الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

مخبر البحث حول فعليّة القاعدة القانونيّة

نظرية التسهيلات الأساسية وقانون المنافسة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د

تخصص: حقوق

مقدّمة من طرف الطالب

توافي غيلاس

نوقشت بتاريخ: 15 جانفي 2022 أمام لجنة المناقشة المكوّنة من:

أ. د. زوايمية رشيد، أستاذ، جامعة بجاية، ---------- رئيسا،

أ.د. بري نور الدين، استاذ ، جامعة بجاية، ---------- مقررا،

د. عيساوي عز الدين، استاذ محاضر أ، جامعة بجاية، ---------- ممتحنا،

د. جلال مسعد، أستاذة محاضرة أ، جامعة تيزي وزو، ----------ممتحنة،

د. مختور دليلة، أستاذة محاضرة أ، جامعة تيزي وزو، ----------ممتحنة.

السنة الجامعية: 2021-2022

إهداء

إلى الوالدين الكريمين أدام الله عليهما الصحة والعافية

إلى زوجتي الكريمة وأخي وأختي حفظهم الله

إلى كل أساتذتي وأصدقائي وزملائي

كلمة شكر

بعد اكتمال هذا العمل المتواضع

فإني أحمد الله تعالى على توفيقه لي

كما يقتضي مني المقام أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان

للأستاذ الدكتور **بري نورالدين** قبوله الإشراف على هذا العمل، وتعهده بالتصويب وحرصه على التوجيه وإبداء النصائح

الفهرس:

الباب الأول: التسهيلات الأساسية: الإبداع في قانون المنافسة

الفصل الأول: مفهوم التسهيلات الأساسية

الفصل الثاني: السوق المرجعية وأساسية التسهيلة

الباب الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية

الفصل الأول: رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية: ممارسة مقيدة للمنافسة

الفصل الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: بين مقتضيات الضبط وحماية المنافسة

قائمة أهم المختصرات:

أولا: باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص: صفحة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ط: طبعة

باللغة الفرنسية

AAI : Autorité administrative indépendante.

ADP: Aéroports De Paris.

Aff : Affaire

Art.: Article

CE : Commission européenne

CJCE: Cour de Justice des Communautés Européennes

Comm : Communication

Cons. Conc : Conseil de la concurrence français

Déc : Décision

Ed: Edition

Ibid.: (Ibidem), au même endroit

JOCE : Journal Officiel des Communautés Européenne

JOUE : Journal Officiel de l'Union Européenne

LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

n°: numéro

قائمة أهم المختصرات

OCDE: Organisation de Coopération et de Développement Economique

op.cit :Opere citato, précédemment cité

PUF : Presses Universitaires de France

p: Page

p.p. : De la page à la page

RARJ : Revue Académique de la Recherche Juridique.

s/dir. : Sous la direction de.

TPICE : Tribunal de première instance des Communautés européennes

Vol. : Volume

المقدمة

بعد الفشل الذريع لنهج الدولة المتدخلة في تسيير الاقتصاد وتحقيق الفعالية الاقتصادية، أضحى البحث عن وجه اخر لتدخل الدولة في الحقل الاقتصادي بهدف تفادي العجز الذي طال النهج السابق ضرورة لابد منها. هذه الصورة الجديدة لتدخل الدولة في تنظيم القطاعات الاقتصادية عُرف باسم الدولة الضابطة[1]، والذي يتجلى على وجه الخصوص في انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي سواء من حيث التخلي عن ممارسة النشاط الاقتصادي لصالح المتعاملين الخواص أو من حيث تراجع الدولة عن تأطير النشاط الاقتصادي وتنظيمه[2].

بغض النظر عن نتائج التخلي عن نهج الدولة المتدخلة لصالح نهج الدولة الضابطة على التنظيم الهيكلي وذلك باستحداث نظام مؤسساتي جديد يتولى ضبط السوق فيما يُعرف بالسلطات الادارية المستقلة[3] بما خُول له من سلطات واسعة[4]، يبقى أهم تحد يواجهه هذا

---

[1] ZOUAIMIA (R.), *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, éd., Houma, Alger, 2005. du même auteur, ZOUAIMIA (R.), *Droit de la régulation économique*, Berti Edition., Alger, 2008.

CLAM (J.) et MARTIN (G.) (dir.*) Les transformation de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998.

CHEVALLIER (J.), « L'Etat régulateur », *RFAP*, n°03/2004, p. 477.

[2] ZOUAIMIA (R.), « De l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur l'exemple Algérien» , Revue critique de droit et sciences politiques, n°1, 2008, p. 8

[3]ZOUAIMIA (R.), *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, éd., Belkeise, Alger, 2012.

GUEDON (M-J) , Les autorités administratives indépendantes , LGDJ, Paris, 1991.

الأخير مناصفة مع قانون الضبط الاقتصادي هو السعي إلى خلق وإشاعة المنافسة في السوق والسهر في وقت لاحق على تطويرها واستمراريتها. غير أن تحقيق مثل هذا المبتغى يصطدم بمشكلتين جوهريتين واللتين تُترجمان بالطابع التقني والاقتصادي للقطاعات المفتوحة حديثا على المنافسة من جهة وكيفية التعامل مع المتعاملين التاريخيين على مستوى أسواق هذه القطاعات من جهة أخرى.

- فتقنية القطاعات المرتبطة بالضبط على غرار الكهرباء والغاز والاتصالات الالكترونية التي تحتوي على مفاهيم ومواضيع جد تقنية ومعقدة على غرار الربط البيني والحلقة المحلية وكذا طغيان الطابع الاقتصادي على هذه القطاعات مثلما هو عليه الحال مع مفاهيم عتبة الحساسية في رقابة التجميعات الاقتصادية والبورصة وغيرها من المفاهيم

BERRI (N.), Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications, Thèse Doctorat en droit, université Mouloud MAMMRRI de Tizi-Ouzou, 2014.

BRIAND (M-D.), « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », Revue internationale de droit économique, n° 3, 2007, pp 345-371.

FRISON-ROCHE (M-A.), « Les autorités administratives indépendantes : distorsion ou réforme de l'Etat», in BETBEZE Jean-Paul et COEURE Benoît (dir.), Quelles réformes pour sauver l'État ? , Les cahiers du Cercle des économistes, PUF/Descartes & Cie, Paris, 2011, pp 125-130.

[4] ZOUAIMIA (R.), « Réflexion sur le pouvoir règlementaire des autorités administratives indépendantes », *revue critique de droit et sciences politiques*, Vol 6, N^0 2, pp 7-39

ZOUAIMIA (R.), « Les fonctions arbitrales des autorités administratives indépendantes», in Mélanges en l'honneur du Professeur ISAAD Mohand , Ed AEJD,Alger, 2011, PP 541-57.

ZOUAIMIA (R.), « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes », *Revue Idara*, n° 28/2004, pp 123-165.

الأخرى- يستدعي تمتع هذه الهيئات المكلفة بضبطها بكفاءة ومؤهلات جد عالية في المادة بما يسمح لها بالتعامل مع الاشكالات التي قد تثور بشأن هذه المسائل بأكثر دقة وفعالية.

علاوة على ضرورة تمكن أعضاء الهيئات المكلفة بالضبط من المفاهيم التقنية والاقتصادية للتعامل مع مختلف الاشكالات التي قد تثار حين ممارستهم لمهمة الضبط، تجد هذه الهيئات نفسها مجبرة على إيجاد منفذ في كيفية التعامل مع المتعاملين التاريخيين بما يسمح بتحقيق الهدف من اللجوء إلى تقنية الضبط ألا وهو خلق منافسة حرة وإشاعتها على مستوى هذه القطاعات خاصة في ظل أسبقية هؤلاء إلى هذه الأسواق وما ترتب عن ذلك من امتيازات.

حيث جعلت هذه الأسبقية المتعامل الاقتصادي التاريخي في وضعية سيطرة على السوق لاسيما في القطاعات الشبكية جعلته يحوز سلطة احتكارية متفوقا بشكل كبير على باقي الأعوان الاقتصاديين، لتُشكل على هذا النحو أكبر عائق لتحقيق أهم ميزة للنظام العام الضبطي ألا وهي الانتقالية[5]، وهذا باعتبار أن هذا الأخير قد جاء لمرافقة القطاعات المفتوحة حديثا على المبادرة الخاصة من الاحتكار إلى المنافسة ليزول بعد ذلك، حيث يحل

[5] للتفصيل أكثر في مسألة انتقالية النظام العام الضبطي انظر:

BERRI (N.), « L'ordre régulatoire : essai sur l'émergence d'un concept », *RARJ* , n° 1, V. 11, 2015, pp 26-45.

قانون المنافسة محل الضبط القطاعي في تنظيم السوق والحفاظ على النظام فيه. في هذا الصدد يرتبط هذا الزوال بنضج قواعد السوق وشيوع المنافسة على مستواها[6].

إن أسبقية المتعامل التاريخي من شأنها أن تَصعب وتُعطل تحقق عملية نضج قواعد السوق بوتيرة ديناميكية، وهذا باعتبار الأفضلية التي يحوزها هذا الاخير مقارنة بمنافسيه من حيث الزمان ومن حيث الوسائل. فالأفضلية في الزمان والتي تبرز في الالتحاق بالسوق بفارق زمني كبير مقارنة بباقي المتعاملين تسمح له بالتأثير على سلوك المستهلكين وضمان وفائهم له ضف إلى ذلك الخبرة والمعرفة بخبايا القطاع التي تمنحها له مثل هذه الأسبقية في الزمان.

كما أن الأسبقية للسوق مكّنت المتعامل التاريخي من الانفراد بالتسهيلات الأساسية الضرورية والتي لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي والالتحاق بالسوق كيف لا وهي استثمارات جد ثقيلة ومكلفة من جميع النواحي ما يجعل نسخها أمر مستبعد إن لم نقل مستحيل . في ظل هذه الظروف، لا يُمكن تصور خلق منافسة في السوق ولا إشاعتها دون تمكين المتعاملين الجدد أو المحتملين من استغلال التسهيلات الأساسية الضرورية للممارسة النشاط الاقتصادي. وهو ما أشار إليه مجلس المنافسة الفرنسي بشكل غير مباشر في أحد قراراته، فبعد أن تطرق المجلس إلى شساعة أهداف الضبط السابق مقارنة بأهداف قانون المنافسة أكد المجلس أن الوصول إلى مستوى المنافسة الفعلية لا يُمكن تصوره إلا بتحقق منافسة كافية بين المنشآت. فعلى حد تعبير المجلس فإن تحقيق

[6] BERRI (N.), « L'ordre régulatoire : essai sur l'émergence d'un concept », op.cit, p. 31

الانتقالية من الاحتكار إلى المنافسة لا يمكن تصوره إلا بتحفيز وتشجيع الاستثمار في تطوير منشآت منافسة لتلك التي يحوزها المتعامل التاريخي[7]. إن استقراء وتحليل عبارات مجلس المنافسة الفرنسي يُفيد أن وضع منشآت منافسة لتلك التي يحوزها المتعامل التاريخي حتى وإن تحققت فإن الأمر لن يكون على المدى القريب، بل يتطلب مدة ليست بالقصيرة. فالمجلس يستعمل عبارات "تُشجع" و"تُحفز" وهي عبارات دالة على المستقبل، مما ينفي تحقق هذا الهدف على المدى القريب، وبالتالي فالبديل المتوفر والوحيد لتمكين المتعاملين الجدد و/أو المحتملين لمنافسة المتعامل التاريخي هو الدخول إلى التسهيلات التي يحوزها هذا الاخير، غير ذلك، سيصبح تحد خلق المنافسة ريثما يتمكن هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين من وضع تسهيلات منافسة لتلك التي يحوزها المتعامل التاريخي- إن كان ذلك ممكن- أمر مستبعد وصعب التحقق. إن انفراد المتعامل التاريخي بالتسهيلات الأساسية

---

[7] حيث اعتبر مجلس المنافسة في هذا الصدد:

"Il convient également de rappeler que la régulation ex ante peut permettre de poursuivre des objectifs plus larges que ceux recherchés par le droit de la concurrence, notamment quant à l'horizon temporel pris en compte. L'analyse des obstacles à la concurrence faite au niveau communautaire conclut ainsi que seule une concurrence suffisante entre les infrastructures peut permettre, à terme, de garantir l'exercice d'une concurrence effective, la réglementation ex ante ayant pour objet à titre transitoire de permettre la concurrence entre les services et la liberté de choix du consommateur mais également de favoriser les investissements de développement des infrastructures concurrents à celles de l'opérateur historique. ", Cons. Conc, Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, Point. 100.

والتي لا غنى عنها في ممارسة النشاط الاقتصادي قد تدفع بهذا الأخير في سبيل الاستمرار في السيطرة على السوق إلى استغلال وضعيته بشكل ينافي مبادئ المنافسة الحرة لاسيما رفض التمكين من الدخول إلى هذه التسهيلات.

من ذلك، نلاحظ أن العنصر الجوهري الذي تقف عليه تحقيق انتقالية قانون الضبط الاقتصادي هو كسر احتكار المتعاملين التاريخيين الحائزين على التسهيلات الأساسية في السوق لطالما أن إمكانية استغلال هذه التسهيلات بشكل قد ينجر عنه القضاء على المنافسة فرضية لا يُمكن استبعادها.

يصطدم التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية بحق مكرس دستوريا ومحمي قانونا ألا وهو الحق في الملكية. فنص القانون يضمن للمتعامل التاريخي الحائز على التسهيلة الأساسية حقه في ملكية هذه الاخيرة وما يترتب عن ذلك من اثار لاسيما الحرية في التعاقد من عدمه، والذي يصطدم مع الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه الهيئات الضبطية ألا وهو خلق المنافسة وإشاعتها في السوق.

إن محاولة الجمع بين هذين المتعارضين والتوفيق بينهما هو المبرر الأبرز الذي أدى بالإبداع في قانون المنافسة عن طريق ابتكار نظرية التسهيلات الأساسية بداية من القانون الامريكي مرورا بالقانون الأوروبي ليشمل كل الأنظمة القانونية التي تبنت النظام اللبيرالي. إذ أنه من غير المنطقي أن تلجأ الهيئات المختصة بالضبط إلى تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية

بمجرد وجود ادعاء على رفض التمكين من الدخول إلى ما قد يعتبره المتعامل الاقتصادي تسهيلة أساسية.

أمام ضرورة التوفيق بين هذين المتناقضين يثور التساؤل التالي: **هل تجد نظرية التسهيلات الأساسية تطبيقها بمجرد رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية؟**

إن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية يُعتبر قرار مصيريا وحاسما بالنظر إلى النتائج السلبية التي قد تنجر عن أي سوء تقدير للظروف والمعطيات المحيطة بعملية التقدير، من ذلك لا يمكن الحديث عن إعمال نظرية التسهيلات الأساسية **(الباب الثاني)** دون التحقق مسبقا من أساسية التسهيلة **(الباب الأول)**.

الباب الأول:

التسهيلات

الأساسية: الإبداع

في قانون المنافسة

لا يُمكن الحديث عن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية دون البحث عن أساسية التسهيلة، إذ أن التحقق من أن التسهيلة أساسية هو أول ما ينبغي البحث عنه قبل الحديث عن أي إدانة لسلوك رفض التمكين من الدخول إلى السوق، ما يعني أن التأكد من أن الأساسية يُشكل شرط جوهري مسبق لتفعيل النظرية، فالعلاقة بين الأساسية والنظرية هي علاقة تلازمية، إذ أن انتفاء الطابع الأساسي في العنصر محل الفحص يؤدي بالنتيجة وبشكل منطقي إلى انتفاء تفعيل النظرية كذلك.

إن البحث عن التسهيلة الأساسية يُشكل مرحلة حاسمة في مستقبل القرار الذي سوف تتخذه الهيئات المكلفة بالمنافسة فيما يتعلق بالتمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية من عدمه وهو ما يستوجب حرص وكفاءة عالية لدى الهيئات الملكفة بالمنافسة لتفادي أي سوء تقدير لعملية البحث عن أساسية التسهيلة فيما يمكن تسميته بالإيجابية الخاطئة- بمعنى اعتبار العنصر المعني بالفحص تسهيلة أساسية وهو ليس كذلك، أو السلبية الحقيقة، أي نفي الطابع الأساسي عن العنصر المعني بالفحص وهو في حقيقة الأمر يُشكل تسهيلة أساسية.

إن الخوض في عنصر أساسية التسهيلة يقتضي تسليط الضوء على جملة من العناصر الضرورية التي لا يُمكن التغاضي عنها في القيام بعملية التقدير تفاديا للمخاطر التي قد تنجر عن أي سوء تحليل في هذا الشأن.

إن البحث عن أساسية التسهيلة يقتضي في مرحلة أولى حاسمة التطرق للتعريفات المقدمة لهذه الأخيرة، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال إضفاء الطابع الاساسي على العنصر المعني بالفحص دون الوقوف عند التعريفات المقدمة لهذه الاخير لاسيما في اجتهاد الهيئات الأمريكية الملكفة بالمنافسة أو نظائرها الفرنسية، غير أن تقديم تعريف للتسهيلات الأساسية لا يكفي لوحده للجزم بأساسية العنصر المعني بالفحص بل لابد علاوة على ذلك التطرق إلى المعايير التي لابد من تظافرها وفحصها للتأكيد على الطابع الأساسي من عدمه. يقتضي هذا الفحص التفاعل مع عدة عناصر أخرى لتحقيق الدقة في عملية البحث. في السياق ذاته، إن التأكيد على انسجام المعايير المتعلقة بأساسية التسهيلة يدفع إلى تسليط الضوء على القرارات التاريخية المتعلقة بالتسهيلة الأساسية على مستوى القانونين الأمريكي والفرنسي(**الفصل الأول**).

من جانب أخر، يستدعي البحث عن أساسية التهسيلة الخوض في المكان النظري الذي تتم على مستواه عملية الت قدير ونقصد هنا السوق المرجعية. إن التفصيل في هذه الاخيرة في إطار التسهيلات الاساسية يستدعي في البداية التطرق للمقاربة الكلاسيكية، غير أن هذه المقاربة لوحدها تبدو غير كافية في فحص عنصر الأساسية ما يستدعي الاستنجاد بمقاربة أخرى تكمل النقائص التي تشوب المقاربة الكلاسيكية. هذا التأثير على مفهوم السوق المرجعية يُشكل علامة خصوصية للتسهيلات الأساسية، والتي لا تقتصر مميزاتها على مستوى هذا المكان النظري على التأثير على مفهوم السوق وفقط، بل يمتد ليشمل خصوصيات أخرى تشكل علامة فارقة للتسهيلات الأساسية في السوق(**الفصل الثاني**).

الفصل الأول: التسهيلات الأساسية: مفهوم بحاجة إلى تأطير

إذا كان مفهوم التسهيلات الأساسية قد عرف الظهور لأول مرة في الاجتهاد القضائي الأمريكي سنة 1912 كما سيرد ذكره أدناه، ليتسم بعد ذلك بشيوع استعماله في مختلف الأنظمة القانونية التي تبنت اقتصاد السوق، فإن ذلك يُفيد بأننا بصدد مصطلح يتصف بنوع من الوحدة والاشتراك بين كل هذه الانظمة القانونية، من ذلك فإن دراسة وتحليل هذا المصطلح في إطار أحد هذه الأنظمة، يُفترض ألا يكون متباينا ومختلفا مع الدراسة والتحليل الذي يعرفه هذا المفهوم في أحد الأنظمة القانونية المشابهة، الأكثر من ذلك، تقضي اشتراكية ووحدة هذا المصطلح بين مختلف الأنظمة التي تبنته وجود اتفاق تام حتى بشأن مميزاته ومعايير إضفاء الطابع الأساسي عليه(المبحث أول)

نُشير في هذا الصدد، إلى أن أهم ما يميز هذه الدراسة هو أنها قائمة على الانتقال من المجرد إلى المادي أو من العام إلى الخاص، فيما يمكن تسميته بالدراسة الاستنتاجية، وذلك عن طريق القيام بعملية إسقاط للمعايير المجردة لأساسية التسهيلة على مجموعة من القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية والنظر ما إذا كانت هذه القضايا متضمنة لهذه المعايير، إن مثل هذا النهج يجد مبرره في الرغبة في تفادي التباينات التي قد تطرحها الدراسة التي تنطلق من الخاص إلى العام أو من المادي إلى المجرد، وهذا باعتبار أن مثل هذا النهج يقف على الفكرة القائمة على ضرورة الانطلاق في البحث عن أساسية التسهيلة على اختيار مجموعة من القضايا دون قضايا أخرى، ما قد يؤدي إلى اختيار قضايا لا تربطها أية علاقة

بالتسهيلات الأساسية، إذ أنه من الصعب جدا إن لم نقل من المستحيل أن تكون القضايا المختارة ترتبط فعلا بالتسهيلات الأساسية ، فالتساؤل المطروح حول هذا النهج هو لماذا وعلى أي أساس وقع الاختيار على هذه القضايا دون القضايا الاخرى؟ إذ أن عدم وجود معيار أو معايير يُستند إليها منذ البداية في البحث عن أساسية التسهيلة في القضايا محل الدراسة قد ينجر عنه عدم التوصل إلى استنتاج معايير أساسية التسهيلة، إذ كيف يمكن توضيح هذه الأساسية انطلاقا من قضايا لا ترتبط بهذه الأخيرة على الإطلاق، ثم إنه على فرض تم التوصل إلى استنتاج معايير معينة، فإن هذه الأخيرة توقع في إشكال اخر وهو عدم تماشي هذه المعايير مع مختلف القضايا التي ترتبط بهذا المصطلح. إن التوصل إلى معايير خاطئة كنتيجة لسوء اختيار المنهج المتبع في البحث عن الأساسية ينجر عنه القول بارتباط قضايا بالتسهيلات الأساسية وهي ليست كذلك، والعكس صحيح، إذ أن اتباع هذا النهج يؤدي كذلك إلى استبعاد قضايا من نطاق التسهيلات الأساسية، في حين أنها تُشكل في الواقع قلب هذا المصطلح.

بمقابل ذلك، إن الاستعانة بالقانون المقارن في توضيح الطابع الأساسي للتسهيلة، يكون عن طريق الخوض أولا في الاجتهاد القضاء الأمريكي، من منطلق أنه مهد هذا المصطلح، ثم التطرق بعد ذلك إلى الاجتهاد الفرنسي، الذي يُعتبر أحد أكثر الاجتهادات نشاطا في مجال التسهيلات الأساسية هذا من جانب، ثم إن تأثر القانون الجزائري بنظيره الفرنسي لاسيما في مادة الضبط والمنافسة يُعتبر مبرر اخر لتسليط الضوء على الاجتهاد الفرنسي في مادة التسهيلات الأساسية من جانب اخر(المبحث ثاني)

المبحث الأول: مفهوم التسهيلات الأساسية

يُعتبر مفهوم التسهيلات الأساسية من المفاهيم الحديثة التي تم استقبالها على مستوى قانون المنافسة وقوانين الضبط القطاعية لاسيما القانون الجزائري، حيث لم يُشر المشرع الجزائري إلى هذا المفهوم بصريح العبارة إلا في إطار قانون الاتصالات الالكترونية لسنة 2018 وذلك باستعمال عبارة منشأة قاعدية ضرورية[8]. في هذا الصدد، فضلنا استعمال مصطلح التسهيلة بدلا من المصطلحات الأخرى على غرار المصادر ، الهياكل وكذا المنشآت الأساسية لسببين رئسيين، يتجلى المبرر الأول في قصور هذه المصطلحات في استيعاب كل ما أن يُعد أساسيا لممارسة النشاط الاقتصادي على غرار حقوق الملكية الفكرية والأموال المعنوية، فهذه المصطلحات تشير وفقط إلى ما هو مادي بخلاف مصطلح التسهيلة الذي يُمكن ينصهر على مستواها مختلف العناصر التي قد تُعد أساسية للالتحاق بالسوق، في حين يتجلى المبرر الثاني في الدلالة التي يحملها هذا المفهوم، إذ أن استعمال مصطلح التسهيلات له مفهوم غائي، وهذا للدلالة على أن اللجوء إلى النظرية المتعلقة به تبقى غايته بالدرجة الأولى هو تسهيل الدخول إلى السوق متى توفرت شروط ذلك طبعا[9] . في هذا السياق، لم يستقر الفقه على تعريف واحد للتسهيلات الأساسية، وهذا باختلاف الزاوية

---

[8] قانون رقم 18-04، مؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ، ج.ر عدد 27، صادر في 13 ماي 2018.

[9] تواتي غيلاس، "نظرية التسهيلات الأساسية: وسيلة لمنافسة فعلية"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان بجاية، مجلد رقم 16، عدد 02، سنة 2017، ص 12.

التي يُنظر إليها إلى هذه الأخيرة، حيث تم تعريفها مثلا على أنها: مجموع التراكيب المادية وغير المادية التي تحوزها مؤسسة مهيمنة والتي يغيب بديل بشأنها والتي يعتبرها الغير، ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي في السوق[10]. إن تحليل هذا التعريف يسمح لنا باستنباط معايير أساسية التسهيلة(essentialité de ou de la facilité) وهما معيار الضرورة ومعيار الوحدة. إن الرغبة في التحديد الدقيق لمصطلح الأساسية يقتضي في البداية تسليط الضوء على مفهوم هذين المعيارين لاسيما من خلال الممارسة العملية للهيئات المكلفة بالمنافسة والاجتهادات القضائية وكذا الآراء الفقهية (**مطلب أول**)، غير أن التوقف عند المقصود بهذين المعيارين غير كاف في التحديد الدقيق لمدلولها بل لابد علاوة على ذلك تسليط الضوء على عملية تقدير تحققهما وذلك بالخوض في جملة العناصر التي لابد من تفاعلها للقول بتحققهما فعلا(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مفهوم أساسية التسهيلة: بين معيار الضرورة ومعيار الوحدة

بالعودة إلى مختلف التعاريف المقدمة للتسهيلات الأساسية سواء لدى الهيئات المكلفة بالمنافسة أو الاجتهادات القضائية في مادة المنافسة وكذا لدى فقهاء المادة، يتبين لنا أن التعبير عن مفهوم الأساسية لا يخرج عن أحد لمعيارين السالفي الذكر، في هذا الشأن نجد أن التعبير عن الأساسية قد يكون استنادا إلى أحد المعيارين دون المعيار الأخرى، أي أن يتم

[10] FREDERIC (M) JULIEN (P) « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne » , Revue *de reflets et perspectives de la vie économique*, n. 4 ,2001, p 197, www.cairn-info.fr

التعبير عن الأساسية وفقا لمعيار الضرورة دون معيار الوحدة أو أن يتم التعبير عنها وفقا لمعيار الوحدة دون معيار الضرورة(**فرع أول**)، في حين قد يتم التعبير عن الطابع الأساسي للتسهيلة باستعمال المعيارين معا(**فرع ثاني**)

الفرع الأول: التعبير عن الأساسية استنادا إلى أحد المعيارين

بالرجوع إلى مختلف الاجتهادات القضائية في وكذا الممارسة العملية لهيئات المنافسة واراء المتخصصين في المادة نجد أنها تنقسم في إشارتها إلى مفهوم الأساسية بين من يعبر عنها استنادا إلى معيار الضرورة(**أولا**) كما نجد من يحبذ التعبير عنها استنادا إلى معيار الوحدة(**ثانيا**)

أولا: التعبير عن الأساسية استنادا إلى معيار الضرورة: التسهيلة وسيلة لا غنى عنها للالتحاق بالسوق

يشار إلى مفهوم التسهيلة الأساسية استنادا إلى معيار الضرورة بأنها تلك التسهيلة التي لابد منها لممارسة النشاط الاقتصادي، في هذا الصدد لا تكاد تخلو القرارات المتخذة في مادة التسهيلات الأساسية سواء من طرف الهيئات المكلفة بالمنافسة أو الهيئات القضائية وكذا التوجهات الفقهية من الإشارة إلى هذا المعيار.

فبالعودة إلى عديد القضايا التي عالجها القضاء الأمريكي مثلا والمتعلقة بالتسهيلات الأساسية، نجد العديد من القرارت التي يشير فيها هذا الأخير إلى التهسيلات الأساسية

استنادا إلى معيار الضرورة، والذي يُصوَر التسهيلة الأساسية على أنها الوسيلة الضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي، نجده معبر عنه بشكل غير مباشر، حينما أكد القاضي على أن التسهيلة الأساسية هي التسهيلة الضرورية لمنافسة فعلية[11]. في هذه الرؤية لأساسية التسهيلة نجد أن القاضي لم يركز في تعريفه للأساسية على الغاية المباشرة من التسهيلة الأساسية ألا وهو ممارسة النشاط الاقتصادي، بل ركز على غاية أهم وهي غاية غير مباشرة تتجلى في تحقق منافسة فعلية في السوق. في هذا الشأن لا يمكن تصور تحقق هذه المنافسة الفعلية دون ممارسة النشاط الاقتصادي، حاول القاضي في هذا التعريف ربط التسهيلة الأساسية بهدف أسمى من مجرد ممارسة النشاط الاقتصادي ألا وهو إرساء منافسة فعلية في السوق. وإذا ما حاولنا ربط هذين الهدفين بالتسهيلة الأساسية يُمكن تعريف هذه الأخيرة أنها تسهيلة ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي بهدف تحقيق منافسة فعلية في السوق.

في إطار تعريف أساسية التسهيلة استنادا إلى معيار الضرورية دائما، تم اعتبارها في قضية أخرى على أنها تلك التسهيلة الضرورية لحيوية المسار(العملية) التنافسي في السوق[12].

---

[11] Ohio Bell Telephone Company v. Corecomm Newcom, Inc., 214 F.Supp.2d 810(N.D. Ohio, 2002). p 817. https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/214/810/2439556/tel?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_xT9MUbvyhP.NFaN1z2Hi2HuOhSwe177jMKMqLFCYr6w-1631954916-0-gqNtZGzNAjujcnBszQhl

[12] Mid-Texas communication, Sys, v. AT&T, 615 F .2d 1372, Note 12, https://casetext.com/case/mid-texas-communications-v-am-tel

إن الملاحظ على التعريفين السالفي الذكر، هو أن القضاء الأمريكي قد حاول إعطاء تصوير للأساسية بالتركيز بالدرجة الأولى على ايجابيات التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية لاسيما الحفاظ على التوازن التنافسي في السوق.

في قرار اخر، عرف القضاء الامريكي التسهيلة الأساسية استنادا لنفس المعيار دائما، على أنها كل تسهيلة من شأن رفض التمكين من الدخول إليها أن يؤدي إلى إعاقة أو القضاء على المنافسة في سوق سابقة أو لاحقة[13]. في ذات السياق دائما، تم تعريف التسهيلة الأساسية على أنها تلك التسهيلة التي ينجر عن عدم التمكين من الدخول إليها استحالة الالتحاق بالسوق أو ممارسة النشاط الاقتصادي المزمع ممارسته[14]

في هذا الصدد، إذا كانت الطائفة الأولى من التعريفات قد ركزت في توضيحها لأساسية التسهيلة على إيجابية التمكين من الدخول إلى هذه الأخيرة على السوق وعلى شيوع المنافسة على مستواها، فإن هذه الطائفة الثانية من التعريفات قد ركزت على النقيض من ذلك على الأثار السلبية التي قد تنجر عن عدم التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية لاسيما المساس بالمنافسة، إعاقتها تشويهها وكذا إقصاء الأعوان الاقتصاديين الموجودين في السوق أو إعاقتهم من الالتحاق بها.

[13] Premier Degital access, Inc, v. Central Telephone Company, 360 F.Supp.2d 1161, P 1176, https://www.leagle.com/decisions/browse/series/volume/360%20%20%20%20F.Supp.2d

[14] Morris Communications Corporation v. PGA Tour, Inc, 235, F. Supp.2d 1269, P. 1285, https://casetext.com/case/morris-communications-corp-v-pga-tour-inc

في هذا السياق، هنالك من الكتاب من ينظر إلى التعريفات التي أوردها القضاء الأمريكي من زاوية أخرى، حيث يعتبرون أن الطائفة الأولى من التعريفات التي أشرنا إليها حاول من خلالها القضاء الأمريكي تسليط الضوء على هذا المفهوم من خلال التركيز على على العون الاقتصادي طالب الدخول أو الحصول على التسهيلة الاساسية، ومبررهم في ذلك أن ربط أساسية التسهيلة بممارسة النشاط الاقتصادي، يعني أن هنالك عون اقتصادي يعتبرها ضرورية للالتحاق بالسوق أو الاستمرار فيها. أما بالنسبة للطائفة الثانية من التعريفات التي أشرنا إليها، فهم يعتبرون أن القضاء الأمريكي قد صاغها بالتركيز أكثر على العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية، وهذا من منطلق أن الذي أدى إلى المساس بالمنافسة في السوق، إعاقتها و/أو تشويهها، هو رفض حائزها التمكين من الدخول أو الحصول عليها[15].

إن مثل هذا التحليل والقراءة للتعريفات التي أوردها القضاء الأمريكي للتسهيلات الأساسية استنادا إلى معيار الضرورية(La nécessité) لا يتعارض مع تحليلنا لقراءة ذات الهيئات القضائية، بل أن كل ما في الأمر هو أن هذا التنوع يجد مبرره في اختلاف الزاوية التي ينظر إليها إلى هذه التعريفات، إذ أن الوصف الذي أضفيناه على معيار الضرورية ليس إلا لكون دراستنا جاءت منصبة على اثار التمكين من الدخول إلى التسهيلة من عدمه، في حين أن دراسة هؤلاء الكتاب لمعيار الضرورية جاءت مرتكزة على العون الاقتصادي إما طالب

[15] DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles: Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009, p 80.

الدخول أو الحائز على التسهيلة التي يُفترض فيها أساسيتها. في هذا الشأن، نشير إلى أن هذا التنوع لا ينجرَ عنه أي سوء إحاطة بمفهوم الأساسية(L'essentialité)، بل بالعكس من ذلك سوف يؤدي إلى تعزيز توضيح معيار الضرورية، مما يمنح بالنتيجة للهيئة المكلفة بالمنافسة عدة خيارات في البحث عن أساسية محل النزاع في ممارسة النشاط الاقتصادي من عدمه.

في ذات السياق، على الرغم من حداثة مفهوم التسهيلات الأساسية في القانون الفرنسي حيث يعود أول استعمال صريح لمصطلح التسهيلات الأساسية في القانون الفرنسي لسنة 1996 في قضية « Jet Système »، إلا أنه عرف بعد ذلك استعمالا شائعا لاسيما لدى مجلس المنافسة (سلطة المنافسة) الفرنسي

في هذا الشأن لم تتردد هذه الهيئة عن تقديم تعريف للأساسية من منطلق أنها تسهيلة ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي. ففي قراره الصادر في 14 أكتوبر 2004 عرف مجلس المنافسة الفرنسي المنشأة الأساسية على أنها تلك المنشأة التي يجب تمكين المؤسسات الناشطة في سوق لاحقة أو قبلية من الدخول إليها على سبيل الضرورة بغية منافسة المؤسسة الحائزة على المنشأة[16] وهو نفس التعريف الذي تبنته نفس الهيئة في قرار صادر

[16] "le droit de la concurrence impose déjà à une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, de permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire.", Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004, relative à des pratiques

عنها في 22 ماي 2002[17]. في نفس سياق التعريفات التي قدمها نفس الجهاز للتسهيلات الأساسية نجد أن طائفة من هذه القرارات قدم فيها تعريفا لهذه التسهيلات استنادا إلى المعيارين معا، أي أن التعريف يتضمن الإشارة إلى الطابعين الوحدوي والضروري في نفس الوقت. في هذا الشأن، عرف مجلس المنافسة الفرنسي التسهيلات الأساسية في قرار صادر عنه في 16 مارس 2001 على أنها كل تسهيلة غير قابلة للنسخ بتكلفة معقولة، وضرورية لممارسة نشاطات المؤسسات التي تطلب الدخول[18]، بنفس الكيفية يصف المجلس التسهيلة الأساسية في رأي صادر عنه في 28 ديسمبر 2001 بأنها كل منتوج أو خدمة لا غنى

---

mises en œuvre par la société Apple computer Inc dans le secteur du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques, Point 7. www.autoritedelaconcurrence.fr

[17] «(…). Ainsi fut posé, pour la première fois en droit de la concurrence, le principe selon lequel une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire ». Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, p.7, www.autoritédelaconcurrence.fr

[18]Le Conseil rappelle, ensuite, que le droit de la concurrence exige que certains prix pratiqués par une entreprise en position dominante soient strictement *" orientés vers les coûts "* : il s'agit des prix afférents à l'utilisation d'une infrastructure essentielle, non duplicable à un coût raisonnable et indispensable à l'exercice de l'activité des entreprises qui demandent à l'utiliser., Avis n° 01-A-01 du 16 mars 2001portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers, P. 6. www.autoritédelaconcurrence.fr

عنها لممارسة نشاط اقتصادي اخر على سوق تنافسية، على نحو يكون هذا المنتوج أو الخدمة غير قابل(ة) للاستبدال باخر(ى) وغير قابل(ة) للنسخ بتكلفة اقتصادية معقولة[19].

على غرار الاجتهاد القضائي الأمريكي والممارسة العملية لمجلس المنافسة الفرنسي لم تتوانى الهيئات المكلفة بالمنافسة على المستوى الأوروبي عن تقديم تعريف للتسهيلات الأساسية استنادا إلى معيار الضرورة، ففي قضية « Sea contairs » عرفت اللجنة الأوروبية التسهيلات الأساسية على أنها تلك المنشآت أو المعدات التي لا يُمكن دون استعمالها تقديم خدمة للزبائن[20] . فإذا كانت اللجنة في هذا التعريف لم تُشر صراحة إلى معيار الضرورة إلا أن كل المؤشرات توحي إلى ذلك، فتكييف التسهيلات الأساسية بتلك الوسائل التي لا يُمكن دونها التعامل مع الزبائن -والتي فيها إشارة إلى أحد المخاطر التي قد تنجر عنها عدم التمكين من الدخول إليها- يفترض بكل بداهة الطابع الضروري فيها لممارسة النشاط الاقتصادي.

---

[19] Une entreprise en position dominante dispose seule d'un bien ou d'un service indispensable pour pratiquer une autre activité sur un marché concurrentiel ; ce bien ou ce service n'est ni substituable par un autre ni reproductible à un coût économique raisonnable ; on parle en général à son sujet de "*facilité essentielle*». Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE, p. 13. Disponible sur: www.autoritédelaconcurrence.fr

[20] « …c'est à- dire des installations ou des équipements sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle », DÉCISION 94/1 9/CE) DE LA COMMISSION du 21 décembre 1993, Sea Containers contre Stena Sealink JOCE n^{0} L 15 du 18 janvier 1994, Point. 66.

في ذات السياق عرفت نفس الهيئة التسهيلات الأساسية في قضية « Port de Rodby » على أنها تلك التركيبة أو المنشأة التي تحوزها مؤسسة والتي من دونها لا يُمكن لمنافسيها تقديم خدمات لزبائنهم[21]. على غرار التعريف السابق لم يُشر هذا التعريف بصريح العبارة إلى مصطلح الضرورة إلا أن العبارات المستعملة تُشير هي الأخرى كذلك إلى هذا المعيار من خلال الإشارة مرة أخرى إلى النتيجة السلبية لعدم التمكين من استعمال التسهيلة، ألا وهي عدم القدرة على تقديم خدمة للزبائن مما يُفيد الطابع الضروري للمنشأة، غير أن ما يُعاب على هذا التعريف هو القصور الذي يشوبه من منطلق أنه اقتصر على الإشارة على طابع الضرورة للتسهيلات الأساسية في مادة الخدمات دون المنتوجات، فهل هذا يعني أن المنشأة تكون أساسية في مادة الخدمات دون المنتوجات، الإجابة طبعا بلا، وبالتالي كان من الأجدر على اللجنة إضافة عبارة المنتوجات لتجاوز هذا القصور.

من جانبها أشارت محكمة الدرجة الأولى للاتحاد الأوروبي إلى معيار الضرورة في قضية مؤسسة مطار باريس بالقول أنه تُعتبر منشآت هذه الأخيرة تسهيلة أساسية من منطلق أنه لا غنى عنها عن تقديم مختلف هذه الخدمات[22]، نفس الملاحظة المقدمة بشأن التعريف

---

[21] « …c'est-à-dire une installation ou une infrastructure sans laquelle ses concurrents ne peuvent offrir de services à leurs clients », Décision 94/119/CE de la commission du 21 décembre 1993, *Port de Rodby*, JOCE, n^0 L 55 du 26 février 1994, Point. 12.

[22] « De même, les installations des aéroports de Paris constituent une facilité essentielle en ce sens que leur utilisation est indispensable pour la fourniture de divers services, notamment d'assistance en escale. La gestion et la mise à disposition de ces installations pour la prestation de tels services constituent une activité de nature économique », TPICE, 12 décembre 200, *Aéroport de Paris*, T-128/98, Point. 122.

السابق للتسهيلات الأساسية ينطبق على التعريف الذي قدمته المحكمة لاسيما فيما يتعلق بمسألة عدم اقتصار عنصر الضرورة في التسهيلات على عنصر الخدمات وفقط بل يمتد ليشمل كذلك المنتوجات.

في نفس السياق نجد الطابع الضروري للتهسيلة قد تم التعبير عنه في الأوساط الفقهية. يُشير الأستاذ « VEGIS » إلى مفهوم الضرورية بالقول أنه تُعتبر تسهيلة أساسية ما إذا كانت حيوية تسمح لمتنافسن من الدخول أو البقاء في السوق أو بعبارة أخرى لا يُمكن للمتنافسين النشاط في السوق دون الدخول إلى التسهيلة الأساسية المعنية باعتبارها ضرورية[23]. من جانبه يقدم الأستاذ « BAZEX Michel» تعريفين قيمين للتسهيلة الأساسية من زاوية معيار الضرورية وذلك بالقول أنه تُوصف التسهيلة الأساسية في بعض الأحيان على أنها ذلك العنصر الضروري للممارسة نشاط محدد[24]، ليُضيف بعد ذلك بأنها ذلك العنصر الذي ينبغي الدخول إليه وجوبا للتمكن من الالتحاق بسوق أخرى[25]."

[23] VEGIS Emmanuelle," La théorie des essential facilities: Genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?", *Revue de droit commerciale belge*, n^{0}01, 1999, p. 13.

[24] BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *Revue de la concurrence et de la consommation*, n 19, 2001, p. .39.

[25] *Ibid*, p 40.

في قراره الصادر في 18 أفريل 2002، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي المنشأة الأساسية تلك المنشأة التي لا غنى عنها لنشاط المؤسسات على سوق أخرى وغير قابلة للنسخ في شروط اقتصادية معقولة[26].

ثانيا: التعبير عن الأساسية استنادا إلى معيار الوحدة: غياب الحل البديل

بالنسبة لمعيار الوحدة، والذي يُصور التسهيلة الأساسية من خلاله على أنها تلك التسهيلة التي يغيب بديل فوري ومحتمل بشأنها وهذا على سبيل التلازم طبعا، نجد بشأنه كذلك العديد من القرارات على مستوى القضاء الامريكي التي جاءت مستندة في تعريفها للأساسية بالتركيز على هذا المعيار.

من بين التعريفات التي نجدها في هذا الصدد، تلك التي تُشير إلى التسهيلة الأساسية بأنها تلك التسهيلة التي لا يمكن نسخها أو إعادة ابتكار مثيل لها[27]

إن التمعن جيدا في هذا التعريف الذي أورده القضاء الامريكي للتسهيلة الأساسية، يجعلنا نقول أن القضاء الأمريكي قد قدم تعريفا للأساسية من زاوية معيار الوحدة بالإشارة وفقط إلى غياب البديل المحتمل دون التطرق إلى غياب البديل الفوري، بالرغم من أننا أشرنا

[26] "(…)Ce monopole gère une infrastructure essentielle, c'est-à-dire une infrastructure indispensable à l'activité d'entreprises actives sur d'autre marché (les producteurs et les consommateurs d'électricité) et non duplicable à des conditions économiques raisonnables.", Avis n° 02-A-05 du 18 avril 2002 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, p. 8 et 9, Disponible sur: www.autoritédelaconcurrence.fr

[27] City of Malden, v. Union Electric Company, 887, F. 2d, 157, 1989, pp. 159-160.

سابقا إلا أنه لا يمكن القول بتحقق معيار الوحدة إلا إذا تبين غياب البديلين الفوري والمحتمل على سبيل التلازم، إذ لا يمكن القول بالأساسية إذا تبين وجود بديل محتمل حتى لو غاب البديل الفوري، والعكس صحيح كذلك، حيث تسقط صفة الأساسية بمجرد تبين وجود البديل الفوري بغض النظر عن وجود البديل المحتمل من عدمه.

انطلاقا من هذه المعطيات هل يمكن القول أن القضاء الأمريكي قد غفل عن مثل هذا المُعطى الأساسي والحاسم في البحث عن أساسية التسهيلة؟

من وجهة نظرنا نعتبر أن القضاء الأمريكي لم يغفل جوهرية غياب البديل الفوري في التأكيد على الطابع الأساسي للتسهيلة، إذ أن تصوير مفهوم الأساسية على هذا النحو من خلال الاستناد غير الكلي إلى معيار الوحدة هو شامل في حقيقة الأمر لغياب البديل الفوري والمحتمل حتى ولو كانت الإشارة إلى العنصر قد جاءت بصفة غير مباشرة، إذ أن تصوير القضاء الأمريكي لمفهوم الأساسية بغياب البديل المحتمل وفقط فيه إشارة غير مباشرة وإقرار ضمني بأن التسهيلة المعنية يغيب بشأنها بديل فوري لا شك. إذ أنه من غير المعقول أن يتبين للقضاء الأمريكي وجود البديل الفوري، ويستمر بمقابل ذلك في البحث عن الطابع الأساسي للتسهيلة من خلال التأكد من وجود بديل محتمل من عدمه.

بالنسبة لمعيار الوحدة والذي تُعرف التسهيلة استنادا إليه على أنها كل تسهيلة يغيب بشأنها بديل فعلي و محتمل، نجد أن مجلس المنافسة الفرنسي قد تبنى هذا التعريف في العديد من القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية. ففي رأيه الصادر في 31 جانفي 2005 والمتعلق

بطلب رأي من طرف سلطة المواصلات السلكية واللاسلكية بشأن تطبيق المادة 37 من قانون البريد و المواصلات الالكترونية[28] أقر مجلس المنافسة بالطابع الأساسي للحلقة المحلية لشركة « France telecom » للولوج إلى شبكة الانترنت فائقة التدفق وذلك بالاستناد إلى معيار غياب الحل البديل الفعلي والمحتمل، حيث اعتبر المجلس أن الدخول إلى الحلقة المحلية لهذه الشركة والتي تحوي 30 مليون مشترك تُعتبر أساسية لباقي المتعاملين، وهذا من منطلق أن باقي تكنولوجيات الدخول إلى الاشتراك لا يمكن اعتبارها بدائل حقيقية للحلقة المحلية، وهنا يُشير المجلس إلى غياب البديل الفوري، كما اعتبر المجلس أن ابتكار حلقة محلية منافسة لتلك التي تحوزها شركة « France telecom » والتي تُقدر قيمتها ب 30 مليار أورو لا يُشكل بديل اقتصادي معقول[29]، والذي فيه إشارة إلى غياب البديل المحتمل. إن قرار مجلس المنافسة الفرنسي علاوة على أنه يُقدم تعريفا قيما

---

[28] Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, www.autoritédelaconcurrence.fr

[29] "L'accès à la boucle locale en cuivre de France Télécom, qui relie les 30 millions d'abonnés à environ 12 000 répartiteurs, est essentiel pour les opérateurs tiers. D'une part, les autres technologies d'accès à l'abonné (câble, BLR, satellite) ne peuvent être analysées comme substituables à la boucle de cuivre, comme le constat en a été fait ci-dessus. D'autre part, le déploiement d'une boucle de cuivre concurrente de celle de France Télécom, dont le coût est estimé par d'ART à environ 30 Mds d'euros, ne constitue pas une alternative économique raisonnable. Ces caractéristiques ont conduit les autorités de concurrence et de régulation sectorielle à considérer qu'il s'agissait d'une infrastructure essentielle dont il convenait de réguler l'accès en imposant à l'opérateur historique des obligations spécifiques", Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005, *Ibid,* Point 63.

للتسهيلات الأساسية عن طريق مثال عملي والمتمثل في الحلقة المحلية، فإنه بمقابل ذلك قد أكد بما لا يدع أي مجال للشك على ضرورة تحقق شرطي غياب البديل الفوري والمحتمل لإضفاء الطابع الوحدوي على التسهيلة.

في سياق تعريف التسهيلات الأسياسية استنادا إلى معيار الوحدة كذلك، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي في قراره الصادر في 09 نوفمبر 2004 -والمتعلق بشركة «Apple Computer» -، أنه للقول بأن التسهيلة الأساسية لابد أن يغيب بشأنها بديل حقيقي أو بديل محتمل حقيقي[30].

من جانبها لم تتوانى الهيئات المكلفة بالمنافسة على المستوى الاوروبي من الإشارة هي الأخرى إلى معيار الوحدة. في هذا الصدد، أشارت محكمة الدرجة الأولى للاتحادات الأوروبية إلى معيار الوحدة في قضية « European Night » بالقول أنه تُعتبر المؤسسات حائزة لمنشآت، منتوجات أو خدمات أساسية للولوج إلى السوق المرجعية إذا كانت هذه المنشآت، المنتوجات أو الخدمات غير قابلة للاستبدال بسبب مميزاتها الخاصة لاسيما التكلفة الباهضة لإعادة إنتاجها و/أو للوقت المعقول المتطلب لتحقيق هذه الغاية تحول دون وجود

[30] "La jurisprudence pose des conditions très strictes sur le caractère indispensable de l'accès à une facilité essentielle, notamment le fait qu'il ne doit pas exister de substitut réel ou potentiel réaliste", Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, op.cit.

بديل حيوي للمنافسين المحتملين للمؤسسة المعنية والتي تجد نفسها بسبب ذلك خارج السوق [31]

على غرار معيار الضرورة لم تتردد الأوساط الفقهية عن الإشارة إلى معيار الوحدة، حيث عبر الأستاذ « BAZEX Michel» عن الطابع الوحدوي بالقول أنه لا يُمكن إضفاء الطابع الأساسي على العنصر المعني بالفحص إلا إذا تبين عدم وجود أي بديل واقعي[32].

الفرع الثاني: التعبير عن أساسية التسهيلة استنادا إلى المعيارين معا

نذكر في هذا الصدد أن التعبير عن الطابع الأساسي للتسهيلة استنادا إلى المعيارين معا يقتضي أن نجد على مستوى التعريف إشارة إلى الطابع الضروري للتسهيلة لممارسة النشاط الاقتصادي و في نفس الوقت إشارة إلى غياب الحل البديل بشأنها

[31] « ... le Tribunal estime que les entreprises mères et/ou l'entreprise commune ainsi créée ne sauraient être considérées comme étant en possession d'infrastructures, de produits ou de services « indispensables » ou « essentiels » pour l'accès au marché pertinent que si ces infrastructures, produits ou services ne sont pas « interchangeables » et que, en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels de l'entreprise commune, qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché. », TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Service*, T-374/94, T-384/94 ET T-388/94, Point, 209.

[32]BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles"..., *op.cit*, . p 40.

ففي القانون الأمريكي مثلا نلمس على مستوى هيئاته القضائية عدة تعريفات للتسهيلات الأساسية أين يجتمع المعيارين المُشار إليهما أعلاه.

من بين هذه التعريفات التي تُصوَر التسهيلة الأساسية عن طريق الدمج بين معياري الضرورية والوحدة معا، ذلك التعريف الذي أوردته أحد المحاكم الأمريكية في قضية "يونايتد للطيران" ضد "ارلينز للطيران"، حيث تُصور المحكمة التسهيلة الأساسية في هذه القضية على أنها تلك التسهيلة الي يغيب بدائل بشأنها وأن التسهيلة سوف تُعتبر أساسية وفقط حينما يسمح التحكم فيها لحائزها القضاء على المنافسة في السوق في سوق لاحقة[33].

ملاحظتين أساسيتين يمكن إيرادهما على هذا التعريف، الأولى تتعلق بالعبارة الفضفاضة التي استعملتها المحكمة في الإشارة إلى الطابع الوحدوي، وهنا نقصد استعمال المحكمة لعبارة "البدائل" وفقط دون الإشارة إلى طبيعة هذه البدائل، إذ كان من الأجدر على المحكمة أن تكون أكثر دقة في المصطلحات المستعملة والتركيز على مسألة غياب البديل الفوري والمحتمل على سبيل التلازم، أما الملاحظة الثانية فترتبط بالزاوية التي حاولت من خلالها هذه الهيئة القضائية تعريف التسهيلة الأساسية انطلاقا من معيار الضرورية، إذ أن الملاحظ في هذا الشأن أن المحكمة فضلت تصوير التسهيلة الأساسية من هذا المنظور عن طريق ربطها بالأثار السلبية التي قد تنجر عن عدم التمكين من الدخول أو الحصول عل

[33]ALASKA AIRLINES, INC.; Midway Airlines v. UNITED AIRLINES, INC, 948 F.2d 536, Point 11.

التسهيلة المعنية، والتي لخصتها في أخطر أثر سلبي والذي يتجلى في القضاء على المنافسة في السوق.

على المستوى الأوروبي نجد التعبير على معياري الوحدة والضرورة معا من طرف محكمة الدرجة الأولى التابعة للاتحاد الأوروبي وذلك في قضية « Tierce » وذلك بالقول أن الرفض لا يكون محظورا إلا إذا تعلق بمنتوج أو خدمة يكون مهم لممارسة النشاط المعني على نحو لا يتوفر بشأنه أي بديل حقيقي أو محتمل[34]. من جانبها أقرت- اللجنة الأوروبية أنه استنادا إلى القرار الصادر في قضية مطار باريس الصادر عن محكمة الدرجة الأوروبية- أنه يُمكن اعتبار منشآت السكك الحديدية أساسية بالنظر لاستيعابها بصفة تامة للشرطين الأساسيين المعبران عن التسهيلة الأساسية وهما الطابع الضروري لهذه للتهسيلة على نحو ينجر عن عدم التمكين من الدخول إليها القضاء على المنافسة، وكذا استحالة نسخ شبكة السكك الحديدية وهذا بالنظر إلى التكلفة الباهضة لمثل هذا الاستثمار وكذا استحالة الحصول على الحق في المرور[35] . في تعليمتها المتعلقة بتطبيق قواعد المنافسة على اتفاقات

[34] « ...le refus opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction de l'article 86 que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel… », TPICE, *Tierce Ladbroke SA c/ Commission*, T—504/93, P.131.

[35] « Conformément à l'arrêt Aéroports de Paris rendu par le Tribunal de première instance, l'infrastructure ferroviaire peut être considérée comme une infrastructure essentielle. Elle remplit les deux conditions principales définissant une facilité essentielle, comme l'a établi le Tribunal de première instance dans l'arrêt ENS, c'est à- dire le caractère indispensable de cette facilité et, si l'accès n'est pas accordé, l'élimination de toute concurrence de l'autre exploitant. Pour tout concurrent, il serait impossible de dupliquer le réseau de chemins de fer de longue

الدخول إلى قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية عرفت اللجنة الأوروبية التسهيلات الأساسية بالقول أنه يعني مصطلح المصادر الأساسية التراكيب أو المنشآت التي لا غنى عنها في العلاقة مع الزبائن و/أو السماح لمنافسين من ممارسة نشاطاتهم والتي يستحيل إعادة إنتاجها بوسائل معقولة[36].

في قاموس المصطلحات المستعملة في مجال سياسة المنافسة للاتحاد الأوروبي تمت الإشارة إلى التسهيلة الأساسية استنادا إلى المعيارين معا على أنها كل تركيبة أو منشأة ضرورية للوصول إلى الزبائن و/أو السماح لمنافسين من ممارسة نشاطاتهم. تكون التسهيلة أساسية حينما يكون إعادة انتاجها مستحيل أو صعب للغاية بسبب العوائق المادية، الجغرافية، العمومية والاقتصادية[37].

---

distance de FS, en raison du coût prohibitif d'un tel investissement et de l'impossibilité d'obtenir le droit d'emprise. » . Décision 2004/33/CE du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/37.685 GVG/FS), *JOUCE,* n^0 L. 11 du 16 janvier 2004, Point, 120.

[36] « Le terme «ressources essentielles désigne des installations ou des infrastructures indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables », Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *JOCE,* n^0 C 265 du 22 aout 1998, Point, 59.

[37] « Installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou pour permettre aux concurrents d'exercer leurs activités. Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques, juridiques ou économiques. », Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, P. 28.

ما ينبغي التنويه إليه فيما يتعلق بمعياري أساسية التسهيلة هو أن كلا المعيارين يشكلان وجهان لعملة واحدة ويعبران عن نفس الغاية ألا وهي الأساسية، فالعلاقة التي تربط بين المعيارين ليست تكاملية أي بمعنى أنه ينبغي توفرهما معا للقول بالطابع الأساسي للتسهيلة والدليل على ذلك العديد من القرارات المتعلقة بالتسهيلات الأساسية يُقتصر فيها وفقط الإشارة إلى أحد المعيارين دون المعيار الأخر. فلو كانت العلاقة بينهما تكاملية لما تغافلت الهيئات المكلفة بالمنافسة ومختلف الاجتهادات القضائية في مادة التسهيلات الأساسية عن الإشارة إليهما معا في كل القرارات المتخذة في هذا الصدد. فكلا المعيارين يترتب عنهما نفس النتيجة من زاوية مختلفة، ما يضفي على العلاقة التي تربطهما صفة الترادفية والتي تتجلى بأكثر دقة في علاقة السبب بالنتيجة. إذ أن الطابع الضروري للتسهيلة ليس إلا نتيجة لطابعها الوحدوي، فلو لم تكن التسهيلة هي الوسيلة الوحيدة للالتحاق بالسوق لما كانت بالنتيجة ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي.

المطلب الثاني: تقدير الطابع الأساسي للتسهيلة

إذا كان الطابع الأساسي للتسهيلة يُمكن التعبير عنه إما استنادا إلى معيار الضرورة –والذي يصفها باعتبارها وسلية لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي- وإما استنادا إلى معيار الوحدة والتي يكيفها على أنها تلك التسهيلة التي يغيب بديل فعلي بشأنها- تبقى هذه التعاريف بالرغم من أهميتها غير كافية لتكييف العناصر التي يُدعى بشأنها الطابع الأساسي، بل لابد من إخضاع هذه المعايير للفحص والتقدير. في هذا الصدد حاولت الاجتهادات

القضائية والهيئات المكلفة بالمنافسة لاسيما الأمريكية منها والفرنسية وضع اختبار لتقدير الطابع الأساسي للتسهيلة والذي أطلقت عليه تسمية اختبار « MCI »، والذي يبقى بدوره محل نظر(فرع أول) ما يدفع نتيجة لذلك إلى ضرورة فحص معايير أساسية التسهيلة بصفة عملية مباشرة كوسيلة أكثر مصداقية وفعالية للجزم بالطابع الأساسي من عدمه(فرع ثاني).

الفرع الأول: اختبار « MCI » : اختبار مردود

عرف اختبار « MCI » -باعتباره محاولة في البحث عن أساسية التسهيلة- الظهور لأول مرة لدى القضاء الأمريكي في معالجته للقضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية قبل أن يعرف تبنيا من الاجتهادات القضائية والهيئات المكلفة بالمنافسة في القانون المقارن لاسيما في فرنسا ما يفرض الخوض في مدلول هذا الاختبار(أولا) غير أن تفحص فحوى هذا الأخير يجعل منه اختبارا مردودا في البحث عن أساسية التسهيلة(ثانيا)

أولا: مضمون اختبار « MCI »

تُعتبر قضية MCI communications scorp. V. AL et TCO، أحد القضايا التي طرحت على أحد المحاكم الدنيا والمتعلقة بالتسهيلات الأساسية ومنه انبثقت تسمية اختبار MCI، حيث انطلاقا من هذه القضية[38]، توصل القضاء الأمريكي إلى استنباط شروط القول

[38] MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. AT&T Company, 708 F.2d. 1081, 1983.

بأساسية التسهيلة، وهي أربع شروط، أن تكون التسهيلة موضوع تحكَم من طرف عون اقتصادي موجود في وضعية الهيمنة، أن يكون المنافس في وضعية استحالة إعادة إنتاج مثل هذه التسهيلة، أن يرفض الحائز على التسهيلة تمكين منافسه من الدخول و/أو استعمال هذه الأخيرة، [39].

من جانبه لم يتردد مجلس المنافسة الفرنسي في تبني هذا الاختبار وهو الشيء الذي نلمسه في العديد من القرارات المتخذة من طرف هذه الهيئة. ففي رأيه الصادر في 22 ماي 2002 أشار المجلس إلى نفس شروط هذا الاختبار التي أقر بها القضاء الامريكي، حيث أقر المجلس بضرورة التضييق من الحرية التعاقدية للحائز على منشأة حينما تكون هذه الأخيرة محوزة من طرف مؤسسة موجودة في وضعية هيمنة وأن الدخول إلى هذه المنشأة لا غنى عنه لممارسة نشاط منافس في سوق سابقة أو لاحقة والتي ينفرد على مستواها الحائز على التسهيلة سلطة احتكارية وأنه من غير الممكن إعادة انتاج مثل تلك التسهيلة في ظروف اقتصادية معقولة من طرف منافسي المؤسسة التي تسيرها وأن طلب الدخول إلى هذه التسهيلة تم رفضه أو أنه تم في ظروف مقيدة غير مبررة، ليضيف مجلس المنافسة شرط اخر مقارنة بما قضى به القضاء الأمريكي ألا وهو أن الدخول إلى هذه المنشأة يبقى أمر ممكن[40]. فإذا كان المجلس لم يُشر بصريح العبارة في هذا الرأي إلى أن هذا الاختبار يتعلق

[39] MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. AT&T Company, 708 F.2d. 1081, 1983. Op.cit, pp, 1132- 1133.

[40] « La jurisprudence et la doctrine se sont donc attachées à préciser les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure

بالبحث عن الطابع الأساسي للتسهيلة، تدارك هذا الأمر في الرأي الصادر عنه في 8 جانفي 2004، حيث نص المجلس صراحة على أن إضفاء الطابع الأساسي للتسهيلة يقتضي تظافر الشروط المنصوص عليها سابقا[41].

---

essentielle. A cet égard, il y a lieu de noter que les principes dégagés aux Etats-Unis sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux dégagés dans le droit européen ou le droit français de la concurrence. La limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle s'applique lorsque : En premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ; En deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ; En troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; En quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées

En cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible. », Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, p. 10, www.autoritédelaconcurrence.fr

[41] « Le Conseil a rappelé, dans un avis n° 02-A-08, les conditions dans lesquelles les autorités de concurrence, tant nationales que communautaires, ont pu être amenées à considérer qu'une infrastructure était « *essentielle* » et que le détenteur devait, en conséquence, en accorder l'accès. Ainsi, le Conseil confirme que les cinq conditions prévues par l'avis n° 2-A-08 précité doivent être réunies de façon cumulative.

Cons conc, Avis n 04-A-01, 8 janvier 2004, relatif à une demande d'avis de l'association française des réseaux et services des télécommunications(AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les autres acteurs du dégroupage, www.autoritédelaconcurrence.fr

ثانيا: عدم تناسب اختبار « MCI » مع تقدير الطابع الأساسي للتسهيلة

إن التحليل العميق لهذا الاختبار في البحث عن أساسية التسهيلة، يجعلنا نقول أنه اختبار قد خلط بين شروط الأساسية، وشروط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية، دون أن يُشير لا إلى شروط الأساسية برمَتها، ولا إلى شروط النظرية بشكل كلي كذلك. فرفض من الدخول إلى التسهيلة هو شرط لتطبيق نظرية التسهيلات الأساسية، وليس شرط لإضفاء الطابع الأساسي على موضوع النزاع، كما أن اشتراط وجود الحائز على التسهيلة الأساسية في وضعية الاحتكار هو الاخر شرط منتقد من وجهين. إذ أن اشتراط مثل هذا الشرط يعني أنه إذا كان الحائز على التسهيلة التي تبين أساسيتها غير موجود في وضعية احتكار فإن نظرية التسهيلات الأساسية تُستبعد في هذه الحالة، وهو ما يتعارض مع أهداف قانون المنافسة لاسيما الحفاظ على النظام العام التنافسي، وضمان منافسة حرة في السوق، هذا إذا ما سلمنا بإمكانية حيازة التسهيلة من طرف عون اقتصادي غير موجود في وضعية هيمنة، وهو الأمر الذي لا يمكن تصوره، والذي يُشكل الوجه الثاني لانتقاد هذا الشرط، إذ أن وجود العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية في وضعية احتكار، يُعتبر نتيجة منطقية لحيازة هذه الأخيرة، إذ أن الطابع الوحدوي لهذه الأخيرة تمنح حائزها فرصة الانفراد في السوق، وهو ما سيرد التفصيل فيه لاحقا.

ضف إلى ذلك، بالرغم من أن الاختبار قد اشترط وجود طالب الدخول إلى التسهيلة الأساسية في وضعية يستحيل عليه فيها إعادة ابتكار مثل هذه التسهيلة فيما يُعبَر عنه

بالطابع الوحدوي للتسهيلة، إلا أنه وبمقابل ذلك، نجد أن ذات الاختبار قد اشترط تفحص تحقق هذا الشرط بصفة لاحقة لتحقق شرط وجود حائزها في وضعية احتكار، بالرغم من إن مثل هذا التحليل غير مؤسس. من منطلق، _كما قلنا سابقا_ أن وجود حائز التسهيلة المعنية في وضعية احتكار ليست إلا نتيجة طبيعية لطابعها الوحدوي، من ذلك فإن الأولى في البداية و البحث عن الطابع الوحدوي للمبرر السالف ذكره، بعبارة أخرى، فحص استحالة إعادة ابتكار مثل هذه التسهيلة هي عملية لابد أن تتم بصفة سابقة عن البحث عن مدى وجود حائزها في وضعية احتكار من عدمه، بالرغم من أننا نعتبر أن هذا الشرط ليس له أي علاقة بإضفاء الطابع الأساسي على التسهيلة من عدمه، لاسيما أن وضعية احتكار في القانون الأمريكي قد لا يكون سببها حيازة تسهيلة أساسية وإنما تم منح العون الاقتصادي وضعية الاحتكار من طرف السلطات الأمريكية، خاصة إذا علمنا أن مثل هذه الممارسة معهودة في القانون الأمريكي. أما بالنسبة للشرط الاخير المشار إليه من طرف مجلس المنافسة الفرنسي فهو يتعلق بشروط تفعيل النظرية وليس بشروط الأساسية لطالما أنه يُشير إلى وجود إمكانية التمكين من الدخول وهو عنصر ليست له أية علاقة بالبحث عن الطابع الأساسي للتسهيلة.

الفرع الثاني: التقدير العملي لمعايير التسهيلة: الوسيلة الأنجع للبحث عن الأساسية؟

ليس كل إدعاء بالطابع الأساسي للعنصر موضوع النزاع يُفضي على هذا الأخير صفة التسهيلة، فالتعاريف المقدمة للتسهيلات الأساسية من الهيئات المكلفة بالمنافسة من جهة والادعاءات من المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الدخول بأساسية العنصر المعني بالفحص من جهة أخرى تبقى مجرد جانب نظري يستدعي لإضفاء المصداقية عليه اسقاط هذه التعريفات والادعاءات على الواقع. في هذا الشأن تلتزم الهيئات المكلفة بالمنافسة بتقدير أساسية التسهيلة الأساسية من خلال معيار الوحدة (أولا) من خلال معيار الضرورة (ثانيا).

أولا: تقدير أساسية التسهيلة استنادا إلى معيار الوحدة

لا يُمكن الحديث عن الطابع الوحدوي للتسهيلة إلا إذا تم التأكد على عدم توفر نوعين من البدائل على سبيل التلازم وهما البدائل الحقيقية والبدائل المحتملة، من ذلك فإن عملية تقدير أساسية التسهيلة استنادا إلى هذا المعيار يقتضي البحث عن مدى توفر بدائل حقيقية(أ)، ثم البحث عن مدى توفر بدائل محتملة(ب).

