

الحماية المدنية من الممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة
دكتور/ فاطمة جلال عبدالله
مدرس القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة عين شمس

المقدمة

يتطلب الإصلاح الاقتصادي حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة؛ وذلك لأن المنافسة التجارية الحرة تعد ركنا أساسيا من أركان اقتصاد السوق الحر. ويرجع ذلك لما للاحتكار والممارسات الاحتكارية من آثار ضارة بالمنشآت المتنافسة خاصة الصغيرة منها، فقد يؤدي السلوك الضار بالمنافسة إلى الإضرار بهم مباشرة، وخروجهم من السوق أو منع دخول منشآت جديدة من هذا النوع^١، وهو ما يلحق بالتبعية الضرر بالاقتصاد الوطني^٢، كما أن المحتكر عادة ما يفقد الاهتمام بمستويات جودة منتجاته، وبتخفيض تكاليف الإنتاج، ويزيد من هامش أرباحه، مما يؤدي إلى حصول المستهلك على منتجات أقل جودة وأعلى سعراً مما سيحصل عليه في ظل وجود منافسة كاملة في السوق.

فكلما قلت درجة المنافسة واتجه السوق نحو الاحتكار، تتجه الأسعار إلى الارتفاع مما يؤثر على القدرة الشرائية للمواطنين^٣.

وعلى العكس من ذلك، فإن المنافسة الحرة بالإضافة إلى توفيرها لمناخ يسهل قيام المشروعات الصغيرة والحفاظ على المشروعات القائمة، فإنها تؤدي إلى سعي المنتجين لتوفير أفضل المنتجات بأقل الأسعار، كما توفر حافزا لاستمرارية التطوير والابتكار، وتحقيق استخدام أفضل للموارد المتاحة؛ لذلك حرصت الدول على إصدار قوانين منع الاحتكار منذ القرن الثامن عشر، بداية بقانون شيرمان Sherman Antitrust Act لمنع الاحتكار الصادر عام ١٨٩٠، و كذلك قانون كلايتون Clayton antitrust act الصادر عام ١٩١٤ ثم قانون اللجنة الفيدرالية

١ د. منصور زين، دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق - حالة الجزائر، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد الحادي عشر، يوليو ٢٠١٢، ص ٣٠٩.
٢ مغاوري شلبي على، سياسات حماية المنافسة ومنع الاحتكار في ظل الاقتصاد الحر، أهم التجارب الدولية مع دراسة خاصة للحالة المصرية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٣٣.
٣ سارة مرواني، الاحتكار التجاري صورة من صور المنافسة غير المشروعة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧، ص ٢.
٤ حجازي محمد، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية، بين النص والممارسة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر ابريل ٢٠١٧، ص ٤٦٨.

للتجارة Federal Trade Commission Act ثم القانون الفرنسي، بإصداره قواعد حماية المنافسة ودمجها في القانون التجاري الفرنسي، بداية من المادة L420 وكذلك الاتحاد الأوروبي في المواد ٨١ و٨٢ من اتفاقية روما المنشئة للسوق الأوروبية 1957 treaty of Rome و لحق بهم المشرع المصري متأخراً، بإصدار قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥. و قد حاولت هذه القوانين منع الممارسات الاحتكارية التي تتضمن التمييز السعري والاتفاقيات السرية، كالاتفاق على اقتسام مناطق التوزيع و الاتفاق على تحديد مواصفات المنتج... الخ.

حيث تلعب هذه القوانين دوراً هاماً في تحقيق توازن السوق و حماية المنافسة و كذلك حماية مصلحة المنافسين من خلال حمايته من الآثار الضارة للممارسات الاحتكارية.
مشكلة البحث:

لا يقتصر الأثر الضار للممارسات الاحتكارية على الاقتصاد القومي، بل إن الإضرار بالاقتصاد القومي يعد أثراً غير مباشر لهذه الممارسات. حيث يكمن الأثر المباشر لها في الإضرار بالأشخاص المنافسة و المستهلكين. و تظهر أهمية هذين الأثرين إلى الحد الذي دعي بعض الكتابات الأمريكية إلى القول بأنه على الرغم من تعدد الأدوار التي يلعبها قانون منع الممارسات الاحتكارية، إلا أن أهمها هو حماية المستهلك و صغار المنافسين^٥. وعلى الرغم من ذلك، نجد الكتابات الفقهية العربية حول الممارسات قد ركزت بشكل رئيسي على الأثر الضار لهذه الممارسات على الاقتصاد، مع التركيز على الغرامة المقررة قانوناً كوسيلة لفرض احترام القانون، و بالتالي توفير الردع لتقليل ارتكاب الممارسات الاحتكارية، بينما ندرت الكتابات التي تتناول الإشكاليات المدنية و على رأسها بطلان الاتفاقات المخالفة و المسؤولية المدنية عن الأضرار المترتبة على الممارسات المحظورة.

5 John B. Kirkwood, The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct, Fordham Law Review, 2013, Volume 81 Issue 5, p. ٢٤٢٥ .

وعلى العكس من ذلك، نجد اهتمام الكتابات الأمريكية و الأوروبية بالدعاوي المدنية إلى حد إقرار هذه الكتابات لدور الدعاوي المدنية في تحقيق ما يمكن تسميته بالردع الأمثل optimal deterrence⁶ في مجال منع الممارسات الاحتكارية.
منهج البحث:

يتخذ البحث منهج الدراسة المقارنة، في محاولة لمناقشة الإشكاليات السابقة في قانون حماية المنافسة المصري، ودراسة تناول القوانين المختلفة لهذه الإشكاليات والحلول الموضوعة لها، حيث نقارن وضع القانون المصري بقواعد حماية المنافسة في القوانين الأمريكية، الفرنسية، اتفاقيات وتوجيهات الاتحاد الأوروبي و بعض القوانين العربية كالقانون الاتحادي كلما أمكن ذلك.
ونود أن نشير أنه خلال دراستنا سنستخدم مصطلح " الممارسات الاحتكارية " لنشير للممارسات الاحتكارية و التقييدية المحظورة بموجب قانون حماية المنافسة المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥.

تقسيم البحث:

ينقسم البحث إلى فصلين أساسيين و مبحث تمهيدي، حيث نتناول في المبحث التمهيدي: ماهية الممارسات الاحتكارية في الأنظمة المختلفة، و تمييزها عما يختلط بها من ممارسات تجارية مخالفة للقانون، بالإضافة إلى تحديد مجال الحاجة لانطباق القواعد المدنية في منع الممارسات الاحتكارية.

بينما نتناول في الفصل الأول: المسؤولية المدنية عن الممارسات الاحتكارية، أسباب الحاجة إلى الاهتمام بالمسؤولية المدنية عن الممارسات الاحتكارية، مروراً بمدى تقييد سلطة القاضي المدني بما تنتهي إليه قرارات جهاز حماية المنافسة و أحكام المحكمة الاقتصادية الجنائية، و ذلك في المبحث الأول. بينما نتناول في المبحث الثاني الصعوبات التي تواجه القاضي المدني في إضفاء وصف الخطأ على الممارسات التجارية، و تحديث قواعد إثبات ركن الضرر، و كذلك قواعد التعويض عن أضرار الممارسات الاحتكارية.

6 C.Douglas Floyd، Antitrust Victims without Antitrust Remedies، Minnesota Law Review، 1997، p.5

وأخيرا نتناول في الفصل الثاني: بطلان الاتفاقات الاحتكارية وإمكانية تطبيق نظرية انتقاص العقد على تلك الاتفاقات، وأخيرا الاختلاف في قواعد المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن ذلك البطلان. و بالتالي يقسم البحث على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: ماهية الممارسات الاحتكارية، و مجال انطباق القواعد المدنية عليها.

الفصل الأول: المسؤولية المدنية عن أضرار الممارسات الاحتكارية.

الفصل الثاني: بطلان الاتفاقات الاحتكارية الضارة بالمنافسة.

المبحث التمهيدي

ماهية الممارسات الاحتكارية، و مجال انطباق القواعد المدنية عليها

نتناول في هذا المبحث ماهية الممارسات الاحتكارية في القانون المصري، و مدى الاختلاف في تنظيمها في القوانين الأجنبية المختلفة، سواء فيما يتعلق بطريقة إيراد الأخطاء الاحتكارية المحظورة أو فيما يتعلق بطريقة تناول القوانين المختلفة للبطلان، و المسؤولية عن الممارسات الاحتكارية، و ذلك بصورة إجمالية، تاركين التفاصيل لكل من الفصلين الثاني و الثالث. ثم نحاول تمييز الممارسات الاحتكارية عما يختلط بها من ممارسات تجارية ممنوعة أو غير شريفة، و ذلك في المطلب الأول من هذا المبحث.

بالإضافة إلى تحديد مجال الحاجة إلى تطبيق القواعد المدنية في مجال منع الممارسات الاحتكارية، ذلك أنه على الرغم من كون القانون المدني هو الشريعة العامة للالتزامات، بحيث تكمل ما نقص في قانون حماية المنافسة من قواعد البطلان والمسؤولية عن الأضرار، إلا أنه فيما يتعلق بالأخطاء الاحتكارية قد تحتاج قواعد المسؤولية المدنية إلى بعض التطوير، وذلك في المطلب الثاني من المبحث. وعلى ذلك ينقسم المبحث التمهيدي إلى مطلبين، على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية الممارسات الاحتكارية، و تمييزها عما يختلط بها.

المطلب الثاني: مجال انطباق القواعد المدنية في مجال منع الممارسات الاحتكارية.

المطلب الأول

ماهية الممارسات الاحتكارية و تمييزها عما يختلط بها

يتناول هذا المطلب ماهية الممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة في القانون المصري، ومقارنته بالقوانين الأجنبية المختلفة لحماية المنافسة التي سيعتمد عليها البحث، وكذلك تمييز هذه

الممارسات عن غيرها مما يتشابه معها من الممارسات الضارة بالمنافسة، و التي إما تمثل نوعا من المنافسة التجارية غير الشريفة، أو تمثل نوعا من الممارسات التجارية الممنوعة، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية في الأنظمة القانونية المختلفة.

الفرع الثاني: تمييز الممارسات الاحتكارية عن غيرها من الممارسات الضارة بالمنافسة.

الفرع الأول

منع الممارسات الاحتكارية في الأنظمة القانونية المختلفة

تتفق القوانين المختلفة على حظر الممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة، إلا أنها تختلف في بعض الأحكام، فبينما سرد القانون المصري الأخطاء المحظورة على سبيل الحصر مركزا على الغرامة كعقوبة أساسية دون التركيز على المسؤولية المدنية عنها، ذكرتها العديد من القوانين الأجنبية على سبيل المثال؛ لتترك الباب مفتوحا لإضافة أخطاء أخرى بحسب تحقق أثر ضار لها بالمنافسة، لتتنص - إلى جانب العقاب الجنائي - على قواعد التعويض عن الأضرار التي سببتها هذه الأخطاء، تماشيا أو اختلافا مع القواعد العامة، و سوف نقوم في هذا المطلب بإيضاح ماهية الممارسات الاحتكارية في القانون المصري في الغصن الأول، ثم نحدد أوجه الاختلاف بين القانون المصري و القوانين الأجنبية التي سنعتمد عليها في بحثنا، وذلك في الغصن الثاني. و بالتالي ينقسم هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: ماهية الممارسات الاحتكارية في القانون المصري.

الغصن الثاني: الاختلافات الرئيسية بين قانون حماية المنافسة المصري والقوانين الأجنبية.

الغصن الأول

ماهية الممارسات الاحتكارية في القانون المصري

يعرف الاحتكار في علم الاقتصاد بأنه الانفراد بسوق معينة أو خدمة في يد واحدة، أو هو فعل يؤدي إلى السيطرة على السوق؛ بهدف إحداث اختناقات في معدلات وفرة السلع وجودتها وأسعارها؛ بغرض إلغاء المنافسة أو إجبار المتنافسين على إخلاء السوق.^٧

٧ هشام جاد، الاحتكار، سهم في قلب المسيرة الاقتصادية، مكتبة الأسرة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٣-٣٤.

والاحتكار قد يكون تاما أو كاملا، أي أحادي، و نادرا ما يتحقق في الواقع، حيث يتحكم فرد أو منشأة واحدة في الكمية المعروضة من سلعة ليس لها بديل في السوق^٨، حيث يصبح المحتكر صانعا للسعر و ليس متلقيا له^٩، و قد يكون احتكار القلة أو ما يسمى بالاحتكار الفئوي و هو الأكثر شيوعا في الواقع، حيث يتحكم عدد محدود من الأشخاص المتنافسة في السوق^{١٠}، و ذلك بما لا يلغي القدرة التحكمية لأي منهم في السعر تماما، و إن قلت درجة تحكم كل منهم عن المحتكر الأحادي^{١١}.

وقد يتم دعم التنافسية و تشجيع النمو المتوازن غير الاحتكاري للسوق بأحد منهجين، الأول هو التركيز على هيكل السوق، بوضع سقف لنصيب المشروعات؛ لمنع الاحتكار من البداية، والثاني التركيز على الممارسات الضارة بالمنافسة، فهو لا يجرم الحجم الكبير للمشروعات في حد ذاته وإنما يجرم إساءة استغلال هذا الحجم للأضرار بالمنتجين الآخرين أو بالمستهلكين^{١٢}، عن طريق إبرام اتفاقات فيما بينها؛ لتقديم منتجات بكميات معينة أو سعر معين، أو لتقاسم الأسواق، أو لتقاسم المستهلكين جغرافيا فيما بينها، وغيرها من التصرفات التي تعتبر مضادة للمنافسة^{١٣}. ولا شك أن المنهج الثاني هو الطريقة الأساسية التي يمكن للدولة من خلالها أن تضع سياسة للمنافسة^{١٤}، تحد من مساوئ سيطرة الشركات الاحتكارية الضخمة على السوق، و هو الأقرب إلى تحقيق بيئة استثمارية متوازنة. و قد تماشت قوانين المنافسة المختلفة كالقانون المصري، الفرنسي،

٨ مصطفى حسني مصطفي، التحليل الاقتصادي، الكتاب الأول، التحليل الاقتصادي الجزئي، دار النهضة، القاهرة ٢٠٠٣، ص ٣٧٠.

٩ فهد بن حسين حامد المطيري، النظام القانوني لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية وأثرها على حماية المستهلك، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية، ٢٠١٢، ص ٥.

١٠ عز الدين آدم ذو النون و خالد حسن البيلي، دور سياسات حماية المنافسة ومنع الاحتكار في ظل الاقتصاد الحر، مجلة العلوم الاقتصادية، 2016 (2) Vol. 17، ص ٦.

١١ حجازي محمد، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية، بين النص والممارسة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر ابريل ٢٠١٧، ص ٤٧٢.

١٢ د. منصور زين، دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق - حالة الجزائر، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد الحادي عشر، يوليو ٢٠١٢، ص ٣٠٥.

١٣ حجازي محمد، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية، بين النص والممارسة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر ابريل ٢٠١٧، ص ٤٧٢.

١٤ يمكن تعريف سياسة المنافسة بأنها جميع السياسات التي تعتمدها الحكومات لمعالجة الممارسات غير التنافسية التي تتبعها الشركات سواء كانت عامة أو خاصة“. للمزيد في هذا الشأن انظر د. منصور زين، دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق - حالة الجزائر، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد الحادي عشر، يوليو ٢٠١٢، ص ٣٠٦.

و معاهدة روما ١٩٥٧ و القانون الاتحادي^{١٥} - بعكس قانون كلايتون الأمريكي الذي جرم في المادة ٢ الاحتكار ذاته كما سنري- مع المفهوم السابق لحماية المنافسة، حيث لم يعتبر الاحتكار في حد ذاته أمرا ضارا بالمنافسة، بل اعتمد - في حمايته للمنافسة- على التركيز على منع الممارسات التي تنتج آثارا ضارة أو مقيدة لهذه المنافسة^{١٦}.

حيث نص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على منع الممارسات الاحتكارية في المادة ٢٧/١٧٢، و اعتبر هذا المنع من ضمن المقومات الاقتصادية لجمهورية مصر العربية. و تطبيقا لذلك أصدر المشرع المصري القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ لحماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، مقرر قاعدة عامة في المادة الأولى و هي أن " تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها، و ذلك كله وفق أحكام القانون ". فالمنافسة حق طبيعي للفرد و للشخص الطبيعي على السواء، يحميه القانون بقواعده الأمرة^{١٨}.

ثم حدد المشرع المصري طوائف الممارسات المجرمة حصرا في كل من المواد ٦، ٧، ٨، مما يمنع جهاز حماية المنافسة من التصدى بالتجريم لأي ممارسة مهما كانت ضارة بالمنافسة، طالما لم يأت النص على ذكرها صراحة^{١٩}.

١٥ د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٤٤.

١٦ ويمكن تعريف قانون حماية المنافسة على أنه " مجموعة القواعد والنظم التي تصدرها الحكومة والتي تتعلق بالاتفاقات بين الشركات والتي من شأنها أن تقيد المنافسة أو تشجع على إساءة استغلال المراكز الاحتكارية والمسيطرة على السوق" للمزيد انظر د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٣١.

١٧ حيث نصت " ويلتزم النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة ودعم محاور التنافسية وتشجيع الاستثمار، والنمو المتوازن جغرافيا وقطاعيا وبيئيا، ومنع الممارسات الاحتكارية مع مراعاة الاتزان المالي والتجاري والنظام الضريبي العادل، وضبط آليات السوق، وكفالة الأنواع المختلفة للملكية، والتوازن بين الأطراف المختلفة، بما يحفظ حقوق العاملين ويحمي المستهلك "

١٨ د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٣٠.

١٩ وذلك اعمالا للمادة ٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤ حيث نصت " أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " كما أن الغرامة باعتبارها عقوبة جنائية فهي شخصية ولا تنفذ على غير المحكوم عليه ومبدئياً لا تصيب ورثته من بعده. تختلف عن التعويض الذي يتم لجبر الضرر الذي يصيب المجني عنه من الجريمة، والذي يمكن المطالبة به ضد الأشخاص المسؤولين مدنياً و ورثتهم.

وتتقسم الممارسات الممنوعة إلى ممارسات رأسية بين الشخص و عملائه أو مورديه، و هي محظورة بموجب المادة ٧ من القانون المصري، و ممارسات أفقية و هي الممارسات الواردة من أشخاص متنافسين، و التي حظرها المشرع بموجب المادة ٦ و المادة ٨ من القانون المصري^{٢٠}. فقد جاءت المادة السابعة لتحظر الاتفاقات الرأسية الضارة بالمنافسة دون تحديدها حصراً، حيث نصت " يحظر الاتفاق أو التعاقد بين الشخص و أي من مورديه أو من عملائه، إذا كان من شأنه الحد من المنافسة "

وقد جاءت ألفاظ المادة ٧ عامة؛ لتشمل كل الاتفاقات الرأسية الضارة بالمنافسة سواء كان إيراد البنود الضارة بالمنافسة برضاء كلا الطرفين، أو يرفضه أحدهم، بحيث يشمل الحظر كل اتفاق رأسي من شأنه الحد من المنافسة، مثل إرغام العميل على عدم التعامل مع منشأ منافسة أو تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لسلع أو خدمات على شرط قبول التزامات للتعامل بشأن سلع أو خدمات أخرى تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري غير مرتبطة بمحل التعامل الأصلي أو الاتفاق.

أما المادة السادسة، فقد جاءت لتحظر الاتفاقات الضارة بين الأشخاص المتنافسة بغض النظر عن وجود وضع احتكاري أو سيطرة معينة لهم على هذا السوق، حيث نصت على أنه " يحظر الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أي سوق معينة إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي:

(أ) رفع أو خفض أو تثبيت أسعار المنتجات محل التعامل.

(ب) اقتسام الأسواق أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو نوعية المنتجات أو الحصص السوقية أو المواسم أو الفترات الزمنية.

(ج) التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات و المزايدات و

الممارسات و سائر عروض التوريد.

٢٠ يقصد بالاتفاقات الأفقية جميع الاتفاقات الصريحة والضمنية التي تبرمها المنشآت المتنافسة مع بعضها البعض، أي تلك التي تتنافس في منتجات و سلع متماثلة في نفس السوق، بينما يقصد بالاتفاقات الرأسية مجموعة الترتيبات والتعاقدات التي تتم بين الأطراف المنفذين لمراحل الإنتاج المختلفة لمنتج معين أو حلقات التسويق. للمزيد انظر د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٣٩.

د) تقييد عمليات التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع أو التسويق للمنتجات، و يشمل ذلك تقييد نوع المنتج أو حجمه أو الحد من توافره".

و أخيرا جاءت المادة الثامنة؛ لتحظر بعض الممارسات التي تمثل استغلالا من الشخص لمركزه المسيطر أو المهيمن، أي أن حظر الممارسات الواردة بهذه المادة يكون قاصرا على إذا ما تم ارتكابها من الأشخاص ذوي السيطرة على السوق المعنية، حيث نصت على ما يلي:
"يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأي مما يأتي:

أ- فعل من شأنه أن يؤدي إلى منع كلي أو جزئي لعمليات التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع لمنتج لفترة أو فترات محددة. الامتناع عن الاتفاق أو التعاقد علل المنتجات مع أي شخص أو وقف التعامل معه على نحو يؤدي إلى الحد من حريته في دخول السوق أو البقاء فيه أو الخروج منه في أي وقت.

ب- فعل من شأنه أن يؤدي إلى الإقتصار على توزيع منتج دون غيره، على أساس مناطق جغرافية أو مراكز توزيع أو عملاء أو مواسم أو فترات زمنية و ذلك بين أشخاص ذوي علاقة رأسية.

ت- تعليق إبرام عقد أو اتفاق خاص بمنتج على شرط قبول التزامات أو منتجات تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري لها غير مرتبطة بالمنتج محل الاتفاق أو التعاقد أو التعامل الأصلي.

ث- التمييز في الاتفاقات أو التعاقدات، أيا كان نوعها، التي يبرمها مع مورديه أو مع عملائه متى تشابهت مراكزهم التعاقدية سواء كان هذا التمييز في الأسعار أو نوعية المنتجات أو في شروط التعامل الأخرى.

ج- أو الامتناع عن إنتاج أو إتاحة منتج شحيح، متى كان إنتاجه أو إتاحتته ممكنة اقتصاديا".

وقد عرفت المادة ٤ السيطرة على سوق معينة بأنها " السيطرة على سوق معينة في تطبيق أحكام هذا القانون هي قدرة الشخص الذي تزيد حصته على ٢٥% من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك، ويحدد الجهاز حالات السيطرة وفقا للإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وسوف نقوم بتناول كلا المقصود بصفة السيطرة و كذلك ماهية كل من الممارسات المحظورة بموجب المواد السابقة بمزيد من التفصيل، باعتبارها مكونة لركن الخطأ الذي يوجب مسؤولية مرتكبه عن تعويض الأضرار التي أصابت الغير، و التي يعد توافر صفة السيطرة في بعضها أمراً أولياً يلزم فحصه لتأكيد مخالفتها للقانون .

وأخيراً، فقد اعتمد قانون حماية المنافسة المصري على الغرامة كعقوبة أساسية لارتكاب الممارسات الممنوعة، بينما ورد ذكر المسؤولية المدنية عابراً دون أي تحديد، كما جاء النص الخاص بالبطلان ناقصاً و معيباً كما سنري فيما بعد.

الفصل الثاني

الاختلافات الرئيسية بين قانون حماية المنافسة المصري و القوانين الأجنبية

اجتمعت القوانين الأجنبية المختلفة في الإطار العام لحظر الممارسات التجارية الساعية للاحتكار أو التي تسعى إلى استغلال وضع احتكاري قائم بالفعل- احتكار قلة أو ما يسمى بالهيمنة أو السيطرة - لتحقيق أقصى فائدة ممكنة للشخص المسيطر. إلا أن هذه القوانين قد اختلفت مع القانون المصري في بعض النقاط نوردتها سريعاً فيما يلي:

اختلف القانون الفرنسي عن المصري في قواعد حظر الممارسات الاحتكارية *Pratique anticoncurrentielle* لم ترد في قانون منفصل بل تم دمجها في القانون التجاري *Code de commerce*^{٢١}، كما تظهر بعض الاختلافات بين القانون المصري و القانون الفرنسي في هذا المجال في عدم اكتفاء القانون الفرنسي بحظر الممارسات الصادرة عن الشخص ذو السيطرة بل يمتد الحظر ليشمل التصرفات الصادرة في حالة التبعية الاقتصادية دون اشتراط توافر السيطرة.

٢١ لم يعرف المشرع الفرنسي قانوناً متكاملاً لحماية للمنافسة إلا في عام ١٩٨٦ عندما شكل وزير الاقتصاد الفرنسي لجنة خبراء لوضع قانون للمنافسة وانتهى عمل هذه اللجنة إلى اصدار المرسوم الصادر في ١٩٨٦/١٢/١ المتعلق بحرية الأثمان والمنافسة والذي نص فيه على حظر الممارسات المضادة للمنافسة، والذي ألغى وأضيف إلى نص المادة (٤٢٠) من قانون التجارة الفرنسي وتم دمجها في الكتاب الرابع من القانون التجاري الفرنسي وتم تعديلها عدة مرات. للمزيد انظر: محمد علي الشيباب، الوضع المسيطر وأثره على المنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة اليرموك، ٢٠١٠، ص ٢٣.

حيث حظرت المادة 2-420 L استغلال كل من الوضع المهيمن و كذلك التبعية الاقتصادية بصورة تؤدي إلى الإضرار بالمنافسة الحرة^{٢٢}، حيث نصت على حظر " الاستغلال التعسفي من قبل شركة أو مجموعة شركات ذات مركز مهيمن في السوق الداخلية أو جزء كبير منها. و يمكن أن تتمثل هذه الانتهاكات بشكل خاص في رفض البيع أو البيع المقيد أو في ظروف البيع التمييزية و كذلك في إنهاء العلاقات التجارية القائمة، على أساس وحيد، هو أن الشريك يرفض الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.

بالإضافة إلى ذلك، عندما تكون عرضة للتأثير على سير المنافسة أو هيكلها، يُحظر الاستغلال التعسفي من قبل شركة أو مجموعة شركات لحالة التبعية الاقتصادية التي تقع فيها، و فيما يتعلق بالعملاء أو الشركة الموردة قد تتكون هذه الانتهاكات بشكل خاص من رفض البيع أو البيع المقيد أو الممارسات التمييزية المشار إليها في المواد 1-442 L. إلى 3-442 L. أو اتفاقيات النطاق^{٢٣}.

كذلك فإنه على العكس من القانون المصري، لم يقسم القانون الفرنسي الممارسات المحظورة إلى ممارسات رأسية و أفقية، بل أورد الممارسات الاحتكارية مجملة، سواء في المادة 1-420 L^{٢٤} أو 2-420 L و هو ما انعكس على سهولة إسباغ وصف الخطأ على أية ممارسة ضارة، فيكفي أن تتم الممارسة المحددة، سواء كان ذلك بين الأشخاص المتنافسين أو بين الشخص المتنافس و مورده؛ لتمثل خطأ موجبا لمسئولية مرتكبه.

22 Article L420-2، Code de commerce.

٢٣ كما نصت المادة 5-420 L على أنه " تحظر ممارسات التسعير أو أسعار البيع للمستهلكين التي تكون منخفضة بشكل غير معقول فيما يتعلق بتكاليف الإنتاج والمعالجة والتسويق، لأن هذه العروض أو الممارسات قد يكون لها غرض أو تأثير على القضاء على السوق أو منع شركة أو أحد منتجاتها من دخول السوق.

٢٤ نصت المادة 1-420 L من قانون التجارة الفرنسي على: " تعتبر الممارسة محظورة حتى من خلال وسيط مباشر أو غير مباشر لشركة مجموعة تأسست خارج فرنسا، عندما يكون الغرض منها أو قد يكون له أثر في منع أو تقييد أو تشويه المنافسة في السوق أو الإجراءات المتضادة أو الاتفاقيات أو الاتفاقات أو التحالفات الصريحة أو الضمنية، على وجه الخصوص عندما يتضمن:

١ - تقييد الوصول إلى السوق أو الممارسة الحرة للمنافسة من قبل الشركات الأخرى؛
٢ - عرقلة تحديد الأسعار من خلال اللعب الحر للسوق من خلال الترويج المصطنع لارتفاعها أو هبوطها؛

٣ - تحديد أو التحكم في الإنتاج أو المنافذ أو الاستثمارات أو التقدم التقني؛

٤ - توزيع الأسواق أو مصادر التوريد. "

وأخيرا جاءت نصوص القانون الفرنسي واضحة فيما يتعلق بالمسئولية عن أضرار الممارسات الاحتكارية أو فيما يتعلق بالبطلان الصريح و المطلق للاتفاقات الضارة في المادة 3-420 L . وقد سلك القانون الاتحادي لتنظيم المنافسة رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ ذات الاتجاه بعدم التفرقة بين الممارسات الفقية و الرأسية، حيث أورد حظر الممارسات المقيدة للمنافسة في المادة الخامسة منه، كما حظر الممارسات التي تشكل إساءة استغلال للوضع المهيمن في المادة السادسة، وأخيرا نظم إجراءات الرقابة على عمليات التركيز الاقتصادي في المواد من ٩- ١١ لضمان عدم إضرارها بالمنافسة.

ويلاحظ أيضا على القانون الاتحادي وجود العديد من الاختلافات الأخرى بينه وبين القانون المصري، كالاتتماد على الأمثلة بدلا من حصر الممارسات المحظورة كما في القانون المصري، وهو ما انعكس على سهولة تكييف الممارسة الضارة بأنها خطأ يثير مسئولية مرتكبه كما سنرى فيما بعد.

كما جاء القانون الاتحادي لينص صراحة أن العقوبات المنصوص عليها لعقاب مرتكب الممارسات المختلفة لا تخل بحق المضرور في الحصول على التعويض.

أما الولايات المتحدة الأمريكية، فقد بدأت مبكرا في اتخاذ موقف حازم من الاحتكارات بقانون التجارة بين الولايات؛ لمحاربة الممارسات الضارة بالمنافسة وذلك في عام ١٨٨٧، ثم جاء قانون شيرمان لمناهضة الاحتكار Sherman Antitrust Act عام ١٨٩٠؛ ليكون أكثر صرامة مع هذه الممارسات، ثم صدر قانون كلايتون Clayton Antitrust Act عام ١٩١٤ وقانون لجنة التجارة الفيدرالية Federal Trade Commission Act عام ١٩١٤ لينظما الممارسات الضارة بالمنافسة. وقد شكل هذا التعدد في ذاته أحد الاختلافات الأساسية بين القانون المصري و القانون الأمريكي، الذي لم يحرص على إيراد جميع قواعد حماية المنافسة في قانون واحد، بل تعددت القوانين التي تعمل على حماية المنافسة و حظر الممارسات التقييدية الضارة بالمنافسة^{٢٦}.

٢٥ الجريدة الرسمية، العدد ٥٤٢، السنة الثانية والاربعون. بالإضافة إلى تبنيه لنظرية إعفاء الممارسات الضعيفة الأثر التي خلا منها القانون المصري و إن طبقها جهاز حماية المنافسة بصورة ضمنية. ٢٦ وقد حددت المادة ٤٤ من قانون لجنة التجارة الفيدرالية قوانين مكافحة الاحتكار الأخرى في التعريفات الواردة في المادة ٤٤ لتشمل – بالإضافة إلى إحدي قوانين الضرائب- كلا من قانون شيرمان ١٨٩٠ وتعديلاته وقانون كلايتون ١٩١٤ وتعديلاته.

وبالنسبة لقانون لجنة التجارة الفيدرالية Federal Trade Commission Act فقد أنشأ هذه اللجنة^{٢٧} للإشراف على تنفيذه، و منع المنافسات التجارية غير العادلة، و ذلك دون الإخلال بتطبيق قوانين مكافحة الاحتكار الأخرى^{٢٨}.

ويظهر هذا دور اللجنة الرئيسي في المادة ٤٥ / أ / ٢٩١، حيث تقوم اللجنة بوقف الممارسات التجارية غير العادلة و المضللة^{٢٩}، وهو ما اعتبره القانون بنص صريح من ضمن الأعمال الاحتكارية^{٣١}. وهنا يظهر الاختلاف الثاني بين القانون المصري والقانون الأمريكي، فلم يحدد القانون الأمريكي الممارسات الضارة الخاطئة حصرا كما فعل القانون المصري، بل حدد ما يجب أن تتسم به هذه الممارسات من عدم العدالة تاركا التحديد للجنة و هو ما يعطيها حرية في حماية المنافسة تزيد عن جهاز حماية المنافسة المصري، كما يفتح الباب لإضافة المزيد من الممارسات الضارة التي قد تثير مسؤولية صاحبها عن التعويض عن الأضرار التي سببها خطئه كما سنرى فيما بعد^{٣٢}. حيث ترك تحديد الممارسات غير القانونية و المضللة للجنة بموجب المادة ٥٧ / أ لوضع قواعد تفسيرية لما قد يعتبر ممارسة غير عادلة أو مضللة، و كذلك تحديد الممارسات التي تعتبر كذلك على وجه الخصوص في الحالات المختلفة، و ذلك وفقا للمادة ٤٥ / أ / ٣٣١. وقد ركز قانون اللجنة الفيدرالية على التعويض المدني بحيث كانت العقوبات الجنائية هي الاستثناء كما سنرى.

وقد ركز قانون اللجنة الفيدرالية الأمريكية على حماية المنافسة في الممارسات التجارية بين الولايات دون إخضاع الممارسات التجارية مع الأشخاص الأجنبية لهذا التنظيم تاركا ذلك لقانون

٢٧ لجنة التجارة الفيدرالية (FTC) التي تم انشائها في ٢٦ - ٩ - ١٩١٤ بصدر قانون لجنة التجارة الفيدرالية و بدأت نشاطها الفعلي في ١٦-٣-١٩١٥، وهي وكالة مستقلة تتبع الحكومة الأمريكية وتتمثل مهمتها في تطبيق قانون مكافحة الاحتكار المدني (غير الجنائي) الأمريكي وتعزيز حماية المستهلك.

28Section 45 (e) Federal Trade Commission Act.

29 Section 45 Federal Trade Commission Act.

٣٠ بالإضافة إلى ذلك تملك اللجنة بعض السلطات الإضافية حددتها المادة ٤٥ والتي تمارسها اللجنة بشروط محددة مثل إجراء التحقيقات في توفيق المخالفين لأوضاعهم مع قوانين مكافحة الاحتكار

31 Section 57b-1 (a) Federal Trade Commission Act.

٣٢ ولم يرق قانون لجنة التجارة الفيدرالية بتحديد حالات الممارسات غير العادلة او المضللة، بل وضع تحديدا لعدم المشروعية و التضليل فيما عدا ما يتعلق بالإعلانات المضللة و ذلك في المادة ٥٢.

33 Section 57a. (a) 1 (A) Federal Trade Commission Act.

كلايتون, فقد نص قانون كلايتون Clayton Antitrust Act في المادة الأولى منه على اعتبار كل عقد أو اتفاق يشكل تآمرا ضارا سواء في أعمال التجارة بين الولايات أو مع الكيانات الأجنبية في الدول الأخرى يعد عملا غير مشروع معاقبا عليه بالغرامة أو الحبس بحسب الأحوال^{٣٤}، كما أنه – على العكس من القانون المصري- لم يكتفي بتجريم محاولة الاحتكار من خلال الممارسات التجارية التي تهدف إلى احتكار السوق، بل جرم الاحتكار في حد ذاته من خلال المادة الثانية من ذات القانون^{٣٥}.

