

المحتكر الافتراضي: مقارنة جديدة للسوق المرجعية؟

تواتي غيلاس (1)

(1) طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر
البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة عبد الرحمان
ميره، بجاية، 06000 ، الجزائر.

البريد الإلكتروني: ghilestouati1@gmail.com

الملخص:

تُعتبر مقارنة المحتكر الافتراضي ابتكار خالص للفقه الاقتصادي الأمريكي في مجال المنافسة حيث عرف الظهور لأول مرة سنة 1982 في التعليمات الأمريكية المتعلقة بمشاريع التجميعات الاقتصادية. إن ظهور مقارنة المحتكر الافتراضي جاء نتيجة للتطورات التي عرفها قانون المنافسة واتساع نطاق تطبيقاته إلى مجالات جديدة على غرار حقوق الملكية الفكرية والتسهيلات الأساسية، الشيء الذي انجر عنه عدم كفاية المقاربة الكلاسيكية للسوق المرجعية في تحديد نطاق هذا الأخير بشكل دقيق. بمقابل ذلك، ترتبط فعالية مقارنة المحتكر الافتراضي الضبط الدقيق لمعايير من جهة، مع ضرورة تمتع الهيئات المكلفة بالمنافسة بكفاءة عالية في المادة من جهة أخرى وهذا تقاديا لأي سوء تقدير لنطاق السوق المرجعية

الكلمات المفتاحية:

السوق المرجعية، قابلية الاستبدال، المحتكر الافتراضي، السعر القاعدي، المعطيات الاقتصادية.

تاريخ إرسال المقال: 2021/07/04، تاريخ قبول المقال: 2021/07/12، تاريخ نشر المقال: 2021/10/10.

لتهميش المقال: تواتي غيلاس، "المحتكر الافتراضي: مقارنة جديدة للسوق المرجعية؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، 2021، ص 344-355.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: تواتي غيلاس: ghilestouati1@gmail.com

The hypothetical monopolist, a new approach to the relevant market

Abstract:

The hypothetical monopoly approach is a pure creation of American competition doctrine. Its adoption dates back to 1982 by the instruction on economic concentrations. Its emergence is the result of the development of competition law and the extension of its scope to other areas such as intellectual property law and essential facilities, which has shown as consequence that the classical approach to the relevant market remains insufficient and imprecise. Moreover, the effectiveness of the hypothetical monopoly approach is linked in particular to the precision of its criteria but also to the technical skills of the bodies involved in competition matters in order to avoid a possible error of assessment of the relevant market.

Key words :

Reference market, Interchangeable, The hypothetical monopoly, Base price, economic data.

Le monopoleur hypothétique : Une nouvelle approche du marché pertinent ?

Le Résumé :

L'approche du monopoleur hypothétique est une pure création de la doctrine américaine dans le domaine de la concurrence. Son adoption remonte à 1982 par l'instruction relative aux concentrations économiques. Son émergence est le résultat du développement du droit de la concurrence et l'extension de son champ d'application à d'autres domaines à l'instar du droit de propriété intellectuelle et les facilités essentielles, ce qui démontre en conséquence que l'approche classique du marché pertinent demeure insuffisante et imprécise. Par ailleurs, l'efficacité du test du monopoleur hypothétique est liée notamment à la précision de ses critères mais aussi aux compétences techniques des organes intervenants en matière de la concurrence afin d'éviter une éventuelle erreur d'appréciation du marché pertinent.

Mots clés :

Marché pertinent, interchangeable, monopoleur hypothétique, Prix de bas, données économiques

مقدمة

يُعتبر تحديد السوق المرجعية¹ عنصر جوهري في الرقابة التي تفرضها الهيئات المكلفة بالمنافسة² إذ يعتبر خطوة لا غنى عنها في تقدير مشروعية السلوكات الاستراتيجية للمؤسسات من وجهة نظر قانون المنافسة³، 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 على وضع أسعار غير الأسعار التنافسية دون أن يؤثر على انخفاض مبيعاتها على الأرباح 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 آثار 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 تلقائية⁴. 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 للمنافسة⁵.

