانون المنافسة مع توظيف جديد نظرا لخصوصية العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق.

إن قانون المنافسة من ضمن النصوص التي تشكل حقلا للبحث القانوني، من زاوية مدى تأثيره على ظهير الالتزامات والعقود، على أساس أن هذا الأخير يقوم على الحرية العقدية للأفراد، المستندة على مبدأ سلطان الإرادة بحيث أن إرادة طرفيه هي التي تحدد مضمون العقد والتزامات الطرفين، في حين أن الأول

يقوم على الحرية التنافسية والتي تستند بدورها على مبدأ العرض والطلب كمحدد للأسعار في السوق، وأن العقد في ظلها مجرد آلية لتحريك الثروات وتوزيعها.

ويمكن القول آن المقتضيات التي جاء بها هذا القانون تلك المؤثرة في قانون العقود بحيث أنه تضمن العديد من الوسائل القانونية المختلفة عن تلك المتعارف عليها في النظرية العامة للالتزامات، لأجل تحقيق التوازن العقدي، بحيث جاء بمجموعة من الضوابط منع من خلالها كل الممارسات المنافية لقواعد المنافسة، وجاء بالعديد من الالتزامات لم تكن معروفة في ظهير الالتزامات والعقود، بحيث ألزم المهنيين بإعلام المستهلك و تقديم الفاتورة له، كما مكن المستهلك من حرية التعاقد لحماية رضاه من الوسائل غير الأمنية أو غير الشريفة التي يأتيها المهنيون ضدهم

عموما، فإن الخوض في موضوع من قبيل مدى تأثير قانون المنافسة على قانون العقود ليس بالأمر السهل، على اعتبار تباعد النصين لا من حيث الزمان ولا من حيث الأسس الفلسفية، مع الأخذ بعين الاعتبار التداخل من حيث أن العقد يعد آلية للتعامل في السوق وفقا ما جاء به قانون العقود ولكن في حدود ما تقتضيه قواعد المنافسة الشريفة التي ينظمها قانون حرية المنافسة.

إن قانون المنافسة يرتضي تحقيق مصلحة الاقتصاد الوطني، بحيث يحد من الحرية الفردية لأجل تلك المصلحة، إلى حد أن يمكن القول بان قانون المنافسة بأنه "تقييد الحرية التعاقدية باسم مصلحة المجتمع لأن الأمر يتعلق بتعارض حسن سير السوق والذي يمثل مصلحة جماعية مع المصلحة الفردية للمتعاقدين والمضمونة بمقتضى القانون المدني"

أهمية الدراسة: إن البحث ينتمي إلى الأبحاث القانونية المتعلقة بالمنافسة وعلاقتها بالعقود، فنظرا لما تكتسبه الحرية التنافسية من أهمية بالغة وكبيرة في عصرنا هذا سواء بالنسبة للمستهلك أو الاقتصاد الوطني.

أهداف الدراسة:

- تسليط الضوء على كفاءة مبدأ الحرية التعاقدية ضمن قانون المنافسة.
- تحديد صيغة العلاقة بين مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ حرية المنافسة.
- رصد تطور نظرية العقد ضمن النصوص الخاصة.
- تزويد المكتبة القانونية بدراسات دالة التوجهات الاقتصادية الحديثة للجزائر.
- تزويد الأعوان الاقتصاديين والمصالح المختصة بضبط السوق بدراسات قانونية في مجال نشاطهم .
- تعزيز انفتاح طلبة القانون على التخصصات الأخرى لاسيما الاقتصاد.

أسباب اختيار الموضوع: توجد أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

فالأسباب الذاتية لاختيارنا الموضوع تتمثل في رغبتنا محاولة التوسع في مجال الحرية المنافسة بصفة عامة والبحث ودراسة هذا الموضوع بصفة خاصة.

أما الأسباب الموضوعية فتعود إلى نسبة الاحتكار التي قد يمارسها أحد المتعاملين الاقتصاديين داخل السوق نتيجة القوة والهيمنة الاقتصادية التي يتمتع بها أو محاولة هذا الأخير إقصاء المتعاملين الأقل قوة مما قد يمس بحرية المنافسة.

الإشكالية: يعالج البحث من خلال طرح الإشكالية التالية: **ما مدى الحرية التعاقدية للأعوان الاقتصاديين في إطار قانون المنافسة (أي الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة) ؟**

المنهج المتبع: لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الاستدلالي والتحليلي، والذي يسمح بشرح النصوص القانونية وتحليلها.

صعوبات الدراسة: إن من بين الصعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة هو أنه رغم وجود كم من المراجع في مجال المنافسة إلا أن هناك نقص كبير في المراجع المباشرة التي تتناول موضوع بحثي والمتخصصة فيه، والتي تتحدث عن العلاقة بين الحرية التعاقدية والحرية التنافسية.

خطة الدراسة: ومن أجل دراسة موضوع البحث ولمعالجة الإشكالية المطروحة، قمنا بتقسيم خطة البحث إلى فصلين الفصل الأول خصصناه للحديث عن تعزيز الحرية التعاقدية من خلال قانون المنافسة والذي يحوي مبحثين المبحث الأول حرية المنافسة أساسا للحرية التعاقدية والمبحث الثاني الحرية التعاقدية آلية لتفعيل حرية المنافسة أما

الفصل الثاني تركناه للحديث عن تقييد الحرية التعاقدية من خلال قانون المنافسة، والذي يتضمن مبحثين المبحث الأول النظام العام الاقتصادي التنافسي كقيد على الحرية التعاقدية و المبحث الثاني آليات تقييد الحرية التعاقدية في قانون المنافسة.

الفصل الأول

الفصل الأول: تعزيز حرية التعاقد من خلال قانون المنافسة

إن الّتحرير القانوني للإرادة يشكل أحد الجوانب الهامة التي تميز القانون الليبرالي، والذي يرى في العقد قانونا وشريعة للأطراف المتعاقدة، بحيث بإمكاننا القول أن تبادل الرضا هو الذي يخلق هذا العقد ويحدد مجال تطبيقه إن على مستوى تنفيذه أو عدم تنفيذه.

بالفعل فحرية التعاقد تعد وسيلة قانونية منبثقة، وناتجة عن الّنظام الحر. والسبب أن العقود التي يبرمها الأشخاص بكلّ حرية في إطار ونسق المادة 106 من ق م ج (العقود)، هي خاصة تلك التي سوف تسمح بتداول الّثروات. وهنا نلاحظ – كما يقول دائما Hario هاريو:

« Le commerce juridique est un ensemble de formes économiques engendrées par le commerce économique[1]»

هذا صحيح، لأنها علاقة ضيقة تربط نظاما قانونيا كيفما كان مع الّنظام الاقتصادي الذي يعمل داخله الأول، وبالتالي عندما يرتكز اقتصاد ما على أسس ليبرالية، فإن الّنظام القانوني وبناء العلاقات الّتعاقدية يكون بالطبع ليبراليا، علما أن نظرية الالتزامات في حد ذاتها، هي نتاج وسط اقتصادي واجتماعي مستلهم من هذه الحرية الشاملة المبنية على المستوى القانوني من جهة على مبدأ حرية الإرادة، وعلى المستوى الاقتصادي من جهة أخرى على فلسفة " دعه يعمل دعه يمر"، والتي كان من مخّلفاتها تلك الّتقنيات القانونية التي تعتبر العقد كوسيلة حرة للّتبادل الاقتصادي الّتجاري التي يكون بعيدا عن كلّ إكراه أو ضغط... الخ[2].

وفي هذا الإطار يمكن القول، أن هناك جانبين يميزان أساسا الّنظام الحر: الجانب الأول يكمن في مبدأ الحرية الفردية، والجانب الثاني يرتكز على مبدأ حرية الاّتفاقات المشكلة، أي التي تأخذ بعين الاعتبار مبدأ: " قانون العقود" إذن، من خلال ما يمكن قراءته من الفقرات السابقة، نستطيع أن نحكم،أن الإعمال الفعال لمبدأ حرية المنافسة، يجعلنا نجزم أنّه يحق للمتعاملين الاقتصاديين عموما الاستناد إلى مبدأ حرية التعاقد، حتى وإن أدى ذلك إلى تقييد المنافسة، بحيث أّنه لا يمكن تصور تعارض فعلي ومطلق بين قانوني المنافسة والعقود، بدء من كون أّنه حتى من الّناحية التاريخية، فإن قواعد المنافسة تعد مستوحاة و لا تمّثل إلا امتدادا للقواعد الخاصة.

إن تأثير قانون العقود على قواعد المنافسة، قد اّتخذ أشكالا ومظاهر جعلت البعض يتحدث عن قانون مدني اقتصادي ، بينما يرجع البعض الآخر قواعد الحماية التي يتضمنها قانون المنافسة إلى تلك الروح المدنية التي لازمت هذا الأخير، باعتبار أن القانون المدني يعد عند الكثير من المفكرين القانونيين " المدافع

1- تيورسي محمد، **الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013،ص:299.
2- **المرجع نفسه**، ص: 300.

عن الحريات الفردية Le défendeur de libertés individuelles.[1]

1- **المرجع السابق**، ص: 300.

المبحث الأول: حرية المنافسة أساس الحرية التعاقدية

بالرغم من حداثة قواعد المنافسة لم تستغن تشريعات المنافسة الحديثة على العقد كمفهوم أساسي ترتكز عليه قواعد السوق، وتدور حوله مختلف الممارسات والتصرفات التي تبرم بين المتعاقدين الاقتصاديين في السوق سواء كانوا متنافسين أو شركاء تجاريين.

لذلك عرف العقد تصورا جديدا من منظور قانون المنافسة من خلال مختلف التصرفات التعاقدية التي تصدى لها لاسيما في ظل المنافسة التي يهدف قانون المنافسة إلى حمايتها.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة

تعتبر حرية المنافسة كقيمة حقوقية ضمنتها أغلب الدساتير ومن بينها الدستور الجزائري وضمنت الحق في ممارستها، على أساس أن حق الأشخاص في مزاولة نشاطهم كفاعلين اقتصاديين لا يتأتى إلا إذا كان مؤطرا بضمانات قانونية، على رأسها الدستور.