أ: تقدير وجود البديل الحقيقي:

إن البحث عن مدى وجود بدائل حقيقية فورية للعنصر الذي يُفترض فيه الطابع الأساسي يقتضي البحث عن مدى وجود تقنيات أخرى تُشكل بدائل اقتصادية معادلة للتسهيلة الأساسية على نحو تسمح للمتعاملين الاقتصاديين بالالتحاق بالسوق، وهي العبارة المستعملة من الهيئات المكلفة بالمنافسة في القانون المقارن لاسيما الفرنسية منها وحتى الأوروبية. ففي قضية « Sarl Héli Inter » والتي سوف يرد فيها التفصيل أدناه، والمتعلقة بمهبط المروحيات بمنطقة "نوربون"، رفضت شركة « Sarl Héli Inter » المكلفة بمهمة تسيير مرفق هبوط المروحيات تمكين شركة « Jet Système » من استعمال المهبط لنشاط تموين النقل الصحي بالمروحيات لصالح المركز الاستشفائي لمدينة "نوربون"، كما تم حظر الشركة من الدخول إلى المرأب، الشيء الذي عرض المروحيات لسوء الأحوال الجوية، وكذا لمخاطر التدهور، كما انجر عن ذلك أيضا عدم قدرة الشركة من الدخول إلى منطقة غسل الأجهزة وإلى منطقة تعبئة الكيروسين، ما دفع الشركة إلى استعمال وسائل أخرى من أجل تنقية مروحياتها والحصول على الكيروسين لاسيما استعمال شاحنة مدعمة بصهريج من أحد المناطق المجاورة وكذا استعمال عربة للمؤونة، وهو ما دفع مجلس المنافسة الفرنسي إلى التدخل والذي اعتبر أن الوسائل التي لجأت إليها شركة « Jet Système » لا يمكن أن تشكل بدائل اقتصادية معادلة لتلك التي تملكها شركة « Sarl Héli Inter » وأن هذه الحلول سوف ينجر عنها عدم الاستمرار في تقديم الخدمات من طرف شركة « Jet

Système »[42]. في قضية « Sea Contaires »، اعتبرت اللجنة الأوروبية أن ميناء « Holey head » هو الميناء البريطاني الوحيد المتوفر حاليا في السوق، وأن الميناء البديل الوحيد القريب هو ميناء "ليفربول" والذي لا يمكن اعتباره بديل معادل لذلك الذي يقترحه مسير المنشأة، وهذا باعتبار أن مدة العبور من ميناء "دوبلن" إلى ميناء "ليفربول" هو ضعف الوقت المستغرق من ميناء "دوبلن" إلى ميناء « Holey head »[43]. إن الخوض في مفهوم البدائل المعادلة من الناحية الاقتصادية يقتضي الخوض في عنصرين أساسيين، وهما مدى تمكين العنصر البديل للأعوان الاقتصاديين من تحقيق الأرباح في السوق مثلها مثل التسهيلة الأساسية المعنية بالفحص، وكذا البحث عن مدى أهمية التماثل بين العنصر

---

[42] "Considérant que, si la S.A. Jet Systems a dû, depuis l'obtention du marché du centre hospitalier, assurer par elle-même certains des services nécessaires au fonctionnement de son appareil, faute d'un accord avec la Sarl Héli-Inter Assistance, les solutions précaires mises en oeuvre, telles, par exemple, que l'installation d'une caravane pour les pilotes ou le ravitaillement de l'appareil par camion citerne en provenance de Lézignan, **ne peuvent être considérées comme économiquement équivalentes** à celles qu'aurait pu fournir le gestionnaire de l'hélistation ; que, comme l'a déclaré le directeur-adjoint du centre hospitalier, ces solutions précaires font peser un risque sur la sécurité et la continuité de l'exploitation du service par la S.A. Jet Systems", Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, p. 6. www.autoritedelaconcurrence.fr

[43]" Le port de Holyhead est le seul port britannique desservant actuellement ce marché. Le port de remplacement le plus proche de Holyhead est Liverpool, or la traversée de Dublin à Liverpool est à peu près deux fois plus longue que celle de Dublin à Holyhead. La différence est donc telle que le port de Liverpool n'est pas substituable à Holyhead pour les services de transport de passagers et de voitures par transbordeur.", Décision 94/19/CE, du 21 décembre 1993, (IV/34.689 — Sea Containers/Stena Sealink), JOCE n L15 du 18 janvier 1994, Point 63.

الذي يُفترض فيه صفة البديل والتهسيلة المعنية بالفحص وهي العناصر التي تم استنتاجها من خلال اجتهادات الهيئات المكلفة بالمنافسة في مادة التسهيلات الأساسية.

بالنسبة لمسألة البحث عن مدى تمكين الوسيلة البديلة لتحقيق الأرباح من الناحية الاقتصادية، فيمكن استخلاص هذا الشرط من حكم المحكمة الأوروبية في قضية " Istituto Chemioterapico"، حيث أشارت المحكمة أن إنتاج مادة Aminobutanol باستعمال مادة Butanone هي عملية جد مكلفة[44]، ما يعني أن المحكمة قد أقرت بشكل غير مباشر إلى أن الوسائل التي تكلفتها جد مرتفعة لا يُمكن أن تُشكل بدائل حقيقية للتسهيلة المعنية بالفحص وهو الشيء الذي يجد مبرره في أن هذه الوسائل من شأنها أن تحول دون تحقيق أرباح في السوق نظرا لتكلفتها المرتفعة. أضف إلى ذلك، فإن اشتراط مثل هذا العنصر لإضفاء صفة البديل على العنصر المعني بالفحص فيه مراعاة لأحد أهم المبادئ الاقتصادية للالتحاق بالسوق وممارسة النشاط الاقتصادي، إذ أن هدف أي عون اقتصادي-كقاعدة بديهية في السوق- يبقى بالدرجة الأولى تحقيق الأرباح، من ذلك، فإن ممارسة النشاط الاقتصادي عن طريق وسيلة التسهيلات الأساسية أو بدائلها إن وُجدت لا يُمكن أن يحيد عن هذا المبدأ. استنادا إلى هذا التحليل نقول أنه لا يوجد أدنى مبرر لإضفاء صفة الدليل على العنصر المعني بالفحص إذا كان هذا الأخير لا يسمح للمتعاملين الاقتصاديين من

[44] "(…) que la Commission a produit un rapport d'expert provenant de Zoja selon lequel la production d'aminobutanol, en partant du butanone à une échelle industrielle considérable, ne serait possible qu'à grands frais et accompagnée de dangers…", CJCE, Istituto Chemioterapico Italiano SpA et Commercial Solvents Corporation c/ Commission, Point 14.

تحقيق الأرباح مقارنة بوضعية التمكين من الدخول عن طريق التسهيلة الأساسية موضوع النزاع. إذ أنه لا جدوى من الدخول وممارسة النشاط الاقتصادي ما لم يكن هنالك أي جني للأرباح.

أما بالنسبة لعنصر البحث عن مدى أهمية التماثل بين التسهيلة التي أُدعي بشأنها الطابع الأساسي والعنصر المُفترض فيه صفة البديل الحقيقي في إضفاء هذه الصفة عليه تسميته فهو يعني بالدرجة الأولى مسألة الاستبدال بين التسهيلة والعنصر المعني بالفحص، وذلك بطرح التساؤل التالي: هل لابد أن تبلغ درجة الاستبدال بين العنصرين درجة المماثلة أم أنه يكفي إضفاء صفة البديل حتى ولو تبين أن التسهيلة موضوع النزاع تفوق العنصير المعني بالفحص بنوع من الأفضلية؟

في هذا الصدد لم تقدم الاجتهادات القضائية ولا الهيئات المكلفة بالمنافسة توضيحات دقيقة ولا معايير موضوعية تسمح بقياس درجة الاستبدال، إلا أنه بمقابل ذلك، نجد إشارة من بعض الهيئات القضائية إلى المؤشر الذي ينبغي أخذه بعين الاعتبار في قياس درجة الاستبدال مثلما توضحه لنا قضية Istituto Chemioterapico حيث اعتبرت المحكمة في قضية الحال أنه كان من الممكن الحديث عن وجود بديل حقيقي في السوق لو تبين وجود مادة أولية بديلة لمادة Nitropropane أو مادة Aminobutanol دون صعوبات كبيرة لإنتاج مادة l'éthambutol[45]، وهو ما عبر عنه المحامي العام للمحكمة في قضية أخرى ولكن

[45] "que c'est seulement la présence sur le marché d'une matière première substituable sans grandes difficultés au nitropropane ou à l'aminobutanol pour la fabrication de l'éthambutol,

باستعمال عبارة أخرى أقل ملائمة، حيث اعتبر المحامي أن عدم تمكين شركة "برونر" من الدخول إلى نظام الشبكة الوطنية للتوزيع وعدم قدرتها علاوة على ذلك ابتكار مثيل له لا يحول دون ممارستها للنشاط الاقتصادي في ظل وجود وسائل أخرى بديلة لممارسة عملية التوزيع حتى ولو كانت هذه الوسائل أقل ملائمة مقارنة بالوسيلة موضوع النزاع[46].

من خلال ما ذُكر نقول، أنه لا يُشترط للقول بوجود قابلية للاستبدال بين التسهيلة موضوع النزاع والبديل المعني بالفحص أن تكون درجة الاستبدال بينهما قد بلغت درجة التماثل بل يُمكن الجزم بوجود البديل الحقيقي حتى ولو كانت السيلة البديلة تثير نوعا من الصعوبة مقارنة بالتسهيلة موضوع النزاع وهذا على حد تعبير المحكمة الأوروبية، إلا أنه بمقابل ذلك نلمس الغياب التام لمعايير موضوعية لقياس درجة الاستبدال والصعوبة ما يضع الهيئات المكلفة بالمنافسة أمام تحد الفحص العميق للعنصر الذي تُفترض فيه صفة البديل بكل دقة بما خول لها القانون من وسائل من استعانة بالخبرة وذلك لتفادي أي سوء تقدير للعملية.

---

qui serait susceptible d'invalider la thèse que CSC détient une position dominante au sens de l'article 86" ., CJCE, Istituto Chemioterapico Italiano SpA, op.cit, Point 15.

[46]« Il est clair, selon nous, qu'il ne saurait y avoir, en l'espèce, d'obligation pour Mediaprint d'accorder à Bronner l'accès à son réseau national de portage à domicile. Bien que Bronner puisse n'être pas elle-même en mesure de reproduire le réseau de Mediaprint, elle dispose de nombreuses solutions de remplacement — quoique moins commodes pour effectuer la distribution. », Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS,(Sous CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, C-7/97), Point, 67.

ب: تقدير البديل المحتمل

إن تقدير غياب البديل الحقيقي للتسهيلة المعنية بالفحص لا يخول للهيئات المكلفة بالمنافسة النطق بأساسية التسهيلة، فبعد التحقق من غياب هذا النوع من البدائل بما خول لها القانون من وسائل يقع لزاما على الهيئات المعنية بالمنافسة الفحص عن مدى غياب البديل المحتمل، حينها وفقط يمكن لهذه الهيئات إضفاء صفة الأساسية على العنصر المعني بالفحص، وهذا من منطلق -كما تمت الإشارة إليه سابقا- أن تحقق الطابع الوحدوي على التسهيلة لا يكون إلا إذا تبين غياب البديل الحقيقي والمحتمل على سبيل التلازم. في هذا السياق، يمكن القول عن غياب البديل المحتمل أنه استحالة إعادة نسخ التسهيلة أو ابتكار مثيل لها في شروط معقولة، وهذا لوجود جملة من العوائق التي تحول دون إمكانية حدوث مثل هذه العملية.

قبل الخوض في مسألة العوائق التي تحول دون إمكانية إعادة إنتاج التسهيلة موضوع النزاع، يبقى التساؤل الجوهري الذي ينبغي طرحه- والذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالتسهيلة- هو: من هو العون الاقتصادي الذي لابد من أخذه بعين الاعتبار للقول باستحالة إعادة نسخ التسهيلة؟

يمنح لنا تحليل المحكمة الأوربية في قضية "أوسكار برونر" مؤشرا يمكن الاستئناس به، حيث اعتبرت المحكمة أنه لا يمكن القول بانتفاء وجود البديل المحتمل للتهسيلة إلا إذا تبين أن إعادة ابتكار مثيل لها غير مربح من الناحية الاقتصادية لكل محرر يومي له نظام

توزيع مشابه لذلك المتوفر في السوق[47]. في هذا الشأن عبر الفقيهين VEGIS Emmanuelle و Alexandre de STREEL عن المعيار المتبنى بالقول، لا يستند القاضي في تقديره لمدى معقولية نسخ التسهيلة من الناحية الاقتصادية على المميزات الخاصة لطالب الدخول، وإنما ينبغي عليه تقدير ذلك بالأخذ بعين الاعتبار مؤسسة خيالية ومجردة لها حصص في السوق مساوية لتلك التي تمتلكها المؤسسة الحائزة على التسهيلة[48]. من خلال ذكرناه، نقول أن تبني المحكمة الأوروبية معيار المتعامل الاقتصادي الذي يحوز نفس حصص السوق مع العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة لا يتماشى مع مفهوم أساسية التسهيلة، بعبارة أخرى، لو حاولنا ترجمة عبارات المحكمة نقول أن العون الاقتصادي الذي لابد من أخذه بعين الاعتبار في تقدير أساسية التسهيلة هو المتعامل الصلب[49] أو المتعامل الاقتصادي المهيمن، وهذا باعتبار أن العون الاقتصادي الموجود في وضعية الهيمنة وفقط من له القدرة على حيازة نفس حصص السوق التي يحوز عليها صاحب التسهيلة، وإذا ما اتبعنا هذا التحليل سوف ينفي الطابع الأساسي على كل العناصر المعنية والتي تكون ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي، وهذا باعتبار أنه لو أخذنا بعين الاعتبار العون الاقتصادي المحتكر في البحث عن مدى وجود إمكانية نسخ التسهيلة فإن الإجابة ستكون بالإيجاب

---

[47] CJCE, 26 Novembre, Oscar Bronner c/ Mediaprint, op.cit, Point, 46.

[48] DE STREEL(A) et VÉGIS (E), « La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications », *CAHIERS DU CRID*, n 16, p. 400. Disponible sur : http://www.crid.be/pdf/public/4715.pdf

[49] وهي التسمية التي أطلقتها الفقية الفرنسية "ماري ان فريزون روش"، انظر في هذا الشأن:
FRISON ROCHE (M-A) , « Proposition pour une notion de l'opérateur crucial », *CONCURRENCE – DISTRIBUTION*, 2006, pp.1895- 1900.

على الدوام، هو ما ينفي استحالة نسخ التسهيلة، أو بعبارة أخرى يجعل من إمكانية إعادة إنتاجها أمر ممكن على الدوام.

من وجهة نظرنا نقول أن العون الاقتصادي الذي ينبغي أخذه بعين الاعتبار في تقدير استحالة نسخ التسهيلة هو المتعامل الاقتصادي الحذر أو العادي، وهو ما عبر عنه الأستاذان VEGIS Emmanuelle و Alexandre de STREEL، وذلك بالقول أن المعيار المتبنى في قضية "أوسكار برونر" هو معيار ضيق وجد مقيد وأن المعيار الأكثر ملائمة هو معيار المتعامل الاقتصادي المجرد والفعال إلى حد معقول دون اشتراط أن يكون لهذا المتعامل الاقتصادي نفس حجم وقوة المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة. من ذلك، فالأهم من كل هذا هو اللجوء إلى اختبار موضوعي لا يأخذ بعين الاعتبار مميزات المتعامل الاقتصادي طالب الدخول من منطلق أن قانون المنافسة يهدف إلى حماية المنافسة لا المتنافسين[50].

في سياق اخر، يمنح لنا التحليل الذي قامت به المحكمة معطيات هامة فيما يتعلق بأنواع عوائق استحالة إعادة ابتكار التسهيلة التي يمكن تقسيمها بحسب المحكمة إلى عوائق اقتصادية وعوائق غير اقتصادية.

[50] DE STREEL (A) et VÉGIS (E), « La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications », op.cit, P. 400.

بالنسبة للعوائق الاقتصادية، فهي تلك العوائق التي تجعل من إعادة نسخ التسهيلة غير مربح من الناحية الاقتصادية[51] وهو ما أشارت إليه المحكمة الأوروبية في قضية "أوسكار برونر"، حيث أقرت في هذا الشأن أنه لاعتبار أن استحداث مثل هذا النظام لا يمكن أن يشكل بديل محتمل إثبات أن القيام بمثل هذه العملية غير مربح من الناحية الاقتصادية[52]. ومن بين الصعوبات التي تجعل من إعادة نسخ التسهيلة من الناحية الاقتصادية ما أشار إيه المحامي العام "جاكوب" والذي عبر في هذا الشأن على أنه يمكن لتلكفة إنتاج التسهيلة أن تشكل لوحدها عائق غير قابل للتجاوز للالتحاق بالسوق، ليضيف بعد ذلك، أنه يمكن تصور هذه الوضعية حينما تكون التسهيلة قد تم ابتكارها في شروط لا منافسة والذي يجد مبرره في وجود إعانات عمومية لوضع التسهيلة[53].

---

[51] AUTENNE Alexia et Autres, « *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : La libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter* », (s/dir.) T. LEONARD ; *"Actualités en droit économique: la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique"*, Ed Bruylant, 2015, p. 135

[52] En effet, pour que cet accès puisse le cas échéant être considéré comme étant indispensable, il faudrait à tout le moins établir, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 68 de ses conclusions, qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant, CJCE, 26 Novembre, Oscar Bronner c/ Mediaprint, op.cit, Point, 46.

[53]« Nous n'excluons pas la possibilité que le coût lié à la reproduction de l'installation constitue à lui seul un obstacle insurmontable à l'accès au marché. Cette situation pourrait notamment se présenter dans les cas où l'installation a été créée dans des conditions de non-concurrence, en partie grâce à des subventions publiques », Conclusions de l’avocat général M. F. G. JACOBS, op.cit, Point 66.

أما بالنسبة للعوائق غير الاقتصادية، فيمكن وصفها بأنها تلك العوائق التي لا تمت بأية صلة بالمفاهيم الاقتصادية لاسيما مسألة الربحية وهي عوائق ترتبط بالدرجة الاولى بظروف خارجة عن نطاق المتعامل الاقتصادي طالب الدخول وعن نطاق أي متعامل اقتصادي معيار ي اخر والذي ليس له أي دخل في حدوثها، ى والتي ما تأخذ في الغالب صفة العوائق العمومية أو السيادية، والتي تُترجم في تدخل السلطات العمومية في مسألة استحالة نسخ التسهيلة الأساسية المعنية مثلما توضحه قضية ميناء "رودبي" حينما رفضت الحكومة الدانماركية الاستجابة لطلب شركة « Euro port » والمتمثل في إنشاء قاعدة مينائية بمحاذاة ميناء "رودبي" والذي يُشكل الميناء الوحيد الذي يسمح لهذه الؤسسة من ممارسة نشاطها الاقتصادي[54].

ثانيا: تقدير الطابع الضروري للتسهيلة الأساسية

مقارنة بعملية فحص وحدوية التسهيلة، لا يثير البحث عن صفة الضرورية أي إشكالات عملية تُذكر، إذ يمكن تقدير ضرورية التسهيلة لممارسة النشاط الاقتصادي باتباع أحد التحليلين التاليين:

[54] « Par lettre du 9 mai 1990, le ministre danois des transports a refusé d'autoriser la société Euro-Port A/S, filiale du groupe suédois Stena Rederi AB (Stena) à construire un port de commerce privé au voisinage immédiat du port de Redby ». DÉCISION 94/1 9/CE) DE LA COMMISSION du 21 décembre 1993, Sea Containers contre Stena Sealink, op.cit, Point 1.

إما عن طريق استنتاجه مباشرة من تقدير غياب الحل البديل للتسهيلة الأساسية، حيث أشرنا سابقا، إلى أن العلاقة التي تربط معياري أساسية التسهيلة هي علاقة سبب بنتيجة، إذ أن الطابع الضروري الأساسي للتسهيلة ليس إلا نتيجة لطابعها الوحدوي، من ذلك نقول أنه يكفي للقول بتحقق صفة الضرورية في التسهيلة التأكد من غياب أي بديل للتسهيلة المعني بالفحص.

وإما عن طريق ملاحظة الأثار السلبية التي قد تنجر عن رفض التمكين من الدخول إليها، فإذا تبين أن رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية سوف ينجر عنه الإقصاء من السوق أو صعوبة الاستمرار على مستواها -مثلما هو عليه الحال مع قضية Sarl Héli Inter أين عبر مجلس المنافسة أن رفض شركة Héli Inter تمكين شركة Jet Systeme من استعمال مهبط المروحيات انجر عنه صعوبة جد كبيرة لهذه الأخيرة في الاستمرار في ممارسة النشاط الاقتصادي- جاز في ذلك الحين إضفاء الطابع الضروري على التسهيلة موضوع النزاع.

المبحث الثاني: توضيح الطابع الأساسي للتسهيلة: الاستعانة بالقانون المقارن

يُعتبر الاجتهاد القضائي الأمريكي_ كما تمت الاشارة اليه أعلاه أول من أشار إلى مفهوم التسهيلات الأساسية وكان ذلك لأول مرة في قضية " Terminal railroad" سنة 1912 كما سيرد التفصيل فيه أدناه. من ذلك فإن الخوض في الاجتهاد القضائي الأمريكي أضحى ضرورة لابد منها في سبيل توضيح الطابع الأساسي للتسهيلة، في هذا الصدد من منطلق أن هذا الابداع في قانون المنافسة يرتبط بمجرد ذكره بالقانون الأمريكي، فإن ذلك يقتضي

الخوض في القضايا التاريخية التي شكلت البداية الأولى لظهور هذا المصطلح على مستوى هذا النظام(المطلب الأول)، في ذات السياق دائما، يُعتبر النظام الفرنسي على المستوى الأوروبي من أكثر الأنظمة نشاطا في مادة التسهيلات الأساسية، والأكثر من ذلك يُشكل النظام القانوني الفرنسي من أكثر الأنظمة التي تأثر بها النظام القانوني الجزائري لاسيما في مادة المنافسة والضبط القطاعي، الشيء الذي يُشكل دافعا للخوض في تجربة هذا النظام في مادة التسهيلات الأساسية من خلال التطرق إلى القضايا الجوهرية التي تشكل أساس ظهور هذا المفهوم على مستوى النظام القانوني الفرنسي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تاريخ أساسية التسهيلة في القانون الأمريكي

لقد عرف القانون الأمريكي العديد من القضايا التي ارتبطت بشكل أو بأخر بمفهوم التسهيلات الأساسية، في هذا الشأن، تعتبر قضية " Terminal railroad" سنة 1912 أول قضية متعلقة بالتسهيلات الأساسية والتي يمكن وصفها بالجرأة أو حتى بالإبداع في إطار قانون المنافسة، لتليها بعد ذلك جملة من القضايا الأخرى التي ساهمت في توضيح أكثر لهذا المفهوم سواءً تعلقت حقيقة بهذا المصطلح أم لا، غير أنه مجرد ربطها بهذا المفهوم يقتضي التطرق إليها في سبيل تسليط الضوء أكثر على هذا المفهوم. في هذا الشأن، يمكن أن نميز بشأن أهم القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية في القانون الأمريكي بين تلك المتعلقة بالقطاعات الشبكية(فرع أول) وبين تلك المرتبطة بحقوق الملكية الفكرية (فرع ثاني)

الفرع الأول: القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية في القطاعات الشبكية

قضيتين أساسيتين تتعلقان بالتسهيلات الأساسية في النظام القانوني الأمريكي وهما قضية "Terminal railroad "(أولا) والتي تشكل مهد نظرية التسهيلات الأساسية وقضية « OTTER TAIL »(ثانيا).

أولا: قضية "Terminal railroad": الإبداع في قانون المنافسة

يُعتبر قرار المحكمة العليا الأمريكية الصادر في 22 أفريل 1912 في القضية التي كانت تجمع الدولة الأمريكية بمجمع "Terminal railroad"، بمثابة الإبداع في المجال التنافسي وهذا بالنظر إلى مضمون القرار ونتائجه لاسيما كسر قداسة المبادئ الكلاسيكية للتعاقد المنصوص عليها القانون المدني لاسيما مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحرية التعاقدية وكذا كسر هذا القرار للحصرية المطلقة المقررة لحقوق الملكية الفكرية بشكل خاص ولمختلف الممارسات الاحتكارية بشكل عام. حيث يُمكن اعتبار هذا القرار بمثابة تجسيد لفلسفة قانونية معاصرة عُرفت تحت تسمية "نظرية التسهيلات الأساسية". بذلك يكون القضاء الأمريكي هو أول من وضع معالم هذه النظرية[55]

[55] VAN DER HAEGEN, (O). « *Essential Facilities* » : doctrine essentielle ou facilité d'expression ? Regards croisés sur les droits américain et européen de la concurrence. *Revue générale de droit*, volume 39, n 2 Université Ottawa, 2009, p. 417

تعود بنا وقائع القضية إلى بداية القرن العشرين، حيث عرفت هذه الفترة ازدهارا اقتصاديا معتبرا، والذي يعود في غالبيته إلى التطور السريع الذي عرفه قطاع النقل بالسكك الحديدية خلال تلك الفترة[56].

إن الدور الذي أضحى يلعبه قطاع السكك الحديدية في تطوير الاقتصاد الامريكي أنذاك كن محفزا للاستثمار في منشآت السكك الحديدية في مدينة "سان لويس". هذه الأخيرة كانت خلال تلك الفترة احد أهم محطات النقل بالسكك الحديدية لجملة من العوامل لاسيما مساحتها، نسبة الكثافة السكانية على مستواها و كثرة الصناعات وهذا على حد تعبير القضاء الأمريكي[57] أو كما سماه أحد الفقهاء بمركز النشاط بالسكك الحديدية [58]. إن هذه الأهمية الجوهرية لمدينة "سان لويس كان محفزا للاستثمار على مستوى نشاط النقل بالسكك الحديدية، فكانت الفكرة في الرغبة في تجميع كل هذه المنشآت للنقل بالسكك الحديدية في مجمع واحد بهدف التحكم فيها واستعمالها كنظام واحد وهو ما تحقق بالفعل حيث تم الاستحواذ على جميع الوسائل بما في ذلك التي تسمح بعبور نهر"الميسيسيبي" في

---

[56]للتفصيل أكثر في دور قطاع السكك الحديدية في تطوير الاقتصاد الأمريكي خلال تلك الفترة انظر :

ANDRE Michel, « L'Amérique et les chemins de fer : Une histoire d'amour oubliée » https://www.books.fr/lamerique-et-les-chemins-de-fer-une-histoire-damour-oubliee/.

[57]"St. Louis is a city of great magnitude in the extent of its area, its population, and its manufacturing and other business. **A** very large number of trunk line railroads converge in this city. In the brief of one of the well informed counsel in this case it is said that St., Louis is one of the largest railroad centers in the world", 224 U.S, UNITED STATES *v.* ST. LOUIS TERMINAL. 383, 403

[58] GLAIS (M) « Concurrence - Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence ». In*: Revue d'économie industrielle*, vol. 85, 3e trimestre 1998, p. 87

إطار ما عُرف بتجمع "Terminal railroad"، على نحو وبالنظر إلى الخصائص الطبوغرافية لمدينة "ميسوري" لم يعد هنالك وسيلة أخرى لعبور النهر من طرف المتعاملين الاقتصاديين لممارسة نشاطهم غير تلك التي يحوزها هذا التجمع وهو ما عبر عنه القضاء الأمريكي في تحليله للقضية[59] لاسيما فيما يتعلق بالبحث عن مدى توافقها مع القانون الأمريكي المتعلق بمكافحة الاحتكار.

إن حيازة الوسائل الوحيدة التي تسمح للمتعاملين الاقتصاديين من عبور نهر "الميسيسيبي" وممارسة النشاط الاقتصادي أثار انتباه الحكومة الأمريكية والذي اعتبر أن مثل هذا الدمج جاء مخالفا لأحكام قانون "شيرمان" "Sherman Act"، وهو ما دفع بها إلى رفع دعوى أمام القضاء الأمريكي بهدف حل هذا التجمع.

قبل اتخاذ قرار الحل من عدمه، كان لابد على المحكمة العليا الأمريكية تقدير مدى توافق التجميع مع أحكام القانون الأمريكي لمكافحة الاحتكار "Antitrust" في هذا الشأن جاء تحليل المحكمة على النحو التالي:

في البداية، أقرت المحكمة أنه من غير الممكن لشركة ناشطة في مجال السكك الحديدية على مستوى هذه الولاية ممارسة النشاط الاقتصادي والوصول إلى مدينة ""Saint Louis

[59] "The result of the geographical and topographical situation is that it is, as a practical matter, impossible. for any railroad company to pass through, or even enter St. Louis, so as to be within reach of its industries or 'commerce, without using the facilities entirely controlled by the Terminal Company.", 224 U.S, *op.cit*, P. 397.

دون استعمال المنشآت المحوزة من طرف تجمع "Terminal Railroad"[60]،حيث أشارت المحكمة إلى عدم قدرة المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الدخول إلى مدينة "سان لويس" أو المرور عبرها لممارسة النشاط الاقتصادي على بناء جسور مماثلة وصيانتها نظر لتكلفتها الجد مرتفعة[61]

بعد ذلك تشير المحكمة إلى الأفضلية التنافسية التي يتمتع بها الأعوان الاقتصاديون الأعضاء في هذا المجمع مقارنة بالأعوان الاقتصاديين غير الأعضاء فيه، ونخص بالذكر في هذا الشأن، امتلاك المتعاملين الاقتصاديين الاعضاء في المجمع حق الفيتو "النقض"[62] حيث يمكنهم رفض دخول متعاملين اقتصاديين جدد إلى المجمع وهو ما يتنافى مع أحكام المنافسة الحرة[63]، الشيء الذي يعرض هؤلاء الأعوان غير الأعضاء محل رفض التمكين من

[60] 224 U.S, *op.cit*, p. 397.

[61] The cost of construction and maintenance of railroad bridges over so great a river makes it impracticable for every road desiring to enter or pass through the city to have its own bridge, *Ibid*, p. 395.

[62] GOUBET (J), L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe aux Etats-Unis, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen comparé, Université Panthéon Assas, 2010, p. 9

[63] That through their ownership and exclusive control they are in possession: of advantages in respect to the enormous traffic which must use the St. Louis gateway, is undeniable. That the proprietary companies have not availed themselves of the full measure of their power to impede free competition of outside companies, may be true. Aside from their power under all of the conditions to exclude independent entrance to the city by any outside company, their control has resulted in certain methods which are not consistent with freedom of competition. To these acts we shall refer later, GOUBET (J), L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe aux Etats- Unis *op.cit*, p. 401

الدخول إلى هذه المنشأت من خطر عدم الاستمرار من ممارسة نشاط النقل بالسكك الحديدية من وإلى مدينة "سان لويس".

الشيء الذي جعل المحكمة تخلص في الأخير إلى نتيجة مفادها أن تحكم المجمع في المنشأت التي لا غنى عنها للوصول إلى مدينة "سان لويس" وتمكين وفقط أعضاء هذا المجمع دون غيرهم من استعمالها من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالمنافسة على سوق النقل بالسكك الحديدية، وهو ما قد ينجر عنه في الأخير المساس بالتجارة الداخلية[64].

إن التحليل الذي قامت به المحكمة كان من شأنه أن يؤدي بها إلى الاستجابة ايجابيا لمقترح الحكومة الأمريكية وحل المجمع، مثل هذا الحل كان بإمكانه إعادة التوازن التنافسي بين المنشأت التي تسمح بعبور النهر على نحو يضمن لجميع المتعاملين الاقتصاديين الناشطين في قطاع السكك الحديدية الدخول إلى السوق أو الاستمرار فيه. غير أن المحكمة ارتأت أن الحفاظ على على المنافسة على مستوى سوق النقل بالسكك الحديدية يمكن أن يتأتى بحل أقل شدة وقساوة، حل يُراعى من خلاله الحق في الملكية باعتباره حق أساسي من جهة، ويأخذ بعين الاعتبار حرية الصناعة والتجارة من جهة أخرى.

---

[64] "But the situation at St. Louis is most extraordinary, and we base our conclusion in this case, in a large measure, upon that fact. The "physical or topographical condition peculiar to the locality," which is advanced as a prime justification for a unified system of terminals, constitutes a most obvious reason why such a unified system is an obstacle, a hindrance and a restriction upon interstate commerce, unless it is the impartial agent of all who, owing to conditions, are under such compulsion, as here exists, to use its facilities.", *Ibid,* P. 405

إن تحليل قرار المحكمة يسمح لنا بالتعرف على معياري أساسية التسهيلة وهما ضرورية التسهيلة لممارسة النشاط الاقتصادي من جانب و وحدويتها من جانب اخر.

هذا الأخير نجده معبر عنه بغياب الحل البديل بوجهيه على سبيل التلازم طبعا. وهما البديل الفعلي والمحتمل.

ثانيا: قضية « OTTER TAIL »

تُعتبر قضية "OTTER TAIL " هي الأخرى أحد أهم القضايا المرتبطة بالتسهيلات الأساسية والتي عالجها القضاء الأمريكي بقرار صادر عن القضاء الأمريكي في 22 فيفري سنة 1973.

تتلخص وقائع القضية في كون شركة "OTTER TAIL " هي شركة منتجة وموزعة للكهرباء. خلال هذه الفترة كانت هذه الشركة هي الوحيدة التي تؤمن التمويل بالكهرباء بالتجزئة وذلك لنحو خمس مائة مدينة واقعة في وسط الولايات المتحدة الأمريكية. في هذا الصدد اتخذ هذا التموين شكل عقود بين هذه الشركة ومختلف المحافظات وهذا لتموينها طبعا بالكهرباء بالتجزئة لمدة تتراوح بين 10 و20 سنة. باستنفاد مدة هذه العقود ارتأت بعض المحافظات أن تأخذ على عاتقها مهمة توزيع الكهرباء لمواطنيها، الشيء الذي دفع بها إلى أن تطالب شركة "OTTER TAIL " بيعها الكهرباء بالجملة على النحو الذي يُمكن هذه الأخيرة من تموين مواطنيها بالكهرباء بصفة مباشرة[65]. غير أن هذا الطلب قوبل بالرفض من

[65] 410 U. S, OTTER TAIL POWER CO. *v.* UNITED STATES, February 22 1973, P. 368; "L'activité d'Otter Tail consiste à produire et distribuer de l'électricité. A l'époque des faits, l'entreprise assure l'approvisionnement de presque 500 villes du centre des EUA. Les

الشركة، وهو ما دفع بالمحافظات المعنية بقرار الرفض إلى رفع دعوى أمام القضاء الأمريكي مدعية بأن هذا الرفض جاء مخالف لأحكام القانون الأمريكي لمنع الاحتكار. وهو الادعاء الذي أكدت عليه محكمة "مينسوتا" التي أشارت بالفعل إلى محاولة الشركة الانفراد بسلطة احتكارية في السوق بصفة غير مشروعة وذلك برفض التعاقد مع المحافظات في إطار عقود توزيع[66]

في هذا الشأن، بالرغم من أن القضاء الأمريكي لم يستعمل مصطلح التسهيلات الأساسية بصريح العبارة في هذه القضية، إلا أنه بمقابل ذلك نلمس العديد من العناصر في هذه القضية التي تسمح لنا بالقول بأننا أمام قضية متعلقة بالتسهيلات الأساسية.

نذكَر فقط في البداية بأن هذه المحافظات قد أبدت رغبتها بأن تتولى بنفسها توزيع الكهرباء للمرتفقين، الشيء الذي يبرر رغبتها في شراء الكهرباء بالجملة وذلك إما من المتعامل " OTTER TAIL " أو التوصيل من الأنظمة الخاصة الخاصة بالتوزيع التابعة لهذه الشركة، غير أن كلا الحلين يقتضيان التمكين من الدخول إلى الخطوط ذات الضغط العالي التابعة لهذه الشركة كذلك .في هذه الشأن لم يتوان القضاء الأمريكي من الإشارة إلى الطابع الوحدوي للمنشأة التي تحوزها شركة "OTTER TAIL ".

---

municipalités avaient signé des contrats d'approvisionnement au détail pour 10 ou 20 ans. Certaines, à l'expiration du contrat, décident de distribuer elles-mêmes l'électricité et demandent à Otter Tail de leur fournir l'électricité en gros et d'assurer son transit jusqu'aux municipalités.", GOUBET (J), L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe aux Etats- Unis, *op.cit*, p. 20.

[66]Ibid, 368.

إن تحليل القضاء الأمريكي يؤدي بنا إلى القول بأساسية خطوط ذات الضغط العالي التي تحوزها هذه الشركة.

إن الطابع الأساسي لهذه المنشأة يبرز جليا استنادا إلى معيار الوحدة، حيث أكد القضاء على غياب البديل الفعلي وذلك بانعدام خطوط ذات ضغط عالي شبيهة بتلك التي نحوزها شركة "OTTER TAIL " والتي من شأنها أن تسمح لهذه المحافظات من توصيل الكهرباء لخدمة مرتفقيها[67].

من ذلك، فإن تحقق معيار الوحدة سوف يؤدي بالضرورة إلى تحقق معيار الضرورية. إذ أن القول بأن هذه الخطوط هي الوحيدة التي تسمح بالتوصيل بالكهرباء يعني بالضرورة أن عدم تمكين المحافظات من استغلال خطوط الضغط العالي سوف ينجر عنها عدم القدرة على ممارسة نشاط التمويل بالكهرباء بالتجزئة.

الفرع الثاني: قضايا التسهيلات الأساسية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية

علاوة على القضايا المتعلقة بالقطاعات الشبكية في القانون الأمريكي والمرتبطة بالتسهيلات الأساسية نجد طائفة أخرى من القضايا التي لا تقل أهمية في مادة التسهيلات الأساسية على مستوى نفس النظام القانوني والتي تتعلق بالأساس بمادة حقوق الملكية الفكرية. هذه القضايا هما قضية Associated Press(أولا) وقضية ASPEN(ثانيا)

[67] GOUBET (J), L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe aux Etats-Unis, *op.cit*, p.370.

أولا: قضية Associated Press

إضافة إلى القضايا المشار إليها أعلاه والمتعلقة بالتسهيلات الأساسية، ذهب جانب من الفقه الأمريكي إلى إضفاء الطابع الأساسي على منشآت موضوع نزاع أمام القضاء بالرغم من أنها ليست كذلك في حقيقة الأمر. إن الهدف من وراء تسليط الضوء على بعض من هذه القضايا ليس فقط دحض التوجه واستبعادها بالنتيجة من طائفة القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية، بل الأكثر من ذلك التأكيد على عنصر جوهري ألا وهو أن ليس كل منشأة أو حق موضوع نزاع في إطار قانون المنافسة يُعد تسهيلة أساسية، أبعد من ذلك فإن استبعاد هذه القضايا من تلك المتعلقة بالتسهيلات الأساسية يسمح بصقل مفهوم الأساسية وتبسيطه أكثر عن طريق اللجوء إلى ما يسمى الدراسة بمفهوم المخالفة.

إذ أنه لاستيعاب مفهوم التسهيلة الأساسية لا يكفي تسليط الضوء على هذا الأخير فحسب، بل لابد أن يمتد التحليل القانوني في هذا الصدد ليشمل نفي الطابع الأساسي على تلك الحقوق والمنشأت التي تم ربطها بالتسهيلات الأساسية والتي لا تُعد كذلك حتى يكون هذا المفهوم المعاصر خال من كل غموض قد يفضي إلى تأويل خاطئ لمعناه.

في هذا الشأن تعد قضية "Associated Press " والتي أصدرت المحكمة العليا قرار بشأنها في 18 جوان 1945 أحد أهم القضايا التي ادعى جانب من الفقه الأمريكي أنها متعلقة بالتسهيلات الأساسية. في هذا الشأن، قبل تبرير موقف استبعاد هذه القضية من تلك المتعلقة بالتسهيلات الأساسية لابد من العودة أولا إلى وقائع القضية.

هذه الأخيرة تتلخص وقائعها في كون أن شركة "Associated Press " كانت شركة تجمع خلال هذه الفترة بين 1200 شركة صحفية أمريكية، والتي كان يتمحور نشاطها حول الحصول على المعلومات، معالجتها، ووضعها تحت تصرف أعضائها. لقد كان الهدف وراء إنشاء هذه المؤسسة المشتركة هو تمكين كل شركة عضو من الحصول على كل المعلومات التي يحوزها العضو الاخر وهذا من أجل تمكين كل الأعضاء من تحقيق أكبر قدر من الأرباح الاقتصادية ، وذلك لتحقيق غاية أسمى ألا وهي السماح لكل عضو في النهاية من امتلاك نظامه الخاص للحصول على المعلومات لاسيما عن طريق امتلاك مبعوثين في الخارج وتوقيع اتفاقيات مع لجان إعلامية واقعة في الخارج[68]. أهم ما يميز هذه المؤسسة هو أن الحصول على هذه المعلومات لا يكون ألا بالنسبة للمؤسسات الأعضاء في هذه المؤسسة. لاكتساب هذه الصفة على مستوى هذه الشركة يكفي للطرف الراغب في الانضمام تمكين باقي الأعضاء من المعلومات التي يحوزها مع الاحتفاظ بحق الحصرية. غير أنه إذا كان الطرف الراغب في الانضمام متواجد في حالة منافسة مع أحد أعضاء هذه الشركة جاز لهذا الأخير استعمال حق النقض ورفض طلب الانضمام[69].

إن مثل هذا النظام يسمح لأعضاء شركة "Associated Press " بأن يكونوا الممثلين الوحيدين لهذه الشركة على مستوى أسواقهم المحلية. غير أن مثل هذه الأحكام بمقابل ذلك أثارت انتباه وزارة العدل لاسيما في الشق المتعلق بمدى توافقها مع أحكام القانون

[68] ASSOCIATED PRESS *v.* UNITED STATES, 326 U.S. 1(1945), p. 3, 4

[69] Ibid, 18

الأمريكي لمنع الاحتكار، الشيء الذي دفع بها إلى إخطار المحكمة الفيدرالية. هذه الأخيرة أقرت بأن شروط الانضمام جاءت مخالفة للقانون الأمريكي. بغض النظر عن سبب اعتبار شروط الانضمام غير مشروعة، فإن المسألة التي تهمنا هو البحث عما اذا كانت وقائع هذه القضية متعلقة بتسهيلة أساسية من عدمه.

إن الإجابة بالايجاب، تعني أن المعلومات التي تحوزها شركة "Associated Press " هي معلومات ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي دونها، وأن اي عدم تمكين من الحصول عليها سوف ينجر عنه استحالة ممارسة النشاط الاقتصادي والتعرض لعواقب السوق لاسيما الإقصاء من هذا الأخير.

كما أن الإجابة بنعم تقتضي كذلك أن شركة "Associated Press " هي الشركة الوحيدة التي تحوز المعلومات الوحيدة التي تسمح بإصدار الصحف, أنه لا يمكن الحصول على هذه المعلومات من شركة في الحال ولا في المستقبل.

إذ أن المعلومات التي تحوزها شركة "Associated Press " هي معلومات لا يمكن إضفاء طابع الضرورة عليها لممارسة النشاط الاقتصادي والمتمثل في إصدار الصحف وهذا على حد قول المحكمة، حيث أكدت هذه الأخيرة على إمكانية ممارسة النشاط الاقتصادي دون حيازة هذه المعلومات، والدليل على ذلك هو حق النقض الذي يمكن لأعضاء هذه الشركة ممارسته ضد منافسيهم الراغبين في الانضمام إلى الشركة. مما يفيد أن منافسو هذه الشركة متواجدون في السوق ويمارسون نشاطهم الاقتصادي حتى دون الحصول المعلومات

التي تحوزها شركة Associated Press وهو الشيء الذي يُسقط الطابع الوحدوي على المعلومات التي تملكها هذه الأخيرة، حيث توجد إضافة إلى هذه الشركة حوالي عشرون شركة أخرى لها حجم اقتصادي مقارب للحجم الاقتصادي لشركة Associated Press، كما أنها تغطي منطقة جغرافية مقاربة من حيث المساحة لتلك التي تغطيها الشركة موضوع النزاع حول طبيعة المعلومات التي تحوزها[70].

من ذلك، إذا كان النظام الداخلي الذي يحكم نشاط هذه الشركة مخالف لأحكام قانون المنافسة الأمريكي إلا أنه وبمقابل ذلك، لا يحول دون حصول الأعوان الاقتصاديين غير الأعضاء في هذه الشركة على المعلومات التي تمكنهم من ممارسة النشاط الاقتصادي وهذا لوجود مصادر أخرى بديلة، الشيء الذي يُسقط الطابع الأساسي على هذه المعلومات مما يعني استبعادها من القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية.

ثانيا: قضية ASPEN

يُعتبر القرار الذي أصدرته المحكمة العليا الأمريكية في 19 جوان 1985 في نزاع شركة Aspen skiing ضد شركة Aspen high lands skiing أحد القرارات التي تم ربطها بالتسهيلات الأساسية بالرغم من أننا نميل إلى استبعاد هذه القضية من تلك المتعلقة بأساسية التسهيلة.

[70] ASSOCIATED PRESS *v.* UNITED STATES,op.cit p. 39

تتعلق هذه القضية في هذا الشأن باستغلال محطات التزحلق الجبلي على المستوى السلسلة الجبلية تُسمى Aspen في وسط جبال "الروكي" في ولاية "نيفادا". في بداية الستينات كان هنالك ثلاث محطات للتزحلق في المنطقة المشار إليها أعلاه وهي: Aspen, Buttermilk, Highlands. قررت المحطات الثلاث للتزحلق والتي تُعتبر أعوان اقتصادية مستقلة عن بعضها الfأعض أن تمنح لزبائنها الأوفياء إمكانية التزحلق على الممرات الثلاث لقاء اشتراك مالي شامل للمحطات الثلاث وأُطلق عليه تسمية All aspen ticket[71]. في سنة 1967 قام مالك محطةAjax بشراء محطة Buttermilk وقام بفتح محطة رابعة تُسمى Snowmass ski area ما يعني أن سلسلة Aspen أضحت مكونة خلال تلك الفترة من أربع محطات وهي Ajax, Buttermilk, Snowmass, Highlands مع العلم أن ثلاث محطات من أصل أربعة تابعة ل Aspen skiing وواحدة تابعة ل aspen highlands. في البداية تم الاستمرار في العمل باشتراك مالي موحد والذي يسمح بالتزحلق على مجمل جبال Aspen. في هذا الصدد يتم تقاسم العوائد بين المتعاملين الاقتصاديين مع الأخذ بعين الإعتبار في ذلك عدد المتزحلقين على مستوى كل محطة[72] . في بداية سنوات السبعينات أبدى مسيري شركة Aspen skiing امتعاضهم من الاشتراك المالي الموحد، معتبرين التكاليف الإدارية المتعلقة بتقاسم العوائد جد مرتفعة، وهو ما دفع بهم سنة 1978 إلى تعديل تقاسم هذه العوائد، حيث اقترحوا على aspen highlands تقاسم هذه الأرباح على النحو التالي:

---

[71] ASPEN SKIING CO. *v.* ASPEN HIGHLANDS SKIING CORP, 472 U.S. 585 (1985), p. 589

[72] Ibid, p 589

حصول شركة Aspen skiing على 87.5 بالمائة من هذه العوائد، بمقابل ذلك حصول شركة aspen highlands على 12.5 بالمائة من هذه العوائد[73].

هذا السلوك من شركة Aspen skiing دفع بشركة aspen highlands إلى رفع دعوى أمام القضاء والمطالبة بالتعويض جراء الأضرار التي لحقتها بسبب هذا السلوك من شركة Aspen skiing، معتبرة أن سلوك هذه الأخيرة جاء مخالف لأحكام القانون الأمريكي لمنع الاحتكار[74].

في هذا الصدد، أكد القضاء الأمريكي ادعاء شركة aspen highlands معتبرة أن الاشتراك المالي لشركة Aspen skiing تسهيلة أساسية[75]. بمقابل ذلك، إذا كانت المحكمة الدنيا قد أكد بصريح العبارة على الطابع الأساسي لهذا الاشتراك المالي، فإن التساؤل يبقى مطروح عن مدى صحة الحكم القضائي في اعتباره للاشتراك المالي الموحد تسهيلة أساسية؟

إن اعتبار المحكمة للاشتراك المالي موضوع النزاع يعني بالنتيجة أن هذا الأخير لا غنى عنه لممارسة النشاط الاقتصادي، وأن هذا الاشتراك لا يوجد بشأنه لا بديل حالي ولا بديل محتمل.

من وجهة نظرنا، بالعودة إلى معايير أساسية التسهيلة، نميل إلى نفي اعتبار الاشتراك المالي موضوع النزاع تسهيلة أساسية، وهذا من منطلق عدم تظافر أيٌ من معايير الأساسية في

[73] ASPEN SKIING CO. *v.* ASPEN HIGHLANDS SKIING CORP, op.cit, p 590

[74] Ibid, p 593

[75] Ibid, p. 588.

هذا الاشتراك المالي المعني، سواء معيار الضرورة أو معيار الوحدة. إذ أنه بالعودة إلى تعريف التسهيلة الأساسية وإسقاطه على القضية المعنية، يبرز لنا جليا أن القول بأساسية المقابل المالي المشترك أمر غير ممكن.

حيث أنه إذا نظرنا ألى التسهيلة الأساسية من زاوية أنها وسيلة ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي، أو أنها كل تسهيلة يكون ممارسة النشاط الاقتصادي أمر غير ممكن، فإن هذا يجعلنا نقول بأن غياب هذا المعيار في الاشتراك المالي الموحد جد واضح، والدليل على ذلك أن الأعوان الاقتصادي صاحب الادعاء أمام القضاء كان يمارس نشاطه الاقتصادي هذا حتى قبل استحداث هذا الاشتراك المالي المشترك، دون أن يؤدي عدم استحداثه سابقا إلى عدم الالتحاق بالسوق أو صعوبة ممارسة النشاط الاقتصادي على مستوى هذه الأخيرة، الأكثر من ذلك، أن ذات المتعامل الاقتصادي بات مستمرا في ممارسة نشاطه حتى بعد إلغاء هذا الاشتراك المالي الموحد، دون أن يُعرضه ذلك لعواقب السوق، لاسيما، الإقصاء من هذا الأخير. إذ أن غياب خطر الإقصاء من السوق، جراء إلغاء هذا المقابل المالي المشترك، ينفي الطابع الأساسي عن هذا الأخير.

كما أنه، إذا نظرنا إلى التسهيلة على أنها تلك التي يغيب بشأنها بديل فوري أو محتمل، فإن هذا التعريف يُعزز فكرة عدم إضفاء الطابع الأساسي على الإشتراك المالي محل النزاع، وهذا من منطلق وجود بديل فوري لهذا الأخير، إذا ما علمنا أنه يمكن دائما لشركة aspen highlands وضع الاشتراك المالي الخاص بها، وذلك دون أن تكون في وضعية تبعية لأي عون

اقتصادي، مثل هذه الوضعية للإشارة كانت موجودة قبل استحداث الاشتراك المالي الموحد، كما أن هذه الوضعية عادت لتكون بعد إلغاء هذا الاشتراك.

خلاصة لما ذكرناه، إن احتجاج مؤسسة aspen highlands على إلغاء المقابل المالي المشترك، ومحاولة التبرير باعتباره تسهيلة أساسية غرضه في الحقيقة ليس توضيح الطابع الأساسي لهذا الاشتراك، وإنما هو الاستفادة من المداخيل المرتفعة من تجمعها مع الشركة الأخرى. فمثلها مثل أي عون اقتصادي يبقى هدفها الأساسي تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، من ذلك فإن تجمعها مع مؤسسة Aspen skiing يسمح لها بالرفع من مداخيلها مقارنة بتلك التي ستجنيها من ممارسة النشاط الاقتصادي بصفة منفردة، ضف إلى ذلك، فإن هذا التجمع يسمح لها بتفادي المنافسة، فهدف هذه الشركة في النهاية إذن هو تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح بأقل مجهود لا لتوضيح أساسية هذا الاشتراك المالي الموحد.

أخيرا نقول، أن فقدان الزبائن جرّاء إلغاء هذا الاشتراك المالي الموحد لا يُضفي بالضرورة الطابع الأساسي على هذا الأخير، بل بالعكس من ذلك، هذا الفقدان للزبائن، إن دل على شيء إنما يدل على وجود منافسة في السوق، إذ أن مثل هذا الأثر هو أحد المبادئ التي تقوم عليها المنافسة في السوق. كما أن هذا الفقدان من زاوية أخرى محفزا على الإبداع والتطور من أجل استرجاع هؤلاء الزبائن وتحسين جودة الخدمات والمنتوجات.

المطلب الثاني: تاريخ مفهوم أساسية التسهيلة في القانون الفرنسي

على غرار القانون الأمريكي لا يخلو الاجتهاد القضائي الفرنسي و اجتهاد الهيئات الفرنسية المكلفة بالمنافسة من مفهوم الأساسية، في هذا الشأن، ننوه بتعدد القضايا التي أثيرت بشأن التسهيلات الأساسية في القانون الفرنسي، والتي لابد من تسليط الضوء على البعض منها في سبيل توضيح رؤية القانون الفرنسي للأساسية، في هذا الشأن يمكن أن نقسم هذه القضايا إلى تلك المتعلقة بالتسهيلات الأساسية المادية(الفرع الأول) وتلك المتعلقة بالتسهيلات الأساسية غير المادية(الفرع الثاني)

الفرع الأول: القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية المادية

قضيتين جوهريتين تتعلقان بالتسهيلات الأساسية المادية في القانون الفرنسي وهما، قضية قضية Heli inter(أولا) وقضية مطار باريس (ثانيا)

أولا: قضية Heli inter

تتلخص وقائع القضية في قيام الشركة المختلطة « local sena-sud » بمنح مهمة تسيير مهبط المروحيات بمنطقة "نوربون" المتواجد على مستوى إقليم بلدية « saint crescent le vieil » وذلك في 26 أفريل 1988.

تبعا لدعوة تقديم العروض في نهاية سنة 1994 منح السوق الاستشفائي لمدينة "نوربون" سوق التموين الصحي باستعمال مروحيات التدخل الأولي والثانوي لشركة « Sa jet ».

في هذا الصدد تم النص في العقد على أن يكون مهبط المروحيات لإقليم بلدية « saint crescent le vieil » هو مكان التوقف[76].

حيث تنص الاتفاقية المبرمة على أنه يقع لزاما على شركة « Sarl air assistance »أن تسخر المهبط لمختلف الخدمات على غرار أعمال الصيانة وكل نشاطات النقل والعمل الجوي على المروحيات المستجيبة للتنظيم المعمول به.

كما تضيف الاتفاقية على أنه يحظر على المفوض له رفض هبوط وإقلاع أية مروحية على ومن المنشأة المعنية، الأكثر من ذلك يلتزم المفوض له باقتراح خدماته للمتعاملين.

ما ينبغي التنويه إليه في هذا الشأن، هو أنه إضافة إلى تكليفها بمهمة تسيير مرفق هبوط المروحيات تمارس شركة « Sarl air assistance » نشاط تموين النقل الصحي بالمروحيات لصالح المركز الاستشفائي لمدينة "نوربون"، ما يعني أنها منافس مباشر لشركة « Sa jet systéme ».

في هذا الشأن، تضمن هذه الأخيرة منذ سنة1995، تموين النقل الصحي بالمروحيات للمركز الاستشفائي دون استعمال تسهيلات مهبط المروحيات لبلدية « saint crescent le vieil »، نتيجة لمنع استغلالها نتيجة لمنع استغلالها لهذا الأخير من طرف « Sarl heli inter »، التي طالبتها بدفع مقابل مالي، وُصف بالباهض. كنتيجة لهذا المنع من استغلال هذا المرفق

[76] Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, op.cit

العام، وجد طياروا شركة « Sa jet systéme » أنفسهم مجبرين للاستمرار في ممارسة نشاط تموين النقل الصحي بالمروحيات اللجوء إلى استعمال عربة موجودة بمنطقة مجاورة لمهبط المروحيات، وهذا لعدم تمكينهم من مكتب على مستوى مهبط المروحيات المشار إليه أعلاه.[77]

كما تم حظر الشركة من الدخول إلى المرأب، الشيء الذي يُعرَض المروحيات المتوقفة في المنطقة لسوء الأحوال الجوية، وكذا لمخاطر التدهور، الأكثر من الضروري، أصبح من غير الممكن لشركة « Sa jet systéme » الدخول إلى منطقة غسل الأجهزة وإلى منطقة الكيروسين[78]، ما دفع بهذه الشركة إلى وسائل مؤقتة من أجل تنقيتها مروحيتها والحصول على الكيروسين، لا سيما استعمال شاحنة مدعمة بصهريج من أحد المنطقة المجاورة.

على ضوء هذه المعطيات، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي انذاك، أن شركة « Sarl heli inter assistance »، هي الشركة الوحيدة التي خُوَل لها اقتراح خدمات لطاقم المروحيات الناشطة على مهبط المروحيات « Saint crescent le vieil »، ما جعل هذه الأخيرة تحوز وضعية احتكار على سوق استغلال مهبط المروحيات، ويضيف المجلس أنه في مثل هذه الظروف تُعتبر شركة « Sa jet systéme » في وضعية تبعية ، وأن مهبط المروحيات موضوع النزاع يُشكل تسهيلة أساسية لا يُمكن لهذه الأخيرة الاستمرار في ممارسة نشاطها

[77] Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, op.cit

[78] Ibid

الاقتصادي دون تمكينها من الدخول إليها، حيث اعتبر المجلس أن الحلول التي لجأت إليها شركة « Sa jet systéme » على غرار استعمال العربة من طرف طاقمها وللمؤونة ، وكذا وسائل غسل الجهاز وحتى منطقة هبوطها وإقلاعها، دون نسيان وسائل صيانتها وأمانها **لا** تُشكل من الناحية الاقتصادية بدائل معادلة لتلك التي تسيرها شركة [79] « Sarl heli inter assistance »، وأن هذه الحلول سوف ينجر خطر عدم الاستمرار في تقديم الخدمات من طرف شركة « Sa jet systéme ».

على ضوء هذه المعطيات، نخلص إلى الإقرار بالطابع الاساسي للتسهيلة التي تسيرها شركة « Sarl heli inter assistance »، طابع لم يتوان مجلس من التعبير عنه استنادا إلى معياري الأساسية التسهيلة معا، حيث عبَر عن معيار الوحدة بالقول بغياب بدائل معادلة لتلك التي تسيرها شركة « Sarl heli inter assistance »، كما أشار إلى معيار الضرورة، من زاوية امكانية إقصاء شركة « Sa jet systéme » من السوق في حالة الاستمرار من منعها من استغلال مهبط المروحيات المعني.

[79] Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, op.cit

ثانيا: قضية مطار باريس[80]:

على حد تعبير مجلس المنافسة الفرنسي، فإنه بالعودة إلى أحكام قانون الطيران المدني الفرنسي، تتكفل مؤسسة مطار باريس باستغلال وتطوير والمحافظة على مختلف منشآت النقل المدني الجوي[81]، كما تتولى مؤسسة مطار باريس علاوة على ذلك، تنظيم واقتراح خدمات معينة لصالح شركات الطيران والمستعملين، ونخص بالذكر، خدمات الإطعام والإيواء وغيرها، كما تسهر المؤسسة بشكل عام أن تضع تحت تصرف المتعاملين

[80] Décision n° 98-D-77 du 15 décembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle, www.autoritedelaconcurrence.fr

[81] « ...il est chargé " d'aménager, d'exploiter et de développer l'ensemble des installations de transport civil aérien ayant leur centre dans la région parisienne et qui ont pour objet de faciliter l'arrivée et le départ des aéronefs, de guider la navigation, d'assurer l'embarquement, le débarquement et l'acheminement à terre des voyageurs, des marchandises et du courrier transporté par air ainsi que toutes les installations annexes ". Ainsi, ADP a pour mission de concevoir, créer et gérer les infrastructures et les services nécessaires au développement du transport aérien en Ile-de-France. L'établissement exerce ses prérogatives sur les quatorze aérodromes civils situés dans un rayon de 50 kilomètres autour de Paris et, particulièrement, Orly et Roissy-Charles-de-Gaulle pour le trafic commercial, Le Bourget pour l'aviation d'affaires, l'héliport d'Issy-les-Moulineaux et les autres aérodromes réservés à l'aviation générale. ADP détient à la fois ces aérodromes, leurs voies d'accès, les routes aériennes réservées «aux transports commerciaux, les dispositifs de protection de ces routes ainsi que les installations et dépendances rattachées à ces aérodromes pour leur exploitation. », Décision n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, op.cit, p. 2

الاقتصاديين الناشطين في هذا المجال ما يحتاجونه من منشأت ضرورية تسمح بممارسة نشاطهم بشكل عادي[82].

إن الاستجابة لطلبات المسافرين في الإقامة بالقرب من المطار يشكل أحد أهم التحديات التي تواجهها هذه المؤسسة. في هذا الشأن نميز بخصوص خدمة الفندقة المقترحة بين الفنادق الموجودة في المنطقة والتي أمضت اتفاقية مع مؤسسة مطار باريس وبين الفنادق الواقعة خارج هذه المنطقة -والتي تجمعت في شكل جمعية- ولكنها تستجيب هي الأخرى لرغبات الزبائن[83].

تبعا للشكاوى العديدة من زبائن هذه الطائفة الثانية من الفنادق والتي مضمونها الاحتجاج بالغياب التام لإشارات الفندقة، وجهت الجمعية المعنية بهذه الفنادق نداء لمؤسسة مطار باريس من أجل التدخل وتسهيل عملية التحاق هؤلاء الزبائن بهذه الفنادق من خلال إدراج أسماء هذه الفنادق في قائمة إشارات مكوكات الفنادق (Navettes Hôtels) وعدم الاقتصار وفقط على قائمة الفنادق التي أبرمت اتفاقية مع مؤسسة مطار باريس، وكذا تعزيز الإشارة

---

[82] « Pour atteindre ces objectifs, ADP propose directement ou indirectement de multiples services au bénéfice en particulier des usagers de l'aéroport : services de restauration, d'hôtellerie, d'information, de boutiques, etc. Lorsqu'il n'est pas lui-même prestataire de services, il met à la disposition des compagnies aériennes et des autres opérateurs économiques, contre rémunération, les terrains, ouvrages et installations des aéroports, et notamment les locaux, les guichets et les banques d'enregistrement et les différents supports permettant d'exercer les activités jugées nécessaires au bon fonctionnement des aéroports. », Décision n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, Ibid, p.2

[83] Ibid, pp 2-8.

البرية من أجل تسهيل إيجاد موقع هذه الفنادق[84]، غير أن كل هذه الطلبات قوبلت بالرفض[85]، ما دفع بأعضاء هذه الجمعية إلى إخطار مجلس المنافسة.

إن التحليل الذي قام به مجلس المنافسة خلص إلى نتيجة مفادها وجود تمييز جوهري في معاملة الفنادق التي تمارس نشاطها على مستوى المطار الخاضع لتسيير مؤسسة مطار باريس حيث تتمتع الفنادق التي تمارس نشاطها داخل موقع "شارل ديغول" وبين تلك التي تقع خارجه. حيث أشار المجلس إلى الأفضلية التي تحوزها الفنادق التي وقعت اتفاقية استغلال الدومين العام مع مؤسسة باريس مقارنة بالطائفة الأخرى من الفنادق لاسيما من حيث الوسائل التي تسمح لها (الفنادق) بإعلام المسافرين بمواقعها الجغرافية وكذا بالوسائل التي تسمح لهم بسهولة الالتحاق بها ضف إلى ذلك وضع لافتات إعلام بمحاذاة الطرقات، والأكثر من ذلك توفير مكاتب إعلام وتوجيه مخصصة لهذا الغرض. كما تتمتع هذه الفنادق كذلك بوسائل إعلام توجيهية تسمح بتوجيه زبائنهم إلى مواقع وسائل النقل والعديد من المزايا الأخرى التي تندرج كلها ضمن وسيلة سهولة التمكين من الوصول إلى هذه الفنادق والتي لا تتمتع بها الفنادق التي لم تبرم هذا النوع من الاتفاقية مع مؤسسة مطار باريس[86].

---

[84] Décision n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, op.cit, p.8.

[85] Ibid, p. 9

[86]« Considérant que les hôtels du site disposent sur le territoire de l'aéroport de moyens d'information bien supérieurs à ceux dont bénéficient les hôtels de la périphérie avec lesquels ils sont en concurrence ; que, le long des voies d'accès, la signalisation ne porte que sur les hôtels du site ; que, dans les aérogares, seuls les points d'arrêt des navettes conduisant aux hôtels du site ou la localisation même de ces hôtels sont signalés par différents panneaux à

إن التساؤل الذي يطرح بشدة، هو مدى اعتبار وسائل الإشارة وإعلام الزبائن وتوجيههم إلى الفنادق وسائل أساسية لتمكين الفنادق الموجودة خارج هذه المنطقة من ممارسة نشاطها الاقتصادي؟

بالعودة إلى القرار الذي اتخذه مجلس المنافسة الفرنسي بشأن القضية نجد وكأن هذا القرار يحمل نوع من التباين أو يُمكن تكييفه على الأقل بالقرار الغامض، فمن جهة، يعتبر مجلس المنافسة بأن رفض مؤسسة مطار باريس الاستجابة لطلب تحسين وسائل إعلام الزبائن بمواقع الفنادق لا يتعلق بالدخول إلى منشأة ضرورية[87]، من جهة أخرى نجد أن المجلس يُقر بصريح العبارة بأن رفض مؤسسة مطار باريس التمكين من الحصول على هذه الوسائل من شأنه المساس المحسوس بالسير الحسن للسوق من خلال خلق عدم توازن في المنافسة بين الفنادق المتواجدة على مستوى الموقع وتلك المتموقعة خارجه[88]. من وجهة نظرنا نقول أنه بالعودة إلى تعريف التسهيلة الأساسية استنادا إلى معيار الضرورة من جانبه السلبي والذي يُصور التسهيلة على أنها تلك الوسيلة التي ينجر عن عدم التمكين من

---

l'attention des usagers ; qu'il n'existe qu'une seule exception à ces dispositions et qu'elle concerne la signalisation des navettes conduisant aux hôtels situés sur le site de Disneyland, lesquels n'entrent pas eux-mêmes en concurrence avec les hôtels du site ; qu'en ce qui concerne les téléphones de courtoisie, ils ne permettent d'entrer en contact qu'avec des hôtels du site, tandis que les bornes 36-15 Horav ne donnent, outre les horaires des vols, que des indications sur les hôtels implantés sur le site ; que les bureaux d'informations des aérogares tiennent à la disposition des usagers, essentiellement sinon exclusivement, des documents d'information sur les hôtels du site »

[87] Décision 98-D-77 du 15 décembre 1998, op.cit P. 14

[88] Ibid, P.13

الدخول إليها الاخلال بالسير الحسن للسوق، نجد أن هذه الوسائل -على حد تعبير مجلس المنافسة الفرنسي- مستوفية للشروط التي تسمح بالقول بأنها وسائل ضرورية للمحافظة على التوازن التنافسي في السوق وعدم الإخلال به، إذ أنه اتباع تحليل مجلس المنافسة يسمح بملاحظات الصعوبات التي تواجهها الفنادق المتواجدة خارج الموقع من صعوبة بناء علاقة مع زبائنها نظرا لغياب وسائل الإعلام الضرورية لإعلام هؤلاء بوجود هذه الفنادق، ما ينجر عنه الحيلولة الشبه مطلقة في ممارسة النشاط الاقتصادي، والذي فيه إشارة أخرى لمفهوم الأساسية والتي تشير إلى تلك الوسيلة الضرورية لاستمرار العلاقة مع الزبون.

