UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FÈS
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⴻⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⵖ ⴼⴰⵙ
ⵜⴰⵖⵉⵡⵍⵜ ⵖ ⵜⵓⵙⵙⵓⵔⵉⵏ ⵜⵉⵣⵔⴼⵉⵏ, ⵜⵉⵏⵓⵙⵉⵏ ⴰ ⵜⵉⵎⵓⵙⵉⵏ

مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: القانون الخاص ورهانات التنمية

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع :

المساطر التفاوضية في قانون المنافسة

دراسة في القانون المغربي والمقارن

إعداد الطالب الباحث :
إيزوغار جعفر

تحت إشراف :
الدكتور عبد الحميد أخريف

لجنة المناقشة

د. عبد الحميد أخريف:	**أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس**	**رئيسا**
د. نور الدين التجكاني:	**أستاذ التعليم العالي سابقا بكلية الحقوق بفاس**	**عضوا**
دة. شفاء المودن:	**أستاذة مؤهلة بكلية الحقوق بسلا**	**مقررة**
د. أحمد أنور ناجي:	**أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس**	**مقررا**
د. رشيد فطوش:	**أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس**	**مقررا**

السنة الجامعية: 2020-2021

كلمة شكر

بعد الشكر لله عز وجل أود أتقدم بخالص الشكر والامتنان والتقدير إلى أستاذي الفاضل نور الدين التجكاني الذي تكرم بالإشراف على هذا البحث وإحاطته بكامل عنايته وبتوجيهاته وإرشاداته القيمة، والذي لم يدخر جهدا طيلة هذه الرحلة الطويلة حتى يصل هذا العمل إلى بر الأمان، فجزاكم الله عنا أستاذي خير الجزاء ، كما أتقدم بخالص الشكر والامتنان لأستاذي الفاضل عبد الحميد أخريف على مواكبته لهذا البحث وإحاطته بكامل عنايته وذلك رغم انشغالاته ومسؤولياته العديدة، ولا يفتوني أن أتوجه بالشكر كذلك الأستاذة شفاء المدن وهي صاحبة التخصص والخبرة في مجال قانون المنافسة والتي كان لي شرف الاستفادة من خبرتها في اطار تكوينات الماستر والتي تحملت عناء السفر لتساهم في مناقشة هذا البحث، كما أتوجه بجزيل الشكر إلى الأستاذ الفضل أحمد أنور ناجي الذي يعتبر من خيرة اساتذة كلية القانون بفاس الذي شرفني بقبول مناقشة هذا البحث، كما أتوجه بالشكر الى الاستاذ المقتدر رشيد فطوش وهو كذلك من خيرة الاساتذة بهذه الكلية لذا يشرفني أن يكون ضمن لجنة مناقشة هذه الأطروحة.

إهداء

إلى :

روحي أبي الغالية

روح أبي الطاهرة

أمي الغالية حفظها الله

أختي العزيزة وعائلتي

جميع أصدقائي

لائحة فك الرموز

م.س. = مرجع سابق

ص. = الصفحة

ق.ح.أ.م. = قانون حرية الأسعار والمنافسة

م.ت.ف. = مدونة التجارة الفرنسية

A.C.F. = Autorité De La Concurrence Française

A.N.R.T. = Agence Nationale de Réglementation des Télécommunications

A.R.C.E.P. = Autorité De Régulation Des Communication Electronique Et Des Postes

aff. = affaire

BOCCRF. = Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

C.A de paris = Cour D'appel De Pais

C.C.F. = Conseil De Concurrence Français

C. com.= Code De Commerce

C.E. = Conseil D'état

C.R.E.D.A = Centre De Recherche Sur Le Droit Des Affaires

C.J.C.E. = Cour De Justice Des Communiés Européen

C.J.U.E = Cour De Justice De l'Union Européenne

C.N.U.C.E.D. = Conférence Des Nations Unies Sur Le Commerce Et Le Développement

C.S.A. = conseil supérieur de l'audiovisuel

Cass. com. = Cassation Commercial

Comm. = Commission

D.O.J. = United States Department of Justice

I.C.N. = International Competition Network

ibid. = même endroit

J.O.C.E. = Journal officiel des Communautés européennes (Avant 1992)

L.G.D.J. = Librairie générale de droit et de jurisprudence

O.C.D.E. = Organisation De Coopération Et De Développement Economique

O.F.T. = Office Of Fair Trading

op.cit. = ouvrage précité

ord. = ordre

p. = page

préc. = précité

R.D.A.I. = Revue de droit des affaires internationales

R.E.C. = Réseau Européenne De Concurrence

rapp. = rapport

T.P.I.C.E = Tribunal de première instance des Communautés européenne

المقدمة:

مما لا شك فيه أن لسياسة المنافسة مكانة هامة ضمن السياسات العمومية التي تهدف إلى دعم عجلة التنمية الاقتصادية والبشرية للمجتمعات، وغاية هذه السياسة هو توفير مناخ يشجع على التنافس الشريف بين الفاعلين الاقتصاديين، ودعم مختلف السياسات الموازية والتدابير الحكومية التي تساهم في تحسين الظروف التي تعمل في ظلها المنافسة، ومن أجل ذلك لابد لسياسة المنافسة من الارتكاز على عنصرين أساسين لا غنى عنهما، الأول يتمثل في ضرورة وجود أرضية تشريعية تمكن من وضع إطار قانوني ومؤسساتي لتنظيم قواعد اللعبة التنافسية داخل السوق، والعنصر الثاني يتمثل دوره في مواكبة هذا التأطير بدعم جهود نشر الوعي بروح وثقافة المنافسة لدى كافة مكونات هذه السوق.[1]

والملاحظ في العشرية الأخيرة فيما يرتبط بالعنصر الأول المتعلق بشق التأطير القانوني لقواعد للمنافسة أنه يوجد تشابه كبير بين أهم التصورات التي تحكم هذا التأطير في مختلف الدول بغض النظر عن كونها دول متقدمة أو نامية[2]، ولعل ذلك راجع بالأساس إلى أن هذه الدول تتأثر بنسب متفاوتة بظاهرة عولمة السوق التي تتجه نحو التحرر والليبرالية[3]، الشيء الذي يستوجب وجود تشريعات وهياكل تستوعب هذه التوجهات، لذلك نجد المنظمات المهتمة

---

[1] C.N.U.C.E.D., Conférence : Contribution de la politique de la concurrence à la promotion du développement économique : bonne conception et efficacité du droit et de la politique de la concurrence, Genève, 8-12 novembre 2010, p.3, En Ligne : http://unctad.org/fr/Docs/tdrbpconf7d3_fr.pdf (consultée le : 20 avril 2017)

[2] وفق التصور الشائع الدول النامية أو دول الجنوب هي دول أقل تطورا اقتصاديا مقارنة بالدول المتقدمة أو دول الشمال، فالتسمية الأولى غالبا ما تدل على الدول التي تمر بمرحلة تحول في جميع مستويات الحياة سواء الاقتصادية والسياسية والثقافية نحو طرق العيش الحديثة، وغالبا ما تعتمد هذه التسميات على مؤشرات نمو منها تلك المتعلقة بمعدل دخل الفرد وتطور خدمات التعليم والصحة، لكن الملاحظ مؤخرا أنه تم التراجع عن هذه التفرقة فيما يخص مؤشرات النمو الصادرة عن البنك الدولي لأن هذه التفرقة أصبحت عديمة الجدوى، منقول بتصرف من موقع الموسوعة الحرة "ويكيبيديا" :

https://fr.wikipedia.org/wiki/Pays_en_d%C3%A9veloppement (اطلع عليه بتاريخ : 21 ابريل 2017)

[3] C.N.U.C.E.D., Conférence : Contribution de la politique de la concurrence à la promotion du développement économique, préc., p.3.

بالتعاون الدولي[4] في مجال قواعد المنافسة تشجع الدول النامية على تبني تشريعات تتماشى مع التوجهات المعمول بها في مثيلاتها المتقدمة[5]، خاصة في الحالة التي ترغب فيها الأولى إبرام أو تحصين اتفاقيات التبادل الحر مع الأخيرة.

لكن هذا التشابه الكبير في الإطار القانوني والمؤسساتي لسياسة المنافسة في الدولة المتقدمة والدول النامية، لا يسري على الركيزة الثانية الداعمة لهذه السياسة والمتعلق بضرورة انتشار وشيوع ثقافة المنافسة، حيث لحدود اليوم هناك فوارق كبيرة بين مستوى المؤشرات الدالة على هذا الوعي المرتفعة في الدول المتقدمة و المتدنية بشكل كبير في الدول النامية، وذلك راجع بالأساس إلى الظروف الداخلية لأسواق هذه الدول خاصة فيما يتعلق بانتشار القطاعات غير المهيكلة[6] التي لا تخضع للتأطير القانون فبالأحرى أن تحترم فيها قواعد المنافسة.

ومن الواضح أن السوق المغربي تنطبق عليه الملاحظات السابقة، حيث بقدر ما كانت السياسات المغربية المتعلقة بمجال المنافسة بشكل خاص وبالمجال الاقتصادي بشكل عام ترتبط ارتباطا لصيقا بسياسات دول ما وراء البحر الأبيض المتوسط، خاصة وأنه تجمعه مع بلدانها اتفاقيات تبادل الحر، إلا أن الجهود المتعلقة بنشر ثقافة المنافسة لازالت متعثرة رغم المجهودات التي قام بها ولا يزال مجلس المنافسة فيما يتعلق بنشر ثقافة المنافسة، نظرا لكون السوق المغربي لازال يعرف في بعض قطاعاته غيابا للهيكلة.

---

[4] نجد من بين أهم هذه المنظمات : مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الشبكة الدولية للمنافسة، منظمة التجارة العالمية، منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية.

[5] بعض هذه المنظمات قامت ببلورة قواعد منافسة موحدة أو قوانين منافسة نموذجية، لكي تستأنس بها الدول الراغبة في تنظيم المنافسة في أسواقها الوطنية، ومن ذلك نجد القانون النموذجي للمنافسة الذي وضعته منظمة مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية سنة 2010.

[6] هذا ما تعكسه الإحصائيات التي جاءت بها نتائج التحقيق حول القطاع غير المهيكل التي قامت به المندوبية السامية للتخطيط برسم سنة 2013/2014، حيث نجد أن عدد الوحدات غير المهيكلة بلغ 1.68 مليون وحدة سنة 2013، برقم معاملات بلغ 410 مليار درهم بحجم استثمارات بلغ 3.366 مليار في نفس السنة، وساهم هذا القطاع بما يعادل 1.2% في تكوين الرأس المال الخام الوطني في نفس السنة، للمزيد من المعلومات انظر:

- Le Haut-Commissariat au Plan Marocaine, Enquête Nationale sur le Secteur Informel 2013-2014, Principaux résultats, le 12 octobre 2016, En ligne :

http://www.fcs.ma/wp-content/uploads/2016/10/Enqu%C3%AAte-Nationale-sur-le-SI-2013_2014.pdf (consultée le : 14 octobre 2017)

وبالرجوع إلى عنصر التأطير القانوني الذي يشكل الأداة التنفيذية لأي سياسة تنافسية، فمن من المعلوم أن قانون المنافسة يدخل ضمن زمرة القوانين الاقتصادية للسوق، نظرا لكونه يجمع بين ما هو قانوني واقتصادي في نفس الوقت، ومن ناحية تطور التأصيل النظري فقانون المنافسة يعتبر قانونا فتيا إن صح التعبير مقارنة بالفروع القانونية الكلاسيكية، لهذا نجده يستعير معظم قواعده من هذه الأخيرة، فهو يستعير قواعد القانون الخاص إلى جانب قواعد القانون العام كما يأخذ بقواعد القانون المدني إلى جانب قواعد القانون الجنائي. فانفتاحه على مختلف هذه القواعد باختلاف مصدرها يحاكي انفتاح الأسواق التي يعمل على تنظيمها، فكل الآليات القانونية مهما اختلفت تكون قابلة للاستعمال في قانون المنافسة مادامت تخدم أهدافه، حتى وإن أصبحت لتلك الآليات في ظله طبيعة مختلطة هجينة، وذلك لأن قانون المنافسة في حد ذاته قانون هجين[7] ناتج عن مزاوجة الاقتصادي بما هو قانوني.

فأهداف قانون المنافسة وفق هذا التصور الحديث لم تعد تقتصر فقط على تلك المتعلقة بمراقبة الأسعار أو المساعدات الممنوحة من قبل الدولة، بل كذلك ضبط وتنظيم تنافسية أنشطة الفاعلين الاقتصاديين في السوق عن طريق الوقاية من الممارسات المنافية للمنافسة واللاتنافسية ومحاربة كافة أنواعها، بما يضمن حماية الرفاه العام للمستهلك بشكل خاص وضمان احترام النظام العام التنافسي بشكل عام.[8]

وارتباطا بما سبق، فإنه وإن كانت التشريعات الكلاسيكية ومصالح النظام العام المرتبطة بها يتم تفعيلها وحمايتها عن طريق المشرع والقضاء معا، فتفعيل قانون المنافسة وحماية النظام العام التنافسي المرتبط به أوكله المشرع بشكل أساسي لهيئات المنافسة[9]، هذه الهيئات تعكس دور

---

[7] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, Edition L.G.D.J, paris 2009, p.1.

[8] Laurence BOY, Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France, Revue internationale de droit économique, mars 2010, p.273.

[9] مصطلح "هيئات المنافسة" مصطلح جديد نسبيا في الساحة الدولية ارتبط ظهوره بظهور وتطور تشريعات المنافسة هذا المصطلح استعمل لأول مرة في الندوات الدولية التي عقدت بشأن موضوع المنافسة للإشارة إلى الهيئات الوطنية للمنافسة، من أجل ضم مختلف هذه الهيئات تحت

الدولة الموجه للاقتصاد بشكل عام والمنافسة بشكل خاص، فالمنافسة ليست غاية في حد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق أهداف السياسة العامة المرتبطة بتنمية الاقتصاد وتحسين توزيع الثروات.[10]

ولعل هذا ما يجرنا للحديث عن التطور الذي عرفه ولا يزال قانون المنافسة في ظل نظرية النظامة "régulation"[11]، فالحديث عن نظامة المنافسة أصبح من صميم اهتمام السياسات العمومية المتعلقة بالمنافسة، حيث لا يتم التركيز في ظل هذه النظرية على ضرورة التوصل إلى منافسة مثالية –تامة– لكن التوصل إلى منافسة قابلة للتطبيق –معقولة–، وهو الهدف الذي تسعى هيئات المنافسة لتحقيقه. هذه الأخيرة أصبح لها في ظل نظرية النظامة وظيفة نزاعية تتجاوز محدودية أدورها الاستشارية[12]، فقوانين المنافسة الحالية أصبحت تضم صلاحيات

مسمى واحد بغض النظر عن مختلف التسميات التي أعطيت لها على الصعيد الوطني (مديرية المنافسة، مكتب المنافسة، مجلس المنافسة، وكالة المنافسة...) انظر:

Mohamed Hicham BOUAYAD, Articulation entre régulateurs sectoriels et autorités de la concurrence : repartions des compétences et coordination, Université sidi Mohamed ben Abdallah faculté de science juridique économique et social Fès, présentée et soutenu publiquement en mai 2013, p.6.

[10] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction Et engagement en droit de la concurrence, op.cit. p.2.

[11] في البدء نبرر اختيارنا للفظ النظامة لدلالة على لفظ "régulation" من خلال أخذنا بعين الاعتبار ارتباطه الوثيق بلفظ " régulateur " أي الناظم (انظرسهيل ادريس، المنهل قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، الطبعة الثانية والأربعون، سنة 2011، ص. 1038) فما يهمنا من ناحية العملية هو تبني اللفظ بمعناه المتحرك وربطه بالنطاق المستعمل فيه، فمن ثم يكون دور الناظم في مجال المنافسة هو ذلك المستدل عليه بالنظامة، ومفهوم النظامة هو مصطلح جديد نسبيا في العلوم القانونية، حيث أثار منذ ظهوره نوعا من الارتباك باعتبار الخلط الإستموليجي الذي خلقه لدى الفقه، فالفقه الروماني الجرماني يدخل تحت مظلة هذا لفظ " régulation" معنى يعاكس بشكل كبير المعنى المعطى له من قبل الفقه الأنجلوسكسوني " regulation " الذي هو في القاموس الفرنكفوني "règlementation" الذي يقابله لفظ "public policy"، فلحد الآن معنى لفظ النظامة ليس مضبوطا بدقة لدى القانونيين الأوربيين، رغم التطرق له في عدة ندوات ولقاءات، فلفظ النظامة مرآة تعكس التعقيد الذي تعرفه المجتمعات القانونية المعاصرة، والناتج عن الحاجة الملحة لملاءمة وسائل إعداد وتطبيق القواعد القانونية لمتطلبات مجالات القانون الاقتصادي، وذلك باستعمال مفاهيم مرنة متطورة باستمرار لا تلتزم بمعاني جاهزة وجامدة. انظر :

-Laurence Boy, Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de la concurrence, EUI Working papaer LWA n° 2004.9, p.3., En Ligne : https://hip.lisboa.ucp.pt/edocs/cde/2005_10820.pdf (consultée le : 2 avril 2017)

[12] تعرف الوظيفة النزاعية وفق المعنى الضيق بأنها حل النزاعات عن طريق تطبيق القواعد القانونية السارية المفعول، وتكون الغاية منها في مجال المنافسة هي الإجابة عن المتطلبات الموضوعية لاشتغال السوق، وضمان احترام قواعد اللعب التنافسي، عن طريق حل النزعات المتعلقة بالنشاطات الاقتصادية للإنتاج والتوزيع والتسويق والخدمات، بهدف الحفاظ على المنافسة أو استرجاعها، وبالتالي فهذه الوظيفة يمكن اعتبارها وظيفة شرطة المنافسة داخل السوق، انظر:

-Jean-Jacques MENURET, Autorité de la concurrence, Revu Concurrence-Consommation, n°282, juin 2010, p.15.

واختصاصات تقريرية تسمح لهذه الهيئات بحل كافة القضايا التي تهم المنافسة، بل هناك من يذهب إلى التأكيد على أن هذه الهيئات أصبحت تشكل قضاء متخصصا في مجال المنافسة.[13]

كما لا تقتصر وظيفة هذه الهيئات فقط على محاربة كل ما من شأنه أن يمس بالمنافسة بل تهدف إلى ضمان فعالية القضاء عليها، ففي ظل نظرية النظامة لا يتم مقاربة الفعالية من زاوية الجزاءات فقط بل وفق مقاربة واسعة تتضمن كذلك كل من الوقاية والمراقبة القبلية، لكن هذه المقاربة النظرية لم يتم تنزيلها على المستوى العملي إلا بشكل متأخر في القوانين الفرنكوفونية، إذ ظل التصور المعمول به إلى زمن قريب بشأن تطبيق قانون المنافسة في ظل هذه القوانين، تصورا يتم النظر فيه إلى قانون المنافسة من زاوية القوانين الوضعية ذات القواعد الملزمة، ومن تم يتم تنزيله وفق تطبيق عمودي —من الأعلى إلى الأسفل– وذلك بفرض جزاءات في حالة مخالفة قواعده، الشيء الذي ينتج عنه بالضرورة وجود علاقة عمودية بين هيئات المنافسة و الفاعلين الاقتصاديين في السوق. هذا النظام يطلق عليه الفقه الانجلوسكسوني نظام الضبط والمراقبة أو ما يطلق عليه " cammand end control"[14]، ورغم كون هذه المقاربة إيجابية لأنها ترتكز على علاقة واضحة المعالم بين كل من هيئة النظامة والفاعلين، تضع الطرف الأول على مسافة آمنة من الطرف الثاني، وذلك في إطار حقوق والتزامات متبادلة، لكنها مقاربة لها سلبيات من أهمها أنه ليس من المناسب دائما اللجوء لفرض العقوبات أو الجزاءات، لأن ذلك لا يترك لهيئات المنافسة هامشا من المرونة اللازمة لضمان فعالية تطبيق قواعد المنافسة.

---

[13] تذهب بعض الآراء الفقهية إلى أن وظيفة هيئات المنافسة وظيفة أكثر من نزاعية بل وظيفة قضائية، لكن يقابلهم اتجاه آخر يقول بوجوب النظر لوظيفة هذه الهيئات بمنظور مستقل انطلاقا من خصوصية منازعات المنافسة، وباستحضار القيمة المضافة التي تعطيها المساطر غير القضائية في ظل الوظيفة النزاعية،والتي تسمح لهذه الهيئات بتصور حلول بديلة لهذه المنازعات، هذا التصور يسمح بإخراج الوظيفة النزاعية من قوقعة الوظيفة القضائية حيث وإن كان يحافظ على المعيار المادي (الموضوعي) المشترك بين كلا الوظيفتين، إلا أنه يعطي للمعيار الشكلي (المسطري) أبعادا وأهدافا مختلفة في كلا الوظيفتين الشيء الذي يسمح بتميز الواحدة عن الأخرى، انظر:

- jean-jacques MENURET, Autorité de la concurrence, op.cit. p.60.

[14] Eva LACHNIT, Alternative enforcement of competition law -Balancing legal requirements in practice, Renforce Working Paper, p1, En Ligne:
http://renforce.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/11/RENFORCE-Working-Paper-Settlements.pdf
(consultée : 14 Avril 2017)

هذه الفعالية التي أصبحت نواة منطق التحليل الاقتصادي لقوانين السوق عموما وقانون المنافسة بشكل خاص، فهذا المنطق يرتكز على أن أي تطبيق فعال لقانون المنافسة يستتبعه ضرورة الاستناد إلى جزاءات ناجعة وفعالة في مجال المنافسة، تسمح لأجهزة المنافسة بضمان مطابقة تصرفات المقاولة لقواعد لعبة المنافسة. ومن أجل الوصول إلى تلك النجاعة والفعالية تم الاعتماد في البدء على تدعيم آلية الجزاءات الكلاسيكية المتمثلة أساسا في الردع والعقاب، وذلك لضمان تحقق الأهداف المرجوة بشكل كامل وبأقل تكلفة اجتماعية ممكنة، وهذا ما يطلق عليه بمفهوم الجزاءات الفعالة أو الناجعة "sanction optimale ou efficace" في ظل منطق التحليل الاقتصادي[15].

هذا التحليل السابق انعكس على استراتيجية اشتغال هيئات المنافسة في القارة الأوروبية، حيث عمدت في مطلع الألفية الجديدة إلى الرفع بشكل كبير وملموس من قيمة الغرامات تجاه المخالفين لقواعد المنافسة[16]، لكن رغم الآثار الايجابية لتلك المقاربة، التي كان لها وقع كبير على الفاعلين والمهتمين بشؤون المنافسة في الأسواق الأوروبية، من خلال إرسال رسائل واضحة لكل من يفكر في الإقدام على مخالفة قواعد اللعب التنافسي داخل هذه الأسواق، وبالرغم من أن ذلك يعد تفعيلا لأهداف الردع والعقوبة، فإنه في واقع الأمر لم يصل ذلك التفعيل إلى المستوى المنشود [17]، فسياسة الرفع من حجم الغرامات لم يكن لها وقع ملموس فيما يخص تعزيز فرضية

---

[15] C.C.F, Rapport : L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles », Membres de la mission : Jean Martin FOLZ, Christian RAYSSEGUIER, Alexander SCHAUB, Rapporteurs : Étienne CHANTREL, Charles de NAVACELLE, JONES DAY, p.8., En Ligne :

http://www.economie.gouv.fr/files/finances/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf (consultée le : 17 avril 2017)

[16] Frédéric JENNY, L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique, contribution au colloque : les sanctions en droit de la concurrence, organiser le mercredi 31 octobre 2012, paris, Revu concurrences, n° 1-2013, p.4, En Ligne :
http://www.vogel-vogel.com/sites/vogel-vogel/files/Concurrences%20-2013%20Colloque%20Vogel.pdf (consultée le : 20 juin 2017)

[17] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.2.

كشف المخالفة خاصة فيما يتعلق بالاتفاقات المنافية للمنافسة، التي أصبحت تتسم في السنوات الأخيرة بالسرية والتعقيد الكبير مما يصعب مهمة الكشف عنها والتثبت من وقوعها ومن ثم المعاقبة عليها، كما أن ذلك يتطلب اللجوء إلى مساطر بحث وتحقيق طويلة ومكلفة.[18]

في ظل ما سبق تصاعدت الانتقادات الفقهية لمبدأ وحدة الجزاءات الذي تتميز به قوانين المنافسة، المتمثل أساس في التركيز بشكل كبير على العقوبات المالية[19]، لأن الوصول إلى فعالية ونجاعة قواعد المنافسة يتطلب تنويعا للجزاءات والعقوبات المرصودة لمخالفاتها، وذلك من خلال المحافظة على مقاربة متشددة "hard enforcement"في الجزاءات المكرسة لأهداف المعاقبة والردع، وبالموازاة مع ذلك تم تبني آليات جديدة تجعل منطق نظامة المنافسة يصبح أكثر مرونة "soft enforcement"، حيث تشجع على نظامة تشاركية تتأسس على مبدأ التحاور والنقاش والوقاية[20]، من أجل توسيع آليات وخيارات تدخل هيئات المنافسة والفاعلين المعنيين بتطبيق قانون المنافسة، مما يسمح بمعالجة كافة الحالات مهما كانت طبيعتها – شكوك، مخالفات بسيطة، مخالفات خطيرة – والتي من شأنها المساس بحسن سير اللعبة التنافسية داخل الأسواق.

هذه التصورات السابقة ارتبطت بظهور مفهوم القانون المتفاوض بشأنه، إذ أصبحت آليات التفاوض تبسط سيطرتها شيئا فشيئا على تنظيم العلاقات الاجتماعية في المجتمع بشكل عام، كما أن مختلف الأنظمة القانونية لم تسلم من تأثير هذه الظاهرة القانونية، فتفاوض لم يعد مقتصرا على مرحلة تحضير واعتماد القانون بل أصبح يمتد لمراحل تطبيق هذا الأخير.[21]

---

[18] C.C.F, Rapport : L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, préc, p.8.

[19] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.2.

[20] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p. 1-2.

[21] Nour-Eddine TOUJGANI, Les procédures négociées en droit de la concurrence, publié le 2014-01-29, sous le numéro 10, p. 1. En ligne :
http://juridika.net/droit-des-affaires/les-procedures-negociees-en-droit-de-la-concurrence-t33.html (consultée le : 25 juin 2017)

هذا التفاوض أدى إلى إعادة النظر في العلاقة التي تجمع هيئات المنافسة بالفاعلين في السوق، وفق التصور يطلق عليه الفقه الأنجلوسكسوني لفظ "alterntive enforcement"، والذي يلعب في ظله الفاعلون الاقتصاديون دورا إيجابيا عن طريق تزويد هيئات المنافسة بالمعلومات المناسبة واقتراح حلول لممارساتهم غير المشروعة، بشكل يساعد هذه الهيئات على حل القضايا المعروضة عليها في أقرب الآجال وبأقل تكلفة ممكنة في جو يعزز الامتثال الطوعي للحلول المتوصل إليها، في المقابل يحصل هؤلاء الفاعلين على ثقة هذه الهيئات، حيث تؤخذ مساهماتهم بعين الاعتبار من خلال اعتماد قرارات أقل تشدد وأكثر تساهلا في حال ارتكابهم لمخالفات حسب كل حالة على حدة.[22]

إن قانون المنافسة في ظل التصورات والنظريات السابقة، أصبح يدخل تحت مظلة التفاوض، ما يمنح مرونة لقواعده بشكل يعزز نجاعته وفعاليته، وقانون المنافسة في المحيط الأورو-متوسطي الذي ينتمي إليه بلدنا لا يخرج عن هذا التوجه، فالتطور المستمر لقوانين المنافسة في هذا المجال الجغرافي يهدف هو كذلك إلى ضمان تطبيقها بشكل ناجع وفعال، ولذلك تم إعطاء مكانة متميزة في هذه القوانين للقوة التنظيمية للحوار والتعاون الحقيقي بين هيئات المنافسة والمقاولات الناشطة في السوق.[23]

ولعل ما يجعل الأخذ بهذا التوجه ضرورة ملحة هو كون قانون المنافسة أصبح في الوقت الحالي موجها للمنشآت التي تشتغل على الصعيد الإقليمي والدولي فنشاطاتها تتعدى الأسواق الوطنية لتشمل الأسواق العالمية، فإذا كان كل بلد يحتفظ بسياسة خاصة به في مجال المنافسة فمن الصعب، إذا لم نقل من المستحيل، ضمان نجاح هذه السياسة ما لم تأخذ بعين الاعتبار

[22] Eva LACHNIT, Alternative enforcement of competition law -Balancing legal requirements in practice, op.cit., p.1;2.

[23] Nour-Eddine TOUJGANI, Les procédures négociées en droit de la concurrence, op.cit., p.1.

التوجهات المعمول بها في سياسة البلدان الأخرى[24]، التي تشكل أسواقها قبلة لنشاطات المنشآت المتعددة الجنسية، من هنا فالمغرب لا خيار له سوى ملائمة سياسته التنافسية مع توجهات السياسة التنافسية الأورو–متوسطية، حتى يضمن تفعيل أدوار الأجهزة الوطنية التي تعمل على إنجاح سياسته التنافسية.[25]

يمكن القول إن التأطير القانوني لقواعد المنافسة في المغرب مجسدا في ق.ح.أ.م. رقم 06.99 الصادر سنة 2002 لم يكن مواكبا للتوجهات السابقة الذكر، فمن المعلوم أن مجلس المنافسة كان دوره جامدا لسنوات عديدة بعد صدور هذا القانون[26]، ورغم استئناف مجلس المنافسة لصلاحياته المنصوص عليها في ق.ح.أ.م رقم 06.99 في أواخر سنة 2009، إلا أنه سرعان ما تبين أن نصوص هذا القانون تطرح مجموعة من الصعوبات، إذ تجعل هامش اشتغال المجلس محصورا في أدوار استشارية محضة[27]، لتنطلق من ذلك الحين مجهودات ترمي إلى تعديل

---

[24] C.C.f, Rapport : L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, pric, p.6.

[25] Nour-Eddine TOUJGANI, Les procédures négociées en droit de la concurrence, op.cit, p.2.

[26] لم يفعل دور مجلس المنافسة المغربي إلا بعد تعيين جلالة الملك محمد السادس لرئيس المجلس بتاريخ 20 غشت 2008، بعد ذلك تم تنصيب أعضاءه من قبل الوزير الأول (رئيس الحكومة حاليا) بتاريخ 6 يناير 2009، حيث قبل هذا التاريخ كان دور مجلس المنافسة الشاغر يمارس من قبل مديرية الأسعار والمنافسة التابعة للوزارة المنتدبة لدى الوزير الأول المكلفة بالشؤون الاقتصادية والعامة (الوزارة المكلفة بالشؤون العامة والحكامة) وذلك بناء على تفويض من الوزير الأول آن ذاك. بعد ذلك عمل مجلس المنافسة في إطار صلاحياته الاستشارية على القيام بمجموعة من الدراسات حول وضع المنافسة في بعض القطاعات، بالموازاة مع ذلك عمل على نشر ثقافة المنافسة عن طريق عقد لقاءات وندوات وطنية ومحلية وإنشاء شراكات مع بعض هيئات المنافسة الأوروبية للاستفادة من تجاربها وكذلك المشاركة في المحافل الدولية المرتبطة بمجال نظامة المنافسة.

[27] سرعان ما دفع هذا الوضع إلى التفكير في صياغة مقترحات تعديلات تسمح بتدليل تلك الصعوبات بما يتناسب والتوجهات المعمول بها في الأنظمة القانونية المقارنة وتوجيهات المنظمات الدولية المهتمة بمجال المنافسة، أفضت هذه المجهودات إلى بلورة مشروع إصلاح مؤسساتي للمجلس تم عرض مضامينه على السيد الوزير الأول في أواسط سنة 2010، كما تم تقديم مضامينه من طرف السيد رئيس مجلس المنافسة على صاحب الجلالة الملك محمد السادس بتاريخ 10 أبريل 2011، وذلك بالتزامن مع صدور الدستور الجديد للملكة، بعد هذا التاريخ بدأت مشاورات حثيثة بين مجلس المنافسة والمصالح الوزارية المكلفة بالشؤون الاقتصادية والعامة ممثلة في مديرية الأسعار والمنافسة، في إطار مقاربة تشاركية قصد التوافق بشأن مختلف محاور إصلاح الإطار المؤسساتي والموضوعي هذه المشاورات تخللها شد وجذب بين كلا الطرفين وصل صداه لصفحات الجرائد الوطنية، تمخضت عنه مسودة مشروع قانون جديد للتعديل ق.ح.ا.م. رقم 06.99 ، لكن سرعان ما تم التخلي عن هذا التصور لصالح تصور ثاني يتضمن مسودتين لتعديل واحدة تتعلق بمشروع قانون خاص بمجلس المنافسة وثانية بمشروع قانون خاص بحرية الأسعار والمنافسة ، وبعد مرور كلا المشروعين بالقنوات الكلاسيكية للمصادق على القوانين، صدر كل من القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية

مضامين هذا القانون تكللت بتبني كل من القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة والقانون 20.13 المتعلقة بمجلس المنافسة.

جاءت هذه القوانين لتنزيل مقتضيات دستور 2011 [28]، فالمادة الأولى والثانية من القانون المتعلق بمجلس المنافسة رقم 20.13 تضمنتا ما يفيد أن مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة ذات اختصاص تقريري في كل ما يتعلق بمحاربة الممارسات المنافية للمنافسة ومراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، تتوفر على الشخصية المعنوية وللاستقلال المالي، هذا إلى جانب التنصيص على مجموعة من الصلاحيات تواكب هذا الدور التقريري. [29]

وبالرجوع إلى التأطير القانوني للمساطر التفاوضية موضوع بحثنا لابد من الإشارة إلى أنه في ظل ق.ح.أ.م رقم 06.99 تم الإقتصار فقط على تنظيم مسطرة التعهدات في إطار الباب المتعلق بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، ولم يتم تنظيم باقي الآليات التي تدخل ضمن المساطر التفاوضية إلا بصدور القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، وبعد ذلك المرسوم رقم 2.14.652 المتعلق بتطبيق القانون رقم 104.12، تماشيا مع ما هو معمول به في باقي

الأسعار والمنافسة والقانون 20.13 المتعلقة بمجلس المنافسة بالجريدة الرسمية عدد 6276 الصادرة بتاريخ 26 رمضان 1435 موافق 24 يوليو 2014.

[28] ينص الفصل 166 من الدستور المغربي على أن : " مجلس المنافسة هيئة مستقلة مكلفة في إطار تنظيم منافسة حرة ومشروعة بضمان الشفافية والإنصاف في العلاقات الاقتصادية وخاصة من خلال تحليل وضبط وظيفة المنافسة في الأسواق ومراقبة الممارسات المنافية للمنافسة والممارسات التجارية غير المشروعة وعمليات التركيز الاقتصادي والإحتكار"، فهذا النص يشكل الخطوط التوجيهية التي يجب أن تشكل في ظلها صلاحيات مجلس المنافسة باعتباره ركيزة من ركائز الحكامة في المجال الاقتصادي التنافسي.

[29] إلى جانب التنصيص في المادة 2 من القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة على الدور التقريري للمجلس، تم الحفاظ على دوره الاستشاري وتضمن هذا القانون إلى جانب القانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة صلاحيات من شأنها تعزيز أدوار مجلس المنافسة نذكر من أهمها :

- صلاحية الدفاع عن مصالح المنافسة "advocacy " حيث للمجلس الصفة للترافع أمام المحاكم.
- وجوب ممارسة رئيس المجلس ونوابه عملهم بشكل دائم (المادة 11 من القانون رقم 20.13).
- للمجلس صلاحية الإحالة الذاتية مع توسيع الجهات التي من الممكن أن تلجأ للمجلس لتشمل المنشآت المنافسة (المادة 3 و 4 من القانون 2013)
- أصبح للمجلس مصالح إدارية خاصة للقيام بالأبحاث اللازمة لمعالجة القضايا المعروضة عليه، بعدما كان ذلك يتم عن طريق مصالح مديرية الأسعار والمنافسة بناء على طلب المجلس (المادة 16 من القانون 20.13).
- تعزيز ضمانات الأطراف المعنية بالمساطر المتبعة أمام المجلس خاصة منها تلك المرتبط بحقوق الدفاع وحماية السرية (المواد من 29 إلى 33).

القوانين المقارنة وإن تم ذلك بشكل متأخر نسبيا [30]، حيث تم تأطير مسطرة التعهدات لتشمل باقي القضايا المتعلقة بالممارسات المنافية في المادة 36،كما أطر مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات المبلغة في المادة 37 التي تم تبنيها لأول المرة، وأخيرا أطر المشرع مسطرة الإعفاء بنوعيه الكلي والجزئي في المادة 41.

---

[30] القانون الأمريكي كان هو السباق لتنظيم كافة أشكال المساطر التفاوضية، فمسطرة التعهدات تم تبنيها في القانون الأمريكي بشكل متدرج في قوانين المنافسة انطلاقا من "the Sherman Antitrust Act " الصادر سنة 1890 و "the Clayton Antitrust Act" الصادر سنة 1914 و "the Tunney Act" الصادر سنة 1974 لكن لم يتم تأطير هذه المسطرة بشكل دقيق إلى بموجب تعديل نص "compition acte" صادر عن" offise of fair triding" سنة 1998، وسنة 2004 قام المكتب بإصدار خطوط توجيهية بشأن مسطرة التعهدات، أما فيما يخص مسطرة الاعتراف المتفق بشأنه "Plea Agreement " فلم تصدر أول خطوط توجيهية بشأنها حتى تاريخ 1 نونبر 1991، أما مسطرة الإعفاء فبحلول سنة 1978 وفي إطار حملة الحكومة الفدرالية لمحاربة الغش في الأسواق تم تبني نظام إعفاء تحت مسمى" the Corporate Leniency Policy" أو "Amnesty Program" لكن هذا البرامج لم يعرف النجاح المرجو منه فيما يخص محاربة الاتفاقات إلا بعد تعديل سنة 1993 حيث أصبح أكثر شفافية وذو تطبيق تلقائي، بعد ذلك تم تمديد هذا النظام سنة 1994 ليشمل الأشخاص الطبيعيين بموجب" Individual Leniency Policy".

- بالنسبة للقانون الفرنسي فالمساطر التفاوضية لم يتم تبنيها إلا بموجب القانون رقم 420/2001 الصادر بالتاريخ 15 ماي 2001 (NRE) المعدل لمقتضيات مدونة التجارة حيث تم تبني كل من مسطرة الإعفاء ومسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، أما مسطرة التعهدات فتم تنظيمها في إطار مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، ولم يتم تأطيرها بشكل دقيق بخصوص الممارسات المنافية للمنافسة إلا بصدور الأمر رقم 1173/2004 بتاريخ 4 نونبر 2004 المتعلق بملاءمة مقتضيات مدونة التجارة للقواعد الاتحادية للمنافسة.

- أما فيما يتعلق بالقواعد الاتحادية الأوروبية يمكن القول أنه فيما يخص مسطرة التعهدات تم الإشارة إليها بدء في المادتين 81و 82 من اتفاقية الاتحاد الأوروبي كما كانت تخضع للقواعد رقم 1962/ 17، لكن لم يتم تبني تأطير دقيق لهذه المساطر إلا بصدور القواعد رقم 1/2003، وفيما يخص مسطرة الصلح " transaction " فهي بدورها لم يتم التطرق لها في البدء بشكل دقيق وشامل بل تم تبني مقتضيات تحيل على بعض مضامينها بشكل عرضي، كما هو الحال في البلاغ الصادر بتاريخ 18 يوليوز 1996 المتعلق بعدم فرض الغرامات أو تخفيض مبلغها الذي كان معمولا به فقط في قضايا الاتفاقات، إضافة إلى الخطوط التوجيهية رقم 98/C/9/0 المتعلقة بكيفية احتساب الغرامات التي تسمح بتطبيق تخفيضات لفائدة المقاولات التي تتعاون بشكل فاعل مع الهيئة فيما يخص القضايا الأخرى، ولم يتم تخصيص تنظيم دقيق وشامل لهذه المسطرة إلا بصدور القواعد رقم 622/2008 بتاريخ 30 يوليوز 2008، كما تم إصدار بلاغ بشأن تطبيق تلك المقتضيات بتاريخ 2 يليوز 2008، وأخيرا فيما يخص مسطرة الإعفاء تم إدخالها في القواعد الاتحادية بناء على البلاغ الصادر بتاريخ 18 يوليوز 1996 التي أشرنا له سابقا، وتم بعد ذلك تصحيح النواقص التي كان يعرفها هذا البلاغ ببلاغ جديد صدر بتاريخ 19 فبراير 2002 والمتعلق بالإعفاء الكلي والتخفيض من الغرامات في قضايا الاتفاقات التي تم تعديلها هي كذلك سنة 2006.

- أما فيما يخص القوانين العربية فنجد أن القانون التونسي عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 يتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار اقتصر على تنظيم مسطرة الإعفاء الكلي والجزئي في الفصل 26 منه دون التطرق لباقي المساطر، نفس الشيء نجده في القانون الجزائري حيث اكتفى الأمر رقم 03-03 الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة بتنظيم مسطرة الإعفاء في المادة 60 منه، ونفس الأمر نجده كذلك في القانون المصري رقم 3 لسنة 2005 المعتبر بمثابة قانون لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الذي اقتصر هو كذلك على تنظيم مسطرة الإعفاء في المادة 26 منه.

وعموما فالمعنى اللغوي للفظ المساطر التفاوضية يتكون من كلمة المساطر جمع مسطرة التي ترمز إلى إجراء معين أو إلى مجموعة من الإجراءات[31]، وكلمة التفاوضية مشتقة من تفاوض " وهو سلسلة من اللقاءات تهدف الى تبادل وجهات النظر حول الخطوات التي من شأن اتباعها الوصول إلى اتفاق"، لكن يجب الانتباه إلى أن التفاوض وفق المعنى السابق لا يتضمن بالضرورة أنه يمكن التوصل في جميع الأحوال إلى اتفاق. ولقد استعمل هذا اللفظ لأول مرة في مجال القانون الدولي، فبالرجوع إلى معجم "Larouss" نجده يشير إلى أن " الحق المتمثل في التفاوض هو الجزء الأول من الحق في التعاهد الذي يكفل في الاتفاقات الجماعية ".[32]

انطلاقا من كون مفهوم المساطر التفاوضية يشكل الكلمة المفتاح لموضوع هذه الأطروحة، ووعيا منا بأهمية وضرورة إعطاء تعريف شامل لمفهوم المساطر التفاوضية، بما يسمح بتوضيح الرؤية بشأن الغاية والهدف المشترك الذي يجمع بين كافة هذه المساطر، سننطلق من بعض الإشارات الفقهية التي تحيل بشكل ضمني على معنى مصطلح المساطر التفاوضية، إذ يعتبر أحد المهتمين بمجال المنافسة أن " لفظ المساطر التفاوضية غالبا ما يستعمل للدلالة على مختلف مساطر التعاون المتاحة للمقاولة من قبل قانون المنافسة، فهي بالنسبة لهيئة المنافسة تشكل مستقبل قانون منافسة الذي يتجه نحو التحول إلى قانون متفاوض بشأنه بين الهيئة وبين المقاولات، أما بالنسبة للفقه فهي تشكل تغيرا في مكانة المقاولة التي تصبح في ظل هذه المساطر شريكا وطرفا في معالجة الممارسة المحضورة.[33]

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذا المصطلح يستعمل للدلالة على المساطر التي تهدف إلى تحفيز وتثمين التعاون بين المقاولات وهيئات المنافسة، والتي تضم مساطر مرتبطة بالعقوبة كما

---

[31] سهيل ادريس، المنهل قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، الطبعة الثانية والأربعون، سنة 2011، ص. 976.

[32] Pierre GOGUELIN, Le Concept de négociation, Revue Négociations, 2005/1 – n° 3, p.152,153.

[33] Véronique SÉLINSKY, Procédures négociées et stratégies des entreprises, Revue International De Droit Economique, Dossier n° 4, 201, p.62.

هو حال مسطرة الإعفاء الجزئي ومسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، ومساطر بديلة يتم للجوء إليها لتجنب العقوبة وهي المتمثلة في كل من مسطرة الإعفاء الكلي ومسطرة التعهدات. [34]

في نفس الاتجاه يذهب رأي ثالث إلى أن المساطر التفاوضية آلية تهدف إلى إشراك المقاولة في نظامة السوق عن طريق تفضيل الحوار والوساطة والحلول المتفاوض بشأنها، فهي تسمح بإشراك المقاولة في مختلف مراحل اتخاذ القرار، ما ينعكس بشكل إيجابي على اشتغال هيئات المنافسة، حيث يبتعد عن الطابع الشبه القضائي الملزم، وتشمل هذه المساطر إمكانية التفاوض بشأن تخفيض الجزاءات أو إلغائها بشكل كامل. [35]

كما أن أحد الآراء الفقهية تشير إلى ملاحظة مهمة تتمثل في كون جل هذه المساطر هي ذات طابع اختياري لا يمكن إجبار المقاولات على اللجوء إليها، كما أن مختلف هذه المساطر مرتبطة بمراحل المسطرة العادية فنجاح إحدى المساطر التفاوضية يؤدي إلى إنهاء المسطرة العادية النزاعية وذلك وفق قرارات شكلية متوقعة نسبيا.[36]

بتحليلنا لمختلف هذه الآراء السابقة يظهر أنها لا تهدف إلى إعطاء تعريف شامل ودقيق لمعنى مصطلح المساطر التفاوضية وذلك راجع بالأساس إلى أن هذه الآراء تبلورت خارج منطق أو هدف إعطاء تعريف للمساطر التفاوضية، لكن رغم ذلك يمكن أن تشكل نقطة انطلاق سنحاول منها إعطاء معنى دقيق وشامل لما يراد بمصطلح المساطر التفاوضية في قانون المنافسة. حيث نرى بأن مصطلح المساطر التفاوضية يفيد مختلف الآليات المسطرية التي يتم إعمالها بشأن قضايا الممارسات المنافية للمنافسة ومراقبة التركيز، في مختلف مراحل المسطرة النزاعية، التي

---

[34] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle a l'aune du droit américain, thèse de doctorat en droit privé, université jean moulin Lyon 3, présentée et soutenu publiquement en octobre 2010, p.443.

[35] Marie CHANTAL, Boutard LABARDE, Guy CANIVET, Emmanuelle CLAUDEL, Jérémie VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, Edition L.G.D.J, 01/2008, p.520.

[36] Arnold VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées, Revue Internationale De Droit Economique, février 2007, p.159.

تفترض دخول المنشآت المعنية بهذه القضايا في تفاوض مباشر مع هيئة المنافسة من أجل التوصل إلى تسوية لتلك القضايا، عن طريق إصدار هذه الأخيرة لقرار ملزم يتضمن في جميع الأحوال إما إعفاء من العقوبة أو تخفيضا منها، أو قرار بإرجاع القضية إلى المسطرة النزاعية العادية في حالة فشل التفاوض.

انطلاقا من هذا المفهوم تتبين الأهمية البالغة للمساطر التفاوضية التي تبرر وجوب تخصيصها بالبحث في هذه الأطروحة، وذلك لأن موضوع المساطر التفاوضية في حد ذاته ترتب عن تطور مجموعة من التصورات والمقاربات النظرية في علاقتها بقانون المنافسة، والتي سبق أن وقفنا عندها في الفقرات السابقة (النظامة، القانون المتفاوض بشأنه، فعالية الجزاء، التفعيل المرن لقواعد المنافسة) التي تجمع كلها على ضرورة إضفاء المرونة على قواعد قانون المنافسة بما يسهم في نجاعتها وفعاليتها، من هنا تظهر الأهمية النظرية لموضوع البحث إذ تتجاذبه مجموعة من النظريات الحديثة التطبيق والنشأة في تشريعنا الوطني، والتي لازالت محل تطور ونقاش مستمر كذلك في القوانين المقارنة.

كما أن لموضوع بحثنا أهمية خاصة انطلاقا من كون أن القانون المؤطر لموضوع الأطروحة جاء في إطار زمني خاص، تعكسه توجهات دستور المملكة الصادر بتاريخ 2011 والذي أفصح عن توجهات السياسة العمومية في مجال التأطير المؤسساتي والقانوني لكل ما يتعلق بالمنافسة في السوق المغربية، ونتج عن ذلك تبني قانونين متطورين بالنظر للتوجهات السابقة لهذه السياسة، والتي جاءت مواكبة لأحدث القواعد المعمول بها في القوانين المقارنة، وهنا تبرز أهمية البحث عما إذا كان توجه المشرع المغربي فيما يرتبط بتبني بالمساطر التفاوضية وفق تعديل جدري عوض عن القيام بتعديلات عبر جرعات متتالية[37]، يراعي الأوضاع الانتقالية التي كانت تعرفها ولا تزال الأسواق المغربية.

[37] على عكس التعديل الشامل والجدري الذي جاء به المشرع المغربي في ق.ح.أ.م. الجديد خاصة فيما يرتبط بتبنيه لمختلف المساطر التفاوضية كلها مرة واحدة، نجد أنه على مستوى القانون المقارن وبالخصوص القانون الفرنسي ممثلا في مدونة التجارة الفرنسية والتي يمكن القول بأن المشرع

وفي هذا السياق يجب التأكد من كون التأطير القانوني للآليات التفاوضية كما هو حاليا مبررا من منطلق أن عولمة الأسواق النامية توجب عولمة القوانين المؤطرة لها، أي إذا ما كان تأثر الأسواق المغربية بالممارسات المنافية للمنشآت التي أصبحت تشتغل على مستوى عالمي، يبرر تبني المشرع المغربي لأحدث التوجهات المعمول بها على الصعيد المقارن، فهل تم ذلك بناء على الأخذ بخصوصية المناخ الاقتصادي والاجتماعي والثقافي المغربي؟، وذلك حتى لا يتم تبني تعديل من الصعب تنزيله على أرض الواقع فمهما كان القانون متقدما فإنه لا يمكن أن يبدد الشكوك المتعلقة بعدم التوازن بين القدرات المؤسساتية للتنزيل والرغبة في اعتماد قوانين فعالة[38].

أما فيما يتعلق بالأهمية العملية فيمكن النظر إليها من زاوية كون هذه الآليات مرتبطة بشكل مباشر وغير مباشر بمصالح مختلف الفاعلين – هيئات المنافسة، منشآت، مستهلكين– في مجال المنافسة، هذه المصالح تكون في بعض الأحيان متناغمة وفي أحيان أخرى متضاربة، فمن جهة هذه الآليات ضرورية لعمل هيئات المنافسة فهي تساهم في تفعيل دور هذه الأخيرة بتمكينها من تجاوز محدودية موارد اشتغالها بالنظر لتزايد الصعوبة المتعلقة بالكشف والتثبت والمعاقبة على الممارسات المنافية التي أصبحت أكثر تعقيدا وسرية وانتشارا من حيث الزمان والمكان[39]، كما أن هذه المساطر تساهم في تسريع حل القضايا المتعلقة بهذه الممارسات وفق

المغربي استمد منها مختلف مواد القانون الجديد رقم 104.12 خاصة فيما يتعلق بالمساطر التفاوضية، نجد المشرع الفرنسي تبنى هذه الآليات بشكل متتالي بالموازاة مع التعديلات التشريعية التي كانت تعرفها مدونة التجارة وذلك عن طريق لمسات متتالية منذ الأمر الصادر سنة 1986 مرورا بتعديل سنة 2001 والأمر الصادر سنة 2004 وتعديلات سنة 2008 و سنة 2009 وأخيرا تعديل سنة 2015 (انظر بشأن هذه التعديلات الإحالة رقم 30) . حيث إن تبني المساطر التفاوضية في ظل هذا التعديلات تم بشكل تدريجي متراكم، كما أنه لابد من الإشارة أن هذا التبني المتتالي لآليات التفاوضية تزامن مع تراكم خبرات هيئة المنافسة الفرنسية منذ أن كانت هي كذلك مجلس ذا طابع استشاري إلى أن أصبحت هيئة تقريرية للمنافسة منذ أكثر مما يزيد عن الحول، وللاطلاع أكثر على أبرز التعديلات التي جاءت بها نصوص المنافسة في القانون الفرنسي انظر :

- Bruno LASSERRE, La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (II), Revue Concurrences N°4/ 2010, p. 56 à p.68.

[38] C.N.U.C.E.D, Conférence : Contribution de la politique de la concurrence à la promotion du développement économique : bonne conception et efficacité du droit et de la politique de la concurrence, op.cit., p.4.

[39] Patrice BOUGETTE, Hugues BOUTHINON-DUMASET, Frédéric MARTY, Vers une prévisibilité des sanctions concurrentielles ? La procédure de transaction à la Macron, Documents de travail du groupe de recherche (GREDEG), N° 2016-27, En Ligne :
http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2016-27.pdf (consultée le : 4 juin 2017)

مساطر مرنة بسيطة قليلة التكلفة[40]، تجنب الهيئة رهن كل إمكانيتها لمعالجة قضية واحدة بل تمكنها من معالجة أكثر من قضية في الوقت عينه، كما أن هذه المساطر تدعم فرضية الالتزام بقرارات الهيئة من قبل المقاولات المعنية[41] لأن هذه المنشآت تشارك بشكل فعلي في مراحل المسطرة التي ينتج عنها تبني هذه القرارات وبالتالي تتقلص فرضية لجوئهم للقضاء للمنازعة فيها.[42]

أما بالنسبة للمصالح العملية للمقاولات العاملة في السوق فتكمن في كون المساطر التفاوضية تسمح لها بإمكانية تدارك تبعات دخول ممارستها في دائرة الممارسات المنافية لقواعد المنافسة، وذلك عن طريق مشاركتها في البحث إلى جانب الهيئة عن حلول تسمح لها بتدارك الآثار السلبية لتلك الممارسات عن طريق التعهدات، أو على الأقل إذا لم يكن متاحا الوصول إلى حل يمكنها من تجنب العقوبة المالية، فالتفاوض مع الهيئة قد يسمح لها بالتخفيض من هذه العقوبة، وبالتالي فالمصلحة المتعلقة بالتكلفة المالية التي لها أهمية قصوى لدى المقاولات هي حاضرة دائما عند اللجوء لهذا النوع من المساطر، خاصة وأنها تسمح لهم بتسوية النزاع المترتب عن ممارساتها في وقت وجيز يقلل بشكل ملموس من تكلفته.

كما أنه من المعلوم أن هذه الآليات تعتمد مبدأ السرية الشيء الذي يسمح للمنشآت تفادي تضرر سمعتها داخل السوق، لكون المساطر النزاعية العادية غالبا ما ينتج عن القرارات الصادرة بشأنها دعوى مدنية للتعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المخالفة المعاقب عليها بموجب تلك القرارات، الشيء الذي يجعل قضاياها تخرج للعلن ما يؤدي إلى تضرر سمعتها التجارية في السوق.

---

[40] Arnold VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées, op.cit., p.158.

[41] Eva LACHNIT, Alternative enforcement of competition law -Balancing legal requirements in practice, op.cit. p.2.

[42] Frédéric jenny, L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique, op.cit., p.5.

ومن منظور آخر يكون للمساطر التفاوضية وقع غير مباشر لكن لا يقل أهمية فيما يتعلق بتدعيم جهود حماية مصالح الرفاه العام للمستهلكين الذي يشكل أحد الغايات وراء تبني قوانين السوق بشكل عام وقانون المنافسة بشكل خاص، فهذه المساطر تساهم في تفعيل التصدي للممارسات المنافية للمنافسة وتفادي آثارها السلبية خاصة فيما يتعلق بمحاربة الاتفاقات والتحالفات المنافية للمنافسة، فتحديد الأسعار الناتج عن هذه الاتفاقات من شأنه أن يلحق خسارة بمصالح بالرفاه العام للمستهلكين، كما أن امتدادها الزمني ينتج عنه خلق هياكل اقتصادية وهمية غير نفعية تؤثر سلبا على المصالح الإنتاجية، وتحد من التطور التكنولوجي مما يؤدي إلى خسارة التنافسية في الأسواق[43]. فالمساطر التفاوضية تعمل على الحد من هذه الآثار السلبية من خلال تعزيز إمكانية الكشف عن هذه الممارسات وتوفير ما يساعد على إثبات المخالفات المرتبط بها.

لكن رغم ما قلناه عن الأهمية العملية السابقة الذكر فإن اللجوء إلى المساطر التفاوضية وإن كان له آثار إيجابية على مختلف مصالح الفاعلين في مجال المنافسة، إلا أنها تتضمن القيام ببعض التضحيات التي قد تمس ضمانات وحقوق هؤلاء الفاعلين، وهكذا يرى الأستاذ "دنيس ويلبروك" أنه رغم إيجابيات هذه المساطر التفاوضية يتوجب التساؤل عما إذا كانت المقاربة المنتهجة في تأطير هذا النوع من الحلول قد ينتج عنها نوع من التماس يكون له أثر سلبي على حقوق الدفاع والتقاضي، فهيئة المنافسة تصبح لها في ظل هذه المساطر صفة المدعي العام والمقرر والقاضي في نفس الوقت، الشيء الذي قد يتيح لهذه الأخيرة ممارسة ضغوط تدفع المقاولات إلى تقديم تنازلات أثناء سير هذه المساطر، كل ذلك بهدف خلق نظام تنافسي بعيد عن رقابة القضاء[44].

---

[43] Virginie VAQUETTE, L'efficacité des programme de clémence ; exemple du droit de la concurrence, mémoire de 4éme année d'I.E.P, Institue des études politiques de Strasbourg, Université de Strasbourg, présentée et soutenue publiquement en juin 2009, p.6,7.

[44] Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?, the global competition law centre working papers series, gclc working paper 01/08, p.4, En Ligne: https://www.coleurope.eu/website/research/global-competition-law-centre/working-papers

وفي ظل نفس التوجه السابق يذهب رأي فقهي آخر إلى أنه إذا كان من شأن اللجوء لمساطر تفاوضية مبسطة التقليل من اللجوء إلى الطعون القضائية في مجال نظامة المنافسة، فهل من شأن ذلك تبرير جعل قانون المنافسة أقل شفافية وتوقعية، وهل يمكن اعتبار ذلك نوعا من التكلفة الاجتماعية التي لم يتم أخذها بعين الاعتبار في نظرية التحليل الاقتصادي التي تبلورت في ظلها هذه المساطر.[45]

انطلاقا من هذه الآراء الفقهية وكذلك مضامين الأهمية النظرية والعملية التي عرضنا لها سابقا، نرى أن موضوع المساطر التفاوضية تثار بشأنه مجموعة من التساؤلات الأساسية، ففي ضل حداثة هذا المفهوم في قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي لابد أولا من التساؤل عن ما هو أصل هذه المساطر وكيف تطور مفهومها ليصل إلى قوانين المنافسة الحديثة ومنها إلى قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي؟ وهل هذا الإطار القانوني احترم الحد الأدنى من الشفافية والمقروئية الواجبة لضمان الأمن القانوني للأطراف التي تطلب تطبيق الآلية التفاوضية؟ هل مجلس المنافسة وباقي المتدخلين المعنيين بتطبيق قانون حرية الأسعار المنافسة لهم الخبرات التي من شأنها ضمان الاستغلال الأمثل لهذه القواعد الحديثة من أجل الوصول إلى فعالية المنافسة في السوق المغربي؟ هل هذا الإطار القانوني يسمح بكفالة التوازن بين مختلف المصالحة المرتبطة بتطبيق المساطر التفاوضية خاصة في ضل التأثير السلبي المتفاوت الذي قد يكون لتطبيق هذه المساطر على الضمانات القانونية للأطراف والغير؟

هذه التساؤلات السابقة يمكن اختزالها في إشكالية محورية من شأنها أن تؤطر أهم جوانب البحث في موضوع المساطر التفاوضية في قانون حرية الأسعار والمنافسة، وتتثمل فيما يلي:

هل تبني المساطر التفاوضية في قانون المنافسة المغربي يسهم في تنظيم المنافسة في السوق المغربي بشكل ناجع وفعال يراعي حماية مختلف المصالح المرتبطة به؟

45 Frédéric JENNY, L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique, op.cit., p.5.

انطلاقا من الإشكالية السابقة الذكر وبالاعتماد على المنهج التحليلي النقدي المقارنة سنقوم بدراسة موضوع المساطر التفاوضية في ق.ح.أ.م. وفق بناء منهجي يرتكز على محورين أساسين، المحور الأول يكون الهدف منه أولا تحديد مفهوم هذه المساطر في قانون المنافسة، لأن تحديد المفهوم القانوني لكل مسطرة من المساطر التفاوضية هو أمر ضروري ومدخل أساسي للانطلاق في باقي مراحل البناء المنهجي، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار تطور مفهوم هذه المساطر في القوانين المقارنة ومقارنته بالمفهوم المتبنى في القانون المغربي، تم التطرق للمراحل العملية لتطبيق كل مسطرة من المساطر التفاوضية على حدة، خاصة فيما يتعلق بتوقيت اللجوء لكل مسطرة وشروط إعمالها وسير إجراءاتها وصدور القرارات المرتبطة بها، وذلك من أجل التأكد من مدى إحكام المشرع المغربي لتأطير مراحل تطبيق المساطر التفاوضية والوقوف على ما يتخلله من فراغات أو نواقص تحول دون تطبيق فعال وناجع لتلك المساطر.

أما المحور الثاني للبناء المنهجي فيرتكز على البحث عن تقديم الإجابة عن التساؤل المرتبط بما إذا كانت المساطر التفاوضية ارتباطا بما رأيناه في مرحلة التأطير المفاهيمي والقانوني قد تساهم بتفعيل نظامة المنافسة في السوق المغربية، سواء من خلال مدى تدعيمها لدور مجلس المنافسة في حماية النظام العام التنافسي، ومن خلال التوقف عند العوامل الإيجابية والسلبية خاصة المؤسساتية منها والمتعلقة بتوزيع صلاحيات هيئات المنافسة التي تؤثر على متطلبات إعمال المساطر التفاوضية، ثم رصد مظاهر تدعيم هذه المساطر لفعالية أدوار مجلس المنافسة خاصة فيما يخدم مصالح نظامة المنافسة في السوق المغربي. نفس المقاربة السابقة الذكر سيتم إعمالها للتأكد من مدى احترام المساطر التفاوضية لضمانات الأطراف والغير المرتبطة مصالحهم بإعمال هذا النوع من المساطر، من خلال التأكد من كون اللجوء إليها يقابله أم لا نقص في جانب الضمانات المتعلقة بسير هذه المساطر وحدود رقابة القضاء على احترام هذه الضمانات.

هذا البناء المنهجي كما تطرقنا له في الفقرات السابقة سيمكننا إن شاء الله من الإجابة عن الإشكالية المحورية للبحث وذلك باعتماد التقسيم التالي:

القسم الأول: مفهوم وتطبيق المساطر التفاوضية في قانون المنافسة

القسم الثاني: فعالية المساطر التفاوضية في تحقيق المصالح المرتبطة بقانون المنافسة

القسم الأول: مفهوم وتطبيق المساطر التفاوضية في قانون المنافسة

إن تنظيم المساطر التفاوضية من قبل المشرع في ق.ح.أ.م. رقم 104.12 يعد من أهم المستجدات التي جاء بها هذا القانون، وذلك بالنظر إلى أن تنظيمها ارتكز على الأخذ بأحدث المفاهيم والتقنيات المعمول بها في القوانين المقارنة، وذلك ضمانا لتوفير وسائل عمل مسطرية تتناسب ومستوى الصلاحيات التقريرية التي أصبح يتمتع بها مجلس المنافسة المغربي، وذلك في أفق تعزيز دوره في نظامة المنافسة في السوق المغربي.

ونظرا لكون المساطر التفاوضية تعبر عن مفاهيم حديثة التبني في ق.ح.أ.م. رقم 104.12، الشيء الذي يفرض علينا في البدء العمل على تحديد المفهوم القانوني لكل مسطرة من المساطر التفاوضية، باعتباره أمر ضروري ومدخل أساسي للانطلاق في باقي مراحل البناء المنهجي، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار تطور مفهوم هذه المساطر في القوانين المقارنة ومقارنته بالمفهوم المتبنى في القانون المغربي (الفصل الأول).

في مرحلة ثانية سننتقل إلى استعراض المراحل العملية لتطبيق كل مسطرة من المساطر التفاوضية، خاصة فيما يتعلق بتوقيت اللجوء لهذه المساطر وشروط إعمالها وسير إجراءاتها وصدور القرارات المرتبطة بها (الفصل الثاني)

الفصل الأول: مفهوم المساطر التفاوضية في قانون المنافسة

مفهوم المساطر التفاوضية مفهوم تم تبنيه حديثا في التشريع المغربي، وذلك بمناسبة صدور ق.ح.أ.م. رقم 104.12 الصادر بتاريخ 30 يونيو 2014، لأن القانون القديم رقم 06.99 اقتصر على الإشارة إلى آلية مسطرية فريدة وهي مسطرة التعهدات التي يمكن إعمالها في الباب المتعلق بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، وبالتالي لم يكن هناك تنظيم شامل لمفهوم المساطر التفاوضية كما هو الحال في القانون رقم 104.12 الذي نظم التعهدات كذلك في باب الممارسات المنافية إلى جانب مسطرة الإعفاء ومسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات.

لهذا سنحاول التركيز على تحديد المفهوم الذي تبناه المشرع بالنسبة لكل مسطرة من المساطر التفاوضية، وذلك بالاعتماد على تطور هذه المفاهيم في القوانين المقارنة، والذي تمخض عنه تنظيم مفهوم المساطر التفاوضية الحديث المعمول به الآن في ظل هذه القوانين، والذي أخذ به المشرع المغربي عند تنظيم مفهوم التعهدات (الفرع الأول) ومفهوم الإعفاء (الفرع الثاني)، ومفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات (الفرع الثالث) والهدف من ذلك هو أن التحديد الدقيق لهذه المفاهيم من شأنه أن يوضح لنا الغاية المرجوة من تبني هذه المساطر، ويسهل بالتالي فهم منطق الإجراءات المتبناة أثناء تطبيق هذه المساطر.

الفرع الأول: تطور مفهوم التعهدات في قانون المنافسة

أخذا بعين الاعتبار ما أشرنا إليه في المقدمة بخصوص كون قانون المنافسة قانونا هجينا، فمعظم الآليات المسطرية التي يعتمد عليها ولدت من رحم فروع قوانين أخرى، تم تبنيها وبلورتها وتطويرها وفقا لمتطلبات قانون المنافسة ووفقا لخصوصياته، هذا الحكم ينطبق بشكل دقيق على مفهوم التعهدات لأن هذا الأخير مستمد في الأصل من قواعد القانون المدني[46]، وتم تبنيه في

[46] بالنسبة للفظ التعهد في قانون الالتزامات والعقود المغربي المشرع المغربي وإن لم ينظم هذا المفهوم بشكل خاص ومجرد إلى أنه تعرض لصوره في العديد من الفصول ومنها الفصل 4 و 7 المتعلق بتعهدات القاصر، والفصل 153 و 207 في باب تضامن المدانين الذين تعهدوا بأمر واحد، والفصل 207 في باب انتقال الالتزامات، والفصل 231 المتعلق بتنفيذ التعهد بحسن نية، والفصل 288 الذي يفيد بأن العربون ضمان للتنفيذ

قانون المنافسة بشكل تدريجي بدأ من واقع الحلول العملية التي ظلت بعيدة عن إطار النصوص القانونية (المبحث الأولى)، تم في مرحلة موالية تم تأطير هذا المفهوم في نصوص قانون المنافسة وتطور ليصبح من بين الآليات القانونية المهمة لدعم صلاحيات هيئات المنافسة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ظهور مفهوم التعهدات كحلول مستمدة من الواقع العملي

قبل اللجوء إلى عرض تجليات ظهور مفهوم التعهدات في العلاقة بين هيئات النظامة و الفاعلين الاقتصاديين في شكل حلول واقعية ظهرت خارج نصوص قواعد المنافسة، لابد في البدء من التوقف عند المعنى اللغوي والاصطلاحي للفظ التعهدات أو التعهد بشكل عام، حيث إن هذا الأخير يقابله لفظ "engagement" وفقا للقاموس العربي الفرنسي المنهل[47]، هذا اللفظ وفقا لصيغته الفرنسية كما يشير إليه المعجم الفرنسي هو الفعل المتضمن لإلزام شخص ما، أو الالتزام بعهد أو وعد، كما يرى الأستاذ "Carbonier" أن التعهد وفقا لقاموس القانون المدني هو بمثابة التزام يكون موضوعه تعهد أطرافه أو أحدهم بالقيام بشيء ما أو الامتناع عن ذلك أو

التعهد، والفصل 350 المرتبط بشروط تجديد الالتزام (تعهد جديد)، كذلك تم إعمال للفظ التعهد في البابا المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز (الفصل 7-618)، وعقد الوديعة (الفصل 788)، والوكالة (الفصل 926)، وعقد الشركة (الفصل 1003)، وعقد الصلح (الفصل 1110)، وعقد الكفالة (الفصول 1124و1161).

أما بالنسبة للصيغة القديمة للقانون المدني الفرنسي تمت الإشارة للفظ التعهد في المادة 1108 في الباب المتعلق بالالتزامات العقدية بوجه عام، في شقه المرتبط بالشروط الضرورية لصحة الاشتراطات العقدية، حيث نجد أن من بين هذه الشروط ضرورة وجود موضوع معين يشكل مادة التعهد، فالتعهد الصادر بشكل صحيح يشكل موضوع الالتزام. انظر:

-gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.7;8.

أما في القانون المدني الفرنسي الساري المفعول حاليا يظهر لفظ التعهد في كل من المادة 1006 و 1108 من هذا القانون وفق للتعديل الصادر بناء على الأمر رقم 131—2016 بتاريخ 10 فبراير 2016 في الباب المتعلق بالعقد كمصدر من مصادر الالتزام، حيث تنص المدة 1106 على ما يلي:

« Le contrat ...Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci. »

اما المادة 1107 تنص على أنه :

« Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit... »

[47] سهيل إدريس، القاموس الفرنسي العربي المنهل، م.س، ص.464.

إعطاء شيء، فالتعهدات بهذا المعنى يجب النظر إليها من زاوية سلوك المدين وليس من زاوية الشيء محل الأداء. [48]

أما بالنسبة لاستعمالات لفظ التعهدات فهو يستعمل في عدة مجالات تبعا لدلالات وسياقات مختلفة ومثاله: التعهد السياسي، الدولي، الأدبي، العسكري، العاطفي...، أما من الناحية القانونية فهذا اللفظ يستعمل للدلالة على صورة من صور التعبير عن الإرادة التي بناء عليها ينشأ الالتزام[49]، فالتعهد وفقا لهذا المعنى السابق لا يجب حصره في أوجه التصرف الأحادي بل ينظر إليه كذلك كتعبير عن سلوك معين يستوجب عدة تصرفات، وفي كلتا هاتين الحالتين تبقى ميزة التعهد أنه دائما يكون موجها بطبيعته نحو المستقبل.[50]

وبالتالي فالمعنى الاصطلاحي للفظ "engagement" يشمل من حيث نطاقه كل من لفظ الالتزام أو الوعد أو التعهد، هذا اللفظ الأخير هو الذي استعمله المشرع المغربي في قانون المنافسة سواء القديم رقم 06.99 أو الجديد رقم 104.12 والذي سنستعمله طيلة هذا البحث، وتبقى الإشارة إلى أنه غالبا ما يأتي لفظ التعهد في قانون المنافسة بصيغة الجمع أي التعهدات.

بعد أن اتضح لنا البعد الاصطلاحي للفظ التعهد يمكننا البحث عن بداية ظهور التعهد أو التعهدات وفقا لمفهومها الخاص في قانون المنافسة سواء المغربي أو المقارن، وكما يشير عنوان هذا المطلب فتبلور مفهوم التعهدات في قانون المنافسة ظهر في بادئ الأمر في الواقع العملي كحلول تم تبنيها خارج إطار قواعد هذا القانون، كانت تلجأ إليها هيئات النظامة في الأنظمة المقارنة ومنها المفوضية الأوروبية و هيئة النظامة الفرنسية (وزير الاقتصاد ثم مجلس المنافسة فيما بعد) في القضايا المتعلقة بمراقبة التركيز الاقتصادي و الممارسات المنافية للمنافسة، لذلك سنتطرق

---

[48] Jean CARBONNIER, Droit civil, 24eme Edition PUF, paris, 1996, n° 922, Cité par Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.7.

[49] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.4.

[50] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.7.

تباعا لظهور بوادر مفهوم التعهدات في الواقع العملي على هامش قضايا التركيز الاقتصادي باعتباره أول مجال ظهرت فيه التطبيقات العملية للتعهدات (المطلب الأول)، ثم سنتطرق لتجليات اللجوء للتعهدات في الواقع العملي المرتبط بقضايا الممارسات المنافية للمنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ظهور التعهدات غير المؤطرة في نطاق مراقبة عمليات التركيز

لم يقم المشرع المغربي بتنظيم قواعد المنافسة حتى مطلع الألفية الجديدة بعد صدور القانون رقم 06.99 بتاريخ 15 ماي 2000 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الذي قام لأول مرة بوضع نظام قانوني[51] خاص بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي[52] التي تهم السوق المغربية، وبالتالي لا مجال للحديث في ظل غياب هذا النظام عن وجود حلول واقعية عملية تكرس للتعهدات في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي قبل القانون رقم 06.99.

وبالنسبة للأنظمة المقارنة الأمر مغاير تماما، فقواعد المنافسة ظهرت في هذه الأنظمة بشكل مبكر جدا مقارنة بالقانون المغربي ومعها كذلك أنظمة مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، الشيء الذي فتح المجال لظهور وتبلور تطبيقات عملية لمفهوم التعهدات على

---

[51] كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي السباقة لتنظيم مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي وذلك سنة 1914 عن طريق المادة 7 من "clayton acte" تم تعزز هذا التنظيم فيما بعد بصدور "harant scott-refino acte" سنة 1978، بالنسبة للتشريعات الأوروبية نجد أن التشريع الفرنسي هو الذي كان السباق لتنظيم مراقبة عمليات التركيز وفقا لقانون 19 يوليوز 1977، تلاه بعد ذلك أمر 1 دجنبر 1986، ومن ذلك الحين صدرت عدة قوانين و تعديلات تشريعية من أهمها القانون رقم 77-2008 بتاريخ 4 غشت 2008، أما بالنسبة لقواعد الاتحاد الأوربي فنجده نظم لأول مرة مراقبة عمليات التركيز المنجزة على صعيد الاتحاد في قانون 1 دجنبر 1989 والذي تم تعديله بموجب القانون رقم 139/2004 بتاريخ 20 يناير 2004، وعلى مستوى التشريع العربي وبالخصوص تشريعات دول شمال إفريقيا فنجد أن تونس كانت السباقة لتنظيم مراقبة عمليات التركيز منذ سنة 1995.

[52] من الواجب التمييز بين المقصود بعملية التركيز الاقتصادي والمقصود بمراقبة هذه العمليات، فعملية التركيز الاقتصادي هي كل تصرف مهما كان شكله (اندماج، مساهمة في رأس المال...) وبغض النظر عن الهدف منه (حصول منشأة أو منشآت على سلطة مراقبة منشأة أو منشآت أخرى بشكل مباشر أو غير مباشر، أو خلق منشأة مشتركة بين منشأتين أو أكثر...) يؤدي إلى فقدان منشأة أو منشآت استقلالية القرار لفائدة منشأة أو منشآت أخرى. أما مراقبة عمليات التركيز فيمكن تعريفها بأنها مسطرة وقائية لا تهدف منع إنجاز مشاريع عمليات التركيز بل فحص تلك المشاريع التي تصل إلى حجم معين تثور معه شكوك حول آثارها التنافسية والاقتصادية المستقبلية على السوق المعني، وبناء على التحقق من إمكانية ترتيب هذه الآثار يتخذ القرار بشأن الترخيص أو عدم الترخيص لإنجاز مشروع التركيز.

هامش هذه الأنظمة ولو في غياب تأطير قانوني صريح وواضح لهذا المفهوم. ففي قانون المنافسة الفرنسي كان النظام المعمول به آن ذاك في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي يقوم على أساس التبليغ الاختياري لمشاريع التركيز الاقتصادي وفقا للأمر رقم 806-77 الصادر بتاريخ 19 يوليوز 1977، الذي لم يشر بأي شكل من الأشكال إلى إمكانية لجوء المقاولات صاحبة مشاريع التركيز إلى اقتراح تعهدات بشأنها، رغم ذلك كانت الهيئة الوصية المتمثلة في الوزير الأول ومديرية الأسعار والمنافسة تتلقى طلبات سرية من قبل المقاولات صاحبة مشاريع التركيز من أجل ضمان عدم اتخاذ أي تدبير ضد مشاريعهم حتى بعد تنفيذها، ولم يكن مستبعدا أن تتضمن هذه الطلبات أو التبليغات غير الرسمية تعهدات من قبل تلك المقاولات بناء على طلب الهيئة المكلفة بالمراقبة.[53]

وحتى بعد تبني الأمر رقم 86-1243 بتاريخ 1 دجنبر 1986 الذي اتاح في المادة 40 إمكانية تقديم التعهدات في التبليغ المتضمن مشروع التركيز، وبعده القانون رقم 2001-420 الصادر بتاريخ 15 ماي 2001 الذي وضع نظام إجباري للتبليغ عمليات التركيز الاقتصادي، رغم ذلك استمر طيلة تلك الفترة تبلور هذه الآلية في الواقع العملي ضمن نطاق غير شكلي وسري خارج هذه النصوص، وذلك من خلال قيام المقاولات بربط اتصالات مع الهيئة المكلفة بمراقبة عمليات التركيز في وقت سابق لمرحلة التبليغ، حيث يتم التوافق بشأن التعديلات الواجب اتخاذها مستقبلا على مشاريع التركيز التي تتخذ في الغالب شكل تعهدات.[54]

أما بالنسبة للوضع أمام المفوضية الأوروبية فلم يخرج عن سابقه في القانون الفرنسي، فالتعهدات كان يلجأ إليها خارج شكلية قواعد مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي الخاصة بالاتحاد الأوروبي، وكان يتم اللجوء إلى تقديم تعهدات بشأن مشروع التركيز في المرحلة التي تسبق التبليغ الرسمي لهذه المشاريع، هذه الممارسة استمرت حتى بعد قبول المشرع الأوروبي بتقديم

[53] François BLANC, Les engagements dans le droit français des concentrations, thèse de doctorat en droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, présentée et soutenue publiquement en 2012, p.85.

[54] Ibid., p.86.

التعهدات بناء على القواعد رقم 89/4064 الصادرة بتاريخ 1 دجنبر 1989 في إطار المرحلة الثانية من نظام مراقبة مشاريع التركيز(مرحلة الفحص المعمق). في المقابل لم يشر لهذه الإمكانية في المرحلة الأولى (مرحلة الفحص الأولي) واستمرت المقاولات في تقديم التعهدات حتى بالنسبة للمرحلة الأولى رغم عدم النص صراحة على ذلك كما أن المفوضية من جانبها لم تعترض على ذلك التقديم، ولعل ما شجع على استمرار اللجوء إلى هذه الآلية خارج نصوص قواعد المنافسة الأوروبية بشكل خاص، هو أن كافة قرارات الترخيص التي تم إعمال التعهدات غير الشكلية بشأنها منذ المرحلة الأولى لم تخضع أي منها للطعن أمام القضاء.[55]

خلاصة القول، إن مفهوم التعهدات في قانون المنافسة نشأ وتطور في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي من واقع الحلول العملية الموازية لنشوء وتطور أنظمة مراقبة التركيز، واتسع النطاق الزمني لإعمال هذا المفهوم ليشمل جميع مراحل الفحص ومراقبة مشاريع عمليات التركيز، كما أن رقعة هذه الحلول الواقعية تعدت نطاق عمليات التركيز الاقتصادي لتشمل نطاق الممارسات المنافية للمنافسة.

