مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 13 – عدد خاص (العدد التسلسلي 25) جانفي 2021 (ص ص: 547 – 562)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

رقابة التجميعات الاقتصادية كآلية قانونية لوقاية النظام العام التنافسي

The Control of Economic Concentrations as a Legal Mechanism for Preventing Competitive Public Order

ط.د شمس الدين بشير الشريف [1]
باحث دكتوراه
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد لمين دباغين-سطيف 2(الجزائر)
chemseddine58@yahoo.com

د. سميحة لعقابي [2]
أستاذة محاضرة "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد لمين دباغين-سطيف2(الجزائر)
slakabi@yahoo.fr

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
09 سبتمبر 2020	06 ديسمبر 2020	15 جانفي 2021

الملخص:

تشكل التجميعات الاقتصادية أحد الوسائل التي تلجأ إليها المؤسسات لزيادة قوتها الاقتصادية وتحسين تنافسيتها، غير أنها قد تمثل في نفس الوقت خطرا محتملا على المنافسة الحرة في السوق، بفعل إمكانية تحفيزها للممارسات المقيدة للمنافسة، أخصها الاستغلال التعسفي لوضعيات الهيمنة، لذلك أخضعها المشرع لرقابة قبلية يمارسها مجلس المنافسة تستهدف وقاية النظام العام التنافسي من الإضرار به. تهدف الدراسة إلى الوقوف، من خلال مقاربة قانونية، على مدى كفاية التنظيم القانوني لهذه الرقابة في تحقيق هدفها في وقاية النظام العام التنافسي من المساس به. لتحقيق هذا الهدف، تم هيكلة البحث في محورين، يتناول أولهما شروط قابلية التجميعات الاقتصادية للرقابة، في حين يتطرق الثاني إلى مراحل هذه الرقابة.

الكلمات المفتاحية: التجميع الاقتصادي – النظام العام التنافسي– العتبة القانونية – المساس بالمنافسة– الحصيلة الاقتصادية.

Abstract :

Economic concentrations are one of the means that companies use to increase their economic strength and improve their competitiveness, but at the same time they can represent a potential threat to free competition in the market, because of the possibility of stimulating anti-competitive practices, in particular the abuse of dominant positions, therefore the legislator subjects them to a priori control exercised by the Competition Council and aims to prevent competitive public order .The study aims to determine, according to a legal approach, the sufficiency of the legal regulation of this control to achieve its objective in the prevention of competitive public order. To achieve this objective, the research has been structured in two axes: the first deals with the conditions of the controllability of economic concentrations, while the second deals with the phases of this control.

Key words :

Economic concentrations - competitive public order - the legal threshold - violation of competition - the economic balance sheet.

[1] المؤلف المرسل: ط.د شمس الدين بشير الشريف ـــــ *Email: chemseddine58@yahoo.com*

مقدمة:

يشكل الاعتراف بمبدأي حرية المبادرة والمنافسة حجر الزاوية لأي نظام اقتصادي تحرري، يقوم على ترك الحرية للأعوان الاقتصاديين في اختيار الأنشطة الاقتصادية التي يرغبون في ممارستها وفي التحديد الحر لطريقة أو استراتيجية هذه الممارسة. غير أن الواقع أثبت أن الإطلاق في إعمال هذين المبدأين قد يؤدي إلى تدميرهما ذاتيا، نتيجة قيام خطر تركيز أو تكتل رؤوس الأموال في يد فئة معينة من الأعوان الاقتصاديين، بفعل عدم قدرة المعيارية التلقائية للسوق على تحقيق الضبط الذاتي له.

نتيجة لذلك، تبدو الحاجة ملحة إلى وجود معيارية خارجية تتدخل عند الضرورة لتهذيب أو ضبط السير التنافسي للأسواق والحفاظ على النظام العام الاقتصادي. يتم هذا الضبط التنافسي إما بصفة بعدية، من خلال تدخل سلطة ضابطة يفترض فيها الاستقلالية والحياد لقمع أي سلوكات مضرة بالمنافسة قد تصدر عن الأعوان الاقتصاديين، وهو ما يعرف برقابة الممارسات المقيدة للمنافسة أو رقابة السلوكات، أو بصفة قبلية، من خلال تدخل سلطة الضبط ذاتها لوقاية النظام العام التنافسي من هذه السلوكات، وهو ما يعرف برقابة التجميعات أو رقابة البنيات.

تشكل التجميعات الاقتصادية أحد الوسائل التي تلجأ إليها المؤسسات في إطار حرية المبادرة المكفولة لها لزيادة قوتها الاقتصادية وتحسين تنافسيتها، من خلال توحيد وتعبئة مواردها المشتركة، مما يجعلها من هذه الزاوية ممارسة اقتصادية مشروعة. غير أنها في المقابل قد تمثل خطرا على المنافسة الحرة في السوق لما قد يترتب عنها من تعديل لبنيته بفعل تخفيض عدد المتنافسين الناشطين فيه، الأمر الذي قد يحفز بدوره ظهور أو تنامي الممارسات المقيدة للمنافسة، أخصها الاستغلال التعسفي لوضعيات احتكارية أو لوضعيات هيمنة.

للمصالحة بين هذين الاعتبارين، تبنى المشرع في قانون المنافسة مقاربة قانونية تقوم من جهة على عدم إخضاع كافة صور التكتلات الاقتصادية لرقابة مجلس المنافسة رغبة منه في الاستفادة من مزاياها المشار إليها أعلاه، ومن جهة ثانية على فرض رقابة قبلية ذات طبيعة وقائية للنظام العام التنافسي على هذه التكتلات الضارة بالمنافسة في مقابل رقابة السلوكات ذات الطبيعة البعدية العلاجية.