الشيء الذي يدفع بنا إلى التساؤل هل أن كل هذه المعطيات لا تسمح بإضفاء الطابع الأساسي لهذه الوسائل؟

من ذلك، نقول أن حسم مسألة أساسية هذه الوسائل من عدمه لابد أن يتم بأحد التحليلين التاليين:

إما القول بأن هنالك تأثير غير محسوس لرفض الحصول على هذه الوسائل على نحو لا يؤدي إلى خلق عدم توازن تنافسي في السوق، وبالنتيجة انتفاء الطابع الأساسي عن هذه المنشآت، أو الإقرار بالطابع المحسوس للرفض على نحو قد ينجر عنه الاخلال بالتوازن التنافسي في السوق والمساس بالسير الحسن له وبالتالي إضفاء صفة الأساسية على هذه المنشآت.

إن التحليل الذي قام به مجلس المنافسة الفرنسي لا يختلف كثيرا عن التحليل الذي قامت به محكمة استئناف باريس في ذات القضية[89]، فبعد أن أقرت المحكمة بأن الحصول على الوسائل المعنية بالنزاع ليست ضرورية لممارسة نشاط الفندقة ما يعني بالنتيجة عدم إضفاء صفة الأساسية على هذه الوسائل[90]، بمقابل ذلك، نجد أن بقية القرار يُشير إلى خلاف ذلك تماما، حيث أشارت المحكمة إلى العلاقة القوية بين نشاط الفندقة على مستوى المنطقة المطارية ومحاذاتها وسوق الإشارات الموجهة إلى إعلام المسافرين على نحو تشكل هذه الأخيرة إشهار فعال للفنادق في سبيل الحصول على الزبائن[91]. إن الحديث عن وجود علاقة قوية بين ممارسة نشاط الفندقة على مستوى المنطقة المطارية وتلك الموجودة بمحاذاتها وبين الإشارات التوجيهية لإعلام المسافرين بمواقع الفنادق يُشير إلى ما يُصطلح عليه في إطار التسهيلات الأساسية بطابع الضرورة، الأكثر من ذلك تضيف المحكمة في هذا الشأن، أن هذا الرفض مؤسسة مطار باريس من شأنه أن يؤدي إلى انكسار للمنافسة في السوق بين فنادق المتموقعة على مستوى منطقة المطار وتلك

[89] Arrêt de la cour d'appel de Paris (1re chambre, section H) en date du 8 février 2000 relatif au recours formé par l'établissement public Aéroports de Paris contre une décision no 98-D-77 du Conseil de la concurrence en date du 15 décembre 1998 relative à des pratiques mises en oeuvre par les aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris - Roissy-Charles-de-Gaulle.

[90] Arrêt de la cour d'appel de Paris (1re chambre, section H) en date du 8 février 2000, op.cit p. 7.

[91] Ibid p.6.

الموجودة خارجه[92]، لتشير المحكمة بعدها إلى أن تقديم خدمات الإشارات التوجيهية المشار إليها سابقا هي خدمات غير بديلة وحاسمة في ممارسة هذه الفنادق لنشاطها على مستوى هذه المنطقة[93]. من ذلك نجد أن المحكمة في إقرارها بغياب بديل لهذه الخدمات قد اعترفت بصفة غير مباشرة بأساسية هذه المنشآت استنادا إلى معيار الوحدة.

على ضوء هذه المعطيات نقول أن إضفاء الطابع الأساسي على الوسائل موضوع النزاع يحتاج إلى تفصيل. فإذا ما نظرنا إلى نشاط الفندقة بشكل، عام فإن هذه المنشآت لا تُعتبر وسائل ضرورية لممارسة النشاط، والدليل أنه يُمكن لهذه الفنادق ممارسة النشاط دون الحاجة إلى هذه المنشآت. في حين، حينما يتعلق الأمر بنشاط توجيه المسافرين الراغبين في الإقامة المؤقتة بمحاذاة المطار فتُعتبر هذه المنشآت أساسية في مثل هذه الظروف، من ذلك فتحديد النشاط المزمع ممارسته يُعد حاسما في القول بأساسية هذه الوسائل من عدمه.

الفرع الثاني: القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية غير المادية

على غرار القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية المادية يكون تسليط الضوء في إطار التسهيلات الأساسية غير المادية على قضيتين جوهريتين هما، قضية قائمة المشتركين(أولا) وقضية Yvert Tellier (ثانيا)

[92] Arrêt de la cour d'appel de Paris (1re chambre, section H) en date du 8 février 2000, op.cit p. 77

[93] Ibid

أولا: قضية قائمة المشتركين

تجد هذه القضية وقائعها في قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية، حيث تتعلق بنزاع بين شركة « Filtech » وشركة « France telecom »، هذه الأخيرة هي شخص من القانون العام خول لها القانون الفرنسي عدة صلاحيات، لاسيما الدخول إلى منشأت وشبكات المواصلات السلكية واللاسلكية[94]، بمقابل ذلك تُعتبر شركة « Filtech » أحد الشركات التي تُمارس نشاطها في هذا القطاع لاسيما تشكيل ملفات موجهة للقيام بعمليات التسويق المباشر. لتقديم هذه الخدمة تستغل شركة « Filtech » قاعدتها البيانية والتي تحتوي حوالي 23 مليون ملف. في هذا الشأن تستعين هذه الأخيرة لممارسة نشاطها الاقتصادي بقائمة مشتركي الهاتف النقال[95] « France telecom »، هذه الأخيرة تعتبر ضرورية بالنسبة للشركة الأولى لامتلاك قائمة مشتركي الهاتف الخاصة بها.

في وقت لاحق، قررت هذه الأخيرة رفض تمكين شركة « Filtech » من الحصول على هذه القائمة، ما دفع بهذه الأخيرة إلى إخطار مجلس المنافسة الفرنسي، معتبرة أن شركة « France telecom » قد استغلت وضعيتها المهيمنة في السوق لارتكاب تعسف على مستواها، وذلك من خلال منعها من الاستمرار في استغلال قائمة مشتركي الهاتف.

---

[94] Cons. Conc, Décision, n^0 98-D-60, 29 septembre 1998, relative à des pratique mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, p. www.autoritedelaconcurrence.fr

[95] Cons. Conc, Décision, n^0 98-D-60, 29 septembre 1998, op.cit, pp11-12

إن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو مدى إمكانية اعتبار قائمة مشتركي الهاتف التي تحوزها شركة « France telecom » تُشكل تسهيلة أساسية لممارسة نشاط تسويق الملفات الموجهة للقيام بعمليات التسويق المباشر.

في رأي صادر عنها اعتبرت « CNIL » أن قائمة مشتركي « France telecom » بتحيينها المستمر تُعتبر بالنسبة لأصحاب الإعلان والمهنيين في مادة التسويق المباشر وسيلة لا مثيلة لها[96]، من جانبها أجابت سلطة ضبط المواصلات السلكية واللاسلكية الفرنسية مجلس المنافسة في الفرنسي في استشارته لها بشأن هذه القائمة في رأي صادر عنها في 11 جوان 1997 بالقول أن قائمة مشتركي الهاتف التي تحوزها « France telecom » يمكن أن تُشكل مصدر أساسي بالنسبة للمؤسسات التي ترغب في ممارسات عمليات التسويق المباشر[97]، وتُضيف الهيئة أن هذه القائمة غير بديلة، وأنها مصدر وحيد للمهينين في مجال التسويق المباشر[98].

إن التحليل الذي قام به مجلس المنافسة الفرنسي، استنادا على مختلف المعطيات المتعلقة بالقضية، وكذا توصيات الهيئات الضابطة للقطاع المعني بالنزاع، ضف إلى ذلك الاثار السلبية التي قد تترتب جراء هذا السلوك يؤكد بما لا يدع أي مجال للشك على الطابع الأساسي لقائمة المشتركين موضوع النزاع.

---

[96] Cons. Conc, Décision, n^0 98-D-60, 29 septembre 1998, op.cit ,13

[97] Ibid, p.14

[98] Idem

ثانيا: قضية Yvert Tellier:

تتلخص وقائع هذه القضية في اتهام شركة « Dallay » لشركة « Yvert Tellier » بتشويه المنافسة على مستوى سوق جمع الطوابع البريدية القديمة، ما دفع بها إلى إخطار مجلس المنافسة الفرنسي[99]. في هذا الصدد، يُعتبر سوق الطوابع البريدية سوق من عدة أسواق أخرى على مستوى قطاع « la philatélie » أين يُعتبر جامعي الطوابع البريدية القديمة أهم المتعاملين الاقتصاديين على مستوى هذه السوق.[100]

نشير في هذا السياق إلى أنه من بين المعلومات المهمة لممارسة النشاط على مستوى هذه السوق نجد الرقم التسلسلي للطابع والذي يُمثل قيمته المقدرة من صاحب الإصدار،

---

[99] Décision n° 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société YVERT & TELLIER sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste. www.autoritedelaconcurrence.fr

[100] « Le secteur concerné est celui de la philatélie, définie comme « *l'étude, la collection ou le commerce des timbres-poste et des objets connexes, tels que les marques d'affranchissement* ». Il peut être divisé en un certain nombre de marchés liés à l'émission de timbres-poste par la Poste, notamment celui de la vente de timbres neufs pour lequel le seul offreur est l'opérateur postal national, et du négoce de timbres où se rencontrent collectionneurs, négociants et experts philatéliques ».

« Le marché du négoce de timbres est lui-même à la source d'un certain nombre de marchés dérivés, comme celui du matériel philatélique (albums, classeurs, pochettes, etc.) et celui des catalogues de cotation de timbres-poste, ces derniers ayant été édités à l'origine par des négociants, par exemple les sociétés Yvert et Cérès philatélie ». Décision n° 05-D-25 du 31 mai 2005, *op.cit*, Points, 4-5.

صورة الطابع وصفه وترقيمه[101]. في هذا الشأن، تُعتبر « Yvert Tellier » الشركة صاحبة الهيمنة على مستوى هذه السوق باعتبارها المتعامل التاريخي في حين يمكن وصف شركة شركة « Dallay » بالمتعامل الجديد[102].

أشارت الشركة الثانية إلى أن الصعوبات التي تواجهها تجد مصدرها في رفض الشركة الأولى تمكينها من استعمال الترقيم الذي طورته هذه الأخيرة لاسيما فيما يتعلق بمسألة حيلولة هذا الرفض دون وضع منتوج جديد في السوق[103]، وهو الشيء الذي دفع بمجلس المنافسة إلى ضرورة التدخل والبحث عن مدى أهمية الترقيم الذي وضعته شركة « Yvert Tellier » في الالتحاق بالسوق وممارسة النشاط الاقتصادي.

إذا كان المجلس لم يُشر بصريح العبارة إلى مصطلح التسهيلات الأساسية إلا أن التحليل العميق للقضية والقرار المتخذ بشأنها يسمح باستنتاج مميزات الأساسية، وذلك من خلال تبيان الأهمية المعتبرة لترقيم الشركة المرتكبة لسلوك الرفض.

في هذا السياق بدأ المجلس بالإشارة إلى الأهمية الجوهرية لترقيم الطوابع في المعاملات لاسيما فيما يتعلق بأهميته في الالتحاق بالسوق. حيث اعتبر في هذا الصدد أن عدم تمكين

---

[101] « Un catalogue de cotation de timbres-poste comprend une cote pour chaque timbre type et ses variétés et compile les informations de base sur l'ensemble des timbres-poste émis par l'administration postale », *Ibid*, Point, 14.

[102] *Ibid*, Points 26 et 29.

[103] « De même, la société Dallay fait valoir qu'elle a souhaité créer un produit nouveau, comportant des informations que les catalogues concurrents n'apportaient pas, sachant néanmoins, au regard de la norme établie par la numérotation Yvert, qu'une numérotation totalement différenciée aurait désorienté leur clientèle potentielle », Ibid, Point 40.

صاحب إصدار للطوابع البريدية من ترقيم الشركة المعنية بالمتابعة من شأنه أن كبح التحاق الشركة المعنية بالسوق أو منعه تماما وهذا بالنظر إلى قيمة القاعدة التي يحوزها هذا الترقيم، الأكثر من ذلك يُشير المجلس في توضيحه للطابع الجوهري للترقيم المعني إلى الأثار السلبية التي قد تنجر عن عدم التمكين من استعمال هذا الترقيم لاسيما المساس بسوق الطوابع البريدية، الشيء الذي جعل المجلس يخلص إلى نتيجة مفادها أن رفض التمكين من استغلال الترقيم المعني يُشكل تعسفا في وضعية الهيمنة[104].

إن هذا التحليل الذي قام به مجلس المنافسة يجعلنا نخلص إلى القول بالطابع الأساسي للترقيم الذي وضعته شركة « Yvert Tellier »، حيث لم يتوان المجلس عن إقرار صفة القاعدة على ترقيم الشركة ما يجعل منها ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي من جهة، وكذا الإشارة إلى العواقب الوخيمة عن عدم التمكين من استغلالها من جهة أخرى. ما يعني

[104] « La rapporteure a considéré, lors de la séance du 22 février 2005, que, faute pour un éditeur de catalogue de cotation de timbres de pouvoir faire référence à la numérotation Yvert, son accès au marché pourrait être freiné, voire interdit, du fait de la valeur de norme de cette numérotation. De plus, la société Yvert serait en mesure, en interdisant à tout concurrent direct d'utiliser sa numérotation, d'entraver le développement de tout produit offrant au consommateur des correspondances entre les différentes numérotations. La pratique d'Yvert serait susceptible d'affecter le marché des catalogues mais aussi ceux de tout autre produit philatélique contenant une numérotation ». « Tout en prenant acte du droit de propriété intellectuelle d'Yvert sur sa numérotation reconnu par la cour d'appel de Paris, elle a considéré qu'un refus systématique d'Yvert d'octroyer une licence pour l'utilisation de cette numérotation par d'autres opérateurs sur le marché peut constituer un abus de position dominante dès lors qu'il interdit la production de tables de concordance entre les différentes numérotations, produit nouveau pour lequel peut exister une demande ». *op.cit*, Points 42-43.

أن المجلس قد أشار من خلال هذا التحليل إلى الطابع الضروري للأساسية بشقيها الإيجابي والسلبي.

الفصل الثاني: السوق المرجعية وأساسية التسهيلة

إن البحث عن أساسية التسهيلة لا يمكن ان يتم دون الخوض في المكان النظري الذي يُشكل المحيط الذي تتواجد على مستواه هذه التسهيلة من جهة وكذا مختلف السلوكات المنافية للمنافسة التي يُمكن تصور ارتكابها من خلال استغلال هذه التسهيلة من جهة أخرى، ونقصد في هذا الصدد السوق المرجعية.

يُعتبر تحديد السوق المرجعية[105] عنصر جوهري في الرقابة التي تفرضها الهيئات المكلفة بالمنافسة[106] إذ يعتبر خطوة لا غنى عنها في تقدير مشروعية السلوكات الاستراتيجية للمؤسسات من وجهة نظر قانون المنافسة[107]، من ذلك يمكن اعتباره حجر الأساس في التحليل التنافسي. في هذا الشأن تُعتبر مسألة تحديد السوق المرجعية عنصرا حاسما ومهما في قانون المنافسة، فهو يسمح بتقدير القوة السوقية لمؤسسة ما بمعنى قدرتها في وضع أسعار غير الأسعار التنافسية دون أن يؤثر على انخفاض مبيعاتها على الأرباح

---

[105] للتفصيل أكثر في مفهوم السوق المرجعية بشكل خاص ومفهوم السوق بشكل عام انظر:

MADDALON (P), *La notion de marché dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2007

[106] VOGEL (L), " Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence", *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 6, 9 Février 1994, p. 73.

[107] Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2010, p. 143, www.autoritédelaconcurrence.fr

المحققة، كما أنه يمكن من قياس درجة الضرر الذي لحق بالاقتصاد بغية تقييم العقوبات المنتظر توقيعها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تسمح هذه العملية من تقدير أثار هذه الممارسات. إن تحديد السوق المرجعية يسمح كذلك بتحديد النطاق الذي تُمارس على مستواه المنافسة. إذ يبقى هدفه بالدرجة الأولى التعرف على القيود التي يفرضها قانون المنافسة على المؤسسات المعنية بصفة تلقائية[108]. بصفة عامة يُعتبر تحديد السوق المرجعية عامل جوهري في تقدير الممارسات المنافية للمنافسة، فهو ضروري للقول بمدى مساس الاتفاق بالمنافسة، كما أنه لا غنى عنه للقول بوجود مؤسسة في ووضعية الهيمنة، دون إغفال الدور الذي يلعبه حينما يتعلق الأمر برقابة عمليات التجميع أو لتقدير مدى تشويه إعانات الدولة للمنافسة[109].

في هذا السياق، يعتبر تحديد السوق المرجعية عنصرا مرجعيا لتقدير الطابع الأساسي للتسهلة، إذ يُعتبر اول ما ينبغي أن تبحث عنه الهيئات المكلفة بالمنافسة أو القاضي في اعتبار محل طلب الدخول تسهيلة لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي. في مثل هذه

---

[108] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE, N^0 C372 du 9 décembre 1997 p. 1.

[109] للتفصيل أكثر في إعانات الدولة للمؤسسة العمومية الاقتصادية انظر:

ZOUAÏMIA (R), "Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques : Une entrave au principe de libre concurrence ?", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, vol 15, n^o 1, pp 7-30.

الظروف والمعطيات لا تعتبر عملية تحديد السوق المرجعية عملية سابقة للرقابة وتأكيد أساسية التسهيلة بل تُعتبر عنصرا مدمجا فيها.

بمقابل ذلك، بالرغم من أهمية من هذا مصطلح السوق المرجعية في القيام بالتحليل التنافسي بوجه عام، وفي تقدير الطابع الأساسي للتسهيلة الأساسية بشكل خاص، نلاحظ عدم الاستقرار على تعريف واحد له. في هذا الشأن، نجد من بين التعريفات المقدمة للسوق المرجعية، ذلك الذي قدمته سلطة المنافسة الفرنسية في التقرير الصادر عنها سنة 2010، حيث اكدت على أنه: "يُقصد بالسوق في مفهوم قانون المنافسة ذلك المكان الذي يلتقي فيه العرض والطلب لمنوج أو خدمة معينة". وتضيف هذه الهيئة:" من الناحية النظرية تكون الوحدات المعروضة في السوق قابلة للاستبدال بشكل تام بالنسبة للمستهلكين، الذين بإمكانهم الاختيار بين العارضين في حال تعددهم، ما يعني أن كل واحد منهم خاضع للمنافسة عن طريق أسعار الأخرين. بالعكس من ذلك فإن عارض معين لا يكون خاضع مباشرة لاستراتيجيات سعر باقي العارضين على أسواق مختلفة، لأن هؤلاء يسوقون منتوجات أو خدمات لا تستجيب لنفس الطلب، مما يجعل منها من وجهة نظر منتوجات غير بديلة. إن قابلية الاستبدال بين المنتوجات والخدمات يُعتبر أمرا نادرا، مما يجعل الهيئة تعتبر أن منتوجات و/أو خدمات بديلة فيما بينها ومتواجدة على نفس السوق،

تلك المنتوجات او الخدمات التي يعتبرها طالبوها وسائل بديلة، والتي يُمكن الاختيار فيما بينها لإشباع نفس الطلب."[110]

هذه الأهمية الجوهرية للسوق المرجعية دفعت بالعديد من الهيئات المكلفة بالمنافسة، والهيئات القضائية، لاسيما الأوروبية منها، إلى وضع منهج موضوعي يسمح بتحديد هذه السوق فيما يمكن تسميته بالمقاربة الكلاسيكية للسوق المرجعية(المبحث أول).

غير أن الطابع الخصوصي للتسهيلات الأساسية في المجال التنافسي رتب جملة من الخصوصيات من هذه الأخيرة على السوق ومضمونها. فالطابع المعقد والتقني للتسهيلة وشمولها لكل ما قد يُعتبر ضروري ولا غنى عنه في ممارسة النشاط الاقتصادي سواءا كان ماديا أو غير مادي مثلما هو عليه الحال مع حقوق الملكية الفكرية من جهة وتفاديا لوقوع الهيئات المكلفة بالمنافسة في سوء تقدير لعملية البحث عن أساسية التسهيلة من جهة اخرى ما قد ينجر عنه من سوء نتائج في مراحل أخرى متعلقة بالتسهيلة الأساسية لاسميا فيما يتعلق بمسألة التمكين من الدخول مثلما سيرد ذكره أدناه أدى ألى بروز جملة من الأثار غير المألوفة في السوق كنتيجة منطقية لأساسية التسهيلة سواء على مفهوم السوق أو على تركيبته على حد سواء.(المبحث الثاني)

[110] Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2010,*op.cit, 143*

المبحث الأول: مفهوم السوق المرجعية: المقاربة الكلاسكية

يسمح تحديد السوق المرجعية بالقول بمدى وجود منافسين فعليين بمقدورهم التأثير على سلوكات المؤسسات المعنية أو منعها من التصرف بتلقائية بعيدا عن الضغوط المترتبة عن منافسة فعلية[111]، إن هذا التحديد يساهم في حساب حصص السوق التي تسمح بالحصول على المعلومات المرجعية المتعلقة بالقوة السوقية[112] لتقدير وضعية الهيمنة.

غير أن وبمقابل ذلك تبقى عملية تحديد السوق المرجعية عملية جد معقدة، وهذا بالنظر إلى عدم استقرار وثبات التحليلات الاقتصادية، وهو ما دفع ببعض الفقهاء إلى القول بأن كل محاولة لتحديد السوق المرجعية قد يكون موضوع معرضة وتفاوت في التقدير.[113]

في هذا الشأن، بالرغم من هذه الصعوبة في تحديد السوق المرجعية وما قد يترتب عنها من مخاطر، يحتاج القيام بهذه العملية على ضوء المقاربة الكلاسيكية البحث عن بعدين السوق، البعد السلعي أو الخدماتي(**المطلب أول**)، والبعد الجغرافي(**المطلب الثاني**).

---

[111] للتفصيل أكثر في مسألة المنافسة الفعلية، انظر:

RIEM (F), " Concurrence effective ou concurrence éfficace ?L'ordre concurrentiel en trompe-l'oeil" *Revue internationale de droit économique*, Tome 22, N° 1, 2008, PP 67-91.

[112] يمكن تعريف القوة السوقية على أنها: "القدرة على التجرد من اللعبة التنافسية للمؤسسات الأخرى"،

[113] VIGNAL(M) , *L'abus de position dominante*, LGDJ Eds, Paris 2002, p. 21.

المطلب الأول: البعد السلعي أو الخدماتي

يعرف المشرع الجزائري سوق المنتوج السلعة أو الخدمة أو سوق الحاجة _كما يسميها البعض[114]_ بأنها:" كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيد للمنافسة، وكذلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بمميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له"[115].من خلال التعريف المقدم نلاحظ أن العنصر الجوهري والحاسم في تحديد السوق المرجعية في بعدها السلعي أو الخدماتي هو القابلية الاستبدال. وإذا ما رغبنا طرحه في شكل تساؤل نقول ما هي المنتوجات التي تتبع لنفس السوق؟

في هذا الشأن، إذا كان معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب هو المعيار الجوهري في قياس درجة الاستبدال(**الفرع الأول**)، فإن ذلك لا ينفي أهمية قابلية الاستبدال من جانب العرض في القيام بهذه العملية(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: قابلية الاستبدال من زاوية الطلب

قبل الخوض في معايير قابلية الاستبدال من جهة الطلب(**ثانيا**)، لا بد من تسليط الضوء في البداية على المقصود بهذا المفهوم(**أولا**).

---

[114] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, Paris, 2006, p. 95.

[115] أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم: بالقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008، وبالقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

أولا: تعريف قابلية الاستبدال من جهة الطلب

إن القول بقابلية الاستبدال من زاوية الطلب هي عملية تقدير مادية.[116] في هذا الشأن يمكن لهذا المفهوم قبول مقاربتين. ففي مقاربة ضيقة لهذا المصطلح نلاحظ استقبال قانون المنافسة للمصطلح الاقتصادي "مرونة الطلب"، والذي يمكن تعريفه على أنه:" التغير بالنسبة المئوية في الكمية المطلوبة لمنتوج معين نتيجة التغير بالنسبة المئوية في سعر منتوج آخر".[117] كما يمكن تعريفه كذلك على أنه:" تحول العملاء إلى طلب سلع أو خدمات بديلة متوفرة في السوق عند أية زيادة في سعر سلعة أو خدمة معينة".[118] إن هذه التعريف تفيد أن مرونة الطلب تسمح بقياس درجة ميول المستهلكين في نقل طلبهم إلى منتوج أو خدمة أخرى في حال تغير في سعر المنتوج أو الخدمة المعنية. فإذا كان هذا التوجه ملموس وشديد اعتبر المنتوجين أو الخدمتين منتميتان إلى نفس السوق، فيما يمكن تسميته بالمرونة الإيجابية[119]، أما إذا لم يؤثر هذا التغير في السعر بالارتفاع في سلوك المستهلكين حيث لا يجدون أي رغبة في نقل طلبهم إلى منتوج أو خدمة أخرى نتيجة لهذا الارتفاع في أسعار

---

[116] VIGNAL(M), *Droit de la concurrence*, 2éd, Armand Colin, Paris, 2003, 56.

[117] Glossaire économique, www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/.../Glossaire+économique.pdf

[118] قوسم غالية، *التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي*، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص. 92.

[119] قوسم غالية، *التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي*، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، المرجع السابق، ص 92

السلع أو الخدمات المعنية، فلا يمكن اعتبار هذه الأخيرة منتمية إلى نفس السوق، فيما يمكن الاصطلاح عليه بالمرونة السلبية أو الجامدة، أو المنتوجات المستقلة[120].

على ضوء هذه المعطيات، نلاحظ ارتباط قابلية الاستبدال بسلوك المستهلك ومدى استعداده على تغيير سلوكه نتيجة الارتفاع في سعر المنتوجات أو الخدمات التي اعتاد على اقتنائها، وهو الشيء الذي نجده معبر عنه من طرف اللجنة الأروبية في تعليمتها المتعلقة بتعريف السوق المرجعية، حيث أكدت في هذا الشأن على أن القيام بعملية تقدير قابلية الاستبدال من جهة الطلب يفرض تحديد نطاق المنتوجات أو الخدمات التي يعتبرها المستهلك بديلة فيما بينها، وتضيف اللجنة أنه يمكن النظر إلى هذه الكيفية المتبعة على أنها تمرين ذهني يفترض تغير في الأسعار، بغية تقييم ردة فعل الزبائن[121]. كما أن هذا التعريف لقابلية الاستبدال، يلاحظ عليه أنه تعريف شخصي مجرد من الموضوعية لكون يرتبط بذات المستهلك ورؤيته لهذه المنتوجات والخدمات.

كنتيجة لذلك، فإن منتوجين لا يعتبران بديلين فيما بينهما وبالتالي عدم انتمائهما إلى نفس السوق، بالرغم من تضمنهما لنفس المواصفات بمجرد ان يرفض المستهلك استبدال إحداهما بالأخرى في مثل هذ الحالة تقتصر سوق المنتوج وفقط على المنتوج محل رفع في

---

[120] قوسم غالية، *التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 92*

[121] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 15.

السعر ، غير أنه وبمقابل ذلك يبقى هذا المؤشر غير كاف لوحده للقول عن منتوجين غير موجهين لنفس الاستعمال أنهما بدلين فيما بينهما[122]. في هذا السياق، نجد أن مجلس المنافسة الجزائري قد أخذ بهذه المقاربة الاقتصادية لمفهوم قابلية الاستبدال من جانب الطلب في قضية المؤسسة الوطنية للصناعات الالكترونية، وذلك بالقول:" إن تشكيلة الأجهزة الإلكترونية التي تنتجها المؤسسة المذكورة غير قابلة للاستبدال، حيث يفضلها المستهلكون نظرا لجودتها وتوفر قطع الغيار وخدمات ما بعد البيع التي تتكفل بها المؤسسة، فضلا عن امكانية الاستعانة بالعديد من التقنيين الخواض ذوي الخبرة في صيانة وتصليح هذه الأجهزة بصفة خاصة".[123]

في ها الشأن، نشير إلى نقطة مهمة جدا، وهي أن العبرة في القول بانتماء منتوجات أو خدمات إلى نفس السوق على ضوء هذه المقاربة، يرتبط وفقط بسلوك المستهلك ومدى اعتباره لهذه المنتوجات أو الخدمات أنها بديلة فيما بينها، دون أن يؤثر تعدد مستعملي هذه الأخيرة في القول بتعدد الأسواق التي تنتمي إليها. فتعدد هؤلاء يؤدي وفقط إلى تعدد الأسواق الجزئية، هذ الأخيرة التي تعرف على أنها:" أسواق خاصة موجودة على مستوى سوق أكثر شساعة"[124]، ويتحقق ذلك حينما يخاطب نفس المنتوج بمواصفاته الموضوعية

---

[122] DECOCQ (A) et DECOCQ (G), *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'union européenne*, 5eme édition, LGDJ, Paris, 2012, p.107.

[123] مجلس المنافسة، قرار رقم 99-ق-01، مؤرخ في 23 جوان 1999، يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الالكترونية، غير منشور.

[124] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence, op.cit*, p.98.

فئات مختلفة من المستعملين. كمثال عن ذلك يمكن أن نجد على مستوى سوق العجلات الجديدة التي تعتبر سوقا قائمة بذاتها، سوق العجلات الجديدة الأصلية وسوق العجلات الجديدة للتجهيز الأولي، فبالرغم من أن كلا المنتوج الأول موجه لصانعي السيارات، وأن الثاني موجه لمستعملي هذه السيارات، إلا أن ذلك لم يؤثر في انتماء كلا المنتوجين لنفس السوق المشار إليها أعلاه، وهذا على حد تعبير اللجنة الأوروبية[125].

إضافة إلى المقاربة الضيقة للاستبدال، يقبل هذا الأخير مقاربة أخرى واسعة، التي مؤداها، أن منتوجين متبادلين فيما بينها يفرض دراسة الارتباط الموجود بينهما، بهذا المعنى نقول عن منتوجين أنهما متبادلين فيما بينهما وأنهما ينتميان إلى نفس السوق، إذا كان الطلب يتجه نحوهما بصفة غير مختلفة[126]، أما في الفرضية العكسية_ أي في حالة عدم وجود هذا الارتباط_ فنقول عن منتوجين أنهما ينتميان إلى سوقين مختلفتين. إن الذي يتم البحث عنه في هذه الحالة ليس الاختلاف في طبيعة المنتوجين، وإنما مدى قدرتهما على الاستجابة لنفس الطلب، ما يعني أن مسألة الاستبدال في هذه الحالة ليست مسألة طبيعة وإنما هي مسألة درجة[127]. إن اللجوء إلى هذه المقاربة يترتب عنه إمكانية اعتبار منتوجين مختلفين بالرغم من اختلاف طبيعتهما منتوجين متبادلين فيما بينهما، مثلما هو عليه الحال مع

[125] CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission, aff. 322/81, Points 38-39, Disponible sur: eur-lex.europa.eu

[126] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, *op.cit* p. 96.

[127] VIGNAL(M),, *L'abus de position dominante*, *op.cit*, p. 25.

الطائرة والقطار في حالات معينة. وهو ما أكد عليه مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته[128].

إن التحليل العميق للمقاربتين السالفتي الذكر، يدفع بنا إلى القول بأن توجه بعض الكتاب إلى القول بوجود مقاربتين لمعيار قابلية الاستبدال ليس إلا لوجود خلط بين ما يمكن اعتباره حقيقة مفهوم لهذا المعيار وبين ما يُعد مؤشرا للقول بوجوده، إذ أن وجود قابلية للاستبدال يرتبط بعنصر جوهري ألا وهو المستهلك وسلوكه، وهو ما نجده معبر عنه في مختلف النصوص القانونية والتعليمات الاقليمية والاجتهادات القضائية المتعلقة بالمنافسة والتي سبقت الإشارة إلى البعض منها سابقا. إذ أنه في غياب المستهلك وملاحظة كيفية تعامله مع مختلف المنتوجات والخدمات يجعل الجزم بوجود قابلية للاستبدال بين هذه الأخيرة ليس أمرا ممكنا سوى من الناحية النظرية. أما بالنسبة لمدى استجابة المنتوجات والخدمات للطلب بصورة غير مختلفة، فيمكن اعتباره _من وجهة نظرنا_ مؤشرا هاما في تحليل سلوك المستهلك، فهو من الدوافع التي تسمح لهذا الأخير بالحكم بين عدة عارضين للمنتوجات أو الخدمات. في هذا السياق، يُعبر أحد الفقهاء عن معيار قابلية الاستبدال_ والذي تبرز فيه جليا مكانة المستهلك وسلوكه إزاء المنتوجات _ بالقول بأن الاستبدال هو

[128] Cons. Conc, Décision n° 05-D-11 du 16 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire et dans celui du transport de personnes sur la route Paris-Londres, points 57 et 59, www.autoritédelaconcurrence.fr

معيار شخصي غالبا ما تلحق فيه المميزات الموضوعية للمنتوج بالتفضيلات الشخصية للمستهلكين[129].

ثانيا: قياس درجة الاستبدال من جهة الطلب: ضرورة الاستعانة بجملة من المؤشرات

تُعتبر عملية قياس درجة الاستبدال من جهة الطلب عملية جد معقدة، لجملة من الأسباب، فإذا كان الأصل أن قياس درجة الاستبدال بين مختلف المنتوجات أو الخدمات يكون بالاستناد إلى وسيلة مرونة السعر، يبقى القياس الدقيق لهذه المرونة_على حد تعبير سلطة المنافسة الفرنسية_ غير متاح لغالبية المنتوجات والخدمات[130]، ضف إلى ذلك قلة الوقت والوسائل التي تحوزها الأجهزة المكلفة باتخاذ القرار[131]، وهو الشيء الذي دفع هذه الهيئات إلى التخلي عن فكرة الاستناد إلى منهج واحد في القيام بهذه العملية.

في هذا الشأن، يسمح اللجوء إلى مجموعة من المؤشرات بحسن تقدير والتنبؤ بالسلوك الذي يتخذه المستهلك في حال ارتفاع نسبي في المنتوجات أو الخدمات، سواء من حيث السعر، قدرات الإنتاج أو حتى من حيث شروط التوزيع[132]، وهذا بغض النظر عما إذا

---

[129] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, *op.cit*, p. 96.

[130] Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2010, *op.cit*, p. 144.

[131] CHAGNY (M), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne(Paris1), 2002, p. 144

[132] VIGNAL(M), *L'abus de position dominante*, *op.cit*, p. 25.

كانت السوق مقننة من عدمه، وهو ما عبر عنه مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته[133].

في هذا السياق، عرفت المؤشرات التي يُستند إليها لقياس درجة الاستبدال عدة تقسيمات وهذا بالنظر إلى اختلاف الزاوية التي يُنظر إليها، فهنالك من يقسمها إلى معطيات ذاتية وأخرى موضوعية[134]، كما أن هنالك من يميز بشأنها بين قابلية للاستبدال من الناحية الوظيفية ومن الناحية التفاعلية[135]، من جهتنا نميل إلى تفضيل تقسيم هذه المؤشرات، من حيث تلك المتعلقة بالمنتوج من جانب(1)، وتلك المتعلقة بالمستهلك من جانب آخر، أو فيما يمكن تلخيصه بوجهة نظر المستهلكين(2). وبغض النظر عن تصنيف هذه المؤشرات إلا أن هدفها يبقى واحد، ألا وهو المساهمة في تكوين قناعة الهيئة المكلفة باتخاذ القرار فيما يتعلق بمسألة اعتبار السوق المعنية سوق مرجعية من عدمه.

---

[133] Cons.Conc, Décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996 relative aux saisines présentées par la Compagnie Générale de Chauffe (C.G.C.), la Société Valenerg, la Société UTEC SA, la Société Auxiliaire de Chauffage (SAC), la Société Lyonnaise d'Exploitation et de Chauffage (SLEC), la Société d'Exploitation de Chauffage de Vénissieux (SECV) à l'encontre d'Electricité de France ainsi qu'aux saisines présentées par MM. Bastide et Ségur, la Société SA 2EM et le Syndicat national des Producteurs Indépendants d'Electricité Thermique (SNPIET) à l'encontre d'Electricité de France, P. 17, www.autoritédelaconcurrence.fr

[134] DECOCQ (A) et DECOCQ (G), *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'union européenne ,op.cit,* p. 107.

[135] GLAIS (M) "Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence", *Revue économie rurale*, 2003, p. 35.

ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن، هو أن إمكانية التطور السريع للأسواق يفرض أن تتم عملية تحديد الأسواق استنادا إلى عناصر إثبات ودلائل سابقة أو متزامنة مع الممارسات المرتكبة[136]، ما يجعلنا نفهم أن تقدير الطابع الأساسي للتسهيلة، يكون حين ارتكاب سلوك رفض التمكين من الدخول إليها، أو قبل ارتكابها، لا بصفة لاحقة لارتكاب هذا السلوك.

1: المؤشرات المتعلقة بالمنتوج

وهي مجمل القرائن المرتبطة مباشرة بالمنتوجات أو الخدمات المعنية وبمحيطها، في هذا الصدد، هنالك جملة من المؤشرات تشكل أهمية خاصة، باعتبارها تشكل في غالب الحالات قلب القرائن التي تُأخذ بعين الاعتبار من طرف الهيئة المكلفة باتخاذ القرار في تكوين قناعتها حول السوق المرجعية[137].

يعُتبر مؤشر المميزات الخاصة للمنتوج، في الغالب المؤشر المفضل لدى الهيئات المكلفة بحسم مسألة السوق المرجعية، حيث يسمح هذا المؤشر بتجميع المنتوجات والخدمات استنادا إلى مميزاتها المرجعية[138]. كمثال عن ذلك، اعتبرت اللجنة الأوروبية في قضية "يونايتد براندز"، بأن فاكهة الموز تشكل لوحدها سوقا قائمة بذاتها، وهذا نظرا لانفرادها بجملة من المميزات المادية والوظيفية والاقتصادية والتي لا نجدها في باقي الفواكه، حيث

---

[136] VIGNAL(M), *L'abus de position dominante*, *op.cit*, p. 25., SIBONEY Anne-Lise ,*Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, P. 363.

[137] FRISON-ROCHE (M-A), *Droit de la concurrence*, *op.cit*, p. 107.

[138] SIBONEY Anne-Lise ,*Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op.cit*, P.328.

أكدت اللجنة أنه، ولا فاكهة أخرى تحوي هذه المميزات، ولا قدرة خاصة في الاستجابة لحاجات دائمة[139]، ما جعلها تخلص إلى نتيجة مفادها استقلالية سوق الموز عن سوق باقي الفواكه.

إضافة إلى المميزات الأساسية للمنتوج، تُعتبر شروط الاستعمال هي الأخرى مؤشرا هاما لتحديد المنتوجات والخدمات التي تُعتبر بديلة فيما بينها، إذ أنه بأخذها بعين الاعتبار مثل هذا المؤشر قررت الهيئات الاتحادية في القانون الأوروبي تمييز سوق العجلات الموجهة للوزن الثقيل عن سوق عجلات السيارات السياحية، حيث إعتبرت اللجنة الأوروبية أن الطائفة الأولى من العجلات تُعتبر سوق قائمة بذاتها، يُحتاج في استعمالها إلى نصائح وتوجيهات وخدمات مستمرة وذات طابع خصوصي تستجيب لحاجاتهم الخاصة، وهذا على خلاف الطائفة الثانية من العجلات التي لا يُصاحب شراؤها مثل هذه الشروط[140].

2: وجهة نظر المستهلك

غالبا ما تستند الهيئات المكلفة بالمنافسة في قياس قابلية الاستبدال، على وجهة نظر المستهلكين، وهذه على أساس الملاحظة التجريبية والتحقيقات[141].

---

[139] CJCE, 14 février 1978, United Brands c/ Commission, aff 27/76, p. 226, eur-lex.europa.eu

[140] CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission, *op.cit*, Points 38-39.

[141] DECOCQ (A) et DECOCQ (G), *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'union européenne ,op.cit,* P. 107.

إن الأخذ بعين الاعتبار سلوك المستهلكين يبرز جليا في قضية "يونايتد براندز"، حيث أنه من بين المؤشرات التي استندت إليها اللجنة في اعتبار فاكهة الموز سوق قائمة بذاتها، مدى اعتبار المستهلك أن لهذه الفاكهة وباقي الفواكه نفس المواصفات، وبالتالي اعتبارها بديلة فيما بينها، ما يعني انتمائها إلى نفس السوق، حيث أجابت اللجنة في مذكرتها الدفاعية أن الحاجة المستمرة إلى فاكهة الموز من طائفة كبيرة من المستهلكين، لم تتحول بصورة حساسة بوصول فواكه جديدة إلى السوق[142]. هذا الأخذ بعن الإعتبار لوجهة نظر المستهلك في قياس درجة الاستبدال نلمسه كذلك في قرار اللجنة الأوروبية في 18 جويلية 1998، المتخذ في مادة التعسف في وضعية الهيمنة والمتعلق بسوق السكر المبلور، فبعد أن أكدت اللجنة إلى أنقسام هذه السوق إلى سوقين جزئيتين، وهما سوق البيع لتجار التجزئة وسوق البيع للمصانع، أقرت هذه الهيئة بعدم استجابة السكر الخاص والسكر السائل لنفس حاجات السكر المبلور، ما يعني أنها لا تشكل سوق واحدة مع هذا الأخير، من منطلق أنها لا تُعتبر بديلة من وجهة نظر المستهلك[143].

في سياق آخر، يفرض تسليط الضوء على القابلية للاستبدال من زاوية الطلب يفرض توضيح بعض النقاط المهمة.

---

[142] CJCE, 14 février 1978, United Brands c/ Commission, *op.cit*, P. 226.

[143] CJCE, 18 juillet 1988, Napier Brown c/ Commission, JOCE N^0 L 284/41, Point 42, eur-lex.europa.eu

إذا كان قياس درجة الاستبدال من هذا الجانب يكون بالاستناد إلى جملة من العناصر التي تسمح بالقول إلى أي مدى هنالك حقيقة إستبدال بين المنتوجات أو الخدمات المعنية، فإن مرجعية هذه المعايير وجوهريتها في المساهمة في هذه العملية تختلف وتتفاوت في الأهمية، هذا التفاوت ليس إلا استجابة لخصوصية كل قطاع وكذا الخدمات والمنتوجات المعنية، ما يعني أن مؤشرا قد يكون حاسما في قياس درجة الاستبدال في قطاع معين وبالنسبة لمنتوج ما، في حين لا تكون له نفس الأهمية أو يكون له وفقط دور ثانوي في قطاعات وبالنسبة لمنتوجات أو خدمات أخرى. كما أن التحليل السابق، يجعلنا نقر أن قياس درجة الاستبدال عادة ما يتم بالاستناد إلى مجموعة من المؤشرات مجتمعة وعدم الاقتصار على مؤشر واحد، حيث تخضع هذه المؤشرات لملاحظة تجريبية، دون أن تكون الهيئات المكلفة بالمنافسة ملزمة على إتباع تدرج معين بصفة جامدة، وهو الشيء الذي نجده معبر عنه بوضوح في التعليمة الأوروبية المتعلقة بتعريف السوق المرجعية[144]. ضف إلى ذلك فإن قابلية الاستبدال التي يُبحث عنها في هذا الصدد تبقى نسبية، إذ لا يُشترط أن تكون تامة، لكن لا ينبغي أن تكون في المقابل ضعيفة[145]، ذلك لان الاكتفاء بقابلية استبدال ضعيفة قد ينجر عنه اتساع نطاق المنتوجات أو الخدمات التي تُعتبر بديلة فيما بينها، وبالتالي انفلات العديد من الممارسات المنافية للمنافسة من المتابعة.

[144] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 25.

[145] CJCE, 14 février 1978, United Brands c/ Commission, *op.cit*, P. 226.

كخلاصة لما ذكرناه، نقول أن عملية قياس قابلية الاستبدال من جهة الطلب بالرغم من أنها تعتبر عملية جد معقدة، إلا أنها بمقابل ذلك تعبر عن الابداع في المجال القانوني فيما يُصطلح عليه بالتحليل الاقتصادي للقانون[146]. غير أن فعالية هذه العملية والخروج بقرار يميل أكثر إلى الصواب منه إلى الخطأ، يستلزم القيام بتحقيقات جد عميقة[147].

الفرع الثاني: المرونة من جهة العرض: المنافسة المحتملة في صورتها المخففة

إذا كانت المرونة من جانب العرض هو المعيار الجوهري والحاسم الذي تلجأ إليه الهيئات المكلفة بالمنافسة في غالب القضايا المطروحة عليها لتحديد السوق المرجعي، قد يكون هذا المعيار بمقابل ذلك قاصر وغير كاف لتحديد النطاق الفعلي للسوق المعنية، من ذلك أصبحت الإستعانة بمعيار المرونة من جهة العرض ضرورة لابد منها لتجاوز أي تعطل في معيار الملرونة من جهة الطلب.

---

[146] يمكن تعريف التحليل الاقتصادي للقانون على أنه استعمال أدوات التحليل و الإطار المفاهيمي ومعايير الفعالية الاقتصادية لتفسير القواعد القانونية وتقييم أثارها. للتفصيل أكثر في مسألة التحليل الاقتصادي للقانون، انظر في هذا الشأن:

EJAN (M) et ROUSSEAU (S), *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, 2008; FRISON-ROCHE (M-A), " L'intérêt pour le system juridique de l'analyse économique du droit", Disponible sur: mafr.fr/IMG/pdf/103; MILLARD (E), "L'analyse ´économique du droit : un regard empiriste critique", *Droit prospectif*, 2009, pp.2523-2528.

[147] GLAIS (M), "Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence)", *Revue d'économie industrielle*, vol. 68, 1994, P 90.

في هذا الشأن، يفرض الخوض في معيار قابلية الاستبدال من زاوية العرض، تسليط الضوء على مفهومه(**أولا**) ثم التطرق بعد ذلك إلى مسألة لا تقل أهمية عن سابقتها، ألا وهي التكييف الذي يمكن إضفاءه على قابلية الاستبدال من هذا الجانب، ومدى صحة اعتباره صورة من صور المنافسة المحتملة(**ثانيا**)

أولا: مفهوم قابلية الاستبدال من جانب العرض

إن تحليل قابلية الاستبدال من جهة العرض في الحالة التي يتبين فيها أن معيار المرونة من جهة الطلب غير فعال[148]،لا يجعل من الأول سوى كمعيار مكمل للثاني، أي أنه لا يمارس سوى وظيفة فرعية[149]. في هذا الشأن، أكدت اللجنة الأوروبية في تعليمتها المتعلقة بتعريف السوق المرجعية، على إمكانية تحليل الاستبدال من جهة العرض لتحديد الأسواق في العمليات التي يكون فيها للتحليل من هذا الجانب آثار معادلة للتي تترتب عن القيام بعملية التحليل من زاوية الطلب، على أن تكون هذه الآثار فورية وفعالة[150]. ولقد عرفت ذات اللجنة قابلية الاستبدال من هذه الزاوية على أنها قدرة المونين على توجيه إنتاجهم نحو المنتوجات أو الخدمات المعنية وتسويقها على المدى القصير دون تحمل أية تكاليف أو مخاطر إضافية وجوهرية وذلك كردة فعل للتغير الطفيف لكن الدائم في أسعار المنتوجات

[148] GLAIS (M). "Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence", *op.cit*, P. 33.

[149] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, *op.cit*, p. 100.

[150] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 20.

أو الخدمات المعنية[151]. يُفهم من هذا التعريف أن قابلية للاستبدال من جانب العرض تُترجم بقدرة العارضين الآخرين على الاستجابة وإشباع الطلب الموجه إلى المؤسسة المعنية التي نبحث عن السوق التي تتدخل فيها[152].

إن القول بوجود قابلية استبدال من جانب العرض، يفرض تظافر عاملين على سبيل التكامل، يتعلق الأول بالزمن، في حين يرتبط الثاني بالتكاليف.

بالنسبة للمعيار الأول، يُشترط للقول بوجود استبدال من هذا الجانب، أن يكون تدخل هذه المؤسسات على المدى القصير، وبمفهوم المخالفة إذا كان هذا التدخل يقتضي وقتا مهمّا سقط القول بوجود قابلية للاستبدال من جانب العرض، أما بالنسبة للعامل الثاني المتعلق بالتكاليف، فيقتضي هو الآخر ألا يؤدي توجيه الإنتاج إلى المنتوجات أو الخدمات المعنية إلى تحمل تكاليف إضافية[153]، على غرار اقتناء الآلات أو تكنولوجيا جديدة والمواد الأولية وجلب اليد العاملة المتخصصة ضف إلى وجود إضافية للتسويق. أما إذا تبين تحمل مثل هذه التكاليف أو أحد منها انتف القول بوجود قابلية للاستبدال من جانب العرض. في هذا الشأن نشير إلى أنه بالرغم من غموض مفاهيم الفورية وبدرجة أقل التكاليف الإضافية، إلا أن الشيء المؤكد هو أن تحقق كلا العاملين يفترض حيازة وامتلاك هؤلاء

---

[151]Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 20

[152] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, *op.cit*, p. 100.

[153] وهو الشيء الذي عبرت عنه اللجنة الأروبية في تعليمتها المتعلقة بتعريف السوق المرجعية.

Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 20.

العارضين لكل الإمكانيات البشرية والمادية التي تسمح لها بتوجيه إنتاجها إلى هذه المنتوجات في زمن قصير، فالتدخل الفعال، يفترض أن تكون هذه المؤسسات لهذه الوسائل سابق لحدوث هذا الارتفاع الطفيف ولكن الدائم في أسعار المنتوجات أو الخدمات المعنية، إذ أنه متى انتفت هذه الحيازة المسبقة، سوف تجد هذه المؤسسات أنفسها إذا ما رغبت في توجيه إنتاجها إلى المنتوجات المعنية مرغمة على القيام باستثمارات جديدة، بل ربما الاستعانة بهيكل بشري أكثر كفاءة، وهو ما يترتب عنه إضافة إلى استغراق مدة ليست بالقصيرة دفع تكاليف قد تكون جد معتبرة. وإذا ما تحققت هذه الشروط، يمارس المنتوج المضاف تأثير تأديبي على السلوك التنافسي المؤسسات المعنية، هذا التأثير بفوريته وفعاليته يعادل ذلك الذي يترتب عن القابلية للاستبدال من زاوية الطلب[154] .

نجد التعبير عن قابلية الاستبدال من جانب العرض معبر عنه من طرف محكمة العدل للاتحادات الأوروبية في أحد قراراتها، حيث إعتبرت هذه الهيئة أنه لا يمكن القول بحيازة وضعية هيمنة على سوق التغليف المعدني الموجه لعلب اللحم والسمك ما لم يتبين عدم قدرة المنافسين في باقي قطاعات سوق التغليف المعدني الأخرى الحضور في السوق بقوة كافية لكي تشكل ثقل موازن وفعلي وجدي[155]. حيث عبرت ذات الهيئة عن الشرطي السالفي الذكر باستعمال عبارة "تأقلم بسيط".

[154] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 20.

[155] Arrêt de la cour du 21 février 1973, Emballage corporation et Continental Can Company c/ commission, aff 6-72, point 33, Disponible sur: eur-lex.europa.eu

في ذات السياق دائما دائمان عبرت اللجنة الأوروبية في تعليمتها المعلقة بتعريف السوق المرجعية عن قابلية الاستبدال من جانب العرض بإعطاء مثال عن قطاع الورق، حيث أكدت اللجنة على أنه يتواجد على سوق الأوراق، كل أنواع الورق، ابتداءا من ورق النسخ العادي إلى غاية الورق من النوعية الرفيعة المستعمل لكتب الفن، وتضيف اللجنة أنه من زاوية الطلب لا تُستعمل هذه الأنواع من الأوراق بنفس الكيفية، حيث لا تُنسخ كتب الفن مثلا أو الكتب الرفيعة باستعمال نوعية سيئة من الورق، غير أن هذا لا يمنع هذه المصانع من إنتاج مختلف هذه الأنواع من الورق، إذ يمكن لها التأقلم وإنتاج مثل مختلف هذه المنتوجات في مدة قصيرة وباستثمارات غير مكلفة[156]. وعلى ضوء هذا التحليل خلصت اللجنة إلى نتيجة مفادها عدم التمييز بين عدة أسواق لكل نوع من أنواع الورق ولكل استعمال لها، حيث تنتمي كل الأنواع السالف ذكرها لنفس السوق.

ثانيا: قابلية الاستبدال من جهة الطلب: صورة من صور المنافسة المحتملة؟

إذا كانت قابلية الاستبدال من زاوية العرض تعني البحث عن مدى قدرة منافسين اخرين من إنتاج منتوجات بديلة للتي عرفت ارتفاع في السعر بصفة ضئيلة ولكن دائمة، وذلك في زمن قصير ودون تحمل تكاليف إضافية جوهرية، يجعل التساؤل مطروح عن مدى إمكانية إعتبار قابلية الاستبدال من هذا الجانب صورة من صور المنافسة المحتملة؟

[156] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Op.cit*, Point 22.

بالعودة إلى التعليمة الأوروبية المتعلقة بتعريف السوق المرجعية، نجد أن هذه الأخيرة تميز بين المفهومين السالفي الذكر، وتقر بوجود اختلاف بينهما[157]، حيث يقتضي القول بوجود منافسة محتملة البحث عن مدى قدرة العارضين الجدد من الدخول إلى السوق على المدى القصير، ودون التعرض لأية عوائق للدخول إلى السوق، على أن تتم عملية التقدير بصفة لاحقة على تقدير السوق المرجعية[158].

إذا ما حاولنا تحليل هذه المعطيات، نقول أنه من بين الشروط المتطلبة للقول بوجود قابلية الاستبدال من زاوية العرض، قدرة المؤسسات الأخرى على إنتاج منتوجات بديلة للمنتوجات المعنية بالارتفاع في السعر دون التعرض لتكاليف إضافية كبيرة، وإذا ما حاولنا مطابقتها مع شروط المنافسة المحتملة اعتبرنا قابلية الاستبدال من هذا الجانب صورة من صور المنافسة المحتملة. فكما نلاحظ تحقق في الاستبدال من جانب العرض شرطين من شروط المنافسة المحتملة وهما، القدرة في إنتاج منتوجات بديلة في وقت قصير، وعدم التعرض لتكاليف جوهرية، وهذا باعتبار أن التعرض لمثل هذه التكاليف يعتبر من عوائق الدخول إلى السوق من طبيعة مالية.

[157] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 24

[158] DECOCQ (A) et DECOCQ (G), *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'union européenne ,op.cit*, p. 117.

غير أنه إذا ما نظرنا إلى الشرط الأخر للقول بوجود منافسة محتملة، ألا وهو أن تتم عملية التقدير بصفة لاحقة لعملية تحديد السوق المرجعية، فإن هذا الشرط يحول دون إدراج قابلية الاستبدال من زاوية الطلب ضمن صور المنافسة المحتملة.

غير أن الذي نميل إليه، هو أنه يمكن اعتبار وجود قابلية الاستبدال من جانب العرض، بمثابة الصورة المخففة للمنافسة المحتملة[159]، أو أنها منافسة محتملة في صورتها الضيقة[160]، أو أنها شبه منافسة محتملة[161].

المطلب الثاني : السوق الجغرافية

لا يكتمل تحديد السوق المرجعية إلا بتحديد السوق الجغرافية، إذ أن هذه الأخيرة تأتي مساندة لسوق المنتوج[162]، تتجلى وظيفتها في تحديد الفضاء الذي تخضع على مستواه

---

[159] هي منافسة محتملة في صورتها المخففة، لأنه في إطار وجود استبدال من جانب الطلب تم تخفيف شروط اعتبار هذه الأخير منافسة محتملة بإسقاط شرط ضرورة القيام بهذا التحديد بعد تحديد السوق المرجعية

[160]هي منافسة محتملة في صورتها الضيقة، إذا ما نظرنا من زاوية أننا لم نأخذ بعين الاعتبار سوى طائفة معينة من عوائق الدخول إلى السوق ألا وهي العوائق المالية.

[161]هي شبه منافسة محتملة، لأنه إذا سلمنا بأن شرط القيام بعملية تحديد وجود منافسة محتملة من عدمها لابد أن يأتي لاحقا لعملية تحديد السوق المرجعية، لأنه في حالة وجود قابلية للاستبدال من زاوية الطلب، فإن ذلك يشكل بكل منطقية ضغط تنافسي على المؤسسة المعنية.

[162] ZEVOUNO L), *Le concept de concurrence en droit*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris ouest Nanterre La défense, 2010, p. 303.

المنافسة للتقدير أو بعبارة أخرى تحديد الإقليم الذي تُمارس فيه المنافسة[163]. على غرار سوق المنتوج، تحتاج السوق الجغرافية هي الأخرى لتعريف(**الفرع الأول**) كما أن تقديرها كذلك يكون بالاستناد إلى جملة من المعايير(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الإطار المكاني لممارسة المنافسة

بالعودة إلى أحكام الأمر المتعلق بالمنافسة، نجد أن المشرع الجزائري قد عرف السوق الجغرافية على أنها: " تلك المنطقة الجغرافية التي تعرض فيها المؤسسات السلع والخدمات المعنية"[164]. من جانبها عرفت الجنة الأوروبية السوق الجغرافية على أنها:" الإقليم الذي تلتزم المؤسسات المعنية على مستواه بعرض السلع والخدمات المعنية، والذي نجد على مستواه شروط منافسة متجانسة بما فيه الكفاية، والذي يمكن تمييزه عن المناطق الجغرافية المجاورة، وهذا باعتبار أن شروط المنافسة تختلف بصورة ظاهرة"[165]. أما بالنسبة لسلطة المنافسة الفرنسية، فعرفت السوق الجغرافية من زاوية إمكانية ممارسة سلطة الاحتكار، حيث اعتبرت أن الأمر يتعلق بالمنطقة الجغرافية التي يمكن ممارسة سلطة الاحتكار على مستواها بصفة فعلية، دون التعرض لمنافسة من بقية العارضين المتموقعين في مناطق جغرافية أخرى. وتضيف هذه الهيئة على أنه يُقصد بالسوق الجغرافية:" الإقليم الذي تلتزم المؤسسات المعنية على مستواه بعرض السلع والخدمات المعنية، والذي نجد

[163] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, *op.cit*, p. 103.

[164] أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق، معدل ومتمم.

[165] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 8.

على مستواه شروط منافسة متجانسة بما فيه الكفاية، فهو لا يتضمن المناطق الجغرافة المجاورة نتيجة لاختلاف شروط المنافسة بصورة واضحة"[166].

من خلال التعريفات المشار إليها أعلاه، يُلاحظ على السوق الجغرافية أنها الإطار المكاني الذي تُمارس على مستواه المنافسة بين المنتوجات والخدمات في شروط متجانسة، من ذلك فإن هذه التعريف للسوق الجغرافية يترتب عنه اختلاف في بعدها المكاني من قضية إلى أخرى، فقد تكون هذه السوق عالمية مثلما قد تكون محلية[167].

في هذا الشأن، إذا كان أول خطوة لتحديد السوق الجغرافية هو تحديد المنطقة الجغرافية الذي تمارس على مستواه منافسة متجانسة بما في الكفاية، فإن التساؤل الذي يبقى مطروح هو: ما هو الإطار المكاني للسوق الجغرافية حينما يتعلق الأمر بالقضايا المرتبطة بالتسهيلات الأساسية؟

من وجهة نظرنا نعتبر أنه حينما يتعلق بالتسهيلات الأساسية ، ومن منطلق أن هذه الاخيرة تُعرف على أنها كل تسهيلة لا يوجد بديل حقيقي ولا محتمل بشأنها، تعتبر سوق جغرافية في مثل هذه الحالة الإطار المكاني الذي تتواجد على مستواه هذه التسهيلة، خاصة إذا ما علمنا أن السوق الجغرافية هي المكان الذي يُمكن أن تمارس فيه مؤسسة سلطة الاحتكار،

[166] Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2010, *op.cit*, p. 159.

[167] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, *op.cit*, p. 104.

وهو ما عليه الحال مع التسهيلات الأساسية التي تمنح حائزها ممارسة سلطة الاحتكار، سواء كانت هذه التسهيلة ميناء أو مطار أو غيرها من التسهيلات الأخرى.

من خلال التعريفات الواردة أعلاه نلاحظ أن العنصر الجوهري في تحديد السوق الجغرافية هو مدى تجانس شروط المنافسة على الإقليم المعني، وهو الشيء الذي نجده معبر عنه في قضية "يونايتد براندز"، حيث أكدت اللجنة أنه لتطبيق قواعد حظر التعسف في وضعية الهيمنة، لابد من التحديد الدقيق لجزء جوهري من السوق المشتركة أين يمكن أن نتصور وجود حواجز أمام منافسة فعلية، في منطقة جغرافية يُفترض أن تكون الشروط الموضوعية للمنافسة للمنتوج المعني متماثلة بالنسبة لكل المتعاملين الاقتصاديين[168]

الفرع الثاني: تجانس شروط المنافسة: معيار لتحديد السوق الجغرافية

نقول عن شروط المنافسة في السوق أنها متجانسة حينما يتواجد عارضو السلع على قدر معين من المساواة، وهو ما عبرت عنه اللجنة الأوروبية في قضية "يونايتد براندز"، التي أكدت أن السوق الجغرافية هي المنطقة التي تكون فيها الشروط الموضوعية للمنتوج متشابهة بالنسبة لكل المتعاملين الاقتصاديين[169]، غير أنه لا يُشترط في هذه التشابه أن يكون تاما بل يكفي أن يكون نسبيا[170].

[168] CJCE, 14 février 1978, United Brands c/ Commission, *op.cit*, p. 229.

[169] *Idem*

[170] *Idem*

في هذا الشأن، تتسم العوامل التي تسمح بالقول عن شروط المنافسة أنها متجانسة أو متنوعة متعددة، وهو ما أشار إليه النظام الأروبي رقم 2004/802 المتعلق برقابة التجميعات بين المؤسسات، الذي أكد على أنه تتضمن العوامل الي تسمح بتحديد السوق الجغرافية، لاسيما طبيعة ومميزات المنتوجات والخدمات، وجود عوائق الدخول إلى السوق، تفضيلات المستهلكين، الفارق الجوهري لحصص السوق بين المناطق الجغرافية المجاورة أو فارق جوهري في الأسعار[171] .

في هذا الشأن، يُمكن تقسيم هذه العوامل، إلى عوامل موضوعية(**أولا**)، وأخرى ذاتية(**ثانيا**).

أولا: العوامل الموضوعية

ترتبط هذه العوامل أساسا بالقواعد التي تؤطر استيراد أو تسويق المنتوجات وكذا فوارق الأسعار بين المناطق الجغرافية، مدى سهولة انتقال المتعاملين الاقتصاديين أو السلع، شروط النقل، وكذا العلاقة بين تكاليف النقل وأسعار السلع أو الخدمات[172] ، وكمثال عن ذلك، أقرت اللجنة الأروبية في قضية "تيترا باك" على شمول السوق الجغرافية كامل إقليم الاتحادية، لعدة إعتبارات أساسية، لاسيما وجود طلب مستقر وهام، إمكانية التموين

[171] RÈGLEMENT (CE) No 802/2004 DE LA COMMISSION du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L 133/1 p. 35

[172] FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence, op.cit*, p. 104.

بالألات أو العلب في دول أعضاء أخرى، الشيء الذي يسمح بتبادل سهل وسريع بين الدول[173].

ثانيا: العوامل الذاتية

إضافة إلى العوامل الموضوعية المساعدة على تحديد نطاق السوق الجغرافية، يُعتبر سلوك طالبي السلع أو الخدمات عاملا حاسما هو الأخر في القيام بهذه العملية. إن الأخذ بعين الاعتبار العوامل الشخصية كمعيار جوهري في تحديد السوق الجغرافية نجده معبر عنه في التعليمة الاروبية المتعلقة بتعريف السوق الجغرافية، التي أكدت على أن القيام بهذه العملية يكون بالاستعانة بتحليل مواصفات الطلب(أهمية التفضيلات الوطنية أو المحلية، عادات الشراء لدى الزبائن...)، وهذا بهدف التأكد من أن المؤسسات الناشطة في باقي المناطق تشكل حقيقة مصدر توفيري بديل للمستهلكين[174].

المبحث الثاني: تأثير أساسية التسهيلة على السوق: تأثير مزدوج

كما تمت الإشارة إليه أعلاه، أدى الطابع الخصوصي وغير المألوف للتسهيلات الأساسية في المجال التنافسي إلى جملة من التأثيرات من هذه الأخيرة على السوق والتي تشكل بدورها علامة خصوصية لهذا المكان النظري في البحث عن أساسية التسهيلة.

[173] TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, aff. T-83/91, Point 94, eur-lex.europa.eu

[174] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 29.

إذ أن الرغبة في التقدير الدقيق للسوق المرجعية في مجال التسهيلات الأساسية عجل بضرورة الاستناد إلى مقاربة أخرى يُتجاوز بها ما قد تعانيه المقاربة الكلاسيكية من قصور في البحث عن صفة الأساسية، والتي بدورها أثرت بشكل جوهري في تركيبة السوق لاسيما فيما يتعلق بصعوبة الالتحاق بها من جهة وفي عدد الأسواق التي ينبغي البحث عنها لإضفاء صفة الأساسية من جهة أخرى(المبحث الثاني)

المطلب الأول: تأثير أساسية التسهيلة على مفهوم السوق المرجعية: ضرورة الاستعانة بمقاربة المحتكر الافتراضي

مع التطور الذي عرفه المجال التنافسي لاسيما بامتداد تطبيق قانون المنافسة على مجالات تقنية بالدرجة الأولى على وجه الخصوص من جهة مثلما هو عليه الحال مع حقوق الملكية الفكرية[175] والربط البيني[176] والحلقة المحلية[177] و بظهور مفاهيم جديدة -على غرار نظرية

[175] للتفصيل أكثر في مسألة تطبيق قانون المنافسة على حقوق الملكية الفكرية انظر:

-TUCCI (L-A), Droit de la concurrence et propriété intellectuelle, Abus de position dominante et propriété intellectuelle en droit communautaire », Edition EUE, Berlin, 2011.

-GSTALTER (J), Droit de la concurrence et droit de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information », Edition BRUYLANT, Paris, 2012.

[176] للتفصيل أكثر في مسألة الربط البيني انظر:

-VLADIMIR (B), « Les enjeux économiques de l'interconnexion des réseaux de télécommunications », Economies et Finances, Université d'Orléans, 2004, Disponible sur : http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00006104.

التسهيلات الأساسية- من جهة أخرى جعل من المقاربة الكلاسيكية لمفهوم السوق المرجعية محل نظر لاسيما فيما يتعلق بكفايتها وفعاليتها في تحديد هذه الأخيرة بشكل عام وفي البحث عن صفة الأساسية للتسهيلة بشكل خاص. من ذلك، أضحى البحث عن تطوير مفهوم السوق المرجعية ضرورة لابد منها في سبيل التحديد الدقيق لصفة الأساسية في التسهيلة

في هذا الشأن يعتبر مفهوم المحتكر الافتراضي التوجه الأكثر حداثة في المجال التنافسي والذي أصبح يُنادى بضرورة اللجوء إليه من أجل تحديد السوق المرجعية من طرف الهيئات المكلفة بالمنافسة.

يُعتبر اختبار المحتكر الافتراضي ابتكار خالص للفقه الاقتصادي الأمريكي[178]، حيث عرف الظهور لأول مرة سنة 1982 في التعليمات الأمريكية المتعلقة بمشاريع التجميعات الاقتصادية[179].

-GODEFROY (D-N) PENARD (T), "Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droit de propriété », Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2e et 3eme trimestres, 2000, pp. 297-316.

[177] للتفصيل أكثر في مسألة الحلقة المحلية:

-BERRI Noureddine, Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications, Thèse de doctorat, Faculté de droit et sciences politiques, Université de Tizi-Ouzou, 2015, p.148.

[178] TIRALONGO (M), *La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations*, Thèse de doctorat en droit, Université René Descartes (Paris V), 2012, p. 138.