المطلب الثاني: ظهور التعهدات غير المؤطرة في نطاق الممارسات المنافية للمنافسة

لقد سبقت الإشارة إلى أن التشريع المغربي المتعلق بالمنافسة لم يخرج للوجود إلا في حدود الألفية الجديدة وفقا للقانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الذي نظم مجال الممارسات المنافية للمنافسة ووضع نظام للاستثناءات القانونية الخاص بهذه الممارسات، لكن لم يشر إلى إمكانية اللجوء بشأن هذه الممارسات لآلية التعهدات، وليس هناك دليل على اللجوء لهذه الآلية في الواقع العملي المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة التي تهم السوق المغربي.

بالنسبة لقوانين المنافسة المقارنة يمكن الجزم بأن مفهوم التعهدات فيما يخص المخالفات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة ظهر في واقع الحلول العملية بشكل متأخر عن نظيره في

[55] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.67.

مجال مراقبة عملية التركيز الاقتصادي، إلا أن هذا المفهوم لم يكن غائبا كليا عن هذا الشق من قواعد المنافسة، بحيث كان يتم اللجوء إلى التعهدات من قبل المفوضية الأوروبية بشكل غير رسمي بشأن تطبيق المواد 81 و 82 من معاهدة إنشاء الاتحاد الأوروبي التي تؤطر قواعد الممارسات المنافية، حيث ظهرت هذه الآلية في البدء في واقع الحلول العملية المرتبطة بنظام تبليغ الاتفاقات المبرمة بين المقاولات المتنافسة وفقا لقواعد 17/1962 الصادرة بتاريخ 6 فبراير 1962، فالمفوضية كانت تحصل بشكل غير رسمي على تعهدات من قبل المقاولات التي تريد الحصول على شهادات سلبية بشأن الاتفاقات التي تعتزم تبليغها للمفوضية.

وإن كانت هذه القواعد السابقة الذكر لا تشير بشكل صريح لهذا النوع من السلطة التفاوضية إلا أن المفوضية عللت ذلك بناء على قراءة موسعة للمادة 3 من هذه القواعد [56]، والتي تنص بما يفيد أن للمفوضية بناء على طلب المقاولات المعنية منح شهادات سلبية تشير فيها إلى أنه لا يوجد ما يستدعي تدخل المفوضية بشأن الاتفاق بين مقاولات متنافسة بالنظر للعناصر التي وصلت لعلمها بشأن هذا الاتفاق [57]، فرغم أن هذه الرسائل أو الشهادات السلبية لم تتضمن إشارة للتعهدات وفقا لمعناها الضيق لكن كان لها نفس آثار التعهدات فهي تؤدي لقفل الملف دون النطق بالعقوبات.[58]

ولعدة سنوات بقي إعمال التعهدات يتم في سرية تامة لأن المفوضية لم تنشر بلاغات في الجرائد بشأن هذا الموضوع، إلا فيما يخص الحالات التي تكون لها أهمية قصوى، إما نظرا للمشاكل القانونية التي ترتبط بهذه الحالات، أو نظرا للأهمية الاقتصادية للمقاولات المعنية، فمن

---

[56] Arnold VIALFONT, Le Droit De la concurrence et les procédures négociées, op.cit., p.164.

[57] Règlement (CEE) n° 17 du Conseil Européen : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (actuellement articles 81 et 82) [Journal officiel n° 013 du 21.02.1962], L'article 3 dispose que « Sur demande des entreprises et associations d'entreprises intéressées, la Commission peut délivrer une attestation négative, par laquelle elle constate qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, ... »

[58] Dusan POPOVIC, Les interactions du droit de la concurrence français, communautaire et américain en matière de procédures négociées, p.3, En Ligne : https://wpia.uj.edu.pl/ (consultée le : 14 août 2018)

غير هذه الحالات التي كانت نادرة الوقوع يبقى المصدر الوحيد الذي يدل على وجود هذه الممارسة تلك الإشارات للتعهدات التي تضمنها المفوضية في التقارير الصادرة عنها، التي غالبا ما كانت تأتي في سياق عام ووفق تلميحات ضمنية[59]. ومن ذلك ما جاء في أحد تقارير المفوضية أشارت فيه إلى أنه " في العديد من القضايا منحت المفوضية استثناءات بناء على المادة 85 من الفقرة 3 من معاهدة إنشاء المجموعة الأوربية، أو قامت بوضع حد لمسطرة تم تحريكها بناء على المادة 86 من نفس المعاهدة، من اللحظة التي تتقدم فيها المقاولة بتعديلات للاتفاقات أو تثبت وقف الممارسة بشكل يسمح بحل مشاكل المنافسة التي قامت بتحديدها مصالح المفوضية".[60]

وبالارتفاع الكبير لعدد القضايا التي تنتهي بقبول التعهدات وبقاء المسطرة خارج الشكلية القانونية قامت بعض المقاولات بالاحتجاج على هذه الأوضاع غير القانونية، فحاولت المفوضية إيجاد أساس قانوني لهذه الممارسة بالاعتماد على بعض القرارات القضائية[61]، ومنها قرار محكمة العدل الأوروبية الصادر بتاريخ 17 يناير 1984 الذي جاء فيه " إذا كانت المفوضية ملزمة بناء على المادة 190 من المعاهدة بذكر العناصر المادية التي تتعلق بتعليل القرارات والاعتبارات القانونية التي دفعت لتبنيها، هذا المقتضى لا يفرض على المفوضية مناقشة كافة النقط المادية والقانونية التي تمت معالجتها أثناء سريان المسطرة"[62]. هذا القرار يفيد بأنه ليس للمفوضية

---

[59] Dusan POPOVIC, Les interactions du droit de la concurrence français, communautaire et américain en matière de procédures négociées, op.cit., p.4.

[60] Commission Européen, Rapport sur la politique de concurrence, de l'année 1997, point 2 : « dans de nombreuses affaires, la Commission a accordé des exemptions sur la base de l'article 85, paragraphe 3, du traité CE ou mis fin à une procédure engagée sur la base de l'article 86 du traité CE, dès lors que les entreprises étaient à même de présenter des modifications d'accords ou de démontrer des cessations de pratiques de nature à résoudre les problèmes de concurrence identifiés par ses services » , p.114, En Ligne :
http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1997/broch97_fr.pdf (consultée le : 7 août 2018)

[6161] Dusan POPOVIC, Les interactions du droit de la concurrence français, communautaire et américain en matière de procédures négociées, op.cit., p.4.

[62] C.J.U.E, Arrêt du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB c./ Commission, aff. Jointes 43/82 et 63/82, Rec. 1984, La cour précisée dans le point 22 « (…) si, en vertu de l'article 190 du Traité, la Commission est tenue de mentionner les éléments de fait dont dépend la justification de la décision et les considérations juridiques qui l'ont amenée à

مناقشة كافة النقط المادية التي قد تدخل في سياقها التعهدات، بل حتى النقط القانونية المتعلقة بالقرارات الصادرة عنها.

لكن الوضع لم يقف عن ذلك الحد فقد صدر تحذير من البرلمان الأوروبي إلى المفوضية في إطار الخلاصة التي أبداها سنة 1985 بشأن التقرير المقدم من المفوضية حول سياسة المنافسة، مفاده وجوب حرص المفوضية على عدم تجاوز هذه الممارسة لحدود الإطار القانوني الموجود[63]، بالإضافة إلى هذه التحذيرات ومطالبات الفقه والفاعلين الاقتصاديين، وأخذ بعين الاعتبار ما عليه الأمر في القانون الأمريكي، بدأت المفوضية الأوروبية بالتفكير بشكل جدي في إخضاع الممارسة العملية للتعهدات في مجال الممارسات المنافية للمنافسة إلى قواعد شكلية قانونية.

المبحث الثاني: التأطير القانوني لمفهوم التعهدات

مفهوم التعهدات كما رئينا في الفقرة السابقة ظهر في القوانين المقارنة للمنافسة في أوضاع لم تتوفر فيها متطلبات العلنية، وفي ظل هذا الأوضاع الضبابية وغياب تبريرات قانونية موضوعية لاستمرار هذه الممارسة في الواقع العملي، وتصاعد الانتقادات الموجهة لهذه الممارسة غير الشفافة بدأ التفكير في ظل تلك القوانين بتأطير مفهوم التعهدات بشكل يراعي مصالح الأطراف المتدخلة وبما يتماشى وخصوصيات قانون المنافسة، أولا فيما يرتبط بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي (المطلب الأول) ثم بعد ذلك في ما يرتبط بالممارسات المنافية للمنافسة (المطلب الثاني).

---

prendre celle-ci, cette disposition n'exige pas que la Commission discute tous les points de fait et de droit qui auraient été traités au cours de la procédure administrative (…) », p.19., En Ligne :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61982CJ0043(consultée le: 16 août 2018)

[63] Résolution du Parlement européen sur le XIIIème rapport de la Commission des Communautés européennes sur la politique de concurrence, JO n° C 12 du 14 janvier 1985, p. 101, *In* Dusan POPOVIC, Les interactions du droit de la concurrence français, communautaire et américain en matière de procédures négociées, op.cit., p.6.

المطلب الأول: تأطير مفهوم التعهدات في نظام مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي

بالنسبة للقانون المغربي لم يظهر مفهوم التعهدات في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي إلا بصدور ق.ح.أ.م. رقم 06.99، حيث جاء في المادة 12 من هذا القانون أنه يمكن للمقاولات عند تبليغها لمشاريع التركيز للوزير الأول أن ترفق هذه المشاريع بتعهدات، وبعد صدور التشريع الجديد المتمثل في قانون المنافسة رقم 104.12 أعاد المشرع تنظيم التعهدات في مجال التركيز بشكل أوسع وأدق من خلال المواد 11و15و17، خاصة فيما يتعلق بإمكانية تقديم المقاولات المقبلة على تبليغ مشاريع عمليات التركيز لتعهدات بشأن هذه المشاريع، وتمديد الآجال الممكن منحها لذلك الغرض.

أما فيما يتعلق بالقانون المقارن فكما أشرنا سابقا لم يتم تأطير مفهوم التعهدات في قانون المنافسة الفرنسي إلا بتبني الأمر رقم 86-1243 بتاريخ 1 دجنبر 1986 الذي قام بالنص في المادة 40 على إمكانية تقديم التعهدات بالتزامن مع تبليغ مشروع التركيز، أما بالنسبة لقواعد الاتحاد الأوروبي فلم يتم تأطير مفهوم التعهدات في عمليات التركيز الاقتصادي إلا بصدور القواعد رقم 89/4064، التي تضمنت بشكل صريح إمكانية تقديم أطراف مشروع التركيز لتعهدات بشأن مشاريعهم المبلغة للمفوضية الأوروبية في المرحلة الثانية من فحص مشروع التركيز (الفحص المعمق)، ولم يسمح بهذه الإمكانية بالنسبة للمرحلة الأولى من فحص مشاريع التركيز حتى تعديل 1997 الذي جاء بالقواعد رقم 97/1310 بتاريخ 3 ماي 1997، ثم بعد ذلك قامت المفوضية بنشر خطوط توضيحية بشأن التدابير المتبعة في مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، تتضمن كيفية قبول التعهدات في مسطرة المراقبة.

نتيجة لوضع هذه القواعد المؤطرة لمفهوم التعهدات في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي ذهب بعض الفقه إلى القول بأن مفهوم التعهدات في مجال عمليات التركيز يرمز إلى

التدابير التصحيحية التي يتم الربط بين وجوب الالتزام بتنفيذها بعد قبولها من قبل هيئة المنافسة، وإصدار هذه الأخيرة لقرار يتضمن تصريح بإنجاز عملية التركيز.[64]

المطلب الثاني: تأطير مفهوم التعهدات فيما يخص الممارسات المنافية للمنافسة

إن تأطير المشرع المغربي لمفهوم التعهدات في الشق المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة تم بشكل متأخر عن ما هو عليه الأمر في نظام مراقبة التركيز كما رأينا سابقا، فتنظيم مسطرة التعهدات بالنسبة للممارسات المنافية للمنافسة لم يتم إلا بصدور القانون الجديد المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة رقم 104.12 في المادة 36، هذه المادة أعطت لمجلس المنافسة إمكانية اتخاذ قرار قبول التعهدات التي تقدمها المقاولات للإجابة عن الشكوك المتعلقة بالمنافسة، التي يمكن أن تشكل ممارسة منافية كما هي منظمة في المواد 6 و7 و8 من القانون رقم 104.12.

وبالرجوع لظهور مفهوم التعهدات في القواعد المتعلقة بالممارسات المنافية في القوانين الأوروبية نجد أن القواعد رقم 1/2003 تمثل الخطوة النهائية في مسلسل تطوير القواعد القانونية المرتبطة بالفرع المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة، الذي بدأته المفوضية الأوروبية سنة 1999 بإصدار الكتاب الأبيض. فهذه القواعد غيرت بشكل جدري هيكلة قواعد المنافسة في الاتحاد الأوروبي خصوصا تلك المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، وذلك من خلال التخلي عن نظام تبليغ الاتفاقات من أجل الحصول على الشهادات السلبية، وتعويضه بنظام الاستثناءات القانونية، ففي إطار هذه القواعد تم إدراج مفهوم التعهدات في إطار مساطر التسوية الودية الشيء الذي ساهم في تعزيز الأمن القانوني للمقاولات.

فيما يخص رأي الفقه تجاه ما جاء به هذا النظام القانوني الجديد، وأخذا بعين الاعتبار التطبيقات العملية التي كانت يعرفها مفهوم التعهدات في الواقع العملي، ذهبت بعض الآراء الفقهية إلى القول بأن قرارات التعهدات وفقا للمادة 9 من القواعد رقم 1/2003 ليست

[64] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.60;65.

بمستجد، فهي لا تعدو أن تكون بناء جديد على أساس ودعامات عملية وواقعية قديمة[65]، لكن ما يمكن اعتباره مستجد ينحصر في كون هذا الآلية أصبحت ممكنة التطبيق بشكل لا متمركز. فالتفاوض حول التعهدات لم يعد منحصرا أمام المفوضية فقط، بل أصبح هذا التطبيق يمتد ليشمل الهيئات الوطنية للمنافسة للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي وفقا للقواعد المسطرية الخاصة بهذه الهيئات.

ويرى رأي فقهي آخر أن هذا التأطير هو حقيقة يشبه سابقه في نظام الشهادات السلبية أو الاتفاقات المشروطة، وأن الاختلاف الأساسي من الناحية النظرية هو أن نظام الشهادات السلبية إجباري أما التعهدات فهي اختيارية، لكن هذا الاختلاف ينعكس من الناحية العملية في كون أن القرارات المتضمنة للتعهدات يكون من الصعب الطعن فيها من جهة، ومن جهة ثانية لا تلتزم فيها المفوضية بشكل كبير بما يتعلق باحترام الضمانات المسطرية، ولعل هذا هو السبب الذي دفع المفوضية الأوروبية إلى استبدال نظام الاستثناءات المشروطة بنظام التعهدات.[66]

أما بالنسبة لهيئات المنافسة الوطنية فقد أتت قواعد 1/2003 بمبدأ بموجبه تكون هذه الهيئات الوطنية مختصة بقبول التعهدات في مجال الممارسات المنافية للمنافسة، ولعل هذا الأمر يوضح مدى تأثير القواعد الاتحادية على القوانين الوطنية للدول الأعضاء في مجال تبني تنظيم قانوني لمفهوم التعهدات خاص بشق المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة، ولعل هذا المبدأ السابق هو الذي دفع باتجاه تبني مسطرة التعهدات بشأن المخالفات الناتجة عن الممارسات

[65] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.7.

[66] Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p.7.

المنافية للمنافسة في القانون الفرنسي، وذلك بموجب الأمر رقم 1173/2004 الصادر بتاريخ 4 نونبر 2004 المعدل للمادة L464-2 من م.ت.ف.[67]

تطبيقا لمقتضيات المادة السابقة الذكر التي سنت مضامينها بشكل مماثل لما هو عليه الأمر في القواعد الاتحادية، عملت هيئة المنافسة الفرنسية (مجلس المنافسة الفرنسي سابقا) على تطوير مسطرة التعهدات تدريجيا، لأن المقتضيات القانونية المتعلقة بها جاءت في بادئ الأمر جد مقتضبة، ففي الأمر رقم 1173/2004 تم الاكتفاء فقط بتحديد الإطار العام لهذه المسطرة الجديدة، لذلك ومن أجل تتميم هذه المقتضيات عمل مجلس المنافسة الفرنسي على إصدار بلاغ يهم مسطرة تطبيق التعهدات بتاريخ 19 أبريل 2008، هذا البلاغ تم تعديله فيما بعد من قبل هيئة المنافسة الفرنسية بتاريخ 3 مارس 2009، بعد أن تمت ملاءمته مع مقتضيات الأمر رقم 1161/2008 المتعلق بتطوير نظامة المنافسة.

وأخذا بعين الاعتبار ما سبق عندما ننظر إلى تأطير مسطرة التعهدات في القواعد الاتحادية والقانون الفرنسي ونقارنه بما هو عليه الأمر في قوانين منع الاحتكار في القانون الأمريكي " anti trust"، يظهر أن هناك تشابه كبير بين مفهوم التعهدات ومفهوم المراسيم الاتفاقية أو ما يطلق عليها ب "consent decrres" في القانون الأمريكي، أكثر من ذلك تذهب بعض الآراء الفقهية إلى أن مسطرة التعهدات في هذه القوانين هي مستمدة من هذا المفهوم الأخير الذي يعتبر من صميم القواعد الكلاسيكية لقانون منع الاحتكار. فالتطبيقات الأولى لهذه المسطرة تعود لأزيد من قرن أي سنة 1906[68]، فالتعهدات وفقا للفظ " settllements " أو "consent decress" يتم التفاوض بشأنها بين المقاولة ومكتب محاربة الغش التابع لقسم العدل الذي يعد من مكونات المحكمة الفدرالية والذي يرمز له ب "D.O.J"[69]، فيتم الاتفاق في البدء حول المظاهر المادية

[67] Dusan POPOVIC, Les interactions du droit de la concurrence français communautaire et américain en matière de procédures négociées, op.cit., p.7.

[68] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.5.

[69] United States Department of Justice.

للتعهدات، وبعد هذه المرحلة يقوم نفس الأطراف ببلورة مشروع نص التعهدات، ثم يرفع للمصالح العليا للقسم لإبداء ملاحظات بشأنه وتعديله إن اقتضى الأمر، بعد ذلك يحال النص على جهاز يطلق عليه " l'Assistant Attorney General " قصد الحصول على الموافقة من أجل إكمال المسطرة، وأخيرا يتم تقديم نص التعهدات للمحكمة الفدرالية لتصادق عليه[70].

وبالرجوع إلى القانون المغربي رقم 104.12 نجد أن المواد المؤطرة لمفهوم التعهدات سواء بالنسبة لشق المتعلق بمراقبة التركيز الاقتصادي أو ذلك المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة، تأثرت بشكل كبير بنظيرتها المنظمة في مدونة التجارة الفرنسية المؤطرة لنفس هذا المفهوم، ولعل ذلك يظهر بشكل جليا في الشق المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة خاصة إذا ما قارنا مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون رقم 104.12 و الفقرة الأولى من المادة L464-2 من م.ت.ف، حيث يظهر أن مضامين هاتين المادتين متطابقتين[71]، ولعل هذا التقارب سيساعدنا في الوقوف على المقصود بمفهوم التعهدات في قانون المنافسة المغربي، من خلال الاستئناس بآراء الفقه الفرنسي التي حاولت تحديد مفهوم التعهدات في قانون المنافسة.

وهكذا نجد أحد الآراء الفقهية يعتبر أن مفهوم التعهدات وفق سياق قانون المنافسة يمثل نوع من التعهد بالمنافسة الذي يعكس تلك الآليات التصحيحية العلاجية وفق معنى أكثر

---

[70] Dusan POPOVIC, Les interactions du droit de la concurrence français, communautaire et américain en matière de procédures négociées, op.cit., p.2.

[71] L'article L464-2 du code de commerce français -2 dispose que : " I. L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L410-3".

- Article 36 de loi 104.12 relative a la liberté des prix et de concurrence dispose que : « Le conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées23 visées aux articles 6, 7 et 8 de la présente loi ».

اتساعا، فهو لا يقتصر على وعد بين طرفين، فالمقصود بمفهوم التعهدات وفقا للأستاذة "Laurence IDOT" هو ذلك الالتزام المقدم لهيئة المنافسة في شكل تعهدات يرتضيها الأطراف في مسطرة تنافسية من أجل الحصول على تصريح بالمطابقة أو قرار إعفاء أو من أجل تفادي قرار المنع.[72]

ويذهب رأي فقهي آخر إلى أن مفهوم التعهدات في قوانين المنافسة يرمز لآلية متعددة الاستعمال يمكن النظر إليها كآلية للتسوية الودية للنزاعات بين هيئة المنافسة والفاعلين الاقتصاديين، وكذلك آلية للتدخل المتوافق عليه مسبقا، فهي التزام يسمح بتعديل عقد التركيز من خلال تبديد خطر المساس بالمنافسة وبالتالي يضمن الاستفادة من ترخيص لإتمام عملية التركيز، والتعهد يتأقلم مع كافة المساطر المنظمة في قانون المنافسة.[73]

انطلاقا من الآراء السابقة الذكر التي نعتبرها الأقرب لتحديد مفهوم التعهدات في قوانين المنافسة بشكل عام وقانون المنافسة المغربي بشكل خاص، نؤكد أنه لا مجال للقول بأن التعهدات آلية لحل المنازعة بين هيئة المنافسة والفاعلين الاقتصاديين، لأن مفهوم التعهدات يرتكز على مبدأ إيجاد الحل قبل نشوب النزاع أصلا، أي قبل ثبوت ارتكاب المخالفة لقواعد المنافسة، فالتعهدات تسعى لمعالجة شكوك حول إمكانية وقوع المخالفة وليس معالجة وضع مترتب عن وقوع المخالفة كما هو الحال في باقي المساطر التفاوضية.

---

[72] Laurence IDOT : « Les obligation auquel les parties dans un procédure de concurrence en consentie pour obtenir une déclaration de compatibilité ou une décision d'exemption voir pour échapper au discision interdiction, l'engagement s'observe encore dans les déférent branche de droit de la concurrence concentration pratique anticoncurrentiel au l'aide d'états », Laurence IDOT, A propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française, Cahiers de droit européen, ISSN 0007-9758, Vol. 35, Nº 5-6, 1999, pp. 569-610, Cité par Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.9.

[73] Dusan POPOVIC : «Les engagement et un instrument polyvalent on peut le percevoir comme instrument de règlement amiable des litiges entre l'autorité et les opérateurs, instrument d'une intervention concerte sur le contrat obligation visant à dissiper le risque d'atteinte anticoncurrentielle amendant un projet afin de bénéficier d'une autorisation l'engagement s'adapte a toute procédure», Les interactions du droit de la concurrence français communautaire et américain en matière de procédures négociées, op.cit., p.8.

يمكن الخلوص في ضوء ما سبق إلى أن مفهوم التعهدات في ق.ح.أ.م. يشير إلى تلك الآلية المسطرية التي تسمح لكل من مجلس المنافسة والمنشآت المعنية بإيجاد أرضية لتصحيح الاختلالات التي تهم مشاريع عمليات التركيز أو بعض الممارسات في السوق التي يثور الشك بشأن أثرها على حسن سير المنافسة داخله إذا ما تم الاستمرار في هذه الممارسات، وهذه الآلية يكون فيها للمقاولة دور إيجابي في احترام تطبيق قواعد المنافسة وذلك من خلال التصحيح الآني والمستقبلي لممارساتها بما يتماشى وتلك القواعد، ويبقى للمجلس كامل الصلاحية لقبول هذه التعهدات ومراقبة تطبيقها.

الفرع الثاني: تطور مفهوم الإعفاء في قانون المنافسة

من أجل الوقوف على تطور مفهوم الإعفاء وفق خصوصيات قانون المنافسة بشكل عام و ق.ح.أ.م. بشكل خاص لابد من الإشارة إلى أن مفهوم الإعفاء يرجع أصله إلى القوانين الأنجلو-سكسونية وبالأخص القانون الأمريكي، ففي ظل قانون منع الاحتكار الأمريكي تم بلورة وتطوير مفهوم الإعفاء ليصبح نظام قانونيا متكاملا يخدم خصوصيات قواعد المنافسة في هذا البلد (المبحث الأول)، ومنه انتقل هذا المفهوم إلى قواعد المنافسة الخاصة بالاتحاد الأوربي وإلى قوانين المنافسة الوطنية للدول الأعضاء في هذا الاتحاد (المبحث الثاني) والمشرع المغربي أخذا بعين الاعتبار أهمية نظام الإعفاء كونه آلية ضرورية لعمل مجلس المنافسة قام بالأخذ بتوجه نظيره الفرنسي عند تنظيمه مفهوم الإعفاء في ق.ح.أ.م. (المبحث الثالث).

المبحث الأول: ظهور وتطور مفهوم الإعفاء في قانون منع الاحتكار الأمريكي

سنحاول التركيز في هذا المبحث على الأصول النظرية التي أدت إلى ظهور مفهوم الإعفاء في قانون منع الاحتكار الأمريكية (المطلب الأول) قبل أن ننتقل إلى التطور الذي عرفه تنظيم هذا المفهوم في ظل هذا القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ظهور مفهوم الإعفاء في قانون منع الاحتكار الأمريكي

لابد من الإشارة في البدء إلى أن مفهوم الإعفاء منذ ظهوره في التشريعات المقارنة غالبا ما كان يعبر عنه الفقه والمشرع في بعض الأحيان[74] ليس بلفظ الإعفاء الذي يقابله لفظ " exonération" كما هو الحال في المادة 41 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12 بل بلفظ "الصفح" الذي يقابله بالفرنسية لفظ "la clémence" وبالإنجليزية لفظ "Amnesty"، وهذا الأمر طرح صعوبات من ناحية ضبط مضمونه المفاهيمي بشكل دقيق خاصة في قانون المنافسة، لأن الصورة القانونية الأقرب لمفهوم الصفح هو العفو، والعفو بالمنظور التقليدي هو سلوك إنساني يكون دون مقابل وغالبا ما يرتبط إعماله بفئة محددة من الأشخاص تكون لها سلطات تفوق اختصاصات المؤسسة المعنية بتطبيق القانون[75]، وفقا لهذا المنظور وجب التأكيد على أن لفظ الصفح لا يعبر بوضوح ودقة عن مفهوم قانوني يتماشى وخصوصية قانون المنافسة.

وحتى وإن كان مفهوم الصفح أصبح متداولا في إطار معاصر، وكان حاضرا ومقبولا في المجتمع وفقا لأنظمة وأزمنة معينة، الشيء الذي يوجب عدم النظر إلى معناه من زاوية تقليدية، رغم ذلك ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه لتجاوز الاختلافات المفاهيمية المعطاة للفظ الصفح، يكون من الأفضل استعمال عبارة أخرى متميزة من أجل الإشارة إلى ميكانزيم ذو خصوصية مختلفة أصلا، إذ لا يمكن أن تعين بنفس الصيغة إجراء هو في الأساس يرتكز على قواعد ذات صبغة آمرة. فوفقا لخصوصيات قانون المنافسة والمفهوم القانوني الجديد لمسطرة الإعفاء لا يمكن الحديث عن الصفح بمعنى الغفران، وإنما يتعلق الأمر بالحصول عل إعفاء مقابل الإفشاء، وهذا

---

[74] لفظ الصفح في الأساس لم يستعمل إلا بشكل استثنائي من قبل التشريع المقارن خاصة على مستوى نصوص المفوضية الأوروبية حيث تم الإشارة إليه فقط في ثلاث مرات، أما التشريع الفرنسي فلم يتم الإشارة فيه للفظ الصفح إلا مرتين في المادة L462-2 من م.ت.ف، وبالتالي يمكن القول بأن الفقه هو الذي تبنى لفظ الصفح للإشارة إلى نظام الإعفاء، وهذا ما لاحظناه بشكل شخصي فأغلب المقالات والكتب الفقهية في التشريع المقارن تشير إلى نظام الإعفاء في قانون المنافسة بلفظ الصفح أي "clémence".

[75] Dider GUEVEL, Concept de clémence, publié dans La clémence et le droit, Jean-Michel JUDE (directeur), Edition Economica, 2011, p.5.

لا يشكل صفحا، فلا مجال للقول بأن هناك علاقة ودية بين الهيئة الإدارية والمقاولات، ونتيجة لذلك يقترح هذا الرأي الفقهي استعمال لفظ الإعفاء أي "exonération" [76].

وأخذا بعين الاعتبار ما قلناه سابقا بشأن الفروع القانونية المختلفة التي استمدت منها قواعد قانون المنافسة، نجد أن مسطرة الإعفاء ظهرت لأول مرة في كنف القانون الأمريكي لمنع الاحتكار الذي يتميز بطابعه الجنائي، الشيء الذي يحيل على أن مفهوم الإعفاء هو مستمد في الأصل من التقاليد الجنائية الأنجلوسكسونية[77]، فالأساس النظري التي يقوم عليه نظام الإعفاء كان أول مجال لتطبيقه هو القانون الجنائي.[78]

فنظام الإعفاء الأمريكي لسنة 1978 لم يكن مستوحى من النظرية الاقتصادية، بل كان مرتكزا في الأساس على التجربة التي راكمها قسم العدل "D.O.J" في مادة الجريمة المنظمة، فقواعد قانون شرمان الذي تضمن تأطير قواعد الإعفاء كانت تدخل ضمن زمرة نصوص القانون الجنائي العام، لكن في مرحلة ثانية من تعديل 1990 و 1994 أعطي لقواعد الإعفاء أساس نظري اقتصادي اعتمادا على تحليل ميكرو–اقتصادي لا يرتكز على النظرية التقليدية

---

[76] Dider GUEVEL, Concept de clémence, publié dans La clémence et le droit, Jean-Michel JUDE (directeur), Edition Economica, 2011, p.9;10.

[77] François BRUNET et Guy CANIVET, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, ouvrage collectif, Edition L.G.D.J, Parution : 06/2008, p.404.

[78] هنالك كذلك من الفقه الفرنسي من يؤصل لبرامج الإعفاء من خلال التذكير بقواعد القانون الجنائي وخاصة تلك المرتبطة برد الفعل الإيجابي أو ما يطلق عليه " le repenti-active " والذي هو ردة فعل الشخص الذي قام بمخالفة من أجل محاولة إصلاح أو علاج آثارها والذي يكون ظرف من ظروف التخفيف أو حتى الإعفاء كما هو الحال في المادة 2-450 من القانون الجنائي الفرنسي، والتي تفيد أنه إذا قام الطرف المشارك في مجموعة إجرامية من الكشف عن هذه الجريمة لدى الهيئة المختصة قبل تحريك المتابعة وبشكل يسمح بتحديد المشاركين فيها فإنه يعفى من المتابعة، ويضيف هذا الفقيه أن هذا المثال يؤكد على أن فلسفة الإعفاء ليست ثقافة مستوردة من الخارج وإنما هي تصورات جماعية لأجوبة ناتجة عن تطور الآراء وانفتاح الثقافات. انظر:

- Yves CHAPUT, Philosophie des programmes de clémence et de transaction, contribution présentée lors du colloque : clémence et transaction en matière de concurrence, Premières expériences et interrogations de la pratique », Colloque organisé le 19 janvier 2005, p2, En Ligne : http://www.creda.ccip.fr. (Consultée le : 10 septembre 2018)

للأسعار، بل يرتكز على إستراتيجية ردود أفعال المقاولات التي تكون في حالة من عدم الاستقلالية في القرار نتيجة دخولها في اتفاق منافي للمنافسة.[79]

والتأصيل النظري لهذه التعديلات التي لحقت نظام الإعفاء الأمريكي يتأسس على نظرية لعبة المصالح أو ما يطلق عليه باللغة الفرنسية "la théorie des jeux" التي تم تطويرها من قبل عالمي الرياضيات "Oskar Morgenstern "و" John Von Neumann"، وتهدف إلى تحليل استراتيجية اتخاذ القرارات التي تتفاعل داخل إطار من القواعد تأخذ بعين الاعتبار سلوك أحد الفاعلين في حالة معينة والمرتبط بباقي السلوكيات الملاحظة أو المنتظرة من باقي الفاعلين، ومعضلة السجين "le dilemme de prisonnier " هي أبسط تطبيق لهذه النظرية، فالمشتبه بهم بشأن جرم معين والمعزولين كل في زنزانته تكون استراتيجية فضح الآخر هي الغالبة في أذهانهم لأنه في جميع الحالات هي الأكثر فائدة لهم، فلا شيء يضمن لأحدهم التزام الطرف الآخر بالصمت، فالإفشاء يبقى هو أفضل قرار في هذه الحالة، فنظام الإعفاء وفقا لهذا التصور يبث نوع من عدم الثبات في سلوك المقاولات المشاركة في الاتفاق المنافي للمنافسة، فبوجود خطر التبليغ عن هذا الاتفاق من الداخل يكون من مصلحة كل واحد من أطراف هذا التحالف التقدم على شركائه في السباق نحو الافشاء ضمانا لمصلحته الخاصة في الإفلات من العقاب.[80]

وفقا لما سبق يمكن الخلوص إلى أن مفهوم الإعفاء يجد أصوله في تطبيقات قواعد القانون الجنائي الأنجلوسكسوني. فتبني قواعد المنافسة في هذه البلدان وبالأخص الولايات المتحدة الأمريكية لم يطرح أي صعوبة في ما يخص ملائمة إعمال هذه القواعد في ميدان المنافسة، لأن هذه القواعد يدخل تحت مظلة القواعد الجنائية التي تسهر على حمايتها مؤسسات قضائية مختصة أصلا بتطبيق القانون الجنائي، وهذا عكس ما عليه الأمر في باقي التشريعات المقارنة التي

[79] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit., p.502.

[80] François BRUNET et Guy CANIVET, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, op.cit., p.208.

كان من اللازم عليها تكييف ميكانيزم الإعفاء مع خصوصية نظامها المؤسساتي – هيئات إدارية مستقلة – وهذا ما سيظهر لنا جليا في الفقرة الموالية.

المطلب الثاني: تطور مفهوم الإعفاء في ظل قانون منع الاحتكار الأمريكي

كانت الولايات المتحدة هي السابقة إلى وضع نظام الإعفاء سنة 1978[81]، والذي كما أشرنا سابقا تم تبنيه في ظل الطبيعة الجنائية للعقوبات في قواعد منع الاحتكار " Antitrust Law"، ووفقا لهذا النظام الذي أطلق عليه برنامج الصفح "Amnesty Program"، يمكن للمقاولة الاستفادة من الإعفاء الكلي من جميع العقوبات المدنية والجنائية عندما تكشف عن تحالف يمس بمصالح اللعبة التنافسية. فهذه التحالفات الخطيرة التي تمس بالمنافسة ينتج عنها دعوى جنائية يحركها قسم العدل بالمحكمة الفدرالية " D.O.J "، هذا القسم يعمل كمدعي عام يحرص على حسن تطبيق نظام الإعفاء.

هذا النظام السابق ذكره لم يحقق النتائج المنشودة منه فتم تعديله سنة 1993[82] من أجل توضيح أكثر لكيفية استفادة المقاولات منه، كما تم توسيع الإعفاء ليشمل بالإضافة إلى المقاولة كشخص المعنوي باقي الأشخاص الذاتيين من أجراء ومسيرين، وتم تعديله سنة 2008[83] من

---

[81] ظهر هذا النظام بطريقة لا تكاد تخلو من حس الفكاهة، وذلك بمناسبة ندوة صحفية لمسؤول من قسم العدالة «D.O.J » الذي صرح فيها بما يلي: إذا كانت إحدى المقاولات قامت باتفاقات مع منافسيها من أجل تحديد الأثمنة، إليكم النصيحة التالية عليها أن تتوجه إلى قسم العدالة وسنتركها تتحرر من هذا المأزق، لكن يجب أن تسرع فقط مقاولة واحدة هي التي أن يمكن ستستفيد.

" if somme on in your company has been conspiring with competitors to fix prices hers some advice get on the department of justice we'll let you off the hook but hurry only one conspirator per cartel » *in*: Patrice Bougette, Christian Montet, Florent Venayre. L'efficacité économique des programmes de clémence, Revu Concurrence et consommation, 2006, n° 146, p.43.

[82] يمكن الاطلاع على هذا النظام عبر الموقع:

https://www.justice.gov/atr/leniency-program

[83] للاطلاع على الخطوط التوضيحية لنظام الإعفاء لسنة 2008 انظر:

the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters" (November 19, 2008), En Ligne: https://www.justice.gov/atr/frequently-asked-questions-regarding-antitrust-divisions-leniency-program (consultée le : 20 Novembre 2018)

خلال إدخال ميكانيزمات مصاحبة لنظام الإعفاء تتمثل في الإعفاء الإضافي " Amnesty plus " والجزاء الإضافي " Penalty plus"، كما تم نشر خطوط توضيحية بشأن هذا النظام سنة 2008 تم تعديلها مؤخرا سنة 2017[84].

هذه التعديلات المتتالية لنظام الإعفاء في القانون الأمريكي تظهر مدى التطور الكبير الذي عرفه مفهوم الإعفاء في ظل هذا القانون سواء من جانب توسيع نطاق الأشخاص المعنية بتطبيقه أو من ناحية الأدوات القانونية المستعملة في هذا النظام، إذ استفاد قسم العدالة التابع للمحكمة الفدرالية من تراكم الخبرات الناتج عن إعمال هذه النظام من أجل تطوير تأطير متكامل وشامل لمفهوم الإعفاء يجيب عن كافة المشاكل التي تعيق تفعيله.

ولعل هذا ما دفع العديد من الدول إلى الاعتماد على هذا النموذج الأمريكي، إذ نجد في الصفوف الأولى دول القانون المشترك أو ما يطلق عليها بالإنجليزية "Common Law"[85]، ومن هذه الدول كندا، استراليا، نيوزلندا، وكذلك دول "كومن ولف" متبوعة باليابان، تيوان، وكوريا الجنوبية. هذه الأخيرة ذهبت إلى حد منح جائزة مالية لمن يكشف عن التحالفات الخطيرة التي تمس قواعد المنافسة، حتى ولو كان من قام بهذا الكشف أجير يعمل داخل أحد المقاولات المشكلة لهذا التحالف. لكن تجب الإشارة إلى أنه إذا كان استيراد هذا النظام إن صح التعبير قد تم بشكل سلس لدى دول القانون المشترك، فإنه على العكس لم يتم ذلك بسهولة بالنسبة للدول الأوروبية ذات القوانين المبنية على النظرية الجرمانو–رومانية، حيث واجهت هذه الدول صعوبات في تبني مفهوم نظام الإعفاء كما هو مؤطر في القانون الأمريكي.

---

[84] للاطلاع على خطوط التوضيحية لنظام الإعفاء لسنة 2017 انظر:

U.S. Department of Justice, Antitrust Division, "Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters" 7 (Jan. 26, 2017), En Ligne:

https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download (consultée le : 20 Novembre 2018)

[85] القانون المشترك أو ما يطلق عليه بالإنجليزية "common law"، ويسمى أيضاً القانون الأنجلوسكسوني وأحياناً القانون العام، هو المدرسة القانونية التي تستمد جذورها من التراث القانوني الانجليزي، ومجموعة القوانين النابعة من هذه المدرسة، ومن أبرز سماتها الاعتماد على السوابق القضائية كمصدر ملزم للتشريع.

المبحث الثاني: تنظيم مفهوم الإعفاء في قانون المنافسة الفرنسي وقواعد الاتحاد الأوروبي

تم تبني مفهوم للإعفاء في قواعد المنافسة الخاصة بالمفوضية الأوروبية بناء على البلاغ الصادر بتاريخ 10 يوليوز 1996[86]، هذه القواعد تسمح للمقاولات التي تكون طرفا في اتفاق أو تحالف منافي للمنافسة والتي تتعاون مع المفوضية أثناء مراحل المسطرة بالاستفادة من التخفيض بشأن الغرامة، وذلك وفقا لثلاث مستويات تتراوح ما بين 100% و 10%. لكن سرعان ما تم انتقاد تبني المفوضية لهذا النظام من قبل بعض المنظمات المهنية التي اعتبرت أن ذلك يعد مخالفا لمبادئ العدالة باعتباره يؤسس لسلوك الوشاية، لكن المفوضية الأوروبية رفضت هذا الطرح كونه ينطلق من نظرة مغلوطة لهذه المبادئ، واعتبرت على العكس من ذلك أن الحفاظ على التكتم حول هذا النوع من الاتفاقات هو الذي يجب انتقاده بشدة. المفوضية استندت في هذا الطرح على قرار محكمة الدرجة الأولى الأوروبية بتاريخ 16 أبريل 1995 والذي أكد على أنه عوض المساهمة في أنشطة منافية للمنافسة يجب على المقاولة فضح باقي المقاولات التي تشجعها على القيام بمثل هذه الأنشطة. سرعان ما تلاشت هذه الانتقادات في الأخير لتترك المجال للاعتراف بضرورة وجود نظام الإعفاء[87].

إن نظام الإعفاء لسنة 1996 لم يعرف النجاح المنشود لأن معظم الطلبات التي قدمت بشأن الاستفادة من هذا النظام لم تتم إلا بعد تحريك المتابعة، لدى لم تتأخر المفوضية في إدخال تعديلات على هذا النظام سنة 2002 [88] ثم سنة 2006[89] وهمت هذه التعديلات توضيح

---

[86] Commission Européenne, La communication concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, publiée au Journal Officiel n° C 207, du 18.07.1996. En Ligne : http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html (consultée 22 novembre 2018)

[87] Jean-Christophe RODA, La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, Chronique de droit de la concurrence n° 2, dirigée par Catherine Prieto, Revue générale du droit, 2002, numéro 1439, p.4, En Ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1439 (consultée le : 20 novembre 2018)

[88] Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes Journal officiel n° C 045 du 19/02/2002, En Ligne : http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

أكثر لكيفية الاستفادة من هذا النظام وجعل المسطرة المتعلقة بتطبيقه أكثر شفافية[90] بما يضمن الأمن القانوني للمقاولات المتعاونة.

ومن أجل تدعيم جهود التوفيق بين مختلف قوانين المنافسة للدول أعضاء الاتحاد الأوروبي وفي إطار سياسة الترويج لنظام الإعفاء[91]، قامت الشبكة الأوروبية للمنافسة بتاريخ 29 ماي 2006 بوضع قانون نموذجي لنظام الإعفاء حتى يكون مرجعية تستأنس بها الدول الأوروبية وباقي الدول الراغبة في تبني مثل هذا المفهوم في قوانين المنافسة الخاصة بها وقد تم تعديل هذا النظام بتاريخ 22 نونبر 2012 [92].

يمكن القول إن الصعوبات التي واجهتها المفوضية الأوروبية في البداية عند تبنيها لمفهوم الإعفاء، من خلال المقاومة الإيديولوجية لتبني هذا المفهوم المستمد من القواعد الأمريكية، التي تتمثل في صعوبة استيعاب فكرة ترك المقاولة المشاركة في الاتفاق المنافي للمنافسة تفلت من العقاب لمجرد كشفها عنه، بالإضافة إلى صعوبات المرتبطة باختلاف طبيعة قواعد المنظمة للمنافسة في الاتحاد الأوروبي، وخاصة من الناحية المسطرية فهذه الأخيرة هي ذات بعد إداري بينما القواعد الأمريكية هي ذات بعد جنائي، إلا أن هذا كله لم يمنع المفوضية الأوروبية من الأخذ بشكل كبير في تنظيمها لمفهوم الإعفاء ببعض القواعد المتبناة في تنظيم هذا الأخير في القانون الأمريكي، حيث يذهب رأي فقهي إلى القول بأن ثقافة تبني التشريعات الوطنية للقواعد

(Consultée le : 25 novembre 2018)

[89] Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes publiées au Journal Officiel n C 298/17, du 8.12.2006. En Ligne : http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html (consultée le: 25 novembre 2018)

[90] François BRUNET et Guy CANIVET, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, op.cit., p.410.

[91] Martina STEINBOCKOVA, Leniency programme in antitrust law, Diploma thsis, Masaryk University in Brno, Departement of Commercial low, présentée et soutenu publiquement en 2008., p.6.7.

[92] R.E.C, Programme modèle en matière de clémence, En Ligne : https://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_fr.pdf (consultée le : 25 novembre 2018)

القانونية المعمول بها في باقي الدول أمر معهود في قوانين المنافسة، فقانون المنافسة في أغلب الدول غالبا ما ينظر إليه كقانون أتى من الخارج .[93]

وبالنسبة لتنظيم مفهوم الإعفاء في القانون الفرنسي فقد تم لأول مرة في القانون رقم 2001-240 الصادر بتاريخ 15 ماي 2001 والذي عدل مواد م.ت.ف. في شقها المتعلق بقواعد المنافسة، فتم تنظيم الإعفاء في المواد L464-2 و R464-5 لكن لم يتم تطبيق هذه المواد إلا بعد صدور قواعد الإعفاء الأوروبية رقم 1/2003، وذلك حتى تستفيد هيئة النظامة الفرنسية من التجارب التطبيقية لمفهوم الإعفاء وفق القواعد الإتحادية[94]، بعد ذلك سيصدر مجلس المنافسة الفرنسي بلاغ بشأن كيفية تطبيق مسطرة الإعفاء في 11 أبريل 2006، بعدها دارت نقاشات حول إمكانية تدعيم ملائمة وفعالية هذه المفهوم، وقام المجلس بعد سنة بتعديل بلاغه بشأن تطبيق الإعفاء في 17 أبريل 2007، وسرعان ما تلت هذه التعديلات تعديلات أخرى الهدف منها تطوير تنظيم مفهوم الإعفاء في قانون المنافسة الفرنسي أخذا بعين الاعتبار تطور متطلبات تفعيل تطبيق هذا المفهوم، وهكذا تم تعديل البلاغ السابق في تاريخ 2 مارس 2009، ثم تلاه تعديل آخر بتاريخ 31 أبريل 2015[95].

المبحث الثالث: تنظيم مفهوم الإعفاء في قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي

الملاحظ بالنسبة لتنظيم مفهوم الإعفاء في القانون المغربي أنه لم تكن أي إشارة لهذا المفهوم في القانون رقم 06.99، حيث قام المشرع المغربي لأول مرة بتبني النظام القانوني لمفهوم الإعفاء في إطار التعديل الشامل للقانون المنافسة المغربي الذي أتت به قواعد القانون رقم 104.12 المعتبر ق.ح.أ.م، ولعل الهدف من وراء ذلك هو جعل القانون المغربي للمنافسة يواكب توجهات قوانين المنافسة المقارنة، بالنظر لالتزاماته تجاه شركائه الاقتصاديين خاصة دول الاتحاد

[93] Dider GUEVEL, Concept de clémence, op.cit., p..7

[94] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.109.

[95] A.C.F, Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relative au le programme de clémence français En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_clemence_revise.pdf (consultée le : 19 mars 2019)

الأوروبي و أمريكا، خصوصا وأن هذه الآلية قد يكون لها دور فعال في حماية السوق الوطنية من الآثار الخطيرة التي تكون للتحالفات بين الشركات المتعددة الجنسية التي تنشط في السوق الوطنية بشكل مباشر أو غير مباشر. وهكذا ينص المشرع المغربي في المادة 41 على أنه : " يجوز منح إعفاء كلي أو جزئي من العقوبات المالية لمنشأة أو هيأة قامت مع أطراف أخرى بممارسة محظورة بموجب مقتضيات المادة 6 من هذا القانون، إذا ساهمت في إثبات وقوع الممارسة المحظورة وتحديد مرتكبيها، من خلال تقديم معلومات لم تتوفر لمجلس المنافسة أو الإدارة من قبل..."

الملاحظة الأولى التي تتبادر إلى دهن القارئ لهذه المادة وخاصة في صيغتها الفرنسية[96] أن الأحكام المتعلقة بتنظيم مفهوم الإعفاء في القانون المغربي هي مستمدة بشكل أساسي من المقتضيات التي تبناها المشرع الفرنسي في المادة L464-2 [97] المنظمة لمفهوم الإعفاء في م.ت.ف، فمقابلة مقتضيات كلتا المادتين تفضي إلى تطابقها بشكل كبير.

لكن من جهة أخرى لا مجال لمقارنة النصوص السابقة مع مقتضيات نصوص قواعد الاتحاد الأوروبي لأن هذه الأخيرة تقسم نظام الإعفاءات إلى شقين: إعفاء كلي وإعفاء جزئي، وتتطرق بالتدقيق وبشكل مستقل للشروط الخاصة بكل شق على حدة[98]، وهذا عكس ما عليه

---

[96] L'article 41 de loi de la liberté prix et de la concurrence n° 104.12 dispose que : « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article 6 de la présente loi s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le conseil de la concurrence ou l'administration ne disposaient pas antérieurement... ».

[97] L'article L464-2 du code de commerce français dispose que : « IV.-Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement... »

[98] Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes préc.

الأمر في المادتين السابقين في كل من القانون المغربي والفرنسي واللتان تتطرقان بشكل عام ومجرد لمفهوم الإعفاء بنوعيه الكلي أو الجزئي.

بغض النظر عن هذا الاختلاف الشكلي في طريقة تنظيم مفهوم الإعفاء وأخذا بعين الاعتبار كل ما سبق، يمكن أن نستنتج بأن تطور التنظيم القانوني لمفهوم الإعفاء يعطي صورة واضحة عن الطريقة التي يتشكل بها تنظيم هذا المفهوم بشكل خاص وقواعد المنافسة بشكل عام، فذلك يتم في شكل شبكة مترابطة، فمن اللحظة التي يجد فيها نظام قانوني للمنافسة مفهوما أو وسيلة أو آلية أكثر فعالية تسمح له بالوصول إلى هدف معين موضوع إجماع، وهو في هذه الحالة محاربة الاتفاقات ذات الآثار الجد خطيرة على المنافسة، فإن باقي الأنظمة تسارع إلى تبني هذه المفهوم أو الآلية.[99]

ومن ثم يمكن تحديد مفهوم الإعفاء في ق.ح.أ.م. في ظل التقارب الذي يعرفه تنظيم مفهوم الإعفاء في هذا القانون مع ما عليه الأمر في القانون الفرنسي والقواعد لاتحادية، وذلك من خلال الانفتاح على أهم الآراء الفقهية التي حاولت تحديد مفهوم الإعفاء في هذه القوانين. إذ يرى جانب من الفقه بأنه في قانون المنافسة يحيل هذا المفهوم على صلاحية هيئات المنافسة في التجاوز عن خروقات المقاولات لقواعد المنافسة، إذا ما قامت هذه الأخيرة بالتبليغ عن هذا الاتفاق ومساعدة الهيئة في مسطرة التحقيق، وذلك مقابل إعفاء كلي أو جزئي من الجزاءات التي كان من الممكن تقريرها.[100]

ويذهب رأي فقهي ثاني، إلى القول بأن المقصود بمفهوم الإعفاء في قانون المنافسة هو ذلك النظام الذي يضمن الحصول على إعفاء كلي أو على الأقل تخفيضا معتبرا لأعضاء التحالف المنافي للمنافسة السباقين لكشفهم وتقديمهم معلومات عن هذا التحالف لهيئة المنافسة،

[99] Dider GUEVEL, Concept de clémence, op.cit., p.109.

[100] François BRUNET et Guy CANIVET, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, op.cit., p.402.

وقيامهم في نفس الوقت بالتعاون بشكل فعلي أثناء مختلف مراحل المسطرة التي تلت الكشف عن ذلك التحالف.[101]

أما رأي ثالث فخلص إلى أن نظام الإعفاء مفهوم جديد قديم تم تبنيه من أجل تدعيم جهود محاربة الممارسات المنافية للمنافسة، وهو مفهوم يرتبط أساسا بعملية تفاوض أو تبادل إن صح التعبير، ولا يجب النظر إلى هذا المفهوم من زاوية تقابله مع العقوبة، بل العكس من ذلك يجب أن يتم استعمال المفهومين بشكل متكامل، فكلما كان هناك نظام عقوبات صارمة للمخالفات كلما كان من الضروري وضع نظام إعفاء يضمن إمكانية تعاون المقاولة مع هيئة المنافسة.[102]

يتبين من الآراء المذكورة فيما سبق أن كل واحد منها اعتمد على منظور مخالف لتحديد مفهوم الإعفاء في قانون المنافسة، فالرأي الأول والثاني نجدهما ينطلقان من منظور ضيق لمفهوم الإعفاء ويكتفيان بتحديد هذا المفهوم من الجانب المسطري المحض، أما الرأي الثالث فيقارب هذا المفهوم من منظور أشمل يتعلق بالأهداف الموضوعية لتبني تنظيم هذا المفهوم وتفاعله مع باقي الأنظمة التي تطبق إلى جانبه. وأخذا بعين الاعتبار أن كافة هذه الآراء تتضمن أفكارا مفيدة وجدية لتحديد مفهوم الإعفاء في قوانين المنافسة بشكل عام وقانون المنافسة المغربي بشكل خاص، فإننا نعتقد أن مفهوم الإعفاء في قانون المنافسة المغربي يحيل على ذلك المفهوم القانوني الذي يهدف إلى التغلب على المشاكل التي تواجه تفعيل قواعد محاربة الاتفاقات السرية المنافية للمنافسة، ويرتكز على آلية تفاوضية تراعي كل من مصلحة مجلس المنافسة في الكشف والمعاقبة عن هذه الممارسات بأقل تكلفة اجتماعية ممكنة، ومصلحة المقاولة في تفادي العقوبة المالية أو على الأقل الحصول على عقوبة أخف، كل ذلك يستتبعه بطريقة مباشرة تحقق المصلحة

[101] Martina STEINBOCKOVA, Leniency programme in antitrust law, op.cit., p.6;7.

[102] Jean-Christophe RODA, La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p.3.

العامة من خلال ضمان فعالية قواعد المنافسة المرتبطة بهذا الفرع من قانون المنافسة، والمتمثلة في وضع حد للاتفاقات المنافية السرية الأكثر خطورة – تحالفات– والتي تكون لها آثار سلبية تمس مصالح تطور السوق وحماية الرفاه العام للمستهلك.

الفرع الثالث: تطور مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات في قانون المنافسة

مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات كما هو منظم من قبل المشرع المغربي في المادة 37 من ق.ح.ا.م. هو مستمد في الأساس من مفهوم عدم منازعة في المؤاخذات الذي كان منظما في المادة L462-2 مدونة التجارة الفرنسية. وهذا المفهوم بدوره يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه تكون خارج التشريع الفرنسي ومستلهم بشكل كبير من مسطرة عدم المنازعة في الادعاء المعروفة في القانون الأمريكي "plea nolo contender ".

فمفهوم عدم المنازعة في الادعاء ظهر لأول مرة من خلال تطبيقات العدالة التفاوضية في القانون الأمريكي (المبحث الأول)، تطبيقات هذا المفهوم تم تبنيها فيما بعد في القواعد الاتحادية للمفوضية الأوروبية ومنها إلى قانون المنافسة الفرنسي (المبحث الثاني) والمشرع المغربي لم يخرج عن هذه القاعدة حيث أخذ بتوجهات المشرع الفرنسي المتعلقة بمسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات التي كانت مؤطرة في م.ت.ف، حيث قام حديثا بتنظيم مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات في المادة 37 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12 (المبحث الثالث).

المبحث الأول: ظهور مفهوم عدم المنازعة في الادعاء في القانون الأمريكي

يرتبط ظهور وتطور مفهوم عدم المنازعة في الادعاء في القانون الأمريكي أو ما يسمى بالإنجليزية "plea no contender" بتطبيق لمفهوم أعم وأشمل وهو مبدأ التفاوض بشأن الدعوى أو ما يطلق عليه "plea bargining" المعمول به في القوانين الجنائية لدول القانون المشترك أو الأنجلو-ساكسوني. فمسطرة التفاوض بشأن الدعوى تم إقرارها من قبل المحكمة العليا الأمريكية

منذ 1970 في قضية "برادلي"[103]، ثم بعد ذلك تم تنظيمها في المادة 11 من القواعد الفدرالية المتعلقة بالمسطرة الجنائية.

فهذه المسطرة التي يمكن اعتبارها نوعا من التفاوض بشأن الدعوى، تسمح بفتح نقاش بين المدعي العام والمتهم بهدف إقرار هذا الأخير بالتهم المنسوبة إليه مقابل تنازلات يقدمه المدعي العام قد تتخذ صور مختلفة، فإما يكون التفاوض من أجل الحصول على تكييف قانوني أخف للتهمة المنسوبة، أو من أجل تكييف وقائع دون أخرى، أو تكييفها بشكل مخالف، أو التفاوض بشأن الاعتراف بالمنسوب إليه مقابل عقوبة أقل.[104]

وتجب الإشارة إلى أن التفاوض حول الدعوى وفق المفهوم السابق لا يتم عبر علاقة ثنائية بين متعاقدين، لكن عبر علاقة ثلاثية تتضمن المتهم، المدعي العام والمحكمة، دون أن يكون لهذه الأخيرة التزامات متبادلة، فهي تراقب فقط سلامة العلاقة بين المدعي والمتهم بهدف ضمان احترام حقوقه في هذه المسطرة.[105]

ومن جهة أخرى هذا المفهوم يكرس لمقاربة اقتصادية للعدالة، فلكل من المدعي العام والمتابع في الدعوى طموح في تحقيق مصلحة معينة من التفاوض، فالمتهم يبادل حقه في الحصول على محاكمة عادلة مقابل حق المدعي العام بالمطالبة بإنزال أقصى درجات العقوبة، فمصلحة

---

[103] United States Supreme Court, bradly vs united states, 397 u.s 742.748, n°. 270, Argued November 18, 1969, Decided May 4, 1970, En Ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/ (consultée le :13 December 2018)

[104] Sarah-Marie CABON, La négociation en matière pénale, Thèse de Doctorat de L'université de bordeaux École doctorale de droit, Spécialité droit privé et sciences criminelles, présentée et Soutenue publiquement le 5 décembre 2014, p.19.

[105] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.54.

الأول تتمثل في كونه يضمن إلى حد كبير توقع العقوبة بشكل يعزز أمنه القضائي، أما مصلحة الثاني تتمثل في وقوع الإدانة بأقل تكلفة سواء على صعيد الوقت أو إجراءات الدعوى.[106]

ولعل هذه المقاربة السابقة وجدت لها أرضية خصبة للتطبيق في قانون منع الاحتكار الأمريكي، لأن المخالفات في ظل هذا القانون لها طابع جنائي، ويقوم بتطبيقها جهاز قضائي متمثل في قسم العدالة التابع للمحكمة الفدرالية، فمن البديهي أن تطبق هذه المسطرة في مجال قانون المنافسة الأمريكي، فكما هو الحال في المناقشات التي تتم بين المدعي العام والمتهم في إطار مسطرة التفاوض حول الدعوى، في ظل قانون منع الاحتكار يتم التفاوض بين قسم العدالة والمقاولة.

وقد كان لآلية التفاوض بشأن الاعتراف بالذنب مقابل تخفيض العقوبة في القوانين الأمريكية أثر كبير في تطور العدالة التفاوضية في التشريعات الجنائية الأوروبية[107] بشكل عام، قبل أن تمتد لتشمل قوانين المنافسة وتساهم بشكل غير مباشر في ظهور مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات في تشريعات المنافسة لهذه الدول.

المبحث الثاني: تنظيم مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات في القانون الفرنسي والقواعد الأوروبية

مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات المبلغة تم تنظيمه لأول مرة في القانون الفرنسي من خلال القانون رقم 240-2001 الصادر بتاريخ 15 ماي 2001[108] الذي عدل مدونة

---

[106] Anne JACOBS, Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée, Revue International De Droit Pénal, Edition ERES, 2012/1 (vol.83), .p.40.

[107] كانت ايطاليا من الدول الأوروبية السباقة إلى تطوير آلية التفاوض بشأن الإقرار بالذنب مقابل التخفيض من العقوبة وفقا للمادة 444 من مدونة المسطرة الجنائية الايطالية، ثم تبنت ألمانيا هذه الآلية من خلال حكم المحكمة العليا بتاريخ 28 ابريل 1997، بعد ذلك تم تنظيمها بتاريخ 4 غشت 2009 وفقا لقانون الاتفاقات في المسطرة الجنائية الألمانية للمزيد انظر:

- Sarah-Marie CABON, La négociation en matière pénale, op.cit., p.28 ;29.

[108] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (1), : Article L464-2 du code de commerce « II. - Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de

التجارة الفرنسية في الباب المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، وتم تنظيم هذا المفهوم في الفقرة الثالثة من المادة L462-2، التي أعطت الإمكانية للمقرر لاقتراح تخفيض الغرامة للمقاولات التي لا تنازع في المؤاخذات المبلغة لها المتعلقة بمخالفتها لإحدى قواعد المنافسة، وقد تم تعديل هذه المادة لاحقا بالأمر رقم 2008-161 الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2008 [109]، لتنضاف إلى الإمكانية السابقة إمكانية الاستفادة من تخفيض إضافي في حالة قيام المقاولة بتقديم تعهدات إلى جانب عدم منازعتها في المؤاخذات.

بعد تبني هذا المفهوم سارع رئيس مجلس المنافسة الفرنسي إلى التأكيد على أنه فرنسي الأصل و أنه لم يتأثر بالتجارب الأجنبية، لعدم وجود مفهوم مشابه له في تلك الحقبة، وأن تطبيقات مفهوم التفاوض بشأن الدعوى في القانون الأمريكي تبقى جد مختلفة حتى تتم الاستفادة منها، فمفهوم الاعتراف بالمخالفة مقابل تخفيض الغرامة في القانون الأمريكي هو مجرد آلية احتياطية لمسطرة الإعفاء، تلجأ إليها المقاولات في حالة عدم الاستفادة من الإعفاء الكلي، وبتالي يستعمل كآلية للكشف عن المخالفة عكس مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات في القانون الفرنسي الذي يهدف تنظيمه إلى ضمان تسريع المسطرة فقط. [110]

---

la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. »

[109] Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008, Article 4 dispose que : « III. Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. »

[110] O.C.D.E, Table ronde sur l'Expérience en Matière de Règlements Transactionnels dans les Affaires liées aux Ententes qui s'est tenue en octobre 2008 dans le cadre du Comité de la concurrence (Groupe de Travail No. 3 sur la coopération et l'application de la loi). P.43., En Ligne :
https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44178372.pdf (consultée le : 12 octobre 2018)

لكن هذه المزاعم لم تمنع الفقه الفرنسي من البحث عن المصادر التي استمد منها هذه المفهوم، إذ ذهب البعض إلى القول بأن مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات وإن كانت آلية جديدة على مستوى تشريع المنافسة إلا أن هذا النوع من المفاهيم ليست بمستجد على مستوى باقي التشريعات الفرنسية وخاصة التشريع الجنائي الذي توجد به مسطرة تقترب إلى حد كبير من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات وهي مسطرة الاعتراف المسبق بالمسؤولية عن الجريمة التي يطلق عليها بالفرنسية: "Comparution sur reconnaissance préalable du culpabilité"، هذه المسطرة تم تنظيمها في المواد من495.7 إلى 495.16 من القانون رقم 2004.204 الصادر بتاريخ 9 مارس 2004، تتم بناء على اقتراح وكيل الجمهورية وتسمح بتجنب الشخص للدعوى في حالة إقراره بالأفعال المنسوبة إليه.[111]

ويذهب رأي آخر إلى أن مقتضيات المادة L464-2 المنظمة لمسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات ليست في حقيقة الأمر سوى مسطرة إعفاء جزئي، فرغم الاختلاف في المسميات يتعلق الأمر بنفس المفهوم، وأن المشرع الفرنسي أعتمد في تنظيم هذا المفهوم على كل من القواعد الاتحادية الأوروبية والقانون الأمريكي. فالقواعد الاتحادية لسنة 1996 تسمح للمقاولة التي لا تتوفر فيها شروط الاستفادة من الإعفاء الكلي أن تستفيد من تخفيض جزئي يتراوح ما بين 10% و 50% في الحالات التي تتعاون فيها مع المفوضية ومن بينها حالة عدم المنازعة في الوقائع المبلغة لها [112].

وقد عرف مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات في التشريع الفرنسي تعديلا على مستوى الدلالة اللفظية المستعملة للإشارة لهذا المفهوم[113]، وذلك من خلال تبني القانون رقم

---

[111] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.55.

[112] Jean-Christophe RODA, La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p.9.

[113] الفرق الأساسي بين المسطرة القديمة والجديدة من غير تغير التسمية، هو أن التفاوض لم يعد حول نسبة تخفيض معينة بل بناء على عدد يمثل القيمة مالية مطلقة للعقوبة، كما أن السقف الأقصى للتخفيض من الغرامة لم يعد محددا بالنصف.

2015-990 الصادر بتاريخ 15 غشت 2015[114]، فلم يعد الحديث عن عدم المنازعة في المؤاخذات بل عن الصلح الذي يقابله في الصيغة الفرنسية لفظ "transaction"، ولعل الإرهاصات الأولى لهذا التعديل ظهرت قبل تبني ذلك القانون، فعلى مستوى التشريع الفرنسي كانت توجد مسطرة صلح أمام وزير الاقتصاد مؤطرة في المادة L464-9 من م.ت.ف. وفقا للقانون المتعلق بتحديث ونظامة المنافسة رقم 2008-1161 بتاريخ 13 نونبر 2008، وهي عبارة عن مسطرة صلح بين الإدارة والمهنيين، حيث أشارت مديرية الأسعار والمنافسة الفرنسية في تقريرها رقم 177 إلى أن الأمر يتعلق بمسطرة مرتبطة بقضايا قليلة الأهمية محدودة في الأسواق ذات البعد المحلي وتلتزم فيها المقاولة باحترام شروط الإدارة لتجنب أداء الغرامة.[115]

وقد جاء ظهور مفهوم الصلح في التشريع الفرنسي للمنافسة متزامن مع تبني المفوضية الأوروبية لهذا المفهوم في مجال الاتفاقات المنافية للمنافسة وفقا للقواعد الصادرة بتاريخ 2 يوليوز 2008[116]، التي تتمثل في منح تخفيض من الجزاءات المالية التي كان من المفترض تقريرها بالنسبة للمقاولة التي تقر بارتكابها للمخالفة في إطار تحالف مناف للمنافسة، كما أن هذا المفهوم يقتصر تطبيقه على قضايا الاتفاقات دون القضايا الأخرى، وتجب الإشارة إلى أن تبني

---

[114] Loi n°2015-990 du 6 août 2015 - Article 218 (V) : Article L464-2 du code de commerce : « III. Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction. »

[115] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.60.

[116] Commission européenne, Communication relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JO C-167/1 du 2.7.2008, En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0702%2801%29 (consultée le : 14 novembre 2018)

هذا المفهوم من قبل المفوضية الأوروبية سبقه اهتماما كبير على مستوى الساحة الدولية من خلال تنظيم مائدة مستديرة في أكتوبر 2006 من قبل منظمة التعاون والتقدم الاقتصادي "O.C.D.E" تحت عنوان الصلح في مادة التحالفات[117]، كما تم تقديم تقرير بشأن هذه المسطرة في الندوة السنوية للشبكة الدولية للمنافسة بمدينة كيوتو في أبريل 2007[118].

ورغم أن الفقه لم ينكر التشابه بين مضامين مفهوم عدم المنازعة في الادعاء المعمول به في القانون الأمريكي ومضامين مشروع نظام مسطرة الصلح للمفوضية، إلا أنه من جانب آخر أكد أن مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات كما هو منظم في مسطرة الصلح التي وضعتها المفوضية، تم بناء على تصور أقل راديكالية من ما عليه الأمر في القانون الأمريكي، لأن المفوضية الأوروبية عمدت إلى استبعاد فكرة التفاوض عن هذه المسطرة وذلك بشكل صريح في الورقة التي أعلنت فيها عن تبني هذه المسطرة.[119]

وجذير بذكر أن تبني لفظ الصلح من أجل الدلالة على مفهوم مسطرة عدم المعارضة في المؤاخذات سواء في التشريع الأوروبي أو الفرنسي لم يمر مرور الكرام من قبل الفقه، حيث تؤكد أحد الآراء الفقهية على أن الصلح وفقا لمفهومه اللفظي القانوني كما هو متبنى في القانون الفرنسي سواء المدني أو الجنائي لا يتماشى مع مضمون المسطرة المتبناة من قبل قواعد المفوضية ومواد م.ت.ف، فهذه الآليات لا تعبر لا عن عقد بين طرفين يقدمان تنازلات متقابلة من أجل

---

[117] O.C.D.E, Table ronde sur les reconnaissances préalable de culpabilité et solutions négociées dans les affaires d'entente, qui s'est tenue en octobre 2006 dans le cadre du Comité de la concurrence, En Ligne : http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/40080239.pdf(consultée le : 17 novembre 2018)

[118] I.C.N, Cartel Working Group, CARTEL SETTLEMENTS, Report to the I.C.N Annual Conference Kyoto, Japan April 2008, En Ligne :

http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf(consultée le: 17 Novembre 2018)

[119] Communication n° IP/08/1056, le 30 juin 2008, Bruxelles, Antitrust : la Commission instaure une procédure de transaction dans le domaine des ententes, «Dans le cadre de la nouvelle procédure de transaction, la Commission ne négocie pas l'utilisation de preuves ni la sanction appropriée, mais peut récompenser les parties pour leur coopération afin de faire des économies de procédure.», En Ligne :

europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1056_fr.pdf (consultée le: 20 Novembre 2018)

وضع حد للنزاع كما هو الأمر في القانون المدني، ولا يمكن كذلك اعتباره آلية تسمح بإنهاء الدعوى العمومية من خلال التنازل عن تحريك المتابعة كما هو الحال في القانون الجنائي، وبمعنى آخر لا يمكن القول بوجود مصالحة بين المقاولة والهيئة فالقاضي لا يتصالح مع المتهم[120]. كما يضيف رأي فقهي آخر أنه ليس بالضرورة اعتبار كل اتفاق بين الأطراف هو صلح فإذا كان منطق الصلح يخيم بظلاله على بعض المساطر ومنها عدم المنازعة في المؤاخذات، فالأمر لا يتعلق إلا بمنطق الصلح، وليس بمسطرة تصالحية في حد ذاتها، وبالتالي استعمال هذا اللفظ يظهر بأنه يتجاوز موضوع مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات[121] الشيء الذي دفع البعض إلى اقتراح تبني لفظ التسوية المباشرة عوض الصلح.

المبحث الثالث: تنظيم مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات في قانون المنافسة المغربي

كما هو الحال بالنسبة لمفهوم الإعفاء مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات تم تبنيه لأول مرة بموجب المادة 37 من القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، وتسمح هذه المادة للمقرر بأن يقترح على مجلس المنافسة تخفيضا من الغرامة بالنسبة للمقاولة التي لا تطعن في المؤاخذات الموجهة إليها بشأن مخالفتها لإحدى قواعد المنافسة، وما يمكن ملاحظته بخصوص هذه المادة أن المشرع استعمل في الصيغة العربية لهذه المادة لفظ "لم تعارض" والذي لا يتماشى مع ما يقابله في الصيغة الفرنسية حيث استعمل لفظ "ne conteste pas" والذي لا يدخل ضمن مرادفاته السيميائية[122] لفظ عدم معارضة، بل يشار إليه بعدم المنازعة، لذا تفاديا لوجود

[120] Laurence IDOT, Bruno LASSERRE, Jacques-Philippe GUNTHER, David SEVY, David TAYAR, Conférence : Procédures négociées en droits communautaire et interne de la concurrence - Transaction communautaire et engagements devant le Conseil de la concurrence, mai 2008, Revue Concurrences N° 2-2008, Art. n° 16731, p.1.

[121] Sarahe-Marie CABON, la négociation pénale, op.cit., p.358;359.

[122] بالرجوع للصفحة 296 من القاموس الفرنسي العربي المنهل نجد أن مرادف لفظ "conteste " يقابله بالعربية كل من: اعترض، خاصم، رفض.

اختلاف بين الصيغتين العربية والفرنسية للمادة 37 حبذا لو تم تبني لفظ عدم المنازعة عوض استعمال لفظ عدم المعارضة والذي قد يجعل المتلقي يعتقد بأن الأمر يتعلق بمساطر قضائية.

كما أن مقتضيات المادة 37 (في صيغتها الفرنسية) هي صورة طبق الأصل من الصياغة القديمة للفقرة الثالثة من المادة L464-2 المتبناة وفق القانون رقم 2008-1161 الصادر بتاريخ 13 نونبر 2008 [123]، وبالتالي يتضح أن المشرع المغربي في القانون رقم 104.12 حافظ على التصور القديم لمفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات الذي تبناه المشرع الفرنسي قبل أن يقوم بتعديل هذه المسطرة ليتم التعبير عنها بمسطرة الصلح وفقا للقانون رقم 990-2015 الصادر بتاريخ 15 غشت 2015، ويمكن القول بأن هذا توجه صائب من قبل المشرع المغربي حيث تفادى تبني لفظ الصلح للاستدلال على مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات الذي انتقد من قبل الفقه الفرنسي كما رأينا في الفقرة السابقة.

انطلاقا من الخلاصات السابقة التي توصلنا لها فيما يرتبط بتنظيم مفهوم مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات في تشريعات المنافسة في القوانين المقارنة بشكل عام وفي التشريع المغربي بشكل خاص، يمكننا القيام بمحاولة وضع تحديد لمفهوم مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

---

[123] L'article 37 de la loi sur liberté des prix et du concurrence n° 104.12 dispose que : « Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer au conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue à l'article 39 de la présente loi en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au conseil d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. »

-L'article L462-2 du code commerce français Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 dispose que : «Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. »

في ق.ح.أ.م. انطلاق من بعض التعاريف الفقهية الفرنسية التي حاولت تحديد المقصود بمفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات الذي كان معمول بها من قبل م.ت.ف. قبل أن تصبح بعد تعديلها مسطرة صلح.

وفي هذا الإطار يذهب رأي فقهي إلى أن مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات بغض النظر عن أن مصدره يرجع للقواعد الأمريكية أو الاتحادية فهو مفهوم واحد، يرتكز على حث المقاولة على إثبات حسن نيتها أثناء المسطرة من أجل تسهيل قيام الهيئة بالتحقيق الذي يلي تبليغ المؤاخذات، فمختلف هيئات المنافسة تعاني من نفس المشكل المرتبط بنقص الإمكانيات التي تتيح تحمل طول المسطرة، لذا تلجأ لميكانزيم عدم المنازعة في المؤاخذات للتخفيف من ثقل وطول مدة المسطرة.[124]

ويذهب رأي ثان إلى أن مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات يرمز إلى ميكانيزم لتشجيع تعاون المقاولة المعنية بالمسطرة الإدارية من أجل ضمان معالجة أكبر عدد ممكن من القضايا وفق نفس الموارد المتاحة، وبما يضمن تعزيز المصلحة العامة المرتبطة بفرض جزاءات فعالة في آجال معقولة وضمان تقوية الجانب الردعي.[125]

ما يمكن ملاحظته على هذان الرآيين انهما حاولا تحديد المقصود بمفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات المبلغة من خلالا التركيز على الأهداف والمصالح التي ترتبط بهذا المفهوم، وتجب الإشارة إلى نقطة هامة وهي أن كلا الرأيين اعتمدا على أن المفهوم يرمز إلى تعاون المقاولة أثناء سير المسطرة، مع التأكيد على أن هذا التعاون يشمل فقط عدم المنازعة في المؤاخذات المبلغة وليس مطالبة المقاولة بشكل آخر من التعاون، إلا إذا اختارت تقديم تعهدات للحصول على

[124] Jean-Christophe RODA, La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit, p.10.

[125] Maxime HAUVILLER, Guillaume PERRET, La procédure de transaction en droit de la concurrence : Bilan de la pratique décisionnelle de la Commission européenne, septembre 2015, Revue Concurrences N° 3-2015, p.236.

تخفيض إضافي، وبالتالي فهذا المفهوم مختلف تماما عن مفهوم الإعفاء سواء الكلي أو الجزئي، الذي يمكن القول أنه مفهوم أكثر تطلبا يتوجب فيه ليس فقط عدم المنازعة بل تقديم إثباتات ذات قيمة مضافة والتعاون مع هيئة المنافسة بشأن مختلف مراحل المسطرة.

خلاصة القول إن مفهوم مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات المبلغة في قانون المنافسة المغربي يحيل على تلك المسطرة التي تسمح لمجلس المنافسة في بعض الحالات التي تكون فيها مصلحة من ذلك، بناء على اقتراح المقرر العام قبول تنازل المقاولات المعنية عن المنازعة في هذه المؤاخذات المبلغة لها مقابل الاستفادة من تخفيض من الغرامة المالية التي كانت ستواجهها لو أنها اختارت سلوك المسطرة النزاعية.

الفصل الثاني: تطبيق المساطر التفاوضية في قانون المنافسة

خلصنا في الفصل السابق إلى كون تبني مفهوم المساطر التفاوضية في ق.ح.أ.م. رقم 104.12 جاء نتيجة لاستفادة المشرع المغربي من تطور وبلورة هذه المفاهيم في ظل قوانين المنافسة المقارنة، هذا التطور في المفاهيم واكبه تطور في أجرأة مساطر تطبيق هذه المساطر، وذلك من خلال ادخال تعديلات على المواد المؤطرة لهذه المساطر كلما دعت الضرورة إلى ذلك، كما عملت الهيئات المكلفة بتطبيق هذه المساطر إلى الاعتماد على آلية الاستشارة القبلية للفاعلين المعنيين بهذا التطبيق من أجل إبداء ملاحظاتهم بشأن الخطوط التوجيهية التي قد تتبناها هذه الهيئات لتكريس التطبيقات العملية للمساطر التفاوضية.

وبالرجوع إلى الوضع في التشريع المغربي نجد أن المشرع أثناء تنظيمه لإجراءات سير المساطر التفاوضية سواء في ق.ح.أ.م. رقم 104.12 أو في المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 لهذا القانون، تبنى نفس الإجراءات المعمول بها في القانون المقارن وبالأخص تلك المنصوص عليها في م.ت.ف. مع وجود اختلاف جد طفيف فيما يخص مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات. وبقراءة النصوص القانونية التي تتعلق بتطبيق كل مسطرة من المساطر التفاوضية، نجد أن هذه النصوص سواء في تشريعنا المغربي أو في التشريع الفرنسي جد مقتضبة ولا تتطرق بشيء من التفصيل والتدقيق إلى كافة الإجراءات التي قد تطبق بشأن المساطر التفاوضية.

ولعل الحكمة من هذا التوجه هو ترك المجال لهيئات المنافسة التي تعمل على تطبيق هذه المساطر لتحديد الجزئيات المتعلقة بذلك التطبيق، وذلك بما يتماشى والتطور الدائم لهذا النوع من المساطر التي تتبع تطور المحيط الذي تطبق فيه، وذلك ما يفرض عدم تقييد تطبيقها من قبل المشرع عن طريق النص على اجراءات مفصلة منذ البداية، بشكل قد يجعل تطبيق هذه المساطر متجاوزا فيما بعد، ولا يسمح بالمرونة المتطلبة التي تمكن هيئات المنافسة والفاعلين الاقتصاديين من تطوير تطبيقات أكثر فعالية لهذا المساطر.