غير أنه بمقابل ذلك، ومع التطور الذي عرفه المجال التنافسي لاسيما بظهور مفاهيم جديدة من جهة على غرار نظرية التسهيلات الأساسية⁶ وامتداد تطبيق قانون المنافسة على مجالات تقنية بالدرجة الأولى على

1 للتفصيل أكثر في مفهوم السوق المرجعية بشكل خاص ومفهوم السوق بشكل عام انظر:

MADDALON Philippe, La notion de marché dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes, LGDJ, Paris, 2007-

² VOGEL Louis, "Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence", *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 6, 9 Février 1994, p. 73.

³ Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2010, p. 143. disponible sur: www.autoritedelaconcurrence.fr.

⁴ Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE, N° C372 du 9 décembre 1997 p. 1.

⁵ للتفصيل أكثر في إعانات الدولة للمؤسسة العمومية الاقتصادية انظر:

ZOUAÏMIA Rachid, "Les Aides de L'Etat Aux Entreprises Publiques Économiques : Une Entrave Au Principe De Libre Concurrence ?", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Volume 15, N° 1, PP 7-30.

6 للتفصيل أكثر في مسألة نظرية التسهيلات الأساسية انظر:

-تواتيغلاس، "نظرية التسهيلات الأساسية: وسيلة لمنافسة فعلية"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، مجلد 16، عدد 02، 2018 ص ص. 11-19

-Frédéric Marty &Julien Pillot, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Revue de reflats et perspectives de la vie économique*, n. 4, 2001, P. 197, Disponible sur www.cairn-info.fr

وجه الخصوص من جهة ثانية مثلما هو عليه الحال مع حقوق الملكية الفكرية⁷ والربط البيني⁸ والحلقة المحلية⁹ جعل من المقاربة الكلاسيكية لمفهوم السوق المرجعية محل نظر لاسيما فيما يتعلق بكفايتها وفعاليتها في تحديد السوق المرجعية خاصة مع التطور الذي عرفه المجال التنافسي مثلما تمت الإشارة إليه أعلاه. من ذلك، وكنتيجة للعصرنة التي شهدتها المادة التنافسية أضحى البحث عن تطوير مفهوم السوق المرجعية ضرورة لا بد منها لتحديد أدق لهذه الأخيرة. 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. إن عصريّة هذا المفهوم من جهة، وتوجه الهيئات المكلفة بالمنافسة إلى الاستناد إليه في ممارسة مهامها في الحفاظ على النظام العام التنافسي بشكل عام من جهة أخرى يدفع بنا من خلال هذه الدراسة التساؤل عن مكانة هذا المفهوم الجديد في المادة التنافسية في تحديد مفهوم السوق المرجعية؟ تُعتبر مقاربة المحتكر الافتراضي ابتكار خالص للفقهاء الاقتصادي الأمريكي¹⁰، حيث عرف الظهور لأول مرة سنة 1982 في التعليمات الأمريكية المتعلقة بمشاريع التجميعات الاقتصادية¹¹. في هذا الشأن، قبل الخوض في فحوى هذا الإختبار (الفرع الثاني)، لا بد 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 الأول).

⁷ للتفصيل أكثر في مسألة تطبيق قانون المنافسة على حقوق الملكية الفكرية انظر:

-TUCCI Luis André, Droit de la concurrence et propriété intellectuelle, Abus de position dominante et propriété intellectuelle en droit communautaire », Edition EUE, Berlin, 2011.

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

⁸ للتفصيل أكثر في مسألة الربط البيني انظر:

-VLADIMIR BULATOVIC, « 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>.

-GODEFROY Dang-Nguyen, PENARD Thierry, "Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droit de propriété », Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2et 3eme trimestres, 2000, pp. 297-316.

⁹ للتفصيل أكثر في مسألة الربط البيني انظر:

-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.