استنادا إلى ما سبق، تتمثل إشكالية البحث في التساؤل المحوري الآتي: ما مدى كفاية التنظيم القانوني لرقابة التجميعات الاقتصادية في تحقيق هدف وقاية النظام العام التنافسي من الإخلال به؟ للإجابة عن هذه الإشكالية، سيتم هيكلة البحث وفق الخطة الآتية:

- شروط قابلية التجميعات الاقتصادية للرقابة

– مراحل رقابة التجميعات الاقتصادية

المبحث الأول: شروط قابلية التجميعات الاقتصادية للرقابة

تشكل التكتلات الاقتصادية التي قد تتم بين المؤسسات وسيلة في غاية الأهمية لزيادة قوتها الاقتصادية ورفع تنافسيتها. غير أنه يمكن لهذه التكتلات أن تمثل خطرا على المنافسة الحرة في السوق، لذلك أخضعها المشرع إذا ما توافرت شروط محددة، هي تحقق مفهوم التجميع الاقتصادي بشأنها وتجاوزها العتبة المحددة قانونا، لرقابة قبلية من طرف مجلس المنافسة تستهدف التأكد من عدم مساسها بالمنافسة.

المطلب الأول: تحقق مفهوم التجميع الاقتصادي

من الناحية القانونية، لا يخضع التقارب الاقتصادي الذي قد يتم بين المؤسسات، كونه وسيلة طبيعية ومشروعة لتعبئة مواردها وزيادة قوتها الاقتصادية، إلى رقابة مجلس المنافسة بصفة آلية، بل لابد ابتداء أن يتحقق بشأنه وصف التجميع الاقتصادي.

الفرع الأول: تعريف التجميع الاقتصادي

عرف المعجم القانوني للسيد *Serge Braudo* التجميع الاقتصادي بأنه: "العملية القانونية الناتجة عموما عن اتفاق مبرم بين مؤسستين أو عدة مؤسسات أو بين مجموعات مؤسسات، والتي تؤدي، سواء عن طريق الاندماج، أو عن طريق الرقابة التي يمارسها بعض مسيريها، أو عن طريق أخذ مساهمات في رأسمالها الخاص أو عن طريق انشاء مؤسسة أو تجمع مشترك أو بأية طريق أخرى، إلى رقابة كل أو جزء من هذه المؤسسات وبالنتيجة رقابة الأنشطة الاقتصادية التي تمارسها"[1].

وعليه، ينصرف مفهوم التجميع الاقتصادي عموما إلى التكتلات التي تتم وفق أشكال قانونية مختلفة بين مؤسستين أو أكثر بغرض تحسين تنافسيتها أو زيادة قوتها الاقتصادية في السوق.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فيظهر من تفحص الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم[2]، أنه لم يقدم تعريفا للتجميع الاقتصادي مكتفيا فقط بتحديد أشكاله القانونية، حيث تنص المادة 15 منه: "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

– اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل؛

– حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى؛

- أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".

يجد هذا السكوت من المشرع عن تقديم تعريف للتجميع الاقتصادي مبرره في اعتبار أساسي، مؤداه تميز هذا المفهوم بالنسبية والتطور، وذلك بحكم طابعه الأفقي أو العابر *transversal* بين الاقتصاد والقانون، ومن ثم لا يمكن تقديم أي تعريف حاسم له، وإنما فقط معاينته أو تقديره بصفة ملموسة، أي تبعا للظروف الواقعية والقانونية الخاصة بكل حالة على حدا، وهو ما يتعين تركه إلى مجلس المنافسة تحت رقابة القاضي الإداري.

يبرز من نص المادة 15 أعلاه، أن المشرع تبنى مقاربة هجينة أو مختلطة *une approche hybride ou mixte* في تحديده لمفهوم التجميع الاقتصادي، حيث جمع بين أسلوبي التحديد بالوسائل *la définition par les moyens*، عندما نص على قيام التجميع بواسطة وسيلتي الاندماج والمؤسسة المشتركة، والتحديد بالنتائج *la définition par les résultats* بالنسبة للشكل الثالث المتعلق بالحصول على المراقبة التي تسمح بممارسة النفوذ الأكيد، حيث يتحقق التجميع في هذه الحالة بالنظر إلى الآثار الاقتصادية للعملية التركيزية وليس بالنظر إلى وسائلها القانونية[3].

يبدو هذا المنهج في التحديد على قدر كبير من الملاءمة، حيث يسمح بالاستفادة على حد سواء من مزايا أسلوب التحديد بالوسائل، أخصها ضمان الأمن القانوني للمتعاملين الاقتصاديين، ومن مزايا أسلوب التحديد بالنتائج أو الآثار، أخصها إضفاء المرونة على مفهوم التجميع الاقتصادي بشكل يجعله قادرا على استيعاب كل التكتلات الضارة ببنية المنافسة مهما كان شكلها القانوني، مما يجعله من هذه الزاوية أكثر فعالية في وقاية النظام العام التنافسي من الإخلال به.

الفرع الثاني: الأشكال القانونية للتجميع الاقتصادي

يبرز من نص المادة 15 من الأمر المتعلق بالمنافسة أعلاه، وجود ثلاثة أشكال قانونية للتجميع الاقتصادي، هي:

1- الاندماج *la fusion*

يشكل الاندماج الوسيلة التقليدية أو النموذجية لتجميع المؤسسات، ويقصد به "عقد بمقتضاه تنضم شركة تجارية أو أكثر إلى شركة أخرى، فتزول الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وتنتقل أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة، أو تمتزج بمقتضاه شركتان أو أكثر، فتزول الشخصية المعنوية لكلتيهما وتنتقل أصولهما وخصومهما إلى شركة جديدة"[4].