أولا: مبدأ حرية التجارة والاستثمار: لا يمكننا التطرق إلى مقصود حرية المنافسة وتكريسها دون المرور بمبدأ حرية التجارة والاستثمار الذي كان امتداد لحرية التجارة والصناعة بعد تعديل الدستور سنة 2016 في مادته التي مضمونها: " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز وخدمة التنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين، يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة"[1].

ويمكن أن نستنتج من نص المادة أن مبدأ حرية التجارة والاستثمار هو أساس حرية المنافسة ومنبثقة منه، حيث أن تكريس حرية المنافسة يرتكز أساسا على مبدأ حرية التجارة والاستثمار الذي يلزم هذا المبدأ منع الاحتكار، واحترام قواعد السوق والتي من بينهما حرية المنافسة.

ويفهم كذلك من نص المادة فتح المجال للقطاع الخاص في عملية التنمية واعتماد الأسلوب التعاقدي وسلطان الإرادة والسماح كذلك للخواص بمنافسة القطاع العام، بحيث أن الدولة تنسحب من نسبيا من الحقل الاقتصادي و تتحوّل الدولة من متدخلة إلى دولة ضابطة.

1- المادة 43 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016

فالمنافسة الحرة ملازمة للتجارة والاستثمار فلا يتحقق الاعتراف بحرية النشاط التجاري والاستثماري ما لم يضمن حق القيام بهذا النشاط في نظام تسوده المزاحمة والمنافسة الحرة.

وما يتفرع كذلك من مبدأ حرية التجارة والاستثمار مبدأ حرية الأسعار حيث تواجه الدول النامية مشكلة التوفيق بين تفعيل المنافسة وتحرير الأسواق من جهة وحماية الصناعات الناشئة والإستراتيجية من جهة أخرى، ما يلزم تدخل الدولة في تحرير الأسعار حيث يهدف هذا التدخل إلى أهداف اقتصادية واجتماعية.

وكهدف اقتصادي تعتبر الدولة السعر وسيلة تشجيع بعض القطاعات أو بعض الأقاليم، و وسيلة إقرار التوازن الاقتصادي العام في الدولة، أما بالنسبة للهدف الاجتماعي فيتمثل في المحافظة على القدرة الشرائية لذوي المداخيل الضعيفة، كما تعمل على التحكم في الكوارث والأزمات في حالة إثارة مشكلة تموين نشاط معين أو إقليم معين[1].

رغم التأكيد على مبدأ حرية الأسعار للمؤسسات الاقتصادية طبقا للدستور وقانون المنافسة في ظل الاقتصاد الحر، إلا أنه يمكن للدولة في بعض الحالات على سبيل الحصر واستثناءا أن تتدخل وتفرض قيود على حرية الأعوان الاقتصاديين وذلك بتحديد الأسعار وفرضها بالنسبة لبعض السلع ذات الطابع الاستراتيجي، فتبقى الدولة هي الوحيدة المخول لها بمقتضى نص المادة 05 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة الحكم على سلعة ما أو خدمة ما على أنها إستراتيجية أم لا، وتختلف من وقت لآخر فما هو الإستراتيجي اليوم لا تعتبر كذلك غدا، وقد جاءت المادة أعلاه بالصيغة الجوازية ويستشف ذلك من عبارة " يمكن" وليس بصيغة الإلزام معنى ذلك أنه حتى ولو قررت الدولة على أن السلعة أو خدمة ما تعتبر إستراتيجية فليس بالضرورة أن تتدخل في تحديد السعر أي لها سلطة تقديرية في هذا الشأن وعلى اعتبار أن السعر أساسه متروك لقانون العرض والطلب فإن الأعوان الاقتصاديين لا يمكنهم تحديد أو رفع أو تقييد أو تثبيت الأسعار في السوق، لأن هذا مخالف لقواعد المنافسة، ويكون هذا التقنين للسلع والخدمات بموجب مرسوم وأخذ بالتفصيل رأي مجلس المنافسة.[2]

وقد أورد المشرع في نفس المادة من هذا الأمر باتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار بقصد فرض الرقابة عليها ويكون هذا فيما يلي:

- في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق.

1- تيورسي محمد، **الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص:243.

2- محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، ع38، أكتوبر 2005، ص: 96

- 4حالة ارتفاعها المفرط بسبب الكوارث.

- في حالة ارتفاعها المفرط بسبب صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة.

- في حالة الاحتكارات الطبيعية.

بالإضافة إلي هذه الاستثناءات التي حددها المشرع على سبيل المثال يمكن إضافة الزلازل والفيضانات...الخ، فتتخذ هذه التدابير الاستثنائية بموجب مرسوم، مع الأخذ برأي مجلس المنافسة الذي يعتبر كهيئة استشارية.

وعلى غرار ذلك وبموجب القانون 05/10 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة فقد تم تعديل نص المادتين 4 و 5 منه فجعلت تحديد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفي ظل احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما، وعلى أساس قواعد الإنصاف والشفافية والنزاهة.

ثانيا: المقصود بحرية المنافسة: تعني العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون الاقتصاديون لنفس النشاط وأن يستمروا في هذه المنافسة من دون قيود، أو بمعنى آخر" أن كل شخص يعتبر حرا للقيام بأي نشاط اقتصادي، وذلك بشرط احترام متطلبات القانون التجاري، وبصورة عامة وأدق قوانين الضبط الاقتصادي.

وعليه يمكن القول أن حرية المنافسة تتضمن بالإضافة إلى حرية انتقال الأشخاص و احترام حرية القيام بالمشاريع، وأن لا تكون هناك حواجز تحظر الدخول إلى السوق، وحرية حركة عوامل الإنتاج، وعدم إعاقة تدفق رؤوس الأموال أو تضييق حرية وحركة انتقال السلع أو الخدمات ولا حرية الإنشاء... الخ.[1]

وانطلاقا من ارتكاز المنافسة في اقتصاد السوق على نظام العرض والطلب، والذي يفترض امتلاك المتعاملين الاقتصاديين لهامش معين من الحرية، ومن خلال معاينة الواقع الاقتصادي، نلاحظ أنه توجد وضعيات متعددة للمنافسة في السوق والتي قد تكون أكثر أو أقلّ تنافسية، بمعنى أنّه يملك المتعاملون فيها هامشا من الحرية قد يضيق أو يتسع تبعا. لعدة اعتبارات اقتصادية خاصة.[2] ومهما يكن من أمر، فإن هذه الحرية وإن اعتبرت أهم عنصر لبلوغ وضعية تنافسية، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يستغني عنها الاقتصاد الليبرالي الحالي، فإنها في المقابل تعد سيفا ذا حدين، فمن جهة إيجابية قد تكون سببا بل وشرطا ضروريا لكسب الزبائن وتطوريهم، وهو ما يحدث غالبا عندما نحسن استغلال الظروف والوسائل...الخ، ومن جهة أخرى مقابلة سلبية، قد تشكل أحد الأسباب في زوال هؤلاء الزبائن أو جزء منهم، وذلك باعتبار أن منطق السوق القائم على قانون العرض والطلب يقضي بأن كل كسب لزبون من متعامل ما، هو في حقيقة

1 – محمد محمد عبد اللطيف، **المرجع السابق**، ص: 94.

2– **تيورسي محمد، المرجع السابق**، ص: 99

الأمر خسارة لهذا الزبون من متعامل آخر، وهو ما قد يؤدي مع الوقت إلى محاولة نفي هؤلاء من السوق وهذا يعني القضاء على المنافسة ذاتها، فكما يقول المثل الفرنسي المعروف: " la concurrence a vocation à détruire la concurrence".[1]

وعلى العموم، تبقى الحرية التنافسية عاملا جوهريا لتحقيق الفاعلية الاقتصادية، وتؤدي إلى التطور الاجتماعي المنشود، وهو الأمر الذي تفطن إليه العالم الاقتصادي ستيوارت ميل عندما قال: « كل ما يحد من المنافسة هو شر وكل ما ينميها هو خير».[2]

المطلب الثاني: مبدأ حرية المنافسة وحرية التعاقد

إن العلاقة بين حرية المنافسة وحرية التعاقد تقوم على فكرة ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية التنافسية.

فمبدأ سلطان الإرادة ليس إلا انعكاسا لسياسة الحرية الاقتصادية التنافسية في نطاق القانون الخاص فالفكرة الأساسية لحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بتبادل الثروات والخدمات وأن يتعاقدوا كما يشاءون وبمحض إرادتهم .وهذه هي خير وسيلة لقيام علاقات أكثر عدلا.[3]

وكذلك يمكن اعتبار قانون المنافسة المجال الذي تلتقي فيه الحريات الاقتصادية التنافسية بالحرية العقدية التي يكرسها قانون العقود والتي تشكل أحد مبادئه في ظل سيطرة النزعة الفردية لسلطان الإرادة حيث تجد الحرية العقدية مجالا واسعا في السوق الذي يعتبر المجال الطبيعي للحريات الاقتصادية وخصوصا حرية المنافسة لذلك يرتبط كل من قانون المنافسة والقانون المدني بالحرية التعاقدية سواء فيما يتعلق بحرية الفرد في التعاقد أو عدم التعاقد من جهة وكذلك حريته في تحديد مضمون العقد من جهة أخرى، ونتيجة لذلك ظهر توافق بين قانون المنافسة وقانون العقد، بحيث يعتبر العقد في هذا الإطار كآلية قانونية لتحقيق النظام الاقتصادي الذي يرتكز على المفاهيم الأساسية التي يتضمنها القانون الخاص.

ونجد أن قانون المنافسة تضمن مفهوم العقد ضمن أحكامه سواء نص على ذلك صراحة أو في ظل مفهوم الاتفاق.

فعلى سبيل المثال نص قانون المنافسة على العقد في المادة (06/06) من قانون المنافسة: "... إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية..." ، وكذلك نجد قانون المنافسة أولى أهمية بالغة

1 – Concurrence et économie de marché (Site : www.droitdeconcurrence.fr).