وقد ركز قانون كلايتون على التعويض المدني عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الاحتكارية، بل وقرر في المادة الرابعة منه الخروج على مبدأ التعويض الكامل وتقرير مبدأ التعويضات الثلاثية.

أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي^{٣٦} فقد نظمت Treaty of rome^{٣٧} حماية المنافسة، بحظر الممارسات الضارة بالمنافسة في المادتين ٨١ و ٨٢ (٨٥ و ٨٦ سابقا)، و الذي اختلف عن القانون المصري في إيراده للممارسات المحظورة على سبيل الحصر لينضم إليها كل ما من شأنه إحداث أثر ضار بالمنافسة. و قد أدخلت اتفاقية روما إلى حيز التنفيذ الفعلي بواسطة اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي بداية من ١٩٥٨، و التي عدلت لتصل إلى النسخة الموحدة عام ٢٠١٢ و التي سنعتمد عليها في هذا البحث ٢٠١٢ The treaty on the functioning of the European Union لتتظيم المنافسة في المواد من ١٠١ إلى ١٠٩^{٣٨}.

34 Sec. 1. Clayton act.

35 Sec. 2. Clayton act.

٣٦ يعتبر نظام الاتحاد الأوروبي في مجال حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية من أكثر النظم الإقليمية تقدماً في هذا المجال، وذلك بدءاً من معاهدة إقامة السوق الأوروبية المشتركة في عام ١٩٥٧ Treaty establishing the European Economic Community 25 March 1957. ومن بعدها اتفاقية الاتحاد الأوروبي ١٩٩٢ Treaty on European Union، Masstricht treaty، 29 July 1992. التي جاءت لتنظم السياسة الاقتصادية للاتحاد بداية من المادة ١٠٢ من اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي ٢٠١٢ لتنظم المنافسة في المواد من ١٠١ حتى المادة ١٠٩.

37 The treaty of rome، 25 March 1957، The Treaty of Rome، or EEC Treaty، brought about the creation of the European Economic Community.

38 The treaty on the functioning of the European Union، Official Journal of the European Union C 326/47، 26.10.2012.

حيث اختلفت المعاهدة عن القانون المصري في حظر في المادة ١٠١ الاتفاقات بين المشاريع التجارية التي تقيد تنافسية السوق، سواء أكانت هذه الاتفاقات أفقية أم رأسية^{٣٩}. كما اختلف الاتحاد عن النظام المصري في جدية رقابته للتركز، و ما يترتب عليه من أضرار بعكس القانون المصري، جاء توكيدا على ذلك تشريع المفوضية لتنظيم الاندماج ١٣٩ / ٢٠٠٤ (ECMR) ليضبط قواعد المنافسة فيما يتعلق بالاندماج بين الشركات التجارية^{٤٠}، و يتشابه موقف الاتحاد مع الموقف الفرنسي و الأمريكي كما سنري فيما بعد. و أخيرا فقد اهتم الاتحاد الأوروبي بالمسئولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الاحتكارية إلى حد إصدار توجيه منفرد لتنظيم التعويض عن الأضرار الناتجة عنها European^{٤١} directive for antitrust damagaes.

و نستنتج مما سبق أن الفروق الأساسية بين القانون المصري لحماية المنافسة و القوانين الأجنبية تتحصر في حرص المشرع المصري على إيراد الأخطاء المجرمة حصرا، بينما أوردت القوانين الأجنبية الممارسات المحظورة على سبيل المثال؛ لتسهيل إضافة أخطاء جديدة وفقا لما تراه الأجهزة القائمة على حماية المنافسة. بالاضافة إلى ذلك، ركزت القوانين الأجنبية على الجزاءات المدنية و النص عليها صراحة كما فعل القانون الفرنسي و الأمريكي و الأوروبي في النص على البطلان، بل و أصدر الاتحاد الأوروبي توجيهها كاملا لقواعد المسئولية، و عدل قانون كلايتون قواعد التعويض، من التعويض الكامل إلي التعويض الثلاثي، و سوف نتناول كلا من هذه الاختلافات في موضعها.

39 Article 101, the treaty on the functioning of the European Union.

40 European commission merger regulation, council regulation EC NO 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

41 DIRECTIVE 2014/104/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

الفرع الثاني

تميز الممارسات الاحتكارية عن غيرها من الممارسات الضارة بالمنافسة

يخلط العديد من الأشخاص المتنافسة بل والباحثون بين الممارسات الاحتكارية والتقييدية للمنافسة و الممارسات التي تشكل منافسة غير مشروعة أو منافسة ممنوعة، و لعل ذلك يرجع إلى اشتراك كل هذه الأنواع في الإضرار بالمنافسة الحرة؛ لذا سوف نحاول في هذا الفرع تناول التفرقة بين الأخطاء الاحتكارية وغيرها من الأخطاء الضارة بالمنافسة، كالممارسات الممنوعة والمنافسة غير المشروعة، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: التفرقة بين الأخطاء الاحتكارية و الممارسات الممنوعة

الفصل الثاني: التفرقة بين الأخطاء الاحتكارية و المنافسة غير المشروعة.

الفصل الأول

التفرقة بين الأخطاء الاحتكارية و الممارسات الممنوعة

تقتضي المنافسة الممنوعة حظر القيام بنشاط تجاري، و يأخذ هذا الحظر صورتين:

أ- أن يرد الحظر في نص قانوني، مثل منع ممارسة النشاط التجاري في الصيدليات من غير الصيدلة، و التزام البائع للمحل التجاري بعدم منافسة المشتري^{٤٢}، و التزام الشريك بعدم منافسة الشركة إلا إذا وافق باقي الشركاء على ذلك^{٤٣}.

ب- أو في صورة اتفاق المتعاقدين على شرط أو التزام عدم المنافسة، أي يأتي الحظر في صورة التزام عقدي يلتزم فيه طرف بعدم مباشرة نشاط تجاري معين قد ينتج من ورائه منافسة الطرف الأخر، و من أمثلتها التزام الموظفين في العقد المبرم بينهم و بين رب العمل بالامتناع عن منافسته، أو إنشاء نشاط تجاري مماثل بعد ترك العمل لديه.

٤٢ اعتبر القانون عدم المنافسة أحد التزامات بائع المتجر العقدي، حيث نصت المادة ١/٤٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "لا يجوز لمن تصرف في المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أو بتأجير استغلاله أن يزاول نشاطاً مماثلاً لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن آلت إليه الملكية أو الاستغلال، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك". وحددت مدة الحظر في فقرتها الثانية – "مدة عشر سنوات تحسب من تاريخ شهر التصرف ما لم يتفق على خلاف ذلك." إلا أنه غالباً لا يكتفي بهذا النص لضمان عدم تعرض البائع و إنما عادة يضمن عقد البيع ذاته شرطاً يحظر فيه على البائع فتح محل يتوافر فيه شروط معينه كعدم فتح محل مماثل للمحل المبيع أو يحظر فيه التعامل مع نفس العملاء.

٤٣ حيث نصت المادة ٥٢١ من القانون المدني، على أنه "يمنع على الشريك القيام بأي نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه."

ويلاحظ أنه لا يمكن حصر أعمال المنافسة التي يمكن الاتفاق بين أطراف العقود على حظر قيام أحد الاطراف بها طالما أن هذا الاتفاق قرر لحماية مصلحة مشروعة و غير مطلق بل محدد من حيث نوع و مدة المنع، و من ثم يعد الشرط باطلا إذا كان مطلقاً شاملاً لكل أنواع التجارة و العمل، و في كل مكان و زمان^{٤٤}.

وتتضح التفرقة هنا بين النوعين، ففي الممارسات الاحتكارية و المنافسة غير المشروعة يكون النشاط التجاري مسموحاً به و لكن الوسيلة هي الممنوعة؛ لكونها إما غير مشروعة أو احتكارية، بينما في المنافسة الممنوعة لا ننظر إلى الوسيلة؛ لأن الأصل لدينا و هو ممارسة التجارة في حد ذاتها غير مباح و ممنوع.

الغصن الثاني

التفرقة بين الأخطاء الاحتكارية و المنافسة غير المشروعة

يستند تحديد المنافسة غير المشروعة إلى القانون مباشرة، و على العكس من الممارسات الاحتكارية قام المشرع المصري بتعريف المنافسة غير المشروعة في المادة ٦٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنها: "١- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات و الأصول المرعية في المعاملات التجارية، و يدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، و تحريض العاملين في متجره على إذاعة أسرارهم أو ترك العمل عنده و كذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث اللبس في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكه أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته".

٤٤ و من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٨٦ من القانون المدني كشرط لصحة الاتفاق على عدم منافسة العامل لرب العمل بعد انتهاء عقده بأن يكون بالغاً لسن الرشد وقت الاتفاق وأن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان و المكان و نوع العمل، على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة. وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في صحة اتفاقات عدم المنافسة غير المطلقة بقولها: إن " حظر التعامل مع العملاء لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كليةً عن البائع لأنه يكون في هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة و حرية العمل و هما من النظام العام". نقض مدني في الطعن رقم ٣٧٨ لسنة ٣٦ قضائية - جلسة ١٩٦٣/٦/٧.

وبذات المعني جاءت معظم القوانين المنظمة للمنافسة^{٤٥}، كما نصت المادة ١٠ (ثانياً) في الفقرة الثانية من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية في سنة ١٩٢٥ " يعتبر من قبيل أفعال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية"^{٤٦}.

وبعد أن عرف المشرع المصري المنافسة غير المشروعة بأنها: " كل فعل يخالف العادات و الأصول المرعية في المعاملات التجارية " ذكر بعض الأمثلة الهامة التي مثل خروجاً واضحاً عن هذه العادات؛ لذا استخدم عبارة: "... و يدخل في ذلك على وجه الخصوص...". و بذلك؛ فإن فعل المنافسة غير المشروعة في حد ذاته مخالف للعادات التجارية و مخالف للأصول الرشيدة لممارسة مهنة التجارة، فيعد في ذاته خطأ مدنياً موجبا للمسئولية عن الأضرار التي ترتبت عليه، و لو لم يكن من الأمثلة الواردة بالنص.

و هنا يظهر الاختلاف بين الممارسة غير الشريفة و الممارسات الاحتكارية، فإذا كان يجمع بينهما الإضرار بحرية المنافسة التجارية المشروعة، إلا أن ذلك لا ينفي الاختلاف بينهما، فممارسات التنافسية غير الشريفة هي - بحسب الأصل - مخالفة للعادات التجارية و أصولها، بحيث تعرف بهذه المخالفة بين المتنافسين و لو لم يوجد قاعدة قانونية تنص على ذلك. على العكس من ذلك، فإن العديد من الممارسات الاحتكارية توافقت العادات التجارية، بل و تعتبر من صميم الأعمال التجارية التنافسية، كالتوزيع الجغرافي للمنتجات و التنسيق بين المنتجين على مواصفات معينة لمنتجاتهم، فلولاً صدور قانون حماية المنافسة لما أمكن القول بعدم مشروعية أغلب هذه الممارسات الاحتكارية.

٤٥ و هو ما يقارب تعريف القانون الجزائري الصادر بالأمر ٠٢-٠٤ المؤرخ في ٢٣ يونيو سنة ٢٠٠٤م يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث عرفت المادة رقم ٢٦ منه المنافسة غير المشروعة بأنها «كل عمل مخالف للأعراف التجارية النظيفة و النزيهة و الذي من خلاله يعتدي عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين.» كما نصت المادة ٣٣ من القانون النموذجي للدول العربية بشأن العلامات التجارية و الأسماء التجارية و البيانات التجارية و أعمال المنافسة غير المشروعة انه " يعتبر غير مشروع كل عمل من أعمال المنافسة يتنافى مع العادات الشريفة في المعاملات الصناعية و التجارية".

٤٦ اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، المبرمة في ٢٠ مارس ١٨٨٣ و المعدلة ببروكسل في ١٤ ديسمبر ١٩٠٠ و واشنطن في ٢ يونيو ١٩١١ و لاهاي ٦ نوفمبر ١٩٢٥، و لندن في ٢ يونيو ١٩٣٤ و لشبونة في ٣١ أكتوبر ١٩٥٨ و استكهولم في ١٤ يوليو ١٩٦٧، و المنفحة في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٩.

وسوف نتناول الفارق بين الممارسات الاحتكارية والمنافسة غير المشروعة بمزيد من التفصيل عند بحث ركن الخطأ في المسؤولية عن الممارسات الاحتكارية.
المطلب الثاني

أهمية تنظيم الاشكاليات المدنية الناتجة عن الممارسات الاحتكارية

نتناول في هذا المبحث أسباب ضرورة الاهتمام بالتركيز على المسؤولية المدنية ليس فقط باعتبارها وسيلة لجبر الضرر بل باعتبارها وسيلة لتدعيم الغرامة و تحقيق الردع الأمثل، فبعد إيضاح ماهية الممارسات الاحتكارية يتضح لنا أن الممارسات المحظورة هي ممارسات قد حظرها المشرع لأثرها الضار على الأشخاص المنافسة لمرتكب الممارسة في ذات السوق المعنية، هذا الضرر لا يمكن جبره سوي عن طريق اللجوء إلى قواعد المسؤولية المدنية.

وقد يعتقد البعض أن دور المسؤولية المدنية في هذا المجال يقتصر على جبر الضرر، بينما رجحت الكتابات الأجنبية أيضا استخدام المسؤولية المدنية لتحقيق وظيفة الردع، ذلك أنه وإن كان الأصل أن الردع من خصائص العقوبات الجنائية لا المدنية، إلا أننا سنري أن المسؤولية المدنية قد تحقق الردع الذي قد تعجز الغرامة عن تحقيقه، وذلك إلى الحد الذي دعا الكتابات الأجنبية - كما سنري- إلى الاهتمام بالمسؤولية المدنية وتقديمها باعتبارها وسيلة ردع حالي ومستقبلي عن ارتكاب الممارسات الاحتكارية، بل ووصل الأمر إلى إقرار هذه الكتابات لدور الدعاوي المدنية في تحقيق ما يمكن تسميته بالردع الأمثل optimal deterrence.

ويقابل الاهتمام الأجنبي بالمسؤولية المدنية وغيرها من المسائل المدنية المتعلقة بالممارسات الاحتكارية - كبطلان الاتفاقات المحظورة-: ترك قانون حماية المنافسة المصري تنظيم المسؤولية المدنية للقواعد العامة - كقاعدة- وتناول البطلان بنص معيب واجب التعديل. وعلى ذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أسباب الحاجة إلى الاهتمام بالمسؤولية المدنية في مجال حماية المنافسة.

الفرع الثاني: مدي تنظيم المسائل المدنية في قانون حماية المنافسة.

الفرع الأول

اسباب الحاجة إلى الإهتمام بالمسؤولية المدنية في مجال حماية المنافسة

على الرغم من اهتمام المشرع بحماية المنافسة و المعاقبة على ارتكاب الممارسات الاحتكارية بعقوبة جنائية و هي الغرامة، إلا أن الغرامة و إن حققت بعض الأهداف العقابية، إلا أنها لا توفر الحماية الكاملة للأشخاص المستهدفين بهذه الحماية، و بالتالي ظهرت الحاجة الملحة للالتجاء إلى قواعد المسؤولية المدنية لجبر ما وجد من نقص في الحماية الجنائية.

كما ظهرت الحاجة إلى المسؤولية المدنية لتدعيم وظيفة الردع، التي تقدمها العقوبة الجنائية؛

لذا ينقسم هذا الفرع إلى غصنين:

الغصن الأول: عجز العقوبة الجنائية عن جبر أضرار الممارسات الاحتكارية الخاصة والعامة.

الغصن الثاني: المسؤولية المدنية لتدعيم الردع.

الغصن الأول

عجز العقوبة الجنائية عن جبر أضرار الممارسات الاحتكارية الخاصة و العامة

تختلف المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية^{٤٧} ، فبينما تقوم الأولى على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع، تقوم الثانية على أن ضرراً قد أصاب الفرد^{٤٨}، و تهدف الأولى إلى إيلاء الجاني وتحقيق الردع، بينما تهدف المسؤولية المدنية إلى جبر الضرر الذي يصيب المضرور.

وقد ركزت معظم تشريعات حماية المنافسة على توقيع العقوبات المالية الجنائية –أي الغرامات- على مرتكب هذه الممارسات الاحتكارية " قانون حماية المنافسة المصري " (المواد ٢٢- ٢٦)، و الاتحادي (المواد من ١٦- ٢٤) ومعاهدة عمل الاتحاد الأوروبي (المادة ١٠٣

٤٧ والمسؤولية المدنية نوعان، إما مسؤولية عقدية التي هي جزاء إخلال المدين بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، و إما مسؤولية تقصيرية وهي جزاء إخلال الشخص بالتزام قانوني مفروض عليه بعدم الإضرار بالغير. للمزيد انظر د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٦٢٩. و سوف نوضح فيما بعد أنه و ان كانت مخالفة قانون حماية المنافسة تثير مسؤولية مرتكبها التقصيرية بحسب الاصل إلا انها قد تثير مسؤوليته العقدية استثناء في بعض الحالات عند بطلان الاتفاقات الضارة بالمنافسة.

٤٨ د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تحديث المستشار أحمد مدحت المراغي، مشروع مكتبة المحامي، ٢٠٠٧، ص ٦٢٦.

لتعاقب ارتكاب الممارسات الضارة المحظورة في المادة (١٠١، ١٠٢) ^{٤٩} كعقاب أساسي لمرتكب الممارسات الاحتكارية.

بينما تشدد القانون الفرنسي، و فرض جزاءات مالية و سالبة للحرية تصل إلى السجن أربع سنوات إذا تمت الممارسة الضارة بشكل احتيالي، و ذلك في المادة 6-L420°.

ولعل ذلك يرجع وفقا لما يراه بعض الفقهة ^{٥١} إلى أن الضرر المباشر الذي تستهدفه هذه الممارسات المقيدة للمنافسة يرجع بالدرجة الأولى على الاقتصاد الوطني ذاته.

و الحقيقة أننا - مع التسليم بأهمية حماية المنافسة للحفاظ على الاقتصاد القومي- نرى أنه و إن حقت الغرامة بعض المنافع بمنع و معاقبة الممارسات الاحتكارية، إلا أن الغرامة توجه للخزانة العامة لتدخل ضمن الموازنه الموحدة للدولة، و بالتالي فإن العائد من الغرامات الموقعة على مرتكبي الممارسات الاحتكارية لا توجه إلى جبر الأضرار التي تصيب الأشخاص المتنافسين و الاقتصاد ككل؛ و لذلك تظهر أهمية اقتضاء الدولة لتعويض مدني يوجه بشكل كامل لإصلاح الأضرار التي أصابت الاقتصاد و التي تسببت فيها الممارسة الاحتكارية.

مثال ذلك التلاعب بأسعار المواد الخام اللازمة لصناعات معينة، مما يهدد هذه الصناعات واستمرار هذا التلاعب طوال مدة فحص الجهاز للمخالفة وكذلك طوال نظر الدعوي الجنائية بعد ثبوتها^{٥٢}، مما يسبب ضررا قد يكون طويل الأمد و يحتاج إلى تدخل الدولة بالدعم؛ لإعادة التوازن وتهيئة المناخ التجاري من جديد، وبالتالي يجب تمكين جهاز حماية المنافسة من اللجوء إلى القضاء؛ للمطالبة بالتعويضات المدنية، التي توجه مباشرة لإزالة الأضرار الاحتكارية، فوجد أن قانون اللجنة الفيدرالية Federal trade commission act قد مكن هذه اللجنة في المادة ٤٥ من اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويضات المدنية عن الاستمرار بالممارسات غير العادلة

49 Article 103° the treaty on the functioning of the European Union.

50 Article L420-6° Code de commerce.

٥١ محمد سعد عبد الله السمراني، المنافسة بين احتكار القلة وإشكالية تطبيق القواعد العامة للقانون، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ١٣٢، يناير- فبراير ٢٠١٧، ص ٢٤٧. و الاتفاق بين الأشخاص المتنافسة قد يكون على خفض الأسعار لا زيادتها أضرارا بصغار المنتجين لهذا المنتج وصولا لانسحابهم من السوق واستحواد المتفقيين عليه ليقوموا برفع الاسعار في النهاية.

الضارة^{٥٣}، هذه التعويضات التي اعتبرتتها الكتابات الأمريكية powerful tools to obtain ^{٥٤} compliance وتشبه هذه التعويضات الغرامة إلى حد كبير في أنها تذهب إلى الحكومة الأمريكية، إلا أن الغرامة تكون في الممارسات الاحتكارية التي تصل إلى درجة كبيرة من الخطورة بينما تكون التعويضات المدنية على بقية الممارسات الاحتكارية غير الخطيرة، ويحقق ذلك - في النهاية- حصيلة كبيرة من التعويضات التي يمكن توجيهها لجبر الضرر العام الناتج عن الممارسات الاحتكارية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الأمريكي قد اتخذ من التعويض المدني وسيلة للضغط على المخالف و إجباره على سرعة إزالة المخالفة فور إقرار اللجنة المسئولة لوجود هذه المخالفة و دون انتظار الحكم القضائي، حيث نجد القانون الأمريكي يأخذ بالعقوبات الجنائية في قانون كلايتون في المادة الأولى و الثانية منه، بالإضافة إلى اتخاذه من التعويض المدني civil damage في قانون اللجنة التجارية كوسيلة لإجبار المخالف على سرعة وقف الممارسات المخالفة قرارات اللجنة الفيدرالية بإزالة الممارسات غير العادلة الضارة، بحيث يعتبر كل يوم تأخير عن تنفيذ القرار بإزالة المخالفة هو مخالفة في حد ذاته تستوجب تعويضا مدنيا مستقلا^{٥٥}، مما يساعد في سرعة تحقيق وقف الضرر العام.

كما أن الغرامة لا توفر الحماية الكاملة للأشخاص الخاصة المعنيين بالحماية، و هم بالدرجة الأولى الأشخاص المتنافسون و المستهلكون، حيث يقع عليهم الضرر كما يقع على الاقتصاد نتيجة ارتكاب الممارسات الاحتكارية^{٥٦}، مما يحتاج إلى جبر هذا الضرر، و ذلك ليس من وظائف الغرامة بل هو وظيفة المسؤولية المدنية؛ لتعويض المضرور تعويضا كاملا عما أصابه من ضرر و ما فاتته من كسب، من جراء الممارسة الضارة.

53 Section 45 (m)1(B)... the Commission may commence a civil action to obtain a civil penalty in a district court of the United States against any person, partnership, or corporation which engages in such act or practice”

^{٥٤} Civil Penalties and the Federal Trade Commission-Neal B. Shniderman Improvements Act, SMU law Review, 1976, volume 30, issue 2, p. 480.

^{٥٥} Section 45 (k) and (l) federal trade commission act.

^{٥٦} جند بنت نبيل القدسي، إساءة استعمال المشروع لمركزه المهيمن في السوق المعنية: دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦، العدد ١، يونيو ٢٠١٩م، ص ٥٣.

ولا شك أن فلسفة القانون تقوم على تحمل الشخص لمسؤولية أفعاله التي تسبب ضررا للأخرين، وذلك لاقتزان الحرية القانونية و الاقتصادية بالمسؤولية عن الأضرار التي تصيب الأشخاص من جراء ممارسة هذه الحرية بصورة غير صحيحة، فالمسؤولية عن الخطأ من الضرورات الأخلاقية^{٥٧} والقانونية ذات الأهمية المطلقة.

و لا شك أنه لا يمكن التفرقة في تحمل المسؤولية بين التاجر و غيره أيا كان مبرر ذلك، سواء كان تشجيع الاستثمار أو حماية النشاط الاقتصادي أو غيرها من المبررات.

و لم يرد في قانون حماية المنافسة المصري تفصيل لجبر الضرر الخاص و فرض التوازن في علاقة مرتكب الممارسة بالمضروبين، سوي في موضعين أهمهم المادة ٢٠، حيث أكد على عدم إخلال الاجراءات التي يتخذها الجهاز بالمسؤولية الناشئة عن المخالفات^{٥٨}، في حين نجد أن قانون اللجنة الفيدرالية - مثلا- قد أعطي للقاضي مختلف السلطات التي تؤهله لإعادة التوازن كالتعويض المدني و إعادة تشكيل العقد المنطوي على المخالفة أو فسخه^{٥٩}.

الغصن الثاني

دور المسؤولية المدنية في تحقيق الردع

غالبا، ما فرق الفقهاء بين وظيفتين للقانون، وهما: الردع وجبر الضرر، بحيث قدمت المسؤولية المدنية على أنها وسيلة لجبر الضرر، بينما قدمت العقوبات الجنائية على أنها وسيلة

57 Dominique NORGUET، Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civil، rapport Présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise à Chambre de commerce et d'industrie de Paris، 12 janvier 2012، p. 5.

« Le principe même d'une clause générale de responsabilité pour faute traduit une exigence morale fondamentalement ancrée dans notre culture et incontournable au regard des impératifs d'éthique ».

٥٨ وقد جاء في المادة ٢٥ النص على المسؤولية التضامنية للشخص الاعتباري والمسئول عن الإدارة الفعلية للشخص المخالف.

59 57b.... (b) The court ... shall have jurisdiction to grant ...relief may include، but shall not be limited to، rescission or reformation of contracts، the refund of money or return of property، the payment of damages...”

من وسائل الردع، حيث لجأ المشرع المصري- كمعظم قوانين حماية المنافسة^{٦٠} - إلى الغرامة كعقوبة جنائية لتحقيق الردع في مجال حماية المنافسة.

وعلى الرغم من صحة هذه التفرقة بوجه عام، إلا أننا نرى أنه في مجال الأعمال التجارية، والتي يكون محركها الأول هو الفائدة الاقتصادية، فإن التعويض المدني قد يقدم دعماً للغرامة بل وقد يحقق ردعاً أفضل مما تحققه الغرامة، وذلك للأسباب الآتية:

١- أن الغرامة عقوبة جنائية، حيث يكون القاضي الجنائي مقيداً بوجود التيقن بثبوت الممارسة الاحتكارية بكافة عناصرها القانونية اللازمة للتجريم^{٦١}، خاصة وأن المشرع المصري قد حدد الممارسات المجرمة حصراً بعكس بعض القوانين الأخرى^{٦٢}، وإلا امتنع عن الحكم بالعقوبة ولو ثبت في عقيدته أن الفعل ضار بحرية المنافسة ومنتك للمادة الأولى من قانون حماية المنافسة المصري.

على العكس من ذلك، فإن القاضي المدني لا يكون محكوماً بضرورة توافر عناصر التجريم، ويكفي أن يثبت لديه تعسف الشخص المتنافس في ممارسته لتجارته و ارتكابه لممارسة ضارة أو مقيدة لحرية المنافسة، و بالتالي فإن اللجوء إلى القاضي المدني يمكن أن يسمح بتطبيق أكثر فاعلية لقانون حماية المنافسة في حالة وجود ذلك القانون، أو حتي في حالة النقص التشريعي و عدم وجود هذا القانون مطلقاً^{٦٣}.

٢- ٢- أنه حتى ولو ثبت لدى القاضي الجنائي ارتكاب الممارسة المجرمة بكافة عناصرها، فإن القاضي يكون مقيداً في تقديره للغرامة بالحد الأقصى المنصوص عليه في

٦٠ باستثناء بعض التشريعات القليلة التي تضمنت عقوبات بدنية كقانون كلايتون المادة الأولى و الثانية القانون التجاري الفرنسي في بعض الحالات الخاصة التي تضمن عقوبات بدنية تصل إلي أربع سنوات L420-6.

٦١ و ذلك اعمالاً للمادة ٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤ حيث نصت " أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " كما أن الغرامة باعتبارها عقوبة جنائية فهي شخصية ولا تنفذ على غير المحكوم عليه ومبدئياً لا تصيب ورثته من بعده. تختلف عن التعويض الذي يتم لجبر الضرر الذي يصيب المجني عليه من الجريمة، والذي يمكن المطالبة به ضد الأشخاص المسؤولين مدنياً وورثتهم.

٦٢ كالقانون الاماراتي لحماية المنافسة وقانون اللجنة الفيدرالية الأمريكية وقانون كلايتون كما سنرى فيما بعد.

٦٣ محمد سعد عبدالله السمراني، المنافسة بين احتكار القلة وإشكالية تطبيق القواعد العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

التشريع، و لو ثبت لدي القاضي أن هذا الحد يقل كثيرا عما سببه مرتكب الممارسة من ضرر لمنافسيه و للمستهلكين، بل ولو كان الضرر الناتج على الاقتصاد القومي يتطلب لإعادته التوازن مبلغا أكثر - بكثير- من الحد الأقصى للغرامة، وهو ما يضعف الأثر المرجو من الغرامة؛ ذلك أن الممارسات الاحتكارية تعد من الأخطاء الربحية التي قد تؤدي إلى أرباح تفوق الحد الأقصى للغرامة بمئات المرات، فلا يتحقق الردع المرجو من الغرامة، خاصة في حالة الممارسات الاحتكارية الصادرة من الكارتيلات^{٦٤}؛ لذلك يري بعض الفقه أن تغليظ التعويضات عن الأخطاء المربحة العمدية - على النحو الذي سنتكلم عنه لاحقا- يؤدي وظيفة الردع^{٦٥}، وهو بالفعل ما قرره المشرع الأمريكي في المادة ١٥ من قانون كلايتون Clayton act، حيث قرر تغليظ التعويض عن الممارسات الاحتكارية؛ ليتجاوز التعويض إلى ما يسمى بالتعويض الثلاثي threefold damage.

أما القاضي المدني في تطبيقه لقواعد المسؤولية المدنية لا يكون مقيدا بحد معين عند الحكم بالتعويض، و كل ما هنالك أن يتأكد القاضي من تسبب الممارسة الاحتكارية في ضرر للغير، ليحكم بالتعويض الذي يتناسب مع حجم الضرر الواقع على الشخص المضروب، مما يؤدي وظيفة رادعة عند ضخامة هذا التعويض خاصة في ظل قيام هذا التعويض إلى جانب الغرامة^{٦٦}. بل أنه في ظل تعدد الأطراف الذي يمكنهم مساءلة مرتكب الممارسة الاحتكارية عن الأضرار بهم، مع مضاعفة مقدار التعويضات في بعض الأنظمة يحقق الردع لمرتكبي هذه الممارسات لتجاوزها حد الأرباح^{٦٧}، و هو ما سنتناوله بمزيد من التفصيل فيما بعد.

٦٤ LA RÉPRESSION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES PAR LES INSTITUTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE، Dalloz، « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé » 2012/2 N° 2، p.336.

٦٥ د. ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ٤٩.

66 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 2.4.2008 COM(2008) 165 final، p.4.

67 Herbert J. Hovenkamp، A Primer on Antitrust Damages، Penn Law review، ٢٠١١ p. 3.

٣- إن تقرير الغرامة من قبل جهاز حماية المنافسة يمر بعدة مراحل، و مقيد بالعديد من الاعتبارات الاقتصادية باعتبار أنه في النهاية يمثل فعلا محظورا جنائيا، على العكس من سلطات القاضي المدني، الذي يحتاج فقط إلى التحقق من وقوع الخطأ و تسببه في الضرر، فإذا تحقق ذلك يستطيع القاضي أن يقرر التعويض المناسب لجبر الضرر أيا كانت قيمته^{٦٨}.
و لكل ما سبق نجد العديد الكتابات الأمريكية و الأوروبية تؤكد أهمية الدعاوي المدنية إلى حد إقرار هذه الكتابات لدور الدعاوي المدنية في تحقيق ما يمكن تسميته بالردع الأمثل optimal deterrence^{٦٩} ، و أنها توفر نوعا من أنواع الإلزام الخاص Private enforcement الذي يوفر الردع^{٧٠} لمرتكب المخالفة الحالية أو لتحقيق الردع المستقبلي^{٧١}، كما اعتبرت المفوضية الأوروبية commission of the European communities المسؤولية المدنية بحد ذاتها آلية إجبار enforcement system توفر احترام قواعد حماية المنافسة^{٧٢}.

الفرع الثاني

مدي تنظيم المسائل المدنية في قانون حماية المنافسة

نتناول في هذا المطلب مدي حرص المشرع المصري على تناول المسائل المدنية المتعلقة بمنع الممارسات الاحتكارية، و ذلك في فرعين، حيث نتناول في الفرع الأول: التناول المعيب لبطلان الاتفاقات المخالفة لقانون حماية المنافسة، بينما نستعرض في الفرع الثاني: تناول قانون حماية المنافسة للمسئولية المدنية عن أضرار هذ الممارسات.
وعلي ذلك ينقسم هذا الفرع إلى الغصنين التاليين:

٦٨ جند بنت نبيل القدسي، إساءة استعمال المشروع لمركزه المهيمن في السوق المعنية: دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦، العدد ١، يونيو ٢٠١٩م، ص ٥٤.

69 C.Douglas Floyd، Antitrust Victims without Antitrust Remedies، Minnesota Law Review، 1997، p.5

70 Herbert J. Hovenkamp، A Primer on Antitrust Damages، Penn Law، February، 2011، p. 1.

71 Zygimantas Juska، The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation، November 2017، springer، p 64.

72 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، GREEN PAPER، Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 19.12.2005، COM (2005) 672 final، p3.

الفصل الأول: التنظيم المعيب لبطلان الاتفاقات الاحتكارية.

الفصل الثاني: تنظيم قانون حماية المنافسة للمسئولية المدنية.

الفصل الأول

التنظيم المعيب لبطلان الاتفاقات الاحتكارية

لم يتناول المشرع المصري في قانون حماية المنافسة تنظيم النتائج المترتبة على تضمين الاتفاقات و العقود بين الأشخاص المتنافسة لممارسات مخالفة للقانون سوي ما جاء بالمادة ٢٠ من ذات القانون " على الجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد ٦، ٧، ٨ من هذا القانون تكليف المخالف تعديل أوضاعه و إزالة المخالفة فوراً، أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز و إلا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف باطلاً " .
وكما سنري فيما بعد، فإن هذه الصياغة المعيبة توجي بأن البطلان لا يترتب على مجرد الاتفاق المخالف بذاته يرتبط بعدم استجابة المخالف لتكليف الجهاز للمخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة.

كما ترتب على إيراد المشرع البطلان ضمن المادة ٢٠، و التي تتضمن التدابير الإدارية التي يدخل في سلطات جهاز حماية المنافسة اتخاذها بموجب المادة ١١ / ٤ قيام جهاز حماية المنافسة بالتصدي - من تلقاء نفسه- لفحص مدي بطلان الاتفاقات و اتخاذ قرار ببطلان هذه العقود من عدمه دون ترك الأمر للقضاء باعتبار ذلك ممارسة لسلطته الواردة في المادة ١١ / ٤ ، و أن البطلان من ضمن التدابير الإدارية التي يتخذها الجهاز و الواردة بالمادة ٢٠، و هو ما يترتب عليه حرمان المتقاضين من مزايا اللجوء إلى القضاء فيما يتعلق بالحكم ببطلان الاتفاقات المخالفة للقانون، و خاصة ما يتعلق بإمكانية تطبيق نظرية انتقاص العقد.