إلى جانب هذا الاندماج القانوني، تأخذ سلطة المنافسة الفرنسية بنوع آخر من الاندماج يسمى بالاندماج الواقعي أو الفعلي *la fusion de fait*، والذي يقصد به حسب الخطوط التوجيهية لسلطة المنافسة حول رقابة التجميعات "اجتماع نشاطات مؤسسات مستقلة من قبل على مستوى نفس التجمع الاقتصادي". وتأخذ سلط المنافسة في اعتبارها لتكييف هذا النوع من الاندماج عدة عوامل، أخصها: وجود تعويض للأرباح والخسائر بين المؤسسات المجتمعة، توزيع الموارد بين هذه الكيانات أو مسؤوليتها التضامنية[5].

2- الحصول على مراقبة تفضي إلى ممارسة النفوذ الأكيد

زيادة على الاندماج، يمكن أن يتحقق التجميع الاقتصادي حسب المادة 15 أعلاه، عن طريق حصول شخص طبيعي أو مؤسسة على مراقبة مؤسسة أخرى. وقد حددت المادة 16 من الأمر المتعلق بالمنافسة مفهوم هذه المراقبة بنصها على أنه: "يقصد بالمراقبة المذكورة في الحالة 2 من المادة 15 أعلاه، المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة، إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة، لاسيما فيما يتعلق بما يأتي:

- حقوق الملكية أو حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة أو على جزء منها؛
- حقوق أو عقود المؤسسة التي سترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها".

وعليه، يمكن أن نستخلص من الجمع بين المادتين 15 و16 من الأمر المتعلق بالمنافسة، أن المشرع لا يعتبر الحصول على مراقبة مؤسسة ما في حد ذاته تجميعا اقتصاديا خاضعا لرقابة مجلس المنافسة، بل لا بد أن يفضي إلى ممارسة النفوذ الأكيد على هذه المؤسسة.

وحسب المادة 15 أعلاه، يمكن الحصول على المراقبة من خلال عدة وسائل عددتها على سبيل المثال لا الحصر، يمكن إدراجها تحت عنوانين:

- وسائل مالية، تتمثل في أخذ أسهم في رأس مال المؤسسة أو شراء عناصر من أصولها؛
- وسائل تعاقدية، تتمثل في بعض العقود التي قد تبرمها مؤسسة ما مع مؤسسة أخرى تعطيها سلطة المراقبة عليها مثل عقد التوزيع الحصري، عقد الاعفاء، التعاقد من الباطن[6]،...الخ.

أما بالنسبة لأثر الحصول على المراقبة، وهو ممارسة النفوذ الأكيد على نشاط المؤسسة، فيمكن معاينته غالبا من خلال حيازة أغلبية رأسمالها، إلا أنه ليس المعيار الوحيد في هذا الإطار، حيث يمكن قيام النفوذ الأكيد حتى في حق الحائز لأقلية رأس المال *l'actionnaire minoritaire*، إذا ثبت وجود علاقات تعاقدية و/أو مالية تعزز مكانته داخل المؤسسة، كأن يتمتع

مثلا بسلطة نقض *un pouvoir de veto* في مواجهة القرارات الاستراتيجية للمؤسسة، أي تلك المتعلقة بتعيين وعزل المسيرين أو بالمخطط التجاري للمؤسسة أو بالميزانية السنوية أو ببرامج الاستثمار[7].

3- المؤسسة المشتركة:

ينصرف مدلول المؤسسة المشتركة إلى المؤسسة التي تحوزها مؤسستين أو عدة مؤسسات أخرى، بحيث تمارس عليها نفوذا أكيدا. ولا يختلف مفهوم النفوذ الأكيد هنا عن مفهومه في إطار وسيلة المراقبة، حيث ينصرف إلى قدرة المؤسسات الحائزة على تعطيل القرارات المحددة للاستراتيجية التجارية لهذه المؤسسة المشتركة[8].

إذا كان إنشاء المؤسسات المشتركة يحقق العديد من المزايا للمؤسسات الأم، حيث يسمح لها بتوحيد وتعبئة مواردها الاقتصادية، ومن ثم زيادة تنافسيتها وقوتها الاقتصادية في السوق، إلا أنها قد تتضمن أخطارا مستقبلية على المنافسة، تظهر أساسا على صعيد تغيير بنية السوق وما قد ينجر عنه من ظهور وضعيات احتكارية أو للهيمنة، لذلك أخضعها المشرع إلى الرقابة القبلية لمجلس المنافسة.

ويتعين حسب المادة 15 أعلاه لاعتبار المؤسسة المشتركة تجميعا اقتصاديا خاضعا لرقابة مجلس المنافسة، توافر ثلاثة شروط أساسية، هي:

❖ أن يتعلق الأمر بعملية إنشاء لمؤسسة مشتركة، مما يعني حسب التفسير الحرفي لنص المادة 15 إقصاء عمليات التعديل الهيكلية لمؤسسات مشتركة قائمة من قبل من نطاق مفهوم التجميع الاقتصادي.