2 – Yves Serra, **le droit Français de la concurrence**, édition DALLOZ, 1993, p : 04

3– نبيل إبراهيم سعد، **النظرية العامة للالتزام**، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص: 37.

لعقد البيع التي تخضع للفحص باعتبارها تمس حرية المنافسة، ونجد كذلك مفهوم الاتفاق أو الاتفاقات التي تظهر في السوق بين المتنافسين.

المبحث الثاني: حرية التعاقدية كآلية لتفعيل حرية المنافسة

الدولة لا تتدخل في القطاع الاقتصادي بل تضع قواعد قانونية للأعوان الاقتصاديين تسمح لهم بعملية التعاقد (قانون الشركات، قانون العمل، قانون العقود...) فإذا توافرت جميع الشروط فإن الدولة تترك السوق يعمل لوحده[1].

من الناحية العملية يظهر أن تدخلات القوة العامة كبيرة ومتنوعة، فالدولة تكمل المؤسسات العامة وتعمل على تطويرها وتقويمها لكنها ملزمة من جهة أخرى باحترام المنافسة.

الجزائر ليست بعيدة عن هذا النظام حيث تخلت عن نظام الاقتصاد الموجه، وتبنت نظام الاقتصاد الحر، فتم الانتقال من دولة الرفاهية إلى دولة الضبط، ضبط القطاع الاقتصادي يعني إيجاد التوازن بين حقوق والتزامات كل طرف في السوق، ويقوم بهذه المهمة، هيئات جديدة مكلفة بضبط القطاع الاقتصادي يطلق عليها الهيئات الإدارية المستقلة.

إن قواعد السوق تختلف من حيث المصدر فإما أن تكون من وضع الهيئات الإدارية المستقلة عن طريق الأنظمة، أو من إنشاء المتعاملين الاقتصاديين بواسطة العقد، تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

إن اكتساح الهيئات الضبطية لأغلب القطاعات الاقتصادية يظهر أن العقد قد نقصت قيمته في ضبط السوق، لكن بقي يحتل مكانة كوسيلة للدخول فيه[2].

المطلب الأول: العقد كآلية للتواجد في السوق

بالإضافة إلى اعتباره أداة للتبادل التجاري، فإن العقد يعتبر من أهم التقنيات والصيغ التي تدخل عبرها المؤسسات الاقتصادية السوق وتتموقع فيه، وتباشر تعاملاتها فيه.

فلقد أصبح ملحوظا اتجاه المشروعات التجارية صوب الاتفاقات من أجل مواكبة التطور الحاصل في السوق، سواء من خلال سياسة التكامل الرأسي أو الأفقي.[3]

1- عز الدين عيساوي، **العقد كوسيلة لضبط السوق**، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر،ع3، فيفري 2008، ص: 206

2- عز الدين عيساوي، **المرجع نفسه**، ص: 207

3- قادة شهيدة، **حدود التوجه التعاقدي في مجال المنافسة**، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، ، 2007،ص88

كما يجب الإشارة أيضا إلى ظاهرة الاتفاقات بين المشروعات على استخدام القيم فيما بينها: إما في شكل عقود الامتياز التجاري، أو عن طريق امتيازات استغلال الأماكن، أو اتفاقات التوزيع المتكامل، أو عبر صيغة تبادل التراخيص أو نقل المعرفة.

ويبدو أن تلك الصيغ الاتفاقية سائرة نحو الشيوع في منطقتنا العربية طالما أن الرغبة في فتح أسواق جديدة، وكسب مستهلكين كثر، بات مطلبا ملحا من لدن المؤسسات الإنتاجية الأوروبية والأمريكية كذلك الدور المتنامي للاتفاقات الاقتصادية في خلق التمركزات الاقتصادية، والتي قد تأخذ صيغة عقود الاتحاد «les contrats d'union» بين الشركات المتنافسة، أو تتم من خلال عقود التبعية « les contrats de dépendance»يتم توجيه الإنتاج بما يتوافق مع مصلحة أحد المشروعات أو النظام التعاقدي المتفق عليه.[1]

ومن جهة أخرى وبغض النظر عن الحظر المفروض على الاتفاقات المعرقلة لسيرورة السوق ونظاميته وشفافيته (المادة 6، 7 من الأمر 03/03 المنظم للمنافسة في الجزائر)، وهي الحالات المسماة بالاتفاقات السيئة، فإنه وبالمقابل هنالك فئة أخرى من الاتفاقات الحسنة خارجة عن دائرة المنع القانوني.

ورغم اعتراف بصعوبة الوقوف على معيار حاسم، يحدد مدى اعتبار بعض الاتفاقات حسنة وأخرى سيئة، فإن المعول عليه في هذا الصدد، هو تقرير مجلس المنافسة لمدى الملائمة الاقتصادية لهذه الاتفاقات من عدمها.

هذا وبالرجوع إلى المادة (09) من الأمر 03-03 فإننا نجد المشرع الجزائري أقر بقبول الاتفاقات بين المؤسسات (اندماجات أو تركيزات) وخاصة إلى كانت تستهدف تطوير الاقتصاد الوطني، أو تحقيق قفزة نوعية معتبرة، أو تساهم في خلق مناصب شغل جديدة، أو تسمح للمؤسسات المتوسطة والصغيرة بالتموقع في السوق الجزائرية.

ومن الضروري أيضا التأكيد على الحكم الوارد في المادة (21) من الأمر 03/03 والمتعلق بإمكانية طعن المؤسسات الراغبة في الاندماج أو التركيز أمام مجلس الحكومة.

ومن الواضح بأن هذا الدور يزداد تعاظما في مجال التجارة الدولية، ففي كل يوم تطالعنا وسائل الإعلام بجديد اتفاقات الاندماج والتجمعات والاتحادات الاقتصادية بين المؤسسات التجارية وفي شتى المجالات: الطيران، الإعلام الآلي، بنوك، تأمين.

1 – قادة شهيدة، **المرجع نفسه**، ص: 90.

وفي مختلف هذه الفروض فإن للمتعامل الاقتصادي سلطة اتخاذ قرار الانضمام أو الانسحاب من الاتفاق بحسب مقتضيات مصالحه في السوق، وطبعا فإن الشكل القانوني المؤطر لعمليات التموقع داخل السوق العقد أو الاتفاق.[1]

هذا ورغم الحذر الذي يبديه الفقه المقارن حيال تلك الممارسات فإن شركات النقل الدولي لم تتورع يوما عن اللجوء إلى سالف التحالفات لمواجهة المنافسة من جهة ولتقليص التكاليف من ناحية أخرى.

بل أنه حتى القيود التشريعية الوطنية والدولية لم تفلح في التضييق من مجال تلك الاتفاقات وخاصة وأن تلك التحالفات تساهم وبقسط افر في زيادة الاستثمارات وتحصين مستوى المعيشة (اتفاقات التخصيص)، وتوفير مستوى عال من الأمن والسكينة للمجموعة الوطنية والدولية[2].

إن الفرص الواعدة التي تتيحها تلك الاتفاقات والعقود لا تتوقف عند هذا الحد، بل إن الممارسات التجارية ما فتئت تتفتق عن تقنيات تعاقدية جديدة، مثل اتفاقات تقسيم الأسواق، أو مناطق التحكم في التوزيع، وشروط الارتباط أو من خلال شروط عدم المنافسة والتي تستهدف الحد من وتيرة المنافسة غير المجدية في السوق.

هذا وبالرغم من المآخذ المسجلة على سالف الممارسات، فلقد جرى الاتفاق على نفاذها طالما أنها لا تعطل سيرورة ونظامية وشفافية السوق.

فالبيّن إذن أن مجال العقود والاتفاقات والمشارطة في السوق التنافسية هو أوسع من أن يقع تحت حصر أو تحديد، وهو ما يدفع البعض إلى: الدعوة إلى تكريس قانون مستقل للشروط ليكون قادرا على التكييف مع الآليات التعاقدية المتعددة الحاصلة بين المتعاملين في السوق[3].

وبعد هذا وذاك أفلا يمكن تفسير تجليات هذا التوجه التعاقدي بالقناعة التي باتت راسخة لدى كثير من الفقه الفرنسي والقائلة: « بأن قانون المنافسة في سيره وتنظيمه يتجه شيئا فشيئا صوب التعاقدية»؟

« Le droit de la concurrence, dans son fonctionnement même se contractualise de plus en plus»

ومن الغريب أن هذه الملاحظة تكاد تصدق حتى في مجال تسيير الدولة لأموالها التجارية، إذ يسجل في هذا الصدد تقارب كبير بين العقود الإدارية والعقود المدنية، وخصوصا في جهة خضوعها لقانون

1- المعتصم بالله الغرياني، **القانون التجاري**، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص: 214

2- قادة شهيدة، **المرجع السابق**، ص: 89.

3- تيورسي محمد، ، **الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص: 295.

المنافسة[1].

المطلب الثاني: العقد كآلية للمبادلات التجارية داخل السوق

بادئة يجب التركيز في هذا الصدد على الدور التقليدي للعقد بحسبانه الوسيلة القانونية التي تتم من خلالها المبادلات التجارية في السوق التنافسية و التذكير هنا بأن العقد ومن هذه الناحية يبدو كأنسب تقنية لتكريس الحرية الاقتصادية ببعديها:[2]

- الحرية التعاقدية
- حرية المنافسة.

ومعه لايبدو غريبا، اعتبار العقد محركا أساسيا لتبادل السلع والخدمات بين المتعاملين الاقتصاديين في ظل نظام اقتصادي (اقتصاد السوق)، يركز على إعمال سلطان إرادة المتدخلين (مبدأ الحرية التعاقدية) فيما لا خالف النظام العام التنافسي، وهو ما يبدو أن المادة (06) من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في الجزائر قد استهدفه.