الفصل الثاني

تنظيم قانون حماية المنافسة للمسئولية المدنية

الحقيقة أننا لا نجد نصاً صريحاً في قانون حماية المنافسة المصري يتناول شروط وحالات قيام المسئولية المدنية عن الأضرار التي تتسبب فيها الممارسات الضارة بالمنافسة، فيما عدا

الجملة الواردة بالمادة ١٩ المتعلقة بسلطات الجهاز بتكليف المخالف بالتعديل أو إزالة المخالفة، حيث نصت " و ذلك كله دون الإخلال بأحكام المسؤولية الناشئة عن هذه المخالفات". وقد ورد لفظ المسؤولية عاما؛ ليشمل المسئوليتين الجنائية و المدنية، ولم يرد نص آخر يضع تفاصيل خاصة لهذه المسؤولية بإستثناء النص على التضامن في دفع التعويضات بين الشخص الاعتباري و مرتكب الممارسة المخالفة، إذا كان أحد العاملين به و ذلك في المادة ٢٥ / ٢. ويتضح مما سبق: أن قانون حماية المنافسة جاء معيبا فيما يتعلق بالنصوص الخاصة بالبطلان، خاليا - بإستثناء المادة ٢٥ / ٢- من النص على أحكام خاصة بالمسؤولية المدنية، سواء فيما يتعلق بالخطأ أو الضرر أو حتي التعويض، و ذلك على العكس من القوانين الأجنبية التي أوردت قواعد استثنائية، تمثل خروجا على القواعد العامة في المسؤولية؛ لمواجهة الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية، و من ذلك التعويض الثلاثي في القانون الأمريكي و قاعدة تمرير الضرر في التوجيهات الأوروبية.

الفصل الأول

المسؤولية المدنية عن أضرار الممارسات الاحتكارية

الحقيقة أن قواعد القانون المدني و إن كانت الشريعة العامة فيما يتعلق بالالتزامات كالعقود و البطلان و كذلك المسؤولية عن الأضرار، إلا أن الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية تستدعي الحاجة لتطوير هذه القواعد، كما تستدعي إعطاء المزيد من الحرية للقاضي المدني عند تكيفه للممارسة كخطأ احتكاري من عدمه.

بالإضافة إلي ذلك، هناك العديد من الصعوبات التي تواجه القاضي المدني عند بحث مدي توافر وصف الخطأ الاحتكاري في الممارسة التجارية، و كذلك الصعوبات التي تواجه المضرور لإثبات توافر ركن الخطأ، و أخيرا نفحص ما لحق التعويض من تطور و المحاولات القانونية و الفقهية الأجنبية للخروج عن مبدأ التعويض الكامل، و بالتالي ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تطوير الشريعة العامة و مدي تقييد سلطة القاضي المدني.

المبحث الثاني: عناصر المسؤولية عن الممارسات الاحتكارية و التعويض عنها.

المبحث الأول

تطوير الشريعة العامة و مدي تقييد سلطة القاضي المدني

نتناول في هذا المبحث القواعد المتعلقة بتنظيم المسؤولية المدنية عن أضرار الممارسات الاحتكارية، بداية باللجوء إلى قواعد القانون المدني، باعتبارها الشريعة العامة في هذا المجال، وصولاً إلى الحاجة لتطوير هذه القواعد؛ لتتوافق مع الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية. ثم نناقش القيود التي تحيط بسلطة القاضي عند تكييفه للممارسة كخطأ احتكاري أو مجرد ممارسة تجارية مشروعة بالمخالفة للأحكام الجنائية الصادرة من المحكمة الاقتصادية أو القرارات الصادرة من جهاز حماية المنافسة، باعتباره الجهاز المنوط به تحديد مدي ارتكاب الشخص لممارسة محظورة من عدمه، و ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الشريعة العامة و الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية.

المطلب الثاني: سلطة القضاء في إضفاء وصف الخطأ الاحتكاري على الممارسات التجارية.

المطلب الأول

الشريعة العامة و الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية

نتناول في هذا المطلب ضرورة انطباق القانون المدني على المسائل المدنية المتعلقة بالممارسات الاحتكارية و الممارسات الضارة بالمنافسة؛ لجبر مواضع النقص السابق الإشارة إليها، سواء فيما يتعلق بالبطلان أو في قواعد المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة من تلك الممارسات، و ذلك في الفرع الأول.

إلا أن الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية، سواء من حيث ضخامة الأرباح الناتجة عن ممارستها خاصة في حالات ارتكابها من الأشخاص المهيمنة، أو لصعوبة إثبات ارتكاب الخطأ؛ لذلك نتناول في الفرع الثاني ضرورة تطوير قواعد المسؤولية المدنية و عدم إمكانية الاعتماد المطلق على القواعد العامة. و بذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: دور القانون المدني كشريعة عامة للإلتزامات في مجال الممارسات الاحتكارية.

الفرع الثاني: الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية و الحاجة إلى التطوير.

الفرع الاول

دور القانون المدني كشرية عامة للإلتزامات في مجال الممارسات الاحتكارية.

يعتبر القانون المدني حجر الأساس للقانون الخاص، فمن رحمه ولد القانون التجاري والبحري والجوي وقانون العمل وقانون المرافعات والقانون الدولي الخاص؛ ذلك أن القانون المدني لا يعد مجرد فرع من فروع القانون الخاص، بل هو الفرع الأساسي فيه^{٧٣}، فقد اقتضت الضرورات انفراد جميع هذه القوانين ببعض أنواع العلاقات، والتي كانت بحاجة ماسة لاستحداث قواعد تحكم خصوصيتها^{٧٤}، واحتفظ القانون المدني بأهميته التي تتمثل في أنه لا يزال القانون الأصل أو الشريعة العامة le droit commun التي يتم اللجوء إليها للعثور على حل للمشكلات التي تثور داخل فرع آخر دون أن يوضع لها فيه أي حل^{٧٥}، فالقانون المدني هو الجوهر المشترك للقانون الخاص؛ لأنه يحكم العلاقات بين الأشخاص الخاصة عندما لا تكون هذه العلاقات محلاً لتنظيم تشريعي خاص^{٧٦}.

فالقانون المدني هو القانون العام، الذي يمثل المصفوفة التي يمكن اللجوء إليها لملاء الثغرات وأوجه القصور في القوانين التجارية، التي تعد قوانين خاصة و ثانوية^{٧٧}، ذلك أن القانون التجاري أو قانون الأعمال^{٧٨} يحكم العلاقات بين الأفراد على المستوى التجاري فقط^{٧٩}، وتخلو أحكامه من

73 Niccole Heudebert- Bouvier، Civil droit et commercial droit، presses universitaires de France، 3e Édition، 1997، p.7. “le Droit civil n’est qu’une branche du Droit privé، mais il s’agit de sa branche fondamentale”

٧٤ د. منتصر عمران ناجي الرفاعي، محاضرات المدخل لدراسة القانون، بدون ناشر، ٢٠١٧، ص ١٥.

٧٥ د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، جامعة بنها، ٢٠٠٨، ص ٨٤.

76 Niccole Heudebert- Bouvier، Civil droit et commercial droit، presses universitaires de France، 3e Édition، 1997، p.13.

77 E. THALLER، “De l’attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial”، Le code civil، Livre du centenaire، 1904، p. 226.

٧٨ يأتي مصطلح قوانين الأعمال في النظام الفرنسي ليشير إلى القوانين التجارية المختلفة بحيث ينظم مجالات رئيسية هي: هياكل المؤسسات التجارية (حالة المؤسسات والشركات التجارية)، النشاط التجاري (قانون المنافسة والملكية الصناعية، العقود التجارية والتوزيع، العمليات المأهولة)، العقوبات (الاختصاص التجاري والتحكيم، الإجراءات الجماعية).

JEAN-BERNARD BLAISE، INTRODUCTION AU DROIT DES AFFAIRES، L.G.D.J.، 10e édition، 2019، p.8

79 Niccole Heudebert- Bouvier، Civil droit et commercial droit، presses universitaires de France، 3e Édition، 1997، p.13.

بعض القواعد التي تحتاج إلى القانون المدني لإكمالها، مثال ذلك غياب نظام حقيقي تضعه هذه القوانين للالتزامات التجارية.

وبالتالي لا توجد فقاعة تجارية معزولة عن تأثير القانون المدني، بل يخضع القانون التجاري للقانون العام - أي القانون المدني^{٨٠}، فيحدث تكامل بين كل من القانون المدني و القوانين التجارية أو ما يسمى بقوانين الأعمال^{٨١} ومنها قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، فيطبق القانون المدني في المسائل التي لم يضع لها المشرع قاعدة خاصة لتنظيمها، فعمومية بعض مفاهيم القانون المدني تسمح له - في ظل صمت النصوص الخاصة- بلعب وظيفة معيارية^{٨٢}، حيث نجد أن قواعد المسؤولية عن الأضرار الواردة في القوانين المدنية تأتي بصيغة عامة تسمح لها بأن تحكم الخطأ أيا كان نوعه، فهذه النصوص تتمتع بسلطة شاملة في التطبيق vocation universelle حيث تنطبق على العلاقات الخاصة كعلاقات الأعمال و حماية المنافسة التجارية في ظل غياب قاعدة قانونية واجبة التطبيق في القوانين الخاصة التي تحكم هذه العلاقات.

مثال ذلك: قواعد المسؤولية في القانون الفرنسي، المنصوص عليها في المادتين ١٢٤٠ و ١٢٤١ من القانون المدني الفرنسي^{٨٣}، فهي لا تميز بين أنواع الخطأ ولا المصالح المحمية، ولا الأضرار التي لحقت بها، حيث جاءت المادة ١٢٤٠ بألفاظ عامة، لتتص على أن " كل فعل، أيا كان، يقع من الإنسان و يحدث ضررا للغير، يلتزم من وقع الفعل بخطئه بتعويض

80 Matthieu Poumarède, La pénétration en droit civil des techniques du droit commercial, L.G.D.J., octobre 2007, p.115.

81 JEAN-BERNARD BLAISE, INTRODUCTION AU DROIT DES AFFAIRES, L.G.D.J., 10e édition, 2019, p. 9. « Complémentarité du droit civil et du droit des affaires. Droit commercial insuffisant à lui seul. Le code civil pose aux articles 1832 et suivants des dispositions relatives à toutes les entreprises. Vente commercial, protection contre les vices cachés, comblement des lacunes et éclaircissement de dispositions par le code civil. »

82 Aurélie BALLOT-LÉNA, « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français », Pratique des affaires et règles juridiques : Influences, limites, 2016, p.2 « la généralité de certaines notions civilistes permet au droit commun, dans le silence des textes, de jouer une fonction normative.

٨٣ وتحمل هذه المواد ذات الصياغة الخاصة بالمسؤولية التقصيرية منذ عام ١٨٠٤ ولم تغير سوي ارقام المواد فقط من ١٣٨٣ و ١٣٨٢ إلى الأرقام الموضحة بالأعلى.

ذلك الضرر" مع الإشارة إلى أن المادة ١٢٤١ تصيف أن الانسان يكون مسؤولاً عن الضرر الناجم " ليس فقط عن فعله، و لكن أيضاً بسبب إهماله أو تهوره"^{٨٤}.

كذلك جاء القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بصيغة عامة في تنظيمه للمسؤولية عن الخطأ، حيث نصت المادة ١/١٦٣ أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

والحقيقة أنه لا خلاف في القضاء المصري على تطبيق قواعد المسؤولية و العقود المدنية في مجال القوانين الخاصة المختلفة، كالقانون التجاري و قانون حماية المنافسة، و من ذلك ما قررت محكمة النقض المصري في الطعن رقم ٦٠٦٦ لسنة ٨٣ قضائية، الدوائر التجارية – جلسة ١٠/٠٤/٢٠١٨ " من المقرر أن المنافسة التجارية غير المشروعة تعتبر فعلاً ضاراً يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه، عملاً بالمادة ١٦٣ من القانون المدني"^{٨٥}.

كما أضافت في تسيبب حكم آخر^{٨٦} بأنه " يقدر القاضي التعويض مراعيًا الظروف الملايصة وفقاً للمادتين ٢٢١ و ٢٢٢ من القانون المدني، و يشمل التعويض ما لحق بالمضرور من خسارة و ما فاتته من كسب، كما يشمل التعويض الضرر الأدبي" و ما ينطبق على المنافسة غير المشروعة ينطبق على المنافسة الضارة و غيرها من الممارسات، طالما استوفت عناصر المسؤولية المدنية كما سنري.

84 Aurélie BALLOT-LÉNA، « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français »، Pratique des affaires et règles juridiques : Influences، limites، 2016. P.3.

٨٥ كما قررت محكمة النقض في الطعن رقم ٤٥٣٦ لسنة ٨٠ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٧/٠٣/٢٠١٢ " تعد المنافسة غير المشروعة من ضمن حالات الخطأ التقصيري التي توجب المسؤولية عن تعويض الضرر المترتب عليه إعمالاً للأصل العام الوارد بنص المادة ١٦٣ من التقنين المدني." و هو نفس ما قرره محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٧٤ لسنة ٥٥ قضائية – جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢. والحقيقة أن اعتبار القانون المدني الشريعة العامة في مجال الالتزامات لا يقتصر على الفروع الاستثنائية للقانون الخاص بل إنه يمتد للقانون الإداري وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا في أكثر من مناسبة حيث قضت في القضية رقم ٥٥٨ لسنة ١٦ قضائية جلسة ٣ من مايو سنة ١٩٧٥، مجلس الدولة - المكتب الفني- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة العشرون (من أول أكتوبر سنة ١٩٧٤ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٧٥) - ص ٣٦٥: " المادة ٢٧٩ من القانون المدني وهي من الأصول العامة في الالتزامات التي تسري في مجال العقود الإدارية...." ٨٦ الطعن رقم ١١٤١٤ لسنة ٨٥ قضائية الدوائر التجارية - جلسة ١٣/٠٢/٢٠١٨.

وبالتالي يكون المجال الأوضح لتطبيق القواعد المدنية في مجال مواجهة الممارسات الاحتكارية هو الالتزامات، كقواعد المسؤولية المدنية و التقصيرية و قواعد بطلان العقود و انتقاصها، و لكن هل تتوافق تلك القواعد مع الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية؟ و بالتالي أحسن المشرع بعدم تناولها في قانون حماية المنافسة إكتفاء بالقواعد العامة، أم أن طبيعة الممارسات الاحتكارية تقتضي تناولاً مختلفاً لهذه المسائل؟ هذا ما نجيب عنه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية و الحاجة إلى التطوير

على الرغم من كون القانون المدني - بما يتضمنه من قواعد تنظيم الالتزامات القانونية، كقواعد المسؤولية المدنية و البطلان، و كذلك قواعد الإثبات- هو الشريعة العامة، إلا أننا لا يجب أن نغفل الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية، و تكمن الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية في ثلاثة أمور رئيسية:

أولاً: ضخامة الأرباح المترتبة على الممارسات الاحتكارية:

لا يمكن النظر إلى الممارسات الاحتكارية باعتبارها أخطاء عادية يتم التعويض عن الأضرار الناتجة عنها باستخدام قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، لمجرد جبر الضرر و إعطاء المضرور ما يسمى بالتعويض الكامل.

ويرجع ذلك إلى سببين، الأول: يرجع إلى دور المسؤولية المدنية في تدعيم الغرامة في تحقيق الردع، السابق إيضاحه، بالإضافة إلى دورها في تحقيق التوازن الاقتصادي للمضرور.

والثاني: ضخامة الأرباح الناتجة عن الممارسات الاحتكارية، حيث يمكن لمرتكب الممارسة أن يحقق ملايين الدولارات نتيجة هذه الممارسات و بخاصة إذا كان مرتكب الممارسة شخص ذو سيطرة على السوق، وهو ما تعجز معه الغرامات عن تحقيق الهدف منها، ما لم ترتبط مباشرة بمقدار الأرباح المحصلة من المخالفة وهو ما لم يقر به المشرع المصري؛ لذلك يجب زيادة مقدار التعويض عن مقدار الضرر، بحيث يكون التعويض الكامل هو الحد الأدنى الذي يملك القاضي إعطاءه للمضرور، بينما يمكن للقاضي مضاعفة هذا التعويض إذا ترتب على الخطأ العمدي ربح يتسم بالضخامة، وذلك من قبيل رد القصد السئ لصاحبه، وهو ما تناولته التشريعات الأجنبية

المختلفة، بمضاعفة التعويضات عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الاحتكارية، باعتبارها أحد الأخطاء المربحة و هو ما سنتناوله تفصيلا فيما بعد^{٨٧}.
ثانيا: الصعوبات التي تواجه المضرور في إثبات الخطأ:

وذلك لأن ارتكاب الممارسات الاحتكارية يتم عادة من خلال اتفاقات لا يملك أوراقها سوي المشاركين في الممارسة المحظورة، و إذا كان الجهاز يملك أن يأمر هؤلاء الأشخاص بتقديم الأوراق التي قد تحتوي على المخالفة، إلا أن القاضي المدني - و وفقا للقواعد العامة- يصعب أن يأمر مرتكب الممارسة الضارة بتقديم دليل ضد نفسه و ذلك إعمالا للقاعدة العامة " لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ".

فقد نصت المادة ٢٠ من قانون الإثبات المصري على الحالات الحصرية التي يجوز فيها أن يجبر الخصم خصمه على تقديم دليل يدينه حيث قررت: « يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده:
أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.

ب- إذا كان مشتركا بينه و بين خصمه، و يعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما و حقوقهما المتبادلة.
ج- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

و بالإضافة لذلك، يجب لكي تجيب المحكمة الخصم لذلك أن يثبت لدى المحكمة من الدلائل التي قدمها و الظروف التي أبرزها أن المحرر تحت يد خصمه و تقدير تلك الدلائل و المبررات هو نظر موضوعي متعلق بتقدير الأدلة مما تستقل به محكمة الموضوع^{٨٨}.

ونحن في ذلك نفرق بين دعاوي المسؤولية التي تستند إلى وجود أحكام جنائية بالإدانة، حيث يمكن أن يستند المضرور بسهولة للحكم ذاته وما ورد به من تحقيقات، و بين تلك التي تستند إلى ممارسة لم ينته الجهاز إلى تجريمها كما سنري لاحقا، ولا يمنع قرار الجهاز بالحفظ من توافر الخطأ المدني الموجب للمسؤولية، والتي نزي تطبيقا للاستثناء الأول من المادة ٢٠ ضرورة النص صراحة في قانون حماية المنافسة على سلطة القاضي المدني التقديرية في أن يأمر "من يري

٨٧ في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول.

٨٨ الطعن رقم ٧٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٨/٤/١٩٩٣

رجحان ارتكابه للممارسة الضارة" بأن يقدم ما يحتاجه القاضي من مستندات تحت يد المدعي عليه.

ولعل الطبيعة الخاصة للممارسة الاحتكارية هي ما دعت المفوضية الأوروبية commission of European Communities إلى التفرقة بين دعاوي المسؤولية التي لا تستند إلى قرار جهاز حماية المنافسة بحظر الممارسة الضارة، بل تستند مباشرة إلى تكييف القاضي المدني للممارسة بأنها خطأ stand-alone actions حيث يكون للقاضي أن يأمر المدعي عليه بتسليم ما لديه من أوراق، بينما في الدعاوي المستندة إلى قرار حظر للممارسة الخاطئة من هيئة حماية المنافسة follow on actions فإن الهيئة نفسها قد تطلب من مرتكب الممارسة المستندات المطلوبة لإثبات خطئه والتي يكون من المفيد إتاحتها للمضروب فيما بعد في دعوي التعويض ليستند إليها^{٨٩}.

المطلب الثاني

سلطة القضاء في إضفاء وصف الخطأ الاحتكاري على الممارسات التجارية

في بحث سلطة القاضي المدني في الحكم بالتعويض لثبوت الخطأ المدني بالمخالفة لقرارات جهاز حماية المنافسة والمحكمة الجنائية من بعدها، فإنه يجب الرجوع للقواعد العامة في هذا الشأن حيث تنص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية^{٩٠}: يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة و بوصفها القانوني و نسبتها إلى فاعلها.

و يكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، و لا تكون له هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون" كما أوضحت المادة ١٠٢ من قانون الإثبات^{٩١} " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم و كان فصله فيها ضرورياً " .

89COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، GREEN PAPER، Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 19.12.2005، COM (2005) 672 final، p.5.

٩٠ قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ المعدل في ٥ سبتمبر ٢٠٢٠ بالقانون ١٨٩ لسنة ٢٠٢٠

٩١ قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

كما قضت محكمة النقض " للحكم الجنائي حجية مطلقة على الكافة و منهم أطراف الخصومة في الدعوى المدنية ...و من ثم يمتنع على المحكمة المدنية مخالفة الحكم الجنائي بإثبات واقعة نفتها المحكمة الجنائية أو أن تنفى أمراً قضت بثبوته ما دام أن بحثها لهذه الواقعة - أو هذا الأمر - كان لازماً للفصل في الدعوى الجنائية بالإدانة أو البراءة " ٩٢ .

و وفقاً لما سبق، فإن سلطة القاضي المدني تتقيد عند تكييف الممارسة التجارية على أنها خطأ في حالتين و يسترد سلطته التقديرية في تكييف الممارسة و إضفاء وصف الخطأ في حالتين، وسوف نتناول هذه الحالات فيما يلي:

الفرع الأول: حالات تقيد سلطة القاضي المدني في تكييف الخطأ الاحتكاري.

الفرع الثاني: حالات احتفاظ القاضي المدني بسلطته التقديرية في تكييف الخطأ الاحتكاري.

الفرع الأول

حالات تقيد سلطة القاضي المدني في تكييف الخطأ الاحتكاري

ووفقاً لما سبق، فإن سلطة القاضي المدني تتقيد عند تكييف الممارسة التجارية على أنها خطأ في حالتين:

الحالة الأولى: حظر جهاز حماية المنافسة للممارسة محل البحث وإحالة مرتكبها للمحاكمة الجنائية و انتهاء المحكمة إلى قرار بالإدانة والتغريم، و ذلك لأن ثبوت توافر الخطأ الجنائي هو إثبات لتوافر وصف الخطأ بمعناه المدني الموجب للمسئولية عن دفع تعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا الخطأ، ذلك أن ارتكاب الخطأ الجنائي يدل بالتأكيد على انطواء الممارسة المخالفة على مخالفة لسلوك الشخص المعتاد، وقد أوضحت المفوضية الأوروبية *commission of europesn communities* في رأيها الموجه للدول الاعضاء أنه لتخفيف عبء الإثبات عن المضرور يعد ثبوت المخالفة الجنائية موجبا لثبوت الخطأ المدني الموجب للتعويض^{٩٣}.

٩٢ الطعن رقم ١٤٢٩٧ لسنة ٧٦ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/١/١٨.
93COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، GREEN PAPER، Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 19.12.2005، COM (2005) 672 final، p.6.

بل ولو أن دعوي المسؤولية المدنية عن أحد الممارسات الاحتكارية قد عرضت علي القاضي المدني قبل صدور حكم جنائي في ذات الواقعة، فإنه يجب علي القاضي المدني وقف الدعوي المدني انتظاراً لصدور الحكم الجنائي. و قد قضت محكمة النقض في ذلك أن "النص في المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية يدل وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض على أن المشرع ارتأى كنتيجة لازمة لمبدأ تقييد القاضي المدني بالحكم الجنائي في الموضوع المشترك بين الدعويين، أنه يتعين على المحكمة المدنية وقف الدعوي أمامها انتظاراً للحكم الجنائي الصادر في الدعوي الجنائية، ذلك أن حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية لا تقتصر على ركن الخطأ وحده و إنما تشمل على مقتضى المادتين ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية، ١٠٢ من قانون الإثبات و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ما فصل فيه الحكم فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل، ونسبته إلى فاعله؛ و ذلك تقادياً لصدور حكمين مختلفين عن ذات الواقعة من محكمة جنائية و أخرى مدنية طالما توافرت وحدة السبب بينهما"^{٩٤}.

أما الحالة الثانية: فهي حالة البراءة لانتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة، فإذا أصدرت المحكمة الجنائية حكمها ببراءة المدعي عليه كانت المحكمة المدنية - وفقاً للمادة ٤٥٦- ملتزمة بحجية هذا الحكم الجنائي بصورة مطلقة إذا بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، و هو ما أكدته محكمة النقض، حيث يلتزم القاضي المدني بالحكم بالبراءة من المحكمة الجنائية إذا "أسست قضاءها في ذلك على أن التهمة محوطة بالشك، مما مفاده أن الحكم بالبراءة بني على عدم كفاية الأدلة"^{٩٥}، فلا يكون للقاضي المدني الإقرار بتوافر وصف الخطأ و نسبة لذات المدعي عليه في الدعوي محل الحكم الجنائي.

الفرع الثاني

حالات تمتع القاضي المدني بسلطه تقديرية في تكيف الخطأ الاحتكاري

بناء على ما سبق، فإن القاضي المدني يحتفظ بسلطته التقديرية في بحث مدي توافر وصف الخطأ في الممارسة التجارية وفقاً للمادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية في حالتين

٩٤ الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ٦٨ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٠/٣/١٧.
٩٥ الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٢١ ق، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣.

هما: البراءة استنادا إلى عدم التجريم و كذلك في حاله عدم إحالة مرتكب الممارسة إلى المحاكمة من الأساس.

أولاً: الحكم بالبراءة استنادا إلى عدم تجريم الممارسة:

ذلك أنه وفقاً للمادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية و وفقاً لما استقرت عليه محكمة النقض^{٩٦} " إن الحكم الجنائي الصادر بالبراءة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون - سواء كان ذلك لانقضاء القصد الجنائي أو لسبب آخر - فطبقاً لصريح نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية لا تكون له قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية، و بالتالي فإنه لا يمنع تلك المحاكم من البحث فيما إذا كان هذا الفعل - مع تجرده من صفة الجريمة- قد نشأ عنه ضرر يصح أن يكون أساساً للتعويض أم لا".

ذلك أن الخطأ المدني - الذي يثير مسئولية مرتكبه عن تعويض الأضرار المترتبة عليه- لا يلزم أن يصل إلى حد السلوك المجرم بالقانون، بل يكفي أن يري القاضي في سلوك المسئول مخالفة لسلوك الشخص المعتاد في ذات الظروف الخارجية^{٩٧}، و هو ما تؤكد محكمة النقض، حيث من المستقر عليه أن " الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليه في المادة ١٦٣ من التقنين المدني هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف، و ما يقتضيه من يقظة و تبصر حتى لا يضر بالغير، و الانحراف في السلوك قد يقع من الشخص و هو يأتي رخصة، و قد يقع منه و هو يستعمل حقا و يخرج عن حدود كل منهما، و يكون أيضاً في التعسف في استعمال الحق، أى بانقضاء كل مصلحة في استعماله " ^{٩٨}.

ثانياً: عدم تحريك الدعوى الجنائية ضد مرتكب الممارسة الضارة :

ذلك إما لعدم عرض الممارسة على جهاز حماية المنافسة ابتداء أو لعرضها عليه و انتهاء الجهاز إلى قرار بالحفظ دون إحالة مرتكب الممارسة للمحاكمة.

١- الفصل في الممارسات التي لم تعرض على جهاز حماية المنافسة:

٩٦ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٢ جلسة ١٠-٠٣-١٩٦٦. وبذات المعني قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١١٩ لسنة ٣٩ ق، جلسة ٣٠/٤/١٩٧٤.

٩٧ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، نسخة منقحة بواسطة المستشار أحمد مدحت المراغي، ٢٠٠٧، مشروع مكتبة المحامي، ص ٦٦٠.

٩٨ الطعن رقم ٧٨٧٦ لسنة ٧٦ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ٥/١٢/٢٠١٦.

كان قانون حماية المنافسة قد نص في المادة ١/٢١ على أنه " لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها بالنسبة إلى الأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون إلا بطلب كتابي من رئيس مجلس إدارة... " و هو ما قرره اللائحة التنفيذية في المادة ٢٨^{٩٩} و بصريح نص المواد السابقة، يقتصر دور الجهاز على اتخاذ قرار تحريك الدعوى الجنائية أو بدء اتخاذ القرار فيها^{١٠٠}، و لا يمتد للدعوى المدنية الخاصة ببطلان الاتفاقات الضارة، و لا دعوى المسؤولية عن الأضرار التي قد تسببها هذه الممارسات، حيث يبقى للمضروور سلطته في اللجوء إلي القضاء المدني للمطالبة بذلك، و لو أراد المشرع تقييد القاضي المدني بما ينتهي إليه الجهاز لنص على ذلك صراحة، باعتباره خروجاً على الأصل العام.

وهو ما أكده جهاز حماية المنافسة، حيث أقر الحكم الصادر من المحكمة الاقتصادية - والذي تصدت فيه المحكمة بالفحص بناء على طلب مباشر من المدعي دون إحالة من الجهاز - و ذلك في الحكم الصادر من المحكمة الاقتصادية بالقاهرة بتاريخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٨ في الدعوى المدنية رقم ٢٤٣ لسنة ٢٠١٨ المقامة من الشركة الشاكية ضد الشركة المشكو في حقها^{١٠١}، والذي تصدت فيه المحكمة الاقتصادية لبحث مدى توافر عناصر المخالفة الواردة في المادة ٨ وانتهت إلى رفض الدعوى لعدم ثبوت الممارسة الضارة.

وقد أكدت المفوضية الأوروبية Commission of European Communities^{١٠٢} على عدم لزوم قرار الأجهزة القائمة على حماية المنافسة بحظر الممارسة حتى يمكن اعتبارها خطأ

٩٩ حيث جعلت تحريك الدعوى أو اتخاذ إجراءات فيها من سلطة رئيس مجلس إدارة الجهاز حيث نصت: " يختص رئيس مجلس الإدارة بما يأتي: (و) الطلب كتابة، بناء على موافقة أغلبية أعضاء المجلس، بتحريك الدعوى الجنائية أو إتخاذ إجراءات بالنسبة لأي من الأفعال المخالفة للقانون " وهو ذات القيد الذي نص عليه القانون الاتحادي الذي اعطي ذات السلطة الحصرية لوزير الاقتصاد في المادة ٢٦ منه.

١٠٠ انظر ايضا مراحل التقاضي الموضحة في التقرير السنوي لجهاز حماية المنافسة ٢٠١٨ - ٢٠١٩ ص ١٧ فيما يتعلق بالمرحلة التالية لتقديم الشكوي والتأكد من جديتها أو إحالتها من الجهاز المختص. ١٠١ إحدى شركات بيع المنتجات البترولية ضد شركة لتجارة المواد البترولية، تتضرر فيها من قيام الأخيرة باستغلال وضعها المسيطر بالسوق والتميز بين المتقدمين لإحدى المزايدات على محطة وقود في مدخل مدينة الشروق وإرساؤها على شركة أخرى لأسباب خاطئة مما يضر بالمنافسة وبها. للمزيد من التفاصيل أنظر التقرير السنوي، جهاز حماية المنافسة ٢٠١٨ - ٢٠١٩، ص ٢٢.

102 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، GREEN PAPER، Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 19.12.2005، COM (2005) 672 final ، p٤

يمكن التعويض عنه، و بالتالي يترك الأمر للقضاء حيث قسمت قضايا المسؤولية المدنية إلى نوعين، الأول: أن تكون معتمدة على صدور قرار بالتجريم من الجهاز المختص بحماية المنافسة follow on actions و الثاني: أن تكون قضايا مستقلة stand-alone actions و هي القضايا التي لا تبني على استنتاج مسبق من سلطة المنافسة بشأن انتهاك لقانون المنافسة، و بالتالي يترك الأمر في تقريرها للقضاء.

٢- مخالفة القضاء المدني لقرارات الجهاز بالحفظ:

يحدث في بعض الحالات أن تعرض شكوى ضد مرتكب أحد الممارسات التجارية التي يري الشاكي أن المشكو في حقه قد تسبب في الإضرار به و بالمنافسة ككل بارتكابه لهذا الممارسة ثم يأتي قرار الجهاز بحفظ هذه الشكوي و عدم تحريك الدعوي الجنائية ضد مرتكب هذه الممارسة. و يثور التساؤل: ماذا لو رفع المضرور دعوي لمطالبة مرتكب الممارسة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء ارتكابها، فهل يملك القاضي المدني إقرار ارتكاب المدعي عليه لخطأ يوجب مسؤوليته عن الأضرار التي أصابت المدعي؟

ويري بعض الفقه^{١٠٣} أن القاضي المدني لا تنقيد سلطته في ذلك بما انتهى إليه الجهاز من قرار بالحفظ، فالقاضي يتمتع بكامل الاستقلالية تجاه قرارات جهاز حماية المنافسة. والحقيقة أننا نؤيد هذا الرأي، حيث نفرق بين حجبة الأحكام الجنائية الصادرة من المحكمة و حجبة القرارات الصادرة من جهاز المنافسة، فبينما يكون للأولي حجبة على النحو السابق إيضاحه، فإن قرارات الجهاز لا تملك أية حجبة ملزمة للقضاء المدني، ذلك أن سلطات الجهاز لا تشمل إصدار الأحكام الجنائية بل تقتصر على إعداد تقارير عن الممارسات المنظورة، لتنتهي إما بالحفظ، أو اتخاذ التدابير الإدارية، و الإحالة إلى المحاكمة، و أخيرا عرض التصالح وفقا للمادة ٢١ فقرة أ.

وفي ذلك قررت محكمة النقض أنه "لئن كان الحكم الجنائي يقيد القضاء المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، إلا أن هذه الحجبة لا تثبت - على ما يستفاد من نص المادة ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية والمادة ٤٠٦ من القانون المدني - إلا للأحكام النهائية

١٠٣ هناع قماري، دليلة هداهدية، دعوي المنافسة غير المشروعة، ٢٠١٤، ص ٧١.

الفاصلة في موضوع الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر و القرارات الصادرة من سلطات التحقيق؛ لأن هذه القرارات لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة، و إنما تفصل في توفر أو عدم توفر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها، و من ثم فلا تكتسب تلك القرارات أية حجية أمام القاضى المدنى و يكون له أن يقضى بتوفر الدليل على وقوع الجريمة أو على نسبتها إلى المتهم على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق " ١٠٤ .

يؤيد ذلك ما يحدث واقعا من حفظ الجهاز لبعض الشكاوى رغم وضوح مخالفة الممارسة المرتكبه بها لقانون حماية المنافسة.

ونجد ذلك - على سبيل المثال- في بعض الشكاوى التي انصبت على ممارسات رأسية ضارة بالمنافسة، وعلى الرغم من عمومية الحظر الوارد في المادة ٧ ليشمل كل الانتفاقات الرأسية الضارة بالمنافسة التي من شأنها الحد من المنافسة، مثل إرغام العميل على عدم التعامل مع منشأة منافسة أو تعليق إبرام عقد أو اتفاق بيع أو شراء لسلع أو خدمات على شرط قبول التزامات للتعامل بشأن سلع أو خدمات أخرى تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري غير مرتبطة بمحل التعامل الاصيلي أو الاتفاق.

إلا أن جهاز حماية المنافسة يبتعد عن تطبيق هذا الحظر عند لجوء العملاء أو الموردين إليه للشكوي من الأشخاص التجارية في اتفاقهم شرطا يعد في حد ذاته ضارا لحريته التجارية، و يطبق الجهاز بدلا من ذلك الممارسات الحصرية الواردة في كل من المادة ٦، ٨ مما يؤدي بالجهاز إلى رفض الشكوي الواردة إليه أحيانا رغم وضوح المخالفة بها، و من ذلك الشكوي المقدمة إلى الجهاز من أحد مالكي محطات البنزين ضد شركة مواد بترولية، لقيام الشركة المشكو في حقها بربط توريد المواد البترولية من بنزين و سولار بسحب كميات محددة من الزيوت، حيث لم يلجأ الجهاز إلى تطبيق المادة ٧ من القانون على الرغم من أن العلاقة بين شركة البترول و محطة البنزين هي علاقة رأسية واضحة بين الشركه و أحد عملائها، و بدلا من ذلك حاول الجهاز تطبيق المادة

١٠٤ الطعن رقم ٢٨٠ سنة ٣٢ ق، جلسة ٢٨/٤/١٩٦٦. و في ذات المعني قررت محكمة النقض في الطعن رقم جلسة ٣٠-١٢-١٩٧٢، وكذلك الطعن رقم ٤٨٦١ لسنة ٦١ القضائية، جلسة ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٩٧.