غير أن من الفقه الفرنسي من اعتبر عند تعليقه على نص المادة L.430-1 من التقنين التجاري الفرنسي والتي تقابل المادة 15 من الأمر المتعلق بالمنافسة الجزائري وتحمل نفس مضمونها، أنه لا ينبغي فهم مصطلح "الإنشاء" "*la création*" الوارد في النص على أنه يعني الإنشاء في حد ذاته لمؤسسة ما، وإما الإنشاء لوضعية قانونية من شأنها جعل مؤسسة ما مشتركة *la création d'une situation juridique rendant une entreprise commune*، ومن ثم يمكن أن يستغرق حتى حالات التعديل لمؤسسات موجودة من قبل، كما هو الحال مثلا عند الاستحواذ المشترك على مؤسسة قائمة[9]. أخذت سلطة المنافسة الفرنسية في خطوطها الرئيسية حول رقابة التجميعات بهذا الرأي[10].

❖ أن تكون المؤسسات المنشئة للمؤسسة المشتركة مستقلة عن بعضها البعض، وهو شرط يجد مبرره في اعتبار أساسي مؤداه أن الضرر التنافسي الناتج عن المساس ببنية السوق لا يتحقق إلا إذا كانت المؤسسات الأم تتمتع بالاستقلالية في مواجهة بعضها البعض. بمفهوم المخالفة، لا

تشكل تجميعا، المؤسسة المشتركة التي قد تنشئها مؤسسات تابعة لنفس المجمع، كونها لا تتمتع بأية استقلالية، ومن ثم غير قادرة على إحداث أي ضرر تنافسي.

❖ أن تمارس المؤسسة المشتركة نشاطها على سبيل الدوام من جهة، وفي إطار من الاستقلال عن المؤسسات المنشئة لها، من جهة ثانية. يعبر عن وصفي الديمومة والاستقلال حسب اللجنة الأوربية بشرط الممارسة التامة *le plein exercice* للمؤسسة المشتركة[11].

يترتب على غياب شرط الاستقلال الاقتصادي للمؤسسة المشتركة، اعتبارها مجرد مؤسسة مشتركة تعاونية *une entreprise commune coopérative*، أي هيكلا تم إنشاؤه فقط للتعاون بين المؤسسات الأم وليس لتجميعها، ومن ثم ليس من شأنه التأثير على بنية المنافسة في السوق، مما يعفيه من الخضوع لرقابة التجميعات الاقتصادية، مع إمكانية وقوعه تحت طائلة قانون الممارسات المقيدة للمنافسة لاسيما الاتفاقات إذا تحققت شروطها[12].

المطلب الثاني: مساس التجميع الاقتصادي بالمنافسة وتجاوزه العتبة القانونية

لا تعتبر التجميعات الاقتصادية في حد ذاتها، بفعل الآثار الاقتصادية النافعة التي قد تترتب عنها محظورة، لذلك لم يخضعها المشرع لرقابة آلية، بل أوجب توافر شرطين نصت عليهما المادتين 17 و18 من الأمر المتعلق بالمنافسة، هما مساس التجميع المعني بالمنافسة وتجاوزه العتبة القانونية.

الفرع الأول: مدى ملاءمة اعتبار المساس بالمنافسة شرطا لقابلية التجميعات الاقتصادية للرقابة

تنص المادة 17 من الأمر المتعلق بالمنافسة: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة (3) أشهر". واضح من نص المادة أنها اعتبرت إمكانية مساس التجميع بالمنافسة شرطا لقابليته للرقابة القبلية لمجلس المنافسة، وهو أمر يجانب المنطق القانوني، لأنه لا يمكن ترك مسألة تقدير مدى المساس المحتمل لأي عملية تجميعية بالمنافسة لأطرافها يقدرونه تبعا لرؤيتهم الذاتية، لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار صعوبة هذه المهمة الناتجة من صعوبة وتعقيد عملية التحليل الاقتصادي التي يتطلبها هذا التقدير.

وعليه، كان الأحرى بالمشرع أن يعتبر المساس بالمنافسة من عدمه شرطا موضوعيا لمنح الترخيص بالتجميع وليس لإخضاعه للرقابة، على غرار ما كرسه المشرع الفرنسي بمقتضى المادة L.430-6 من التقنين التجاري[13]، ذلك أنه يكفي لقابلية العملية التجميعية للرقابة *la contrôlabilité de l'opération concentrative*، أي لالتزام أصحابها بتبليغها إلى مجلس المنافسة أن تتجاوز العتبة القانونية المحددة في المادة 18 من الأمر المتعلق بالمنافسة، هذا الأخير لا يرخص بها إلا إذا ثبت له عدم إضرارها بالمنافسة.

الفرع الثاني: تجاوز التجميع المعني العتبة القانونية

لا تخضع التجميعات الاقتصادية للرقابة القبلية لمجلس المنافسة إلا إذا كانت تتجاوز العتبة القانونية المحددة في المادة 18 من الأمر المتعلق بالمنافسة، وهي 40 بالمئة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق المرجعي، حيث تنص هذه الأخيرة على أنه: "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 بالمئة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة".

وعليه، اعتمد المشرع في هذا الإطار معيارا كميا، يقوم على تحديد عتبة المراقبة بنسبة معينة من حصة السوق التي يرمي أطراف التجميع إلى تحقيقها، حددها ب 40 بالمئة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في هذه السوق. تبدو هذه النسبة على قدر من المعقولية والانسجام مع مبدأ حرية التجارة والصناعة، حيث من شأنها الموازنة أو المصالحة بين متطلبي منح أكبر قدر من الحرية للأعوان الاقتصاديين في تجميع طاقاتهم الاقتصادية للاستفادة من مزايا التجميع، ووقاية السير التنافسي للأسواق من الأخطار التنافسية التي قد تتضمنها هذه التجميعات.