إن الحكم السالف ينتهي على اعتبار العقد فضاءا لقواعد خاصة في السوق تصنعها إرادة الأعوان الاقتصاديين، ولا يحد من مجال إعمالها إلا مجافاة قواعد النظام العام الاقتصادي، وهو ما يكاد يتقاطع مع نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري: " العقد شريعة المتعاقدين..."، والمادة 107 من ذات القانون: " إنه يجب تطبيق العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".[3]

بل قبل هذا وذلك، فإنه يجسد المضمون الاقتصادي لمبدأ حرية التعاقد وبالصورة التي أكدتها المادة 43 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 (مبدأ حرية التجارة والاستثمار).

والحق فإن تعاظم شأن العقد في مجال المنافسة يعود في الأساس للمواصفات والخصائص التي يتسم بها من حيث كونه أداة للتوقع، وأنه تقنية مرنة قابلة للتطويع مع مختلف الأوضاع والمراكز القانونية، وفي شتى الفروع القانونية، ويمنح الأطراف إمكانية التقابلية في الأداءات.

إن سالف الخصائص أهلت وتؤهل العقد دوما، وفي شتى المجالات إلى إعادة البعث والتموقع داخل السوق التنافسية طالما أنه وبحسب بعض الفقه الأداة القانونية لتفعيل آليات السوق بل وبرأي الأستاذة

1- قادة شهيدة، **المرجع السابق**، ص: 90.

2 - عز الدين عيساوي، **العقد كأداة لضبط السوق**، ورقة مقدمة للملتقى الدولي - الاتجاه نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية-، مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 23-24 أبريل، 2006، ص: 205

3 - عز الدين عيساوي، **المرجع السابق**، ص: 206.

Marie anne frison roche : « le contrat est le pilier du marché»[1]

والأمر على النحو السالف شرحه فإنه يصعب تصور سوق تنافسية من دون عقود، طالما أنه يصعب الكلام عن نظام السوق بغير تقنيات تعاقدية، بل أن السوق التنافسية في حد ذاتها، لا تعدو إن تكون مظهرا مكرسا لذلك النظام.

و ينظر إلى العقد وبحسب التصور السالف باعتباره محصلة مفاوضات ومشارطات يضبطها المتعاملون في السوق، وتعكس في الآن نفسه سلوكاتهم الفردية والجماعية، وتعبر بحق عن تكريس مبدأ: حرية التفاوض والتعاقد، للتقليل من تجاذب المصالح وتضاربها.

وغني عن البيان التذكير، بأن الاقتصاديين والقانونيين ، دأبوا على النظر إلى العقد بوصفه الحليف للمنافسة طالما أنه في انسجام وتوافق مع النظام العام التنافسي.

وهو بهذا الوصف التقني الأقدر على استقبال واستيعاب قواعد قانون المنافسة الهادفة إلى حماية النظام العام التنافسي.

ويبدو أن تحقيق سالف التوقعات مرتبط وبقدر كبير، وعلى رأي الأستاذ Bruno poetitبمدى تحقق فكرة المنافسة التامة، المرتبطة في الأساس بتحقق الشروط الاقتصادية، والتي يبدو من الصعب تصور حصولها عمليا.

إن أقصى ما يمكن قبوله في هذا الصدد هو القول بأن العقد أداة لتجسيد المنافسة غير الكاملة، بالصورة التي تسمح بالإعمال العقلاني لآليات السوق، ومن دون إهدار لمصالح المستهلكين الراغبين في الحصول على حاجاتهم من المنتوجات والخدمات.[2]

إن ما يطلق عليه البعض بسيطرة السوق وآلياتها على المبادلات التجارية يبدو مرتبطا بالتحليل السالف على أن يكون على حساب بعض المبادئ المحققة للتوازن بين: حرية السوق وبين حماية النظام العام التنافسي ومن أهمها:[3]

-شفافية الممارسات التجارية: والمرتبطة بضرورة الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع المادة(4 و 5)من ق 04-02.

بل يجب أن لا تهمل أيضا مسألة التعاون بين المتعاملين الاقتصاديين، وما من شك فإن ضرورة شفافية الممارسات التجارية باتت تمثل إحدى متطلبات اقتصاد السوق لما تتيحه للعون الاقتصادي من

1- قادة شهيدة، **المرجع السابق**، ص: 86.

2 - قادة شهيدة، **المرجع نفسه** ، ص 90.

3 - قادة شهيدة، **المرجع نفسه**، ص 103

الوقوف على مركزه ووضعه داخل السوق، طبعا بالموازاة مع المتعاملين الآخرين.

وفي المحصلة فإن فكرة الشفافية تمنح المتعاملين الاقتصاديين هامشا معتبرا للتفاوض تحت فضاء مفتوح، وقد تتجاوز في أهدافها ما يتيح الالتزام بالإعلام للمتعامل في السوق، بل لا نعدم الحالات التي لجأت فيها هيئات الضبط في فرنسا إلى فكرة الشفافية لاسترجاع التوازن المفقود في السوق أو في العقد.

ومن المناسب التذكير هنا على أنه وبالرغم من المحاولات الحثيثة لإعادة النظر في دور العقد كأداة للمبادلات التجارية، التذكير هنا إلى أنه يجب إن يؤكد على أنها لم تتجاوز النظرة إليه بوصفه أداة مدمجة في السوق: (العقد المدمج le contrat intégratif) كما تعبر عنه الأستاذة Marie anne frison rocheوالذي لا يمثل أي تهديد له، وهو ما ينتهي بنا إلى اعتبار العقد أداة لتجسيد السياسة الاقتصادية الليبرالية (اقتصاد السوق)[1].

1- عز الدين عيساوي، **العقد كوسيلة لضبط السوق**، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر،ع3، فيفري 2008، ص: 205

الفصل الثاني

الفصل الثاني: تقييد الحرية التعاقدية من خلال قانون المنافسة

يمكن القول، أن قانوني المنافسة والعقود لم يبتدعا كثيرا، إذ نجد أن كلا منهما، رغم كونه يملك طريقة عمله الخاصة به ، يمكن أن يستمد من الآخر أو يمنحه عناصر نظرية بسبب كون الاثنين معا يملكان المبادئ المشتركة الأساسية (عقلانية، منطق موّحد... الخ)، وهذا التأثير يبقى نسبيا، انطلاقا من فرضيات أساسية، تكمن في مدى اعتبار قانون المنافسة قانونا خاصا، والقاعدة عندنا أن الخاص يقيد العام، أم أنه يجب اعتبار المبادئ العامة المحتواة في قانون العقود " قواعد عامة لا يمكن الاستغناء عنها لتفسير القواعد الخاصة (أي قواعد المنافسة)" هذا من جهة، ومن جهة أخرى لأنه يتصادم مع صمود ومقاومة كل قانون على حدة[1].

وإن تدخل وتأثير قواعد المنافسة على النظرية العامة للعقود، التجارية منها خاصة وبالأخص عقدي البيع والتوزيع، يظهر منذ ولادة التصرف القانوني المنشئ للالتزام، بل قد يمتد تأثيرها إلى القوة الملزمة للعقد وإلى الأثر النسبي له.

إن الحرية التعاقدية المستخلصة من مبدأ استقلال الإرادة، يمكن أن تتصادم مع تلك القواعد والمبادئ التي تجد أساسها في فكرة المصلحة العامة، ويأخذ هذا التأثير في الممارسة مظاهر عدة، نذكر من بينها على سبيل المثال:

- شفافية العرض.
- رفض البيع .
- عدم التمييز والممارسة اللاتمييزية .
- عدم تحديد السعر في العقد الإطار للتوزيع.

وما ينبغي ملاحظته، إن هذه الوضعيات قد نتجت ، عن سببين رئيسيين:

- أن مبدأ حرّية التعاقد في حد ذاته، والذي يجد سند الشرعي في القاعدة الفقهية " الأصل في الأشياء الإباحة"[2] ، بحيث لا يرد الحظر إلا بنصّ أو إجماع، وأما قانونا فيشكل هذا المبدأ إحدى النتائج المترتبة على دخول الفكرة في فقه ق.م بحيث أصبحت القاعدة العامة هي " حرية التصرف"، ومن ثم، " فكلّ ما ليس

1- تيورسي محمد، **الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013ص: 293.

2- **المرجع نفسه**، ص: 295

بممنوع فهو جائز"[1].

–العقد بدأ يشهد تراجعا نسبيا شيئا فشيئا في السنوات الأخيرة، بحيث تجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي في السنوات الأخيرة، أصدر حكما شهيرا في 13 أوت 1994، يتضمن مبدأ جديدا يشكل عدولا عمّا كان سائدا، حيث قرّر أنه: " لا توجد قاعدة ذات قيمة دستورية تحمي مبدأ حرّية التعاقد".

– كون القواعد الخاصة (قواعد المنافسة) أسمى من القواعد العامة (قانون العقود)، ولكن أيضا من القوة والقيمة الخاصة لقواعد المنافسة التي اصطبغت بسموّ مطلق ارتقت بفضلها إلى مصاف قواعد النظام العام المبررة بحماية المصلحة العام[2].

1– **المرجع نفسه**، ص: 295.

2–تيورسي محمد ، **المرجع السابق**، ص: 232

المبحث الأول: النظام الاقتصادي التنافسي كقيد على حرية المتعاقد

لقد ظل العقد منذ زمن بعيد تحكمه الضوابط التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة[1].