٨ ؛ مما أدى إلى حفظ الجهاز للبلاغ ليس لانتفاء الأثر الضار لهذه الممارسة بل لانتفاء توافر صفة السيطرة للشركة^{١٠٥}.

ومن ذلك أيضا ما حدث لدي فحص الجهاز لمدي ارتكاب شركة حديد عز لأحد الممارسات الاحتكارية برفع الاسعار، فتعرض جهاز حماية المنافسة لمفهوم المركز المسيطر في تقريره حول أسباب ارتفاع أسعار حديد التسليح، فعلى الرغم من تحقق ارتفاع الأسعار و إيضاح التقرير لتوافر الشروط الثلاثة اللازمة لاعتبار مجموعة العز في مركز مسيطر؛ و هي زيادة حصة المشروع على ٢٥% من السوق المعنية، و قدرته على إحداث تأثير فعال في أسعار المنتجات أو حجم المعروض منها، و أخيراً عدم قدرة المشروعات المنافسة على الحد من التأثير الفعال للمشروع المعنى لقلّة عددها و صغر حجمها، إلا أن الجهاز انتهى إلى عدم وجود أية مخالفة للمادة ٨ من قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية^{١٠٦}.

ونزي في الحالات السابقة أنه لا يجب أن يتحمل المضرور تطبيق جهاز حماية المنافسة الخاطئ للقانون، و لا يتقيد القاضي المدني بهذا التطبيق الخاطيء بل يكون من صميم واجب القاضي الحكم بتكليف الممارسة المخالفة أنها خطأ و إقراره تعويضا يكفل جبر ما أصاب المدعي من أضرار نتيجة هذه الممارسة، فهذا التكليف من مسائل القانون، حيث يخضع القاضي في تكليفه لسلك ما على أنه خطأ لرقابة محكمة النقض، حيث قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٩٧٢١ لسنة ٧٨ قضائية بأنه من " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن تكليف الفعل بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه من المسائل التي يخضع فيها قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض، التي تمتد إلى تقدير الوقائع فيما تستلزمه من التحقق من صحة استخلاص الخطأ من تلك الوقائع و الظروف التي كان لها أثر في تقدير الخطأ و استخلاصه"^{١٠٧}.

ويتعين علي القاضي المدني،- و من أجل الحكم بالتعويض للمضرور- أن يقوم بتكليف الوقائع المطروحة عليه وما إذا كانت هذه الوقائع تشكل فعلا ممارسة مقيدة للمنافسة، ويتم هذا

١٠٥ جهاز حماية المنافسة، التقرير السنوي ٢٠١٨ - ٢٠١٩، ص ٢٣.

١٠٦ د.أسامه فتحى عبادة يوسف، النظام القانونى لعمليات التركز الاقتصادى في قانون المنافسة، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، دار الفكر و القانون، الطبعة الأولى ٢٠١٤، ص ٣١٩ وما بعدها.

١٠٧ الطعن رقم ٩٧٢١ لسنة ٧٨ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ١٨/٠١/٢٠١٧، وفي ذات المعنى الطعن رقم ٣٦٥٤ لسنة ٧١ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ٢٥/٣/٢٠١٤.

التكيف وفقا لقواعد قانون المنافسة باعتباره القانون الذي يعترف بهذه الممارسات، كما يقوم بدراسة الأسواق التي تمت بها الوقائع^{١٠٨}.

وأخيرا فإننا نشير إلى أنه وفقا لقانون المحكمة الاقتصادية " مادة ٦ / ١١ " تختص المحاكم الاقتصادية بالدعاوي الناتجة عن قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، كما أقرت المادة ٩ من ذات القانون - وهو ما يوافق القواعد العامة - أنه للمحكمة " أن تستعين برأي من تراه من الخبراء المتخصصين المقدمين في الجداول التي تعد لذلك بوزارة العدل، ويتم القيد في هذه الجداول بقرار من وزير العدل بناء على الطلبات التي تقدم من راغبي القيد أو ممن ترشحهم الغرف والاتحادات و الجمعيات وغيرها من المنظمات المعنية بشئون المال و التجارة و الصناعة" وبالتالي فإنه يكون للمحكمة أن تستعين بخبير لتقدير توافر عناصر احتكارية الممارسة ويمكن لجهاز حماية المنافسة المساهمة بترشيح من تراه جديرا بذلك؛ ليكون عوناً للقاضي في مهمته.

المبحث الثاني

عناصر المسؤولية المدنية عن الممارسات الاحتكارية

تهدف المسؤولية المدنية إلى جبر الضرر الذي يصيب المضرور، وذلك غالبا ما يكون بالتعويض النقدي كما قد يكون بالتعويض العيني، كإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل الضار^{١٠٩}.

والحقيقة أنه على الرغم من أهمية المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الاحتكارية فإننا نجد ندرة في الكتابات الفقهية حول المسؤولية المدنية عن الممارسات الاحتكارية كما نجد ندرة في قضايا التعويض المعروضة على القضاء المصري وكذلك قضايا المسؤولية المدنية المعروضة على القضاء الفرنسي^{١١٠}، وذلك على العكس من النظام الأمريكي الذي يظهر

١٠٨ هناء قماري، *دليلة هداهدية*، دعوي المنافسة غير المشروعة، ٢٠١٤، ص ٧١.
١٠٩ ويلاحظ أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى نوعين عقديّة وتقديرية وبينما يشكل التعويض النقدي لا التعويض العيني الوضع الغالب في المسؤولية التقديرية بشكل التنفيذ العيني الاصل في المسؤولية العقدية بينما يأتي التعويض النقدي أو التنفيذ بمقابل. وقد تعددت أحكام النقض في هذا الشأن منها الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ ق، جلسة ١٤ - ٤ - ١٩٥٥، الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ٢٠ - ١٢ - ١٩٨٧، والطعن رقم ٧٢١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٨ - ٢ - ١٩٨٧.

110 Bruno DEFFAINS، VERS UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT DE LA CONCURRENCE، Revue d'économie industrielle، 131 | 3e trimestre 2010، pg.3.

فيه الكثير من قضايا المسؤولية عن الممارسات الاحتكارية، والتي يصل فيها الأمر مع التعويض الثلاثي إلى تقييد الممارسات التجارية¹¹¹، حيث أن دعاوي المسؤولية المدنية تمثل للحصول على التعويض الثلاثي تمثل الجزء الكبر من الدعاوي الموجهة ضد الممارسات الاحتكارية¹¹²، وكذلك نجد الكثير من القضايا التي تناولها الاتحاد الأوروبي و إن سيطر على الجزء الأكبر منها الشركات الكبرى¹¹³، والحقيقة أن رفع دعاوي المسؤولية المدنية عن أضرار الممارسات الاحتكارية مهم للغاية، وهو ما أكدته الفقه¹¹⁴ والقضاء، حيث جاء في قضية *Courage Ltd. v. Bernard*¹¹⁵ أن هذه الدعاوي تعد وسيلة لتحقيق فاعلية أكبر لقانون المنافسة، كما اعتبرت¹¹⁶ المفوضية الأوروبية *commission of the European communities* المسؤولية المدنية – بعد ذاتها – آلية جبر *enforcement system* توفر احترام قواعد حماية المنافسة¹¹⁷.

كما أكدت المفوضية على أهمية ضمان الحق الكامل لكل من يصيبه ضرر من ممارسة ضارة بالمنافسة في الحصول على التعويض عن هذا الضرر، إلا أنها أوضحت أن هذا الحق ما يزال في حاجة للمزيد من التركيز، حيث تقتصر التعويضات الناتجة عن الممارسات الاحتكارية على عدة مليارات فقط وهو مبلغ ضئيل مقارنة بحجم التجارة بالاتحاد¹¹⁸، وأضافت المفوضية أنه على الرغم من أهمية التعويض عن الأضرار لكفائة حماية المنافسة، إلا أن قوانين دول الاتحاد

111 C.Douglas Floyd، *Antitrust Victims without Antitrust Remedies: The Narrowing of Standing in Private Antitrust Actions*، *Minnesota Law Review*، 1997، p 5، 6.

112 Editorial note، *Michigan Law Review*، *Employee Standing Under Section 4 of the Clayton Act*، 1983، vol 81، issue 8، p3.

113 Zygimantas Juska، *The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation*، November 2017، *springer*، p 64.

114 Franklin M. FISHER، *Economic Analysis and Antitrust Damages*، *law an Economics review*، 2006، p 381.

115 Case C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297.

116 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، *GREEN PAPER*، *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*، Brussels، 19.12.2005، COM (2005) 672 final، p3.

117 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، *WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*، Brussels، 2.4.2008 COM (2008) 165 final، p.2.

الأوروبي تحتاج إلى تطوير كامل "total underdevelopment" فيما يتعلق بقواعد المسؤولية المدنية^{١١٨}.

ويري البعض^{١١٩} أن المشرع المصري قد نص صراحة على قيام المسؤولية المدنية عن الممارسات الاحتكارية إلى جانب غيرها من الجزاءات حيث نصت المادة (٢٠) على سلطة جهاز حماية المنافسة بتكليف المخالف تعديل أوضاعه و إصدار قرار بوقف الممارسات التي تكون في ظاهرها مخالفة و أن " ذلك كله دون الإخلال بأحكام المسؤولية الناشئة عن هذه المخالفات.

وقد استخدم المشرع لفظ المسؤولية بصفة عامة، مما يشمل المسؤولية الجنائية كما يشمل المسؤولية المدنية، بالإضافة إلى ذلك، نص المشرع على التضامن في دفع التعويضات بين الشخص الاعتباري و مرتكب الممارسة المخالفة إذا كان أحد العاملين به بموجب المادة ٢٥ / ٢.

وكان القانون الإماراتي لمنع المنافسة أكثر وضوحاً، حيث نصت المادة ٢٣ في الفقرة الثانية على أنه "لا يخل توقيع العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون بحق المضرور في اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض الناجم عن الضرر من مخالفة أي حكم من أحكام هذا القانون"^{١٢٠}.

أما في القانون الأمريكي فنجد المادة ١٥ من قانون كلايتون Clayton Act تنص صراحة على حق كل من أصابه ضرر في ماله أو أعماله نتيجة أي انتهاك لقوانين الاحتكار في تحريك دعوي المسؤولية المدنية ضد مرتكب الممارسة الضارة - وذلك بالطبع في حال توافرت عناصر قيام المسؤولية- وقد أعطت هذه المادة الحق للمضرور في الحصول على ثلاثة أضعاف المبلغ الموازي للضرر، ولم يكتف بقصر التعويض على المقدار اللازم لجبر الضرر وفقاً للقواعد العامة^{١٢١}.

118 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، GREEN PAPER، Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 19.12.2005، COM (2005) 672 final، p٤.

١١٩ جند بنت نبيل القدسي، إساءة استعمال المشروع لمركز المهيمن، مرجع سابق، ص ٥٤. و كذلك القانون الجزائري، حيث تناولت المادة ٤٨ من الأمر ٠٣-٠٣ صراحة مسألة التعويض بنصها التالي: "يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي - يعتبر نفسه متضرراً من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام هذا الأمر- أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به".

121 Sec. 15. "... any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws ... shall recover threefold the damages by him sustained، and the cost of suit، including a reasonable attorney's fee."

كذلك فإن قانون لجنة التجارة الفيدرالية الأمريكي federal trade commission act و الخاص بمحاربة الممارسات غير العادلة و المضللة - كما سبق أن أوضحنا- قد حدد للقاضي معايير لتحديد مقدار التعويض المدني الذي يدفعه مرتكبو الممارسة المخالفة، و الذي لا يعتمد فقط على مقدار الضرر المتحقق من الممارسة، بل يجب - عند تحديد مقدار هذه العقوبة المدنية- أن تأخذ المحكمة بعين الاعتبار حساب درجة الخطأ، أي تاريخ سابق لهذا السلوك، و القدرة على الدفع، و التأثير على القدرة على الاستمرار في القيام بالأعمال، و المسائل الأخرى التي قد تتطلبها العدالة¹²².

والحقيقة أنه لا حاجة لنص صريح يسمح أو يقرر قيام المسؤولية المدنية عن الممارسات الاحتكارية أو غيرها من الممارسات الضارة التي نص القانون على منعها، و ذلك لعمومية انطباق قواعد المسؤولية المدنية فيما لم يرد فيه نص في القوانين الخاصة كما سبق أن أوضحنا سابقاً. و يجب لقيام المسؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن الممارسات الاحتكارية، توافر أركان ثلاثة وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية، ونظراً لعدم خروج رابطة السببية في المسؤولية عن الممارسات الضارة بالمنافسة عن القواعد العامة حيث يشترط فيها السبب المباشر¹²³ proximate-cause فسوف نكتفي بتناول عنصر الخطأ والضرر ثم نتناول طبيعة التعويض المترتب على ثبوت تلك المسؤولية و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: توافر وصف الخطأ الضار في الممارسة التجارية.

المطلب الثاني: الضرر والتعويض عنه.

المطلب الأول

توافر وصف الخطأ الضار بالمنافسة في الممارسة التجارية

لا قيام للمسؤولية المدنية عن الخطأ الشخصي بدون إثبات ركن الخطأ، أي إثبات قيام المدعي عليه بممارسة مستوفية لعناصر المخالفة والإضرار بالمنافسة، ولا خلاف في ذلك بين

122 Section 45 “.... (m)... (1) ... (C)... In determining the amount of such a civil penalty, the court shall take into account the degree of culpability, any history of prior such conduct, ability to pay, effect on ability to continue to do business, and such other matters as justice may require.”

123 C.Douglas Floyd, Antitrust Victims without Antitrust Remedies, Minnesota Law Review, 1997, p. 22.

القوانين المختلفة، و هو ما أكدته توجيهات الاتحاد الأوروبي و منها التوجيه الخاص بالتعويض عن الممارسات الاحتكارية¹²⁴ Antitrust Damages Directive في الفقرة الثالثة.
كما أكدته المحاكم الأمريكية، و من ذلك حكمها Brunwick Corp. v. Pueblo Bowl-¹²⁵ حيث اشترطت المحكمة للحكم بالتعويض أن يوضح المدعي أن الضرر الذي أصابه هو من النوع الذي تمنعه قوانين منع الاحتكار، و أن هذا الضرر ينشأ من أخطاء المدعي غير المشروعة.

ويكون ركن الخطأ ثابتا إذا ثبت ارتكاب المدعي عليه للممارسة المخالفة بحكم جنائي؛ لأن كل فعل يمثل مخالفة جنائية، و لو كانت جنحة يعد - قطعا- خروجا عن سلوك الشخص المعتاد، و بالتالي يمثل خطأ موجبا للمسئولية عن الأضرار الناتجة عنه.

وقد أكدت المفوضية الأوروبية Commission Of The European Communities، أن الخطأ المدني يكون مفترضا بمجرد ثبوت المخالفة الضارة بالمنافسة بقرار الجهاز، فإن لم يثبت هذا القرار يتحمل المضرور عبء إثبات مخالفة الممارسة للقانون حتى تثبت مسئولية مرتكب الممارسة عن الأضرار¹²⁶.

وكما تري المفوضية الأوروبية تزداد الصعوبة في إثبات قيام المسئولية عن الممارسات الضارة بالمنافسة في سلطة مرتكب الفعل الممارسة الضارة في إخفاء المستندات المؤيدة لوقوع الممارسة الضارة وكذلك تلك التي توضح التعامل معه قبل و بعض ارتكاب هذه الممارسة وهو ما دعاها إلى التأكيد على دور القضاء الدقيق في مطالبة المدعي عليه بالكشف عن المستندات المؤيدة للممارسة، وما نتج عنها¹²⁷، وهو ما أكدته مرة أخرى في تقرير آخر، خاصة في دعاوي المسئولية التي لا تستند إلى قرار جهاز حماية المنافسة بحظر الممارسة الضارة بل تستند مباشرة

124 DIRECTIVE 2014/104/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 November 2014

125 Brunwick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.، 429 US 477، 489 (1977)

126 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 2.4.2008 COM (2008) 165 final، p.8

127 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 2.4.2008 COM (2008) 165 final ،p.4.

إلى تكييف القاضي المدني للممارسة بأنها خطأ stand-alone actions بينما في الدعاوي المستندة إلى قرار حظر للممارسة الخاطئة من هيئة حماية follow on actions فإن الهيئة نفسها قد تطلب من مرتكب الممارسة المستندات المطلوبة لإثبات خطئه، و التي يكون من المفيد إتاحتها للمضروب فيما بعد في دعوي التعويض ليستند إليها^{١٢٨}.

بحيث يعد رفض المدعي عليه تقديم المستندات المطلوبة قرينة على حقيقة ما ادعي المضروب أنه جاء فيها، و يكون له تأثير على الحكم النهائي، آخذاً في الاعتبار هذا الرفض^{١٢٩}. إلا أنه حتى في المحاكم الأوروبية فإن قيام القاضي بأمر المدعي عليه بالإفصاح عما قد يساهم في إدانته من مستندات ليس أمر واجباً على القاضي، بل يظل داخل إطار السلطة التقديرية للقاضي، حيث قرر في دعوي Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt^{١٣٠} أنه في غياب قواعد ملزمة خاصة بالإفصاح فإن الأمر يترك للقاضي في المحاكم الوطنية في الاتحاد ليوافق بين الاعتبارات المختلفة و يقضي تبعاً لذلك بالإفصاح أولاً.

ونود أن نشير هنا إلى أن هذا المطلب يقتصر على بحث صعوبات إثبات الخطأ في ارتكاب الممارسة الضارة في حالة عدم إقرار المحكمة لارتكاب الممارسة الاحتكارية المخالفة؛ لسهولة ثبوت ركن الخطأ في هذه الحالة.

ونتناول في هذا المطلب الصعوبات التي تواجه ثبوت وصف الخطأ في حالة ارتكاب أي من الممارسات الاحتكارية المجرمة، و ذلك في الفرع الأول، بينما نتناول في الفرع الثاني حماية المنافسة من الأخطاء الاحتكارية غير المجرمة و الضارة بالمنافسة وفقاً للقاعدة العامة الواردة بالمادة ١ من قانون حماية المنافسة المصري.

وينقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: صعوبات الإقرار بتوافر الخطأ في الممارسات الاحتكارية المجرمة.

الفرع الثاني: إضفاء وصف الخطأ المدني على الممارسات الاحتكارية غير المجرمة.

128 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, GREEN PAPER, Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672 final, p.5.

129 Ibid.p.6.

130 Case C-360/09 Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt [2011] ECR I-05161.

الفرع الأول

صعوبات الإقرار بتوافر الخطأ في الممارسات الاحتكارية المجرمة

سبق أن أوضحنا أن الممارسات الاحتكارية و التي تنقسم لنوعين: أولهما الممارسات المجرمة أيما كان مرتكبها، وهي تلك الواردة في كل من المادة ٦ والمادة ٧ من القانون المصري، وثانيهما الممارسات التي يمارسها من يملك السيطرة على السوق المعنية، وهي الممارسات الواردة في المادة ٨. وسوف نتناول فيما يلي توافر صعوبات وصف الخطأ في كل من النوعين، ثم نتناول الاندماج أو التركيز بشكل عام و مدي اعتباره خطأ مكونا لممارسة ضارة بالمنافسة بحد ذاتها.

أولاً: الممارسات الاحتكارية المجرمة بذاتها:

هي الاتفاقات المحظورة دون اشتراط توافر صفه السيطرة فيمن يرتكبها، وبالرجوع إلى القانون المصري نجد أن هذه الممارسات الممنوعة قد تكون أفقيه - محظورة بالمادة ٦- وهي الاتفاقات التي تقع بين المشروعات المعنية في نفس مستوى الإنتاج أو التوزيع و التي تنتج سلعاً متجانسة^{١٣١} كما قد تكون رأسية- محظورة بالمادة ٧- بين منتج و أحد مورديه وعملائه، ومن أمثلة هذه الاتفاقات الرأسية: اشتراط التعامل بصفة حصرية مما يمنع الموزعين من تسويق المنتجات، تقييد المبيعات، بحيث يصبح شراء أحد المنتجات مشروطاً بشراء منتج آخر يحمل نفس علامة المنتج الأول فيما يعرف بسياسة "التحميل" عند البيع^{١٣٢}.

وتقل صعوبات تقرير توافر وصف الخطأ في الممارسات الاحتكارية الأفقية المجرمة بذاتها في القانون؛ وذلك لأن نص المشرع المصري في المادة ٦ على الممارسات المجرمة حصراً، وذلك وإن كان مخالفاً للأصل في تجريم الممارسات الاحتكارية على سبيل المثال في القوانين المختلفة- كما سنري في الفرع الثاني، إلا أنه يسهل على القاضي التأكد من توافر الخطأ، فبمجرد توافر عناصر التجريم الواردة في النص تعد الممارسة خطأ مدنيا بالتبعية.

١٣١ الإء يحي عبد الحميد، الممارسات الاحتكارية الناتجة عن التركيز، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ٦٨،٦٩.

١٣٢ د. سيد طه بدوي، التشريعات الاقتصادية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، دار النهضة العربية، ط٢، ٢٠٠٥، ص٢٧. مشار إليه في الإء يحي عبد الحميد، الممارسات الاحتكارية الناتجة عن التركيز، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٧٣.

ولكن، نجد الصعوبة في تحديد الممارسات الرأسية المجرمة بذاتها في المادة ٧، و التي وضع لها المشرع شرطين فقط، و هما أن تكون لممارسة رأسية بين الشخص و أحد العملاء أو الموردين، و أن ينتج عن هذه الممارسة إضرار بالمنافسة، و ذلك بوجه عام دون تحديد لأنواع الممارسات الضارة.

يزيد من ذلك عدم لجوء الجهاز لتطبيق هذه المادة و لو توافرت شروطها بالكامل صراحة، و قد ظهر هذا القصور فيما قرره الجهاز في الشكوي المقدمة من أحد الملاك ضد الشركة المالكة - وهي بحسب الأصل ممارسة رأسية يمكن تطبيق المادة ٧ عليها- لأحد المنتجات السياحية ب" العين السخنة" حيث انتهى مجلس إدارة الجهاز بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢ أكتوبر ٢٠١٨ إلى حفظ موضوع البلاغ؛ لعدم ثبوت قيام الشركة بمخالفة أحكام المادة ٨ من قانون حماية المنافسة، و ذلك لم يكن راجعا لعدم ارتكاب الشركة للممارسة الضارة بالمنافسة، بل لعدم ثبوت تمتعها بوضع مسيطر، وفقا للمادة ٤ من قانون حماية المنافسة^{١٣٣}.

وكذلك الشكوي الواردة إليه بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٨ المقدمة من مالك محطة وقود بمحافظة المنيا ضد شركة مواد بترولية - و هي أيضا تدخل في نطاق الممارسة الرأسية التي يمكن تطبيق المادة ٧ عليها- يتضرر فيها من قيام الشركة المشكو في حقها بربط توريد المواد البترولية من بنزين و سولار بسحب كميات محددة من الزيوت، حفظ الشكوي ليس لأنها لم تشكل إضرارا بالمنافسة، بل لأن مرتكب الواقعة لم تتوافر فيه أحد العناصر التي حددها القانون، و هو عنصر السيطرة، و ذلك لتطبيق الجهاز المادة ٨ بدلا من المادة ٧ واجبة التطبيق^{١٣٤}.

ثانيا: الممارسات المجرمة لارتكابها من شخص مسيطر:

نتناول في هذا الجزء الصعوبات التي تواجه القضاء المدني في إضفاء وصف الخطأ على الممارسات التجارية المجرمة، و نقصد بذلك: الصعوبات التي تواجه القضاء لبحث مدي احتكارية الممارسة التجارية تمهيدا لإقرار توافر وصف الخطأ بها تمهيدا للحكم بمسئولية مرتكبها عن الأضرار المترتبة عليها للغير، و ذلك في حالة إذا كانت الممارسة لم تعرض على الجهاز و انتهى فيها إلى التجريم.

١٣٣ جهاز حماية المنافسة، التقرير السنوي ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢٠.

١٣٤ جهاز حماية المنافسة، التقرير السنوي ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢٣.

١- صعوبة تحديد توافر صفة السيطرة كخطوة أولية لتوافر الخطأ :

جاءت المادة ٨ لتحظر بعض الممارسات فقط إذا تم ارتكابها من الأشخاص ذوي السيطرة على السوق المعنية، وبالتالي ربط القانون تجريم الممارسات الواردة في المادة بأن يتم ارتكابها ممن تكون له السيطرة على سوق معينة.

كما حظرت المادة 2-420 L من القانون الفرنسي استغلال وضع السيطرة وكذلك وضع التبعية الاقتصادية لارتكاب بعض الممارسات الضارة بالمنافسة.

وقد عرفت المادة ٤ السيطرة على سوق معينة بتقريرها "السيطرة على سوق معينة في تطبيق أحكام هذا القانون هي قدرة الشخص الذي تزيد حصته على ٢٥% من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك، ويحدد الجهاز حالات السيطرة وفقاً للإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". لذلك، فإنه إذا كانت حصة مشروع ما أقل من ٢٥% على من السوق فيفترض قطعاً أنه لا يملك وضعاً مسيطراً ولا يترتب على ممارساته الإضرار بالمنافسة الحرة أو بمصالح المستهلكين، حتى ولو كانت ضارة في ذاتها طالما أنها لا ترد في الممارسات الحصرية الواردة في المادة ٦، وذلك كتعليق الاتفاق على التزامات غير مرتبطه بمحل الاتفاق الأصلي^{١٣٥}.

وقد أحالت المادة ٤ لجهاز حماية المنافسة سلطة تحديد حالات السيطرة وذلك وفقاً للإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية^{١٣٦}، والتي أوردتها اللائحة التنفيذية بالفعل في المادتين ٧، ٨ منها، و حددت في المادة (٧) حالات السيطرة بإيضاح العناصر المشتركة لتوافر حالة السيطرة على السوق المعنية وهي: " ١- زيادة حصة الشخص على ٢٥ % من السوق المعنية^{١٣٧}... ٢- قدرة الشخص على إحداث تأثير فعال في أسعار المنتجات أو في حجم المعروض

١٣٥ لذلك فإنه قد لا يؤثر انتباه جهاز حماية المستهلك وجود بعض المشروعات التي تمتلك وضعاً مسيطراً في السوق رغم أن حصتها تقل عن النسبة المقررة، وذلك لأن السيطرة أساسية للقول بوجود الممارسة الضارة. **عاطف حسن النقلي**، الأطر التحليلية لقانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، مركز البحوث البرلمانية، يناير ٢٠٠٥، ص ٢١.

١٣٦ الصادره بالقرار رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥.

١٣٧ يري البعض أن مقدار الحصة السوقية التي بمقتضاها يُستنبط وجود المركز المسيطر بمقدار ٨٥% أو أكثر من هذه الحصة، باعتبارها مؤشراً لوجود القدرة الاقتصادية ومدى تأثير التاجر في السوق والذي يخوله سلطة التصرف باستقلال دون إعتبار لمنافسيه أو عملائه. لمزيد انظر: د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والأفعال الاحتكارية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي و

منها بالسوق المعنية ٣...- عدم قدرة الأشخاص المنافسين للشخص على الحد من تأثيره الفعال على الأسعار أو على حجم المعروض من المنتجات بالسوق المعنية".

وقد حددت المادة ٨ من اللائحة التنفيذية العناصر المرجحة لتوافر تأثير فعال لمرتكب الممارسة الاحتكارية في السوق المعنية، كحصة الشخص في السوق، و تصرفاته السابقة، و عدد الأشخاص المتنافسين في السوق المعنية، و قدرتهم على الوصول لمواد الإنتاج و قنوات التوزيع".

وعلى الرغم من أن مسلك المشرع المصري في ذلك هو سابق العهد عن مثيليه الفرنسي و الأمريكي و الأوروبي في التصدي لوضع تعريف واضح و صريح للمركز المسيطر، إلا أنه نظرا للطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية، فإنه حتى مع هذا التحديد لمفهوم التأثير الفعال و حتي في الحالات التي تجعل توافر السيطرة أمرا محسوما كالاختكار الثنائي مثلا و الذي تسيطر فيه منشأتان على السوق المعنية^{١٣٨}، يظل تحديد حالات السيطرة مرنا، مما يعطي لجهاز منع المنافسة سلطة واسعة في هذا الشأن، حيث يختص بتحديد توافر وصف السيطرة لمرتكب المسؤولية كمساءلة أولية لازمة قبل بحث مدي إضرار الممارسة الصادرة منه بالمنافسة و ذلك في الممارسات المجرمة بموجب المادة ٨، و رغم أن ذلك من المفترض أن يوفر حماية أكبر للمنافسة، إلا أن الجهاز قد أثبت في بعض الحالات تراخيه عن محاسبة الشخص المسيطر على الممارسات الاحتكارية الصادرة منه على الرغم من توافر جميع العناصر اللازمة للتجريم كما في قضية مجموعة عز.

٢- صعوبة تمييز الاتفاقات الاحتكارية عن غيرها:

يلاحظ أن الصعوبة في إقرار توافر ركن الخطأ في الممارسات المجرمة بموجب المادة ٨ لا تقتصر على تحديد مدي توافر وصف السيطرة من عدمه في مرتكب الممارسة، و إنما أيضا تظهر الصعوبة في تحديد توافر عناصر السلوك المجرم، و ذلك لأن القانون لم يضع حدودا دقيقة

الأوروبي والكويتي، كلية الحقوق-جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٧ ص٥٤. وتقاس حصة المنشأة التجارية في السوق عن طريق قسمة إنتاج المنشأة محل البحث على مجموع إنتاج المنشآت الأخرى في ذات السوق. د. جاسم ياسين، مظاهر السلوك الاحتكاري وآيات مكافحته في القانونين الكويتي والمصري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١١، ص٨٥.

١٣٨ عز الدين آدم ذو النون وخالد حسن البيلي، دور سياسات حماية المنافسة ومنع الاحتكار في ظل الاقتصاد الحر، مجلة العلوم الاقتصادية، 2016 (2) Vol. 17، ص ٤٠.

للتفرقة بين الممارسات الاحتكارية غير المشروعة و بين الممارسات التنافسية المشروعة، حيث حظر القانون أفعالاً هي في الأصل أفعال تنافسية مشروعة.

ومن ذلك المادة ٨ (هـ) من القانون، حيث نصت على تجريم "التمييز في الاتفاقات أو التعاقدات -أي كان نوعها- التي يبرمها مع مورديه أو مع عملائه متي تشابهت مراكزهم التعاقدية، سواء كان هذا التمييز في الأسعار أو في نوعية المنتجات أو في شروط التعامل الأخرى"^{١٣٩}.
فقد تناولت الفقرة (هـ) من القانون المصري أحد الممارسات الاقتصادية معتبره إياها ممارسة احتكارية لمجرد صدورها من شخص له سيطرة على السوق، على الرغم من كونها ممارسة تجارية تنافسية مشروعة تدخل في إطار الحق في ممارسة النشاط الاقتصادي بحرية.

والحقيقة أنه لا يمكن القول بإمكانية تطبيق هذا النص في جميع الاتفاقات التجارية التي تستوفي عناصر التجريم، ذلك أن الاتفاقات التجارية -خاصة الكبرى منها- حيث تتم بعد فترة من المفاوضات و التي تؤدي إلى نتائج مغايرة في كل اتفاق على حده؛ لذلك جاءت المادة ١٣/هـ من اللائحة التنفيذية لتضيف شرطاً آخر لتجريم هذا الفعل بأن يكون " ذلك على النحو الذي يؤدي إلى إضعاف القدرة التنافسية لبعضهم أمام البعض الآخر أو يؤدي إلى إخراج بعضهم من السوق".
وبذلك يكون المشرع المصري قد خرج عن الأصل في تجريم الاتفاقات الاحتكارية الواردة في المواد ٦، ١٤٠٨، حيث أن الاتفاقات المستوفية للعناصر المحددة مجرمة و محظورة في حد ذاتها و تثبت خطأ مرتكبها بغض النظر عما ينتج عنها من آثار فلم يربط المشرع المصري تجريم الممارسة بالإضرار بالمنافسة، فالعبرة إذا هي بإثبات التعاقد أو الاتفاق و ليس الضرر الناجم عنه^{١٤١} وهو ما ينطبق أيضاً على قانون كلايتون -كقاعدة- حيث تعتبر الاتفاقات المحظورة غير مشروعة في حد ذاتها دون اشتراط توافر الأثر الضار^{١٤٢}.

١٣٩ يقابلها الحظر الوارد في المادة ٦ فقرة ١ من القانون الإتحادي.
١٤٠ فلم يربط المشروع تجريم الاتفاق المخالف بتحقيق الضرر من المنافسة سوي في المادة ٧ من القانون و الخاصة بالاتفاقات الافقية الضارة.
١٤١ د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٣٧.
١٤٢ أحمد الصاوي، الإطار القانوني لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، دراسة مقارنه في ضوء القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم المنافسة والتشريعات الأمريكية المقابلة له، بوابة الأبحاث، ٢٠١٥، ص ١٤.

وفي كل الأحوال، فإننا نرى أنه في الحالات التي لم يقرر فيها الجهاز تجريم الممارسة، يظل القاضي المدني حراً في تقرير مدى توافر وصف الخطأ من عدمه في الممارسة، اعتماداً على رأي الخبراء دون الاعتماد على توافر الضرر من عدمه.

ففي قضية *American Needle, Inc. v. National Football League*¹⁴³ و التي تتلخص في الحكم على الرابطة الوطنية الأمريكية لكرة القدم ١٩٦٣ بارتكاب اتفاق احتكاري، بتقديم ترخيص حصري لشركة Reebok عام ٢٠٠٠ لتصنيع و بيع شارات فرق الرابطة البالغ عددها ٣٢ فريقاً. و قد أقرت المحكمة العليا باحتكارية الاتفاق بناءً على توافر المصلحة المشتركة في الاتفاق المخالف و توافر الأثر الضار للاتفاق الحصري على المنافسة.

وعلى الرغم من ذلك، ذهب جزء من الفقه الانجليزي¹⁴⁴ إلى أن هذه المعايير – و منها الإضرار بالمنافسة- لا تقدم معايير إلزامية للقول باحتكارية الممارسة، و قد استند إلى ما قرره المحكمة في ذات القضية بأن المعايير السابقة- و منها الضرر- و إن استندت إليها المحكمة في الواقعة محل النظر، إلا أنها لا تقدم خطوطاً واضحة يمكن الاستعانة بها في القضايا المشابهة بل يعتمد الأمر على فحص كل مخالفة على حده.

وهنا تظهر صعوبة الحكم باحتكارية الاتفاقات الواردة في المادة ٨ (هـ) فحتى لو ترتب علي إحدي الممارسات التجارية ضرراً كبيراً لعدد كبير من المنافسين، لا يمكن اعتبار ذلك في حد ذاته كافياً للقول باحتكارية المنافسة واعتبارها خطأً يثير مسؤولية مرتكبيها عن التعويض بل يجب أن يفحص القاضي جميع العناصر المحيطة بالممارسة؛ للتأكد من تسببها في ضرر عام علي المنافسة الوطنية ككل مستعيناً في ذلك بأراء الخبراء المتخصصين.

٣- صعوبة تمييز الامتناع الاقتصادي عن الامتناع غير المحظور:

حيث نصت المادة " ٨ / و" على تجريم " الامتناع عن إنتاج أو إتاحة منتج شحيح متي كان إنتاجه أو إتاحته ممكنة اقتصادياً" و الحقيقة أن نص المادة يحتاج إلى المزيد من الايضاح،

143 *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 U.S. 183 (2010), was a United States Supreme Court case regarding the ability of teams in the National Football League to conspire for purposes of a violation of §1 of the Sherman Act.