وأخذا بعين الاعتبار النصوص القانونية المنظمة للمساطر التفاوضية في كل من ق.ح.أ.م. والقانون المقارن متمثلا في م.ت.ف. والقواعد الاتحادية المطبقة من قبل المفوضية الأوروبية، بالإضافة إلى الخطوط التوجيهية التي توضح فيها هيئات المنافسة كيفية تطبيقها لتلك المساطر، يتضح أن هم كل من المشرع وهيئة المنافسة أثناء رسم معالم تطبيق المساطر التفاوضية ينكب في البدء على تحديد النطاق الموضوعي لتطبيق هذه المساطر والنطاق الزمني الذي يمكن داخله اللجوء لتطبيقها(الفرع الأول)،لأنه لا فائدة من تنظيم أكثر من مسطرة تفاوضية إذا كانت ستطبق كلها في نفس الحيز الموضوعي والزمني، وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار بعض الاستثناءات التي تبرر تطبيق أكثر من مسطرة بالنسبة لموضوع واحد لكن وفق أزمنة متفاوتة، وانطلاقا من هذا التحديد لموضوع وزمن المسطرة- بمعنى وقت اللجوء إليها- يمكن الوقوف على المراحل التي يتم من خلالها تطبيق كل مسطرة من المساطر على حدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد موضوع وزمن تطبيق المساطر التفاوضية

إن الهدف من تعداد المساطر التفاوضية هو منح المرونة الكافية لهيئات المنافسة لاختيار المسطرة المناسبة التي تمكنها من حل الملفات المحالة عليها بشأن خرق قاعدة من قواعد المنافسة، وذلك بالنظر من زاوية أولى لموضوع هذه الخرق هل يتعلق بممارسة خطرة أو قليلة الخطورة وحجم آثارها على المنافسة، وتبعا لذلك يتم اختيار المسطرة التفاوضية المناسبة لمعالجة هذا الموضوع (المبحث الأول)، كما أن هذه المساطر تسمح لهيئات المنافسة من النظر من زاوية ثانية إلى المرحلة التي وصل إليها هذا الخرق، هل تم اكتشاف وقوعه، أم أنها بصدد التأكد من الشكوك المرتبطة به، أم أنها تجاوزت هذه المرحلة إلى مرحلة التحقيق بشأن إمكانية المعاقبة على هذا الخرق (المبحث الثاني).

المبحث الأول: موضوع تطبيق المساطر التفاوضية

من خلال اطلاعنا على النصوص المنظمة للمساطر التفاوضية نلاحظ أن موضوع تطبيق مسطرة التعهدات يتعلق أساسا بالشكوك التنافسية التي تثيرها نشاطات الفاعلين في السوق، وبالتالي فإن نطاق تطبيق هذه المسطرة متسع من ناحية شموله الممارسات التي تهم مشاريع التركيز وتلك المرتبطة بالممارسات المنافية (المطلب الأول)، لكن هذا النطاق قد يصبح أقل اتساعا بالنظر إلى موضوع تطبيق باقي المساطر وهذا ما نلمسه بالنسبة لمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات الذي يشمل موضوع تطبيقها مبدئيا كل ما يدخل تحت مظلة الفرع المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة(المطلب الثاني) وهذا النطاق يصبح أكثر تحديدا ودقة فيما يتعلق بمسطرة الإعفاء التي تطبق بشأن الاتفاقات المنافية للمنافسة الخطيرة التي تتخذ شكل تحالفات (المطلب الثالث).

ونشير إلى أن تحديد نطاق موضوع تطبيق المساطر التفاوضية وفق المنهجية السابقة سنحاول من خلاله التطرق كذلك إلى الحالات التي يمكن فيها تطبيق أكثر من مسطرة بالنسبة لنفس الممارسة.

المطلب الأول: النطاق الموضوعي لتطبيق مسطرة التعهدات

يتضح من خلال مقتضيات المادة 36 من ق.ح.أ.م وخاصة الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن نطاق تطبيق مسطرة التعهدات تم تحديده بشكل جد متسع من خلال الإحالة على كون كل الممارسات المنافية التي تنظمها المواد 6 و7 و 8 من القانون 104.12 يمكن أن تطبق بشأنها مسطرة التعهدات بدون استثناء. وفي ظل غياب تطبيقات عملية للمادة 36 تسمح بوضع تحديد دقيق لنطاق تطبيق مسطرة التعهدات فإنه يكون من المنطقي والمشروع الاستعانة بالتطبيقات العملية والآراء الفقهية المرتبطة بالممارسات موضوع تطبيق مسطرة التعهدات في كل

من م.ت.ف. وقواعد المفوضية الأوروبية، وذلك من أجل تحديد قدر الإمكان وبشكل دقيق حدود الإحالة المنصوص عليها في ظل المادة 36 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12.

وبالاطلاع على الخطوط التوجيهية التي قامت كل من المفوضية الأوروبية وهيئة المنافسة الفرنسية بتبنيها بشأن كيفية تطبيقها لمسطرة التعهدات، نجدها تؤكد على أنه كمبدأ عام لا يتم اللجوء إلى تطبيق هذه المسطرة كلما تعلق الأمر بقضايا تعتزم فيها تلك الهيئات تقرير عقوبات نتيجة للمساس بالنظام العام الاقتصادي.[126]

تبني هيأت المنافسة لهذا التوجه في بداية تطبيق مسطرة التعهدات كان الغرض منه هو وضع تصور أولي للحالات التي لا يجوز فيها تطبيق مسطرة التعهدات، والتأكيد على أن هذه المسطرة لن تقوم مقام آلية الجزاء التي لابد وأن تبقى حاضرة في أذهان الفاعلين الاقتصاديين كلما فكروا في مخالفة قواعد المنافسة، هذا التصور الأولي سرعان ما تم التخفيف من حدته بعد توالي قرارات تطبيق مسطرة التعهدات الصادرة عن هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية، وهذا ما سنأخذه بعين الاعتبار من خلال التدقيق في الممارسات الممكن أن تكون موضوع تطبيق مسطرة التعهدات (الفقرة الأولى) والممارسات التي تستبعد من هذا التطبيق (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الممارسات التي تدخل في نطاق تطبيق مسطرة التعهدات

تطبيقات هيئات المنافسة أدت إلى توضيح نوعية الممارسات التي يسمح بتسوية القضايا المرتبطة بها عن طريق التعهدات حيث يتعلق الأمر في الغالب بممارسات عمودية أو أحادية.

---

[126] Voir le point 13 de la communication du 3 avril 2009 qui dispose que : « Le Conseil n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires ».

Aussi le point (13) du règlement n 1/2003 du 16 décembre 2002 qui dispose que : « Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées ... De telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende ».

والمقصود بالممارسات العمودية تلك الاتفاقات بين المقاولات التي لا توجد في نفس مستوى سلسلة الإنتاج، وتتجسد غالبا في شروط عقدية تفرض من قبل المنتجين بشكل يحد من هامش حرية تصرف الموزعين، وقد لا تطرح هذه الممارسات في الغالب مشكلا من ناحية المنافسة وقد تكون في بعض الأحيان مفيدة للمستهلك[127]، أما الممارسات الأحادية فهي في الأغلب تكون ناتجة أو مرتبطة باستغلال تعسفي لأوضاع هيمنة اقتصادية.

ففيما يتعلق بالتشريع الفرنسي يتضح أن هيئة المنافسة الفرنسية منذ صدور بلاغها بشأن تطبيق مسطرة التعهدات، اتخذت قرارات قبول تعهدات جلها مرتبط بممارسات عمودية ذات طبيعة تحد من المنافسة أو من الولوج إلى السوق[128]، كما تأكد في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة التعهدات على أن تطبيق مسطرة التعهدات يكون ملائما بشكل خاص في الحالات المتعلقة بضمان التوفيق بين قانون المنافسة وقانون الملكية الفكرية، ومثال ذلك حالة رفض منح ترخيص لاستغلال برامج معينة كبرامج تشخيص أعطاب السيارات، وكذلك من أجل ضمان كفاية المنافسة في سوق في طور التحرير عند وجود شروط حصرية أو تعريفة مقصية " ciseaux tarifaire" من شأنها إقفال السوق الذي من المفترض أن يفتح للمنافسة، كذلك حالة تسهيل الولوج إلى التطور التكنولوجي من أجل تجنب الشروط التعاقدية التي يضعها مورد يمنع موزعيه من البيع على الأنترنيت.[129]

أما بالنسبة للتشريع الأوروبي فنطاق التعهدات في المادة 101 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي هو كذلك قاصر على الممارسات العمودية، لأنه لوحظ في العديد من القضايا المتعلقة بالاتفاقات العمودية المتعلقة بشروط توريد منتج أو تقديم خدمة معينة، أن المفوضية لا تتردد في

[127]Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.91.

[128] Ibid., p.93.

[129] A.C.F, Communiquée De Procédure de 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, p.3, En Ligne :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=259 (consultée le : 25 janvier 2019)

قبول التعهدات عوض معاينة وجود مخالفة [130]، كما هو الحال في قضية شركة "ريبسول" المتعلقة بالعقود الحصرية للتزود بالوقود التي أبرمتها هذه الشركة مع محطات الوقود، إذ قامت المفوضية بقبول تعهدات الشركة بشأن هذه الممارسة، تمثلت في تعديل هذه العقود من خلال منح الإمكانية لهذه المحطات لفسخ هذه العقود مقابل تعويضات، الشيء الذي سمح بتحررهم منها وفتح المجال للمنافسة في مجال سوق التزود بالوقود.[131]

فمن الواضح أنه فيما يتعلق بالممارسات العمودية هناك توافق بين توجه هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية بشأن دخول هذا النوع من الممارسات في نطاق تطبيق مسطرة التعهدات، لكن يبقى أن نشير إلى أن بعض الآراء الفقهية تؤكد على نسبية هذا التوجه، إذ يذهب أحدها[132] إلى القول بأنه فيما يتعلق بالممارسات العمودية التي يلجأ لها الفاعلون الاقتصاديون الذين ينشطون في مراحل مختلفة من سلسة الإنتاج والتوزيع، الذين يتوافقون بطريقة يومية حول الأسعار أثناء معاملاتهم الشيء الذي قد يؤدي إلى الحد من حرية حركة نشاطاتهم الاعتيادية، هنا يتوجب التمييز بين ما يمكن قبول تطبيق التعهدات بشأنه وبين ما لا يقبل هذا التطبيق، وذلك يتم بالرجوع إلى تطبيقات قرارات هيئة المنافسة والقضاء.

وبالنسبة لشمول نطاق تطبيق مسطرة التعهدات للتصرفات الأحادية وأساسا أوضاع الهيمنة الاقتصادية، فمن الواضح بأن هذا المجال هو الذي يتم اللجوء فيه إلى إعمال مسطرة التعهدات بكثرة[133]، فهذه المسطرة تشكل بالنسبة للفاعلين الاقتصاديين الذين هم في وضعية هيمنة اقتصادية، آلية بديلة لتجنب سقوط هذه الممارسة في دائرة المنع، فكل من المادة 7 من

---

[130] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit,. p.93.

[131] قرار المفوضية الأوروبية بتاريخ 12 أبريل 2002 في القضية رقم COMP/b-1/38-348 ، قرار منشور بموقع المفوضية الأوروبية:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32006D0446 (اطلع عليه بتاريخ 12 يناير2019)

[132] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.93.

[133] Patrice BOUGETTE, Frédéric MARTY, Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission européenne. Concurrences - revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, 2012, n° 3, p.34.

ق.ح.أ.م. والمادة 102 من اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي و المادة L420-2 من م.ت.ف. التي تمنع الاستغلال التعسفي لوضع هيمنة اقتصادية لا تعطي تعريفا ولا تحديدا حصريا للممارسات التي تشكل استغلالا تعسفيا، وبالتالي كل الممارسات التي تصدر عن المقاولة التي في تكون في وضع هيمنة يمكن أن تعتبر استغلالا تعسفيا لذلك الوضع، وذلك كلما كان بالإمكان إثبات أثرها المنافي للمنافسة داخل السوق المعني.[134]

وفي ظل الواقع العملي يصعب على المقاولات الموجودة في وضع هيمنة اقتصادية أن تدرك بأن الممارسات التي تقوم بها داخل السوق، خاصة تلك المرتبطة بعلاقاتها التجارية العمودية تدخل ضمن سقف الاستغلال التعسفي، فإذا ثبت لدى هيئة المنافسة حسن نية المقاولة، فإنه يكون من المشروع أن يسمح لها بتصحيح هذه التصرفات قبل أن توقع عليها العقوبات، فأوضاع الهيمنة الاقتصادية لا يفترض معها بشكل تلقائي وجود نية مسبقة في استغلالها بشكل تعسفي[135]، كما أن صعوبة إثبات التعسف في استغلال هذه الأوضاع يجعل تطبيق مسطرة التعهدات يشكل مخرجا أكثر سلاسة لهيئات المنافسة.

الفقرة الثانية: الممارسات المستبعدة من نطاق تطبيق مسطرة التعهدات

إذا كانت النصوص القانونية في ق.ح.أ.م. والقوانين المقارنة لم تحدد بشكل دقيق نوعية الممارسات التي لا يسمح بأن تكون موضوع تطبيق مسطرة التعهدات، فالمبدأ أن هيئة المنافسة لا يقع عليها أي التزام بوجوب قبول التعهدات المقدمة إليها من قبل المنشآت، لأن النصوص القانونية المؤطرة لمسطرة التعهدات في المادة 36 من ق.ح.أ.م وفي نظيرتها في م.ت.ف. والقواعد الإتحادية، اكتفت بالنص على إمكانية قبول سلطة المنافسة لهذه التعهدات وليس بوجوب قبولها، ومن ثم يبقى لها كامل السلطة في تقدير مدى جدوى قبول هذه التعهدات أخذا بعين الاعتبار ظروف كل قضية على حدة.

[134] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.94.

[135] Ibid., p.94.

وتبعا لذلك نجد أن هيئة المنافسة الفرنسية تأكد في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة التعهدات، أنها لا تطبق هذه المسطرة بأي حال كان ومهما كانت الظروف متى كان المساس بالنظام العام الاقتصادي يفرض النطق بعقوبة مالية، كما هو الحال عندما يكون الضرر الاقتصادي الناتج عنها جد كبير[136]، وبالتالي يستثنى بشكل مبدئي من تطبيق مسطرة التعهدات الاتفاقات المنافية للمنافسة الخطيرة كما هو الحال بالنسبة للاتفاقات التي تتخذ شكل تحالف، وكذلك بعض حالات الاستغلال التعسفي لوضع هيمنة اقتصادية التي ترتب عنها مسبقا أضرار كبيرة.

وفي نفس السياق لوحظ بأن المفوضية الأوروبية وإن كانت تتخذ مبدأ الصمت بشأن تحديد نوعية الممارسات القابلة لتكون موضوع مسطرة تعهدات، فإنها من جهة أخرى تؤكد في المادة 13 من القواعد رقم 2003/1 على أن قرارات المفوضية بناء على المادة 9 لا تكون مفيدة في الحالة التي يتحتم فيها فرض عقوبات مالية[137]، وبالتالي فهي تستبعد تطبيق مسطرة التعهدات في القضايا التي تتعلق بالممارسات المنافية الخطيرة، كما هو الحال بالنسبة للاتفاقات وكذلك بالنسبة لكافة الممارسات المنافية التي ينتج عنها أثر على السوق امتد لمدة زمنية طويلة.

انطلاقا من هذه المؤشرات يظهر أنه من المستبعد أن تدخل في نطاق تطبيق مسطرة التعهدات القضايا التي تتعلق بالممارسات الخطيرة كما هو الحال بالنسبة للاتفاقات الأفقية التي تتخذ شكل تحالف (أولا) وكذلك بالنسبة لأوضاع الهيمنة الاقتصادية التي نتج عنها أثر في السوق ممتدة في الزمن (ثانيا).

---

[136] A.C.F., communication du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., point 11 dispose que : « Si le code de commerce ne précis pas la typologie des comportements susceptible de faire L'objet d'engagement, l'autorité de concurrence n'applique pas la procédure d'engagement dans le cas ou en tout état de cause l'atteinte a l'ordre public économique impose le prononcé de sanction pécuniaires, notamment lorsque le dommage a l'économie générer ».

[137] Patricia Kipiani Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.85; 86.

أولا– بالنسبة للتحالفات

التحالف يحيل في قانون المنافسة على ذلك اللفظ الذي يرمز في بعض الأحيان إلى اتفاق أفقي وإلى كل توافق لإرادتين صريح أو ضمني، وكل ممارسة تنسيقية بين المقاولات يكون الهدف منها القيام بعمل مشترك في السوق يتضمن تحديدا للأسعار أو توزيعا للحصص داخل السوق أو تحكما في انتاج أو توزيع سلعة معينة أو الاستثمار في هذه السوق.[138]

ويعرف الاقتصاديون التحالف (الكارتل) بكونه تجمع أو اتفاق أفقي بين مقاولات من نفس الطبيعة يعملون بشكل مشترك على وضع وتنفيذ استراتيجية تهدف إلى المراقبة والتحكم في الأسواق أو في جزء منها، وخاصة من خلال وضع نظام أثمنة غير تنافسية، كل ذلك مع بقاء هذه المقاولات مستقلة عن بعضها البعض، ومن خلال الحد من المنافسة يؤدي التحالف إلى احتكار بحكم الواقع، مما يتسبب في ارتفاع أسعار المنتجات في السوق. لكن رغم كل ما سبق يمكن القول بأن التحالف لا يعدو أن يكون أساسه توافق إرادي بين فاعلين اقتصاديين ينشطون في نفس السوق.[139]

فالإقصاء الصريح للتحالفات من نطاق مسطرة التعهدات أمر متفق عليه في جميع تشريعات المنافسة، فالمفوضية الأوروبية في مذكرتها المتعلقة بتبسيط تطبيق المواد 101 و 102 من معاهدة تأسيس الاتحاد الأوروبي تنص في المادة 16 المتعلقة بنطاق تطبيق التعهدات على أنه لا يتم اعمال مسطرة التعهدات المنصوص عليها في المادة 9 بشأن الاتفاقات السرية التي تطبق بشأنها مسطرة الإعفاء من الغرامات أو تخفيضها، وبالتالي في القواعد الاتحادية الاتفاقات السرية

---

[138] Tercinet ANNE : "On entend par cartel nom parfois donnée à une entente horizontale tout accord de volonté explicite au tacite, toute pratique entre entreprise en vue d'exercer une action commune sur le marché fixer des prix réparation des marchés contrôler le production le débouché ou les investissements », La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain, op.cit., p.208.

[139] Tercinet ANNE , La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain, op.cit., p.14.

التي يتوجب فيها النطق بعقوبة مالية لا يمكن أن تطبق بشأنها مسطرة التعهدات. أما على مستوى التشريع الفرنسي فهيئة المنافسة الفرنسية تؤكد هي كذلك في مذكرتها بشأن مسطرة التعهدات على نفس التوجه.[140]

لكن بعض الهيئات الأخرى ومنها المكتب البريطاني للتجارة العادلة "O.F.T" يشير إلى أن استبعاد مثل هذه الممارسات من نطاق تطبيق مسطرة التعهدات يبقى قابلا للنقاش، وهذا عكس ما عليه الأمر بالنسبة للمفوضية الأوروبية وهيئة المنافسة الفرنسية، فالهيئة البريطانية وإن كانت تؤكد على عدم قبول التعهدات بالنسبة للتحالفات، لكنها رغم ذلك لا تستبعد كليا اللجوء إلى هذه الامكانية بشكل استثنائي وجد محدود، وذلك ما يظهر من خلال المادة 44 من خطوطها التوجيهية بشأن التعهدات.[141]

وبالتالي يمكن القول بأن الاستبعاد المطلق أو النسبي للقضايا المتعلقة بالتحالفات فيما يتعلق بتطبيق مسطرة التعهدات يخضع لتوجهات هيئات المنافسة بشأن كيفية تفعيل سياسة المنافسة، وللسلطة التقديرية الواسعة التي تخولها المقتضيات التشريعية المؤطرة لعمل هذه الهيئات من أجل تدارك النواقص التي قد تشوبها.

ثانيا–بالنسبة لقضايا الاستغلال التعسفي لأوضاع الهيمنة الخطيرة

سبق أن أشرنا إلى أن تطبيق مسطرة التعهدات فيما يخص أوضاع الهيمنة الاقتصادية هو المجال الأكثر تطبيقا لقرارات التعهدات، هذا اللجوء المتزايد لمسطرة التعهدات بالنسبة للأوضاع الهيمنة الاقتصادية وجهت له بعض الانتقادات الفقهية خاصة فيما يتعلق بتطبيقات المفوضية الأوروبية. فنجد رأي فقهي يذهب إلا أنه لا يجب أن تكون قرارات التعهدات بالنسبة لقضايا

[140] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.87.

[141] « The OFT Will not accepte ather then in ver exptionel circumstances acceptin comitments in cases involving secret cartels betwin cmopitiors » Cité par Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.87.

الهيمنة الاقتصادية البديل الوحيد لقرار وجود المخالفة والنطق بالعقوبة المالية، فمحكمة العدل الأوروبية أقرت بأن هذه القرارات تتجاوز في بعض الأحيان سقف ما يمكن تقريره من تدابير في إطار قرارات المسطرة العادية الصادرة وفقا للمادة 7 من القواعد رقم 2003/1، بمعنى آخر مسطرة التعهدات لا يجب أن تكون هي المخرج الوحيد للصعوبات التي يثيرها تطبيق مواد بعينها كما هو حال المادة 102من معاهدة عمل الاتحاد، فالتطبيق الآلي لهذه المسطرة من أجل تجنب الخوض في المسائل الموضوعية المعقدة ليس حلا بل يجب وضع شروط ترسم حدود دقيقة لتطبيق هذه المسطرة ضمانا للأمن القانوني للمقاولات.[142]

انطلاقا من هذه الانتقادات طرحت مسألة استثناء الممارسات المتعلقة بأوضاع الهيمنة الخطيرة من مجال تطبيق مسطرة التعهدات، وقد شكلت نقطة اختلاف بين توجهات كل من هيئة المنافسة الفرنسية ونظيرتها الأوروبية، وذلك لتبني هيئة المنافسة الفرنسية مبدأ عدم قبول تطبيق آلية التعهدات بشأن الممارسات الخطيرة التي قد تؤدي إلى المساس بالنظام العام الاقتصادي ومنها تلك المتعلقة بالاستغلال التعسفي لأوضاع هيمنة اقتصادية.[143]

إذ تؤكد هيئة المنافسة الفرنسية بشكل صريح على استثناء تطبيق التعهدات في قضايا الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن الخطيرة ذات الآثار السلبية على النظام العام الاقتصادي[144]، ففي بلاغها بشأن تطبيق مسطرة التعهدات تشير في النقطة 11 إلى أنه" لا

---

[142] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.103;104.

[143] النظام العام كما هو معلوم دائما ما تكون وظيفته هر تقييد الإرادة الخاصة والحد من حريتها، ويثار بشكل خاص من أجل وضع حدود للحرية التعاقدية في مجال القواعد التي تهم السوق، لذلك تكون الإمكانية متاحة لهيئة المنافسة لإثارة النظام العام الاقتصادي للحد من نطاق تطبيق مسطرة التعهدات وتقييد حرية المقاولات المعنية بالمساطر التنافسية باللجوء لاقتراح تعهدات.

-Thomas PEZLEXTENSO, L'ordre public économique, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, 2015/4, n° 49, pp. 43-57, En Ligne :

https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel-2015-4-page-43.htm (consultée le : 8 janvier 2019)

[144] تؤكد هيئة المنافسة الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 15 يونيو 2012 رقم 12-D-17 على أنه بوجود مؤشرات يستفاد منها أن اللجوء إلى التعهدات مستبعد بالنسبة للتحالفات، كما أنها تكون دون جدوى في حالة الاتفاقات الأفقية والعمودية وباقي الممارسات الأحادية التي تقوم شكوك قوية بشأن خطورة آثارها على المنافسة أو قد مست مسبقا بشكل ملموس بالمنافسة والاقتصاد، لكن من جهة أخرى قد يتم الأخذ بعين

تطبق مسطرة التعهدات في جميع الحالات وبغض النظر... عندما يكون هناك مساس بالنظام العام الاقتصادي ومنها حالة أوضاع الهيمنة الاقتصادية التي نتج عنها مسبقا ضرر مهم للاقتصاد"[145]. وبالتالي إذا ثبت هذا الضرر ولم يعد مجرد احتمال فلا يمكن للمقاولة الموجودة في وضع استغلال تعسفي لهيمنة اقتصادية تفادي الجزاءات عن طريق اقتراح تعهدات.

هذا الاتجاه نفسه تبنته هيئة المنافسة البريطانية "O.F.T" التي تستثني مسطرة التعهدات بالنسبة لحالات الاستغلال التعسفي الخطيرة، كما هو الحال عندما تؤدي هذه الأوضاع إلى ممارسة أسعار مفترسة "prix prédateur"[146]، والتي تشير في الفقرة 4.4 من الوثيقة رقم 407 الصادرة في دجنبر 2014 المتعلقة بالخطوط التوجيهية حول الحالات التي يكون فيها من المناسب القبول بتعهدات إلى أنه :" لا يقبل إلا في حالات استثنائية تقديم تعهدات بشأن قضايا ترتبط بتحالفات سرية، وكذلك بحالة استغلال تعسفي خطير لوضع هيمنة اقتصادية".

لكن رغم أن الهيئة البريطانية قد أكدت صراحة إلى استبعاد كل من قضايا التحالفات السرية والاستغلال التعسفي الخطير من نطاق تطبيق التعهدات، إلا أنها مع ذلك تقبل هذا

الاعتبار طبيعة الوقائع و خصوصياتها وتبعاتها الآنية والمستقبلية على المنافسة في حالة كان هدف الهيئة الوصول إلى حل كافي للحفاظ أو للاسترجاع الإرادي المنافسة. قرار منشور بالموقع:

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-de-lapprovisionnement-en-betteraves (اطلع عليه بتاريخ: 11 يناير 2019)

[145] A.C.F, Communication du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., le point 11 dispose que « Le Conseil n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment a priori les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important. »

[146] O.F.T, commitments Guide Ligne, point 4.4 : « the oft will not accept, other than in very exceptional circumstances, binding commitments in cases involving secret cartels between ...nor will the oft accept binding commitments in cases involving serious abuse of a dominant position. it is the OFT's assessment of the seriousness of an abuse and its effect on competition which will be taken into account in determining whether commitments are appropriate in a particular case...", En Ligne:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284436/oft407.pdf (consultée le : 26 janvier 2019)

التطبيق في بعض الحالات الاستثنائية، إذ تشير إلى أن قرار القبول بتعهدات في حالة الاستغلال التعسفي لأوضاع الهيمنة يتم فيه الأخذ بعين الاعتبار خطورة هذا الاستغلال وآثاره على المنافسة، ويتم ذلك عن طريق مراعاة عدد من المؤشرات منها طبيعة المنتج، هيكلة السوق، شروط الولوج إلى السوق، الضرر المتسبب للمستهلكين، وذلك تبعا لكل قضية على حدة، وتضيف الهيئة أنه كقاعدة عامة يعتبر قيام المقاولة بممارسة أسعار مفترسة[147]، مؤشرا على وجود استغلال تعسفي خطير لوضع هيمنة اقتصادية[148].

أما المفوضية الأوروبية فهي تتعامل بمرونة فيما يتعلق بتحديد حالات الهيمنة الاقتصادية المستثناة من تطبيق مسطرة التعهدات، فبالرغم من أن المفوضية لا تشير إلى إمكانية استعمال مسطرة التعهدات في حالات التعسف في وضع هيمنة خطيرة، فمن المستبعد أن تقبل تعهدات بشأن مثل هذه القضايا خاصة منها الشديدة الخطورة كما هو معمول به بالنسبة للهيئة المنافسة الفرنسية ، لكن في قضية شركة "جوجل" طرح التساؤل عن إمكانية وجود استثناء لهذا المنع، أخذا بعين الاعتبار أن قواعد المفوضية لا تستبعد وجود هذه الامكانية، الشيء الذي يفتح الباب أمام تطبيق السلطة التقديرية للمفوضية بشأن إعمال مسطرة التعهدات في مثل هذه القضايا.

ففي هذه القضية الأخيرة طرح الإشكال المتعلق بإمكانية تطبيق مسطرة التعهدات بشأن ممارسة تهدف إلى إقصاء منافسين من قبل شركة في وضع هيمنة، إذ ثبت فيها للمفوضية أن

---

[147] هذه الممارسة يتم اللجوء إليها من قبل المنشآت في وضع هيمنة اقتصادية في سوق معين من أجل إقصاء منافسيها في هذه السوق، من خلال وضع أسعار منخفضة بشكل كبير لا تراعي تكلفة الإنتاج، ومن جهة أخرى تسمح هذه الممارسة بإقصاء المنشآت الراغبة في دخول السوق، المشرع المغربي تطرق لها بشكل خاص في المادة 8 من القانون رقم 104.12، وهذا عكس ما عليه الأمر في التشريعات المقارنة التي تعتبر هذه الممارسة لا تعدو أن تكون تطبيق من تطبيقات الاستغلال التعسفي لأوضاع هيمنة الاقتصادية.

[148] O.F.T, Commitments Guide Ligne, préc., point 4.4: « when making its assessment, the oft will consider a number of factors, including the nature of the product, the structure of the market, the market share(s) of the undertaking(s) involved, entry conditions and the effect on competitors and third parties (the term product would be interpreted to include goods, services and property rights). the damage caused to consumers whether directly or indirectly will also be an important consideration. this assessment will be made on a case-by-case basis, taking account of all the circumstances of the case. however, as a general rule, the oft will regard predatory pricing as a serious abuse. »

شركة "جوجل" في وضع هيمنة اقتصادية في سوق محركات البحث على الأنترنت والوساطة الإشهارية للأنترنت، أدت إلى منع باقي المنافسين من الولوج لهذه الأسواق عن طريق آلية العقود الحصرية.[149]

كذلك يلاحظ بأن استثناء الممارسات المتعلقة بالاستغلال التعسفي لوضع هيمنة اقتصادية الشديدة الخطورة لا يحظى بإجماع الفقه، فأحد الفقهاء يذهب إلى أنه لا يجب الإقصاء المسبق لهذا النوع من الممارسات من نطاق تطبيق مسطرة التعهدات وذلك بغض النظر عن خطورتها، فقد يكون من المفيد فيما يتعلق بهذه الحالات اللجوء إلى تعهدات هيكلية أو سلوكية عوض فرض عقوبة مالية جد مرتفعة يبقى وقعها محل شك، ففي بعض الحالات يكون لوقع تغير سلوك المقاولة أثر مباشر على المنافسة في السوق يفوق وقعه الأثر غير المباشر للجزاءات المالية.[150]

ويذهب رأي فقهي آخر إلى القول بأن الحد من نطاق تطبيق مسطرة التعهدات فيما يتعلق بأوضاع الهيمنة الاقتصادية، هو توجه مبرر من ناحية وجوب تعايش هذه المسطرة مع المساطر الأخرى – عدم المنازعة، مسطرة الاعفاء– الشيء الذي يوجب على الهيئة الأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل مسطرة بالنظر إلى قضايا التعسف، ومن ناحية أخرى لا يجب إهمال الطابع الردعي للجزاءات المالية خاصة في حالة وقوع التعسف، فما قيمة هذه التعهدات إذا كانت هذه الممارسات قد أدت بالفعل إلى إقصاء منافسين من السوق، لهذا اختيار اللجوء لهذه الآلية يجب أن يكون بشكل حذر تبعا لنوع الممارسة المعنية وضمانا لفعالية اللجوء لإعمالها.[151]

---

[149] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.89.

[150] « I am not wholly convinced that any category of abusive condact is incapable of being remaidied bay an article 9 decision » I.S. FORRESTER ? Q.C ? « creating new rules or closing easy cases, policy consequences for public settelment undre articl 9 od reglation 1/2003 », European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law, Hart publishing, 2010, p.637, In Patricia KIPIANI, Les engagements on matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.90.

[151] Patricia KIPIANI, Les engagements on matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.91.

نشير في الأخير إلى أنه قد يحدث في بعض القضايا أن يطلب تطبيق مسطرة التعهدات بالنسبة للقضايا التي تهم في نفس الوقت شكوك بشأن اتفاقات منافية واستغلال تعسفي لوضع هيمنة، فالنصوص القانونية سواء المادة 36 من ق.ح.أ.م. أو القواعد الاتحادية أو نصوص مدونة التجارة الفرنسية تترك المجال واسع للهيئة المنافسة[152] للجوء لمسطرة التعهدات بالنسبة لهذا النوع من القضايا. وبالفعل نجد أنه تم تطبيق هذه الفرضية من قبل المفوضية الأوروبية في قضية "دي بيرز"، التي قبلت فيها المفوضية تطبيق مسطرة التعهدات فيما يتعلق بشكوك حول المنافسة بشأن ممارسات تدخل في آن واحد ضمن الممارسات المنصوص عليها في معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي في كل من المادة 102 المتعلقة بالاتفاقات والمادة 101 المرتبطة بأوضاع الهيمنة الاقتصادية.

نفس الشيء بالنسبة لهيئة المنافسة الفرنسية ففي عدد من القضايا قبلت تطبيق مسطرة التعهدات رغم أنه كانت لها الإمكانية لمعاقبة الفاعلين الاقتصاديين في نفس الوقت بالنسبة للاتفاقات المنافية للمنافسة وبالنسبة لأوضاع الهيمنة الاقتصادية، ويبرر اتجاه الهيئة لتطبيق مسطرة التعهدات في هذه الحالة بكون أن ذلك يتيح لها قبول التعهدات المقدمة من المقاولة التي يكون لها نطاق أوسع وأثر أقوى، لأنه يفترض في المقاولة أن تقترح أكبر عدد ممكن من التعهدات للإجابة عن ما يماثلها من الشكوك المتنوعة حول المنافسة.[153]

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لتطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

بالرجوع للمقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. التي ينص فيها المشرع على أنه: " إذا لم تعارض إحدى الهيئات أو المنشآت صحة المؤاخذات المبلغة إليها، جاز للمقرر العام أن يقترح

[152] L'article 9 du règlement n° 1/2003 dispose que : « Lorsque la commission envisage d'adopter une décision exigent la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à rependre aux préoccupations dont la commission les informés dans son évaluation préliminaire ... »

[153] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.105.

على مجلس المنافسة، الذي يستمع إلى الأطراف ومندوب الحكومة دون إعداد تقرير مسبق، الحكم بالعقوبة المالية المنصوص عليها في المادة 39 من هذا القانون مع الأخذ بعين الاعتبار غياب أي اعتراض، وفي هذه الحالة، يقلص المبلغ الأقصى للعقوبة المحكوم بها إلى النصف". يتضح أن المشرع المغربي لم يربط تطبيق هذه المادة بموضوع معين، بل ربطها فقط بوجوب عدم معارضة المنشأة لصحة المؤاخذات المبلغة إليها.

وبالتالي يمكن القول أن من مميزات مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات في إطار المادة 37 السابقة الذكر على غرار مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة L464-2 من م.ت.ف، هو أن نطاق تطبيق هذه المسطرة جد متسع ويشمل مبدئيا كافة الممارسات المنافية للمنافسة (الفقرة الأولى) أي كل من الاتفاقات بنوعيها الأفقية والعمودية والاستغلال التعسفي لأوضاع الهيمنة. إلا أن تطبيقات هيئات المنافسة في التشريع المقارن وخاصة تطبيقات المادة L464-2 من م.ت.ف. تفيد أن هناك استثناء لهذا المبدأ (الفقرة الثانية) إذ لا يتم قبول تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات في حالة الاتفاقات التي تتخذ شكل تحالف إلا في الحالة التي تكون فيها القضايا المتعلقة بهذه الممارسة محل تطبيق سابق لمسطرة الإعفاء.

الفقرة الأولى: موضوع تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات: المبدأ

من الواضح أن مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. والفقرة الثالثة من المادة L464-2 من م.ت.ف. تتيح إمكانية إعمال مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات دون أن تشير إلى الممارسات التي قد تشكل موضوعا لتطبيق هذه المسطرة، وهذا ما يترك المجال أمام مجلس المنافسة لتطبيقها بالنسبة لمختلف الممارسات المنافية للمنافسة، وذلك في انتظار صدور تطبيقات عن مجلس المنافسة قد تساهم لا محال في تحديد معالم موضوع تطبيقها، وذلك على غرار ما كان عليه الأمر بالنسبة لهيئة المنافسة الفرنسية التي استفادت من تراكم القرارات الناتجة عن تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات لتتبنى فيما بعد خطوط توجيهية خاصة بتطبيقها.

وهكذا فإن هيئة المنافسة الفرنسية تؤكد في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات أنه يمكن تطبيق هذه المسطرة في إطار جميع القضايا التي تدخل تحت مظلة الباب المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة، وبالتالي يمكن اللجوء إليها بخصوص كافة القضايا المتعلقة بالمخالفات المنصوص عليها في المواد L420-5، L420-2، L420-1 من م.ت.ف[154]، وتضيف الهيئة أن هذه المسطرة تطبق بشكل خاص بالنسبة للممارسات الأقل خطورة التي لا تكون ممتدة في الزمان، والتي تتوفر فيها على مؤشرات تدل على وجود سلوكيات لا تنافسية يمكن تدارك آثارها بشكل سريع، ويمكن أن تتمثل هذه الممارسات في اتفاقات أفقية أو في استغلال تعسفي لأوضاع هيمنة اقتصادية.[155]

وفي هذا السياق أكد رئيس مجلس المنافسة الفرنسي سابقا (هيئة المنافسة حاليا) أن المجلس حاول بعد تطبيق المسطرة التوجه نحو تحديد نطاقها بشكل دقيق، وذلك من خلال التساؤل عن الحالات التي يكون فيها من المجدي إعمال مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، هل هي تلك المتعلقة بالقضايا التي يكون فيها الملف محكما ويتفاوض فيها المجلس من مركز قوة ولا يكون أمام المقاولة المعنية سوى عدم المنازعة في المؤاخذات من أجل الحصول على التخفيض من العقوبة المالية. أو على العكس من ذلك تفضيل اللجوء إلى هذه المسطرة في القضايا التي يكون فيها الملف غير محكم وتحوم الشكوك حول ثبوت الممارسات أو الآثار الناتجة عنها، فيتم اللجوء للمسطرة من أجل ضمان الحصول على تأكيد للمخالفات الاحتمالية، وفي هذه الحالة يكون من المتوقع عزوف المقاولة عن الجلوس لطاولة التفاوض.[156]

---

[154] A.C.F, Communiqué de procédure de 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, p.3, En Ligne : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiques-de-presse/10-fevrier-2012-programmes-de-conformite-et-non-contestation-des-griefs (consultée le : 10 janvier 2019)

[155] Ibid,. p.11.

[156] Bruno LASSERRE, La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier, Revue Concurrences N° 2-2008, Art. N° 17870, p.3.

والملاحظ على المستوى العملي أنه غالبا ما يتم اللجوء إلى تطبيق مسطرة عدم المعارضة في المؤاخذات في القضايا المتعلقة بالاستغلال التعسفي لأوضاع الهيمنة الاقتصادية بشكل خاص، لأن تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات في هذا النوع من الممارسات جد مفيد سواء بالنسبة للمنشأة أو هيئة المنافسة، ويسمح باسترجاع الوضع الطبيعي للمنافسة داخل السوق، لأنه في ظل مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات يمكن للمقاولة أن تتعهد باتخاذ تدابير من شأنها تعديل سلوكها مستقبلا وفق ما يتماشى مع قواعد المنافسة، ففي مثل هذه القضايا يكون من الأنسب للهيأة ترك المجال لتفاوض مع المقاولة والوصول إلى اتفاق معها خاصة مع وجود إمكانية قبول التعهدات، مما يسهل الوصول إلى حلول مناسبة بشأن سلوكها في السوق بأسرع وقت وأقل تكلفة.[157]

أما فيما يتعلق بالاتفاقات المنافية بشكل عام يتضح أن مجلس المنافسة الفرنسي كان يأخذ بإمكانية تطبيق مسطرة عدم المنازعة بالنسبة لهذه الممارسات، باعتبار أنها متاحة من منطلق أنه لا يوجد نص قانوني يمنع تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات بشأن هذا النوع من الممارسات، فالمشرع الفرنسي لم يستثني في الفقرة الثالثة من المادة L464-2 أي ممارسة من الخضوع لمجال تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فهذه المسطرة كانت تعمل بالنسبة للاتفاقات الأفقية كما الاتفاقات العمودية.

ففي قرار مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) الصادر بتاريخ 23 يناير 2007 رقم 07-D-02 [158] بشأن ممارسة منافية للمنافسة تجسدت في تحالف بين شركات تعمل في مجال إزالة النفايات المنزلية بهدف الاستفادة من طلب عروض عمومية، أكد المجلس في هذا القرار على إمكانية تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات في قضايا التحالفات المنافية

[157] Bruno LASSERRE, La non contestation des griefs en droit français de la concurrence, op.cit., p.4.

[158] C.C.F, Décision du 23 janvier 2007, n° 07-D-02, relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime, En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07d02 (consultée le : 11 mars 2019)

للمنافسة، رغم ذلك أشار مجلس المنافسة إلا أن هذا القرار لا يجب أن يشكل سابقة تبرر بأي شكل كان مبدأ الاستفادة من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات بخصوص الاتفاقات الأفقية التي تتخذ شكل تحالف.

هذا التوجه الأخير طرأ عليه تغير كبير بعد تبني المشرع الفرنسي لمسطرة الإعفاء، إذ قام مجلس المنافسة بالإشارة في دراسة موضوعية تضمنها تقريره السنوي لسنة 2005[159] إلى أن تطبيق مسطرة الاعفاء لا يترك أي مجال لتطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات بشأن نفس القضية، إذ لا يكون من العدل منح إمكانية التخفيض من الغرامة لمقاولة لم تقدم أي إضافة فيما يتعلق بإثبات التحالف، وأن استبعاد تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات من التطبيق بشأن قضايا التحالفات ضروري لضمان جاذبية مسطرة الإعفاء الجزئي.[160]

لكن تجب الإشارة إلى أن مبدأ استبعاد تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات بشأن قضايا التحالف، يطرأ عليه استثناء يفيد بإمكانية تطبيق هذه المسطرة في هذا النوع من القضايا في الحالة التي تكون فيها هيئة المنافسة قد لجأت لتطبيق مسطرة الإعفاء بشأن نفس القضية، أي أنه يتم إعمال مسطرة عد المنازعة في قضايا التحالف بشكل تكملي لآلية الإعفاء وهذا ما سنتطرق له في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: موضوع تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات: الاستثناء

التوجه السابق لمجلس المنافسة الفرنسي فيما يتعلق بعدم إمكانية تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات المبلغة بشأن الممارسات التي تتخذ شكل تحالف سرعان ما تغير، وأصبح يستثني من ذلك الحالة التي يتم فيها إعمال مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات بشكل احتياطي إلى جانب مسطرة الإعفاء في القضايا التي تتعلق بالتحالفات، فعندما يفتح التحقيق

[159] C.C.F, 19ème Rapport annuel 2005, du 5 avril 2006, p.173-177, En Ligne : https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000548/index.shtml (consultée le : 13 mars 2019)

[160] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.96.

بشأن التحالف نتيجة قبول طلب الإعفاء المقدم من قبل المقاولة الكاشفة، فإنه يبقى لباقي المقاولات الأطراف في التحالف الاختيار بين تقديم طلب إعفاء جزئي، إذا ما كانت تتوفر على معلومات وعناصر منتجة في الملف تدعم هذا الطلب، أو في حالة العكس أن تنتظر التوصل بالتبليغ وتلجأ بشكل احتياطي إلى مسطرة عدم المنازعة.[161]

وتكريسا لذلك نجد أن تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات تم طلبه في جميع قضايا التحالف التي صدرت بشأنها قرارات بناء على طلبات الإعفاء، وكمثال لذلك القرار الصادر بتاريخ 26 يوليوز 2007[162] المتعلق بسوق خطوط الكهرباء العالية التردد، والذي منح مجلس المنافسة الفرنسي بموجبه تخفيض من العقوبة المالية للمقاولة التي لم تنازع في المؤاخذات المبلغة لها، والتي كانت طرفا في التحالف الذي تم كشفه من قبل المقاولة التي استفادت من طلب الإعفاء الكلي. نفس الشيء في القرار الصادر بتاريخ 12 يونيو 2007[163] بشأن تحالف يهم شركات تنشط في قطاع النسيج، لكن هذه المرة كانت نسبة التخفيض جد مهمة نتيجة لكون المقاولة إلى جانب عدم منازعتها في المؤاخذات قدمت تعهدات عملية، ومنها وضع آلية للإنذار داخل المقاولة بشأن مخالفات المنافسة، الى جانب اعتماد تدابير تعزز الشفافية تجاه زبنائها، لكن دون أن يصل هذا التخفيض إلى الحدود التي يمكن فيها أن ينافس التخفيض الممكن الحصول عليه في إطار الإعفاء الجزئي.

ففي هذه القضايا سمحت هيئة المنافسة بتطبيق مسطرة عدم المنازعة في وجه المقاولة من غير تلك المستفيدة من طلب الإعفاء، لأن تطبيق كلتا المسطرتين لفائدة نفس المقاولة تبقى

---

[161] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.97.

[162] C.C.f, Décision du 26 juillet 2007, n° 07-D-26, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension, En Ligne :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07d26 (consultée le : 15 mars 2019)

[163] C.C.f, Décision du 12 juin 2007, n° 07-D-21, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge, En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07d21 (consultée le : 15 mars 2019)

إمكانية غير مستبعدة من الناحية القانونية، وذلك مادام أنه لا يمكن أن تتوفر في نفس المقاولة شروط تطبيق كلا المسطرتين، وبالتالي ففي الحالة التي يتم فيها تبليغ المؤاخذات نتيجة مسطرة التحقيق التي تلت قبول طلب الإعفاء المقدم من قبل المنشأة التي كشفت عن التحالف، يمكن للمقاولة التي بلغت لها المؤاخذات في مثل هذه الحالة أن تختار عدم المنازعة فيها، وهذه الإمكانية من الناحية المنطقية ليست لها أي فائدة إلا في حالة المنشأة التي طلبت الاستفادة من الإعفاء الجزئي.[164]

وتؤكد هيئة المنافسة الفرنسية أن للجوء إلى التخفيض من العقوبة وإن كان ممكنا في إطار مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات التي تطبق إلى جانب مسطرة الإعفاء بشأن قضايا التحالف، إلا أنه مشروط بوجوب تحقق أمرين: الأول هو تقديم تعهدات عملية من شأنها تحسين اشتغال السوق مستقبلا، والثاني أن يتم الأخذ بعين الاعتبار عند هذا التطبيق نسب التخفيض الممنوحة في إطار مسطرة الإعفاء الجزئي، إذ يجب أن تبقى هذه النسب أكثر جاذبية من تلك الممنوحة في إطار مسطرة عدم المنازعة.[165]

لكن وفقا للتعديل الأخير للمقتضيات القانونية المتعلقة بهذه المسطرة التي همت بالأساس التخلي عن وجوب تقديم التعهدات، ذهبت أحد الآراء الفقهية[166] إلى القول بأنه وفقا لهذه

---

[164] Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non-contestation des griefs : Un succès non contestable, Revue Concurrences, N° 2-2011, p.81.

[165] C.C.F, 19ème rapport annuel 2005, préc., « En matière d'entente horizontale, qu'elle soit instantanée (concertation préalable à un appel d'offres) ou durable (cartel) la réduction - toujours possible - des sanctions se heurte à une double contrainte. D'une part, les engagements comportementaux de nature à améliorer le fonctionnement du marché pour l'avenir sont souvent difficiles à imaginer. D'autre part, le niveau des réductions de sanctions pécuniaires accordées dans le cadre du programme de clémence pour les demandeurs qui ne peuvent bénéficier de l'exonération totale doit rester plus incitatif que celui pratiqué dans le cadre de la non contestation des griefs. L'espérance de gain doit nécessairement rester inférieure dans ce deuxième cas pour que les deux dispositifs soient cohérents et que l'incitation à opter pour la clémence soit préservée. » p.175.

[166] Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non-contestation des griefs : Un succès non contestable, op.cit., p.87.

التعديلات أصبحت الشروط المفروضة على طالب الاستفادة من مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات في قضايا التحالفات أقل صعوبة، ولا تشكل عائقا للاستفادة من هذه المسطرة.

ووفقا لمفهوم المخالفة لا يتصور تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات بالنسبة لقضايا التحالفات التي لم تكن مسبقا موضوع مسطرة إعفاء، لأن مسطرة عدم المنازعة بالنسبة لهذه القضايا لا يمكن أن تعمل إلا بشكل تبعي لمسطرة الإعفاء، ولا يمكن إعمالها وحدها بشكل أصلي في قضايا التحالفات. ولعل ذلك راجع بالأساس إلى أنه ليس من المنطقي توسيع نطاق مسطرة عدم المنازعة ليشمل التحالفات التي قلنا سابقا أنها ممارسات غالبا ما تستمر مدة من الزمن وتكون لها أضرار جد كبيرة على عمل السوق وعلى مصالح المستهلكين، وتؤدي إلى المساس بالنظام العام الاقتصادي، الشيء الذي يستوجب تفعيل آلية الجزاء في حالة المنشآت الأطراف في هذا التحالف ولو قامت هذه الأخيرة بعدم المنازعة في المؤاخذات المبلغة لها من قبل الهيئة.

كما أن توسيع موضوع تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات ليشمل الممارسات التي تشكل تحالفا قد يؤثر بشكل سلبي على مكانة آلية الإعفاء الكلي والجزئي، لأن المقاولات قد تنتظر التوصل بالمؤاخذات لطلب الاستفادة من التخفيض من مسطرة عدم المنازعة، نظرا لكون شروط تطبيقها هي أقل شدة مقارنة بالشروط المطلوبة للحصول على الإعفاء الكلي أو الجزئي، الذي يتطلب انخراطا ومساهمة كلية للمنشأة في جميع مراحل المسطرة. ولا يجب إغفال أن دور آلية الجزاء مطلوب في هذا النوع من القضايا، وذلك لتعزيز إقبال باقي المتحالفين في السوق على الكشف عن التحالفات المشاركين فيها والاستفادة من الإعفاء وتجنب مصير المنشآت التي تكبدت عقوبات مالية كبيرة نتيجة لتطبيق المسطرة العادية.

المطلب الثالث: النطاق الموضوعي لتطبيق مسطرة الإعفاء

يختلف نطاق الممارسات التي تدخل في إطار تطبيق مسطرة الإعفاء عن ما رأيناه بالنسبة لمسطرة التعهدات ومسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، فالمشرع المغربي في المادة 41 من ق.ح.أ.م. على غرار نظيره في التشريع الفرنسي في الفقرة الرابعة من المادة L464-2 من م.ت.ف، نص على أن مسطرة الإعفاء تطبق بشأن المخالفات المنصوص في المادة 6 من ق.ح.أ.م، وبالرجوع إلى هذه المادة نجدها تتعلق أساسا بالاتفاقات بمختلف أنواعها، وبهذا يكون نطاق تطبيق مسطرة الإعفاء تم تحديده بشكل ضيق ومحصور إلى حد ما، إذ لا تدخل فيه الممارسات المنافية الأحادية ومنها الاستغلال التعسفي لأوضاع الهيمنة وباقي الممارسات الأحادية المخلة بالمنافسة.

لكن الإحالة السابقة التي تضمنتها المادة 41 لا تسمح بوضع تحديد دقيق لموضوع مسطرة الإعفاء، يسمح بتمييزه عن نطاق تطبيق باقي المساطر التفاوضية، لهذا قد يطرح التساؤل بشأن الفائدة من حصر موضوع مسطرة الإعفاء في هذا النوع من الممارسات بالذات، هذا التساؤل يمكن الإجابة عليه من خلال الاستئناس بالتطبيقات العملية لهذه المسطرة في القوانين المقارنة وبالخصوص تلك المرتبطة بمدونة التجارة الفرنسية وقواعد المفوضية الأوروبية، التي توضح بشكل جلي أن لهذه المسطرة نطاق تطبيق دقيق ومتميز عن باقي المساطر التفاوضية.

وبالنسبة لنطاق تطبيق مسطرة الإعفاء وفقا لمقتضيات م.ت.ف. يلاحظ أن تحديد هذا النطاق كان يعرف نوعا من التردد في البداية، نظرا لكون مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة L464-2 كما هو الحال في المادة 41 من ق.ح.أ.م. جاءت صياغتها عامة، اقتصرت على أن تطبيق مسطرة التعهدات يتم بشأن الممارسات التي تشكل اتفاقات منافية للمنافسة دون أن تشير إلى نوع معين من هذه الاتفاقات، لكن تطبيقات الفقرة الرابعة من المادة L464-2 أزالت هذا الغموض ونتنج عنها مؤشرات واضحة تدل على أن نطاق تطبيق مسطرة الإعفاء هو

مرتبط بشكل أساسي بالاتفاقات الأفقية الأكثر خطورة –التحالفات– والتي غالبا ما يكون قرار هيئة المنافسة فيها يهدف إلى النطق بعقوبات مالية جد كبيرة.[167]

وفي هذا الإطار أشار مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) في بلاغه بخصوص تطبيق مسطرة الإعفاء إلى أن نطاق الممارسات المعنية بتطبيق هذه المسطرة يشمل من حيث المبدأ لاتفاقات التي تتخذ شكل تحالفات، التي يكون الهدف منها تحديد الأسعار، أو سقف الحد الأدنى من الإنتاج أو البيع، أو تقسيم الأسواق عن طريق طلبات العروض[168]، وباقي الممارسات المماثلة لها، وهذه المخالفات تدخل كلها في مجال تطبيق المادة L420-1 من م.ت.ف.[169] وكذلك المادة 81 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي.

بناء على ما سبق يتوجب التساؤل عن سبب اختيار لجوء هذه الهيئة إلى تطبيق مسطرة الإعفاء فقط بالنسبة للاتفاقات الأفقية السرية والخطيرة دون باقي الاتفاقات المنافية. لعل الجواب هو أن هذه الاتفاقات السرية وخاصة منها التحالفات هي من الأعمال الأكثر تكلفة على المستوى الاجتماعي والاقتصادي، فعندما تتم الاتفاقات بين الفاعلين الاقتصاديين وفق منطق التحالف يمكن أن ينتج عنها آثار جد خطيرة على المنافسة بالنسبة للسوق الذي تطبق فيه بشكل خاص وللاقتصاد بشكل عام، فرغم تعدد الفاعلين الاقتصاديين في السوق إلا أن النشاطات داخله تصبح في ظل التحالف محتكرة، إذ تكون الأسعار محددة بشكل مشترك في سقف أسعار يكون أعلى في الغالب من سقف الأسعار التي تخضع لمنافسة حقيقية، ومن الناحية الاقتصادية يؤدي ذلك إلى توزيع غير عادل لثروة يستفيد منه الفاعلين الاقتصاديين

---

[167] Laurence IDOT, Les procédures de clémence en droit de la concurrence, publié dans La clémence et le droit, Jean-Michel Jude (Editeur), ECONOMICA, 2011, p.113 ; 114.

[168] مجلس المنافسة الفرنسي أعمل التعريف السابق من خلال الإشارة إلى أن الاتفاقات الغير مشروعة تشكل تلك الاتفاقات السرية الممتدة في الزمن التي يتخطى مداها مجموع أو جزء كبير من السوق، وتتعلق بتحديد الأسعار أو كميات السلع الموزعة أو تقسيم الزبائن أو الأسواق والقضايا المرتبطة بهذه الاتفاقات تختلف عن نظيرتها التي تستهدف عملية طلبات العروض لأن الاتفاقات في هذا النوع من القضايا يكون بشكل مؤقت ريثما يرسو العرض، وغالبا ما يشارك فيه عدد محدود من الفاعلين فالسوق.

[169] A.C.F, Communiqué de procédure du de 2 mars 2009 relative au programme de clémence, préc. p.3.

المتحالفين على حساب المستهلك، الشيء الذي ينتج عنه خسارة عامة للثروة بالنسبة للاقتصاد[170].

ويرجع السبب الثاني لعدم قبول تطبيق الإعفاء في شأن باقي الممارسات المنافية للمنافسة إلى أنه في حالة الاستغلال التعسفي لوضع الهيمنة الاقتصادية أو استغلال التبعية أو اتفاق عمودي، يمكن للمنافس أن يستغل بشكل سهل مسطرة الإعفاء لصالحه، فقد يكون الهدف الوحيد من طلب تطبيق الإعفاء هو استعمال هذه الآلية لإدانة الشريك المتعاقد الذي ساهم في تأزم وضعه الاقتصادي، الشيء الذي يشكل تحريفا لهدف هذه الآلية [171]. هذه الفرضية تكون جد مستبعدة وذلك في حالة ما تعلق الأمر بالاتفاقات الأفقية التي تفرض تناسق في استراتيجيات المنشآت الأطراف فيها، ففي ظل هذه الاتفاقات الكل مستفيد، ولا تكون هناك مصلحة كبيرة لتضحية بالربح الكبير المتولد عنها عن طريق الكشف عنها فقط من أجل الإضرار بشريك آخر والحصول على الإعفاء.

المبحث الثاني: النطاق الزمني لتطبيق المساطر التفاوضية

إن توجه المشرع في ق.ح.أ.م. لتبني أكثر من مسطرة تفاوضية، الهدف منه منح مجلس المنافسة آليات مسطرية متنوعة، وإن كانت تعتمد على إجراءات مختلفة إلا أنها تعمل بشكل متكامل لتحقيق غاية أساسية وهي تسريع أجل المسطرة وتخفيض تكلفتها أخذا بعين الاعتبار الموارد المحدودة التي تملكها هيئات المنافسة، وهذه الآليات قد تمكن من حل القضايا المتعلقة بالمنافسة كلما دعت الضرورة لذلك دون اللجوء إلى تطبيق المسطرة النزاعية العادية، وهذا يسمح للمجلس باختيار الآلية المناسبة وفق الزمن المناسب الذي يبرر اللجوء إلى تطبيق هذه المساطر كبديل للمسطرة العادية.

---

[170] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.47;46.

[171] Frédéric JENNY, Approche économique et internationale de l'expérience française, contribution présentée lors de colloque : Clémence et transaction en matière de concurrence, Premières expériences et interrogations de la pratique », op.cit., p.38.

ونشير إلى أن نفس الملاحظة التي أثيرت بشأن النطاق الموضوعي لتطبيق المساطر التفاوضية نجدها أثيرت بالنسبة للنطاق الزمني الممكن داخله طلب تطبيق هذه المساطر، فلابد من الإشارة إلى أن تطبيق كل مسطرة من المساطر التفاوضية يرتبط بزمن معين[172]، يسمح داخله باللجوء إلى هذا النوع من المساطر، وفق للمصالح المسطرية التي يرجى تحقيقها من اللجوء لمسطرة بعينها في توقيت بعينه، إذ لا تتحقق تلك المصلحة قبل هذا التطبيق أو بعده، لكن رغم هذه الأهمية فالتشريع المغربي وكذلك التشريعات المقارنة لم تتطرق لهذه النقطة بالدقة اللازمة، بل تركت الأمر للتطبيقات العملية لهيئات المنافسة لتحديد زمن التطبيق الخاص بكل مسطرة على حدة. هذا ما يوجب الانفتاح على هذه التطبيقات سواء من خلال القرارات أو الخطوط التوجيهية أو البلاغات المسطرية التي تبنتها هيئات المنافسة الفرنسية والاتحادية بشأن النطاق الزمني الذي يمكن داخله اللجوء لتطبيق المساطر التفاوضية، وذلك قد يفيدنا في تحديد النطاق الزمني المتاح فيه اللجوء لتطبيق كل من مسطرة التعهدات (المطلب الأول) ومسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات (المطلب الثاني) ومسطرة الإعفاء (المطلب الثالث).

المطلب الأول: النطاق الزمني المتاح فيه اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات

إن الزمن المتاح فيه اختيار تطبيق مسطرة التعهدات يختلف بشكل كبير عن ما إذا كان الأمر يتعلق بتطبيق مسطرة التعهدات في إطار مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي أو بتطبيق هذه المسطرة في مجال الممارسات المنافية للمنافسة، لهذا سنتطرق في البدء إلى زمن اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات في اطار مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي (الفقرة الأولى)، ثم لتحديد زمن اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات في إطار الممارسات المنافية للمنافسة (الفقرة الثانية).

[172] نقصد بالنطاق الزمني لتطبيق المسطرة هو اللحظة التي يكون فيها للمقاولة إمكانية طلب تطبيق المسطرة أو التي تكون فيها لهيئة المنافسة صلاحية قبول تطبيقها أو تحريكها إن كانت هي من تملك تلك الصلاحية، وليس المقصود الآجال الذي يستغرقه تطبيق المسطرة أو المراحل الزمنية التي يمر منها هذا التطبيق.

الفقرة الأولى: زمن اللجوء لتطبيق التعهدات في إطار مراقبة عمليات التركيز

قام المشرع المغربي بتحديد الزمن الذي يسمح داخله بطلب تطبيق مسطرة التعهدات من قبل المنشآت المبلغة لمشروع التركيز الاقتصادي، بشكل دقيق ومفصل بالنسبة لكافة مراحل المسطرة، فبالنسبة لمسطرة الفحص المبسط نجد أن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 15 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12 تنص على أنه: " يمكن لأطراف العملية أن تتعهد باتخاذ التدابير الهادفة على الخصوص إلى معالجة، عند الاقتضاء، آثار العملية المنافية لقواعد المنافسة إما عند تبليغ هذه العملية، أو في أي وقت قبل انصرام أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ التوصل بالتبليغ كاملا، مادام لم يتم اتخاذ القرار المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه.". وهكذا يتضح أنه في مرحلة الفحص المبسط لعمليات التركيز المبلغة يمتد الزمن المسموح فيه لأطراف هذه العملية للجوء إلى المجلس لاقتراح تطبيق مسطرة التعهدات منذ تبليغ هذه العملية وداخل أجل 60 يوما إلى غاية صدور قرار المجلس بشأن المشروع.[173]

كما أن زمن اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات قد يمتد في حالة قيام المجلس بالفحص المعمق لمشروع التركيز، فمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 17 من ق.ح.أ.م. تنص على أنه: " يمكن للأطراف، بعد علمهم بفتح دراسة معمقة، أن يقترحوا تعهدات من شأنها معالجة آثار العملية المنافية لقواعد المنافسة. وإذا ما تم إرسال هذه التعهدات إلى مجلس المنافسة في أجل يقل عن ثلاثين 30 يوما قبل انقضاء الأجل المشار إليه في البند 1 أعلاه، فإن هذا الأجل ينتهي بعد 30 يوما بعد تاريخ التوصل بالتعهدات". وبالتالي فإن للمقاولة أن تستدرك الشكوك التي تطرحها عملية التركيز التي أدت إلى فتح المسطرة المعمقة وتطلب تطبيق مسطرة التعهدات داخل

[173] هذه المقتضيات هي نفسها المنصوص عليها في مدونة التجارة الفرنسية في المادة L430-5، التي تفيد بأنه يمكن لأطراف العملية التعهد بتدابير من شأنها تجاوز الآثار الماسة بالمنافسة سواء بمناسبة تبليغ العملية أو في أي وقت قبل فوات أجل ستين يوما منذ تاريخ التوصل بالتبليغ مادام لم يصدر قرار بشأن العملية.

أجل 90 يوما المتاح للمجلس فيها إصدار قرار بشأن العملية وفقا لما تنص عليه لفقرة الأولى من نفس المادة.

يمكن الخلوص إلى أنه في إطار مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي أن المشرع المغربي يتيح الإمكانية للمقاولة للتقدم بطلب تطبيق مسطرة التعهدات سواء باقتراح تعهداتها في مرحلة البحث المبسط أو مرحلة البحث المعمق، وذلك ما يسمح للمقاولة طيلة مراحل مسطرة المراقبة ومادام القرار النهائي لم يصدر بعد، اقتراح تدابير من شأنها معالجة الآثار الماسة بالمنافسة التي قد تنتج عن العملية وتؤدي إلى تقرير المجلس رفض قبول إنجازها.

ارتباطا بما سبق لابد من التذكير بأن المشرع في إطار عملية التركيز الاقتصادي أعطى للإدارة حق التصدي لقرارات مجلس المنافسة المتعلقة بمراقبة مشاريع التركيز التي يتخذها المجلس بعد مرحلة الفحص المعمق للمشروع، وبالتالي يطرح التساؤل عن إمكانية لجوء المقاولة أثناء مرحلة التصدي أمام الإدارة لطلب تطبيق مسطرة التعهدات، كون ذلك يعزز فرص حصولها على قرار ايجابي من هذه الإدارة. وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 18 من ق.ح.أ.م. التي تنظم سلطة تصدي للقرارات المجلس من قبل الإدارة نجدها لا تشير بشكل صريح إلى وجود هذه الإمكانية، لكن الفقرة الأخيرة من هذه المادة تتضمن إشارة غير مباشرة لهذه الإمكانية فالمشرع نص في هذه الفقرة على أنه : " عندما تتصدى الإدارة لقرار مجلس المنافسة طبقا للفقرة الثانية من هذه المادة، فإنها تتخذ قرارا معللا يبت في العملية المعنية بعد الاستماع إلى ملاحظات أطراف عملية التركيز. ويمكن لهذا القرار أن يكون عند الاقتضاء مشروطا بالإنجاز الفعلي للتعهدات. ويرسل القرار المذكور فورا إلى مجلس المنافسة."

من خلال الفقرة السابقة يتضح أن المشرع أتاح الإمكانية للإدارة في إطار التصدي لقرار مجلس المنافسة بشأن عمليات التركيز الاقتصادي، أن تربط قرارها بشأن الترخيص لإنجاز المشروع بضرورة قيام أطرافه بالإنجاز الفعلي للتعهدات التي اقترحوها، ومن المنطقي أن لا يتم ذلك إلا من خلال فتح المجال للمقاولة المعنية لاقتراح تطبيق هذه التعهدات، وتبعا ذلك فإن زمن اللجوء

لتطبيق مسطرة التعهدات يمتد وفق ق.ح.أ.م. منذ مرحلة تبليغ العملية إلى غاية صدور قرار التصدي من قبل الإدارة مرورا بمرحلة الفحص المعمق والمبسط.

تجب الإشارة إلى مسألة أخيرة تتعلق بإمكانية طلب تطبيق مسطرة التعهدات بشكلي قبلي لتبليغ عملية التركيز، التي لا نجد لها أي إجابة في ظل مقتضيات الفرع المتعلق بتنظيم مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي وفقا لمواد القانون رقم 104.12. في ظل هذا الفراغ التشريعي نرى بأن لا شيء يمنع من قيام المقاولة بربط الاتصال مع مصالح المجلس بشأن بحث إمكانية تطبيق مسطرة التعهدات بشأن عمليات التركيز التي تعتزم تبليغها وذلك تماشيا بما هو معمول به في القوانين المقارنة.

فبالنسبة للقواعد الاتحادية وفي ظل نظام التبليغ الاختياري المعمول به قبل تبني نظام التبليغ الإجباري لعمليات التركيز الاقتصادي، كانت المفوضية الأوروبية تتلقى طلبات غير رسمية من قبل أطراف مشروع التركيز حتى تطمئنهم حول عدم وجود مخالفة بشأن مشروع التركيز، كما كانت تعمل على توجيه الأطراف نحو تعديل مشروع التركيز في بعض الحالات، هذا التعديل غالبا ما يتم عن طريق آلية التعهدات. لكن بعد تبني نظام التبليغ الإجباري القبلي وفي ظل غياب نص صريح، أفرز الواقع العملي نوعا من التبليغ المسبق يسمح في إطاره بالتواصل مع المفوضية قبل التبليغ الرسمي، وذلك من أجل ترك الفرصة للتحاور حول إمكانية تجاوز مخاطر رفض التصريح عن طريق استعراض التعديلات الممكن اقتراحها وفق مسطرة التعهدات[174].

هذا الحل العملي سرعان ما تم تبنيه فيما بعد بشكل صريح، إذ تقبل المفوضية بلجوء المقاولة إلى طرق غير رسمية لربط الاتصال والاستفسار بشأن مختلف النقط التي تهم مشروع التركيز ومنها تلك المتعلقة بالتعهدات وذلك قبل التبليغ الرسمي لمشروع التركيز [175]، وهذا ما

[174] François BLANC, Les engagements dans le droit français des concentrations, op.cit., p.85.

[175] Lucile FRENEAUX, L'efficacité du recours aux engagements en matière de Contrôle des concentrations, Revue Internationale De Droit Economique, n° 2007/1, p.48.

تشير إليه المفوضية في بلاغها بشأن التدابير التصحيحية في النقطة 18[176] التي تتيح للمفوضية قبول التعهدات المقترحة في كلا مرحلتي الفحص. كما تشير في النقطة 78[177] من نفس البلاغ إلى أن الأطراف يمكن أن يقدموا تعهدات بشكل غير رسمي قبل تبليغ المشروع، وبعد ذلك يتوجب عليهم تقديم تعهداتهم بشكل رسمي داخل أجل 20 يوما من تاريخ توصلهم بالتبليغ. بل الأكثر من ذلك تضمن هذا البلاغ تنظيم هذا الاتصال القبلي من خلال مسطرة التبليغ القبلي "notification préalable " في الحالة التي يكون مشروع التركيز ليس جاهزا بعد ليتم تبليغه بشكل رسمي.

كما أن هذا التبليغ القبلي تم التطرق إليه كذلك بشكل مفصل في بلاغ هيئة المنافسة الفرنسية بشأن مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي في النقط من 136 إلى ،142[178] بشكل يوحي بأن هيئة المنافسة تسمح هي كذلك بمناقشة طلب تطبيق مسطرة التعهدات قبل التبليغ الرسمي لمشروع التركيز الاقتصادي.

نخلص مما سبق إلى أن زمن اللجوء إلى تطبيق مسطرة التعهدات بشأن مراقبة مشاريع التركيز يبدأ قبل مرحلة تبليغ هذه المشاريع وإلى غاية صدور قرار بشأنها، ولعل ما يبرر هذا

---

[176] La commission énoncée dans le point 18 de la communication qu'il « peut accepter des engagements au cours de chacune des deux phases de la procédure ». Communication de la commission européenne concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (ce), n° 139/2004 du conseil et au règlement (ce) n° 802/2004, p.8, En Ligne :

https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_fr.pdf (consultée le 13 avril 2019)

[177]Communication de la commission européenne concernant les mesures correctives, préc., p.27, point 78 : « Les parties peuvent soumettre de façon informelle à la Commission des propositions d'engagements avant la notification. Elles doivent présenter leurs engagements dans un délai de 20 jours ouvrables à compter de la date de réception de la notification 88 En cas de doutes sérieux de la part de la Commission, celle-ci en informe les parties en temps opportun avant l'expiration de ce délai89.».

[178] A.C.F., Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, p.43-45., En Ligne :

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf (consultée le : 15 avril 2019)

الامتداد هو أن هناك مصلحة سواء لأطراف العملية أو للهيئة لإتاحة الفرصة لاقتراح تدابير تصحيحية لتجاوز الآثار السلبية لعملية التركيز، فالمقاولة يبقى لها من خلال مسطرة التعهدات الامكانية لتجنب قرار رفض التصريح، وللهيأة المنافسة مادام أن الأمر يتعلق بمشروع تركيز لم يرتب آثار بعد، المصلحة لترك المجال مفتوحا لتطبيق آلية التعهدات لتجنب الشكوك التنافسية التي قد تنتج مستقبلا عن مشروع التركيز مادامت لم تصدر قرار بشأنه بعد، فتدخل المقاولة بشكل إرادي لتعديل مشروع التركيز بما يحافظ على المنافسة في السوق أفيد من قرار رفض التصريح للعملية الذي يحرم السوق من الاستفادة من الآثار الاقتصادية الايجابية للعملية. هذا التصور هو معاكس لما عليه الأمر بالنسبة لزمن تطبيق مسطرة التعهدات فيما يتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة لأن هذا الزمن هو جد ضيق كما سنرى في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: زمن اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات بالنسبة للممارسات المنافية

بالرجوع إلى مقتضيات القانون رقم 104.12 نجده نظم لأول مرة مسطرة التعهدات في الشق المرتبط بالممارسات المنافية للمنافسة، فالقانون القديم رقم 06.99 كان يقصر هذه المسطرة على الباب المرتبط بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي فقط، وهكذا جاءت المادة 36 من القانون رقم 104.12 بإمكانية تطبيق هذه المسطرة بالنسبة للشكوك المتعلقة بباب الممارسات المنافية، إذ يمكن لمجلس المنافسة أن يقبل بالتعهدات التي من شأنها أن تبدد شكوكه بشأن السلوكيات التي قد تشكل ممارسة منافية وفقا للقسم الثالث من القانون رقم 104.12، لكن هذه المادة لم تشر إلى أي مقتضى يهم مسألة النطاق الزمني الذي يمكن داخله طلب اللجوء لتطبيق المسطرة.

لكن باطلاعنا على مقتضيات المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 الصادر بتاريخ فاتح دجنبر 2014 والمتعلق بتطبيق القانون رقم 104.12، يتضح أن المادة 26 التي تطرق فيها المشرع لكيفية إعمال مجلس المنافسة لصلاحية قبول التعهدات المقترحة تتضمن مقتضيات تفيد

في تحديد زمن تطبيق هذه التعهدات. هذه المادة تنص على أنه " توجه نسخة من التقييم الأولي إلى صاحب الإحالة وكذا إلى مندوب الحكومة، ما عدا إذا تم تقديم هذا التقييم شفويا. يتم تحديد الأجل الممنوح للمنشآت أو الهيئات من أجل تقديم تعهداتها بصفة رسمية، على إثر التقييم الأولي. إما من طرف المقرر، في الحالة التي تم فيها التقييم الأولي بواسطة البريد أو بمحضر أو من لدن مجلس المنافسة في الحالة التي قدم فيها التقييم شفويا أثناء الجلسة. ولا يمكن أن يقل هذا الأجل عن شهر واحد ما عدا إذا وافقت المنشآت والهيئات المعنية على خلاف ذلك".

هذه المقتضيات السابقة تفيد بأن المقاولة المعنية يمكن أن تتقدم بإقتراح تطبيق مسطرة التعهدات منذ اللحظة التي تتوصل فيها بالتقييم الأولي الذي تنجزه مصالح مجلس المنافسة، بعد أن يتوصل المجلس بالإحالة من قبل كل من له مصلحة، أو نتيجة لإحالة ذاتية، أو بعد القيام بدراسة لوضع المنافسة في سوق معين، هذا التقييم الأولي والذي يتضمن في الأغلب الشكوك التنافسية التي تحوم بشأن ممارستها، ويكون للمقاولة أجل شهر من تاريخ التوصل بهذا التقييم لتقديم اقتراحاتها بشأن التعهدات كما يمكن للمقاولة المعنية والهيئة الاتفاق على أجل أقل.

وبالتعمق في مضامين المادة 36 وخاصة ما جاء في بداية الفقرة التي تتضمن أنه : " يتم تحديد الأجل الممنوح للمنشآت أو الهيئات من أجل تقديم تعهداتها بصفة رسمية، على إثر التقييم الأولي "، يتبين بأن هذه المقتضيات وفق لمفهوم المخالفة تفيد أن المقاولة كما يمكنها أن تبادر لاقتراح التعهدات بشكل رسمي بعد التقييم الأولي، يمكنها كذلك تقديمها بطريقة غير رسمية قبل هذا التقييم، هذه الإشارة توجب القول بامتداد زمن تطبيق مسطرة التعهدات إلى ما قبل مرحلة التقييم الأولي، فللمنشأة أن تبادر بربط الاتصال مع مصالح المجلس لاقتراح تطبيق التعهدات منذ اللحظة التي يصل إلى علمها وجود إحالة أو أبحاث أولية بشأن ممارساتها داخل سوق معين، ولعل المشرع من خلال هذه الإشارة أخد بعين الاعتبار ما كان وما يزال معمولا به بشأن نفس المسألة في قوانين وتطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية.

كما نجد أن بلاغات تلك الهيئات المتعلقة بتطبيق مسطرة التعهدات في إطار الممارسات المنافية، تفيد بأنه منذ اللحظة التي يتم فيها حصر الشكوك التنافسية يمكن للمقاولة تقديم تعهداتها بشكل رسمي، وبالتالي يمكن القول بأن المقاولة يكون بإمكانها التقدم بتعهدات بعد أن تتطلع على شكوك التي تبديها هيئة المنافسة بغض النظر عن شكلية تلقي هذه الشكوك سواء عبر اتصالات رسمية أو غير رسمية مادامت لم تتحول هذه الشكوك إلى مؤاخذات قابلة للتبليغ.

مما سبق يتضح أن الوقت الذي تتوصل فيه المقاولة المعنية بشكوك حول ممارستها سواء بشكل رسمي عن طريق تبليغها بالتقييم الأولي أو بشكل غير رسمي قبل هذا التبليغ، يشكل بداية لزمن تطبيق المسطرة، لكن يبقى أن نتساءل عن اللحظة التي لا يبقى فيها مجال لإعمال المسطرة؟

انطلاقا من الفقرة الثالثة من المادة 26 من المرسوم التطبيقي ل ق.ح.أ.م. التي تنص على أنه: " يتم تحديد الآجال الممنوحة للمنشآت أو الهيئات من أجل تقديم تعهداتها بصفة رسمية، على إثر التقييم الأولي، إما من طرف المقرر، في الحالة التي تم فيها التقييم الأولي بواسطة البريد أو بمحضر، أو من لدن مجلس المنافسة في الحالة التي قدم فيها التقييم شفويا أثناء الجلسة ". يمكن الاستنتاج بأن صلاحية تحديد الوقت الذي يمكن داخله قبول تطبيق مسطرة التعهدات بعد انجاز التقييم الأولي، يعود للسلطة التقديرية للمقرر والمجلس حسب الأحوال، لكن رغم ذلك تبقى هذه السلطة مقيدة لأنه لا يجب أن يقل ذلك الأجل عن شهر في حالة عدم اتفاق الأطراف، غير أنه تبقى هذه السلطة غير مقيدة من جهة الأجل الأقصى الممكن السماح داخله بتقديم هذه التعهدات، وهنا يطرح سؤال مهم وهو هل يمكن اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات حتى بعد القيام بتبليغ المؤاخذات للمقاولة المعنية؟

إن الإجابة في ظل المقتضيات السابقة التي جاءت في المادة 36 من القانون رقم 104.12 والمادة 26 من المرسوم التطبيقي، قد تفيد بأن مسألة تطبيق مسطرة التعهدات حتى بعد تبليغ المقاولات المعنية بالمؤاخذات ترجع للسلطة التقديرية لمجلس المنافسة في الأول والأخير،

فلا شيء يمنعه من قبول هذا التطبيق، لكن لابد لنا قبل تأكيد هذه الإجابة من الاطلاع على واقع هذه المسألة في إطار القوانين المقارنة وتطبيقاتها، خاصة تلك المرتبطة بهيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية.

بالنسبة للوضع في القانون الفرنسي المبدأ أن زمن تطبيق مسطرة التعهدات يكون سابقا لمرحلة تبليغ التعهدات، فالمادة R464-2 من م.ت.ف. نجدها تقصر هذه الإمكانية في المرحلة السابقة لتبليغ المؤاخذات[179]، فالمقاولة التي يكون سلوكها في السوق موضوع إحالة يمكنها متى وصلت إلى علمها هذه الإحالة اقتراح تعهدات مادام أن المؤاخذات لم تبلغ لها، حيث يمكنها اللجوء لمصالح البحث من أجل النقاش بشأن إمكانية اقتراح تعهدات، في هذه الحالة يتم ذلك عبر وسائل غير رسمية عن طريق مكالمات هاتفية أو البريد الإلكتروني، كما أن الهيئة لا تقوم بالفحص الأولي حتى يتم التأكد من وجود إمكانية حقيقية لإعمال مسطرة التعهدات.[180]

وبالرجوع للتشريع المغربي يتبين بأنه يسمح باقتراح تطبيق مسطرة التعهدات بمناسبة تقديم طلب الأمر بإجراء تدابير تحفظية، وفي هذه الحالة الفحص الأولي ليس ضروريا، وفقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 26 من المرسوم التطبيقي ل ق.ح.أ.م رقم 104.12 التي جاء فيها أنه: " يمكن أن يتم هذا التقييم بواسطة البريد أو بتضمينه في محضر أو في حالة ما رفع طلب اتخاذ تدابير تحفظية إلى مجلس المنافسة، بتقديم تقرير شفوي في الجلسة. "

---

[179] Ainsi le point 13 du Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence dispose que : « L'article R. 464-2 du code de commerce prévoit que des engagements sont proposés au regard d'une « évaluation préliminaire des pratiques en cause », nécessairement préalable à toute notification de griefs5. Il ne peut donc plus être recouru aux engagements à partir du moment où une notification des griefs est émise. », A.D.LC., Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., p.4.