في ظل نظام السوق يختلف دور الدولة تماما في النشاط الاقتصادي عنه في نظام التخطيط المركزي، إذ أنه، وكأصل عام، لا تقوم هذه الأخيرة بمباشرة النشاط التجاري، وإنما تترك للخواص (أفراد ومؤسسات)، وهذا كله يعني ترك الأمور تجري في أعنتها ودون ضابط، أو كما يقال: « دعه يمر دعه يعمل»، لأنه وببساطة يعد وضوح واستقرار المراكز القانونية من أهم الشروط اللازمة لأداء السوق لدورها، وبالتالي قيام الأشخاص والمشروعات عموما بالحساب الاقتصادي السليم، وعليه وعلى أساس ضمان المصلحة العامة تحرص الدولة على رسم الإطار ووضع الضوابط التي يتم من خلالها هذا النشاط، إذن ففكرة النظام العام هي بمثابة الإطار العام الذي يعبر من خلاله أي نظام عن مشروعيته ومشروعية قيمه العليا وثوابته، وذلك عبر قواعد قانونية فوق عادية (أصلية) يشكل قبولها واحترامها، ومن ثم الالتزام بها حجر الزاوية في هذا النظام، وبالتالي وكنتيجة لذلك، إذا أرادت الدولة توفير أكبر قدر من الانصياع لتشريعاتها (لقواعد معينة خاصة)، عليها أن تصبغ عليها وصف القاعدة القانونية فوق العادية (أي تلك المتعلقة بالنظام العام)، لأنه قد يحدث أحيانا أن لا يكون هناك توافق بين البواعث الشخصية ومصلحة المجتمع، وذلك عندما تطغى الأولى على الثانية، انطلاقا من طبيعة النفس البشرية ذاتها « فطرة الله التي فطر الناس عليها...»، وبالطبع يتخذ ذلك أشكالا متعددة كحب السيطرة على السوق، وإقصاء المنافس أو منعه أساسا من الدخول إليها.[2]

المطلب الأول: مفهوم النظام الاقتصادي التنافسي:

بالرغم من كون فكرة النظام العام عموما من الأفكار السائدة في جميع فروع القانون، وتلعب دورا على جانب كبير من الأهمية في النظام القانوني لأي دولة، إلا أنه لا يزال يكتنفها الكثير من الغموض والإبهام، مما يجعلها تستعصي حتى الآن عن التعريف من قبل المشرعين والفقهاء على حد سواء، وفي هذا السياق كتب الأستاذ هانري دي روزييه Henri des roziersيقول: « إنه يمكن إدخالها في عداد المصطلحات الغامضة التي لا تفيد شيئا معينا بذاته»، كما وصفها الفقيه باسكال pascalبأنها: « من المصطلحات التي تملأ الآذان دون العقول»، وعبّر الفقيهان بي pillet ونيبوابيه niboyetعن الفكرة ذاتها بقولهما: « إن مفهوم

1- سامي بن حملة، **قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة**، الملتقى الدولي في الجزائر، جامعة الجزائر 01، 2016، ص: 282.

2- تيورسي محمد، **المرجع السابق**، ص: 303

النظام العام يعد جزء من الأشياء التي نحس بها أكثر مما نعبر عنها».

« La notion d'ordre public fait partie des choses qu'on se sent plus qu'on les exprime»[1].

وانطلاقا من موقف المشرع عموما واهتدائه بمعظم قرارات السلطة القضائية في هذا الخصوص، يمكن تعريف النظام العام بأنه: « نظام المجتمع الأعلى الذي يحيط بجوانب عدة، منها الخلقية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية...الخ».[2]

ويذهب الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط إلى القول بأن : « القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام، هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد».[3]

ولعل من أوضح التعاريف التي جاء بها الفقه في إيضاح فكرة النظام العام، أنه يتجسد في مجموع المصالح الجوهرية الأساسية للجماعة، بحيث لا يمكن تصور بقاء كيان المجتمع سليما معافى إلا باستناده على الرعاية التي تكفل بقاء تلك المصالح الجوهري والأساسية، فالمجتمع لا غنى له عن تلك الدعائم التي يرتبط بقاؤه ببقائها.[4]

وأيّا كانت التعاريف المقدمة للفكرة وتعددها، فإنها تعبر في مجموعها عن شيء واحد يتعلق بـ: " حسن إدارة الأنظمة الضرورية للجماعة"، أو كما وصفه الأستاذ soeurs: « le plus petit dénominateur qu'il faut respecter» أي مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة.[5]

المطلب الثاني: مظاهر النظام الاقتصادي التنافسي

يمكن القول بان النظام الاقتصادي التنافسي هو تدخل الدولة في القطاعات الاقتصادية لضبطها لان ترك النشاط الاقتصادي للأفراد والسماح بحرية مطلقة قد يمس في غالب الأحيان بالحرية التنافسية لذلك جاء قانون المنافسة للحد من هذه الحرية عن طريق حظر بعض الممارسات المقيدة للمنافسة والتي ذكرها على سبيل المثال لا الحصر ونجد ذلك جليا في نص المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة...

1- نادية فضيل، **تطبيق قانون المحل على شكل التصرف**، دار هومة للطباعة والنشر، ط1، 2006، ص: 275.

2- المرجع نفسه، ص: 274.

3- عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج1، (مصادر الالتزام)، مج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1952، ص: 434.

4- حسين كيرة، **المدخل إلى القانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: 47-48.

5 - Site :www.affaires _generales.gov.ma

أولا: حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة

نصّت المادة (06) من قانون المنافسة على أنه: " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة او الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.

– اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.

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

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

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

– السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

إن قانون المنافسة لا يمنع التعاون وتنسيق الجهود بين المؤسسات بغرض القيام بدراسات مشتركة، وتبادل المعلومات والخبرات لتحسين الإنتاج والإنتاجية، والحد من التكاليف وغيرها من أشكال وأصناف التعاون الذي يجري عادة بين المؤسسات، إنما الذي يحظره القانون، هو الاتفاق أو التفاهم الصريح أو الضمني بين المؤسسات التي تنشط في سوق معينة على تنسيق جهودها بغرض تنظيم المنافسة فيما بينها، بما يؤدي إلى عرقلة السير الطبيعي لقانون العرض والطلب في السوق، كأن تتفاهم على تحديد سعير معين لسلعة أو خدمة معينة، أو تقسيم الأسواق أو مصادر التموين أو مقاطعة تاجر او عون اقتصادي معين أو تقليص الإنتاج ووقف التطور التقني أو الاستثمار والتواطؤ في تقديم العطاءات ومنح الصفقات العمومية وما إلى ذلك من ممارسات، التي لم ترد هنا على سبيل الحصر وغنما على سبيل المثال، لأن الوسائل التي يمكن استعمالها من طرف المؤسسات للاحتيال وتزييف قواعد المنافسة كثيرة، لا يمكن حصرها في ما ذكره المشرع.[1]

1– محمد الشريف كتو، **قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03–03 والقانون 04–02**، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، ص: 34.

ثانيا: حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق:

توجد في بعض الأسواق، مؤسسات تتمتع بقوة سوقية أو هيمنة على السوق اكبر من منافسيها، كما توجد في حالات قصوى، مؤسسة وحيدة تحتكر السوق أي دون وجود منافسين لها، وهاتان الحالتان او الوضعيتان، إنما تنشآن نتيجة عوامل كثيرة نذكر منها: أن المؤسسة لها القدرة على الإنتاج بفاعلية وبتكلفة أقل أو أنها تحوز على أجهزة حديثة، وإطارات وعمال أكفاء ومتميزين قادرين على الإبداع والاختراع وانجاز منتجات عالية الجودة، وما إلى ذلك من عوامل، وهذه الأمور جيدة ومستحبة، وقانون المنافسة يرمي إلى تشجيعها والحث عليها، ولذا فإنه لم يحظر وضعية الهيمنة أو وضعية الاحتكار بحد ذاتها حيث أنهما أمران جائزان وإنما حظر التعسف في هاتين الوضعيتين، واستغلالهما بما يؤدي إلى الإضرار بالمنافسين والمستهلكين، وبالاقتصاد بشكل عام، ولهذا تدخل المشرع لوضع ضوابط وقيود بهدف ضمان عدم التعسف في هاتين الوضعيتين[1].

ونصّ في المادة (07) من الأمر المتعلق بالمنافسة على أنه: " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة.
- إخضاع إبرام العقود الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".

من خلال تحليل المادة السابقة، نلاحظ أن الشروط الواجبة لمنع التعسف في وضعية الهيمنة أو الاحتكار ومعاقبة المؤسسة المتورطة فيها، يفترض أولا وقبل كل شيء، أن يثبت أن المؤسسة المعنية، حائزة على وضعية الهيمنة أو الاحتكار، ثم لابد أن يصدر عن المؤسسة المهيمنة على السوق ممارسة أو أكثر، من الممارسات المنصوص عليها في المادة السابقة، وقد ذكرت هذه الممارسات على سبيل المثال وليس الحصر، وأخيرا لابد أن تؤدي الممارسة، إلى تقييد المنافسة أو عرقلتها في السوق المعنية.

1- محمد الشريف كتو، **المرجع نفسه**، ص: 44.

ثالثا: حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية:

يحرص قانون المنافسة على منع الممارسات المقيدة للمنافسة مهما كان شكلها ومضمونها، ومن تلك الممارسات ما ترتكبه بعض المؤسسات القوية اقتصاديا من أفعال وسلوكيات اتجاه بعض المؤسسات، تمثل في فرض بعض الشروط التعسفية عليها، نتيجة استغلال حالة التبعية التي تتواجد عليها هذه المؤسسات، التي لا تملك خيارات كافية أو حلول بديلة لرفض تلك الشروط المجحفة ونظرا لما تسببه هذه الممارسة من ضرر بالمنافسة فقد حظرتها المادة (11) من الامر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ونصت على أنه: " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة، يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

-رفع 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.

-كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق".

وقد أضافت الفقرة الأخيرة من المادة (03) أن وضعية التبعية الاقتصادية: "هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن، إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا".

يلاحظ أن التعسف في حالة التبعية الاقتصادية، يكفي لإدانته أن تكون للمؤسسة المسيطرة تبعية على المؤسسة التي تتعامل معها.

رابعا: حظر ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفيا

استحدث المشرع الجزائري هذه الممارسة بموجب الأمر رقم 03-03، وتختلف عن ممارسة إعادة البيع بالخسارة المنصوص عليها في الأمر رقم 95-06 الملغى، وذلك من حيث مضمونها وشروطها.