144 A. Michael Ferrill, *Antitrust and Consumer Protection*, *SMU Law Review*, 2011, Volume 64 | Issue 1, p.21: 24.

حيث جرم المشرع هذا الامتناع متي كان المنتج شحيحا و لم يحدد نوع المنتجات التي يجوز الامتناع عن إنتاجها أو إتاحتها، فتتساوي المنتجات الضرورية و الاستراتيجية بمنتجات الرفاهية، و ذلك بشكل عام، و لم تزد اللائحة التنفيذية سوي تعريف عام للمنتج الشحيح في المادة ١٣/ و " و يقصد بالمنتج الشحيح: المنتج الذي لا يلبي المتاح منه سوي جزء ضئيل من حجم الطلب في السوق المعنية " دون قصر المنع على طائفة معينة من المنتجات.

وسبب رأينا في وجوب اقتصار حالات التجريم هنا على الامتناع عن إنتاج أو إتاحة المنتجات الضرورية هو ربط تجريم الامتناع بمجرد تحقق إمكانية الإنتاج اقتصاديا، حيث نصت المادة المذكورة " متي كان إنتاجه أو إتاحتها ممكنة اقتصاديا" أي أن الامتناع يجرم و لو كان مرهقا اقتصاديا، و لا يحقق أرباح مقبولة، و ذلك و إن كان مستساغا في المنتجات الضرورية فهو غير مقبول في المنتجات الأخرى و إن كانت شحيحة.

والحقيقة أن هذه المادة يمكن وصفها بعدم الدستورية؛ لتعارضها مع المادة ٢٧ في الفقرة الثانية من الدستور، و التي ربطت " منع الممارسات الاحتكارية مع مراعاة التوازن المالي و التجاري" كما نصت في ذات الفقرة على ضرورة تحقيق " التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة " و لا شك في أن إلزام المستثمرين و الشركات على إتاحة منتجات و لو كان الأمر مرهقا اقتصاديا لهم، و لا يحقق أرباحا لمجرد أن لهم سيطرة على السوق، و أن هذه المنتجات شحيحة بغض النظر عن نوعها، يحمل معه إخلالا بمراعاة التوازن المالي و التجاري لهذه الشركات، كما أنه يخل بالتوازن ما بين مصلحة العملاء و مصلحة الأشخاص التجارية.

لذلك؛ فإننا نري ضرورة تعديل هذه الفقرة إلى " الامتناع عن إنتاج أو إتاحة منتج شحيح متي كان ضروريا و كان إنتاجه أو إتاحتها ممكنة اقتصاديا" و يمكن إضافة فقرة أخرى عامة كالتالي " الامتناع عن إنتاج أو إتاحة منتج شحيح متي كان إنتاجه أو إتاحتها غير مرهق اقتصاديا".

وفي كل الأحوال، يترك أمر تقدير مخالفة الامتناع عن الإنتاج و المسؤولية عن الأضرار المترتبة على ذلك للقاضي، فلا شك في أن الامتناع المفاجيء عن إنتاج شركة أدوية لدواء هام في علاج مرض قاتل دون أن يوجد بديل لهذا الدواء في السوق يختلف عن الامتناع عن إنتاج بعض المنتجات الكمالية.

رابعاً: مدى إمكانية إضفاء وصف الاحتكارية على التركيز الاقتصادي:

قد يحدث التركيز الاقتصادي نتيجة لعملية استحواذ أو عملية اندماج بين شركتين أو أكثر، و نعني بالاستحواذ: السيطرة أو التحكم في إدارة الشركة المستحوذ عليها و التصرف في شؤونها، من خلال عروض الشراء المقررة في مجال الشركات، أما الاندماج فهو انتقال جزء من أصول الشركة الدامجة أو الجديدة بشراء جزء أو كل أسهم الشركة^{١٤٥}.

و يتميز النظام الاقتصادي العالمي المعاصر بظاهرة تركيز المشروعات التجارية و اندماج الشركات لبناء وحدات اقتصادية عملاقة، و ذلك لما يقدمه الاندماج^{١٤٦} من انخفاض النفقات العامة للمشروع و زيادة للقدرات الفنية و الادارية و المالية، فتلجأ المشروعات الكبيرة و المتوسطة إلى الاندماج فيما بينها، كوسيلة للتركيز و للدفاع عن نفسها ضد تهديدات المشروعات الكبرى، و لضمان بقائها في السوق^{١٤٧}

وقد أجاز قانون الشركات المصري الاندماج في المادة ١/١٣٠ من القانون التجاري^{١٤٨}، و اعتبره - في حد ذاته- حقا مشروعاً للشركات، فلا يمكن كقاعدة أن تحاسب هذه الشركات عن الأضرار التي قد تسببها ممارسة هذا الحق، سواء للشركات المنافسة أو للمستهلك.

١٤٥ يعرف الاندماج بأنه " عقد بمقتضاه تنضم شركة تجارية أو أكثر إلى شركة أخرى فتزول الشخصية المعنوية للشركة المندمجة، وتنقل أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة، أو تمتزج بمقتضاه شركتان أو أكثر، فتزول الشخصية المعنوية لكليهما، و تنقل أصولهما وخصومهما إلى شركة جديدة. د. **سميحة القليوبي**، الشركات التجارية، الجزء الأول، النظرية العامة للشركات، وشركات الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٣٥، ١٣٧.

١٤٦ و يوجد نوعين من الاندماج: **الافقي** أي بين الشركات المتنافسة في تقديم نفس المنتج لزيادة رأس المال الشركة الناتجة ومن ثم زيادة نصيبها في السوق و **الرأسي** و هو الذي يقوم بين شركات تقدم منتجات متكاملة كشركة تقدم المواد الأولية لصناعة منتج وأخرى تقوم بالتصنيع و التوزيع للمنتج و ذلك بغرض اكتفاء الشركة الناتجة ذاتياً. وقد يكون الأندماج **خليطاً** بين النوعين السابقين.

١٤٧ **محمد سعد عبدالله**، المنافسة بين احتكار القلة وإشكالية تطبيق القواعد العامة للقانون، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١٣٢، فبراير ٢٠١٧، ص ٢٣٤، ٢٣٥.

١٤٨ حيث نصت "يجوز بقرار من الوزير المختص الترخيص لشركات المساهمة وشركات التوصية بنوعيتها والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التضامن - سواء كانت مصرية أو أجنبية تزاول نشاطها الرئيسي في مصر- بالاندماج في شركات مصرية مساهمة أو مع هذه الشركات و تكوين شركة مصرية جديدة. و تعتبر في حكم الشركات المندمجة في تطبيق أحكام هذا القانون فروع و كالات ومنشآت الشركات". و كان القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ ينظم عملية الاندماج بين الشركات حي تم الغاؤه بصدور قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الذي نظم الاندماج في المواد ١٣٠- ١٣٥ منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٤٠، بتاريخ ١/ ١٠/ ١٩٨١ وكذلك المواد ٢٨٨ إلى ٢٩٨ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون منشورة في الوقائع المصرية، عدد ٤٥، ٢٣/ ٦/ ١٩٨٢.

إلا أن الاندماج - و على الرغم من كل فوائده- يزيد إمكانية ارتكاب الكيانات الناتجة للممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة، مما يعرض الشركات الصغيرة و المتوسطة للكثير من المخاطر، كما يمكن الشركة الناتجة من التحكم - بشكل أكبر- في الأسعار و زيادتها، مما يضر بالمستهلك؛ لذلك حرصت القوانين المختلفة على مراقبته.

وبالرجوع إلى القانون المصري، نجد أن المواد الخاصة باندماج الشركات سواء في قانون الشركات ذاته أو في اللائحة التنفيذية لم تقدم قيودا على عملية الاندماج، سواء فيما يتعلق بنسبة مقدار رأس مال الشركة الناتجة من إجمالي رأس مال الشركات المتنافسة في السوق المعنية أو فيما يتعلق بنسبة إنتاج هذه الشركة من إجمالي إنتاج السوق المعنية، فقد اقتصر قانون حماية المنافسة المصري على وضع ضابط واحد للاندماج جاء في المادة ٢/١٩ " و على الأشخاص الذين يتجاوز رقم أعمالهم السنوى فى آخر ميزانية مائة مليون جنيه أن يخطروا الجهاز لدى اكتسابهم لأصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات، أو دمج أو استحواذ، أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر بذلك وفقاً للقواعد و الإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" ^{١٤٩}.

وعلى الرغم من أن القانون يعاقب على التقصير بهذا الإخطار بالمادة ٢٢ مكرراً، إلا أنه لا يعطي لجهاز حماية المنافسة حق رفض التركيز إذا ثبت أثره الضار، حيث جعل المشرع المصري الإخطار بالاندماج أو إحدى وسائل التركيز بعد إتمام الصفقات و ليس قبل إتمامها، و هو ما يكون معه هذا النص غير ذي جدوى، إذ كان يجب أن يجعل المشرع الإخطار ثم الموافقة على تمام الاندماج أو غيره من وسائل التركيز الاقتصادي شرطاً لقانونية هذه الصفقات؛ حتى يتسنى للمشرع فحصها من خلال دراسة هيكل السوق و رأس مال الشركات المنافسة في السوق المالية. ويرى الباحث وجوب تعديل المشرع لهذا النص بصورة تسمح له بمراقبة عمليات الاستحواذ والاندماج قبل إتمامها، ورفضها في حال ثبوت إضرارها بالمنافسة.

١٤٩ أضيفت الفقرة الثانية بقانون رقم ١٩٠ لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر أ في ٢٢ يونية ٢٠٠٨. و قد نظمت اللائحة التنفيذية تقديم الإخطار في المواد ٤٤ و ٤٥ من اللائحة فلم يوضح المشرع مدى سلطته الجهاز في قبول أو رفض الإخطار بل اقتصر الأمر على مجرد الإخطار.

لذلك فإننا نفضل مع بعض الفقرة ^{١٥٠} الصياغة الواردة في المشروع الذي كانت قد أعدته الحكومة، حيث جاء في المادة ٣/٢٠ على أنه " يجوز للجهاز سحب قراره بالموافقة الصريحة أو الضمنية في أي وقت إذا ثبت أن الإخطار المقدم من ذوي الشأن تضمن بيانات غير صحيحة أو أنه مشوب بغش أو تدليس أو بتغيير في الحقيقة".

كذلك أخضع القانون الفرنسي عمليات التركيز للرقابة، و ذلك في المادة "2-430 L يخضع أي تركيز بالمعنى المقصود في المادة 1-430 L لأحكام المواد 3-430 L و ما يليها من هذا الباب عند توفر عدة شروط متعلقة بشكل رئيسي بضخامة حجم أعمال الشركات محل التركيز و حجم الضرائب التي تحققها، حيث نصت المادة 3-430 L على وجوب إخطار هيئة المنافسة قبل أن يتم التركيز ^{١٥١} ، كما نصت المادة 4-430 L أنه لا يمكن أن يتم الإنجاز الفعلي للتركيز إلا بعد موافقة هيئة المنافسة ^{١٥٢}.

وفي حال قيام التركيز دون إستيفاء الاخطار فإن من حق هيئة المنافسة - بموجب المادة 8-430 L- أن تأمر سلطة المنافسة الأطراف الخاضعة للعقوبة بالعودة إلى الحالة قبل التركيز، بالإضافة إلى ذلك، يجوز للسلطة أن تفرض على الأشخاص المسؤولين عن الإخطار غرامة مالية يكون الحد الأقصى لمبلغها بالنسبة للأشخاص الاعتباريين ٥ ٪ من رقم مبيعاتهم. بالإضافة إلى ذلك، فقد حرص المشرع الفرنسي على معاقبة التعسف في استغلال التركيز وذلك بموجب المادة 9-430 L ، حيث يجوز لسلطة المنافسة- في حالة إساءة استخدام مركز مهيمن أو حالة من التبعية الاقتصادية- أن تأمر - بقرار مسبب- الشركة أو مجموعة الشركات المعنية بتعديل أو إنهاء جميع الاتفاقات وجميع الأعمال التي تم من خلالها تركيز القوة الاقتصادية التي سمحت بحدوث هذه التجاوزات.

وقد سلك المشرع الإماراتي نفس مسلك القانون الفرنسي، حيث اشترط تقديم طلب إلى الوزارة قبل إتمام الاندماج أو الاستحواذ وذلك في المادة ٩، كما أجاز القانون في المادة ١١ للوزير أن

١٥٠ محمد سعد عبدالله، المنافسة بين احتكار القلة و إشكالية تطبيق القواعد العامة للقانون، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١٣٢، فبراير ٢٠١٧، ص ٢٣٩.

151 Article L430-3، code de commerce.

152 Article L430-4 code de commerce.

يرفض أو يقبل الطلب، كما أجاز له أن يوافق ويقيد تلك الموافقة باتخاذ الأطراف لبعض الالتزامات.

أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي، فقد جاء تشريع المفوضية لتنظيم الاندماج ١٣٩ / ٢٠٠٤ (ECMR) ليضبط قواعد المنافسة فيما يتعلق بالاندماج بين الشركات التجارية^{١٥٣} و الذي فرض على الاندماجات إخطار المفوضية أيا كانت الدولة الأوروبية التي تنتمي إليها الشركات محل الاندماج، و أعطي للمفوضية الحق صراحة في رفض هذا الاندماج في المادة ٨ / ٣ إذا كان من آثار هذه الاندماجات الإضرار بالمنافسة وفقا للتحديد الوارد في المادة ٢ / ٣^{١٥٤}.

وبذلك؛ فإن التركيز وفقا للقانون الفرنسي والاتحادي والاتحاد الأوروبي، يجب عليه استيفاء شرط الإتمام وهو موافقة الجهة المسؤولة -بعد تأكدها من عدم إضرار هذا التركيز بالمنافسة- على إتمام التركيز، بحيث يكون عدم استيفاء هذا الشرط خطأ في حد ذاته ولو كان التركيز متمثلا في أبسط صورة وهو الاستحواذ على بعض أصول كيان آخر ولو لم يصل إلى حد الاندماج الكلي، وهنا يكون التركيز موجبا لمسئولية مرتكبه عن الأضرار التي سببها للكيانات التجارية الأخرى.

أما لو استوفي التركيز الشرط القانوني؛ فإنه يعد ممارسة لحق مشروع في حد ذاته وبالتالي لا يعد خطأ موجبا للمسئولية مهما عظمت الأضرار المترتبة عليه، حيث يعد حقا مشروعاً طالما استوفي الإجراءات المشترطة قانوناً، كما نرى أنه لا يمكن أن يطبق عليه نظرية التعسف التي يمكن تطبيقها على بعض الممارسات غير المجرمة - كما سنرى - و ذلك لصعوبة توافر أي من حالات التعسف، وذلك لعظم فوائد التركيز بالنسبة للكيانات المشاركة فيه إلى الحد الذي لا يمكن القول به بضرورة الفائدة الواردة منها مقارنة بالأضرار التي تصيب الآخرين، وشدة النتائج القانونية المترتبة عليه، التي قد تصل إلى حد اختفاء الكيانات الأصلية في كيان جديد كلية، مما يمنع القول عقلاً بالإقدام على ذلك لمجرد الإضرار بالكيانات التجارية الأخرى.

153 European commission merger regulation, council regulation EC NO 139/2004 of 20 january 2004 on the control of concentrations between undertakings.

154 Article 2/3." A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market."

أما بالنسبة للقانون الأمريكي Federal trade commission act فإن المادة ٥٧ب-١ / أ
فقرة ٨ اعتبرت من قبيل الأعمال الاحتكارية، " أي نشاط تمهيداً لعملية اندماج أو استحواذ أو
مشروع مشترك أو معاملة مماثلة، و التي إذا تم تنفيذها، قد تؤدي إلى أي طريقة غير عادلة
للمنافسة أو إلى أي انتهاك من هذا القبيل"^{١٥٥}.

ولكن أن المحكمة العليا الأمريكية قد أوضحت في دعوي Cargill, Inc. v. Monfort of
Colorado, Inc^{١٥٦} و التي طالب فيها المدعي بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة
اندماج المدعي عليه، مما جعله في منافسة شديدة القوة و ترتب على ذلك انخفاض الأسعار على
النحو الذي ترتب عليه ضياع فرصة المدعي في تحقيق الربح، حيث رفضت المحكمة الحكم
بتعويض المدعي، و ذلك الاندماج - المستوفي للإجراءات القانونية- لا يعد في حد ذاته خطأ
يستوجب المسؤولية و إن كان ترتب عليه ضرر فإن ذلك ليس كافياً لتعويض المضرور، بل يجب
أن يثبت المدعي قيام المدعي عليه بخطأ، خاصة و أن انخفاض الأسعار في حد ذاته ليس خطأ
احتكارياً مما يتوافر فيه العناصر التي تجعله احتكارياً.

ذلك أن ترتب ضرر للأشخاص المنافسين نتيجة الاندماج قد يكون في النطاق الطبيعي
للأضرار المقبولة في نطاق المنافسة الحرة و بالتالي يجب أن يتوافر إلى جانب الضرر كفقدان
الأرباح عناصر أخرى تؤيده كتقييد الاندماج لقدرة المضرور على ممارسة التجارة بحرية.

الفرع الثاني

إضفاء وصف الخطأ المدني على الممارسات الضارة غير المجرمة

نتناول فيما يلي إضفاء وصف الخطأ على الممارسات غير المجرمة الضارة بالمنافسة،
فنتناول أولاً الممارسات الاحتكارية غير المجرمة، ثم نتناول إضفاء وصف الخطأ على الممارسات
الضارة غير الاحتكارية.

أولاً: إضفاء وصف الخطأ على الممارسات الاحتكارية غير المجرمة:

155 Section 57b-1 “ (a)... (8) The term "antitrust violation" means.... (D) any activity in preparation for a merger، acquisition، joint venture، or similar transaction، which if consummated، may result in any such unfair method of competition or in any such violation.

156 Cargill، Inc. v. Monfort of Colorado، Inc، 479 U.S. 104 (1986).

الحقيقه أنه حتى و إن ظهرت بعض الصعوبات في تكييف الممارسة في تقدير توافر ركن الخطأ عند ارتكاب الممارسات الاحتكارية المجرمة، إلا أن تكييف هذه الممارسة على أنها خطأ يظل أمراً سهل نسبياً؛ وذلك لأن كل فعل استوفى عناصر التجريم بالإضافة إلى كونه جريمة يعاقب عليها جنائياً، فإنه قطعاً يشكل خروجاً على سلوك الشخص المعتاد وبالتالي يعد خطأ موجبا للمسئولية المدنية.

ولكن تظهر صعوبة قدرة القاضي المدني على تقرير المسئولية المدنية عن المنافسات الاحتكارية الضارة غير المجرمة في حقيقة أن الممارسات الاحتكارية لا تشكل في حد ذاتها خروجاً عن الأعراف والعادات التجارية، كما لا تشكل في معظمها خروجاً عن سلوك الشخص المعتاد، ولا يمكن الاعتماد على تحقق عنصر الضرر لشخص متنافس؛ وذلك لأن المنافسة التجارية من الحالات التي يجيز فيها القانون إلحاق الضرر بالغير وإلا تجردت المنافسة من معناها، فليس للمنافس أن يطالب بقيام مسئولية منافسه لمجرد تضرره من عمله؛ لأن عمله هذا يعد عملاً مشروعاً، وذلك على العكس من المنافسات التجارية غير المشروعة التي يسهل تحديد الخطأ فيها. فعلى الرغم من أن بعض الفقه يري أن الممارسات الاحتكارية ما هي إلا نوع من المنافسة غير المشروعة وأن الاحتكار التجاري يعكس الصورة التي لا يتمتع فيها التاجر بالشرف والصدق والأمانة في أعماله، ولا يتمتع عن الأفعال التي تخالف أصول التعامل التجاري كما هو مستقر عليها في العرف التجاري، أي أن الممارسات الاحتكارية في حد ذاتها تخالف العادات والأصول الشريفة المراعية للمعاملات التجارية بشكل عام^{١٥٧}، إلا أننا لا نوافق ذلك، ونري أنه لو كانت جميع الممارسات الاحتكارية نوعاً من المنافسات غير المشروعة التي تخالف العادات التجارية لما احتاج المشرع إلى وضع قانون خاص مستقل بها، بل إن قانون حماية المنافسة قد صدر لمواجهة هذه الممارسات التي كانت تعد جزءاً من تقاليد ممارسة التجارة الناجحة، وهو ما أكده رئيس جهاز حماية المنافسة بأن من أصعب التحديات التي واجهت القانون هو تغير ثقافة وعادات ترسخت في الأسواق على مدى سنوات طويلة^{١٥٨}.

١٥٧ سارة مرواني، الاحتكار التجاري صورة من صور المنافسة غير المشروعة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ٢٠١٧، ص ١.
١٥٨ د. أمير نبيل، رئيس مجلس إدارة جهاز حماية المنافسة، التقرير السنوي للجهاز ٢٠١٩-٢٠١٨، ص ٢.

ومثال الممارسات المحظورة بموجب قوانين المنافسة، و التي تعد في الأصل أمرا مشروعاً في الممارسات التجارية هو الحظر الوارد في المادة ٦/ ب " اقتسام الأسواق أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو نوعية المنتجات...." و يزيد من صعوبة الأمر إيراد المشرع المصري للممارسات الاحتكارية على سبيل الحصر و ذلك سواء في المادة ٦ التي نصت على قصر التجريم على الممارسات التي تحدث أحد الأثار المحددة حصراً في المادة، حيث نصت المادة "يحظر الاتفاق...إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي" ، أو المادة ٨ حيث جاءت الممارسات المجرمة محددة حصراً أيضاً، حيث نصت " يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأي مما يأتي" و لم يترك الباب مفتوحاً سوى للممارسات الواردة في المادة ٧، حيث ترك المشرع الباب مفتوحاً لحظر أي اتفاق بين الشخص و أي من مورديه أو عملائه إذا كان من شأنه الحد من المنافسة بدون تحديد الاتفاقات الممنوعة، إلا أننا نجد تعمداً لعدم تطبيق هذه المادة عملاً من الجهاز كما أوضحنا سابقاً.

وذلك على العكس من قوانين حماية المنافسة المختلفة، والتي اعتمدت النص على الممارسات الاحتكارية على سبيل المثال^{١٥٩} لا الحصر؛ لتوفير قدر أكبر من المرونة للقضاء، ولأجهزة حماية المنافسة، ومن ذلك قانون حماية المنافسة الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ في شأن تنظيم المنافسة، حيث نصت المادة ٥ من القانون على حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة على النحو التالي:

"١- تحظر الاتفاقات المقيدة بين المنشآت، والتي يكون موضوعها أو الهدف منها الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، وعلى الأخص تلك التي تستهدف ما يأتي:٢- مع مراعاة أحكام

١٥٩ ومن ذلك قانون المنافسة الأردني لسنة ٢٠٠٢" حيث حظر أي ممارسات أو تحالفات أو اتفاقات صريحة أو ضمنية تشكل إخلالاً بالمنافسة أو الحد منها أو منعها وبخاصة ما يكون...". و كذلك جاءت الممارسات الاحتكارية في القانون السوداني (قانون تنظيم المنافسة و منع الاحتكار لسنة ٢٠٠٩م) على سبيل المثال لا الحصر لتشمل: - خفض أو رفع أو التحكم في سعر بيع أو شراء سلع أو خدمات. - تقييد إنتاج السلع و تصنيعها وتوزيعها أو تسويقها أو الحد من الخدمات أو وضع قيود عليها. - تجزئة أو توزيع أي سوق قائم أو محتمل لسلع أو خدمات على أساس جغرافي أو مستهلكين أو موردين.

- التنسيق فيما بين المتنافسين بتقديم عطاءات في المناقصات.
- قيام منشآت متنافسة أو غير متنافسة بالاتفاق بغرض الضغط على المستهلك أو المورد. لمزيد من الإيضاح حول حماية المنافسة في القانون السوداني انظر انظر: عز الدين آدم ذو النون و خالد حسن البيلي، دور سياسات حماية المنافسة و منع الاحتكار في ظل الاقتصاد الحر، "أهم التجارب الدولية مع دراسة خاصة للحالة السودانية"، مجلة العلوم الاقتصادية، 2016 (2) Vol. 17، ص ٤٩.

القانون الاتحادي رقم (١٨) لسنة ١٩٨١ المشار إليه، تحظر الاتفاقات المقيدة بين المنشآت، والتي يكون من شأنها الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، وعلى الأخص تلك التي تستهدف ما يأتي"

حيث قرر المشرع الإماراتي في كل من فقرتي المادة ٥ شرط توافر وصف الخطأ في الممارسة التجارية وهو إخلالها بالمنافسة أو منعها أو الحد منها، وأورد الممارسات الممنوعة فيما بعد كأمثله لهذا الإخلال، مستخدماً جملة "على الأخص" مما يتيح للأجهزة المعنية بالمنافسة ضم أي ممارسة جديدة وحظرها ولو لم تكن واردة صراحة في المادة ٥، وهو ما كرره المشرع الإماراتي في المادة ٦ من ذات القانون الخاصة بحظر إساءة استغلال وضع السيطرة.

كذلك جاءت المادة الأولى و الثانية من قانون كلايتون Clayton act لتضع قواعد عامة في الممارسات الممنوعة دون إيراد ممارسات محظورة حصراً، كما جاءت المادة ٤٥ من قانون لجنة التجارة الفيدرالية لتحظر الممارسات الضارة و غير العادلة دون أن تحدد ممارسات محظورة حصراً ليترك الأمر للجنة لتحديد قواعد الممارسات غير العادلة و حالاتها.

ونحن وإن كنا نري أن مسلك المشرع المصري يوفر قدراً أكبر من اليقين في التجريم مما يوفر قدر أكبر من الحرية في الممارسة التجارية، إلا أننا نفضل مسلك القانونين الاتحادي والأمريكي في إيرادهما الممارسات الاحتكارية على سبيل المثال، حيث أن حصر كافة الممارسات التي من شأنها أن تجعل الاتفاقات المذكورة تضر بالمنافسة، وهو أمر عصي على القبول ويلبس التشريع رداء الجمود في وقت تأبي فيه طبيعته - بحكم قابليته للتطور - هذا الأمر^{١٦٠}.

كما أن هذا الحصر يمثل قيوداً على سلطة جهاز حماية المنافسة في حالة إغفال المشرع المصري إيراد أي من الممارسات الضارة بالمنافسة أو قصر الحظر على شرط توافر صفة السيطرة في مرتكبها، ومن ذلك:

- إغفال حظر اتخاذ إجراءات جماعية لمنع التعامل مع منشأة معينة محلية أو أجنبية، دون الحاجة لتوافر صفة السيطرة لمرتكب الممارسة المخالفة^{١٦١}.

١٦٠ د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٣٧.
١٦١ هو ما نص على حظره البند ه من المادة ١/٥ من القانون الاتحادي، حيث حظر "التواطؤ على رفض الشراء من منشأة أو منشآت معينة أو البيع أو التوريد، وعلى منع أو عرقلة ممارستها لنشاطها"

- إغفال حظر الاتفاقات الجماعية على رفض التعامل مع المنافسين أو المستوردين المحتملين عند دخولهم لهذا السوق^{١٦٢}.

- إغفال حظر الرفض الجماعي من جانب المنشآت المتنافسة في السوق لانضمام آخرين قائمين أو محتملين إلى عضوية تنظيمات معينة، كالاتحادات و النقابات و الغرف التجارية و غيرها بما يؤثر على مناخ المنافسة^{١٦٣}.

فعلى الرغم من أهمية حظر هذا النوع من الاتفاقات التي تؤدي إلى عرقلة النشاط التجاري بصورة واضحة ولو لم تتوافر صفة السيطرة لعاقدي الاتفاق، و أن هذا النوع من الاتفاقات هو الأكثر شيوعاً بين الكارتلات المختلفة حيث يمكن المشروعات المتقنة من الإضرار بالأشخاص المتنافسة خارج الكارتل كما يمكنهم من منع أو على الأقل تضيق فرص انضمام أشخاص متنافسة جديدة للسوق المعنية، إلا أن المشرع المصري لم يتناولها بالحظر في المادة السادسة.

وهو ما يقيد جهاز حماية المنافسة، حيث يكفي عدم توافر صفة السيطرة للشخص المشكو في حقه؛ لكي تتقيد سلطة الجهاز في اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف هذه الممارسة و المحاسبة عليها ولو كانت ضارة بالمنافسة، حيث قرر حفظ الشكوي الواردة إليه بتاريخ ٢٨ أغسطس ٢٠١٨ المقدمة من مالك محطة وقود بمحافظة المنيا ضد شركة مواد بترولية، يتضرر فيها من قيام الشركة المشكو في حقه بربط توريد المواد البترولية من بنزين و سولار بسحب كميات محددة من الزيوت، وأسس حفظ الشكوي ليس لأنها لم تشكل إضراراً بالمنافسة بل لأن مرتكب الواقعة لم تتوافر فيه أحد العناصر التي حددها القانون و هو عنصر السيطرة^{١٦٤}.

وفي الشكوي السابقة كان يمكن تفادي هذا القصور بتطبيق المادة ٧ من القانون المصري - كما أوضحنا سابقاً- كما يمكن تفاديها بأن يقتدي المشرع المصري بالمشرع الفرنسي الذي حظر

١٦٢ و هو ما حظره البند ب من الفقرة الثانية المادة ٥ من القانون الاتحادي هذه الممارسة و اعتبرتها من الاتفاقات المقيدة للمنافسة حيث نصت " اتخاذ إجراءات لعرقلة دخول منشآت إلى السوق أو لإقصائها منه أو لعرقلة الانضمام إلى اتفاقات أو تحالفات قائمة".

١٦٣ وقد تناول قانون حماية المنافسة الإماراتي في المادة ٥ فقرة ١ الاتفاقات الجماعية السابقة بصورة إجمالية، حيث حظرت " هـ- التواطؤ على رفض الشراء من منشأة أو منشآت معينة أو البيع أو التوريد لمنشأة أو منشآت معينة و على منع أو عرقلة ممارستها لنشاطها".
١٦٤ جهاز حماية المنافسة، التقرير السنوي ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢٣.

في المادة 2-420 L إساءة استغلال الوضع المهيمن، كما حظر أيضا إساءة استغلال حالة التبعية الاقتصادية *dépendance économique* و لو لم تتوافر سيطرة الشخص المخالف^{١٦٥}. ويقصد بالتبعية الاقتصادية حالة الارتباط الاقتصادي بين طرف اقتصادي و طرف اقتصادي آخر، مثل اعتماد موزع على أحد الموردين أو اعتماد أحد العملاء على مورد ما^{١٦٦}. كما أن إيراد الممارسات المجرمة حصرا، يصعب مهمه القاضي المدني بإقرار توافر الخطأ الموجب للمسئولية بها؛ لخروجها عن دائرة الحظر المجرم حصرا في القانون المصري. والحقيقة أنه حتى و لو نص المشرع على الممارسات الاحتكارية حصرا في كل من المادة ٦، ٨، فإن هذا الحصر ينطبق فقط في مجال المسئولية الجنائية^{١٦٧}. أما في المسئولية المدنية، فإن الأمر يخضع للمادة الأولى من القانون، و التي حددت القيد العام لممارسة النشاط التجاري، حيث نصت على أن تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الأضرار بها، و ذلك كله وفق أحكام القانون".

وتقابلها المادة ٨١ من اتفاقية روما *1957 Rome convention* و التي نصت على أنه " تحظر كل الاتفاقات بين المشروعات... و التي يكون من شأنها أن تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء بهدف منع أو قصر المنافسة في السوق". بحيث يكون كل فعل من شأنه الإضرار بحرية المنافسة يخالف المادة الأولى من قانون حماية المنافسة، وبالتالي هو خطأ تقصيري يثير مسئولية مرتكبه عن تعويض الأضرار المترتبة عليه وفقا للقاعدة العامة في المسئولية التقصيرية، الواردة في المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري.

ويري الباحث مع بعض الفقه^{١٦٨} إمكانية تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق، كأساس لتقرير عدم مشروعية إساءة استخدام المركز المسيطر لمرتكب الممارسة الاحتكارية للإضرار بغيره

165 Article L420-2، code de commerce.

١٦٦ د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي مع الإشارة إلى بعض التشريعات المقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٤٦.

١٦٧ وذلك اعمالا للمادة ٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤ حيث نصت " أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون، و لا توقع عقوبة الا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون "

١٦٨ محمد سعد عبدالله، المنافسة بين احتكار القلة و إشكالية تطبيق القواعد العامة للقانون، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١٣٢، فبراير ٢٠١٧، ص ٢٤٨.

من المنافسين. حيث تنص المادة الخامسة من القانون المدني على أن استعمال الحق يكون غير مشروع في الأحوال الآتية: ١. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ٢. إذا كانت المصالح التي يرمي إليها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ٣. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

حيث نرى عمومية إمكانية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت أحد الأشخاص نتيجة ممارسة تجارية ولو لم تشكل هذه الممارسة مخالفة صريحة لقانون حماية المنافسة، وذلك سواء أكان مرتكب الممارسة يتمتع بوضع مهيم أم لا، وسواء أكانت الممارسة رأسية أم أفقية، بل وسواء أكانت الممارسة موجهة ضد مورد أو عميل مهني أو ضد مستهلك غير مهني.

وفي ذلك قررت محكمة النقض " أن الخطأ الموجب للمسئولية العقدية هو عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، أما الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليه في المادة ١٦٣ من التقنين المدني، فهو الانحراف عن السلوك العادي المؤلف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير، والانحراف في السلوك قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة، وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً و يخرج عن حدود كل منهما، ويكون أيضاً في التعسف في استعمال الحق، أي بانتفاء كل مصلحة في استعماله " ١٦٩.

ثانياً: ثبوت وصف الخطأ للممارسات غير الاحتكارية الضارة بالمنافسة:

كنا قد فرقنا فيما سبق بين الممارسات الاحتكارية الضارة بالمنافسة و غيرها من الممارسات التجارية سواء الممنوعه أو غير المشروعة، التي و إن كانت لا تهدف لتحقيق احتكار أو لاستغلال الوضع المسيطر، إلا أنها تشترك مع الممارسات الاحتكارية في الإضرار بالمنافسة المشروعة. لذلك نتناول فيما يلي ثبوت وصف الخطأ في كلا من الممارسات التجارية الممنوعة و الممارسات التي تشكل نوعاً من المنافسة غير الشريفة.

أ- ثبوت وصف الخطأ في الممارسات التجارية الممنوعة:

كنا قد أوضحنا المنافسة الممنوعة بأنها حظر القيام بنشاط تجاري، و هذا الحظر إما أن يكون في صورة نص قانون مثل حظر ممارسة النشاط التجاري في الصيدليات لغير الصيادلة، و

١٦٩ الطعن رقم ٧٨٧٦ لسنة ٧٦ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/١٢/٠٥

التزام البائع للمحل التجاري بعدم منافسة المشتري^{١٧٠}. أو في صورة اتفاق المتعاقدين على شرط أو التزام عدم المنافسة، و يأخذ بالتالي شكل الالتزام العقدي، حيث تعد فيها المنافسة في حد ذاتها إخلالاً بالتزام عقدي - نص عليه العقد أو نص عليه القانون - على أحد طرفي العقد يقضي بعدم المنافسة.

والحقيقة أنه سواء كان المنع بنص القانون أم بموجب نص عقدي فإن مجرد ممارسة التجارة بالمخالفة لهذا المنع، يعد خطأً موجباً للمسؤولية عن الأضرار الناتجة عنه وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية. ولا توجد مشكلة في تحديد نوع المسؤولية المدنية إذا كانت المخالفة لمنع اتفاقي، حيث يسهل الجزم بأن المسؤولية المدنية المترتبة في هذه الحالة هي المسؤولية العقدية، بحيث تعد المنافسة - في حد ذاتها - مخالفة لالتزام عقدي، ويكون المخالف مسؤولاً عن تعويض كافة الأضرار المترتبة على هذه المخالفة للطرف الآخر.