[180] انظر في هذا الشأن النقط 13 و14 و 19 من بلاغ هيئة المنافسة الفرنسية بشأن تطبيق مسطرة التعهدات :
A.D.LC., Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., p.6.

هذا التوجه السابق الذكر، أخذه المشرع المغربي عن نظيره الفرنسي، الذي يتيح للمقاولة أن تتقدم باقتراح تعهدات بعد أن يتم إبلاغها بالشكوك التنافسية المرفوع على أساسها طلب الإجراء التحفظي وفق تقرير شفوي أثناء الجلسة أو تبليغ يتم قبل يوم واحد من تاريخ الجلسة، وفق ما تنص عليه المادة R464-2، إذ يمكن لهيئة المنافسة في هذه الحالة عوض الأمر بالتدابير التحفظية القبول بالتعهدات المقدمة من قبل المقاولة أثناء الجلسة، في هذا الحالة زمن تقديم التعهدات يتأخر حتى ميعاد الجلسة فقد تنجح المقاولة في محاولة إقناع الهيئة بقبول التعهدات والعدول عن اللجوء لآلية الأوامر، وهذا الأمر تحقق بالفعل في العديد من القضايا[181]، وبالتالي فالمقاولة يمكنها في حالة طلب إجراءات تحفظية أن تنتظر انعقاد الجلسة لاقتراح التعهدات.[182]

أما على مستوى القواعد الاتحادية فنجد أن صياغة المادة 9 من قواعد المفوضية الأوروبية رقم 1/2003 تترك المجال مفتوحا لإمكانية القبول بالتعهدات قبل الوقوف على الوقائع الممكن أن تشكل مخالفة لقواعد المنافسة في القضايا التي تعتزم فيها المفوضية تبني قرار الأمر بوقف المخالفة، أي قبل تبليغ المؤاخذات، فهذه المادة توجب على المفوضية تبليغ المقاولة بالشكوك حول المنافسة الناتجة عن الفحص الأولي.[183]

---

[181] في قرار مجلس المنافسة الفرنسي رقم 07-D-30 الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2002 المتعلق بسوق خدمات البث التلفزي، قامت إحدى الشركات المنافسة "Emettel" باللجوء إلى مجلس المنافسة بشأن قيام شركة "TDF" بإبرام عقود طويلة الأمد مع قنوات عمومية تتعلق بخدمات البث الأرضي، الشيء الذي أدى إلى غلق السوق في مواجهة باقي المنافسين، حيث تقدمت هذه الشركة بطلب إجراء تحفظي لوقف هذه الممارسة، وأثناء سير المسطرة تقدمت شركة "TDF" بتعهدات تتطابق والإجراءات التي كان سيأمر بها المجلس بشأن هذه الممارسة، بعد تقييم هذه التعهدات اتخذ المجلس قرارا بقبولها لكونها ستساهم في استرجاع المنافسة في السوق المعني، القرار منشور بالموقع الرسمي لهيئة المنافسة الفرنسية :

(اطلع عليه بتاريخ : 22 ابريل 2019) http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07d30

للمزيد من القرارات المتعلقة بتطبيق مسطرة التعهدات في إطار طلب الإجراءات التحفظية أمام هيئة المنافسة انظر القرارات التالية:

- القرار الصادر بتاريخ 9 أكتوبر 2007 المتعلق بسوق إصلاح السيارات رقم: 07-D-31
- القرار الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2007 المتعلق بسوق الطباعة رقم : 07-D-32

هذه القرارات منشورة بالموقع الالكتروني لهيئة المنافسة الفرنسية:

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=311&id_article=1203

[182] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.107,108.

[183] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.78.

وهكذا يمكن القول بأنه في ظل القواعد الاتحادية زمن اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات قد يبتدئ قبل مرحلة تبليغ المؤاخذات، وذلك في الحالة التي تقوم فيها المقاولة بخطوة إرادية بإعلام مصالح التحقيق أنها مستعدة لاقتراح تعهدات، وإذا كانت ظروف القضية تسمح بذلك تتم الاتصالات الأولى التي يطلق عليها كذلك وصف الأعمال التحضيرية، بين المفوضية والمنشأة التي تتخذ شكل غير علني، وذلك من أجل التأكد من أن المقاولة عازمة بشكل جدي على اللجوء لمسطرة التعهدات، فوفقا لقواعد المفوضية الأوروبية يمكن للمقاولة ربط الاتصال مع المديرية العامة للمنافسة في أي وقت من أجل الحصول على معلومات بشأن إرادة المفوضية متابعة التحقيق في القضية، وذلك من أجل تشجيع المقاولة على الكشف في أقرب وقت ممكن عن رغبتها في التفاوض بشأن تبني التعهدات، ويكون للمقاولة أجل شهر لصياغة تعهداتها بشكل نهائي.[184]

وهكذا في قضية "كوكا كولا" بعد أن تم فتح تحقيق في المسطرة العادية بشكل رسمي من قبل المفوضية الأوروبية بتاريخ 29 شتنبر 2004، تم تبليغ الشركة بالشكوك التنافسية بتاريخ أكتوبر 2004، والتي تتمثل أساسا في غلق السوق أمام المنافسين الشيء الذي انعكس سلبا على تنافسية الأسعار وجودة المنتوجات. بعد توصلها بهذه الشكوك بادرت الشركة باقتراح تعهدات لتعديل سلوكها داخل السوق بما يسمح بتجاوز هذه الشكوك. المفوضية اعتبرت أن هذه التعهدات كافية لتجاوز الشكوك التنافسية واتخذت قرار بتاريخ 22 يونيو 2005 بقفل المسطرة وجعل التعهدات ملزمة للشركة.[185]

---

[184] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.107;108.

[185] Commission Européenne, Décision du 22 juin 2005, affaire comp/a.39.116/b2 (coca-cola) : « En arrêtant une décision en application de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, la Commission rend obligatoires les engagements offerts par les parties pour répondre aux préoccupations exprimées dans son évaluation préliminaire.

... En l'espèce, la principale préoccupation exprimée par la Commission à l'égard des pratiques mises en évidence dans son évaluation préliminaire était le verrouillage de marché pour des autres concurrents, conduisant à une réduction de la pression à la baisse sur les prix et du choix de produits.», En Ligne :

بل الأكثر من ذلك، القواعد الاتحادية لا تتضمن ما يمنع من أن تكون هناك مصلحة من قبول اللجوء لمسطرة التعهدات في مراحل متأخرة، إذ يقع في بعض الحالات أن لا يتم تحريك مسطرة التعهدات في بداية مرحلة التحقيق بل يتأخر إلى مرحلة لاحقة لتبليغ المؤاخذات أو أثناء سريان المسطرة. فقواعد المفوضية وإن لم تأت على ذكر الحالات التي يمكن أن يتحول فيها النظر في القضية من مسطرة نزاعية كلاسيكية وفقا للمادة 7 من قواعد 2003 إلى مسطرة التعهدات وفقا للمادة 9، إلا أن الملاحظ في بعض القرارات الصادرة عن المفوضية أن هذه الأخيرة تظهر نوعا من التساهل بشأن قبول التعهدات حتى في الحالة التي سبق وأن قامت فيها بتبليغ المؤاخذات للمنشآت المعنية.

ومن تطبيقات ذلك قيام المفوضية في قرارها الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2007 بإعمال مسطرة التعهدات بعد تبليغها المؤاخذات لشركة "ديستري–غاز"، حيث اعتبرت أن هذا التبليغ يدخل تحت مظلة الفحص الأولي وفقا للمادة 9 من قواعد 1/2003[186]. وهكذا صدر قرار المفوضية بقبول تعهدات الشركة بشأن ممارسة همت وجود هذه الشركة في حالة وضع هيمنة اقتصادية في مجال توزيع الغاز، والناتج أساسا عن إبرام عقود طويلة الأمد لتوزيع الغاز مع زبائنها قد تقصي باقي الموزعين في السوق مما سيؤثر سلبا على المنافسة داخله، ما دفع بالشركة إلى

---

https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/45df4499-a375-44c6-8bc9-0b19e05ddc49/language-fr (consultée le : 11 avril 2019)

[186] Commission européenne, Décision du 11 octobre 2007, Affaire COMP/B-1/37966, (Distrigaz), : « Le 26 février 2004, la Commission a engagé la procédure en adoptant une communication des griefs visant les contrats de fourniture de gaz conclus entre Distrigaz et un client industriel. Le 30 juin 2005, la Commission a adopté une évaluation préliminaire concernant les contrats de fourniture de gaz conclus entre Distrigaz et diverses catégories de clients (utilisateurs industriels, producteurs d'électricité, revendeurs) en Belgique. Le 8 mai 2006, la Commission a adopté une communication des griefs complémentaire qui portait pour l'essentiel sur les contrats de fourniture de gaz conclus entre Distrigaz et des utilisateurs industriels en Belgique. Ces trois documents constituent des évaluations préliminaires au sens de l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 », En Ligne :
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37966/37966_640_1.pdf (consultée le : 11 avril 2019)

التعهد بالتنازل عن نسبة من حصصها لتوزيع الغاز تدريجيا بما يسمح لباقي المنافسين من تقديم عروض لتوريد وتوزيع الغاز، وكذلك إعادة صياغة عقود التوريد لمدد لا تفوق خمس سنوات، هذه التعهدات تم قبولها من قبل المفوضية وتقرير إلزاميتها والتصريح بقفل المسطرة.

هذا القرار يظهر بأن للمفوضية كامل السلطة التقديرية لقبول تطبيق مسطرة التعهدات حتى بعد تاريخ تبليغ التعهدات، لأن القواعد رقم 1/2003 التي تنظم مسطرة التعهدات لا تنص على عدم إمكانية القيام بذلك، فالمقاولات التي لم تتقدم بهذه التعهدات قبل التبليغ نتيجة ترددها أو تأخرها في القيام بذلك، يسمح لها بتدارك ذلك في مرحلة ما بعد التبليغ لأن هذا التبليغ يعتمد أساسا على الفحص الأولي، لكن في المقابل ليس هناك ما يضمن قبول هذا الطلب المتأخر.

وفي نفس السياق، يذهب مكتب التجارة العادلة "O.F.T" في النقطة 14.5من الخطوط التوجيهية التي أصدرها بشأن تطبيق مسطرة التعهدات، إلى أن الإمكانية متاحة لتقديم التعهدات للمكتب في أي وقت أثناء سريان مسطرة التحقيق مادام القرار النهائي لم يصدر بعد، إلا أنه يعتبر من غير المناسب القبول بالتعهدات المقدمة في مرحلة متأخرة من التحقيق، أي بعد أن يتلقى المكتب اعتراضات المقاولة بشأن ما يؤاخذ عليها.[187]

المطلب الثاني: النطاق الزمني المتاح فيه اللجوء لتطبيق مسطرة الإعفاء

المشرع المغربي لم يشر في المادة 41 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12 التي نظم فيها مسطرة الاعفاء، إلى الزمن الذي يمكن داخله طلب أو قبول تطبيق هذه المسطرة، وحتى في المادة 27

[187] The Office of Fair Trading (OFT), guidance as to the circumstances in which it may be appropriate to accept commitments, préc., :« A person or persons may offer binding commitments to the OFT at any time during the course of an investigation and up until a decision is made. However, the OFT is unlikely to consider it appropriate to accept commitments offered at a very late stage in its investigation (for example, after the OFT has considered representations in relation to its statement of objections). », p.16.

من المرسوم التطبيقي للقانون السابق الذكر التي نظم فيها شكليات طلب الإعفاء والجهة المختصة بتلقيه، وكيفية معالجته، لم يتطرق فيها كذلك لمسألة الأجل الذي يمكن داخله تطبيق هذه المسطرة. نفس الوضع نجده في مقتضيات التشريع الفرنسي فالفقرة الرابعة من المادة L464-2 من م.ت.ف. والمادة R464-5 الخاصة بتطبيقها، لم تشيرا لأي مقتضى متعلق بتحديد زمن تطبيق مسطرة الإعفاء ولم تتضمن أي إشارة لهذا الأجل.

لكن رغم الملاحظة السابقة الذكر وباستحضار المقتضيات المنظمة لمسطرة الإعفاء، يتأكد من البدء بأن هذه المسطرة تقوم على أساس واقعة الكشف عن التحالف، وهذا الكشف لا يمكن أن يخرج في جميع الأحوال عن فرضيتين[188] : إما أن يتم بشكل قبلي لأي بحث أو تحقيق، بحيث يتم الكشف لأول مرة عن التحالف من لدن منشأة ما مشاركة في هذا التحالف عن طريق طلب الإعفاء الكلي، إذ لا يكون في غياب هذا الطلب أي علم لهيئة المنافسة بوجود الاتفاق، ولا تكون قد باشرت بعد أي أبحاث بشأن هذه الاتفاقات في السوق المعنية. كما يمكن أن يأت ذلك الكشف في المرحلة اللاحقة لفتح التحقيق عندما لا تكون للهيئة وسائل إثبات كافية تدل على أن هذا الاتفاق مخالف لقواعد المنافسة، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الكشف تكميليا بحيث تقدم المنشأة الطرف في التحالف طلب اعفاء جزئي يتضمن معلومات ليست في متناول الهيئة من شأنها إثبات التحالف وإنجاح مسطرة التحقيق.

وبالرجوع للفرضيتين السابقين يتضح أن زمن تطبيق مسطرة الإعفاء وفقا لمقتضيات المادة 41 من ق.ح.أ.م. يمتد بغض النظر عن نوع هذا الإعفاء كلي أو جزئي من وقت عدم وجود أي بحث أو تحقيق بشأن الممارسة ولغاية بداية إجراءات التحقيق فيها، وهذا ما سنحاول التأكد منه من خلال التطبيقات الصادرة عن هيئات المنافسة في القانون المقارن بشأن هذه النقط.

[188] David ENCAOUA, Roger GUESNERIE, Politiques de la Concurrence, Conseil d'Analyse Economique, La Documentation française, 2006, Les Rapports du Conseil d'Analyse Economique, p.148 ; 149, En Ligne : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00177629/document (consultée le : 14 avril 2019)

وهكذا يلاحظ أن هيئة المنافسة الفرنسية فيما يرتبط ببداية زمن تطبيق مسطرة الإعفاء تقبل بربط الاتصال المسبق والسري مع طالب الإعفاء المحتمل أو مستشاريه القانونيين عند الرغبة في الحصول على معلومات تتعلق بإمكانية تطبيق مسطرة الإعفاء، ومن أجل هذه الغاية تم إنشاء جهاز خاص لتوفير هذه المعلومات القبلية في صورة مستشار الإعفاء، وهذا ما تؤكده الهيئة في النقطة 25 من بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء.[189]

وبما أن تحديد تاريخ تقديم طلب الإعفاء يكتسي أهمية كبيرة[190] خاصة في الحالة التي لا تكون فيها للمقاولة التي تكشف عن التحالف كافة الاثباتات الضرورية لتقديم طلب رسمي للاستفادة من مسطرة الإعفاء، ابتكر الواقع العملي آلية جد مهمة تسمح بتقديم طلب إعفاء أولي، يمكن من خلاله للمنشأة التي ترغب في الكشف عن التحالف من الاستفادة من آلية يطلق عليها بالفرنسية "système de marqueur". هذه الآلية تسمح بضبط تاريخ تقديم طلبات الإعفاء الأولية وفق ترتيبها الزمني، وبناء على ذلك يتم ترتيب طلب الإعفاء الرسمي المقدم وفقا لنفس رتبة الطلب الأولي، وذلك ضمانا لاستفادتها مستقبلا حسب هذا الترتيب إما من الإعفاء الكلي أو الإعفاء الجزئي، وذلك كله لترك الفرصة للمقاولات لتجميع كافة عناصر الإثبات الضرورية لتقديم طلب رسمي نهائي، ونظرا لأهمية هذه الآلية عملت الشبكة الأوروبية للمنافسة على تأطيرها في نظام الإعفاء النموذجي.[191]

---

[189] A.C.F, point 25 du Communiqué dispose que : « L'Autorité de la concurrence accepte d'avoir des contacts préalables et anonymes avec un demandeur de clémence potentiel ou son conseil qui souhaiterait obtenir des informations générales sur la mise en œuvre de la procédure de clémence. Le conseiller clémence de l'Autorité peut être contacté à cet effet, soit par téléphone (+33 (0).1.55.04.02.00), soit par l'intermédiaire de l'adresse clemence@autoritedelaconcurrence.fr. » Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., p.6.

[190] فتاريخ تقديم طلبات الاستفادة من هذا النوع من المساطر جد مهم، باعتبار أن المقاولة الأولى التي تتوفر فيها الشروط المطلوبة هي التي يمكنها الاستفادة من الإعفاء الكلي، أما المقاولات التي تليها في الرتبة الثانية لا يكون لها سوى الحق في الاستفادة من الإعفاء الجزئي.

[191] Le programme model de clémence du réseau européen de concurrence dispose dans le point 40 que : « Afin d'alléger la charge que les multiples demandes parallèles représentent pour les entreprises et les autorités de concurrence, le programme modèle du REC propose un modèle de système uniforme de demandes sommaires. En présentant une demande sommaire, l'entreprise assure sa position dans l'ordre d'arrivée des demandes auprès de

وقد تم تبني هذه الآلية في بلاغ هيئة المنافسة الفرنسية بشأن مسطرة الإعفاء في النقطة رقم 31، والتي تتضمن منح المقاولة أجل شهر لتقديم طلب الإعفاء الرسمي[192]، هذه الآلية تم تبنيها كذلك في قواعد الإعفاء الخاص بالمفوضية الأوروبية وذلك وفق للتعديل الذي جاءت به قواعد 2006 [193]، واتضح أن هذه الآلية جد مناسبة خاصة في الحالة التي يتم فيها الكشف عن التحالف بمناسبة إعادة هيكلة المقاولة[194]، إذ يمكن للمقاولة المستفيدة من عملية تفويت الأصول أن تطلب الاستفادة من الإعفاء لتجنب العقوبات الممكن تقريرها بشأن الممارسات المنافية التي قامت بها المقاولة المفوتة، فغالبا ما لا تتوفر الشركة المستحوذة على الإثباتات الضرورية التي تسمح لها بتقديم طلب رسمي للإعفاء.[195]

من خلال ما سبق يمكن القول بأن زمن تطبيق مسطرة الإعفاء يرتبط بشكل أساسي بتاريخ الكشف عن التحالف، سواء تم ذلك الكشف في إطار التدابير التحضيرية التي تسبق

---

l'autorité de concurrence compétente pour l'entente présumée », réseau européen de concurrence, programme modèle en matière de clémence, préc., p.16.

[192] A.C.F, point 31 du Communiqué dispose que : « Un numéro de téléphone spécialement dédié à la prise de rendez-vous en vue du dépôt d'une demande de clémence est mis à disposition (+33 (0).1.55.04.02.00). Les rendez-vous demandés seront accordés dans l'ordre chronologique de leur formulation afin de garantir le traitement des demandes dans l'ordre d'arrivée en cas de demandes multiples. A l'issue de l'appel, le Conseiller clémence accuse réception avec la date et l'heure par courriel et organisera un rendez-vous de dépôt de demande de clémence avec le rapporteur général ou l'un de ses adjoints. La demande de clémence sera réputée avoir été formulée à l'heure et la date du passage des représentants de l'entreprise dans les locaux de l'Autorité. », Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., p.6.

[193] Communication de la commission européenne sur l'immunité de l'amende et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, n° (2006/C 298/11), du 8 décembre 2006, préc., point 15. p.19.

[194]ومن التطبيقات العملية لهذه الحالة السابقة الذكر القضية التي همت كل من شركة " سوت بويز" وشركة " كريستي "، وتعود جذور هذه القضية إلى قيام " آرتينيس " سنة 1998 وهي هولدينغ فرنسي بالاستحواذ على كريستي الرائدة عالميا في مجال البيع بالمزادات، بعد هذه العملية اكتشف الرئيس الجديد المعين من طرف الشركة الأم" آرتينيس " تورط الشركة التي تم الاستحواذ عليها مع شركة " سوت بويز " في اتفاق منافي للمنافسة اتخذ شكل تحالف، هذه الممارسة لم تكن في علم شركة "آرتينيس" قبل عملية الاستحواذ وبعد استشارة الممثل القانوني للشركة تم تقرير وجوب التقدم بشكل فوري بطلب الإعفاء إلى كل من "D.O.J" والمفوضية الأوروبية، وأدى هذا الطلب إلى استفادة شركة كريستي من إعفاء كلي في كل من النظامين وعلى العكس من ذلك تكبدت شركة " سوت بويز " جزاءات مالية كبيرة، انظر:

-Pierre DESBROSSE, les programme de clémence à l'épreuve de globalisation des marche, Revue internationale de droit économique 2010/2 , p.228.

[195] Laurence IDOT, Les procédures de clémence en droit de la concurrence, op.cit, p.114.

هذا الكشف إن صح التعبير، أي عن طريق آلية الطلب الأولي أو بعد تقديم طلب رسمي للاستفادة من الإعفاء الكلي، كما أن هذا الكشف قد يمتد إلى مرحلة ما بعد التحقيق وفي هذه الحالة تقوم المنشأة بتقديم طلب تطبيق مسطرة الإعفاء للاستفادة من التخفيض الجزئي للعقوبة المالية الممكن إقرارها بها.

لكن هناك اتجاه فقهي يدعوا إلى فتح الإمكانية لطلب الاستفادة من مسطرة الإعفاء الكلي حتى بعد مرحلة التحقيق بشأن قضايا التحالف، فكل من السيد " ماسيموا موتا" و "مايكل بولو" يذهبان إلى أنه قد لا تجد المقاولات فائدة في الكشف عن التحالف قبل إجراء التحقيق، وذلك لأن احتمال مواجهة الجزاءات تبقى هي نفسها في الحالة التي تقرر فيها الدخول في التحالف، وبالتالي يرى هذان الباحثان أنه من الواجب على هيئة المنافسة التنصيص في برامجها للإعفاء على إمكانية حصول المنشآت على إعفاء كلي، عندما تكشف على معلومات مهمة في الحالة التي لا تكون فيها للهيئة أدلة إثبات على وجود المخالفة رغم فتح التحقيق، فحتى وإن كان هذا الكشف قد تم بعد فتح التحقيق فاحتمالية الجزاء تكون أكبر نتيجة لذلك، الشيء الذي يجعل إمكانية تخفيض الغرامة مقابل تعاون المقاولة أكثر جاذبية [196]. هذا الاتجاه الفقهي تم تبنيه من قبل المشرع الأمريكي في إطار إصلاح نظام الاعفاء الأمريكي لسنة 1993.

كما أن الفقه الفرنسي يؤيد التوجه السابق، ويعيب على المشرع الفرنسي أنه في الفقرة الرابعة من المادة L464-2 لم يحدد ما إذا كان بإمكان المقاولة الحصول على الإعفاء حتى بعد وجود تحقيق أو أبحاث جارية[197]، فالأمر يتعلق بنقطة حاسمة ترتبط بضمان فعالية الإعفاء لذا

[196] Massimo MOTTA et Michelet POLO, Leninency programs And cartel prosecution, International journal of industrial Organizations, 21(2003) n° 3, En Ligne : www.elsevier.com/locate/econbase (consultée le: 14 août 2020), Cité par Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle a l'aune du droit américain, op.cit., p.517.

[197] المشرع الفرنسي لم يعط أي إشارة بالنسبة لإمكانية الحصول على الإعفاء في حالة إذا كان التحقيق جاريا، ونجد في قضية تحالف الفيتامين تم قبول طلب الإعفاء المقدم من قبل الشركة التي كشفت عن التحالف بالنسبة لبعض الأسواق دون أسواق أخرى، أما باقي الشركات فقد تم رفض طلب الإعفاء المقدم من قبلها نتيجة لتأخرها بشهر كامل منذ تاريخ الكشف عن التحالف، انظر:

على الهيئة الاستفادة من التجربة الأمريكية. ففي تطبيقات نظام الإعفاء الأمريكي لسنة 1978 لم تكن النتائج في المستوى المطلوب، إذ لم يقدم سوى طلب واحد في الفترة الزمنية ما بين 1978 و1988 والسبب الرئيسي في ذلك هو عدم إمكانية الاستفادة من الإعفاء الكلي منذ اللحظة التي يتم فيها البدء في التحقيق، لذا جاء تعديل 1993 لتجاوز هذا النقص، فأصبح يسمح للمقاولة إذا كانت هي أول من يتقدم لطلب الإعفاء لمصالح "D.O.J" ولم تكن لهذه الأخيرة أي عناصر كافية لإثبات المخالفة في حقها، فإن هذه المقاولة تستفيد من إعفاء كلي من الغرامة رغم فتح التحقيق، وهذا التعديل انعكس بشكل إيجابي على ارتفاع عدد طلبات الإعفاء منذ دخوله حيز التنفيذ.[198]

وقد استفادت المفوضية الأوروبية من التجربة الأمريكية إلى حد ما. فرغم أن قواعد 1996 لا تضمن الاستفادة من الإعفاء الكلي إلا في حالة المساهمة في إثبات التحالف قبل بداية التحقيق، إلا أن المقاولات التي تتعاون بعد بداية التحقيق يمكنها أن تستفيد من تخفيض جد مهم تتراوح نسبته بين 50٪ و75٪ من قيمة العقوبة المالية التي كانت ستواجهها في غياب هذا التعاون.

المطلب الثالث: النطاق الزمني المتاح فيه اللجوء لتطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

فيما يخص تحديد الزمن الذي يمكن داخله طلب أو قبول تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات التي نظمها المشرع في المادة 37 من ق.ح.أ.م، التي تشير إلى أنه: " إذا لم تعارض إحدى الهيئات أو المنشآت صحة المؤاخذات المبلغة إليها... "، تسمح بالقول بأن زمن تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات يبتدأ من تاريخ توصل المقاولة المعنية بالمؤاخذات.

Jean-Christophe RODA, La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p.17.

198 Marina Martina STEINBOCKOVA, Leniency programme in antitrust law, op.cit., p.8.

لكن يبقى التساؤل مطروحا بشأن الحد الذي يمتد إليه هذا الزمن، وهل يمكن قبول تقديم أو تطبيق هذه المسطرة في جميع مراحل المسطرة العادية إلى غاية صدور قرار مجلس المنافسة؟، هذا التساؤل سنحاول الإجابة عليه من خلال الأخذ بعين الاعتبار المقتضيات القانونية والتطبيقية المعمول بها أمام هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية.

فيما يتعلق بتنظيم زمن اللجوء لتطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات (مسطرة الصلح حاليا) أمام هيئة المنافسة الفرنسية نجد أن الفقرة الثالثة من المادة L464-2 من م.ت.ف. اقتصرت هي كذلك على الإشارة فقط إلى أن طلب تطبيق المسطرة يتم بعد التبليغ كما هو الحال في المادة 37 من ق.ح.أ.م. لكن هيأة المنافسة في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات عملت على تجاوز النقص الحاصل في المادة السابقة، من خلال الإشارة في النقطة 24 من نفس البلاغ إلى أن المقاولة التي ترغب في الاستفادة من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، يجب أن تتقدم بطلبها للمقرر العام في أقرب وقت داخل أجل الشهرين الموالين لتوصلها بالتبليغ بالمؤاخذات، وذلك تماشيا وأجل الشهرين الممنوحة لها وفقا للمادة L464-2 من م.ت.ف. من أجل تقديم ملاحظاتها، وأضافت في النقطة 23 أنه يمكن للمقاولة أن تبادر إلى ربط الاتصال مع الهيئة من أجل مناقشة إمكانية الاستفادة من تطبيق هذه المسطرة حتى قبل توصلها بالمؤاخذات.[199]

وبالاطلاع على تطبيقات مجلس المنافسة الفرنسي(هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) نجده أنه كان يتعامل بمرونة مع مسألة الأجل الأقصى الواجب داخله طلب الاستفادة من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات المبلغة، حيث أكد في القرار الصادر بتاريخ 9 مارس 2003 في القضية رقم 06-D-03 أن مسطرة عدم المنازعة أو الصلح يمكن أن تعمل في أي لحظة من تاريخ

[199] Voir point 13 du communiqué de procédure de l'Autorité de concurrence, du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, préc., p.6.

التوصل بالمؤاخذات المبلغة و قبل تبليغ التقرير الذي ينجزه المقرر، وذلك حتى بعد انقضاء الأجل الممنوح لها لإبداء ملاحظاتها حول هذه المؤاخذات مادام التقرير السابق لم يتم تبليغه.[200]

في ضوء المقتضيات والتطبيقات السابق ذكرها يتضح بأن زمن تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات ومن بعدها مسطرة الصلح كما تم تبنيها في التشريع الفرنسي التي تقابلها مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات في ق.ح.أ.م، يمكن أن يبتدأ بصفة غير رسمية قبل التبليغ بالمؤاخذات بما يسمح للمقاولة المعنية أن تبادر لربط الاتصال مع الهيئة لمناقشة إمكانية تطبيق تلك المسطرة متى وصل إلى علمها أن الهيئة بصدد صياغة مؤاخذات في مواجهتها، ويمتد هذا الزمن وفقا لما يستفاد من القرارات السابقة الذكر حتى تاريخ تبليغها بالتقرير الذي ينجزه المقرر العام.

أما بالنسبة لقواعد المفوضية الأوروبية فالأمر يختلف شيئا ما فمسطرة الصلح[201] مع المفوضية الأوروبية التي هي كذلك تشبه إلى حد ما مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات المؤطرة في ق.ح.أ.م، يتم تحريكها بناء على مبادرة من المفوضية الأوروبية نفسها، وذلك من خلال توجيه طلب للمقاولة المعنية كي تبدي مصلحتها في التحاور من أجل التوصل إلى صلح،

---

[200] C.C.F, Décision n° 06-D-03 bis* du 9 mars 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, point 608 : « En dernier lieu, contrairement à ce que soutient la société Grohe, le délai supplémentaire accordé aux sociétés Brossette et Emafu n'avait pas pour objet de faciliter l'établissement d'un procès-verbal de non contestation des griefs, mais bien de leur permettre de déposer leurs observations dès lors qu'elles remplissaient les critères cités au paragraphe précédent. En effet, la procédure de non-contestation des griefs prévue au III de l'article L. 464-2 du code de commerce peut, en principe, intervenir à tout moment, entre la réception de la notification de griefs et la notification du rapport aux parties, y compris une fois le délai de remise des observations expiré, dès lors que le rapport du rapporteur n'est pas encore notifié. », p.173, En Ligne :

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d03.pdf (consultée le : 27 avril 2019)

[201] نشير إلى أن القانون الألماني للمنافسة يعرف كذلك مسطرة شبيهة بمسطرة الصلح، تسمح هذه المسطرة للهيئة الألمانية للمنافسة بإمكانية فتح حوار مع الأطراف المعنية قبل عملية تبليغ المؤاخذات من أجل تحديد الغرامة وفقا لمفاوضات تتخذ شكل مشروع قرار، ودون أن يكون هناك ضمان بعدم قيام المقاولة بالمنازعة في هذا القرار، انظر:

Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p.32.

ويتم توجيه هذا الطلب بعد فتح المسطرة الرسمية في وجه المقاولة المعنية عن طريق رسالة مكتوبة تتضمن أجلا للإجابة[202]، والأجل الممنوح للمقاولة للرد على طلب المفوضية لا يمكن أن يقل عن أسبوعين، وإذا أبدت المقاولة مصلحتها في اللجوء للمسطرة تقوم المفوضية بإبلاغها بالمؤاخذات، تم يبقى لها أجل أسبوعين لتأكيد طلب المضي في مسطرة الصلح. [203]

كما أن القواعد رقم 2008/622 الصادرة بتاريخ 30 يونيو 2008 المتعلقة بمسطرة الصلح في مادتها الأولى تنص على أن المفوضية يمكن أن تقرر فتح مسطرة الصلح في كل وقت، ولكن في أبعد الآجال عندما تتبنى تقيما أوليا وفقا للفقرة الأولى من المادة 9 من نفس القواعد، أو عند تاريخ تبليغ المؤاخذات أو إرسال طلب للمقاولة للكشف عن رغبتها في المشاركة في المناقشات من أجل التوصل إلى صلح، أو في تاريخ نشر بلاغ صحفي تطبيقا للفقرة الرابعة من المادة 27 من نفس القواعد، وذلك حسب أسبقية هذه التواريخ[204]. فهذه المادة تحدد بشكل دقيق الزمن الذي يمكن داخله قبول الهيئة تطبيق مسطرة الصلح.

خلاصة القول أنه بالنظر إلى النطاق الزمني الممكن داخله طلب أو قبول تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، مقارنة بباقي الأزمنة المتعلقة بإمكانية تطبيق المساطر التفاوضية الأخرى، يظهر أن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات هي آخر حل يمكن اللجوء إليه لتجنب

---

[202] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.55.

[203] La Commission soulignée que : « Après l'ouverture de la procédure prévue à l'article 11, paragraphe 6, du règlement (CE) no 1/2003, la Commission peut impartir aux parties un délai pour lui faire savoir par écrit si elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, afin de présenter, le cas échéant, des propositions de transaction. La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les réponses reçues après l'expiration de ce délai. », Règlement (Ce) No 622/2008 De La Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, p.2., En Ligne :

https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:171:0003:0005:FR:PDF (consultée le : 3 juin 2019)

[204] Voir le premier article du règlement (Ce) No 622/2008 de la commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, préc., p.1.

المسطرة النزاعية العادية، وذلك إذا ما تم مقارنتها مع مسطرة التعهدات والإعفاء التي يتم اللجوء إليهما بشكل مبكر، إذ نجدها تأتي في مؤخرة السباق إن صح التعبير. رغم ذلك هذا الأمر ليس من شأنه أن يمس بجاذبية هذه المسطرة مقارنة بباقي المساطر، بل يجعلها ذات قيمة إضافية معتبرة، حيث تتدخل هذه المسطرة في مرحلة لاحقة لتبليغ المؤاخذات وتسبق إعداد تقرير المقرر العام، وهي لا تقل فائدة عن مسطرة التعهدات والإعفاء، فهي تسمح للمقاولات المعنية بالاختيار بين تقديم طلب الاعفاء أو انتظار التوصل بالمؤاخذات وفي ضوئها تقرر المنازعة فيها.[205]

الفرع الثاني: مراحل تطبيق المساطر التفاوضية

الهدف من تنظيم المشرع المغربي للمساطر التفاوضية في ق.ح.أ.م. رقم 104.12، هو منح مجلس المنافسة آليات اشتغال موازية للآليات المعمول بها في نطاق المسطرة العادية، تسمح له بمعالجة الملفات المعروضة عليه بمرونة وسرعة أكثر وبتكلفة أقل، والملاحظ هو أن المشرع المغربي نظم مراحل تطبيق هذه الآليات المسطرية وفق نفس التوجه السابق الذي لمسناه فيما يخص تحديد نطاق وزمن تطبيق مختلف المساطر التفاوضية، وهو منطق وضع مقتضيات عامة ومجردة وغير مفصلة. وهذا ما يفرض علينا في ظل تأخر صدور التطبيقات العملية لمقتضيات نصوص ق.ح.أ.م. فيما يتعلق بتدقيق مراحل تطبيق المساطر التفاوضية، محاولة توضيح المراحل الإجرائية المتعلقة بهذا التطبيق، وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار التطبيقات المعمول بها من طرف هيئات المنافسة في التشريعات المقارنة، وخاصة تلك المتعلقة بهيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية.

[205] Bruno Lasserre, La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : bilan et perspectives d'un outil pionnier, op.cit., p.7.

وفي ضوء ما سبق سنتطرق تباعا لمراحل تطبيق مسطرة التعهدات (المبحث الأول) ثم ننتقل إلى عرض مراحل تطبيق مسطرة الإعفاء (المبحث الثاني) ثم في الأخير لمعالجة مراحل تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات (المبحث الثالث).

المبحث الأول: مراحل تطبيق مسطرة التعهدات

غالبا ما يتم اقتراح التعهدات بعد توصل المنشآت بالتقييم الأولي الذي يتضمن الشكوك التي تقدر الهيئة أنها مرتبطة بسلوك هذه المنشآت، وعلى أساس هذه الشكوك يتم اقتراح التعهدات، وبالتالي يمكن القول بأن توصل المنشأة بالتقييم التنافسي واقتراح التعهدات يشكل المرحلة الأولى لتطبيق مسطرة التعهدات(المطلب الأول)، تليها بعد ذلك مرحلة جد مهمة وتكون هي الحاسمة في نجاح مسطرة التعهدات من عدمها، وهي المرحلة المتعلقة بعرض اقتراحات التعهدات على الغير أي المنشآت الفاعلة في السوق المعني من أجل إبداء ملاحظاتها، وذلك في أفق التفاوض بشأن التعديلات الممكن إدخالها عل هذه التعهدات والتوصل إلى الصيغة النهائية لها (المطلب الثاني) وأخيرا يتم عرض هذه التعهدات على المجلس قصد اتخاذ قرار بشأن الزامية تنفيذها واتخاذ التدابير الكفيلة بتتبع هذا التنفيذ (المطلب الثالث).[206]

المطلب الأول: توصل المنشأة بالتقييم الأولي واقتراحها للتعهدات

التقييم الأولي آلية جد مهمة تشكل نقطة انطلاق باقي مراحل تطبيق مسطرة التعهدات فهو يسمح للمقاولة بالتعرف على الشكوك التي قد تصل إلى علم هيئة المنافسة بشأن ما قد ينتج عن مشاريع التركيز التي تعزم المنشآت تنفيذها أو سلوكياتها داخل السوق، سواء تعلق الأمر

[206] إشارة مهمة لابد من إبدائها قبل المضي في معالجة هذا المبحث وهي تلك المتعلقة بالتأكيد على أن مراحل تطبيق التعهدات هي نفسها بالنسبة لتلك المتعلقة بمراقبة عمليات التركيز و المتعلقة بالممارسة المنافية للمنافسة، لأنه في كلا الحالتين يتعلق الأمر بتدابير تسعى من خلالها المنشأة إلى تجاوز الشكوك التنافسية التي قد ترتبط بمشروع التركيز أو تلك التي تتعلق بسلوك قد يدخل تحت سقف الممارسات المنافية للمنافسة، ولعل ما يؤكد ذلك هو كون أن هذه المراحل التي تم تنظيمها في مقتضيات تشريعية خاصة بالنسبة للفرع المتعلق بالممارسات المنافية هي في أغلبها مستمدة من التطبيقات العملية التي كان معمولا بها في مجال مراقبة عمليات التركيز، وبعد أن تم تمديد مسطرة التعهدات لمجال الممارسات المنافية للمنافسة تم تبني نفس تلك التطبيقات وذلك مع اختلافات بسيطة سنشير إليها كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

بالآثار السلبية الممكن أن تنتج عن هذه المشاريع أو الشكوك بشأن ممارسة قد تصبح مستقبلا منافية للمنافسة (الفقرة الأولى) وفي ضوء هذا التقييم تقوم المنشأة بصياغة واقتراح التعهدات التي تتضمن الحلول المناسبة لتبديد هذه الشكوك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: توصل المنشأة بالتقييم الأولي

تطرق المشرع المغربي لآلية التقييم الأولي بشكل خاص في المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 المتعلق بتطبيق ق.ح.أ.م، وذلك من خلال المادة 26 التي تنص على أنه: "عندما يعتزم مجلس المنافسة تطبيق الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون رقم 104.12 المتعلقة بالموافقة على التعهدات المقترحة من طرف المنشآت، يقوم المقرر بإخبار المنشآت والهيئات المعنية بنتائج تقييمه الأولي بخصوص الممارسات المعنية.

يمكن أن يتم هذا التقييم بواسطة البريد أو بتضمينه في محضر، أو في حالة ما رفع طلب اتخاذ تدابير تحفظية إلى مجلس المنافسة، بتقديم تقرير شفوي في الجلسة.

توجه نسخة من التقييم الأولي إلى صاحب الإحالة وكذا إلى مندوب الحكومة، ما عدا إذا تم تقديم هذا التقييم شفويا. "

هذه المادة تؤكد على أنه كلما تعلق الأمر بتطبيق مسطرة التعهدات في إطار المادة 36 المتعلقة بالشكوك حول المنافسة التي قد ترقى إلى ممارسات منافية مستقبلا، لابد أن يسبق ذلك إخبار للمنشأة المعنية بهذا التطبيق بنتائج التقييم الأولي الذي ينجزه المقرر العام، والذي يمكن أن يتم توجيهه من قبل هذا الأخير وفق عدة أشكال، الشيء الذي يتيح مرونة جد كبيرة للمقرر العام لاختيار الوسيلة الأنسب التي سيتم بها إعلام المنشأة بهذا التقييم وذلك وفقا لظروف كل قضية على حدة، وهكذا يمكن أن يتم ذلك الإعلام عن طريق البريد أو بمحضر أو حتى عن طريق تقرير شفوي أثناء الجلسة في حالة تعلق الأمر باللجوء لمسطرة التعهدات أثناء النظر في

طلب اتخاذ تدابير تحفظية، وهذا عكس ما عليه الأمر في المسطرة النزاعية العادية التي تتطلب تبليغ المؤاخذات وفق شكلية معينة قد لا تتوفر فيها مثل هذه المرونة.

أما بالنسبة لطبيعة هذا التقييم الأولي في حالة ما إذا تعلق الأمر بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، يمكن الاستنتاج بأنه وإن كان المشرع المغربي في المقتضيات المتعلقة بمراقبة هذه العمليات لم يشر إلى هذا النوع من التقييم الأولي، فهذا لا يمنع من التأكيد بأنه غالبا ما سيتم إخبار المنشأة بما يفيد هذا التقييم في المراحل القبلية غير الرسمية التي تسبق تبليغ مشروع عمليات التركيز الاقتصادي.

كذلك يمكن القول أنه في حالة تعلق الأمر بتقديم التعهدات في المرحلة التي تلي تبليغ مشروع التركيز، تبعا للإمكانية المتاحة للمنشأة في تقديم تعهدات في كل من مرحلة الفحص المبسط أو المعمق لمشروع التركيز، في هذه الحالة التقييم الأولي تماثله نتائج البحث المبسط أو المعمق، إذ يضمن فيها نفس ما يمكن أن يضمن في التقييم الأولي، بل الأكثر من ذلك هذا الفحص وخاصة في مرحلة الفحص المعمق قد يكون أكثر دقة فيما يتعلق بتحديد الآثار السلبية التي قد تكون لمشروع التركيز على الوضع المستقبلي للمنافسة[207]، التي على ضوئها يمكن للمنشأة اقتراح التعهدات.

والمشرع المغربي على غرار نظرائه في التشريعات المقارنة – مدونة التجارة الفرنسية وقواعد الاتحاد الأوروبي– لم يقم بتحديد دقيق لمضمون التقييم الأولي بل اكتفى بالإشارة في المادة 36 من ق.ح.أ.م. إلى أنه: "كما يجوز له أيضا الموافقة على التعهدات المقترحة من طرف المنشآت أو الهيئات والتي من شأنها وضع حد للأفعال التي تثير اهتمامه في مجال المنافسة والتي قد تشكل ممارسات محظورة[208] منصوص عليها في المواد 6 و 7 و8 من هذا القانون."، هذه المادة إذا

[207] François BLANC, Les engagements dans le droit français des concentrations, op.cit., p.64.

[208] انظر المادة 26 من المرسوم رقم 2.14.652، السالف الذكر التي تنص على أنه "يرسل المقرر العام استدعاء إلى الأطراف وإلى مندوب الحكومة قصد حضور الجلسة مرفقا بالتعهدات المقترحة، وذلك ثلاثة أسابيع على الأقل قبل انعقاد الجلسة. ويمكن للأطراف ولمندوب الحكومة الإدلاء بملاحظات شفوية أثناء الجلسة."

قرأناها في ظل مقتضياتها التطبيقية التي جاءت في المادة 26 من المرسوم التطبيقي، يتبين لنا أن التقييم الأولي يتضمن وفقا لما سبق تقييما للأفعال الصادرة عن منشأة ما، والتي تثير اهتمام المجلس في مجال المنافسة.

هذه الصياغة اللفظية للفظ "اهتماماته في مجال المنافسة " التي تبناها المشرع انطلاقا من ترجمة مضامين نص الفقرة الأولى من المادة L464-2 من م.ت.ف. وخاصة لفظ " préoccupation de concurrence "، تبقى قاصرة عن التعبير بشكل دقيق عن مضمون التقييم الأولي، فالمشرع لم يتحمل عناء تحديد المقصود بلفظ " الاهتمامات في مجال المنافسة " شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي في المادة L464-2.

وهذا ما عابه الفقه الفرنسي على مشرع م.ت.ف، وجعله يذهب إلى القول بأن لفظ " الاهتمامات في مجال المنافسة " يجب النظر إليه في قانون المنافسة باعتباره السلوك أو التصرف التنافسي"l'attitude concurrentiel " للفاعل الاقتصادي الذي قد يمثل لهيئة المنافسة مخاوف تتعلق بكونه من المحتمل أن يؤدي إلى مخالفة لقواعد المنافسة، فالتقييم الأولي هدفه هو تحديد ما إذا كانت هذه المخاوف لا ترقى إلى مخالفات توجب النطق بجزاءات، وذلك من خلال التأكد من أن هذا السلوك المتخوف منه لا يزال في مرحلة مبكرة ولم تنتج عنه بعد آثار سلبية ملموسة على وضعية المنافسة.[209]

أما فيما يتعلق بمضمون التقييم الأولي المتعلق بمراقبة مشاريع التركيز، فيمكن القول أنه على عكس الوضع الغامض الذي ينتج عن تبني لفظ " اهتمامات في مجال المنافسة" المستعمل في المادة 36 السابقة الذكر، نجد أن المشرع في تنظيمه لمقتضيات عملية مراقبة مشروع التركيز وخاصة على مستوى الفحص المعمق، نص على مقتضيات من شأنها أن تسمح بتوضيح الصورة أكثر بالنسبة للمنشأة، فالمشرع أشار بشكل صريح إلى أمثلة للآثار السلبية الممكن أن تبرر اللجوء إلى الفحص المعمق لمشروع التركيز، التي يمكن للمقاولة تجنبها عن طريق آلية

[209] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.210.

التعهدات. فمقتضيات المادة 15 من ق.ح.أ.م. تفيد بأن مجلس المنافسة ينظر فيما إذا كان مشروع التركيز من شأنه أن يخل بالمنافسة، لاسيما عن طريق إحداث وضع مهيمن، أو تعزيزه، أو بواسطة إحداث أو تعزيز قوة شرائية تجعل الموردين في وضعية تبعية اقتصادية، وهذه أمثلة واضحة عن المخاوف التي قد تكون لدى المجلس بشأن مشروع التركيز الذي أثيرت بشأنه شكوك أثناء الفحص المبسط أوجبت القيام بفحص معمق للتأكد من مداها، وتعد إشارة موجهة للمنشأة صاحبة مشروع التركيز لاقتراح تعهدات تبدد هذه الشكوك.

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية للتقييم الأولي الذي يقوم به المقرر في إطار مسطرة التعهدات يتضح أن مجلس المنافسة الفرنسي حاول من جانبه رفع الغموض عن الطبيعة القانونية للتقييم الأولي، حيث ذهب في إحدى قراراته[210] إلى القول بأن التقييم الأولي للمنافسة الذي ترتكز عليه مسطرة التعهدات، لا يجب النظر إليه كتكييف قانوني للممارسة كما هو الشأن في القرارات الصادرة عن المجلس بشأن المسطرة العادية، ولا يجب خلطه كذلك مع التكييف المقترح من قبل مصالح التحقيق المضمن في التبليغ بشأن المؤاخذات. هذا التوجه أكدته محكمة الاستئناف بباريس في قضية "canal9"[211]، إذ قضت بأن التقييم هدفه هو ضمان جدية

---

[210] C.C.F, décision n° 06-D-20 du 13 juillet 2006, point 100 : « l'évaluation préliminaire de concurrence sur laquelle se fonde la procédure ne saurait être confondue avec une qualification des pratiques telle que cette qualification peut être retenue dans une décision du Conseil, ni même avec la qualification proposée par les services d'instruction dans une notification de griefs. Dans ces conditions, l'acceptation par une entreprise d'entrer dans une procédure d'engagements afin de répondre à une préoccupation de concurrence exprimée par le Conseil n'est en rien assimilable à une reconnaissance de pratique anticoncurrentielle de la part de l'entreprise proposant des engagements. De même, la décision du Conseil conduisant, le cas échéant, à accepter ces engagements, ne peut être assimilée à une décision qualifiant une pratique au regard du titre III du code de commerce. » En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=06-D-20 (consultée le 14 juin 2020)

[211] C.A de paris a rappelée dans son Arrêt du 6 novembre 2007, n° 2006/18379, que : « Mais considérant qu'outre que la société Canal 9, partie saisissante, est dépourvue d'intérêt à se prévaloir d'une atteinte aux droits de la partie visée par l'acte en cause, soit en l'espèce le GIE, la cour relève que si, au terme de l'analyse concurrentielle à laquelle il procède dans le cadre de l'évaluation préliminaire, le rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée, cette appréciation, qui a pour seul but de garantir le sérieux de la procédure de négociation ainsi mise en œuvre, n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à cette entreprise, ni, a fortiori, de

المسطرة، وليس الاستدلال على حقيقة وجود مخالفة، ومن ثم تحديد الجزاءات الممكن النطق بها، وبالتالي لا يمكن أن تشكل بأي وجه وثيقة اتهام وفقا لنصوص المادة السادسة من المعاهدة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

هذا القرار السابق يفيد بضرورة التمييز بين التقييم الأولي المعمول به في مسطرة التعهدات وتبليغ المؤاخذات المعمول به في مسطرة البحث العادية، هذا التمييز راجع لكون الأمر في مسطرة التعهدات لا يتعلق بمخالفة محققة بالمعنى الملموس والتي توجب تعيينها بشكل دقيق ومحدد، بل بسلوك مستجد لم ينتج بعد آثاره، وفي هذه الحالة ليس من المطلوب الوصول إلى تأكيدات قاطعة بشأن مخالفة هذا السلوك لقواعد المنافسة.[212]

وتجب الإشارة فيما يخص هذا التمييز بين التقييم الأولي وتبليغ المؤاخذات إلى خصوصية مرتبطة بتطبيقات المفوضية الأوروبية، التي تعتبر كما أشرنا سابقا إلى أن لا شيء يمنع من أن يأتي التقييم الأولي في شكل تبليغ للمؤاخذات، ولعل هذا التوجه تتبعه المفوضية لتبرير إمكانية اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات حتى بعد تبليغ المؤاخذات.

هذا التوجه يثور معه التساؤل عن حدود سلطة هيئات المنافسة بالنسبة لتعيين حقيقة المخاوف التي تضمنها هيئة المنافسة في التقييم الأولي، والملاحظ على مستوى تطبيقات المفوضية الأوروبية بأن هذه الأخيرة عند وضعها للتقييم الأولي فهي تقوم فقط بتوضيح مخاوفها بناء على قواعد المنافسة، فهي لا تقوم بتعيين المعيار المخالف للممارسة، وبالتالي فإن هذه الآلية تشكل دعوة من قبل المفوضية للحوار مع المعنيين حول الطريقة التي يمكن بها التخلص من هذه المخاوف واسترجاع شروط منافسة مقبولة.[213]

---

conduire au prononcé d'une sanction ; qu'elle ne constitue donc pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=06d29#recours (consultée le 14 juin 2020)

[212] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit.209.

[213] Fabrice RIEM, Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil, op.cit., p.88.

أما هيئة المنافسة الفرنسية فنجدها تؤكد في النقطة 18 من بلاغها بشأن تطبيق مسطرة التعهدات، أن التقييم الأولي يتم وفق تدابير بحث مخففة حيث يقتصر دور المقرر فيها على إبراز تجليات المساس الواقع بالمنافسة أو الذي يمكن أن يقع ومن شأنه أن يدخل ضمن إطار الممارسات الممنوعة، وتؤكد كذلك على وجوب تعيين تلك الشكوك بشكل كافي يسمح فيما بعد بمراقبة قابلية تجنبها عن طريق التعهدات المقدمة. [214]

ونجد أن الاجتهاد القضائي الفرنسي بخصوص هذه النقطة أشار عن طريق محكمة الاستئناف بباريس في قضية "canal9" إلى أن النصوص المطبقة تفرض فقط إثبات وجود مساس آني بالمنافسة[215]، كما أشارت في قرار آخر إلى أن مسطرة التعهدات تتميز بخصوصية تتمثل في كونها تتم وفق إجراءات بحث مخففة مقارنة بالمسطرة العادية، وتتضمن تقييم أولي بسيط من أجل تحديد الشكوك بشأن المنافسة دون أن يتم تكييف السلوكيات المعنية وفقا للمادة L4-202.[216]

---

[214] A.C.F., Communiquée de procédure de 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., p.4.

[215] C.A de paris, a affirmée dans Arrêt 6 novembre 2007 n° 2006/18379, préc., que : « Considérant, enfin, que c'est à tort que la société Canal 9 prétend que l'ancienneté des pratiques du GIE, mises en œuvre depuis le printemps 2000, époque où elle a présenté sa première candidature infructueuse, rendrait "inopportun " le recours, par le Conseil, à la procédure d'engagements, au prétexte que cette procédure a pour objectif majeur la réduction des délais de procédure ; qu'en effet, les textes applicables, qui supposent seulement la constatation d'une atteinte actuelle à la concurrence, n'exigent nullement que celle-ci soit récente, et, de surcroît, la durée de la procédure, au sens où l'invoque la requérante, s'apprécie, non à compter de la date de la commission des pratiques, mais de celle de la saisine de l'Autorité ».

[216] C.A de paris, précisée dans L'arrêt du 16 octobre 2007 n° ECEC0813241 que : « Mais considérant à cet égard que le Conseil de la concurrence a justement estimé que la procédure d'engagements présentait des spécificités, et en particulier des mesures d'instruction allégées par rapport à la procédure habituelle, comportant une simple évaluation préliminaire des pratiques en cause en vue d'identifier des préoccupations de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la qualification de comportements au sens des articles L. 410-1 ou L. 410-2 du code du commerce, ni a fortiori à la constatation d'une infraction à ces dispositions, et ne nécessitant dès lors pas la détermination exacte du marché pertinent » En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/docs/ca06d24_bijourama.pdf(consultée le 16 juin 2020)

في ضوء ما سبق يمكن القول إن مضموم المخاوف التنافسية التي يجب أن يعبر عنها التقييم الأولي يرتبط أولا وأخيرا بالسلطة التقديرية لمصالح البحث التابعة للهيئة المنافسة، ويبقى الهم الوحيد في هذا الشأن هو الحرص على التعبير بشكل واضح عن مخاوف واقعية حقيقية تسمح بتوجيه المقاولة لاقتراح التعهدات الملائمة لتبديد هذه المخاوف.

يبقى أن نشير أنه إلى جانب تحديد الشكوك أو المخاوف التنافسية فإنه من البديهي أن يتضمن التقييم الأولي تحديدا للسوق أو الأسواق المعنية بهذه المخاوف، وهذا التحديد يتم على ثلاث مستويات تتمثل في تحديد السوق من ناحية السلع والخدمات، وتحديده الجغرافي[217]، لكن هذا التحليل التنافسي للسوق لا يتم بشكل معمق كما هو الحال في المسطرة العادية[218]، وتجب الإشارة كذلك إلى وجود اختلاف بسيط في هذه النقط يظهر في أن تحديد الأسواق في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي يطغى عليه الطابع التوقعي الاستشرافي المحض، أما في مجال الممارسات المنافية فهو يرتبط بتحديد أسواق موجودة أصلا.[219]

---

[217] يعرف السوق عموما بأنه مكان إلتقاء عرض و طلب سلعة أو منتج أو خدمة معينة، وبمعنى أدق تلك الحدود التي تمارس داخلها المنافسة التي تحد من قوة المنشأة حيال عملائها أو المستهلكين، وتحديد سوق السلع أو المنتجات أو الخدمات من ناحية الطلب يتم عن طريق الأخذ بعين الاعتبار كافة السلع أو المنتجات أو الخدمات التي يعتبرها المستهلك قابلة للاستبدال فيما بينها، إما نظرا لخصائصها أو لسعرها أو لاستعمالاتها، أما تحديد السوق من ناحية العرض فيتم عن طريق التأكد من إمكانية ولوج منشأة ما إلى السوق في وقت ضيق وبتكاليف محدودة، وبالتالي تتمكن من توفير سلعة استبدالية للسلعة التي تعرف أسعارها ارتفاعا كبيرا. ويشمل السوق الجغرافي المنطقة التي تكون فيها شروط المنافسة متجانسة بشكل كاف لتميزها عن باقي المناطق الجغرافية المجاورة لها، على اعتبار أن هذه الأخيرة تكون شروط المنافسة فيها مختلفة عن الأولى بشكل ملحوظ، حيث يتم تحديد السوق الجغرافي المعني بالنظر لظروف المنافسة التي تنخرط فيها المنشآت بخصوص عرض أو طلب السلعة أو المنتوج أو الخدمة في حدود جغرافية معينة. انظر في هذا الشأن:

- Nour-Eddine TOUJGANI, Guide pratique de la concurrence, Série guides n2, 1éreEdition, Imprimerie Oumayma, 2006, p.4 ; André DECOCQ et Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et commentaire, 5eme Edition, L.G.D.G 2012, p.26.

[218] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.109;111.

[219] C.C.F, Décision n° 05-D-32, du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, Dans le point 161 de cette décision le conseil affirmé que : « Mais, en premier lieu, les analyses de marché en matière de contrôle des concentrations revêtent nécessairement un caractère prospectif, alors qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, elles s'attachent à décrire un marché existant. Il peut en résulter parfois des différences d'appréciation relatives à un même secteur, parfaitement admises par la jurisprudence », En Ligne :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d32.pdf (consultée le 26 juin 2019)

الفقرة الثانية: اقتراح المنشأة للتعهدات

تفيد مقتضيات المادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 ل ق.ح.أ.م. أن للمنشأة بعد أن يتم اطلاعها على الشكوك المعلن عنها عن طريق الإعلام الذي يوجهه لها المقرر بواسطة البريد أو عن طريق محضر أو تقرير شفوي بمناسبة البت في طلب إجراء تحفظي، وبعد أن يتم توجيه نسخة من هذا التقرير إلى صاحب الإحالة وإلى مندوب الحكومة، يمكنها تقديم عرض رسمي بشأن مقترح التعهدات، هذه الخطوة تنتقل مسطرة التعهدات إلى مرحلة تعدد الأطراف المتدخلة[220]، لأن التعهدات يتم تقديمها من طرف المقاولة إلى طرف ثان هو مجلس المنافسة ويتم عرضها على طرف ثالث وهو المنشآت المنافسة.

والمبدأ في مسطرة التعهدات أن المنشأة أو المقاولة لها كامل الحرية لاقتراح تعهدات بعد أن تتوصل بمخاوف المجلس بشأن إمكانية تأثير سلوكها على المنافسة، وذلك راجع بالأساس إلى الطبيعة الإرادية لمسطرة التعهدات، كما لها كذلك كامل الحرية في اختيار أي من التعهدات التي تراها مناسبة لتبديد مخاوف المجلس بشأن المنافسة سواء تعلق الأمر بشكل هذه التعهدات – سلوكية أم هيكلية– أو بمضمونها.

لكن هذا المبدأ لا يمنع من جهة أخرى مجلس المنافسة رغم أنه غير ملزم بأن يحدد بنفسه حلولا للمشاكل المتوصل إليها، من إمكانية توجيه المقاولة بشكل غير مباشر إلى طبيعة التعهدات الممكن اقتراحها من قبل هذه الأخيرة، ونجد أن المقتضيات المؤطرة لمسطرة التعهدات سواء في ق.ح.أ.م. أو في القواعد الاتحادية أو م.ت.ف، لا تنص على ما يفيد امتناع سلطة المنافسة عن القيام بمثل هذه الأدوار، ولعل مثل هذا التوجيه يكون مبررا خاصة في الحالة التي تجد فيها المقاولة صعوبة في وضع صيغة أولية للتعهدات الممكن اقتراحها.

[220] François BLANC, Les engagements dans le droit français des concentrations, op.cit., p.15.

ولعل هذا ما يؤكده الفقه الفرنسي[221]، الذي يشير إلى أنه بالرغم من أن التعهدات تشكل خطوة إرادية للمقاولة، فالهيئة تسمح لنفسها باقتراح تدابير من شأنها علاج المساس بالمنافسة وذلك خاصة في إطار فحصها لمشاريع التركيز الاقتصادي، ففي ظل مقتضيات م.ت.ف. القديمة كان مجلس المنافسة الفرنسي يلجأ في بعض الحالات إلى الإشارة للمقاولات بالتدابير الملائمة لوضعيات التركيز التي تحال عليه.

كما أن المفوضية الأوروبية تذهب في نفس الاتجاه السابق، إذ ترى أنه من المطلوب منها توجيه الأطراف إلى اقتراح التدابير التي قد تجعل عملية التركيز تتماشى والأوضاع التنافسية للسوق دون أن تقترح بنفسها الحل المناسب، وأنها مطالبة في هذا الإطار بتقديم الاستشارة للأطراف بشكل مبكر في المسطرة، في المرحلة التي لا يمكنهم فيها تقدير وقع تعهداتهم، ولذلك نجدها تشير في الكتاب الأخضر بشأن عمليات التركيز[222] إلى أنه ليس هناك مانع من الإجابة عن أسئلة الأطراف المتعلقة بطبيعة وحجم الحلول الممكن اقتراحها.

كما أنه سواء على مستوى نصوص ق.ح.أ.م. أو نصوص القوانين المقارنة، المقتضيات المؤطرة لمسطرة التعهدات لا تتضمن أي مقتضى يمنع المقاولة المقدمة لعرض التعهد بالتراجع عن هذا العرض مادام قرار الهيئة لم يصدر بعد، وبالتالي فالتعهد لا يترتب عليه أي التزام مقارنة بمفهوم التعهد في نصوص القانون المدني الذي ينشأ عاتق المتعهد التزاما بالإبقاء على تعهده داخل أجل معين ووفق شروط معينة ولا يمكن التراجع عن هذا التعهد داخل ذلك الأجل وإلا عرض نفسه للمسؤولية المدنية.

---

[221] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.201.200.

[222] Commission européenne, Livre vert sur les concentrations, la révision du Règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil du 11 décembre 2001 [(COM(2001) 745 final, En Ligne : https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al26076#:~:text=Le%20Livre%20vert%2C%20tout%20en,pourrait%20apporter%20au%20niveau%20international. (consultée le : 5 juillet 2019)

وتجسيدا لذلك أكدت محكمة الدرجة الأولى الأوروبية في القرار المتعلق بقضية "الروزا "[223] على أن العروض المقدمة من قبل المقاولات ليس لها أي أثر قانوني إلزامي، بل قرارات المفوضية وحدها هي التي يترتب عليها تبعات قانونية على المقاولة. وهكذا يمكن القول بأن التعهدات هي مجرد تعبير عن الإرادة لا يسمح بإنشاء التزام قائم الذات وهذا ينسحب كذلك على اقتراح التعهدات في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي [224]، وما يؤكد ذلك هو أن عروض التعهدات لا تكون قابلة للطعن أمام القضاء، فقرارات الهيئة هي فقط التي تكون قابل للطعن، فهي وحدها التي لها قيمة قانونية. [225]

أما فيما يتعلق بطبيعة التعهدات الممكن اقتراحها من قبل المقاولة فنجد أنه في ظل قوانين المنافسة التعهدات ترمي لإنشاء التزام إما عن طريق القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فالالتزام بالامتناع عن القيام بعمل يتضمن التوقف عن الاستمرار في الممارسة موضوع الشكوك التنافسية أو عدم تكرار القيام بها في المستقبل، وذلك في الحالة التي لا يمكن فيها لأي تعديل كان أن يجعل هذه الممارسات تتماشى وقواعد المنافسة. وهذا النوع من التعهدات غالبا ما يتم اللجوء إليه في مجال مراقبة الممارسات المنافية للمنافسة وخاصة فيما يتعلق بشكوك قد تتطور إلى استغلال تعسفي لأوضاع هيمنة اقتصادية، حيث يسهل تبني هذه التعهدات من قبل المقاولات التي تكون في الأغلب على إدراك تام بأن ممارستها تخرق قانون المنافسة، وبالتالي من أجل تبديد مخاوف الهيأة يكفيها فقط التوقف عن مثل هذا الخرق.[226]

---

[223] T.P.I.C.E, (grande chambre) Arrêt du 29 juin 2010, Dans l'affaire n° C-441/07, point 86 : « Il résulte des termes mêmes de l'article 9 du règlement n° 1/2003 que la Commission peut, par voie de décision, rendre obligatoires les engagements offerts par les entreprises concernées, lorsqu'ils sont de nature à répondre aux préoccupations exprimées dans son évaluation préliminaire. Les offres présentées par les entreprises étant par elles-mêmes dépourvues d'effet juridique obligatoire, c'est la décision de la Commission prise au titre de l'article 9 du règlement n° 1/2003, et elle seule, qui emporte des conséquences de droit pour les entreprises. » En Ligne : http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=T-170/06 (consultée le : 5 juillet 2019)

[224] Patricia Kipiani, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p. 137.

[225] Patricia Kipiani, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.140.

[226] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.206 ;207.

أما التعهدات بالقيام بعمل فتكون أكثر إلزاما نوعا ما مقارنة بمجرد الامتناع، لأنها تتطلب القيام بتصرف إيجابي من قبل المنشأة قد يقيد حريتها مستقبلا، ويجعلها تحت مراقبة الهيأة التي تتأكد من قيام المنشأة بهذا التصرف الإيجابي، وهذه الآلية يتم اللجوء إليها عندما تتعلق الشكوك التنافسية بإغفال قيام المقاولة بإجراء معين، أو عندما يتطلب تجاوز هذه الشكوك تعديلا للعقود التي تكون المنشأة طرفا فيها عن طريق تعديل بعض شروطها أو تنظميها لشروط جديدة.

وبالنسبة لمجال الممارسات المنافية للمنافسة غالبا ما يتم اقتراح هذا النوع من التعهدات عندما يتعلق الأمر بممارسات ترتبط بشكوك قليلة الأهمية يمكن تجاوزها من خلال إدخال تعديلات على هذه الممارسات، أما في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي هذا النوع من التعهدات له مكانة جد مهمة، لأنها تسمح بإدخال تعديلات على مشروع التركيز من أجل الحصول على قرار التصريح بإنجاز العملية، وذلك من خلال تعديل شروط عقود اندماج أو تفويت الأطراف لبعض حصصهم في السوق.[227]

بالإضافة إلى ما سبق نجد بأن التمييز بين التعهدات على أساس طبيعتها هو الأكثر استعمالا على مستوى الفقه المقارن، فالتعهد لا يمكن أن يخرج عن فرضيتين سواء تم من خلال الامتناع عن القيام بعمل أو الالتزام بالقيام بعمل، فهو إما أن يهدف إلى تعديل سلوك المنشأة داخل السوق أو إلى تعديل هيكلتها، وبالتالي إما أن يتعلق الأمر بتعهدات سلوكية أو تعهدات هيكلية، لكن بين هذين النوعين يوجد نوع ثالث وهي تلك التعهدات السلوكية ذات الأثر الهيكلي أو ما يطلق عليها بالتعهدات الشبه هيكلية.

والتعهدات السلوكية تم تعريفها من قبل السيد "اوليفي كيرسن"[228] بكونها تتمثل في التعهد بعدم القيام بسلوك مناف للمنافسة أو بعدم استغلال وضع هيمنة اقتصادية، كما أن

---

[227] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.209.

[228] Olivier GUERSENT, Le rôle des engagements dans les décisions des autorités de concurrence, Atelier de la concurrence, paris 3 juin 1998, Revu Concurrence Consommation, n° 11-12/1998, p.13 ;16, Cité par Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.187.

المفوضية الأوروبية اقترحت في ظل أشغال منظمة "O.C.D.E" المتعلقة بالتدابير التصحيحية والعقوبات في مجال الاستغلال التعسفي لأوضاع الهيمنة[229]، تعريف التعهدات السلوكية بكونها تلك التعهدات التي تلزم مقدم التعهد بالتصرف وفق سلوك معين أو التوقف عن السلوكيات التي قد تشكل ممارسات منافية للمنافسة. وبالتالي فالتعهدات السلوكية ترتبط أساسا بتعديل سلوك المنشأة بشكل لا يصبح معه معتبرا في حكم المخالف لقواعد المنافسة.

ويمكن القول بأن التعهدات السلوكية هي الأكثر اقتراحا وتطبيقا فيما يخص مسطرة التعهدات[230]، وذلك ما يظهر من خلال تطبيقات مجلس المنافسة الفرنسي، حيث أكد المجلس في تقريره السنوي لسنة 2005 أن أغلب قرارات التعهدات التي صدرت عن المجلس هي تلك المتعلقة بالتعهدات السلوكية، كما أن هذه التطبيقات تظهر أن التعهدات السلوكية غالبا ما تتخذ شكل تعهدات تهدف إلى ضمان عدم التمييز بين الفاعلين داخل السوق، والذي قد يتم عن طريق شروط بيع أو توزيع تضع تمييزا بين المنشآت على أسس غير موضوعية أو غير شفافة، أو تهدف هذه التعهدات إلى تعديل الشروط العقدية التي يمكن أن تعتبر شروط منافية للمنافسة.

أما التعهدات الهيكلية فترى السيدة "لوسيل فرينو"[231] بأن المقصود بها تلك التعهدات التي تمس بشكل مباشر هيكلة وبنية السوق، وتسمح بتعديل هذه الهيكلة أو البنية تبعا للنتائج

---

[229] O.C.D.E, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, DAF/COMP(2006)19, p.187, En Ligne : https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf (consultée le: 15 juin 2019)

[230] بالنسبة للتعهدات السلوكية فهي ظهرت أساسا في مجال مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، وخاصة فيما يتعلق بالتركيز العمودي الذي يهم منشآت تنشط في مستويات مختلفة من سلسلة الإنتاج والتسويق، وهذا ما تم التأكيد عليه في الطاولة المستديرة التي تم عقدها من قبل لجنة المنافسة التابعة لمنظمة "O.C.D.E" بشأن تطبيق مسطرة التعهدات في إطار عمليات الاندماج المنظمة في أكتوبر 2007، التي أشارت إلى أنه في الواقع عندما يكون التعهد الهيكلي المتمثل في تفويت الأصول غير قابل للتنفيذ أو لا يتناسب و حجم الآثار التنافسية السلبية لعملية الاندماج فإن التدابير السلوكية تكون لها الأفضلية في هذه الحالة، وهذا ما عليه الأمر في عمليات الاندماج الأفقية التي تتم في الأسواق النامية التي يصعب في ظلها توقع شكل تطور السوق مستقبلا. ونجد أن نفس هذا التوجه تم تبنيه من قبل المفوضية الأوروبية في بلاغها بشأن التدابير التصحيحية لأن هذا النوع من التركيز لا يتوقع أن تكون له آثار سلبية كبيرة على المنافسة في السوق تستوجب القيام بتعهدات هيكلية لدى يفضل اللجوء في مثل هذه الحالات إلى تعهدات سلوكية.

[231]Lucile, FRENEAUX, L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations, op.cit., p.55.

المرجوة الحصول عليها، كما أن المفوضية في إطار نفس الأشغال السابق ذكرها اقترحت تعريفا يذهب في نفس الاتجاه، إذ تشير إلى أن التعهدات الهيكلية هي تلك التعهدات التي تؤدي عمليا إلى تعديل هيكلة السوق ولا تتطلب ضرورة القيام بمراقبة أو تتبع بعد إنجازها.

وبالتالي يمكن القول إن التعهدات الهيكلية هي تلك التعهدات التي تؤدي إلى تعديل في هيكلة أو بنية السوق التي تنجز داخله، والتي غالبا ما تتجسد في الواقع عن طريق آلية تفويت الأصول، فالتعهدات الهيكلية غالبا ما تنفذ بشكل آني عكس التعهدات السلوكية التي غالبا ما تنفذ عبر مراحل ممتدة في الزمن، ولعل هذا ما يجعل الأولى لا تخضع لبرامج قيادة أو تتبع تنفيذ عكس الأولى التي يتم اللجوء فيها غالبا إلى مثل هذه البرامج نظرا لكون تنفيذها قد يمتد في الزمن كما قلنا سابقا.

ويتم اللجوء إلى التعهدات الهيكلية في حالة مراقبة مشاريع التركيز الاقتصادي التي تتم عن طريق آلية الاندماج، فهذه التعهدات تسمح بتقليص الحصة السوقية للمنشأة، أو الحلول دون عدم وجود تداخل بين أنشطة المنشآت المبلغة لمشروع التركيز، لكن الملاحظ هو ندرة الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى هذا النوع من التعهدات [232] باعتبار تكلفتها الجد عالية سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، كما أن فعاليتها بالنسبة لوضع المنافسة داخل السوق على المستوى المتوسط أو البعيد تبقى محل شك ويصعب التأكد من تحقق أهدافها.

ولعل ذلك هو الذي أدى إلى ابتكار أو ظهور التعهدات الشبه هيكلية، تشكل هذه التعهدات نوعا من التعهدات المختلطة التي يكون لها آثار مزدوجة سواء على سلوك المنشأة أو على هيكلة السوق في نفس الوقت، وإن كان الأمر يتعلق في الحقيقة بتعهدات تمس بالأساس هيكلة المنشأة، وهناك أمثلة مختلفة على هذا النوع من التعهدات فغالبا ما تهدف هذه التعهدات إلى ضمان التوفيق بين قانون المنافسة وقانون الملكية الصناعية، إذ يتعلق الأمر أساسا بمنح تصريح إجباري لاستغلال حقوق ملكية صناعية أو ضمان تسهيل استعمال خدمة أساسية.

[232] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielle, op.cit., p.206.

نشير في الأخير إلى نوع آخر يدخل ضمن التعهدات السلوكية لكن غالبا ما يتم اللجوء إليه في إطار مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، وهي تلك التعهدات التي تهدف إلى وضع برامج مطابقة، وهي البرامج التي تقوم المقاولة بوضعها من أجل ضمان نشر ثقافة المنافسة وسط أطرها ومستخدميها، والتي يكون من شأنها تعزيز احترام قواعد المنافسة من قبلهم، وذلك عن طريق ضمان تكوينات لهؤلاء بشأن قواعد المنافسة الواجب احترامها، ووضع آليات تسمح بالتبليغ عن أي مخالفة يقترفها أطر ومستخدمو هذه المنشأة، فهي على العموم تدابير وقائية يتم اللجوء إليها لتجنب خطر خرق القواعد القانونية المتعلقة بالمنافسة.[233]

المطلب الثاني: عرض التعهدات المقترحة على الغير

بعد تلقي المجلس لتعهدات الأطراف والموافقة عليها بشكل مبدئي يتم نشر هذه التعهدات على الموقع الرسمي للمجلس، قصد إتاحة الفرصة للفاعلين الاقتصاديين في السوق المعني الذين قد تتأثر مصالحهم بتصرفات أو تعهدات المنشأة المعنية بالمسطرة، لإبداء ملاحظاتهم بشأن هذه التعهدات، وهكذا ينص المشرع المغربي في المادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 " يبلغ المقرر العام مضمون التعهدات المقترحة من طرف المنشآت أو الهيئات المعنية، بعد انصرام الأجل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة أعلاه، إلى صاحب أو أصحاب الإحالة وكذا إلى مندوب الحكومة.

كما يقوم المقرر العام بنشر ملخص عن القضية وكذا تعهدات الأطراف في الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة وفي جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية وذلك لتمكين الأغيار المعنيين من تقديم ملاحظاتهم بخصوصها.

[233] A.C.F, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, En Ligne :
https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/39891031.pdf (consultée le 17 juin 2019)

ويحدد المقرر العام أجلا لا يمكن أن يقل عن شهر واحد من تاريخ تبليغ أو نشر مضمون هذه التعهدات، لتمكين الأطراف ومندوب الحكومة، وإن اقتضى الحال الأغيار المعنيين، من الإدلاء بملاحظاتهم. وتضاف هذه الملاحظات إلى الملف. "[234]

وبالتالي فبمجرد تلقي المقرر لاقتراحات التعهدات يعمل هذا الأخير على وضع ملخص للقضية يبلغه لكل من صاحب الإحالة ومندوب الحكومة، ويعمل على نشر هذا الملخص بالموقع الالكتروني للمجلس وكذلك بجريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، وداخل أجل شهر من هذا النشر تتاح الإمكانية للأطراف ومندوب الحكومة وللغير لتقديم ملاحظاتهم حول التعهدات المقترحة. فآلية النشر غالبا ما تتضمن دعوة للمنشآت التي قد تمس مصالحها بالمسطرة بضرورة إبداء ملاحظاتها الكتابية داخل الأجل الذي حدده المقرر، فإذا لم تقم بذلك لا يمكنها أن تتدخل في المسطرة فيما بعد.

فهذه المرحلة من المسطرة تسمح للمنشآت المنافسة في السوق بمحاولة تجنب التعهدات التي قد تضر بمصالحها، وذلك من خلال اقتراح تعديل هذه التعهدات في الملاحظات التي تدلي بها، وهذه الملاحظات تخضع للسلطة التقديرية لهيئة المنافسة دون أن تكون ملزمة بأخذها بعين الاعتبار، لكن هذا لا يمنع من أن تقوم المنشأة المقترحة للتعهد بتبني بعض ملاحظات الأطراف

[234] هذه المقتضيات هي مماثلة لمقتضيات مدونة التجارة الفرنسية التي تنص في الفقرة الثالثة من المادة R464-2 بما يفيد أن المقرر العام يبقى على عاتقه تبليغ ملخص القضية والتعهدات، وذلك حتى يتم إتاحة الفرصة للمنشآت الغير لتقديم ملاحظاتهم وفقا لأجل يجب ألا يقل عن شهر من تاريخ نشر مضمون التعهدات:

- Le troisième paragraphe de L'article R464-2 du code de commerce français dispose que : « A réception des engagements proposés par les entreprises ou organismes concernés à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. »

أثناء الصيغة النهائية لمقترحاتها، هذا التعديل الذي قد يتم لمرات متعددة كلما تطلبت الضرورة ذلك[235]، حتى يتم التوافق مع المقرر على الصيغة النهائية للتعهدات.

بل الأكثر من ذلك المشرع المغربي على غرار ما هو معمول به في المادة R464-8 من م.ت.ف.[236] ، ينص في المادة 26 من المرسوم التطبيقي على أنه: " يرسل المقرر العام استدعاء إلى الأطراف وإلى مندوب الحكومة قصد حضور الجلسة مرفقا بالتعهدات المقترحة، وذلك ثلاثة أسابيع على الأقل قبل انعقاد الجلسة ويمكن للأطراف ولمندوب الحكومة الإدلاء بملاحظات شفوية أثناء الجلسة "، وهذا يفيد بأنه يبقى للغير الإدلاء بملاحظاته ولو خارج أجل الشهر المخصص لذلك، من خلال التصريح به أثناء الجلسة التي يقرر فيها المجلس بشأن التعهدات، هذه المرونة المسطرية تسمح بإمكانية إجراء تعديلات أخيرة على التعهدات المقترحة أثناء هذه الجلسة، فمجال تحسين التعهدات يبقى مفتوحا إلى آخر لحظة من المسطرة.