حظر قانون المنافسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، نظرا لضررها على المنافسة في السوق، وتتمثل هذه الممارسة في ذلك البيع الذي يعرض فيه العون الاقتصادي بيع سلعة أو بيع هذه السلعة فعلا للمستهلك بسعر يقل عن سعر الإنتاج والتحويل والتسويق، وذلك إذا كان هدف أو أثر ذلك تقييد المنافسة أو عرقلتها

في سوق ما، ومن الواضح أن هذه الممارسة تختلف عن ممارسة إعادة البيع بالخسارة التي تمنع التاجر دون المنتج ، من إعادة بيع ما تراه بسعر يقل عن سعر التكلفة الوارد في الفاتورة، ولما كانت ممارسة الأسعار بالخسارة لا يقتصر على التاجر مشتري السلعة فحسب، فقد مدّ المشرع نطاق الحظر إلى المنتج والمحول اللذين قد يتعسفان في تخفيض أسعار السلع المباعة من طرفهما مباشرة إلى المستهلك، إلى حد يقل على تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق[1].

المبحث الثاني:آليات تقيد الحرية التعاقدية في قانون المنافسة

كما قلنا سابقا إذا أدت الحرية التعاقدية إلي المساس بالحرية التنافسية فهنا يتدخل قانون المنافسة لتقييد حرية التعاقد بمجموعة من الآليات التي من شأنها إعادة التوازن بينهما.

المطلب الأول: آليات علاجية

ومن بين الآليات التي تكفل حماية حرية المنافسة من المساس بها آليات علاجية، التي قد تفعل بعد حدوث الممارسات المنافية للمنافسة والمتمثلة في البطلان والغرامات المالية.

أولا: البطلان

1- مجال تطبيق البطلان: يشمل البطلان كل الممارسات المقيدة للمنافسة و هذا ما نصت عليه المادة (13) من الأمر 03/03 بقولها:"دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المادة 6 و7 و10 و11 و12".

فيبطل كل اتفاق أو شرط تعاقدي يكون موضوعه تقييد المنافسة، سواء تعلق الأمر باتفاقات محظورة أو تعسف في استغلال وضعية هيمنة أو تبعية اقتصادية، شرط أن لا تكون هذه الممارسات محل تبرير بموجب المادة 8 و9 من نفس الأمر، ففي هذه الحالة تفلت من جزاء البطلان.

ويتقرر البطلان حتى ولو لم يكن كل المتعاقدين مساهمين في هذه الممارسات أو لم يكن له علم بذلك، وهذا ما يعرف بالبطلان المطلق، وينتج عن ذلك أنه إذا كان الشرط باطلا فلا يحق لأحد أطراف العقد أن يطالب بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ هذا الشرط الباطل.[2]

1- محمد الشريف كتو، **قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02**، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر ص: 54.

2- شفار نبية، **الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جمعة وهران، سنة 2013/2012، ص: 141.

والبطلان قد يشمل الاتفاق كاملا أو بند منه، وفي الحالة الأخيرة يبحث القاضي فيما إذا كان هذا البند يشكل شرطا جوهريا في الاتفاق أم لا، حيث يلجأ لإعمال نظرية السبب،فإذا تبين أن البند المتنازع فيه يشكل شرطا أساسيا في تكوين العقد أي أنه لولاه لما أبرم الاتفاق أو العقد فإنه يترتب عن بطلانه بطلان الاتفاق ككل وفي هذه الحالة يكون البطلان كلي، أما إذا اتضح للقاضي أن هذا البند ليس جوهريا في العقد فإنه يحكم بالبطلان هذا البند فقط أما العقد فيكون صحيحا، فيكون البطلان في هذه الحالة جزئيا.

2- أصحاب الحق في التمسك بالبطلان: إن كون الممارسات المنافية للمنافسة باطلة بطلانا مطلقا يتبعها الكثير من النتائج ، من بينها تحديد أصحاب الحق في التمسك بهذه الدعوى، فالبطلان المطلق عقوبة تهدف إلى حماية المصلحة العامة، لهذا يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، وهذا ما يستنتج من نص المادة 01/102 من ق.م: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسه ولا يزول البطلان بالإجازة".[1]

فلقد أجاز القانون لكل ذي مصلحة أن يلجأ إلى المحكمة المدنية أو التجارية لمطالبة ببطلان الاتفاق المقيد للمنافسة، إذ يمكن رفعها من طرف:

أ- الأطراف: فالأطراف التي أصابها ضرر من هذه البنود أو الاتفاقيات والالتزامات غير الشرعية منح لها قانون المنافسة حق اللجوء إلى الهيئات القضائية للمطالبة بإبطالها، ويكون ذلك وفقا للإجراءات العادية للتقاضي، إذ يشترط أن يتم رفع الدعوى من ذي صفة ومصلحة وأهلية، ويقصد بالمصلحة تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه،أي العون الاقتصادي الذي تأثرت مصالحه وتضرر من جراء الاتفاقيات والالتزامات غير الشرعية،على ذي صفة وهي المؤسسات والأعوان الأطراف في هذه الاتفاقيات والممارسات المنافية للمنافسة، أي يشترط في العون الاقتصادي لرفع الدعوى أمام الجهات القضائية أن تتوافر فيه الشروط القانونية الواردة في المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم رفع وسير الدعوى وفقا للإجراءات العادية للتقاضي، وبعد تفحص المحكمة للعقود والاتفاقات والالتزامات الناتجة عن هذه الممارسات، ومدى تقييدها للمنافسة في السوق، وتوصلها إلى أنها منافية للمنافسة، أو تتضمن شروط من شأنها تقييد المنافسة وعرقلتها، تتولى القضاء ببطلانها.غير أنه لا يمكن للأطراف الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير.[2]

ب- الغير: يمكن لكل من تضرر من الاتفاق أو العقد المقيد للمنافسة، وكمثال عن دعوى البطلان المرفوعة من أجنبي، عن الاتفاق، الدعوى المرفوعة من طرف ممون تمت مقاطعته تجاريا نتيجة اتفاق مبرم بين منتج

1- موساوي ظريفة، **دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق المنافسة للمنافسة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2010-2011، ص: 11.

2- موساوي ظريفة، **المرجع نفسه**، ص: 18.

سيارات ومجموعة من أصحاب الامتياز concessionnaires التابعين له، يطالب ببطلان الاتفاق مؤسسا دعواه على المسؤولية التقصيرية، وقد قضت محكمة فرساي التجارية ببطلان الاتفاق على أساس المواد 7 و8 و9 من أمر 01 ديسمبر 1986 وليس على أساس المسؤولية التقصيرية.[1]

ج- جمعية حماية المستهلك: يمكن لجمعية المستهلك رفع دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة للمطالبة بإبطال الاتفاقات أو الشروط التعاقدية المنافية للمنافسة، لأنه ينتج عن حماية المنافسة في السوق حماية المستهلك، ذلك من بين أهداف قانون المنافسة هي تحسين الوضع المعيشي للمستهلك.

د- مجلس المنافسة: لا يختص مجلس المنافسة بطلان الاتفاقات والشروط التعاقدية المخالفة لقواعد المنافسة، ولكن بما أنه مخول قانونا لحماية المنافسة الحرة في السوق من جميع أشكال القيود والعوائق، فإنه يجوز له أن يرفع دعوى البطلان أمام القضاء المختص.[2]

ثانيا: لغرامات

تعتبر الغرامات التي يصدرها مجلس المنافسة بمثابة عقوبات إدارية، تتمثل في تقرير عقوبات مالية، كما يمكنه أيضا أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه وتوزيعه أو تعليقه (المادة 45 من الأمر 03/03) المتعلق بالمنافسة ومحتوى هذه العقوبات تناولته المواد من 56 إلى 62 من الأوامر 03/03 السابق.

وعليه بالرجوع إلى نص المادة26 من القانون 12/08 المعدلة لأحكام المادة 56 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة فإنه تسلط غرامة مالية لا تفوق عقوبة مالية 12% من مبلغ رقم الأعمال لآخر سنة مالية (المختتمة) وحسب رقم المبيعات التي حققت بغض النظر عن النفقات والمصاريف، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، بشرط أن لا تتجاوز الغرامة هذه أربعة أضعاف الربح المحقق.

وإذا كانت المؤسسة المخالفة لا تملك رقم أعمال فتعاقب بغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار جزائري (6.000.000 دج).

إن قانون المنافسة الذي سلط العقوبة على المؤسسات يمكنه تسليط عقوبات على الأشخاص الطبيعية، بحيث جاء في المادة 57 من الأمر 03/03 السابق أن كل شخص طبيعي ساهم شخصيا وبصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة أو أثناء تنفيذ هذه الممارسات وفقا لنص هذا الأمر بغرامة

1- بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص: 168.

2- موساوي ظريفة، **المرجع السابق**، ص: 18.

مليوني دينار جزائري (2.000.000دج).

كما يمكن لمجلس المنافسة أن يقر غرامات تهديدية لا تقل عن مبلغ مائة وخمسون ألف دينار جزائري (150.000 دج) عن كل يوم تأخير عن تنفيذ الأوامر والإجراءات المؤقتة في الآجال المحددة طبقا لهذا القانون.

عند عرقلة أعمال الرقابة التي تسند للمؤسسات يمكن لمجلس المنافسة إصدار عقوبة لا تتجاوز ثمانمائة ألف دينار (800.000 دج) كتقديم المعلومات الخاطئة أو غير الكاملة، التهاون وعدم تقديمها في الآجال المحددة، بالإضافة إلى غرامة تهديدية لا تقل عن (100.000 دج) عن كل يوم تأخير.

بالنسبة للمؤسسة التي تتعمد عرقلة أعمال التحقيق تسلط عليهم غرامة (800.000 دج) + (100.000 دج) عرقلة التحقيق.[1]

إن ما يميز قانون المنافسة عن غيره من القوانين هو إمكانية مجلس المنافسة من تخفيض العقوبة (الغرامة) إذا توفرت مجموعة من الشروط تناولتها المادة 60 من الأمر 03/03 المتعلق بقانون المنافسة كما يلي:

– المؤسسات التي تعترف بالخطأ والمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية.