أما لو كان المنع بنص القانون، فلا يمكن الجزم مسبقاً بنوع المسؤولية التي تثيرها ممارسة المنافسة الممنوعة، ففي بعض الأحيان قد تثير المخالفة المسؤولية التصديرية، كما لو باع غير الصيدلي دواء، فإن كان الدواء خاطئاً و ترتب على ذلك ضرر للمشتري كان له المطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التصديرية.

وفي أحيان أخرى، قد تثير المخالفة المسؤولية العقدية كما في منع بائع المحل التجاري من منافسة المشتري، فعلى الرغم من أن الممارسة ممنوعة هنا بنص القانون إلا أن مخالفتها ترتب المسؤولية العقدية؛ وذلك لأن النص القانوني عليها هو تحديد لأحد الالتزامات الضمنية الواردة بأنواع خاصة من العقود، و من ذلك ما قرره محكمة النقض من قيام المسؤولية العقدية لبائع المتجر إذا أخل بالضمان بعدم التعرض^{١٧١} لمرتكبيها، و التي تفتح المجال أمام المتضرر

١٧٠ وقد اعتبر القانون عدم المنافسة أحد التزامات بائع المتجر العقدية حيث نصت المادة ١/٤٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "لا يجوز لمن تصرف في المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أو بتأجير استغلاله أن يزاول نشاطاً مماثلاً لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن آلت إليه الملكية أو الاستغلال، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك". و حددت مدة الحظر في فقرتها الثانية - "مدة عشر سنوات تحسب من تاريخ شهر التصرف ما لم يتفق على خلاف ذلك". إلا أنه غالباً لا يكتفي بهذا النص لضمان عدم تعرض البائع و إنما عادة يضمن عقد البيع ذاته شرطاً يحظر فيه على البائع فتح محل يتوافر فيه شروط معينة، كعدم فتح محل مماثل للمحل المبيع أو يحظر فيه التعامل مع نفس العملاء.

١٧١ انظر نقض مدني في الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٢٢ قضائية - جلسة ١٩٥٦/٣/٨.

للمطالبة بحسب الأصل بالتنفيذ العيني لهذه الالتزامات العقدية بوقف المنافسة، بالإضافة إلى المطالبة بالتعويض النقدي عن الأضرار الناتجة عن المخالفة.

ب- ثبوت وصف الخطأ للمنافسة غير المشروعة:

ذكرنا فيما سبق أن القانون المصري^{١٧٢} وغيره من القوانين المختلفة عرفت المنافسة غير المشروعة بأنها كل فعل يخالف العادات و الأصول المرعية في المعاملات التجارية... ثم أورد المشرع المصري عدة أمثلة لما يمكن اعتباره مخالفة واضحة لهذه العادات، كالاكتداء على علامات الغير أو على اسمه التجارى أو على براءات الاختراع...إلخ.

و على العكس من الممارسات الاحتكارية، فإن جزء الإخلال بالالتزام بالمنافسة المشروعة ليس جزءاً جنائياً -بحسب الأصل^{١٧٣}- بل جزء مدني أوضحته الفقرة الثانية من المادة ٦٦، و التي نصت على أن " كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها، و للمحكمة أن تقضى- فضلاً عن التعويض - بإزالة الضرر و بنشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه فى إحدى الصحف اليومية " حيث يجوز لصاحب الحق المعتدى عليه رفع دعوى المنافسة غير المشروعة ضد المعتدي طالبا منع الاعتداء و طلب التعويض عما أصابه من أضرار، و بناء عليه، فإن كل ممارسة تجارية شكلت خروجاً عن العادات التجارية هي منافسة غير شريفة تستوفي وصف الخطأ باعتبارها خروجاً عن سلوك الشخص المعتاد.

والممارسات المشككة للمنافسة غير المشروعة أخطاء تقصيرية في حد ذاتها و لو لم تكن مستندة مباشرة إلى مخالفة المادة ٦٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بمخالفة السلوك أو الممارسة لعادات و أصول المعاملات التجارية و لو لم تكن من الحالات الواردة تحديداً في هذه المادة و ذلك لسببين:

الأول: أن المنافسة غير المشروعة ما هي إلا مخالفة للعادات و الأصول التجارية، فهي

تشكل - في حد ذاتها- انحرافاً عن السلوك التجارى السليم و المعتاد.

١٧٢ المادة ٦٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

١٧٣ توجد بعض المنافسات غير المشروعة المجرمة استناداً إلى قوانين أخرى كتقليد علامة تجارية مسجلة والتي تعد منافسة غير مشروعة وفي ذات الوقت تعد فعلاً مجرماً وفقاً لقانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، حيث نصت المادة ١١٣ "أنه مع عدم الأخلال بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهرين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين: ١. كل من زور علامة تجارية تم تسجيلها..".

لذا، فإن وصف المشرع للخطأ المشكل بالمنافسة غير المشروعة يطابق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي تقوم على توافر الخطأ في حق من يقوم بالخروج عن سلوك الشخص المألوف، فهي تعتبر في حد ذاتها أخطاء موجبة للمسؤولية - ولو لم يرتكبها المسؤول عمدا- حيث تجد دعوة المنافسة غير المشروعة أساسها القانوني في الفقرة الأولى من المادة ١٦٣ " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

ولم يحدد القانون بصفة دقيقة المنافسة غير المشروعة، و هذا طبعا يعود لصعوبة الأمر؛ لذا ترك المشرع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي؛ ليقدر ما إذا كان فعل معين يشكل مخالفة للعادات أي يخرج عن السلوك التجاري المعتاد و بالتالي يعد من أفعال المنافسة غير المشروعة أم لا.

فالمسؤولية الناشئة في حالة المنافسة غير المشروعة مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار المخالف للعادات و الأصول التجارية و القانون، وهو ما أقرته محكمة النقض^{١٧٤}، حيث أقرت أن تقليد العلامة التجارية " يمكن الاستناد إليه كركن في دعوى المنافسة التجارية غير المشروعة التي لا تخرج عن كونها دعوى مسؤولية عادية أساسها الفعل الضار".

وأوضحت المحكمة ذلك بأن " المنافسة التجارية غير المشروعة تعتبر فعلاً ضاراً يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه، عملاً بالمادة ١٦٣ من القانون المدني، ويعد تجاوزاً لحدود المنافسة غير المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف و الأمانة في المعاملات إذا قصد به إحداث لبس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بأحدهما متى كان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها".

الثاني: هو أن الحالات الواردة في هذه المادة جاءت كأمثلة لمخالفة العادات التجارية لا أكثر، حيث نصت في الفقرة الأولى منها على: " يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات و الأصول المرعية في المعاملات التجارية، و يدخل في ذلك - على وجه الخصوص - الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري ..."

١٧٤ الطعن رقم ٢٢٧٤ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢.

وإذا شكلت المنافسة غير المشروعة جريمة استنادا إلى قانون آخر كتقليد العلامة التجارية المسجلة الذي يعد فعلا مجرما بموجب قانون حماية الملكية الفكرية فإن القاضي المدني - فيما يتعلق بالتعويض- لا يتقيد بما ينتهي إليه القاضي الجنائي، فعلى سبيل المثال لو انتهى القاضي إلى عدم تجريم واقعة تجريم إحدى العلامات التجارية إما لأنها غير مسجلة أو لانقضاء القصد الجنائي، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بمسؤولية المقلد المدنية، ذلك أنه يكفي للحكم بالتعويض على صاحب العلامة أن تقام مسؤولية المقلد التصيرية على أساس الفعل الضار الذي يمثل منافسة غير مشروعة سواء كان خطأ المعتدي عمدياً أم غير عمدي؛ لأن فعل التقليد في حد ذاته يمثل خروجاً على سلوك الشخص المعتاد، فالمسؤولية المدنية هنا تشكل حماية أكثر اتساعاً من الحماية الجنائية.

كما يتمتع القاضي المدني في المنافسات غير المشروعة ليس فقط بتعويض الضرر الناجم عنها، بل وأن يقضي -فضلاً عن التعويض- بإزالة الضرر وينشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية مما يحقق فاعلية أكثر توفر ضمانات أكبر لمنع هذه الممارسات مستقبلاً.

وأخيراً، فإن المنافسة غير المشروعة تعد في ذاتها مخالفة يمكن لصاحب المصلحة أن يطالب بمنعها وذلك سواء ترتب عليها ضرر أو لم يترتب هذا، فيجوز رفع دعوى المنافسة غير المشروعة قبل وقوع الضرر، فعلى سبيل المثال يجوز لمالك العلامة التجارية أن يرفع الدعوى لمنع وقوع هذا الضرر برفع التشابه أو الخلط أو الالتباس بين علامته وغيرها من العلامات المشابهة.

المطلب الثاني

الضرر و التعويض عنه

كنا قد أوضحنا أن الممارسات الاحتكارية تختلف عن غيرها من الممارسات الضارة بالمنافسة في أنها كانت لا تعد بحد ذاتها ممارسات مخالفة للعادات التجارية، بل كانت في ذاتها تطبيقاً للممارسات الاحتكارية المحترفة التي يترتب عليها قدر كبير من الربح لمرتكبها وقدر كبير من الضرر لمنافسيه، وهذا الضرر هو السبب الأساسي الذي حدا بالتشريعات المختلفة إلى حظر الممارسات الاحتكارية لحماية لصغار المنافسين و لحرية التجارة.

وسوف نتناول فيما يلي الضرر الناتج عن الممارسات الاحتكارية كأحد أركان المسؤولية المدنية، ثم نتناول مقدار التعويض في حال توافرت جميع العناصر اللازمة لقيام مسؤولية مرتكب الممارسة الاحتكارية ومدى الحاجة لتطوير قواعد تقدير التعويض في مجال المسؤولية عن الممارسات الاحتكارية، و على ذلك ينقسم هذا المطلب إلى فرعين علي النحو التالي:

الفرع الأول: تحقق الضرر نتيجة الممارسة الاحتكارية.

الفرع الثاني: الحاجة إلى قواعد أكثر تشددا لمواجهة الخطأ العمدي المربح.

الفرع الأول

تحقق الضرر نتيجة الممارسة الاحتكارية

بالرجوع إلى القانون المصري، نجد أنه لم يكن حريصا على ربط الممارسات الاحتكارية المحظورة بالأثر الضار على المنافسة، فلم يربط المشرع تجريم الاتفاق المخالف بتحقيق الضرر من المنافسة سوي في المادة ٧ من القانون و الخاصة بالاتفاقات الرأسية الضارة، وهو ما ينطبق أيضا على قانون كلايتون - كقاعدة - حيث تعتبر الاتفاقات المحظورة غير مشروعة في حد ذاتها دون اشتراط توافر الاثر الضار^{١٧٥}. إلا أن المشرع المصري قد خفف من ذلك بأمرين:

١- **الأول:** أنه لا يمكن تحريك الدعوي الجنائية سوي من خلال جهاز حماية المنافسة، و هو يقدر أولا توافر الضرر على المنافسة قبل الإقرار بارتكاب الممارسة المحظورة.

٢- **الثاني:** النص في اللائحة التنفيذية على شرط توافر الضرر كشرط إضافي لبعض الممارسات المجرمة مثل المادة ٨ (هـ) من القانون، و التي جاءت المادة ١٣ هـ/ من اللائحة التنفيذية لتضيف شرطا آخر لتجريم هذا الفعل بأن يكون " ذلك على النحو الذي يؤدي إلى إضعاف القدرة التنافسية لبعضهم أمام البعض الآخر أو يؤدي إلى إخراج بعضهم من السوق".

وذلك على العكس من القوانين الأخرى، التي ربطت هذا الحظر بتحقيق الأثر الضار، و بألا يكون ذلك الأثر أثرا ضئيلا، مثال ذلك الفقرة ٣ من المادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢، كذلك فإن حظر الممارسات المقيدة في المادة 2-464.L من القانون الفرنسي يرتبط

١٧٥ أحمد الصاوي، الإطار القانوني لحظر الممارسات المقيدة للمناسبة، دراسة مقارنه في ضوء القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم المنافسة و التشريعات الأمريكية المقابلة له، بوابة الأبحاث، ٢٠١٥، ص ١٤.

بتحقيق الأثر الضار على الاقتصاد الفرنسي، و هو ما أكده تقرير مجلس حماية المنافسة الفرنسي في تقريره بخصوص مخالفات شركة Apple لقواعد حماية المنافسة^{١٧٦} و ذلك لتحقيق الموازنة ما بين حظر الممارسات الاحتكارية و أن يكون ذلك مقيدا بالقدر الضروري و اللازم لمنع الإضرار بالمنافسة، و ذلك حتى لا يعيق القانون الأنشطة الاقتصادية طالما أن أثرها محدود و هو الاستثناء الذي لم نجد له مثيلا في القانون المصري، و نهيى بالمشرع أن يتبناه^{١٧٧}.

ويرى الباحث أن المقصود هنا بتوافر الضرر هو المعيار العام للضرر، أي بوقوع ضرر على الاقتصاد القومي بشكل عام من مثل هذه الممارسات، و على ذلك فإنه - و على العكس من ركن الخطأ- فإن إقرار جهاز حماية المنافسة و من بعده المحكمة الجنائية بارتكاب الممارسة الاحتكارية المحظورة لا يفيد المدعي في دعاوي المسؤولية المدنية عن مثل هذه الممارسات؛ و ذلك لأن دعاوي المسؤولية المدنية تقوم على الضرر الشخصي للمطالب بالتعويض و لا محل لاختلاف المسؤولية المدنية عن الممارسات الاحتكارية عنها في القواعد العامة.

لذلك؛ فإننا لا نؤيد البعض فيما يراه من سهولة إثبات الضرر الناتج عن الممارسات الاحتكارية لكونه في الغالب ضررا ماديا اقتصاديا، خاصة في حالة ثبوت تجريم مرتكب الممارسة^{١٧٨}، فلا مجال للحديث عن قيام المسؤولية المدنية سواء لمرتكب الممارسة الاحتكارية، إلا إذا ترتب على هذه الممارسة ضرر حقيقي، حيث تتفق القوانين المختلفة على ذلك فلا يكفي ثبوت ارتكاب الممارسة الضارة، بل يلزم أيضا إثبات أن هذه الممارسة قد ترتب عليها ضرر للمدعي^{١٧٩}.

للمدعي^{١٧٩}.

176 Autorite de la concurrence, 'Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple', pg. 191. "Tenu compte pour apprécier l'effet des pratiques en cause lors de l'évaluation de l'importance du dommage à l'économie."

١٧٧ د. محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦، ص ٣٤٠.

178 Bruno DEFFAINS, 'VERS UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT DE LA CONCURRENCE', Revue d'économie industrielle, 131 | 3e trimestre 2010, pg.3

179 Kenneth Ewing, Steptoe & Johnson LLP, Private anti-trust remedies under US law, Cross Border, Competition 2006/07 Volume 1, p. 88

وهو ما تؤكدده محكمة النقض، إذ " المقرر - في قضاء محكمة النقض- أن مفاد نصوص المواد ١٦٣، ١٧٠، ٢٢١ من القانون المدني أن الضرر ركن من أركان المسؤولية و ثبوته شرط لازم لقيامها و القضاء تبعاً لذلك يستوى في إيجاب التعويض عن الضرر أن يكون هذا الضرر مادياً أو أدبياً^{١٨٠}.

كما أن الضرر هو أساس التعويض الذي يكون مرتكب الممارسة مسئولاً عن دفعه، فالمقرر أن التعويض - على نحو ما جاء بالمواد ١٧٠ و ٢٢١ و ٢٢٢ من القانون المدني - يحكمه مبدأ التعويض الكامل (full compensation)، أى أن التعويض الذي تقضى به المحكمة ينبغى أن يجبر كل ضرر مباشر محقق أصاب الدائن، مادياً كان أم أدبياً، و يشمل الضرر المادى ما لحق الدائن من خسارة (damnum emergens) و ما فاته من كسب (lucrum cessans) و غاية ذلك المبدأ إعادة الدائن إلى المركز الذي كان سيتمتع به لولا وقوع الخطأ^{١٨١}.

كما نجد المحكمة العليا الأمريكية في قضية Ltd. v. Matsushita Elec. Indus. Co. ^{١٨٢} Zenith Radio Corp ترفض الحكم بالتعويض لصالح المدعي عن ممارسة احتكارية ارتكبتها المدعي عليه لتثبيت الأسعار price fixing؛ وذلك لأنه على الرغم من ثبوت احتكارية المنافسة فإن المدعي لم يستطيع أن يثبت أنها تسببت له بالضرر بل على العكس حقق أرباحاً في هذه الفترة. وبالتالي فإنه لا يكفي إثبات ضرر عام على جميع العاملين في القطاع الاقتصادي نتيجة الممارسة الاحتكارية، بل يجب أن يثبت المدعي المطالب بالتعويض أن تلك الممارسة قد ترتب عليها ضرر خاص عليه.

فثبوت وقوع ضرر خاص لطالب التعويض هو أمر حتمي - و إن كان يمكن دعمه بقرائن تسهل إثباته- حيث نجد المحكمة العليا الأمريكية في قضية Associated General Contractors of California, Inc. v California state council of carpenters) ^{١٨٣} AGCC التي طالبت فيها رابطة المقاولين بتعويض من أحد مرتكبي الممارسات الاحتكارية

١٨٠ الطعن رقم ٨٧٣١ لسنة ٨٢ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٦/٥/١٤.

١٨١ الطعن رقم ٨٦٨٠ لسنة ٨٢ قضائية، الدوائر التجارية - جلسة ٢٠١٨/٥/٨.

182 Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 US 574 (1986)

183 ASSOCIATED GENERAL CONTRACTORS OF CALIFORNIA, INC., Petitioner v. CALIFORNIA STATE COUNCIL OF CARPENTERS and Carpenters Northern Counties Conference Board et al, 459 U.S. 519.

وفقا للمادة ٤ من قانون كلايتون، حيث لم تكثف المحكمة بمجرد وقوع الممارسة وثبوت الضرر العام بل رفضت الأخذ بثبوت الضرر لمجرد وقوع المدعي ضمن المجموعة الاقتصادية المفترض تعرضها للضرر من جراء الممارسة الضارة بالمنافسة¹⁸⁴ target area، وقد بررت المحكمة القول بعدم وقوع الضرر بأن الاتحاد – المدعي – ليس مستهلك أو شخص متنافس was neither a nor a competitor consumer و بالتالي لم يقع عليه ضرر محدد، فتعارض مصالح الاتحاد مع الممارسة الاحتكارية هو مجرد احتمالية غير مؤكدة، وبالتالي فقد وضعت المحكمة في الحكم السابق قيد ضرورة وقوع ضرر حقيقي، والذي يسهل منه أن يكون المطلوب هو أحد المتعاملين في السوق محل الممارسة market participant أي مستهلك أو شخص منافس، إلا أن ذلك لا يعني اقتصار الضرر على المنافسين والمستهلكين، ففي قضية Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kansas Inc¹⁸⁵، حيث أقرت المحكمة أن كون المدعي من غير المشاركين في السوق المعنية – أي لذات نوع النشاط- لا ينفي إمكانية إثبات الضرر الذي يحدث بشكل متكامل بين الصناعات المختلفة الذي يجب التعويض عنه إن كانت الممارسة احتكارية.

وفي قضية Inc، Brunswick Corp v. Pueblo Bowl-O-Mat حيث ادعت بعض مراكز البولنج أن شركة Brunswick (برونزويك)، التي كانت واحدة من أكبر شركتين لتصنيع معدات البولنج في البلاد، والتي كانت أكبر مشغل لمراكز البولنج، انتهكت أحكام مكافحة الاندماج في المادة ٧ من قانون كلايتون و طالبوا بالتعويض الثلاثي، نجد المحكمة تقرر أنه يجب للحكم بالتعويض أن يثبت المدعي أن الأثر الاحتكاري الناتج عن المخالفة anticompetitive effect قد انعكس عليه بأن تسبب في حدوث ضرر له antitrust injury.

184 The "target area" test asked whether the plaintiff was within the are of the economy endangered by a breakdown of competitive conditions caused by the antitrust violation. For more see C. Douglas Floyd، Antitrust Victims without Antitrust Remedies، Minnesota Law Review، 1997، p.8.

185 Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kansas، Inc، 497 U.S. 1005 (1990).

وقد أكدت المحكمة على تطلب توافر الضرر الاحتكاري antitrust injury في حكم آخر في قضية ¹⁸⁶ Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co. و الذي لا يتوافر حتى يثبت تأثر المدعي سلبا adversely affected من جراء الممارسة الضارة، فيجب أن يتوافر ضرر فعلى أصاب المدعي من الممارسة الاحتكارية¹⁸⁷.

فصعوبة إثبات الضرر من أكبر المعوقات أمام قيام المسؤولية المدنية لمرتكب الممارسة الضارة، فكما قررت المحكمة العليا الأمريكية في قضية Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc¹⁸⁸ بدون القدرة على إثبات الضرر و ببقائه احتماليا speculative تفقد دعوي التعويض أساسها و تبقي كذلك حتى يصبح الضرر قابلا للإثبات provable.

ويضاف إلى صعوبة إثبات الضرر، ضخامة نفقات الدعوي، و هنا يأتي دور جهاز حماية المنافسة و الأجهزة المعاونة في مساعدة المضرورين، و هو ما قد يأخذ شكل الدعاوي الجماعية من متضررين متعددين من نفس الممارسة¹⁸⁹.

لذلك؛ فإننا ندعو المشرع المصري إلى تعديل قانون حماية المنافسة لإعطاء جهاز حماية المنافسة دورا مشابها لدور جهاز حماية المستهلك فيما يتعلق بمساعدة المضرورين من الممارسات الاحتكارية في رفع دعاوي التعويض و كذلك اتخاذ الاجراءات الجماعية ضد مرتكب الممارسات ذات الأثر الضار المتعدد.

الفرع الثاني

الحاجة إلى قواعد أكثر تشددا لمواجهة الخطأ العمدي المربح

سبق أن أوضحنا أن أحد الأسباب الرئيسية التي تدعو إلى تطوير قواعد المسؤولية المدنية فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الاحتكارية هو كون الممارسات

186 Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co. 495 U.S. 328 (1990).

"Antitrust injury does not... until a private party is adversely affected by an anticompetitive aspect of the defendant's conduct...."

187 Kenneth Ewing، Steptoe & Johnson LLP، Private anti-trust remedies underUS law، Cross Border، Competition 2006/07 Volume 1، p. 88.

188 Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc.، 401 US 321 (1971)

189 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES، WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules، Brussels، 2.4.2008 COM (2008) 165 final، p. ٤.

الاحتكارية أخطاء عمدية تحقق أرباحا ضخمة لمرتكبيها و هو ما يجعلها تنتمي لطائفة الأخطاء المسماة بالأخطاء الربحية.

ويمكن تعريف الأخطاء الربحية بأنها " الأخطاء التي ترتكب عمدا من أجل تحقيق الربح مع إدراك إمكانية تسببها في إحداث الضرر للغير " ويستوي في ذلك أن تكون هذه الأخطاء عقدية أو تقصيرية، طالما أن الهدف منها هو تحقيق الأرباح¹⁹⁰ ومن أوضح الأمثلة للأخطاء الربحية تلك الأخطاء التي ترتكبها الشركات عمدا لتحقيق المزيد من الأرباح، ويترتب عليها الإضرار بالمستهلك، بالبيئة، أو بالمنافسة الحرة.

والحقيقة أنه سواء في القانون المصري أو القانون الفرنسي، لا يوجد تنظيم خاص بالأخطاء الربحية، إذ تحكمها القواعد العامة للمسئولية المدنية بحصول الضرور على التعويض الكامل المتمثل فيما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب.

كما يرى بعض الفقه¹⁹¹ - مع قبوله بأن القانون المدني يمثل الشريعة العامة التي تطبق لملا مواضع النقص في القوانين الخاصة - أن قواعد القانون المدني وخاصة قواعد المسؤولية المدنية تحتاج المزيد من التعديل في ظل التطورات الكبيرة للنظم الاقتصادية، وذلك فيما يتعلق بالمسئولية عن الأخطاء الربحية.

ويرى البعض ضرورة وضع قواعد واضحة للأهداف الربحية، و ذلك تلافيا لترك التقدير الواسع للأحكام القضائية، مما قد يغير النتيجة من قضية لقضية بحسب قناعة القاضي بسبب نوع من عدم اليقين القانوني¹⁹².

بالإضافة إلى أن قواعد التعويض العادية قد لا تكون كافية لردع مرتكب الأخطاء الربحية، بل يجب أن يكون التعويض في كل الحالات أكبر من مقدار الربح الذي يمكن أن يعود على مرتكب

190 Alexandre court de fontmichel، la sanction des faute lucrative par les dommages، interest punitifs et le droit francias، revue de droit uniform، December 2005، p 737.

191 Aurélie BALLOT-LÉNA، « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français »، Pratique des affaires et règles juridiques: Influences، limites، 2016، p.2.

192 Dominique NORGUET، Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile، Présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise، A Chambre de commerce et d'industrie de Paris، janvier 2012، p.4.

الممارسة المخالفة^{١٩٣}، ومن قبيل ذلك فالأخطاء الربحية التي تنتهجها الصحف بانتهاك الحياة الخاصة للأشخاص العامة اعتمادا على اقتصار الضرر وفقا للقواعد العادية على الجانب المعنوي، والذي يعرض عنه غالبا بمبالغ ضئيلة لا تتناسب مع حجم المكاسب التي تحققها هذه الصحف من الانتهاكات^{١٩٤}.

ولذلك، نادي الفقه بمواجهة الأخطاء الربحية بتعويضات عقابية تتناسب مع قدر الربح العائد من الخطأ على مرتكبه، و من ذلك ما جاء في تقرير كاتلا، و الذي تضمن العديد من التعديلات للقانون المدني الفرنسي، و الذي كان من المشروعات التي أدت إلى التعديلات الهائلة في القانون المدني الفرنسي عام ١٩٥٢^{١٩٦}، حيث قرر المشروع أهمية التركيز على الأخطاء الربحية و تعديل القواعد الحالية، حيث يمكن أن يكون التعويض عن الأخطاء الربحية تعويضا عقابيا يعطي جزئيا للخزانة العامة و لا يسمح بالتأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الربحية^{١٩٦}.

وفي النظام الانجليزي، نجد إقرارا لضرورة ارتفاع التعويضات عن الأخطاء المربحة العمدية عن مقدار التعويض الكامل، حيث نجد العديد من القضايا الانجليزية الخاصة بالأخطاء الربحية بوجه عام، والتي حكم فيها بالإضافة إلى تعويض الأضرار بالحكم باسترداد الأرباح، ومثال ذلك قضية Attorney General v. Blake حيث كان جورج عميلا مزدوجا لبريطانيا والاتحاد السوفيتي، وعند اكتشافه وسجنه في بريطانيا نجح في الهرب وكتابة كتاب يخرق بند السرية المتفق

193 Godefroy de Moncuit de Boisguillé، la faute lucrative en droit de la concurrence، Concurrences antitrust publications، 2020، pgs 5- 7.

١٩٤ د. **ظافر حبيب جبارة**، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ٨.

١٩٥ د. **محمد حسن قاسم**، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨، ص ٧.

196 RAPPORT CATALA des modifications du droit civile 2005، Dominique NORQUET، Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile، Présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise، A Chambre de commerce et d'industrie de Paris، janvier 2012، p. ١٦٢.

“Art. 1371 L'auteur d'une faute manifestement délibérée، et notamment d'une faute lucrative، peut être condamné، outre les dommages-intérêts compensatoires، à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.”

عليه مع المخابرات البريطانية حقق به الكثير من الأرباح^{١٩٧}، و بالتالي لم تكثف المحكمة بالاعتماد على جبر الضرر إذا وجد، بل قررت صراحة الحكم برد ما كسبه جورج من أرباح من خلال انتهاكه للاتفاق المبرم مع المخابرات البريطانية.

وكذلك قضية *Esso Petroleum Co Ltd v. Niad Ltd* والتي تتلخص في أن شركة إيسوبتروليم تعاقبت مع أحد الموزعين، وتضمن الاتفاق التزام الموزع بالسعر الذي تحدده الشركة، إلا أنه باع بأعلى من هذا السعر واحتفظ بالربح لنفسه، فرفعت عليه الشركة دعوي تعويض عن هذه المخالفة وحكمت لها المحكمة بالتعويض محسوبا على أساس الربح الذي حققه الموزع وليس على أساس الضرر، حيث أمرت المحكمة برد جميع الأرباح التي حققها الموزع من مخالفة الاتفاق إلى الشركة^{١٩٨}.

وبتطبيق ما سبق على الممارسات الاحتكارية، فإنها بالتأكد أخطاء مريحة عمدية؛ لذلك نجد أن قانون كلايتون الأمريكي *clayton antitrust act* قد حارب الممارسات الاحتكارية باعتبارها أخطاء ربحية و ذلك في المادة ١٥ منه على منح المضرور ثلاثة أضعاف التعويض الجابر للضرر الذي أصابه نتيجة أي من الممارسات الضارة المحظورة بموجب قوانين الاحتكار^{١٩٩}. بل ونجد الكتابات الأمريكية تتادي برفع التعويضات عن الممارسات الاحتكارية لتحقيق الردع المطلوب إلى الحد الذي دفعها إلى أن تطالب بزيادة التعويض من ثلاثي *treble damage* إلى عشرة أضعاف *tenfold damage*^{٢٠٠}.

197 *Attorney General v. Blake and Another*, HOUSE OF LORDS, 27th July, 2000.

198 *Esso Petroleum Co Ltd v. Niad Ltd*, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL, 22nd November 2001.

199 Sec. 15. "Suits by persons injured (a) Amount of recovery; prejudgment interest

Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee".

200 Herbert J. Hovenkamp, *A Primer on Antitrust Damages*, Penn Law, February, 2011, p.٢ .

أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي Commission Of The European Communities فإننا نجد المفوضية الأوروبية أوضحت أن التعويض الكامل الجابر للضرر هو الحد الأدنى الذي يمكن للقاضي الحكم به وبالتالي يمكن للقاضي أن يحكم بأعلى من ذلك، على أنه يجب أن توضح القوانين الوطنية بالاتحاد أسسا واضحة لذلك لتحقيق اليقين القانوني^{٢٠١}، وهو نفس ما كررته المفوضية في تقرير آخر لها، إلا أنها شددت على إمكانية مضاعفة التعويضات عن الأضرار الناشئة عن الممارسات الاحتكارية الصادرة من كارتل- وذلك لخطورة الاتفاقات الناشئة من الكارتيلات وضخامة الأرباح الناشئة عنها، كما سنري فيما بعد- على أن يكون ذلك متروكا للسلطة التقديرية للمحكمة^{٢٠٢}.

ومن جانبنا، وإن كنا نري أنه وبلا شك يجب اللجوء إلى قواعد المسؤولية المدنية بشكلها الحالي للأسباب السابق الإشارة إليها لسد أي نقص في القواعد التي تحكم العقود و المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الاحتكارية، إلا أننا نؤيد تعديل قواعد المسؤولية في القانون المدني، لتتضمن قواعد خاصة بالمسؤولية عن الأخطاء العمدية التي تدر ربحا لمرتكب الخطأ، فكما يري بعض الفقه الأمريكي^{٢٠٣} فإن تشديد التعويضات أو ما يسمى بالتعويض الثلاثي وما يسببه من مجاوزة التعويض للربح الذي قد يحصل عليه مرتكب الممارسة الاحتكارية هو وسيلة فعالة لتحقيق الردع في هذا المجال، ونحن وإن كنا نؤيد تعديل طريقة حساب التعويض على الأخطاء المرعبة العمدية إلا أننا نري أنه يجب أن يظل الأمر متروكا للقاضي ليكون الحكم بزيادة مقدار التعويض عن مقدار التعويض الكامل أمرا جوازيا، ويؤيد ذلك ما يراه بعض الفقه الأمريكي

201 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 2.4.2008 COM (2008) 165 final, p.٨

202 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, GREEN PAPER, Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672 final, p٧.

203 Herbert J. Hovenkamp, 'A Primer on Antitrust Damages', Penn Law review, ٢٠١١, p.3.

أن التعويض بهذا الشكل ورغم أنه تعويض مدني قد يحقق ردعا زائدا يتجاوز تحقيق الهدف ويصل إلى تقييد الممارسات التجارية الفعالة^{٢٠٤}.

لذلك نري ضرورة تعديل النصوص الخاصة بمقدار التعويض في حالة الأخطاء الربحية بصورة عامة، لتتص صراحة على أنه إذا كان الخطأ قد ارتكب عمدا لتحقيق ربح متوقع مع إدراك احتمالية الأضرار بالغير؛ فإن التعويض بصورة تتناسب مع الربح و ليس بحسب الضرر الناتج عن الخطأ. و نظرا لما تسببه الممارسات الاحتكارية من أضرار للاقتصاد القومي؛ فإننا نري أنه يجب السماح لجهاز حماية المنافسة برفع دعاوي المسؤولية و التدخل بها للحصول على تعويضات تأديبية تعطي جزئيا للخزانة العامة للمساهمة في نفقات محاربة الممارسات الاحتكارية الضارة و رفع آثارها الضارة على الاقتصاد القومي.

الفصل الثالث

بطلان الاتفاقات المجرمة لإضرارها بالمنافسة

يتناول **المبحث الأول** من هذا الفصل بطلان الاتفاقات الضارة بالمنافسة في الأنظمة القانونية المختلفة والحق في المطالبة بهذا البطلان، بينما يتناول **المبحث الثاني** مدي إمكانية تطبيق نظريه انتقاص العقد وتعديل الشروط غير العادلة.

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: بطلان الاتفاقات الاحتكارية في الأنظمة القانونية المختلفة.

المبحث الثاني: انتقاص العقد و المسؤولية عن أضرار البطلان.

المبحث الأول

بطلان الاتفاقات الاحتكارية

نتناول في هذا المبحث نصوص الاتفاقات الاحتكارية المحظورة والقاعدة العامة في بطلانها، وذلك في المطلب الأول، ثم نتناول في المطلب الثاني بطلان الاتفاقات الاحتكارية في الأنظمة

204 C.Douglas Floyd، Antitrust Victims without Antitrust Remedies: The Narrowing of Standing in Private Antitrust Actions، Minnesota Law Review، 1997، p 5، 6.

القانونية المختلفة، و التي جاءت واضحة في القوانين الأجنبية غير مقترنه بشرط، على عكس القانون المصري لحماية المنافسة وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الاتفاقات الاحتكارية المحظورة و بطلانها.

المطلب الثاني: بطلان الاتفاقات الاحتكارية في الأنظمة القانونية المختلفة.

المطلب الأول

الاتفاقات الاحتكارية المحظورة و بطلانها

نتناول في هذا المطلب الاتفاقات المحظورة في الفرع الأول، ثم نتناول في الفرع الثاني من

هذا المطلب القاعدة العامة في إبطالها، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الاتفاقات الاحتكارية الباطلة.

الفرع الثاني: القاعدة العامة في إبطال الاتفاقات الاحتكارية.

الفرع الأول

الاتفاقات الاحتكارية الباطلة

حظرت جميع قوانين حماية المنافسة بعض الاتفاقات التي اعتبرتها ممارسات ضارة بالمنافسة إما لكونها احتكارية أو لكونها تقييدية للمنافسة، سواء في القانون المصري أو القوانين الأجنبية، والفارق بينهم يكمن في أنه بينما وردت الاتفاقات الاحتكارية المحظورة حصرا في القانون المصري وبالتالي لا يجوز التوسع في حظرها ولا القياس على الاتفاقات المحظورة المنصوص عليها، جاءت هذه الاتفاقات المحظورة على سبيل المثال في معظم قوانين حماية المنافسة الأجنبية مثل القانون الاتحادي و الأمريكي كما سبق أن أوضحنا^{٢٠٥}.