في هذا الشأن، قبل الخوض في فحوى هذا المقاربة (**الفرع الأول**)، لابد من تسليط الضوء أولا على الإعتبارات التي أدت إلى ظهوره والتي تتعلق في مجملها في عدم كفاية معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب في بعض الحالات لتقدير دقيق للسوق المرجعية(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: قصور معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب: مبرر لظهور إختبار المحتكر الافتراضي

عادة ما تلجأ الهيئات المكلفة بالمنافسة إلى معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب في عملية تحديدها للسوق المرجعية. في هذا الصدد، وبالرغم من أهمية هذه المعيار في توضيح معالم هذه الأخيرة، إلا أنه يُلاحظ عليه جملة من النقائص التي من شانها رسم معالم السوق المرجعية بكيفية غير صائبة، الشيء الذي يفضي إلى ضرورة عدم الاستناد إليه بصفة منفردة في تحديد هذه السوق.

تتجلى أول هذه النقائص في صعوبة قياس درجة الاستبدال بين منتوجين، حيث أن الاستبدال بينهما لا يعدو سوى فكرة مثالية، يصعب تجسيدها على أرض الواقع[180]، وهذا

---

[179] Bruno DEFFAINS (B) et (P), " Les marchés pertinents : une approche économique", Disponible en ligne sur: http://koppdeffains.com/wpcontent/uploads/2014/06/5937f3d3ae3ba8d52ffb16a5cc4b4993.pdf

[180] وهو ما عبرت عنه سلطة المنافسة الفرنسية في دراستها المتخصصة للسوق المرجعية، انظر في هذا الشأن:
Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2010, *op.cit,* P. 143.

نظرا للاختلاف الموجود في الغالب بين المنتوجات أو الخدمات، لاسيما فيما يتعلق باستعمالاتها ونوعيتها.

إذ أن تغير سلوك المستهلكين وتوجههم نحو طلب سلع أو خدمات أخرى بسبب ارتفاع سعر المنتوج المعني قد لا يكون نتيجة بديهية لوجود قابلية للاستبدال بين المنتوجين أو الخدمتين، بل قد لا يكون سوى بهدف تفادي الارتفاع في سعر المنتوج أو الخدمة المعنية.

ففي مثل هذه الحالة، كيف يتم قياس درجة الاستبدال مادام أن التغير في السلوك والتوجه نحو اقتناء منتوج اخر يجد مبرره في تفادي غلاء المنتوج المعني وليس لأنه بديل لهذا الأخير؟ من ذلك هل يُمكن الاقتصار في مثل هذه الأوضاع على معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب في تحديد السوق المرجعية في بعدها السلعي والخدماتي؟

كمثال عن ذلك، إذا تقلصت مبيعات المنتوج "أ" بمائة وحدةن وارتفعت مبيعات المنتوج "ب" بـ25 وحدة، نتيجة لارتفاع طفيف في سعر الأول، فهل هذا يسمح بالقول عن المنتوجين أنهما منتميان إلى نفس السوق؟ نعم قد يكون المنتوج "ب"، بديل لبعض المستهلكين، لكن هذا لا يعني أنه ينتمي إلى نفس سوق المنتوج "أ". في مثل هذه الظروف قد ينجر عن الاستناد إلى معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب بصفة منفردة إلى تقدير غامض وغير موضوعي للسوق المرجعية[181].

[181] DURAND (B), " *La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique*", *Concurrences*, n^0 4, 2010, p. 39.

من بين النقائص التي لوحظت على معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب، في أن تقدير درجة الاستبدال بين منتوجين وفقط قد يكون غير كافي لتحديد النطاق الحقيقي للسوق المرجعية، إذ أن فكرة الاستبدال من هذا الجانب يقوم أساسا على مدى تغير سلوك المستهلك وتوجهه نحو اقتناء منتوج اخر في حال ارتفاع سعر المنتوج المعني، فكما نلاحظ فإن قياس درجة الاستبدال أساسه المقارنة بين زوج من المنتوجات لاغير، وهو ما قد يكون غير كاف، من منطلق أن الشيء الذي يفرض ضغطا تنافسيا على المنتوج المعني ليس منتوج اخر واحد فقط، بل ربما أن هذا الذي يفرض هذا الضغط هي مجموعة من المنتوجات بصفة جماعية، حيث أن الارتفاع في سعر المنتوج المعني قد يدفع المستهلكين إلى اقتناء عدة منتوجات أخرى دون الاقتصار على منتوج معين[182].

كمثال عن ذلك، نتيجة لارتفاع في سعر المنتوج "أ"، انخفضت مبيعات هذا الاخير بمائة وحدة، ما ترتبت عنه ارتفاع مبيعات المنتوج "ب" بـ28 وحدة ومبيعات المنتوج "ج" بـ25 وحدة ومبيعات المنتوج "ج" بـ23 وحدة[183].

في مثل هذه الفرضية، هل يصح اعتبار السوق المرجعية مقتصرة وفقط على المنتوجين "أ" و"ب"، بالرغم من أن توجه المستهلكين لم يقتصر وفقط إلى هذا الأخير. إن تركيز الدراسة

[182] DURAND (B), " *La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique*", *Concurrences*, N^0 4, 2010, p-p 39-40.

[183] *Ibid*, p. 40.

على البحث وفقط عن وجود بديل واحد لمنتوج معين في ارتفاع سعره قد يؤدي إلى التضييق من نطاق السوق المرجعية .

الفرع الثاني: اختبار المحتكر الافتراضي: مقاربة ضرورية بتجسيد صعب

يُعتبر اختبار المحتكر الافتراضي وسيلة أساسية للبحث عن مدى حيازة المؤسسة لسلطة في السوق[184]. إن تسليط الضوء على هذا المفهوم الجديد، يفرض في البداية تقديم تعريف له(**أولا**)، غير أن حداثته أدت بجانب من الفقه إلى توجيه انتقادات له، معتبرين إياها حدود لهذا الاختبار(**ثانيا**).

أولا: تعريف اختبار المحتكر الافتراضي

كما أشرنا إليه سابقا، يهدف اختبار المحتكر الافتراضي إلى تحديد السوق المرجعية بأكثر دقة، في هذا الشأن إذا ما أخذنا بهذه المقاربة، تُعرف السوق على أنها: ذلك المنتوج أو مجموع المنتوجات، على نحو إذا ما وجد هنالك عارض بصفة افتراضية كان بمقدوره رفع الأسعار بشكل ملحوظ ومستمر، على أن يؤدي ذلك إلى الرفع من أرباحه[185] ، في تعريف آخر، تقتصر السوق المرجعية على ضوء هذه المقاربة على مجموع المنتوجات التي يمكن لحائز وضعية احتكار بصفة افتراضية على إنتاجها ممارسة سلطة سوقية، بمعنى رفع

---

184 DIAWARA (K), *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et européen (U.E) de la concurrence :Contribution à une approche juridique du marché*, Thèse de doctorat en droit, Université LAVAL QUEBEC, 2008, p. 89.

185Cons. Conc, Rapport annuel pour 2001, p.93, www.autoritédelaconcurrence.fr

أسعار هذه المنتوجات بصفة دائمة[186]، وإذا ما حاولنا التبسيط، نقول أنه تتشكل السوق المرجعية على ضوء هذه المقاربة من جملة المنتوجات أو الخدمات، على نحو لو وجد هنالك محتكر لكان بمقدوره اللجوء إلى رفع الأسعار بصفة طفيفة ولكن دائمة، مع تحقيق أرباح لقاء هذه الرفع.

في هذا الصدد لم تتوانى التعليمة الأروبية المتعلقة بتعريف السوق المرجعية من الإشارة إلى هذا الإختبار، حيث أكدت هذه الأخيرة أن السؤال الذي ينبغي طرحه، هو معرفة ما إذا كان الرفع في أسعار منتوجات معينة بصفة خفيفة(من 5 إلى 10 بالمائة) ولكن بشكل دائم في إقليم معين سوف ينجر عنه تحول زبائن المؤسسات المعنية إلى منتوجات بديلة سهلة الحصول عليها أو إلى ممونين يمارسون نشاطهم في مناطق جغرافية أخرى[187].

إن تطبيق هذا الاختبار يفترض إحدى الحالتين التاليتين واللتين تُعتبرين حاسمتين في تحديد السوق المرجعية:

إذا كانت الإجابة عن السؤال السالف ذكره إيجابية، أي أنه ترتب عن الارتفاع في سعر المنتوج المعني تحقق أرباح إضافية بالنسبة للمؤسسة المعنية بها، ما يعني عدم تغير سلوك المستهلكين وعدم التوجه بطلبهم نحو منتوجات أخرى لقاء هذا الارتفاع ولا نحو مناطق جغرافية أخرى، فأن مثل هذه النتيجة تفيد بعدم وجود بدائل حقيقية للمنتوج المعني

[186] SIBONEY (A-L) ,*Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, op.cit*, p. 342.

[187] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 17.

وبدائل حقيقية للمنطقة الجغرافية التي تمارس المؤسسة الافتراضية هذا الارتفاع. من ذلك كانت السوق المرجعية في هذه الحالة هي السوق المرشحة منذ البداية، حيث تتكون هذه الأخيرة على ضوء هذه المعطيات وفقط من المنتوج موضوع ارتفاع في السعر بصفة ضئيلة ولكن بشكل دائم[188].

أما إذا كانت الاجابة عن السؤال السالف ذكره سلبية، أي أن هذا الإرتفاع في السعر دفع بالمستهلكين إلى تغيير سلوكهم والتوجه نحو اقتناء منتوجات أخرى، أو الانتقال إلى منطقة جغرافية أخرى غير تلك التي يُمارس على مستواها الارتفاع، وهو ما يعني أن الارتفاع في السعر غير مربح وأن المؤسسة المعنية ليست موجودة في وضعية احتكار وأن المنتوجات أوالخدمات المعنية بالارتفاع لا تشكل لوحدها سوق قائمة يذاتها، في مثل هذه الحالة لابد من الاستمرار في توسيع السوق المرجعية إلى منتوجات ومناطق جغرافية أخرى، ولا تتوقف العملية إلا في الحالة التي يتبين فيها أن الارتفاع في السعر أدى إلى تحقيق أرباح، وفي مثل تلك الوضعية تتشكل السوق المرجعية من المنتوجات أو الخدمات التي وضعت المحتكر الافتراضي في وضعية تسمح له بتحقيق أرباح إضافية[189].

---

[188] SIBONEY (A-L) ,*Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, op.cit*, p. 342, DIAWARA (K), *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et européen..., op.cit*, p.91.

[189] DURAND (B), " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *op.cit*, p. 35-36, TIRALONGO Michael, *op.cit*, *La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations*, , p. 138.

بمقابل ذلك، إذا كان اختبار المحتكر الافتراضي يستند على معيار موضوعي في تحديد السوق المرجعية، وهو الارتفاع الخفيف ولكن الدائم في السعر على أن يكون هذا الارتفاع قد ترتب عنه تحقيق أرباح إضافية، فما المقصود بهذه العبارات؟

بالنسبة للسعر القاعدي الذي يُستند إليه في تفعيل هذا الاختبار، فهو يُعتبر مسألة جد حساسة، من منطلق أن أي سوء تقدير لهذا السعر سوف ينجر عنه الحصول على نتائج غير دقيقة أو غير صائبة من تطبيق هذا الاختبار، لاسيما سوء تقدير نطاق السوق المرجعية.

بالعودة إلى التعليمات الصادرة عن بعض هيئات المنافسة التي أخذت بهذا الاختبار، نجد أنها أكدت على أن السعر القاعدي الذي يُأخذ بعين الاعتبار هو السعر المعتاد في السوق، مثلما هو عليه الحال مع القانون الأوروبي[190] وكذا مكتب المنافسة الكندي[191] .

إن عبارة السعر المعهود في السوق لا يعني دائما السعر التنافسي، بل قد يكون كذلك سعر احتكاري، لاسيما حينما نكون أمام وضعية هيمنة، ففي مثل هذه الظروف قد يكون السعر الذي تمارسه المؤسسة المهيمنة هو سعر غير تنافسي، بل ربما يكون سعر احتكاري، وبالتالي أي رفع في السعر سوف ينجر عنه تغير سلوك المستهلكين ونفورهم من اقتناء هذه

[190] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 19.

[191] Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, 2012, P. 3. Disponible sur: http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca

المنتوجات[192]، مما يُفضي إلى عدم تحقيق هذه المؤسسة لأرباح إضافية، فهل مثل هذه الحالة نقول بشمول السوق المرجعية للمنتوجات التي توجه المستهلكون إلى اقتنائها كردة فعل على عدم تحملهم للارتفاع في سعر منتجات المؤسسة المعنية؟ الإجابة بالطبع تكون بالنفي، ذلك لأن الذي دفع بالمستهلكين إلى تغيير سلوكهم ليس لوجود استبدال بين هذه المنتوجات والمنتوج المعني بالارتفاع، بل وفقط عدم قدرتهم على دفع السعر الجديد لهذا الأخير.

إن احتمال سوء تقدير خاطئ للسوق المرجعية دفع بالعديد من هيئات المنافسة التي تبنت هذا الاختبار_لاسيما الأروبية والكندية منها_ إلى إيراد استثناء على ما اصطلحت عليه بالسعر المعهود. فبعد أن أقرت الجنة الأوروبية مثلا أن السعر القاعدي الذي يُراعى في تفعيل هذا الاختبار هو السعر العادي للسوق، أقرت بمقابل ذلك على أن الوضعية تختلف إذا كان السعر المعهود قد تم وضعه في ظروف تنافسية غير كافية[193]. كما أكد مكتب المنافسة الكندي على أن يمكن لهذا الأخير أن يختار عدم الاستناد إلى السعر المعتاد حينما تفرض شروط السوق ذلك[194].

---

[192] DIAWARA Karounga, *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et européen...*, *op.cit*, P.92.

[193] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 19

[194] Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, *op.cit*, p. 3.

من خلال ما سبق نقول أنه لتحديد السعر القاعدي في تطبيق اختبار المحتكر الافتراضي، نميز بين وضعيتين للسوق المرشحة:

- إذا كانت السوق تنافسية، يكون السعر القاعدي الذي يُأخذ بعين الاعتبار هو السعر المعتاد على مستوى هذه السوق، فيما يمكن تسميته بالسعر التنافسي.

- إذا كانت السوق غير تنافسية، في مثل هذه الظروف تكون الهيئات المكلفة بالمنافسة مدعوة إلى القيام بتحليل اقتصادي من أجل تحديد السعر الذي يُفترض أن يكون تنافسيا، لأن السعر المطبق في السوق في مثل هذه الحالة هو سعر غير تنافسي، إن لم نقل احتكاري.

في سياق أخر، يرتبط القول بأهمية ارتفاع سعر المنتوجات المعنية تسليط الضوء على مسألتين، النظر في نسبة الارتفاع من جهة، والمدة التي استمر فيها هذه الارتفاع من جهة أخرى.

باالنسبة للمسألة، نجد أن معظم الهيئات المكلفة بالمنافسة قد اتفقت على أنه ينبغي أن يكون هذا الارتفاع معقول، وهو ما أشار إليه مثلا مكتب المنافسة الكندي[195]، إذ لا ينبغي أن يكون جد ضعيف ، من منطلق أنه لن يمكن المحتكر الافتراضي من ممارسة سلطة

[195] Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, *àp.cit*, p. 3.

مهمة في السوق، مما يؤدي إلى توسيع نطاق السوق المعنية[196]، كما لا ينبغي أن يكون هذا الارتفاع كبير جدا على نحو يدفع بالمستهلكين إلى تغيير سلوكهم على سبيل الإكراه.

في القانون الكندي تم تبني عتبة 5 بالمائة[197] ، أما التعليمة الأوروبية المعلقة بتعريف السوق المرجعية فنصت على أنه تتراوح نسبة الارتفاع بين 5 و10 بالمائة[198].

في هذا الشأن نقول أن تحديد العتبة المناسبة يُعتبر عملية جد معقدة، وهذا نظرا للتطورات السريعة التي تمسّ الأسواق، من ذلك فإن تكوين القناعة لدى هيئة المنافسة أو القاضي الذي عرضت عليه القضية ينبغي أن يخضع_على حد تعبير أحد الكتاب_ لمناقشة وجاهية[199].

كما أن القول ‘ن الارتفاع في السعر أنه هام، لابد أن يكون دائما، وبمفهوم المخالفة لابد ألا يكون الارتفاع في السعر مؤقتا. في هذا الشأن، نجد أن الهيئات المكلفة بالمنافسة التي تبنت هذا الاختبار قد اتفقت على ضرورة استمرار هذا الارتفاع لمدة سنة[200]، ذلك لأن الارتفاع

---

[196] DURAND Benoit, " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *op.cit*, p. 36.

[197] Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, *pp.cit*, p. 3.

[198] Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op.cit*, Point 17.

[199] SIBONEY (A-L) ,*Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op.cit*, P. 342

[200]حيث اعتبر مكتب المنافسة الكندي مثلا أن مدة سنة هي المدة الأكثر تناسبا. انظر في هذا الشأن:

Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, *op.cit*, P. 3.

الذي لا يستطيع الصمود لهذه المدة ليس من شأنه أن يثير انتباه هيئات المنافسة، الأكثر من ذلك فإن الارتفاع المؤقت في السعر يتجه لأن يعكس غياب للسلطة في السوق أكثر من حضورها[201].

أما فيما يتعلق بمسألة ضرورة أن يؤدي الارتفاع في السعر إلى تحسين أرباح المحتكر الافتراضي، فإن البحث عن تحقيق هذه الأرباح من عدمه يفرض القيام بالتحليل التالي.

أول ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن، هو أن الارتفاع في السعر يؤدي إلى انخفاض في المبيعات وارتفاع في العائدات المتحصل عليها من بيع كل وحدة[202]. على ضوء هذه المعطيات يرتبط القول بتحقيق أرباح بعنصرين أساسيين وهما: ارتفاع الأرباح المحققة عن بيع كل وحدة من جهة والخسائر المنجرة عن انخفاض عدد الوحدات المبيعة من جهة أخرى[203]، فإذا تفوقت الخسائر المنجرة عن انخفاض عدد الوحدات المبيعة نقول عن الارتفاع في مثل هذه الحالة أنه غير مربح، ما يعني عدم اقتصار السوق المرجعية على المنتوجات المعنية بالارتفاع، أما إذا تفوقت العائدات المحققة عن بيع كل وحدة على الخسائر المنجرة عن

---

[201] DURAND (B), " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *op.cit*, p. 36.

[202] SIB SIBONEY (A-L), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op.cit*, p. 347.

[203] هنالك العديد من العوامل إلي تؤثر في انخفاض عدد الوحدات المبيعة، لاسيما تغير سلوك المستهلكين نتيجة لارتفاع سعر المنتوج محل الفحص، إما بالتوجه إلى اقتناء منتوج أخر أو الإمتناع وفقط عن اقتناء المنتوج المعني بالارتفاع في السعر.

تراجع عدد الوحدات المبيعة، نقول عن الارتفاع أنه مربح، وفي مثل هذه الحالة تقتصر السوق المرجعية على المنتوجات المرشحة منذ البداية[204].

بمقابل ذلك، إذا كانت أهمية اختبار المحتكر الافتراضي في تحديد السوق المرجعية أمر لاشك فيه[205]، فإن ذلك لم يمنع جانب من الكتاب بل حتى بعض هيئات المنافسة من الإشارة إلى هذا الاختبار بمجموعة من الحدود.

ثانيا: حدود اختبار المحتكر الافتراضي: نقائص في الاختبار أم تهرب من التطبيق؟

إن أول حد أُثير بشأن هذا الاختبار هو الطابع الافتراضي لاختبار المحتكر الافتراضي، فالارتفاع الافتراضي في السعر أدى إلى التشكيك في أهميته من الناحية العملية، فبالرغم من محاولة الاقتصاديين التخفيف من هذا الحد إلا أن هذا الأخير يبقى حاليا حقيقة لا يمكن التهرب منها[206].

---

[204] DURAND (B), " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *op.cit*, p. 36.

[205] إذ تسمح هذه المقاربة الكمية من قياس القوة السوقية للمؤسسة المعنية بصفة مباشرة، كما أنه يسمح بالحصول على إجابات موضوعية لمجموعة من الإشكالات التي أُستعصي حلها باللجوء إلى معايير نوعية، وهو ما عبر عنه مجلس المنافسة الفرنسي في تقريره لسنة 2001، أنظر في هذا الشأن:

Cons. Conc, Rapport annuel pour 2001, *op.cit*, p.94.

[206] DIAWARA (K), *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et européen..., àp.cit*, p. 110.

إن هذا الطابع الافتراضي لاختبار المحتكر الافتراضي لهذا الاختبار تترتب عنه نتيجة أخطر، ألا وهي مدى إمكانية الاستناد إليه واعتباره وسيلة إثبات مادام أنه يعتمد على تقديرات مستقبلية للمنافسة.

من وجهة نظرنا نعتبر اختبار المحتكر الافتراضي ذو أهمية معتبرة للهيئات المكلفة بالمنافسة والقاضي على حد سواء، وأن الاستناد إليه باعتباره وسيلة إثبات يبدو أمر ضروري، باعتبار أنه حينما يتعلق الأمر بالتعسف في وضعية الهيمنة أو التجميعات الاقتصادية، فإن الذي يُبحث عنه ليس فقط الآثار الحالية المنافية للمنافسة بل حتى الآثار المحتملة مستقبلا، الأكثر من ذلك، لما يتعلق الأمر بحماية السوق، فإن الأهم ليس فقط الوضعية الحالية للمنافسة، بل حتى وضعية هذه الأخيرة مستقبلا، من ذلك، حينما يتعلق الأمر بهذه الحالة الأخيرة، تصبح مسألة الاستناد إلى عناصر تنبوئية تشكل حاجز لحماية المنافسة في السوق مستقبلا إجراء لا غنى عنه، فإذا كان الأمر على هذه الحالة، كيف يُمكن تصور الاستغناء عن اختبار المحتكر الافتراضي، إنه اختبار فرضته المعطيات الاقتصادية ومقتضيات حماية المنافسة، من ذلك يمكن تكييف وظيفة هذا الاختبار بأنها وظيفة تنبوئية.

ضف إلى ذلك، لم يسلم هذا الاختبار من انتقاد عدم توفر المعطيات الاقتصادية، مما يُفضي إلى صعوبة تفعيله، وهو ما عبر عنه مجلس المنافسة الفرنسي في تقريره لسنة

2001[207]. إذ أن تطبيق هذا الاختبار يقتضي الحصول على جملة من المعلومات الإحصائية والاقتصادية والتي يصعب الحصول عليها من الناحية العملية.

في هذا الشأن، نعتقد من وجهة نظرنا أن هنالك العديد من الوسائل والإجراءات التي تسمح بالوصول إلى هذه المعلومات، إذ لا يمكن إنكار السلطة التي تملكها الهيئات المعنية بالمنافسة والقاضي على حد سواء في الاستعانة بخبراء اقتصاديين لإجراء دراسات جد معمقة في هذا الصدد، والتي تسمح للهيئة باتخاذ القرار المناسب، ثم أن هنالك العديد من الهيئات المكلفة بالمنافسة من تتضمن في تشكيلتها فئة مكونة من الخبراء الاقتصاديين، وظيفتهم بالدرجة الأولى التصدي لمثل هذه الإشكالات الاقتصادية. كما أن المناقشة الوجاهية أمام هيئات المنافسة أو القاضي تُعتبر هي الأخرى وسيلة مهمة لإضفاء المصداقية والوثوقية على هذا الاختبار.

إذن فالمسألة ليست مسألة انعدام المعطيات الاقتصادية، إذ أن هنالك فرق كبير بين انعدامها وعدم وجود الرغبة في الحصول عليها.

من ذلك نقول، أنه بغض النظر عن مدى مصداقية الانتقادات الموجهة لاختبار المحتكر الافتراضي، يبقى هذا الأخير وسيلة تسمح بالقيام بتحليل معمق ومفيد، كما أنه يمكن من القيام بتصحيح مُنمذج للسوق، غير أنه بمقابل ذلك، لابد من الأخذ بعين الاعتبار

[207] Cons. Conc, Rapport annuel pour 2001, *op.cit*, p.94.

المعطيات لتفعيله وتفادي تطبيق تلقائي له، وهو ما عبر عنه مجلس المنافسة الفرنسي في إشارته إلى هذا الاختبار[208].

المطلب الثاني: تأثير أساسية التسهيلة على تركيبة السوق

إن المتمعن جيدا في تعريفات التسهلات الأساسية وفي المعايير الواجب تظافرها للقول بتحقق عنصر الأساسية فيها من عدمه من جهة، وبالنظر إلى التأثير الذي مارسته التسهيلة الأساسية على المقاربة الكلاسيكية للسوق المرجعية وذلك بضرورة الاستناد وجوبا إلى مقاربة المحتكر الافتراضي لتحديد نطاق هذا المكان النظري من جهة أخرى يجعلنا نخلص إلى نتيجة مفادها أننا بصدد مصطلح استثنائي في قانون المنافسة، فهو بمثابة إبداع قانوني في المجال التنافسي، بل يُمكن حتى اعتباره ثورة قانونية -إن صح هذا التعبير- في المادة التنافسية. إن هذه الاستثنائية في التسهيلة الأساسية لا تقتصر عند هذا الحد وفقط بل تمتد لتشمل خصوصيات أخرى تُشكل علامة فارقة لهذا المفهوم والتي تُعتبر في الوقت نفسه نتيجة منطقية لأساسيتها والتي تتجلى في تأثير هذه الأخيرة على تركيبة السوق برُمَته سواء من حيث اتخاذ التسهيلة الأساسية لصفة العائق للدخول إلى السوق(فرع أول) أو من حيث تأثيرها على عدد الأسواق التي ينبغي البحث عنها في تقدير أساسية التسهيلة (فرع ثاني)

[208] Cons. Conc, Rapport annuel pour 2001, *op.cit*, p.94.

الفرع الأول: التسهيلة الأساسية: عائق للدخول إلى السوق

إن إبراز طابع عائق الدخول إلى السوق في التسهيلة الأساسية يفرض التطرق إلى تعريف هذه العوائق وهو الشيء الذي لا يدع أي مجال للشك على انصهار كل تعريفات هذه الأخيرة في التسهيلة الأساسية(أولا) كما أن الخوض في أنواع حواجز الدخول إلى السوق يُعزز من فكرة اعتبار التسهيلة الأساسية عائق للدخول بامتياز(ثانيا)

أولا: مفهوم عوائق الدخول إلى السوق: انصهار جميع التعاريف في التسهيلة الأساسية

إن مفهوم عوائق الدخول إلى السوق ابتكار خالص للفقه الاقتصادي الأمريكي[209]، إذ يُعتبر الاقتصادي "دونالد ولاس" أول من استعمل مصطلح عوائق الدخول إلى السوق في مقال منشور عنه في مجلة أكاديمية خلال الاجتماع السنوي الثامن والأربعين للجمعية الأمريكية في مارس 1936[210]

في هذا الشأن، تعددت المحاولات من الاقتصاديين في تعريف حواجز الدخول إلى السوق وفي مقدمتهم الفيقه الاقتصادي الأمريكي "جوو باين"، فقبل أن يُدم تعريف لحواجز الدخول يُشير الأستاذ إلى شرط الدخول إلى السوق والذي يُمكن قياسه –على حد تعبيره-

[209]MULDUR(U). Les barrières à l'entrée dans le marché bancaire français. In: Revue d'économie financière, n°27, 1993. p. 3

[210] فرحاني الزهرة، اقتصاديات الحجم كعائق للدخول إلى السوق، دراسة حالة مؤسسة الاسمنت عين توتة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، سنة 2013، ص 20

بمدى قدرة المؤسسات من الرفع من السعر التنافسي دون جذب الدخول على نحو يكون الدخول صعبا[211]، ليربط بعدها الفقيه هذا المفهوم بعوائق الدخول والتي عرفها على أنها:" الأفضليات التي تحوزها المؤسسات إزاء المتنافسين في الصناعة، والتي تُترجم في قدرة هذه المؤسسات على عرض منتوجاتها و/أو خدماتها في السوق دون جذب مؤسسات جديدة إلى هذه الصناعة[212]، يُقدم لنا الفقيه "باين" معيارا فارقا في اعتبار عنصر ما عائق للدخول إلى السوق ألا وهو قيمة أرباح المؤسسة الناشطة في السوق، فبحسب "باين" فإن تحقيق المؤسسة السابقة للسوق لأرباح جد مرتفعة بصفة غير عادية ومستمرة يُشكل قرينة قوية على وجود عائق للدخول إلى هذه السوق[213]. بمفهوم المخالفة فإن عدم تحقيق المؤسسة السابقة إلى السوق لأرباح غير مرتفعة غير مألوفة بصفة مستمرة أو أن هذه الأرباح تبقى مؤقتة لأسباب أو ظروف خاصة أو أن هذه الأرباح جد عادية انتفت صفة العئق للدخول إلى السوق عن العنصر المعني.

في ذات السياق، يُقدم الفقيه "ستيجلر" تعريفا لحواجز الدخول إلى السوق وذلك أخذا بعين الاعتبار وجود عدم التناظر في وظيفة التكلفة لدى المؤسسات المتنافسة في نفس السوق والملتحقين الجدد بهذه الأخيرة، حيث عرفها على أنها:" تكلفة الإنتاج التي ينبغي أن

---

211 PRESTON (M) and other, "What is a Barrier to Entry?",American Economic Review, Vol. 94 , No. 2, may,2004, p1.

212 OLIVIER(M), Les Barrières à l'entrée : un retour aux origines, p. 4, www.wirtschaft.fh-dortmund.de

213 Idem

تتحملها المؤسسة الراغبة في الالتحاق بالسوق دون المؤسسات السابقة إليها"[214]. يُترجم عائق الدخول إلى السوق من خلال هذا التعريف في تحويل عبأ التكلفة من المؤسسة الموجودة في السوق إلى تلك الراغبة في الالتحاق به، لذلك أشرنا أعلاه أن الفقيه أسس تعريفه على اختلاف وظيفة التكلفة بين المنافسين السابقين إلى السوق والمنافسين المحتملين، إذ أن هدف التكلفة بالنسبة للطائفة الأولى لا يخرج عن فرضتين إما الانفراد بالسوق واحتكاره في الحالة التي يعجز فيها المنافسين المحتملين عن دفع قيمة هذه التكلفة وبالتالي عدم الالتحاق بالسوق وإما استرداد التكلفة مع تحقيق أرباح إضافية بالتحاق منافسين جدد يقع لزاما عليهم دفع هذه التكلفة والتي تكون مرتفعة عن قيمة التكلفة الحقيقية لمشروع المؤسسات السباقة إلى السوق. من ذلك إذا كانت تكلفة الدخول و/أو للاستمرار فيها متناظرة بالنسبة لكل المتعاملين الاقتصاديين سواء سباقين إلى السوق أو الجدد انتفت صفة العائق في هذه الحالة مثلما هو عليه الحال مع الأسواق التنافسية التي لا يكون فيها متعامل محتمل مجبر على دفع تكلفة عنصر ما لصالح متعامل سابق إلى السوق، وأبرز مثال عن ذلك الميناء التابع للدولة أين يقع لزاما على كل المتعاملين الاقتصاديين سواء جدد أو مسابقين دفع نفس التكلفة للدولة من أجل الولوج إلى السوق أو للاستمرار فيها.

---

[214] بوعافية عادل، عوائق الدخول وعؤائق الخروج في قطاع خدمة الهاتف النقال في الجزائر، *مجلة ميلاف للبحوث والدراسة*، المجلد 4، العدد 1، جامعة باتنة، سنة 2018، ص 323.

في نفس السياق دائما، يعرف القاموس الاقتصادي الصناعي ولقانون المنافسة عوائق الدخول إلى السوق على أنها: " كل العوائق التي تمنع أو تُحبط دخول مؤسسات جديدة إلى قطاع نشاط على الرغم من الأرباح المرتفعة التي تُحققها المؤسسات المتموقعة في تلك السوق"[215] ، في حين ورد تعريف عوائق الدخول إلى السوق في قاموس المصطلحات المستعملة في مجال سياسة المنافسة للاتحاد الأوروبي على أنها:" كل العوامل التي تحول أو تُعيق دخول مؤسسة إلى سوق ما والتي يُمكن أن تكون نتيجة لهيكلة خاصة للسوق[216]. وهو نفس التعريف الذي أوردته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لعوائق الدخول إلى السوق في دليلها المتلق بتقييم المنافسة والذي جاء فيه:" تشمل عوائق الدخول إلى السوق بشكل عام العوامل التي من شأنها إعاقة دخول مؤسسات جديدة إلى سوق النشاط.

وعلى حد تعبير المنظمة بشأن عوائق الدخول فإنه هذه الأخيرة ذات أهمية جوهرية في قياس درجة المنافسة في السوق والتي قد تتعرض لها المؤسسات الناشطة في السوق. وهذا باعتبار أن وجود عوائق الدخول إلى السوق يعزز من لجوء المتعاملين السابقين إلى إتيان ممارسات منافية للمنافسة مثل رفع الأسعار وتحقيق أرباح لا يُخشى فقدانها لصالح متدخلين جدد[217].

---

[215] OCDE , Glossaire d'Economie industrielle et droit de la concurrence, p. 15

[216] Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de la concurrence de l'union européenne p. 8

[217] OCDE, Compte rendu détaillé de la table ronde sur les Barrières à la Sortie et leurs effets sur la Concurrence, p. 21, www.oecd.org

حين الحديث عن عوائق الدخول إلى السوق يُشير الاقتصاديون إلى ضرورة عدم الخلط بين حرية الدخول والتي تُعنى بوجود عوائق الولوج إلى السوق من عدمه وبين سهولة الدخول[218] .إذ أن المعيار الذي يُراعى في تقدير وجود عائق الدخول إلى السوق هو معيار حرية الدخول وليس معيار الدخول من منطلق أن الأسواق التي تعرف دخولا سهلا هي أسواق تغيب بشأنها خصوصيات عوائق الدخول وهي أسواق عادية يغيب بشأنها متعامل تاريخي له أسبقية على باقي المتعاملين إلى السوق، كما هي سوق لا ينجر عنها صعوبة للالتحاق بها ولا وجود لا إمكانية على تحقيق أرباح جد مرتفعة بصفة مستمرة على مستواها، كما أنها أسواق لا يُمكن أن يُتصور فيها قدرة متعامل اقتصادي قام برفع السعر على المحافظة على حصصه في السوق. بالنتيجة هي أسواق لا يُتصور بشأنها حواجز للدخول إلى السوق.

تسمح لنا مختلف السابقة لعوائق الدخول إلى السوق القول أنه مهما كانت المعيار الذي أُستند إليه لتقديم التعريف نجد أنها تتفق كلها على عنصر واحد وهو صعوبة الدخول مهما تعددت أسباب ذلك. انطلاقا من هذا الاستخلاص نقول أنه لا وجود لأي مجال للشك من اعتبار التهسيلة الأساسية حاجز للدخول إلى السوق بامتياز وهذا باعتبار اسنجام مختلف التعريفات المقدمة لعوائق الدخول مع خصوصيات التسهيلة ومميزاتها وعلى الاثار المترتبة عن عدم التمكين من الدخول إليها، إذ أن استعمال التسهيلة الأساسية يقتضي تحمل المنافسين الراغبين في الالتحاق بالسوق تكلفة الولوج إليها كما أنها تمنح في نفس

[218] DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles…*, op.cit, 206

الوقت لحائزها أفضلية في السوق، ولعل أبرز أفضلية تمنحها لصاحبها وضعية الهيمنة أو حتى ربما الانفراد بالسوق برُمته، كما أن الانفراد باستعمالها يسمح لحائزها تحقيق أرباح مرتفعة وبصفة مستمرة دون أن ينجر عن ذلك التحاق منافسين محتملين بالسوق. حقيقة إنها حاجز للدخول بامتياز.

بمقابل ذلك، إذا كان اعتبار التسهيلة الأساسية عائق للدخول بات أمرا محسوما، لابد في مرحلة لاحقة تسليط الضوء على أشكال حواجز الدخول للنظر في صنف يُمكن إدراج التسهيلات الأساسية.

ثانيا : أشكال عوائق الدخول إلى السوق: أي تصنيف للتسهيلة الأساسية؟

لا يوجد تصنيف واحد لعوائق الدخول إلى السوق، وهذا باختلاف زاوية دراسة هذه الحواجز، من جانبنا نفضل تقسيم هذه العوائق إلى عوائق دخول خارجية والتي تشمل عوائق الدخول القانونية أو العمومية (ا)، وعوائق دخول داخلية والتي تنطوي على عوائق الدخول الهيكلية والاستراتيجية(ب). بغض النظر عن التقسيم والتسمية يبقى البحث عن مكانة التسهيلات الأساسية ضمن هذه الأشكال هو جوهر هذه الدراسة.

أ: عوائق الدخول الخارجية: التسهيلة الأساسية حاجز دخول قانوني

فضلنا إضفاء صفة الخارجية على هذا النوع من عوائق الدخول إلى السوق من منطلق أنها خارجة عن إرادة المتعامل الاقتصادي الذي لا دخل له فيها بخلاف عوائق الدخول الداخلية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالمتعامل الاقتصادي السباقة إلى السوق.

يُمكن تعريف عوائق الدخول إلى السوق الخارجية على أنها تلك العوائق التي لها علاقة مباشرة مع الدولة عن طريق وضع قوانين أو تنظيمات تحول دون التحاق المنافسين المحتملين بالسوق المعنية[219]، فهي حواجز ليس لها أية علاقة بأداء المؤسسات الراغبة في الالتحاق بالسوق ولا بقدراتها التي تسمح لها بالولوج من عدمه، كما أن منح الدولة سلطة احتكارية لمؤسسة ما في مجال معين يُعد هو الاخر أحد أبرز عوائق الدخول إلى السوق القانونية التي لا دخل للمنافسين المحتملين فيها.

تُشكل التسهيلات الأساسية أبرز مثال فيما يتعلق بتسليط الضوء على الحواجز القانونية لاسيما في المجال المينائي، ففي قضية Irishcontinental Groupe والتي هي شركة مينائية إيرلندية ناشطة في النقل بالسكك الحديدية، قامت خذه الأخيرة بتقديم طلب للولوج إلى ميناء "روسكووف" المتموقع في بريطانيا وفرنسا، حيث كانت هذه الشركة ترغب في إطلاق خدمة نقل بين إيرلندا وبريطانيا، بعد فترة من المفاوضات خلص الطرفين إلى اتفاق مبدئي

[219] OCDE, Glossaire d'Economie industrielle et droit de la concurrence, op.cit, p. 15

يمنح هذه الشركة حق الدخول إلى الميناء[220]، غير أنه بعد مدة قصيرة قررت مؤسسة ميناء "روسكووف" -والتي هيئة تابعة للملكة البريطانية- إلغاء هذه المفاوضات. أثناء فصلها في القضية اعتبرت اللجنة الأروبية أن هذا المنياء هو الوحيد حاليا الذي يُتيح عملية ما بين بريطانيا وإيرلندا[221]، ما يجعل من الرفض من طرف هيئة عمومية في مثل هذه الوضعية حاجزا قانونيا للالتحاق بالسوق خاصة إذا ما علمنا أن المؤسسة المينائية المخول له تسيير مرفق الميناء ليست منافس مباشر للشركة طالبة الدخول، حيث تقتصر مهمتها وفقط على تسيير المرفق وهو ما يُفهم من إشارة اللجنة إلى أن هذا الرفض من شأنه أن يعزز انفراد شركة "بال" بنشاط النقل بين ايرلندا وبريطانيا.

من بين أمثلة الحواجز القانونية للالتحاق بالسوق في مادة التسهيلات الأساسية رفض الحكومة الدانماركية تمكين شركة « Euro port A/S » من الدخول إلى ميناء "رودبي" وميناء « Puttgarden » وذلك من أجل ممارسة نشاط النقل البحري، وذلك لمرتين متتاليتين[222] حيث رفضت الحكومة الدانماركية في الطلب الاول تمكين شركة « Euro port A/S » من إنشاء ميناء بمحاذاة ميناء "رودبي" لترفض لها لاحقا طلبا ثانيا والذي موضوعه الالتحاق بميناء "رودبي" لممارسة نشاطها الاقتصادي، الشيء الذي يُشكل عائقا للدخول إلى السوق

---

[220] Décision de la commission européenne, du 16 mai 1995, relatives à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE IV/35- Irish Continental Groupe Contre CCI Morlaix, point 63

[221] Ibid., point 67

[222] Décision94/119/CE de la commission, du 21 décembre 1993, port de Rodby, JOCE n^0 L 55 Du 26 février 1994, point 14

في شكل إجراء عمومي وهي التسمية التي أطلقتها اللجنة الأروبية على هذا الإجراء من منطلق أنه صادر عن وزير النقل الدانماركي[223].

ب: عوائق الدخول الداخلية: التسهلية الأساسية عائق هيكلي واستراتيجي

أشرنا سابقا إلى أن استعمال عبارة عوائق الداخلية يجد مبرره في كون هذه العوائق غير خارجة عن نطاق المؤسسة بل ترتبط ارتباطا وثيقا بإرادتها، والتي تنقسم بدورها إلى عوائق الدخول الهيكلية (1) وعوائق الدخول استرتيجية(2)، وكلا الشكلين للإشارة ينسجمان مع مفهوم التسهيلة الأساسية.

1: عوائق الدخول الهيكلية

تتجلى عوائق الدخول الهيكلية في التكاليف الواجب انفاقها قبل وبعد الولوج إلى سوق النشاط والتي يبقى من غير ممكن استرجاعه، كما تتضمن هذه العوائق أفضلية الالتحاق السابق بالسوق على أساس أن من يلتحق بالسوق أولا سوف تتكون عنده أفضلية في السوق مقارنة بالمنافسين المحتملين على مستوى كل النواحي سواء من حيث اكتساب الخبرة والحصول على القوة السوقية، المعرفة الجيدة لسلوك المستهلك، السمعة في

[223] Décision94/119/CE de la commission, du 21 décembre 1993,Point 1

السوق[224]، وهذا نتيجة طبعا للفارق الزمني الكبير للالتحاق بالسوق بين المتعاملين السابقين والمتعاملين الجدد[225]

في هذا الشأن إذا ما حاولنا اسقاط مفهوم عوائق الدخول الهيكلية على التسهيلة الأساسية، نجد أن هذه الأخيرة تستجيب تمام الاستجابة لمواصفات هذا النوع من الحواجز، إذ أنه بالعودة إلى تعريف التسهيلة الأساسية بكونها وسيلة وحيدة لا غنى عنها للالتحاق بالسوق فهذا يعني بالنتيجة أنه يقع لزاما على المتعاملين الاقتصاديين الراغبين على الالتحاق بالسوق دفع تكلفة استغلال التسهيلة الأساسية والتي هي تكلفة ضرورية للولوج إلى سوق النشاط، الاكثر من ذلك، بالنظر إلى الطابع الوحدوي للتسهيلة الأساسية تكون تكلفة مرتفعة وهذا باعتبار سعي الحائز على التسهيلة الأساسية تحقيق الأرباح واسترداد رأس المال المستثمر في سبيل وضع هذه التسهيلة أو اختراعها دون إغفال التكاليف الأخرى التي يجب على المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق إنفاقها بحسب خصوصية كل تسهيلة من أجل الحفاظ على هذه الاخيرة وصيانتها ونقلها... والتي تُشكل تكاليف ضرورية لا يُمكن تداركها.

من أمثلة التكاليف التي قد يتحملها المتعاملون الجدد من أجل استغلال التسهيلة الأساسية لاسيما في مادة حقوق الملكية الفكرية ضرورة الاستعانة بمختصين وكفاءة عالية

---

[224] حساب محمد لمين، محتال فلة، درجة التركيز وحواجز الدخول كمحددات للقوة السوقية لمتعاملي الهاتف النقال في الجزائر، *مجلة أبحاث اقتصادية معاصرة*، العدد 01، جامعة الأغواط، سنة 2019، ص 167.

[225] المرجع نفسه، ص 167.

في مجال تشغيل التسهيلة وهو ما يُكلف دفع تكاليف إضافية في سبيل الحصول على هذه الكفاءة وهو ما يُشكل تكلفة لإضافية يصعب استردادها.

كل هذا يسمح للحائز على التسهيلة الأساسية من الحصول على نفس المزايا التي يتحصل عليها المتعاملون الاقتصاديون السباقون إلى السوق مثلما هو عليه الحال مع أفضلية الولوج المسبق إلى السوق وما يترتب عنه من مزايا أخرى على غرار اكتساب الخبرة، الانفراد بحصوص سوقية جد هامة، المعرفة بخبايا السوق، فأسبقية الحائز على التسهيلة الأساسية إلى السوق لاسيما من حيث الزمان تترتب عنها أفضلية لهذا المتعامل على حساب المتعاملين الجدد و/أو المحتملين يصعب-إن لم نقل- استحالة تداركها لاسميا على المدى القريب.

2: الحواجز الاستراتيجية

تهدف المؤسسات السباقة إلى السوق إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من الحصص السوقية بل الأكثر من ذلك الانفراد بوضعية الهيمنة أو ربما حتى وضعية احتكارية، وذلك باللجوء إلى جملة من السلوكات والتي تبقى الحواجز الاستراتيجية أحد أهم صورها. هذه الأخيرة يمكن تعريفها على أنها تلك العوائق التي يضعها المتعاملون الاقتصاديون السباقون إلى السوق والتي يكون الهدف من ورائها منع المنافسين المحتملين من الولوج إلى السوق وتأتي هذه الحواجز في صورة قرارات استراتيجية يتخذها الأعوان الاقتصاديون الناشطون

في السوق[226]. كما يُشار إلى هذه الحواجز على أنها ذلك السلوك الاستراتيجي الذي يبادر به المتعامل الموجود في وضعية الهيمنة والذي يهدف إلى إحباط عزيمة المنافسين المحتملين في الالتحاق بذات السوق[227]. ومن أمثلة حواجز الدخول إلى السوق في مادة التسهيلات الأساسية أن يقرر حائزها عدم تمكين سوى عدد حصري من المتعاملين من الولوج. وهو ما سيتم توضيحه حين الحديث عن صور رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية كسلوك تعسفي في وضعية الهيمنة.

من خلال ما ذكرناه يتجلى لنا بكل وضوح المكانة الجوهرية التي تحتلها التسهيلات الأساسية في مادة عوائق الدخول إلى السوق، حيث تنصهر على مستواها كل التعريفات المقدمة بشأن حواجز الدخول مهما اختلفت الزاوية التي يُنظر منها لتقديم مختلف هذه التعريفات، الأكثر من ذلك، لا يخلو شكل من أشكال حواجز الدخول من تصنيف التسهيلات الأساسية على مستواها.

في سياق اخر، تمتد حساسية التسهيلات الأساسية في السوق علاوة على اعتبارها عائق للدخول إلى السوق لتأخذ صفة أخرى وهي صفة العائق للخروج من السوق، إذ أنه بالعودة إلى تعريف هذه الأخيرة والتي تعني مجموعة العوامل والأسباب التي تلزم المؤسسة بالبقاء في السوق على الرغم من وضعيتها غير المريحة على مستواها[228]، حيث يجد هؤلاء

---

[226] بوعافية عادل، المرجع السابق، ص 324

[227] حساب محمد لمين، محتال فلة، المرجع السابق، ص 16

[228] بوعافية عادل، المرجع السابق، 326

المتعاملين الاقتصاديين أنفسهم مجبرين على الاستمرار في ذات النشاط بالرغم من أن شروط المنافسة غير محفزة على ذلك، ويعود سبب اتخاذ قرار البقاء غياب الحل البديل والتعويضات التي من الممكن دفعها في حال اتخاذ قرار بالسوف المغادرة.

إن المتمعن جيدا في حالة المتعاملين الاقتصاديين الملتحقين بالسوق عن طريق الولوج إلى التسهيلة الأساسية يسمح بالوصول إل نتيجة مفادها اعتبار هذه الأخيرة هي الأخرى عائق للخروج من السوق، إذ أن أسبقية الحائز على التسهيلة الأساسية وما يترتب عنه من مزايا مثلما تمت الإشارة إلى ذلك سابقا لاسيما فيما يتعلق بالأرباح بالنتيجة تجد المتعاملين الاقتصاديين الملتحقين جديدا بالسوق عن طريق استغلال هذه التسهيلة في وضعية غير مريحة في غالب الحالات لاسيما من ناحية الأرباح المحققة مقارنة بما كان يُتطلع إليه إلا أنهم يقررون الاستمرار في السوق، إذ أن غياب الحل البديل للتسهيلة التي سمحت لهم بالالتحاق بالسوق وكذا وجود ربما تعويضات كبيرة تُقدم للحائز على التسهيلة في حالة المغادرة قبل انقضاء مدة العقد، كلها عوامل تجعلهم يتراجعون عن قرار المغادرة، ما يجعل من التسهيلة الأساسية عائق للخروج بامتياز مثلما كان عليه مع عوائق الخروج.

الفرع الثاني: تأثير أساسية التسهيلة على عدد الأسواق: ثنائية السوق

في سياق أخر، فرضت الرغبة في التقدير الدقيق لأساسية التسهيلة موضوع طلب الدخول، إعادة النظر في عد الأسواق التي ينبغي البحث عنها في هذا الشأن لتصبح سوقين، وهما سوق التسهيلة وسوق النشاط، إنها حقيقة إبداع وجرأة في اتخاذ القرار في إطار قانون

المنافسة. . في هذا الصدد نجد أن ثنائية السوق في إطار القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية معبر عنه بصريح العبارة في الاجتهاد القضائي المقارن، ونخص بالذكر الاجتهاد القضائي الأوروبي،(**أولا**)، غير أنه وبمقابل ذلك، قد يحدث أن تكون التسهيلة التي يُفترض فيها الطابع الأساسي غير خاضعة للتسويق، ما يجعل التساؤل قائم عن مدى صحة الحديث عن ثنائية السوق في مثل هذه الظروف(**ثانيا**).

أولا : تكريس ثنائية السوق المرجعية في الاجتهادات القضائية

يُقصد بثنائية السوق المرجعية في إطار البحث عن الطابع الأساسي للتسهيلة موضوع طلب الدخول، أنه يقع لزاما على الهيئات المكلفة باتخاذ القرار التأكد أولا بأن التسهيلة موضوع النزاع تشكل سوقا قائما بذاتها، ثم تحديد السوق التي سوف تُستعمل فيها هذه التسهيلة لممارسة النشاط الاقتصادي

لقد تعددت القضايا على المستوى الأروبي التي أشارت إلى ثنائية السوق في القضايا المرتبطة بالتسهيلات الأساسية. إن أول قضية تم الإشارة فيها إلى ثنائية السوق هي قضية "Commercial Solvents"، والمتعلقة بمطالبة الشركة الايطالية "زوجا"، من الشركة الأولى تمويلها بمادة "aminobutanol" والتي تُعتبر ضرورية لإنتاج مادة "Ethambutol"، والتي تُعتبر مضادا حيويا لداء السل الرئوي، حيث ميزت اللجنة الأوروبية في هذه القضية بين سوقين، وهما سوق المواد الأولية لإنتاج مضاد حيوي ضد السل وهي سوق "aminobutanol" والتي تعتبر سوق التسهيلة، والسوق التي تمارس فيها شركة "زوجا"

نشاطها ألا وهي سوق المضادات الحيوية لداء السل والتي نجد من بينها المضاد الحيوي "Ethambutol"، حيث أكدت اللجنة أنه :"خلافا لحجج الأطراف، يمكن التمييز بين سوق المواد الأولية الضرورية للحصول على منتوج معين، والسوق التي يُباع على مستواها هذا المنتوج"[229]. كما لم تتوانى اللجنة الأوروبية في التأكيد على ثنائية السوق في القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية، وهذه المرة في قضية "CBEM" المتعلقة بالبث الإذاعي التلفزي، حيث ميزت اللجنة بين سوق البث الإذاعي التلفزي باعتبارها سوق التسهيلة والذي سمته اللجنة سوق خدمة ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي، وسوق التسويق التلفزي باعتبارها سوق النشاط[230]. في قضية "HUGIN" تميز اللجنة الأوروبية مرة أخرى بين سوق التسهيلة وسوق النشاط، فبعد أن استعرضت مميزات ماكينات تسجيل المدفوعات النقدية التي تنتجها هذه الشركة، أكدت في هذا الشأن أنه لا مجال للشك في وجود سوق لتنظيف وإصلاح هذه الماكينات(سوق النشاط)، والتي تختلف و تتميز عن سوق هذه الماكينات(سوق التسهيلة)[231]. في قضية "OSCAR BRONNER" المتعلقة بمدى اعتبار أنظمة تسليم الصحف على مستوى الإقامة تسهيلة أساسية، قضت اللجنة الأوروبية على أنه يقع لزاما على الهيئة القضائية الوطنية البحث عما كان هذا النوع من

---

[229] CJCE, 6 mars, Instito Chemioterapico Italiano SPA et Commercial Solvents Corporation c/Commission, 6-7/73, Points 19 et 22, eur-lex.europa.eu

[230] CJCE, 3 octobre 1985, SA Centre belge d'études de marché- télémarketing (CBEM) c/ SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information Publicité Benelux (IPB), 311/8, point 26, eur-lex.europa.eu

[231] CJCE, 31 mai 1979, Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd c/Commission, 22/78, Points 6 et 8, eur-lex.europa.eu

أنظمة التسليم (سوق التسهيلة) تشكل قائمة بذاتها أم أن هنالك أنظمة أخرى بديلة لها مدمجة في نفس السوق، وأن هذه السوق تتميز عن سوق إنتاج الصحف باعتبارها سوق النشاط.[232]

ثانيا: مدى صحة الحديث عن ثنائية السوق: حالة عدم تسويق التسهيلة

تثير ثنائية السوق المرجعية في بعض القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية إشكالا جوهريان يبرز في أنه قد تكون التسهيلة موضوع طلب الدخول ليست موضوع طلب تسويق، فكيف يُمكن اعتبار منتوج أو خدمة معينة غير مُسوّقة سوق قائمة بذاتها؟ وبعبارة أخرى، هل يمكن اعتبار التسهيلة الأساسية في حالة عدم تسويقها سوق قائمة بذاتها؟

في هذا الشأن، لم تتوان المحكمة الأوروبية في التدخل وحسم المسألة بصريح العبارة، حيث أكدت أن عدم تسويق التسهيلة الأساسية لا ينفي ثنائية السوق في القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية، ما يعني أن خضوع هذه الاخيرة للتسويق لا يُعتبر شرطا جوهريا للتميز بين سوق التسهيلة وسوق النشاط. لتجاوز هذه الإشكال، نجد المحكمة الأوربية قد أبدعت في الحل المقترح، وذلك بالاستعانة بمصطلح السوق المحتملة أو الإفتراضية، حيث أكدت هذه الهيئة في أحد القاضايا المتعلقة بتسهيلة أساسية ليست موضوع تسويق أنه يكفي للقول بوجود سوق أن تكون هذه الأخيرة محتملة أو افتراضية بشرط أن تكون هذه المنتوجات أو الخدمات ضرورية ولا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي وأن يوجد بشأنها

[232] CJCE, Oscar Bronner c/ Mediaprint, C-7/97, points 35 et 41, eur-lex.europa.eu

طلب فعلي من جانب المؤسسات التي تزمع ممارسة النشاط الاقتصادي والتي تعتبر هذه المنتوجات أو الخدمات ضرورية لذلك[233].

في هذا الشأن، نقول أنه بالرغم من جرأة قرار المحكمة إلا أنه يبقى قرار فيه نظر، فمن وجهة نظرنا نعتبر أنه يكفي اشتراط أن تكون المنتوجات أو الخدمات المعنية ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي، للقول عن هذه الأخيرة تشكل سوقا قائمة بذاتها، وهذه باعتبار أن ضروريتها لممارسة النشاط الاقتصادي سوف يترتب عنه بكل منطقية وجود طلب فعلي لها من المؤسسات التي ترغب في ممارسة النشاط الاقتصادي والتي تعتبر هذه المنتوجات أو الخدمات ضرورية للالتحاق بالسوق.

[233] CJCE, IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG, C-418/01, Point 44, eur-lex.europa.eu

الباب الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية

بعد التأكد من الطابع الأساسي للعنصر المعني بالفحص في ذلك الحين وفقط يمكن للهيئات المكلفة بالمنافسة الانتقال إلى المرحلة الثانية والمتعلقة بتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية. ما ينبغي التنويه إليه في هذا الصدد هو أن التأكد من الطابع الأساسي للعنصر المعني بالفحص لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية، إذ أن العلاقة التلازمية المشار إليها سابقا بين مرحلة فحص أساسية التسهيلة ومرحلة تفعيل نظرية التسهيلة الأساسية هو وفقط شرط جوهري للبحث عن تفعيل النظرية دون أن يستلزم ذلك تطبيقها.

في هذا السياق يُعتبر قرار أو حكم تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية من عدمه قرار حاسما و مصيريا على مستقبل المنافسة في السوق وحقوق المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة على حد سواء، سواء كان ذلك بالإيجاب أو بالسلب. فالايجابية الخاطئة -والتي تعني تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية بالرغم من أن ظروف الحال تقتضي خلاف ذلك وبالنتيجة إدانة المتعامل الاقتصادي الحائز على التهسيلة الأساسية دون وجه حق- والسلبية الحقيقية- والتي تُشير إلى استيعاد تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية وبالتالي عدم تمكين المتعاملين الاقتصاديين من الدخول بالرغم من أن ظروف الحال تستدعي تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية وتبرئة الحائز على التسهيلة بالرغم من ارتكابه لسلوك يقتضي الإدانة- هي فرضيات لا يمكن استبعادها.

في هذا السياق، إن تفادي مثل هذه المخاطر يقتضي الكفاءة والدقة في عملية البحث عن تفعيل النظرية، هذه الأخيرة لا يُتصور تطبيقها خارج نطاق ارتكاب الممارسات المنافية للمنافسة لاسيما التعسف في وضعية الهيمنة، من ذلك، لا يُمكن الحديث عن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية دون ارتكاب السلوك المادي للممارسة والمتمثل في رفض التمكين من الدخول مع ضرورة تحقق الأثر السلبي لذلك (الفصل الأول)، بمقابل ذلك، متى تبين للهيئات المكلفة بالمنافسة توفر شروط تطبيق النظرية تنتقل هذه الأخيرة إلى مرحلة أخرى تبحث فيها عن المنهج والوسيلة المناسبة للنطق بالتمكين من الدخول. هذه الوسائل لا تخرج عن نطاق احد صور الضبط، سواء كان ذلك ضبط سابقا، أو ضبط لاحقا(الفصل الثاني).

الفصل الأول: رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية: ممارسة مقيدة للمنافسة

إن حيازة تسهيلة أساسية يُعتبر حقا مشروعا من وجهة نظر قانون المنافسة، لاسيما، إن كانت هذه الأخيرة(الحيازة) نتيجة لمجهود اقتصادي ومالي وبشري وكذا هيكلي للعون الاقتصادي المعني لاسيما تلك التي تنفرد بطابع الابتكار والاختراع.

فقانون المنافسة لا يمنع ولا يحظر الانفراد بملكية حقوق ذات خصوصية معينة، كما أنه لا يمنع استعمال هذه الحقوق طالما بقي ذلك في إطاره المشروع، بل الأكثر من ذلك، قانون المنافسة في حد ذاته يُحفز على الابتكار والاختراع وحيازة مثل هذه الحقوق، مادام غايتها في النهاية هي تحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلك، وهو الشيء الذي أشارت إليه المادة الأولى من الأمر المتعلق بالمنافسة.

بمقابل ذلك، نلمس العديد من المؤشرات القوية التي ترفع من إمكانية ارتكاب ممارسة مقيدة للمنافسة عن طريق استعمال التسهيلات الأساسية. فالطابع الوحدوي لهذه الأخيرة على النحو الذي يجعل منها ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي، ما يجعل باقي المتعاملين الاقتصاديين في حاجة مستمرة لها للالتحاق بالسوق و/أو للبقاء فيها من جهة، وبالنظر إلى اجتماع مواصفات عائق الدخول إلى السوق فيها من جهة أخرى، قد يجعل منها وسيلة يستغلها حائزها لتشوية المنافسة أو إعاقتها أو القضاء عليها تماما في السوق، خاصة وأن هذه التسهيلة تجعله ينفرد بوضعية احتكار على مستوى هذه الأخيرة.

غير إن إضفاء الطابع المنافي للمنافسة على سلوك الحائز على التسهيلة الأساسية في مواجهة باقي المتعاملين الاقتصاديين يقتضي التحقق فعلا من ارتكاب الحائز على التسهيلة الأساسية للسلوك المادي الذي يستدعي الإدانة والذي يتجلى في رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية و/أو الحصول عليها والذي يمكن وصفه بالحجر الأساس في تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية، اللاحقة في تفعيل النظرية التسهيلة الأساسية، غير أن إدانة هذا السلوك لا يُمكن أن يحدث إلا بتحقق الأثر السلبي لهذا السلوك والذي يبرز في المساس بالمنافسة في مفهوم استثنائي غير ذلك المعهود عليه في متابعة الممارسات المنافية للمنافسة، وهذا من منطلق ارتباطه بمفهوم جد مميز في المادة التنافسية ألا وهو مصطلح التسهيلات الأساسية(المبحث الأول)، بمقابل ذلك، تتجلى خطورة رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية في تعدد الأشكال التي يمكن من خلالها للحائز على التسهيلة التهرب من السماح للمتعاملين الجدد و/أو المحتملين من الحصول على استغلال التسهيلة الأساسية للاستمرار في سوق النشاط أو الالتحاق بها على التوالي، حيث تتجلى هذه الخطورة على وجه الخصوص بصعوبة تقدير إتيان هذه الصور من الهيئات المكلفة بالمنافسة نظرا لطابعها التقني والاقتصادي. في هذا الشأن تندرج هذه الأشكال والصور ضمن ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة والتي ترتبط في غالبيتها بالأسعار سواء على مستوى سوق التسهيلة والتي تأخذ صورة الأسعار التعسفية أو على مستوى سوق النشاط بهدف الإقصاء من سوق التسهيلة، حيث تبرز هذه الصورة في هذا الصدد في ممارسة الأسعار القاتلة(المبحث ثاني)

المبحث الأول: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: بين ضرورة إتيان السلوك المادي وتحقق الأثر السلبي

كما تمت الإشارة إليه اعلاه، يتجلى التأثير السلبي للتسهيلات الأساسية على المنافسة الحرة في السوق من عدة جوانب، ونخص بالذكر، أنها تُعتبر بمثابة عائق حقيقي للالتحاق بهذه الأخيرة ، بل الأكثر من ذلك، فهي تُعتبر سوقا قائمة بذاتها.

في هذا السياق يندرج تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية ضمن الأدوات الجوهرية ، التي لابد من الهيئات المكلفة بالمنافسة اللجوء إليها من أجل خلق وضمان استمرار المنافسة النزيهة في السوق لاسيما، عن طريق تمكين أكبر قدر ممكن من المتعاملين الاقتصاديين من الالتحاق بالسوق، والذين يشكلون ضغطا تنافسيا إيجابيا على الحائز على التسهيلة.

بمقابل ذلك، فإن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية ليس بالسهولة التي يتصورها البعض، فقرار إدانة رفض التمكين من الدخول من عدمه وما يترتب عنه من تبعات لاسيما التمكين من الدخول في حالة الإدانة أو نقيض ذلك في الحالة العكسية، يُعتبر قرار مصيريا من منطلق أنه سوف يؤثر بشكل مباشر وجوهري على الوضعية التنافسية السوق. من ذلك تكمن خطورة التسهيلات الأساسية -بالنظر لكونها عائق للدخول إلى السوق وبالنظر إلى الوضعية المميزة التي تمنحها لصاحبها- في أنها قد تؤدي إلى القضاء التام على المنافسة في السوق واختفاءها تماما، إذ أن أي سوء تقدير من الهيئة المكلفة بالمنافسة قد يؤدي بها إلى اتخاذ قرار غير صائب قد يحول دون التحاق المتعاملين الاقتصاديين الجدد

بالسوق، ما يُفضي إلى المساهمة بشكل مباشر إلى الحيلولة دون وجود منافسة في السوق، هذا من جانب.

من جانب اخر، قد يؤدي أي سوء تقدير لظروف القضية ولشروط تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية، إلى المساس بحقوق المتعامل الاقتصادي الذي يُفترض فيه حيازته على تسهيلة أساسية لاسيما حق الملكية. كل هذه المعطيات تصَعب من مسألة تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية.

في هذا الصدد يمر تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية كما تمت الإشارة إلى ذلك أعلاه بضرورة إتيان السلوك المادي الذي يقتضي الإدانة والذي يمكن ترجمته كما قلنا برفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية. في هذا الصدد، رغبة في تفادي أي سوء تقدير لمتابعة الممارسة المترتبة عن إتيان سلوك الرفض في إطار تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية لابد من محاولة التأطير الدقيق لهذا المفهوم وإزالة الغموض عن مختلف العناصر المتعلقة على النحو الذي قد يساعد الهيئات المكلفة بالمنافسة على الدخل الفعال في تفعيل هذه النظرية(مطلب أول)، غير أن تحقق السلوك المادي لوحده لا يسمح للهيئات المكلفة بالمنافسة بالنطق بالإدانة بل لابد علاوة عل ذلك ضرورة تحقق الأثار السلبية لهذا السلوك، والذي يمكن التعبير عنه بعبارة المساس بالسوق، والذي كما قلنا يُشكل علامة خصوصية في إطار التسهيلات الأساسية مقارنة بما هو عليه الحال مع هذا المفهوم في الممارسات المنافية للمنافسة الكلاسيكية(مطلب ثاني).

المطلب الأول: سلوك رفض التمكين من الدخول: مفهوم بحاجة إلى تأطير

إن حيازة متعامل اقتصادي لتسهيلة أساسية، أو منح هذا الأخير امتياز استغلالها قد يدفع به إلى استغلالها بسوء نية بهدف الحصول على قوة في السوق و/ أو تعزيزها، فأنانية العون الاقتصادي قد تجعله يلجأ إلى سلوكات منافية للمنافسة بغرض الانفراد بالسوق.

يُعتبر سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية العنصر الجوهري في إدانة صاحبها من عدمه، فبوجود هذا السلوك نستمر في البحث عن الشروط الأخرى للقول بوجود ممارسة منافية للمنافسة من عدم وجودها، إذ أنه لا مجال للحديث عن وجود نية للقضاء على المنافسة دون صدور أي سلوك رفض من الحائز على التسهيلة الأساسية.(فرع أول)

بمقابل ذلك، يرتبط هذا المفهوم بجملة من العناصر المرتبطة ارتباطا وثيقا به والتي لابد من تسليط الضوء عليها وإزالة الغموض الذي يحوم بشأن مسألة اعتبارها شروط ضرورية للقول بتحقق سلوك الرفض من عدمه(فرع ثاني)

الفرع الأول: سلوك رفض التمكين من الدخول: بين الرفض الإيجابي والرفض السلبي

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية يرتبط ارتباطا وثيقا بوجود نزاع بين المتعامل الاقتصادي طالب الدخول إلى التسهيلة الأساسية وحائزها، في هذا الشأن، يُعتبر سلوك الرفض الصادر عن صاحب التسهيلة الأساسية السبب الرئيسي لهذا النزاع.

في هذا السياق، بالعودة إلى اجتهادات الهيئات المكلفة بالمنافسة وكذا الاراء الفقهية في مادة التسهيلات الأساسية، نجد أن هنالك اتفاق وإجماع على وجود نوعين لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية، رفض مباشر ورفض غير مباشر[235]، أو كما يسميه البعض بالرفض الصريح والرفض الضمني[236]، في حين نميل إلى تسميته بالرفض الإيجابي(أولا) والرفض السلبي.(ثانيا)

أولا: الرفض الإيجابي للتمكين من الدخول

إن سلوك الرفض الإيجابي أو الصريح هو الفرضية الأكثر بساطة على حد تعبير للجنة الأوروبية [237] في الإفصاح أو التعبيير عن سلوك الرفض، وذلك بأن يمتنع الحائز على التسهيلة الأساسية عن الاستجابة لطلب الدخول بصريح العبارة، باستعمال عبارات دالة على ذلك. في هذا السياق عبر الأستاذ BAZEX Michel عن هذا النوع من الرفض بالقول:" نكون أمام رفض مباشر حينما تُعارض المؤسسة الحائزة على التسهيلة الأساسية استعمالها من طرف الغير"[238]. ولعل أفضل مثال عن ذلك قضية "ماجييل"، حيث أنه دون الخوض

---

[235]BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *op.cit*, p. 40.