وفي القواعد الاتحادية مسألة استشارة الغير تم تنظيمها في المادة 4/27 من القواعد رقم 2003/1[237]، إذ يتوجب على الهيئة قبل اتخاذ قرارها بشأن التعهدات نشر ملخص عن هذه التعهدات، مما يسمح للمنشآت الغير بإبداء ملاحظاتهم داخل أجل لا يمكن أن يقل عن شهر، ففي الواقع العملي يتم نشر هذه التعهدات في الموقع الالكتروني للمفوضية بالإضافة إلى نشرها

---

[235] تسمح القواعد الأوروبية بإمكانية صياغة تبليغ للمؤاخذات في شكل تقييم أولي، وبعد التوافق بشأن التعهدات يتم صياغة تبليغ ثاني كما وقع في قضية "Districtgaz " بتاريخ 11 اكتوبر 2007 في القضية رقم comp/37966 .

Décision de la Commission du 11.10. (Affaire COMP/B-1/37966, Distrigaz.), préc.

[236] هذه المسطرة في ظل النص القديم من مدونة التجارة الفرنسية لم تكن إلزامية إذ كانت تخضع للسلطة التقديرية للمجلس، ومرتبطة بمدى وجود مصلحة من استشارة الغير من عدمها، لكن في النصوص الحالية لهيئة المنافسة أصبحت إلزامية بموجب المادة R464-8.

[237] Le paragraphe de l'article 27 du règlement (ce) no 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité dispose que « Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision en application de l'article 9 ou 10, elle publie un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements ou de l'orientation proposée. Les tierces parties intéressées peuvent présenter leurs observations dans un délai qui est fixé par la Commission dans sa publication et qui ne peut pas être inférieur à un mois. La publication tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires. »

في الجريدة الرسمية للمفوضية، إضافة إلى ذلك تقوم المفوضية بنشر بلاغ رسمي يتضمن ملخصا للقضية إلى جانب التعهدات. لكن المفوضية تؤكد في بلاغها بشأن تطبيق التعهدات الصادرة سنة 2011، أنها لا تقوم باستشارة الفاعلين الاقتصاديين إلا في الحالة التي تعتبر فيها المفوضية أن التعهدات المقترحة هي ذات طبيعة تسمح بمعالجة الشكوك حول المساس بالمنافسة، فاستشارة الغير لا تتم بشكل تلقائي إلا بعد القبول الأولي للتعهدات. [238]

على صعيد آخر نجد في ظل الخطوط التوجيهية لهيئة المنافسة البريطانية ممثلة في مكتب التجارة العادلة البريطاني" O.F.T"، أن هذا الأخير يسمح بإمكانية القيام باستشارة ثانية تجاه الفاعلين في السوق بعد قيام المقاولة المعنية بتعديل تعهداتها، وذلك وفق آجال جديدة تحدد من قبله، وهذا يظهر مدى أهمية ملاحظات المنشآت المنافسة في مسطرة التعهدات المطبقة أمام المكتب.[239]

إلى جانب المنشآت الغير يمكن لباقي أطراف المسطرة تقديم ملاحظاتهم حول التعهدات المقترحة داخل الأجل المحددة، وذلك وفقا لم تنص عليه مقتضيات المادة 26 من المرسوم التطبيقي، ويتم إدراج مجموع ملاحظات كافة الأطراف في الملف، ويتم تبليغها للكافة، وفي نهاية هذه المرحلة يمكن للمجلس المنافسة بناء على اقتراحات التعهدات والملاحظات المتعلقة بها

[238] Commission Européenne, Communication concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du T.F.U.E, 10 octobre 2011, n 2011/C 308/06, Dans le point 192 de cette communication la commission énoncée que : « Conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) no 1/2003, la Commission doit soumettre les engagements aux acteurs du marché avant de les rendre obligatoires par voie de décision. La Commission ne consulte les acteurs du marché que si elle considère que les engagements proposés sont, à première vue, de nature à remédier aux problèmes de concurrence constatés. » Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du T.F.U.E, 10 octobre 2011, n° 2011/C 308/06, En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52011XC1020%2802%29 (consultée le 27 juin 2019)

[239] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.118.

مراقبة ما إذا كانت هذه التعهدات جدية، ناجعة، وقابلة للتنفيذ والمراقبة، ومن جهة أخرى مماثلة للشكوك حول المنافسة التي جاءت في التقييم الأولي. [240]

لكن وجب التأكيد على أن مسطرة الاستشارة ليس الهدف منها هو التوصل إلى إرضاء المشتكي صاحب الإحالة أو المنافسين، بل منح الفرصة لتحسين جودة هذه التعهدات وضمان ترتيبها لآثار إيجابية، وبالتالي منذ اللحظة التي تعتبر فيها الهيئة التعهدات كافية للإجابة عن اهتماماتها بشأن المنافسة فإن الهيئة تجعلها ملزمة في اتجاه الجميع.

ودور آلية استشارة الغير على مستوى مسطرة التعهدات يمكن أن نلمس فعاليته من خلال تطبيقات هيئات المنافسة في القوانين المقارنة، فتطبيقات المفوضية الأوروبية لمسطرة التعهدات، تظهر وجود تجاوب كبير فيما يخص هذه الاستشارات التي تقوم بها المفوضية في إطار مسطرة التعهدات، فمثلا في قضية "ربسول"[241] تم التوصل بأزيد من 25 ملاحظة أما في قضية "الروزا" [242] فقد وصل عدد الملاحظات إلى 21، نفس الشيء لاحظه الفقه فيما يخص وقع استشارة الغير في مسطرة التعهدات وفقا لتطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية.[243]

كما أن وقع هذه الملاحظات ليس مقتصرا على المستوى العددي بل يمتد إلى مستوى مضمون هذه التعديلات المقترحة من قبل الغير، ففي العديد من الحالات تتضمن ملاحظات الغير اقتراح إدخال تحسينات على التعهدات، وهذا يوضح الدور الإيجابي الذي قد يلعبه في إنجاح مسطرة التعهدات، وهذا ما يمكن أن نرصده مثلا في قضية "ديستر–غاز" إذ جاء في

---

[240] A.C.F, Communiquée de procédure de 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., p.26.

[241] Commission Européenne, Décision de la du 12 avril 2006 (Affaire COMP/B-1/38.348 — Repsol CPP), n° (2006/446/CE), En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32006D0446 (consultée le : 12 juillet 2019)

[242] Voir Communication de presse de la commission européenne : « Une décision de la Commission rend contraignant l'engagement de De Beers de réduire progressivement le volume de ses achats de diamants bruts à ALROSA » IP/06/204, Bruxelles, le 22 février 2006, En Ligne :
https://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-204_fr.htm?locale=FR (consultée le : 14 juillet 2019)

[243] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit. p.116.

النقطة 33[244] من قرار المفوضية الأوروبية، أنه بناء على الملاحظات التي تم إبدائها بشأن مقترح التعهدات وخاصة تلك المضمنة في النقطة 27 من بلاغ المفوضية، قامت المقاولة بتعديل تعهداتها فيما يخص هذه النقطة.

ورغم أنه يكون لهذه الملاحظات وقع إيجابي على مسطرة التعهدات، فقد يكون لها كذلك وقع سلبي على نجاح مسطرة التعهدات، وهكذا نجد مثلا أنه في قضية "سيساك" توصلت المفوضية بأزيد من 80 ملاحظة من الفاعلين في السوق المعني، أغلبها تتضمن انتقادات لما جاءت به مقترحات المنشأة المعنية، مما دفع المفوضية إلى العزوف عن مواصلة مسطرة التعهدات وإصدار قرار بشأن معاينة وجود مخالفة لقواعد المنافسة نظرا للعدد الكبير من المقاولات المعترضة على التعهدات. [245]

فاستشارة الغير أو ما يطلق عليه ب " testes de marche " أي "اختبارات السوق" يشكل نقطة إلتقاء جميع أطراف المسطرة وأهمية ذلك تكمن في أن نتائجها سواء الإيجابية أو السلبية هي التي ترهن مصير المسطرة، فهي تشكل نقطة التقاء المعلومات التي تكون لدى كل من المنشأة والهيئة والغير بشأن الممارسة المعنية في السوق، مما يسمح للهيئة بتقييم التعهدات من خلال الانفتاح على وجهة نظر كافة الأطراف المعنية، الشيء الذي يساعدها في اتخاذ القرار بشأن مقترحات التعهدات من خلال التأكد من كون الحلول التي تم تبنيها هي الأكثر ملائمة واحتراما للشروط الجدية والنجاعة والقابلية للمراقبة.

---

[244] Commission Européenne, Décision dans l'Affaire COMP/B-1/37966, Distrigaz, préc., point 38 : « En réaction aux observations reçues en réponse à la communication publiée en application de l'article 27, paragraphe 4, Distrigaz a modifié ses engagements dans une version révisée datant du 12 juin 2007, qui a clarifié le champ d'application de l'engagement relatif aux restrictions concernant la revente de gaz, prévu au point 2.1.1 (restrictions applicables à l'utilisation et à la revente du gaz et points de livraison) et a introduit une clause de sauvegarde au point 3.2 (ventes effectuées hors de Belgique) ».

[245] Commission européenne, communique de presse, la Commission interdit les pratiques empêchant les sociétés de gestion collective européennes d'offrir le choix aux auteurs et utilisateurs de musique, n° IP/08/1165 du 16 juillet 2008, En Ligne :
https://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1165_fr.htm (consultée le 19 juillet 2019)

المطلب الثالث: تقرير إلزامية التعهدات وضمان تنفيذها

تفيد مقتضيات المادة 36 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12 وباقي المقتضيات العامة المنصوص عليها في هذا القانون والمؤطرة لصلاحيات مجلس المنافسة، أن لهذا الأخير السلطة التقديرية الكاملة بشأن رفض مقترح التعهدات أو قبولها وجعلها إلزامية (الفقرة الأولى). لكن دور مجلس المنافسة قد لا يتوقف بمجرد تقرير إلزامية التعهدات، بل بمجرد تبني قراره بشأن التعهدات تبدأ مرحلة جديدة جد مهمة تتعلق بتنفيذ التعهدات التي تكون مراقبتها من صميم مسؤولية المجلس. ومن أجل ذلك يلجأ المجلس إلى إعمال صلاحيات البحث والتحقيق لتتبع تنفيذ هذه التعهدات، كما قد يستفيد المجلس في شأن تتبع تنفيذ قراراته بشأن التعهدات بالتجارب المقارنة التي تفيد بإمكانية قبول مقترحات المقاولات التي تساهم في تسهيل هذا التتبع، أو الاستعانة بالغير للمساعدة في ضمان تنفيذ هذه التعهدات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقرير قبول التعهدات وجعلها ملزمة

انطلاقا من مقتضيات المادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 ل ق.ح.أ.م. التي تنص في الفقرة الأخيرة على أنه " يرسل المقرر العام استدعاء إلى الأطراف وإلى مندوب الحكومة قصد حضور الجلسة مرفقا بالتعهدات المقترحة، وذلك ثلاثة أسابيع على الأقل قبل انعقاد الجلسة. ويمكن للأطراف ولمندوب الحكومة الإدلاء بملاحظات شفوية أثناء الجلسة ". يتبين على أنه بعد القيام باختبارات السوق يتم استدعاء الأطراف ومندوب الحكومة للجلسة التي سيتم فيها التقرير بشأن قبول التعهدات أو رفضها، ولهم في هذه الجلسة فرصة جديدة للتعبير عن اقتراحاتهم المتعلقة بالتعهدات التي قام المقرر بتبليغها لهم قبل ثلاث أسابيع من تاريخ انعقاد الجلسة.

في ظل المقتضيات السابقة لا شيء يمنع مجلس المنافسة من مناقشة اقتراح التعهدات المعروضة أمامه من قبل المقرر. فعلى مستوى تطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية بشأن مسطرة

التعهدات، نجد محكمة النقض في قرارها بشأن قضية "canal9"[246] الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 2008، تؤكد على أن قيام الهيئة بالمشاركة بشكل فعال في المناقشات التي تلت التقييم الأولي وفق شروط المادة R464-2 من م.ت.ف، هو نابع من ميزة التفاوض التي تميز هذه المرحلة من المسطرة ولا يعتبر تدخلا من الهيئة في صلاحيات التحقيق التي يملكها المقرر، مادام أن هذا النقاش يهدف إلى ضمان نجاعة التعهدات في أفق منحها الصفة الإلزامية.

ووفقا لبلاغ هيئة المنافسة بشأن تطبيق مسطرة التعهدات فإنه وإن كانت الهيئة تقوم في بادئ الأمر في مرحلة اختبار السوق بفحص توفر شروط جدية، ونجاعة وقابلية التعهدات للتتبع، والمراقبة، فإنه أثناء الجلسة تقوم بالتحقق من معيار تناسب حجم التعهدات والشكوك التي أثارتها في التقييم الأولي، من خلال التأكد من كون التعهدات من الناحية العددية والموضوعية كافية للإجابة عن هذه الشكوك، وأنها لا تفوق ما هو مطلوب.[247]

كما أنه أثناء الجلسة يمكن للهيئة أن تضع شروطا معينة لقبول التعهدات المقترحة من خلال طلب القيام بتعديلات أو التخلي عن بعضها، عندما تعتبر الهيئة أن هذه الأخيرة لا تجيب عن الشكوك التنافسية، فهي لها كامل الحرية في تقدير آثار هذه التعهدات في ضوء ملاحظات صاحب الإحالة والمقاولات المعنية، ومندوب الحكومة، والغير، كما يمكن لهيئة المنافسة أن تعلق أشغال الجلسة عندما تقبل المقاولة تعديل تعهداتها في الحال وتستأنف الجلسة

---

[246] Cass. Com, Arrêt du 8 novembre 2008, n° 1213 : « Mais attendu qu'après avoir relevé que l'évaluation préliminaire à laquelle procède le rapporteur, qui n'a pas pour objet de prouver-la réalité l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais d'identifier des préoccupations de concurrence, susceptibles de constituer une pratique prohibée, afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié, l'arrêt retient à juste titre que cette évaluation ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que le fait pour le Conseil, d'avoir, avant d'apprécier la pertinence des engagements pris par le GIE et de leur donner force exécutoire, pris une part active aux discussions ayant eu lieu après l'évaluation préliminaire dans les conditions de l'article R. 464-2 du code de commerce, tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise par une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire ; que le moyen n'est pas fondé », En Ligne: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=06d29#recours (consultée le 13 juillet 2019)

[247] Voir le point 41 du Communiqué du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc.

منذ الوقت الذي يتم فيه التعديل النهائي للتعهدات، كما يمكن لها أن تأجل البت في التعهدات إلى جلسة ثانية اذا ما كانت تلك التعديلات تتطلب وقتا أطول .[248]

وقد يكون للتعهدات المقبولة من قبل الهيئة في الجلسة التي تعتزم الهيئة جعلها ملزمة آثارا قانونية مباشرة وحالة على المقاولات التي لم تكن طرفا في المسطرة، بشكل يؤدي إلى المساس بالوضع التنافسي لهذه المقاولات داخل السوق، في هذه الحالة هيئة المنافسة الفرنسية تسمح للمقرر بربط الاتصال مع هذه المقاولة أثناء سريان المسطرة من أجل أن تنظم إلى التعهدات المبرمة لأن عدم القيام بذلك قد ينتج عنه تقليص في فرص نجاح مسطرة التعهدات.[249]

كما أن مقتضيات ق.ح.أ.م. رقم 104.12 المنظمة للمسطرة التعهدات سواء منها المادة 36 والمادة 26 من المرسوم التطبيقي، تفيد بأن لمجلس المنافسة السلطة التقديرية الكاملة لقبول التعهدات وجعلها ملزمة للمنشآت التي قدمتها وتقرير قفل المسطرة دون تقرير أي عقوبة مالية، أو في المقابل رفض التعهدات المقترحة وتقرير الرجوع للمسطرة العادية اذا كانت تلك التعهدات لا تجيب عن الشكوك المبينة في التقييم الأولي. نفس الشيء تقرره هيئة المنافسة الفرنسية في بلاغها بشأن تطبيق المسطرة حيث تؤكد في النقطة 45 أنه في نهاية الجلسة لا شيء يلزم الهيئة على اتخاذ قرار بقبول التعهدات في حالة عدم الاتفاق حول الصيغة النهائية للتعهدات، وفي هذه الحالة يتم سحب تعهدات وملاحظات الأطراف من الملف ويتم الرجوع إلى مساطر البحث والتحقيق العادية[250]. والقرار الذي يصدر بشأن مسطرة التعهدات إما أن يرتبط تنفيذه بأجل محدد أو لا يتم ربطه بأي آجال خاصة في الحالة التي يتوجب فيها أن تتم معالجة الشكوك بشأن المنافسة بشكل مستمر ودوري .[251]

[248] Voir le point 42 du Communiqué du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc.

[249] Ibid., point 43.

[250] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.200.

[251] Voir le point 45 du Communiqué du 2 mars 2009, relatif aux engagements en matière de concurrence, préc.

كما أنه في حالة عدم تنفيذ قرار المجلس المتعلق بالتزام المنشأة بالتعهدات، نص المشرع في المادة 38 من ق.ح.أ.م. على أنه يمكن للمجلس أن يقرر توقيع عقوبة مالية على المنشأة التي تتخلف عن تنفيذ تعهداتها، وللمجلس وفقا للمادة 40 من نفس القانون إلزام المقاولة باحترام تنفيذ قرار التعهدات تحت طائلة غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير بناء على نسبة 5% من رقم الأعمال اليومي منذ التاريخ الذي يحدده، كما أنه فيما يخص قرار قبول التعهدات الصادر بشأن مشروع عملية التركيز الاقتصادي نجد المادة 19 تنص على أنه إذا لم تلتزم المنشآت الأطراف بتنفيذ تعهدها المضمن في قرار المجلس فيمكن للمجلس سحب قرار الترخيص بإنجاز مشروع التركيز، أو أمرها بتنفيذ التعهدات تحت طائلة غرامة تهديدية.

يتضح من خلال المقتضيات السابقة أن المشرع في القانون رقم 104.12 عمل على منح المجلس آليات متعددة للحرص على ضمان تنفيذ المنشآت للتعهدات التي التزمت بها أمامه، ولا شك أن المجال مفتوح لمجلس المنافسة للاستعانة بوسائل إضافية في هذا الشأن ومنها إمكانية اللجوء لتعديل هذه التعهدات كلما دعت الضرورة إلى ذلك، وتجب الإشارة إلى أن تعديل التعهدات ليس له أثر رجعي وبالتالي فالمقاولة التي لم تنفذ التعهد قبل تعديله يمكن أن تواجه بعقوبات نتيجة لذلك، لأن تعديل التعهدات لا يكون نتيجة لعدم التنفيذ بل من أجل ضمان استرجاع المنافسة والمحافظة عليها.

ورغم أن نصوص ق.ح.أ.م. لا تتضمن النص بشكل صريح على إمكانية المجلس تعديل التعهدات المقررة، ونفس الملاحظة يمكن إبدائها بشأن المقتضيات المؤطرة لمسطرة التعهدات في م.ت.ف[252]. إلا أنه ذلك تظهر تطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية أنه بغض النظر عن غياب مثل هذا الأساس القانوني، لم تتردد هذه الأخيرة في إعادة النظر في قرارات أصدرتها بشأن

[252] تفيد التجارب المقارنة إلى أن غياب مقتضيات صريحة بشأن إمكانية السماح بتعديل التعهدات في حالة تغير مهم وملموس للوقائع التي تأسس عليها قرارات هيئة المنافسة، شجع على ظهور الممارسة المرتبطة بتضمين قرار التعهدات بندا يتيح بشكل مسبق للمقاولة إمكانية طلب تعديل التعهدات تعزيزا لأمنها القانوني، انظر:

Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.497.

التعهدات خاصة في الحالة التي يفرض فيها تغير ظروف المنافسة القيام بهذا التعديل، بل الأكثر من ذلك تؤكد على المقاولات للمبادرة باللجوء للهيئة وطلب تعديل التعهدات في حالة وقوع تغير عميق للوقائع التي تأسست عليها قرارات الهيئة. ففي بلاغها المتعلق بالمسطرة المطبقة بشأن التعهدات تشير في النقطة رقم 46 إلى إمكانية مراجعة التعهدات بناء على طلب صاحب الإحالة أو وزير الاقتصاد أو المقاولات التي لها مصلحة في ذلك أو بناء على إحالة ذاتية، في حالة ما وقوع تغير مهم بشأن أحد الوقائع التي تأسس عليها قرار قبول التعهدات أو إذا قامت المقاولات المعنية بمخالفة التعهدات، أو أن المعلومات المقدمة من أطراف المسطرة التي أسس عليها القرار اتضح أنها غير مكتملة أو غير صحيحة [253].

كما أن المفوضية الأوروبية في دليليها بشأن الممارسات الجيدة بشأن عمليات التركيز أشارت بشكل صريح لإمكانية تعديل التعهدات عندما لا تتماشى مع وضعية السوق، ففي العديد من القرارات المتعلقة بعمليات التركيز قامت بتعديل أو نسخ تعهد غير ملائم. أما على مستوى تعديل التعهدات بشأن القرارات الصادرة في إطار المادة 9 من القواعد رقم 1/2003 فقد تم تحديدها بشكل جد ضيق من خلال المادة 27 من تلك القواعد ما جعل الفقه يتساءل عن السبب اتساع إمكانية تعديل التعهدات في إطار عمليات التركيز وضيق مجال هذه الإمكانية فيما يتعلق بباب الممارسات المنافية.[254]

ولعل تفسير توجه المفوضية بشأن النقطة السابقة يرجع بالأساس إلى اختلاف طبيعة الفحص التنافسي لمشروع التركيز الذي ينبني على تصورات استشرافية محضة، والذي قد تتحقق فيه فرضية عدم ملائمة التعهدات لما سيؤول إليه السوق بعد مدة من إنجاز عملية التركيز، عكس التقييم الأولي المنجز الذي يتم إعماله بالنسبة لشكوك تنافسية ترتبط بممارسات آنية وبتقديرات واقعية تعزز فرضية تبني تعهدات ملائمة لهذه الشكوك الآنية الواقعية.

[253] Voir le point 47 du Communiqué relatif à la procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence, préc.

[254] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.496.

وتجب الإشارة إلى أن سلطة قبول تعديل التعهدات تبقي من صميم السلطة التقديرية للهيئة التي أصدرت قرار قبول التعهدات، ففي قرار محكمة أول درجة الأوروبية الصادر بتاريخ 11 يونيو 2007 بشأن قضية "ألروزا" أكدت المحكمة أن المفوضية يمكنها بناء على سلطتها التقديرية رفض إعادة فتح الملف من أجل تعديل التعهدات[255]. هذا القرار يوضح بشكل جلي فيه أن تعديل التعهدات يخضع للسلطة التقديرية للهيئة صاحبة القرار، لكن وجب التنبيه إلى أن تقرير رفض تعديل التعهدات يبقى مقيدا بوجوب تعليل هذا الرفض[256].

الفقرة الثانية: مراقبة وضمان تنفيذ التعهدات

يملك مجلس المنافسة كافة الصلاحيات للحرص على تتبع تنفيذ التعهدات التي أصدر قرارا ملزما بشأنها من خلال الاعتماد على الآليات القانونية والموارد البشرية الخاصة به، ويمكن للمجلس القيام بمراقبة هذا التنفيذ بشكل مباشر من خلال آلية الأبحاث التي تقوم بها مصالحه لدى المنشآت المعنية بتنفيذ التعهدات والمؤطرة في المواد من 68 إلى 74 من ق.ح.أ.م، إذ تعمل مصالح البحث على تتبع تنفيذ قرارات المجلس وإنجاز محاضر بهذا الشأن ترفع للمقرر العام الذي يتأكد من حسن تنفيذ هذه القرارات، ويعمل على صياغة مقترحات يوجهها إلى المجلس بشأن الاختلالات التي قد تشوب هذا التنفيذ من أجل التقرير بشأنها.

وعلى مستوى التجارب المقارنة نجد أن المفوضية الأوروبية قامت بإنشاء لجنة خاصة تطلع بدور استشاري لفائدة المقاولات في كل ما يخص مراقبة تنفيذ التعهدات، وهذه اللجنة هي التي تعالج الطلبات المتعلقة بتعديل التعهدات في الحالة التي يصبح تطبيقها غير ملائم للوضع التنافسي للسوق.[257]

[255] T.P.I.C.E, Arrêt du 11 juillet 2007 (Alrosa), préc., point 195.

[256] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.493.

[257] Ibid. p.481.

كما أن صعوبة تتبع تنفيذ التعهدات نظرا لما قد يتطلبه من تعبئة لموارد جد مهمة من أجل ضمان فعالية هذا التنفيذ، غالبا ما تجبر هيئات المنافسة على الاستعانة بآليات تعتمد على نوع من الرقابة الذاتية للمقاولات المعنية بشأن ضمان حسن تنفيذ التعهدات الإلزامية التي تم تقريرها من قبل هذه الهيئات(أولا) أو يتم اللجوء لخدمات الغير لضمان حسن تنفيذ التعهدات خاصة في الحالة التي يتطلب فيه تتبع تنفيذ التعهدات خبرات تقنية خاصة(ثانيا).

أولا: الرقابة الذاتية كآلية لتتبع تنفيذ التعهدات

انطلاقا من الاطلاع على التطبيقات العملية لمسطرة التعهدات لكل من المفوضية الأوروبية وهيئة المنافسة الفرنسية، يتضح بأن المجال متاح للمقاولة صاحبة التعهدات المقبولة لاقتراح إجراءات تهم قيامها بنوع من الرقابة الذاتية فيما يتعلق بتنفيذ هذه التعهدات ومنها الاعتماد على آلية التقارير السنوية، فإلى جانب التعهدات المقدمة تلتزم المقاولة بتقديم تقرير سنوي عن تقدم تنفيذ التعهدات لصالح الهيئة، وهذه الالتزامات يتم قبولها إلى جانب التعهدات في القرار النهائي للهيئة. ونورد على سبيل المثال قيام شركة "distrigaz"[258] بالإضافة إلى التعهدات الرئيسية بالالتزام بتقديم تقرير سنوي بشأن احترام التعهدات في الخامس عشر من شهر يناير من كل سنة.[259]

نفس الشيء يمكن ملاحظته على مستوى قرارات هيئة المنافسة الفرنسية بشأن مسطرة التعهدات، فهي كذلك غالبا ما تتضمن بنودا تتعلق بآليات الرقابة الذاتية على تطبيق التعهدات. ففي قضية "T.D.F" التزمت هذه الأخيرة إلى جانب التعهدات المتعلقة بالشكوك التنافسية بتشكيل لجنة داخلية لتقييم وتتبع تنفيذ التعهدات تكون مهمتها الأساسية وضع

[258] Commission européenne, Décision du 11 octobre 2007, (distrigaz), préc., le point 4 de l'Annexe de la décision annoncée : « 4. Dispositions En Matière De Contrôle : Distrigaz Etablira un rapport annuel concernant le respect des engagements et le transmettra ‡ la Commission le 15 février de chaque année pour l'année civile précédente. Le premier rapport sera transmis le 15 février 2008 pour l'année civile 2007 ou dans un délai d'un mois compter de la date d'effet, si celle-ci est postérieure. ».

[259] Patricia KIPANI, les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.408.

خلاصات بشأن الخدمات التي تنازلت عنها بموجب التعهدات وكذلك بشأن العقود التي فسختها بموجب هذه الأخيرة ، والعمل على تبليغها لهيئة المنافسة وكذلك تبليغ المجلس الفرنسي الأعلى للسمعي البصري بشكل دوري بمحضر الاجتماعات التي تعقدها هذه اللجنة والخلاصات التي أنجزتها بشأن تتبع تنفيذ التعهدات.[260]

الملاحظ في هذا المثال الأخير أن هذا النوع من الرقابة الذاتية يبدو أكثر تطلبا مقارنة بالالتزام فقط بإنجاز تقرير سنوي، وذلك أخذا بعين الاعتبار أنه في هذه القضية التزمت المقاولة بتقديم تقارير عن تنفيذ التعهدات ليس فقط لهيئة المنافسة بل كذلك للهيئة القطاعية، كما أن ذلك يتم بشكل دوري كل ثلاثة أشهر، وهذا يدل على أهمية وضرورة انخراط المقاولة في مسلسل تنفيذ التعهدات وإحاطة الهيئة بكل الخطوات التي تقوم بها المقاولة لإنجاز التعهدات، وذلك من أجل تجنب فشل المسطرة ومواجهة عواقب جزاءات عدم التنفيذ وتوابع إعادة فتح القضية وفقا للمسطرة النزاعية، التي قد ينتج عنها مواجهة عقوبات مالية كان الهدف من اللجوء إلى مسطرة التعهدات هو تجنبها.

وبتالي يمكن القول بأن آلية الرقابة الذاتية على تنفيذ التعهدات تتيح لهيئة المنافسة بديلا جد مهما لما قد يتطلبه تتبع تنفيذ التعهدات من موارد مكلفة، لأن عبء اثبات تنفيذ

[260] C.C.F, Décision n° 07-D-30 du 05 octobre 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique, préc., dans l'Annexe de la décision comportons les engagements de la société TDF en trouve que le quatrième engagement énoncée que : « Contrôle de la mise en œuvre des engagements TDF s'engage à : constituer au sein de la Division TV de TDF et en liaison avec la Direction juridique de TDF, un comité d'évaluation et de suivi des engagements, qui se réunira une fois par trimestre et aura pour objet : de dresser un bilan des points de service de diffusion transférés par les chaînes de télévision ; o de dresser un bilan des résiliations anticipées des contrats bipartites et tripartites ; o de communiquer au Conseil de la concurrence (bureau de la procédure) les comptes rendus de chaque réunion trimestrielle du comité dans un délai de quinze jours à compter de la date de la réunion ; cette communication sera faite également au Conseil supérieur de l'audiovisuel dans les limites du secret des affaires ; o de communiquer aux mêmes autorités dans les mêmes conditions tous les trimestres le nombre de points de services transférés à la demande des éditeurs de chaînes hertzienne diffusée en mode analogique aux opérateurs de diffusion concurrents. L'obligation de renseigner le Conseil de la concurrence et le Conseil supérieur de l'audiovisuel prendra fin avec l'extinction de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique. ».

التعهدات يكون على عاتق المقاولة، الأمر الذي يسمح بتجنب قيام المقاولة بمجرد الحصول على قرار قبول التعهدات وقفل المسطرة أو الحصول على الترخيص بإنجاز عملية التركيز، بالتراخي والمماطلة بشأن تنفيذ ما التزمت به في هذه القرارات.

ثانيا: الاستعانة بالغير لتتبع تنفيذ التعهدات

جذير بالذكر أن المقصود بالغير الذي قد تلجأ إليه هيئات المنافسة لتتبع وضمان حسن تنفيذ التعهدات هو ذلك الغير المستقل الذي لم تكن له أي علاقة بالمسطرة التي أفضت إلى قرار التعهدات، فقد تلجأ هيئة المنافسة إلى تفويض صلاحية مراقبة وتتبع تنفيذ التعهدات إلى الغير الذي يكون في الغالب وكيلا أو خبيرا، خاصة في الحالة التي تفرض فيها الخصوصية التقنية لبعض التعهدات أو القطاعات المعنية بهذه التعهدات اللجوء لخدمات هؤلاء.

واللجوء إلى الخبير لضمان حسن تنفيذ التعهدات قد يكون بناء على اقتراحات المقاولات المنافسة التي تملك حق إبداء ملاحظات بشأن التعهدات، كما قد يكون بناء على اقتراح المقاولة صاحبة التعهدات، وكمثال لذلك نجد أنه في قضية "Repsol"[261] المتعلقة بالسوق الإسباني لتوزيع البنزين، قامت هذه الشركة بنفسها بتعيين خبير مستقل من أجل مراقبة تنفيذ تعهداتها التي قبلتها المفوضية الأوروبية.

الملاحظ من خلال التجارب المقارنة أن اللجوء إلى الوكيل للسهر على تنفيذ التعهدات المقدمة من قبل المقاولات غالبا ما يتم بشأن التعهدات ذات الطابع الهيكلي، كما هو الحال في التعهدات المرتبطة بمسطرة الترخيص لعملية التركيز الاقتصادي، إذ يتم منح وكالة خاصة لشخص أو هيئة معينة للسهر على عمليات تفويت الأنشطة أو الأسهم التي تفرضها التعهدات.

[261] Patricia KIPANI, les engagements en matière des pratiques antis concurrentielles, op.cit., p.411.

والمفوضية الأوروبية من جانبها قامت بتنظيم الممارسة العملية المتعلقة بتعيين وكلاء لتتبع تنفيذ التعهدات ذات الطابع الهيكلي، وفق نماذج محددة بشكل مسبق وذلك لجعل الإجراءات المرتبطة بتعيين وعمل الوكيل أكثر سرعة وسهولة بالنسبة للمقاولة، ومثل هذا التنظيم لا نجده في التشريع الفرنسي. الشيء الذي أدى إلى ظهور بعض الاختلافات على مستوى قرارات المفوضية الأوروبية وهيئة المنافسة الفرنسية، خاصة فيما يتعلق بإمكانية الكشف عن هوية الوكيل المكلف بتتبع تنفيذ التعهدات، فالمفوضية تقوم بالإفصاح عن هوية الوكيل المكلف بتتبع تنفيذ التعهدات، الشيء الذي يسمح للمقاولات المنافسة بربط الاتصال بهذا الأخير وإخباره بشأن الحالات التي تتخلف فيها المقاولة المعنية عن تنفيذ تعهداتها[262]، أما هيئة المنافسة الفرنسية فتتجنب الإفصاح عن هوية الوكيل في قرارها المتعلق بقبول التعهدات.

أما فيما يتعلق بمراقبة التعهدات السلوكية فالوكلاء يتم اللجوء إليهم بناء على خبراتهم التقنية، ودورهم يتمحور في مراقبة التزام المقاولات باحترام التدابير الموضوعة لتنفيذ هذه التعهدات، خاصة وأن تنفيذ التعهدات في هذه الحالة قد يمتد إلى مراحل زمنية طويلة، وكذلك مهمة الوكلاء في هذه الحالة تكون لمدة زمنية أطول مقارنة بما عليه الأمر في مراقبة تنفيذ التعهدات الهيكلية.

ومن بين الشروط الواجب توفرها في الوكيل هو أن يكون مستقلا عن المقاولة صاحبة التعهدات وأن لا يكون معرضا لتضارب المصالح، والملاحظ أنه في مجال التعهدات المتعلقة بعمليات التركيز، فإن هذا الوكيل قد يكون إما بنكا أو مستشارا في التسيير أو مراقبا للحسابات، وتكون له كافة الصلاحيات بموجب قرار التعهدات من أجل تتبع تنفيذ مراحل تفويت الأنشطة كما تم تحديدها في هذا القرار، وله في حالة تعثر إجراءات التخلي عن هذه الأنشطة داخل الآجال المحددة لذلك أن يقوم هو بنفسه بإجراءات التفويت[263].

[262] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.502.503.

[263] Patricia KIPANI, les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.417.

يجب التأكيد على نقطة مهمة هو أن هذا الغير الوكيل وإن كان مستقلا عن المقاولة ويستمد صلاحياته من قرار هيئة المنافسة، إلا أنه يتم أداء تعويضاته من قبل المقاولة صاحبة التعهدات، ويبقى أن نتساءل عن إمكانية لجوء هيئة المنافسة إلى إلزام المقاولة المقترحة للتعهدات بإخضاع هذه التعهدات لمراقبة وكيل تعينه الهيئة نفسها.

الاجتهاد القضائي الأوروبي أتيحت له الفرصة للإجابة عن هذا التساؤل، فقد أكد على أنه ليس للمفوضية الأوروبية أن تفرض على المقاولة المقدمة لتعهدات تحمل أتعاب الوكيل المعين من قبل المفوضية لتتبع تنفيذ هذه التعهدات. إذ قامت محكمة أول درجة الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ 17 شتنبر 2007 بإبطال قرار المفوضية في قضية " ميكروسوفت" فيما يخص النقطة المتعلقة بتعيين المفوضية لوكيل لتتبع تنفيذ تعهدات هذه الشركة، بناء على أنه في هذه القضية الميكانيزم الخاص بتتبع تنفيذ التعهدات يتعدى ما هو مطلوب، فتعيين خبير تابع للمفوضية من أجل تقديم الاستشارة بشأن تحقيق جار بخصوص مدى احترام المقاولة لتعهداتها وإلزامها بتحمل نفقات هذا الأخير، والسماح له بممارسة سلطة البحث والتحقيق التي لا يسمح القانون للمفوضية بتفويضها للغير، لا يحترم مبدأ أن مراقبة تنفيذ التعهدات هو التزام يقع على عاتق المفوضية ولا يمكنها وضعه على كاهل المقاولة من خلال تحميلها تكلفة ميكانيزم المراقبة، وبالتالي لا يمكن ترك تنفيذ قواعد المنافسة الاتحادية مرهونا بقدرة المقاولة المستفيدة من قرار التعهد على تحمل تكلفة ذلك.[264]

---

[264] T.P.I.C.E, Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft, T-201/04, Rec CJCE II-3601, Point 1277-1278 : « (1277) Si la Commission n'est pas compétente par voie de décision en application de l'article 3 du règlement n° 17 pour imposer à une entreprise ayant violé l'article 82 CE des mesures correctives, en ce compris les coûts afférents à celles-ci, qui dépassent ce qui est approprié et nécessaire, elle l'est d'autant moins pour mettre à la charge de cette entreprise des coûts qui incombent à la Commission dans l'accomplissement de ses propres responsabilités en matière d'enquête et d'exécution.

(1278) Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'article 7 de la décision attaquée ne trouve pas de fondement juridique dans le règlement n° 17 et outrepasse donc les compétences dont dispose la Commission en matière d'enquête et d'exécution au titre du règlement n° 17, dans la mesure où il ordonne à

هذا القرار يفيد بأن قيام هيئة المنافسة بقبول تفويض صلاحية تتبع تنفيذ التعهدات للغير، يجب أن يتم وفق إطار محدد بشكل واضح ودقيق لا يتجاوز دور المراقبة والمساعدة وتقديم الاستشارة بشأن تنفيذ التعهدات، وذلك تبعا لقدرة ورغبة المقاولة على تحمل أعباء هذا التفويض، إذ يجب أن لا يتجاوز تفويض مراقبة التنفيذ حدود سلطة هيئة المنافسة المتلازمة مع دورها الأصيل في الحرص على حماية قواعد المنافسة ومراقبة حسن تنفيذها.

نشير في الأخير إلى أن تقرير التدابير الكفيلة بتتبع تنفيذ التعهدات يبقى من صميم السلطة التقديرية لهيئة المنافسة، التي تأخذ بعين الاعتبار طبيعة التعهدات أثناء تقريرها بشأن التدابير المتعلقة بتنفيذها. فهيئة المنافسة الفرنسية في قضية " ماستر كارت" و"فيزا" [265] قررت قبول اللجوء لآلية الرقابة الذاتية عن طريق التقرير السنوي المقترح من قبل المقاولة، عوض الأخذ بالضغوطات التي مارستها بعض المقاولات في مرحلة اختبار السوق، والتي أصرت على تعيين وكيل لتتبع تنفيذ التعهدات، أكدت الهيئة على أن طبيعة التعهدات ونوعية الشكوك التنافسية لا

Microsoft de présenter une proposition portant sur la mise en place d'un mécanisme qui, d'une part, doit comprendre la désignation d'un mandataire indépendant doté des pouvoirs d'accéder, indépendamment de la Commission, à l'assistance, aux informations, aux documents, aux locaux et aux employés de Microsoft ainsi qu'au code source des produits pertinents de cette dernière et, d'autre part, prévoit la mise à la charge de Microsoft de l'ensemble des coûts liés à la désignation du mandataire, en ce compris la rémunération de celui-ci. Partant, la Commission ne saurait se réserver le droit d'imposer un tel mécanisme par voie de décision dans l'hypothèse où elle estimerait que celui proposé par Microsoft n'est pas adéquat. » En Ligne :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62004TJ0201 (consultée : 11 août 2019)

[265] A.C.F, Décision n° 13-D-17 du 20 septembre 2013 relative a des pratiques de MasterCard relèves dans le secteur des cartes de paiement, En Ligne :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-de-mastercard-relevees-dans-le-secteur-des-cartes-de-paiement (consultée : 14 août 2019)

- A.C.F, Décision n° 13-D-18 du 20 septembre 2013 relative a des pratiques de visa dans le même secteur, En Ligne :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-de-visa-relevees-dans-le-secteur-des-cartes-de-paiement (consultée : 14 août 2019)

توجب ضرورة اللجوء إلى خدمات الوكيل، خاصة وأن المقاولات التزمت بتقديم تقرير مفصل عن تنفيذ تعهداتها ابتداء من الثلاثة أشهر التي تلي دخول هذه التعهدات حيز التنفيذ [266].

نشير في الأخير إلى أن قرارات مجلس المنافسة بشأن قبول التعهدات شأنها شأن باقي القرارات الصادرة عن المجلس تخضع لإلزامية النشر بالموقع الالكتروني للمجلس وكذلك بالجريدة المخول لها نشر الإعلانات القانونية، ومنذ نشرها تصبح نافذة في مواجهة أطرافها، كما تخضع للطعن أمام الغرفة الإدارية لمحكمة النقض بالنسبة لقرارات التركيز التي تتضمن قبول أو رفض التعهدات، أو أمام محكمة الاستئناف بالرباط فيما يتعلق بقرارات التعهدات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة.

المبحث الثاني: مراحل تطبيق مسطرة الإعفاء

من بين المستجدات المهمة ذات الأولوية التي جاءت بها مقتضيات ق.ح.أ.م. رقم 104.12، هي تعزيز صلاحية مجلس المنافسة في مجال التصدي للممارسات المنافية للمنافسة وخاصة تلك التي تكون لها آثار سلبية جد خطيرة على وضع المنافسة في السوق، والممثلة أساسا في الاتفاقات التي تتخذ شكل تحالفات سرية ممتدة في الزمن بين الفاعلين الاقتصاديين، هذه السرية تجعل من الصعب على هيئات المنافسة اكتشاف هذا النوع من الممارسات وتجميع وسائل وعناصر الإثبات الضرورية لإدانة مرتكبيها. من أجل ضمان تحقق هذه الأولوية تبنى مجلس المنافسة تنظيم آلية مسطرية تسمح للمجلس بتقرير الإعفاء أو التخفيض من العقوبة المالية، لصالح المنشأة التي تساهم في اكتشاف هذا النوع من الممارسات ومعاقبة المسؤولين عنها، وذلك من خلال التنصيص على مقتضيات قانونية تنظم مراحل تطبيق هذه المسطرة انطلاق من إيداع المنشأة لطلب الإعفاء (المطلب الأول) مرورا بتحديد الشروط التي يتم في ظلها فحص طلب الإعفاء (المطلب الثاني) وانتهاء باتخاذ المجلس قراره بشأن هذا الطلب (المطلب الثالث).

[266]Voir le point 201 du Décision n° 13-D-17 dans l'affaire MasterCard, préc., et point 198 du décision n° 13-D-18 and l'affaire Visa, préc.

المطلب الأول: تقديم المنشأة لطلب الاستفادة من الإعفاء

قبل الشروع في التطرق للمقتضيات التي تنظم طلب الإعفاء لابد من التذكير بأن هذه المسطرة في ظل ق.ح.أ.م. يستفيد منها فقط الأشخاص المعنويون بمعنى المنشآت الاقتصادية والمنظمات المهنية دون الأشخاص الذاتيين سواء المسيرين أو الأطر العاملة بتلك المنشآت، وهذا هو المعمول به كذلك في التشريع الفرنسي والقواعد الاتحادية، أما الولايات المتحدة الأمريكية فتضع نظاما خاصا يسمح للأشخاص الذاتيين بالاستفادة من مسطرة الإعفاء بشأن التحالفات التي شاركوا فيها.[267]

وبالرجوع إلى طلب الإعفاء يتضح أن المشرع المغربي لم ينظم في المادة 41 من ق.ح.أ.م. شكلية تقديم المنشأة لطلب الإعفاء أمام مجلس المنافسة، بل أحال في ذلك الشأن على مقتضيات المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652، فمقتضيات المادة 28 منه تفيد أنه على المنشأة التي تريد التقدم بطلب رسمي للاستفادة من الإعفاء، تقديم طلب صريح للاستفادة من مسطرة الإعفاء إما أمام رئيس مجلس المنافسة أو أمام مصالح السلطة الحكومية المكلفة بالمنافسة، من هنا يتضح أن المشرع عمل على توسيع الجهات التي لها تلقي طلبات الإعفاء ولم يقصرها على المجلس وحده وهذا على غرار ما هو معمول به في التشريع الفرنسي [268]. هذا التعدد جعل الفقه الفرنسي يتساءل عن الفرق الذي يمكن أن ينتج عن تطبيق مسطرة الإعفاء في حالة لجوء المقاولة لتقديم طلبها أمام المدير العام لمديرية المنافسة والاستهلاك ومحاربة الغش الفرنسية عوض مصالح هيئة المنافسة الفرنسية[269].

---

[267] Marina Martina STEINBOCKOVA, Leniency programme in antitrust law, op.cit., p.30.

[268] المشرع الفرنسي هو كذلك يسمح للمقاولة بتوجيه طلب الإعفاء إما للمقرر العام لمجلس المنافسة أو للمدير العام لمديرة المنافسة والاستهلاك ومحاربة الغش وذلك وفقا لما تنص عليه المادة R464-5 من م.ت.ف. التي جاء فيها :

« L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 s'adresse soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence. »

[269] Yves CHAPUT, Philosophie des programmes de clémence et de transaction, op.cit., p.15.

هذا التساؤل سرعان ما تمت الإجابة عنه من خلال أول قرار تبناه مجلس المنافسة الفرنسي بشأن تطبيق مسطرة التعهدات، وذلك في القضية التي همت اتفاقات منافية للمنافسة في سوق صناعة الأبواب والذي صدر بشأنها القرار رقم 06-D-09 بتاريخ 11 أبريل 2006 [270]، ويتضح من خلال مضامين هذا القرار أن طلب الإعفاء تم التقدم به إلى مديرية المنافسة والاستهلاك ومحاربة الغش الفرنسية، وهذه الأخيرة حولت طلب الإعفاء مع الوثائق لمجلس المنافسة الفرنسي الذي قام بتطبيق باقي مراحل المسطرة.

وأخذا بعين الاعتبار تعدد الجهات التي يمكنها تلقي طلب الإعفاء فير ق.ح.أ.م. لم يغفل المشرع المغربي الإشارة في المادة 28 من المرسوم التطبيقي إلى ضرورة قيام كل من مجلس المنافسة والسلطة الحكومية المكلفة بالمنافسة بتبادل المعلومات بشأن طلبات الإعفاء التي قد يتلقاها أحدهما، وكذلك المعلومات المتعلقة بوجود بحث أو تحقيق محتمل بشأن الممارسات موضوع طلب الإعفاء، وذلك لتفادي صدور أكثر من قرار بشأن نفس الممارسة.

أما فيما يتعلق بالشكل الذي يمكن أن يتخذه طلب الإعفاء المقدم من قبل المقاولة، نجد أن الفقرة الأولى والثانية من المادة السابقة الذكر، تتيح للمقاولة إمكانية تقديم طلب الإعفاء إما بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالتوصل، وإما وفق طلب شفوي يثبت تاريخه كتابة، يستتبع تلقي التصريح بمضمونه في أقرب الآجال من لدن مصالح البحث التابعة للسلطة الحكومية أو مقرر تابع لمجلس المنافسة، هذه المقتضيات توضح مدى التزام المشرع بضمان المرونة اللازمة لتشجيع المنشآت على تقديم طلبات الإعفاء في أقرب الآجال وبأبسط الإجراءات.

لكن في المقابل نجد المشرع لم يتطرق في مقتضيات المادة 28 إلى للمعلومات الواجب أو الممكن للمقاولة تضمينها في طلب الإعفاء، ولعل هذا الأمر قد يتم تداركه في التطبيقات التي قد تصدر مستقبلا عن مجلس المنافسة بشأن مسطرة الإعفاء. وذلك على غرار ما قامت هيئة

[270] C.C.F, Décision du 11 avril 2006, n° 06-D-09, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, En Ligne :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=06d09 (consultée le 17 août 2019)

المنافسة الفرنسية في النقطة 29 من بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء[271]، التي تشير فيها إلى وجوب تضمين الطلب اسم وعنوان المقاولة مقدمة طلب الإعفاء، إضافة إلى توضيح الظروف التي أدت إلى تقديم طلب الإعفاء، وتحديد سوق السلع أو الخدمات موضوع الاتفاق الذي سيتم كشفه، والحدود الجغرافية لهذا السوق، وهوية باقي الأطراف المشاركة في هذا الاتفاق، وطبيعة هذا الاتفاق ومدته، إضافة إلى طلبات الإعفاء المقدمة للهيئات الوطنية الأخرى. وهذا نفس ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة 9 من بلاغ المفوضية الأوروبية[272].

كما أن كل من النقطة 30[273] من البلاغ المتعلقة بتطبيق مسطرة الاعفاء الخاص بهيئة المنافسة الفرنسية وكذلك النقطة 15[274] من مذكرة المفوضية الأوروبية الصادرة بتاريخ 8 دجنبر

---

[271] A.C.F, précisée dans son dans le point 29 de son communiqué que « Pour accomplir cette démarche, l'entreprise doit fournir à l'Autorité, outre son nom et son adresse, des informations dénuées d'ambiguïté sur les circonstances ayant conduit à l'introduction de sa demande de clémence, le(s) produit(s) en cause et le(s) territoire(s) sur lesquels l'entente présumée est susceptible de produire ses effets, l'identité des auteurs de cette entente, sa nature et sa durée estimée, ainsi que sur toute demande de clémence relative à cette entente présumée qui a été ou sera formulée auprès d'autres autorités de concurrence. » Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., p. 6.

[272] L'article 9 dispose que : « (a) une déclaration de l'entreprise (2) comprenant, dans laμ mesure où elle en a connaissance au moment de la demande :

-une description détaillée de l'entente présumée...

- le nom et l'adresse de l'entité juridique qui présente la demande d'immunité...

- le nom, la fonction, l'adresse du bureau et, lorsque c'est nécessaire, l'adresse privée de toutes les personnes qui, à la connaissance du demandeur, prennent ou ont pris part à l'entente présumée...

-les autres autorités de concurrence, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'UE, avec lesquelles l'entreprise a pris contact ou entend prendre contact au sujet de l'entente présumée " Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, du 8.12.2006, n° 2006/C 298/11, pric, p.2,

[273] A.C.F., le point 30 dispose que « La réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou l'établissement d'un procès-verbal par le rapporteur général permet de marquer l'ordre d'arrivée des demandes de clémence, à condition que l'entreprise ait fourni les informations visées au point précédent. ", Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., p.6.

[274] Point 15 « Les services de la Commission peuvent accorder un marqueur protégeant la place d'une entreprise dans l'ordre d'arrivée des demandes pendant un délai qui sera déterminé au cas par cas afin de leur permettre de

2006 المتعلق بمسطرة الإعفاء في قضايا الاتفاقات، أشارت إلى مسألة مهمة لم يشر لها المشرع المغربي وهي أنه عند التوصل بطلب المنشأة أو إنجاز محضر بشأن طلب شفوي، يتم تسجيل تاريخ هذا الطلب وفق لنظام يطلق عليه" le marqueur"، والذي يسجل فيه ترتيب طلبات الاعفاء وفق تاريخ تلقيها، بما يضمن للمقاولة حفظ رتبة طلب الاعفاء المقدم من قبلها وذلك داخل أجل معين، ويتوجب عليها داخل ذلك الأجل التقدم بوسائل الاثبات الضرورية التي سيتم على أساسها فحص طلبها، ويترتب عن ما سبق مبدأ مهم هو أن الهيئة لا تفحص إلا الطلب الأول في ترتيب تلقي طلبات الإعفاء، ولا تمر لفحص الطلبات الموالية إلا بعد التقرير بشأن ذلك الطلب.

المطلب الثاني: التحقق من توفر شروط قبول طلب الإعفاء

تنص المقتضيات القانونية التي جاءت في المادة 41 من ق.ح.أ.م. على أنه " يصدر لهذه الغاية رأيا بالإعفاء يحدد الشروط التي يخضع لها الإعفاء المزمع، بعد تقديم مندوب الحكومة والمنشأة أو الهيأة المعنية لملاحظاتها، ويوجه هذا الرأي إلى المنشأة أو الهيأة وإلى الإدارة، ولا يتم نشره ". كما أن مقتضيات المادة 28 من المرسوم التطبيقي تفيد بأنه بعد تلقي طلبات الاعفاء يقوم المقرر بإعداد اقتراحاته المتعلقة بالعقوبة، وكذلك الشروط الممكن أن يقيد بها هذا الاعفاء من قبل المجلس، وذلك كله في تقرير يتوجب عليه توجيهه لكل من المنشأة أو الهيئة المعنية أو إلى مندوب الحكومة وذلك داخل ثلاثة أسابيع على الأقل من الجلسة التي سيصدر الرأي فيها.[275]

يتضح من خلال هذه المقتضيات السابقة أن المقرر يقوم بعد تلقي طلب الإعفاء بالقيام وفقا لسلطته التقديرية بالفحص الأولي لكافة المعلومات ووسائل الاثبات والوثائق التي دعمت

---

rassembler les renseignements et éléments de preuve nécessaires." Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, du 8.12.2006, n° 2006/C 298/11, préc., p.3.

[275] هذه المقتضيات هي نفس المقتضيات المعمول بها في ظل المادة R464-5 من مدونة التجارة الفرنسية والنقطة 17 من مذكرة المفوضية الأوروبية.

بها المقاولة طلبها، وكذلك تحديد مقترحات الإعفاء التي تتمثل في اقتراح الإعفاء الكلي أو الجزئي، وتبعا لذلك يحدد الشروط التي يقيد بها الاستفادة من هذا النوع من الإعفاء، وذلك وفق تقرير يوجه لكل من المنشأة ومندوب الحكومة لتقديم ملاحظاتهم، ومن ثم يصدر المجلس رأيا للإعفاء يتضمن حسب كل حلة على حدة[276] الشروط التي يتوجب احترامها لاستفادة المقاولة من الإعفاء[277]، وهذه الخطوات تتم وفق مسطرة سرية ضمانا للأمن القانوني للمنشأة.

ونجد أن الإشارة العامة التي جاءت بها المادة 41 من ق.ح.أ.م. التي لمح المشرع في بدايتها على أنه: " إذا ساهمت في إثبات وقوع الممارسات المحظورة وتحديد مرتكبيها، من خلال تقديم معلومات لم تتوفر لمجلس المنافسة أو الإدارة من قبل"، وإن كانت تفيد بأن الشروط التي سيتم تضمينها في رأي الإعفاء ترتبط أساسا بهذه الغاية أي السماح للمجلس بالحصول على المعلومات التي تمكنه من إثبات وقوع الاتفاق المنافي وتحديد مرتكبيه، إلا أن هذه المقتضيات تبقى غير كافية للتحديد الدقيق لمضمون الشروط التي تسمح للمقاولة بالتعرف بشكل مسبق على المطلوب منها احترامه للاستفادة من قرار الإعفاء[278]، ولعل ذلك سيتأجل بالنسبة للتشريع المغربي حتى صدور تطبيقات عن المجلس قد تتضمن إشارات عن نوع هذه الشروط.

وهكذا يمكن القول بأن المشرع المغربي تبنى وفقا لمقتضيات المادة 41 من ق.ح.أ.م. والمادة 28 من المرسوم التطبيقي ميكانيزم الرأي المشروط المعمول به في ظل م.ت.ف والقواعد الاتحاد الأوروبي، هذا الميكانيزم تكمن مزاياه في تمكين المقاولة صاحبة طلب الإعفاء من التعرف على وجهة نظر هيئة المنافسة من المعلومات المضمنة في هذا الطلب، وذلك قبل أن يتم التقدير الفعلي لوسائل الإثبات وفقا لمبدأ حسن النية، وذلك من خلال إدلاء المقاولة بلائحة وصفية تشمل جميع الوثائق التي يمكن أن تقدمها للهيئة.

---

[276] Bruno LASSERRE, La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier, op.cit. p. 16.

[277] Laurence IDOT, Les procédures de clémence en droit de la concurrence, op.cit. p.115.

[278] Jean-Christophe RODA, « La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques », op.cit., p.15

ويتم ذلك عبر مرحلتين: المرحلة الأولى تدلي فيها الهيئة برأي مشروط حول الطلبات التي تتوفر فيها شروط الإعفاء الكلي، وفي حالة عدم توفر هذه الشروط تبقى للمقاولة إما طلب فحص الوثائق على أساس شروط الإعفاء الجزئي أو التراجع عن هذا الطلب وسحب هذه الوثائق، وبالتالي من شأن ذلك وضع جسر يسمح للمقاولة بالمرور من طلب إعفاء كلي إلى طلب إعفاء جزئي وتشجيعها على الاستمرار في المسطرة رغم الحالة التي يقوم فيها شك بشأن جودة عناصر الإثبات المقدمة من قبلها[279]. في المرحلة الثانية تقوم الهيئة بالتأكد من كون العناصر المزودة بها من قبل المقاولة بعد انطلاق مسطرة البحث والتحقيق تحترم شروط الرأي، وبناء على ذلك تقرر في نهاية المسطرة منح الإعفاء من عدمه.[280]

في ضوء ما سبق وبالرجوع إلى تطبيقات هيئات المنافسة في التشريعات المقارنة وخاصة منها البلاغات التوجيهية بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء لكل من هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية والقانون النموذجي للإعفاء الصادر عن الشبكة الأوروبية للمنافسة[281]، نجدها وضعت تحديدا دقيقا للشروط التي يمكن أن تلزم باحترامها المقاولة للاستفادة من الإعفاء، وهذه الشروط تنطبق عل نوعي طلبات الإعفاء الكلي والجزئي.

ومن أول هذه الشروط أن المقاولة مقدمة طلب الإعفاء يجب أن تضع حدا لمشاركتها في الاتفاق المزعوم بعد تقديمها لهذا الطلب، إلا في الحالة التي تقرر فيها الهيئة عكس ذلك استمرار هذه المشاركة ضمان لسرية الطلب ولفعالية إجراءات البحث والتحقيق التي قد تطلقها الهيئة، هذا الشرط تؤكده النقطة 23 [282] من بلاغ الهيئة المنافسة الفرنسية المتعلق بتطبيق مسطرة الإعفاء، ونفس الشيء تؤكد عليه المفوضية الأوروبية في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء.

---

[279] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit. p. 454.

[280] Arnold VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées, op.cit. p.162.

[281] Pierre ARHEL, Harmonisation des systèmes européens de clémence en matière de concurrence, Revue La Semaine Juridique- entreprise et affaires-, n° 39, 12 octobre 2006, p.1705.

[282] A.C.F, le point 23 du Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., dispose que : « Outre les conditions d'éligibilité énoncées précédemment, les conditions cumulatives

أما الشرط الثاني فيتمثل في ضرورة قيام المقاولة بتقديم تعاون حقيقي كامل ومستمر طيلة مراحل البحث والتحقيق التي تلي تقديم طلب الإعفاء، وهذا يتضمن تزويد الهيئة بكافة المعلومات والوثائق وعناصر الاثبات التي بحوزتها المقاولة أو التي يمكن أن تحصل عليها، وأن تبقى رهن إشارة الهيئة من أجل الإجابة عن كافة الاستفسارات التي تهم التأكد من الوقائع ذات الصلة بأطراف الاتفاق .[283]

أما الشرط الثالث فيرتبط أساسا بضمان حسن نية المقاولة سواء في مرحلة ما قبل تقديم طلب الإعفاء أو مرحلة ما بعد هذا التقديم، ومضمونه أنه على المقاولة عدم إعلام –سواء بشكل مباشر أو غير مباشر– أحد أطراف الاتفاق برغبتها في تقديم طلب الإعفاء أو بأنها أقدمت على ذلك التقديم[284]، ويجب أن تتجنب إتلاف أو إخفاء المعلومات أو عناصر الإثبات التي من شأنها أن تفيد في مسطرة التحقيق بشأن الاتفاق المزعوم، وهذا الشرط تطرقت له كذلك كل من بلاغ المفوضية الأوروبية وبلاغ هيئة المنافسة الفرنسية. [285]

---

suivantes doivent être remplies dans tous les cas pour ouvrir droit à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires : (i) l'entreprise doit, en principe, mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence de l'Autorité. Toutefois, pour maintenir la confidentialité de la démarche et préserver l'efficacité des mesures d'enquête, l'Autorité peut décider de reporter cette date »

[283] Point 23 préc., dispose que : « ii) l'entreprise doit apporter à l'Autorité une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction, ce qui signifie en particulier :

- fournir sans délai à l'Autorité toutes les informations et tous les éléments de preuves qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ;
- ne remettre en cause à aucun moment devant l'Autorité, et ce jusqu'au terme de la procédure, les éléments factuels qu'elle a révélés à l'Autorité dans le cadre de la procédure de clémence et qui fondent l'avis de clémence, la matérialité des faits qu'elle a dénoncés ou l'existence même des pratiques. »
- se tenir à la disposition de l'Autorité pour répondre rapidement à toute demande de sa part visant à contribuer à l'établissement des faits en cause ;
- mettre à la disposition de l'Autorité, pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels, ainsi que, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés »

[284] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit., p.479.

[285] Ibid ;, point 23 : « lorsqu'elle envisage d'adresser une demande à l'Autorité, l'entreprise ne doit pas avoir détruit ou falsifié de preuves de l'entente présumée, ni avoir divulgué son intention de présenter une demande ni

أما فيما يخص الشروط الواجب احترامها من قبل المقاولة في أفق الاستفادة من الإعفاء الكلي فهي ترتبط أولا بكون المقاولة مقدمة الطلب لم تعمل على دفع مقاولة أو مقاولات أخرى للالتحاق بالتحالف المزعوم[286]، ولعل الفكرة من وراء هذا الشرط هو حرمان مثل هذه المقاولة من سوء استغلال برامج الإعفاء من أجل الإضرار بالمنافسين المحتملين التي قامت هي بالأساس بإجبارهم على المشاركة في التحالف، لذلك في هذه الحالة المقاولة لا يبقى أمامها سوى التقدم بطلب الاستفادة من إعفاء جزئي، هذا النقطة تم تكريسها هي كذلك في بلاغ المفوضية الأوروبية وبلاغ هيئة المنافسة الفرنسية.[287]

أما الشرط الثاني فهو ذلك الذي يمكن أن يستفاد من ما نص عليه المشرع في بداية المادة 41 من ق.ح.أ.م. الذي جاء فيها أنه " يجوز منح إعفاء كلي أو جزئي... إذا ساهمت في إثبات وقوع الممارسات المحظورة وتحديد مرتكبيها. من خلال تقديم معلومات لم تتوفر لمجلس المنافسة أو الادارة من قبل". بالنظر للمقتضيات هذه المادة وباستحضار ما تتضمنه كل من بلاغ المفوضية الأوروبية وهيئة المنافسة الفرنسية يمكن أن نخلص إلى أنه فيما يتعلق بإمكانية استفادة المقاولة من الإعفاء الكلي هناك فرضيتين. [288]

إما أن تكون المقاولة مقدمة الطلب هي المقاولة الأولى التي تتقدم بطلب إعفاء يسمح بتقديم معلومات وإثباتات بشأن اتفاق منافي للمنافسة لم تكن لتصل لعلم الهيئة قبل تقديم هذا

---

la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence », aussi dans le même sens le point 12 de Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, du 8.12.2006, n 2006/C 298/11, préc.

[286] Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Edition SIREY, 5éme Éd, 2011, p.278.

[287] Voir le point 23 de communique de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., : « Aucune exonération totale de sanction pécuniaire ne sera accordée au titre du programme de clémence à une entreprise qui aura pris des mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction. », dans le même sens le point 12 de Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, préc.

[288] Voir le point 15 ;16 ;17, de communique de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., et le point 8 de Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, préc.

الطلب، بحيث تسمح هذه المعلومات للهيئة بتحريك مسطرة البحث في مواجهة أطراف الاتفاق، بناء على المعلومات وعناصر الإثبات المقدمة من قبل المقاولة سواء فيما يتعلق بتعيين أطراف الاتفاق أو تعيين الأمكنة ولأزمنة التي تم داخلها عقد مثل هذا الاتفاق، بالإضافة إلى الوثائق الدالة على ذلك.

أما الفرضية الثانية فهي تلك المرتبطة بأن الهيئة تتوفر على معلومات بشأن الاتفاق المزعوم لكن المقاولة من خلال طلبها تكون أول من يساهم في تقديم وسائل إثبات تسمح للهيئة بمعاينة وقوع المخالفة، لأنه في وقت تقديم الطلب لم تكن الهيئة تتوفر على عناصر الإثبات الضرورية للتوصل والتأكد من وقوع المخالفة.

أما فيما يتعلق بشروط الحصول على الإعفاء الجزئي في حالة عدم توفر شروط تطبيق الإعفاء الكلي، فعلى المقاولة في هذه الحالة أيضا أن يستجيب طلبها إلى شروط معينة كما تم تحديدها في كل من بلاغ المفوضية الأوروبية وبلاغ هيئة المنافسة الفرنسية بشأن تطبيقات مسطرة الإعفاء، وتجب الإشارة في هذا الشأن إلى أن المفوضية الأوروبية كما هيئة المنافسة الفرنسية لا يفحصون طلبات الاعفاء الجزئي إلا بعد البت في جميع طلبات الاعفاء الكلي المقدمة بشأن نفس الاتفاقات.[289]

وهكذا، من أجل إمكانية الاستفادة من مسطرة الاعفاء الجزئي تشترط هيئة المنافسة أن تقدم المقاولة عناصر إثبات تدل على وجود الاتفاق المزعوم وتكون لها قيمة مضافة بالنظر لما يتوفر لدى الهيئة من عناصر اثبات، وهذه القيمة المضافة تكمن في كون عناصر الإثبات المقدمة من قبل المقاولة تدعم جهود الهيئة في معاينة وجود الاتفاق، وذلك إما لكون هذه الإثباتات كتابية ذات قيمة أعلى من قيمة الإثباتات المتوفرة مسبقا، أو كونها مباشرة ذات قيمة مضافة

[289] Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit. p.455

عن الإثباتات غير المباشرة المتوفرة للهيئة، أو أنها إثباتات حاسمة لا يمكن المنازعة في صحتها مقارنة بعناصر الإثبات الأخرى المتوفرة لدى الهيئة.[290]

المطلب الثالث: اتخاذ القرار النهائي بشأن طلب الإعفاء

من خلال استقراء مقتضيات المادة 41 من ق.ح.أم. التي ينص فيها المشرع على أنه: " وتزامنا مع القرار المتخذ تطبيقا للمادة 39 أعلاه، يجوز لمجلس المنافسة، إذا تم احترام الشروط المحددة في رأي الإعفاء، منح إعفاء من العقوبات المالية يتناسب مع المساهمة المقدمة لإثبات المخالفة"، ومقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 28 من المرسوم التطبيقي التي تنص على أنه" يمكن أن يتضمن تقرير البحث والمؤاخذات وتقرير المقرر تقييما حول مدى احترام الشروط المنصوص عليها أعلاه من لدن المنشأة أو الهيئة المستفيدة من الرأي".

يتبين بأن مسطرة البت في طلبات الإعفاء سواء الكلي أو الجزئي تتم بشكل موازي لمراحل المسطرة العادية للبحث والتحقيق بشأن الإحالات التي ينظر فيها المجلس، التي ترتكز في هذه الحالة على المعلومات المتضمنة في طلب الإعفاء، وهكذا يمكن القول بأن مساطر البحث والتحقيق في ملف التحالف الذي تم كشفه من قبل طالب الإعفاء لها ارتباط وثيق بمراحل تطبيق مسطرة الإعفاء، ولعل هذا ما يبرر تنصيص المشرع على إمكانية قيام المقرر أثناء صياغة البحث أو المؤاخذات بتقييم مدى احترام المقاولة لشروط الإعفاء، حيث على المقاولة أن تحرص طيلة القيام بإجراءات البحث والتحقيق بشأن الممارسة المنافية التي كشفت عنها على احترام شروط الحصول على الإعفاء كما سبق بيانها، وأن تنتظر حتى نهاية المسطرة العادية وصدور القرار بشأنها لتعلم باستفادتها من الإعفاء أم لا.[291]

---

[290] Voir le point 19 de communique de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, préc., et le point 24 et 25 du Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, préc.

[291] Laurence IDOT, Les procédures de clémence en droit de la concurrence, op.cit., p.115.

إن القرار النهائي بشأن المخالفة، التي كشف عنها طالب الإعفاء وساعد في التثبت من وجودها وتعيين المسؤولين عنها، هو الذي يتضمن التقييم النهائي لمدى احترام المقاولة لشروط الإعفاء وبالتالي تقرير الاستفادة من الإعفاء الكلي أو تحديد نسب التخفيض من الغرامة في حالة الاستفادة من الإعفاء الجزئي. هذا ما يمكنه أن نوضحه من خلال قرار مجلس المنافسة الفرنسي الصادر بتاريخ 11 أبريل 2006 [292]بشأن أول تطبيق لمسطرة الاعفاء، حيث قام المجلس في متن القرار النهائي بشأن المخالفة بتعداد شروط استفادة المقاولة من الإعفاء ومدى احترامها لهذه الشروط قبل أن يمنحها الإعفاء الكلي، وتضمن نفس القرار كافة الجوانب المتعلقة بنتائج المسطرة العادية، أي كل من التكييف القانوني للممارسات المنسوبة للمنشآت المشاركة في هذه المسطرة، وتحديد العقوبات المالية تجاه كل واحدة تبعا للآثار الضارة التي سببتها هذه الممارسات للاقتصاد والمنافسة، والزمن الذي امتدت فيه هذه الممارسة .[293]

وجدير بالذكر أن هذا القرار صدر قبل تبني مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) للخطوط التوجيهية المتعلقة بتطبيق مسطرة الاعفاء، التي تضمنت عرضا مفصلا لكافة الشروط الواجب احترامها من قبل طالب الاعفاء، وذلك في ظل ما هو معمول من قبل المفوضية الأوروبية في قواعدها لسنة 2006 بشأن الإعفاء.

من جهة أخرى يمكن القول وفقا للمقتضيات المادة 41 من ق.ح.أ.م. و المادة 28 من المرسوم التطبيقي، وعلى غرار ما هو معمول به في الفقرة الرابعة من المادة L464-2 والمادة R464-5 من م.ت.ف، أنه يبقى لمجلس المنافسة كامل السلطة لتقدير مدى احترام المقاولة لشروط الإعفاء وتقريرها منح الإعفاء من عدمه، بل الأكثر من ذلك الفقه الفرنسي[294] يرى

[292] C.C.F, Décision du 11 avril 2006, n° 06-D-09, préc.

[293] Emmanuel CLAUDEL, Clémence : première décision d'application ! Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, n° 2, avril-juin 2006, p.29.

[294] Yves CHAPUT, Philosophie des programmes de clémence et de transaction, op.cit. p.37.

بأن مقتضيات م.ت.ف. لا تتضمن ما يمنع رفض هيئة المنافسة منح الإعفاء للمقاولة حتى ولو توفرت شروط الإعفاء.

ونحن وإن كنا نتفق مع هذا التوجه من الناحية المبدئية لأنه وكما هو الحال في م.ت.ف. لا تتضمن مقتضيات ق.ح.أ.م. ما يفيد تقييد السلطة التقديرية لمجلس المنافسة بشأن قرار منح الإعفاء، وخاصة في ظل غياب أي إشارة لنوع الشروط الممكن أن يصدر في ظلها هذا القرار، إلا أنه لا يتصور منطقيا من الناحية العملية انطلاقا من مبدأ وجوب تعليل قرارات هيئة المنافسة، أن يصدر قرار بعدم منح الإعفاء رغم توفر شروطه، خاصة في حالة وجود خطوط توجيهية تنظم شروط قبول هذا الإعفاء كما هو الحال في ظل التشريع الفرنسي.

و على عكس ما عليه الأمر في ق.ح.أ.م. و م.ت.ف، المفوضية الأوروبية تؤكد من خلال بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء لسنة 2006، اقتداء بما هو معمول به في القانون الأمريكي، وبشكل لا يترك مجال للشك خاصة بالنسبة لمسطرة الإعفاء الكلي المشروط، أنه بمجرد احترام المقاولة للشروط الإعفاء كما هي محددة في رأي الإعفاء تستفيد بشكل تلقائي من الإعفاء الكلي، وهذا ما يساعد على احترام الانتظارات المشروعة للمنشآت المطالبة بالإعفاء وضمان أمنها القانوني تجاه هذه المساطر، الشيء الذي ينعكس على ضمان جاذبية وفعالية مسطرة الإعفاء الكلي .[295]

وهكذا نجد أن المفوضية الأوربية في النقطة 8 من بلاغ 2006 اعتمدت صياغة صريحة ومباشرة تؤكد من خلالها على أنها تمنح إعفاء كليا للمقاولة التي تكشف عن مشاركتها في الاتفاق المزعوم، إذا كانت هي السباقة في توفير المعلومات وعناصر الاثبات التي تسمح للمفوضية بتحريك مسطرة الأبحاث بشكل موجه ودقيق، وبإثبات وقوع مخالفة لقواعد

[295] Jean-Christophe RODA, La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p.15.

الاتحاد[296]. هذا عكس ما عليه الأمر في المادة 41 من ق.ح.أ.م. والفقرة الرابعة من المادة L464-2 من م.ت.ف. التي جاءت بصيغة جوازية " يجوز منح إعفاء كلي..." ولا تفيد وجوبية منح الإعفاء الكلي عند التحقق من احترام كافة شروطه.

نفس الشيء يمكن الإشارة إليه بالنسبة للإعفاء الجزئي، فالمشرع في ظل المادة 41 من ق.ح.أ.م. والمادة 28 من المرسوم التطبيقي لم يشر إلى حجم التخفيض أو السقف الأدنى أو الأعلى لهذا التخفيض الممكن تقريره بالنسبة لطلبات الإعفاء الجزئي المقبولة، وبذلك يبقى هذا الأمر معلقا على صدور الخطوط التوجيهية التي قد يتبناها مجلس المنافسة بشأن تطبيقات هذه المسطرة، وذلك وفقا لما هو معمول به بالنسبة لهيئة المنافسة الفرنسية، التي تؤكد في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء على أن قرار الإعفاء الجزئي لا يمكن أن يتجاوز التخفيض فيه نسبة 50% من مبلغ العقوبة المالية التي كان سيتم تقريرها في وجه المقاولة لو لم تستفد من هذا الإعفاء[297].

وارتباطا بهذه النقطة يرى الفقه الفرنسي بأن هيئة المنافسة وإن قامت بتحديد سقف التخفيض الذي يمكن أن تقرره بشأن طلب الإعفاء الجزئي إلا أنه يبقى لها هامش واسع من السلطة التقديرية لتحديد نسب التخفيض في أفق هذا السقف[298]، وهذا عكس توجه المفوضية

---

[296] Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, (2006/C 298/11), préc., point 8 : La Commission exemptera une entreprise qui révèle sa participation à une entente présumée affectant la Communauté de l'amende qui, à défaut, lui aurait été infligée si elle est la première à fournir des renseignements et des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, lui permettront : (a) d'effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée (1);
ou (b) de constater une infraction à l'article 81 CE en rapport avec l'entente présumée. »

[297] Voir Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, (2006/C 298/11), préc., point 26 : « Dans toute décision finale arrêtée au terme de la procédure administrative, la Commission déterminera le niveau de réduction dont l'entreprise bénéficiera, qui s'établira comme suit par rapport au montant de l'amende qui lui aurait à défaut été infligée.
— Première entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 30 et 50 %,
— Deuxième entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 20 et 30 %,
— Autres entreprises fournissant une valeur ajoutée significative : réduction maximale de 20 %.. »

[298] Arnold VIALFONT, le droit de la concurrence et les procédures négociées, op.cit. p. 162.

الأوروبية التي تقيد سلطتها بشأن نسب التخفيض الممكن أن تمنحها لطالب الإعفاء الجزئي ليس فقط من خلال تحديد سقف الإعفاء، بل كذلك من خلال تحديد مستويات التخفيض التي تدخل تحت هذا السقف وذلك من خلال النقطة 26 من بلاغها بشأن تطبيق الإعفاء الكلي من العقوبة المالية والتخفيض منها.[299]

كما تؤكد هيئة المنافسة الفرنسية تماشيا مع ما جاء في بلاغ المفوضية الأوروبية[300] على أنه بالنسبة لعناصر الإثبات الحاسمة التي تقدمها المقاولة في إطار طلب الإعفاء الجزئي، والتي تسمح بالوقوف على خطورة الاتفاق المزعوم، وتدل على استمراره لمدة زمنية أطول لم تكن في علم الهيئة، فإن الهيئة لا تأخذ بعين الاعتبار هذه الإثباتات أثناء تحديد مبلغ العقوبة المالية التي على أساسها يتم احتساب التخفيض الممنوح لهذه المقاولة في إطار الإعفاء الجزئي، وذلك لتشجيع المقاولات على عدم التردد في الكشف عن هذا النوع من الإثباتات في إطار طلبات الإعفاء الجزئي[301]، ما سيمكن الهيئة من وسائل إثبات جديدة والتي لا يكون للمقاولات المشاركة في التحالف مصلحة في الإدلاء بها، خاصة إذا كانت تدل على خطورة أكبر للاتفاق الذي كانت طرفا فيه.[302]

نخلص مما سبق أنه يبقى لمجلس المنافسة وفقا لمقتضيات المادة 41 من ق.ح.أ.م. كامل السلطة التقديرية على مستوى كافة مراحل تطبيق مسطرة الإعفاء انطلاقا من مرحلة تقديم الطلب، ومرورا بمرحلة فحص هذا الطلب، وإلى غاية صدور القرار النهائي، لقبول تعاون المنشأة الطرف في الاتفاق المنافي للمنافسة من أجل إثبات وقوع هذه الممارسة المخالفة والمعاقبة عليها، وتقرير منحها إعفاء كليا أو جزئيا، أو رفض هذا التعاون وتقرير عدم كفايته وبالتالي تقرير عدم

---

[299] Voir le point 21 de communique de l'autorité de concurrence et le point 26 de communique de la commission européenne.

[300] Ibid.

[301] Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit., p.455

[302] فيما يخص هذه النقطة هناك أمثلة متعددة بشأن تطبيقات المفوضية الأوروبية لهذا المبدأ نورد منه على سبيل المثال القرار التالي:

- Commission Européenne décision du 3 May 2006, n° COMP/38.620, (Bleaching Chmicals), En Ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32006D0903 (consultée le 25 août 2019)

منحها الإعفاء. لا يبقى للمقاولة في هذه الحالة سوى منفذ وحيد يتمثل في عدم معارضة صحة المؤاخذات المبلغة لها لكي تستفيد من التخفيض من العقوبة المالية التي قد تواجهها، ما يجعلها تخرج بأقل الخسائر الممكنة.

المبحث الثالث: مراحل تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

من أهم الآليات التي جاء بها ق.ح.أ.م. رقم 104.12 لتفعيل دور مجلس المنافسة في البت في الملفات المعروضة عليه بشأن مخالفة قواعد اللعبة التنافسية وفق أقل تكلفة مسطرية وفي أقرب الآجال، آلية عدم معارضة صحة المؤاخذات التي نص عليها في المادة 37 من هذا القانون، وهي آلية تسمح للمجلس بضمان تسريع المسطرة والاقتصاد في التكلفة أثناء معالجة الملفات المتعلقة بالممارسات المنافية، كما تسمح للمنشأة أو الهيئة التي تطلب الاستفادة بالحصول على تخفيض معتبر من العقوبة المالية التي كانت ستواجهها في حالة معارضة صحة المؤاخذات المبلغة، وتعاونها في مرحلة التحقيق التي تلي تبليغها بالمؤاخذات.