تبرز أهمية هذا المعيار الهيكلي (حصة السوق) من حيث أنه يعكس بدقة أهمية المؤسسات أطراف التجميع في السوق المعنية، كما يأخذ في الاعتبار حجم وبنية هذه السوق، مما يرفع من فعاليته في تصفية التجميعات القابلة للإضرار بالمنافسة. أما عن عيوبه، فتتمثل في كونه صعب الإعمال بسبب صعوبة جمع المعطيات التي يرتكز عليها[14]، لذلك قام المشرع الفرنسي بالتخلي عنه بعد صدور قانون 15 ماي 2001 المتعلق بالضبط الاقتصادي الجديد *la loi NRE* لصالح تبني معيار رقم الأعمال[15].

المبحث الثاني: مراحل رقابة التجميعات الاقتصادية

إذا توافرت في العملية التركيزية شروط قابليتها للرقابة، بأن تحقق بشأنها وصف التجميع الاقتصادي بمفهوم المادة 15 من الأمر المتعلق بالمنافسة وتجاوزت العتبة المحددة في المادة 18 من الأمر ذاته، التزم أصحابها بتبليغها إلى مجلس المنافسة، ليقوم هذا الأخير بفحصها لمعاينة مدى مساسها بالمنافسة.

المطلب الأول: مبدأ التبليغ الوجوبي عن مشاريع التجميع الاقتصادي

ألزمت المادة 17 من الأمر المتعلق بالمنافسة أصحاب كل مشروع تجميعي يتجاوز العتبة القانونية المحددة في المادة 18 من الأمر ذاته بتبليغه إلى مجلس المنافسة ليقوم هذا الأخير بفحصه والبت فيها بالقبول أو الرفض.

الفرع الأول: إلزامية تقديم طلب الحصول على الترخيص بالتجميع الاقتصادي

أقرت المادة 17 من الأمر المتعلق بالمنافسة مبدأ إجبارية أو وجوبية التبليغ *la notification obligatoire* عن مشاريع عمليات التجميع التي تتجاوز العتبة القانونية المحددة في المادة 18 من الأمر ذاته، حيث فرضت على أصحابها تقديم طلب إلى مجلس المنافسة للحصول على قرار بترخيصها.

يتم تقديم طلب الحصول على الترخيص إلى مجلس المنافسة، حسب المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع[16]، من طرف أطراف التجميع مشتركين إذا تعلق الأمر بعملية اندماج أو بإنشاء مؤسسة مشتركة، والشخص أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الحائزين للمراقبة إذا تعلق الأمر بعملية تجميع ناتجة عن الحصول على المراقبة المفضية إلى ممارسة النفوذ الأكيد.

يعكس هذا المبدأ الطابع القبلي والوقائي *le ccaractère à priori et préventif* لرقابة التجميعات الذي تبناه المشرع، في مقابل الطابع البعدي والعلاجي *le ccaractère à postériori et répressif* لرقابة الممارسات المقيدة للمنافسة. كما من شأن إقراره تعزيز الأمن القانوني للمؤسسات أطراف التجميع، حيث يسمح لها بتفادي الأضرار التي قد تلحقها (حرمانها من الأرباح المحتمل تحقيقها من التجميع) من جراء الإلغاء البعدي للعملية التجميعية المنجزة[17].

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على تخلف إجراء التبليغ

رغم إقرار المشرع لمبدأ وجوبية تبليغ التجميعات الاقتصادية القابلة للرقابة إلى مجلس المنافسة، إلا أنه لم ينص على الآثار المترتبة على تخلف الأطراف عن استيفائه، وهو أمر منتقد بالنظر إلى الطابع الإلزامي لهذا الإجراء، فكيف نضع قاعدة آمرة ولا نقرر جزاء على مخالفتها؟

على سبيل المقارنة، نص المشرع الفرنسي في المادة *L.430-8-I* على إدانة فعل عدم التبليغ عن التجميعات الخاضعة لرقابة سلطة المنافسة بغرامة مالية حددها بنسبة من رقم الأعمال هي 5 في المئة كحد أقصى بالنسبة للأشخاص المعنوية، وبمبلغ مالي هو 1.5 مليون أورو كحد أقصى بالنسبة للأشخاص الطبيعيين[18].

ولم يكتف المشرع الفرنسي بهذا الجزاء ذو الطبيعة العقابية، بل أضاف له جزاء آخر ذو طبيعة تصحيحية *à caractère correctif*، يتعلق بمصير هذه التجميعات المنجزة دون تبليغ مسبق، حيث أقرت نفس المادة بأنه يتعين على سلطة المنافسة في هذه الحالة أن توجه أمرا إلى الأطراف المعنية مقترنا بغرامة تهديدية بوجوب تبليغ العملية التجميعية وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التجميع.

أما عن آثاره، فيكون لإجراء التبليغ أثرا موقفا *un effet suspensif* للعملية التجميعية، حيث يمنع إتمام إنجازها أو السير فيها بطريقة تجعلها لا رجعة فيها، وذلك إلى غاية صدور قرار مجلس المنافسة، وهو ما قررته المادة 20 من الأمر المتعلق بالمنافسة بنصها على أنه: "لا يمكن أن يتخذ أصحاب عملية التجميع أي تدبير يجعل عملية التجميع لا رجعة فيه، خلال المدة المحددة لصدور قرار مجلس المنافسة".