[236] DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles... op.cit*, p. 44.

[237] Décision 2001/892/CE de la Commission du 25 juillet 2001, (COMP/C-1/36.915-Deutsche Post AG/Interception de courrier transfrontière), JOCE n^0 L 331 du 15 décembre 2001, Point 141.

[238]BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *op.cit*, p. 40.

في وقائع هذه القضية المُشار إليها سابقا[239]، لم يكن خلال فترة حدوث هذه الوقائع أي دليل أسبوعي يشمل جميع البرامج التلفزيونية الإيرلندية، إذ تتولى كل قناة نشر وفقط دليل خاص ببرامجها دون نشر برنامج القنوات الأخرى. فقررت شركة "ماجييل" ابتكار دليل أسبوعي يشمل جميع برامج القنوات التلفزيونية، غير أن تجسيد هذا المشروع يتوقف على حصولها على دليل كل قناة من القنوات المعنية بهذا المشروع، ما دفع بها إلى تقديم طلب لهذه القنوات، والذي قُوبل بالرفض الصريح من طرف هذه الأخيرة،، بل الأكثر من ذلك، حصلت هذه القنوات المعنية من القاضي الإيرلندي على قرار منع نشر الدليل الجديد تحت ذريعة مساسه بحقوق المؤلف[240].

ثانيا: الرفض السلبي للتمكين من الدخول

إضافة إلى الرفض الإيجابي للتمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية، نجد صورة أخرى للرفض ألا وهي الرفض السلبي، والذي يُعتبر الشكل الأكثر شيوعا لمحاولة عدم التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية. هذا النوع من الرفض يُمكن تعريفه على أنه ذلك الرفض الذي لا يُترجم بأجوبة واضحة من الحائز على التسهيلات الأساسية، غير أنه وبمقابل ذلك يتخذ سلوكات وممارسات توحي إلى امتناعه عن التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية المعنية.

[239] CJCE , 6 avril 1995, RTE et ITP c/ Commission, C-241 et 242/91.

[240] Ibid, Points, 26, 27, 28.

في هذا الإطار، يُعرَف الأستاذ BAZEX Michel هذا النوع من الرفض بالقول بأن الرفض غير المباشر هو الرفض الذي يلجأ إليه فيه الحائز على التسهيلة الأساسية إلى فرض شروط استعمال والتي من شأنها أن تستبعد طلبات الغير[241] وكأن صاحب التسهيلة المعنية بالدخول يتخذ موقفين متناقضين، موقف واضح وموقف خفي، ففي الموقف الواضح يبدو المتعامل الاقتصادي صاحب التسهيلة الأساسية مستعد وقابل لفكرة التمكين من الدخول إلى تسهيلته الأساسية، هذا الموقف الظاهر يخفي موقفا خفيا مناقض له تماما، والذي يتمثل في عدم وجود أية رغبة للتمكين من الدخول، والذي يحاول التعبير عنه بإجراءات معقدة أو تدليسية قد تؤزم من وضعية العون الاقتصادي الراغب في الالتحاق بالسوق عن طريق استعمال التسهيلة المعنية، وكمثال عن ذلك تثاقل صاحب التسهيلة الأساسية في الاستجابة لطلب الدخول، وهو ما سيرد ذكره بالتفصيل حين الخوض في صور رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية.

في سياق اخر إذا كانت صور رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية تلقى الإجماع الاتفاق، فإن الأمر ليس كذلك جملة من العناصر الأخرى المتعلقة بسلوك الرفض والتي ذهب بعض إلى اعتبارها شروط لتحقق سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية، ما يقتضي الخوض فيها للتأكيد على مسألة استبعادها من شروط تحقق سلوك الرفض.

[241] BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *op.cit,* p. 40.

الفرع الثاني: استبعاد بعض العناصر من شروط رفض التمكين من الدخول

تتعلق هذه العناصر على وجه الخصوص بمسألة البحث عن صحة اعتبار ضرورة تواجد الحائز على التسهيلة الأساسية في نفس سوق النشاط مع المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول(أولا) ثم الخوض بعد ذلك بعنصر لا يقل أهمية عن هذا العنصر، ويتعلق الامر هنا، باستبعاد الفكرة القائلة بضرورة النظر ما إذا كان رفض التمكين من الدخول قد تم لأول مرة أم أنه قد تم التمكين من الدخول سابقا(ثانيا)

أولا: مسألة التواجد في نفس سوق النشاط للحائز على التسهيلة: شرط مردود

تطرح مسألة تواجد الحائز على التسهيلة الأساسية في منافسة مباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول إلى هذه الأخيرة إشكالا حقيقيا للقول باكتمال شرط وجود الرفض من عدمه، بمعنى أخر، هل يُشترط ممارسة الحائز على التسهيلة الأساسية لنفس نشاط طالب الدخول إليها للقول بوجود رفض للدخول إلى التسهيلة المعنية؟

ذهب جانب من الفقه في مادة التسهيلات الأساسية إلى اعتبار تواجد صاحب التسهيلة الأساسية في نفس سوق النشاط مع المتعاملين طالبي الدخول شرط ضروري للقول باكتمال شرط رفض الدخول، في هذا الصدد اتجه الفقيه, TEMPLE LONG John إلى القول: " إذا كانت المؤسسة المهيمنة غير متواجدة في نفس سوق النشاط التي يكون الدخول إليها بحاجة إلى التسهيلة التي يُفترض فيها أساسيتها، يسقط تطبيق نظرية التسهيلات

الأساسية"[242]. فهو بهذا المعنى لا يعتبر شرط تواجد الحائز على التسهيلة الأساسية في منافسة مباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول عنصر ضروري لتحقق شرط رفض الدخول، بل الأكثر من ذلك اعتبره شرط قائم ومستقل بذاته لتطبيق نظرية التسهيلات الأساسية، فمن وجهة نظره، تواجد المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية في نفس سوق النشاط لا يندرج ضمن تفاصيل شرط رفض الدخول، وإنما هو شرط أساسي مثله مثل هذا الأخير في البحث عن تظافر شروط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية.

بمقابل ذلك، ذهب جانب أخر من الفقه إلى القول بخلاف ذلك، وعلى رأسهم الأستاذ BAZEX Michel، والذي عبَر في هذا الشأن بالقول:" إنه من المنطقي جدا أن يكون الحائز على التسهيلة الأساسية منافسا للمؤسسات على الأسواق المعنية"[243]، ليُضيف بعد ذلك، "..غير أنه يحدث وأن تعتبر الهيئات المكلفة بالمنافسة أن الحائز على التسهيلة الأساسية ليس منافسا للمؤسسات لا يمنع من اللجوء إلى النظرية". في هذا الصدد، إن تحليل هذا التوجه الفقهي يجعلنا نقول أنه لا يعتبر تواجد المؤسسة الحائزة على التسهيلة الأساسية في منافسة مع المؤسسات المعنية بطلب الدخول شرط لتطبيق نظرية التسهيلات الأساسية، ولا عنصر أساسي لاكتمال شرط رفض الدخول، بل كل ما في الأمر أنه اعتبر المسألة

[242] TEMPLE Long, " The principle of essntial facility in European community competition law- The position since Bronner", *Journal of Network Industries*, 2000, p 385

[243] BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *op.cit*, p. 40.

منطقية، منطقية من وجهة نظر اقتصادية على وجه الخصوص، إذ أنه حينما يطلب عون اقتصادي من عون اقتصادي اخر تسهيلة أساسية لممارسة نشاط اقتصادي معين، فإن أول ما يتبادر إلى الذهن هو أن صاحب التسهيلة الأساسية يمارس هو الاخر نفس النشاط. فالتوجه المنطقي أن نفس التسهيلة الأساسية يكون استعمالها لممارسة نفس النشاط الاقتصادي، الأكثر من ذلك، هذا الاتجاه الفقهي أقر بطريقة غير مباشرة بعدم وجود أي ضرورة لتواجد الحائز على التسهيلة في نفس السوق لتطبيق النظرية، بمعنى اخر، فهو يميل إلى القول بتطبيق نظرية التسهيلات اساسية حتى في غياب علاقة منافسة بين حائزها وطالب الدخول إليها، غير أنه بمقابل ذلك، ربط كل هذه المعطيات بالسلطة التقديرية للهيئات المكلفة بالمنافسة.

إضافة إلى هذا الاتجاه الفقهي الذي لا يرى بضرورة وجود منافسة مباشرة بين المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة والمتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول كعنصر أساسي للقول باكتمال سلوك الرفض أو لتطبيق النظرية مثلما هو عليه الحال مع الموقف الفقهي أعلاه، نجد كذلك العديد من الاجتهادات من الهيئات المكلفة بالمنافسة مادة التسهيلات الأساسية والتي تستبعد بصريح العبارة عنصر ضرورة تواجد العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة في نفس سوق النشاط مع طالبي الدخول كعنصر أساسي للقول بتحقق شرط رفض الدخول أو كشرط لتفعيل النظرية. نتيجة لذلك، لم تتردد هذه الهيئات في تفعيل هذه النظرية بالرغم من وجود الحائز على التسهيلة الأساسية وطالبي الدخول في سوقين مختلفين.

في هذا الصدد، يُشكل القرار الذي أصدره مجلس المنافسة الفرنسي في 12 جانفي 1999 والمتعلق بطلب إجراءات تحفظية مقدم من طرف شركة NC numericabl [244] من القرارات الصادرة في مادة المنافسة التي تستبعد بصريح العبارة شرط تواجد الحائز على التسهيلة الأساسية في منافسة مع العون الاقتصادي طالب الدخول إلى هذه الأخيرة. ففي قضية الحال –والتي تتعلق بنزاع بين شركة NC Numericable وشركة France Telecom- تحججت هذه الأخيرة بهدف استبعاد تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية بعدم وجودها في منافسة مع الشركة الأولى، حيث أشارت هذه الأخيرة في دفاعها أمام مجلس المنافسة أن طلب شركة NC Numericable من المجلس تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية غير مؤسس، فمن منطلق أنها ملكة للشبكة وأن شركة NC Numericable هي المستغل التجاري المختار من طرف الجماعة المحلية فإن ذلك ينفي تواجدهما في نفس السوق[245].

غير أن هذا المبرر كان محل رفض من مجلس المنافسة الفرنسي، الذي اعتبر أن عدم تواجد الشركتين في منافسة مباشرة لا يُؤخذ بعين الاعتبار لتقدير ما إذا كان الدخول إلى

---

[244] Cons. Conc, Déc, n^0 99-MC-01, 12 janvier 1999, Relative à une demande de mesures conservatoires presentees par la societe NC Numericable, Disponible sur : www.autoritedelaconcurrence.fr

[245]« Considérant, en outre, que France Télécom fait valoir que NC NumériCâble ferait une application totalement erronée de la " théorie des facilités essentielles " telle que développée par les autorités françaises et communautaires ; qu'en effet, d'une part, France Télécom ne concurrence nullement NC NumériCâble sur le marché, la première étant le propriétaire du réseau, la seconde l'exploitant commercial choisi par un concédant qui est la collectivité locale… », Cons. Conc, Déc, n^0 99-MC-01, 12 janvier 1999, p 5.

المنشأة المحوزة من طرف شركة France Telecom أساسي لشركة NC Numericable لممارسة نشاطها الاقتصادي[246].

توجَهٌ تم إقراره من طرف محكمة أول درجة التابعة للاتحاد الأوروبي في قضية مطار باريس. ففي قضية الحال، احتجت شركة AFS المختصة في مجال خدمات التوقف على التكلفة التي فرضتها "مؤسسة مطار باريس" والتي هي مؤسسة عمومية تتولى استغلال مطارات "أورلي"، حيث استدلت شركة AFS بأن المقابل المالي المفروض عليها جاء مرتفعا مقارنة بالمقابل المالي الذي تدفعه شركة Orly Air traiteur، والتي هي شركة تابعة للطيران الفرنسي، والتي تُعتبر في نفس الوقت منافسة لشركة AFS.

على ضوء المعطيات المشار إليها أعلاه، يتضح لنا جليا أن "مؤسسة مطار باريس" يتولى وفقط تسيير المنشآت المطارية الأساسية لممارسة نشاط خدمات المساعدة عند التوقف دون أن يكون ممارسا لهذا النشاط، ما يعني انتفاء أية علاقة تنافسية مع شركة AFS.

حين نظرها في النزاع، أكدت محكمة الدرجة الأولى للاتحادية الأوروبية بصريح العبارة، أن عدم تواجد المؤسسة العمومية "مطار باريس" في نفس سوق النشاط مع شركة AFS لا يُشكل عائقا أمام تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية، حيث أقرت في هذا الصدد:"...

[246] Considérant, en troisième lieu, que la circonstance que France Télécom ne serait pas concurrente de NC NumériCâble sur le marché de l'exploitation commerciale des sites concernés n'a pas à être prise en considération pour déterminer si l'accès à l'infrastructure possédée par France Télécom sur ces sites est essentiel pour que NC NumériCâble puisse les exploiter, op.cit, p. 6

بمقابل ذلك، حينما تكون المؤسسة المستفيدة من الخدمة متموقعة في سوق مختلفة عن تلك التي يتواجد عليها مقدم الخدمة، فإن شروط تطبيق المادة 86 من الميثاق تكون مكتملة بمجرد أن يكون المستفيد -وبالنظر إلى وضعية الهيمنة التي يوجد فيها مقدم الخدمة- في وضعية تبعية اقتصادية لهذا الأخير، دون أن يكون من الضروري أن يتواجدوا في نفس السوق. إذ يكفي أن تكون الخدمة المقترحة من العارض ضرورية للمستفيد لممارسة النشاط الخاص به"[247]

في سياق الحديث عن عنصر مدى ضرورية تواجد العون الاقتصادي صاحب التسهيلة الأساسية في نفس السوق مع الأعوان الاقتصاديين طالبي الدخول لاكتمال شرط رفض التمكين من الدخول، نقول أن التعمق جيدا في هذا العنصر قد يُفضي إلى عدة نتائج سلبية في السوق . في هذا الصدد عبر أحد الكتاب عن أحد الاثار السلبية لمثل هذه الاشتراط بالقول إلى أنه يؤدي إل كثرة استبعاد تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية بمجرد

[247] En l'espèce, même si le comportement d'ADP sanctionné dans la décision attaquée, à savoir l'application de redevances discriminatoires, a des effets sur lemarché des services d'assistance en escale et, indirectement, sur celui des transports aériens, il n'en demeure pas moins qu'il se situe sur le marché de la gestion des aéroports où ADP se trouve en position dominante. Par ailleurs ,lorsque l'entreprise bénéficiaire du service se situe sur un marché distinct de celui sur lequel est présent l'offreur de service, les conditions d'applicabilité de l'article 86 du traité sont remplies dès lors que la bénéficiaire se trouve, du fait de la position dominante occupée par l'offreur, dans une situation de dépendance économique par rapport à celui-ci, sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient présents sur le même marché. Il suffit que la prestation proposée par l'offreur soit nécessaire à l'exercice, par la bénéficiaire, de sa propre activité, TPICE, 12 décembre 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, T-128/98. Point 165.

أن يتبين أن المنتوج أو الخدمة الذي أو التي يرغب العون الاقتصادي في تسويقه جديد أو غير متبادل مع ذلك الذي يسوقه الحائز على التسهيلة[248]، فهو يؤدي بهذا المعنى إلى التضييق من اللجوء إلى تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية لمبررات بعيدة من أن تكون موضوعية ومنطقية.

إن مثل هذا الطرح والتوجه تعززه قضية "ماجيل". ففي قضية الحال طلبت شركة "ماجييل" الولوج إلى شبكات برامج مختلف القنوات بهدف تسويق دليل أسبوعي يحتوي على برامج مختلف هذه القنوات. ما ينبغي التنويه إليه في هذا السياق، هو انعدام هذا النوع من الدليل الأسبوعي خلال هذه الفترة في إيرلندا، بل أن كل ما كان موجودا هو دليل خاص بكل قناة على حدة، أيأن كل قناة لها دليل خاص يتضمن وفقط البرامج المعروضة على هاته القناة دون باقي القنوات، ما يعني الدليل الذي ترغب شركة "ماجييل" يشكل إبداعا في هذا المجال، الشيء الذي يُضفي عليه بالنتيجة طابع الجدَة ، حيث قدمت شركة "ماجيل"[249] منتوج جديد مختلف تماما عن المنتوجات المتوفرة في السوق بخصوصيات ومواصفات تنفي إمكانية القول بانتمائه إلى نفس سوق باقي الدلائل البرامجية التي تحوزها باقي القنوات. بهذا المنطق، لو أقرَينا بضرورة تواجد المؤسسة صاحبة التسهيلة الأساسية في نفس سوق نشاط المؤسسات طالبة الدخول للقول لاكتمال شرط رفض التمكين من

[248] DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles... op.cit*, p. 331

[249] CJCE , 6 avril 1995, RTE et ITP c/ Commission, *op.cit.*

الدخول، لأدى ذلك إلى استبعاد تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية ولكان مآل هذا الدليل الأسبوعي هو عدم الظهور.

إضافة إلى سلبية التضييق من اللجوء إلى نظرية التسهيلات الأساسية واستبعادها المتكرر في حالة الأخذ بعين الاعتبار مثل هذا العنصر، نعتبر من وجهة نظرنا أن إدراج مثل هذا العنصر ضمن الشروط الواجب تظافرها للقول بتحقق سلوك الرفض من شأنه أن يؤثر على الطابع الموضوعي لقانون المنافسة وروح هذا القانون بشكل عام وأنه يؤدي إلى الانحراف في تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية بشكل خاص.

إذ أن هدف قانون المنافسة –والذي هو أداة أساسية لتفعيل سياسة المنافسة وأداة لضبط السياسة الاقتصادية- يبقى بالدرجة الأولى السهر على السير الحسن للسوق وتفادي الاختلالات على مستواها، بعبارة أخرى يتجلى الطابع الموضوعي لقانون المنافسة في أن غايته الجوهرية هو حماية المنافسة لا المتنافسين لاسيما عن طريق تمكين أكبر قدر ممكن من المتعاملين الاقتصاديين من الالتحاق بالسوق. في هذا الصدد، تُعتبر نظرية التسهيلات الأساسية من أهم الوسائل التي يلجأ إليها قانون المنافسة لتحقيق هذه الغاية وغايات أخرى طبعا.

بهذا المعنى، نعتبر أن اشتراط تواجد الحائز على التسهيلة الأساسية في منافسة مباشرة مع الأعوان الاقتصاديين طالبي الدخول إلى هذه الأخيرة، يتنافى ويخدش الطابع الموضوعي لقانون المنافسة، من منطلق أنه في مثل هذه الحالة، هنالك مراعاة لمبررات أخرى غير

حماية المنافسة في اتخاذ القرار، فاشتراط تواجد على الحائز على التسهيلة الأساسية في نفس سوق النشاط مع طالبي الدخول، فيه مراعاة لمصالح هذا العون الاقتصادي على حساب حماية قانون المنافسة من جهة، ووضعية طالبي الدخول من جهة أخرى، ما يعني حرمانهم من الالتحاق بالسوق والتأثير بالنتيجة على وضعية المنافسة على مستوى هذه الأخيرة، ما يفقد النظرية تبعا لذلك صفتها باعتبارها وسيلة جوهرية لضمان شيوع المنافسة في السوق.

كنتيجة للتحليل السالف ذكره، نقول أن عنصر تواجد صاحب التسهيلة الأساسية في منافسة مباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول حتى وإن كان عنصر ذو أهمية في البحث عن مدى ارتكاب سلوك رفض التمكين من الدخول وبالنتيجة إثبات وجود ممارسة منافية للمنافسة من منطلق أن رفض تمكين منافس من الحصول على التسهيلة الأساسية يُشكل قرينة قوية على وجود نية في الانفراد بالسوق-بتوفر شروط أخرى طبعا، إلا أنه وبمقابل ذلك، تُعتبر محاولة إضفاء صفة الشرط على هذا العنصر مردودة من عدة جوانب وهو الشيء الذي أكدت عليه العديد من الاجتهادات في مادة المنافسة سواء من الهيئات المكلفة بالمنافسة وكذا الهيئات القضائية المختصة، ناهيك عن تنافي مثل هذا العنصر مع غاية وروح قانون المنافسة.

الأكثر من ذلك نقول، أن لو تتم الموازنة بين ضرورة تواجد العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية في منافسة مباشرة مع طالبي الدخول، مع عنصر عدم تواجد هذا

العون في منافسة مع هؤلاء في البحث عن مدى ارتكاب الحائز على التسهيلة الأساسية لسلوك رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية، نجد أن عدم تواجد العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية في نفس سوق نشاط المؤسسة طالبة الدخول هو العنصر الذي يُعزز أكثر من فرضية وجود سلوك منافي للمنافسة، من منطلق أنه لا عذر للحائز على التسهيلة الأساسية في ذلك الحين لعدم الاستجابة لطلب الدخول سوى أنه يرغب في القضاء على هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين مقابل تعزيز وضعية متعاملين اخرين، خاصة ونحن نعلم أن هذا التمكين من الدخول يكون بمقابل مالي يدفعه هؤلاء الأعوان الاقتصاديين والذي يُسمى بتكلفة الدخول.

ثانيا: ضرورة عدم التمييز بين عدد مرات التمكين من الدخول

دائما في سياق إتيان سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية، تثور نقطة لا تقل أهمية عن العنصر المشار إليه أعلاه، والتي تتجلى في مدى وجود أهمية في التفريق بين أن يكون الرفض قد حدث لأول مرة أو أن هذا الرفض حدث بعد التمكين من الدخول سابقا. بمعن أخر هل يختلف التعامل مع الرفض للمرة الأولى عن الرفض بعد التمين من الدخول سابقا؟

إن إثارة هذه المسألة لم تأت من العدم بل جاءت لوجود جملة من المؤشرات التي قد تجعل من الرفض في صورته الثانية مشكوك فيه. فقد يرفض الحائز على التسهيلة الأساسية

التمكين من الدخول مرة أخرى لتمكين متعاملين اخرين من الدخول، وكأنه يُعبر ضمنيا عما قد يُسميه البعض إتاحة الفرصة على قدر من المساواة .

كما قد يُفكر صاحب التسهيلة الأساسية بشكل اخر، حيث يعتبر من وجهة نظره أن تمكين هذا المتعامل الاقتصادي من الدخول سابقا قد يسمح له بتحقيق أرباح معتبرة[250]، وأنه بعد كل هذه المدة أصبح يحوز من المؤهلات ما يسمح له بابتكار تسهيلة أساسية مثل تلك التي يحوزها هو.

بالنسبة مسألة ما قد يعتبره المتعامل الاقتصادي صاحب التسهيلة الأساسية إتاحة للفرصة على قدر من المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول، نقول أن إتاحة الفرصة على نفس القدر من المساواة لا يتم بهذه الطريقة، وإنما يحدث ذلك من خلال تمكينهم من الدخول في نفس الشروط وبنفس الكلفة دون أي تمييز، أما حرمان متعامل اقتصادي من الدخول مرة أخرى بعد أن تم تمكينه مسبقا من الدخول فهو حرمان له من الاستمرار في ممارسة النشاط الاقتصادي مادام أن بقاءه في السوق مرتبط بتمكينه من الدخول.

أما التفكير في أن التمكين من الدخول سابقا، سوف يسمح بابتكار تسهيلة مثيلة، فهو مردود هو كذلك، من منطلق أن ما يجعل من التسهيلة أساسية هو وجود عوائق تحول دون مثيل لها. إذ أنه لو وجدت فرضية بسيطة لإمكاينة ابتكار مثيل لها، لسقط الطابع

[250] DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles... op.cit*, p. 325

الأساسي عن التسهيلة المعنية. كما أن التفكير في أن التمكين من الدخول سابقا يسمح للمتعامل الاقتصادي المستفيد من الدخول بتحقيق أرباح، فإن رفض تمكينه من الدخول مرة أخرى للاستمرار في السوق يشكل مؤشرا قويا على وجود نية في إقصاءه من السوق، الشيء الذي يجعل من الرفض في هذه الحالة بتوفر شروط أخرى سلكا مدانا ما دام أن الدافع إلى الرفض في هذه الحالة هو الحرمان من الاستمرار من تحقيق أرباح.

المطلب الثاني: الأثر السلبي لرفض التمكين من الدخول: المساس بالمنافسة

إن إدانة سلوك رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية باعتباره سلوك محظور من منظور قانون المنافسة بالنتيجة تفعيل تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية، يقتضي علاوة على إتيان السلوك المادي للممارسة -والذي يتجلى في رفض التمكين من الدخول الى التسهيلة أو الحصول عليها بغض النظر عن شكل الرفض أو صورته- تحقق عنصر جوهري اخر ألا وهو المساس بالمنافسة. من ذلك، فإن ليس كل رفض للتمكين من الدخول أو الحصول على التسهيلة الأساسية يُشكل ممارسة منافية للمنافسة، إذ أن هذا السلوك يندرج ضمن الحرية التعاقدية في جانبها الإيجابي المتمثل في حرية التعاقد وفي جانبها السلبي كذلك المتمثل في حرية التعاقد.

إن اشتراط مساس رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية بالمنافسة يتماشى وروح قواعد قانون المنافسة التي هي قواعد موضوعية تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المنافسة لا المتنافسين.

إن البحث عن مدى مساس رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية بالمنافسة يُعتبر مسألة جد حساسة بالنظر إلى التأثير الذي سوف يحدثه هذا البحث على مضمون القرار الذي سوف يتم اتخاذه من طرف الهيئات المكلفة بالمنافسة سوف تمت الإدانة أو لم تتم. من ذلك، فإنه تفاديا للوقوع فيما يُسمى بالإيجابي الخاطئ- أي اعتبار الرفض منافي للمنافسة وهو ليس كذلك- وكذا اجتنابا لما يُسمى كذلك بالسلبي الحقيقي- أي اعتبار سلوك الرفض غير مناف للمنافسة وهو كذلك- لابد أن تتم عملية البحث عن تأثير سلوك رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية بكل حرص وعناية.

في هذا الصدد، يتسم شرط المساس بالمنافسة في مادة التسهيلات الأساسية بنوع من الخصوصية كنتيجة منطقية لخصوصية المفهوم الذي يرتبط به هذا الشرط والمتمثل في نظرية التسهيلات الأساسية ما يستدعي ضرورة توضيح هذا المفهوم بما ينسجم مع خصوصية هذه النظرية (فرع أول)، بمقابل ذلك، تبقى نظرية التسهيلات الأساسية قابلة للاستبعاد متى توفرت دوافع جدية تنفي صفة المساس بالمنافسة عن سلوك الرفض(فرع ثاني)

الفرع الأول: مفهوم المساس بالمنافسة في إطار نظرية التسهيلات الأساسية: تكريس صريح بطابع خصوصي

إن الطابع الجوهري لشرط المساس بالمنافسة في إطار تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية يبرز جليا في عدم إغفال النص عليه صراحة من طرف الهيئات المكلفة بالمنافسة في

القضايا المرتبطة بالتسهيلات الأساسية (أولا)، غير أن تقدير وجود مساس بالمنافسة في التعامل مع سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية يُشكل عملية جد معقدة فهو يستدعي الموازنة بين مقتضيات المنافسة من جهة واستحقاق الحائز على التسهيلة الأساسية من جهة أخرى(ثانيا).

أولا: شرط مساس رفض الدخول بالمنافسة في اجتهادات هيئات المنافسة: تكريس صريح

لم تتوانى الهيئات المكلفة بالمنافسة في النص صراحة على شرط المساس بالمنافسة كعنصر جوهري لإضفاء صفة السلوك على رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة وذلك في مختلف القضايا المتعلقة بهذه الأخيرة والتي لا يسع المقام لذكرها جميعها.

ففي قضية « Heli Inter » مثلا، اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن لجوء شركة « Sarl Heli Inter » إلى فرض أسعار دخول تمييزية ممارسة وهذا بالنظر إلى تقييد هذا السلوك للمنافسة في السوق[251]. في ذات السياق دائما، اعتبرت اللجنة الأوربية في قضية « Holey head » أن رفض شركة « Sealink » تمكين شركة « Sea Contaires » من استغلال المنشات المينائية يُعتبر تعسف في وضعية الهيمنة لكونه يُشكل عائق للمنافسة في السوق كما أنه يؤثر في استقرارها وتطورها[252]. في قضية « Commercial Solvents » والمتعلقة هي الأخرى

[251] Cons. Conc, Déc n^0 96-D-51, *op.pit*, P. 12

[252] Decision 94/19/ CE, *op.cit*, Point, 66

بتالسهيلات الأساسية إعتبرت محكمة العدل للاتحاد الأروبي أن سلوك شركة « Istitutio chemio » تعسف في وضعية الهيمنة لكونه يؤثر بشكل خطير في استقرار شروط منافسة فعلية في السوق[253]. في قضية « CBEM » اعتبرت نفس الهيئة القضائية مرة أخرى أن رفض التمكين من الدخول إلى خدمة ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي يُشكل ممارسة تعسفية إذا كان من شأن هذا الرفض القضاء على المنافسة في السوق[254].

علاوة على إشارة الهيئات المكلفة بالمنافسة إلى شرط المساس بالمنافسة كشرط ضروري لإدانة سلوك رفض التمكين من الدخول لم يتردد كبار المحامين على مستوى الهيئات الأروبية من الإشارة إلى العلاقة الوطيدة بين المساس بالمنافسة وإدانة سلوك الرفض.

في هذا الصدد إعتبر « Antonio Tizzano » المحامي الشهير لدى اللجنة الأروبية من الإشارة إلى هذا العنصر في مذكراته الاستخلاصية المتعلقة بقضية « IMS Health » حيث اعتبر أن رفض التمكين إلى التسهيلة الأساسية في قضية الحال يُشكل تعسفا في وضعية الهيمنة لطالما أنه من شأنه تقييد المنافسة أو القضاء عليها في سوق لاحقة[255]. من جانبه عبر المحامي « Jacobs » في مذكراته الاستخلاصية المتعلقة بقضية « Oscar Bronner » أن

[253] CJCE, 6 Mars 1974, *op.cit*, p. 236.

[254] CJCE, 3 Octobre 1985, SA centre Belge. *op.cit*, Point, 26.

[255] Conclusion de l'avocat général ANTONIO Tizzano, Affaire c-418/01, Présentées le 02 Octobre 2003, Points 55, 58, 61

رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية في قضية الحال يُعتبر سلوكا تعسفيا لكونه سلوك من شأنه القضاء على المنافسة أو تقليصها بصفة جوهرية[256].

من ذلك، إذا كان المساس بالمنافسة ذو أهمية جوهرية لإدانة سلوك رفض التمكين من الدخول، لابد من تسليط الضوء بمقابل ذلك على العناصر الواجب تظافرها للقول بوجود مساس هذا المساس على نحو يسمح بالتفعيل الصائب لنظرية التسهيلات الأساسية ونفادي المتناقضين المشار إليهما اعلاه وهما الإيجابي الخاطئ والسلبي الحقيقي.

ثانيا: المساس بالمنافسة ونظرية التسهيلات الأساسية: ضرورة الموازنة بين المصالح المتناقضة

بشكل عام لا تتحقق صفة التعسف في وضعية الهيمنة إلا إذا كان المساس بالمنافسة قد بلغ درجة محسوسة، أي أنه لا يخضع لسلوك الإدانة سوى ذلك السلوك التعسفي الذي تكون اثاره الحالية أو المحتملة واضحة. غير أن الطابع المحسوس للمساس يقتضي فحص عام للسوق للتأكد ما إذا كان هنالك قضاء أو تقليص محسوس للمنافسة فعلا وذلك بالأخذ بعين الاعتبار درجة الهيمنة، طبيعة وخطورة الممارسات التعسفية وكذا درجة المنافسة التي لا تزال قائمة في السوق[257] .

[256] Conclusion de l'avocat général JACOBS, Affaire C-7/97, présentées le 28 1998, Point 60

[257] Zouaimia (R), *Droit de la concurrence*, Editions Belkeise, Alger, 2012, p 97.

استنادا إلى هذه التحليل، فإن سلوك التعسف في وضعية الهيمنة يبقى غير خاضع للإدانة ما لم يبلغ المساس درجة الحساسية.

في ظل هذه المعطيات، وأمام شساعة هذه العبارات فإن المسؤولية الواقعة على الهيئات المكلفة بالمنافسة جد حاسمة في تقدير السلوك المنافي للسلوك، وأن يلجأ إلى استغلال جميع الوسائل المخولة لها قانونا لتحري ما إذا كان المساس بالمنافسة قد بلغ درجة المحسوسية من عدمه.

إذا كان هذا هو حال مفهوم المساس بالمنافسة بشكل عام والذي يجب ملاحظته لإدانة سلوك التعسف في وضعية الهيمنة والذي يقتضي حرص وعناية كبيرين من الهيئات المكلفة بالمنافسة في القيام بعمليات التحري، فإن الأمر يبدو أكثر تعقيدا في إطار تفعيل نظرية التسهيلات الاساسية بالنظر إلى خصوصيات هذه الاخيرة في مجال المنافسة.

يُقدم لنا المحامي العام "جاكوب" عناصر جد مهمة في هذا الصدد والتي لابد من أخذها بعين الاعتبار في البحث عن مدى مساس رفض الدخول بالمنافسة في إطار تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية والتي أدرجها ضمن معيار واحد فيما يُمكن تسميته بضرورة الموازنة بين الاعتبارات المتناقضة[258]، بعبارة أخرى، ضرورة المقارنة بين إيجابيات وسلبيات التمكين من الدخول على كل مكونات السلسلة الاقتصادية في المادة من متعاملين اقتصاديين طالبي

[258] Conclusion de l'avocat général JACOBS, *op.cit*,, Point 57.

الدخول والحائز على التسهيلة الأساسية وكذا المستهلكين والأكثر من ذلك الوضعية التنافسية في السوق على المدى البعيد.

يُشير المحامي أنه من بين العناصر الحاسمة التي ينبغي مراعاتها في هذا الصدد أن يتم السماح للحائز على التسهيلة الاقتصادية الانفراد باستغلال التسهيلة الأساسية المعنية استجابة لحاجاته الخاصة[259]، ويبرر هذا التوجه بالقول أن تسهيل الدخول إلى التسهيلة الأساسية سوف يُثبط باقي المتنافسين عن محاولة الابتكار. كما أنه يُحبط إبداع المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة[260]. إن تحليل توجه المحامي "جاكوب" يجعلنا نخلص الى استنتاج عنصر جد مهم في البحث عن مدى مساس سلوك الرفض على المنافسة والذي يتجلى في تسليط الضوء على التأثير السلبي للاستجابة المكثفة لطلب الدخول على كل عناصر السوق .

فكثرة التمكين من الدخول من شأنه أن يدفع بالمتعاملين الجدد و أول المحتملين إلى عدم التفكير في بذل أي مجهود إبداعي ولا أي مجهود استثماري من أجل وضع تسهيلات

مشابهة ولو في نسبة معينة، لطالما أن التسهيلة موجودة والتمكين من الدخول إليها يكون أسهل، ما يدفع بهذا المتعامل الاقتصادي يركز وفقط على على الرفع من أرباحه وتعزيز قوته السوقية، كما أن التكثيف من التمكين من الدخول يؤثر سلبا على استمرار الحائز

[259] Conclusion de l'avocat général JACOBS, *op.cit,*, Point 57

[260] Ibid

على التسهيلة في الإبداع لطالما أنه يلاحظ سهولة التمكين من الدخول إلى التسهيلة التي يحوزها.

لا تتوقف الأثار السلبية للتمكين من الدخول عند هذا الحد بل تمتد لتشمل المستهلك، لاسيما في فيما يتعلق بالقضاء على حريته في الاختيار بين المنتوجات و/ أو الخدمات المماثلة في السوق، ليصبح بشكل أو بآخر بالحصول على نوع واحد أو أنواع قليلة من الخيارات في السوق كنتيجة منطقية لعدم وجود أي نية لدى المتعاملين الحاصلين على الدخول في المبادرة إلى الإبداع وكذا فقدان الحافز على الاستمرار في الإبداع لدى الحائز على التسهيلة المعنية وهو ما يؤثر على طبيعة وكمية المنتوجات والخدمات المقترحة.

إن الأثار السلبية للتكثيف من الدخول إلى التسهيلة الاساسية يجعلنا نخلص إلى نتيجة أخرى مفادها بعدم وجود أية علاقة بين التقليل من الدخول والمساس بالمنافسة، فإذا كان التكثيف من الحصول على استغلال التسهيلة لا يُحفز على المنافسة على نحو يجعل من السوق غير مبدعة، فإن التقليل من الدخول بهذا المعنى ليس فقط أنه لا يمس بالمنافسة، بل الأكثر من ذلك قد يكون سببا للإبداع وتحفيز هذه الاخيرة. إذ أن التقليل من الدخول سوف يدفع المتعاملين الجدد و/أو المحتملين إلى الاستثمار في الإبداع لابتكار منشات و تراكيب قريبة على الأقل من التسهيلات الأساسية أو ربما حتى البحث عن الاستثمار في أسواق أخرى، كما أن التقليل من الدخول يدفع بالحائز على التسهيلة بإبداع منشات وتراكيب جديدة لطالما أن هنالك اعتبار للجهد الذي بذله. الشيء الذي يعود بالإيجاب على

المستهلك لاسيما امتلاك خيارات متعددة وبأسعار تنافسية. من ذلك نقول، أن العبرة في التمكين من الدخول فيما يتعلق بهذا العنصر ليس بالكمية وإنما بالنوعية، إذ أن العبرة في جعل السوق تنافسية ليس بعدد المتنافسين وإنما بفعاليتهم

علاوة على هذا، يُضيف المحامي العام "جاكوبس" عنصرا حاسما اخر لابد من مراعاته كذلك للقول بمساس رفض التمكين من استغلال التسهيلة الأساسية بالمنافسة وهو النظر في مصدر هذه الأخيرة بين ما إذا كان مصدرها نتيجة لتحمل استثمارات ثقيلة أم أن حيازتها حصل دون التعرض لمثل هذه التكاليف المرهقة.

فإذا كان مصدر هذه التسهيلة استثمار ثقيل تعرض له مالكها مثل تلك الأساسية التي تجد مصدرها في حقوق الملكية الفكرية، فإن في مثل هذه الحالة لابد من الموازنة بين الاثار الإيجابية للتمكين من الدخول على المنافسة ومصالح الحائز على التسهيلة والذي حفز البحث والابتكار[261]. فإذا تبين ضرورة التمكين من الدخول مراعاة لمقتضيات المنافسة لابد من تقديم تعويض للحائز على التهسيلة بما يتناسب مع التكاليف التي تحملها لوضع هذه التسهيلة[262]. فإذا كان الأصل في مثل هذه الوضعيات هو منح المتعامل الاقتصادي حصرية على المنتوج و أو على الخدمة المعنية اعتبارا لما بذله من جهد في المادة، فإنه في وضعيات استثنائية أين تتطلب مقتضيات المنافسة تعجيل تمكين الدخول لابد في مثل هذه الظروف من محاولة تحويل هذه المكافأة الزمنية إلى مكافأة مادية حتى وإن كانت عملية نسبية.

[261] Conclusion de l'avocat général JACOBS, *op.cit,* Point 62

[262] Ibid, Point 64

يقيد المحامي "جاكوب" اللجوء إلى مثل هذا الحل بضرورة أن تكون المؤسسة المهيمنة في وضعية سيطرة تامة أو في حالة خنق تام للمنافسة في السوق مثلما هو عليه الحال حينما يتبين استحالة ابتكار تسهيلة مشابهة بسبب عوائق جغرافية جد مرهقة[263].

يُفهم من ذلك، أن في مثل هذه الوضعيات يقع لزاما على الهيئات المكلفة بالمنافسة حين قيامها بعملية الموازنة تغليب عنصر الجهد المادي والزمني والتكاليف المرتفعة والاستثمارات المرهقة التي تعرض لها الحائز على التسهيلة لابتكار هذه الأخيرة مقارنة بمصلحة المنافسة، إذ لا ينبغي للهيئات المكلفة بالمنافسة الاستعجال النطق بقرار أو حكم التمكين من الدخول حتى ولو تبين لها أن الرفض يمس بالمنافسة حتى ولو كان ذلك بدرجة جد محسوسة، إذ أن الحالة الوحيدة التي تُغلب فيها مقتضيات المنافسة على المصلحة الخاصة للحائز على التسهيلة في هذه الحالة الخاصة هي حالة خنق المنافسة، أين تكون شروط هذه الأخيرة في طريق الاختفاء أو أنها منعدمة كلية.

إن مثل هذه التحليل لا يتناقض مع أولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وإنما يُمكن اعتباره-من وجهة نظر شخصية- بحث عن حماية المصلحة العامة على المدى البعيد عن طريق حماية المصلحة الخاصة في مادة التسهيلات الأساسية. إذ أن الهدف من الحقيقي من تبني مثل هذا التوجه ليس حماية الحائز على التسهيلة في حد ذاته وإنما حماية لعنصر الإبداع والابتكار، إذا أن منح الاعتبار لعنصر الابتكار على المدى القريب

[263] Conclusion de l'avocat général JACOBS, *op.cit*, Point 65

سوف يترتب عنه اثار ايجابية على المنافسة على المدى البعيد لاسيما تعدد المنتوجات والخدمات وحماية المصلحة العامة للمستهلك.

هذا إذا كانت التسهيلة الأساسية نتيجة لاستثمارات مرهقة تعرض لها حائزها، أما إذا كانت حيازة هذه الأخيرة تم دون التعرض لتكاليف مرتفعة مثلما هو عليه الحال مع الحصول على إعانات الدولة لابتكار التسهيلة[264] فإن وضعية المنافسة التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار ليست الوضعية المسيطر عليها وإنما الوضعية الصعبة والتي يكون فيها المساس بالمنافسة جد محسوس. فعدم تعرض الحائز على التسهيلة لتكاليف مرتفعة لا يرادفه سهولة التمكين من الدخول.

من خلال ما ذكرناه نقول، أن معيار التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية نتيجة المساس بالمنافسة يتأرجح بين وضعية المنافسة المسيطر عليها ووضعية المنافسة جد الصعبة كل ذلك أخذا بعين الاعتبار مدى تعرض الحائز على التسهيلة لاستثمارات مرهقة من جهة، مع ضرورة إعطاء الألوية للنوع على الكم في التمكين من الدخول.

في سياق أخر، يبقى التساؤل مطروح حول إمكانية اعتبار الحيلولة دون ظهور منتوج جديد مؤشرا قويا على مساس سلوك رفض التمكين من الدخول بالمنافسة، ما يستدعي التفصيل مي مسألة مكانة هذا العنصر في تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية.

[264] Conclusion de l'avocat général JACOBS, *op.cit,* , Point 67

إن إثارة هذه النقطة لم يأت من العدم، بل جاء نتيجة لإشارة العديد من الهيئات المكلفة بالمنافسة إلى هذا العنصر بمناسبة بعض القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية. ففي قضية "ماجييل" مثلا اعتبرت المحكمة الأوروبية أن رفض منح المعلومات الضرورية عن للالتحاق بالسوق من خلال إثارة القواعد الوطنية لحقوق المؤلف يُشكل تعسف في وضعية الهيمنة من منطلق أنه حال دون ظهور منتوج جديد والمتمثل في دليل أسبوعي كامل للبرامج التلفزيونية[265]. في قضية "إي أم أس" لم تتردد المحكمة من الإشارة مرة أخرى إلى المنع من ظهور المنتوج لإدانة سلوك رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية، فبعد أن أشارت المحكمة إلى إثارة هذا العنصر سابقا في قضية "ماجييل" اعتبرت المحكمة الأوروبية أن ممارسة حق حصري ناتج عن حق ملكية فكرية يُمكن أن يُشكل في ظروف استثنائية تعسف في وضعية الهيمنة إذا كان هذا السلوك يحول دون ظهور منتوج جديد حتى وإن تبين عدم وجود أي سلوك تعسفي أخر[266]

بعد الإشارة إلى بعض القرارات المتخذة التي أثارت مسألة المنتوج الجديد كعنصر لإدانة سلوك رفض التمكين من الدخول، نعتبر من وجهة نظرنا أن إشتراط هذا العنصر باعتباره حاسم وجوهري في تقدير مساس سلوك الرفض بالمنافسة أمر مردود من عدة جوانب.

في هذا الصدد نقول، أن إشارة القرارات السالفة ذكرها إلى اعتبار سلوك الرفض أنه تعسفي لكون يحول دون ظهور منتوج جديد جاء نتيجة منطقية وبديهية في قضايا الحال،

[265] TPICE , 6 Avril 1995, Boel c/ Commission, *op.cit*, Point 54.

[266] TPICE, 26 Octobre 2001, Ord, IMS Health, *op.cit*, Point 67

وهذا باعتبار أن رفض الدخول في هذه القضايا حال حقيقة دون ظهور منتوج جديد وهو ملا يمكن تغاضي الإشارة إليه عند البحث عن وجود سلوك التعسف والدليل على ذلك- والذي يُشكل في نفس الوقت مبرر اخر لاستبعاد المنع من ظهور منتوج جديد من شروط القول بالمساس بالمنافسة- هو عدم إشارة الهيئات المكلفة بالمنافسة في قضايا أخرى متعلقة بالتسهيلات الأساسية والتي أقرت بوجود سلوك التعسف وإدانته بالرغم من خلو القضية من مصطلح الحيلولة دون ظهور منتوج جديد، ما يعني أن هذا العنصر جاء عابر وحصري بالقضايا المشار إليها سابقا وفقط. الأكثر من ذلك، لو نعود إلى شورط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية والتي ذكرتها الهيئات المكلفة بالمنافسة في القضايا المشار إليها أعلاه، نجد أن هذه الهيئات لم تورد ضمن شروط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية منع ظهور منتوج جديد، فبالعودة مثلا إلى الشروط الواجب تظافرها لتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية في قضية "أي أم أس" لا نجد أية إشارة لعنصر الحيلولة دون ظهور منتوج جديد ضمن الشروط الثلاث التي ذكرتها المحكمة لتطبيق النظرية[267] .

من ذلك نقول، أن اعتبار منع ظهور منتوج جديد شرط جوهري للقول بوجود رفض تعسفي للدخول فيه نوع من المبالغة، غير أنه بمقابل ذلك يبقى عنصر من شأنه أن يعزز من قيمة القرائن التي تدل على وجود رفض تعسفي للدخول إلى التسهيلات الأساسية.

[267] TPICE, 26 Octobre 2001, Ord, IMS Health, *op.cit* , Point, 70

الفرع الثاني: المبررات الموضوعية لرفض التمكين من الدخول: الإفلات من الإدانة

إذا كان رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية يستدعي الإدانة إذا ما تحقق ركنه المادي والمتمثل في إتيان سلوك وترتب أثره السلبي والمُترجم في المساس المحسوس بالمنافسة أو السيطرة عليها كليا بحسب الظروف مثلما تمت الإشارة إليه سابقا، يُمكن للحائز على التسهيلة الاساسية أن يتفادى الإدانة إذا ما توفرت مبررات موضوعية دفعت به إلى إتيان سلوك الرفض.

في هذا الشأن، يُعرف الأستاذ "زوايمية رشيد" المبررات الموضوعية لرفض التمكين من الدخول كما يلي: " يُعنى بالمبررات الموضوعية الدوافع الجدية التي لا تُعبر عن أنانية الحائز على التسهيلات الأساسية والتي تأخذ بعين الاعتبار المعطيات الملموسة للوضعية مثلما هو عليه الحال مع اعتبارات النجاعة.

المبررات الموضوعية هي تلك التي يُمكن إثارتها من أية مؤسسة أخرى في نفس الوضعية والتي يُمكن إثارتها من أشخاص محايدة مثلما هو عليه مع القاضي. في هذا الصدد، يعرف الأستاذ "زوايمية رشيد" المبررات الموضوعية لرفض التمكين من الدخول على أنها تلك الدوافع الجدية التي لا تُعبر عن أنانية الحائز على التسهيلات الأساسية والتي تأخذ بعين الاعتبار المعطيات الملموسة للوضعية مثلما هو عليه الحال مع اعتبارات النجاعة.

من ذلك، فإن سلطة المنافسة والقاضي هم المدعوون للنظر ما إذا كانت دوافع رفض الحائز على التسهيلة الأساسية هي دوافع موضوعية يُمكن إثباتها أو انها بالعكس من ذلك ذاتية."[268]

من خلال التعريف الذي أورده الأستاذ للمبررات الموضوعية يُمكن استخلاص العديد من العناصر الجوهرية الواجب توفرها لإضفاء صفة الموضوعية على هذه المبررات.

يُشير الأستاذ في البداية إلى ضرورة انتفاء الأنانية في المبررات، بمفهوم المخالفة إذا كانت هذه المبررات صادرة عن تفكير أناني خالص للحائز على التسهيلة الأساسية انتفت الموضوعية في المبرر، كأن يعتبر الحائز على التسهيلة الأساسية أن بإمكانه رفض التمكين من الدخول من منطلق أنه صاحب سلطة سوقية أو أن التسهيلة ابتكار شخصي خالص يملك عليها حق الحصرية.

كما يُضيف الأستاذ عنصر أخر جد مهم وهو إمكانية إثارة هذه المبررات من أية مؤسسة اخرى في نفس الوضعية ويكون بطرح التساؤل التالي: ما هو السلوك الذي سوف تتخذه مؤسسة اخرى حائزة على تسهيلة أساسية في نفس الظروف والمعطيات، أو بعبارة أخرى، هل ستتخذ مؤسسة أخرى حائزة على التسهيلة الاساسية في نفس الظروف، نفس السلوك الذي اتخذه الحائز على التسهيلة المتابع على سلوك الرفض، وهو ما يُمكن تسميته من وجهة نظرنا بمعيار الحائز الافتراضي على التسهيلة الاساسية. يُضيف الأستاذ "زوايمية"

[268] Entretien avec ZOUAIMIA Rachid, Professeur à la faculté de droit et des sciences politiques, Université de Bejaia, le 13-06-2021

عنصر أخير جد هام في البحث عن موضوعية المبررات وهو ضرورة خضوع هذه المبررات مهما كانت قيمتها للتقدير من الهيئات المكلفة بالمنافسة والتي هي الوحيدة القادرة على لإضفاء هذه الصفة على هذه المبررات من عدمه، ما يتطلب كفاءة عالية لدى هذه الهيئات لتفادي أي سوء تقدير للعملية وما يترتب عن ذلك من اثار جد سلبية.

في هذا الصدد، تختلف المبررات الموضوعية التي يُمكن إثارتها من الحائز على التسهيلة الأساسية بين تلك المتعلقة بهذه الاخيرة وبين تلك المتعلقة بالمتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول إلى هذه التسهيلة.

يمكن تعريف المبررات الموضوعية المتعلقة بالتسهيلة الاساسية على أنها تلك المبررات التي تتعلق بالسير الحسن للتسهيلة[269] . من بين هذه النوع من المبررات يمكن ذكر عدم قدرة الطاقة الاستيعابية للتسهيلة على استقبال متعاملين جدد[270]، حيث نجد إشارة غير مباشرة إلى هذا المبرر في قضية "ميناء رودبي"، حيث أكدت اللجنة الأوربية في هذا الصدد، إلى مصطلح "...أنه في ظل غياب أي دليل جدي عن عدم قدرة منشات هذا الميناء على استيعاب متدخلين جدد"[271] ما يُستنتج منه بمفهوم المخالفة أنه بوجود دلائل جدية على قدرة الميناء على تحمل متدخلين جدد شكل ذلك مبررا موضوعيا لرفض التمكين من الدخول وبالتالي خروج سلوك الرفض من نطاق الإدانة. إن مثل هذا المبرر لا يتعلق وفقط

[269]VIGNAL(M), Abus de position, *op.cit*, p.156

[270] Idem

[271] Décision94/119/CE de la commission, du 21 décembre 1993, port de Rodby , *op.cit*, Point 15.

بقضية الحال إذ يمكن تصور إثارة مثل هذا المبرر من أي حائز على التسهيلة الأساسية متى توفرت شروطه من جهة وبعد خضوعه لتقديرات الهيئات المكلفة بالمنافسة.

إضافة إلى المبررات الموضوعية المتعلقة بالتسهيلات الأساسية، يمكن للحائز على هذه الاخيرة أن يرفض التمكين من الدخول وربط ذلك بنقائص وحدود في المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول مثلما هو عليه الحال مع عدم القدرة المالية لطالب الدخول، النقص في القدرات التقنية لهؤلاء الأعوان الاقتصاديين[272]، إذ يُمكن للحائز على التسهيلة الأساسية أن يُثير عدم قدرة المؤسسة الراغبة في الحصول على التسهيلة دفع التلكفة المالية لاستغلال هذه الأخيرة، شرط إثبات أن سعر الدخول هو سعر معقول، وهو ما يُحيلنا إلى مفهوم الأسعار التعسفية المشار إليها سابقا. كما يُمكن للحائز على التسهيلة الاساسية إثارة عدم امتلاك المتعاملين المحتملين القدرات التقنية والكفاءات المتخصصة الضرورية تسمح بالاستغلال الحسن للتسهيلة الأساسية.

المبحث الثاني: الاستغلال التعسفي للتسهيلات الأساسية: بين ممارسات سوق التسهيلة وممارسات سوق النشاط

إذا كان سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية بمثابة حجر الأساس في القول بارتكاب ممارسة منافية في مادة التسهيلات الأساسية، فإن اعتبار نظرية التسهيلات الأساسية أحد الوسائل الجوهرية الواردة في قانون المنافسة من أجل الحفاظ على التوازن التنافسي في

[272]VIGNAL(M), Abus de position, *op.cit*, p.155

السوق يُفيد أن إتيان سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية لا يمكن أن يحدث خارج نطاق الممارسات المنافية للمنافسة والمنصوص عليها قانونا، ونخص بالذكر هنا التعسف في وضعية الهيمنة والذي يُمكن ترجمته بالرفض الانفرادي للتمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية. في هذا الشأن تُشكل ممارسة أسعار دخول تعسفية أبرز صورة للتعسف في وضعية الهيمنة على مستوى سوق التسهيلة والذي يبقى هدفه الأول رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية، غير أن ممارسة مرتفعة تعسفيا لا يُشكل الممارسة التعسفية الوحيدة التي يُمكن أن يلجأ إليها الحائز على التسهيلة الأساسية لرفض تمكين المتعاملين الجدد و/أو المحتملين من استغلال هذه الأخيرة(مطلب أول)، غير أن هذا الرفض لا يقتصر وفقط على الممارسات التعسفية على مستوى سوق التسهيلة، بل يمتد ليشمل الممارسات التي يلجأ إليها الحائز على التسهيلة الأساسية على مستوى سوق النشاط والتي يبقى هدفها بالدرجة الأولى الإقصاء من سوق التسهيلة بصفة غير مباشرة(مطلب ثاني)

المطلب الأول: الاستغلال التعسفي للتسهيلة الأساسية على مستوى سوق التسهيلة:

أشرنا سابقا، إلى أنه يترتب عن الطابع الوحدوي للتسهيلة الأساسية-على أنها الوسيلة الوحيدة للمتعاملين الاقتصاديين الجدد للدخول إلى السوق و/أو للاستمرار فيه- في أنها تمنح حائزها الانفراد بالسلطة في السوق، فهي ترتقي بهذا المعنى بصاحبها إلى مركز مميز على

نحو تجعل منه حائز لوضعية الهيمنة. هذه الوضعية والتي أشرنا إليها سابقا تُعرف على أنها: " وضعية القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة والتي تمنح لها القدرة على وضع عوائق لاستمرار منافسة فعلية في السوق المعنية، والتي تخول لها امكانية السلوك المستقل مقارنة بمنافسيها، زبائنها وأخيرا المستهلكين."[273]

من ذلك نقول، أنه إذا كان حيازة وضعية الهيمنة من طرف الحائز على التسهيلة الأساسية لا يُعد سلوكا محظورا، وهذا من منطلق أن التواجد في هذه الوضعية لا يُشكل في حد ذاته عائقا أمام المنافسة، فإنه بمقابل محاولة القضاء على المنافسة عن طريق استغلال التسهيلة الأساسية بشكل غير مشروع يُشكل تعسفا في وضعية الهيمنة. بمقابل ذلك إذا كان ممارسة أسعار دخول إلى التسهيلة الأساسية مرتفعة بشكل تعسفي يُشكل الصورة الأبرز لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة(فرع أول) فإن هذه الممارسة ليست الوحيدة التي يُمكن إتيانها على هذا المستوى، ويتعلق الأمر هنا بالممارسات التعسفية خارج الأسعار (الفرع الثاني)

[273] « La position dominante est définie en droit communautaire comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs », Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE n°C45, 24 février 2009, Point 9.

الفرع الأول: التعسف في وضعية الهيمنة عن طريق فرض أسعار مرتفعة تعسفيا

قبل الخوض في مفهوم ممارسة أسعار دخول مرتفعة تعسفيا، باعتبارها السلوك الأكثر تكرارا لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية(ثانيا)، لابد من تسليط الضوء أولا على مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة، والذي توضح اجتهادات الهيئات المكلفة بالمنافسة أن سلوك الرفض يندرج حقيقة في هذه الممارسة المنافية للمنافسة

أولا: مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة

يتسم مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة في إطار قانون المنافسة على أنه مفهوم موضوعي وهذا ليس إلا تماشيا مع جوهر هذا الأخير، الذي يتسم هو الاخر بطابعه الموضوعي، كونه يهدف إلى حماية المنافسة لا المتنافسين، من ذلك يُدان سلوك التعسف في وضعية الهيمنة بمجرد إتيانه وهذا بغض النظر عن وجود نية القضاء على المنافسة في السوق[274].

بمقابل ذلك، بالرغم من المفهوم الواسع للتعسف في وضعية الهيمنة إلا أننا نلمس العديد من المحاولات لتعريف هذا السلوك، فعلى المستوى الأوروبي مثلا عرفت محكمة العدل الأوروبية التعسف في وضعية الهيمنة على أن: "مفهوم موضوعي يتعلق بتصرفات المؤسسة في وضعية الهيمنة، والتي من شأنها التأثير على تشكيلة السوق، ونظرا لوجود المؤسسة المعنية بالضبط، أصبحت درجة المنافسة ضعيفة، ويكون لهذه التصرفات أثر على عرقلة

[274] VIGNAL(M), Abus de position, *op.cit*, 80.

المحافظة على درجة المنافسة التي مازالت موجودة في السوق أو تنمية هذه المنافسة، وذلك عن طريق اللجوء إلى وسائل تختلف عن الوسائل المستعملة في ظل المنافسة العادية للمنتوجات أو الخدمات والتي تقوم على أساس خدمات المتعاملين الاقتصاديين"[275]. من خلال التعاريف المشار إليها أعلاه لسلوك التعسف في وضعية الهيمنة، يتضح لنا جليا أن رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية يندرج حقيقة ضمن هذا المفهوم.

فإذا كان وجود صاحب التسهيلة الأساسية في وضعية الهيمنة أمر لاشك فيه نظرا لتظافر مختلف مؤشرات وضعية الهيمنة فيه، فإن رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية، يندرج بهذا المعنى –بتوفر شروط أخرى- ضمن سلوك التعسف في وضعية الهيمنة.

في هذا الصدد، نلمس العديد من القرارات الصادرة عن الهيئات المكلفة بالمنافسة والتي تُقر بصريح العبارة بإندراج رفض الدخول إلى التسهيلات الأساسية ضمن التعسف في وضعية الهيمنة.

ففي قضية « Heli inter" اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي على أنه:"... تطبيقا لهذه المبادئ

[275] « la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence. », CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La roche c/ Commission, 85/76 Point 91, p. 541

والمبادئ العامة لقانون المنافسة والتي تهدف إلى الحفاظ على لعبة المنافسة في الأسواق، تُشكل ممارسة تهدف أو يمكن أن يكون لها أثر تشويه لعبة المنافسة في السوق ومحظورة بأحكام المادة 8 من أمر 1 ديسمبر 1986 مجرد رفض مُستغل لمنشأة أساسية تمكين منافسيه من الدخول أو عدم تمكينهم من الدخول سوى بسعر تعسفي غير مناسب مقارنة بطبيعة وأهمية الخدمات المطلوبة، غير موجه نحو التكاليف وغير شفاف، بالتالي منعهم من تقديم عروض أو القيام بمعاملات في شروط تنافسية مع شروط مستغل التسهيلة، وعلى نفس النهج، يشُكل ممارسة منافية للمنافسة، قيام متعامل منشأة أساسية باللجوء إلى أسعار تمييزية تهدف إلى الرفع من تكاليف الدخول إلى المنشأة التي يُسيرها بتكاليف أقل من تلك التي يقوم بتسعيرها لمنافسيه"[276]. فكما نلاحظ، أقر مجلس المنافسة الفرنسي بالطابع المنافي للمنافسة لسلوك رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية، ليُعرَج بعد ذلك إلى

[276] « Considérant, en application de ces principes et des principes généraux du droit de la concurrence qui visent à préserver le jeu de la concurrence sur les marchés, que constituerait une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence est prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 le fait, pour l'exploitant d'une structure essentielle, de refuser de façon injustifiée l'accès de cette dernière à ses concurrents ou de ne leur permettre cet accès qu'à un prix abusif, non proportionné à la nature et l'importance des services demandés, non orienté vers les coûts de ces services et non transparent, leur interdisant ainsi de faire des offres ou de réaliser des marchés dans des conditions compétitives avec les siennes ; que, de même, constituerait une pratique anticoncurrentielle le fait pour l'opérateur d'une structure essentielle de mettre en œuvre une discrimination de prix visant à s'imputer des charges d'accès à la structure qu'il gère moindres que celles qu'il tarifie à ses concurrents », Cons. Conc, Déc, n^{0} 96-D-51, *op.cit* p 7.

القول باندراج رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية ضمن أشكال التعسف في وضعية الهيمنة، حيث أقر المجلس في هذا الشأن:"... كنتيجة لما ذُكر، فإن شركة Sarl heli inter قد تعسفت في وضعية هيمنتها ومن وضعية التبعية الاقتصادية التي توجد فيها شركة Jet systems."[277]

في قضية أخرى كذلك، لم تتوان ذات الهيئة من إعتبار رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية تعسف في وضعية الهيمنة، وذلك في قضية France telecom، فبعد أن أقر المجلس بوجود هذه الأخيرة في وضعية هيمنة نتيجة لحيازتها لتسهيلة أساسية، إعتبر بعد ذلك أن شركة France telecom بفرضها تكاليف مرتفعة للدخول مقارنة بتلك التي تقوم بتسعيرها لمنافسيها، وتمييزها في التمكين من الدخول، قد تعسفت في وضعية هيمنتها في سوق قائمة المشتركين في الهاتف[278]

على المستوى الأوروبي، نجد العديد من القرارات التي أكدت من خلالها الهيئات الأوروبية المختصة في المادة من إعتبار رفض الدخول إلى التسهيلات الأساسية تعسفا في وضعية الهيمنة، ولعل أبرز مثال في هذا الشأن قضية "ميكروسوفت"، حيث إعتبرت اللجنة

[277] « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la Sarl Héli-Inter Assistance a abusé de sa position dominante et de la situation de dépendance dans laquelle la S.A. Jet Systems se trouvait à son égard en lui imposant une tarification forfaitaire injustifiée et discriminatoire ; que cette pratique pouvait avoir pour effet de restreindre la concurrence en empêchant la S.A. Jet Systems d'assurer dans des conditions financières justifiées et des conditions techniques acceptables l'exécution du marché de fourniture des transports sanitaires d'urgence héliportés dont elle avait été déclarée attributaire », Cons. Conc, Déc, n^0 96-D-51, *op.cit* p 10

[278] Cons. Conc, Déc, n^0 99-MC-01, *op.cit*, p. 7

الأوروبية أن رفض شركة ميكروسوفت تمكين المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول إلى السوق عن طريق استعمال نظامها البرمجي يُشكل تعسفا في وضعية الهيمنة[279].

إن الطريقة أو الأسلوب الذي يلجأ إليه الحائز على التسهيلة الأساسية لرفض التمكين من الدخول إلى هذه الأخيرة قد تأخذ صور عديدة. فالحائز على التسهيلة حينما تكون نيته هي القضاء على المنافسة أو تشويهها أو إعاقتها عن طريق استغلال حيازته لما هو ضروري للالتحاق بالسوق ومحاولة منه تفادي الإدانة، سوف يحاول قدر الإمكان أن يُضفي على سلوك الرفض نوعا من المشروعية بهدف إبعاد الشبهة عن نفسه في إتيانه لسلوك مناف للمنافسة. إن حصر الممارسات التي يلجأ إليها المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة الاساسية لحرمان المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الدخول غير ممكن، نظرا لتنوعها. من ذلك تبقى الممارسات المتعلقة بأسعار الدخول أهم صورة لهذه الممارسات.

ثانيا: فرض أسعار دخول مرتفعة تعسفيا: محاولة الحرمان من استغلال التسهيلة

يُشكل سلوك فرض أسعار دخول مُرتفعة تعسفيا أهم صور رفض الدخول إلى التسهلة الأساسية. في هذا الشأن عبر الفقيه John temple عن هذا بالقول أنه إذا فرضت المؤسسة الموجودة في وضعية الهيمنة على منافسيها أسعار مرتفعة على نحو يؤدي إلى إقصائهم من

[279] Décision, 207/53/CE, de la Commission du 24ars 2004, (COMP/C-3/37.792- Microsoft), JOUE, Point 9.

السوق عُد هذا الرفض غير مشروع[280]. وهو نفس توجه الأستاذ patrick Rey ولكن بتسمية أخرى ألا وهي السعر الباهض، حيث إعتبر الفقيه أن الأسعار الباهضة تندرج ضمن أهم الأغطية التي يُمكن أن تلجأ إليها المؤسسة الحائزة على التسهيلة الأساسية لرفض التميكن من الدخول إلى هذه الأخيرة[281].

مثل هذا التوجه نجد أنه تم الإقرار به على مستوى الهيئات المكلفة بالمنافسة، فعلى سبيل المثال إعتبرت اللجنة الأوروبية في تعليمتها المتعلقة بتطبيق قواعد المنافسة على اتفاقيات الدخول إلى قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية، السعر التعسفي علاوة على أنه تعسف في وضعية الهيمنة فهو يشكل أيضا رفضا للتمكين من الدخول [282].

أما بالنسبة لتعريف السعر المفرط، فقد ورد في القاموس الاقتصادي لقانون المنافسة تعريف لهذا ولكن بتسمية أخرى، ألا وهو السعر التعسفي، والذي يمكن تعريفه على أنه:"

[280] TEMPLE (L), " The principle of essntial facility in European community competition law- The position since Bronner", *op.cit*, p. 396

[281] PATRICK (R), « Concurrence par les mérites », Intervention à la Cour de cassation dans le cadre du cycle *Droit et economie de la concurrence*, 2005, p. 8

[282] "La fixation d'un prix excessif, outre le fait qu'elle constitue en soi un abus (60), peut aussi constituer un refus d' accorder l'accès .", Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE, n^0 C 76 du 11 mars 1997, Point 84, Disponible sur : www.eur-lex.europa.eu

ذلك السعر الأعلى بكثير على مستوى المنافسة، بسبب وجود احتكار أو نظرا لممارسة السلطة في السوق."[283]

من جانبها حاولت الهيئات المكلفة بالمنافسة إعطاء تعريف لهذا السعر، لاسيما الهيئات القضائية الأوروبية التي حاولت تقديم تعريف للسعر الباهض بصور مختلفة وفي قضايا عدة. ففي قضية general motors عرفت المحكمة الأوروبية السعر التعسفي هو ذلك السعر الذي تنعدم فيه علاقة المعقولية مع القيمة الاقتصادية للخدمة المقدمة[284].