ومن خلال استقرائنا للمقتضيات المقتضبة التي جاء بها المشرع في المادة 37 من ق.ح.أ.م. التي ينص فيها على أنه:" إذا لم تعارض إحدى الهيئات أو المنشآت صحة المؤاخذات المبلغة إليها، جاز للمقرر العام أن يقترح على مجلس المنافسة، الذي يستمع إلى الأطراف ومندوب الحكومة دون إعداد تقرير مسبق، الحكم بالعقوبة المالية المنصوص عليها في المادة 39 من هذا القانون مع الأخذ بعين الاعتبار غياب أي اعتراض. وفي هذه الحالة، يقلص المبلغ الأقصى للعقوبة المحكوم بها إلى النصف.

وعندما تتعهد المنشأة أو الهيأة علاوة على ذلك بتغيير تصرفاتها في المستقبل، يجوز للمقرر العام أن يقترح على المجلس أخذ ذلك أيضا بعين الاعتبار عند تحديد مبلغ العقوبة."[303]

[303] الملاحظ أن المشرع المغربي خلافا لما قام به بالنسبة لمسطرة التعهدات ومسطرة الإعفاء اعتمد في صياغة المادة 37 على الصياغة القديمة للفقرة الثالثة من المادة L464-2 من م.ت.ف. والتي أجرت عليها تعديلات معتبرة بموجب القانون رقم 2015.9090 بتاريخ 6 غشت 2015 حيث تم تعديل اسم المسطرة لتصبح مسطرة الصلح عوض مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات المبلغة، وذلك لتلائم قواعد المفوضية إضافة إلى

يتبين بأن مقتضيات المادة أعلاه التي لم يكلف المشرع نفسه عناء تنظيم كيفية تطبيقها في المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 الخاص بتطبيق القانون رقم 104.12، كما فعل بالنسبة لمسطرة التعهدات والإعفاء التي أطرت بمقتضيات هذا المرسوم، وأخذا بعين الاعتبار المقتضيات القانونية والخطوط التوجيهية التي تؤطر المسطرة في القوانين المقارنة خاصة تلك المطبقة من قبل هيئة المنافسة الفرنسية و المفوضية الأوروبية، يمكن التطرق لمراحل تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات من خلال الوقوف أولا على المرحلة التحضيرية المتعلقة بتقديم ومعالجة طلب الاستفادة من مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات (المطلب الأول) ثم بعد ذلك التطرق لمرحلة دراسة مقترحات المقرر المتعلقة بتطبيق هذه المسطرة، واتخاذ القرار بشأنها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: المرحلة التحضيرية لتطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

أول ما نلاحظه عند الاطلاع على المقتضيات التشريعية ل ق.ح.أ.م. التي تنظم مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، وكذلك المقتضيات والتوجيهيات التي تؤطر مثيلاتها – مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات ومسطرة الصلح– أمام هيئة المنافسة الفرنسية و المفوضية الأوروبية، هو أنه في ظل مختلف هذه التشريعات تطبيق مسطرة عدم المعارضة في صحة المؤاخذات يسبقه مرحلة تحضيرية، تبدأ بتوصل المنشأة بمؤاخذات مجلس المنافسة وآن ذاك يمكنها تقديم طلب عدم معارضة صحة المؤاخذات وفق إجراءات محددة (الفقرة الأولى) وبعد ذلك يعمل المقرر العام

التنصيص على أن مقترح المقرر يجب أن يتضمن المبلغ الأقصى والمبلغ الأدنى للعقوبة التي يتم بناء عليها تحديد العقوبة والتخفيض الممكن تطبيقه بشأن هذه المسطرة، وبالتالي أصبحت الفقرة الثالثة من المادة L464-2 من م.ت.ف. تنص على أنه :

L'article L464-2 dispose que : « ...III. Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction »

على تلقي هذه الطلبات وتحضير مقترحاته بشأنها إذا ما قدر وجود مصلحة من تطبيق هذه المسطرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقديم المنشأة لطلب عدم معارضة صحة المؤاخذات

انطلاقا من مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. التي تنص على أنه: " إذا لم تعارض إحدى الهيئات أو المنشآت صحة المؤاخذات المبلغة إليها، جاز للمقرر العام أن يقترح على مجلس المنافسة...". يظهر أن المشرع منح الإمكانية للمنشأة أو المنظمة التي تتوصل بمؤاخذات مجلس المنافسة بشأن ممارساتها التي تكون مخالفة لقانون المنافسة، إذا رأت مصلحة في أن تقبل هذه المؤاخذات وأن لا تنازع في صحتها، أن تتقدم بطلب للمقرر العام تؤكد فيه استعدادها لعدم معارضة صحة المؤاخذات، وبالإضافة إلى ذلك يمكنها اقتراح تعهدات بتغيير سلوكها مستقبلا.

وبذلك يتضح أن أول مرحلة في المسطرة هي تلك المتعلقة بتبليغ المؤاخذات وهي مرحلة يتم انجازها من خلال مصالح البحث التابعة للمجلس، والتي يتم بواسطتها إخبار المنشأة أو المنظمة بالممارسات التي تؤاخذ عليها من قبل مصالح البحث بالنظر إلى المقتضيات القانونية الساري بها العمل، فهذا الإجراء– تبليغ المؤاخذات – هو الباب الذي يسمح للمقاولة من خلاله بالولوج إلى مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات [304].

وتتضمن هذه الوثيقة مختلف المؤاخذات والعناصر الأساسية الواقعية والقانونية التي أسست عليها هذه المؤاخذات، والتي تشكل إجراء تحضيريا لمسطرة التحقيق التي قد يقوم بها المقرر فيما

[304] Carole CHAMPALAUNE, Mélanie THILL-TAYARA, Emmanuelle CLAUDEL, Synthèse du séminaire sur le thème : Non-contestation des griefs et transaction, organisée le 20 décembre 2012 par Norton Rose Fulbright à Paris, En Ligne :

http://www.concurrences.com/Photos/Transaction-Macron/ (consultée le 5 octobre 2019)

بعد[305]، وهذا الإجراء وفقا لنص المادة 29 من ق.ح.أ.م. يجب القيام به وتبليغه للمنشأة أو المنظمة كلما كان المجلس يعتزم فتح مسطرة بشأن ممارسات موضع طلب إحالة من الغير أو موضوع إحالة ذاتية من قبل المجلس، وذلك من أجل ضمان تمكين المقاولة من إبداء وجهة نظرها بشأن هذه المؤاخذات، والدفاع عن مصالحها بشكل عادل في باقي مراحل المسطرة التي قد ينتج عنها قرار سلبي يمس هذه المصالح.[306]

وهنا يجب التأكيد على أنه في ظل مقتضيات المادة 37 السابقة الذكر للمقاولة كامل الحرية بعد توصلها بتبليغ المؤاخذات في اختيار معارضة صحة المؤاخذات أو عدم معارضة صحتها، فهي التي تملك حرية تحريك المسطرة، وهذا هو التوجه المعمول به كذلك في ظل القانون الفرنسي وفقا للفقرة الثالثة من المادة L464-2، هذا التوجه أكدته هيئة المنافسة الفرنسية في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الصلح –مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات قبل التعديل– وذلك من خلال النقطة 10 من هذا البلاغ[307].

أما في مسطرة الصلح المطبقة أمام المفوضية والتي تقابلها مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات في التشريع المغربي، فيتم تحريك تلك المسطرة بناء على مبادرة من المفوضية الأوروبية نفسها، وذلك من خلال توجيه طلب للمقاولة المعنية من أجل إبداء مصلحتها في الدخول في حوار من أجل التوصل إلى صلح، ويتم توجيه هذا الطلب بعد فتح المسطرة الرسمية في وجه

---

[305] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.112.

[306] Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Direction générale de la concurrence Bruxelles Juillet 2002, p. 2, En Ligne :

https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/100e1bc8-cee3-4f65-9b30-e232ec3064d6 (consultée le 7 octobre 2019)

[307] Communiqué de procédure de l'Autorité de concurrence française du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc., « point 10. Il appartient à l'entreprise destinataire d'une notification de griefs de déterminer si elle souhaite renoncer à contester les griefs et solliciter, auprès du rapporteur général, la mise en œuvre de la procédure de transaction, sans avoir à expliquer les raisons d'une telle démarche. »

المقاولة المعنية عن طريق رسالة مكتوبة تتضمن أجلا للإجابة[308]، وبالرغم من أن مبادرة تحريك المسطرة تكون للمفوضية إلا أنه في الأخير تبقى للمنشأة حرية قبول أو رفض اللجوء إلى هذه المسطرة.

وهذا ما يؤكده الاجتهاد القضائي لمحكمة أول درجة الأوروبية في القرار الصادر بتاريخ 14 ماي 1998[309]، والتي أكدت في النقطة 374 منه على أن قيام المفوضية في إطار مسطرة البحث بمجرد الإشارة للمقاولة بإمكانية الاستفادة من التخفيض من العقوبة المالية في حالة الإقرار بمجموع الوقائع المثارة في مواجهتها، ودون تحديد لمبلغ التخفيض، لا يشكل ضغطا ممارسا من المفوضية على المنشأة من أجل دفعها للمشاركة في مسطرة الصلح.

وبالرجوع لمقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م.، نجدها تنص على أن طلب عدم معارضة صحة المؤاخذات يقدم من قبل المنشأة التي تلقت هذه المؤاخذات، وأن هذا الطلب يوجه للمقرر العام لمجلس المنافسة، إلا أنه في غياب أي مقتضيات تطبيقية لهذه المادة، ليس من الممكن تحديد وفق أي شكل يقدم هذا الطلب وما الذي يجب أن يتضمنه.

---

308 Règlement n° 622/2008 du 30 juin 2008 de la commission européen en ce qui concerne les procédure de transaction engagées dans les affaire d'entente, l'article premier (1) dispose que « La Commission peut décider d'ouvrir la procédure en vue d'adopter une décision en application du chapitre III du règlement (CE) no 1/2003 à tout moment, mais au plus tard à la date à laquelle elle rend une évaluation préliminaire au sens de l'article 9, paragraphe 1, dudit règlement, émet une communication des griefs ou adresse aux parties une demande de manifestation d'intérêt à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, ou bien à la date de publication d'une communication en application de l'article 27, paragraphe 4, dudit règlement, selon celle de ces dates qui vient en premier.» En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2008:167:FULL&from=EN (consultée le 10 octobre 2019)

309 T.P.I.C.E, Arrêt du 14 mai 1998, Affaire T-347/94, Point 314 : "le seul fait d'indiquer à une entreprise partie à l'enquête, durant la procédure administrative, qu'une réduction du montant de l'amende à intervenir serait possible en cas de reconnaissance de l'essentiel ou de la totalité des allégations de fait, sans préciser l'ampleur de cette réduction, ne saurait constituer une pression exercée sur cette entreprise", En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61994TJ0347 (consultée le : 10 octobre 2019)

لكن تبعا لما قلناه سابقا في كون أن المنشأة يمكن أن تطلب الاستفادة من مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات منذ توصلها بتبليغ المؤاخذات، وأخذا بعين الاعتبار المقتضيات التي تنظم مسألة تبليغ المؤاخذات وخاصة المادة 29 التي تنص على أنه: "...دون الإخلال بالتدابير المنصوص عليها في المادة 35 أدناه، يبلغ المقرر العام المؤاخذات إلى المعنيين بالأمر وكذا إلى مندوب الحكومة، الذين يجوز لهم الاطلاع على الملف مع مراعاة مقتضيات المادة 31 أدناه، وتقديم ملاحظاتهم داخل أجل شهرين" ، يتضح أن المقاولة يمكنها طلب الاستفادة من مسطرة عدم المعارضة بمناسبة تقديمها للملاحظات الكتابية التي تبديها بشأن المؤاخذات المبلغة لها وذلك داخل أجل شهرين من توصلها بالتبليغ.

وفيما يتعلق بالشكل الذي يجب أن يفرغ فيه طلب عدم معارضة صحة المؤاخذات، فمبدئيا يضمن الطلب في محضر توقعه كل من المقاولة والمقرر العام، لكن الملاحظ أنه بالنسبة لتطبيقات مسطرة عدم المنازعة أمام هيئة المنافسة الفرنسية يتبين أن هذه الأخيرة كانت تتعامل بمرونة مع هذا المبدأ، إذ كانت تتيح للمقاولات الاستفادة من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات في ظل غياب محضر بينها وبين المقرر، وذلك باعتبار أن طلب المقاولة وإن لم يتخذ شكل محضر إلا أنه قدم في إطار الملاحظات التي أبدتها بشأن المؤاخذات التي بلغت بها.[310]

بل الأكثر من ذلك نجد على مستوى التطبيقات المقارنة أنه ما دام لم ينقض أجل الشهرين الذي يلي التوصل بتبليغ المؤاخذات، والذي يجب أن تبادر المنشأة داخله إلى تقديم ملاحظاتها،

[310] A.C.F., Décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010. Point 424 : « 424. Dans ses observations du 16 février 2009 à la notification des griefs, Signaux Laporte a effectivement déclaré ne pas contester le grief qui lui avait été notifié et a demandé à bénéficier desdites dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce. Elle s'est en outre engagée à modifier ses comportements pour l'avenir. Certes, ainsi que le rapporteur général adjoint l'a souligné lors de la séance, aucun procès-verbal formalisant la procédure de non-contestation des griefs n'a été établie. Toutefois, force est de constater que la demande de Signaux Laporte est intervenue dans le délai de remise des observations et a fortiori avant la notification du rapport du 22 avril 2010. Il est d'ailleurs mentionné au point 297 de ce dernier que Signaux Laporte n'a pas contesté le grief qui lui a été notifié et a souscrit des engagements pour l'avenir ». En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/10d39.pdf (consultée le : 22 novembre 2019)

فإنه يمكن للمنشأة التي تكون قد بادرت في بداية هذا الأجل إلى معارضة المؤاخذات أن تتراجع عن ذلك وتطلب الاستفادة من المسطرة ما دام لم ينقض هذا الآجال ولم يقم المقرر بصياغة التقرير بعد. هذه الحالة ليست نادرة بل تتحقق غالبا عندما تتراجع إحدى المنشآت المعنية عن المعارضة في صحة المؤاخذات نظرا لكون منشأة معينة قامت بطلب الاستفادة من هذه المسطرة 311

كذلك على مستوى التشريع الفرنسي المقارن الذي لم يتطرق هو كذلك إلى الشكليات المتعلقة بمسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات (مسطرة الصلح بعد التعديل رقم 2015.9090)، جاءت الخطوط التوجيهية المضمنة في بلاغ هيئة المنافسة المتعلقة بتطبيق هذه المسطرة لتدارك هذا النقص، فالنقطة 11 تشير إلى أنه يجب أن يتم طلب الاستفادة من هذه المسطرة بتصريح مكتوب وفق مصطلحات واضحة وتامة خالية من الغموض ومن أي شروط[312]، وبما يفيد أن المقاولة لن تطعن لا في حقيقة الممارسات موضوع المؤاخذات، ولا في تكييفها القانوني، ولا في مدى مسؤوليتها عن هذه الممارسات وأنها لن تنازع في مدى صحة هذا التبليغ في حد ذاته.

نفس التوجه نجده في المادة 11[313] من قواعد المفوضية الأوروبية بشأن مسطرة الصلح[314]، التي تنص على أنه تمنح المفوضية للمنشأة التي أبدت رغبة ايجابية في المشاركة في

311 M. LBARD, G.CANVET, E. CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEN, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, op.cit. p.525.

312 Voir Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc., Point 11 : « L'entreprise qui souhaite bénéficier de la procédure de transaction doit en faire la demande au rapporteur général le plus rapidement possible afin qu'un procès-verbal de transaction puisse être signé dans les deux mois qui suivent la réception de la notification de griefs. L'Autorité n'entend pas prendre en considération les demandes n'ayant pas abouti à l'expiration de ce délai, sauf circonstances exceptionnelles."

313 Article 11 du Règlement n° 622/2008 du 30 juin 2008, préc., : "Après l'ouverture de la procédure prévue à l'article, paragraphe1 6, du règlement (CE) no 1/2003, la Commission peut impartir aux parties un délai pour lui faire savoir par écrit si elles sont disposées à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, afin de présenter, le cas échéant, des propositions de transaction. La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les réponses reçues après l'expiration de ce délai."

مسطرة الصلح، أجلا يتوجب فيه أن تعبر داخله كتابة[315] على أنها على استعداد للدخول في حوار مع المفوضية في أفق التوصل إلى صلح، وبناء على ذلك تعلمها المفوضية بالمؤاخذات التي قد توجهها لها، وهذا يفيد أنه في إطار مسطرة الصلح المطبقة أمام المفوضية الأوروبية طلب الاستفادة من المسطرة قد يسبق التبليغ بالمؤاخذات، وهذا عكس ما عليه الأمر في التشريع المغربي والفرنسي.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. وخاصة الفقرة الثانية منها التي تنص على أنه: " وعندما تتعهد المنشأة أو الهيأة علاوة على ذلك بتغيير تصرفاتها في المستقبل يجوز للمقرر العام أن يقترح على المجلس أخذ ذلك أيضا بعين الاعتبار عند تحديد مبلغ العقوبة". يتضح أن المشرع يمنح الإمكانية للمنشأة التي تريد الاستفادة من مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات تدعيم طلبها بمقترح التعهدات، من خلال الالتزام باتخاذ تدابير من أجل تغيير سلوكها في المستقبل بما يتماشى ونصوص قانون المنافسة، وذلك مقابل امكانية أخذ ذلك بعين الاعتبار من قبل المجلس أثناء تحديده للتخفيض من العقوبات المالية.

وفي علاقة بهذه الإمكانية نجد أن هيئة المنافسة الفرنسية في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الصلح، تؤكد على أنه إذا اختارت المقاولة اقتراح تعهدات إلى جانب عدم المنازعة في المؤاخذات، توجب أن يتم صياغة هذه التعهدات بشكل واضح يتضمن جميع العناصر التي تسمح للمقرر بتقدير جديتها، وقابليتها للتطبيق والمراقبة، كما تشير الهيئة أنه يبقى للمقاولة كامل الحرية في اختيار نوع التعهدات المقترحة.

وفي نفس السياق نشير إلى أن هيئة المنافسة الفرنسية كانت تقبل باقتراح التعهدات التي تضمن حسن تطبيق المقاولة وأطرها لقانون المنافسة مستقبلا والتي تتم عن طريق برامج المطابقة،

---

[314] Bruno LASSERRE, La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier, op.cit., p.10.

[315] Laurent NOUVEL, la consultation sur le projet de procédure de transaction dans le domaine des ententes : une nouvelle forme de coopération, complémentaire de la clémence, équivalent du plaider coupable, R.D.A.I, n°1, 2008, p.71.

إلا أنه وفق لقرار صدر مؤخرا لم تعد هيئة المنافسة تقبل بتضمين هذا النوع من التعهدات[316]، إذ تعتبر الهيئة أن هذه البرامج أصبح الأخذ بها شيئا مفترضا في التسيير العادي للمنشآت الكبيرة الحجم، ومباشرة بعد هذا القرار قامت الهيئة بسحب الوثيقة الإطار التي كانت تنظم فيها هذا النوع من التعهدات[317].

نشير في الأخير أنه وفقا للتطبيقات المعمول بها بشأن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات في القانون المقارن الفرنسي، أنه يتوجب على المقاولة التي تقدم طلب الاستفادة من هذه المسطرة عدم ربط تقديم هذا الطلب بشرط أو شروط مسبقة، وهكذا نجد محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 22 نونبر 2005 تؤكد على أن تراجع المقاولة عن المنازعة في المؤاخذات لا يمكن أن يتوقف بشكل مسبق على ضرورة قبول التعهدات أو القبول بالتخفيض الذي تم التوافق بشأنه مع المقرر[318].

---

316 A.C.F, Décision du 18 octobre 2017 n° 17-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients : « L'Autorité précise, au demeurant, que l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente. Les engagements portant sur la mise en œuvre de tels programmes de conformité n'ont par suite, pas vocation, de façon générale, à justifier une atténuation des sanctions encourues au titre des infractions au droit de la concurrence, tout spécialement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commerciale » En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?lang=fr&numero=17-D-20 (consultée le : 15 octobre 2019)

317 A.C.F, Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité, document disponible a l'adresse, En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communique19oct17_transaction_conformite.pdf (consultée le : 15 octobre 2019)

318 Cass. Com, Arrêt du 22 novembre 2005, n° 04-19.102, : « Mais attendu que la procédure prévue par l'article L. 464-2-II, devenu L. 464-2-III du Code de commerce, ne peut être mise en œuvre que si l'entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir ; que si l'entreprise ne peut subordonner son absence de contestation et ses engagements à condition, elle dispose devant le Conseil, qu'elle ne peut ignorer non lié par la proposition de réduction de la sanction émise par le rapporteur général, de la faculté de présenter toutes observations et de produire toutes pièces utiles à l'appréciation par cette autorité de la sanction pécuniaire qu'elle prononcera ; qu'ayant constaté que la société Texas avait été à même de présenter de

وتجب الإشارة إلى تساؤل مهم قد يثار أمام مجلس المنافسة المغربي بشأن إمكانية أن يتم تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات بشكل جزئي، في حالة التي يتضمن فيها تبليغ المنشأة مؤاخذات مرتبطة بمجموعة من الممارسات المنافية، هل في هذه الحالة للمنشأة عدم معارضة صحة المؤاخذات المرتبطة بممارسة بعينها والمنازعة في باقي المؤاخذات؟[319]. بالرجوع إلى مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. من الواضح أنها لا تتضمن ما يمنع مجلس المنافسة المغربي من قبول هذه الإمكانية، خاصة وأنه على صعيد القانون المقارن نجد أن رئيس مجلس المنافسة الفرنسي سابقا (هيئة المنافسة حاليا) أكد على أن هذه الإمكانية ليست مستبعدة فيما يتعلق بتطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات.[320]

الفقرة الثانية: إعداد مقترحات تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

انطلاقا من مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 37 من ق.ح.أ.م. التي تنص على أن: " إذا لم تعارض إحدى الهيئات أو المنشآت صحة المؤاخذات المبلغة إليها، جاز للمقرر العام أن يقترح على مجلس المنافسة، الذي يستمع إلى الأطراف ومندوب الحكومة دون إعداد تقرير مسبق، الحكم بالعقوبة المالية المنصوص عليها في المادة 39 من هذا القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار غياب أي اعتراض ". يتبين أن للمقرر العام كامل السلطة التقديرية لتقرير قبول طلب المنشأة أو المنظمة التي تتنازل فيه عن المعارضة في صحة المؤاخذات المبلغة لها، فالمشرع نص بشكل صريح وواضح أنه "جاز للمقرر العام أن يقترح على المجلس "، وبالتالي لهذا الأخير

---

telles observations tant par écrit qu'oralement lors de la séance du Conseil, la cour d'appel a statué à bon droit et a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé . » En Ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007050720/ (consultée le 25 octobre 2019)

[319] M. LBARD, G.CANVET, E. CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEN, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J, p.522.

[320] Bruno LASSERRE, Propos introductifs, présentée lors de colloque : clémence et transaction en matière de concurrence : premier expérience et interrogation de la pratique, op.cit., p7.

الصلاحية الكاملة لتقدير وجود مصلحة للمجلس في قبول هذا الطلب، وأنه تتوفر فيه شكلا ومضمونا شروط تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات.

وتشير التطبيقات مسطرة الصلح على مستوى القانون المقارن أن هيئة المنافسة الفرنسية لم تكتف بالأخذ بصياغة الفقرة الثالثة من المادة L464-2 المماثلة لمقتضيات المادة 37 أعلاه، بل أكدت بشكل صريح في النقطة 11 و12 من بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الصلح، على أن المقرر العام له السلطة التقديرية الكاملة في تقدير –حسب كل حالة على حدة– قبول تطبيق هذه المسطرة، وخاصة تقدير ما إذا كان من شأن ذلك اختصار الآجال وتبسيط حل ملف القضية.[321]

وعديدة هي الأسباب التي قد تبرر عزوف المقرر عن متابعة السير في إجراءات مسطرة عدم معارضة المؤاخذات، منها خطورة وتعقيد الممارسات المعنية، عدم كفاية التعهدات المقترحة من قبل المقاولة، غياب أي منفعة مسطرية فيما يتعلق بآجال المسطرة والطابع الغامض لتصريح عدم معارضة صحة الوقائع. لكن بالرجوع إلى تطبيقات مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات في التشريع الفرنسي يظهر أن متطلبات الوضوح في تصريحات المقاولة بشأن عدم المنازعة يبقى الشرط الوحيد الذي قد يبرر رفض المقرر العام لطلب الاستفادة من المسطرة[322]

وارتباطا بسلطة المقرر في قبول تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، نشير أنه أثيرت أمام هيئة المنافسة الفرنسية، نقطة تتعلق بإمكانية قبول تطبيق مسطرة الصلح في حالة عدم اختيار مقاولات أخرى التنازل عن المنازعة في المؤاخذات، وذلك في الحالة التي تشمل فيها القضية أكثر من مقاولة، إذ تبلغ المؤاخذات لجميع هذه المقاولات، فهل في هذه الحالة لا يتم قبول تطبيق المسطرة إلى في حالة تقدم كافة المقاولات بطلب الاستفادة من مسطرة الصلح، أم

321 Voir point 17 et 18 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc.

322 Dominique BROULT Romain MAULIN, La Procédure de non contestation des griefs un succès non contestable, op.cit., p.85.

أنه يمكن قبول تطبيق هذه المسطرة حتى في حالة تقديم بعض المقاولات طلب الصلح والتنازل عن المنازعة في المؤاخذات واختيار باقي المقاولات المنازعة فيها وفقا للمسطرة العادية؟

بخصوص هذه التساؤل تشير هيئة المنافسة في النقطة 19 أنه في هذه الحالة بالذات وأخذا بعين الاعتبار عدد المقاولات المعنية بالقضية، تكون حظوظ قبول طلب المقاولات التي تريد الاستفادة من تطبيق المسطرة جد ضئيلة إذا ما كانت هناك مقاولات أخرى اختارت المنازعة في المؤاخذات، فالهيئة تتوجه بشكل عام إلى تفضيل تطبيق مسطرة الصلح في الحالة التي تتنازل فيها كافة المقاولات عن المنازعة في المؤاخذات[323]، وهذا التوجه يتماشى وتوجه المفوضية الأوروبية بشأن هذه النقطة بالذات.[324]

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الأولى من مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12 نجدها تنص على ما يفيد أن المقرر بعد تلقيه لطلب المنشأة وقبول استفادتها من تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، يعمل على صياغة مقترحاته بشأن التخفيض في ظل الحد الأقصى المنصوص عليه في نفس المادة، وأخذا بعين الاعتبار تطبيقات الفقرة الثالثة من المادة L464-2 من م.ت.ف التي تفيد بأن المقرر العام بعد توصله بطلب عدم المنازعة في المؤاخذات يقوم في البدء بتقدير ما إذا كانت مضامين طلب المنشأة تتضمن بشكل كاف وصريح وخال من أي غموض موافقتها على عدم المنازعة في المؤاخذات، وتشير في نفس الوقت إلى أن له توجيه المقاولة إلى تدارك النقص الذي قد يشوب هذا التنازل، وتبقى له كامل الصلاحية في تقرير التراجع عن متابعة تطبيق المسطرة.[325]

بعد ذلك، يمر المقرر العام إلى فتح حوار مباشر مع المقاولة بشأن تحديد نسبة التخفيض، وذلك في حدود سقف نصف العقوبة المالية الأقصى الممكن تقريرها في حالة منازعة المقاولة في

---

[323] Voir point 19 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc.

[324] Flavio LAINA and Aleko BOGDANOV, The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, n° 10, p.722.

[325] Voir point 21 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc.

المؤاخذات، وتحديد نسبة التخفيض الإضافي الذي يمكن أن يقترحها على المجلس أخذا بعين الاعتبار تقديمها للتعهدات[326]، بعد تأكده من كون هذه التعهدات من شأنها تغيير المقاولة مستقبلا بما يتماشى وقواعد المنافسة، وتتوفر فيها شروط الجدية والقابلية للتطبيق والمراقبة[327]، كما للمقرر التفاوض مع المنشأة حول إمكانية تعديل هذه التعهدات حتى تتماشى ومتطلبات التطبيق.

ونشير في هذا الشأن أن مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. التي تنص على أنه: " إذا لم تعارض ... جاز للمقرر العام أن يقترح على مجلس المنافسة، الذي يستمع إلى الأطراف ومندوب الحكومة دون إعداد تقرير مسبق... ". تفيد أن المقرر العام أثناء فحصه لطلب المنشأة بعدم معارضة صحة المؤاخذات وصياغة مقترحات بشأنه، لا يكون ملزما بإعداد تقرير كما هو الحال في المسطرة العادية المنصوص عليها في المادة 29 من ق.ح.أ.م، وهذا التوجه ما هو إلا احترام لخصوصية مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، التي يتم اللجوء إليها لضمان حل الملفات في أقرب الآجال وبأبسط الإجراءات الممكنة، وذلك ما لا يتناسب وجدوى إعداد المقرر العام لتقرير مفصل.[328]

وأخذا بعين الاعتبارات الخطوط التوجيهية لهيئة المنافسة الفرنسية، التي تشير إلى أنه عند انتهاء المناقشات بين المقرر وموافقة هذه الأخيرة على مقترحاته بشأن تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، يعمل على تحرير محضر يضمنه عدم منازعة المنشأة في المؤاخذات ومقترح

---

[326] Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc., point 22.

[327] Marie Malaurie-vignal, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit. p. 282.

[328] هذه التوجه أكده مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة حاليا) في القرار رقم 07-D-50 الصادر بتاريخ 20 دجنبر 2007، والذي جاء في النقطة 483 منه :

" En l'espèce, ce dernier n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en ne poursuivant pas la transaction demandée. C'est en effet l'absence de réponse de l'entreprise à la proposition qui lui a été faite, avant l'envoi du rapport au début du mois de septembre, qui a justifié cette position des services d'instruction. L'un des effets de la non contestation des griefs étant la dispense d'établissement du rapport, la procédure de transaction n'avait plus d'intérêt une fois franchie cette étape de l'instruction. «, C.C.F, Décision du 9 mars 2006 n° 7-D-50, En Ligne: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=07D50 (consultée le 20 octobre 2019)

نسبة التخفيض من العقوبة المالية القصوى، وكذلك التعهدات التي تقترحها المنشأة إضافة إلى عدم المعارضة في المؤاخذات، ويتم توقيعه من كلا الطرفين[329]، ومادام أنه لم يتم توقيع هذا المحضر فلا شيء يضمن للمنشأة الاستفادة من تطبيق مسطرة عدم معارضة في المؤاخذات.[330]

من ناحية أخرى نجد أن القواعد الاتحادية بشأن مسطرة الصلح تختلف شيئا ما عن المقتضيات السابقة الذكر، فمرحلة التوافق حول مقترح الصلح تتم بين المقاولة ومصالح المفوضية، وعند الوصول إلى اتفاق أولي مع المقاولة بشأن نسبة التخفيض من العقوبة المالية، تقوم المفوضية بتحديد أجل نهائي يتوجب أن تقوم المنشأة داخله بتقديم مقترحاتها النهائية التي تتضمن عدم المنازعة في المؤاخذات ومقترحاتها بشأن نسبة التخفيض من العقوبة المالية [331]، وهنا من المفترض أن تقدم المقاولة هذه المقترحات في ظل ما تم الاتفاق عليه مسبقا مع المفوضية وإلا ستتعرض للرفض من قبل هذه الأخيرة.

ووفقا لما سبق يظهر أن هناك فرق أساسي بين المساطر التي تهم التنازل عن المنازعة في المؤاخذات في كل من التشريع المغربي والفرنسي مقارنة بقواعد المفوضية الأوروبية، ففي التشريع المغربي والتشريع الفرنسي المقترحات يتم مناقشتها بين المقاولة والمقرر وتقديمها من قبل هذه الأخير إلى الجهاز صاحب القرار، أما في قواعد المفوضية الأوروبية تتم المسطرة برمتها بين طرفين أساسين المفوضية والمقاولة، وهذا الاختلاف سينعكس لا محالة على مرحلة اتخاذ القرار النهائي.

---

[329] Voir le point 19 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction préc.

[330] C.C.F, Décision n° 09-D-05, du 2 février 2009, point 80 : « En tout état de cause, comme pour toute négociation, les positions sont libres tant qu'un accord n'est pas signé, sous la forme d'un procès-verbal de non contestation de griefs signé conjointement par l'entreprise concernée et par le rapporteur général, et la prudence impose d'envisager dès le départ la possibilité d'un non-aboutissement. » En Ligne :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=09-D-05 (consultée 19 octobre 2019)

[331] L'article 10 ibis du Règlement n° 622/2008 du 30 juin 2008, dispose que « Si les discussions en vue d'une transaction progressent, la Commission peut impartir à ces dernières un délai pour s'engager éventuellement à suivre la procédure de transaction en présentant des propositions de transaction reflétant les résultats des discussions menées à cet effet et reconnaissant leur participation à une infraction à l'article 81 du traité, ainsi que leur responsabilité. »

المطلب الثاني: تقرير المجلس بشأن المقترحات المتعلقة بمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

طبقا لمقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م التي تنص على أنه "... جاز للمقرر العام أن يقترح على مجلس المنافسة، الذي يستمع إلى الأطراف ومندوب الحكومة دون إعداد تقرير مسبق، الحكم بالعقوبة المالية المنصوص عليها في المادة 39 من هذا القانون مع الأخذ بعين الاعتبار غياب أي اعتراض. وفي هذه الحالة، يقلص المبلغ الأقصى للعقوبة المحكوم بها إلى النصف.". يقوم المقرر بعد إعداد المقترحات المتعلقة بتطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات بعرضها على أنظار المجلس أثناء جلسة يستدعي لها الأطراف، ويترك لهم المجال لتقديم مقترحاتهم قبل أن يتخذ المجلس قراره بشأن نسبة التخفيض من العقوبة المالية التي لا يمكن أن تتجاوز نصف العقوبة التي كان سيتم تقريرها في حالة معارضة المنشأة لصحة المؤاخذات، ويمكن أن يقرر نسبة تخفيض إضافية أخذا بعين الاعتبار تبني المنشأة للتعهدات بشأن تعديل سلوكها مستقبلا.

وبالتالي انطلاقا من مبدأ فصل صلاحيات التحقيق عن صلاحية التقرير والذي يقوم عليه عمل مجلس المنافسة المغربي، يظهر أنه إذا كان للمقرر كامل الصلاحيات لقبول وإعداد مقترحات تطبيق مسطرة عدم المعارضة في المؤاخذات، فالمجلس هو الذي تبقى له صلاحية التقرير بشأن مصير هذه المسطرة، وهو في ذلك غير ملزم بمقترحات المقرر، وذلك على غرار ما هو معمول به في الفقرة الثالثة من المادة L464-2 من م.ت.ف. التي استمد منها مشرع القانون رقم 104.12 مجموع مقتضيات المادة 37 السابقة الذكر.

وبالاطلاع على تطبيقات مسطرة الصلح المؤطرة في م.ت.ف. والتي تقابلها مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات في ق.ح.أ.م، نجد أن الخطوط التوجيهية لهيئة المنافسة الفرنسية الخاصة بمسطرة الصلح تؤكد أن للهيئة كامل الصلاحية لمراقبة التقديرات التي أسس عليها المقرر

العام اقتراحاته في المحضر المعروض عليها [332]، وخاصة تلك المتعلقة بتحديد الحد الأقصى للعقوبة، كما لها أن تستمع لملاحظات الأطراف في هذا الشأن، وكذلك مراقبة مدى إمكانية الأخذ بالتعهدات المقترحة إلى جانب عدم المنازعة في المؤاخذات، ويبقى للهيئة كامل الصلاحية في تقدير الأخذ بهذه التعهدات أو سحبها أو طلب تعديلها أو تقديم تعهدات إضافية تضمن تنفيذها، وسماح للمنشأة بإبداء ملاحظاتها في شأن تعديل أو إيضاح أو استكمال هذه التعهدات [333].

وفي هذا الصدد يظهر أن المشرع المغربي لم يحدد في الفقرة الأخيرة من المادة 37 السابقة الذكر نسبة التخفيض الإضافي الممكن تقريرها في حالة تقديم المقاولة لتعهدات إلى جانب عدم معارضتها صحة المؤاخذات، فللمجلس كامل الصلاحية في تحديد نسبة التخفيض الممكن تقريرها في هذه الحالة. هذا النقص يمكن ملاحظته كذلك بالنسبة لمقتضيات المادة L464-2 من م.ت.ف التي لم تحدد هي كذلك نسبة التخفيض الإضافي في حالة تقدم المقاولة بتعهدات في مسطرة الصلح، ما دفع مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) إلى محاولة وضع حد لهذا الفراغ من خلال تقديم إشارات أثناء مشاركته في المائدة المستديرة لمنظمة "O.C.D.E" في أكتوبر 2008[334] أكد فيها أن هذا التخفيض يتراوح حسب الحالات وطبيعة التعهدات بين نسبة 10% إلى 30% [335].

بالرجوع لمقتضيات التشريع المغربي، يتبين أن للمنشأة إبداء ملاحظاتها أمام مجلس المنافسة أثناء نظره في تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات وفقا لما تنص عليه المادة 37 السابقة الذكر، وقد توحي هذه المقتضيات بأن المقاولة يمكنها إبداء ملاحظاتها أمام المجلس

[332] Voir point 34 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc.

[333] Bruno LASSERRE, La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier, op.cit. p.9.

[334] O.C.D.E., Exprience with Direct Settlements in Cartel Cases, Round Table, op.cit., p. 5.

[335] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain. op.cit., p.208.

بشأن كل ما تضمنه المحضر الذي وقعته مع المقرر، إلا أن الأمر ليس كذلك، فإذا أخذنا بعين الاعتبار تطبيقات المادة L464-2 من م.ت.ف، التي تؤكد بشأنها هيئة المنافسة في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الصلح[336]، أن المنشأة التي وقعت محضر الصلح المتضمن عدم المنازعة في المؤاخذات لا يمكن لها بعد ذلك أن تناقش أمام الهيئة أي من الجوانب المتعلقة بصحة المؤاخذات المبلغة إليها سواء فيما يتعلق بالوقائع المادية أو التكييف القانوني وغيره من هذه الجوانب، ولكن يمكن لها أن تناقش الجوانب المتعلقة بتحديد العقوبة المالية وخاصة منها تلك المتعلقة بمدى خطورة الضرر الناتج عن الممارسة المؤاخذة عليها.

ونظرا لكون تطبيقات مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات التي كان معمولا بها في إطار م.ت.ف. كانت تدل على أنه غالبا ما تكون الحدود الفاصلة بين المبررات المرتبطة بالمخالفة من جهة وتلك المرتبطة بالجزاءات متقاربة بل ومتداخلة، ما دفع الفقه الفرنسي إلى التأكيد أنه على المقاولة أخذ الحذر لكي لا تغامر بمناقشة المؤاخذات التي سبق وأن تراجعت عن المنازعة فيها، الشيء الذي قد يؤدي إلى رفض طلبها في النهاية.[337]

هذه الصعوبة التي قد تواجه المقاولة والمرتبطة بتداخل المعطيات فيما يرتبط بشق المخالفة والجزاء تعاملت معه هيئة المنافسة الفرنسية بنوع من المرونة، ومن بين الأمثلة التي تؤكد ذلك نجد أنه في قضية الآلات الحاسبة[338] قدمت المقاولة المعنية تقريرا اقتصاديا لتدعيم ملاحظاتها، تضمن وفقا للهيئة بعض الإشارات المرتبطة بالآثار الاقتصادية للممارسة التي يمكن اعتبارها نوعا من المنازعة في المؤاخذات، فرغم قبول الهيئة بهذا التقرير إلا أنها أشارت إلى أن القيام بالاستدلال

---

[336] Voir point 14 et 35 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc.

[337] Dominique BROULT, Romain MAULIN, La procédure de non contestation des griefs un succès non contestable, op.cit., p.83.

[338] C.C.F, Décision du 25 septembre 2003 n 03-D-45, relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire, en ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-aux-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-calculatrices-usage-scolaire (consultée 25 octobre 2019)

على غياب خطورة الممارسة على الاقتصاد يمكن أن يؤدي بشكل غير مباشر إلى مناقشة المسائل المرتبطة بغياب أو محدودية آثار هذه الممارسات على وضعية المنافسة في السوق.

وفي نفس السياق وتبعا لنفس المرونة السابقة نجد أن هيئة المنافسة الفرنسية تكتفي برفض ملاحظات المقاولة التي لا تحترم الشروط المتعلقة بعدم المنازعة المؤاخذات، رغم أنه بإمكانها اعتبار شروط عدم المنازعة غير متوفرة وتقرير التراجع عن السير في مسطرة عدم المنازعة[339]. هذا التوجه الذي أخذت به هيئة المنافسة الفرنسة هو فقط تطبيق لمنطق مسطرة عدم المنازعة في صحة المؤاخذات، الذي يفيد بأنه لن يكون لتطبيق هذه المسطرة أي فائدة إذا كان عليها أن تلتزم في البدء بعدم المنازعة في المؤاخذات لطلب تطبيق المسطرة، ثم يسمح لها فيما بعد المنازعة في هذه المؤاخذات أثناء تطبيق المسطرة أمام الهيئة، فهذا من شأنه أن يفقد هذه المسطرة مزايا السرعة والبساطة التي بنيت على أساسها [340].

لكن رغم أنه لا يسمح للمقاولة بالتراجع عن عدم المنازعة في المؤاخذات أمام الهيئة، فإن هذه الأخيرة تؤكد بأن عدم منازعة المقاولة في صحة المؤاخذات لا يمكن أن يشكل اعتراف قانونيا بمسؤوليتها عن المخالفة[341]، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي الفرنسي في أكثر من مرة [342]،

---

[339] Dominique BROULT, Romain MAULIN, La procédure de non contestation des grief un succès non contestable ; op.cit., p.84

[340] David BOSCO, La non contestation des griefs, l'hypothèse d'un reflux, Revue Contrats-Concurrence-Consommation, n°2, mars 2009, p.25 ; 26.

[341] Voir les points 16 et 35 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc.

[342] Voir en ce sens, C.A de paris, Arrêt du 29 janvier 2008, n°2006/07s20, : « considérant que la société anconetti star et la société sfcp critiquent les conditions dans lesquelles la procédure de transaction a été mise en oeuvre envers la société brossette, qui a reconnu les faits visés par les griefs n° 1 et 3 ; qu'elle prétendent, en effet, que le rapporteur général a subordonné le bénéfice des dispositions de l'article L.464-2 ni du Code de commerce, non à la simple contestation des griefs, mais à leur reconnaissance, et qu'ayant ainsi outrepassé ses compétences en obtenait un aveu, le procès-verbal qui a été dressé est irrégulier ; que, dans ces conditions, aucune conséquence de cette "transaction" ne peut être tirée à son encontre ; Mais considérant que la non contestation des griefs, qui fait partie intégrante de la procédure suivie devant le Conseil, ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité », En Ligne :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca06d03_chauffagistes.pdf (consultée le 14 novembre 2019)

وهذا عكس ما عليه الأمر في قواعد المفوضية الأوروبية التي وإن كانت تمنح المقاولات مرونة أكثر فيما يخص إمكانية مناقشة المؤاخذات بعد الاتفاق على الصلح[343]، إلا أن المفوضية من ناحية أخرى تعتبر أن التنازل عن صحة المؤاخذات يشكل اعترافا قانونيا من المقاولة بمخالفة قواعد المنافسة الاتحادية [344].

وفيما يتعلق بالقرار الذي يتخذه مجلس المنافسة بشأن المقترحات المعروضة عليه من قبل المقرر بعد الاستماع للأطراف وتقديم ملاحظاتهم، فيبقى للمجلس كامل السلطة التقديرية في اتخاذ قرار قبول تطبيق مسطرة عدم المنازعة وتحديد نسبة التخفيض من العقوبة بما يتماشى مع مقترح المقرر العام، وله كذلك استبعاد هذا المقترح وتحديد مبلغ العقوبة بشكل مغاير سواء بتقرير نسبة تخفيض أقل من النسبة المقترحة أساسا من المقرر العام، أو بتحديدها وفق نسبة أعلى مما أقترحه، فالمجلس ليس ملزما باتخاذ قراره وفقا لمقترحات المقرر.

وهذا ما تؤكده تطبيقات مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات التي كان معمولا بها في ظل المقتضيات القديمة للفقرة الثالثة من المادة L462-2 من م.ت.ف، فهذه التطبيقات تؤكد عدم التزام مجلس المنافسة الفرنسي باتخاذ قراره بشأن مسطرة عدم المنازعة وفقا لتوجهات المقرر، ففي قرار صادر عن هذا المجلس بتاريخ 25 ديسمبر 2003 في القضية رقم 03-D-45 بشأن ممارسات منافية تهم سوق صناعة الآلات الحاسبة، قام بتقرير نسبة تخفيض من العقوبة المالية مخالفة للنسبة المقترحة من قبل المقرر العام، إذ تبنى نسبة تخفيض 20% عوض 50% التي اقترحها المقرر العام، بعلة أن خطورة الممارسة وامتداد نطاقها الزمني يبرران عدم تطبيق النسبة المقترحة من قبل هذا الأخير.[345]

---

[343] Voir article 12 et 15, du Règlement qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, du n 622/2008 du 30 juin 2008, préc.

[344] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit., p.492.

[345] C.C.F, Décision du 25 septembre 2003 n 03-D-45, préc., point 522 : « En l'espèce, le rapporteur général a proposé que la sanction encourue soit diminuée de moitié. Le Conseil considère, toutefois, que la gravité des pratiques, leur étendue et leur durée, justifient qu'un taux de réfaction moindre soit appliqué. »

هذا التوجه السابق أيده الاجتهاد القضائي الفرنسي في قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 25 دجنبر 2003 رقم 2003/18636 [346]، والذي أكدت فيه أن مجلس المنافسة الفرنسي بناء على سلطته التقديرية في تحديد العقوبة المالية ليس ملزما بالأخذ باقتراحات المقرر العام بشأن نسبة التخفيض الممكن تقريرها تطبيقا لمسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات.

هذا التطبيق الصارم لسلطة الهيئة في استبعاد مقترحات التخفيض المعروضة من قبل المقرر العام في إطار تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، تولدت عنه مخاوف لدى الفاعلين الاقتصاديين تتعلق بكون تشبث الهيئة بعدم التزامها بمقترحات المقرر العام سيؤدي إلى المساس بالأمن القانوني للمقاولة التي تختار اللجوء إلى مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فقد تفاجؤ بنسبة تخفيض لا تأخذ بعين الاعتبار التوقعات المشروعة التي كانت لديها عندما وافقت على مقترحات المقرر.

هذه المخاوف سرعان ما تبنى الفقه الفرنسي مشروعيتها [347]، مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى محاولة تدليل هذه المخاوف بمناسبة تعديل م.ت.ف. وفقا للقانون رقم 2015.9090 الصادر بتاريخ 6 غشت 2015، إذ أصبحت الفقرة الثالثة من المادة L464-2 وفقا لهذا التعديل لا تحدد سقف التخفيض في نصف العقوبة المالية الأقصى، كما هو الحال في المادة 37 من ق.ح.أ.م، بل يتم تحديده من خلال اقتراح المقرر نسبة التخفيض وفقا لمبلغ العقوبة الأقصى

---

346 C.A de paris (1ère chambre), a confirmée dans ca décision du 21 septembre 2004 n° 2003/18636 que « ... que la société texas instruments france a donc eu la faculté d'exercer librement, en application du principe de la contradiction, les droits afférents à sa défense et que, dans ce cadre, il lui appartenait de faire valoir toutes observations qu'elle estimait utiles sur les conditions de la transaction proposée puisqu'elle ne pouvait se méprendre sur la portée juridique de celle-ci et ignorer que le conseil dans son pouvoir d'appréciation de la sanction, n'était en aucune façon lié par les propositions émises par le rapporteur général », En Ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/affichjurijudi.do?idtexte=juritext000006945356 (consultée le 14 novembre 2019)

347 Voir Patrice Bougette, Hugues Bouthinon-Dumas, Frédéric Marty, Vers une prévisibilité des sanctions concurrentielles ? La procédure de transaction à la Macron, op.cit., p18 ; Bruno Lasserre, La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier, op.cit. p.7.

والأدنى الممكن النطق به، وهذا المعيار يدعم أكثر من سابقه توقعية المنشأة بشأن التخفيض الذي قد تتحصل عليه في ظل مسطرة الصلح.

كما أن هيئة المنافسة الفرنسية قامت من جانبها دعما لمزيد من التوقعية واحتراما للأمن القانوني للمقاولات التي تنخرط في مسطرة الصلح أمامها، بالتأكيد في بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الصلح – مسطرة عدم المنازعة في صحة المؤاخذات سابقا– على أنه في حالة عدم قبول الهيئة لمقترحات المقرر بشأن نسب التخفيض من العقوبة، فإن لها أن تقرر إعادة الملف للمقرر قصد صياغة مقترحات جديدة تأخذ بعين الاعتبار توجهات الهيئة[348].

نشير في الأخير إلى أنه عندما يقرر المجلس لسبب ما رفض المقترحات المتعلقة بمسطرة عدم صحة المؤاخذات فإنه يتعين عليه تقرير التخلي عن المسطرة، وبالتالي لا يتصور أن يرفض مقترحات التخفيض ويقرر إيقاع كامل العقوبة على المنشأة المعنية، بل لابد من إعادة فتح المسطرة من جديد والسماح لها بالمنازعة في المؤاخذات من خلال إعمال المساطر التواجهية العادية. فالفقه الفرنسي يستبعد وقوع هذه الفرضية أمام هيئة المنافسة الفرنسية لأنها لا تخدم مصالح هيئة المنافسة التي ستضطر إلى تحمل تبعة إعادة إجراءات المسطرة من جديد، وذلك قد يؤدي إلى فقدان المسطرة لمصداقيتها مادام أنه لا يتصور كيف للمنشأة أن تنازع في مؤاخذات سبق وأن أقرت بها من قبل[349].

يمكن أن نخلص في الختام إلى أنه يتضح من خلال الإجراءات المنظمة لمراحل تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات كما هو الحال في باقي المساطر التفاوضية الأخرى، أنها تؤكد على أن لمجلس المنافسة سلطة تقديرية واسعة لإعمال هذه المساطر وفق النطاق الموضوعي والزمني المناسب، وأن المشرع ترك المجال واسعا للمجلس لوضع خطوط توجيهية لتوضيح إجراءات سير هذه المساطر، أخذا بعين الاعتبار الاقتضاب الذي يميز المقتضيات القانونية

[348] Voir les points 16 et 35 du Communiqué du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, préc.

[349] M. LBARD, G.CANVET, E. CLAUDEL, V.MICHEL-AMSELLEN, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.525.

المنظمة لسير إجراءاتها، كل هذا يفيد بأن مجلس المنافسة في إطار هذه المساطر له كامل الصلاحية لاستغلال هذه الآليات المسطرية التفاوضية بالشكل الذي يضمن فعالية أدواره في نظامة المنافسة.

القسم الثاني: فعالية المساطر التفاوضية في تحقيق المصالح المرتبطة بقانون المنافسة

إن تطبيق ق.ح.أ.م. بشكل عام والمقتضيات المتعلقة بالمساطر التفاوضية بشكل خاص تتجاذبه مصالح مختلفة، فهذه الآلية الجديدة تشكل جزءا من الآليات المرتبطة بتحقيق المصالح العامة لسياسة المنافسة، والتي يسهر مجلس المنافسة على تنفيذها بشأن السوق المغربية، وهذه الآلية التفاوضية تفيد بأن تحقيق مصالح الحفاظ على منافسة حرة ونزيهة لا يرتكز فقط على الأدوار التقليدية التي تتمثل في منح مجلس المنافسة صلاحية مراقبة هياكل السوق والممارسات المنافية للفاعلين الاقتصاديين به، واتخاذ العقوبات الإدارية اللازمة بشأن تلك الممارسات، الشيء الذي يعزز –إلى جانب المقتضيات الزجرية التي يملك القضاء إعمالها– تفعيل الدور الردعي لقانون المنافسة. بل يرتبط كذلك بتحقيق مصالح سياسة المنافسة من خلال منح المجلس أدوار جديدة تتمثل في التفاوض مع هؤلاء الفاعلين بشأن إمكانية تقديم مساهمتهم لتجنب مساس ممارساتهم بقواعد اللعبة التنافسية، وكذلك تحمل مسؤولياتهم تجاه هذه الممارسات من خلال التعاون مع المجلس بشأن التحقيق والتقرير بشأن هذه الممارسات. وهذا التفاوض ليس من شأنه فقط تعزيز دور المجلس في تحقيق مصالح حماية المنافسة بشكل فعال (الفصل الأول)، بل إن المنشآت المستفيدة من هذه المساطر يكون من مصلحتها اللجوء للآية التفاوضية للخروج بأقل الخسائر الممكنة التي كانت ستلحقها نتيجة تطبيق المساطر النزاعية المكلفة من ناحية الوقت والتبعات المالية. إلا أنه وجب التأكيد على أن مصلحة المنشآت في اللجوء الى المساطر التفاوضية توجب الحرص على تفعيل الضمانات المرتبطة بتطبيق هذه المساطر، وأن يتم التوفيق بين مصالح المنشآت المستفيدة من هذه المساطر ومصالح باقي الأطراف والغير، الذين قد تتأثر أوضاعهم القانونية نتيجة هذه القرارات، أو تتضرر مصالحهم نتيجة الممارسات موضوع هذه المساطر (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تعزيز المساطر التفاوضية لفعالية أدوار مجلس المنافسة

إذا كان من الواجب على مجلس المنافسة فرض احترام قواعد المنافسة من خلال تقرير عقوبات كبيرة على الفاعلين الاقتصاديين الذين يقترفون مخالفات خطيرة ذات آثار سلبية على المنافسة، فهذا لا يعني بالضرورة التأكيد على أن سلطة المجلس يجب أن تقتصر على الدور الردعي أي التركيز بشكل حصري على المراقبة والجزاء، ففي الوقت الحالي لم يعد الجزاء الآلية الوحيدة لعمل هيئات المنافسة الحديثة، لأن سبب وجود هذه الهيئات ليس هو تقرير الجزاء في حد ذاته، بل هو تحقيق اهداف السياسة الاقتصادية وبالأخص ضمان حرية المنافسة، هذه الأهداف قد يتم تحقيقها من خلال اللجوء لطرق أخرى قد تعتمد عل وسائل أقل إلزامية وترتكز أكثر فأكثر على التفاوض والتحاور والتعاون بين المقاولة والادارة[350]، وتسمح بضمان فعالية أدوار المجلس في حماية مصالح المنافسة في السوق المغربي.

فبعد أن تطرقنا في الفصل الثاني من القسم الأول إلى القواعد المسطرية المنظمة لتطبيق المساطر التفاوضية سنحاول في هذا الفصل تباعا وقبل النظر إلى مساهمة المساطر التفاوضية في تعزيز أدوار المجلس في نظامة المنافسة (الفرع الثاني) إلى التأكد من مدى مساهمة القواعد التنظيمية التي جاء بها كل من القانون 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة والقانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار المنافسة، في وضع هيكلة تسمح لمجلس المنافسة بالقيام بدوره في تفعيل القواعد المسطرية المتعلقة بشكل مباشر أو غير مباشر بالمساطر التفاوضية (الفرع الأول)

الفرع الأول: مواكبة هيكلة مجلس المنافسة لمتطلبات إعمال المساطر التفاوضية

باعتبار أن القواعد المرتبطة بهيكلة وتنظيم عمل المجلس تشكل الأرضية الأساس التي تسمح لمجلس المنافسة مباشرة تطبيق قواعد المسطرة النزاعية أو التفاوضية على حد السواء، وتبعا

[350] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، ص. 22.، منشور بالموقع الإلكتروني :
https://conseil-concurrence.ma/cc/ar/?page_id=1798 (اطلع عليه في: 1 يوليوز2020)

لذلك يكون لكل من هاتين المسطرتين نطاق وتطبيقات خاصة بها، إلا أن كلاهما تسهر على تطبيقها نفس الهياكل، لذلك توجب علينا التطرق للقواعد التي تهم الهيكلة الجديدة لمجلس المنافسة والتي تسهم بشكل غير مباشر في تفعيل المساطر التفاوضية وضمان فعاليتها، وخاصة فيما يخص القواعد التي تتعلق بتركيبة أعضاء المجلس وباقي مكوناته من مقررين وباحثين (المبحث الأول) دون إغفال أهم القواعد المتعلقة بالكيفية التي يتم فيها تنظيم وتوزيع المهام بين هياكله (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: تقوية تركيبة مجلس المنافسة

تنزيلا لما جاء به دستور 2011 في المادة 166 التي وضعت التوجهات الكبرى للأدوار المستقبلية لمجلس المنافسة باعتباره الهيئة التي تشرف على ضبط ونظامة المنافسة في السوق المغربي، قام المشرع من خلال مواد القانون 20.13 بإعادة النظر في تركيبة المجلس قصد تعزيز هذه الأخيرة وجعلها تواكب حجم المهام المحورية التي أصبح يختص بها المجلس في ظل النموذج التنموي الجديد لبلادنا.

وقد أصبح مجلس المنافسة يتكون إضافة إلى الرئيس من اثنا عشر عضوا[351]، يتوزعون بين ممثلين عن السلطة القضائية كنائبين للرئيس، وأربعة أعضاء يمثلان الكفاءات المختصة في المجال الاقتصادي أحدهما نائب، وعضوان يمثلان الكفاءات في المجال القانوني أحدهما نائب للرئيس، وثلاث أعضاء يمثلان المصالح الخاصة إن صح التعبير ينتدبان من ذوي الخبرة في مجال تسيير قطاعات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وعضو ممثل لمصالح حماية المستهلك. وبغض النظر عن طريقة تعيين هؤلاء الأعضاء فالملاحظ أن المشرع في هذه التركيبة حاول أن يراعي مختلف المصالح المتداخلة التي تتجاذب تطبيق قانون المنافسة، سواء مصالح السياسة الاقتصادية العامة أو مصالح الفاعلين الاقتصاديين أو مصالح المستهلكين.

[351] انظر المادة 9 من القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة الصادر بتاريخ 24 يونيو 2014.

وفي إطار مقارنة تركيبة مجلس المنافسة المغربي بهيئة المنافسة الفرنسية يلاحظ أن المشرع الفرنسي في م.ت.ف. جعل هذه التشكيلة متنوعة قدر الإمكان وذلك بالحرص على أن يكون من بين أعضاء الهيئة أكاديميون ينتمون إلى جهاز التعليم العالي، كذلك تضم الهيئة أهم المكونات التي تشكل منظومة العدالة الفرنسية ومنها قضاة محكمة النقض ومحكمة مجلس الدولة والمحكمة المالية إضافة إلى ممثل عن جسم هيئة المحاماة، ويشمل مجموع أعضاء هيئة المنافسة الفرنسية سبعة عشر عضوا .[352]

يتبين إذن أن المشرع الفرنسي أعطى مكانة متميزة ووازنة للمثلي العدالة في عضوية الهيئة – 7 أعضاء–، ولعل ذلك يتماشى مع الصبغة الشبه قضائية لأدوار هيئة المنافسة المتمثلة في حماية المنافسة العادلة في السوق، وتبعا لمنطق يراعي كافة المصالح المرتبطة بمجال المنافسة، يكون فيه لممثلي القضاء دور حيادي محوري يسمح بضمان التوفيق بين مصالح الفاعلين الاقتصاديين و المستهلكين من جهة و المصلحة العامة للسوق من جهة ثانية، كما أن خبرة الأعضاء التابعين لجهاز العدالة تكون ضرورية للإشراف على المساطر النزاعية والتفاوضية التي تسير من قبل أجهزة الهيئة.

أما بالنسبة لمدة تعين أعضاء المجلس فنجد أن المادة 11 من القانون المتعلق بمجلس المنافسة 20.13 تنص على أن رئيس المجلس و الأعضاء يعينون لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، وإذا قارنا هذه المادة بما هو معمول به في القوانين المقارنة يتضح أن المشرع الفرنسي نص على أنه باستثناء الرئيس يتم تجديد نصف الأعضاء دون النصف الآخر كل سنتين

[352] C. com., L'article L461-1 dispose que : « Le président est nommé par décret du Président de la République en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique.
Le collège comprend également :
1° Six membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires ;
2° Cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ;
3° Cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales. »

ونصف[353]، ولعل المشرع الفرنسي عند وضعه لهذه القاعدة كان هدفه المحافظة على نوع من الاستمرارية في تدبير الملفات بين كل تجديد، من خلال ضمان وجود خيط واصل بين الأعضاء القدامى والأعضاء الجدد[354]، ولعل ذلك هو الذي دفع المشرع التونسي كذلك إلى الاقتداء بشكل نسبي بما ما هو معمول به في التشريع الفرنسي، فرغم النص على أن رئيس مجلس المنافسة التونسي ونوابه يعينون لمدة خمس سنوات، إلا أن باقي الأعضاء يعينون لمدة أربع سنوات غير قابلة للتجديد.[355]

وبالتالي فالمشرع المغربي تبنى مدة تعيين أطول نسبيا قد تبلغ عشر سنوات مع التمديد مقارنة بتوجه المشرع الفرنسي والتونسي (خمس سنوات في جميع الأحوال)، وهذا ما يدفعنا للقول بأن المشرع بشأن هذه النقطة بالذات لم يراع الاعتبارات الخاصة المرتبطة بالمجالات الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة، والتي تتعلق بأسواق تعرف تطورا متواصل على المستوى المتوسط والقريب، قد تتطلب خبرات متجددة تواكب هذا التطور، ما قد يبرر تبني مدد تعيين أقصر بالنسبة لأعضاء المجلس كما هو الحال في القوانين المقارنة.

وفيما يخص قواعد حضور الأعضاء فقد نص المشرع في المادة 11 من القانون 20.13 على أن كل من الرئيس ونوابه يمارسان مهامهما بشكل دائم، وذلك لضمان السير العادي والمنتظم للمجلس، وهذه القاعدة تفرض على هؤلاء التفرغ بشكل كامل للعمل بالمجلس وعدم إمكانية

---

[353] C. com., L'article L461-1 dispose que : « III. Selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, le collège est, à l'exception de son président, renouvelé par moitié tous les deux ans et six mois. Le mandat des membres du collège n'est renouvelable, sous réserve du septième alinéa du II, qu'une seule fois. »

[354] Chambre de Sénat, Session Ordinaire, N° 332, DE 2015-2016, Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 janvier 2016 : « Les membres exerceraient ainsi un mandat d'une durée de six ans, en principe non révocable mais non renouvelable (articles 5, 7 et 8 de la proposition de loi) Pour assurer la continuité, les membres seraient remplacés au gré de renouvellements partiels et échelonnés dans le temps. », Rapport sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques Par M. Jacques MÉZARD, En ligne :

http://www.senat.fr/rap/l15-332/l15-3321.html (consulté le 13 août 2020)

[355] ينص القانون عدد 36 لسنة 2015 مؤرخ في 15 شتنبر 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، في الفصل 13 على أنه"... يعين أعضاء المجلس المنصوص عليهم بالفقرات أولا وثانيا وثالثا أعلاه لمدة خمس سنوات غير قابلة للتجديد، كما يعين أعضاء المجلس المنصوص عليهم بالفقرتين رابعا وخامسا أعلاه لمدة أربع سنوات غير قابلة للتجديد، وذلك بأمر حكومي باقتراح من الوزير المكلف بالتجارة. "

ممارستهم لمهام أخرى، أما باقي الأعضاء من غير النواب فهم يستمرون في ممارسة مهامهم وانشطتهم الاعتيادية إلى جانب المهام التي يقومون بها في مجلس المنافسة، لكن وفق الشروط التي تضعها نفس المادة وذلك ضمانا لمبدأ الحياد في اطلاعهم بمهام المجلس، إذ يتوجب على هؤلاء إخبار رئيس المجلس بالمصالح التي سيروها مؤخرا وعلى الأنشطة الاقتصادية التي يزاولونها، إلى جانب الامتناع عن المشاركة في التداول بشأن كل ملف يكون لهم فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة.

وباعتبار المهام الكبيرة لأعضاء مجلس المنافسة المتمثلة أساسا في التداول والتقرير بشأن مختلف المساطر النزاعية والتفاوضية التي ترتبط بالقضايا المتعلقة بالمنافسة في مختلف النشاطات الاقتصادية التي تعكس استثمارات مالية للخواص والدولة على السواء، الشيء الذي يوجب تحصين هؤلاء من أي تصرفات قد يلجأ إليها هؤلاء الفاعلين للتأثير على استقلالية وحياد توجهات أعضاء المجلس، نجد أن الحكومة المغربية عمدت إلى تخصيص تعويضات مالية مهمة على غرار ما هو معمول به في القانون الفرنسي بالنسبة لهيئة المنافسة، فكل من رئيس مجلس المنافسة المغربي ورئيسة هيئة المنافسة الفرنسية [356] تبلغ تعويضاتهما ضعف تعويضات رئيسا الحكومة في كلا البلدين [357].

وفيما يخص رصد الموارد المالية التي قد يعتمد عليها المجلس في مداخيل ميزانيته، فنجد أن المشرع قد نص في المادة 15 من القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة على أنه تتشكل

---

[356] أجر رئيسة هيئة المنافسة الفرنسية هو 14800.00 أورو صافي شهريا كما يشير لذلك الموقع الالكتروني:
https://www.linternaute.com/actualite/societe/1761362-combien-sont-payes-les-plus-hauts-fonctionnaires-de-l-etat/1761368-president-de-l-autorite-de-la-concurrence-14-800-euros-nets.amphtml/(اطلع عليه في : 12 يوليوز2020)

[357] نشر بالجريدة الرسمية عدد 6781، بتاريخ 27 ماي 2019 مرسوم لرئيس الحكومة يحدد فيه قيمة التعويضات الممنوحة لفائدة أعضاء مجلس المنافسة، إذ حدد المرسوم لنواب الرئيس المزاولين لمهامهم بشكل دائم، تعويضا شهريا قدره 62 ألف و618 درهما، في حين حدد ذات المرسوم تعويضات الأعضاء المستشارين في 17.143 درهما عن الجلسات التي يحضرونها، وذلك في حدود جلسة واحدة كل 3 أشهر مهما كان عدد الجلسات، وخصص المرسوم أيضا لهؤلاء المستشارين تعويضا يبلغ 5714 درهما عن كل اجتماع من اجتماعات الفروع التي يحضرونها، وذلك في حدود 4 اجتماعات في الشهر مهما كان عدد الاجتماعات، أما المادة الثالثة من مرسوم رئيس الحكومة الصادر يوم 16 ماي الجاري، فقد حدد لنواب الرئيس تعويضا يوميا عن تنقلهم مقداره 700 درهم داخل المغرب، و2000 درهم خارجه، في المقابل حدد مبلغ 700 درهم في اليوم لفائدة الأعضاء المستشارين، لحضور اجتماعات المجلس في أماكن تبعد بأكثر من 100 كيلومتر عن إقامتهم الرئيسية.

الموارد المالية للمجلس من مخصصات من ميزانية الدولة والعقارات والمنقولات التي يملكها، وكذلك الهبات والوصايا التي ليس من شأنها التأثير على استقلالية المجلس، اضافة إلى مداخيل أخرى.

والملاحظ أن إشارة المشرع إلى إمكانية أن تشمل مداخيل المجلس الهبات والوصايا توجه لم نجد له مثيل في القوانين المقارنة خاصة القانونين الفرنسي والتونسي[358]، ويمكن تبرير ذلك برغبة المشرع المغربي في تنويع مصادر الموارد المالية اللازمة لقيام المجلس بمهامه بالشكل الأمثل، وذلك بالنظر للتكلفة الكبيرة التي قد تتطلبها مساطر البحث والتحقيق في ظل السوق المغربي الذي يتميز بضعف هيكلته.

لكن نجد أن هذه المقتضيات السابقة لم تشر بشكل خاص إلى الجهة التي لها سلطة مراقبة مداخيل المجلس المتعلقة بالهبات والوصايا، فبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من نفس المادة يشير المشرع إلى أن تنفيذ ميزانية المجلس تخضع لمراقبة المحاكم المالية ممثلة في المجلس الأعلى للحسابات، وهنا يتوجب التساؤل عما إذا كان المجلس الأعلى للحسابات بموجب "تنفيذ الميزانية" هو الذي ترجع له سلطة مراقبة مدى تأثير الهبات والوصايا الموجهة للمجلس على استقلالية هذا الأخير؟

للإجابة عن هذا التساؤل وجب أن نأخذ بعين الاعتبار الاختصاص العام للمجلس الأعلى للحسابات الذي تنص عليه المادة 2 من القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية[359]، التي تشير إلى أنه يمارس المجلس الأعلى للحسابات مهمة تدعيم وحماية مبادئ وقيم الحكامة الجيدة والشفافية والمحاسبة بالنسبة للدولة وأجهزتها العمومية، كما أن المادة 25 من مدونة المحاكم المالية التي تمنح للمجلس الأعلى للحسابات سلطة التحقق والتدقيق في حسابات

[358] انظر الأمر عدد 477 لسنة 2006 بتاريخ 15 فبراير 2006 يتعلق بضبط طرق التنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة التونسي.

[359] المادة 2 من القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية 13 يونيو 2002 تنص على أنه : " طبقا لأحكام الفصل 531 من الدستور، يعتبر المجلس الأعلى للحسابات الهيأة العليا لمراقبة المالية العمومية بالمملكة، ويضمن الدستور استقلاله. يمارس المجلس الأعلى للحسابات، والمشار إليه في هذا القانون بالمجلس، مهمة تدعيم وحماية مبادئ وقيم الحكامة الجيدة والشفافية والمحاسبة بالنسبة للدولة والأجهزة العمومية. وفي هذا الإطار، يمارس المجلس علاوة على الصلاحيات المخولة له بموجب التشريعات الجاري بها العمل، الاختصاصات الواردة في المادة 1 بعده."

كل مرفق يتوفر على محاسب عمومي سواء على مستوى المداخيل أو النفقات[360]، هذا المادة الأخيرة تتماشى ومقتضيات المادة 15 من القانون رقم 20.13 المتعلقة بالتنظيم المالي لمجلس المنافسة، والتي تشير إلى أن رئيس الحكومة يلحق محاسبا عموميا لمسك محاسبة المجلس، وبالتالي تكون كل الشروط متوفرة لحتمية القول بأن المجلس الأعلى للحسابات هو الذي يتولى مراقبة مداخيل المجلس بما فيها تلك المتعلقة بالهبات والوصايا.

بالإضافة لما سبق يبقى التساؤل مطروحا بشأن الجهات التي يمكن لها القيام بتقديم هذه الهبات والوصايا، هل يتعلق الأمر بجهات خاصة أو عمومية داخلية أو منظمات أجنبية أو دولية؟، كيف يمكن إلحاق هذه الهبات الوصايا بميزانية المجلس، هل بشكل مباشر بضخها بحسابات الخزينة الخاصة بالمجلس، أو يتم إدراجها بطريقة غير مباشرة عن طريق المخصصات التي رصدتها الدولة؟. هذه الأسئلة وجب الإجابة عنها في أقرب وقت نظرا لحساسية هذه النقطة وارتباطها بشكل مباشر باستقلالية وحيادية المجلس.

إلى جانب الشروط السابقة وباعتبار أن مجلس المنافسة يدخل ضمن إطار مؤسسات الحكامة كما هو منصوص عليه في تبويب الدستور المغربي وباعتبار أن من مبادئ الحكامة والشفافية ربط المسؤولية بالمحاسبة، قام المشرع بالتنصيص في المادة 11 من القانون 20.13 على وجوب تقديم كل أعضاء المجلس دون استثناء تصريحا بالممتلكات وفق لما تنص عليه مقتضيات النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

ونرى أن المشرع كان عليه تمديد هذا الإلزام ليشمل المقرر العام لدى مجلس المنافسة، نظرا للصلاحيات الجد متسعة التي يطلع بها في كل ما يتعلق بالتحقيق في الملفات المعروضة أمام

[360] المادة 25 من القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية تنص على أنه : "يدقق المجلس حسابات مرافق الدولة وكذا حسابات المؤسسات العمومية والمقاولات التي تملك الدولة أو المؤسسات العمومية رأسمالها كليا أو بصفة مشتركة بين الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية، إذا كانت هذه الأجهزة تتوفر على محاسب عمومي. ويلزم المحاسبون العموميون لمرافق الدولة بتقديم حسابات هذه المصالح سنويا إلى المجلس حسب الكيفيات المقررة في النصوص التنظيمية الجاري بها العمل. ويلزم المحاسبون العموميون للأجهزة العمومية الأخرى بأن يقدموا سنويا إلى المجلس بيانا محاسبيا عن عمليات المداخيل والنفقات وكذا عمليات الصندوق التي يتولون تنفيذها وذلك وفق الكيفيات المقررة في النصوص التنظيمية الجاري بها العمل."

المجلس والسلطة الاقتراحية المترتبة له عن ذلك، ومنها اقتراح العقوبات واقتراح التخفيض منها في إطار المساطر التفاوضية بالإضافة إلى اقتراح تحريك مسطرة الإحالة الذاتية.

وإضافة إلى تعزيز تشكيلة أعضاء مجلس المنافسة عمل المشرع من خلال مقتضيات القانون رقم 20.30 على وضع مقتضيات قانونية تسمح للمجلس انطلاقا من مبادرته الخاصة ودون وصاية القيام بتعبئة الموارد البشرية التي من شأنها تفعيل سلطات وصلاحيات المجلس على أرض الواقع، وهكذا نجد أن المادة 17 من القانون السابق الذكر تفيد بأنه يعين أمين عام بظهير شريف يعمل تحت سلطة رئيس المجلس ويترأس المصالح الإدارية، ونرى أنه انطلاقا من طبيعة اختصاصات هذا الجهاز فمن الواضح أنه يلعب دور الكتابة العامة للمجلس، إذ يسهر على تسجيل الاحالات والعرائض وتبليغ القرارات والآراء ومسك الأرشيف.

أما المادة 18 من القانون 20.30 فتنص على أن المجلس يتوفر على مصالح للبحث والتحقيق خاصة به يسيرها مقرر عام إلى جانب مقررين مساعدين، وهؤلاء يعينون من قبل المجلس نفسه وفقا لمسطرة طلب ترشيحات يتوجب أن تراعى فيها التوفر على الخبرة اللازمة في الميادين المتعلقة بعمل المجلس، إضافة إلى مراعاة شروط الكفاءة والمساواة وتكافؤ الفرص والشفافية والاستقامة والنزاهة. فالمشرع أعطى اهتماما خاصا بمسطرة انتداب المقررين، وعمل على تعداد مجموعة من الشروط الواجب مراعاتها أثناء انتقائهم وأكد على ضرورة توفر ضمانات تكافؤ الفرص والشفافية بشأن مسطرة الانتقاء، ولعل ذلك راجع بالأساس إلى الدور المحوري الذي يلعبه جهاز المقررين في المجلس، فهم الحلقة الواصلة بين مرحلة الدراسات والبحث والتحقيق وبين مرحلة التقرير وإبداء الآراء، فالمقرر هو الذي يضمن بلورة نتائج تلك الدراسات والأبحاث والتحقيقات في شكل خلاصات ومقترحات تعرض على أعضاء المجلس لاتخاذ القرارات وإبداء الآراء بشأنها.

إلى جانب المقررين جاءت كل من مواد ق.ح.أ.م رقم 104.12 ومواد القانون 20.13 لتؤكد على أن المجلس يتوفر على مصالح بحث خاصة به، وبذلك تشكل هذه المقتضيات قطيعة

مع الصعوبات التي كان يعانيها مجلس المنافسة في ظل القانون 06.99 فهذا الأخير لم يكن يتوفر على مصالح أبحاث خاص به وكان عليه توجيه طلب للوزير الأول آن ذاك باعتباره رئيس مديرية الأسعار والمنافسة المغربية للقيام بالأبحاث لفائدة المجلس.[361]

فقد أصبح للمجلس في ظل القانون 104.12 والقانون 20.13 إمكانية تكوين جسم باحثين خاص به، وذلك وفق شروط وضمانات مسطرة الترشح التي رأيناها بالنسبة للمقررين، كما يمكنه إلحاق باحثين بمصالح المجلس من باقي المصالح الإدارية التابعة للإدارة أو وضعها رهن إشارته من قبل هذه الإدارة كلما دعت الضرورة لذلك، والمشرع حسنا فعل عندما سمح للمجلس بالاستعانة بخبرات الأطر العاملة بالإدارة المكلفة بمجال المنافسة والأسعار، باعتبار أن هذه الأطر قد تكونت لها خبرات وكفاءات في الميدان العملي قد تعود بالنفع على تفعيل دور مجلس المنافسة في تطبيق المسطرة النزاعية والتفاوضية على السواء.

ونشير في الأخير إلى أن المشرع أثناء وضعه للمقتضيات المتعلقة بتركيبة مكونات المجلس في القانون 20.30 المتعلق بمجلس المنافسة قد تأثر بشكل كبير بالنموذج المعمول به في م.ت.ف. فيما يتعلق بهيئة المنافسة الفرنسية، لكن الملاحظ أن المشرع المغربي لم يأخذ بهذا النموذج بشكل كامل، فالملاحظ أنه أغفل الأخذ بجهاز له دور جد مهم في منظومة المنافسة الفرنسية، ألا وهو جهاز " conseiller auditeur"وهو عبارة عن مستشار للمسطرة، هذا الجهاز تم تبنيه بناء على تعديل الذي أدخل على م.ت.ف. بتاريخ 4 غشت 2008، إذ يحرص على تلقي ملاحظات الأطراف المعنية وصاحب الإحالة بشأن سير المسطرة منذ تبليغ المؤاخذات، ويعد تقريرا في هذا الشأن لأعضاء الهيئة يتضمن خلاصاته وملاحظاته، كما يقترح كافة الإجراءات الضرورية التي من شأنها ممارسة الأطراف لحقوقهم.[362]

---

[361] القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة أعطى صلاحية القيام بالأبحاث المرتبطة بتطبيق هذا القانون وفقا للمادة 61 منه للموظفين التابعين للإدارة والتي كانت هي مديرية الأسعار والمنافسة التابع للوزير الأول آن ذاك.

[362] C. com., L'article L461-4 dispose que : « Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat ou offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après

ورغم أن دور هذا الجهاز دور استشاري ونطاق تدخله محدود في القضايا التي يتم فيها توجيه المؤاخذات، ولا يتدخل في باقي المساطر المتعلقة بالتعهدات والإجراءات التحفظية وتتبع تنفيذ مسطرة الأوامر أو التعهدات، إلا أنه دوره جد مهم بالنسبة للمقاولات الأطراف في الملفات المعروضة أمام هيئة المنافسة، الشيء الذي دفع ممثلي المقاولات الفرنسية إلى المطالبة بضرورة تمديد أدواره لتشمل كافة المساطر مما قد يساعد في حل المشاكل التي قد تعرفها.[363]

المبحث الثاني: إحكام توزيع مهام الهياكل المكونة لمجلس المنافسة

عمل المشرع المغربي في كل من مواد القانون رقم 20.13 والقانون رقم 104.12 على التنصيص على مقتضيات تؤسس لدعامات تسمح بتنظيم وتوزيع فعال لمهام مختلف هياكل المجلس على جميع مستوياته بدءا بالأعضاء إلى المقررين والباحثين، فانطلاقا من مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 14 من القانون رقم 20.30 التي تشير إلى أن مجلس المنافسة يمكن أن يجتمع في جلسة عامة أو لجنة دائمة أو فروع، عمل مجلس المنافسة على صياغة واصدار نظام داخلي حاول من خلاله وضع الميكانيزمات الضرورية لتنزيل هذه المقتضيات بما يسمح بتوزيع ناجع وفعال لمهام الهياكل المكونة له.