المطلب الثاني: دور مجلس المنافسة في فحص مشاريع التجميعات الاقتصادية

بعد إخطاره بعملية التجميع، يقوم مجلس المنافسة بفحص أولي لها لمعاينة مدى توافر الشروط المقررة لاعتبارها تجميعا اقتصاديا خاضعا لرقابته، فإذا ما ثبت له ذلك، انتقل إلى الفحص الموضوعي المعمق لها للوقوف على مدى مساسها بالمنافسة من عدمه.

الفرع الأول: الفحص الأولي لمشروع التجميع الاقتصادي

بعد اتصاله بالعملية التجميعية، يقوم مجلس المنافسة بفحص أولي لها لمعاينة مدى توافر الشروط المقررة لاعتبارها تجميعا اقتصاديا خاضعا لرقابته، أي ما إذا كانت تندرج ضمن أحد الأشكال المنصوص عليها في المادة 15 من الأمر المتعلق بالمنافسة (الاندماج، المراقبة والمؤسسة المشتركة)، من جهة، وما إذا كانت تتجاوز العتبة القانونية للمراقبة المنصوص عليها في المادة 18 (40 في المئة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق المرجعية)، من جهة ثانية.

إذا ثبت للمجلس من خلال هذا الفحص الأولي انتفاء هذين الشرطين أو أحدهما، فإنه يصدر قرارا يصرح فيه بعدم قابلية العملية التركيزية للرقابة، مما يعني إعطاء الضوء الأخضر للأطراف للاستمرار في إنجاز هذه العملية.

أما في الحالة العكسية، أي عندما يعاين قابلية العملية للرقابة، فإنه ينتقل إلى فحص الشرط المحدد لمنح الترخيص أو منعه، وهو مدى مساس عملية التجميع بالمنافسة.

الفرع الثاني: الفحص المعمق لمشروع التجميع الاقتصادي

إذا أسفر الفحص الأولي لمشروع العملية التركيزية على معاينة قابليتها للرقابة، انتقل مجلس المنافسة إلى الفحص المعمق لها، أي إلى بحث الشرط الموضوعي المحدد لمنح الترخيص أو منعه، وهو مدى المساس المحتمل لعملية التجميع بالمنافسة. يقوم المجلس لهذا الغرض بإجراء حصيلة اقتصادية لعملية التجميع، تستهدف معاينة مدى وجود مساس بالمنافسة من عدمه، من جهة، وما إذا كان هذا المساس في حالة ثبوته مبررا بنص تشريعي أو تنظيمي أو قابلا للتغطية اقتصاديا.

بالنسبة لشرط عدم المساس بالمنافسة، يقوم المجلس في هذه المرحلة بتحليل للعملية التجميعية لتحديد الآثار الضارة التي يمكن أن تلحق بالنظام العام التنافسي من جرائها، وهي

مهمة تبدو في غاية الصعوبة بالنظر إلى الطابع الافتراضي الذي يغلب على تقدير المجلس في هذه الحالة، كونه يقوم بتقييم لنتائج محتملة لعملية تجميعية لم تتحقق وترتب آثارها في الواقع بعد.

يظهر من نص المادة 17 من الأمر المتعلق بالمنافسة المشار إليها أعلاه، أنها لم تحدد صور المساس بالمنافسة المؤدية إلى رفض منح الترخيص بالتجميع، وأما ذكرها لتعزيز وضعية الهيمنة فهو من باب التمثيل والتخصيص لتأكيد الأهمية فقط لا من باب الحصر، بديل استعمالها لمصطلح "لاسيما" في متنها. وعليه، يعتبر كل مساس بالمنافسة في صورة عرقلتها أو الحد منها يحتمل أن ينتج عن عملية التجميع مسوغا كافيا لرفض مجلس المنافسة الترخيص به.

يرتكز القانون الفرنسي والاتحادي أساسا على معيار أهمية حصة السوق التي تحوزها المؤسسة لتحديد مدى وجودها في وضعية هيمنة، وبناء على ذلك، يتم التمييز بين أربع فرضيات أساسية، هي:

- إذا كانت المؤسسة تحوز أقل من 25 في المئة من حصة السوق، تقوم قرينة على غياب وضعية الهيمنة؛
- إذا كانت حصة المؤسسة في السوق تتراوح بين 25 في المئة و40 في المئة، تعتبر منطقة رمادية دون قرينة خاصة لا إيجابية ولا سلبية؛
- إذا كانت حصة المؤسسة في السوق أكثر من 40 في المئة وأقل من 50 في المئة، تقوم قرينة على وجود وضع مهيمن؛
- إذا كانت حصة المؤسسة في السوق تساوي أو تفوق 50 في المئة، شكل ذلك قرينة لا يمكن نفيها على قيام وضعية هيمنة إلا إذا وجدت ظروف استثنائية خاصة[19].

وهنا ينبغي التنويه، إلى أنه بالنسبة لوضعية الهيمنة، حصرتها المادة 17 أعلاه في فرضية التعزيز لوضعية هيمنة قائمة من قبل فقط دون فرضية إنشاء وضعية هيمنة جديدة، وهو أمر منتقد، بالنظر إلى أن قانون التجميعات الاقتصادية يستهدف الوقاية من وضعيات الهيمنة في حد ذاتها بغض النظر عن الاستغلال التعسفي لها، وذلك خلافا لقانون الممارسات المقيدة للمنافسة الذي لا يحظر سوى التعسف في هذه الوضعيات.

أما بالنسبة لمعاينة مدى إمكانية تبرير واقعة المساس بالمنافسة قانونيا أو اقتصاديا، فتنص المادة 21 مكرر: "ترخص تجميعات المؤسسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي. بالإضافة إلى ذلك، لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي لاسيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية

في السوق. غير أنه لا تستفيد من هذا الحكم سوى التجميعات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد 17 و19 و20 من هذا الأمر".