– المؤسسات التي تتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام الأمر 03/03 إلا أنه في حالة قيام المؤسسة بالعود فإنها لا تستفيد من تخفيض العقوبة طبقا للشروط السابقة.[2]

المبحث الثاني:آليات تقيد الحرية التعاقدية في قانون المنافسة

كما قلنا سابقا إذا أدت الحرية التعاقدية إلي المساس بالحرية التنافسية فهنا يتدخل قانون المنافسة لتقييد حرية التعاقد بمجموعة من الآليات التي من شأنها إعادة التوازن بينهما.

المطلب الثاني: آليات وقائية

والنوع الثاني من الآليات هي آليات وقائية والتي تؤدي إلي تفادي أي حدوث للمساس بالحرية التنافسية

أولا: الرقابة على التجمعات والترخيص لها:

1– شرواط حسين، **شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون 08–12 المعدل والمتمم بالقانون 10–05 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة.**، دار الهدى للنشر والتوزيع، د ط، 2012، ص: 66.

2– **المرجع نفسه**، ص: 67

إن التجميع القليل الأثر على المنافسة، لا يلتفت إليه القانون ولا يلزم بطلب الترخيص له إلا التجمع الذي تقوم به المؤسسات المتمتعة بالقوة الاقتصادية ذات التأثير القوي على المنافسة ويفترض القانون أن بلوغها سيؤدي إلى المساس بالمنافسة، ولذا يجب عرض عملية التجميع على مجلس المنافسة .

بالرجوع إلى نص المادة 15 من الأمر 03/03 نجد أن مفهوم التجمعات مفهوم واسع قائم على عدة عقود.

1- شروط ممارسة الرقابة على التجمعات: على اعتبار أن العلاقة بين المؤسسات تكون في إطار علاقات تعاقدية كالاشتراك في الدراسات والبحوث بغرض توحيد الخبرات، وعلاقات مالية تتجسد بقيام مؤسسة بشراء أسهم تابعة لمؤسسة أخرى، باندماج مؤسستان أو أكثر بشكل يجعل منها من ناحية مؤسسة واحدة لأن المؤسسات المدمجة تذوب في المؤسسة الأم.

ولقد اشترط المشرع في نص المادة أعلاه أن يحصل نفوذا حاسما أي وضع مقاولة تحت سيطرة مقاولات أخرى خلال الانتفاع أو الملكية، عندها يمكن لمجلس المنافسة أن يفرض رقابة على التجميع.

وجاء في المادة 16 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المقصود بالمراقبة، هي تلك المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طريق طرق أخرى بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة، وهذه الممارسة تكون خاصة في:

- في حقوق الملكية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة أو جزء منها.

- حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها.

بالإضافة إلى الشرط الأساسي لممارسة هذه الرقابة وهو النفوذ الدائم هناك شروط أخرى منها وجود تجمعات تضر بالمنافسة من طرف المؤسسات، والمراقبة هنا سواء كانت بفرض العقوبات على السلوك التعسفي أو بالوقاية من التعسف المحتمل[1].

أما بالنسبة لرقابة التمركزات الأجنبية التي يكون لها أثر كبير على السوق الوطنية فالمشرع الجزائري سكت في هذا الشأن، وبالتالي لا يمكن فرض هذه الرقابة إلا على التمركزات التي تتم على إقليم الدولة الجزائرية دون التي تتم في إقليم دولة أجنبية مما ينجم آثار سلبية على السوق الوطنية، وتظهر أهمية ذلك مع إبرام اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي الذي يضمن إنشاء منطقة التبادل الحر، وكل هذا قد يقضي

1- تيورسي محمد، **الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013ص: 233.

على المؤسسات الاقتصادية المتوسطة والصغيرة وإخراجها من المنافسة.[1]

ومن الشروط أيضا، سواء كانت السوق داخلية أو خارجية، ما دامت تمارس داخل التراب الوطني، فإن عملية التجمع لا تخضع للمراقبة إلا إذا تجاوزت نسبة 40% من المبيعات والمشتريات في سوق ما، وهذا ما جاء في المادة 18 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، إن تحديد هذه النسبة بالتحليل الدقيق والمعمق من طرف الخبراء والأخصائيين في المجال الاقتصادي، وتعتمد طرق تحديد الحصة في السوق على عدة عناصر منها على وجه الخصوص تقييم الاستهلاك الوطني للمنتوج المعني، بالإضافة إلى تحديد رقم الأعمال المنجز في السوق من طرف المعنيين بعملية التجميع.[2]

2- طرق ممارسة الرقابة على التجميعات: بالرجوع إلى نص المادة 34 من القانون 12/08 المعدل والمتمم لنص المادة 18 من الأمر03/03 فإن مجلس المنافسة هو الوحيد الكفيل برقابة التجميعات، بحيث يتمتع بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة تلقائية منه أو طلب من الأطراف القانونية وهذا عندما يكون التجمع من شأنه المساس بالمنافسة، والمشرع لم يحدد وسيلة معينة فجعل المجال مفتوحا نظرا للتطورات الاقتصادية والتقنية التي آلت إليها المؤسسات، وبالتالي فالتصدي إلى هذا منح المشرع لمجلس المنافسة الاستعانة بأي خبير أو الاستماع إلى أي شخص يمكنه تقديم إضافة مفيدة، وأن يطلب من المصالح الوزارية خاصة المكلفة بإجراءات التحقيقات الاقتصادية من إجراء أي تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاص المجلس.

بعد أن كان مجلس المنافسة يفتقد إلى هذه الصلاحيات في الأمر 03/03 وبموجب المادة 37 منه أتى المشرع في نص المادة 20 من القانون 08-12 المعدل والمتمم لنص المادة 37 السابقة بحيث جاء فيها: " يمكن مجلس المنافسة القيام بكل الأعمال المفيدة التي تندرج ضمن اختصاصه لا سيما كل تحقيق أو دراسة أو خبرة...".

وقد جعل في نفس القانون وبصريح العبارة: " ... في حالة ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تكشف عن ممارسات مقيدة للمنافسة بمباشرة كل الأعمال الضرورية لوضع حد لها بقوة القانون".

واتخاذه أي إجراء مناسب لوضع حد للقيود التي يصطدم بها، أي تطبيقه للنصوص التشريعية والتنظيمية، وكل هذا يؤكد توسيع مدى التحقيق لمجلس المنافسة.

إن التعديل الأخير بالقانون 08-12 لم يمس نص المادة 17 من الأمر 03/03 التي تبين صحة التصرفات التي يقدم عليها الأطراف القانونية بشأن أي تجمع تراه يمس بالمنافسة الحرة، فأوجب المشرع تقديم هذا الإشعار للمجلس إلى تاريخ البث فيه بأن لا يتجاوز 03 أشهر رغم أن مراقبة التجميعات تشكل عملية

1 - عماري بلقاسم، **مجلس المنافسة**، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006 ص: 107.

2 - عماري بلقاسم، **المرجع نفسه**، ص: 108

معقدة، فتبقى المدة غير كافية لاستحضار المعلومات والبحوث، وقد تكون مستحيلة إذا تطلبت إجراء الخبرة لذلك نرى إعادة النظر في هذه المدة[1].

وأخيرا فإن قرارات المجلس حول التجميعات بطبيعة الحال عند إحالة المشروع إليه عليه أن يحلله ويجري عليه الخبرة إذا تطلب الأمر ذلك واستعماله لشتى الطرق القانونية، وهذا القرار يجب أن يكون مسببا ويتضمن ما يلي:

- الترخيص بالمشروع أو التجميع.
- رفض التجميع أو المشروع.
- أو الترخيص مع إبداء بعض التحفظات.

أما بالنسبة للترخيص لعملية التجميع فنستنتج من المواد 18،17،19،21 انه إذا أدي التجميع إلي المساس بالمنافسة أو قد يؤدي إلي ذلك يقد أصحابه طلب الترخيص إلي مجلس المنافسة والذي يبث فيه في أحل 3 أشهر ،و هذا كل ما كان التجميع يرمي إلي تحقيق نسبة محدد من الهيمنة وهي إذا تجاوزت نسبة 40% من المبيعات والمشتريات، ويمكن لمجلس المنافسة أن يرفض عملية التجميع إذا رأى أن عملية التجميع لها تأثير بالغ على المنافسة مع تقديم تقرير معلل بعد أخذ رأي الوزير المكلف غير أنه يمكن للترخيض التجمعات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي تلقائيا من طرف الحكومة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولا تستفيد من هذا الحكم سوى التجمعات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة.

وتحدد شروط طلب الترخيص حسب المرسوم رقم 05-219 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع.

ثانيا: الترخيص للاتفاقات ووضعية الهيمنة: إنّ حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة وغيرها من الممارسات كالتعسف في وضعية الهيمنة على السوق، ليس مبدأ مفتوحا بل أنه يتضمن استثناءات عديدة نصّ عليها المشرع، حيث أنه يمكن إعفاء أو ترخيص بعض الاتفاقات إذا توفرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون، فنصت المادة (09) من الأمر 03-03 على أنه: " لا تخضع الأحكام المادتين (06) و (07) أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي والتي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي".

1- تيورسي محمد، **المرجع السابق**، ص: 234.

أو تساهم في تحسين الشغل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، ولا يستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة[1].

وقد بيّن المرسوم التنفيذي 175/05 كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات والترخيص يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية حيث يلاحظ المجلس عدم وجود داع لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين (06) و (07) من الأمر 03-03.

1- محمد الشريف كتو، **قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02**، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر ص: 42

خـاتمـة

خاتمة

لقد عرف العقد تصورا جديدا من منظور قانون المنافسة نتيجة ازدهار الحرية العقدية في المجال الاقتصادي، في الوقت الذي لم تعد فيه العلاقات التعاقدية في السوق متوازنة اقتصاديا نتيجة حالات التبعية الاقتصادية التي تظهر بين المتعاقدين من جهة وكذلك نتيجة التفاوت في المراكز التعاقدية الناتجة عن حالات القوة الاقتصادية التي تضعف المتعاقد وتؤدي إلى اختلال توازن العقد من جهة أخرى، حيث أصبح العقد يمثل موطنا وحاملا للتصرفات التعسفية التي تظهر في إطار الممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة باعتباره مفهوما أساسيا ترتكز عليه قواعد السوق

ونخلص أيضا ممّا سبق دراسته إلى أهمية قانون العقود ومكانته ضمن القواعد الخاصة التي تضمّنها قانون المنافسة، ومدى تأثير هذه القواعد على القواعد التي تحكم العقد في القانون المدني.