وفي هذا الاطار تضمن النظام الداخلي إحداث الجلسة العامة التي يمارس أعضاء المجلس من خلالها سلطة التداول بشأن الإحالات المعروضة على المجلس والمصادقة على التقرير

---

avis du collège. Il recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs. Il transmet au président de l'autorité un rapport évaluant ces observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties. »

[363] Guy CANIVET et Frédéric JENNY (dir.), Pour une réforme du droit de la concurrence, Rapport Du Club Des Juristes, janvier 2018, P.49, en ligne :
http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2018/01/rapport_pour-une-reforme-du-droit-de-la-concurrence_jan-2018.pdf (consultée le : 3 mars 2020)

السنوي[364]، وهذه الجلسة العامة يمكن أن تعقد خارج مقرات المجلس إن دعت الضرورة إلى ذلك، وتتألف من الرئيس ونوابه وباقي الأعضاء المستشارين، وقد حددت المادة 24 النصاب الواجب لانعقاد والتداول الصحيح للجلسة وذلك على غرار ما هو معمول به في قانون الشركات بالنسبة لانعقاد الجمعية العامة، والملاحظ أن هذه المادة حددت هذا النصاب بشكل دقيق من خلال التدرج في النصاب المطلوب للتداول، فإذا لم يتحقق النصاب في الاجتماع الأول والثاني، يصبح التداول في جميع الأحوال عند الدعوة للاجتماع الثالث صحيحا بمن حضر من الأعضاء، فهذه المادة صيغت بشكل محكم ولم تترك أي مجال للشك أو أي ثغرات من شأنها أن تعيق انعقاد الجلسة العامة.

أما فيما يخص الآجال الواجب داخلها انعقاد كل من الاجتماع الثاني والثالث في حالة عدم تحقق النصاب القانوني فهي آجال جد مختصرة وهي خمسة أيام وفقا للمادة 24 من النظام الداخلي، مما يسمح بالنظر في الملفات المحالة على الجلسة العامة في أقرب الآجال، ويتم التقرير بشأنها بأغلبية الأصوات الحاضرة وفي حالة تساوي الأصوات ترجح الجهة التي تضم صوت الرئيس.

وبالإضافة إلى الجلسة العامة تضمن النظام الداخلي إحداث لجنة دائمة تتكون أساسا من الرئيس ونوابه الأربعة تقوم بمهام الأعمال التحضرية للاجتماعات وجلسات المجلس، إلى جانب ذلك تكون لها صلاحيات التداول في بعض الأمور من قبيل عدم متابعة الإجراءات، قبول الاحالات وطلبات الرأي ودراسة الملفات المحالة عليها من قبل الجلسة العامة، ويجب أن تجتمع هذه اللجنة مرتين على الأقل في الشهر بدعوة من الرئيس، ولا تجتمع هذه الجنة ولا تتداول بشكل صحيح إلا بحضور ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم قاضي[365].

[364] انظر المقتضيات المتعلقة بالجلسة العامة وفقا للمواد من 19 إلى 27 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة المغربي، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6791 بتاريخ فاتح يوليوز 2019.

[365] انظر المقتضيات المتعلقة باللجنة الدائمة المنصوص عليها في المواد من 28 إلى 33 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

الملاحظ أن التنظيم الذي تبناه المشرع بشأن توزيع هياكل المجلس في جلسة عامة ولجنة دائمة وفروع هو نفسه الذي نصت عليه المادة L461-4 من م.ت.ف. وبذلك يكون المشرع اعتمد توجهات نظيره الفرنسي بشأن تنظيم هياكل هيئة المنافسة الفرنسية، ولعل ذلك من باب تحصيل الحاصل فالأخذ بالمقتضيات المنظمة لقواعد المنافسة من التشريع المقارن يستتبعه وجوب الأخذ بالمقتضيات المؤطرة للهياكل التي تسهر على تطبيق تلك القواعد.

وضمانا لحسن سير عمله قام مجلس المنافسة من خلال نظامه الداخلي بإنشاء فروع وفقا لتوجيهات المادة 14 من القانون 20.30، يترأس هذه الفروع نواب الرئيس وتتوزع مهامها وفق نوعية الملفات، وحسب الفروع التالية: فرع مكلف بالاستغلال التعسفي لوضع هيمنة اقتصادية، فرع مكلف بالتركيزات الاقتصادية، فرع مكلف بمساعدات الدولة والطلبيات العمومية والمهام الاستشارية. آلية التفريع هذه تسمح لكل فرع من هذه الفروع بمراكمة التطبيقات والتجارب والمعطيات الخاصة بمجالات تدخله، والتركيز على إيجاد حلول ملائمة للإشكالات المسطرية والموضوعية المرتبطة بكل مجال على حدة، وتكوين خبرات لتعاطي مع الملفات التي تخص كل ممارسة من الممارسات المنافية في أفق إيجاد الحلول الملائمة التي قد تعترض البت في القضايا المتعلقة بممارسة بعينها.

ولم يكتف المجلس بوضع نظام داخلي لعمله بل عمل على وضع ميثاق الأخلاقيات الواجب على الأعضاء والأطر العاملة بالمجلس احترامها، هذا الميثاق الذي سبق للمشرع وضع بعض دعائمه في متن القانون 20.30، ومنها المقتضيات المتعلقة بالتصريح بالممتلكات وعدم امكانية مزاولة نواب الرئيس نشاط خصوصي مؤدى عنه سواء بصفة مباشرة أو عرضية، وعدم التداول في القضايا التي تكون لهم فيها مصالح مباشرة وغير مباشرة. أضاف الميثاق وجوب قيام أعضاء المجلس بعملهم بشكل موضوعي ومحايد، والالتزام بواجب التحفظ، هذا الالتزام الذي يوجب على أعضاء المجلس الامتناع عن إبداء آرائهم الشخصية بشأن المواضيع التي تتعلق بمهامهم، والابتعاد عن كل شيء من شأنه المساس بسمعة المجلس، وبواجب التكتم بشأن الوقائع

والمعلومات والقرارات والاستشارات التي يطلع عليها أعضاء المجلس بمناسبة مزاولة مهامهم داخله، كما أن هؤلاء يخضعون للسر المهني.

وفيما يتعلق بضمان السير العادي لمرافق المجلس ومنها ضمان حضور أعضاء المجلس وخاصة من هم من غير النواب، حتى يطلعوا بدورهم في حضور جلسات واجتماعات المجلس والقيام بمهامه الاستشارية والتقريرية على السواء، نصت المادة 12 من القانون 20.13 على أنه من بين الحلات التي توجب إعفاء عضو من أعضاء المجلس، عدم المشاركة في ثلاث جلسات متتالية للمجلس دون عذر مقبول، وبالتالي في حالة معاينة المجلس للغياب المتكرر وعدم تقديم العضو لأي عذر فإن المجلس لا يملك سوى إثبات التغيب وإقرار الإعفاء، أما في حالة تقديم العضو لمبرر لغيابه المتكرر عن الجلسات فهنا تكون للمجلس السلطة التقديرية لقبول هذا العذر أو رفضه ومن تم التقرير بشأن استمرار هذا العضو في مهامه.

الملاحظ مما سبق أن المشرع لم يعالج مسألة إعفاء الأعضاء بالدقة المطلوبة، إذ اكتفى بالتنصيص على مقتضيات عامة لا تعطي صورة واضحة وكاملة عن شكليات التثبت من تخلف عضو من أعضاء المجلس عن مهامه، وخاصة تلك المتعلقة بالآجال وشكليات البت والتقرير بشأن هذه المسألة، كما أن المرسوم التطبيقي والنظام الداخلي لم تتضمن أي إيضاحات بشأنها، رغم أن مسألة التغيب قد يكون لها أثر سلبي على حسن سير أشغال المجلس.

وبمقارنة المقتضيات السابقة مع الوضع في القانون الفرنسي يتبين أن هذا الأخير عمد إلى وضع جزاء أكثر صرامة فيما يتعلق بالتغيب عن جلسات هيئة المنافسة، حيث نص على أنه عند تغيب العضو عن ثلاث جلسات متتالية للهيئة يتم تلقائيا التصريح بأنه مستقيل من قبل وزير الاقتصاد [366]، وهذه الاستقالة قد تكون مبررا لإثارة مسؤولية العضو، عكس الاعفاء من المهام الذي يمكن اعتباره جزاء أقل صرامة لأنه لا تترتب عنه مسائلة العضو المتغيب.

[366] C. com., « Article L461-2Est déclaré démissionnaire d'office par le ministre chargé de l'économie tout membre de l'autorité qui n'a pas participé, sans motif valable, à trois séances consécutives.

وفيما يخص صلاحيات المقرر العام ونظرا للأهمية أدوار هذا الأخير تطرق مجلس المنافسة بشكل أكثر دقة لصلاحياته، فأكد في المادة 41 من القانون الداخلي على أن المهمة الأساسية للمقرر العام هو تسيير عمل المقررين ومراقبتهم، وهذه المهمة تتفرع عنها مجموعة من الصلاحيات، نذكر منها كون المقرر العام هو الذي يعين المقرر المكلف بدراسة ملف القضية المعروضة على المجلس، كما أن هذا الأخير له دور محوري في مختلف المساطر التفاوضية فهو الذي يشرف على التفاوض المباشر مع المنشأة وينقل مخرجات هذا التفاوض في شكل مقترحات إلى المجلس.

وفيما يتعلق بمهام مصالح الأبحاث فقد تعرض لها المشرع بشكل مفصل كذلك في القانون 104.12 في الباب المتعلق بالأبحاث (المواد من 68 إلى 74)، إذ منح لها صلاحيات مهمة من قبيل إمكانية ولوج الباحثين إلى جميع المحالات ووسائل النقل المعدة لغرض مهني لمباشرة أبحاثهم، كما لهذه المصالح طلب الاطلاع على السجلات والفواتير المهنية والحصول على نسخة منها، وكذلك فتح الطرود والأمتعة عند التسلم أو الإرسال بحضور الناقل أو المرسل أو المرسل إليه أو وكلائهم. من ناحية أخرى ومن أجل تسهيل عمل الباحثين ألزم المشرع المقاولين في النقل بعدم عرقلة عمليات البحث وتقديم الوثائق والمستندات والوصولات والتذاكر التي توجد في حوزتهم. كما أن عدم استجابة المنشأة لطلب إجراء البحث أو التحقيق وتقديم معلومات غير كاملة أو ناقصة أو غير صحيحة أو مزيفة بهدف إعاقة أعمال البحث، يعرض هذه الأخيرة لإمكانية تحمل عقوبة مالية بناء على طلب المقرر.

بالإضافة إلى ما سبق، لا يمكن مواجهة الباحثين أثناء مزاولتهم لمهامهم بالسر المهني، ومن أجل القيام بمهامهم في أفضل الظروف وبشكل آمن وسلس عمد المشرع إلى الإشارة إلى أن الأبحاث تباشر بعد الحصول على ترخيص مسبق من وكيل الملك التابع لنفوذه المكان الذي سيتم

Le commissaire du Gouvernement auprès de l'autorité est désigné par le ministre chargé de l'économie. »

زيارته في إطار البحث، والذي يعين ضابطا لشرطة القضائية لحضور أعمال الزيارة إلى جانب الباحثين، بل أكثر من ذلك يمكن للباحثين الاستعانة بخبراء بناء على التماس من مجلس المنافسة أو الإدارة لمساعدتهم في مهامهم.[367]

يتضح من المقتضيات السابقة الذكر أن المشرع المغربي اتبع خطى نظيره الفرنسي فيما يتعلق بتنظيم صلاحيات الباحثين، لكن تجب الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في م.ت.ف. حاول مواكبة التطورات التي تعرفها آلية عمل النشاط الاقتصادي وملاءمتها مع صلاحيات أجهزة البحث، من خلال النص في الفقرة الأخيرة من المادة L450-3 من م.ت.ف. على إمكانية ولوج الباحثين للبيانات المعلوماتية والبرامج المعلوماتية، وإمكانية استرجاع المعلومات الخاصة بمهام البحث[368]، ونص في المادة L450-3-2 على أنه لغاية مراقبة بيع المواد والخدمات عبر الأنترنت والتي من شأنها أن تؤدي إلى ممارسة اتفاقات سرية، يمكن لهذه الغاية أن يستعمل الباحثون هويات مستعارة[369]، كما أن المشرع الفرنسي فيما يخص عرقلة أعمال البحث لم يكتف بالعقوبات المالية بل نص على إمكانية إنزال عقوبة حبسية.[370]

وفي نظرنا كان على المشرع المغربي الأخذ بالإمكانية السابقة نظرا لكونها قد تسمح لمكونات مصالح الأبحاث بمواكبة التطور المتزايد الذي يعرفه نشاط الفاعلين الاقتصاديين الذي أصبح يتجه بقوة وزخم أكثر – في ظل الظروف الصحية التي يفرضها وباء كوفيد 19- إلى

---

[367] كما أن مقتضيات النظام الداخلي الذي وضعه المجلس تنص في المادة 56 على الإطار الذي يجب أن تنفذ فيه عمليات البحث والتحقيق من قبل المقررين والباحثين على السواء، وذلك من خلال وجوب احترام مجموعة من المبادئ ومنها الإنصات الواسع لكافة الأطراف والقيام بالأبحاث وفق مقاربة تنسيقية بين المقررين والمقرر العام، وكذلك وفق مقاربة تشاركية بين كافة مكونات المجلس.

[368] C. com., L'article L450-3 dispose que : « Pour le contrôle des opérations faisant appel à l'informatique, ils ont accès aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle.

[369] C. com., L'article L450-3-2 dispose que : « II.– Pour le contrôle de la vente de biens et de la fourniture de services sur internet et pour celui des accords ou pratiques concertées mentionnés à l'article L. 420-2-1, les agents mentionnés au I peuvent faire usage d'une identité d'emprunt. »

[370] C. com., L'article L450-8 dispose que : « Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre. »

تسويق المنتجات عبر المنصات الالكترونية، وبالتالي من غير المستبعد أن تعرف الممارسات المنافية كذلك انتشارا كبيرا في ظل هذا السواق.

يمكن أن نخلص في الأخير إلى أن هيكلة مجلس المنافسة المغربي وتنظيمه كما تم تبنيها في القانون رقم 20.13 والقانون رقم 104.12 قد تم الأخذ فيها بتوجهات التشريع المقارن، أي بما يتماشى ومقتضيات م.ت.ف. لكن مع بعض التفاوت[371]، فبعض المقتضيات التي ترتبط بالتنظيم الهيكلي للمجلس تجعل مصالح التحقيق بما فيها المقرر العام والمقررين المساعدين تابعين بشكل مباشر لسلطة رئيس المجلس، فهذا الأخير هو الذي يعين كل من المقررين والمقررين العامين وفقا لما تنص عليه المادة 18 من القانون رقم 20.13. بخلاف الوضع في القانون المقارن الفرنسي فقسم التحقيقات يتكون من مقرر عام دون رقابة الرئيس أو أي جهة أخرى كما أن هذا الأخير وفقا للمادة L461-4 [372] م.ت.ف. لا يعين من قبل الهيئة خلافا لما هو عليه الأمر في القانون المغربي بل من قبل وزير الاقتصاد، وبعد تعيينه هو الذي يرشح المقررين المساعدين. ومقارنة بما سبق نخلص إلى أنه في ظل التشريع المغربي حتى وإن كان المقرر العام هو الذي يسهر على التسيير المباشر لمصالح التحقيق إلا أنه يبقى خاضع بصفة مباشرة لأعضاء المجلس الذين عينوه ولسلطات رئيس مجلس المنافسة، وهذا ما قد يكون له تأثير سلبي على الاستقلالية المطلوبة بين الهياكل المقررة للمجلس ومنها رئيسه، وجسم المقررين المكلف بالتحقيق، الشيء الذي يعيق مبدأ استقلالية سلطات التحقيق عن التقرير الذي تفرض نصوص

---

[371] هذا التفاوت يمكن لمسه بشكل واضح من خلال مقارنة الرسمين المبينين اللذان يوضحان كل من هيكلة هيئة المنافسة الفرنسية وهيكلة مجلس المنافسة واللذان يمكن الاطلاع عليها بالمواقع الالكترونية التابعة لكلا الجهازين:

هيكلة مجلس المنافسة المغربي يمكن الاطلاع عليها بالموقع الإلكتروني: http://conseil-concurrence.ma/cc/ar/?page_id=59

هيكلة هيئة المنافسة الفرنسية، يمكن الاطلاع عليها بالموقع الإلكتروني: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/organigramme

[372] C. com., Article L461-4 : « L'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège.

Ces services procèdent aux investigations nécessaires à l'application des titres II, III et VI du présent livre.

Les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents et les enquêteurs des services d'instruction sont nommés par le rapporteur général, par décision publiée au Journal officiel. »

قانون المنافسة توفره عند إعمال إجراءات المسطرة النزاعية والتفاوضية كما تم تأطيرها في مواد القانون 104.12.

أضف إلى ذلك التفاوت الذي رصدناه سابقا بشأن مدة انتداب أعضاء المجلس، وعدم اعتماد مؤسسة مستشار المسطرة "conseillée auditeur". فمثل هذا الجهاز كان سيلعب دورا جد مهم في توجيه المقاولات المعنية بالملفات المعروضة على مجلس المنافسة، وخاصة في ظل عدم الإلمام المفترض في المقاولات المغربية بشأن المساطر المتبعة أمام المجلس، وضعف خبرات مستشاريها القانونين فيما يخص المساطر المتبعة أمامه، إضافة إلى ذلك الإشعاع المحدود لثقافة المنافسة في المجتمع الاقتصادي المغربي.

هذا التفاوت الذي رأيناه سابقا من شأنه التأثير لا محالة على إعمال هياكل المجلس للمساطر النزاعية والتفاوضية على السواء، فقيام المشرع المغربي بتبني التوجهات الحديثة للتشريع المقارن في جانب القواعد الموضوعية والمسطرية ومنها المساطر التفاوضية بشكل خاص، يفرض على المشرع المغربي الأخذ كذلك بتوجهات نظرائه المتعلقة بتعزيز تنظيم هيكلة هيئة المنافسة وتوزيع مهامها وخاصة منها تلك المتعلقة بتعزيز وضمان حياد واستقلالية مكونات هذه الهيئة.

الفرع الثاني: دعم المساطر التفاوضية لفعالية دور المجلس في حماية مصالح المنافسة

لقد سبق التأكيد على أن الهدف الرئيسي من إدخال المساطر التفاوضية التي تنبني على إعمال التحليل الاقتصادي بشأن فعالية القواعد القانونية المؤطرة لأدوار السلطة المشرفة على نظامة الأسعار والمنافسة، هو الحصول على أفضل نظامة وفق أقل تكلفة ممكنة. هذا المنطق يوجب البحث أولا عن المقصود بفعالية القاعدة القانونية وفق التحليل الاقتصادي، الذي أصبح أساسا لتقييم القواعد القانونية المنظمة للسوق بشكل عام وللمنافسة بشكل خاص.

بالرغم من تأكيد الفقه على الصعوبة الكبيرة التي تثيرها محاولة تحديد مضمون هذا المفهوم[373]، إلا أن رأيا فقهيا يرى بأن فعالية قاعدة معينة يحيل على مقاربتين مختلفتين: فالفعالية ترمز للمعيار الذي يدل على تحقق الأثر المنتظر، وكذلك القدرة على تحقيق أكبر عدد من النتائج وفق أقل مجهود ونفقات [374]. فالمقاربة الاجتماعية لا تفرق بين الفعالية والكفاية التي تعرف بأنها قابلية قاعدة معينة بالسماح أو الامتناع بشكل ملموس عن تصرف معين، في المقابل المقاربة الاقتصادية تركز على النظر للفعالية باعتبارها تدبير ناجع مبني على مؤشرات كيفية، فالنجاعة تهدف إلى التحديد بشكل كيفي " للوسيلة الأكثر سرعة، والأكثر بساطة، والأكثر مردودية، والأقل تكلفة للتوصل إلى الحل "[375]. وبالتالي فعالية القاعدة القانونية يمكن أن تشير إلى أن القاعدة تم تطبيقها ورتبت آثارها، وأن هذا التطبيق تم وفق موارد تتناسب والنتائج المحصل عليها.[376]

وأخذا بعين الاعتبار المحددات السابقة يمكن القول إن المشرع المغربي أسوة بمن سبقه من التشريعات المقارنة التي تبنت هذا النوع من المساطر، هدفه أن تساعد هذه الوسائل في إنجاح دور مجلس المنافسة في ضبط ونظامة المنافسة في السوق المغربي وفق أقل تكلفة ومجهود وفي أقرب الآجال.

---

[373] فكما يشير مصطفى مكي " مفهوم الفاعلية من الصعب مقاربته خاصة وأنه يعرف تضخما على المستوى اللغوي، لأنه أصبح المرجع الأساسي لتقييم أي علاقة ذات بعد قانوني، كما أصبح يضم معاني متعددة لا تحترم المحددات الدنيا للقانون"

- Mustapha MEKKI : « La notion d'efficacité est difficile a apprendre, d'autant plus qu'elle fait l'objet d'une inflation verbale. Elle devient le référent al mode de toute relation d'ordre juridique. Elle est pourvue de multiples sens dépassant les strictes frontières du droit », M. MEKKI, les doctrines de l'efficacité du contrat en période de crise » Revue Des Contrats, janvier 2010, n° 1, p.383, Cite par Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de concurrence, thèse de doctorat en droit privé, université Montpellier 1, présentée et soutenu publiquement en 2012, p. 6.

[374] Alexandre FLUCKIGER, L'évolution législative ou comment mesurer l'efficacité des lois, Revue Européenne Des Sciences Sociales, 2007, En ligne : www.ress.revues.org/195 (consultée le : 24 mars 2020)

[375] Gay CANVET, Du principe d'efficience et en droit judicaire privée, *in* le juge entre deux millénaires mélange offerts a pierre DRAI, Dalloz, 200. P.244., Cité par Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de concurrence, thèse de doctorat en droit privé, op.cit,. p.6.

[376] Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de concurrence, op.cit., p.7;8.

وعلى العموم يمكن القول بأن أي فعالية في مجال نظامة المنافسة يجب أن ترتبط بقدرة سلطة المنافسة أولا وقبل كل شيء على تفادي وقوع المخالفة، من خلال إتاحة الفرصة لهذه السلطة بناء على آلية تصحيحية كما هو حال التعهدات للتدخل بشكل قبلي كلما كان ذلك ممكنا لتفادي وقوع المخالفة، خاصة في الحالات التي تدل فيها مؤشرات على وجود شكوك جدية بشأن إمكانية أن تؤدي بعض تصرفات الفاعلين في السوق إلى أثار سلبي على المنافسة في المستقبل القريب إذا لم يتم التدخل لتصحيح هذه التصرفات (المبحث الأول)،

وثانيا يجب أن تؤدي هذه الآليات المسطرية إلى تسهيل مأمورية سلطة المنافسة في الكشف عن المخالفات التي من شأنها المساس بالمنافسة وفق أقل الوسائل الممكنة وفي أقرب الآجال، وكذلك من خلال دعم جهود التثبت والتحقق من كون الأمر يتعلق بممارسات منافية تؤثر بالفعل على المنافسة، ومنح الإمكانية للتعامل مع هذه المخالفة وفق أنسب الحلول التي تضمن استرجاع المنافسة أو حمايتها مستقبلا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دعم فعالية دور مجلس المنافسة في مجال النظامة القبلية للمنافسة

النظامة توجب التوفر على آليات مرنة باعتبار أن الأسواق وتقنيات عمل الفاعلين الاقتصاديين تتطور باستمرار، لذلك ظهرت وسائل نظامة جديدة متطورة تتكيف مع تطور استراتيجيات الفاعلين الخواص[377]، وتعتمد على آليات ذات صبغة تفاوضية ومنها آلية التعهدات التي قد تسمح لسلطة المنافسة ذات الاختصاص الأفقي بمعالجة الشكوك التنافسية بشكل استباقي ومبكر عن طريق ضمان تعاون الفاعلين الاقتصاديين الذين تكون ممارستهم

[377] فالتقسيم الكلاسيكي الذي يجعل نظامة المنافسة في السوق تنقسم إلى شقين نظامة قبلية تحرص على تنفيذها هيئات التقنين القطاعية من خلال الحفاظ على توازنات الأسواق والقطاعات المفتوحة حديثا أو جزئيا للمنافسة، ونظامة بعدية تتمثل في دور سلطة المنافسة في الحفاظ على المنافسة والمعاقبة على المخالفات التي تمس شروط اللعبة التنافسية، لم يعد بالإمكان الأخذ به بشكل مطلق، بل أصبحت له في ظل التطور الكبير والمتجدد الذي تعرفه نشاطات الفاعلين في سوق استثناءات تسمح بتحريك تدخل هيئات المنافسة زمنيا من تدخل بعدي إلى تدخل قبلي.

مصدرا لهذه الشكوك، وهذا ما قد يساهم في تفعيل الدور الوقائي للمجلس باعتباره شرطة المنافسة من خلال ضمان عدم وقوع ممارسات منافية للمنافسة.[378]

هذا التدخل القبلي يتم وفقا لآليات تصحيحية كالأوامر والتعهدات التي وإن كانت تستعمل بشكل قبلي إلا أنها تكون لها آثار ملموسة على مستقبل المنافسة داخل سوق معين، ففي ظل هذا المقاربة السابقة تكون سلطة المنافسة مجبرة على التدخل عن طريق آليات تصحيحية قبلية منذ اللحظة التي يتم فيها رصد أي اختلال في المنافسة، وذلك ليس وفق منطق إيقاع الجزاءات على التصرفات المخالفة، لكن وفق منطق نظامة السوق من أجل ضمان استمرار اللعبة التنافسية في المستقبل، فهذه الآليات التصحيحية تسمح بنقل النظامة في الزمن بحيث لا تتصرف الهيئة بناء على دورها الرقابي البعدي إن صح التعبير بل انطلاق من دورها النظامي الاحترازي.[379]

والفعالية هنا تكمن في منح سلطة المنافسة آلية للتدخل بشكل قبلي كلما دعت الضرورة لذلك من أجل تجنب وقوع مساس بالمنافسة، وما قد يستتبع ذلك من تكلفة أولا إجرائية تتمثل في التحقيق والبت في المخالفة، وثانيا تكلفة الضرر الناتج عن المس بمصالح المنافسة التي ترتبط بشكل مباشر بمصالح ب المنافسين والمستهلك ومصلحة الاقتصاد بشكل عام.

وتتمظهر فعالية آلية التعهدات بشأن تعزيز دور سلطة المنافسة في نظامة السوق، في كونها تمكن من التفاوض مع الفاعلين في السوق بشأن تعديل علاقاتهم العقدية التي قد تتضمن بنودا قد تعيق أو تحد من المنافسة داخل السوق، وذلك إما في مرحلة قبلية تتزامن مع إبرام هذه العلاقات كما هو حال عند مراقبتها لمشاريع التركيز الاقتصادية (المطلب الأول) أو بشكل بعدي متقدم من حياة العقد عن طريق مراقبة كون هذا الأخير قد تنتج عنه آثار منافية للمنافسة. في هذه الحالة تدخل الهيئة يكون جد فعال لأنه يتم بطريقة إيجابية عن طريق قيام

[378] Megane LYMONERIE, La contractualisation des engagements issus des procédures négociées, mémoire de master, université Montpellier 1, année universitaire 20013-2014, p.69.

[379] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.353.

الهيئة إلى جانب المقاولة بالتفاوض بشأن الحلول التصحيحية الممكن تبنيها لجعل العلاقة التعاقدية تتماشى ومتطلبات المنافسة داخل السوق (المطلب الثاني)، وذلك عكس ما هو عليه الأمر في حالة اللجوء لسلطة الجزاء، ففي هذه الحالة دور سلطة المنافسة يكون سلبيا ونتائجه غير مضمونة وبالتالي فالفعالية المرجوة منه قد لا تتحقق.

لكن رغم الفعالية التي قد تقدمها آلية التعهدات للدور النظامي لمجلس المنافسة المغربي يبقى التساؤل مطروحا حول إمكانية استفادته من إعمال آلية التعهدات فيما يخص النظامة القبلية للأسواق التي تتواجد بها هيئات قطاعية لتقنين، وخاصة في ظل الشروط التي يضعها القانون 20.13 المتعلقة بتنظيم العلاقة بين المجلس والهيئات القطاعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مساهمة التعهدات في فعالية نظامة بنيات السوق

مبدئيا سياسة المنافسة ترتكز على الحرص على احترام قواعد اللعبة التنافسية دون المساس بهياكل السوق إلا لضرورة استثنائية، كما هو الحال عند إعمال الرقابة على عمليات التركيز الاقتصادي التي قد ينتج عنها آثار سلبية على الوضع المستقبلي للمنافسة، وفي غير هذه الحالة فإن هيئات النظامة والتقنيين القطاعية إن وجدت هي التي يقع عليها عبء العمل على تحسين ظروف الولوج للأسواق، ومن ذلك التحديد المسبق للشروط الضرورية لهيكلة بنيات السوق ومراقبة احترامها. إلا أن ضرورة وضع حد للشكوك التنافسية التي تتعلق بتنفيذ عملية التركيز قد يؤدي في بعض الحالات إلى تقريب النظامة العامة من النظامة القطاعية، من خلال يسمح لسلطة المنافسة بالتدخل القبلي على مستوى هياكل السوق كما هو حال الهيئات القطاعية، عن طريق قبول التعهدات الهيكلية المقدمة من قبل المقاولات الأطراف في عمليات التركيز من أجل ضمان التصريح بالعملية وتبديد الشكوك التنافسية التي تحوم حولها.[380]

[380]Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.244.

فالتدابير التصحيحية تعطي لسلطة المنافسة وسيلة جيدة لتجاوز مهمة الرقابة –شرطة السوق– إذ تسمح هذه التدابير بتعديل شروط ممارسة المقاولات للأنشطة الاقتصادية، فالتعهدات الهيكلية المقدمة من قبل أطراف مشروع التركيز تتيح الفرصة للهيئة بالتحكم بشكل نسبي في حجم التطور المنتظر في جانب نمو بنيات السوق، فالتعهدات تسمح للهيئة تحت طائلة رفض التركيز بإعادة رسم ملامح سوق معين أخذا بعين الاعتبار ملائمة مصالح السياسة الاقتصادية والسياسة التنافسية في ذلك السوق.[381]

ومن أجل التجسيد لدور التعهدات في تفعيل سلطة المنافسة في النظامة القبلية للسوق بشكل خاص، نجد أن من المجالات التي تلجأ فيها هذه الأخيرة لاستعمال التعهدات تلك المرتبطة بوجود حواجز تعيق الولوج إلى الأسواق فمثلا عندما تقوم سلطة المنافسة في إطار مراقبة عمليات التركيز بفحص مشروع اندماج فهي لا تتردد في قبول هذا المشروع إذا ما تضمن تعهدات تحول دون تكوين حواجز تعيق الولوج للسوق.

كما أن سلطة المنافسة بصدد مراقبتها لمشروع تركيز اقتصادي قد تحث المنشآت أطراف المشروع على اتخاذ تعهدات تسمح بتجنب الأثر السلبي الذي قد يحدثه هذا المشروع على هيكلة السوق، إذ قد يصبح أكثر تركيزا وأقل تنافسية، نظرا لكون مراقبة عمليات التركيز يفترض معها أننا أمام شركات ذات حصص مهمة في السوق، فأثناء التفاوض بشأن هذه التعهدات يمكن لسطلة المنافسة القيام بشكل غير مباشر بإعادة تشكيل بنيات قطاع اقتصادي معين بمناسبة مراقبتها لمشروع التركيز. فالقيام بقبول التعهدات من قبل أطراف التركيز التي قد تتضمن تفويت جزء من نشاطاتها يمكن أن يؤدي إلى التحكم في حجم الحصة السوقية للمنشأة التي تنتج عن التركيز، وذلك لفائدة تعزيز الحصة السوقية للمنافسين الموجودين مسبقا والمحتمل أن يلجوا إلى هذا السوق، بل الأكثر من ذلك قد تستغل سلطة المنافسة التعهدات كوسيلة لإدخال وتطوير المنافسة في سوق معين، من خلال توجيه المقاولة نحو تبني تعهدات تؤدي إلى جعل

[381] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.327.

الحصة السوقية للمنشأة الناشئة عن تركيز تحت عتبة الهيمنة وكذلك تعويض المنافس الذي اختفى نتيجة التركيز بتعزيز أو خلق منافس جديد في السوق.[382]

فالتعهدات وخاصة منها الهيكلية قد تشكل أداة جد فعالة لنظامة السوق نظرا لسهولة وعدم تكلفة مراقبة تنفيذها، فهذه التعهدات التي تتضمن غالبا التخلي عن استثمارات، تشكل الطريقة الأكثر فعالية لخلق شروط ظهور قوة تنافسية جديدة في السوق، لهذا تركز هيئات المنافسة المقارنة ومنها المفوضية الأوروبية على التأكد من أن النشاطات المفوتة في إطار التعهدات تشكل نشاطا منتجا قادرا على أن يخلق تنافسا كافيا تجاه المنشأة الجديدة المنبثقة عن التركيز. [383]

وفي هذا السياق قامت المفوضية الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ 4 فبراير 1999 بشأن مشروع تركيز "Usinor/cockeril" بطلب تفويت مجموعة من وحدات الإنتاج موزعة على مجموع السوق المعني وذلك من أجل ضمان استقلالية المفوت له، وأكدت على أن هذا التفويت من شأنه أن يساعد على بروز فاعل قوي في السوق تكون له كافة الوسائل من أجل منافسة المنشأة المنبثقة عن التركيز.[384]

وهذا ما يوضح بشكل ملموس قدرة التعهدات على تعزيز فعالية أدوار سلطة المنافسة في مجال نظامة السوق، إلى أن اللجوء هذه الآلية وفق المنطق السابق أثار مخاوف لدى الفقه المقارن انطلاقا من أن سلطة المنافسة عندما تلجأ إلى إعمال التعهدات فهي تقوم بذلك من منطلق كونها ناظم للسوق وليست مراقب للمنافسة، وبالتالي فخطر استقطاب الناظم –أو ما يطلق عليه بالفرنسية "risque de capture" – من قبل الفاعلين الاقتصاديين ينطبق عليها، وهذا الاستقطاب يمارس بشكل خاص من قبل الشركات الكبيرة ذات السلطة التفاوضية القوية مقارنة

[382] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.328.

[383] Fabrice RIEM, Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil, op.cit., p.88.

[384] Commission Européenne, Décision du 4 février 1999, affaire Usinor/cockeril, En Ligne : https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1329_fr.pdf (consultée le : 4 avril 2020)

بالمقاولات المتوسطة والصغيرة. فالوسائل المالية التي يمكن أن تلجأ إليها هذه الشركات الكبيرة جد مهمة، وبالتالي لا يستبعد لجؤها إلى ممارسات ضغوطات من أجل التأثير على قرارات سلطة المنافسة، كما يمكن لهذه المقاولات أن ترفع ورقة المزايدة على مناصب الشغل كي تأثر على تقديرات الهيئة أثناء اتخاذ القرار بشأن مشروع التركيز.[385]

هذا المثال الأخير قد ينطبق على واقع قرارات الإدارة التي كانت لها سلطة مراقبة التركيز وفق ق.ح.أ.م.، وأبرز مثال لذلك هو تعاطي هذه الإدارة مع مشروع التركيز بين الشركتين الفرنسيتين الرائدتين في مجال صناعة الاسمنت "هولسيم" و "لفارج"، ففي هذه القضية قام الوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة المكلف بالشؤون العامة والحكامة، بعدم توجيه ملف هذا المشروع إلى مجلس المنافسة لإجراء الفحص المعمق، وقام رئيس الحكومة بقبول تنفيذ مشروع التركيز الذي تضمن ضم شركة "لفارج" لمجموع أسهم شركة "هولسيم"، اللتان لهما فرعان في المغرب ويعتبران أبرز شركتين –إلى جانب شركة إسمنت المغرب وإسمنت تمارة بدرجة أقل– في مجال إنتاج الإسمنت في السوق المغربي، وتمت الموافقة على مشروع التركيز هذا بناء على التزام الشركتين بأنه لن ينتج عن هذا التركيز أي فقدان لمناصب الشغل.

فالإدارة الوصية تجنبت إخضاع العملية للفحص المعمق لمجلس المنافسة نظرا للمخاوف الكبيرة التي كانت تطرحها عملية التركيز على المستوى التنافسي، أخذا بعين الاعتبار أنه في دراسة قطاعية للمجلس انتقد هذا الأخير بشدة وضع المنافسة في قطاع الاسمنت[386]. كما أن تنفيذ هذه العملية من شأنه تعزيز المخاوف المتعلقة بأثر نسب التركيز في سوق الإسمنت على وضعية المنافسة في داخله، بشكل يدعم الخلاصات السابقة للمجلس التي توصل لها نتيجة الدراسة التنافسية التي قام بها سنة 2009 بشأن هذا السوق، والتي أكد فيها أن هذا القطاع

[385] Patrice BOUGETTE, Chritian MONTET, Florent VENAYRE, jeux de négociation dans les affaires anti-trust : engagement et transaction, Revue Concurrence Consommation, 2006, 146, p.6.

[386] Amine MANSOUR, L'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, Thèse de doctorat en Droit privé et science criminelles, Université De Montpellier, présentée et soutenue publiquement le 23 novembre 2017, p.423.

يعرف نسب تركيز عالية وتوزيع غير متكافئ للحصص[387]، وأن الوضعية التنافسية لهذا القطاع غير جيدة وخاصة في ظل هامش الربح الكبير والأسعار المرتفعة التي يعرفها مقارنة بالأسواق الأجنبية[388]، لكن المجلس في هذا الدراسة لم يخلص لوجود ممارسة منافية للمنافسة نظرا لعدم توفره على اثباتات، رغم ذلك لم يخفي المجلس توجسه من وضع المنافسة في ظل حالة الجمود التي يعرفها هذا لسوق من ناحية استقرار الحصة السوقية وعدم تفاوت الأسعار وغلائها وهوامش الربح الكبيرة.

وأخذا بعين الاعتبار الخلاصات السابقة وبالرجوع لقضية تركيز "هولسيم" و"لفارج" يرى أحد الباحتين[389] أن التعهدات التي حصلت عليها الإدارة من الشركتين والمتعلقة بالمحافظة على مناصب الشغل لن يكون لها أي أثر على مستوى تحسين تنافسية هذه الأسواق، وهذا يعكس القوة التفاوضية الكبيرة لهاتين الشركتين، من خلال اكتفائها بقبول تعهدات ضمنية تتمثل في المحافظة على مناصب الشغل، وأن هذه التعهدات وإن كانت تلبي مصلحة اجتماعية إلا أنها لا تساهم بأي شكل من الأشكال في التقدم الاقتصادي والتنافسي للسوق الذي هو الهدف الأساسي من مراقبة هذا النوع من العمليات، كما أن هذا التعهد سيكون له أثر إلزامي محدود نظرا لكون هذه التعهدات تمت بشكل غير رسمي، وبالتالي لا شيء يضمن عدم إمكانية التراجع عنها في وقت لاحق.

خلاصة القول إن التعهدات المتبناة من قبل المقاولات تحت رقابة السلطة المكلفة بالمنافسة قد تسمح لهذه الأخيرة بتعديل مشاريع التركيز وفي نفس الوقت إعادة تنظيم بنيات السوق،

---

[387] فتوزيع الحصص السوقية بين شركات هذا القطاع إلى حدود سنة 2009 وفق الدراسة التي أنجزها المجلس، تشير إلى أن أكبر حصة سوقية تملكها شركة "لفارج" حيث تبلغ 41%، تليها "هولسيم" واسمنت المغرب ب 25% لكل منهما، وأخيرا اسمنت تمارة بنسبة 9%، هذا يفيد بأن من شأن عملية ضم «لفارج" و "هولسيم" أن تجعل الأولى تصبح في ظل وضع هيمنة اقتصادية في قطاع إنتاج الإسمنت بالمغرب بحصة سوقية تفوق نسبة 60% من مجموع الحصص النشطة بالسوق انظر:

-Conseil de concurrence Marocain, Etude sur la concurrentialité du secteur du ciment, note de synthèse, 2012, p.12, Voir rapport annuel du conseil de 2012.

[388] Ibid. p.28.

[389] Amine MANSOUR, L'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, op.cit., p.424.

وبمعنى آخر إن آلية التعهدات في إطار نظام مراقبة التركيز الاقتصادي هي آلية لنظامة الاقتصاد، من خلالها تصبح عملية التركيز الاقتصادي مؤشرا على تشكيل جديد للسوق، فالتعهدات تجعل عمليات التركيز في خدمة السياسة الاقتصادية[390]، فهي تسمح بالحصول على توازن بين مصلحتين عامتين أساسيتين، من خلال تحقيق المصالح المرتبطة بالحفاظ على المنافسة ودعم تطور بنيات السوق، مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الفاعلين الخواص في تطوير حجم نشاطاتهم وحصصهم السوقية.

لكن الإشكال هو أن هؤلاء الفاعلين الاقتصاديين وخاصة أصحاب الحصص السوقية الكبيرة قد لا يترددون في استعمال هذه الآليات التفاوضية لتحقيق استراتيجياتهم الاقتصادية، ولو من خلال سوء استغلال هذه الآليات وخصوصا التعهدات، لممارسة نوع من الاستقطاب تجاه سلطة المنافسة والضغط عليها من خلال هذه الآلية للحصول على ترخيص لمشاريع التركيز الاقتصادي، لذلك يتوجب على هيئات المنافسة وخاصة الفتية منها كما هو حال مجلس المنافسة المغربي، الحرص على اللجوء إلى تطبيق الآلية التفاوضية ومنها التعهدات بشكل حصري داخل النطاق الذي تسمح به القواعد القانونية ل ق.ح.أ.م. ووفق شروط واضحة وحسب ظروف كل قضية على حدة، وذلك بالموازاة مع قرارات صارمة وواضحة تجاه الحالات التي لا يمكن فيها اللجوء لهذه الآلية.

وأمام الواقع العملي لقرارات مجلس المنافسة المغربي لحد كتابة هذه الأسطر يمكن القول بأنه لا يتسنى لنا قياس مدى مساهمة آلية التعهدات في تفعيل دور النظامة التنافسية للأسواق المغربية، فمنذ انطلاقا عمل المجلس بعد تعيين كافة أعضائه سنة 2019 قام هذا الأخير بالدراسة والمصادقة على قرارات التركيزات الاقتصادية الخاضعة لإلزامية التبليغ القبلي، وفي هذا الصدد، أصدرت اللجنة الدائمة 51 قرارا للتركيز الاقتصادي برسم سنة 2019 لم يتم رفض أي عملية وتم الترخيص ل 43 عملية ولا وجود لأي عملية طبقت في شأنها مسطرة تعهدات.

[390] François BLANC, Les engagements dans le droit français des concentrations, op.cit., p.15.

وتعليقا على هذه النسب، يؤكد المجلس على أن أغلب عمليات التركيز لا تتجاوز حصص أطرافها سقف المعاملات على مستوى السوق الوطني والمطلوب لإعمال المراقبة وهو 205 مليون درهم، بل تم تبليغها لأنها تتجاوز رقم المعاملات العالمي أي 750 مليون درهم، وبالتالي فالأمر يتعلق بتركيز يهم في الأساس شركات متعددة الجنسية لها فروع تنشط بالمغرب، كما يشير المجلس إلى أن هذا النوع من العمليات وفقا للتجارب المقارنة لا يطرح عموما مشاكل للمنافسة خصوصا إذا كان أثرها على السوق الوطنية ضئيلا، سواء تعلق بحجم ضعيف للبيوع أو إذا كانت الفروع المحلية لأطراف التركيز غير نشيطة في الأسواق المعنية المحلية،[391] ولعل هذا ما قد يفسر عدم الحاجة لأعمال مسطرة التعهدات بالنسبة لهذه النوع من العمليات .

المطلب الثاني: مساهمة التعهدات في فعالية توجيه الممارسات العقدية للفاعلين في السوق

قد تسمح الآلية التفاوضية وخاصة منها مسطرة التعهدات لسلطة المنافسة بتوجيه العلاقات العقدية التي تجمع الفاعلين في السوق بشكل إيجابي من أجل استرداد المنافسة، وذلك عكس تدخلها الذي قد يتم بشكل سلبي كما هو الحال عند اكتفائها بالمعاقبة على الممارسات العقدية المنافية للمنافسة، أو بشكل إجباري عندما تقرر أوامر تجاه الفاعلين الاقتصاديين من أجل إعادة النظر في علاقاتهم العقدية بما يتماشى وقواعد المنافسة. فمسطرة التعهدات تسمح لسلطة المنافسة بالتوصل إلى حلول جد فعالة للأوضاع التعاقدية التي تكون مصدرا لشكوك أو مخاوف بشأن تطور وضع المنافسة مادام أنه لم يثبت وجود أثر منافي للمنافسة بعد، وذلك من خلال الاستفادة من الحلول المبتكرة التي قد تبتدعها المقاولات أطراف العلاقة التعاقدية في سبيل تجنب العقوبات، خاصة فيما يتعلق بالقضايا المستجدة والأكثر تعقيدا، الشيء الذي يعود بالفائدة على مصالح الأطراف المعنية بهذا النوع من القضايا سواء من جانب المقاولة أو جانب المستهلك.

[391] المجلس المغربي للمنافسة، التقرير السنوي 2019، م.س، ص. 14؛15.

فالتعهدات تسمح لسلطة المنافسة في ظل عدم ثبوت وجود مخالفة لقواعد المنافسة بالقيام بشكل أكثر مرونة بالاستعانة بالمقاولة لمساعدتها على نظامة السوق عن طريق تعهدها بشكل إرادي بتصحيح ممارساتها العقدية داخل السوق،[392] الشيء الذي قد يكون له تأثير إيجابي على باقي مكونات السوق التي قد تتوجه إلى تبني نفس سلوك المقاولة المقدمة للتعهدات لتجنب المساءلة أمام سلطة المنافسة، وبذلك يمكن القول إن التعهدات تسمح لهذه الأخيرة بالقيام بدور نظامة السوق بشكل أكثر فعالية وبأقل مجهود، باعتبار أن المقاولة هي التي تقوم بتعديل سلوكها بما يتماشى مع متطلبات السوق، عكس ما عليه الأمر عندما تقوم الهيئة بتقرير أوامر أو جزاءات ما قد يتطلب مجهود ووقت أطول لصياغة هذه القرارات وتتبع تنفيذها.

وتبعا لذلك فهذه الآلية تمكن هيئة المنافسة عن طريق منطق التفاوض وباختيار دور بيداغوجي إن صح التعبير بتوجيه الممارسات التعاقدية للفاعلين الاقتصاديين لضمان ملائمة استراتيجياتهم الاقتصادية لتوجهات سياسة المنافسة، أخذا بعين الاعتبار تطورات السوق المستقبلية، عوض فرض جزاءات أحادية لا تكون مضمونة النتائج مستقبلا.

هذه الآلية قد تسمح للهيئة كذلك بالتكيف مع متطلبات المنافسة داخل السوق، من خلال إتاحة الفرصة للمقاولات للمشاركة بشكل توافقي وتشاركي في نظامة القطاع الذي تنشط فيه، فهذه الأخيرة غالبا ما تكون لها دراية وفهم أفضل لمتطلبات واقع السوق، وبالتالي يظهر من الضروري إدماجها في مسلسل تنظيمه[393].

كما أن التعهدات غالبا ما تتضمن شروطا تتيح إمكانية تعديلها في حالة ما طرأ تطور في وضعية السوق أو المنشأة، وتمكن هيئة المنافسة من الإشراف على تعديل التعهدات أو سحبها

[392]Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.257.

[393] Megane LYMONERIE, la contractualisation des engagements issus des procédures négociées, op.cit., p.123 ;124.

بشكل نهائي إذا لم تعد ضرورية للسير العادي للأسواق، مما يسمح لهيئة المنافسة بمواكبة المتطلبات المرتبطة بملائمة هذا السوق وفقا لتطورات ظروف الفاعلين فيه.[394]

وهكذا نجد من الناحية العملية أن كل من هيئة المنافسة الفرنسية[395] والمفوضية الأوروبية[396] لا تتردد في استغلال مرونة مسطرة التعهدات في تفعيل نظامة السوق، عن طريق التوفيق بين حقوق الملكية الصناعية التي تكون لدى الفاعلين في السوق وتسمح لهم بحق الاستئثار باستغلال مادة أولية معينة أو طرق صناعية، واحترام قواعد اللعبة التنافسية التي قد تتأثر سلبا في الحالة التي قد يشكل فيها هذا الاستئثار بالاستغلال ممارسة منافية وفقا لمقتضيات قانون المنافسة، خاصة عندما ينتج عن الاستئثار بحقوق الملكية الصناعية استغلال تعسفي لوضع هيمنة اقتصادية، نتيجة للرفض المقاولة صاحبة هذه الحقوق منح الترخيص بالاستغلال لمنافسيها المحتملين دون أي مبرر مشروع.

ومن أجل تجنب هذه الأوضاع السابقة فإنه يمكن لسلطة المنافسة اللجوء إلى تقنية التعهدات الإرادية لدفع المقاولة صاحبة حق الملكية الصناعية إلى منح تصريح بالاستغلال لمنافسيها المحتملين، وذلك باعتبار أن نظامة السوق تستوجب عدم تبني حماية مطلقة لحقوق الملكية الفكرية والتي قد يكون لها تأثير سلبي على المستوى البعيد، خاصة فيما يتعلق بالحد من

---

[394] François BLANC, Les engagements dans le droit français des concentrations, op.cit., p.161.

[395] انظر على سبيل المثال قرار هيئة المنافسة الفرنسية رقم 10-D-20 بتاريخ 25 يونيو 2010 بشأن ممارسات تهم قطاع بيع قسيمات التخفيض، كذلك قرار رقم 10-D-01 بتاريخ 11 يناير 2010 المتعلق بممارسات في مجال توزيع هواتف " الأيفون"، والقرار رقم 20-D-06 بتاريخ 13 يوليوز 2006 والمتعلق بممارسات شركة " فرنس تيلكوم" وشركات أخرى تنشط في مجال خدمات تقديم المعلومات عن طريق الهاتف والانترنت. هذه القرارات متاحة على الموقع الالكتروني للهيئة الفرنسية للمنافسة:

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision

[396] انظر على سبيل المثال قرار المفوضية الأوروبية بتاريخ 19 يناير 2005 رقم "aff. COMP/C-2/37.2014" المتعلق ببيع حقوق بث البطولة الألمانية لكرة القدم، وكذلك قرار المفوضية بتاريخ 22 مارس 2006 رقم "aff. COMP-38.173" المتعلق ببيع حقوق بث البطولة الإنجليزية لكرة القدم. هذه القرارات متاحة على الموقع الالكتروني للمفوضية :

https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2

مجال تطور الاختراعات المستقبلية التي تنطلق من الاختراعات الموجودة مسبقا، مما قد يؤثر سلبا على مصالح التنافس الإبداعي والاقتصادي وعلى الرفاه العام للمستهلك.[397]

كما قد تتيح آلية التعهدات لسلطة المنافسة بأن تذهب في بعض الأحيان إلى حد إعادة صياغة العلاقات التعاقدية بين الفاعلين الاقتصاديين، وخاصة في حالة القطاعات الحديثة النشأة والتطور التي لا تكون مقننة بالمرة أو مقننة بشكل غير كافي، وتظهر بها مشاكل تنافسية لم تتكون بشأنها حلول عملية بعد، هنا قد تتطلب فعالية الدور النظامي لسلطة المنافسة اللجوء إلى آلية التعهدات لتدارك النقص الحاصل في النظامة القبلية إن صح التعبير ضمانا لحماية مستقبل المنافسة في هذه الأسواق.

ومن أمثلة هذا التدخل نجد أن المفوضية الأوروبية بعد قيامها بدراسات قطاعية تهم قطاع توريد الغاز، نتج عنها بروز مخاوف تنافسية بشأن هذا القطاع، دفعت الشركات الناشطة في هذا القطاع إلى المبادرة تحت إشراف المفوضية إلى تبني تعهدات مهمة لتدارك عدم كفاية قواعد النظامة القطاعية القبلية، حيث تعهدت المقاولات المعنية بسحب العقود والشروط المنافية للمنافسة التي تفرض عدم إعادة بيع الغاز خارج البلد الذي يتمركز فيه المشتري.[398]

ولعل من المجالات التي يظهر فيها جليا دور هيئة المنافسة في نظامة الأسواق، مجال نشاطات التوزيع بنوعيها المتعلقة بالخدمات والسلع، إذ يعتبر الميدان الأمثل لاستعمال مرونة آلية التعهدات لنظامة هذه الأسواق، خاصة وأن أنشطة التوزيع تعرفا تطور كبيرا ومستمرا في الوسائل التي تعتمد عليها، ومنها الاعتماد على الوسائل الرقمية ومنصات الأنترنت، هذا التطور ينعكس على الممارسات العقدية بين الموردين والموزعين مما يجعل نظامة هذه العلاقات عن طريق آليات العقوبات المالية والأوامر غير مجد ومتجاوز، لذا يتم اللجوء إلى آليات أكثر مرونة مثل التعهدات التي تسمح بتعديل وتوجيه الممارسات العقدية بشكل مستمر من أجل ملائمتها مع قواعد

[397]Patricia KIPIANI Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p279.

[398] Commission européenne, Communiqué de presse de 10 juin 2005, n° IP/05/710, En Ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_05_710 (consultée le : 22 mars 2020)

المنافسة. فحرية الموزع في تنظيم شبكة الموزعين إذا كانت هي المبدأ فذلك لا يبرر أن تؤدي عقود التوزيع إلى المس بعمل الأسواق، وهنا تتدخل التعهدات على مستوى عقود الإطار بين المورد والموزعين من أجل سحب أو تعديل الشروط ذات الطابع المنافي للمنافسة التي قد تعيق ولوج الفاعلين الاقتصاديين لهذه الأسواق.[399]

ويبقى من أبرز الأمثلة وأكثرها إثارة للجدل فيما يتعلق بتدخل سلطة المنافسة عن طريق آلية التعهدات في التوجيه القبلي للممارسات العقدية للفاعلين الاقتصاديين في سوق معين، هو ذلك المتعلق بقضية "فيستينا" [400]، ففي هذه القضية أتيحت الفرصة لمجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) لفحص شكوك تنافسية ذات أبعاد عامة تتجاوز حدود الحالة المعروضة أمامها، كون هذه الشكوك تهم مجموعة من القطاعات المتعلقة بتنظيم شبكة توزيع وإعادة بيع المنتوجات عبر الأنترنت. الإشكال كان يتمحور حول معرفة ما إذا كان يتوجب وضع شروط خاصة من أجل منح شركة "فيستينا" ترخيصا يسمح لها ببيع الساعات التي تصنعها على الأنترنت من قبل شبكة الموزعين، حيث استنتج المقرر العام في هذه القضية أن غياب عقد إطار يحدد شكليات الترخيص والبيع عبر الأنترنيت، واكتفاء الشركة المصنعة للساعات بمنح تراخيص حصرية غير رسمية ومحددة المدة لبيع ساعاتها عبر الأنترنت لفائدة الموزعين الذين يمتلكون محلات تجارية فقط، من شأنه أن يؤدي إلى إعاقة المنافسة بشكل غير مقبول سواء فيما يتعلق بالشروط المرتبطة بترخيص الشركة للموزعين داخل شبكة توزيع انتقائية، وكذلك بشأن الشروط التي تسمح لهؤلاء ببيع الساعات عبر الأنترنت.[401]

---

[399] Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.257.

[400] C.C.F, Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006, Relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-la-distribution-des-montres-commercialisees-par-festina-france (consultée le : 22 octobre 2019)

[401] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.361

ومن أجل الإجابة على هذه الشكوك السابقة تم التفاوض مع المقاولة المعنية بشأن تعهدها بتعديل عقد الإطار الذي ينظم توزيع ساعاتها في الأسواق، بتضمينه شروط خاصة ببيع هذه الساعات على الأنترنت، وأن تقترح على أطراف شبكتها المكونة من الموزعين المعتمدين أصحاب المحلات عقد خاص لبيع هذه الساعات عن بعد عبر الأنترنت. هذا الحل السابق الذي توصلت له كل من المقاولة والمجلس عن طريق آلية التعهدات من شأنه أن ينعكس مستقبلا على أنشطة التوزيع والبيع عبر الأنترنت، فقد يصبح هذا العقد الإطار الذي صيغ نتيجة لتلك التعهدات، نموذجا لعقود الإطار التي قد تصاغ مستقبلا بشأن نشاطات التوزيع والبيع عن بعد عبر منصة الأنترنت، وبذلك تكون سلطة المنافسة قد قامت بمشاركة الفاعلين الاقتصاديين بنوع من النظامة القبلية والغير المباشر لحدود الممارسات العقدية التي تهم قطاع التوزيع والبيع عبر الأنترنت.

هذا التوجه الأخير لمجلس المنافسة الفرنسي تكرر فيما بعد في أكثر من قضية تهم بيع السلع عبر الأنترنت، لكن مجموعة من الآراء الفقهية لم تؤيد هذا التوجه، ومنها رأي فقهي يذهب إلى القول بأنه من المؤسف أن مجلس المنافسة استعمال آلية التعهدات من أجل تنظيم قطاع بأكمله، من خلال حل مسائل معقدة وأساسية مرتبطة بموضوع مستجد نسبيا وذلك في غياب أي مسطرة نزاعية بشأن نفس هذا الموضوع، فمعيقات المنافسة المرتبطة بعدم السماح ببيع المنتوجات عبر الأنترنت لم يتم الاستدلال بشأنها ولا مناقشتها باعتبار عدم وجود أي قرار في الموضوع. كما عاب نفس الرأي قيام المجلس بتبني نفس الحل وفق نفس الآلية في قضايا أخرى، لأنه من شأن ذلك أن يجعل دور المجلس يتعدى دور النظامة العامة للمنافسة إلى دور مقنن يضع قاعدة ويفرضها عن طريق التعهدات دون أن يضطر إلى توضيح مكامن المساس بالمنافسة.[402]

[402] Georges DECOCQ, Les Droits De La Concurrence Chance Ou Contrainte Pour L'entreprise, Revue Contrats-Concurrence-Consommation, n° 12, décembre 2006, p.5.

كذلك أكد رأي فقهي ثاني على أنه لا يجب إغفال مراعاة ملاحظة مهمة، وهي أن لجوء سلطة المنافسة إلى المساطر التفاوضية ومنها التعهدات لتفعيل دورها النظامي للمنافسة داخل السوق، يجب أن لا يتعدى حدود معينة بشكل يؤدي إلى إهمال صلاحيتها لتوقيع الجزاءات على المخالفات التي تتخذ شكل ممارسات منافية للمنافسة، باعتبار أن هذا الدور هو الوجه الثاني لسلطة نظامة السوق، فاللجوء بشكل عرضي ومكثف لآلية التعهدات قد يخلق لدى الفاعلين الاقتصاديين نوعا من الطمأنينة والارتياح نحو سلطة الجزاء لدى الهيئة، ويضعف بالتالي الجانب الردعي لقواعد المنافسة، لأنه سيشجع بشكل غير مباشر الفاعلين الاقتصاديين على القيام بممارسات منافية للمنافسة دون التخوف من التعرض لعقوبات مستقبلا.[403]

بالإضافة إلى ما سبق، يذهب اتجاه فقهي آخر إلى القول بأن آلية التعهدات وإن كانت تسمح لسلطة المنافسة في بعض الحالات بالتدخل في تنظيم السوق كما لو أنها هيئة نظامة قطاعية إلا أن هذا التدخل له حدود معينة، بحيث لا يتوجب أن يتعدى استعمال التعهدات ما هو مطلوب لمعالجة الشكوك التنافسية التي رصدتها في التقييم الأولي، وأنه ليست الغاية من هذه الآلية هو تعديل ميكانيزمات السوق وتحديد كيفية عمله، بل يجب أن يقتصر دورها على تفادي المساس بالمنافسة بشكل فعال، فالتنافس وليس سلطة المنافسة هو الذي يجب أن يقرر كيفية تطور السوق.[404]

ما يمكن أن نستنتجه من خلال التطبيقات العملية المرتبطة بلجوء هيئة المنافسة الفرنسية إلى إعمال آلية التعهدات في مجال النظامة القبلية للسوق، هو أنه وإن كانت الهيئة تلجأ لهذا التدخل بمعية المساهمة الارادية للفاعلين الاقتصاديين وليس من منطق التدخل المفروض، إلا أنه رغم ذلك يجب أن يتم هذا التدخل لوجود ضرورات ملحة خاصة منها تلك المرتبطة بغياب الهيئة القطاعية أو عدم كفاية المقتضيات القانونية المؤطرة لصلاحيات هذه الأخيرة، أو في الحالة

[403] Megane LYMONERIE, la contractualisation des engagements issus des procédures négociées, op.cit., p.118.

[404] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.335.

التي يتعلق الأمر فيها بمسائل مستجدة بشأن قطاعات حديثة التطور وتطرح بشأنها شكوك أو مخاوف تنافسية لا يتسنى تكييفها تحت مظلة الممارسات المنافية للمنافسة. كما يجب أن لا يتجاوز التدخل عن طريق آلية التعهدات حدود ما هو مطلوب لتبديد مخاوف المساس بالمنافسة، وإن كان ذلك من شأنه التأثير بشكل غير مباشر على توجيه المعاملات المستقبلية لباقي الفاعلين في السوق، وبالتالي يكون الهم الأساسي لأعمال آلية التعهدات هو الحفاظ على المصالح الآنية والمستقبلية للمنافسة.

أما على مستوى التشريع المغربي وانطلاقا من المؤشرات التي جاء بها التقرير السنوي لمجلس المنافسة برسم سنة 2019 ونظرا لعدم وجود قرارات تهم تطبيق القواعد الموضوعية ل ق.ح.أ.م. من غير تلك المرتبطة بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، فكافة الإحالات التي توصل بها المجلس بشأن الممارسات المنافية للمنافسة كان مصيرها عدم القبول (45 ملف)[405]. في ظل هذا الوضع لا يمكننا الحديث عن مساهمة آلية التعهدات في تفعيل دور مجلس المنافسة، وخاصة فيما يرتبط بإمكانية دعم هذه الآلية لجهود المجلس في النظامة القبلية لشروط المنافسة التي قد يوجه من خلالها المجلس المعاملات المرتبطة بنشاطات الفاعلين في السوق المغربية.

هذا لا يمنعنا من القول بأن هذه الآلية المسطرية قد تشكل وسيلة ناجعة وفعالة لمجلس المنافسة المغربي تمكنه من ضمان مساهمة الفاعلين الاقتصاديين في رفع تحديات حماية المنافسة التي تواجهه، خاصة في بعض القطاعات الحديثة التطور في الاقتصاد المغربي ومنها على سبيل المثال قطاع التجارة الالكترونية. فالمجلس يؤكد في تقريريه السنوي لسنة 2019 أن : " تطور هذا القطاع يسائل دور المجلس وكيفية تدخله فيما يتعلق بالاختلالات التنافسية التي تطرحها سوق التجارة الالكترونية والمتمثلة في ظهور جيل جديد من الممارسات المنافية للمنافسة بشأن هذا القطاع".

[405] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، م.س.، ص. 58.

فآلية التعهدات مثلا قد تكون من بين الآليات الأنسب لتفعيل تدخل مجلس المنافسة المغربي عل مستوى قطاع التجارة الالكترونية، وذلك بالنظر إلى نتائج الدراسة التي يعتزم المجلس القيام بها [406] بشأن هذا القطاع، التي قد تكشف عن وجود مخاوف أو اختلالات تنافسية بشأن نشاطات الفاعلين فيه، مما قد يعزز إمكانية اللجوء إلى إعمال آلية التعهدات بشأن هذه المخاوف، خاصة في ظل غياب هيئة قطاعية مختصة بشأن نظامة هذا القطاع بالذات. وذلك أخذا بعين الاعتبار التجارب المعمول بها من قبل هيئة المنافسة الفرنسية في البيع عن بعد عبر منصة الانترنيت بالذات، الذي وإن كان منتقدا من قبل الفقه الفرنسي، إلا أننا نرى بأنه في ظل اعتبار السوق المغربي سوقا في طريق النمو فإن مثل هذا التدخل يكون مبررا تبعا لما تفرضه ضرورية حماية مصلحة المنافسة بشكل خاص ومصالح الاقتصاد الوطني بشكل عام.

المطلب الثالث: محدودية فعالية التعهدات في ظل عدم التنسيق بين أدوار مجلس المنافسة والهيئات القطاعية

إن منطق التفريق بين كل من تدخل هيئات النظامة القطاعية وهيئة النظامة العامة الذي يحصر دور الأولى في التدخل القبلي من خلال تقنين الشروط الموضوعية والشكلية والتقنية لإدخال وتطوير المنافسة في قطاعات بعينها، عكس الأدوار العامة البعدية المنوطة بهيئة النظامة العامة التي تتمحور حول حماية مصالح المنافسة، عن طريق مراقبة مشاريع التركيز والبت في قضايا الممارسات المنافية. هذه المنطق أصبحت يضمحل في السنوات الأخيرة نتيجة لما خلصنا له في المطلبين السابقين بكون ضرورة تحقيق منافسة كافية وفعالة، قد تجعل سلطة المنافسة في بعض الحالات تلجأ إلى الاستعانة بآلية التعهدات للقيام بشكل غير مباشر بأدوار هيئات التقنين خاصة فيما يتعلق بإنشاء وتقوية دعامات التنافس.

[406] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، م.س.، ص. 74.

وانطلاقا مما سبق، هل يمكن تصور قيام الهيئة القطاعية بلعب نفس دور هيئة المنافسة العامة وخاصة في حالة عدم وجود نصوص قانونية تمنعها من ذلك. بالرجوع إلى الوضع في القوانين المقارنة يتبين أن هيئات النظامة القطاعية ليس من اختصاصها مثلا أثناء مراقبة عملية التركيز بالقطاع الذي تشرف عليه، أن تقبل بتعهدات تهدف إلى تبديد مخاوف تتعلق بالمنافسة.

وهكذا نجد مثلا أنه في اجتهاد قضائي لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 16 ماي 2003[407] يتعلق بقرار اللجنة الوصية على القطاع البنكي بخصوص الترخيص بإتمام عملية تركيز بين مؤسستين بنكيتين، يؤكد على أن مهمة اللجنة الوصية على القطاع تتحدد في كل ما من شأنه ضمان حسن سير القطاع البنكي، ولا تتضمن مهامها مراقبة وجود شكوك تنافسية بشأن هذه العملية. ففي هذه القضية ربطت لجنة مؤسسات الائتمان ومقاولات الاستثمار السماح بتنفيذ عملية التركيز بين الشركتين الفرنسيتين " قرض ليون" و "القرض الفلاحي"، بضرورة تقديم تعهدات تهدف لحماية المنافسة في السوق، لكن عندما عرضت المسألة على القضاء انتقد هذا الأخير التحليل التنافسي لهذه اللجنة وأصدر اجتهادا مفاده أن هذه الأخيرة ليس لها الاختصاص العام من أجل المراقبة القبلية لعمليات التركيز وإخضاعها لشروط مبنية على تحليل الأخطار التنافسية.[408]

انطلاقا من القرار السابق ووفقا لمفهوم المخالفة يمكن القول أن هيئة المنافسة لا يمكنها قبول تعهدات من قبل منشآت بغض النظر عما إذا تعلق الأمر بمراقبة عمليات تركيز اقتصادي

[407] C.E, Décision sur le rapport de la 9ème sous-section, N°255482 - Séance du 16 mai 2003 lecture du16 mai 2003, Federation Des Employes Et Cadres (Cgt-Fo) Et Autres, En ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008203275 (consultée le : 5 avril 2019)

[408] C.E, Décision (Fédération des employés et cadres (CGT-FO) et autres, Assemblée, 255482, 16 mai 2003, préc. : « Il résulte du rapprochement et de la combinaison des mêmes textes que seules les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (Titre II du livre IV du code de commerce) et non celles relatives aux concentrations (Titre III du Livre IV du code de commerce) sont applicables aux opérations de banque et aux opérations connexes des établissements de crédit. Par suite, les opérations de concentration portant sur des activités bancaires ne sont pas soumises à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie, donnée le cas échéant après avis du conseil de la concurrence ».

أو معاينة شكوك تنافسية قد تشكل ممارسات منافية للمنافسة إلا إذا كان الهدف الأساسي لهذه التعهدات هو الجواب على الشكوك والمخاوف التنافسية التي تطرحها، وبالتالي يجب التأكيد على أن جوهر اختصاص هيئة النظامة العامة يفرض عليها هي كذلك دائما أن يكون موضوع التعهدات التي يقدمها لها الفاعلين الاقتصاديين له ارتباط وثيق بحماية المنافسة، وهذا لا يمنع أن تتضمن هذه التعهدات أهداف أخرى من قبيل خلق أو تعزيز التنافس المستقبلي لسوق باعتبار أن سلطة المنافسة لها الاختصاص العام في مجال نظامة المنافسة بغض النظر عن وجود هيئة قطاعية من عدمها.

وهذا ما يؤكده الاجتهاد قضائي لمحكمة الدرجة الأولى الأوروبية، ففي قرار صادر بتاريخ 19 شتنبر 2005 والمتعلق برفض المفوضية الأوروبية الترخيص لمشروع تركيز في قطاع الكهرباء والغاز، إذ نازع أطراف مشروع التركيز في هذا الرفض، بناء على أن المفوضية اشترطت تعهدات ترمي إلى تحرير سوق الغاز والكهرباء الشيء الذي يتجاوز مجرد حل المشاكل التنافسية الناتجة عن مشروع التركيز، وأنه ليس للمفوضية استعمال قواعد مراقبة التركيز من أجل الدفع نحو تحرير الأسواق، لكن المحكمة لم تستجب لهذه الدفوع باعتبار أن قرار المفوضية لا يشكل تحويلا أو سوء استعمال لسلطتها، باعتبار أن قرار المفوضية لم يزح عن الهدف الأساسي المتمثل في تبديد المخاوف التنافسية التي ترتبط بعملية التركيز[409].

يبقى أن نشير إلى أن قيام هيئة المنافسة بتفعيل دور النظامة العامة عن طريق آلية التعهدات قد يتطلب في بعض الحالات مساهمة هيئات النظامة القطاعية، خاصة وأن سلطة المنافسة على عكس الهيئات القطاعية لا تتوفر على الوسائل والمعارف التقنية المعمقة لمواكبة

[409] T.P.I.C.E, Arrêt du 21 septembre 2005, dans l'affaire T-87/05, EDP / Commission, point 87 : « La notion de détournement de pouvoir se réfère au fait, pour une autorité administrative, d'avoir usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés. Une décision n'est entachée de détournement de pouvoir que si elle apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été prise à une telle fin. En cas de pluralité de buts poursuivis, même si un motif non justifié se joint aux motifs valables, la décision ne serait pas pour autant entachée de détournement de pouvoir, dès lors qu'elle ne sacrifie pas le but essentiel. », En ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62005TJ0087 (consultée le : 25 avril 2019)

تنفيذ التعهدات في مختلف القطاعات التي يمكن أن تتدخل فيها، ففي هذه الحالة يمكن للهيئة القطاعية لعب هذا الدور بشكل أكثر نجاعة وفعالية، وهذا ما يجرنا لطرح تساؤل حول إمكانية وجود مجال للتعاون بين كل من هيئات النظامة العامة والقطاعية في تطبيق المساطر التفاوضية ومنها مسطرة التعهدات لضمان فعالية نظامة تنافسية على كافة المستويات القبلية والبعدية.

بالرجوع إلى الوضع في التشريع المغربي وبالنظر إلى وجود معطيات قانونية تنظم إلى حد ما علاقة المجلس ببعض الهيئات القطاعية، سنحاول الإجابة عن هذا التساؤل السابق من خلال التركيز بالأخص على العلاقة بين مجلس المنافسة المغربي والوكالة الوطنية لتقنين المواصلات خاصة أن هذه العلاقة طرحت ولاتزال جدلا كبيرا على مستوى توزيع اختصاص تطبيق قانون المنافسة بين الهيئة العامة للمنافسة وهذه الهيئة القطاعية، فالمشرع المغربي على عكس الحالات السابقة التي رأينا بشأن القانون المقارن، منح للوكالة بموجب نصوص قانونية صريحة اختصاص التدخل في تطبيق مواد القانون رقم 104.12 فيما يرتبط بمراقبة عمليات التركيز والممارسات المنافية، وكذلك منحها إمكانية اللجوء لتطبيق المساطر التفاوضية ومنها التعهدات بشأن الشكوك التنافسية التي ترصدها في مجال سوق الاتصالات.

فرغم أن القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة ينص في المادة الأولى منه على أن للمجلس تنظيم المنافسة من خلال ضبط وتحليل وضعية المنافسة في الأسواق ومراقبة الممارسات المنافية لها والممارسات التجارية غير المشروعة وعمليات التركيز الاقتصادي والاحتكار، بما يفيد أن للمجلس اختصاصا عاما افقيا على مستوى كافة الأسواق لممارسة صلاحيات نظامة المنافسة.

إلا أن المشرع قام بإدخال تعديلات جديدة[410] على القانون 24.96 تروم تعزيز صلاحيات الوكالة بما يتناسب والمقتضيات الجديدة لقانون المنافسة رقم 104.12، فعدل

[410] التعديلات التشريعي التي سبق وأجرها على القانون 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، همت تعزيز أدوار الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات في مجال تطبيق قانون المنافسة، في ظل الوضع الجامد لنشاط مجلس المنافسة في فترات زمنية معينة. هذه التعديلات كانت في ظل

المرسوم 772-05-2 لمواكبة المستجدات التي جاء بها قانون المنافسة الجديد على مستوى المساطر المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة ومراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، إذ قام بنسخ القسم الخامس من المرسوم رقم 2.16.347 بتاريخ 31 ماي 2016. ونجد أن من بين ما نص عليه هذا المرسوم في الفقرة الثانية من المادة 21 أنه يجوز للهيئة " الموافقة على التعهدات المقترحة من طرف المنشآت والهيئات والتي من شأنها وضع حد للأفعال التي تثير اهتمامها في مجال المنافسة والتي قد تشكل ممارسة محضورة منصوص عليها في المواد 6 و 7و 8 من القانون السالف الذكر "، وهكذا فالمشرع حرص على تعزيز الآليات الكفيلة بتفعيل تدخل الوكالة لنظامة المنافسة في سوق الاتصالات ومنها آلية التعهدات، ما سيمكن الوكالة من اللجوء لهذه الآلية لتبديد الشكوك التنافسية المرتبطة بسوق الاتصالات.

وفي نفس السياق قام المشرع المغربي مؤخرا بإدخال تعديل على القانون رقم 24.96 تخلى فيه عن الإحالة الناقصة على مواد القانون 06.99 التي استعملها في التعديلات السابقة، فقام هذه المرة بتعديل المادة 8 مكررة بالإحالة بشكل عام على أنه " تطبق الوكالة أحكام التشريعات المتعلقة بحرية الأسعار والمنافسة فيما يخص الممارسات المنافية لقواعد المنافسة وعمليات التركيز الاقتصادي " وفقا لما نصت عليه المادة 1 من القانون رقم 121.12 بتاريخ 25 يناير 2019. فهذه الصيغة الجديدة للمادة 8 مكرر لا تعطي للوكالة الصلاحية لتطبيق مواد بعينها في قانون المنافسة كما في السابق، بل تعطيها صلاحية عامة لتطبيق كافة المواد القانونية المرتبطة بباب الممارسات المنافية وعمليات التركيز، بل الأكثر من ذلك فمن خلال استعمال المشرع لصيغة " التشريعات المتعلقة بحرية الأسعار والمنافسة" فإن للوكالة ليس فقط الاكتفاء بتطبيق مواد القانون 104.12 بل يمكنها تطبيق حتى المراسيم التطبيقية المتعلقة به، وهذا ما يدل على التوجه الواضح للمشرع لمنح كافة الصلاحيات للوكالة لنظامة المنافسة في سوق الاتصالات.

القانون القديم 06.99 تتعلق بمنح الوكالة صلاحية تطبيق المواد 6 و7 المتعلقة بالممارسات المنافية والمادة 10 المتعلقة بعمليات التركيز بناء على المادة 8 مكرر من القانون رقم 01-55، هذه المضامين تم دعمها بمراسيم تطبيقية تفصل المسطرة المتبعة أمام الوكالة في تطبيق هذه الاختصاصات وفقا للمرسوم رقم 772-05-2 لسنة 2005.

يمكن القول أن هذا التعديل الأخير وضع كل من مجلس المنافسة والوكالة على قدم متساوية فيما يتعلق بتطبيق قوانين المنافسة، فهذا التعديل منح للأخيرة كافة الصلاحيات والآليات القانونية التي منحها لمجلس المنافسة في القانون 104.12، وبذلك للوكالة كافة الآليات المسطرية للقيام بدور النظامة التنافسية في مجال الاتصالات[411] ومن بينها المساطر التفاوضية. فإذا كان اختصاص الوكالة في قبول التعهدات ثابتا بشكل مباشر من خلال مواد المراسيم التطبيقية المنظمة للمسطرة أمام الوكالة، فالإحالة العامة والمجردة التي تضمنتها المادة 8 مكرر في صيغتها الجديدة لا تمنع لجوء الوكالة للاستفادة من آلية عدم معارضة صحة المؤاخذات وآلية الاعفاء بشأن الممارسات المنافية في سوق الاتصالات.

في ظل هذه المقتضيات القانونية يمكن القول إن تطور تشريع قانون المنافسة المغربي اتخذ منحا مغايرا لما هو عليه الأمر في التطبيقات التي رأيناها بالنسبة للاجتهاد القضائي الأوروبي والفرنسي، فعوض تعزيز دور الرقابة القبلية غير المباشرة والبعدية لمجلس المنافسة في مجال نظامة

[411] الوكالة الوطنية لتقنيين الاتصالات لم تتردد في إعمال مقتضيات القانون رقم 104.12 فيما يتعلق بنظامة منافسة سوق الاتصالات، فبناء على إحالة مقدمة من شركة "ونا" إلى الوكالة بتاريخ 13 دجنبر 2016، تدعي فيها قيام شركة "اتصالات المغرب" بممارسات منافية للمنافسة تهم عدم قيام هذه الأخيرة بفتح حلقتها النحاسية في وجه المنافسة أو ما يطلق عليه بالفرنسية عملية "dégroupage". وهي عملية تقنية تهم فتح شبكة الهاتف الثابت المحلية في وجه الشركات المنافسة التي لا تتوفر على الحلقة المحلية النحاسية التي يمتلكها المتعهد التاريخي فقط، فهذه العملية تسمح للمتنافسين بالولوج لاستعمال خطوط الهاتف النحاسية المكونة لهذه الحلقة المحلية سواء بطريقة جزئية أو كلية من أجل تقديم خدمات الهاتف والأنترنت الثابت. حيث تم قبول هذه الإحالة، وبعد إجراء الأبحاث توصلت أجهزة التحقيق التابعة للوكالة إلى أنه بناء على المواد 7 من القانون 104.12 المعتبر ق.ح.أ.م. وبناء على المادة 19 من المرسوم رقم 772-05-2، والتي تفيد بأن الوكالة تبت بشأن الممارسات المنافية التي تهم مجال لاتصالات وفقا للمسطرة المنصوص عليها في القانون رقم 104.12 ومرسومه التطبيقي رقم 652-4-02 والباب الثالث من المرسوم رقم 772-05-2، وكذلك المادة 39 من القانون 104.12 التي تحدد العقوبة المالية الممكن تقريرها في 10% من رقم الأعمال العالمي أو الوطني، والمادة 20 من المرسوم 772-05-2 التي تنص أن الوكالة تطبق العقوبات المنصوص عليه في القانون .104.12. وتبعا لثبوت استغلال تعسفي لوضع هيمنة اقتصادية ناتج عن وضع عواق لولوج المنافسين لسوق خدمات الهاتف الثابت والانترنت الثابت العالي التردد، التي تعتمد على خطوط الحلقة المحلية النحاسية، ونظرا للأضرار المهمة لهذه الممارسة على الاقتصاد الوطني بشكل عام وعلى السير التنافسي لأسواق الاتصالات بشكل خاص، واستمرار هذه الممارسة لعدة سنوات، أصدرت الوكالة قرار رقم 01/2020 الصادر بتاريخ 17 يناير 2020 تلزم فيه شركة "اتصالات المغرب" بأداء غرامة مالية قدرها 3 مليار و 300 مليون درهم لفائدة الخزينة العامة للدولة، بالإضافة إلى التزام هذه الشركة بالتقيد بمجوعة من الأوامر تهدف الى تسهيل ولوج المنافسين إلى شبكتها النحاسية المحلية، وذلك وفق جدولة زمنية محددة وتحت طائلة غرامات عن كل يوم تأخير. انظر قرار الوكالة الوطنية لتقنين الاتصالات رقم 01/2020 الصادر بتاريخ 17 يناير المتعلق بالممارسات 2020 التي تهم الولوج للشبكة المحلية النحاسية لاتصالات المغرب والمنشور في الموقع الإلكتروني للوكالة (اطلع عليه بتاريخ 17 غشت 2020):
https://www.anrt.ma/sites/default/files/documentation/2020-01-decision-cg-saisine-wana-iam-fr.pdf

المنافسة، اتجه المشرع إلى تعزيز دور الرقابة القبلية والبعدية المباشرة للهيئة القطاعية في مجال حماية المنافسة، وبالتالي تصبح هذه الهيئة القطاعية هي المختصة بالنظامة التقنية والتنافسية لسوق الاتصالات.