فكما نلاحظ على التعريف الذي قدمته المحكمة الأوروبية، يرتبط القول بوجود سعر مفرط من عدمه الأخذ بعين الإعتبار معيار أساسي ألا وهو المقارنة بين السعر والقيمة الاقتصادية للخدمة المقدمة. في هذا الشأن نقول أن استعمال عبارة القيمة الاقتصادية دون تقديم توضيحات أخرى يجعل من هذه الأخيرة تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للهيئات المكلفة بالمنافسة، ما قد يُفضي إلى اتخاذ قرار مُجحف في المادة، من ذلك، لابد من الاستعانة بخبراء لاسيما في المادة الاقتصادية لتفادي أية سوء قراءة لمثل هذه المصطلحات. إضافة إلى معيار المقارنة بين سعر الدخول والقيمة الاقتصادية للخدمة. الأكثر من ذلك نلاحظ على التعريف الذي قدمته المحكمة أنه يشوبه قصور من ناحية عدم شموله للمنتوجات، فالسعر الباهض لا يقتصر وفقط على الخدمات بل يمتد ليشمل المنتوجات.

[283] OCDE , Glossaire d'Economie industrielle et droit de la concurrence, *op.cit*, Point 151

[284] CJCE, 13 novembre 1975, General motors c/Commission, 26/75, Point 12.

إضافة إلى معيار المقارنة بين سعر الدخول والقيمة الاقتصادية للخدمة، تُضيف المحكمة الأوروبية معيار أخر يُمكن الاستعانة به كذلك في تقدير الطابع المفرط للسعر من عدمه، ويتجلى هذا المعيار في مقارنة السعر المعني بالفحص والسعر المطبق في إقليم دولة عضو في المجموعة. حيث أقرت المحكمة على أنه:" حينما تفرض مؤسسة تكاليف مرتفعة بشكل حساس مقارنة بتلك المعمول بها في الدول الأعضاء الأخرى، وحينما تكون مقارنة مستويات هذه التكاليف مبنية على عناصر متجانسة، لابد من اعتبار هذا الاختلاف مؤشر لسعر مفرط مُشكل لتعسف في وضعية الهيمنة"[285]. في هذا الشأن نقول، أنه إذا كان المعيار الأول الذي وضعته المحكمة الأوروبية يُمكن تصور تبينه في القانون الجزائري، فإن الأمر ليس كذلك مع المعيار الثاني الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بشرط أن تكون الدولة عضو في الاتحاد الأوروبي وهو ما ليس عليه الحال بالنسبة للدولة الجزائرية.

في سياق السعر الباهض دائما، تمنحنا المحكمة الأوروبية معيار قيما في البحث عن مدى فرض سعر مفرط من عدمه وذلك في قضية united brands، ففي قضية الحال، إعتبرت المحكمة أنه من الممكن مقارنة سعر بيع منتوج بسعر إنتاجه، بعبارة أخرى، مراقبة تكاليف المؤسسة الحائزة على التسهيلة الأساسية من أجل تحديد هامش أرباحها. حيث تشير المحكمة في الشأن إلى أن ما ينبغي أخذه بعين الاعتبار هو تقدير ما إذا كان هنالك

[285] CJCE, 18 fevrier 1971, Srena/Eda, 40/70 , Point 17

تفاوت مفرط بين التكلفة المتحملة فعليا والسعر المطلوب فعليا، وفي حالة إذا ما تبين وجود تفاوت جوهري، عُد السعر مفرط[286].

استئناسا بكل هذه المعطيات، يُمكن أن نُعرف السعر المفرط باعتباره صورة لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية، على أنه ذلك السعر الذي من شأنه أن يُصعب من ممارسة النشاط الاقتصادي للعون طالب الدخول إلى التسهيلة الأساسية، على نحو يجعل من الأرباح التي يحققها ضئيلة أو شبه منعدمة مقارنة بتلك التي من المنتظر تحقيقها لو تم التمكين من الدخول في ظروف عادية. كما يمكن وصفه على أنه ذلك السعر الذي يحول دون تمكن طالبي الدخول إلى التسهيلة الأساسية المعنية من منافسة حائزها إن كان هذا الأخير منافس مباشر لها في السوق، أو من منافسة المتعاملين الذين تم تمكينهم من الدخول في سعر معقول. نشير إلى أن تقدير ما إذا كان سعر الدخول إلى التسهيلة الأساسية باهض ومفرط تبقى مسألة خاضعة للسلطة التقديرية للهيئات المكلفة بالمنافسة بشكل عام، الذي يقع لزاما عليه الأخذ بعين الإعتبار كل المعطيات والظروف المحيطة بالقضية لتفادي أي سوء تقدير في اتخاذ القرار.

[286] « que cette exagération pourrait, entre autres, être objectivement appréciée si elle pouvait être mesurée en comparant le prix de vente du produit en cause à son prix de revient, comparaison d'où se dégagerait l'importance de la marge bénéficiaire... » ; qu'il s'agirait alors d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, d'examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents; », CJCE, 14 février 1978, United Brands/ Commission , 27/76, Points 251, 252.

ما ينبغي التنويه إليه في هذا الشأن، هو أنه إذا كانت هذه المعايير تبدو كافية إلى حد ما في البحث عن صحة الادعاء بارتكاب سعر مفرط من عدمه في التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية المادية، فإن الأمر ليس بهذه السهولة حينما يتعلق الامر بالتسهيلات الأساسية غير المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية، حيث أن إضفاء صفة السعر المفرط على ذلك الذي فرضه الحائز على التسهيلة الأساسية، بالتالي القول بتحقق سلوك رفض الحصول على هذه الأخيرة لا يكون إلا في ظروف خاصة جدا، إذ لابد من الأخذ بعين الاعتبار الاستثمارات التي قام بها الحائز على التسهيلة، وهذا من منطلق أن التسهيلات الأساسية في مادة حقوق الملكية الفكرية هي إبداع خالص من المتعامل الاقتصادي الذي يحوزها، بخلاف التسهيلات الأساسية المادية التي يُمكن أن تكون نتيجة لغير الابتكار، كأن يحصل متعامل اقتصادي معين على امتياز تسيير تسهيلة أساسية معينة، ضف إلى ذلك، فإن الإشكال الرئيسي الاخر الذي يثور حينما يتعلق الأمر بالتسهيلات الأساسية غير المادية هو كيفية تقدير جهد الحائز على هذه التسهيلة ماليا.

في هذا الشأن مثلا، اعتبرت المحكمة الأوروبية في قضية "رونو" أن ارتفاع سعر قطع هياكل السيارات المصنوعة من طرف صانعي المركبات مقارنة بأسعر ذات القطع المصنوعة من طرف مستقلين لا يُشكل مؤشرا لوجود تعسف في وضعية الهيمنة، من منطلق أن الحائز على البراءة ربما كان ينتظر تغطية التكاليف الي تحملها من أجل تطوير القطع المعنية[287].

[287] CJCE, 5 octobre 1988, CICRA e.a./Renault, 53/87, Point, 17

في ذات السياق دائما، يعتبر باحث اخر في المادة أن تحديد هذه التكاليف الكبيرة أو المهمة، هي مهمة مغامرتية، ومبرره في ذلك في أن لابد من الأخذ بعين الاعتبار تكلفة المخاطر التي تحملها صاحب حق الملكية الفكرية[288]، إذ أنه لا بد من الاعتراف أن إنفاق أموال ووسائل وجهد في مجال حقوق الملكية الفكرية يُعتبر قبل أي شيء اخر مغامرة مثلما قد يكون مألها النجاح، قد يكون مصيرها كذلك نقيض ذلك، ما قد ينجر عنه بالنتيجة إلى إمكانية إفلاس العون الاقتصادي القائم بالعملية الاستثمارية، من ذلك، فإن تقييم هذه المخاطرة ماليا يُعتبر أمرا صعبا في حد ذاته.

كما يُضيف ذات الباحث في هذا الشأن، على أنه من بين العناصر التي لابد من أخذها بعين الاعتبار كذلك، هو ما إذا كانت مدة سريان حقوق الملكية المُعترف بها للحائز على هذا النوع من التسهيلات الأساسية كافية حقيقة لتغطية ديون الاستثمارات التي قام بها أم أنه يحتاج لفترة أخرى[289]. إن مثل هذا التحليل منطقي، فاسترجاع رأس المال الذي تم إنفاقه في العملية الاستثمارية يحتاج إلى فترة زمنية لا يمكن وصفها سوى بالمهمة حتى لا نقول عنها أنها بالطويلة. هذا إذا كان رأس المال المستثمر شخصي، أما إذ كان رأس المال الذي تم إنفاقه في هذه العملية مصدره القرض وهو الغالب في مثل هذه العمليات التي تقتضي أموالا طائلة، فإن المدة تكون أطول، لكون الامر يتعلق أولا باسترداد قيمة القروض ثم تحقيق هامش من الأرباح ثانيا.

---

[288] GSTALTER (J), Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information, op.cit, p. 356

[289] Idem

كما يُثير ذات الباحث إشكالا اخر فيما يتعلق بتقدير مدى صحة الادعاء بأن الحائز على التسهيلة الأساسية قد فرض سعرا مفرطا، يتمثل عدم تناظر المعلومات الذي-بحسب رأيه- يُعد عائقا حقيقيا أمام الهيئات المكلفة بالمنافسة وأن رقابة الأسعار تبقى مهمة جد معقدة لهذه الهيئات، من منطلق أن القيام بمثل هذه العملية لابد أن يتم لفترة زمنية ليس بالقصيرة[290].

في هذا الصدد، ولتفادي مثل هذه الإشكالات القانونية التي من شأنها التعقيد من مهمة البحث عن مدى صحة ارتكاب سعر مفرط للتمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية في مجال حقوق الملكية الفكرية على وجه الخصوص وفي مادة الحقوق غير المادية على وجه العموم، نقول أنه يُمكن للهيئات المُكلفة بالمنافسة الاستعانة بالهيئات المكلفة بحماية حقوق الملكية الفكرية وخبراء هذه المادة على حد سواء لتقدير ما إذا كان هذا السعر مفرط من عدمه. من جانبها كذلك، يقع لزاما على الأجهزة المختصة بحماية حقوق الملكية الفكرية وبحكم التجربة والخبرة التي تملكها في المادة الأخذ بعين الإعتبار المخاطر الاستثمارية التي تعرض لها الحائز على التسهيلة الأساسية في هذا المجال والإقرار له بمدة حماية تسمح له بتغطية الأموال التي أنفقها في العملية الاستثمارية، بغية تفادي جملة من النتائج السلبية، إذ أن إقرار مدة حماية معقولة وكافية سوف يسمح بتفادي هضم حقوق هذا المتعامل الاقتصادي من جهة، كما أنه سوف يُساهم إلى حد بعيد في عدم تأثير هذا الأخير

[290] GSTALTER (J), Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information, op.cit, pp 356, 357

سلبا على المنافسة. فحينما تسمح المدة المعترف بها قانونا لصاحب التسهيلة الأساسية في مجال حقوق الملكية الفكرية باسترداد ما أنفقه من جهد وأموال فإن ذلك سوف يؤدي بنسبة كبيرة إلى عدم رفض هذا الأخير التمكين من الدخول إلى هذه التسهيلة الأساسية لطالبي الدخول وبالتالي تفادي المساس بالمنافسة.

بمقابل ذلك نقول، أن الأقدمية التي تتمتع بها الهيئات المكلفة بالمنافسة في المادة، وسبق تعاملها مع مثل هذه الوضعيات قد يساهم بشكل أو بأخر من التقليل من حدة الصعوبات التي تواجهها حينما تختص بالنظر في مسائل التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية بشكل عام وتلك المرتبطة بحقوق الملكية الفكرية بشكل خاص.

الفرع الثاني: بعض الأشكال الأخرى لرفض الدخول: التعسف في وضعية الهيمنة خارج الأسعار

إضافة إلى ممارسة السعر المفرط لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية، قد يلجأ حائزي هذه الأخيرة إلى ممارسات تُترجم هي الأخرى سلوك الرفض بصفة غير مباشرة، والذي يكون بفرض شروط دخول غير معقولة، تدفع بالمتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق -عن طريق استعمال التسهيلات الأساسية- إلى التراجع عن ذلك وهذا لعدم مقدرتهم على التأقلم مع هذه الشروط والتي لا يُمكن وصفها إلا بغير المعقولة.

ففي قضية [291]« holy head » مثلا والتي شكلت فيها كل من شركتي B&I و Sealink طرفا القضية، كانت شروط استعمال الممنوح للشركة الأولى من طرف الشركة الثانية يُثير إشكالا حقيقيا. نُشير في البداية أن شركة Sealink هي المتعامل الاقتصادي المخول له قانونا تسيير هذه التسهيلة الأساسية والمتمثلة في هذا الميناء المعني بالنزاع.

في هذا الصدد، قررت شركة Sealink تعديل مواقيت السفن الخاصة بها، الشيء الذي ينجر عنه مرور سفينتين من السفن التابعة لها على رصيف الميناء المخصص لشركة B&I والذي يتزامن مع قيام هذه الأخيرة بعمليات التحميل أو التنزيل من أو إلى سفنها، الشيء الذي ينجر عنه أضرار خطيرة لشركة B & I حيث أنه عند مرور سفن شركة « Sealink » على الرصيف الميناء المخصص لشركة B & I تجد هذه الأخيرة نفسها ملزمة بإزالة الجسر المتحرك والذي يربطها بالمكان المخصص لها للقيام بعملية الشحن لأسباب متعلقة بالسلامة والأمن، على نحو يؤدي إلى تعطيل عمليات التحميل والتنزيل، دون إغفال مشكلة صعود الماء إلى الرصيف المخصص لشركة B & I [292]. الشيء الذي أثَر على هذه الشركة الأخيرة من ناحية الفعالية من جهة والوقت من جهة أخرى. ما جعل من وضعية هذا المتعامل الاقتصادي على المحك. فمن جانب الوقت، نلاحظ أن شركة B & I ملزمة على الدوام بإزالة الجسر المتحرك حين مرور سفينة شركة « Sealink » الشيء الذي ينجر عنه تضييعها للكثير من الوقت حين القيام بعملياتي التحميل والتنزيل، الأكثر من ذلك، فإن

[291] Décision B&I/Sealink Harbours, IV/34.174, publieé In CMLR, 1992, n^0 5, p. 131

[292] Idem

صعود الماء إلى الرصيف المخصص لها يدفع بها إلى القيام بجهد إضافي يقتضي وقت أكثر وتكاليف أعلى، دون إغفال إضرار صعود الماء إلى هذا الرصيف إلى الوسائل المستعملة للتحميل والتنزيل. الشيء الذي يؤثر حقيقة على الجانب الأخر، والمتمثل في الفعالية في ممارسة النشاط الاقتصادي، فتضييع الوقت في التكفل بالجسر المتحرك وفي إزالة المياه من الرصيف، وكذا إنفاق أموال إضافية في القيام بهذه العمليات، وكذا في إصلاح الوسائل المستعملة في التحميل والتنزيل نتيجة لتضررها من وصول المياه إلى رصيف الحميل والتنزيل، يُعقد أكثر فأكثر من مهمة ممارسة النشاط الاقتصادي في هذه الظروف[293]، الشيء الذي ينجر عنه المساس بمداخيل هذا الشركة، إن مثل هذه الشروط والظروف للتمكين من استغلال هذه التسهيلة الأساسية هي ظروف وشروط غايتها الدفع بطالب الدخول إلى التسهيلة إلى الانسحاب من السوق، فهي تُعادل بهذا المعنى رفض التمكين من الدخول بل هو رفض للتمكين من الدخول في حد ذاته.

إن قضية الحال تُشكل مثالا واضحا للشروط غير المعقولة التي قد يفرضها الحائز على التسهيلة الأساسية على المتعاملين الاقتصاديين الذين هم بحاجة مستمرة إلى هذه التسهيلة الأساسية للاستمرار في السوق أو حتى للالتحاق به على حد سواء. فمثل هذا السلوك يُوحي في ظاهره أن المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية قد استجاب إيجابا لسلوك طلب الدخول، والدليل على ذلك أنه قد سمح للمؤسسة طالبة الدخول من استعمال تسهيلته الأساسية، غير أن التعمق في ظروف وشروط التمكين من

[293] Décision B&I/Sealink Harbours, op.cit, p. 131

الدخول، يجعلنا نفهم أن نية الحائز على التسهيلة الأساسية هي نقيض ذلك تماما، حيث أن غايته في النهاية، هو الدفع بالمتعامل الاقتصادي طالب الدخول إلى التراجع عن الدخول إن كان قد مُكن من ذلك سابقا، أو استبعاده من السوق إن كان هذا الأخير قد التحق به سايقا.

من السلوكات كذلك التي قد يلجأ إليها الحائز على التسهيلة الأساسية لرفض التمكين من استغلال هذه الأخير من باقي المتعاملين طالبي الدخول اللجوء إلى ممارسات مناوراتية «Pratiques dilatoires» ، حيث يلجأ صاحب التسهلة إلى أسلوب المناورة لتفادي الاستجابة لطالبي الدخول، فهو لا يُدلي برفضه التمكين من الدخول بشكل صريح، كما أنه بمقابل ذلك، لا يُصعب من مأمورية المتعاملين الاقتصاديين المعنيين للدخول أو للاستمرار في السوق، ولكنه يأتي بسلوكات يُفهم من تحليلها بأنها تعني شيئا واحدا وفقط، وهو رفض التمكين من الدخول، على غرار اللجوء إلى سلوك التثاقل أو التأخر على الرد على طلب الدخول المُقترح من طرف الأعوان الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق، أو حتى رفض هذه المقترحات والمطالبة باقتراحات جديدة، دون المبادرة إلى تقديم اقتراحات أخرى.

نجد مثل هذه الممارسة في قضية «Sea contairs» ضد شركة «Sealink»، حيث أنه بالعودة إل حيثيات القضية مثلما أوردتها اللجنة الأروبية في قرارها في هذا الشأن، طالبت الشركة الأولى الشركة الثانية تمكينها من إنشاء ميناء خاص بها بمحاذاة ميناء ""هولي هايد"

للتمكن من ممارسة نشاطها في نقل المسافرين والمركبات[294]، حيث أبدت شركة «Sea contairs» استعدادها التام على تحمل كل التكاليف التي تسمح لها من استحداث مثل هذه التسهيلة وكذا تحمل كل التكاليف المؤقتة والضرورية لسير المنشأة[295]، إلا أنه وبالرغم من مبادرة شركة «Sea contairs» باقتراح كل نقاط التفاوض للتمكين من الدخول واستعدادها على تحمل تكاليف إضافية إلا أن شركة «Sealink» لم تُبد سوى رغبة واحدة وهي رفض التمكين من الدخول حتى ولو كان ذلك بصفة غير ضمنية من خلال اللجوء إلى أسلوب المناورة وهو ما أكدت عليه اللجنة الأروبية في قرارها، حيث أشارت إلى لجوء شركة «Sealink» إلى استراتيجية مناوراتية[296] والتي تتجلى في عدم الإقدام على اقتراح أو محاولة إيجاد حل للعوائق التي أثارتها هي بنفسها مع رفض كل الاقتراحات التي بادرت بها شركة «Sea contairs» دون تقديم اقتراحات مقابلة أو على الأقل محاولة التفاوض وهو ما يتنافى على حد تعبير اللجنة مع الالتزامات الواقعة على مؤسسة موجودة في وضعية هيمنة فيما يخص منشأة أساسية[297].

---

[294] Décision 94/19/CE de la commission du 21 décembre1993, Sea Containers/Stena Sealink, JOCE, n° L 15 du 18janvier 1994, Point, 20.

[295] Ibid, Point 21

[296]« Sealink a systématiquement use de tactiques dilatoireset soulevé des difficultés lorsque SC a envisagé d'utiliser les installations situées du côté ouest du port », Ibid, Point, 70

[297] « …dans ses négociations avec SC, Sealink n'a pas proposé ou tenté d'apporter de solutions aux problèmes qu elle soulevait et que, en rejetant toutes les propositions de SC sans faire aucune contre-proposition ou sans essayer de négocier avec celle-ci, elle s'est comportée d'une manière incompatible avec les obligations qui incombent à une entreprise qui jouit d'une

المطلب الثاني: الممارسات المتعلقة بسوق النشاط: الأسعار القاتلة

إضافة إلى السلوكات المنافية للمنافسة المتعلقة بالتسهيلة الأساسية ونخص بالذكر الأسعار التعسفية وبدرجة أقل الممارسات المناوراتية والتي يلجأ إليها العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية بهدف منع متعاملين جدد من الالتحاق بالسوق أو الدفع بمن هم على مستواها إلى مغادرتها، قد يلجأ صاحب التسهيلة إلى ممارسة أخرى ولكن هذه المرة على مستوى سوق النشاط من اجل نحقيق نفس الهدف دائما والمتمثل في الانفراد باستغلال التسهيلة الأساسية، أين تتجلى هذه الممارسة في الاسعار القاتلة. من ذلك لا يمكن توضيح هذه الممارسة دون التوقف عند مفهومها من جهة (الفرع الأول) والعناصر الواجب تظافرها من أجل إدانة هذا السلوك(الفرع الثاني)

في هذا الصدد، قبل الخوص في مختلف العناصر المتعلقة بالأسعار القاتلة لابد من الإشارة إلى نقطة جد جوهرية كانت قد تمت دراستها سابقا وهي مسألة عدم جدية التوجه القائل بضرورة تواجد المتعامل الاقتصادي في منافسة مباشرة مع المتعاملين الجدد و/أو المحتملين لتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية، إذ أن هذا العنصر يرد عليه استثناء جد ضيق يتعلق وفقط بسلوك الأسعار القاتلة ،إذ لا يمكن تصور مثل ارتكاب مثل هذا السلوك المنافي للمنافسة دون أن يتواجد الحائز على التسهيلة الأساسية في منافسة مباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول إلى التسهيلة الأساسية مثلما سوف يرد ذكره أدناه.

---

position dominante en ce qui concerne une installation essentielle. », Décision 94/19/CE de la commission du 21 décembre1993, op.cit, p 71.

الفرع الأول: الأسعار القاتلة: الاقصاء من استغلال التسهيلة عن طريق سوق النشاط

تُشكل الأسعار القاتلة الوجه الأبرز للممارسات الإقصائية التي تلجأ إليها المؤسسات التي تملك سلطة في السوق مثلما هو عليه مع الحائزين على التسهيلات الأساسية وذلك من أجل بسط سيطرتهم على مستوى سوق النشاط[298].

في هذا الصدد، قبل الخوض في تعريف هذه الممارسة نشير في البداية إلى الاختلاف القائم بين هذه الممارسة وممارسة الأسعار التعسفية التي يلجأ إليها كذلك الحائز على التسهيلة لرفض التمكين من الدخول. فإذا كانت الممارستين تترجمان رغبة واحدة عند صاحب التسهيلة الاساسية والتي تتجلى في رفض هذا الاخير بصفة غير ضمنية تمكين باقي المتعاملين من الحصول على استغلال هذه الاخيرة، إلا أن الممارستين تختلفان من حيث أنه إذا كانت الأسعار المرتفعة تعسفيا لا تستدعي تواج الحائز على التسهيلة الأساسية على مستوى سوق النشاط من منطلق أن السعر التعسفي يتعلق وفقط بتكلفة الدخول، على نحو يُمكن تصور ممارسة الحائز على التسهيلة الأساسية لأسعار دخول مرتفعة تعسفيا لإقصاء متعاملين اقتصاديين لحساب متعاملين اخرين، فإن الأمر ليس كذلك مع ممارسة الأسعار

[298]WEST (J), Prix d'éviction, « *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* », vol 9, 2007, P 110, www.cairn.info/revue-sur-le-droit-et-la-politique-de-laconcurrence-2007-1-page-109.htm

القاتلة التي تستدعي تواجد الحائز على التسهيلة على نفس سوق النشاط، أو بعبارة أخرى ضرورة أن يكون هذا الأخير في منافسة مباشرة مع المتعاملين الجدد و/أو المحتملين.

الأكثر من ذلك، إذا كانت ممارسة الأسعار المرتفعة تعسفيا تتعلق بالتسهيلة الأساسية في حد ذاتها، فإن الأمر ليس كذلك مع الأسعار القاتلة التي تتعلق بالمنتوج أو الخدمة الناتجة عن استغلال التسهيلة الأساسية المعنية، ما يجعل من الأسعار القاتلة أكثر خطورة في مادة الإقصاء من السوق مقارنة بالأسعار المرتفعة تعسفيا.

في سياق اخر، تتجلى الأسعار القاتلة في قيام المؤسسة بتسويق منتوجاتها أو خدماتها في أسعار غير معقولة على المدى القريب من أجل تحقيق أهداف خفية على المدى البعيد، حيث تقوم بالتضحية بأرباحها في فترة معينة من أجل مضاعفة هذه الأرباح بصورة غير مألوفة في فترة لاحقة[299] وذلك بعد أن تحرر السوق طبعا من باقي المتنافسين والاستحواذ بالنتيجة على حصصهم على مستوى هذه الأخيرة.

في هذا الصدد، عرفت اللجنة الأروبية الأسعار القاتلة تحت تسمية الأسعار الإقصائية وذلك في قاموسها المتعلق بالمصطلحات المستعملة في مجال سياسة المنافسة في الاتحاد الأروربي على أنها:" تلك الاستراتيجية التي تلجأ إليها المؤسسة الموجودة عادة في وضعية الهيمنة من أجل إقصاء منافسيها من السوق عن طريق وضع أسعار أقل عن تكاليف

[299] WEST (J), Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence »*, op.cit, p 110.

الانتاج"[300]. ثم تُشير اللجنة بعدها إلى السلوك اللاحق للمؤسسة بعد تطبيقها للأسعار القاتلة وذلك بالقول أنه إذا ما نجحت المؤسسة في القضاء على منافسيها الموجودين في نفس السوق وتثبيط مؤسسات جديدة من الالتحاق بهذه الاخيرة، يمكن لها في ذلك الحين رفع أسعارها من جديد وتحقيق أرباح أكثر من تلك التي كانت تحققها قبل لجوئها إلى هذه الاستراتيجية[301].

كما يُشار إلى الاسعار القاتلة على أنها: "تلك الأسعار الضعيفة والتي لا يُمكن إعتبارها سوى أنها غير معقولة والتي من شأنها القضاء أو معاقبة المنافسة في السوق، الشيء الذي ينجر عنه المؤسسة صاحبة السلوك من تعزيز سلطتها في السوق أو الانفراد بها"[302].

يُشير مجلس المنافسة الفرنسي إلى الأسعار القاتلة باعتبارها ذلك السلوك الذي تقوم من خلاله المؤسسة الموجودة في وضعية الهيمنة من تسقيف أسعارها عند مستوى ينجر عنه تعرضها لخسائر أو تنازلها عن أرباح على المدى القصير بهدف إقصاء أو تهذيب منافس أو

[300] « Stratégie (délibérée) d'une entreprise, généralement en position dominante, qui consiste à évincer les concurrents du marché en fixant des prix inférieurs aux coûts de production. », Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de la concurrence de l'union européenne, *op.cit,* p. 42

[301] « Si l'entreprise «prédatrice» réussit à éliminer ses concurrents existants du marché et à dissuader de nouvelles entreprises d'entrer sur le marché, elle peut alors relever ses prix et réaliser des bénéfices plus importants », Idem.

[302]WEST (J), Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence »*, op.cit, p, P 114.

عدة متنافسين أو الاكثر من ذلك تعقيد عملية التحاق متنافسين جدد بالسوق وذلك بهدف استرداد الخسائر التي تعرضت لها[303] .

من خلال هذه التعاريف يتضح لنا جليا، أنه من غير الممكن الحديث عن الاسعار القاتلة في غياب وضعية الهيمنة باعتبار أنها الوضعية الوحيدة التي تسمح بامتلاك سلطة سوقية تُمكن إتيان مثل هذه الممارسة مثلما هو عليه الحال مع المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية والتي منحته مثل هذه الوضعية المميزة في السوق.

تحمل هذه الممارسة طياتها أثرين أساسيين، تظهر أثره أحدهما على المستوى القريب في حين تتجلى أثر الأخر على المستوى البعيد. يتجلى الأثر الأول في تغير سلوك المستهلك على المستوى القريب، وذلك بالتوجه نحو سلع و/أو خدمات المتعامل الاقتصادي الممارس للأسعار القاتلة باعتبارها الأسعار الأكثر انخفاضا في السوق من منطلق أنها أسعار من أسعار التكلفة وهو الأثر الذي يبدو من نظرة غير متعمقة أنه أثر إيجابي بالنسبة للمستهلك لاسيما على قدرته الشرائية، الشيء الذي يقابله تعرض باقي المتنافسين في السوق الى خسائر جد معتبرة كنتيجة منطقية لعزوف المستهلكين عن شراء منتوجاتهم و/او الاستفادة من خدماتهم وهذا بالنظر إلى الأسعار التي يطبقها هؤلاء الأعوان والتي تبدو وكأنها مرتفعة نظرا لعدم إخضاعها لمثل هذا السلوك الاقصائي. في حين يتجلى الأثر على المدى البعيد في عدم إمكانية استمرار باقي المتعاملين الاقتصادي ومغادرتهم للسوق كنتيجة حتمية لعزوف

[303] Cons. Conc, Déc. n^0 07-D-09, Du 14 Mars 2007, Relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxosmithkline France, Point 164.

المستهلكين عن منتوجاتهم و/أو خدماتهم على نحو لا يستطيعون الاستمرار في مؤسسة المُطبقة للأسعار القاتلة وكذا امتناع المتعاملين الاقتصاديين المحتملين من الالتحاق بالسوق بعد إدراكهم باستحالة الاستمرار في السوق في ظل هذه الظروف خاصة إذا علمنا أن المصدر الأساسي لأرباح هذه المؤسسات هو توافد المستهلكين على منتوجاتهم و/أو خدماتهم. بمقابل هذا الاقصاء الذي يتعرض له هؤلاء المتعاملين ينفرد المتعامل الاقتصادي صاحب الأسعار القاتلة بالسلطة في السوق من خلال الاستحواذ على حصص هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين المغادرين للسوق. الشيء الذي ينجر عنه لجوء العون الاقتصادي صاحب الأسعار القاتلة إلى الرفع غير العادي في أسعار المنتوجات و/أو الخدمات موضوع الأسعار القاتلة من اجل تعويض الخسائر التي تعرض لها نتيجة تخفيضه للأسعار دون أسعار التكلفة ، ما يُعرض المستهلك لتحمل أسعار أكبر من تلك التي كان يتحملها قبل بداية ممارسة الأسعر القاتلة، لهذا وصفنا أعلاه الأثار الايجابية على المستهلك على المدى القريب أنها مؤقتة أو غير حقيقية.

على ضوء ما ذكر، تُشكل الأسعار القاتلة سلوك استراتيجي يلجأ إليه الحائز على التسهيلة للانفراد المزدوج بالسلطة السوقية. فممارسة الأسعار القاتلة يُمكَن الحائز على التسهيلة كما أشرنا سابقا من الانفراد بعرض المنتوجات و/أو الخدمات في سوق النشاط وهو ما يترتب عنه بالنتيجة كذلك الانفراد باستغلال التسهيلة الأساسية من منطلق أن عرض المنتوجات و/أو الخدمات على مستوى سوق النشاط يكون عن طريق استغلال التسهيلة الأساسية ما يعني أنه في حالة اذا ما قرر عون اقتصادي مغادرة النشاط الذي يمارسه عن

طريق استغلال التسهيلة الأساسية بات من المنطقي جدا أن يتخلى عن استغلال هذه الأخيرة وهو ما يبحث عنه الحائز على التسهيلة الاساسية من خلال ممارسة الأسعار القاتلة، الشيء الذي يُشكل في نفس الوقت ميزة خالصة بالأسعار القاتلة في مادة التسهيلات الأساسية. فإذا كان ممارسة الأسعار القاتلة يؤدي وفقط إلى مغادرة سوق واحدة وهي سوق النشاط، فإن الأمر ليس كذلك مع ممارسة الأسعار القاتلة في إطار التسهيلات الأساسية الذي يؤدي إلى الإقصاء من سوق النشاط وسوق التسهيلة في ان واحد.

في هذا الصدد، لتفادي الإيجابية الخاطئة -أي أن يتم إدانة عون اقتصادي على أساس ممارسة الأسعار القاتلة وهو ليس كذلك- وكذا لاجتناب السلبية الحقيقة –أي عدم ادانة العون الاقتصادي على أساس عدم ارتكابه لسلوك الأسعار القاتلة بالرغم من انه قد ارتكبها بالفعل- لابد من تسليط الضوء على العناصر الي ينبغي لتفادي أي سوء تقدير لعملية المتابعة، ويتعلق الأمر في هذا الصدد مثلما أشارت إليه مختلف التعريفات الواردة للأسعار القاتلة بتسقيف أسعار عرض المنتوجات و/أو الخدمات أقل من سعر التكلفة مع وجود نية القضاء على المنافسة أو بعبارة أخرى التضحية التي يلجأ إليها المتعامل الاقتصادي من أجل الانفراد بالسلطة في السوق[304]

[304] Cons. Conc, Déc. n^{0} 07-D-09, Du 14 Mars 2007, *op.cit*,, Point, 166.

الفرع الثاني: منهج تحديد السعر القاتل

إن تحديد ما إذا كان السعر المطبق من المتعامل الاقتصادي الذي يُفارض فيه ارتكاب سلوك الأسعار القاتلة يقتضي المقارنة بين الأسعار الممارسة في الفترة محل فحص لمدى ارتكاب أسعار قاتلة خلال مدتها وبين التكاليف التي تعرضت لها المؤسسة محل المتابعة بارتكاب هذا السلوك من أجل عرض المنتوج و/أو الخدمة المعنية في السوق فيما أطلق عليه مجلس المنافسة الفرنسي تسمية اختبار التكلفة[305]. فإذا كان هذا النوع من الاختبارات لا يحسم مسألة وجود نية لدى المؤسسة المتابعة في ارتكاب سلوك الأسعار القاتلة إلا أنه يمنح بمقابل ذلك معطيات جد مهمة للقول بالوجود الحقيقي والفعلي لهذه الممارسة[306] . يُفهم من ذلك، أن الغاية من هذا الاختبار هو إثبات الوجود المادي للسلوك، أي ما إذا كانت المؤسسة قد ارتكبت فعلا أسعر من أقل من التكلفة التي يتطلبها عرض المنتوج و/أو الخدمة المعنية في السوق، دون أن يسمح بمقابل ذلك بإثبات نية إتيان مثل هذا السلوك والذي يتطلب فحصه اللجوء إلى وسائل وقرائن أخرى.

إذا كان المنهج الواجب اتباعه في فحص الوجود المادي للوقائع محل المتابعة لا إشكال فيه، يبقى السؤال مطروح حول التكلفة المعيارية التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار للقول بأن

[305] Cons. Conc, Déc. n^0 07-D-09, Du 14 Mars 2007, *op.cit,*, Point, 175

[306] West(J) Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence », op.cit,* p 115.

عرض المنتوجات و/أو الخدمات في السوق قد تم في أسعر أقل من سعر التكلفة، وهذا من منطلق تعدد مقاييس التي يمكن الاستناد إليها لتحديد التكلفة المعيارية والتي تبرز في:

التكلفة الهامشية: وهي التكلفة التي تُشير إلى تكلفة أخر وحدة منتجة

متوسط التكلفة المتغيرة: والذي يُشير إلى معدل التطور الذي يعرفه السعر الهامشي على مدار مدة من الانتاج

متوسط التكاليف ممكن تفاديها، زهي كل مبالغ التكاليف التي يُمكن اجتنابها من خلال التنازل عن كمية من الإنتاج مقسمة على المجموع الإجمالي للوحدات غير المنتجة

وأخير التكلفة الكلية المتوسطة: والتي يُمكن حسابها بتقسيم مجموع تكاليف المؤسسة المتغيرة منها والثابتة على المجموع الكلي للوحدات المنتجة.[307]

نتيجة لتعدد مقاييس التكاليف التي يُمكن الاستناد إليها لتحديد التكلفة المعيارية، ظهرت معها العديد من المعايير على نحو يُمثل كل مقياس للتكلفة معيارا يُمكن الاستناد إليه في فحص الوجود المادي لسلوك الأسعار القاتلة.

في هذا الصدد، يُعتبر اختبار «Areeda Turner»[308] أول اختبار تم وضعه في البحث عن وجود السلوك المادي للأسعار القاتلة، حيث يعتبر الأستاذين «Areeda» و«Turner» أن المعيار

[307]WEST (J), Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence »*, op.cit, p 117.

الحاسم في تقدير الوجود المادي لسلوك الأسعار القاتلة هو معيار السعر الهامشي على المدى القريب[309] وعلى حد تعبيرهما فإن تطبيق أسعار منخفضة عن السعر الهامشي على المدى القصير يُشكل سلوكا تعسفيا[310] وبمفهوم المخالفة فإن كل سعر عرض للمنتوجات و/أو الخدمات يفوق هذه التكلفة يخرج من دائرة الأسعار القاتلة.

غير أن صعوبة تطبيق هذا المعيار لاسيما صعوبة حساب التكلفة الهامشية للمتعامل الاقتصادي على المدى القريب خاصة فيما يتعلق بمسألة الحصول على المعلومات المتعلقة بهذا المعيار[311] من جهة وكذا انحصار تطبيق هذا المعيار تطبيق هذا المعيار وفقط على الحالة التي يكون فيها منافس المتعامل الاقتصادي المعني بالمتابعة على نفس القدر من الفعالية مع هذا الأخير، بمعنى اخر، أن يكون للمنافس المحتمل أو الملتحق جديدا بالسوق نفس تكلفة المؤسسة المتابعة بممارسة الأسعار القاتلة[312].

---

[308] أُطلقت هذه التسمية على هذا الاختبار نسبة إلى الأستاذين « Areeda ;Turner » اللذين هما أول من أشارا وأبدعا في هذا الاختبار. للتفصيل اكثر في هذه النقطة انظر:

ELSA (T), Les prix prédateurs, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen des affaire, Université Panthéon- Assas, 2010, p. 24

[309] REY (P), TIROLE (J). Analyse économique de la notion de prix de prédation. In: Revue française d'économie, vol 12,n°1, 1997, p 26

[310] WEST (J), Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence »*, op.cit, P 117.

[311] ERDEM (Y), analyse comportementale des prix prédateurs dans le droit américain et européen, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2018 p. 12

[312] Ibid, p28

يُثير هذا المعيار بحسب ما تم ذكره حدين أساسيين من شأنهما التقليل من فعالية تطبيقه، إذ يرتبط الحد الأول بصعوبة الولوج إلى المعلومة في حين يرتبط الثاني بوضعية المنافسة في السوق المعنية بممارسة الأسعار القاتلة، والتي ينبغي ان تكون بحسب ما تم سرده أن تكون سوق تنافسية ما دام أنه يشترط وجود متعاملين اقتصاديين بنفس الوتيرة التنافسية للمؤسسة المتابعة بتطبيق مثل هذه الأسعار، الشيء الذي يستبعد تطبيق هذا المعيار في البحث عن السلوك المادي للأسعار القاتلة في مادة التسهيلات الأساسية من منطلق أن سوق النشاط المنبثق عن استغلال التسهيلة الأساسية هي سوق غير تنافسية بطبيعتها ولو لم تكن كذلك لما كان هنالك اعتبار وضرورة للالتحاق بها عن طريق وسيلة التسهيلات الأساسية بل أن وجود السوق في وضعية تنافسية ينفي في غالب الحالات وجود تسهيلة أساسية تُعيق الالتحاق بها.

نتيجة لذلك يوصي الأستاذين بمعيار بديل وهو معيار متوسط التكلفة المتغير، وهو المعيار الذي تبنته اللجنة الأروبية في تعريفها للأسعار القاتلة في قاموسها المتعلق بسياسة المنافسة، حيث إعتبرت اللجنة أن اللجوء إلى ممارسة أسعار منخفضة عن متوسط التكلفة المتغير هي أسعار اقصائية[313]، وهو معيار لم يتوان كذلك مجلس المنافسة الفرنسي في تبينه في البحث عن مدى وجود السلوك المادي للأسعار القاتلة[314].

[313] Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de la concurrence de l'union européenne, *op.cit,* p. 42

[314] Cons. Conc, Déc. n^{0} 07-D-09, Du 14 Mars 2007, *op.cit,* Point, 176.

من بين الانتقادات الموجهة لهذا المعيار هو أنه يسمح للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين بالمتابعة والذين يتعرضون لتكاليف ثابتة مرتفعة وتكاليف متغيرة ضعيفة من الانفلات من المتابعة مثلما هو عليه الحال مع شركات السكك الحديدية وشركات الاتصالات الالكترونية[315] باعتبار أن مثل هؤلاء الأعوان الاقتصاديين قد يلجأوون إلى ممارسة أسعار قاتلة ولكن لطالما ان متوسطة التكلفة المتغير لديهم جد ضعيفة يوقع السلطات المكلفة بالمنافسة فيما يُسمى بالسلبية الحقيقة، أي الإقرار بعدم ارتكاب المؤسسة المعنية بالمتابعة للأسعار القاتلة بالرغم من أن السلوك موجود بالفعل ولكن لم يتم تقديره.

إن تطبيق معيار متوسط التكلفة المتغير في إطار البحث عن حقيقة إتيان سلوك الأسعار القاتلة في مادة التسهيلات الاساسية لا يخرج عن نطاق التحليل:

إذا كان متوسط التكلفة المتغير للحائز على التسهيلة الأساسية ضعيف مثلما هو عليه مع الحائزين على التسهيلات الأساسية في مادة حقوق الملكية الفكرية واستغلال المرافق العامة الشبكية واستغلال التسهيلات الأساسية المطارية والمينائية، فإن تفعيل هذا الاختبار سوف ينجر عنه انفلات المتعامل الاقتصادي من المتابعة وحتى وإن ارتكب فعلا هذه الممارسة من منطلق أن متوسط التكلفة المتغير التي تعرض لها في مثل هذه الوضعيات جد ضعيف، ما يسمح له بعرض منتوجاته و/أو خدماته على مستوى سوق النشاط عن طريق استغلال

[315] WEST (J), Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence »*, op.cit, p 118.

التسهيلة في أسعار ضعيفة جدان ولكن لطالما كانت متوسط التكلفة المتغير عنده ضعيف فإنه سوف يبدو وكأنه غير ممارس لمثل هذه الأسعار، بخلاف تفعيل هذا الاختبار في مادة التسهيلات الأساسية التي يكون فيها متوسط سعر التكلفة المتغير مرتفع، إذ أن أي محاولة لممارسة أسعار قاتلة سوف يتم تقدير وجوده مباشرة.

في ظل هذه المعطيات، نقول أن تأثير وجوهرية معيار متوسطة التكلفة المتغير لا يظهر إلا في حالة المتعاملين الاقتصاديين الذين يكونون عرضة لتكاليف متغيرة مرتفعة، ما يستدعي ضرورة الاستناد إلى معيار اخر في مثل هذه الظروف ويتعلق الأمر هنا بمعيار التكلفة الكلية المتوسطة، حيث يُشكل سعرا قاتلا استنادا إلى هذا الاختبار كل سعر منخفض عن التكلفة الكلية المتوسطة، ما لم يُقدم العون الاقتصادي أدلة معقولة وموضوعية تبرر ممارسته لمثل هذه الأسعار[316].

اخر اختبار يمكن الاستعانة به لتقدير الوجود المادي لسلوك الأسعار القاتلة هو اختبار التكلفة المتوسطة الممكن تفاديها، وهو اختبار لم تتوان الهيئات المكلفة بالمنافسة من الأخذ به على غرار مجلس المنافسة الفرنسي[317]

من خلال ما ذكرناه عن مختلف الاختبارات التي يُمكن الاستعانة بها في تقدير ارتكاب السلوك المادي للأسعار القاتلة والمتمثل في عرض المنتوجات و/أو الخدمات بسعر أقل من

[316] WEST (J), Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence »*, op.cit, p 119.

[317] Cons. Conc, Déc. n^0 07-D-09, Du 14 Mars 2007, op.cit, Point, 176

سعر التكلفة وهو أن كل اختبار من هذه الاختبارات قد يكون جوهري وحاسم في تقدير ارتكاب سلوك السعر القاتل، فجوهرية هذه الاختبارات لا تتعلق بمضمونها في حد ذاته وإنما بخصوصيات كل مجال اقتصادي والتي تختلف من قطاع لاخر وباختلاف طبيعة التكاليف التي يتعرض لها المتعاملين الاقتصاديين وتعدد منتوجاتهم والتي تختلف من متعامل اقتصادي إلى متعامل اخر، من ذلك ما قد يكون اختبار حاسم في تقدير سلوك السعر القاتل في قطاع اقتصادي معين وبالنسبة لعون اقتصادي في إطار قطاع اقتصادي معين قد لا يكون حاسما في مجال اقتصادي اخر ومتعامل اقتصادي اخر وفي إطار قطاع اقتصادي اخر.

الفصل الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: بين مقتضيات الضبط وحماية المنافسة

بعد التأكد من ارتكاب الممارسة المنافية للمنافسة المتعلقة بالتسهيلات الأساسية والمتمثلة في التعسف في وضعية الهيمنة عن طريق رفض التمكين من الدخول بمختلف صوره وما يقتضيه من شروط، وبعد أن تتأكد كذلك من وقوع الاثار السلبية المنجرة عن هذا الرفض لاسيما الاخلال الخطير بالمنافسة، تتدخل الهيئات المكلفة بالمنافسة في ذلك الحين من أجل محاولة إعادة التوازن التنافسي في السوق لايسما عن طريق تمكين المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق من الدخول إلى التسهيلات الأساسية التي تسمح لهم بذلك.

إن الأسواق التي تتعلق بالتسهيلات الأساسية هي أسواق مفتوحة حديثا على المنافسة، فهي بهذا المعنى كانت في وقت ليس بالبعيد أسواق محتكرة في إطار احتكار طبيعي من طرف المتعامل التاريخي، أو على الأقل خاضعة لوضعية الهيمنة ، ما يجعل منها أسواق غير تنافسية وهذا كنتيجة منطقية لانفراد المتعامل التاريخي بامتلاك التسهيلة الأساسية أو تسييرها.

في ظل هذه الظروف والمعطيات يُصبح تدخل الهيئات المكلفة بالمنافسة ضرورة لابد منها. من أجل تفادي تعميق الفجوة بين المتعامل التاريخي الحائز على التهسيلة وباقي المتعاملين الاقتصاديين سواء الملتحقين حديثا بالسوق و/أو المحتملين والأكثر من ذلك لتصحيح الاختلالات التي قد تلحق بالمنافسة في السوق في مثل هكذا ظروف.

في هذا الصدد، إن أن أهم وصف يُمكن إضفاءه على مسؤولية الهيئات المكلفة بالمنافسة في التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية من أجل لاسيما خلق المنافسة في مثل هذه الطائفة من الأسواق هي صفة الضبط، ليُشكل ذلك تحولا في الوظائف المعهودة لمجلس المنافسة(المبحث أول).

بمقابل ذلك، إن تبني مجلس المنافسة لصفة الضابط حين تدخله في إطار نظرية التسهيلات الأساسية لا يعني التخلي عن الاختصاصات المخولة له قانونا من أجل ضبط المنافسة في مثل هذه الظروف باعتباره الحامي الأول للنظام العام التنافسي. فحينما يتأكد المجلس من ارتكاب التعسف في وضعية الهيمنة من خلال الاستغلال التعسفي لحيازة

التسهيلات الأساسية، يحق للمجلس في ذلك الحين بما خول له قانون المنافسة من اختصاصات من أجل علاج هذه الوضعية ووضع حد للممارسة المنافية للمنافسة المرتكبة في هذا الصدد سواء كانت هذه الوسائل كلاسيكية أو بديلة'. فمجلس المنافسة في إطار تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية يتخذ صفتين، صفة الضابط عن طريق التمكين من الدخول إلى التسهيلات الاساسية من أجل خلق المنافسة في السوق، وصفة الحامي للنظام العام التنافسي في السوق من خلال وضع حد للممارسة المنافية للمنافسة وإعادة التوازن التنافسي إلى السوق. (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية: مهمة ضبطية

إن الأسواق المتعلقة بالتسهيلات الأساسية هي أسواق غير متناظرة، وهذا باعتبار توفرها على كل خصائص هذه الأخيرة، فهي أسواق مفتوحة حديثا على المنافسة ما يجعل من درجة المنافسة على مستواه منعدمة بل ربما تكون منعدمة، كما أنها أسواق مقيدة لوجود عوائق هيكلية تُصعب من عملية الالتحاق بها لممارسة النشاط الاقتصادي، كما أنها علاوة على ذلك أسواق تتميز بأفضلية جوهرية للمتعامل التاريخي مقارنة بباقي المتعاملين والتي منحتها إياه أسبقيته إلى السوق[318].

إن هذه الأسواق باعتبارها غير متناظرة، تحتاج من أجل خلق المنافسة على مستواها اللجوء إلى ضبط غير متناظر ودائم وهذا نظرا لخصوصيات أسواق القطاعات التي يرتبط

[318] FRISON-ROCHE (M-A), Asymétrie : Régulation Asymétrique/ Asymétrie d'information, https://mafr.fr/fr/article/asymetrie-regulation-asymetrique-asymetrie-dinform/

الدخول إليها استغلال التسهيلات الأساسية(المطلب أول)، بمقابل ذلك، تتجلى المهمة الضبطية للهيئات المكلفة بالمنافسة في إطار تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية في ضرورة التمكين من الدخول إلى هذه التسهيلات في شروط غير تمييزية ومعقولة، والتي من دون تحققها لا يُمكن الحديث عن دخول من شأنه المساهمة في خلق المنافسة في السوق، ما يستدعي حرصا كبيرة في معالجة هذه الشروط من الهيئات المكلفة بالمنافسة سواء. من حيث محاولة تقديم تعاريف لهذه الشروط أو من حيث عملية تقديرها على حد سواء (المطلب ثاني).

المطلب الأول: التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية: ضبط اقتصادي بامتياز

قبل الخوض في شروط التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية والتي تؤكد بما لا يدع أي مجال للشك على الوظيفة الضبطية لمجس المنافسة -من منطلق أن التمكين من الدخول في شروط معقولة وغير تمييزية يُشكل في حد ذاته معاملة خاصة للمتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية باعتباره متعامل موجود في وضعية الهيمنة وهذا وفقا لما تقتضيه مقتضيات الضبط والتي تستدعي إخضاع المؤسسات الموجودة في وضعية الهيمنة لمعاملة خاصة تحقيقا لأهداف العملية الضبطية لابد من الوقوف أولا عند مفهوم الضبط الاقتصادي أين يبرز لنا بشكل واضح أن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية عملية ضبطية(فرع أول) بخصوصية معينة(الفرع الأول)

الفرع الأول: انسجام تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية مع مفهوم الضبط الاقتصادي

بالعودة إلى مختلف التعاريف والمقاربات المتعلقة بالضبط الاقتصادي نجد أن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية يتوافق تمام التوافق مع هذه أغلب هذه التعاريف والمقاربات. في هذا الصدد، نشير إلى أن فكرة الضبط هي فكرة علمية مستوحاة من علم التحكم والتي يُشار بها إلى ضمان السير الحسن لنظام معقد من خلال توازنات مهمة[319].

يُعبر الأستاذ "جيرارد تيمسيت" عن فكرة الضبط على أنها تعبير عن التحول في النظام القانوني الذي يتميز بالانتقال من القانون المجرد إلى القانوني الواقعي- أي من القواعد النظرية التي كانت تضعها الدولة بمؤسساتها الكلاسيكية لاسيما السلطة التشريعية بعيدة عن مقتضيات الواقع وتعويضها بقواعد قانونية تضعها هيئات ضابطة قريبة من الواقع ومتطلباته- أين تترك القاعدة العامة مجالا واسعا للهيئات الملكفة بتحديد تطبيقها، ليُضيف الأستاذ في نفس النهج أن الضبط هو وسيلة لعلاج اختلالات السوق وأن الضبط الضبط وسيلة ترافق وضع نظام رقابة موجه بالدرجة الأولى يحول دون التعسف في

[319]« Ainsi, dans le domaine de la cybernétique, à savoir de la science « qui étudie exclusivement les communications et leurs régulations dans les systèmes naturels et artificiels », la régulation assure le bon fonctionnement d'un mécanisme par des équilibres de poids. », PIRAUX (A), « Les outils publics de la régulation », *Revue Baricade*, n 2015, p. 3, Disponible sur : http://www.barricade.be/sites/default/files/publications/pdf/2015_-_les_outils_publics_de_la_regulation.pdf

وضعية الهيمنة، وإيجاد مكانة للمتدخلين الجدد وضمان ولوجهم إلى التسهيلات الأساسية[320].

من جانبه، يُعبر الأستاذ « Yves Gaudemet »، بأن الضبط شيء جديد ومقاربة جديدة لوظائف وطرق إنتاج القاعدة القانونية وعلاج عنه السلطة العامة ويُمثل الضبط النموذج الحديث للتدخل الإداري، فهو ليس مجرد لغة جديدة، بل أن الضبط يُعبر عن الوظائف التقليدية الدولة بصورة مختلفة[321]

من جانبها وصفت الفقيهة الفرنسية Marie-Anne Frison-Roche الضبط بأنه فرع جديد من فروع القانون والذي يشمل مجمل القواعد الموجهة لضبط القطاعات التي لا يمكن أن تنتج توازناتها بنفسها مثلما هو عليه الحال مع قطاعات الطاقة والاتصالات وغيرها[322]، لتُضيف في تعريف اخر أن الضبط هو الوسيلة لتحقيق التوازنات الكبرى في قطاع معين[323]، لتشير بعد ذلك الفقيهة إلى المبررات التي دفعت إلى ضرورة اللجوء إلى تقنية الضبط وذلك بالقول أن الضبط هو تقنية تدخل ذات طبيعة سيادية في قطاع معين لأن هذا الأخير يستدعي ذلك ولأن منافع الأمة في خطر[324]، لتنوه بعدها الكاتبة في تعريف اخر

---

320 TIMSIT (G.), « La régulation, la notion et le phénomène, « Revue française d'administration publique » n^0 1, 2004, pp. 5-11.

321 GAUDEMET (Y.), « Introduction, " La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?" », RFAP, n° 01/2004, p.13.

322 FRISON-ROCHE (M-A), « Droit de la régulation », D. 2001, p.610

323 FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les différentes définitions du droit de la régulation », in Colloque DGCCRF sur : La régulation : monisme ou pluralisme ?, LPA, n° 83, 1998, p.6

324 Ibid., p. 5

إلى غاية الضبط بوصفه على أنه الوسيلة الأنجع لمرافقة قطاع من نظام الاحتكار إلى النظام التنافسي[325].

من جانبه يُعبر أستاذ عن الضبط بالقول أن الاختصاصات الضبطية الموكولة للدولة أضحت مستخلفة وأنه تم تجديدها بقنوات ضبط جديدة، كون القنوات التقليدية لم تعد قادرة على ضبط الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وهذا إما أن القانون لا يكفي لوحده ليحل مشاكل المجتمع وصراعاته، هو ما يستدعي في هذه الحالة إشراك فاعلين في عملية الضبط مثل الهيئات المحلية والأعوان الاقتصاديين والمجتمع المدني، فتم تطوير وسائل جديدة كالوساطة والصلح والتفاوض، وإما أن هنالك بعض النشاطات التي لا يُمكن أن تمر عبر قنوات قانونية ووجود بعض الرهانات السياسية التي لا تتلاءم مع الأدوات التقليدية، ما دفع إلى استبدال الضبط القانوني للدولة بضبط عام وشامل بظهور أنظمة عفوية مثل السوق المالية، على نحو أزالت قداسة وحصرية الدولة في عملية إنتاج القاعدة القانونية[326]

إن التمعن جيدا في مختلف التعاريف المقدمة للضبط نجد أن معظمها يصور وضعية القطاعات التي يقتضي الالتحاق بها التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية، فعدم التمكين من الدخول إلى هذه الأخيرة ينسجم تمام الانسجام مع تعريف الضبط باعتباره

[325] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les différentes définitions du droit de la régulation », in Colloque DGCCRF sur : La régulation : monisme ou pluralisme ?, op.cit, p. 6

[326] ARNAUD (A.-J), « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », Revue Droit et Société, n° 35, 1997, pp.11-35.

تقنية تدخل نظرا لوجود منافع الأمة في خطر، وهذا بالنظر إلى السلبيات الكثيرة والمخاطر التي قد تنجر عن عدم التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية لاسيما الإخلال بأحد صور النظام العام الاقتصادي ألا وهو النظام العام التنافسي، كما أن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية يُشكل حقيقة وسيلة للمحافظة على التوازنات الكبرى لاسيما تحقيق التوازن التنافسي في السوق، ضف إلى ذلك فإن تفعيل النظرية هو استجابة منطقية لضرورة وضع قواعد للقطاعات التي لا تستطيع انتاج التوازنات بنفسها، فالقطاعات التي تتعلق بالتسهيلات الأساسية هي قطاعات مفتوحة حديثا على المنافسة كانت خاضعة لاحتكار المتعامل التاريخي، من ذلك فإن إنتاج التوازن على مستواها لاسيما عن طريق خلق المنافسة لا يُمكن أن يحدث بترك السوق لقواعده الكلاسيكية أو وفقط للوسائل العلاجية عن طريق الضبط اللاحق بل لابد من وسائل ضبطية سابقة تحقق هذا الهدف لاسيما عن طريق الاستعانة بنظرية التسهيلات الأساسية. إذا كانت هذه التعاريف تنسجم-كما أشرنا أعلاه- مع مفهوم الضبط، فإن التساؤل يبقى مطروح عما مدى تلائم التعريف الذي يصف الضبط بالوسيلة الأنجع لمرافقة قطاع من نظام الاحتكار إلى نظام المنافسة؟ بعبارة أخرى هل يمكن تصور تحقق الانتقالية في القطاعات الخاضعة للضبط والمرتبطة في نفس الوقت بالتسهيلات الأساسية؟

الفرع الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: ضبط اقتصادي خصوصي

يُقصد بانتقالية قانون الضبط زوال هذا الأخير وتعويضه بقواعد المنافسة بمجرد أن تصبح السوق تنافسية، وهو ما نجد معبر عنه مثلا في التعليمة الأوربية المتعلقة بالدخول إلى شبكة الاتصالات والتي أشارت إلى أن الهدف الرئيسي هو التقليل التدريجي للتنظيم القطاعي السابق شيئا فشيئا إلى حين شيوع المنافسة في السوق[327]، لتضيف اللجنة الأروبية في تعليمة أخرى على أنه حينما يتبين لهيئة تنظيمية وطنية أن السوق أضحت تنافسية فعلا، تتوقف هذه الأخيرة عن الاستمرار في فرض التزامات خاصة، وإذا ما تبين وجود التزامات تنظيمية قطاعية مطلقة سابقا، تلتزم هذه الهيئة الوطنية بوضع حد للالتزامات بر الواقعة على المؤسسات على مستوى السوق المرجعية[328]، وهو الشيء الذي عبر عنه الأستاذ "زوايمية رشيد" بالقول أنه حينما تُمارس المؤسسات نشاطها على مستوى سوق ناضجة، أي السوق التنافسية، يكون مجلس المنافسة مدعو في ذلك الحين للحلول

---

[327] "L'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marchéé" Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, (Point 13 de l'exposé des motifs), *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002, p 3. Point, 13.

[328] « Lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles s'appliquent déjà, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent. », Art. 16 de la Directive 2002/21/CE, *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002.

محل السلطات القطاعية حينما يتجاوز القطاع المعني مرحلته الانتقالية ويكون مستعدا للالتحاق بالنظام التنافسي[329].

من خلال ما ذكرناه، نقول أن الطابع الانتقالي للضبط الاقتصادي هي أحد خصائصه الجوهرية التي لا نقاش فيها. فهل يُمكن تصور هذه الخاصية بالنسبة للقطاعات التي يقتضي ضبطها الولوج إلى التسهيلات الأساسية؟

تمنح لنا الفقيهة الفرنسية "ماري ان فريزون روش" معطيات قيمة في هذا الشأن، حيث تميز الفقيهة بين نوعين من الضبط غير المتناظر، ضبط غير متناظر مؤقت، وضبط غير متناظر دائم. بالنسبة للضبط غير المتناظر المؤقت فهو الضبط الذي يزول بمجرد شيوع المنافسة السوق، أما بالنسبة للضبط غير المتناظر الدائم فهو الضبط الذي يكون مستمر وهذا لعدم وجود تكافؤ بين المتعاملين الاقتصاديين والذي يجد مصدره خارج استحقاقات هؤلاء المتعاملين وإنما لوجود ثغرات هيكلية للسوق، مثلما هو عليه الحال مع قطاع النقل بالسكك الحديدية وكذا مدارج الهبوط بالطائرات وكذا شبكات نقل الغاز والكهرباء والحلقة المحلية والربط البيني والتي تعود ملكيتها لمتعامل واحد ينفرد بوضعية احتكارية طبيعية اقتصاديا[330]. إن المتمعن جيدا في شكل الضبط غير المتناظر الدائم يسمح بالقول

---

[329]Zouaïmia Rachid, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, éd. Belkeise, Alger, 2012, p. 195, dans le même sens, voir, BERRI Noureddine, « L'ordre régulatoire, essai sur l'émergence d'un concept », op.cit

[330] Frison-Roche (M-A), Asymétrie : Régulation Asymétrique/ Asymétrie d'information, op.cit

أن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية لاسيما في الشق المتعلق بالتمكين من الدخول تنسجم تماما مع هذا الشكل لطالما أن التسهيلات الأساسية لا تكاد تخرج عن نطاق هذه القطاعات خاصة وأن أغلبها محوزة من طرف المتعامل التاريخي، ما يجعل منها بحاجة مستمرة للعملية الضبطية لتفادي الاخلال الخطير بالمنافسة في مثل هذه الأسواق.

خلاصة لما ذكرناه نقول، بالرغم من أن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية يتوافق مع مختلف المقاربات المتعلقة بالضبط إلا أن بمقابل ذلك، يبقى هذا الضبط لا يمكن تصور زواله، فالطابع الوحدوي للتسهيلة وطابعها الضرروي لممارسة النشاط الاقتصادي على الدوام، يجعل من الأسواق التي يرتبط الالتحاق بها استعمال التسهيلات الأساسية لابد أن تكون خاضعة للضبط على الدوام، ما ينفي الطابع المؤقت والانتقالي لمفهوم الضبط على مستوى هذا النوع من القطاعات.

المطلب الثاني: التمكين من الدخول في شروط غير تمييزية ومعقولة: الرغبة في خلق المنافسة

تُشكل الرغبة في خلق المنافسة عن طريق تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية والذي يُترجم خصوصا عن طريق التمكين من الدخول في شروط غير تمييزية ومعقولة أحد الدعائم الأساسية لمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين. إذ أن إقامة بيئة تنافسية وفعالة في أي قطاع اقتصادي لاسيما في تلك التي تكون التسهيلات الأساسية عائق للدخول وللخروج، لا يكون إلا إذا تم منح المتعاملين الاقتصاديين نفس القدر من المساواة في الالتحاق بالسوق.

فإذا كان هدف قانون المنافسة هو خلق جو تنافسي بين المتعاملين الاقتصاديين من أجل التفوق في السوق وبالتالي حدوث وضعيات غير تنافسية بصورة مشروعة ومباحة قانونا، فإن هذا لا ينفي بمقابل ذلك أن يُشكل قانون المنافسة أكبر ضمان لمبدأ المساواة في الوسائل المستعملة أثناء عملية التنافس[331]، لاسيما فيما يتعلق بالدخول إلى بالتسهيلات الأساسية نظرا لخصوصية هذه الأخيرة باعتبارها الوسيلة الوحيدة والتي لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي، ما يجعل المساواة بهذا المعنى-على حد تعبير الكتاب- أحد المبادئ القاعدية لأية منافسة وهذا من منطلق أنها شرط جوهري للوجود الفعلي هذه الأخيرة كيف لا وهي تسمح للأعوان الاقتصاديين من المشاركة في المنافسة الاقتصادية[332] مثلما هو عليه الحال مع القطاعات التي يرتبط الالتحاق بها التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية خاصة ونحن نعلم أن مثل هذه القطاعات كانت خاضعة لسلطة احتكارية قبل فتحها حديثا على المنافسة، إذ يمكن اعتبار المساواة بمثابة ذلك المبدأ الذي يسمح للمتعاملين الاقتصاديين بأن يكونوا متنافسين من جهة وتحقيق حرية المنافسة من جهة أخرى[333]، غير أن الذي ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد، هو أن المساواة محل

---

[331] مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 98.

[332] JAPPONT (F), La dualité égalité – équité dans la pratique des autorités de régulation, « Revue internationale de droit économique », n 2, 2006, p. 152.

[333] MONGOUACHON (C), Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, actes de colloque : le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché, Université de Toulon, 2017, p.47

الدراسة هي المساواة النسبية وليست المساواة المطلقة، أو بعبارة أخرى، المساواة القانونية بين المتعاملين الاقتصاديين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية المتطلبة قانونا[334]. إن التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية في شروط غير تمييزية ومعقولة لا يُمكن أن يحيد عن هذا المبدأ، إذ أنه لا ينبغي الاستجابة إيجابا لطلب التمكين من الدخول لكل متعامل اقتصادي يطلب الالتحاق بالسوق عن طريق استغلال التسهيلة الأساسية، من منطلق أن الاستجابة المكثفة لذلك يتنافى وروح قانون المنافسة التي تهدف حماية المنافسة لا المتنافسين، ناهيك عن الأثار السلبية الأخرى التي قد تنجر عن مثل هذه الوتيرة للاستجابة.

إن الخوض في مسألة التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية في شروط غير تمييزية ومعقولة يقتضي في البداية تسليط الضوء على المقصود بهذه الشروط(الفرع الأول)، ثم التطرق بعدها لمسألة منهج تقديرها(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم الشروط غير التمييزية والمعقولة في التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية

لا يمكن القول عن الدخول إلى التسهيلات الأساسية أنه قد تم في ظروف تنافسية وجاء منسجما مع مبدأ المساواة في معاملة المتعاملين الاقتصاديين إلا إذا تم في شروط غير

[334] مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، المرجع السابق، ص 99.

تمييزية ومعقولة، وهو ما يستدعي الضبط الدقيق لهذه المصطلحات نظرا لطابعها الحاسم على مستقبل القرار المتخذ في مادة التهسيلات الأساسية بشكل خاص وعلى ظروف المنافسة التي قد تترتب عن ذلك بشكل عام، وهذا باعتبار أن أية قلة عناية في فحص هذه الشروط قد تترتب عنه نتائج جد سلبية على السوق، إذ أن أي سوء تقدير لهذه الشروط قد يجعل الهيئات المكلفة بالمنافسة تضع شروط دخول تعتبرها غير تمييزية ومعقولة في حين أنها ليست كذلك في حقيقة الأمر، وهو ما يؤثر على مردودية وتنافسية الأعوان الاقتصاديين الملتحقين بالسوق وبمقابل ذلك تعزيز القوة السوقية والمسيطرة للمتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة، ما ينجر عنه بالنتيجة الابتعاد أكثر فأكثر عن الهدف المرجو من العملية الضبطية والمتثمل في خلق المنافسة على وجه الخصوص، كما أن أي سوء تقدير لهذه الشروط قد يجعل الهيئات المكلفة بالمنافسة تضع شروط دخول تعتبرها كذلك غير تمييزية ومعقولة وهي في حقيقة الأمر جد مجحفة في حق العون الاقتصادي الحائز على التسهيلة، وهو ما ينجر عنه كذلك من تأثير سلبي على التحفيز على الإبداع بالنسبة لهذا العون وهو ما يؤثر مستقبلا على خيارات المستهلك.