فبالرغم من أن قانون المنافسة أصبح يُشكل البيئة الملائمة لازدهار مبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية نتيجة لتكريس حرية المنافسة، فقد أصبح يمثل مظهرا من مظاهر العلاقات التعاقدية ومجالات جديدا لتقييد ممارسة الحرية العقدية التي تنشأ في السوق.

ففي الوقت الذي عرفت فيه الحياة الاقتصادية الحديثة وكذلك الحياة القانونية عدة تحولات في مجال العقود نتيجة لتأثر العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق بالوضعيات الاقتصادية للمتعاقدين وكذلك حالة المنافسة، نتجت عدة إشكالات لجّلت خصوصا في تحديد مفهوم العقد وطبيعة العلاقات التعاقدية وكذلك مشروعيتها بالنظر لاعتبارات التي تتعلق بالنظام العام الاقتصادي في مجال المنافسة لاسيما إذا تعلق الأمر بمظاهر التعسف وعدم التوازن العقدي التي تنتج عن الوضعيات التعسف في الهيمنة وكذلك حالات التبعية الاقتصادية التي تصّدت لها قواعد قانون المنافسة في ظل قصور قواعد قانون العقود في معالجة مظاهر التعسف وعدم التوازن العقدي.

وهذا ما جعل من قواعد قانون المنافسة باعتبارها قواعد خاصة تسعى إلى خلق موائمة للتغير الذي عرفته العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق استجابة لمتطلبات السوق والبيئة الاقتصادية التي تتطلب الأخذ بواقع العلاقات التعاقدية وبالمراكز التعاقدية في السوق.

خاتمة

وهذا ما يبرر تدخل المشرع في توظيفه لجزاءات مدنية على غرار البطلان بما يخدم مصلحة المتعاقد الضعيف في العقد من جهة، وللحفاظ على النظام العام الاقتصادي الجديد الذي يهدف إلى حماية السوق، من جهة ثانية.

هذا وإن كان المشرع الجزائري في إطار قانون المنافسة قد ساير هذه التغيرات إلاّ أنّ أحكام قانون العقود (القانون المدني الجزائري) تبقى بعيدة عن هذه التحولات في الوقت الذي بدأت فيه محاولات تشريعية تسعى لمواكبة ومواءمة هذه التحولات الاقتصادية من أجل إيفاء جاذبية أكثر لتشريعاتها خصوصا وأنّ قانون العقود يعتبر كقانون محوري ترتكز عليه العلاقات التعاقدية في الحياة الاقتصادية بما يؤدي إلى تحقيق أمن قانوني فعّال في العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق.

وما يمكن استنتاجه مما سبق:

- إن للعقود مكانة مهمة في السوق التنافسية من خلاص تعزيزه لحرية المنافسة وتطوير الاقتصاد.
- قد تؤدي حرية التعاقد إلي المساس بحرية المنافسة من خلال التعسف في استخدامها.
- حرية المنافسة قيمة دستورية.
- انسحاب الدولة نسبيا من الحقل الاقتصادي والاعتماد على القطاع الخاص في عملية الاستثمار.

ومن أهم التوصيات التي يمكن تقديمها:

عدم المبالغة في تقييد الحرية التعاقدية بين الأعوان الاقتصاديين لأن ذلك قد يخل بالمنافسة الحرة وإعاقة الدخول إلي السوق، وكذلك إعادة النظر بالنسبة لحرية تحديد الأسعار وتوجه الدولة لتقنين وتسقيف الأسعار بشكل لا يضر الأعوان الاقتصاديين و حماية القدرة الشرائية للمستهلك في نفس الوقت.

وفي ختام دراستنا يمكننا الإجابة عن إشكالية الموضوع:

إن نطاق حرية الأعوان الاقتصاديين داخل السوق التنافسية قد يكون مطلق من خلال دخولهم إلي السوق والبقاء فيها وكذا من خلال إبرام اتفاقات بينهم, ولكن بما تسمح به قواعد السوق بحيث

خاتمة

انه إذا أدت حرية الأعوان إلي عرقلة حرية المنافسة داخل السوق فهنا تقيد حريتهم من خلال قانون المنافسة.

قائمة المصادر والمراجع

I- الكتب:

أ/- باللغة العربية:

-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004

-حسين كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية.

-نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة للطباعة والنشر، ط1، 2006

-نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2009

-المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2006

-تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013

-شرواط حسين، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون 08-12 المعدل والمتمم بالقانون 10-05 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة.، دار الهدى للنشر والتوزيع، د ط، 2012

-عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، (مصادر الالتزام)، مج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1952

-محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، (د.ط)، (د.ت)

ب/- باللغة الأجنبية:

- Yves Serra, le droit Français de la concurrence, édition DALLOZ, 1993

II- المقالات العلمية:

-سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، الملتقى الدولي في الجزائر، جامعة الجزائر 01، 2016

-عز الدين عيساوي، العقد كأداة لضبط السوق، ورقة مقدمة للملتقى الدولي – الاتجاه نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية-، مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 23-24 أبريل، 2006

-عز الدين عيساوي، العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر،ع3، فيفري 2008

-قادة شهيدة، حدود التوجه التعاقدي في مجال المنافسة، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد04، 2007

-محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، ع38، أكتوبر 2005

III- الرسائل الجامعية:

-شفار نبية، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جمعة وهران، سنة 2013/2012

-عماري بلقاسم، مجلس المنافسة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006

-موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق المنافسة للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2010-2011

IV- النصوص القانونية:

- الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر، ع43، لـ 20يوليو 2003 المعدل والمتمم بقانون 08-12 مؤرخ في25 يونيو 2008، ج.ر، ع36، لـ 02 يوليو 2008.

VI: مواقع الانترنت:

- Concurrence et économie de marché (Site : www.droitdeconcurrence.fr).

- Site :www.affaires _generales.gov.ma

الملخص

الملخص

الملخص باللغة العربية:

يتناول موضوع المذكرة نطاق الحرية التعاقدية للأعوان الاقتصاديين ضمن قانون المنافسة، أي العلاقة بين مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ حرية المنافسة الذي يقوم عليه نظام اقتصاد السوق المعتمد في الجزائر، فإذا كان الأصل أن مبدأ حرية المنافسة من شأنه تعزيز الحرية التعاقدية للأعوان الاقتصاديين في السوق، فإن هذه الحرية يجب أن لا تتحول إلى عائق أمام حرية المنافسة وأنها حينئذ يتدخل قانون المنافسة لتقييد حرية الأعوان الاقتصاديين حفاظا على حرية المنافسة، وذلك من خلال حظر ومراقبة الممارسات التعاقدية التي من شأنها تقييد المنافسة.

الكلمات المفتاحية: المنافسة، العقود، النظام الاقتصادي التنافسي، الأعوان الاقتصاديين

Résumé:

Le thème de ce mémoire traite la limite de la liberté contractuelle des agents économiques dans le droit de la concurrence, à savoir la relation entre le principe de la liberté contractuelle et le principe de la libre concurrence qui l'a adopté dans le système d'économie de marché Algérien, si le principe de la libre concurrence favoriserait la liberté contractuelle des agents économiques en marché, cette liberté ne doit pas se transformer en un obstacle à la liberté de la concurrence, à ce point, la loi de la concurrence interfère pour restreindre la liberté des agents économiques, en garantissant la liberté de la concurrence, par l'interdiction et le contrôle des pratiques contractuelles qui restreignent la concurrence.

Summary:

The subject matter of the note deals with the scope of contractual freedom of economic Alaouan within the competition law, i.e. the relationship between the principle of contractual freedom and the principle of freedom of competition based on the system of market economy adopted in Algeria, if the principle of freedom of competition would promote freedom contractual for economic Alaouan in the market, this freedom must not become an impediment to freedom of competition and then it interferes with the competition law to restrict the freedom of hakaza of economic agents to freedom of competition by prohibiting and controlling contractual practices that would Restricting competition.

Keywords: competition, contracts, competitive economic system, economic agents

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمة.....أ

الفصل الأول: تعزيز حرية التعاقد من خلال قانون المنافسة..... 6

المبحث الأول: حرية المنافسة أساس الحرية التعاقدية.....8

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة..... 8

أولا: مبدأ حرية التجارة والاستثمار 8

ثانيا: المقصود بحرية المنافسة 10

المطلب الثاني: مبدأ حرية المنافسة وحرية التعاقد..... 11

المبحث الثاني: حرية التعاقدية كآلية لتفعيل حرية المنافسة 12

المطلب الأول: العقد كآلية للتواجد في السوق..... 12

المطلب الثاني: العقد كآلية للمبادلات التجارية داخل السوق..... 15

الفصل الثاني: تقييد الحرية التعاقدية من خلال قانون المنافسة..... **Erreur ! Signet non défini.**

المبحث الأول: النظام الاقتصادي التنافسي كقيد على حرية المتعاقد 21

المطلب الأول: مفهوم النظام الاقتصادي التنافسي..... 21

المطلب الثاني: مظاهر النظام الاقتصادي التنافسي 22

أولا: حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة 22

ثانيا: حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق:..... 24

ثالثا: حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية: 25

رابعا: حظر ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفيا..... 25

المبحث الثاني:اليات تقييد الحرية التعاقدية في قانون المنافسة.....26

المطلب الأول: آليات علاجية 26

أولا: البطلان 26

ثانيا: الغرامات..... 28

المطلب الثاني: آليات وقائية..... 29

أولا: الرقابة على التجمعات والترخيص لها:..... 29

ثانيا: الترخيص للاتفاقات ووضعية الهيمنة..... 32

فهرس المحتويات

خاتمة:.....34
قائمة المصادر والمراجع: 37
الملخص.....40
فهرس المحتويات.....42