يبرز من النص، وجود نوعين من التجميعات معفاة من الخضوع لشرطي العتبة القانونية وعدم المساس بالمنافسة، هما التجميعات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، والتجميعات التي من شأنها تحقيق تقدم اقتصادي.

بالنسبة للتجميعات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، فهي تستفيد من الإعفاء تطبيقا لإرادة المشرع، ومن ثم لا يكون لمجلس المنافسة أي سلطة تقديرية إزاءها. من أمثلة القطاعات التي استفادت من هذا الإعفاء القانوني، نجد القطاع الفلاحي، الذي تطلب هدف تطويره وتفادي العجز والتبعية في المواد الغذائية السماح باللجوء إلى التجميعات[20].

أما بالنسبة للتجميعات التي من شأنها تحقيق تقدم اقتصادي، فيحكم الاستفادة من الإعفاء المرتبط بها توافر شرطين أساسيين، أحدهما موضوعي والآخر شكلي.

بالنسبة للشرط الموضوعي، فإنه يتمثل في إثبات أصحاب العملية التجميعية أن من شأنها أن تحقق تقدما اقتصاديا قادرا على التغطية على أضرارها التنافسية. وقد تركت المادة 21 أعلاه أمر تحديد مفهوم التقدم الاقتصادي إلى مجلس المنافسة تحت رقابة القاضي الإداري، واكتفت فقط بذكر بعض صوره أو مظاهره، وذلك على سبيل المثال لا الحصر بدليل استعمالها لمصطلح "لاسيما". تتمثل هذه الصور حسب النص في تطوير القدرات التنافسية للمؤسسة، المساهمة في تحسين التشغيل والسماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

وإذا كان إثبات قابلية التجميع لأن يحقق تقدما اقتصاديا يقع حسب النص على عاتق أصحابه، فإن تقديره يقع على عاتق مجلس المنافسة، الذي يتعين عليه في هذا الإطار أن يجري، بفعل الطبيعة الملموسة والنسبية لمفهوم التقدم الاقتصادي، تقديرا كليا *une appréciation globale*، يرتكز على قيامه بإجراء حصيلة اقتصادية *un bilan économique* للعملية التجميعية، من خلال مواجهة الآثار الضارة التي يمكن يرتبها التجميع على المنافسة مع آثاره الاقتصادية والاجتماعية المفيدة[21]، وعلى ضوء حصيلة هذه المواجهة يتخذ قراره إما بترخيص التجميع إذا كانت هذه الحصيلة إيجابية، أو برفض ترخيصه في الحالة العكسية.

يظهر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والممارسة الرقابية لسلطة المنافسة الفرنسية، وجوب توافر ثلاثة معايير لأخذ أرباح الفعالية الاقتصادية التي يمكن أن يحققها التجميع في الاعتبار عند تقدير الحصيلة الاقتصادية، هي: أن تكون هذه الأرباح قابلة للقياس الكمي

وللتحقق منها *quantifiables et vérifiables*، أن تكون خاصة بالتجميع *spécifiques à la concentration*، وأن يتم تحويل جزء منها إلى المستهلكين[22].

وحسب الاقتصاديين، فإنه في حالة التعارض عند تقدير الحصيلة الاقتصادية بين آثار غير تنافسية أو "خسارة لنجاعة اقتصادية ثابتة" وربح لفعالية اقتصادية أو "لنجاعة متحركة"، يتعين ترجيح هذه الأخيرة، مما يظهر ضرورة ركون المجلس إلى مقاربة ديناميكية في تقديره للضرر التنافسي[23].

أما بالنسبة للشرط الشكلي، فيتمثل في ضرورة الحصول على ترخيص مجلس المنافسة، بمعنى لا تتم الاستفادة من هذا الإعفاء بصفة تلقائية أو بقوة القانون، بل لا بد من حصول أصحابه على ترخيص من مجلس المنافسة بعد أن يقوم بإعمال الحصيلة الاقتصادية المشار إليها أعلاه.

خاتمة:

تشكل التجميعات الاقتصادية وسيلة في غاية الأهمية سواء من منظور الاقتصاد الجزئي، حيث تتيح للمؤسسات إمكانية زيادة قوتها الاقتصادية وتحسين تنافسيتها في السوق، أو من منظور الاقتصاد الكلي، حيث تسمح بتحسين تنافسية الاقتصاد في مجموعه مما ينعكس إيجابا على رفاهية المستهلك. غير أنه يمكن لهذه التكتلات أن تمثل خطرا على المنافسة الحرة عبر تقليلها لعدد المتنافسين في السوق مما يحفز بدوره ظهور ممارسات مقيدة للمنافسة، أخصها التعسف في وضعيات الهيمنة، لذلك أخضعها المشرع لرقابة قبلية من طرف مجلس المنافسة، تستهدف التأكد من عدم إضرارها بالمنافسة، ومن ثم وقاية النظام العام التنافسي من الإخلال به.