¹⁰ TIRALONGO Michael, *La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations*, Thèse de doctorat en droit, Université René Descartes (Paris V), 2012, p. 138.

¹¹ Bruno DEFFAINS Bruno PELIEFIGUE Jullien, " Les marchés pertinents : une approche économique Disponible en ligne sur:

<http://koppdeffains.com/wpcontent/uploads/2014/06/5937f3d3ae3ba8d52ffb16a5cc4b4993.pdf>

الفرع الأول: حدود معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب: مبرر لظهور مقارنة 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 من جانب معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب على وجه الخصوص والتي من شأنها رسم معالم السوق المرجعية بكيفية غير صائبة، الشيء الذي يفضي إلى ضرورة عدم الاستناد إليه بصفة منفردة في تحديد هذه السوق. إذ أن قياس درجة الاستبدال بين منتوجين بشكل دقيق يُعتبر عملية معقدة (أولاً) إضافة إلى عدم كفاية معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب في تحديد النطاق الحقيقي للسوق المرجعية (ثانياً)

أولاً: قياس درجة الاستبدال بين منتوجين: عملية معقدة

إن درجة الاستبدال بين منتوجين لا يعدو سوى فكرة مثالية، يصعب تجسيدها على أرض الواقع¹²، وهذا نظراً 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 المنتج المعني قد لا يكون نتيجة بديهية لوجود قابلية للاستبدال بين المنتوجين أو الخدمات، بل قد لا يكون سوى بهدف تقادي الارتفاع في سعر المنتج أو الخدمة المعنية. ففي مثل هذه الحالة، كيف يتم قياس درجة الاستبدال مادام أن التغير في السلوك والتوجه نحو اقتناء منتج آخر يجد مبرره في تقادي غلاء المنتج المعني وليس لأنه بديل لهذا الأخير؟ من ذلك هل يمكن الاختصار 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 المنتج "أ" بمائة وحدة، وارتفعت مبيعات المنتج "ب" بـ 25 وحدة، نتيجة لارتفاع طفيف في سعر الأول، فهل هذا يسمح بالقول عن المنتوجين أنهما منتجان إلى نفس السوق؟ نعم قد يكون المنتج "ب"، بديل لبعض المستهلكين، لكن هذا لا يعني أنه ينتمي إلى نفس سوق المنتج "أ". في مثل هذه الظروف قد ينجر عن الاستناد إلى معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب بصفة منفردة إلى تقدير غامض وغير موضوعي للسوق المرجعية¹³.

¹² 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.

¹³ DURAND Benoit, " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *Concurrences*, N° 4, 2010, P. 39.

ثانيا: قصور معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب: التحديد غير الكافي لنطاق السوق المرجعية

من بين النقائص التي لوحظت على معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب، في أن تقدير درجة الاستبدال بين منتوجين فقط قد يكون غير كافٍ لتحديد النطاق الحقيقي للسوق المرجعية، إذ أن فكرة الاستبدال من هذا الجانب يقوم أساسا على مدى تغير سلوك المستهلك وتوجهه نحو اقتناء منتج آخر في حال ارتفاع سعر المنتج المعني، فكما نلاحظ فإن قياس درجة الاستبدال أساسه المقارنة بين زوج من المنتجات لا غير، وهو ما قد يكون غير كافٍ، من منطلق أن الشيء الذي يفرض ضغطا تنافسيا على المنتج المعني ليس منتج آخر واحد فقط، بل ربما أن هذا الذي يفرض هذا الضغط هي مجموعة من المنتجات بصفة جماعية، حيث أن الارتفاع في سعر المنتج المعني قد يدفع المستهلكين إلى اقتناء عدة منتجات أخرى دون الاقتصار على منتج معين¹⁴.

كمثال عن ذلك، نتيجة لارتفاع في سعر المنتج "أ"، انخفضت مبيعات هذا الأخير بمائة وحدة، ما ترتبت عنه ارتفاع مبيعات المنتج "ب" بـ 28 وحدة ومبيعات المنتج "ج" بـ 25 وحدة ومبيعات المنتج "د" بـ 23 وحدة¹⁵.