وفي القانون المصري، تضمنت جميع المواد الخاصة بحظر الممارسات الاحتكارية والتقييدية للمنافسة إيرادا لاتفاقات محظورة، حيث جاءت المادة ٦ من القانون المصري لتحظر صراحة أي اتفاق أو تعاقد بين أشخاص متنافسة في أي سوق - ولو لم تكن لهم سيطرة على هذا السوق- إذا كان من شأنه إحداث رفع أو خفض أو تثبيت للأسعار، أو اقتسام المنتجات أو تخصيصها، أو

٢٠٥ في الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول.

التنسيق فيما يتعلق بدخول أو الامتناع عن دخول المناقصات و المزايدات، أو تقييد عمليات التصنيع أو التوزيع أو التسويق للسلع و الخدمات.

كما حظر المشرع صراحة في المادة ٧ من ذات القانون الاتفاق أو التعاقد بين الشخص و أي من مورديه أو من عملائه، إذا كان من شأنه الحد من المنافسة.

وأخيرا، جاءت المادة ٨ لتحظر علي من تكون له سيطرة على سوق معينة القيام ببعض الممارسات، و قد تضمنت هذه الممارسات المحظورة بعض الاتفاقات، و ذلك في الفقرات ب، د، هـ، ز، ح، ط ٢٠٦.

ويشمل الحظر الاتفاقات و التعاقدات بحسب المادة (١١) من اللائحة التنفيذية، سواء كانت مكتوبة أو شفوية.

الفرع الثاني

القاعدة العامة في إبطال الاتفاقات الاحتكارية

الحقيقة أن قوانين حماية المنافسة في جميع القوانين، سواء القانون المصري أو القوانين الأجنبية هي قوانين آمرة يجب الالتزام بها، بل و في الغالب تكون العقوبة على مخالفة هذه القوانين عقوبة جنائية.

ويترتب على ما سبق وفقا للقواعد العامة، بطلان كافة الاتفاقات الاحتكارية المحظورة بموجب هذه القوانين ولو لم يرد نص خاص صريح بذلك في قانون حماية المنافسة ذاته؛ وذلك إما لعدم مشروعية محل الاتفاق أو لعدم مشروعية السبب وراء الاتفاق.

وعلى الرغم من ذلك، حرصت القوانين المختلفة على التأكيد على بطلان الاتفاقات الاحتكارية صراحة في قوانين حماية المنافسة، كما سنري في المطلب التالي.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن تقدير ثبوت انتهاك الاتفاق للحظر الوارد في قانون حماية المنافسة هو أمر لازم للجزم ببطلان هذا الاتفاق، سواء جاء حظر هذا الاتفاق ضمن الاتفاقات المحظورة صراحة أو قدر القاضي إضرارها بالمنافسة رغم عدم ورودها صراحة، وذلك في القوانين التي تأتي فيها الممارسات الاحتكارية المحظورة على سبيل المثال.

٢٠٦ مستبدلة بقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠١٤، الجريدة الرسمية العدد ٢٦ مكرر (٥)، في ٢ يوليو ٢٠١٤.

المطلب الثاني

بطلان الاتفاقات الاحتكارية في الأنظمة القانونية المختلفة

نتناول في هذا المطلب بطلان الاتفاقات الاحتكارية في الأنظمة القانونية المختلفة و التي جاءت واضحة غير مقترنة بشرط على عكس القانون المصري لحماية المنافسة، و ذلك في مطلبين:

الفرع الأول: بطلان الاتفاقات الاحتكارية في القوانين الأجنبية.

الفرع الثاني: البطلان في قانون حماية المنافسة المصري.

الفرع الأول

بطلان الاتفاقات الاحتكارية في القوانين الأجنبية

على الرغم من كون جميع الاتفاقات الاحتكارية المحظورة بموجب قانون حماية المنافسة باطلة وفقا للقواعد العامة دون حاجة لنص صريح، إلا أن جميع القوانين المختلفة قد حرصت على التأكيد على بطلان الاتفاقات الاحتكارية صراحة في قوانين حماية المنافسة.

و بالرجوع للقانون الفرنسي، نجد أن المادة ٤٢٠-١ قد حظرت الاتفاقات و التشاورات الصريحة أو الضمنية، و التحالفات و الاتحادات، و التي يكون موضوعها أو أثرها المنع أو القصر أو التقييد للمنافسة في السوق، كما نجد أنه قد قرر بطلان جميع الاتفاقات و الشروط الضارة بالمنافسة و ذلك في المادة 3-420 L ، و التي نصت على أن " أي التزام أو اتفاق أو بند تعاقدي يتعلق بممارسة محظورة بموجب المواد 1-420 L و 2-420 L و 1-420 L و 2-420 L. و 2-420 L يعد باطلاً." و يلاحظ هنا أن البطلان بطلان مطلق غير مشروط.

أما بالنسبة للقانون الأمريكي، فقد نص قانون كلايتون Clayton Antitrust Act في المادة الثامنة صراحة على مخالفة الشروط الضارة للنظام العام و على كونها باطلة بطلانا مطلقا^{٢٠٧}.
أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي، فقد نصت المادة ٨١ من اتفاقية روما ١٩٥٧ Rome convention على أنه " تحظر كل الاتفاقات بين المشروعات...و التي يكون من شأنها أن تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء بهدف منع أو قصر المنافسة في السوق".

207 Section 8 Clayton Antitrust Act.

و بعد إيراد الممارسات التي تعد أمثلة للإضرار بحرية التجارة, نصت المادة ٨١ (٨٥ سابقا) على أنه " تعتبر أي اتفاقيات أو قرارات محظورة بموجب هذه المادة باطلة تلقائياً" كما نصت معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي 2012 Treaty on the Functioning of the European Union على حظر الممارسات التقييدية للمنافسة في المادة ١٠١ في الفقرة الأولى، ثم نصت على بطلان الاتفاق المخالف في الفقرة الثانية من ذات المادة^{٢٠٨} ، وقد جاء نص المادة صريحا في التأكيد على البطلان التلقائي automatically void للاتفاق المخالف, مما يؤكد قطعا أن البطلان هنا هو بطلان مطلقا لا بطلان نسبي يخضع لتكييف أجهزة الرقابة أو المحكمة المختصة. ويلاحظ على هذه النصوص أنها أوردت البطلان صراحة بمجرد توافر وصف المخالفة في الاتفاق، دون أن تربط ذلك بأي شرط آخر، وهو ما قد يخالف الظاهر من قانون حماية المصري كما سنري.

الفرع الثاني

بطلان الاتفاقات الاحتكارية في قانون حماية المنافسة المصري

جاءت المادة ٢٠ من ذات القانون " على الجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد ٦، ٧، ٨، من هذا القانون تكليف المخالف تعديل أوضاعه و إزالة المخالفة فورا، أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز، و إلا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف باطلا". وقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠١٤، حيث كانت صياغة هذه المادة قبل التعديل " " على الجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد ٦ ، ٧ ، ٨ من هذا القانون تكليف المخالف تعديل أوضاعه و إزالة المخالفة فورا، أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز و إلا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف للمادتين ٦ ، ٧ من هذا القانون باطلا". وقد أحسن المشرع بتعديل هذه المادة لتشمل جميع الاتفاقات الضارة بالمنافسة أيا كان نوعها، فلا مجال للترقية بين الاتفاقات المحظور ممارستها بشكل عام وفقا للمواد ٦ ، ٧ و الاتفاقات المحظورة قصرا على من تكون لهم سيطرة على السوق بالمادة ٨، فجميع هذه الاتفاقات تنتق في علة الحظر و هي الإضرار بالمنافسة.

208 Article 101 "Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void".

إلا أنه بالرجوع إلى المادة ٢٠ من القانون المصري، فإن ظاهرها يوحي بأن القانون لم يربط
البطلان مباشرة^{٢٠٩} بمجرد انطواء الاتفاق على مخالفة لمواد قانون منع المنافسة، وإنما اشترط
لتقرير البطلان توافر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: هو ثبوت وقوع مخالفة لأحد الأحكام الواردة في المادة ٦، ٧، ٨.

الشرط الثاني: هو تكليف الجهاز للمخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً، أو خلال
فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز.

الشرط الثالث: وهو عدم قيام المخالف بتنفيذ تكليف الجهاز بتعديل أوضاعه وإزالة
المخالفة خلال المدة المحددة، و هنا تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من عدم ذكر الشرط الثالث
صراحة في نص المادة إلا أنه وفقاً لقواعد تفسير النصوص القانونية، يعد هذا الشرط شرطاً بديهياً
مطلوباً بالضرورة لتكملة معني النص و المعني المطلوب^{٢١٠}.

فلا يمكن أن يستقيم المعني بربط بطلان الاتفاقات بالتكليف، بأن يكون المعني هو تكليف
الجهاز للمخالف تعديل أوضاعه.... و **الإلزام** الاتفاقات المخالف باطلاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى القول
بأن صحة أو بطلان العقد تعتمد على حدوث صدور التكليف بالتعديل، فإذا ثبتت المخالفة و لم
يكلف الجهاز المخالف بالتعديل كان العقد باطلاً و العكس، و ذلك بالإضافة لمخالفته بالمنطق،
فإنه يوحي بوجود اختيار للجهاز بالقيام بالتكليف من عدمه، و هو يخالف المادة ١١ من ذات
القانون، التي تحدد اختصاصات هذا الجهاز و التي نصت في فقرتها الرابعة " ٤ - اتخاذ التدابير
المنصوص عليها في المادة ٢٠ من هذا القانون " مما يعني أنه بمجرد ثبوت مخالفة الاتفاق
للمواد ٦، ٧، ٨ فإن من واجبات الجهاز اتخاذ التدابير التي نصت عليها المادة ٢٠، و التي
جاءت بصيغة الإلزام فيما يتعلق بالتكليف (على الجهاز عند ثبوت مخالفة تكليف
المخالف تعديل أوضاعه...) و لو كان للجهاز الاختيار في ذلك لجاءت بصيغة التخيير كما

٢٠٩ و هو ما توحى به صياغة المادة على العكس من القوانين الأخرى مثل قانون حماية المنافسة
الجزائري الذي نص في المادة ١٣ من الأمر ٠٣، ٠٣ على ما يلي: "دون الإخلال بأحكام المادتين ٨
و ٩ من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة
بموجب المواد ١٢ و ١١، ١٠، ٧، ٦ " و من خلال نص المادة يتبين لنا أن البطلان الوارد يخص كل
من الاتفاقات المحظورة في القانون و بصورة مباشرة.
٢١٠ و المعني المطلوب هو المعني الذي لا يستقيم النص بدون. للمزيد انظر د. أحمد شرف الدين،
المدخل لدراسة القانون باللغة الانجليزية، بدون ناشر، ٢٠٠٨، ص ١٣٥.

جاءت الفقرة الثانية من ذات المادة (و للمجلس بأغلبية أعضائه أن يصدر قرارا بوقف الممارسات...) والذي يعني أن على المجلس القيام بالتكليف فور ثبوت المخالفة و إلا أصبح المجلس ذاته مخرجا بواجباته، و لذلك لا محل لتفسير معنى المادة ٢٠ على النحو السابق. والحقيقة أننا نرى أنه لا يمكن ربط البطلان بالتكليف وإزالة المخالفة من عدمها؛ وذلك لأن قانون حماية المنافسة هو أحد القوانين المعاقب عليها جنائيا والمتعلقة بالنظام العام، وبالتالي يترتب البطلان المطلق للاتفاق المخالف تلقائيا، فالعقد الباطل معدوم أي أنه هو والعدم سواء^{٢١١}. يؤكد ذلك قرار الجهاز في إحدى المخالفات للمادة ٦/أ- يوم ١٢ أغسطس ٢٠١٨ حول اتفاق أصحاب مصانع الطوب الطفلي المخالف على رفع أسعار الطوب الطفلي نتيجة لزيادة أسعار الوقود التي أعلنتها الدولة يوم السبت الموافق 16 يونيو 2018 حيث اتخذ الجهاز في ذات القرار الآتي:

- بطلان الاتفاق المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠١٨.

- تكليف الجمعية التعاونية الإنتاجية لتصنيع مواد البناء و أصحاب مصانع الطوب الطفلي بعدم الاستمرار في تنفيذ الاتفاق و تعديل أوضاعهم بإزالة المخالفة فوراً^{٢١٢}. وهو ما يعني عملا أن يكون البطلان مترتبا على التكليف بإزالة المخالفة، و نرى أن ذلك ينطبق سواء كان الاتفاق بأكمله مخالفا أو ينطوي على شرط واحد مخالف. لذلك نقترح تعديل صياغة المادة لتكون أكثر وضوحا بحيث لا يربط المشرع بطلان الشرط المخالف للقانون بأمر آخر كتكليف الجهاز المخالف بالتعديل، بحيث يكون نص المادة: " أي التزام أو اتفاق أو بند تعاقدي يتعلق بممارسة محظورة بموجب المواد ٦، ٧، ٨ يعد باطلاً". كما يمكن الاستغناء عن هذه المادة و ترك الأمر للقواعد العامة للعقود في القانون المدني المصري، حيث يشترط لصحة العقود مشروعية محل التزام أطراف الاتفاق، و ذلك حيث نصت المادة ١٣٥ " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الأداب كان العقد باطلاً".

٢١١ و قد أكدته أحكام النقض حيث قررت " مؤدي البطلان المطلق للعقد أن يصبح معدوما فلا ترد عليه الإجازة أو التصحيح " الطعن رقم ٢٦٣٥ لسنة ٧٥ قضائية، جلسة ٢٠١٤/٥/٢٠/٢٠١٤. ٢١٢ جهاز حماية المنافسة، التقرير السنوي ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢٥.

فتتمثل مشروعية المحل في عدم مخالفة محل الالتزام لنص أمر، أو مخالفته للنظام العام، أو الأداب العامة، سواء كان عملا إيجابيا، أو امتناعا عن عمل، فتحديد مشروعية أو عدم مشروعية الأعمال بنوعيتها يتحدد وفقا لموقف المشرع و النظام العام^{٢١٣}، فلا تجوز مخالفة القوانين الجنائية- ومنها قانون حماية المنافسة- باتفاقات خاصة؛ لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام^{٢١٤}.

المطلب الثاني

سلطة الإبطال و الإضرار بالغير حسن النية

نتناول في هذا المطلب السلطة المنوطة بتقرير بطلان الاتفاقات الاحتكارية و ذلك في الفرع الأول من هذا المطلب، ثم نتناول أثر الإقرار بالبطلان المطلق للاتفاقات الاحتكارية على الغير حسن النية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

سلطة الإبطال

الاتفاقات التي تتناول الممارسات المحظورة تعد في ذاتها اتفاقات مخالفة للنظام العام، و بالتالي فإنها باطلة بطلانا مطلقا، فالاتفاق الاحتكاري باطل بطلانا مطلقا و ذلك دون الحاجة إلى تدخل جهاز منع المنافسة، حيث يمكن لأي من الطرفين و للغير إذا كانت له مصلحة أن يتمسك ببطلان هذا الاتفاق، بل و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها^{٢١٥}. كما يجوز لجهاز حماية المنافسة المطالبة بإبطال الاتفاق المخالف.

والأصل أن القضاء هو المنوط بالكشف عن البطلان المطلق للاتفاقات المخالفة، إلا أننا نجد أن جهاز حماية المنافسة -وبالمخالفة لذلك- قد تصدى عملا لاتخاذ قرارات البطلان للاتفاقات المخالفة.

٢١٣ أ.د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٣٣٦، ٣٣٧.
٢١٤ عبد الرزاق السنهوري، تنقيح م. أحمد مدحت المراغي، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مشروع مكتبة المحامي، ٢٠٠٧، ص ٣٤٠.
٢١٥ حيث نصت مادة ١٤١ من القانون المدني المصري: ١- إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة ٢- وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد.

ومن ذلك قرار الجهاز السابق الإشارة إليه بشأن مخالفة الاتفاق بين أصحاب مصانع الطوب الطفلي على رفع أسعار الطوب الطفلي للمادة ٦/أ، حيث انتهى مجلس إدارة الجهاز بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٢ أغسطس ٢٠١٨ إلى بطلان الاتفاق المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠١٨^{٢١٦}.
وقد نشر قرار الجهاز في الجريدة الرسمية^{٢١٧} تحت عنوان " التدابير الإدارية في قطاع الطوب الطفلي" حيث جاء في المادة ٢ من القرار " بطلان الاتفاق المؤرخ في ٢ يونيو ٢٠١٨ و تكليف الجمعية التعاونية الإنتاجية لتصنيع مواد البناء و أصحاب مصانع الطوب الطفلي بعدم الاستمرار في تنفيذه و تعديل أوضاعهم بإزاله المخالفة فوراً".

وقد استمد الجهاز سلطته في هذا الشأن من المادة ١١ الفقرة الرابعة، و التي نصت على سلطته في " اتخاذ التدابير المنصوص عليها في المادة ٢٠". و يبدو أن الجهاز لم يكتف باعتماد التكليف بالتعديل و إزالة المخالفة و وقفها تدابير إدارية^{٢١٨}، حيث حرصت المادة ٢٠ على إيضاح سلطة الجهاز في اتخاذ قرارات بشأنهم صراحة "على الجهاز عند ثبوت مخالفة... تكليف المخالف بتعديل أوضاعه و إزالة المخالفة... و للمجلس أن يصدر قرارا بوقف الممارسات...". إلا الجهاز أيضا قد قرر اعتبار تقرير البطلان أحد التدابير التي يمكنه اتخاذها على الرغم من ورود البطلان عاما دون إعطاء الجهاز صراحة سلطة إعلانها، حيث نصت " و إلا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف باطلا".

ونزي أن جهاز حماية المنافسة لا يحتاج إلى إقرار البطلان ويكفيه تقرير وقف المخالفة، وذلك لفتح الباب لتطبيق نظرية انتقاص العقد، مما قد يساهم في عدم الإضرار بالغير حسن النية كما سنري.

كما نشير أن إصدار الجهاز لقرارات البطلان لا ينتقص من حق المحكمة في التصدي لفحص الاتفاقات المخالفة و الانتهاء في حكمها إلى البطلان من عدمه، وهو ما أكده جهاز حماية المنافسة، حيث أقر الحكم الصادر من المحكمة الاقتصادية، والتي تصدت فيه المحكمة بالفحص بناء على طلب مباشر من المدعي دون إحالة من الجهاز، وذلك في الحكم الصادر من

٢١٦ جهاز حماية المنافسة المصري، التقرير السنوي ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢٥.

٢١٧ الوقائع المصرية العدد ٢٠١٥ تابع (أ) في ١٣ سبتمبر سنة ٢٠١٨.

٢١٨ المقصود بالتدابير يفهم في ضوء الطبيعة الإدارية لجهاز حماية المنافسة باعتباره شخصا عاما وفقا للمادة ١١ من قانون حماية المنافسة المصري.

المحكمة الاقتصادية بالقاهرة بتاريخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٨ في الدعوى رقم ٢٤٣ لسنة ٢٠١٨ المقامة من الشركة الشاكية ضد الشركة المشكو في حقها^{٢١٩}، والتي طلبت فيها بطلان إرساء المزايدة على الشركة المنافسة، حيث خلصت المحكمة بعد أن تطرقت إلى الموضوع - وفقاً لأحكام قانون حماية المنافسة - إلى رفض الدعوى بناءً على الآتي : أن المدعي لم يقدّم إثبات التحيز الذي تم ضده في المزايدة، وأنه لا يوجد أي تأثير لهذه الواقعة على توفير الوقود في هذه المنطقة الجغرافية أو على سوق الوقود .و حيث يتبين من حيثيات حكم المحكمة الاقتصادية أنه حتى في حالة تمتع الشركة المشكو في حقها بوضع مسيطر، فإنها لم تقم بأي من الأفعال الواردة على سبيل الحصر وفقاً للمادة (٨) من قانون حماية المنافسة.

وأخيراً، و فيما يتعلق بمدة تقادم بطلان العقد، نرى أنها تخضع للقواعد العامة؛ و ذلك لعدم ورود نص خاص بهذا الأمر في قانون حماية المنافسة، و وفقاً للقواعد العامة فإن دعوى إبطال العقد الباطل مطلقاً تتقادم بمضي خمسة عشر من إبرام العقد^{٢٢٠}، و لا يؤثر على هذا التقادم تاريخ اكتشاف جهاز حماية المنافسة للممارسة الاحتكارية المخالفة للقانون، كما لا يؤثر على تاريخ تكليفه بتعديل أوضاعه أو المدة الممنوحة له لإجراء هذا التعديل، و لكن يبقى للجهاز دائماً الحكم بوقف الممارسة أو الاتفاق المخالف.

٢١٩ إحدى شركات بيع المنتجات البترولية ضد شركة لتجارة المواد البترولية، تتضرر فيها من قيام الأخيرة باستغلال وضعها المسيطر بالسوق والتمييز بين المتقدمين لإحدى المزايدات على محطة وقود في مدخل مدينة الشروق و إرساؤها على شركة أخرى مما رأت أنه يضر بالمنافسة وبها. للمزيد من التفاصيل انظر التقرير السنوي، جهاز حماية المنافسة ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٢٢.

٢٢٠ وذلك وفقاً للمادة ١٤١ من القانون المدني التي تنص على أنه: "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد" إلا أن تقادم دعوى البطلان لا يؤثر في استمرار بطلان العقد بحيث لا يتقادم مطلقاً الدفع ببطلانه. وفي ذلك قررت محكمة النقض أن: "المقرر أنه ولئن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمسة عشر عاماً، إلا أن الدفع بهذا البطلان - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يسقط بالتقادم أبداً. ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً فلا ينعقد مع الزمن صحيحاً، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد فلا تجوز مواجهته بالتقادم لأنه دفع والدفع لا تتقادم." الطعن ٢٩١١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٣ / ٤ / ١٩٩٤.

الفرع الثاني

البطلان المطلق و الإضرار بالغير حسن النية

جعل البطلان للعقد في حال توافر شروط البطلان بطلانا مطلقا لا نسبيا، لا يتوقف على رغبة الطرف غير المخطيء في العقد و الذي قد يرغب في الإبقاء على العقد تلافيا لأثر الإبطال وهو عدم تنفيذ أي من الإلتزامات الواردة به، وهو ما تقرره محكمة النقض، حيث قضت " بطلان العقد وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه، فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة " ٢١١.

فعلى سبيل المثال، حظر المشرع في الفقرة (هـ) من المادة ٨ الاتفاقات التي تتضمن التمييز بين بائعين أو مشتريين تتشابه مراكزهم التجارية في الأسعار، سواء أسعار البيع أو الشراء أو في أي من شروط التعامل المرتبطة بصفقة البيع أو الشراء، و نري أن هذه الاتفاقات و إن كانت تتضمن شروطا تمييزية تعطيه قدرا أقل من المزايا عن باقي المنافسين، إلا أنه قد يكون في وضع احتياج اقتصادي لها، ففي بعض الأحيان قد تتجاوز الأضرار المترتبة على عدم تنفيذ العقد الباطل ما كان سينتج عن الشروط التمييزية من أضرار للطرف حسن النية.

و يزيد من عدم منطقية البطلان المطلق في حالة تتضمن العقد لممارسة احتكارية أنه وفقا للقواعد العامة للعقود نصت المادة ١٤١ على أنه " إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و لا يزول البطلان بالإجازة" فنظرا لعمومية نص المادة ١٤١، يجوز لكل ذي مصلحة أن يتقدم للمطالبة ببطلان العقد المتضمن لهذه الشروط حتى ولو كان الشخص المسيطر نفسه، و هي بالطبع نتيجة غير منطقية يحد من توافرها - عمليا- الغرامة التي سيوقعها الجهاز عليه لعدم تعديل أوضاعه، والتي عادة ما تتجاوز ما قد يعود على الشخص المسيطر من منفعة من البطلان بعد تحقق الأثر المرجو من الشرط الاحتكاري.

ولعل ذلك يرجع إلى النظرة العامة لقانون منع الممارسات الاحتكارية، و التي تشبه النظرة العامة للقانون الجنائي، حيث يكمن الاهتمام الأكبر بمنع الممارسات الضارة بالمنافسين في حماية

الاقتصاد الوطني من الممارسات الاحتكارية، من خلال الردع أكثر من حماية الأشخاص المتنافسين.

لذا كنا نفضل أن ينص المشرع صراحة على إضفاء وصف القابلية للبطلان على العقد المخالف بدلا من البطلان المطلق، مع التزام المخالف في كل الحالات بدفع الغرامة، حيث تحقق الغرامة وظيفة الردع بينما يعطي الطرف الآخر حسن النية القدرة على الاختيار بين إبطال العقد وما بين إبقاءه والحصول على التعويض عن هذا التمييز حفاظا على المصالح الاقتصادية للطرف حسن النية، و الذي عادة ما يكون أضعف من الشخص المسيطر من الناحية الاقتصادية.

وغني عن البيان، أنه وفقا للقواعد العامة للعقود- كما جاء بالمادة ١٤١ من القانون المدني السابق الإشارة إليها- فإن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يمكن بأي حال من الأحوال تصحيحه بإقرار الطرف غير المخطئ حتى ولو كان البطلان لحمايته، فالعقد الباطل لا تلحقه الإجازة^{٢٢٢}، إذ العقد الباطل معدوم، فهو و العدم سواء^{٢٢٣} مهما ترتب عليه من إضرار للطرف حسن النية.

و الحقيقة أنه لا يمكن القول بضرورة إقرار المشرع بالبطلان النسبي بدلا من البطلان المطلق فيما يتعلق بالاتفاقات الواردة في المادة ٨، بحيث يترك الاختيار للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ليقرر أيهما أشد ضررا عليها إبطال الاتفاق أم إبقاءه؛ و يرجع ذلك إلى إهمال الأثر الضار لمثل هذه العلاقات على الاقتصاد القومي و على الأشخاص المتنافسة الأخرى، و هذا ما يحيلنا إلى أهمية الأخذ بنظرية انتقاص العقد في مجال الاتفاقات المخالفة على النحو التالي ذكره.

المبحث الثاني

انتقاص العقد و المسؤولية عن أضرار البطلان

نتناول في المطلب الأول من هذا المبحث سلطة القاضي في تطبيق نظرية انتقاص العقد بإبطال الشرط الباطل فقط مع الإبقاء على باقي العقد إن توافرت الشروط اللازمة لذلك. بينما نتناول في المطلب الثاني المسؤولية عن الأضرار المترتبة على البطلان.

٢٢٢ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تحديث المستشار أحمد مدحت المراغي، مشروع مكتبة المحامي، ٢٠٠٧، ص ٤٢٢.

٢٢٣ وقد أكدته أحكام النقض حيث قررت " مؤدي البطلان المطلق للعقد أن يصبح معدوما فلا ترد عليه الإجازة أو التصحيح " الطعن رقم ٢٦٣٥ لسنة ٧٥ قضائية، جلسة ٢٠١٤/٥/٢٠.

و على ذلك, ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين, على النحو التالي:

المطلب الأول: انطباق نظرية انتقاص العقد على الاتفاقات الاحتكارية.

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار المترتبة علي البطلان.

المطلب الأول

انطباق نظرية انتقاص العقد على الاتفاقات الاحتكارية

نتناول في الفرع الأول من هذا المطلب أهمية تطبيق نظريه انتقاص العقد في مجال الممارسات الاحتكارية، ثم نتناول في الفرع الثاني من هذا المطلب مدي تطبيق نظرية انتقاص العقد في مجال الممارسات الاحتكارية.

الفرع الاول

أهمية تطبيق نظريه انتقاص العقد في مجال الممارسات الاحتكارية

تقوم نظرية الانتقاص على أنه إذا تضمن أحد الاتفاقات أو العقود شرطا مخالفا للقانون يكفي إبطال الشرط المخالف للقانون مع الإبقاء على العقد ذاته إذا توافرت شروط معينة. و نري أن تطبيق نظرية انتقاص العقد في مجال الاتفاقات الاحتكارية المخالفة سيكون أكثر تحقيقا لأغراض القانون, على النحو التالي:

- إن تطبيق نظرية الانتقاص يعد من باب رد القصد السيئ على الشخص المسيطر مرتكب الممارسة الاحتكارية، بحيث يبطل الشرط الباطل وحده مع تمتع الطرف الآخر بمزايا تطبيق العقد، مما يساهم في تحقيق الردع الحالى و المستقبلي، و هو أحد أهداف قانون حماية المنافسة باعتباره أحد القوانين الجنائية.

- أن اقتصار البطلان على الشروط المخالفة خاصة مع اقتصار توافر شروط تطبيق هذه النظرية -على النحو السابق إيضاحه- على الممارسات الاحتكارية التي تتضمنها المادة ٨ و التي يمارسها الشخص المسيطر، و التي إن ظهرت في صورة أحد الاتفاقات الممنوعة فإنها غالبا ما تكون بغير إرادة المتعاقدين الآخر، بل هي تشكل نوعا من أنواع الإذعان الاقتصادي للشخص المسيطر؛ و لذلك فإن اقتصار البطلان على الشرط الباطل دون العقد بأكمله يحقق أحد أهم أهداف قانون حماية المنافسة، و هو عدم الإضرار بالأشخاص المتنافسين و حريرتهم في ممارسة التجارة بخطأ غيرهم.

- أن تطبيق نظرية انتقاص العقد يعطي للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطال العقد ككل أو الاقتصار على إبطال الشق الباطل فقط وفقا لما يراه من ظروف التعاقد و ظروف المتعاقدين، مما يحقق تطبيقا أفضل لنصوص القانون الجامدة.

الفرع الثاني

مدي تطبيق نظرية انتقاص العقد في مجال الممارسات الاحتكارية

يثور التساؤل حول مدي توافر شروط انتقاص العقد الواردة في المادة ١٤٣ من القانون المدني على الاتفاقات الاحتكارية. و قد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني على: " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

والحقيقة أن النص السابق يتضمن قاعدة عامة يمكن تطبيقها على العقود المشوبة بالبطلان، لكن هناك استثناء علي هذه القاعدة، نفصل ذلك على النحو التالي:

القاعدة: إذا كان العقد معيباً في شق منه - سواء أكان العقد باطلاً أو كان قابلاً للإبطال - و صحيحاً في شق آخر، فإن الشق المعيب هو فقط الذي يبطل، و يبقى الشق الصحيح سليماً قائماً ومنتجاً لآثاره.

الاستثناء: إذا تبين أن العقد لم يكن ليبرم دون شقه الباطل، فإن هذا العقد يبطل بأكمله، فقد قررت محكمة النقض أن " مقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدني إنه إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع منه باطلاً"^{٢٢٤}.

و بالتالي يشترط لتطبيق قاعدة انتقاص العقد ثلاثة شروط هي:

• أن يكون العقد باطل جزئياً لا كلياً، و مثال البطلان الكلي أن يكون العقد كله مشوباً بالبطلان، سواء المطلق أو النسبي أن يبرم قاصر عقداً ضاراً ضرراً محضاً؛ فيكون العقد بأكمله باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو أن يبرم عقداً دائراً بين النفع و الضرر؛ فيكون العقد كله قابلاً للإبطال، فهنا لا مجال للقول ببطلان جزء من العقد بل إن البطلان يشوب العقد بأكمله.

٢٢٤ الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٧، جلسة ١٠ - ٢ - ١٩٨١.

و مثال ذلك في قانون حماية المنافسة الاتفاقات التي تنصب بأكملها على أحد الممارسات الواردة في المادة ٦ منه، حيث ينصب الاتفاق بأكمله على أمر ممنوع بموجب القانون، كالاتفاق على التنسيق فيما يتعلق بدخول المناقصات و المزادات، أو الاتفاق على تقسيم أسواق المنتجات أو تخصيصها، أو الاتفاقات الخاصة برفع أو خفض أسعار البيع و الشراء، فالاتفاق بأكمله يشوبه البطلان، و لا محل للقول ببطلان جزء من العقد دون الجزء الآخر.

• **كون العقد قابلاً للتجزئة، و لا يكفي أن يكون العقد باطلا جزئياً، بل يجب أن يكون العقد بطبيعته قابلاً للتجزئة، بحيث يمكن إبطال جزء منه و المضي في تنفيذ باقي أجزاء العقد دون أن يشوبها خلل. و القاعدة هي قابلية العقد للتجزئة، و على من يدعي عكس ذلك إثبات ما يدعيه^{٢٢٥}.**

و مثال ذلك زيادة الفائدة القانونية عن الحد القانوني، فهنا تبطل النسبة الزائدة فقط لتعود إلى الحد الأقصى قانوناً و هو ٧ % دون أن يمس ذلك بصحة العقد ذاته، أو شراء شيئين بعقد واحد، هلك أحدهما قبل التعاقد و بقي الآخر، فهنا يبطل العقد في شقه الخاص بالشيء الهالك و ذلك لانعدام محله و يبقى صحيحاً في شقه الآخر.

أما في قانون حماية المنافسة، فقد نصت الفقرة ز من المادة ٨ من القانون على حظر الاتفاق الذي من شأنه " أن يشترط على المتعاملين معه ألا يتيحوا لشخص منافس له استخدام ما يحتاجه من مرافقهم أو خدماتهم، رغم أن إتاحة هذا الاستخدام ممكن اقتصادياً".

فالفرض هنا أن هناك عقدا يبرم بين شخصين تجاريين أياً كان نوعه، بيع أم شراء أم غير ذلك، إلا أن هذا الاتفاق قد اقترن بشرط، باشتراك أحدهم على المتعامل معه ألا يتيح لشخص منافس له استخدام ما يحتاجه من مرافقهم أو خدماتهم، رغم أن إتاحة هذا الاستخدام ممكن اقتصادياً.

وهنا يمكن تجزئة العقد إلى الشروط الخاصة بالبيع من ناحية و الشرط الضار بالمنافسة من ناحية أخرى، و وفقاً لنظرية الانتقاص، يمكن في هذه الحالة القيام بإبطال الشرط الضار فقط و الإبقاء على باقي العقد بشرط توافر الشرط الثالث.

٢٢٥ الطعن رقم ٥٤٠ - لسنة ٤٢ قضائية - تاريخ الجلسة ٣١-١٢-١٩٧٥.

والحقيقة أنه غالباً إذا كان البطلان جزئياً كان العقد قابلاً للتجزئة، وعلى من يدعي عكس ذلك يقع عب إثبات عدم القابلية للتجزئة، وهو ما قرره محكمة النقض في قضائها: " مفاد نص المادة ١٤٣ من القانون المدني - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه إذا لحق البطلان شقاً من عقد ولم يقدم من يدعي بطلان العقد كله الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد فإن ما بقي من العقد يظل صحيحاً، ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده، وهو ما يعرف بانتقاص العقد، ويستوى في ذلك أن يكون البطلان الذي لحق بهذا الشق مطلقاً أم نسبياً، ويدخل في نطاق قاعدة انتقاص العقد - تلك - ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدد، على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم"^{٢٢٦}.

وأخيراً، قبل الانتقال للشرط الثالث، يجب إيضاح ما قرره محكمة النقض من التفرقة بين اقتران العقد بشرط باطل و تعليق العقد على شرط لم يتحقق، حيث يمكن تطبيق نظرية انتقاص العقد على الحالة الأولى دون انطباقه على الحالة الثانية، حيث قضت محكمة النقض أنه: " يشترط لتطبيق نظريتي الانتقاص و التحويل المنصوص عليهم في المادتين ١٤٣ و ١٤٤ من القانون المدني أن يكون العقد في شق منه أو كله باطلاً أو قابلاً للإبطال، فإذا كان العقد قد علق على شرط لم يتحقق، فإن مفاد ذلك هو عدم إعمال المادتين المشار إليهما في شأنه"^{٢٢٧}.