وقد تم من خلال هذه الدراسة الركون إلى جملة من النتائج، تم تدعيمها بجملة من الاقتراحات، نوجزها فيما يلي:

أولا- النتائج:

- تسمح المقاربة الهجينة أو المختلطة التي تبناها المشرع في تحديد مفهوم التجميع الاقتصادي بتوسيع نطاق التكتلات الاقتصادية الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة؛

- قصر المشرع مفهوم التجميع الاقتصادي في حالة المؤسسات المشتركة على حالة الإنشاء لهذه الأخيرة فقط، مما يسمح بإفلات عمليات التعديل الهيكلي لمؤسسات مشتركة قائمة من نطاق هذه الرقابة، رغم إمكانية مساسها بالمنافسة؛

- يمتاز المعيار الهيكلي (حصة السوق) الذي تبناه المشرع لتحديد العتبة القانونية لرقابة التجميعات الاقتصادية بصعوبة التطبيق في الواقع؛

- أغفل المشرع النص على الجزاء المترتب على تخلف أطراف العمليات التجميعية القابلة للرقابة عن استيفاء إجراء التبليغ إلى مجلس المنافسة رغم إلزاميته؛

ثانيا- الاقتراحات:

- تعديل المادة 15 من الأمر المتعلق بالمنافسة لاعتبار عمليات التعديل لمؤسسات مشتركة قائمة تجميعا اقتصاديا قابلا للرقابة القبلية لمجلس المنافسة؛

- تعديل المادة 18 من الأمر المتعلق بالمنافسة لإقرار معيار رقم الأعمال كوعاء لتحديد العتبة القانونية للرقابة لسهولة إعماله في الواقع بدل معيار حصة السوق؛

- النص على الجزاء سواء في بعده العقابي أو التصحيحي المترتب على عدم قيام الأطراف بالتبليغ عن مشاريعهم التجميعية قبل إنجازها لمجلس المنافسة.

الهوامش:

[1]- *« La concentration économique est l'opération juridique résultant généralement d'une entente conclue entre deux ou plusieurs entreprises ou entre des groupes d'entreprises qui, soit par voie de fusion, soit par le jeu du contrôle qu'exercent certains de leurs dirigeants, soit encore par des prises de participations dans leur capital respectif ou par la création d'une entreprise ou d'un groupement commun ou de toute autre manière, parviennent à contrôler tout ou partie de l'ensemble de ces entreprises et donc les activités économiques qu'elles exercent », In Serge BRAUDO, **« Définition de concentration économique »**, Dictionnaire juridique, disponible sur: https://www.dictionnairejuridique.com/definition/concentration-economique.php#:~:text=La%20concentration%20%C3%A9conomique%20est%20l,des%20prises%20de%20participations%20dans*

[2]- **الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، العدد 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر.ج.ج، العدد 36 المؤرخة في 2 يوليو 2008 وبالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر.ج.ج، العدد 46 المؤرخة في15 غشت 2010.**

[3]- **انظر بخصوص التمييز بين التحديد بالوسائل والتحديد بالنتائج:**

*-Michaël TIRALONGO, **Comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations**, Thèse de Doctorat, Ecole Doctorale de Droit, Gestion et Relations Internationales (ED262), Université René Descartes (Paris V), 2012, France, p. 73.*

[4]- **انظر، تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، 2010-2011، ص 175.**

[5]-*« La réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique », Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, pp. 11-12, disponible sur: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/ld_concentrations_juill13.pdf*

[6]- **عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية-، 2011، ص 62.**

[7] - *Grégory MARSON, **« Contrôle des concentrations économiques »**, In Dictionnaire des régulations, p. 230, disponible sur:*

https://www.gibsondunn.com/wpcontent/uploads/documents/publications/Marson-Controle-des-Concentrations-Economiques-Dictionnaire-des-Regulations-2016.pdf

[8] – *Michaël TIRALONGO, op.cit, p. 56.*

[9]– *Voir, Tarik DRAIDJ,* ***À partir de quand une entreprise commune devient-elle une concentration ?****, Mémoire en Droit européen des affaires, Collège Européen de Paris, Université Paris II - Panthéon-Assas (Sorbonne Universités), 2010-2011, p. 22.*

[10] **-** *Autorité de la concurrence, Lignes directrices précitées, p. 19.*

[11]– *Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01), Journal officiel de l'Union européenne, 16/4/2008, point 92, disponible sur: https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:FR:PDF*

[12]**-** *Tarik DRAIDJ, op.cit, p. 24.*

[13]**-** *L'article L.430-6 du code de commerce dispose que: « Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L.430-5, d'un examen approfondi,* ***l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence****, notamment par création ou renforcement d'une position dominante…. ».*

[14]*-Conseil de la concurrence Luxembourgeois,* ***Contrôle des concentrations****, Rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la concurrence, Luxembourg, 31 octobre 2016, p. 42, disponible sur:*

https://download.data.public.lu/resources/avis-dorientation-controle-des-concentrations/20190104-135851/controle-des-concentrations-rapport-du-31-octobre-2016.pdf

[15] – *Voir, l'article L.430-2 du code de commerce.*

[16]– **المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المؤرخ في 22 يونيو 2005 يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ج.ج، العدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.**

[17] – *Frédéric MARTY,* ***« Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis. Critères économiques et sécurité juridique »****, Revue de l'OFCE, vol. 1, n° 100, 2007, p. 86.*

[18]**-** *L'article L.430-8-I du code de commerce dispose que: « Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable. En outre, l'autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1, 5 million d'euros ».*

[19] – *Grégory MARSON, op.cit, p. 234.*

[20]– **آيت منصور كمال، "دو مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 2، 2015، ص 155.**

[21] – *Michaël TIRALONGO, op.cit, p. 196.*

[22] – *Autorité de la concurrente, Lignes directrices précitées, p. 150.*

[23]–*Nicolas DORANDEU, Le dommage concurrentiel, Presses Universitaires de Perpignan, Collection Etudes, 2000, p. 16.*

.