في مثل هذه الفرضية، هل يصح اعتبار السوق المرجعية مقتصرة فقط على المنتجين "أ" و"ب"، بالرغم من أن توجه المستهلكين لم يقتصر فقط إلى هذا الأخير. إن تركيز الدراسة على البحث فقط عن وجود بديل واحد لمنتج معين في ارتفاع سعره قد يؤدي إلى التضييق من نطاق السوق المرجعية .

الفرع الثاني: المحتكر الافتراضي: مقارنة ضرورية بتجسيد صعب

تعتبر مقارنة المحتكر الافتراضي وسيلة أساسية للبحث عن مدى حيالة المؤسسة للسلطة في السوق¹⁶. إن تسليط الضوء على هذا المفهوم الجديد، يفرض في البداية تقديم تعريف له (أولا)، غير أن حدثته أدت بجانب من الفقه إلى توجيه انتقادات له، معتبرين إياها حدود لهذه المقاربة والتي تبقى بدورها محل نظر (ثانيا).

أولا: مقارنة المحتكر الافتراضي: أي تعريف؟

كما أشرنا إليه سابقا، تهدف مقارنة المحتكر الافتراضي إلى تحديد السوق المرجعية بأكثر دقة، في هذا الشأن إذا ما أخذنا بهذه المقاربة، تُعرف السوق على أنها: ذلك المنتج أو مجموع المنتجات، على نحو إذا ما وجد هنالك عارض بصفة افتراضية كان بمقدوره رفع الأسعار بشكل ملحوظ ومستمر، على أن يؤدي ذلك إلى

¹⁴ Ibid, P. 39-40.

¹⁵ Ibid, P. 40.

¹⁶ DIAWARA Karounga, *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.

الرفع من أرباحه¹⁷، في تعريف آخر، تقتصر السوق المرجعية على ضوء هذه المقاربة على مجموع المنتجات التي يمكن لحائز وضعية احتكار بصفة افتراضية على إنتاجها ممارسة سلطة سوقية، بمعنى رفع أسعار هذه المنتجات بصفة دائمة¹⁸، وإذا ما حاولنا التبسيط، نقول أنه تتشكل السوق المرجعية على ضوء هذه المقاربة من جملة المنتجات 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 التعليلة الأوربية المتعلقة بتعريف السوق المرجعية من الإشارة إلى هذه المقاربة، حيث أكدت هذه الأخيرة أن السؤال الذي ينبغي طرحه، هو معرفة ما إذا كان الرفع في أسعار منتجات معينة بصفة خفيفة (من 5 إلى 10 بالمائة) ولكن بشكل دائم في إقليم معين سوف ينجر عنه تحول زبائن المؤسسات المعنية إلى منتجات بديلة سهلة الحصول عليها أو إلى ممولين يمارسون نشاطهم في مناطق جغرافية أخرى¹⁹.

إن تطبيق هذا المقاربة 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 المنتج المعني تحقق أرباح إضافية بالنسبة للمؤسسة المعنية بها، ما يعني عدم تغير سلوك المستهلكين وعدم التوجه بطلبهم نحو منتجات أخرى لقاء هذا الارتفاع ولا نحو مناطق جغرافية أخرى، فإن مثل هذه النتيجة تفيد بعدم وجود بدائل حقيقية للمنتج المعني 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 فقط من المنتج موضوع ارتفاع في السعر بصفة ضئيلة ولكن بشكل دائم²⁰.

أما إذا كانت الإجابة عن السؤال السالف ذكره سلبية، أي أن هذا الارتفاع في السعر دفع بالمستهلكين إلى تغيير سلوكهم والتوجه نحو اقتناء منتجات 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 المنتجات أو الخدمات المعنية بالارتفاع لا تشكل لوحدها سوق قائمة بذاتها، في مثل هذه الحالة لابد من الاستمرار في توسيع السوق المرجعية إلى منتجات ومناطق جغرافية أخرى، ولا تتوقف العملية

¹⁷ Cons. Conc, Rapport annuel pour 2001, P.93, Disponible sur: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/>

¹⁸ SIBONEY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, Paris, P. 342.