و تثار هذه التفرقة بخصوص بعض الشروط الاحتكارية التي قد تعلق عليها عقود صحيحة، و مثال ذلك الحظر الوارد في الفقرة د من المادة ٨، والتي تنص على حظر: " تعليق إبرام عقد أو اتفاق خاص بمنتج على شرط قبول التزامات أو منتجات تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري لها غير مرتبطة بالمنتج محل الاتفاق أو التعاقد أو التعامل الأصلي" .

ففي هذه الحالة، فإن العقد المفترض إبرامه بين الأشخاص المتنافسة معلق على شرط باطل، فلا يمكن القول بإمكان تجزئة العقد؛ لأن إبرام العقد هنا لم يتم أصلاً ومع تجريم هذا الاتفاق يصبح من غير الوارد إتمام العقد.

• عدم كون الشق الباطل دافعاً للتعاقد:

٢٢٦ الطعن رقم ١١٩٧٥ لسنة ٨٥ قضائية، الدوائر التجارية - جلسة ٢١ - ١٢ - ٢٠١٦.
٢٢٧ الطعن ٢٤٣ لسنة ٣١، جلسة ١٤ - ٦ - ١٩٦٦.

ويكون الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد، إذا لم يكن من الممكن أن يتم إبرام العقد لولا تضمنه لهذا الشرط، و مثال ذلك بطلان الاشتراطات الواردة في المادة ٨ فقرة ز، و التي قد تكون السبب الدافع لإبرام عقد ما بين الأشخاص المتنافسة، بحيث يظهر للقاضي أن الذي دفع الشخص المسيطر لإبرام هذا العقد سواء كان بيعاً أو شراءً أو غيره من العقود هو احتوائه على شرط منع المتعاقد الآخر من التعامل مع شخص منافس له.

ففي هذه الحالة، لا يمكن تطبيق نظرية الانتقاص ولا يمكن القضاء باقتصار البطلان على الشق الباطل، بل يمتد ليشمل باقي أجزاء العقد و لو كانت صحيحة.

و في شرح ذلك، قضت محكمة النقض بأنه: "يشترط لإبطال العقد في شق منه بالتطبيق للمادة ١٤٣ من القانون المدني مع بقاءه قائماً في باقي أجزائه ألا يتعارض هذا الانتقاص مع قصد العاقدين، بحيث إذا تبين أن أيّاً منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان أو الإبطال لا بد أن يمتد إلى العقد كله و لا يقتصر على هذا الشق وحده"^{٢٢٨}.

وبغض النظر عن الصياغة المعيبة لنص المادة ٢٠ فيما يتعلق بالبطلان - مع التأكيد على الحاجة لتعديله على النحو السابق- فإننا نرى أن الأقرب للمنطق القانوني إنه إذا أمكن تطبيق نظرية انتقاص العقد، فإن البطلان يقتصر فقط على الشرط الباطل، ويترك للقضاء تقدير قصر البطلان على الشرط نفسه أو امتداده ليشمل العقد كله وفقاً للقواعد العامة السابقة الإشارة إليها.

المطلب الثاني

التعويض عن الأضرار المترتبة على البطلان

نتناول في هذا المطلب أحقية أطراف الاتفاق المخالف في المطالبة بالتعويض، ثم نتناول نوع

المسئولية عن الأضرار المترتبة على البطلان، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: أحقية أطراف الاتفاق المخالف في المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني: نوع المسئولية عن الأضرار المترتبة على البطلان.

الفرع الأول

أحقية أطراف الاتفاق المخالف في المطالبة بالتعويض

يثور تساؤل حول أحقية المشارك في أحد الاتفاقات الاحتكارية المخالفة للقانون في مطالبة الطرف الأخر المتسبب في الإبطال بتعويض الأضرار التي أصابته من جراء البطلان. يجب التفرقة بين الاتفاقات المخالفة المختلفة، فلا يمكن المساواة بينها فيما يتعلق بإمكانية مطالبة أحد أطرافها للطرف الأخر بالتعويض، فلا يتصور أحقيه أحد أطراف الاتفاق الضار بالمنافسة بالمخالفة للمادة ٦ بمطالبة الطرف الأخر بتعويضه عن الأضرار التي أصابته باعتبار الطرفين مشتركين على قدم المساواة في المخالفة.

بينما يكون ذلك ممكناً- إذا توافرت شروط قيام المسؤولية- في حالة الاتفاقات الوادة في المادة ٦، حيث يفرض الشخص اتفاقاً مخالفاً على أحد مورديه أو عملائه، أو المادة ٨، حيث يفرض الشخص المسيطر الاتفاق المخالف على الأشخاص المتعاملين معه التزامات غير مرتبطة بمحل الإلزام الأصلي أو بالتمييز في الاتفاقات.

ونزي أنه إذا رأت المحكمة تطبيق نظرية انتقاص العقد بحيث أبطلت الشرط المخالف فقط كالشرط التمييزي أو الملزم للمورد بعد التعامل مع منافس أو أن يتيح له مرافقه، فإنه لا يكون هناك محل للمطالبة بالتعويض عن بطلان الشرط المخالف؛ لأن البطلان هنا اقتصر على الشرط الضار، مع الإبقاء على العقد ليعود بفوائده على الشخص المتعامل مع الشخص المسيطر. إما إذا لم تطبق المحكمة نظرية انتقاص العقد و رأت إبطال كامل العقد المنطوي على الشرط الاحتكاري مما سبب أضراراً كبيرة للطرف غير المسيطر، حيث تتعدم فرصته في الحصول على الفائدة المتوقعة من العقد و يعود المتعاقدون للحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد^{٢٢٩}.

٢٢٩ و هو ما تؤكدته محكمة النقض، حيث نصت " ان العقد الباطل - طبقاً للقواعد العامة في البطلان- لا يولد التزامات بين طرفيه فإذا تقرر بطلانه كان لهذا البطلان أثر رجعي فيعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل العقد. ويسترد كل منهما ما آداه للآخر بناء على هذا العقد الباطل" الطعن رقم ١٥٩٧٧ لسنة ٧٦ ق جلسة ٢٣-١١-٢٠٠٨.

الفرع الثاني

نوع المسؤولية عن الأضرار المترتبة على البطلان

رأينا أنه من المتصور في بعض الاتفاقات المخالفة و إذا لم يطبق القاضي نظرية انتقاص العقد فإنه يجوز للطرف الضعيف مطالبة الشخص المسيطر بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء إبطال العقد، حيث يكون له أن يطالب بالتعويض عما فاتته من كسب و ما لحقه من خسارة؛ نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات الواردة بالعقد.

و على الرغم من ذلك، فإن المطالبة بالتعويض في هذه الحالة لا تتم عن طريق اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية عن عدم التنفيذ؛ و ذلك لانتهاء العلاقة التعاقدية بكل ما يترتب عليها من التزامات بالبطلان، وإنما يتم اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وهو ما أكدته محكمة النقض في ذات الحكم، حيث قررت " ويجوز للمضروب منها الرجوع على الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا البطلان بتعويض هذا الضرر استنادا على قواعد المسؤولية التقصيرية لا إلى العقد"^{٢٣٠}.

كما أكدت محكمة النقض أنه " يجوز مع القضاء ببطلان العقد للغلط أو التدليس أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين، و يكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر، الذي تسبب بخطئه في هذا البطلان"^{٢٣١}.

أي أن البطلان يحيل العقد من تصرف قانوني – و بالتالي تخضع الأضرار المترتبة عنه للمسؤولية العقدية- إلى مجرد واقعة مادية يخضع الضرر الناتج عنه إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، باعتبار ما ارتكبه الشخص المسيطر من مخالفة للقانون يمثل خروجاً عن سلوك الشخص المعتاد، مشكلاً خطأً تقصيرياً يثير مسؤولية مرتكبه عما سببه الخطأ من أضرار للشخص حسن النية نتيجة البطلان و عدم تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد الباطل.

ومن الواضح وفقاً لنص المادة ٨ عدم توقف البطلان على مدى علم الشخص المتلقى للسعر التمييزي بذلك من عدمه، لاعتباره مخالفاً للقانون و ضده أم لا، وبالتالي فإن قرار الجهاز بثبوت المخالفة أو حتي بطلان الاتفاق لا يعني سوء نية متلقي السعر التمييزي، بل يجب إثباته و هو

٢٣٠ الطعن رقم ١٥٩٧٧ لسنة ٧٦ جلسة ٢٣-١١-٢٠٠٨.

٢٣١ الطعن رقم ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ القضائية، جلسة ٢٣ من يونيو سنة ١٩٩٧.

أمر صعب، حيث يلجأ في مثل هذا الوضع للمبدأ العام و هو " حسن النية " .^{٢٢٢} وعلى من يدعي العكس، يقع عبء الإثبات، فإذا أراد الشخص المسيطر التمسك بسوء نية الطرف الآخر لحماية نفسه من مطالبته له بالتعويض عن الأضرار الناتجة فعليه إثبات ذلك.

الخاتمة

على الرغم من أن الإضرار بالاقتصاد القومي يعد أثراً غير مباشر للممارسات الاحتكارية وأن الأثر المباشر لها يكمن في الإضرار بالأشخاص المنافسه إلا أن الدراسات العربية قد ركزت على العقوبة الجنائية المتمثلة في الغرامة باعتبارها الوسيلة للدفاع عن الاقتصاد القومي ضد هذه الممارسات، بينما أهملت دراسة المسؤولية المدنية عن تعويض الأضرار الناتجة عن هذه الممارسات. وذلك على عكس الدراسات الأجنبية التي ركزت على دراسة المسؤولية المدنية عن اضرار هذه الممارسات باعتبارها هي الوسيلة الأكثر فاعلية للدفاع عن المنافسين ضد هذا الأثر المباشر بل وركزت آراء الفقه وأحكام القضاء الأجنبية على المسؤولية باعتبارها نظاماً لتحقيق الردع الأمثل عن ارتكاب مثل هذه الممارسات، بالإضافة إلي الدور التقليدي للمسؤولية في جبر الضرر.

ولا شك أن قواعد القانون المدني هي الشريعة العامة التي تحكم الالتزامات الناتجة عن الممارسات الاحتكارية فيما لم يرد فيه نص خاص في قانون الممارسات الاحتكارية و ذلك سواء في العقود و بطلانها أو في مجال المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عنها، إلا أن الطبيعة الخاصة المتمثلة في فداحة الأضرار المترتبة على الممارسات الاحتكارية و كذلك ضخامة الأرباح الناتجة عن ارتكابها بالإضافة إلى صعوبة إثباتها قد دعت إلي تطوير بعض قواعد المسؤولية المدنية لمواجهة الصعوبات المختلفة في هذا المجال.

ففيما يتعلق بركن الخطأ تكمن الصعوبة في أن الممارسات الاحتكارية، على العكس من المنافسه غير الشريفة و الممنوعة، لا تمثل خطأ مدنيا في حد ذاتها، فهي لا تمثل مخالفة للعادات أو الأعراف التجارية أو للاتفاقات ما بين الأشخاص المتنافسة، بل إنها تمثل في معظم

٢٣٢ آلاء يحيى عبد الحميد، الممارسات الاحتكارية الناتجة عن التركيز، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ٢١.

حالاتها ممارسات تجارية كانت شديدة الشيوع فيما سبق، إلا أن المشرع قد قرر التدخل لحظرها للحد من آثارها الضارة على المنافسة ككل.

ويزيد الأمر صعوبة في اقرار المسؤولية عن اضرار الممارسات الاحتكارية غير المجرمة، أن القانون المصري قد أورد الممارسات الاحتكارية المحظورة على سبيل الحصر، وذلك على العكس من العديد من القوانين العربية كالقانون الإماراتي و الأردني، و القوانين الأجنبية كالقانون الأمريكي التي أوردت الممارسات الاحتكارية المحظورة على سبيل المثال. و يترتب على ذلك أنه لا يكون أمام القاضي المصري - في حالة اقتناعه بأن مرتكب الممارسة قد استخدم حقه المشروع في ممارسة التجارة بطريقة ضارة سوي أن يلجأ إلي القاعدة العامة الواردة في المادة ١ أو إلى قواعد التعسف في استخدام الحق، مع ما يواجه ذلك من صعوبات تتعلق بالموازنة بين الأرباح الناتجة عن ارتكاب الممارسة و الأضرار التي تصيب الغير منها، خاصة مع ما يمتاز به هذا النوع من الممارسات بضخامة الأرباح المترتبة عليها و التي تجعل هذه الموازنة تصب في مصلحة مرتكب الممارسة في معظم الأحوال.

كما أن استظهار ركن الخطأ في الممارسات الاحتكارية المجرمة يواجه الكثير من الصعوبات التي تتطلب الحرص على توفير خبراء معاونين للقاضي المدني على أكبر قدر من الدراية و المعرفة في هذا المجال لمساعدته على اتخاذ القرار الصحيح فيما يتعلق بهذه الإشكاليات الصعبة سواء فيما يتعلق بإضفاء وصف الخطأ على الممارسة التجارية، كصعوبة تحديد توافر صفة السيطرة كخطوة أولى لتوافر الخطأ و كذلك صعوبة تمييز الاتفاقات الاحتكارية عن غيرها من الاتفاقات غير المحظورة و كذلك صعوبة تمييز الامتاع الاحتكاري عن غيره.

كل هذه الصعوبات توجب التنسيق بين أجهزة حماية المنافسة والقضاء المدني وإتاحة ما تحت يديها من مستندات للقاضي المدني إن كانت الممارسة قد عرضت عليه واتخذ قرار بها، كما توجب تعديل القانون لينص صراحة على الخروج على الأصل العام بإعطاء القاضي المدني سلطة إلزام مرتكب الممارسة بتقديم أدلة ضد نفسه بل واعتبار عدم تقديمها قرينة على ارتكاب الممارسة.

وإذا كانت سلطة القاضي التقديرية في تكييف الخطأ تنقيد في حالتي إدانة مرتكب الممارسه جنائياً أو الحكم ببراءته لانتفاء التهمة أو لعدم كفايه الأدلة، إلا أن القاضي المدني يسترد سلطته

التقديرية إذا كان الحكم بالبراءة استنادا إلى عدم تجريم الممارسة و ذلك بحسب أن الخطأ المدني لا يلزم أن يصل إلى درجة الخطأ الجنائي و لا أن يستوفي عناصر التجريم بل يكفي أن يشكل خروجاً عن سلوك الشخص المعتاد. و كذلك يسترد القاضي المدني سلطته التقديرية إذا لم تعرض الممارسة على الجهاز أو عرضت و لكنه قرر حفظها باعتبار الجهاز مجرد جهة تحقيق، و لا تلزم قراراته بالحفظ المحكمة المدنية.

أما فيما يتعلق بركن الضرر، فإنه لا خلاف على ضرورة إثبات الضرر الشخصي لطالب التعويض و لو أقر القاضي الجنائي بثبوت احتكارية الممارسة و أثرها الضار على المنافسة ككل، إلا أن الاختلاف يظهر في مقدار التعويض، حيث يختلف التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات الاحتكارية باعتبارها من الأخطاء الربحية التي تمثل خطأ متعمدا يرتكبه المخطيء و هو عالم بما يترتب عليه من ضرر للغير بل و هو عالم بالعقوبة المقررة عليها و ذلك بسبب ضخامه الأرباح المترتبة عليها. و هو ما حدا بالتشريعات الأجنبية كقانون كلايتون و كذلك أحكام القضاء إلى عدم قصر التعويض على مقدار التعويض الكامل الكافي لجبر الضرر، بل زاد هذا التعويض ليصل إلى ثلاثة أضعاف التعويض الكامل.

أما فيما يتعلق ببطلان الاتفاقات الاحتكارية، فعلى الرغم من أن بطلان هذه الاتفاقات يتم وفقاً لقواعد القانون المدني، إلا أن العديد من التشريعات قد حرصت على النص صراحة على بطلان مثل هذه الاتفاقات، ولكن تظهر المشكلة في القانون المصري، حيث أورد البطلان كأحد التدابير الإدارية، التي يمكن لجهاز حماية المنافسة اتخاذها، وهو ما دفع الجهاز بالفعل إلى اتخاذ قرارات بطلان لبعض الاتفاقات الاحتكارية بنفسه دون ترك الأمر للقضاء للكشف عن هذا البطلان، وهو ما يصعب على القضاء تطبيق نظرية انتقاص العقد خاصة مع أن طبيعته بعض الممارسات الاحتكارية التي تنطوي طرفاً مهيمناً وطرفاً ضعيفاً حيث يفرض الأول شروطاً والتزامات على الطرف الثاني قد يفضل ابقاء العقد بما ينطوي عليه من ممارسات ظالمة بدلاً من ابطاله كاملاً فهمتي عن إبلاغ الجهاز بما فرض عليه مما يقلل من فاعلية حظر مثل هذه الممارسات. خاصة وأن طبيعته العديد من الممارسات المحظورة تسمح بتطبيق نظرية انتقاص العقد، كما في الاتفاقات التي يجبر فيها مرتكب الممارسة الاحتكارية الطرف الآخر على التزامات لا تتعلق بمحل الاتفاق الأصلي.

كما جاءت الصيغة لهذه المادة معيبة توهم بربط البطلان بتوافر عدة شروط، منها التكليف بالتعديل والامتناع عن هذا التعديل. وهو ما يخالف الواقع حيث يصدر الجهاز عملاً بقرار البطلان والتكليف بالإزالة في ذات الوقت. وأخيراً، فسواء أقر الجهاز أو القضاء ببطلان الاتفاقات المحظورة، فإنه يجوز للمضروب المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته، وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا قواعد المسؤولية العقدية وذلك توافقا مع القواعد العامة في هذا الشأن.

النتائج

١. يجب على المشرع المصري التخلي عن النص على أنواع الممارسات الاحتكارية و التقييدية حصراً، والأخذ بما أخذت به العديد من التشريعات، كالقانون الأمريكي و الاتحادي و كذلك الأوروبي، في النص على الممارسات الضارة على سبيل المثال و ليس الحصر. و ذلك حيث تتميز الحياة التجارية بالتطور المستمر، و يتبع ذلك التطور المستمر في أنواع الممارسات الاحتكارية، التي يمكن اعتبارها أخطاء فادحة ترتب ضرراً ليس فقط للمنافسين بل و للاقتصاد القومي. فايراد الممارسات المحظورة علي سبيل المثال يعطي للقاضي المدني - بوجه خاص - حرية أكبر في القضاء بمسؤولية مرتكب الممارسة التجارية و لو لم تكن محظورة نصاً في القانون إذا اتصفت بكونها خطأ عمدياً مريباً للمرتكب الممارسه و ضاراً بمنافسيه اعتمادات علي القاعدة العامه التي أوردها القانون بحظر الأضرار بالمنافسة.

٢. على الرغم من التسليم بأن القانون المدني هو الشريعة العامة التي تحكم الالتزامات، و بخاصة المسؤولية المدنية عن الممارسات الضارة، إلا أننا نرى ضرورة تطوير قواعد هذه المسؤولية فيما يتعلق بمقدار التعويض بما يتلائم مع الطبيعة الخاصة للممارسات الاحتكارية، كون الممارسات الاحتكارية أخطاء ربحية ارتكبتها الشخص عمدة مع علمه بإضرارها بالغير و ذلك لضخامة الأرباح المترتبة على الفعل الخاطيء؛ لذلك فإن اقتصار التعويض على المقدار الفعلي للضرر أخذاً بنظرية التعويض الكامل لا تكون ملائمة لهذه الطبيعة، و يجب اللجوء إلى نظرية الأخطاء الربحية، التي تقتضي عدم قصر التعويض على مقدار الضرر بل تلجأ إلى مضاعفة التعويض، و هو ما طبقته بعض القوانين الأجنبية مثل قانون كلايتون الأمريكي كما وجهت إليه المفوضية الأوروبية و كذلك أقرته أحكام القضاء حتي بدون نص كما في الأحكام الانجليزية.

٣. التأكيد علي أنه و إن كانت سلطة القاضي المدني تنقيد بعدم مخالفة أحكام الإدانة و كذلك أحكام البراءة لانتفاء التهمة، إلا أن القاضي لا يتقيد بقرارات الجهاز بالحفظ؛ و ذلك لأن الجهاز يعد في النهاية سلطه تحقيق، خاصة في ظل عدم التفعيل الكامل من جهاز حماية المنافسة للمادة ٧، و الخاصة بحظر الممارسات الاحتكارية الرأسية، على الرغم من كونها تضر مباشرة بعملاء مرتكب الممارسة الضارة يشكل إخلالا بضمانه قررها المشرع ليس فقط لعملاء المخطئ التجاريين بل و لعملائه المباشرين من المستهلكين^{٢٣٣}.

بالإضافة إلى التأكيد على عدم التزام القاضي المدني بمثل هذه القرارات، فإن الممارسة و إن لم تشكل خطأ جنائياً، قد تشكل خطأ مدنياً ممثلاً في الخروج عن سلوك الشخص المعتاد لمخالفته للقاعدة العامة الواردة في المادة ١ من قانون حماية المنافسة.

٤- كما أوضحنا فإنه حتي فيما يتعلق بالممارسات الاحتكارية المجرمة، فإن القاضي المدنيه تواجهه العديد من الصعوبات و الأمور الفنية التي تحتاج إلي حسم. وهو ما يتطلب إمداد المحكمة المدنية المختصة بالخبراء الفنيين في هذا المجال أو النص علي إلزام القضاء المدني في هذا المجال بطلب تقرير من جهاز حماية المنافسة يمهد للقاضي المدني و يوضح الرأي الفني حول مدي ثبوت المخالفة، و حساب الأضرار المترتبة على الممارسات الاحتكارية، سواء على المنافسين أو على الاقتصاد القومي. و نزي أنه وان كان من الواجب إلزام القضاء المدني بطلب المشورة أو التقرير الفني من جهاز حماية المنافسة، إلا أن الأخذ بما يرد في هذه التقرير يظل اختيارياً للقاضي وفقاً للقاعدة العامة.

٥-بالإضافة لذلك، تكمن صعوبة إثبات الأخطاء الاحتكارية في أن ارتكاب الممارسات الاحتكارية يتم عادة من خلال اتفاقات لا يملك أوراقها سوي المشاركون في الممارسة المحظورة؛ لذلك وجب الخروج على قاعدة عدم إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه، والنص صراحة على أنه يجوز للقاضي أن يأمر المخطئ بتقديم المستندات اللازمة، ويكون عدم تقديمها قرينة على الأقل

^{٢٣٣} ويؤدي ذلك إلى قرارات الجهاز بعدم ارتكاب المخطئ للممارسة الاحتكارية كما حدث في الشكوى الواردة من إحدى محطات البنزين ضد شركة البترول الموردة استناداً إلى عدم توافر أحد عناصر التجريم الواردة بالمادة ٨ وهو عدم توافر نسبة السيطرة التي تتطلبها المادة ٨. و ابتعاد الجهاز عن استخدام المادة ٧ على الرغم من أن الممارسة محل الشكوى هي ممارسة رأسية بوضوح، وعلى الرغم من الأثر الضار للممارسة الذي أقره الجهاز نفسه، و هو ما يدعونا إلى دعوة الجهاز إلى تفعيل المادة ٧.

قضائية على ثبوت ارتكابه للخطأ المنسوب إليه، خاصة في قضايا المسؤولية التي لا تستند علي قرار مسبق بالإدانة من جهاز حماية المنافسة أو حكم من المحكمة الجنائية، و هو ذات ما قرره التوجيهات الأوروبية، و أكدته المفوضية الأوروبية فيما يتعلق بقضايا المسؤولية المنفردة عن الممارسات الاحتكارية stand alone.

٦- على الرغم من تسليمنا بصحة ما قرره القانون من حصر " الحق في إحالة مرتكبي الممارسات الاحتكارية للمحاكمة " على جهاز حماية المنافسة، و كذلك نسلم بحق الجهاز في اتخاذ التدابير الإدارية المختلفة كالتالي بتعديل وإزالة المخالفة . إلا أننا نرفض اعتبار البطلان أحد التدابير الإدارية التي يضطلع الجهاز بها و نفضل ترك الأمر للقضاء وفقا للقواعد العامة، ليقدر ما إذا كان من الواجب إبطال الاتفاق بأكمله أو أن هناك إمكانية لتطبيق نظرية انتقاص العقد على الاتفاقات الاحتكارية المحظورة.

علي ذلك نري ضرورة تعديل قانون حماية المنافسة و ضرورة تخصيص مادة منفصلة للبطلان بعيدا علي التدابير الإدارية التي يملك الجهاز سلطة اتخاذها.

٧- جاءت المادة ٢٠ من قانون حماية المنافسة غير واضحة و تثير لبس " ربط بطلان الاتفاقات الاحتكارية المحظورة بعدة شروط "؛ لذلك نقترح تعديل صياغة المادة لتكون أكثر وضوحا، بحيث لا يربط المشرع بطلان الشرط المخالف للقانون بأمر آخر، كتكليف الجهاز المخالف بالتعديل، بحيث يكون نص المادة: " أي التزام أو اتفاق أو بند تعاقدي يتعلق بممارسة محظورة بموجب المواد ٦، ٧، ٨ يعد باطلاً ".

٨- أخيرا، يجب التركيز فقهيًا على دعاوي المسؤولية عن الأضرار التي تسببها الممارسات الاحتكارية، باعتبار حظر الممارسات الاحتكارية - بحسب الأصل - ليس وسيلة هامة فقط للحفاظ على الاقتصاد القومي و المنافسة الحرة بل أيضا للحفاظ على مصالح صغار المنتجين، فالمسئولية المدنية - كما يراه الفقه و القضاء الأمريكي و الأوروبي - تمثل الوسيلة المحققة للردع الأمثل في هذا المجال.

المراجع

أولا: الكتب والدوريات:

١ - المراجع العربية:

- **الاء يحي عبد الحميد**، الممارسات الاحتكارية الناتجة عن التركيز، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- **أحمد الصاوي**، الإطار القانوني لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، دراسة مقارنة في ضوء القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢، في شأن تنظيم المنافسة والتشريعات الأمريكية المقابلة له، بوابة الأبحاث، ٢٠١٥.
- **أحمد شرف الدين**، المدخل لدراسة القانون باللغة الانجليزية، بدون ناشر، ٢٠٠٨.
- **أحمد عبد الرحمن**، الملحم الاحتكار والأفعال الاحتكارية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الأمريكي والأوروبي والكويتي، كلية الحقوق-جامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٧.
- **أحمد محمد الرفاعي**، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، جامعة بنها، ٢٠٠٨.
- **أسامه فتحي عبادة**، يوسف النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة المنصورة، دار الفكر والقانون الطبعة الأولى ٢٠١٤.
- **جاسم ياسين**، مظاهر السلوك الاحتكاري وآيات مكافحته في القانونين الكويتي والمصري، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١١.
- **جند بنت نبيل القدسي**، إساءة استعمال المشروع لمركزه المهيمن في السوق المعنية: دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦، العدد ١، يونيو ٢٠١٩م.
- **حجازي محمد**، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية، بين النص والممارسة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر ابريل ٢٠١٧.
- **حمدي عبد الرحمن**، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.

- **ظافر حبيب جبارة**، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- **سارة مرواني**، الاحتكار التجاري صورة من صور المنافسة غير المشروعة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧.
- **سميحة القليوبي**، الشركات التجارية، الجزء الأول، النظرية العامة للشركات، وشركات الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- **عاطف حسن النقلي**، الأطر التحليلية لقانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، مركز البحوث البرلمانية، يناير ٢٠٠٥.
- **عبد الرزاق السنهوري**، تنقيح م. أحمد مدحت المراغي، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مشروع مكتبة المحامي، ٢٠٠٧.
- **عز الدين آدم ذو النون وخالد حسن البيلي**، دور سياسات حماية المنافسة ومنع الاحتكار في ظل الاقتصاد الحر، مجلة العلوم الاقتصادية، (2) Vol. 17، 2016.
- **فهد بن حسين حامد المطيري**، النظام القانوني لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية وأثرها على حماية المستهلك، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية، ٢٠١٢.
- **محمد إبراهيم الشافعي**، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣- السنة ٤٠، سبتمبر ٢٠١٦.
- **محمد حسن قاسم**، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨.
- **محمد سعد عبدالله**، المنافسة بين احتكار القلة وإشكالية تطبيق القواعد العامة للقانون، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١٣٢، فبراير ٢٠١٧.

- محمد على الشيباب، الوضع المسيطر وأثره على المنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة اليرموك، ٢٠١٠.
- مصطفى حسني مصطفى، التحليل الاقتصادي، الكتاب الأول، التحليل الاقتصادي الجزئي، دار النهضة، القاهرة ٢٠٠٣.
- مغاوري شلبي على، سياسات حماية المنافسة ومنع الاحتكار في ظل الاقتصاد الحر، أهم التجارب الدولية مع دراسة خاصة للحالة المصرية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.
- منتصر عمران ناجي الرفاعي، محاضرات المدخل لدراسة القانون، بدون ناشر، ٢٠١٧.
- منصور زين، دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق - حالة الجزائر، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد الحادي عشر، يوليو ٢٠١٢.
- هشام جاد، الاحتكار، سهم في قلب المسيرة الاقتصادية، مكتبة الأسرة، القاهرة، ٢٠٠٢.
- هناء قماري، دليلة هداية، دعوي المنافسة غير المشروعة، ٢٠١٤.

٢- المراجع الأجنبية:

- Michael Ferrill، Antitrust and Consumer Protection، SMU Law Review، 2011، Volume 64 | Issue 1.
- Alexandre court de fontmichel، la sanction des fautes lucratives par les dommages، interest punitifs et le droit français، revue de droit uniform، December 2005.
- Aurélie BALLOT-LÉNA، « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français »، Pratique des affaires et règles juridiques : Influences، limites، 2016.

- Bruno Deffains, Vers Une Action En Responsabilité Civile En Droit De La Concurrence, Revue d'économie industrielle, 131 | 3e trimestre 2010.
- C.Douglas Floyd, Antitrust Victims without Antitrust Remedies: The Narrowing of Standing in Private Antitrust Actions, Minnesota Law Review, 1997.
- Commission Of The European Communities, Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672 final.
- Commission Of The European Communities, White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 2.4.2008 COM (2008) 165 final.
- Dominique NORGUET, Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile, Présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise, A Chambre de commerce et d'industrie de Paris, janvier 2012.
- E. THALLER, "De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial", Le code civil, Livre du centenaire, 1904
- Editorial note, Michigan Law Review, Employee Standing Under Section 4 of the Clayton Act, 1983, vol 81, issue8.
- Franklin M. FISHER, Economic Analysis and Antitrust Damages, law an Economics review, 2006.
- Godefroy de Moncuit de Boisguillé, la faute lucrative en droit de la concurrence, Concurrences antitrust publications, 2020.
- Herbert J. Hovenkamp, A Primer on Antitrust Damages, Penn Law, February, 2011.
- JEAN-BERNARD BLAISE, INTRODUCTION AU DROIT DES AFFAIRES, L.G.D.J., 10e édition, 2019.
- John B. Kirkwood, The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct, Fordham Law Review, 2013, Volume 81 Issue 5. Kenneth Ewing, Steptoe & Johnson LLP, Private anti-trust remedies under US law, Cross Border, Competition 2006/07 Volume 1.

- Laurence Idot، La Répression Des Pratiques Anticoncurrentielles Par Les Institutions De L'union Européenne ،Dalloz، « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé »2012/2 N° 2.
- Matthieu Poumarède، La pénétration en droit civil des techniques du droit commercial، L.G.D.J، octobre 2007.
- Neal B. Shniderman، Civil Penalties and the Federal Trade Commission، SMU law Review، 1976، volume 30، issue 2.
- Niccole Heudebert- Bouvier، Civil droit et commercial droit، presses universitaires de France، 3e Édition، 1997.
- RAPPORT CATALA des modifications du droit civile 2005، Dominique NORGUET، Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile، Présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise، A Chambre de commerce et d'industrie de Paris، janvier 2012.
- Zygimantas Juska، The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the principle of Full Compensation، springer، November 2017.

ثانياً: المعاهدات والقوانين والقرارات.

١ - المعاهدات والقوانين والقرارات العربية:

- دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.
- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ المعدل في ٥ سبتمبر ٢٠٢٠ بالقانون ١٨٩ لسنة ٢٠٢٠.
- قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٤٠، بتاريخ ١/ ١٠ / ١٩٨١.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
- قانون رقم ١٩٠ لسنة ٢٠٠٨، المعدل لقانون لحماية المنافسة المصري، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر أ في ٢٢ يونية ٢٠٠٨.

- قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠١٤، المعدل لقانون حماية المنافسة المصري و المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٦ مكرر (هـ) ، في ٢ يوليو ٢٠١٤.
- قرار جهاز حماية المنافسة المصري الوقائع المصرية العدد ٢٠١٥ تابع (أ) في ١٣ سبتمبر سنة ٢٠١٨.
- اللائحة التنفيذية لقانون الشركات منشورة في الوقائع المصرية، العدد ٤٥، ٢٣ / ١٩٨٢ / ٦.
- اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة، الصادرة بقرار رقم ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥.
- القانون الاتحادي لتنظيم المنافسة رقم ٤ لسنة ٢٠١٢.
- القانون الجزائري الصادر بالأمر ٠٢-٠٤ المؤرخ في ٢٣ يونيو سنة ٢٠٠٤ م.
- قانون حماية المنافسة الجزائري الصادرة بموجب الأمر ٠٣,٠٣، المؤرخ في ١٩ جمادى الأولى عام ١٤٢٩ الموافق ١٩ يوليو سنة ٢٠٠٣.

٢- المعاهدات والقوانين والقرارات والأحكام الأجنبية:

- Autorité de la concurrence ،Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple.
- Directive 2014/104/Eu of The European Parliament and Of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.
- European commission merger regulation‘ council regulation EC NO 139/ 2004 of 20 january 2004 on the control of concentrations between undertakings.
- United states, Sherman Anti-Trust Act, Approved July 2, 1890.
- United states, Federal Trade Commission Act of 1914.
- United states, federal trade commission act of 1914.
- Maastricht treaty, 29 July 1992, Treaty on European Union.
- Paris Convention for the Protection of Industrial Property, done on March 20, 1883, as amended at Brussels on December

14, 1900, in Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, in London on June 2, 1934, in Lisbon on October 31, 1958, Stockholm on July 14, 1967, and Renph on September 28, 1979.

- The treaty of Rome, 25 March 1957, The Treaty of Rome, or EEC Treaty, brought about the creation of the European Economic Community.
- The treaty on the functioning of the European Union, Official Journal of the European Union C 326/47, 26.10.2012.
- American Needle, Inc. v. National Football League, 560 U.S. 183 (2010).
- Associated General Contractors Of California, Inc., Petitioner V. California State Council Of Carpenters and Carpenters Northern Counties Conference Board et al, 459 U.S. 519.
- Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co. 495 U.S. 328 (1990).
- Attorney General v. Blake and Another, HOUSE OF LORDS, 27th July, 2000.
- Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc, 479 U.S. 104 (1986).
- Case C-360/09 Pflleiderer AG v. Bundeskartellamt [2011] ECR I-05161.
- Case C-453/99 Courage Ltd. v. Bernard Crehan [2001] ECR I-6297.
- Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc. 439 U.S. 477, 489 (1977).
- Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc., 401 US 321 (1971).
- Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kansas, Inc, 497 U.S. 1005 (1990).
- Esso Petroleum Co Ltd v. Niad Ltd, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL, 22nd November 2001.
- Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp., 475 US 574 (1986).