إن الأهمية الجوهرية للتمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية في شروط غير تمييزية في خلق المنافسة في السوق، دفع الهيئات المكلفة بالمنافسة بشكل خاص ومختلف الهيئات المختصة بالفصل في مثل هذه النزاعات بشكل عام إلى الإقرار الصريح بهذا المبدأ في إطار قراراتها المتخذة في المادة، وهو ما عبرت عنه اللجنة الأوروبية مثلا في تقريرها السنوي لسنة 1995 في النقطة المتعلقة بتقييد الدخول إلى السوق إزاء المنافسين الجدد، حيث اعتبرت

اللجنة أنه يُمكن أن يكون إعاقة الدخول إلى السوق ناتج عن التعسف في الاحتكار أو من ممون مهيمن لتسهيلة أو خدمة ضرورية، وهو ما اعتبرته اللجنة مشكل عويص على مستوى هذه القطاعات، لتُشير بعد ذلك هذه الهيئة إلى ضرورة الالتزام الجوهري الذي تخضع له المؤسسة الحائزة على التهسيلة الأساسية، حيث اعتبرت اللجنة أن حينما تستحوذ مؤسسة في وضعية هيمنة على تسهيلة أساسية أو تراقب الدخول إلى هذه الأخيرة من أجل السماح لمنافسيها من ممارسة نشاطاتهم لا يجوز لها أن ترفض تمكينهم من الدخول إلى هذه التسهيلة، كما يقع لزاما عليها تمكينهم من ذلك في شروط غير تمييزية[335].

من جانبه لم يتردد مجلس المنافسة الفرنسي من الإشارة صراحة إلى هذا الشرط في العديد من قراراته في مادة التسهيلات الأساسية، ونأخذ على سبيل المثال قرار هذه الهيئة في قضية Heli inter، حيث اعتبر المجلس أنه بالرغم من اختلاف قضية الحال مع المبادئ المنصوص عليها في التعليمة الأوروبية المتعلقة بقطاع المواصلات السلكية واللاسلكية إلا أن يمكن تبين المبادئ المنصوص عليها في هذه الأخيرة في الوضعيات المتشابهة بينها وبين قضية الحال، لاسيما فيما يتعلق بالالتزامات الواقعة على حائزي التسهيلات الأساسية خاصة

[335] "...L'accès au marché peut également être bloqué par l'abus d'un monopole ou par un fournisseur dominant d'installations ou de services essentiels. C'est un problème qui prend une importance croissante dans divers secteurs. Lorsqu'une entreprise dominante possède ou contrôle l'accès à une installation qui est essentielle pour permettre à ses concurrents d'exercer leurs activités, elle ne peut leur refuser l'accès à cette installation et elle doit le leur accorder sur une base non discriminatoire", Rapport de la Commission européenne sur la politique de la concurrence, 1995, p 27, Point 40.

الاستجابة لطلبات المعقولة للتمكين من الدخول من منافسيهم، على أن تكون هذه الاستجابة في شروط مالية غير تمييزية[336].

في ذات الساق دائما أشار قانون الاتصالات الالكترونية الجزائري في المادة 13 منه إلى ضرورة التمكين من الدخول في شروط غير تمييزية دون أيستعمل عبارات التسهيلات الأساسية ولكن بالإشارة إلى مثال عنها وهي الذبذبات، حيث نص في هذا الصدد في إطار تعداده لمهام سلطة الضبط:"...تخصيص الذبذبات لمتعاملي شبكات الاتصالات الالكترونية المفتوحة على الجمهور في الحزم التي تنمحها الوكالة الوطنية للذبذبات ومراقبة استخدامها وفقا لمبدأ عدم التمييز"[337].

[336] "...que, si ces textes concernent le secteur des télécommunications, secteur différent de celui concerné par l'affaire faisant l'objet de la présente décision, il y a cependant lieu de s'inspirer des principes qui les sous-tendent compte tenu de la similarité des situations qu'ils concernent avec celle relevée dans la présente affaire ; qu'en particulier, ces résolutions ou projets de directives prévoient que les exploitants des structures essentielles doivent faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces structures présentées par leurs concurrents sur les marchés de services avals ; que les conditions financières offertes pour l'accès à la structure essentielle par son exploitant devront être non-discriminatoires par rapport aux conditions qu'il s'applique pour sa propre production de services concurrencés et que ces conditions devront être proportionnées, orientées vers les coûts, transparentes et relever de critères objectifs", Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, p. 7

[337]قانون رقم 18-04 مؤرخ في 18-04، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، مرجع سابق.

إذا كان مسألة ضرورة التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية في شروط غير تمييزية لاشك فيها فإن التساؤل يبقى مطروح حول المقصود بعدم التمييز. في هذا الصدد يميز الأستاذ « Guillaume Dezobry » بين وضعيتين في تحديده لمفهوم عدم التمييز:

-الحالة الأولى، حينما يكون الحائز على التسهيلة غير متواجد على سوق النشاط، أي أنه لا يوجد في منافسة مباشرة في منافسة مباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق،

-الحالة الثانية: حينما يكون الحائز على التسهيلة متواجد على مستوى سوق النشاط، أي أنه منافس مباشر للمتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول.

بالنسبة للحالة التي لا يتواجد فيها الحائز على التسهيلة في منافسة مباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول، يعتبر الكاتب أن مفهوم عدم التميز يقتصر وفقط على المساواة في شروط التمكين من الدخول بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق، أو بعبارة أخرى إخضاع جميع المتعاملين الاقتصاديين كلهم دون اشتثناء لنفس شروط التمكين من الدخول على نفس القدر من المساواة، ومن مظاهر التميز مثلا أن يتم فرض سعر دخول لمتعاملين اقتصاديين مرتفع مقارنة بسعر الدخول المفروض على متعاملين اقتصاديين اخرين.

أما بالنسبة للحال التي يتواجد فيها الحائز على التسهيلة الأساسية في منافسة مباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق عن طريق استغلال التسهيلة، فيعتبر

الأستاذ أن شرط عدم التمييز لا يقتصر وفقط على فرض نفس شروط الدخول على جميع المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول، بل يُشترط كذلك لإضفاء هذه الصفة أن يمنح الحائز على التسهيلة الدخول إلى هذه الأخيرة في نفس الشروط والظروف التي مكن من خلالها نفسه من استغلال هذه التسهيلة[338]. على هذا النحو إذا فرض الحائز على التسهيلة مثلا نفس تكلفة الدخول على جميع المتعاملين الاقتصاديين فإن هذا لا يسمح بإضفاء صفة عدم التمييز على شروط الدخول إلا إذا تبين أنه قد فرض على نفسه نفس هذه الشروط.

إن التمكين من الدخول في شروط غير تمييزية لا يكفي لوحده لإضفاء الطابع المشروع على سلوك التمكين من الدخول، بل لابد علاوة على ذلك أن يتم هذا الدخول في شروط معقولة كذلك لاسيما من الناحية المالية. في هذا الشأن، نجد أن المبدأ المتبنى في البحث عن معقولية شروط التمكين من الدخول هو مبدأ التوجيه نحو التكاليف وهو المبدأ الذي اعتبره مجلس المنافسة الفرنسي ضمن المبادئ الجوهرية للولوج إلى التسهيلات الأساسية وذلك في رأيه المتعلق بأسعار استعمال الشبكات العامة لنقل وتوزيع الكهرباء[339]، وهو مبدأ لم تتردد ذات الهيئة من الإشارة إليه في قضيةHeli inter ، حيث اعتبر المجلس أن التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية لابد أن يتم في شروط موجهة نحو التكاليف[340]

[338] DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles…, op.cit*, P 365

[339]Avis n° 00-A-21 du 6 septembre 2000 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, p 7.

[340] Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996, op.cit, p 7

يُقصد بالشروط المعقولة للتمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية استنادا إلى مبدأ التوجيه نحو التكاليف على حد تعبير أحد الكتاب على أنها منح الحائز على التسهيلة الأساسية لقاء استغلال هذه الأخيرة مكافأة عادلة والتي تسمح بتغطية تكاليف الاستغلال والتجديد[341]. من وجهة نظرنا نعتبر نقول، بالرغم من أن هذا التعريف أشار إلى مسألة جوهرية في تعريفه للشروط المعقولة استنادا إلى مبدأ التوجيه نحو التكاليف ألا وهي مسألة المكافأة العادلة التي يجب إقرارها للمتعامل الحائز على التسهيلة، إلا أنه بمقابل ذلك فإن هذا التعريف يشوبه نوع من النقص. فالعمق في هذا التعريف يسمح لنا بالقول أن تعريف يتعلق وفقط بالتسهيلات الأساسية المسيرة من طرف المتعامل الاقتصادي دون التسهيلات الأساسية المملوكة من هذا الأخير، وهو ما يُستنتج من استعمال الكاتب لعبارة الاستغلال والتجديد، إذ أن هذه العمليات تقتصر وفقط بالتسهيلات المحوزة دون التسهيلات المملوكة. من ذلك نقول من وجهة نظر شخصية، أن تحديد مبدأ التوجه نحو التكاليف يقبل مقاربتين أو تعريفين، بين ما إذا كانت التسهيلة مسيرة أو نتيجة لاستثمارات مرهقة. فإذا كانت التسهيلة مسيرة مثلما هو عليه الحال مع المطارات والسكك الحديدية تشمل تكلفة الدخول إلى التسهيلات الأساسية استنادا إلى مبدأ التوجيه نحو التكاليف تكاليف الاستغلال والتجديد التي يتحملها مسير التسهيلة.

[341] PENARD (T), L'accès au marché dans les industries de réseau : Enjeux concurrentiels et règlementaires, « Revue internationale de droit économique », p 297

أما إذا كانت التسهيلة الأساسية نتيجة لاستثمارات مرهقة على كل المستويات لاسيما من الناحية المادية والوسائل البشرية والمالية التي تم وضعها لابتكار هذه التسهيلة، فنعتقد أنه لابد أن يشمل مبدأ التوجيه نحو التكاليف ضرورة مكافأة الحائز على هذه الأخيرة الاستثمارات المرهقة المكلفة والخطيرة التي تعرض لها هذا العون الاقتصادي، علاوة طبعا على تكاليف الاستغلال والتجديد والصيانة. إن الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الاستثمارات التي تعرض لها الحائز على التسهيلات الأساسية في تحديد تكلفة الدخول استنادا إلى مبدأ التوجيه نحو التكاليف، يُعد أمرا منطقيا والذي يجد مبرره-كما أشرنا سابقا- في استمرار التحفيز على الإبداع لدى الحائز على التسهيلة حينما يُلاحظ أن جهده المُكلف من جميع النواحي قد تم مكافأته على الأقل من الناحية المالية.

الفرع الثاني: تقدير الشروط غير التمييزية والمعقولة: أي منهج؟

إن تقديم تعريف للشروط غير التمييزية والمعقولة لا يكفي لإضفاء هذه الصفة على شروط التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية، بل لابد علاوة على ذلك العمل على تقدير مدى تحقق هذه الصفة في هذه الشروط فعلا. في هذا الصدد.

إن أول ما ينبغي الوقوف عنده في ضبط مفهوم هذه الشروط هو البحث عن العون الاقتصادي المعياري الذي ينبغي أخذه بعين الاعتبار لتقدير مدى توفر لاسيما صفة الشروط المعقولة في التمكين من الدخول في هذا الشأن. حيث تم استبعاد شرط عدم التمييز من منطلق أن هذا الأخير يمكن استنتاجه من خلال مقارنة شروط الدخول بين

متعامل اقتصادي واخر في التمكين من ذلك مثلما سيرد ذكره أدناه، ضف إلى ذلك فإن عدم التمييز لا يتعلق بقيمة تكلفة الدخول في حد ذاتها وإنما في مدى اختلاف هذه التكلفة من متعامل اقتصادي لاخر.

أما فيما يتعلق بالشروط المعقولة للتمكين من الدخول، فيمكن القول أن هذه العملية تتسم بنوع من الخصوصية، وهذا باعتبار أن هذه الأخيرة لا تقتصر وفقط على البحث على عون اقتصادي معياري واحد وإنما متعاملان اقتصاديان اثنان، وهذا باعتبار أن البحث عن مسألة المعقولية والتي تتعلق أساسا بتكلفة الدخول لابد أن تأخذ بعين الاعتبار المتعامل الاقتصادي طالب الدخول من جهة، والحائز على التسهيلة من جهة أخرى.

بالنسبة لمعقولية شروط الدخول بالنسبة للحائز على التسهيلة فإن العون الاقتصادي الذي يُؤخذ بعين الاعتبار يُمكن القول عنه أنه المتعامل الاقتصادي الحائز على وضعية الهيمنة يحوز تسهيلة أساسية في سوق مشابهة، وذلك بطرح التساؤل التالي مثلا: هل هذه الشروط المالية للتمكين من الدخول من شأنها التأثير سلبا على مردودية حائز اخر على التهسيلة في مثل هذه الظروف؟ وهو المعيار الذي أشارت إليه اللجنة الأوروبية في تعليمتها المتعلقة بالدخول إلى الاتصالات الالكترونية، وذلك باستعمال عبارة الأسعار المطبقة في أسواق تنافسية مقارنة[342].

[342] Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, op.cit, P 10, Article 13, Paragraphe 3.

أما بالنسبة للمتعامل الاقتصادي طالب الدخول، فإن العون الذي ينبغي مراعاته في تقدير ما إذا كان التمكين من الدخول قد تم في شروط معقولة، فحسب رأينا الشخصي فإن الأمر لا يختلف عن العون الاقتصادي المعياري الذي تم أخذه بعين الاعتبار في تقدير الطابع الوحدوي للتسهيلة، ونقصد هنا المتعامل الاقتصادي الحذر أو العادي، وهذا باعتبار عدم ملائمة معيار المتعامل الاقتصادي الضعيف ولا القوي في القيام بمثل هذه العملية لما يترتب عنه من سلبيات لا تتماشى مع الطابع الموضوعي لقواعد المنافسة من جهة، وبالنظر عن جملة الاثار السلبية التي قد تترتب عن تبيني أحد المعيارين من جهة أخرى.

فتبني معيار المتعامل الاقتصادي الضعيف في التمكين من الدخول سوف ينجر عنه وضع تكلفة دخول جد منخفضة وهو ما ينجر عنه التكثيف من دخول المتعاملين الاقتصاديين إلى السوق من جانب، كما أنه يُشكل اجحافا في حق للمتعامل الحائز على التسهيلة الأساسية من جهة أخرى، من منطلق أن التكلفة المنخفضة تحول دون حصوله على المكافأة المستحقة مقارنة بما تعرض له من مخاطر وما بذله من جهد وهو ما يؤثر سلبا على استمراره في الإبداع مستقبلا. كما أن ألأخذ بعين الاعتبار المتعامل الاقتصادي القوي في وضع شروط معقولة للدخول سوف يجعل من أي تكلفة تضعها الهيئات المكلفة بالمنافسة هي تكلفة معقولة مهما كانت مرتفعة وهو من شأنه أن يحول دون التحاق متعاملين اقتصاديين بالسوق نتيجة عدم قدرتهم على دفع مثل هذه التكلفة وهو من شأنه أن يساهم في تعزيز الوضعية الاحتكارية لصاحب التسهيلة في السوق. من ذلك فإن معيار

المتعامل الاقتصادي العادي هو الحل الاقرب من منطلق أنه يسمح بتفادي السلبيات التي قد تنجر عن تبني المعيارين السابقين.

علاوة على ضرورة تحديد العون الاقتصادي المعياري في تقدير صفة عدم التمييز والمعقولية في شروط الدخول إلى التسهيلة الأساسية، لابد في مرحلة أخرى القيام بعملية أخرى لتسهيل البحث عن مدى وجود هذه الشروط والتي تبرز في الفصل المحاسباتي بين النشاطات التنافسية للحائز على التهسيلة ونشاطات هذا الأخير المتعلقة باستغلال التسهيلة. تم التعبير عن هذا المنهج بصريح العبارة من طرف اللجنة الأوربية في التعليمة المتعلقة بالدخول إلى الاتصالات الالكترونية، حيث اعتبرت أن الفصل المحاسباتي يسمح للهيئات التنظيمية الوطنية من التأكد من أن الالتزام بالتمكين من الدخول في شروط غير تميزية قد تم احترامه[343].

في هذا الصدد، تسمح هذه العملية بتحسين قيمة المعلومات المتعلقة بالتسهيلات الأساسية وتفادي التعسف في وضعيات الهيمنة، كما أنه يسمح للسلطات العامة بالحصول على معلومات أكثر مصداقية فيما يرتبط بتكاليف التسهيلة[344].

---

[343]« La séparation comptable permet de mettre en évidence les prix des transferts internes et permet aussi aux autorités réglementaires nationales de vérifier, le cas échéant, que les obligations de non-discrimination sont respectées. », Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, op.cit, p 3. Paragraphe 18.

[344] PENARD (T), L'accès au marché dans les industries de réseau : Enjeux concurrentiels et règlementaires, op.cit, p 299.

إن أفضل مثال عن الفصل المحاسباتي هو أن تفرض السلطة الضابطة على الحائز على التسهيلة الأساسية تفريع نشاطاته في شكل فروع وتقديم حسابات منفصلة على نحو يتم فوترة الخدمات المتبادلة بين هذه الفروع، حيث يسمح هذا الفصل بضمان دخول المتعاملين الجدد إلى التسهيلة في شروط محفزة[345].

إن الفصل المحساباتي ليس بالمنهج الوحيد الذي يمكن إتباعه في تحديد ما إذا كان الشروط التي تم فيها الدخول هي شروط غير تمييزية ومعقولة، وذلك باللجوء إلى منهج أكثر تقييدا، حيث اعتبرت اللجنة أنه يمكن للهيئة التنظيمية الوطنية اللجوء إلى رقابة أسعار التمكين من الدخول حينما يتبين من تحليل السوق نقص فادح في مسألة فعالية المنافسة، إذ يُمكن لهذه الهيئات في مثل هكذا ظروف التدخل ولو في حيز محدود نسبيا، وذلك بأن تفرض مثلا سعر معقول في انتقاء المتعاملين الاقتصاديين في حالات معينة سوف يرد ذكرها أدناه، وذلك حينما تكون المنافسة غير كافية وذلك بهدف تفادي تطبيق تسعيرة دخول مرتفعة، لتُضيف اللجنة إلى أنه ينبغي للمتعاملين الاقتصاديين الأقوياء في السوق تفادي التلاعب بالأسعار، على نحو يكون سعر التجزئة مختلف عن تكاليف الربط البيني المفوترة لمنافسيهم يقدمون خدمات تجزئة مشابهة على نحو ينجر عنه الحيلولة دون تحقق منافسة دائمة. غير أنه حينما تكون الهيئة التنظيمية الوطنية مجبرة على اتباع مثل هذا النهج، فإنه ينبغي عليها أن تمكن الحائز على التسهيلة من مكافأة معقولة لقاء المخاطر التي

[345] PENARD (T), L'accès au marché dans les industries de réseau : Enjeux concurrentiels et règlementaires, op.cit, p 299.

تعرض لها هذا الأخير وكذا تكلفة اليد العاملة والإنشاء وقيمة رأس المال المتبنى[346]. من ذلك نقول، أنه بالعودة إلى حالة المنافسة على مستوى أسواق القطاعات الخاضعة للضبط والمفتوحة حديثا على المنافسة والتي تقتضي التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية للعمل على خلق المنافسة على مستواها في الجزائر، نقول أن اتباع مثل هذا المنهج على مستوى هذه القطاعات أمر ضروري تحقيقا للأهداف المشار إليها سابقا لاسيما خلق المنافسة وتفادي الاستمرار في الاخلال بالتوازن التنافسي في السوق دون أن يمنع ذلك من اللجوء كذلك إلى اختبار الوجيه نحو التكاليف، إذ يُمكن تصور كلا المنهجين في إطار قضية واحدة.

[346] "Un contrôle des prix peut se révéler nécessaire lorsque l'analyse d'un marché donné met en évidence un manque d'efficacité de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir de manière relativement limitée, par exemple en imposant une obligation concernant la fixation de prix raisonnables pour la sélection de l'opérateur, comme le prévoit la directive 97/33/CE, ou de manière beaucoup plus contraignante, en obligeant, par exemple, les opérateurs à orienter les prix en fonction des coûts afin qu'ils soient entièrement justifiés lorsque la concurrence n'est pas suffisamment vive pour éviter la tarification excessive. Les opérateurs puissants sur le marché, en particulier, devraient éviter de comprimer les prix d'une manière telle que la différence entre leurs prix de détail et les redevances d'interconnexion facturées à leurs concurrents fournissant des services de détail similaires ne permettrait pas de garantir une concurrence durable. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale calcule les coûts engagés pour établir un service rendu obligatoire par la présente directive, il convient de permettre une rémunération raisonnable du capital engagé, y compris les coûts de la main-d'œuvre et de la construction, la valeur du capital étant adaptée,", Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, op.cit, . Paragraphe 20.

علاوة على ما ذكرناه فيما يتعلق بتقدير شروط التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية، نجد أن اللجنة الأوروبية قد قدمت لنا جملة من العناصر المهمة والجوهرية التي لابد من أخذها بعين الاعتبار في هذا الشأن. فعلى حد تعبير اللجنة فإن التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية في شروط معقولة وغير تمييزية هي مسألة لا نقاش فيها، غير أنه بمقابل ذلك لابد من مراعاة كيفية التسعير بهدف تحقيق الفعالية الاقتصادية وتحفيز المنافسة بصفة دائمة وهذا تحقيق لهدف أسمى ألا وهو حماية المستهلك، وهو الشيء الذي يُمكن العمل على تحقيقه من خلال الأخذ بعين الاعتبار الأسعار المطبقة في أسواق تنافسية مقارنة[347].

لتُضيف اللجنة بعد ذلك إلى أنه حينما يتم إخضاع متعامل اقتصادي لالتزام توجيه الأسعار أخذا بعين الاعتبار التكاليف فإنه يقع على عاتقها أن العائدات قد تم تحديدها مراعاة للتكاليف فعلا وذلك بمراعاة بالاستثمارات المعقولة التي تعرضت لها. لُتضيف بعدها اللجنة أنه يمكن للهيئات الوطنية التنظيمية في سبيل حساب التكلفة بصفة فعالة أن تلجأ طرق محاسبتية أخرى للتكاليف مختلفة عن تلك التي يتبعها الحائز على التسهيلة،

[347] "Les autorités réglementaires nationales veillent à ce que tous les mécanismes de récupération des coûts ou les méthodologies de tarification qui seraient rendues obligatoires visent à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages pour le consommateur. À cet égard, les autorités réglementaires nationales peuvent également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés concurrentiels comparables.", Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, op.cit, p 10, Article 13, Paragraphe 2

كما يُمكن للهيئة الضابطة علاوة على ذلك أن تطلب من المؤسسة المعنية تبرير كافة تكاليفها[348].

في ذات السياق دائما، وحرصا منها أن يتم التمكين من الدخول في شروط غير تمييزية ومعقولة أقرت اللجنة بضرورة أن يكون وصف النظام المحاسباتي متاح للجمهور وأن يحتوي على الأقل على الفئات الأساسية التي جمع التكاليف على مستواها، وأن تكون متضمنة كذلك للقواعد المطبقة في توزيع هذه التكاليف[349].

علاوة على العناصر الجوهرية المشار إليها أعلاه والمتعلقة بعملية التمكين من الدخول في شروط غير تمييزية ومعقولة، تثور في هذا الشأن مسألة أخرى لا تقل أهمية عما ذُكر

[348] "Lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, c'est à elle qu'il incombe de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissements raisonnable. Afin de calculer les coûts de la fourniture d'une prestation efficace, les autorités réglementaires nationales peuvent utiliser des méthodes de comptabilisation des coûts distinctes de celles appliquées par l'entreprise. Les autorités réglementaires nationales peuvent demander à une entreprise de justifier intégralement ses prix et, si nécessaire, en exiger l'adaptation.", Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, op.cit, p 10, Article 13, paragraphe 3

[349] "Lorsque la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts est rendue obligatoire dans le cadre d'un contrôle des prix, les autorités réglementaires nationales veillent à ce que soit mise à la disposition du public une description du système de comptabilisation des coûts faisant apparaître au moins les principales catégories au sein desquelles les coûts sont regroupés et les règles appliquées en matière de répartition des coûts. Le respect du système de comptabilisation des coûts est vérifié par un organisme compétent indépendant. Une attestation de conformité est publiée annuellement." Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, op.cit, p 10, Paragraphe 4

سابقا، والتي تبرز في كيفية التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية في شروط غير تمييزية على وجه الخصوص حينما تعاني هذه الأخيرة من وجود قيود على القدرة على استيعاب جميع المتعاملين الاقتصاديين الذين تتوفر فيهم شروط التمكين من الدخول. وضعية تجعل من اللجوء إلى عملية انتقاء المتعاملين الاقتصاديين ممن سُيمنح لهم الحق في استغلال التسهيلة أمر لا مفر منه. ما يطرح التساؤل عن الكيفية الأقرب إلى الصواب لتحقيق الحياد في اختيار المتعاملين الاقتصاديين في مثل هذه الظروف بما لا يخدش مبادئ عدم التمييز والمعقولية في التمكين من الدخول؟

كمثال عن ذلك، الشبكات الذبذبية التي تُستعمل لنقل الاتصالات، فهي شبكة محدودة على نحو لا يمكنها استيعاب عدد معتبر من المتعاملين الاقتصاديين في مادة الاتصالات، ما يبرر ضرورة اللجوء انتقاء المترشحين من أجل الحصول على رخصة استغلال، وهو نفس التوجه يمكن تصوره بشأن مسارات القطارات بالنسبة لشركات السكك الحديدية ومواعيد السفر بالنسبة لشركات الطيران[350].

إن التمكين من الدخول في مثل هذه الظروف والمعطيات يستدعي حرصا كبيرا من الهيئات الضابطة لما قد ينجر عنه من اثار جد سلبية على السوق في حالة سوء تقدير لعملية الانتقاء للمتعاملين الاقتصاديين، إذ أن أي سوء تقدير للظروف قد ينجر عنه تمكين

[350] PENARD (T), L'accès au marché dans les industries de réseau : Enjeux concurrentiels et règlementaires, op.cit, p. 301

متعاملين اقتصاديين من الدخول أقل قدرة من متعاملين اخرين أكثر استحقاقا لذلك، مما قد يؤثر على الوتيرة التنافسية فب السوق.

في هذا الصدد نجد أن الممارسة العملية للهيئات المكلفة بالمنافسة على المستوى الأوروبي والأمريكي أكثر وضوحا بشأن الكيفيات التي يُمكن اتباعها لتفادي مثل هذه المخاطر. حيث أن الخوض في القضايا التي عالجتها هذه الهيئات يُوحي إلى وجود طريقتين لمحاولة تجاوز مثل هذه الإشكال العويص وهما الاختيار الإداري عن أو فيما يُسمى "بمسابقة الجمال" وكذا بيع رخص الاستغلال في المزاد. حيث تم تطبيق الطريقة الأولى على مستوى الأنظمة القانونية الأوروبية لاختيار المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الحصول على رخصة الجيل الأول والثاني لسنتي 1980 و1990 على التوالي، في حين عرفت الطريقة الثانية استعمالا في الولايات المتحدة الأمريكية لمنح أولى رخص استغلال الهاتف النقال لسنة 1980[351]

المبحث الثاني: قانون المنافسة وتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: بين الردع والتفاوض

أشرنا سابقا إلى أن تدخل مجلس المنافسة لتفعيل نظرية التهسيلات الأساسية في إطار مفهوم الضبط عن طريق التمكين من الدخول إلى هذه التسهيلات في شروط معقولة وغير تمييزية لا ينف عن المجلس الاحتفاظ باختصاصاته الكلاسيكية في إطار قانون المنافسة

[351] PENARD (T), L'accès au marché dans les industries de réseau : Enjeux concurrentiels et règlementaires, op.cit, p. 301

والمخولة له بهدف حماية المنافسة عن طريق إعادة التوازن التنافسي المشوه عن طريق اتيان سلوك التعسف في وضعية الهيمنة والمترجم في رفض التمكين من الالتحاق بالسوق عن طريق استغلال التسهيلات الأساسية. في هذا الصدد، حينما نتحدث عن الاختصاصات الكلاسيكية لمجلس المنافسة فإننا نتحدث على وجه الخصوص عن الاختصاصات القمعية حتى وإن كان ممارستها تبقى نسبية لورود استثناءات على إدانة مثل هذه الممارسات في إطار القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المنافسة(مطلب أول)، غير أنه، ولجملة من الاعتبارات لاسيما السرعة والفعالية والتخصص في فض النزاعات المتعلقة برفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية، اعترف المشرع لمجلس المنافسة علاوة على الاختصاصات الكلاسيكية باختصاصات تفاوضية والتي تُترجم بإجراء التعهد بهدف تحقيق فعالية أكثر في تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية، ما يشهد على الجانب التفاوضي في مادة المنافسة(مطلب ثاني).

المطلب الأول: قمع رفض الدخول إلى التسهيلات الأساسية: قمع نسبي

خول القانون لمجلس المنافسة متى تبين لهذا الاخير ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة التدخل عن طريق ممارسة الاختصاص القمعي كعلاج للوضعية بغية إعادة التوازن التنافسي المفقود في السوق، من ذلك، من منطلق أن رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية يُشكل تعسفا محظورا على ضوء أحكام قانون المنافسة، جاز للمجلس التدخل قمعيا من أجل وضع حد لهذا

الرفض(فرع أول). غير أنه ليس في كل الحالات التي يحضر فيها الرفض التعسفي يحضر معها الردع والقمع مادام أن قانون المنافسة وضع استثناءات تسمح بتفادي التعرض للقمع حتى ولو تظافرت شروط الإدانة في سلوك رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية(فرع ثاني)

الفرع الأول: الاختصاص القمعي لمجلس المنافسة وتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية

في إطار ممارسته للاختصاص القمعي في التصدي للممارسات المنافية للمنافسة بشكل عام وتفعيلا لنظرية التسهيلات الأساسية بشكل خاص، خول المشرع لمجلس المنافسة جملة من الصلاحيات الواسعة، إذ يُمكن للمجلس قبل توقيع العقوبات(ثانيا) أن يتخذ جملة من الإجراءات السابقة لذلك(أولا).

أولا: الإجراءات السابقة لتوقيع العقوبات: التدابير التحفظية والأوامر

يتدخل مجلس المنافسة وفقا الإجراء التدابير التحفظية في إطار نظرية التسهيلات الأساسية من أجل تفادي وضعية لا يُمكن تداركها (أ) في حين يتدخل عن طريق إجراء الأوامر من أجل وضع حد للرفض التعسفي الناتج عن حيازة التسهيلات الأساسية(ب).

أ: التدابير التحفظية: تجميد خطر الإقصاء من السوق

يُعتبر الوقت عنصر وعامل جوهري في قانون المنافسة، من ذلك، ورغبة في تحقيق الفعالية الاقتصادية، تجد الهيئات المكلفة بالمنافسة نفسها مجبرة على مجاراة وتيرة المؤسسات والممارسات المنافية للمنافسة[352]. في هذا الشأن، عملا منه لتحقيق هذه الغاية اعترف المشرع لمجلس المنافسة بسلطة اتخاذ إجراءات تحفظية في الممارسات المنافية للمنافسة وهو ما جاء في نص المادة 46 من الأمر المتعلق بالمنافسة[353].

في تسليطه الضوء على التدابير التحفظية أشار مجلس المنافسة الفرنسي إلى أهم الاعتبارات التي تقضي بضرورة اتخاذ التدابير التحفظية لاسيما طول إجراءات الفصل في القضية أمام هذا الأخير. حيث نوه المجلس إلى أنه في غالب الحالات التي يتم فيها إخطاره، فإن عملية النظر في القضية تأخذ جملة من الإجراءات التي لا يمكن تجاوزها، بدءا بتكوين ملف النزاع مرورا على التحقيق في مدى وجود ممارسة منافية للمنافسة، ناهيك عن تقييم الأثار الاقتصادية للسلوك المرتكب،

---

[352] Le temps est un facteur important en droit de la concurrence. Pour être pleinement efficace, l'autorité chargée de protéger l'ordre public économique doit être en mesure de suivre le rythme des entreprises et des pratiques anticoncurrentielles qu'elle est à même de sanctionner, Etude thématique du conseil de la concurrence français sur les mesures conservatoires, in Rapport annuel pour 2007, P. 45, www.autoritedelaconcurrence.fr

[353] أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

حيث لا تقل هذه المدة عن 18 شهرا[354]. وإذا كان المجلس قد اعتبر هذه المدة معقولة، إلا أنه يُقر بمقابل ذلك بأن هذه المدة قد لا تتلاءم مع الوقت الاقتصادي، والذي اعتبره وقت المؤسسات والذي أخذ وتيرة تصاعدية خلال السنوات الأخيرة[355]، لاسيما حينما يتعلق الأمر بالرفض التعسفي للتمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية وما قد ينجر عنه من اثار سلبية قد يكون من غير الممكن تداركها، وهو ما عبر عنه المجلس بالقول أن هذه المدة الفاصلة بين إجراء المتابعة واتخاذ القرار يمكن من خلالها للممارسات المرتكبة الاستمرار في إتيان اثارها السلبية على المنافسة لاسيما إلحاق أضرار بالاقتصاد ومصالح المستهلك وكذلك المؤسسات المُدعية، حيث يُمكن أن ينجر عن استمرار إتيان الممارسة زوال المتعاملين الاقتصاديين وتقليص المنافسة على مستوى السوق بشكل دائم[356].

354" En effet, chaque fois qu'il est saisi, le Conseil doit prendre le temps d'instruire le dossier, d'enquêter sur l'existence d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, d'évaluer les enjeux économiques, d'entendre les parties intéressées. L'ensemble de ces aspects rend inévitable qu'un délai de plusieurs mois – 18 mois en moyenne – sépare la saisine du Conseil de la décision sur le fond", Etude thématique du conseil de la concurrence français sur les mesures conservatoires, op.cit, P. 45

355 "Cependant, si le délai d'examen au fond des saisines du Conseil est pleinement justifié, il n'est pas toujours compatible avec le temps économique, « *le temps des entreprises, lequel s'est considérablement accéléré au cours des dernières années* 2 », Ibid, P. 45

356 "Dans l'intervalle, en effet, les pratiques alléguées peuvent continuer de produire des conséquences néfastes sur la concurrence et porter une atteinte grave à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles

وهو أهم أثر خطير قد ينجر عن عدم التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية. على هذا النحو، حينما تكون العواقب وخيمة وغير قابلة للتدارك، يُصبح القرار الذي يتخذه المجلس في الموضوع دون جدوى، فممارسة الأسعار القاتلة أو التعسفية في السوق-مثلما هو عليه الحال مع تلك الممارسات التي قد يأتي بها الحائز على التسهيلة- يُمكن أن ينجر عنه زوال المنافس قبل حتى أن يكون للمجلس الوقت الكافي ليخلص إلى الطابع المنافي للمنافسة وقمعها. على هذا النحو فحتى لوكان القرار المتخذ رادع، إلا أنه بمقابل ذلك لن يسمح بالحفاظ على النظام العام الاقتصادي، من منطلق أن إعادة التوازن التنافسي إلى السوق أضحى غير ممكن، فلا الأمر بالكف عن إتيان الممارسة ولا العقوبة المالية المرتفعة يُمكن لها أن تُحقق هذا الأثر[357]. من ذلك، يُمكن اعتبار الاجراءات التحفظية

---

peuvent, par exemple, entraîner la disparition d'entreprises et ainsi réduire de manière durable la concurrence sur le marché.", Etude thématique du conseil de la concurrence français sur les mesures conservatoires, op.cit, p.45

[357]" Lorsqu'elles sont irréparables, les conséquences susceptibles de résulter de ces comportements risquent, en outre, de priver d'effet utile la décision du Conseil au fond. Par exemple, une pratique de ciseau tarifaire ou de prédation commise par une entreprise en position dominante peut aboutir à la disparition de concurrents, avant même que le Conseil n'ait eu le temps de déclarer cette pratique illégale et de la sanctionner. Dans de telles circonstances, la décision sur le fond serait privée d'une partie de son efficacité. La décision serait toujours dotée d'une fonction dissuasive, mais elle ne pourrait assurer la sauvegarde de l'ordre public économique, puisque la possibilité de rétablir la concurrence aurait structurellement disparu : ni l'injonction de cesser la pratique, ni la sanction pécuniaire, aussi

بمثابة الحاجز الأول المؤقت الذي يحول دون ارتكاب الاثار الخطيرة لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية إلى حين اتخاذ القرار النهائي في الموضوع. فهدف الإجراءات التحفظية مثلما عبر عنه الأستاذ "زوايمية رشيد" هو تجميد الممارسات التي يُفترض فيها الطابع المنافي للمنافسة، وهذا من أجل تفادي الأضرار التي لا يُمكن تداركها في المستقبل أخذا بعين الاعتبار المدة التي سوف تستغرقها إجراءات الفصل في القضية[358].

في هذا الشأن، أشار المجلس إلى عنصر جوهري لاتخاذ الإجراءات التحفظية وهو عنصر الاستعجال، والذي ترجمه المجلس بعبارة الإقصاء من السوق، لاسيما في الأسواق المفتوحة حديثا على المنافسة[359]. إن هذا الأثر الذي أشار إليه المجلس في تأطير اللجوء إلى اتخاذ الإجراءات التحفظية، هو أول خطر قد ينجر عن الاستغلال التعسفي للتسهيلات الأساسية، مثلما تذكره لنا قضية « héli inter »،

élevée soit-elle, ne produiraient d'effet utile, la pratique ayant rempli son dessein et irrémédiablement nui à la concurrence, que le Conseil a pour mission de protéger." Etude thématique du conseil de la concurrence français sur les mesures conservatoires, op.cit, p. 46

[358] ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit, p. 208

[359]" L'urgence qui fonde le pouvoir du Conseil de prononcer des mesures conservatoires est spécialement caractérisée lorsque des agissements susceptibles de constituer des pratiques d'exclusion sont mis en œuvre sur des marchés émergents ou en voie de libéralisation.", Etude thématique du conseil de la concurrence français sur les mesures conservatoires, op.cit, p. 48

أين وجدت شركة « Jet système » نفسها مجبرة على اللجوء إلى وسائل مؤقتة جد مرهقة لا يُمكن اعتبارها بديلة للتسهيلة الأساسية المتمثلة في مهبط المروحيات لمدينة "نوربون" ومختلف منشاته وهو من شأنه أن يؤدي إلى إقصاء المؤسسة من السوق في حال الاستمرار في استعمال تلك الوسائل المؤقتة المكلفة وغير البديلة. وبالتالي كان اتخاذ اجراءات تحفظية في قضية الحال أمر لابد منه. من امثلة التدابير التحفظية المتخذة في مادة التسهيلات الأساسية تلك التي اتخذها مجلس المنافسة الفرنسي ضد شركة « France télecom » بأن مكن منافسيها من الوسائل الضرورية لتطوير خدمة الفيديو عن طريق خدمة « ADSL » إلى حين تفريع حلقتها المحلية. فبعد أن أشار المجلس إلى أن سلوك شركة « France télecom » قد حال دون التحاق شركة « Neuf Telecom » بالسوق[360]-باعتباره أخطر أثر لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية- أمر المجلس الشركة الأولى بتمكين الشركة الثانية من الوسائل الضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي إلى حين الفصل في موضوع النزاع[361].

---

[360] "Or, il ressort du dossier que la société NEUF TELECOM n'est pas, à ce jour, en mesure de proposer aux fournisseurs de programmes de télévision un service ADSL vidéo à grande échelle du fait du comportement adopté par France Télécom, en tant que détenteur de la boucle locale de téléphonie fixe, pour la gestion des conventions de dégroupage. ", Décision n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM, Point 141, www.autoritedelaconcurrence

[361] « Il est enjoint à France Télécom, dans un délai de deux semaines à compter de la notification de la présente décision, d'autoriser la société NEUF TELECOM à installer les équipements nécessaires au raccordement de ses DSLAM vidéo à son réseau de desserte en boucle, notamment les commutateurs Ethernet et de répondre aux commandes d'accès de la

ب: الأوامر: تصحيح الوضعية غير المشروعة للتمكين من الدخول

بالعودة إلى أحكام المادة 45 من الأمر المتعلق بالمنافسة[362]، خول المشرع لمجلس المنافسة أن يتخذ أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة. في هذا الشأن، بخلاف التدابير التحفظية، فإن الأوامر هي نتيجة لفحص لموضوع النزاع وأن المجلس قد خلص إلى الطابع المنافي للمنافسة المعنية بالمتابعة، كما تختلف الأوامر عن العقوبات في كون هذه الأخيرة لها طابع ردعي ومكره، في حين تتسم الأوامر بأنها ذات طابع تصحيحي، حيث يُمكن أن يتضمن تعليق الممارسة المرتكبة كما يُمكن أن تتضمن كذلك إعادة الحالة إلى ما كانت عليه في السابق قبل ارتكاب الممارسة[363].

بالعودة إلى الممارسة العملية للهيئات المكلفة بالمنافسة في مادة التسهيلات الأساسية لاسيما الأوروبية منها، نجد أن هذه الهيئات لم تتردد في اللجوء إلى هذه الوسيلة في سبيل تفعيل النظرية والتمكين من الدخول إلى السوق. إذا كان التقسيم الاعتيادي للأوامر هو تقسيم ثنائي بإتيان أو عدم إتيان سلوك معين، فإن تحليل فحوى هذه الوسيلة في إطار نظرية التسهيلات الأساسية، يجعلنا نقسم هذه الأوامر إلى ثلاثة أشكال، أوامر مفصلة، أوامر اقتراح و أوامر تفاوض.

---

société Neuf Télécom, y compris lorsque cet opérateur est à la fois « émetteur » et « preneur ». Ces prestations seront fournies à la société NEUF TELECOM dans le cadre des relations contractuelles existantes, dans des conditions non discriminatoires et dans la limite des fonctionnalités que permettent les DSLAM commercialisés sur le marché », Ibid Point 145

[362] أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

[363] ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit, p. 209

بالنسبة للأوامر المفصلة فهي تلك الأوامر التي لا تقتصر فيها الهيئة المكلفة بالمنافسة على إعطاء أمر بالعودة إلى التعاقد أو وضع حد للشروط التعسفية، بل هي أوامر تمتد لتشمل تفاصيل العقد ومضمونه، وهو ما تشهد عليه مثلا قضية « commercial solvent » والمتعلقة بالتسهيلات الأساسية، حيث أشارت اللجنة أنه استنادا إلى أحكام المادة 3 من النظام يمكن للجنة إذا ما تبين لها مخالفة أحكام المادة 86 من النظام أن تفرض على المؤسسات المعنية بموجب قرار وضع حد للممارسة المرتكبة، لُتضيف اللجنة أن تطبيق مثل هذه الأحكام لابد أن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة المخالفة المرتكبة، كما يمكن للقرار كذلك أن يشمل أمر بالقيام ببعض الأنشطة والخدمات[364].

من ذلك استنادا إلى هذه التحليل أمرت اللجنة الأوروبية شركة « CSC Instituto » من أن تمنح لشركة "زوجا" في أجل لا يتجاوز 30 يوما ستون ألف كلغ من مادة "نتروبروبان" أو ثلاثين ألفا من مادة "أمينوبوتانول"[365].

---

[364]« attendu, quant au premier moyen, qu'aux termes de l'article 3 du règlement n° 17 la Commission peut, si elle constate une infraction aux dispositions de l'article 86, «obliger par voie de décision les entreprises … intéressées à mettre fin à l'infraction constatée», l'application de cette disposition doit se faire en fonction de la nature de l'infraction constatée et peut aussi bien comporter l'ordre d'entreprendre certaines activités ou prestations, illégalement omises, que l'interdiction de continuer certaines activités, pratiques ou situations, contraires au traité » Décision 72/457/CEE de la commission du 14 decembre 1972, op.cit, point 45.

[365] "Attendu que la décision attaquée a ordonné à CSC et Istituto, sous peine d'astreinte ,de fournir à Zoja dans un délai de 30 jours, 60 000 kg de nitropropane ou 30 000 kg d'aminobutanol et de soumettre à l'approbation de la Commission.", Ibid, Point 42.

فكما نلاحظ في قضية الحال فإن أمر اللجنة لم يقتصر وفقط على كف إتيان الممارسة المنافية للمنافسة، بل امتد ليشمل بدقة حتى مضمون الكميات التي يجب التموين بها وهو ما يشهد على الطابع العقدي مهام الهيئات المكلفة بالمنافسة في سعيها للحفاظ على النظام العام التنافسي.

علاوة على الأوامر المفصلة التي يُمكن أن نلمسها في مادة التسهيلات، يُمكن تصور طائفة أخرى من هذه الأوامر في هذه المادة، حيث يقتصر اختصاص الهيئة المكلفة بالمنافسة في مثل هذه الوضعية وفقط على توجيه أمر للحائز على التسهيلة باقتراح شروط دخول أخرى إلى التسهيلة الأساسية غير تلك الموجودة أو المقترحة سابقا، وهذا بالنظر إلى طابعها التعسفي الناتج عن التمييز أو انتفاء صفة المعقولية فيها، ففي قضية « FAG » والمتعلقة بتحديد شروط اللحاق بالمنشآت المطارية لمدينة "فرانكفورت" أمرت اللجنة الأوروبية هذه الشركة بوضع حد للممارسة المرتكبة والتي موضوعها الحيلولة دون الالتحاق بتسهيلة أساسية، كما لم تتردد اللجنة في ذات الوقت بتوجيه أمر لشركة « FAG » مفاده أن تقدم للجنة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ بالقرار مخطط دقيق عن إعادة تنظيم سوق تقديم خدمات المساعدات المتعلقة بمدارج الهبوط على نحو يُمكن للناقلين الجويين ومقدمي خدمات المساعدة من اللحاق بهذه السوق[366].

[366] Décision 78/CEE du 8 decembre 1977, (IV/29.132- Hugin/Lipton), JOCE n L 22 du 27 janvier 1978 p. 23

لا يختلف الأمر كثيرا في قضية « Hugin» عما كانت عليه على قضية « FAG »، دون الخوض في تفاصيل هذه القضية المتعلقة بتسهيلة أساسية، أمرت اللجنة الأوروبية شركة « FAG » ببعث علاقات التموين بقطع الغيار لصناديق التخزين « Hugin » مع شركات « Lipton » و « LTD »[367].

النوع الثالث من الأوامر التي يمكن تصور اتخاها في مادة التسهيلات الأساسية هي الأوامر بالتفاوض، ففي إطار هذا النوع من الأوامر الهيئة المكلفة بالمنافسة لا تُفصل في العقد، ولا تأمر الحائز على التسهيلة الاقتراح بصفة منفردة مع فحص هذه الاقتراحات وإنما تأمر بأن يكون تحديد شروط الدخول يكون توافقيا بين الحائز على التسهيلة والمتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الالتحاق بالسوق عن طريق هذه التسهيلة وهو ما توضحه لنا قضية « IMS » والمتعامل الاقتصادي طالب الدخول[368].

ثانيا: توقيع العقوبات

يحق لمجلس المنافسة حينما يتبين له الطابع التعسفي لرفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية، أن يتخذ عقوبات مالية في حق المتعاملين الاقتصاديين موضوع الإدانة، حيث أنه بالعودة إلى المادة 58 من الأمر المتعلق بالمنافسة، نجد أن القانون منح

[367] Décision, 2002/165/CE de la commission du 3 juillet 2001, (COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health ; mesures provisoires).

[368] Décision 98/190/CE de la commission du 14 janvier 1998, (IV/34.80- FAG Flughafen Frakfurt/Main AG), JOCE, n L 72, 11 1998, P. 30

للمجلس في الحكم بالغرامة المالية، إذ يُمكن لهذا الأخير أن يحكم بغرامة مالية قد تصل إلى 12 بالمائة من رقم من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر في اخر سنة مالية، كما يُمكن للمجلس أن يحكم بغرامة تتراوح بين ضعفي إلى أربع أضعاف الأرباح المحققة في الجزائر في آخر سنة مالية جراء إتيان هذه الممارسات، كما منح القانون للمجلس سلطة توقيع عقوبة مالية لا تتجاوز 6 ملايين دينار إذا لم يكن للمؤسسة رقم أعمال محدد.

في سياق توقيع العقوبات المالية وضع المشرع لمجلس المنافسة جملة من المعايير التي يجب أخذها بعين الاعتبار في تقدير قيمة الغرامة وهو ما أشارت إليه المادة 62 مكرر من الأمر المتعلق بالمنافسة، حيث يُراعي المجلس في إقرار العقوبات خطورة الممارسات المرتكبة والضرر الذي لحق بالاقتصاد والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة ومدى تعاون المؤسسات المتهمة من مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأخيرا وضعية وأهمية المؤسسة في السوق.

بالنسبة لخطورة الممارسة المرتكبة، يقتضي إضفاء صفة الخطورة على الممارسة الاستناد إلى جملة من المؤشرات لاسيما مدة الممارسة، قوة المؤسسات المعنية، نطاق الأسواق المعنية بالممارسة وكذا تكرار الممارسة فيما يُسمى بالعود[369].

[369] ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit, p. 213

بالنسبة لمعيار الضرر الذي لحق بالاقتصاد، فيُقصد به أن يكون الضرر الذي لحق الاقتصاد ذو تأثير جوهري وفعلي على المدى القصير والبعيد. أما بالنسبة لمعيار الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة فيعتبر الأستاذ "زوايمية" أن مثل هذه الإحصائية يصعب تحديدها في الجزائر بسبب غياب كلي للتحكم في الإحصائيات المتعلقة بالاقتصاد[370].

بمقابل ذلك، يُمكن لمجلس المنافسة، الإقرار بتخفيض العقوبة أو عدم الإقرار بها كلية إذا ما تبين لها تعاون المؤسسا المتهمة مع المجلس خلال فترة التحقيق من أجل وضع حد لهذه الممارسات، وأخيرا يأخذ المجلس بعين الاعتبار في إقراره للعقوبة وضعية المؤسسة في السوق، إذ أن العقوبة المقررة لمتعامل اقتصادي حائز على تسهيلة أساسية لا يُمكن أن تكون نفس العقوبة المقررة لمتعامل اقتصادي متوسط لاسيما بالنظر إلى اختلاف تأثير المؤسسة الأولى على السوق مقارنة بالثانية.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على حظر الاستغلال التعسفي للتسهيلات الأساسية: استبعاد الردع

انطلاقا من فكرة أن مبدأ حرية المنافسة لا يُشكل هدفا في حد ذاته فإنه لا ينبغي أن يكون حظر الممارسات المنافية للمنافسة بهذا المعنى حظر مطلق بما في ذلك الاستغلال التعسفي للتسهيلات الأساسية، من ذلك، فإن التطبيق الجامد لأحكام قانون المنافسة قد لا يتلاءم

[370] ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit, p. 214

مع الدوام وأهداف قانون المنافسة، فمثلما هنالك ممارسا منافية للمنافسة تؤثر سلبا على المنافسة النزيهة بين المتعاملين الاقتصاديين، توجد طائفة أخرى من هذه الممارسات بالرغم من دخولها في نطاق الحظر إلا أنه من شأنها تحفيز الإبداع والتطور الاقتصادي[371]

لمثل هذه الاعتبارات، أورد المشرع استثناءات حظر الممارسات المنافية للمنافسة في المادة 9 من الأمر المتعلق بالمنافسة، ما يعني بالنتيجة أنه في حال إذا ما تحققت مقتضيات الاستثناء في الممارسة المحظورة انتفى معها إجراء الردع. أشرنا سابقا إلى الاستغلال التعسفي للتسهيلات الأساسية يندرج ضمن أحد صور التعسف في وضعية الهيمنة، من ذلك، فإن مقتضيات الاستثناء تنطبق تماما مع الممارسات التعسفية المتعلقة بالتسهيلات الأساسية.

في هذا الصدد، قد يكون مصدر هذا الاستثناء إما لوجود نص تشريعي أو تنظيمي يُجيزه(أولا)، وإما أن هذه الممارسة من شأنها المساهمة في التطور الاقتصادي(ثانيا).

أولا: الاستثناء على حظر التعسف في التسهيلات الأساسية: الإباحة بموجب نص

غالبا ما يتعلق الاستثناء الناتج عن نص تشريعي أو تنظيمي في فترات الأزمات التي تستدعي تدخل السلطات العامة وهذا من أجل ضبط السوق[372]. في هذا الصدد إذا كان لا وجود

[371] ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit, p. 38

[372] Ibid, p. 140

لأي إشكال فيما يتعلق بالنص التشريعي الذي يُبيح الممارسة فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنصوص التنظيمية، ما يطرح التساؤل ما إذا كان من الممكن التحجج بكل النصوص التنظيمية بغض النظر عن مصدرها لتفادي الإدانة على إتيان السلوك التعسفي؟

في هذا الشأن، يعتبر الأستاذ "زوايمية رشيد" أن مصطلح النص التنظيمي لا يشمل كل النصوص التنظيمية، بل يقتصر الأمر وفقط على طائفة النصوص التي تُشكل إجراء تنفيذي لقانون أو أمر[373]. في هذا الصدد لتفادي كثرة تحجج المتعاملين الاقتصاديين بمثل هذا الاستثناء للإفلات من العقاب، تدخل مجلس المنافسة الفرنسي وأعطى تفسير جد ضيق لمثل هذه الاحكام، حيث اعتبر في هذا الشأن أن القرار الوزاري المشترك والمتخذ لتنفيذ مرسوم تطبيقا للقانون لا يُمكن أن يندرج ضمن النصوص التي يُمكن إثارتها لتفادي إدانة الحظر، حيث جاء في أحد قرارات السلطة أن الاتفاق المبرم في أحد القضايا ليس نتيجة مباشرة وحتمية لنص تشريعي أو لنص تنظيمي متخذ لتطبيقه، وأن القرار المشترك المتخذ لتطبيق هذا النص التنظيمي الأخير، لا يُمكن اعتباره تطبيق لنص تشريعي[374] .ما يعني أن النص التنظيمي المعني هو ذلك النص الذي اتخذه تنفيذا مباشرا لنص قانوني وهو ما يستبعد الأشكال الأخرى للنصوص التنظيمية.

[373] ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit, p. 140

[374] Cons. conc., décision n° 94-D-41 du 05 juillet 1994, relative à des pratiques relevées dans le secteur des volailles sous label, www.autoritedelaconcurrence.fr

كما أن تطبيق مثل هذه الأحكام يستبعد الممارسة التحفيزية من السلطات العامة من حالات تطبيق هذا الاستثناء. حيث لا يُمكن اعتبارها ضمن المبررات التشريعية أو التنظيمية التي من شأنها الحيلولة دون الإدانة. وأخيرا لا يُمكن للحائز على التسهيلة الأساسية صاحب السلوك التعسفي أن يثير سوى النصوص القانونية أو التنظيمة المباشرة السابقة لارتكاب السلوك التعسف، فهي لا تسري بأثر رجعي[375].

ثانيا: الاستثناء على حظر التعسف في التسهيلات الأساسية: الرغبة في تحقيق التطور الاقتصادي

بالعودة إلى أحكام المادة 9 من الأمر المتعلق بالمنافسة، نجد أن هذه الأخيرة لم تُقدم أي توضيحات حول مفهوم التطور الاقتصادي وكذلك الحال مع موقف مجلس المنافسة الجزائري باعتباره الوجه الثاني للاستثناءات الواردة على حظر التعسف في استغلال التسهيلات الأساسية وهذا بخلاف القانون التجاري الفرنسي والممارسة العملية لمجلس المنافسة في ظل هذا النظام القانوني، حيث أشار هذا الأخير إلى أنه بالعودة إلى المادة 420 من القانون التجاري الفرنسي نجد أن هذه الاخيرة قد أقرت بصريح العبارة أن الممارسات المعنية بالاستثناء هي وفقط الممارسات التي يُثبت أصحابها أنها سوف تساهم في التطور الاقتصادي لاسيما خلق مناصب عمل جديدة وضمان استقرارها وأنها سوف تسمح للمستعملين من الحصول على جزء من العائدات المترتبة عن هذه الممارسة، دون أن يمنح

[375] ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit, p. 141

ذلك للمؤسسات المعنية بالممارسة إمكانية القضاء على المنافسة في جزء جوهري للمنتوجات المعنية. ويُضيف المجلس أن تطبيق مثل هذه الأحكام لابد أن يتم في نطاق جد ضيق ومحدود، على نحو لابد أن يُشكل التطور المثار تطورا لكل المجموعة وليس فقط تحسين وضعية المؤسسات المعنية بالممارسات فقط، ضف إلى ذلك لابد من أن يكون التطور الاقتصادي نتيجة مباشرة للممارسة، وأن يتبين أنه كان من غير الممكن تصور تحقق مثل هذه النتيجة باللجوء إلى طريقة أخرى، أخيرا يُشير المجلس إلى ضرورة إثبات المؤسسات المعنية أن هذا التطور الاقتصادي كاف لتبرير المساس الذي لحق بالمنافسة[376]

المطلب الثاني: التعهدات ونظرية التسهيلات الأساسية: الجانب العقدي في قانون المنافسة

إن الأصل في قانون المنافسة أنه ذو طبيعة قمعية- والذي لا يُشكل سوى استجابة منطقية لوضع حد للممارسات المنافية للمنافسة المشوهة لهذه الأخيرة وإعادة التوازن التنافسي إلى

[376]« Ces dispositions sont d'interprétation stricte. Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence relevées. », Rapport annuel du conseil de la concurrence français, 2009, P. 214, www.autoritedelaconcurrence.fr

السوق[377]. فطبيعة العقوبات التي يقررها مجلس المنافسة والتي تمس أساسا بالمصالح الاقتصادية للمتعامل الاقتصادي لاسيما الجانب المالي تشكل العنصر الجوهري الذي يقف وراء فعالية قانون المنافسة، فالعقوبات المالية الضخمة التي يتعرض لها المتعاملون الاقتصاديون والتي سوف تؤثر دون أدنى شكل على وضعيتهم في السوق يجعلهم يتراجعون عن إتيان مثل هذه الممارسات في المستقبل حفاظا على مصالحهم الاقتصادية لاسيما تحقيق الأرباح والاستمرار في السوق.

غير أنه بمقابل ذلك، قد لا تكون العقوبة المالية هي الوسيلة المناسبة على الدوام والقرار الأكثر صوابا وفعالية لتحقيق هذه الغاية، وهذا لوجود جملة من الأسباب التي قد تتعلق بالمتابعة في حد ذاتها ولخصوصيات القضايا المتعلقة بالمتابعة ، ناهيك عن حالة المنافسة على مستوى أسواق القطاعات لاسيما تلك المفتوحة حديثا على المنافسة مثلما هو عليه الحال مع القطاع المتعلقة بالتسهيلات الأساسية.

فبالنسبة لإجراءات المتابعة في حد ذاتها فقد أشرنا إلى ما أقر به مجلس المنافسة الفرنسي حينما اعتبر أن الوقت عامل جوهري وحاسم لدى المتعاملين الاقتصاديين وأن مدة المتابعة بالرغم من معقوليتها إلا أنها طويلة نسبيا وهو ما قد ينجر عنه الإقصاء من السوق حتى قبل الفصل في موضوع النزاع والذي يمكن اعتباره أخطر نتيجة لعدم التمكين من الدخول

[377] BARKAT (D), Les alternatives à la sanction en droit de la concurrence française: entre souplesse et efficacité, Revue Académique de la Recherche Juridique, vol. 17, n°1, 2018, p. 791

إلى التسهيلات الأساسية، من ذلك، أصبح اللجوء إلى وسيلة أسرع من أجل فض النزاع وتفادي مثل هذه المخاطر التي لا يُمكن تداركها ضرورة لابد منها.

كما أن فض النزاعات المتعلقة بمواضيع مثل التسهيلات الأساسية، يقتضي لتحقيق غايات الفعالية والملائمة في اتخاذ القرار التفاوض وترك الأمر لأهل الاختصاص من خبراء تقنيين اقتصاديين في مسائل جد تقنية واقتصادية على غرار الربط البيني والحلقة المحلية بالنسبة للمسائل التقنية والتوجه نحو التكاليف بالنسبة للمسائل الاقتصادية، ضف إلى ذلك، نحن نعلم درجة المنافسة على مستوى الأسواق المتعلقة بالتسهيلات الأساسية، التي في غالب الحالات هي أسواق مفتوحة حديثا على المنافسة، وبالتالي فإذا كانت غاية العقوبة المالية التي يُقررها مجلس المنافسة هي حماية النظام العام التنافسي تبقى في مثل هذه الظروف والمعطيات غير ملائمة لطالما أن الغاية الجوهرية في مثل هذه الحالة هي خلق المنافسة أولا، ما يجعل من ضرورة اللجوء إلى وسيلة أكثر ملائمة لتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية وتحقيق هذا الهدف أمر لابد منه.

في هذا الصدد، يُعتبر إجراء التعهد باعتباره أحد أهم صور الإجراءات البديلة للعقوبات المقررة في قانون المنافسة الوسيلة الأكثر ملائمة لتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية تفاديا لمجمل الثغرات المشار إليها سابقا، وتحقيقا للأهداف المرجوة لاسيما تفادي المخاطر التي لا يُمكن تداركها ونخص بالذكر الاقصاء من السوق، كما أنه يُشكل علاوة على ذلك أحد أهم الوسائل التي تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات القضايا المرتبطة بالتسهيلات الأساسية،

وأخيرا النجاح في المهمة الضبطية عن طريق تفعيل هذه النظرية عبر هذا الإجراء ألا وهي خلق المنافسة قبل حمايتها.

في هذا الصدد قبل الخوض في تطبيق إجراء التعهد في إطار نظرية التسهيلات الأساسية(فرع ثاني)، لابد من الوقوف أولا عند مفهوم هذا الإجراء باعتباره مفهوم جديد في إطار قانون المنافسة(فرع أول)

الفرع الاول: التعهد: إجراء تفاوضي

يُشار بمصطلح الإجراءات التفاوضية إلى مجموعة الإجراءات التعاونية المتاحة للمتعاملين الاقتصاديين المرتكبين للممارسات المنافية للمنافسة بهدف تعديل السلوك غير المشروع[378]. في هذا السياق، يُشكل إجراء التعهد وسيلة جوهرية متاحة أمام الهيئات المكلفة بالمنافسة والمتعاملين الاقتصاديين الحائزين على التسهيلات الأساسية على حد سواء من أجل تأطير السلوك غير المشروع. حيث يُعتبر التعهد إجراء خصب في خدمة الهيئات المكلفة بالمنافسة، إذ أنه استجابة ضرورية في القانون الاقتصادي من خلال إشراك المتعاملين الاقتصاديين في وضع القواعد التي تُساهم في التأطير الحسن لسير السوق[379]. في هذا السياق مثله مثل أي مصطلح جديد في قانون المنافسة.

[378] SELINSKY (V), « Procédures négociées et stratégies des entreprises », *RIDE*, 2011, p. 61

[379] « Ces mesures répondent à la nécessité, particulièrement marquée en droit économique, d'associer les opérateurs à la définition des règles encadrant le fonctionnement des marchés. », autorité de la concurrence française, « Les engagements comportementaux », www.autoritedelaconcurrence.fr, p. 15

في هذا الصدد، تُعرف الفقيهة الفرنسية « IDOT Laurence » إجراء التعهد على أنه مجموعة الالتزامات التي واقفت عليها الأطراف المعنية بإجراء المنافسة من أجل الحصول على قرار الملائمة، قرار الإعفاء وهذا من أجل تفادي قرار الحظر[380]. فإجراء التعهد على حد تعبير سلطة المنافسة الفرنسية هي مجموعة من العلاجات غير المتجانسة والتي تختلف بحسب طبيعة المشكل الذي تواجهه المنافسة وبحسب ظروف كل حالة على حدة، غير أنه بمقابل ذلك تستجيب التعهدات لهدف مشترك يتمثل في الحفاظ على السير الحسن للسوق، وإعادة ضبطه في حال اختلاله[381]. في هذا الصدد، عملا على تحقيق الأهداف المنتظرة من إجراء التعهد أقر مجلس المنافسة الفرنسي بعدم قبول سوى تعهدات المتعاملين الاقتصاديين التي تستجيب لشروط محددة، حيث لا يتم تبني سوى التعهدات التي من شأنها الاستجابة لانشغالات المنافسة، وإذا لم يكن الأمر كذلك، وقع لزاما على المتعاملين الاقتصاديين تعديل هذه التعهدات تحت طائلة الرفض، كما يولي مجلس المنافسة في هذا الصدد أهمية جوهرية لملاحظات المتعاملين الاقتصاديين أصحاب الإدعاء

---

[380] IDOT(L), « A propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire et française », *Cahiers de droit européen*, n 5, 1999, p. 569

[381]« ... ıls constituent un ensemble de remèdes hétérogènes qui varient en fonction du type de problème de concurrence rencontré et des circonstances propres à chaque espèce. Cependant, ils répondent toujours à un objectif commun : le maintien ou le rétablissement du bon fonctionnement du marché. », autorité de la concurrence française, « Les engagements comportementaux », op.cit, p. 37

وباقي المتعاملين الاقتصاديين المهتمين بهذا الإجراء[382]. في هذا السياق، بهذا يُمكن تقسيم هذا الإجراء التفاوضي إلى طائفتين، تعهدات سلوكية، وتعهدات غير سلوكية والتي تبقى التعهدات الهيكلية أبرز صورها.

بالنسبة للتعهدات السلوكية، فهي تلك التعهدات التي ترمي إلى تعديل سلوك المتعامل الاقتصادي في السوق، حيث يهدف هذا الأخير من خلال هذا الإجراء أن يُعدل سلوكه على نحو يخرجه من نطاق السلوكات المخالفة لأحكام قانون المنافسة[383]، كما تم تعريف التعهدات السلوكية على أنه إجراء يهدف إلى تعديل السلوك التجاري للمتعاملين الاقتصاديين في السوق، حيث يُمكن لهذا النوع من التعهدات أن يشمل فرض إلتزامات

[382] « La pratique montre également que le Conseil n'accepte des engagements proposés par les entreprises en cause que s'ils remplissent des conditions précises. La loi précise en effet que les engagements doivent apporter une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées dans son évaluation préliminaire. Si tel n'est pas le cas, les engagements doivent être modifiés ou, à défaut, ils seront refusés 38. Dans ce cadre, le Conseil de la concurrence attache une importance particulière aux observations du plaignant et des tiers intéressés, tout en considérant que la procédure n'a pas pour objet d'emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes peuvent excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations. », Rapport annuel du conseil de la concurrence français, 2005, p. 156

[383] KIPIANI(P), *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, analyse des droits français, européen et américain*, Ed LGDJ, Paris, p. 188

العطاء وكذا التزامات إتيان أو عدم إتيان عمل وكذا التمكين من الدخول إلى تسهيلة أساسية وحتى تقديم رُخصة أو إبرام عقد[384].

في هذا الصدد، يترتب عن هذا الإجراء السلوكي نتيجتين أساسيتين، الأولى سلبية والثانية إيجابية. تتجلى النتيجة السلبية في وضع حد للممارسة المرتكبة عن طريق إتيان سلوك تعسفي، في حين تتجلى النتيجة الإيجابية في تبني سلوك خصوصي يهدف إلى إحياء اللعبة التنافسية من جديد. من ذلك، يُمكن اعتبار هذا الإجراء السلوكي-الذي هو استجابة لوجود تعسف في وضعية الهيمنة، بمثابة مرآة للمخالفة المرتكبة، وهو ما يُفسر-كما نوهنا إلى ذلك سابقا- تنوع هذه الإجراءات بشكل مرن بحسب المتعامل الاقتصادي وطبيعة التعسف المُرتكب، فهو إجراء مُستحدث لينسجم مع الخروقات التي من المفترض أن يعالجها[385]. بشكل عام، يهدف التعهد السلوكي-علاوة على وضع حد للممارسة المرتكبة- إلى وضع المتعامل الاقتصادي الضحية في الوضعية التي كان من الأجدر أن يكون فيها لولا ارتكاب هذه الممارسة، إذا لم يكن قد التحق بالسوق سابقا، أو إعادته إلى الوضعية التي كان فيها قبل إتيان هذه الممارسة[386]. فالتعهدات السلوكية الخالصة بهذا المعنى هي تلك التعهدات التي لا تُرتب أي تأثير على هيكل المؤسسات المعنية، فهي تسمح وفقط بعلاج وضعيات سلوكية خالصة، ومثلها مثل الأوامر الكلاسيكية يمكن لهذا النوع من الإجراءات التفاوضية

[384]FRENEAUX(L), « L'efficacité des engagements en matière de contrôle des concentrations », *RIDE*, 2007, p. 57

[385] OJHA(L), « Les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante : Une perspective comparée », *CEDIDAC*, n 59, 2012, p. 2-3.