¹⁹ Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Op.cit*, Point 17.

²⁰ SIBONEY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *Op.cit*, P. 342, DIAWARA Karounga, *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et européen...*, *Op.cit*, P.91.

إلا في الحالة التي يتبين فيها أن الارتفاع في السعر أدى إلى تحقيق أرباح، وفي مثل تلك الوضعية تتشكل السوق المرجعية من المنتجات أو الخدمات التي وضعت المحكر الافتراضي في وضعية تسمح له بتحقيق أرباح إضافية²¹.

بمقابل ذلك، إذا كانت مقارنة المحكر الافتراضي تستند إلى معيار موضوعي في تحديد السوق المرجعية، وهو الارتفاع الخفيف ولكن الدائم في السعر على أن يكون هذا الارتفاع قد ترتب عنه تحقيق أرباح إضافية، يبقى تسليط الضوء على المصطلحات والمعايير المرتبطة به أمر لا بد منه.

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 الأوروبي²² وكذا مكتب المنافسة الكندي²³.

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 تغيير سلوك المستهلكين ونفورهم من اقتناء هذه المنتجات²⁴، مما يُقضي إلى عدم تحقيق هذه المؤسسة لأرباح إضافية، فهل مثل هذه الحالة نقول بشمول السوق المرجعية للمنتجات 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 المنتجات والمنتج المعني بالارتفاع، بل فقط عدم قدرتهم على دفع السعر الجديد لهذا الأخير.

إن احتمال سوء تقدير خاطئ للسوق المرجعية دفع بالعديد من هيئات المنافسة التي تبنت هذا المقاربة _ لاسيما الأوروبية والكندية منها _ إلى إيراد استثناء على ما اصطلحت عليه بالسعر المعهود. فبعد أن أقرت اللجنة الأوروبية مثلا أن السعر القاعدي الذي يُراعى في تفعيل هذا الاختبار هو السعر العادي للسوق، أقرت

²¹ DURAND Benoit, " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *Op.cit*, P. 35-36, TIRALONGO Michael, *La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations*, *Op.cit*, P. 138.

²² Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Op.cit*, Point 19.

²³ Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux dispositions sur l'abus de position dominante, 2012, P. 3. Disponible sur: <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>.

²⁴ DIAWARA Karounga, *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et européen...*, *Op.cit*, P.92.

بمقابل ذلك على أن الوضعية تختلف إذا كان السعر المعهود قد تم وضعه في ظروف تنافسية غير كافية²⁵. كما أكد مكتب المنافسة الكندي على أن يمكن لهذا الأخير أن يختار عدم الاستناد إلى السعر المعتاد حينما تفرض شروط السوق ذلك²⁶.

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 تنافسياً، لأن السعر المطبق في السوق في مثل هذه الحالة هو سعر غير تنافسي، إن لم نقل احتكاري.

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

بالنسبة للمسألة، نجد أن معظم الهيئات المكلفة بالمنافسة قد اتفقت على أنه ينبغي أن يكون هذا الارتفاع معقولاً، وهو ما أشار إليه مثلاً مكتب المنافسة الكندي²⁷، إذ لا ينبغي أن يكون جد ضعيف، من منطلق أنه لن يمكن المحتكر الافتراضي من ممارسة سلطة مهمة في السوق، مما يؤدي إلى توسيع نطاق السوق المعنية²⁸، كما لا ينبغي أن يكون هذا الارتفاع كبير جداً على نحو يدفع بالمستهلكين إلى تغيير سلوكهم على سبيل الإكراه. في القانون الكندي تم تبني عتبة 5 بالمائة²⁹، أما التعلية الأوروبية المتعلقة بتعريف السوق المرجعية فنصت على أنه تتراوح نسبة الارتفاع بين 5 و 10 بالمائة³⁰.

في هذا الشأن نقول أن تحديد العتبة المناسبة يُعتبر عملية جد معقدة، وهذا نظراً للتطورات السريعة التي تُمسّ الأسواق، من ذلك فإن تكوين القناعة لدى هيئة المنافسة أو القاضي الذي عرضت عليه القضية ينبغي أن يخضع على حد تعبير أحد الكتاب لمناقشة وجاهية³¹.

²⁵ Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Op.cit*, Point 19

²⁶ Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, *Op.cit*, P. 3.

²⁷ *Ibid*, P. 3.

²⁸ DURAND Benoit, " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *Op.cit*, P. 36.

²⁹ Bureau de la concurrence canadien, Lignes directrices relatives aux disposition sur l'abus de position dominante, *Op.cit*, P. 3.

³⁰ Communication de la commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Op.cit*, Point 17.

³¹ SIBONEY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *Op.cit*, P. 342

كما أن القول بالارتقاع في السعر أنه هام، يُشترط فيه أن يكون دائما، وبمفهوم المخالفة لا بد ألا يكون الارتقاع في السعر مؤقتا. في هذا الشأن، نجد أن الهيئات المكلفة بالمنافسة التي تبنت هذا الاختبار قد اتفقت على ضرورة استمرار هذا الارتقاع لمدة سنة³²، ذلك لأن الارتقاع الذي لا يستطيع الصمود لهذه المدة ليس من شأنه أن يثير انتباه هيئات المنافسة، الأكثر من ذلك فإن الارتقاع المؤقت في السعر يتجه لأن يعكس غياب للسلطة في السوق أكثر من حضورها³³.

أما فيما يتعلق بمسألة ضرورة أن يؤدي الارتقاع 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 الارتقاع في السعر يؤدي إلى انخفاض في المبيعات وارتقاع في العائدات المتحصل عليها من بيع كل وحدة³⁴. على ضوء هذه المعطيات يرتبط القول بتحقيق أرباح بعنصرين أساسيين وهما: ارتقاع الأرباح المحققة عن بيع كل وحدة من جهة والخسائر المنجرة عن انخفاض عدد الوحدات المباعة من جهة أخرى³⁵، فإذا تفوقت الخسائر المنجرة عن انخفاض عدد الوحدات المباعة نقول عن الارتقاع في مثل هذه الحالة أنه غير مربح، ما يعني عدم اقتصار السوق المرجعية على المنتجات المعنية بالارتقاع، أما إذا تفوقت العائدات المحققة عن بيع كل وحدة على الخسائر المنجرة عن تراجع عدد الوحدات المباعة، نقول عن الارتقاع أنه مربح، وفي مثل هذه الحالة تقتصر السوق المرجعية على المنتجات المرشحة منذ البداية³⁶.

بمقابل ذلك، إذا كانت أهمية مقارنة المحتكر الافتراضي في تحديد السوق المرجعية أمر لا شك فيه³⁷، فإن ذلك لم يمنع جانب من الكتاب بل حتى بعض هيئات المنافسة من الإشارة إلى هذا الاختبار بمجموعة من الحدود مثلما سوف يتم الإشارة إليه أدناه.

32 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.

³³ DURAND Benoit, " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *Op.cit*, P. 36.

³⁴ SIBONEY Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *Op.cit*, P. 347.

³⁵ هنالك العديد من العوامل التي تؤثر في انخفاض عدد الوحدات المباعة، لاسيما تغير سلوك المستهلكين نتيجة لارتقاع سعر المنتج محل الفحص، إما بالتوجه إلى اقتناء منتج آخر أو الإمتناع فقط عن اقتناء المنتج المعني بالارتقاع في السعر.

³⁶ DURAND Benoit, " La définition des marchés pertinents : Ne pas oublier le test du monopole hypothétique", *Op.cit*, P. 36.