[386] Idem

المساس بالعقد في مبدأه وفي بعض من أحكامه، إذ أن الهدف المرجو منها هو جعل العقد يتماشى مع مقتضيات النظام العام التنافسي[387].

بالعودة إلى الممارسة العملية للهيئات المكلفة بالمنافسة، يُمكن التمييز بين نوعين من التعهدات السلوكية، تعهدات ترمي إلى ضمان عدم التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين وتعهدات ترمي إلى تعديل الشروط التعاقدية التي من شأنها أن تكون منافية للمنافسة.

من أمثلة التعهدات السلوكية المتعلقة بوضع حد للتمييز بين المتعاملين الاقتصاديين على المستوى الأوروبي، قضية الدوري الانجليزي الممتاز والمتعلقة ببث مباريات بطلوة كرة القدم، حيث تم توزيع حقوق البث بشكل تمييزي وغير عادل من طرف جمعية كرة القدم الانجليزي للرابطة الأولى. بعد تبليغ المآخذ لهذه الأخيرة من طرف اللجنة الأوروبية، بادرت جمعية كرة القدم الانجليزي للرابطة الأولى إلى اتخاذ جملة من التعهدات تتضمن تعديلات على مضمون العقد على نحو تأخذ بعين الاعتبار ملاحظات اللجنة الأوروبية، وهي تلك التعهدات التي قبلت بها هذه الأخيرة. حيث اعتبرتها اللجنة أنها تعهدات من شأنها تعزيز المنافسة في ترويج الحقوق المتعلقة ببث مباريات الدوري الانجليزي الممتاز، وهذا باعتبار أنها تتضمن نظام بيع شفاف وغير تمييزي، مُستبعدا بذلك حصرية شراء حقوق البث المباشر من طرف متعامل اقتصادي، ما يسمح بالنتيجة بتحسين الدخول للقنوات

[387] KIPIANI(P), *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, analyse des droits français, européen et américain*, P. 199

التلفزيونية والإذاعة ووسائل الإعلام الجديدة، كما يضمن أن يكون اقتراح هذه الحقوق متوفر في السوق[388].

أما بالنسبة لإجراء التعهد المتعلق بتعديل شروط العقد التي من شأنها أن تكون منافية للمنافسة، فيُمكن لهذا النوع من التعديلات أن ترتبط بتعديل الشروط الحصرية مثلما هو عليه الحال مع قضية "كوكا كولا"، فبعد أن تلقت اللجنة الأوروبية العديد من الشكاوي ما في الفترة الممتدة بين 1996 و 2001 والتي مفادها ارتكاب شركة "كوكا كولا" للتعسف في وضعية الهيمنة على مستوى قطاع المشروبات الغزية والذي يتجلى في وضع عوائق للدخول إلى السوق من خلال فرض ممارسة البيع بالتلازم واتفاقات الحصرية، أبدت اللجنة الأوروبية تخوفها من إمكانية قفل السوق إزاء المتعاملين الاقتصاديين المحتملين. من ذلك،

[388]« À la suite de l'appréciation préliminaire, la FAPL a présenté des engagements, modifiés ultérieurement pour tenir compte des observations pertinentes des tiers intéressés. La Commission considère que ces engagements sont maintenant suffisants pour répondre aux préoccupations qu'elle avait exprimées dans son appréciation préliminaire, ainsi qu'aux observations des tiers intéressés. Ces engagements renforcent la concurrence dans la commercialisation des droits sur les matches de première division, prévoient un système de vente transparent et non discriminatoire, excluent l'achat par un acquéreur unique de l'ensemble des droits de retransmission télévisée en direct, améliorent l'accessibilité du contenu pour les chaînes de télévision, de radio et les nouveaux médias et garantissent que tous les droits seront proposés sur le marché », Décision de la commission européenne du 22 mars 2006, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, Affaire COMP/38.173 — Vente centralisée des droits médiatiques sur le championnat de football britannique de première division), *ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_76.html#i38_173*

بهدف تفادي أي عقوبة محتملة بادرت شركة "كوكا كولا" إلى اقتراح جملة من التعهدات والتي نذكر منها:

حذف جميع شروط الحصرية، حيث أصبح لمختلف زبائن "كوكا كولا" كامل الحرية التعاقدية في شراء وبيع مختلف المشروبات الغازية غير الكحولية من ممونين من اختيارهم.

في هذا الصدد، اعتبرت اللجنة الأوروبية أن التعهدات المقترحة من طرف هذا المتعامل الاقتصادي كافية لعلاج مشاكل المنافسة[389].

[389] « La Commission considère que les engagements proposés à la suite de l'évaluation préliminaire et des observations présentées par des tiers intéressés sont suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence constatés dans les circuits où les parties atteignent certains seuils de part de marché. En particulier, les parties s'abstiendront de conclure des accords d'exclusivité, sauf circonstances particulières, et d'accorder des remises de quantité. Dans l'évaluation préliminaire, ces pratiques étaient considérées comme rendant plus difficile pour les tierces parties l'exercice d'une concurrence basée sur les mérites. En prévoyant de définir séparément les conditions en matière d'assortiments et d'utilisation des linéaires pour certaines catégories de marques, les engagements répondent à la préoccupation exprimée dans l'évaluation préliminaire concernant l'utilisation possible des marques fortes comme levier au profit de marques moins vendues. En ce qui concerne le financement et les équipements techniques, les engagements réduisent la durée des contrats, permettent aux clients de rembourser leur prêt et de mettre fin aux accords sans pénalités et de disposer librement d'une partie de l'espace des meubles réfrigérés, écartant ainsi le risque que les accords préexistants lient indûment les clients et conduisent à l'exclusivité des points de vente. », Décision de la commission européenne, du 22 juin 2005 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/A.39.116/B2 — Coca-Cola), JOUCE L 253/21.

كما يُمكن للتعهدات السلوكية أن تتعلق بتأطير سياسة أسعار المتعامل الاقتصادي، ففي قضية « Engie » مثلا لم تستبعد سلطة المنافسة الفرنسية أن تكون الأسعار المطبقة من طرف الشركة المعنية أسعار قاتلة، حيث اعتبرت هذه الهيئة أن هذه الأسعار لا تُغطي تكاليف المؤسسة وأن الشركة المعنية لا تضبط تكاليفها وأسعارها بشكل موثوق به. بمقابل ذلك، بهدف علاج هذه المشاكل المتعلقة بالمنافسة، تعهدت شركة « Engie » بوضع منهج لتحديد تكاليفها على نحو يسمح بإمكانية فحص هذا الأخير والتأكد من توافقه مع مبادئ المنافسة الحرة[390].

بالنسبة للتعهدات الهيكلية باعتبارها أبرز شكل للتعهدات غير السلوكية، فيُمكن تعريفها على أنها ذلك الإجراء الذي يمس مباشرة بهيكل السوق وذلك بتعديله (الهيكل) بما يتوافق مع النتيجة المرجو تحققها[391]. تهدف التعهدات السلوكية على حد تعبير أحد الكتاب إلى إحداث تغيير عنيف على هيكل المؤسسة المعنية والسوق التي تُمارس على مستواها نشاطها في نفس الوقت. ففي القانون الأمريكي مثلا يُمكن أن يصل الحد بالتعهد الهيكلي إلى حل وفصل أو حتى تفكيك المؤسسة المعنية[392].

---

390 Décision n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie, www.autoritelaconcurrence.fr

391 FRENEAUX(L), « L'efficacité des engagements en matière de contrôle des concentrations », op.cit, p. 55

392 OJHA(L), « Les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante : Une perspective comparée », op.cit, p. 4

إن خطورة الإجراء الهيكلي يجعل منه إجراء استثنائي، حيث لا يتم اللجوء إليه إلا إذا تبين أن التعهدات السلوكية ليس من شأنها أن تضع حدا للممارسات المرتكبة وعلاج الاختلالات التي لحقت بالمنافسة. في هذا الصدد تتجلي إيجابيات التعهدات الهيكلية في كونها تسمح بإزالة قفل السوق الناتج عن ارتكاب الممارسة المنافية للمنافسة[393]

من أمثلة التعهدات السلوكية نذكر تلك المتخذة في قضية شركة« RWE » على مستوى قطاع الغاز الألماني، حيث أصبح سلوك هذه الشركة في مجال توزيع الغاز محل شكوك من اللجنة الأوروبية والتي تساءلت عما إذا كانت سلطة الرقابة التي ينفرد بها هذا المتعامل الاقتصادي على شبكة نقل الغاز لم يتم استغلالها من طرف هذا المتعامل الاقتصادي من أجل قفل أسواق تموين الطاقة، وهو ما يُشير إلى وجود شكوك حول ارتكاب تعسف في وضعية الهيمنة من خلال وضع حواجز دخول تحول دون التحاق المنافسين المحتملين بالسوق، بالرغم من الطابع الضروري لمنشآت نقل الغاز للحصول على الزبائن وممارسة النشاط الاقتصادي.

في ظل هذه المعطيات بادرت شركة « RWE » إلى اقتراح جملة من التعهدات الهيكلية استجابة لانشغالات اللجنة الأوروبية فيما يتعلق بإمكانية خلق مشاكل للمنافسة، حيث شملت هذه التعهدات على وجه الخصوص:

التنازل عن نشاطاتها الحالية في ألمانيا والمتعلقة بنظام توزيع الغاز لصالح مشتري مناسب والذي من المفترض ألا يخلق هذه المشاكل المتعلقة بالمنافسة

التنازل عن الملحقات الضرورية لاستغلال شبكة النقل

التنازل عن الأموال المعنوية الضرورية لاستغلال شبكة التوزيع حيث اعتبرت اللجنة الأروبية أن هذه التعهدات من شأنها أن تشكل حلا مناسبا لمشاكل المنافسة المثارة من طرفها، كما اعتبرت اللجنة أنه لا وجود لأي إجراء بديل من شأنه أن يكون فعالا في وضع حد لهذه الممارسة، وأن التنازل الذي أعلن عنه هذا المتعامل الاقتصادي هو الحل الوحيد لتحقق ذلك[394].

[394]« Les engagements constituent *une solution appropriée* aux problèmes de concurrence relevés par la Commission. La vente des activités de transport de gaz de RWE empêchera celle-ci de contrôler le réseau de transport de gaz et de se livrer à l'avenir à des pratiques anticoncurrentielles concernant l'accès à son réseau. Les engagements proposés par RWE sont également *nécessaires* dans la mesure où il n'existe aucune mesure corrective aussi efficace que la cession, par RWE, de son réseau de transport afin de lever les craintes de la Commission. Enfin, les engagements doivent être considérés comme adaptés et *proportionnés* aux problèmes de concurrence constatés, au vu notamment du nombre important de clients raccordés » Décision de la commission européenne du 18 mars 2009, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE [Affaire COMP/B-1/39.402 — RWE (verrouillage des marches du gaz)], http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/

الفرع الثاني: بعض تطبيقات إجراء التعهد في إطار نظرية التسهيلات الأساسية

بالعودة إلى الممارسة العملية للهيئات المكلفة بالمنافسة لاسيما الغربية منها، نجد أن هذه الأخيرة لم تتردد في استعمال إجراء التعهد في سبيل تحقيق الفعالية في إطار تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية مثلما ستوضحه الإشارة إلى بعض من القضايا التي تم البت فيها عن طريق هذا الإجراء.

ففي القضية المتعلقة بالمعلومات التقنية بالمركبات على المستوى الأوروبي- فدون الخوض في تفاصيل القضية- أشارت اللجنة الأوروبية أن النقص الفادح في تمكين المصلحين المستقلين من الدخول إلى مجمل المعلومات التقنية شأنه أن يؤدي إلى إقصاء هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين من السوق، كما أشارت اللجنة إلى جملة من المخاطر الأخرى التي تنجر عن هذا الرفض لاسيما الإصلاحات التي تتم دون الحصول على المعلومات التقنية اللازمة والذي من شأنه أن يؤدي إلى مخاطر كبيرة على المركبات والتأثير سلبا على البيئة وحمايتها. إن مثل هذه الممارسات كانت ستؤدي إلى توقيع عقوبات مالية ثقيلة على الحائز على التسهيلة الأساسية، وهو ما دفع هذا الأخير إلى المبادرة إلى اقتراح تعهدات لتفادي العقوبة والتي يبقى أهمها منح المصلحين المستقلين حق الولوج إلى المعلومات التقنية المتعلقة بإصلاح المركبات، ما يسمح بتجاوز مشاكل المنافسة المشار إليها أعلاه[395].

[395] Voir le résumé de la décision de la commission européenne du 14 Septembre 2007, disponible sur : ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_07_1332

من القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية والتي كانت موضوع إجراء تعهد قضية « IBM » على المستوى الأوروبي والمتعلقة بخدمات الصيانة، فبعد أن فتحت اللجنة الأوروبية تحقيق في وجود ممارسة تعسفية من طرف هذا المتعامل الاقتصادي على مستوى سوق صيانة البرامج الموجهة لأنظمة المعالجة الكبرى والذي من شأنه أن يحول دون التحاق المتعاملين الجدد بالسوق أو إقصاء المتواجدين على مستواها، بادرت شركة « IBM » إلى اقتراح جملة من التعهدات بهدف وضع حد لاختلالات المنافسة المشار إليها من جهة ولتفادي التعرض لعقوبات شديدة من جهة أخرى. ولعل أبرز ما جاء في هذه التعهدات التي مضمونها التموين بقطاع الغيار البديلة والمعلومات التقنية في شروط معقولة وغير تمييزية، كما بادرت إلى شركة إلى توضيح جملة من الشروط التعاقدية لاسيما الطريقة المتبعة في تحديد الشروط المفروضة على المتعاملين الاقتصاديين للالتحاق بالسوق[396].

في القانون الفرنسي نلمس كذلك العديد من القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية تم البت فيها عن طريق إجراء التعهد، والتي نذكر منها مثلا القضية المعلقة بالمعلومات التقنية لسيارات « Citroën »، حيث تم إخطار مجلس المنافسة الفرنسي بارتكاب هذا المتعامل الاقتصادي تعسف في وضعية الهيمنة على مستوى سوق المعلومات المتعلقة بهذا الأخير، حيث اشتكى منافسو الشركة من عدم تمكينهم من الولوج إلى المعلومات التي تسمح لهم

[396] Décision de la commission européenne du 26 juillet 2010, relatives à des pratiques mises en œuvre par société IBM, disponible sur : ec.europa.eu

بإجراء الفحص الالكتروني والتي تُعتبر ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي وهو ما انجر عنه الحيلولة دون إصلاح العديد من الأعطاب الالكترونية، كما تم إعاقة باقي هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين من استعمال قاعدة البيانات التي لا غنى عنها في اكتشاف الأعطاب الأكثر تكرارا، والأكثر من ذلك، تم حرمان الأعوان الاقتصاديين ممتهني نشاط تحرير المعلومات من الولوج إلى العديد من المعطيات الضرورية لإصلاح سيارات « Citroën » ما يجعلها تواجه خطر الإقصاء من السوق، كما تم التعسف إزاء منافسي هذه الشركة من خلال فرض شروط دخول تمييزية مجحفة لاسيما من حيث مدة سريان العقد، والتي هي ممارسة تعبر عن التعسف في استغلال التسهيلات الأساسية. أمام إمكانية الإخلال بالمنافسة في السوق لاسيما من خلال إقصاء المتعاملين من هذه الأخيرة، بادرت شركة « Citroën » إلى اقتراح جملة من التعهدات والتي نخص بالذكر تمكين هؤلاء المتعاملين من الدخول في شروط موضوعية وغير تمييزية إلى المعلومات التقنية وأدوات الفحص التي يحوزها المصلحين المعتمدين، وتمكين المحررين التقنيين من الولوج إلى المعلومات المتناسبة مع حاجاتهم التقنية في أسعار يتم تحديدها استنادا إلى معايير الشفافية[397].

من بين القضايا المتعلقة كذلك بإجراء التعهد في إطار تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية في الممارسة العملية لمجلس المنافسة الفرنسي.

[397] Décision n° 07-D- 31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Automobiles Citroën, www.autoritelaconcurrence.fr

في قضية « NMPP »، تم اخطار مجلس المنافسة الفرنسي بارتكاب هذا المتعامل الاقتصادي لسلوك التعسف في استغلال التسهيلات الأساسية. حيث أُتهم هذا العون الاقتصادي بارتكاب سلوك مناف للمنافسة على مستوى سوق توزيع الصُحف المرقمة، حيث ادعى بعض من المتعاملين الاقتصاديين بوجود محاولة من شركة« NMPP » إقصائهم من السوق من خلال رفض تمكينهم من الدخول إلى التسهيلة الأساسية المتمثلة في الجذع المشترك للنظام الآلي والمسمى « Presse 2000 » والتي يحتاجها مستودعو الصحف من أجل التحكم في المعلومات المتعلقة بمختلف العناوين، حيث ينجر عن هذا الرفض عدة أخطاء واضطرابات متعلقة بعملية التحرير، ناهيك عن المعاملة التميزية للعناوين المعنية. هذه الممارسات جعلت الشركة عرضة لعقوبات مالية شديدة من مجلس المنافسة، ما جعل هذا الأخير يُبادر إلى اقتراح جملة من التعهدات من أجل إعادة التوازن التنافسي إلى السوق، ووضع حد لهذه الممارسة التعسفية، لاسيما تمكين المتعاملين المنافسين من الولوج إلى التسهيلة الأساسية المعنية، وكذا تحسين شروط هذا الدخول على نحو لا ينجر عنه لا حواجز تقنية ولا حواجز مالية[398]

[398] Décision n 07-d-31, du 9 octobre 2007, Relatives à des pratique mises en ouevres par la société NMPP, www.autoritedelaconcurrence

خاتمة

بناءا على ما تم دراسته نخلص إلى نتيجة مفادها أن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية هي عملية لابد من أن تتم على مرحلتين، إذ أنه ينبغي في مرحلة أولى التأكد من أن العنصر الذي رُفض التمكين من الدخول بشأنه يُعد تسهيلة أساسية من أجل المرور في مرحلة ثانية إلى الخوض في جملة من العناصر الجوهرية التي تُحيط بتفعيل هذه النظرية. نُشير في هذا الصدد إلى العلاقة التلازمية التدرجية بين المرحلة الأولى والمرحلة الثانية، إذ أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الحديث عن تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية دون التحقق من أساسية التسهيلة، بمفهوم المخالفة، إذا انتفى الطابع الأساسي عن العنصر الذي أُدعي بشأنه هذه الصفة، انتفى معها تفعيل النظرية المرتبطة بهذه الصفة، ما يجعل من أساسية التسهيلة شرط للبحث عن تطبيق النظرية.

بالنسبة للمرحلة الأولى المتعلقة بأساسية التسهيلة، فإن أول ما ينبغي التنويه إليه هو مبرر اختيار مصطلح "التسهيلة" مقارنة بباقي المصطلحات، إذ أن وقوع الاختيار على هذا الاخير يجد دافعه في فكرة الاستيعاب. فمصطلحات مثل المنشأت أو المصادر الأساسية أو حتى الهياكل القاعدية هي مصطلحات غير قادرة على استيعاب كل العناصر التي يمكن أن تُشكل تسهيلات أساسية مثلما هو عليه الحال مع حقوق الملكية الفكرية من منطلق أن هذه المصطلحات يُشار بها وفقط إلى العنصر المادية دون العناصر المعنوية، من ذلك كان لابد من البحث عن مصطلح يستوعب العناصر غير المادية والتي يُمكن أن تكتسب صفة

الأساسية. الأكثر من ذلك وقع الاختيار على مصطلح التسهيلات الأساسية باعتباره مفهوم ذو دلالة غائية وهي ضرورة التمكين من الدخول متى توفرت شروطه وظروفه.

بمقابل ذلك يختلف تعريف الأساسية باختلاف الزاوية يُنظر إليها إلى هذه الأخيرة، فإذا ماحاولنا تعريف الأساسية استنادا إلى معيار الضرورة من جانبه الإيجابي، يمكن تعريف هذه الاخيرة على أنها تلك التسهيلة التي لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي، أو على أنها تلك التسهيلة الضرورية لتصور منافسة حيوية في السوق، أما إذا ما حاولنا تقديم تعريف لها استنادا إلى نفس المعيار ولكن من جانبه السلبي، نقول عن التسهيلة على أنها تلك التي يترتب عن عدم التمكين من الدخول إليها الحيلولة دون الالتحاق بالسوق و/أو الإقصاء منها وعدم الاستمرار فيها. أما إذا ما حاولنا تعريف الأساسية استنادا إلى طابعها الوحدوي يُشار إليها على أنها كل تسهيلة يغيب بشأنها بديل حقيقي ومحتمل أو أنها التسهيلة الوحيدة حاليا ومستقبلا للالتحاق بممارسة النشاط الاقتصادي في السوق. نُشير في هذا الصدد، إلى ضرورة تحقق شرطي غياب الحل البديل الفوري والمحتمل على سبيل التلازم لإضفاء الطابع الوحدوي وبالنتيجة القول بتحقق صفة الأساسية في العنصر المعني بالفحص، فإذا انتفى تحقق غياب البديل المحتمل في هذا الأخير انتفى الطابع الأساسي في هذا العنصر حتى و لو تبين غياب بديل فوري بشأنه.

في ذات السياق، ننوه إلى أنه يكفي لإضفاء الطابع الأساسي على التسهيلة التأكد من تحقق أحد المعيارين في العنصر المعني بالفحص. إذ أن العلاقة بين معيار الضرورة ومعيار الوحدة

هي علاقة سبب بنتيجة، فالطابع الضروري للتسهيلة الأساسية لم يكن ليتحقق لولا الطابع الوحدوي لهذه الأخيرة. فلو تعددت وسائل الدخول إلى السوق لما أُضفيت صفة الضرورية في العنصر المعني بالفحص.

إن التطرق إلى الاجتهادات القضائية في مادة التسهيلات الأساسية في القانون المقارن- لاسيما الاجتهاد القضائي الأمريكي باعتباره مهد النظرية وكذا القانون الفرنسي بالنظر إلى التأثر الشديد للقانون الجزائري بنظيره الفرنسي لاسيما على مستوى قانون الضبط الاقتصادي- يؤكد بما لا يدع أي مجال للشك على الانسجام التام فيما يتعلق معايير أساسية التسهيلة.

من جانب اخر، تشهد عملية البحث عن أساسية التسهيلة على عملية تحول في أهم نظريات القانون المدني، ألا وهي نظرية الرجل العادي، إذ أن البحث عن أساسية التسهيلة لابد أن يأخذ بعين الاعتبار ما يُمكن وصفه بمعيار المتعامل الاقتصادي المتوسط، وهذا من منطلق أن الاستناد إلى معيار المتعامل الاقتصادي الضعيف لا يتماشى والطابع الموضوعي لقانون المنافسة، وهذا باعتبار أن الاستناد إلى معيار العون الاقتصادي الأقل قدرة في السوق قد ينجر عنه اعتبار عناصر أساسية للدخول إلى السوق وهي ليست كذلك، كما أن الاستناد إلى معيار المتعامل الاقتصادي القوي قد ينجر عنه النطق بعدم أساسية العنصر المعني بالفحص بالرغم من أنه في حقيقة الأمر على خلاف ذلك.

خاتمة

في سياق احر، يسمح تقدير أساسية التسهيلة بتأكيد الطابع الخصوصي والمميز لهذه الأخيرة في إطار قانون المنافسة، وذلك من خلال تأثيرات هذه الأخيرة في وعلى السوق. فهي تؤثر على معايير البحث عن مرجعية هذه الأخيرة وذلك بضرورة الاستناد إلى مقاربة أخرى وهي مقاربة المحتكر الافتراضي في البحث عن أساسية التسهيلة وهذا بالنظر إلى النقائص والثغرات الملاحظة بشأن المقاربة الكلاسيكية في القيام بالعملية التقديرية. كما أن فحص أساسية التسهيلة تقتضي البحث عن سوقين، سوق التسهيلة وسوق النشاط، دون إغفال الصفة التي تأخذها التسهيلة الأساسية في السوق، حيث تذوب على مستواها كل صفات وتعريفات عائق الدخول إلى السوق، والأكثر من ذلك فهي تنسجم مع كل أشكال هذه الحواجز سواءا كانت داخلية أو خارجية، دون نسيان صفة عائق الخروج من السوق، أين يجد باقي المتعاملين الاقتصاديين أنفسهم مجبرون على البقاء في السوق وعدم مغادرتها بالرغم من وضعيتهم غير المريحة على مستواها.

بعد التأكد من أساسية التسهيلة، يترتب في ذلك الحين وفقط إمكانية تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية إذا ما تظافرت شروطها والتي تتجلى في ضرورة إتيان السلوك المادي للممارسة والذي يُترجم برفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية، هذا الأخير قد يصدر في شكل رفض إيجابي كما قد يأخذ شكل الرفض السلبي والذي يتخذ صورة التعسف في وضعية الهيمنة وهو الذي يمكن تصوره على مستوى سوق التسهيلة لاسيما ممارسة أسعار دخول تعسفية أو ممارسات مناوراتية، كما يُمكن تصور سلوك الرفض على

خاتمة

مستوى سوق النشاط بنية الإقصاء من سوق التسهيلة والذي يُترجم بممارسة أسعار عدوانية. غير أن ارتكاب سلوك رفض الدخول إلى التسهيلة يقتضي تحقق الأثر السلبي لهذا السلوك والمتمثل في المساس بالمنافسة، هذا الأخير يتأرجح في إطار نظرية التسهيلات الأساسية بين وضعية المنافسة المسيطر عليها حينما تكون التسهيلة الأساسية نتيجة لاستثمارات جد مرهقة ومكلفة للمتعامل الاقتصادي المعني سواء من الناحية المادية والفكرية، وبين وضعية المنافسة جد الصعبة حينما ينتفي تعرض الحائز على التسهيلة الأساسية لتكاليف مرهقة في سبيل ابتكار التسهلة الأساسية، مع ضرورة إعطاء الأولوية في كل الحالات على النوع على حساب الكم في التمكين من الدخول إلى التسهيلات المعنية.

بمقابل ذلك يُعتبر التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية عملية ضبطية بامتياز فهو يهدف بالدرجة الأولى إلى إعادة التوازن التنافسي المفقود في السوق، كما أنه الوسيلة الأنجع لمرافقة قطاع من الاحتكار إلى المنافسة، عن طريق فرض معاملة خاصة على المتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيلة الأساسية فيما يُمكن التعبير عنه بالضبط غير المتناظر، ما يقتضي على الهيئات المكلفة بالمنافسة ضرورة التمكين من الدخول في شروط معقولة وغير تمييزية. كما يتجلى الجانب الضبطي في تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية من طرف الهيئات المكلفة بالمنافسة عند تطبيق الاستثناءات والقيود الواردة على حظر الرفض التعسفي للدخول إلى التسهيلات الأساسية.

خاتمة

من جانب اخر، تحتفظ الهيئات المكلفة بالمنافسة في إطار نظرية التسهيلات الأساسية بمهامها الكلاسيكية المنصوص عليها في قانون المنافسة ونقصد هنا سلطة إصدار الأوامر وممارسة الاختصاص القمعي، غير أن النقائص التي تشوب هذه الاختصاصات وعدم تلائمها مع خصوصيات نظرية التسهيلات الأساسية بشكل خاص ومقتضيات الضبط بشكل عام يستدعي اللجوء إلى الوسائل البديلة الواردة في التشريع المتعلقة بالمنافسة أملا في تطبيق أكثر فعالية لنظرية التسهيلات الأساسية.

من ذلك ، يمكن وصف نظرية التسهيلات الأساسية بالمزيج القانوني الذي يستدعي تفاعل العديد من العناصر القانونية وغير القانونية بغية تفعيلها، فهي تقتضي الاستعانة بقانون المنافسة والعودة إلى مبادئ ومفاهيم الاقتصاد فيما يُسمى بالتحليل الاقتصادي للقانون مع ضرورة ممارسة تأثير على جملة من المبادئ المقدسة في القانون التي كانت تُعتبر في زمن ليس بالبعيد مبادئ لا يُمكن المساس بها على غرار مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، كما أن تفعيل النظرية هو مزيج بين ضبط سابق غير متناظر وضبط لاحق متناظر يستدعي في كل الحالات كفاءة عالية لدى الهيئات المكلفة بالمنافسة.

في سياق اخر، نخلص من خلال هذه الدراسة إلى تقديم التوصيات التالية:

- ضرورة ضبط المصطلح المتعلق بموضوع النظرية واعتماد مصطلح التسهيلات الأساسية نظرا لقصور المصطلحات الاخرى التي لا تستوعب كما أشرنا سابقا مختلف العناصر التي قد تُشكل تسهيلات أساسية ونخص بالذكر حقوق الملكية الفكرية.

- النص على معياري أساسية التسهيلة على سبيل الاختيار لا على سبيل التلازم لكون كلا المعيارين هو تعبير عن الأساسية من زاوية مختلفة، كأن يستعمل المشرع كلمة "أو" أو "إما" حين الإشارة إلى هذين المعيارين، كأن ينص القانون مثلا: التسهيلة الأساسية هي كل تسهيلة : ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي أو تلك التي لا يوجد بديل حقيقي أو محتمل بشأنها.

-ضرورة تعميم الإشارة إلى التسهيلات الأساسية بشكل صريح في مختلف نصوص القطاعات الخاضعة للضبط والتي يُمكن أن يُتصور على مستواها رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية على غرار الكهرباء والغاز، السكك الحديدية، الطاقات وغيرها.

- ضرورة النص بشكل صريح على أن رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية يُشكل تعسفا في وضعية الهيمنة.

-ضرورة إدخال مقاربة المحتكر الافتراضي في البحث عن السوق المرجعية لاسيما في مادة أساسية التسهيلة.

- ضرورة منح الاختصاص التحكيمي لمختلف سلطات الضبط القطاعية التي يوجد على مستوى النشاطات الخاضعة لضبطها تسهيلات أساسية و/او توسيع الاختصاص التحكيمي لهذه الهيئات ليشمل فض النزاعات المتعلقة برفض التمكين من الدخول.

- ضرورة إضافة ممارسة الاسعار العدوانية كممارسة تعسفية في وضعية الهيمنة والتي تختلف جوهريا عن البيع بأسعار مخفضة تعسفيا.

- ضرورة الإشارة إلى معيار المتعامل الاقتصادي المتوسط كمعيار لتقدير أساسية التسهيلة.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I. الأطروحات والمذكرات الجامعية :

1. قوسم غالية، *التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي*، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016
2. مخلوف باهية، *فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام*، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو
3. فرحاني الزهرة، *اقتصاديات الحجم كعائق للدخول إلى السوق، دراسة حالة مؤسسة الاسمنت عين توتة*، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، سنة 2013

II. المقالات:

1. بوعافية عادل، "عوائق الدخول وعؤائق الخروج في قطاع خدمة الهاتف النقال في الجزائر"، *مجلة ميلاف للبحوث والدراسة*، المجلد 4، العدد 1، جامعة باتنة، سنة 2018، ص ص 319-339

2. تواتي غيلاس، "نظرية التسهيلات الأساسية: وسيلة لمنافسة فعلية"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان بجاية، مجلد رقم 16، عدد 02، سنة 2017، ص 12.

3. حساب محمد لمين، محتال فلة، "درجة التركيز وحواجز الدخول كمحددات للقوة السوقية لمتعاملي الهاتف النقال في الجزائر"، *مجلة أبحاث اقتصادية معاصرة*، العدد 01، جامعة الأغواط، سنة 2019، 154-167

III. النصوص القانونية:

أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم: بالقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر عدد 36، صادر في جويلية 2008، وبالقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

قانون رقم 18-04، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، مؤرخ في 10 ماي 2018، ج.ر عدد 27، صادر في 13 ماي 2018.

IV. قرار مجلس المنافسة الجزائري

مجلس المنافسة، قرار رقم 99-ق-01، مؤرخ في 23 جوان 1999، يتعلق بالممارسات المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية للصناعات الالكترونية، غير منشور.

ثانيا: باللغة الأجنبية

I. Ouvrage :

قائمة المراجع

1. CLAM (J.) et MARTIN (G.) (dir.*) Les transformation de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998.
2. DECOCQ (G), *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'union européenne*, 5eme édition, LGDJ, Paris, 2012
3. DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles: Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009
4. EJAN (M) et ROUSSEAU (S), *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, 2008
5. FRISON-ROCHE (M-A) et PAYET (M-S), *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, Paris, 2006
6. GSTALTER (J), Droit de la concurrence et droit de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information », Edition BRUYLANT, Paris, 2012
7. GUEDON (M-J) , Les autorités administratives indépendantes , LGDJ, Paris, 1991.
8. KIPIANI(P), *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, analyse des droits français, européen et américain*, Ed LGDJ, Paris, 2014
9. MADDALON (P), *La notion de marché dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2007
10. SIBONEY (A-L) ,*Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris 2008
11. TUCCI (L-A), Droit de la concurrence et propriété intellectuelle, Abus de position dominante et propriété intellectuelle en droit communautaire », Edition EUE, Berlin, 2011
12. VIGNAL(M) , *L'abus de position dominante*, LGDJ Eds, Paris 2002
13. VIGNAL(M), *Droit de la concurrence*, 2éd, Armand Colin, Paris, 2003

14. ZOUAIMIA (R.), *Droit de la régulation économique*, Berti Edition., Alger, 2008..
15. ZOUAIMIA (R.), *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, éd., Belkeise, Alger, 2012.
16. ZOUAIMIA (R), Droit de la concurrence, Editions Belkeise, Alger, 2012

II. Thèses et mémoires

1. BERRI (N.), Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications, Thèse Doctorat en droit, université Mouloud MAMMRRI de Tizi-Ouzou, 2014.
2. CHAGNY (M), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne(Paris1), 2002
3. DIAWARA (K), *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et européen (U.E) de la concurrence Contribution à une approche juridique du marché*, Thèse de doctorat en droit, Université LAVAL Québec, 2008
4. ZEVOUNO L), *Le concept de concurrence en droit*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris ouest Nanterre La défense, 2010
5. ELSA (T)' Les prix prédateurs, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen des affaire, Université Panthéon- Assas, 2010
6. ERDEM (Y), analyse comportementale des prix prédateurs dans le droit américain et européen, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2018
7. GOUBET (J), L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe aux Etats- Unis, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen comparé, Université Panthéon Assas, 2010

III. Articles:

قائمة المراجع

1. ANDRE (M), « L'Amérique el les chemins de fer : Une histoire d'amour oubliée » https://www.books.fr/lamerique-et-les-chemins-de-fer-une-histoire-damour-oubliee/.
2. ARNAUD (A-J), « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Revue Droit et Société*, n° 35, 1997, pp.11-35.
3. AUTENNE (A) et Autres, « *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : La libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter* », sous/(dir.) LEONARD (T) ; *"Actualités en droit économique: la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique"*, Ed Bruylant, 2015, pp 123-144
4. BARKAT (D), Les alternatives à la sanction en droit de la concurrence française: entre souplesse et efficacité, *RARJ*, vol. 17, n°1, 2018, pp. 791-818
5. BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *Revue de la concurrence et de la consommation*, n 19, 2001, pp 37-44
6. BERRI (N.), « L'ordre régulatoire : essai sur l'émergence d'un concept », *RARJ* , n° 1, V. 11, 2015, pp.26-45.
7. BRIAND (M-D.), « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », Revue internationale de droit économique, n° 3, 2007, pp. 345-371.
8. Bruno DEFFAINS (B) et (P), " Les marchés pertinents : une approche économique", Disponible en ligne sur: http://koppdeffains.com/wpcontent/uploads/2014/06/5937f3d3ae3ba8d52ffb16a5cc4b4993.pdf
9. CHEVALLIER (J.), « L'Etat régulateur », *RFAP*, n°03/2004.
10. *communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2007

11. DURAND (B), " *La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique*", *Concurrences*, N^0 4, 2010, pp 33-43
12. RIEM (F), " Concurrence effective ou concurrence éfficace ?L'ordre concurrentiel en trompe-l'oeil" *Revue internationale de droit économique*, Tome 22, N^o 1, 2008, pp 67-91.
13. FREDERIC(M) & JULIEN(P), « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne » , Revue *de reflets et perspectives de la vie économique*, n. 4 ,2001, pp 197-221
14. FRENEAUX(L), « L'efficacité des engagements en matière de contrôle des concentrations », *RIDE*, 2007, pp 43-67
15. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les différentes définitions du droit de la régulation », in Colloque DGCCRF sur : La régulation : monisme ou pluralisme ?, LPA, n° 83, 1998, pp 7-15
16. FRISON-ROCHE (M-A), " L'intérêt pour le system juridique de l'analyse économique du droit", Disponible sur: mafr.fr/IMG/pdf/103
17. FRISON-ROCHE (M-A), « Droit de la régulation », D. 2001,
18. FRISON-ROCHE (M-A), « Asymétrie : Régulation Asymétrique/ Asymétrie d'information », Disponible sur : https://mafr.fr/fr/article/asymetrie-regulation-asymetrique-asymetrie-dinform/
19. FRISON-ROCHE (M-A), « Proposition pour une notion· l'opérateur crucial », *CONCURRENCE – DISTRIBUTION*, 2006, pp 1895- 1900
20. FRISON-ROCHE (M-A.), « Les autorités administratives indépendantes : distorsion ou réforme de l'Etat», in BETBEZE Jean-Paul et COEURE Benoît (dir.), Quelles

réformes pour sauver l'État ? , Les cahiers du Cercle des économistes, PUF/Descartes & Cie, Paris, 2011, pp. 125-130.

21. GAUDEMET (Y.), « Introduction, " La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?" », *RFAP*, n° 01/2004, pp. 13-16
22. GLAIS (M), "Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence)", *Revue d'économie industrielle*, vol. 68, 1994, pp 81-98
23. GLAIS (M). « Concurrence - Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence ». In*: Revue d'économie industrielle*, vol. 85, 3e trimestre 1998, pp 85-116.
24. GLAIS (M) "Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence", *Revue économie rurale*, N°277-278, 2003, pp 23-44
25. GODEFROY (D-N) PENARD (T), "Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droit de propriété », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestres, 2000, pp. 297-316.
26. IDOT(L), « A propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire et française », *Cahiers de droit européen*, n 5, 1999, pp 569-610
27. JAPPONT (F), La dualité égalité – équité dans la pratique des autorités de régulation, *Revue internationale de droit économique* , n 2, 2006, pp 151-165
28. MILLARD (E), "L'analyse ´économique du droit : un regard empiriste critique", *Droit prospectif*, 2009, pp.2523-2528
29. MONGOUACHON (C), Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, actes de colloque : le contentieux des droits et libertés

fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché, Université de Toulon, 2017, pp 42-60

30. MULDUR(U). Les barrières à l'entrée dans le marché bancaire français. In: *Revue d'économie financière*, n°27, 1993. pp 75-121
31. OJHA(L), « Les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante : Une perspective comparée », *CEDIDAC*, n 59, 2012, pp 01-08
32. OLIVIER(M), Les Barrières à l'entrée : un retour aux origines, www.wirtschaft.fh-dortmund.de
33. PENARD (T), L'accès au marché dans les industries de réseau : Enjeux concurrentiels et règlementaires, *Revue internationale de droit économique*, pp. 293-312
34. PIRAUX (A), « Les outils publics de la régulation », *Revue Baricade*, n 2015, pp. 01-28
35. PRESTON (M) and other, "What is a Barrier to Entry?",*American Economic Review*, Vol. 94 , No. 2, may,2004, pp 1-26
36. REY (P), « Concurrence par les mérites », S/dir, *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDG, 2006 pp 151-161
37. REY (P),, TIROLE (J). Analyse économique de la notion de prix de prédation. In: *Revue française d'économie*, volume 12,n°1, 1997, pp. 3-32
38. SELINSKY (V), « Procédures négociées et stratégies des entreprises », *RIDE*, 2011, pp 59-81
39. SPENCER (W-W), "The "New" Law of Monopolization: An Examination of MCI Communications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.", *DePaul Law Review*, Vol 3, DePaul University, 1983, pp 593-623.

40. STREEL(A) et VÉGIS (E), « La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications », pp 389-423, http://www.crid.be/pdf/public/4715.pdf
41. TEMPLE Long, " The principle of essntial facility in European community competition law- The position since Bronner", *Journal of Network Industries*, 2000, pp 375-405
42. TIMSIT (G.), « La régulation, la notion et le phénomène, *Revue française d'administration publique* n 1, 2004, pp. 5-11.
43. VAN DER HAEGEN, (O). « *Essential Facilities* » : doctrine essentielle ou facilité d'expression ? Regards croisés sur les droits américain et européen de la concurrence. *Revue générale de droit*, volume 39, n 2 Université Ottawa, 2009, pp 412-453
44. VLADIMIR (B), « Les enjeux économiques de l'interconnexion des réseaux de télécommunications », Economies et Finances, Université d'Orléans, 2004, http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00006104.
45. VOGEL (L), " Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence", *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 6, 9 Février 1994, p.p 73-78
46. VEGIS (E)," La théorie des essential facilities: Genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?", *Revue de droit commerciale belge*, n^{0}01, 1999, p.p. 4-21
47. WEST (J), Prix d'éviction, *« Revue sur le droit et la politique de la concurrence »*, Vol 9, 2007, P 110, www.cairn.info/revue-sur-le-droit-et-la-politique-de-laconcurrence-2007-1-page-109.htm
48. ZOUAIMIA (R.), « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie », *Idara*, n° 26, 2003, pp. 5- 50

49. ZOUAIMIA (R.), « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes », *Revue Idara*, n° 28/2004, pp. 123-165

50. ZOUAIMIA (R.), « De l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur l'exemple Algérien» , *Revue critique de droit et sciences politiques*, n°1, 2008, pp 7-42

51. ZOUAIMIA (R.), « Réflexion sur le pouvoir règlementaire des autorités administratives indépendantes », *revue critique de droit et sciences politiques*, vol 6, n^{0} 2, 2011, pp 7-39

52. ZOUAIMIA (R.), « Les fonctions arbitrales des autorités administratives indépendantes», in Mélanges en l'honneur du Professeur ISAAD Mohand , Ed AEJD, ,Alger, 2011, pp. 541-57.

53. ZOUAÏMIA (R), "Les aides de l'Etat aux entreprises publiques economiques : une entrave Au principe de libre concurrence ?", *Revue Académique de la Recherche Juridique* vol 15, no 1, 2017, pp 7-30.

IV. Jurisprudence Etrangères

1 : Jurisprudence européenne

A : CJCE

1. CJCE, 18 fevrier 1971, Srena/Eda, 40/70
2. Arrêt de la cour du 21 février 1973, Emballage corporation et Continental Can Company c/ commission, aff 6-72, eur-lex.europa.eu
3. CJCE, 6 mars 1974, Instito Chemioterapico Italiano SPA et Commercial Solvents Corporation c/Commission, aff 6-7/73, eur-lex.europa.eu
4. CJCE, 13 novembre 1975, General motors c/Commission, 26/75

5. CJCE, 14 février 1978, United Brands c/ Commission, aff 27/76, eur-lex.europa.eu
6. CJCE, 13 février 1979, Hoffman- La roche c/ Commission, 85/76
7. CJCE, 31 mai 1979, Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd c/Commission, 22/78, Points 6 et 8, eur-lex.europa.eu
8. CJCE, 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission, aff. 322/81, eur-lex.europa.eu
9. CJCE, 3 octobre 1985, SA Centre belge d'études de marché- télémarketing (CBEM) c/ SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information Publicité Benelux (IPB), 311/8, point 26, eur-lex.europa.eu
10. CJCE, 18 juillet 1988, Napier Brown c/ Commission, JOCE N^0 L 284/41, eur-lex.europa.eu
11. CJCE, 5 octobre 1988, CICRA e.a./Renault, 53/87
12. CJCE , 6 avril 1995, RTE et ITP c/ Commission, C-241 et 242/91.

B : Commission Européenne

1. Décision 78/CE du 8 decembre 1977, (IV/29.132- Hugin/Lipton), JOCE n L 22 du 27 janvier 1978
2. Décision B&I/Sealink Harbours, IV/34.174, publieé In CMLR, 1992, n^0 5
3. Décision94/119/CE de la commission, du 21 décembre 1993, port de Rodby, JOCE n^0 L 55 Du 26 février 1994
4. Décision 94/19/CE, du 21 décembre 1993, (IV/34.689 — Sea Containers/Stena Sealink), JOCE n L15 du 18 janvier 1994

5. Décision 94/119/CE de la commission du 21 décembre 1993, *Port de Rodby*, JOCE, n^0 L 55 du 26 février 1994
6. Décision de la commission européenne, du 16 mai 1995, relatives à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE IV/35- Irish Continental Groupe Contre CCI Morlaix
7. Décision 98/190/CE de la commission du 14 janvier 1998, (IV/34.80- FAG Flughafen Frakfurt/Main AG), JOCE, n L 72, 11 1998
8. Décision, 2002/165/CE de la commission du 3 juillet 2001, (COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health ; mesures provisoires).
9. Décision 2001/892/CE de la Commission du 25 juillet 2001, (COMP/C-1/36.915-Deutsche Post AG/Interception de courrier transfrontière), JOCE n^0 L 331 du 15 décembre 2001
10. Décision 2004/33/CE du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/37.685 GVG/FS), *JOUCE*, n^0 L. 11 du 16 janvier 2004
11. Décision, 207/53/CE, de la Commission du 24ars 2004, (COMP/C-3/37.792-Microsoft)
12. Décision de la commission européenne, du 22 juin 2005 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/A.39.116/B2 — Coca-Cola), JOUCE L 253/21.
13. Décision de la commission européenne du 22 mars 2006, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, Affaire COMP/38.173 — Vente centralisée des droits médiatiques sur le championnat de football britannique de première

division), disponible sur : *ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_76.html#i38_173*

14. Résumé de la décision de la commission européenne du 14 Septembre 2007, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_07_1332
15. Décision de la commission européenne du 18 mars 2009, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE [Affaire COMP/B-1/39.402 — RWE (verrouillage des marches du gaz)], http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/
16. Décision de la commission européenne du 26 juillet 2010, relatives à des pratiques mises en œuvre par société IBM, ec.europa.eu

C : TPICE

1. TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, aff. T-83/91, eur-lex.europa.eu
2. TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Service*, T-374/94, T-384/94 ET T-388/94
3. TPICE, 12 jun 1997, *Tierce Ladbroke SA c/ Commission*, T—504/93
4. TPICE, 12 décembre 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, T-128/98

2 : Jurisprudence française

A : Cour d'appel de Paris

1. Arrêt de la cour d'appel de Paris (1re chambre, section H) en date du 8 février 2000 relatif au recours formé par l'établissement public Aéroports de Paris contre une décision no 98-D-77 du Conseil de la concurrence en date du 15 décembre 1998

relative à des pratiques mises en œuvre par les aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris - Roissy-Charles-de-Gaulle.

3: Jurisprudence Américaine

1. 224 U.S, UNITED STATES *v.* ST. LOUIS TERMINAL. 383
2. 410 U. S, OTTER TAIL POWER CO. *v.* UNITED STATES, February 22 1973
3. ALASKA AIRLINES, INC.; Midway Airlines v. UNITED AIRLINES, INC, 948 F.2d 536
4. ASPEN SKIING CO. *v.* ASPEN HIGHLANDS SKIING CORP, 472 U.S. 585 (1985)
5. ASSOCIATED PRESS *v.* UNITED STATES, 326 U.S. 1(1945
6. City of Malden, v. Union Electric Company, 887, F. 2d, 157, 1989
7. MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. AT&T Company, 708 F.2d. 1081, 1983.
8. MCI Communications Corporation and MCI Telecommunications Corporation v. AT&T Company, 708 F.2d. 1081, 1983.
9. Mid-Texas communication, Sys, v. AT&T, 615 F .2d 1372.
10. Morris Communications Corporation v. PGA Tour, Inc, 235, F. Supp.2d 1269
11. Ohio Bell Telephone Company v. Corecomm Newcom, Inc., 214 F.Supp.2d 810(N.D. Ohio, 2002).
12. Premier Degital access, Inc, v. Central Telephone Company, 360 F.Supp.2d 1161.

V. :Décisions du conseil de la concurrence français

1. Cons. conc., Décision n° 94-D-41 du 05 juillet 1994, relative à des pratiques relevées dans le secteur des volailles sous label, www.autoritedelaconcurrence.fr

2. Cons. Conc, Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, www.autoritedelaconcurrence.fr
3. Cons.Conc, Décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996 relative aux saisines présentées par la Compagnie Générale de Chauffe (C.G.C.), la Société Valenerg, la Société UTEC SA, la Société Auxiliaire de Chauffage (SAC), la Société Lyonnaise d'Exploitation et de Chauffage (SLEC), la Société d'Exploitation de Chauffage de Vénissieux (SECV) à l'encontre d'Electricité de France ainsi qu'aux saisines présentées par MM. Bastide et Ségur, la Société SA 2EM et le Syndicat national des Producteurs Indépendants d'Electricité Thermique (SNPIET) à l'encontre d'Electricité de France, www.autoritédelaconcurrence.fr
4. Cons. Conc, Décision, n^0 98-D-60, 29 septembre 1998, relative à des pratique mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, P. 1 Disponible sur : www.autoritedelaconcurrence.fr
5. Cons. Conc,,Décision n° 98-D-77 du 15 décembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à la périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle, www.autoritedelaconcurrence.fr
6. Cons. Conc, Déc, n^0 99-MC-01, 12 janvier 1999, Relative à une demande de mesures conservatoires presentees par la societe NC Numericable, Disponible sur : www.autoritedelaconcurrence.fr
7. Cons. Conc, Avis n° 00-A-21 du 6 septembre 2000 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, www.autoritedelaconcurrence.fr

8. Cons. Conc, Avis n° 01-A-01 du 16 mars 2001portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers, P. 6. www.autoritédelaconcurrence.fr
9. Cons. Conc, Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE, www.autoritédelaconcurrence.fr
10. Cons. Conc, Avis n° 02-A-05 du 18 avril 2002 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, www.autoritédelaconcurrence.fr
11. Cons. Conc, Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, www.autoritédelaconcurrence.fr
12. Cons. Conc, Avis n 04-A-01, 8 janvier 2004, relatif à une demande d'avis de l'association française des réseaux et services des télécommunications(AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les autres acteurs du dégroupage, www.autoritédelaconcurrence.fr
13. Cons. Conc, Décision n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM, www.autoritedelaconcurrence
14. Cons. Conc, Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple computer Inc dans le secteur du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques, www.autoritedelaconcurrence.fr
15. Cons. Conc, Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de

l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques. www.autoritedelaconcurrence.fr

16. Cons. Conc, Décision n° 05-D-11 du 16 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire et dans celui du transport de personnes sur la route Paris-Londres, www.autoritédelaconcurrence.fr
17. Cons. Conc, Décision n° 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société YVERT & TELLIER sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste. www.autoritedelaconcurrence.fr
18. Cons. Conc, Décision n^{0} 07-D-09, Du 14 Mars 2007, Relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxosmithkline France, Point 164. www.autoritedelaconcurrence.fr
19. Cons. Conc, Décision n° 07-D- 31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Automobiles Citroën, www.autoritelaconcurrence.fr
20. Cons. Conc, Décision n 07-d-32, du 9 octobre 2007, Relatives à des pratique mises en ouevres par la société NMPP, www.autoritedelaconcurrence
21. Cons. Conc, Décision n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie, www.autoritelaconcurrence.fr

VI. Rapports :

1. Rapport de la Commission européenne sur la politique de la concurrence, 1995
2. Cons. Conc, Rapport annuel, 2001, www.autoritédelaconcurrence.fr
3. Cons.Conc, Rapport annuel, 2005, www.autoritedelaconcurrence.fr

4. Cons.Conc, Rapport annuel pour 2007, www.autoritedelaconcurrence.fr
5. Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2010, www.autoritédelaconcurrence.fr
6. Autorité de la concurrence française, « Les engagements comportementaux », www.autoritedelaconcurrence.fr

VII. Documents :

1. Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, 2012, http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca
2. Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE, n^0 C 76 du 11 mars 1997, www.eur-lex.europa.eu
3. Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE, N^0 C372 du 9 décembre 1997
4. Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *JOCE*, n^0 C 265 du 22 aout 1998
5. Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE n°C45, 24 février 2009
6. Conclusion de l'avocat général ANTONIO Tizzano, Affaire c-418/01, Présentées le 02 Octobre 2003
7. Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS,(Sous CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, C-7/97)
8. Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, (Point 13 de l'exposé des motifs), *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002
9. Directive 2002/21/CE, *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002

10. Entretien avec ZOUAIMIA Rachid, Professeur à la faculté de droit et des sciences politiques, Université de Bejaia, le 13-06-2021
11. Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne
12. Glossaire économique,www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/.../Glossaire+économique.pdf
13. OCDE , Glossaire d'Economie OCDE, Compte rendu détaillé de la table ronde sur les Barrières à la Sortie et leurs effets sur la Concurrence, www.oecd.org.
14. Règlement (CE) No 802/2004 du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE L 133/1

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الفهرس ---------- **ص 01**

قائمة أهم المختصرات ---------- **ص 02**

المقدمة ---------- **ص04**

الباب الأول: التسهيلات الأساسية: الإبداع في قانون المنافسة ---------- **ص11**

الفصل الأول: التسهيلات الأساسية: مفهوم بحاجة إلى تأطير ---------- **ص 14**

المبحث الأول: مفهوم التسهيلات الأساسية ---------- ص 16

المطلب الأول: مفهوم أساسية التسهيلة: بين معيار الضرورة ومعيار الوحدة ---------- ص 17

الفرع الأول: التعبير عن الأساسية استنادا إلى أحد المعيارين ---------- ص 18

أولا: التعبير عن الأساسية استنادا إلى معيار الضرورة: التسهيلة وسيلة لا غنى عنها للحاق بالسوق ---- ص 18

ثانيا: التعبير عن الأساسية استنادا إلى معيار الوحدة: غياب الحل البديل ---------- ص 27

الفرع الثاني: التعبير عن أساسية التسهيلة استنادا إلى المعيارين معا ---------- ص 31

المطلب الثاني: تقدير الطابع الأساسي للتسهيلة ---------- ص 35

الفرع الأول: اختبار « MCI » : اختبار مردود ---------- ص 36

أولا: مضمون اختبار « MCI » ---------- ص 36

ثانيا: عدم تناسب اختبار « MCI » مع تقدير الطابع الأساسي للتسهيلة ---------- ص 39

الفرع الثاني: التقدير العملي لمعايير التسهيلة: الوسيلة الأنجع للبحث عن الأساسية؟ ---------- ص 41

أولا: تقدير أساسية التسهيلة استنادا إلى معيار الوحدة ---------- ص 41

أ: تقدير وجود البديل الحقيقي ---------- ص 42

ب: تقدير البديل المحتمل ---------- ص 47

ثانيا: تقدير الطابع الضروري للتسهيلة الأساسية ---------- ص 51

مبحث الثاني: توضيح الطابع الأساسي للتسهيلة: الاستعانة بالقانون المقارن ---------- ص 52

فهرس المحتويات

المطلب الأول: تاريخ أساسية التسهيلة في القانون الأمريكي ---------- ص 53

الفرع الأول: القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية في القطاعات الشبكية ---------- ص 54

أولا: قضية "Terminal railroad ": الإبداع في قانون المنافسة ---------- ص 54

ثانيا: قضية « OTTER TAIL » ---------- ص 59

الفرع الثاني: قضايا التسهيلات الأساسية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية ---------- ص 61

أولا: قضية Associated Press ---------- ص 62

ثانيا: قضية ASPEN ---------- ص 65

المطلب الثاني: تاريخ أساسية التسهيلة في القانون الفرنسي ---------- ص 69

الفرع الأول: القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية المادية ---------- ص 69

أولا: قضية Heli inter ---------- ص 69

ثانيا: قضية مطار باريس ---------- ص 74

الفرع الثاني: القضايا المتعلقة بالتسهيلات الأساسية غير المادية ---------- ص 80

أولا: قضية قائمة المشتركين ---------- ص 81

ثانيا: قضية Yvert Tellier ---------- ص 83

الفصل الثاني: السوق المرجعية وأساسية التسهيلة ---------- ص 86

المبحث الأول: مفهوم السوق المرجعية: المقاربة الكلاسكية ---------- ص 90

المطلب الأول: البعد السلعي أو الخدماتي ---------- ص 91

الفرع الأول: قابلية الاستبدال من زاوية الطلب ---------- ص 91

أولا: تعريف قابلية الاستبدال من جهة الطلب ---------- ص 92

ثانيا: قياس درجة الاستبدال من جهة الطلب: ضرورة الاستعانة بجملة من المؤشرات ---------- ص 97

أ: المؤشرات المتعلقة بالمنتوج ---------- ص 99

فهرس المحتويات

ب: وجهة نظر المستهلك ---------- ص 100

الفرع الثاني: المرونة من جهة العرض: المنافسة المحتملة في صورتها المخففة ---------- ص 103

أولا: مفهوم قابلية الاستبدال من جانب العرض ---------- ص 104

ثانيا: قابلية الاستبدال من جهة الطلب: صورة من صور المنافسة المحتملة؟ ---------- ص 107

المطلب الثاني : السوق الجغرافية ---------- ص 109

الفرع الأول: الإطار المكاني لممارسة المنافسة ---------- ص 110

الفرع الثاني: تجانس شروط المنافسة: معيار لتحديد السوق الجغرافية ---------- ص 112

أولا: العوامل الموضوعية ---------- ص 113

ثانيا: العوامل الذاتية ---------- ص 114

المبحث الثاني: تأثير أساسية التسهيلة على السوق: تأثير مزدوج ---------- ص 114

المطلب الأول: تأثير أساسية التسهيلة على مفهوم السوق المرجعية: ضرورة الاستعانة بمقاربة المحتكر الافتراضي ---------- ص 111

الفرع الأول: قصور معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب: مبرر لظهور إختبار المحتكر الافتراضي -- ص 117

الفرع الثاني: اختبار المحتكر الافتراضي: مقاربة ضرورية بتجسيد صعب ---------- ص 120

أولا: تعريف اختبار المحتكر الافتراضي ---------- ص 120

ثانيا: حدود اختبار المحتكر الافتراضي: نقائص في الاختبار أم تهرب من التطبيق؟ ---------- ص 128

المطلب الثاني: تأثير أساسية التسهيلة على تركيبة السوق ---------- ص 131

الفرع الأول: التسهيلة الأساسية: عائق للدخول إلى السوق ---------- ص 132

أولا: مفهوم عوائق الدخول إلى السوق: انصهار جميع التعاريف في التسهيلة الأساسية ---------- ص 132

ثانيا : أشكال عوائق الدخول إلى السوق: أي تصنيف للتسهيلة الأساسية؟ ---------- ص 137

أ: عوائق الدخول الخارجية: التسهيلة الأساسية حاجز دخول قانوني ---------- ص 138

فهرس المحتويات

ب: عوائق الدخول الداخلية: التسهلية الأساسية عائق هيكلي واستراتيجي ---------- ص 140

1: عوائق الدخول الهيكلية ---------- ص 140

2: الحواجز الاستراتيجية ---------- ص 142

الفرع الثاني: تأثير أساسية التسهيلة على عدد الأسواق: ثنائية السوق ---------- ص 144

أولا : تكريس ثنائية السوق المرجعية في الاجتهادات القضائية ---------- ص 145

ثانيا: مدى صحة الحديث عن ثنائية السوق: حالة عدم تسويق التسهيلة ---------- ص 147

الباب الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية ---------- ص 149

الفصل الأول: رفض الدخول إلى التسهيلة الأساسية: ممارسة مقيدة للمنافسة---------- ص 152

المبحث الأول: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: بين ضرورة إتيان السلوك المادي وتحقق الأثر السلبي ص 154

المطلب الأول: سلوك رفض التمكين من الدخول: مفهوم بحاجة إلى تأطير ---------- ص 156

الفرع الأول: سلوك رفض التمكين من الدخول: بين الرفض الإيجابي والرفض السلبي---------- ص 156

أولا: الرفض الإيجابي للتمكين من الدخول ---------- ص 157

ثانيا: الرفض السلبي للتمكين من الدخول ---------- ص 158

الفرع الثاني: استبعاد بعض العناصر من شروط رفض التمكين من الدخول ---------- ص 160

أولا: مسألة التواجد في نفس سوق النشاط للحائز على التسهيلة: شرط مردود ---------- ص 160

ثانيا: ضرورة عدم التمييز بين عدد مرات التمكين من الدخول ---------- ص169

المطلب الثاني: الأثر السلبي لرفض التمكين من الدخول: المساس بالمنافسة ---------- ص 171

الفرع الأول: مفهوم المساس بالمنافسة في إطار نظرية التسهيلات الأساسية: تكريس صريح بطابع خصوصي ص 172

أولا: شرط مساس رفض الدخول بالمنافسة في اجتهادات هيئات المنافسة: تكريس صريح ---------- ص 173

ثانيا: المساس بالمنافسة ونظرية التسهيلات الأساسية: ضرورة الموازنة بين المصالح المتناقضة ---------- ص 175

الفرع الثاني: المبررات الموضوعية لرفض التمكين من الدخول: الإفلات من الإدانة ---------- ص 184

فهرس المحتويات

المبحث الثاني: الاستغلال التعسفي للتسهيلات الأساسية: بين ممارسات سوق التسهيلة وممارسات سوق النشاط ---------- ص 187

المطلب الأول: الاستغلال التعسفي للتسهيلة الأساسية على مستوى سوق التسهيلة ---------- ص 188

الفرع الأول: التعسف في وضعية الهيمنة عن طريق فرض أسعار مرتفعة تعسفيا ---------- ص 190

أولا: مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة ---------- ص 190

ثانيا: فرض أسعار دخول مرتفعة تعسفيا: محاولة الحرمان من استغلال التسهيلة ---------- ص 194

الفرع الثاني: بعض الأشكال الأخرى لرفض الدخول: التعسف في وضعية الهيمنة خارج الأسعار-------- ص 202

المطلب الثاني: الممارسات المتعلقة بسوق النشاط: الأسعار القاتلة ---------- ص 207

الفرع الأول: الأسعار القاتلة: الاقصاء من استغلال التسهيلة عن طريق سوق النشاط---------- ص 208

الفرع الثاني: منهج تحديد السعر القاتل ---------- ص 214

الفصل الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: بين مقتضيات الضبط وحماية المنافسة ------- ص 220

المبحث الأول: تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية: مهمة ضبطية ---------- ص 222

المطلب الأول: التمكين من الدخول إلى التسهيلات الأساسية: ضبط اقتصادي بامتياز ---------- ص 223

الفرع الأول: انسجام تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية مع مفهوم الضبط الاقتصادي ---------- ص 224

الفرع الثاني: تفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: ضبط اقتصادي خصوصي---------- ص 228

المطلب الثاني: التمكين من الدخول في شروط غير تمييزية ومعقولة: الرغبة في خلق المنافسة---------- ص 230

الفرع الأول: مفهوم الشروط غير التمييزية والمعقولة في التمكين من الدخول إلى التسهيلة الأساسية --- ص 232

الفرع الثاني: تقدير الشروط غير التمييزية والمعقولة: أي منهج؟ ---------- ص 239

المبحث الثاني: قانون المنافسة وتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية: بين الردع والتفاوض ---------- ص 248

المطلب الأول: قمع رفض الدخول إلى التسهيلات الأساسية: قمع نسبي ---------- ص 249

الفرع الأول: الاختصاص القمعي لمجلس المنافسة وتفعيل نظرية التسهيلات الأساسية ---------- ص 250

فهرس المحتويات

أولا: الإجراءات السابقة لتوقيع العقوبات: التدابير التحفظية والأوامر ---------- ص 250

أ: التدابير التحفظية: تجميد خطر الإقصاء من السوق ---------- ص 250

ب: الأوامر: تصحيح الوضعية غير المشروعة للتمكين من الدخول ---------- ص 256

ثانيا: توقيع العقوبات ---------- ص 259

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على حظر الاستغلال التعسفي للتسهيلات الأساسية: استبعاد الردع ص 261

أولا: الاستثناء على حظر التعسف في التسهيلات الأساسية: الإباحة بموجب نص ---------- ص 262

ثانيا: الاستثناء على حظر التعسف في التسهيلات الأساسية: الرغبة في تحقيق التطور الاقتصادي ----- ص 264

المطلب الثاني: التعهدات ونظرية التسهيلات الأساسية: الجانب العقدي في قانون المنافسة ---------- ص 265

الفرع الاول: التعهد: إجراء تفاوضي ---------- ص 268

الفرع الثاني: بعض تطبيقات إجراء التعهد في إطار نظرية التسهيلات الأساسية ---------- ص 278

خاتمة ---------- ص 282

قائمة المراجع ---------- ص 290

فهرس المحتويات ---------- ص 310

الملخص:

يشمل مصطلح التسهيلات الأساسية مختلف العناصر المادية وغير المادية والتي تحوزها مؤسسة في وضعية هيمنة والتي تُعتبر ضرورية للالتحاق بالسوق. في هذا الصدد يمكن التعبير عن أساسية التسهيلة إما عن طريق معيار الضرورة والذي يُصورها على أنها تلك الوسيلة التي لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي وإما عن طريق معيار الوحدة والذي يعني أن التسهيلة هي الوسيلة الوحيدة للالتحاق بالسوق. في سياق اخر، يسمح الخوض في السوق المرجعية باعتبارها عنصر جوهري في تقدير طابع الأساسية التأكيد على الطابع الخصوصي للتسهيلات في السوق سواء على مفهوم هذه الأخيرة أو على تركيبتها.

بمقابل ذلك، يقتضي تفعيل نظرية التسهلات الأساسية ضرورة إتيان السلوك المادي للممارسة والذي يتجلى في رفض التمكين من الدخول مع ضرورة تحقق الأثر السلبي للرفض والذي يتجلى في المساس الحاد بالمنافسة. في هذا الصدد، بمجرد أن يتبين الطابع التعسفي لسلوك الرفض تتدخل الهيئات المكلفة بالمنافسة بما خول لها القانون من وسائل سواءا تم ذلك في إطار الضبط السابق أو اللاحق من أجل إعادة التوازن التنافسي إلى السوق.

Le résumé

Le terme facilité essentielle englobe les différents éléments matériels et immatériels dont dispose une entreprise en position dominante qui sont, en effet, indispensables pour accéder au marché. On peut apprécier «l'essentialité » dans cet aspect, soit à travers la nécessité ; la facilité est indispensable pour exercer l'activité économique, soit à travers la substituabilité ; la facilité constitue l'unique moyen pour accéder au marché. Ainsi afin d'effectuer l'étude du marché pertinent du fait qu'il constitue un élément primordial dans l'appréciation de la facilité, le caractère spécifique de cette dernière doit être confirmé et démontré.

En contrepartie, il est indispensable de prouver l'existence de cette pratique par un comportement qui se manifeste par un refus d'accéder à cette facilité avec la preuve par conséquent du dommage concurrentiel et l'atteinte considérable à la concurrence. Dans ces conditions, dès que le caractère abusif du comportement est confirmé, les organes compétents en matière de concurrence interviennent soit dans le cadre d'une régulation ex ante soit dans le cadre d'une régulation ex post afin de rééquilibrer le marché.