³⁷ إذ تسمح هذه المقاربة الكمية من قياس القوة السوقية للمؤسسة المعنية بصفة مباشرة، كما أنه يسمح بالحصول على إجابات موضوعية لمجموعة من الإشكالات التي أستهصي حلها باللجوء إلى معايير نوعية، وهو ما عبر عنه مجلس المنافسة الفرنسي في تقريره لسنة 2001، انظر في هذا الشأن:

Cons. Conc, Rapport annuel pour 2001, *Op.cit*, P.94.

ثانيا: حدود مقارنة المحتكر الافتراضي: نقائص في المقاربة أم تهرب عن التطبيق؟

إن أول حد أثير بشأن هذه المقاربة هو الطابع الافتراضي لها، 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 منها³⁸.

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

من وجهة نظرنا نعتبر مقاربة 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 تنبؤية تشكل حاجز لحماية المنافسة في السوق مستقبلا إجراء لا غنى عنه، فإذا كان الأمر على هذه الحالة، كيف يُمكن تصور الاستغناء عن مقاربة المحتكر الافتراضي، إنه اختبار فرضته المعطيات الاقتصادية ومقتضيات حماية المنافسة، من ذلك يمكن تكييف وظيفة هذا المقاربة بأنها وظيفة تنبؤية.

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 2001³⁹. 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 الوجيهة أمام هيئات المنافسة أو القاضي تُعتبر هي الأخرى وسيلة مهمة لإضفاء المصداقية والثوقية على هذا الاختبار. إذن فالمسألة ليست مسألة انعدام المعطيات الاقتصادية، إذ أن هنالك فرق كبير بين انعدامها وعدم وجود الرغبة في الحصول عليها.

³⁸ DIAWARA Karounga, *Le contrôle de la puissance de marché par les droit canadien et*, Op.cit, P. 110....européen

³⁹ Cons. Conc, Rapport annuel pour 2001, Op.cit, P.94.

من ذلك نقول، أنه بغض النظر عن مدى مصداقية الانتقادات الموجهة لمقاربة 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 المعطيات لتفعيله وتقادي تطبيق تلقائي له، وهو ما عبر عنه مجلس المنافسة الفرنسي في إشارته إلى هذه المقاربة⁴⁰.

خاتمة

من خلال الذي ذكرناه يتضح لنا جليا أن مقاربة المحتكر الافتراضي أضحت أكثر من مجرد اقتراح في العملية الرقابية التي تمارسها الهيئات المكلفة بالمنافسة بشكل عام، فالثغرات التي تشوب معايير المقاربة الكلاسيكية في تحديد نطاق السوق المرجعية لاسيما معيار قابلية الاستبدال من جانب الطلب أدى إلى فقدان هذا الأخير قداسته في البحث عن السوق المرجعية بعد أن كان يشكل المعيار الحاسم لدى الهيئات المختصة بالمنافسة، وبالنتيجة أصبحت مقاربة المحتكر الافتراضي حتمية فرضتها مقتضيات حماية المنافسة لتقادي أي سوء قراءة للمعطيات الاقتصادية في المادة و الذي قد ينجر عنه خلق وضعية غير تنافسية في السوق. من ذلك، إذا كانت مقاربة المحتكر الافتراضي مرحلة يصعب الاستغناء عنها في عملية تحديد السوق المرجعية في ظل النقائص التي طالت المقاربة الكلاسيكية إلا أنه بمقابل ذلك، يبقى تفعيل هذه المقاربة الجديدة من الناحية العملية ليس بالسهولة التي يتصورها البعض، وهذا نظرا لطابعه التقني من جهة وارتباطه الوثيق بالعناصر الاقتصادية من جهة أخرى. في ظل هذه المعطيات أصبحت ضرورة تمتع الهيئات المكلفة بالمنافسة بالكفاءة العلمية اللازمة للتعامل مع هذه المقاربة الجديدة أكثر من مجرد ضرورة، كما أن الاستعانة بالتحليلات الاقتصادية في ظل هذه المعطيات حتمية لا غنى عنها.

⁴⁰Ibid.