هذا التوجه قد يرى البعض أنه مبرر من ناحية التجربة الكبيرة التي راكمتها الوكالة في مجال تطبيق قانون المنافسة خلال الفترات التي كان يعرف فيها المجلس جمودا على مستوى نشاطه سواء الاستشاري أو التقريري، لكن خطورة هذا التوجه تكمن في أنه ليس مرتكزا على منطق الاستثناء. فبالرجوع إلى القانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الذي يحدد القواعد الموضوعية والشكلية التي تؤطر تدخل مجلس المنافسة نجده في المادة 109 ينص على أنه : "ما عدا الحالات التي تكون فيها العلاقات بين هيئة التقنين القطاعية ومجلس المنافسة خاضعة للنصوص المحدثة للهيئات المذكورة، يتم الشروع في تطبيق اختصاصات مجلس المنافسة كما تم التنصيص عليه في هذا القانون إزاء القطاعات التابعة لهيئات التقنين الأخرى في تاريخ محدد بنص تنظيمي."

فالقراءة الحرفية للمادة 109 تفيد بأن ممارسة المجلس لاختصاصاته بشأن القطاعات التي تتواجد بها هيئات التقنين يخضع بالأساس للقواعد القانونية المؤطرة في نصوص تلك الهيئات، والتي تشير لكيفية تنظيم علاقاته تجاه المجلس كما هو الشأن في المواد التي تنظم العلاقة بين مجلس المنافسة والمجلس الأعلى للاتصال للسمعي البصري مثلا[412]، والتي تحيل على ميكانزيم الإخبار القبلي للمجلس لإبداء رأيه قبل اتخاذ هذه الهيئات لقرارها النهائي، أو الاقتصار على الإخبار البعدي كما هو الحال في العلاقة بين المجلس والوكالة الوطنية لتقنين المواصلات.

أما في حالة عدم وجود أي مقتضى ينظم العلاقة بين الهيئة القطاعية وبين المجلس فتوجب انتظار صدور نص تنظيمي يحدد سريان اختصاص المجلس بشأن كل قطاع على حدة. هذه المادة تدل على أن توجه المشرع لمنح اختصاص الرقابة التنافسية للوكالة الوطنية لتقنين

[412] انظر المادة 4 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري الصادر بتاريخ 3 فبراير 2005.

الاتصالات ليس توجه استثنائي تبرره ظروف معينة، بل قد يكون دليلا على وجود توجه عام يرمي إلى تقييد تدخل مجلس المنافسة في نظامة القطاعات التي تخضع لرقابة هيئات قطاعية، هذا التوجه قد يمس باختصاص النظامة العامة للمجلس باعتباره هيئة دستورية مكلفة وفقا للمادة 166 من الدستور بممارسة مهام نظامة السوق المغربية، فهذا الاختصاص الدستوري سيعلق نفاذه على صدور نصوص تنظيمية.[413]

الملاحظ أنه حتى بالنسبة لعلاقة المجلس بالوكالة الوطنية لتقنين الاتصالات فهي تبقى غير منظمة بالشكل الكافي ولا تتيح إمكانية التنسيق بين تدخل كلا هاتين الهيئتين، نتيجة عدم كفاية الإطار القانوني الذي اختصره المشرع في كل من المادة 8 من القانون 104.12 التي تفيد بأن المجلس يستطلع رأي هيئة التقنين القطاعية بشأن كل مسألة منافية متعلقة بقطاعات الأنشطة التي تتكلف بها، و المادة 8 مكرر من القانون رقم 24.96 اكتفى بالتنصيص على أنه تخبر الوكالة الوطنية للاتصالات مجلس المنافسة بالقرارات المتخذة بموجب هذه المادة. هذا ما دفع أحد الباحثين المتخصصين في مجال المنافسة إلى التساؤل عن كون الاقتصار على جملة فريدة توجب إخبار الوكالة للمجلس بقرارها هل يمكن اعتباره تنظيما للعلاقة بين هاتين الهيئتين وفق لما تنص عليه المادة 109 من القانون رقم 104.12، وهل يستتبع ذلك أنه لا يمكن للمجلس ممارسة أي من اختصاصاته في قطاع الاتصالات، لأن العلاقة بينه وبين والكالة المكلفة بهذا القطاع محصورة في ميكانيزم الإخبار البعدي، وهذا ما لا يسمح بأي تدخل مهما كان نوعه ولو كان استشاريا في مرحلة قبلية لصدور قرارات الوكالة، وأن هذه الآلية تبقى مجرد شكلية ليس لها سوى جدوى إخبارية لا أقل ولا أكثر[414].

---

[413] Mohamed Hicham BOUAYAD, Réforme prévisible du droit de la concurrence au Maroc : Principales nouveautés et écueils. publiée le 12 Novembre 2013 , En Ligne : http://concurrence-au-maroc-et-ailleurs.overblog.com/2013/11/r%C3%A9forme-pr%C3%A9visible-du-droit-de-la-concurrence-au-maroc-principales-nouveaut%C3%A9s-et-%C3%A9cueils-fatales.html (consultée le 17 août 2019)

[414] Mohamed Hicham BOUAYAD, Articulation entre régulateurs sectoriels et autorités de la concurrence, op.cit., p.285.

وعلى العكس من ذلك إن اختيار المشرع المغربي منح الصلاحية لهيئة المنافسة القطاعية لتطبيق قانون المنافسة إلى جانب مجلس المنافسة، قد يؤدي إلى تأرجح سياسة المنافسة نتيجة لتوجهات المختلفة لهذه الهيئات، بل ومن شأن ذلك أن يجعل دور مجلس المنافسة في بعض القطاعات قاصرا على الدور الاستشاري المحض كما هو الحال في قطاع الاتصالات، كما أنه بإعطاء المشرع لسلطة نظامة المنافسة للهيئة القطاعية فإن المشرع يخاطر بجعل قانون المنافسة يطبق بشكل مجزأ بين المجلس والهيئات القطاعية، فإذا كان هذا الاختيار قد يكون حلا لتجنب تراكم الملفات أمام مجلس المنافسة، التي تكون لها خصوصيات تتطلب خبرات تقنية مهمة، إلا أنه قد يؤدي إلى تزايد المشاكل الناتجة عن تعدد الأجهزة المتدخلة في تطبيق قانون المنافسة، بشكل يمس بالأمن القانوني للفاعلين الاقتصاديين.[415]

انطلاقا من الخلاصة السابقة يمكن القول أن هذه التوجهات التشريعية الغير محكمة إن صح التعبير من شأنها أن تجعل الجهات التي يمكنها تطبيق قانون المنافسة بشكل عام والمساطر التفاوضية بشكل خاص متعددة، فبالإضافة إلى المجلس والسلطة الإدارية ستنضاف إليها الهيئات القطاعية[416]. إذ ستصبح المقاولة باعتبارها مفتاح تحريك كافة المساطر في حيرة من أمرها بشأن الباب التي ستطرقه من أجل تقديم طلب التعهدات أو عدم معارضة صحة المؤاخذات أو طلب الإعفاء. فلا شيء يجبرها أو يمنعها مثلا من تقديم طلبها للهيئة العامة عوض الهيئة القطاعية، خاصة في ظل غياب أو بالأحرى شح الآليات القانونية التي يمكنه اللجوء إليها لتنسيق تدخل مختلف هذه الهيئات بشأن تطبيق قانون المنافسة بشكل عام والمساطر التفاوضية بشكل خاص.

فلجوء الهيئة القطاعية لتطبيق مسطرة التعهدات بشكل خاص قد تثار بشأنه بعض المخاوف، خاصة في ظل عدم وجود تنسيق بينها وبين سلطة المنافسة عندما تكون هذه

---

[415] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.3381 ;382.

[416] رغم المجهودات المبذولة على المستوى العملي من قبل مجلس المنافسة المغربي الذي يحاول منذ تفعيله التغلب على المعيقات القانونية السابقة الذكر من خلال بدل مجهودات في اتجاه إرساء مواثيق رسمية للتعاون مع هيئات التقنين القطاعية والسلطات القطاعية، رغم ذلك تبقى هذه الجهود مقيدة بالمحددات التي تفرضها المادة 8 من القانون 20.13 المتعلق بتنظيم مجلس المنافسة، انظر تقرير مجلس المنافسة لسنة 2019، م.س.، ص. 97.

التعهدات ترتبط بالوضع التنافسي في قطاع معين. هذه المخاوف ترتبط أساسا بكون للجوء المكثف لآلية المساطر التفاوضية ومنها التعهدات قد يؤدي إلى خطر استقطاب سلطة المنافسة "risque de capture"من قبل الفاعلين الاقتصاديين، فهذا الخطر تزداد فرضية انطباقه بشكل أكبر فيما يخص تطبيق آلية التعهدات من قبل هيئات التقنين القطاعية، خاصة وأن هذه الهيئات القطاعية تكون دائما على اتصال مباشر بالفاعلين في القطاع، ينضاف إلى ذلك أن جزءا كبيرا من مداخيل تلك الهيئات تتأتى مباشرة من هؤلاء الفاعلين، الشيء الذي قد يجعلها تتخذ وضعية سلبية تجاه الممارسات المنافية التي يقترفونها في السوق .[417]

هذا الاستقطاب قد لا يحتاج من الفاعلين الاقتصاديين إلى ممارسة سياسة الضغط لدى الهيئة القطاعية، بل قد ينتج عن نقص لدى الهيئة في مصادر المعلومات التي تساهم في اكتشاف ممارسات هؤلاء الفاعلين، فقد يعمد هؤلاء إلى إخفاء هذه المعلومات أو يقدموا معلومات مغلوطة تضلل الهيئة [418]. وبالتالي فهذا النقص ومحدودية الخبرة اللازمة في مجال التحليل التنافسي قد يؤدي إلى عدم قدرة الهيئة القطاعية على صياغة وتوجيه مؤاخذات بشأن الممارسات المنافية لهؤلاء، عوضا عن ذلك تضطر الهيئة القطاعية إلى اللجوء للتفاوض مع الفاعلين الاقتصاديين بشأن تطبيق مسطرة التعهدات من مركز ضعف وليس من مركز قوة، الشيء الذي قد تفقد معه هذه الآلية الفعالية المراد منها، فعوض أن تصبح آلية لتعزيز دور سلطة نظامة المنافسة تصبح آلية للتغطية على عدم قدرت هذه الهيئات على النهوض بأدوارها.

لذلك من أجل تجنب الآثار السلبية التي قد تأثر على الفعالية المرجوة من إعمال آلية التعهدات نتيجة لعدم وجود جسور تساعد على تبادل الاستفادة من تجارب هيئات كل من النظامة العامة والقطاعية، فإنه من الضروري والملح وضع ميكانيزمات تسهل هذا التبادل، بحيث

[417] Mohamed HICHAM BOUAYAD, Articulation entre régulateurs sectoriels et autorités de la concurrence, op.cit., p. 302.

[418] Ibid., p.214.

تكون هيئة المنافسة ملزمة بطلب رأي قبلي من الهيئة القطاعية والعكس صحيح وذلك كلما تعلق الأمر بممارسة تطرح شكوك تنافسية، وذلك على غرار ما هو معمول به في القانون المقارن الفرنسي فالمادة R463-9 من م.ت.ف. تفيد بأنه عندما تتدخل هيئة المنافسة لاتخاذ قرار بشأن ممارسات منافية للمنافسة في قطاع يخضع لاختصاص هيئة قطاعية، فإنه يتوجب عليها بشكل قبلي طلب رأي هذه الهيئة القطاعية.

كما أن التطبيقات العملية لهيئة المنافسة الفرنسية تفيد بإمكانية إعمال هذه الاستشارة القبلية من قبل الهيئات القطاعية، حتى عندما تتدخل هيئة المنافسة بشكل قبلي عن طريق آلية التعهدات، فهذا التنسيق يمكن إعماله بشأن المسطرة سواء في مرحلة اقتراح التعهدات، وكذلك في مرحلة تتبع تنفيذها. وكمثال لهذه التنسيق الذي تتدخل فيه الهيئة القطاعية إلى جانب هيئات المنافسة في مسطرة التعهدات نجد أنه في قضية "CANAL+/TPS" [419]، وبناء على طلب الرأي الذي قدمه المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري الفرنسي "C.S.A" و هيئة تقنين الاتصالات الكترونية والبريدَ "A.R.C.E.P" لمجلس المنافسة الفرنسي بشأن عملية تركيز همت مجال البث التلفزي، ونتيجة لذلك صدر قرار عن وزير الاقتصاد الفرنسي[420] بتاريخ 30 غشت 2006 تضمن الترخيص لعملية التركيز بناء على احترام تعهدات ساهم كل من مجلس المنافسة وباقي الهيئات في صياغتها بمعية المقاولات صاحبة مشروع التركيز.

في ختام هذا المبحث وبالرجوع لوضعية مجلس المنافسة المغربي، وانطلاقا من ملاحظة أساسية مفادها أن بعض الدراسات التي قام بها المجلس تفيد بأن الأسواق المغربية تتميز بدينامية جد محدودة من ناحية دخول وخروج الفاعلين الاقتصاديين، نظرا لتعدد وتنوع الحواجز التي تحد

---

[419] Lettre du ministre de l'économie et des finances françaises et de l'industrie du 30 août 2006, aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision (vivandi universall/canalsat/tps). C2006-2 ; BOOCCRF, n 7 bis 15 septembre 2006. En ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2006/06_07bis/page3.pdf (consultée le : 6 juin 2019)

[420] وزير الاقتصاد هو الذي كانت له سلطة مراقبة عمليات التركيز قبل أن تنتقل لمجلس المنافسة الفرنسي الذي أصبح هيئة المنافسة الفرنسية فيما بعد.

من ولوج فاعلين اقتصادين جدد للسوق، وبالتالي يمكن الخلوص إلى أن هذا الوضع لا يساعد على وجود نوع من التصحيح الذاتي لوضعية المنافسة بالأسواق المغربية، الشيء الذي يوجب تدخل سلطة النظامة لمحاولة رفع هذه الحواجز التي تعيق تطور المنافسة بهذه الأسواق. هذه السلطة ستكون في الغالب هي مجلس المنافسة في حالة غياب الهيئة القطاعية، وذلك من خلال قيام المجلس بمحاولة خلق شروط ملائمة لتحسين وضع المنافسة في السوق المغربي، فالوضع الحالي للأسواق المغربية يعزز ضرورة قيام مجلس المنافسة بدور نظامة قبلية من أجل خلق المنافسة وعدم الاكتفاء بالحماية البعدية للمنافسة، والتي قد تكون نتائجها جد محدودة أصلا وخاصة بالنظر إلى خصوصية النسيج الاقتصادي المغربي والذي يتكون غالبا من مقاولات كبرى تتمتع بوضعية احتكارية وشبه احتكارية، إلى جانب مقاولات صغيرة ومتوسطة ذات صبغة عائلية، الشيء الذي يجعل الأسواق المغربية تتميز بنسب عالية من التركيز.[421]

وبالتالي فالآلية الأنسب والأقل تكلفة التي يمكن أن يستفيد منها المجلس في ظل الوضعية السابقة لسوق المغربي، هي ألية التعهدات كما هي منصوص عليها في المادة 36 من ق.ح.أ.م. بحيث قد تساعد هذه الآلية المجلس على تحفيز المنافسة في السوق المغربية، وذلك بمعية الفاعلين الاقتصاديين من خلال التفاوض بشأن التخفيف تدريجيا من الحواجز التي تعيق الولوج لهذه الأسواق، وكذلك عن طريق التنسيق مع الهيئات القطاعية التي تكون لها الخبرات التقنية اللازمة لتقدير نجاعة هذه التعهدات والمساعدة في مراقبة تنفيذها ضمانا لفعاليتها في حماية المنافسة وتحفيز المتنافسين.

المبحث الثاني: دعم فعالية دور مجلس المنافسة في النظامة البعدية للمنافسة

بعد أن تطرقنا في المبحث السابق إلى كيفية مساهمة المساطر التفاوضية وخاصة التعهدات في فعالية دور مجلس المنافسة في النظامة القبلية للسوق، التي تتيح لسلطة المنافسة التدخل قبل

[421] Amine MANSOUR, L'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, op.cit., p.400.

تحقق الأثر المنافي للمنافسة وذلك بشكل وقائي واستباقي لتجنب المساس بالمنافسة، سنحاول في هذا المبحث التركيز على مدى مساهمة باقي الآليات التفاوضية في فعالية دور مجلس المنافسة في النظامة البعدية، أي بعد بلوغ تصرف الفاعلين الاقتصاديين وصف الممارسة المنافية للمنافسة، من خلال العمل على اظهار مساهمة آلية عدم معارضة صحة المؤاخذات والاعفاء في تعزيز تدخل المجلس لوقف آثار الممارسة المنافية ومعاقبة مرتكبيها، وذلك وفق إجراءات مختزلة ومرنة تساعد في التقليل بشكل كبير من التكلفة المتطلبة لضمان فعالية هذا التدخل.

وباعتبار أن سلطة المنافسة سواء في الدول النامية أو التي في طريق النمو تعرف ضغوطات بشأن تغطية التكلفة المتطلبة للقيام بإعمال رقابتها بشأن الممارسات المنافية التي تحد من المنافسة في الأسواق، الشيء الذي يفرض عليها أن تتجه إلى التقليل من كلفة الأبحاث والتحقيقات التي تجريها من أجل ضمان فعالية تدخلها على مستوى نظامة المنافسة، من خلال اللجوء لاستعمال الآليات التفاوضية، سواء آلية عدم معارضة صحة المؤاخذات أو الإعفاء التي تسمح بالاستفادة من مساهمة الفاعلين الاقتصاديين أنفسهم، في الكشف عن المخالفات الخطيرة التي لم يكن للهيئة علم بها (المطلب الأول) أو لا تتوفر على وسائل اثبات كافية من أجل حصول الإدانة بشأنها، ما يساهم في التصدي بشكل أكثر فعالية للممارسات المنافية ذات الآثار الجد خطيرة على المنافسة، وهذا ما يرجع بالفائدة على الفاعلين الاقتصاديين والمستهلك على السواء. فالخسارة الناتجة عن الإعفاء من العقوبة أو تخفيضها يتم تعويضها بوقف الممارسة وتوقيع عقوبات ثقيلة يتحملها باقي أطراف الاتفاق المنافي للمنافسة.[422]

كما أن هذه المساطر تضمن لهيئة المنافسة تحقق النتائج المرجوة من التحقيق سواء من خلال توفير وسائل الاثبات اللازمة من أجل إدانة الممارسة المنافية الأشد خطورة، أو تأكيد

[422] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.407.

المؤاخذات بشكل يسمح باختصار إجراءات التحقيق بشأن المخالفات الأقل خطورة (المطلب الثاني) مما يسمح بتحرير إمكانات الهيئة وتوجيهها إلى الملفات الأكثر تعقيدا.[423]

المطلب الأول: تعزيز فعالية الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة الأكثر خطورة

اعتبارا لكون انطلاق أدوار مجلس المنافسة في تطبيق قانون المنافسة يتم بشكل أساسي عن طريق آلية تحريك الأبحاث، التي تهدف إلى الكشف عن كافة الممارسات التي من شأنها المس بالمنافسة والتأثير على عمل الأسواق، فإن المشرع المغربي شأنه شأن التشريعات المقارنة عمل على دعم صلاحيات المجلس في مرحلة الكشف عن الممارسات المنافية بالذات من خلال توفير الإطار الملائم لإنجاح هذه المرحلة، سواء فيما يرتبط بالموارد البشرية و الآليات المسطرية ومنها آلية الإحالة بنوعيها الإحالة من الغير والإحالة الذاتية، اضافة إلى صلاحية إجراء دراسات عن وضعية المنافسة في السوق. إلا أن هذه الآليات قد لا تكفي في بعض الأحيان للقيام بالكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة، خاصة فيما يتعلق ببعض الممارسات التي تتسم بسرية جد محكمة وتنسيق ذو مستوى عال كما هو حال الاتفاقات العمودية التي تتخذ شكل تحالفات، وقد يتطلب اكتشافها تعبئة إمكانات بشرية ولوجستيكية هامة لمدد زمنية طويلة.

لذلك تبنى المشرع المغربي في القانون رقم 104.12 آلية الإعفاء التي تسمح لمجلس المنافسة بتفعيل دوره في مجال الكشف والتحقيق بشأن هذه الممارسات الجد مكلفة سواء من حيث آثارها الاقتصادية، وارتفاع تكلفة الإجراءات وطول المدة الزمنية التي تتطلب معالجة القضايا المتعلقة بهذه الممارسات، خاصة في حالة عدم تعاون المقاولات الأطراف المعنية.

لكن تجب الإشارة إلى أن كل من آلية الكشف التي تعتمد على الإمكانات الذاتية للمجلس وتلك التي ترتبط بتعاون المنشآت الأطراف في التحالف تعمل بشكل تكاملي، فكل آلية تدعم الأخرى للوصل إلى أكبر قدر من الفعالية مما يسمح بالكشف عن هذه الممارسات

[423] Patrice BOUGETTE, Christian MONTET, Florent VENAYRE. L'efficacité économique des programmes de clémence, Revue Concurrence et consommation, 2006, n° 146, p.45.

بأقل تكلفة وفي أقرب الآجال، لذلك سنتطرق في البداية لمساهمة آلية الأبحاث الخاصة بمجلس المنافسة في اختيار الفاعلين اللجوء لمسطرة الاعفاء (الفقرة الأولى) قبل أن نتطرق لدعم هذه الأخيرة الآلية الأبحاث والإحالة الذاتية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مساهمة آلية الأبحاث في تحريك مسطرة الإعفاء

باعتبار أن آلية الإعفاء تهدف بالأساس إلى تعزيز فرضية الكشف عن المخالفات خاصة في الحالات التي تكون فيها سلطة المنافسة قد قامت بدراسات استباقية لوضعية المنافسة في السوق، لأن لجوء المقاولات المشاركة في الاتفاقات إلى طلب الاستفادة من مسطرة الإعفاء التي تتخذ شكل تحالفات لا يتم إلا بناء على شعورها بوجود فرضية كبيرة لاكتشاف أمرها نتيجة الأبحاث والدراسات التي تجريها هيئة المنافسة، أو نتيجة قيام هذه الأخيرة بتحريك مساطر الأبحاث تجاه ممارسات مماثلة في السوق عن طريق آلية الإحالة الذاتية. فكلما قامت سلطة المنافسة باللجوء بشكل مكتف إلى آلية الأبحاث والإحالات الذاتية في الأسواق التي تحوم بشأنها شكوك بشأن وجود ممارسات منافية، كلما زادت فرضية الكشف عن المخالفة مما قد يؤدي بالمقاولات إلى استباق الكشف عنها للحصول على الإعفاء مادام أن هناك فرضية لافتضاح أمرها عاجلا أم آجلا.

ومن أجل أن تعزز الأبحاث فرضية إمكانية اكتشاف التحالف من قبل هيئة المنافسة بما يدفع المقاولات الأطراف إلى المبادرة بالكشف عن التحالف، لابد من وجود معلومة بهذا الشأن تعزز هذه الفرضية، لأن من شأن ذلك دفع المنشآت المشاركة في التحالف إلى الكشف عنه من أجل قطع الطريق أمام شركائها للقيام بذلك الكشف، وبالتالي يصبح من الواجب الاهتمام بتطوير الاستراتيجية التواصلية لسلطة المنافسة، والتي تسمح بمشاركة المعلومات المتعلقة بإمكانية القيام بأبحاث مستقبلية في أسواق بعينها.

وتبعا لهذه المعلومات التي قد توحي بوجود اتفاقات منافية في السوق سواء نتيجة للإحالة من قبل جمعيات حماية المستهلك أو المنشآت المنافسة، يمكن لسلطة المنافسة أن تختار الوسيلة الملائمة لمشاركة هذا المعلومات وجعلها متاحة للعموم من أجل زيادة الضغط على المنشآت. لذلك على الهيئات العمل أكثر فأكثر على بعث إشارات خاصة وعامة للفاعلين الاقتصاديين تسمح لهم بالوصول إلى معلومات تدل على إمكانية القيام بأبحاث تنافسية نتيجة لفرضية وجود اتفاقات منافية في السوق، وهذا سيسهل على المقاولات توقع الكشف عن الاتفاق من قبل الهيئة أو باقي المنشآت أعضاء الاتفاق، مما سيدفعها إلى المبادرة بطلب الإعفاء وتجنب العقوبات.[424]

ومن أجل التجسيد العملي لمدى تأثير آلية الأبحاث على تعزيز تطبيق نظام الإعفاء نشير إلى أن هيئة المنافسة الفرنسية قد توصلت إلى نتائج مهمة في هذا الشأن بناء على دراسة ميدانية قامت بها سنة 2013 بعد أزيد من عشر سنوات من تبنيها أول نظام إعفاء سنة 2001، واستهدفت هذه الدراسة المنشآت التي سبق لها أن قدمت طلبات إعفاء أو من شأنها أن تقدم هذا الطلب لهيئة المنافسة الفرنسية، والهدف منها هو رصد نتائج تطبيق نظام الإعفاء والتعامل مع الصعوبات العملية التي صادفت هذا التطبيق.

ومن بين المؤشرات التي اعتمدتها الدراسة تلك المتعلقة بدوافع اللجوء لطلب الإعفاء سواء لدى المنشآت أو لدى المحامين الذين يشتغلون لصالح هذه الأخيرة، والنتيجة كانت هي أن أول دافع تم اختياره هو مقدار التخفيض من العقوبة المالية، يليه تقديم طلب الإعفاء إلى هيئة من هيئات المنافسة الأوروبية، والثالث هو قيام هيئة المنافسة بعمليات تفتيش ومصادرة نتيجة لأبحاث تهم سوق معين[425]. وبالتالي يمكن القول إن هذا العامل الأخير يعد من بين العوامل الأساسية التي تدعم جاذبية أنظمة الإعفاء.

---

[424] Florian Marchal, L'évolution des procédures des clémences, Revue française d'économie, n⁰ 2013/3, p.87.

[425] A.C.F., Etude relative au programme de concurrence, paris, le 15 avril 2014, p.3. En Ligne :

ولأن حقيقة التهديد تشكل أفضل وسيلة لحث المقاولات على اللجوء إلى طلب الإعفاء، قام مجلس المنافسة الفرنسي في السنوات التي تلت تبني برنامج الإعفاء وبعده هيئة المنافسة الفرنسية بالقيام بدراسات اقتصادية قطاعية من أجل الكشف عن التحالفات، إضافة إلى تحريك مسطرة الإحالة الذاتية كلما تطلب الأمر ذلك، ومن أهداف ذلك الترويج لمسطرة الإعفاء وسط صفوف المقاولات النشطة في هذه القطاعات[426].

ارتباطا بما سبق وبالرجوع إلى الوضع في التشريع المغربي للمنافسة نجد أن كل من القانون رقم 104.12 والقانون رقم 20.13 جاء بمقتضيات تهم تقوية مصالح الأبحاث الخاصة بالمجلس، من خلال إتاحة الامكانية لهذا الأخير لتعبئة الموارد البشرية المؤهلة لتكوين جهاز الباحثين، ومنح هذا الجهاز كافة الصلاحيات والضمانات الضرورية للقيام بأدوار البحث والتحري بشأن جميع الممارسات المنافية ومنها تلك المتعلقة بالاتفاقات السرية.

ينضاف إلى ذلك قيام المجلس بجهود تروم " بلورة استراتيجية تواصلية للارتقاء بأداء المجلس على مستوى النجاعة والفعالية بغية ترسيخ ثقافة المنافسة... من خلال برمجة مجموعة من الخطوات والتدابير تهدف إلى تحسيس الرأي العام وتعبئته وتبليغه الرسائل التواصلية حول أهمية احترام قانون المنافسة" .[427]

كما أن مجلس المنافسة بادر في السنة الماضية بمناسبة التوصل بعدد من الإحالات، إلى إنجاز دراسات تتعلق بقطاعات صناعة الأدوية، والتجارة الالكترونية والمصحات الخاصة، وأسواق البيع بالجملة، من أجل تقييم وضعية المنافسة في هذه الأسواق الإستراتيجية لأدوار المجلس في حماية الرفاه العام للمستهلك[428]، خاصة وأن هذه الأسواق لها أهمية قصوى في ظل

---

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/etude_clemence_avril2014.pdf (consultée le : 22 juillet 2020)

[426] Trecinet ANNE, la lutte contre les cartels internationaux, op.cit., p.442.

[427] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، م.س.، ص. 95.

[428] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، م.س.، ص.20.

الظروف الذي تعيشها بلادنا والعالم في ظل جائحة "كوفيد 19"، فهذه الأسواق تعرف تطورا غير مسبوق سواء على مستوى الخدمات الصحية أو السلع الاستهلاكية، كما أن سوق خدمات البيع عبر الوسائل الالكترونية عرفت نموا غير مسبوق نظرا لإجراءات التباعد التي تفرضها هذه الجائحة. لذا سيكون من المهم انتظار النتائج التي قد تفضي إليها هذه الدراسات التي لم تصدر لحد الساعة، والتي قد تسلط الضوء على الاختلالات التنافسية التي تعرفها هذه الأسواق.

كما يعتزم المجلس وضع مقياس وطني للمنافسة يروم تحليل وتتبع وضعية وتطور المنافسة في الأسواق وقطاعات النشاط الاقتصادي للمنافسة[429]. هذه الآلية إضافة إلى الجهود السابقة من شأنها تعزيز آلية الأبحاث بشكل يساهم في تعزيز فرضية الكشف عن الممارسات المنافية التي قد يلجأ لها الفاعلون في السوق المغربي بشكل عام، وفرضية الكشف عن الاتفاقات الخطيرة من قبل هؤلاء بناء على طلبات الإعفاء.

يبق أن نشير إلى أن آلية الأبحاث وحدها ليس من شأنها دعم فرضية لجوء المقاولات إلى إعمال مسطرة الإعفاء والكشف عن التحالفات السرية التي تكون طرفا فيها، وخاصة في غياب إعمال المجلس لسلطة تقرير عقوبات صارمة بشأن هذا النوع من المخالفات. فوجود سياسة عقابية صارمة تجاه الاتفاقات المنافية بشكل خاص تعد من الدوافع الأساسية –إلى جانب وجود أبحاث جارية– التي تجبر المنشآت إلى اللجوء إلى مسطرة الإعفاء للكشف عن التحالفات التي تهم قطاع معين، فتحريك آلية الأبحاث دون وجود سياسة عقابية صارمة تجاه الاتفاقات المنافية لا يكون كافيا وحده لدفع أطراف التحالف لكشفه والتخلي عن الأرباح الطائلة التي تدرها عليهم مادام أن خطر العقوبة لم يثبت تحققه بعد.

وبالنظر إلى التجارب المقارنة وخاصة تلك المرتبطة بتطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية، يتضح أن تبني نظام الاعفاء جاء بعد ترسخ سياسة عقابية صارمة تجسدت

[429] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، م.س.، ص. 92.

في إصدار هذه الهيئات لقرارات تتضمن عقوبات مالية جد كبيرة[430] على المقاولات التي ارتكبت ممارسات تهم اتفاقات منافية، وهذا عكس ما عليه الأمر بالنسبة لمجلس المنافسة المغربي الذي عرفت أول قضية يقرر فيها عقوبات بشأن اتفاقات سرية في سوق المحروقات تعثرا كبيرا[431] إذ لم يتم الحسم في نتائجها لحد الآن. هذه الأخيرة كانت ستعطي صورة واضحة للفاعلين الاقتصاديين عن سياسة العقوبات التي يمكن أن تطبق تجاههم مستقبلا، وقد تكون حافز لإعمال نظام الإعفاء خاصة في الحالة التي يلجأ فيها المجلس إلى القيام بأبحاث ودراسات بشأن قطاعات تثار بشأنها شكوك تنافسية.

---

[430] من بعض الأمثلة عن سياسة العقوبات الصارمة التي تنتهجها هيئة المنافسة الفرنسة: نجد مثلا قرار هيئة المنافسة الفرنسية بتاريخ 6 دجنبر 2018 بشأن تحالف مصنعي التجهيزات الكهرو-منزلية الذي بلغت العقوبة المقررة بشأنه 189 مليون أورو، وكذلك القرار الصادر بتاريخ 12 مارس 2015 المتعلق بتحالف هم منتجات الألبان تمخض عنه عقوبات مالية بلغ مجموعها أكثر من 192 مليون أورو، إضافة إلى العديد من القرارات التي يمكن الاطلاع عليها بموقع الالكتروني لهيئة المنافسة الفرنسية:

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/liste-des-decisions-et-avis

[431] في هذه القضية قرر الملك محمد السادس تشكيل لجنة لتوضيح وضعية المنافسة في سوق المحروقات، بعد تسلمه تقريرين متناقضين من رئيس مجلس المنافسة بشأن القضية التي بت فيها بناء على الإحالة التي رفعها اتحاد مهني النقل قبل أربعة أعوام، يشتكي فيها عدم احترام شركات توزيع المحروقات مقتضيات ق.ح.أ.م. بعد تحرير سعر البنزين في 2015، وتفيد أنباء حول فحوى التقرير الذي أنجزه محققو المجلس، بوجود ممارسات منافية للمنافسة متفق عليها بين الشركات المنضوية تحت لواء مجموعة البترولليين بالمغرب، وحدوث اتفاق بين الشركات حول الأسعار، وأكدت التقارير كذلك، على لجوء تجمع البترولليين، شهرياً، إلى جمع بيانات حول المبيعات المنجزة وتوزيعها حسب المنتجات من قبل كل شركة، حيث جرى تبادل تلك المعلومات بين الفاعلين من أجل استعمالها لأهداف تجارية، بحيث خلص محققو المجلس إلى أن تبادل المعلومات حول حصص كل شركة، يفضي إلى تكريس الطابع شبه الاحتكاري في السوق، ما يساعد على تقليص فرص المنافسة في السوق.

وأوضح بلاغ للديوان الملكي أن الملك تسلم، في 23 يوليو2020، مذكرة من رئيس مجلس المنافسة تتعلق بقرار المجلس حول التواطؤات المحتملة لشركات المحروقات وتجمع النفطيين، حيث تضمنت المذكرة القرار القاضي بفرض غرامة مالية بمبلغ 9% من رقم المعاملات السنوي المحقق بالمغرب من قبل الموزعين الرئيسيين الثلاثة، وبمبلغ أقل بالنسبة لباقي الشركات، غير أن بلاغ الديوان يؤكد أن الملك تسلم من رئيس المجلس ذاته، يوم 28 يوليو2020، مذكرة جديدة حول الموضوع نفسه، يطلعه عبرها على "قيمة الغرامات المفروضة"، غير أنه في المذكرة الثانية تم تحديد مبلغ الغرامات في 8% من رقم المعاملات السنوي، ودون تمييز بين الموزعين الرئيسين وباقي الشركات.

هذا التناقض في التقريرين لم يكن السبب الوحيد الذي برر القرار الملكي، فقد ورد في البلاغ أن العاهل المغربي تسلم تظلم أعضاء في المجلس، يشتكون فيه من عدم احترام المساطر من قبل رئيس المجلس بشأن هذا الملف، الشيء الذي نتج عنه إصدار بلاغ للديوان الملكي، بتاريخ 21 يليوز 2020، أشار إلى أنه "اعتباراً للارتباك المحيط بهذا الملف والنسخ المتناقضة المقدمة"، قرر العاهل المغربي محمد السادس، تشكيل لجنة متخصصة تتكلف بإجراء التحقيقات الضرورية لتوضيح الوضع بشأن هذا الملف وترفع للملك تقريراً مفصلاً عن الموضوع في أقرب أجل.

وتتشكل اللجنة المعينة من رئيسي مجلسي البرلمان، ورئيس المحكمة الدستورية، ورئيس المجلس الأعلى للحسابات، ووالي بنك المغرب، ورئيس الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها، بينما سيتولى الأمين العام للحكومة مهمة التنسيق.

المصدر: جريدة العربي الجديد الالكترونية، "العاهل المغربي يسحب ملف الوقود من مجلس المنافسة ويأمر بتحقيق جديد"، 19 يوليوز 2020

المقال منشور بالموقع الإلكتروني: https://www.alaraby.co.uk (اطلع عليه بتاريخ: 20غشت 2020)

الفقرة الثانية: مساهمة مسطرة الإعفاء في تفعيل آلية الأبحاث والإحالة الذاتية

قبل التطرق إلى مساهمة مسطرة الإعفاء في تفعيل آلية الأبحاث والإحالة الذاتية يجب أن نوضح ما الذي يجعل برنامج الإعفاء فعال بشكل يساهم في تعزيز دور سلطة المنافسة في قيادة الأبحاث وتفعيل صلاحية الإحالة الذاتية بشأن الممارسات التي تتخذ شكل تحالفات منافية.

ففيما يتعلق بفعالية مسطرة الإعفاء يجب التوقف في البدء عند المؤشر الذي يسمح بالقول بأن نظام الإعفاء فعال أو غير فعال. إن الإجابة عن هذا التساؤل يمكن أن تختلف حسب تقديرات سلطة المنافسة وتبعا لتعدد المؤشرات التي يتم اللجوء إليها لقياس هذه الفعالية، ففي بعض الحالات يتم تقدير فعالية هذه الآلية تبعا لعدد الاتفاقات التي تم كشفها عن طريقها، كما أن هناك مؤشرا أكثر تعقيدا قد يدل بشكل غير مباشر على فعالية نظام الإعفاء وهو معدل الأسعار في السوق مقارنة بباقي الدول، ويرتكز هذا المؤشر على كون غياب الاتفاقات في السوق يسمح بتعزيز التنافس بشكل ينعكس على انخفاض الأسعار.

وأخذا بعين الاعتبار المؤشرات السابقة يلاحظ أنه في أغلب الدول يتم اللجوء إلى المؤشر المرتبط بعدد الاتفاقات السرية التي تم اكتشافها عن طريق الإعفاء، وذلك نظرا لصعوبة قياس فعالية نظام الإعفاء تبعا لمستوى الأسعار، باعتبار أن هذا المستوى قد يتأثر بعوامل أخرى من غير تلك المتعلقة بعوامل وضع المنافسة في السوق، من قبيل كلفة المواد الخام وكلفة الإنتاج.[432]

وبالرجوع إلى صلاحية الإحالة الذاتية نجد أن من بين أهم الآليات التي جاء بها المشرع المغربي في ظل القانون رقم 20.30 المتعلق بمجلس المنافسة تلك التي ترتكز على دعم دور المجلس في تعزيز فرضية الكشف عن المخالفة، إذ تفيد مقتضيات المادة 4 من هذا القانون بأن للمجلس بناء على اقتراحات المقرر النظر من مبادرته الخاصة بشأن أي ممارسة من شأنها أن

[432] Florian Marchal, L'évolution des procédures de clémence, op.cit., p.78.

تشكل مساسا بالمنافسة، وهذه المادة استوحى المشرع المغربي جل مضامينها من نظيره الفرنسي الذي تطرق لها في المادة L462-5 من م.ت.ف.[433].

لكن صلاحية الإحالة الذاتية مقيدة بشرط يطبق بغض النظر عن نوع الإحالة، يتمثل في وجوب أن لا تكون الممارسات المحالة قد وقعت بتاريخ يرجع إلى أكثر من خمس سنوات ولم ينجز أي عمل بحث أو تحقيق بشأنها، وهذا أمر مبرر من منطلق أنه سيكون من الصعب البحث بشأن الآثار التنافسية في ظل هذه المدة الطويلة من توقف الممارسة، وسيؤدي ذلك إلى إهدار الوقت والجهد في البحث عن آثار ممارسة غير مستجدة وغير آنية، ففي مدة الخمس السنوات قد تعرف الأسواق تطور كبيرا يسمح باختفاء تلك الآثار بشكل مطلق.

وهكذا فإن تدعيم إعمال مسطرة الإعفاء في تفعيل صلاحية الإحالة التي تملكها هيئة المنافسة يكمن في أنه كلما قامت المنشآت باللجوء إلى آلية الإعفاء للكشف عن التحالفات التي تكون طرفا فيها، كلما تمكنت الهيئة من تفعيل مسطرة الإحالة الذاتية تجاه المشاركين في هذه التحالفات، فالمعلومات التي توفرها المنشأة المقدمة لطلب الإعفاء هي التي تسمح بتعيين باقي المنشآت الأطراف في التحالف والأسواق موضوع هذا الأخير، الشيء الذي يسمح لسلطة المنافسة عن طريق سلطة الإحالة الذاتية بتحريك مسطرة الأبحاث بشأن هذه الممارسات الخطيرة

---

[433] نشير إلى أن المشرع الفرنسي تبنى هذه المادة وفق الصياغة الحالية بعد تعديل مقتضياتها بناء على الأمر رقم 2008-1161 بتاريخ 13 نونبر 2008، هذا التعديل ركز بالأساس على إدخال المقتضى الذي ينص على أن الإحالة الذاتية تتم بناء على اقتراح المقرر العام، وذلك احتراما لمبدأ استقلالية سلطات التحقيق عن سلطات التقرير الذي يؤطر تدخل هيئة المنافسة الفرنسية، حيث كانت الصيغة القديمة المعتمدة قبل هذا التعديل تفيد أن مجلس المنافسة الفرنسي – الذي أصبح هيئة المنافسة – يمكن أن ينظر بمبادرة منه في كافة الممارسات التي من شأنها المساس بالمنافسة. للمزيد انظر:

- Véronique SELINSKY, La saisine d'office de l'autorité de la concurrence avant et après la réforme de 2008, Publié le : 19/10/201, En Ligne :
HTTP://BLOG.SELINSKY-AVOCATS.COM/CATEGORIES/ACTUALITES-55/ARTICLES/LA-SAISINE-DOFFICE-DE-LAUTORITE-DE-LA-CONCURRENCE-AVANT-ET-APRES-LA-REFORME-DE-2008-83.HTM (Consultée le : 2 mars 2020)

دون الكشف عن هوية المطالب بالإعفاء، وحتى لا يعمد باقي أطراف التحالف إلى إخفاء وإتلاف الأدلة التي تثبت مشاركتهم فيه.

كما أن الكشف عن التحالف نتيجة طلب الإعفاء يسمح لهيئات المنافسة بتوجيه مجهوداتها خاصة فيما يتعلق بالأبحاث والدراسات، من خلال القيام بدراسات موجهة بشكل خاصة لرصد ملامح الاتفاقات المنافية "études de profilage des ententes"، عن طريق التركيز على باقي الأسواق الأخرى التي يشتغل أعضاء التحالف فيها من غير السوق الذي اكتشف فيه، على اعتبار أن المنشآت التي شاركت في التحالف في سوق معين تكون الفرضية قوية بشأن إمكانية قيامها بنفس الشيء في الأسواق المرتبطة بذلك السوق، نتيجة للعلاقات الوطيدة التي تجمع بين أطراف التحالف وتسمح لهم بتنسيق استراتيجياتهم الاقتصادية على مستوى أكثر من سوق.[434]

ونشير أنه على مستوى التشريع المقارن الأمريكي تم اللجوء إلى تطوير آلية الإعفاء الإضافي منذ سنة 1999، والتي تهدف بشكل خاص إلى محاربة شبكات التحالف، فهذه الآلية تسمح للمنشأة التي سبق وأن أدينت بشأن مشاركتها في تحالف يهم سوقا معين، بإمكانية الكشف عن تحالف بشأن سوق مرتبط أو تابع لهذا السوق الذي اكتشف فيه التحالف الأول، والاستفادة تبعا لذلك من إمكانية الإعفاء بشأن التحالف الذي كشفت عنه، بالإضافة إلى التخفيض بشأن التحالف الأول.[435]

وقد ذهب المشرع الأمريكي أبعد من ذلك إذ وضع مسطرة أطلق عليها " العقوبة الإضافية " تسمح بإنزال عقوبة أشد على المقاولة التي كان بإمكانها الاستفادة من مسطرة الإعفاء الإضافي لكنها امتنعت عن ذلك، وبعد ذلك تم إدانتها تبعا لمشاركتها في تحالف آخر. وهذا ما

[434] C.N.U.C.E.D, Conférence recours aux programmes de clémence pour faire appliquer le droit de la concurrence contre les ententes injustifiables dans les pays en développement, Genève, 8-12 novembre 2010, p. 8, En Ligne : https://unctad.org/fr/system/files/official-document/tdrbpconf7d4_fr.pdf (consultée le : 20 juin 2018)

[435] Florian MARCHAL, l'évolution des procédures de clémence, op.cit., p.95.

يوضح الرغبة الكبيرة لدى المشرع الأمريكي لاستعمال كافة الوسائل المتاحة لدفع المنشآت الأطراف في اتفاق منافي للمنافسة للكشف عن هذا الاتفاق.

هنا يظهر الدور الإيجابي الذي يمكن أن يوفره نظام الإعفاء لآليات البحث والكشف عن مخالفات المنافسة وبالأخص الاتفاقات، فهذا النظام يسمح لسلطة المنافسة بالتوفر على مؤشرات موثوقة إلى حد كبير تسمح لها باستغلال مواردها بشكل هادف ودقيق وبأقل مجهود، وتقليص دائرة المناطق الرمادية التي تكون فيها فرضية خرق قانون المنافسة جد عالية، وتوجيه جهودها لتعامل مع هذه المناطق.[436]

رغم هذا الدور الإيجابي الذي قد يلعبه نظام الإعفاء نشير إلى أنه يتوجب على مجلس المنافسة المغربي الانتباه وتجنب الاستغلال السيء الذي قد ينتج عن استعمال هذه النظام، والذي قد يؤثر سلبا على مساطر الأبحاث أمام هذا الأخير، إذ قد تقرر إحدى المنشآت التقدم للمجلس بطلب الإعفاء بشأن تحالف ولا تكشف إلا عن معلومات واقعية قليلة بشأنه، وتتعمد التأخر في الكشف عن المعلومات الأساسية التي قد توجه أبحاث المجلس، هذا التصرف قد يهدف إلى احتفاظ المنشأة بكافة فرص الاستفادة من الإعفاء، وفي نفس الوقت محاولة التحكم في تقدم مسطرة الأبحاث، بهدف التأكد بشكل غير مباشر من رد فعل المجلس تجاه تقديم باقي أطراف التحالف لطلبات الإعفاء لدى المقرر العام أو الإدارة. فمثل هذه التصرفات رصدتها هيئات المنافسة في بعض الأنظمة المقارنة وخاصة من قبل مكتب قسم العدالة الأمريكي "D.O.J"[437]، فإذا لم يتعاون باقي أعضاء التحالف فالمقاولة التي بادرت إلى طلب الإعفاء قد تقرر الانسحاب من المسطرة دون أن تكون قد كشفت عن معلومات كافية من أجل إثبات

[436] Florian MARCHAL, l'évolution des procédures de clémence, op.cit., p.8.

[437] Voir D.Klawire, Corporate leniency in the age of international cartels, p.16, Cité par Jean-Christophe RODA la clémence introduit en droit de La Concurrence en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulation économiques, op.cit., p.8.

وجود ممارسة منافية، لدى يتوجب على مجلس المنافسة المعاقبة بشدة على هذا النوع من التصرفات.[438]

يجب التأكيد على أنه من أجل تحقيق التفاعل بين مساطر البحث والإحالة ومسطرة الإعفاء بشكل يؤدي إلى تفعيل الدور العام لمجلس المنافسة في الكشف عن الممارسات المنافية الأكثر خطورة التي تتخذ شكل تحالفات سرية، هنالك مجموعة من العوامل وجب توفرها بشكل مسبق.

ومن بين أهم هذه العوامل تلك المرتبطة بضمان جاذبية نظام الإعفاء، لكونه عامل حاسم في إقبال المنشآت على ميكانزيم الإعفاء، وانطلاقا من كون المضامين المؤطرة لمسطرة الإعفاء في القانون المغربي لحرية الأسعار والمنافسة 104.12 هي مماثلة في أغلب مضامينها لتلك التي تبناها التشريع الفرنسي في م.ت.ف، وبما أن هيئة المنافسة الفرنسية سنحت لها الخبرة التي راكمتها خلال السنوات الأولى لتطبيقها لنظام الإعفاء[439] بإصدار الخطوط التوجيهية التي تؤطر شروط اللجوء لهذا البرنامج وتفصل كيفية تطبيقها من قبل الهيئة ضمانا لجاذبية مسطرة الإعفاء، وبالتالي ليس مستبعدا أن يلجأ مجلس المنافسة المغربي للاستئناس بمضمون هذه الخطوط لصياغة الخطوط التوجيهية الخاصة به.

لهذا سيكون من الجيد ملاحظة استراتيجية المجلس في هذا الشأن وهل سيقوم بتبني نفس توجهات الخطوط التوجيهية الفرنسية كما هي دون أي تعديلات مهمة، الشيء الذي قد يكون مبررا من زاوية اقتصاد الوقت والتكاليف، أم سيعمل على التروي وأخذ الوقت الكافي لوضع

---

[438] Jean-Christophe RODA La Clémence introduit en droit de la concurrence en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p8.

[439] تجب الإشارة إلى أمر جد مهم سبق وأن أثاره الرئيس السابق لمجلس المنافسة الفرنسي والذي أصبح هيئة المنافسة الفرنسية فيما بعد هو أنه لا يتصور إصدار خطوط توجيهية بشأن مسطرة مع غياب تطبيق هذه الأخيرة، فلابد أن تكون هناك فترة تجريبية لتطبيق المسطرة تسمح بتراكم تطبيقاتها بشكل يوفر أرضية لصياغة خطوط تراعي الحلول التي تم التوصل إليها من خلال هذه التطبيقات. رغم ذلك أشار رئيس مجلس المنافسة الفرنسي إلى أن المجلس كان يعتمد في التطبيقات الأولى لمسطرة الإعفاء الفرنسية على مسايرة توجهات المفوضية الأوروبية انظر:

C.R.E.D.A, Actes de colloque « clémence et transaction en matière de concurrence, Premières expériences et interrogations de la pratique », op.cit., p. 59.

تصوره الخاص بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء أخذا بعين الاعتبار سياق وخصوصية أوضاع الأسواق المغربية بشكل يؤدي إلى تعزيز جاذبية هذا النوع من الأنظمة[440].

إجابة عن التساؤل السابق نجد أن المجلس أشار في التقرير السنوي الذي أصدره برسم حصيلة عمله لسنة 2019 إلى أنه عمل على صياغة دليل مساطر التحقيق الذي يحدد المساطر الواجب إتباعها في مجال التحقيق في الحالات التنازعية، وعدم المعارضة في صحة المؤاخذات، والإعفاء الكلي والجزئي من العقوبات المالية، وتقديم التعهدات بالعدول عن الممارسة المنافية[441]. وفي انتظار صدور هذه الدلائل، يبدو أن المجلس حرص على إعدادها رغم غياب التطبيقات العملية في مجال القرارات النزاعية بشكل عام والتطبيقات بشأن المساطر التفاوضية بشكل خاص، وهذا ما يقوي فرضية لجوء المجلس إلى الاقتداء بتوجهات دلائل تطبيق المساطر المتبناة من قبل هيئة المنافسة الفرنسية نظرا للتقارب الكبير للنصوص القانونية التي تؤطر موضوع وإجراءات تطبيق كل من القانون رقم 104.12 و م.ت.ف.

هناك عامل آخر يرتبط بالخبرة والتكوين الجيد للأطر العاملة في مصالح الأبحاث، والذي في حالة عدم توفره قد يطرح صعوبات بشأن إمكانية تفعيل كل من آلية الإحالة الذاتية والإعفاء التي تستوجب القيام بأبحاث ودراسات دقيقة بشأن وضع المنافسة في السوق. فرغم أن المشرع من خلال ما أشرنا إليه سابقا في الجانب التنظيمي وضع الإطار اللازم لتعبئة واستغلال الموارد البشرية، التي من شأنها النهوض بأدوار البحث والدراسة بشأن المنافسة داخل الأسواق المغربية، إلا أن الاشكال الذي يبقى مطروحا بالنسبة للموارد البشرية هو هل الأطر التي يمكن أن يلجأ إليها المشرع مكونة بشكل كاف من الناحية القانونية والاقتصادية للقيام بهذا الدور، وهل هيئة المحامين لها الدراية اللازمة لتقديم الاستشارة للمقاولات بشأن ميكانزيم الاعفاء، وهل للمجلس الموارد المالية الكافية لجذب الأطر التي تتوفر على هذه الخبرة.

---

[440] Amine MANSOUR, L'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, op.cit., P.250 ;249

[441] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، م.س.، ص.90.

في هذه النقطة بالذات أشار تقرير "O.C.D.E" حول استراتيجية تطوير مناخ الأعمال بالمغرب إلى أن هناك مشكل نقص التجربة في مجال المنافسة، الشيء الذي قد يجعل تطبيق قانون منافسة أمر معقدا، لأن هذا القانون يتطلب تدخل اقتصاديين ومحامين مختصين حصلوا على تكوينات خاصة لازالت لحد الساعة غير متوفرة في المغرب[442]، ولذلك سيكون على المجلس توفير الموارد المالية اللازمة لتكوين أطره بشأن المفاهيم الأساسية التي تأطر هذه المساطر.

كما أن المجلس واع بحجم هذه الصعوبة فقد جاء على لسان رئيسه أن " الصعوبات المتنامية التي تواجهها سلطات المنافسة الوطنية الفتية، كما هو الحال بالنسبة لمجلسنا، والمتعلق باكتساب مهارات تمكنها من إرساء حكامة اقتصادية حقيقية لأبرز الممارسات غير المشروعة وخصوصا الاتفاقات والتركيزات الاقتصادية..."[443]

ينضاف إلى هذه الصعوبات غياب الخبرة في مجال الأبحاث المتعلقة بقضايا الممارسات المنافية وبالخصوص في شقه التنازعي المحض قبل تعديل القانون رقم 06.99، كما أن الأمر استمر حتى بعد صدور كل من القانون رقم 20.13 والقانون رقم 104.12، ففي ظل إعمال الإحالة الذاتية وقيادة الأبحاث وتطبيق أنظمة معقدة كما هو حال الإعفاء، لابد من وجود حد معين من المعرفة القبلية بخبايا تطبيقات هذه المساطر، والمجلس لم يطور هذه النوع من المعرفة في ظل الوضع الاستشاري القديم[444]، وفي ظل الوضع الجامد لأنشطته منذ سنة 2014 تاريخ

---

[442] O.C.D.E, Compétitivité et développement du secteur privé : Maroc 2010 : Stratégie de développement, du climat des affaires, Éditions OCDE, p. 34 : « Pour réaliser ses enquêtes, un conseil de la concurrence doit avoir : (1) (…) (2) du personnel qualifié (la difficulté ne concerne pas le personnel qui préside l'institution mais davantage les économistes, les avocats et autres) et (3) des ressources adaptées pour attirer du personnel qualifié et éviter la corruption » En Ligne : http://dx.doi.org/10.1787/9789264091436-fr (consultée le: 30 juillet 2020)

[443] مقتطف من كلمة رئيس مجلس المنافسة أمام اللجنة الخاصة بالنموذج التنموي الجديد الذي تم عرضه في شهر يناير 2020، المرافق لتقرير السنوي لعمل المجلس لسنة 2019، ص 111.

[444] Amine MANSOUR, l'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, op.cit., p.363.

صدور القانون رقم 104.12 و القانون رقم 20.13 إلى غاية سنة 2019 التي تم فيها تعيين أعضاء المجلس.

فجل القرارات التي اتخذها المجلس بعد تعيين أعضائه تتعلق بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي وفقا لما جاء في التقريري السنوي لعمل المجلس برسم سنة 2019، أما القرارات التي أصدرها المجلس بخصوص الإحالات التنازعية برسم سنة 2019 فتضمنت غالبيتها عدم قبول هذه الإحالات (45 ملفا)، وعدم تحريك مسطرة المتابعة في ملفين لعدم استكمال تتبع الملف من قبل الجهة المحيلة، هذا العدد الكبير من حالات عدم القبول توحي باعتراف المجلس بأن الفاعلين الاقتصاديين والجهات المخول لها حق إحالة الممارسات المنافية لقواعد المنافسة، لم يطلعوا بالشكل الواضح والدقيق على دور المجلس واختصاصاته ومجالات تدخله، كما ليست لهم الدراية الكافية بالقواعد والمساطر المعمول بها في هذا الشأن أمام مجلس المنافسة.[445]

وفي ظل هذه الظروف سيكون من الأفضل أن يترك المجلس المجال لتكوين الخبرة اللازمة لقيادة مسطرة الأبحاث قبل اللجوء إلى تطبيق مساطر معقدة كما هو حال مسطرة الإعفاء، وبالتالي يجب هنا طرح تساؤل مشروع ومنطقي، فهل سيتم اللجوء إلى تطبيق آلية الإعفاء في ظل غياب تراكم العمل التقريري في مجال معاقبة المخالفات المتعلقة بالاتفاقات المنافية، ألن يتسبب ذلك بعدم نجاعة هذا الميكانزيم [446]. يمكن القول أنه في ظل الانتكاسة التي عرفها المجلس بشأن ملف المحروقات لا يمكن تصور تطبيق آلية الإعفاء في المستقبل القريب، وتبقى فرضية تطبيق هذه الآلية رهين بقدرة المجلس على تجاوز هذا التعثر والتكريس الفعلي لسلطة الجزاء التي تشكل عاملا حاسما في إقبال المقاولة على المساطر التفاوضية بشكل عام ومسطرة الإعفاء بشكل خاص.

---

[445] مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي، م.س.2019 ص. 58.

[446] Amine MANSOUR, l'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, op.cit., p.364.

المطلب الثاني: تعزيز فعالية التحقيق بشأن الممارسات المنافية للمنافسة

قبل التطرق لمساهمة المساطر التفاوضية في تعزيز دور سلطة المنافسة فيما يتعلق بالتحقيق وإثبات المخالفات المرتبطة بقواعد المنافسة وخاصة فيما يتعلق بالممارسات المنافية، لابد من الإشارة في البدء إلى أن الأحكام العامة التي تميز سير المساطر العادية للتحقيق أمام المجلس قد يتم إعمالها دون أي تغير حتى بالنسبة للمساطر التفاوضية وقد يتم التخلي عن البعض الآخر، لذا سيكون من المفيد التأكد من أثر الاختلاف المتعلق بإعمال مساطر التحقيق تبعا لتعلق الأمر بالمسطرة العادية أو التفاوضية، وانعكاس ذلك على فعالية دور المجلس في مجال التحقيق والبت في الممارسات المنافية للمنافسة المعروضة عليه.

وجب التذكير أن المشرع المغربي تعرض للأحكام التي تنظم المسطرة أمام مجلس المنافسة في الباب الأول من القسم الخامس للقانون رقم 104.12 في المواد من 23 إلى 30، بداية من وضع الطلب من قبل صاحب الإحالة الذي يليه عدة إجراءات بعد قبول هذه الإحالة، من أهمها تعيين المقرر الذي سيشرف على مسطرة التحقيق، ثم صياغة وتبليغ المؤاخذات، وتسيير إجراءات التحقيق التي تنتهي بوضع تقرير المقرر وعرض القضية للتداول، وإصدار القرار النهائي بشأنها.

بداية يمكن القول أنه إذا كانت مسطرة التعهدات كما رأينا سابقا لا تخضع للأحكام العامة فيما يتعلق بتبليغ المؤاخذات وما ينتج عنها من إجراءات، نظرا لكون هذه المسطرة تطبق في مرحلة سابقة لتبليغ المؤاخذات وتعتمد على تقييم أولي يتضمن الشكوك التنافسية لا غير، فإن باقي المساطر التفاوضية أي مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات ومسطرة الإعفاء، تخضع بشكل مبدئي لأحكام المسطرة العادية[447]، مع بعض الخصوصيات التي تهم هذه المساطر التفاوضية التي

[447] فمثلا نجد أنه إن كان للمجلس كامل السلطة التقديرية لقبول الإحالة أو رفضها، فنفس الشيء يمكن استنتاجه بالنسبة للمساطر التفاوضية فمجلس المنافسة تبقى له الصلاحية الكاملة للجوء إلى كل من مسطرة التعهدات أو الإعفاء أو عدم معارضة صحة المؤاخذات، فالملاحظ أن المشرع في مختلف المواد التي نظمت هذه المساطر يستعمل لفظ " يجوز للمجلس قبول التعهدات"، " يجوز للمقرر "، " يجوز منح إعفاء ". وبالتالي فتحريك إجراءات التحقيق من عدمه سواء في المساطر العادية أو التفاوضية يخضع للسلطة التقديرية للمجلس.

قد تنعكس إيجابا على تفعيل دور سلطة المنافسة، فهي تسمح له بالتحرر من بعض الشكليات والأعباء في مرحلة التحقيق بالخصوص، وتتيح للمنشأة المعنية التعاون مع سلطة المنافسة سواء بشأن تقديم وسائل الإثبات أو بشأن بعض الممارسات السرية الخطيرة (الفقرة الأولى) أو المساهمة في تسهيل إجراءات التحقيق (الفقرة الثانية)، لكن فيما يتعلق ببعض الممارسات التي تأخذ بعدا دوليا فإنه قد يتعذر تفعيل مساطر الإثبات والتحقيق بشأنها، بل حتى المساطر التفاوضية يتعذر إعمالها في هذه الحالة(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مساهمة المنشآت عن طريق مسطرة الإعفاء في فعالية إثبات التحالفات

بعد تعيين المقرر العام للمقرر الذي سينكب على دراسة القضية المعروضة على أنظار المجلس، يقوم هذا الأخير بقيادة الأبحاث التي ستمكنه من صياغة المؤاخذات التي تضم تكييف الممارسات المخالفة التي تثيرها الإحالة، وهذا الأمر يتطلب التوفر على الحجج والإثباتات الكافية التي ترتكز عليها هذه المؤاخذات، ناهيك عن ضرورة القيام بالتحديد الدقيق للسوق المعني سواء في حدوده الجغرافية أو السلع والمنتجات والخدمات موضوع هذه الممارسات. فالمعطيات التي تكون ضرورية للقيام بهذا التحديد قد لا تتوفر بسهولة لدى أجهزة البحث والتحقيق.

لذلك فإن المشرع المغربي في المادة 28 من القانون رقم 104.12 أتاح للمجلس في شخص رئيسه أن يطلب من الإدارة – مديرية الأسعار والمنافسة– القيام بجميع الأبحاث التي يراها مفيدة بشأن القضية المعروضة عليه، الشيء الذي قد يسمح بمساعدة أطر المجلس في الحصول على المعطيات والإثباتات الضرورية لتقدم مساطر التحقيق.

كما يمكن للرئيس إذا ما تطلب الأمر ذلك أو بناء على طلب الأطراف الاستعانة بالخبرات التي تتوفر على معارف تقنية خاصة. لكن رغم أن هذه الإمكانيات قد تساعد في

عملية صياغة المؤاخذات وسير إجراءات التحقيق، إلا أنه قد تتطلب شكلية معقدة ووقت أطول، بل قد تكون لها تكلفة كبيرة، الشيء الذي قد يؤثر على النجاعة والفعالية المطلوبة لدور مجلس المنافسة في مرحلة التحقيق.

هنا تبرز أهميت آلية الإعفاء التي قد تسمح بتجاوز هذه التكلفة التي من شأنها تبخيس دور هيئة المنافسة في مجال التحقيق بشأن الممارسات المنافية المنافسة بشكل عام والممارسات الخطيرة بشكل خاص، والتي تتطلب مجهودات وتكلفة مضاعفة خاصة في ما يرتبط بمحاربة التحالفات، فالسرية الكبيرة التي تتميز بها تؤدي في بعض الأحيان إلى استحالة الوصول إلى وسائل الإثبات الضرورية لإدانة أطراف هذه التحالفات، لذلك نجد أن آلية الإعفاء بنوعيها الكلي والجزئي والتي نص عليها المشرع المغربي في المادة 41 من ق.ح.أ.م. تربط بشكل مبدئي الاستفادة من الإعفاء، بضرورة تقديم المقاولة للوسائل والإثباتات التي من شأنها التدليل على وقوع مخالفة لقواعد المنافسة وتحديد مرتكبيها.

ولعل ذلك يهدف بالأساس إلى الاستعانة بتعاون المقاولة طالبة الإعفاء لتسريع إجراءات وآجال البحث والتحقيق بشأن الاتفاقات السرية الخطيرة، من خلال السماح لهيئة المنافسة بالارتكاز على وسائل الإثبات المقدمة من قبل طالب الإعفاء لتحريك إجراءات البحث وصياغة المؤاخذات وتوجيهها للأطراف المخالفة في أقرب الآجال، وتجنب كلفة الموارد المالية والبشرية التي قد يتطلبها البحث والتحقيق في غياب هذا التعاون.

وبذلك آلية الإعفاء سواء الكلي أو الجزئي لا تساهم فقط في فرضية الكشف عن إمكانية وجود مخالفة لقواعد المنافسة، بل تساهم كذلك في مرور الهيئة إلى مرحلة تأكيد فرضية وجود المخالفة وتحديد مرتكبيها وإمكانية المعاقبة عليها، وذلك دون رفع التكلفة الواجبة لتحقق هذه الفرضيات، وهذا ما يساهم بلا شك في تفعيل دور مجلس المنافسة. فآلية الإعفاء تسمح بالحصول على إثباتات ذات قيمة أكثر من تلك الممكن الحصول عليها في إطار مساطر الأبحاث والتحقيق الكلاسيكية التي تعتمد بشكل حصري على الموارد الخاصة بالهيئة.

بالإضافة إلى ذلك إن تقنية تجميع عناصر الإثبات التي تتيحها مسطرة الإعفاء تسمح بتعزيز فرضية إثبات ومعاقبة مخالف قواعد المنافسة[448]، خاصة وأن هذه الفرضية تتضاءل بشكل كبير نظرا للسرية المحكمة والمنظمة التي تطبع مجال التحالفات المنافية للمنافسة، إذ يحرص أعضاؤها على عدم ترك أي أثر ملموس للاتفاقات المبرمة من قبلهم، وبالتالي يكون من الصعب على هيئة المنافسة حتى بعد اكتشاف مؤشرات على وجود ممارسات اتفاقية في السوق تكييفها على أنها اتفاقية منافية للمنافسة [449]. فقد لا تكفي هذا المؤشرات لتحقيق المعايير التي يفرضها المشرع المغربي لتحقق توافق الإرادة في ظل المادة 6 من القانون رقم 104.12 من أجل إثبات كون الممارسة تشكل اتفاقا أو تحالفا، وهذا الوضع ينطبق بشكل كبير على مجلس المنافسة المغربي وخاصة في غياب تطبيقات عملية لهذه المواد في القرارات الصادرة عن المجلس والقضاء توضح تطبيق هذه المقتضيات.

وبالرجوع إلى تأطير مسطرة الإعفاء وفقا للمادة 41 من القانون رقم 104.12 نجد أن هذه الأخيرة لا تمنع تقدم المنشأة بطلب الإعفاء بعد فتح المجلس التحقيق في القضية، هذا الطلب الذي لا يتصور أن يهدف في هذه الحالة سوى إلى الحصول على تخفيض جزئي من العقوبة، لأنه لا مجال في هذه الحالة لاستفادة من الإعفاء الكلي، وفقا لتطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية.

فمن شأن طلب الإعفاء الجزئي أن يسمح لهيئة المنافسة حتى بعد بداية التحقيق من الاستفادة من تعاون المنشأة التي تتقدم بهذا الطلب، خاصة على مستوى تكملة وسائل الإثبات التي سبق وأن حصلت عليها نتيجة فتح التحقيق والتي قد تشكل قيمة مضافة تعزز فعالية المسطرة في باقي المراحل.

---

[448] François LEVEQUE, L'efficacité multiforme des programmes de clémence, Revue Concurrences N°4 – 2006, Droit & économie, p.34.

[449] Frédéric Jenny, Approche économique et internationale de l'expérience française, contribution présentée lors du colloque « clémence et transaction en matière de concurrence, Premières expériences et interrogations de la pratique », op.cit., p.37.

وفي أفق تعزيز دور مجلس المنافسة في الحصول على أجود عناصر الإثبات الممكنة من أجل التحقيق والمعاقبة بشأن المخالفات التي تهم مجال التحالفات، فإنه من الضروري إتاحة إمكانية الاستفادة من طلب الإعفاء الجزئي بعد سريان مسطرة البحث والتحقيق على غرار ما هو معمول به في القوانين المقارنة. لكن وجب وضع حدود معينة لهذه الإمكانية وذلك بمنح هذه الإمكانية لعدد محدود من أعضاء نفس التحالف، لأنه في حالة منحها لكافة الأعضاء في التحالف قد يستغل هذا الأمر بشكل سلبي، فقد يتقاعس أطراف التحالف عن الكشف عنه في انتظار انطلاق التحقيق ليقدم كل منهم طلب إعفاء جزئي على أساس الإثباتات التي يتوفر عليها من أجل الاستفادة من تخفيض العقوبة، لهذا نجد أن نظام الإعفاء الاتحادي انتقد من قبل الفقه في هذه النقطة بالذات لأنه يسمح لكافة أفراد التحالف بالاستفادة من الإعفاء الجزئي إذا تحققت شروطه.[450]

ويذهب أحد الآراء الفقهية[451] إلى أنه دعما لفعالية مسطرة الإعفاء وحتى تساهم بشكل أكبر في تعزيز دور سلطة المنافسة على مستوى التحقيق في قضايا الاتفاقات المعروضة عليها، فإنه يجب على سلطة المنافسة فتح الإمكانية للتقدم بطلب الإعفاء الكلي حتى بعد فتح التحقيق، ففتح المجال للمقاولة للتبليغ عن مشاركتها في التحالف بعد تحريك الأبحاث، قد يكون مبررا بكون خطر التعرض للعقوبات من قبل هيئة المنافسة يصبح خطرا حقيقيا وتصبح المنشآت أكثر استعدادا للكشف عن مشاركتها في التحالف والتعاون مع الهيئة في باقي مراحل التحقيق.

فعدم وجود إمكانية تقديم طلب الإعفاء بعد تحريك الأبحاث، كانت من أهم الأسباب وراء فشل نظام الإعفاء الأمريكي لسنة 1978[452]، وهذه النقطة جد مهمة بالنسبة لهيئات

---

[450] Françoise LEVEQUE, L'efficacité multiforme des programmes de clémence, op.cit., p.35.

[451] Massimo Motta et Michelet Polo, leninency programs And cartel prosecutionm, International journal of industrial Organizations, 21(2003) n° 3, En Ligne : www.elsevier.com/locate/econbase (consultée le: 14 août 2020),

Cité par Florian MARCHAL, L'évolution des procédures de clémence, op.cit., p.86.

[452] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit., p.505.

المنافسة الحديثة التي لا تتوفر على إمكانيات كبيرة للبحث والتحقيق بشأن الاتفاقات السرية كما هو حال مجلس المنافسة المغربي، فهذه الهيئات الفتية يتوجب عليها أن تعتمد سياسة إعفاء أكثر مرونة واتساعا من أجل تشجيع المنشآت على الإقبال على هذه النظام، وفي نفس الوقت ضمان تجاوز عائق ضعف الإمكانات الخاصة بها للتثبت والمعاقبة على الاتفاقات عن طريق الاستفادة من تعاون أطراف هذه الاتفاقات.

فوفقا لمنطق الفعالية الاقتصادية في مجال الإعفاء عندما نكون أمام أنظمة إعفاء حديثة العهد فإن أرباح التحالفات التي تكونت قبل تبني سياسة الإعفاء، يفترض أنها تفوق بكثير تكلفة العقوبة المالية، وبالتالي ليس من مصلحة أطراف هذا التحالف الكشف عنه حتى بعد تبني نظام الإعفاء، إذ ليس هناك أي سبب مقنع يدفعها لتقديم طلب الإعفاء ما لم يتغير أي شيء في محيطها، لكن قد يحدث هذا التغير عندما تكون لدى هيئة المنافسة شكوك وتعمل على تحريك البحث بشأن هذا التحالف، فبالنسبة لأطراف التحالف في هذه الحالة تصبح فرضية مواجهة العقوبة واردة بشكل كبير، كما يصبح الكشف عن التحالف مربحا أكثر من ذي قبل .[453]

رغم ذلك يذهب نفس الرأي الفقهي السابق إلى التأكيد على أن نظام الإعفاء ليست سوى آلية إضافية تلعب دورا داعما لفعالية الآلية الأساسية التي تعتمد على سلطة مراقبة المنافسة، فإذا لم تتوفر لهيئة المنافسة الموارد المالية والبشرية من أجل إنجاح وتفعيل مساطر التحقيق الخاصة بها، فإن وجود نظام الإعفاء سيكون غير ناجع، باعتبار أن خطر الجزاءات لن يكون حقيقيا، وبالتالي لن يكون هناك أي دافع للكشف عن التحالف.[454]

[453] François LEVEQUE, L'efficacité multiforme des programmes de clémence, op.cit., p.38.

[454] Massimo MOTTA et Michelet POLO, Leninency programs And cartel prosecution, préc., Cité par Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit., p.505.

الفقرة الثانية: مساهمة المنشآت في فعالية التحقيق من خلال تأكيد المؤاخذات

كما هو الحال بالنسبة لمسطرة الإعفاء فإن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات تساهم بشكل كبير في تفعيل دور مجلس المنافسة في تأكيد فرضية المؤاخذات التي تتضمن المخالفات التي تمس قواعد المنافسة، خاصة وأن هذه الآلية لها نطاق تطبيق يشمل مختلف الممارسات المنافية عكس ما عليه الأمر بالنسبة لمسطرتي التعهدات والإعفاء اللتان لهما نطاق تطبيق محدود. فرغم أن هذه الآلية يتم اللجوء إليها من قبل مجلس المنافسة في وقت متقدم من المسطرة وفقا لما تنص عليه مقتضيات المادة 37 من القانون رقم 104.12، أي بعد إتمام إجراءات البحث وصياغة المؤاخذات، إلا أنها تأتي في مرحلة حاسمة ترتبط بفرضية التحقق بشأن ثبوت وقوع المخالفة وبالتالي لا يبقى سوى تحديد العقوبة المناسبة بشأنها. فتطبيق هذه المسطرة يساهم في فعالية النظامة التنافسية، لأن تراجع المنشأة عن معارضة صحة المؤاخذات المبلغة من قبل مصالح التحقيق يمكن هيئة المنافسة من تبسيط وتسريع مسطرة التحقيق واختصار الجلسات، بشكل يؤدي إلى تسريع عملية تبني القرارات[455].

فهذه المسطرة لا تتطلب فحص الممارسات موضوع المسطرة وفق تواجهية كاملة وشاملة، الشيء الذي يسمح بعدم الخوض والتعمق في عناصر التحليل الاقتصادي للممارسات موضوع الفحص، وتوجيه النقاش نحو نوعية العلاج الأنسب لهذه الممارسات من خلال إمكانية دعم عدم معارضة صحة المؤاخذات بتعهدات مستقبلية، وذلك عوض مناقشة التكييف القانوني للمخالفة.

بالإضافة إلى ما سبق، تساعد آلية عدم معارضة صحة المؤاخذات على تصفية الملفات في أقرب الآجال وتحرير موارد سلطة المنافسة بما يسمح بالتركيز على التحقيق والبت بشأن مخالفات أخرى، فتطبيق هذه المسطرة يمكن أن يعزز الأثر الردعي للقانون المنافسة من خلال

[455] A.C.F., Communiquée procédure du 10 février 2012 relatif à la non contestation des griefs, préc., p.2.

المساهمة بشكل مباشر في ازدياد نسبة إصدار القرارات وبالتالي تعزيز فرضية العقوبة[456]، الشيء الذي يسمح لسلطة المنافسة بإرساء سياسة عقابية مستقرة وفق أقل تكلفة ممكنة.

كما تجب الإشارة إلى أنه في ما يتعلق بمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات و مسطرة الاعفاء، أنه على مستوى مرحلة التحقيق التي تلي مسطرة تبليغ المؤاخذات فإنها تخضع لنفس مبدأ فصل سلطة التحقيق عن سلطة التقرير، ففي كلا المسطرتين سلطة التحقيق تكون للمقرر المكلف بالقضية الذي يقوم في مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات بالتفاوض إلى جانب المنشأة المعنية قبل صياغة المقترحات، والتي يبقى للمجلس السلطة التقديرية الكاملة في الأخذ بها. وهذا ما يظهر الفعالية الكبيرة التي تساهم فيها مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات وتؤدي إلى تعزيز الدور التقريري للمجلس فهي في نفس الوقت تساعد على ضمان نجاح مسطرة التحقيق من خلال إقرار المنشأة بفرضية وقوع المخالفة بشكل يؤمن وضعية للمجلس ضد النتائج المحدودة التي قد يكون توصل لها أثناء مرحلة الأبحاث. هذه الأرضية يستفيد منها المجلس لاتخاذ قرارات مؤسسة على ركائز متينة تعزز فرضية المعاقبة على المخالفة دون أن يفقد سلطته التقديرية بشأن تحديد هذه العقوبة، فللمجلس عدم الأخذ بحدود التخفيض المقترحة، كما يمكنه الرفع منها أو تخفيضها.

كما أنه إذا كان مبدأ استقلالية[457] أجهزة التحقيق عن الأجهزة المقررة في المسطرة النزاعية يهدف إلى ضمان الحيادية بين الجهازين وتعزيز التواجهية في المسطرة حماية للحقوق المنشآت

---

[456] Laurent De MUYTER, Norman NEYRINCK, La procédure de transaction en droit belge de la concurrence ? approche critique de la proposition de la direction de la concurrence, présentation de la fédération des entreprises de Belgique lors de la demi-journée d'étude du 12 décembre 2011, sur le projet de révision de la loi sur la protection de la concurrence économique, p.10, En Ligne :
http://www.emulation-innovation.be/wp-content/uploads/2013/09/DEMUYTER-NEYRINCK-Une-transaction-en-droit-belge-de-la-concurrence-_-RCB-avril-2012-2.pdf (consultée le : 1 avril 2018)

[457] هذه الاستقلالية المسطرية كما يؤكد الفقه الفرنسي ليست كما هو الحال في الجهاز القضائي، فهي لا تمتد إلى الجانب النظامي الهيكلي حيث يبقى لمجلس المنافسة ممارسة سلطاته الرئاسية على جسم المقررين والباحثين انظر:
- Gillian ARNOUX, Droits de la défense, droits des plaignants et impartialité dans les procédures de sanctions administratives des autorités nationales de concurrence de l'Union européenne, Revue Concurrences N° 3-2010 – pp. 189-196. p. 191.

المعنية، إذ يسمح لهذه الأخيرة بإبداء ملاحظاتها بشأن المؤاخذات أمام المقرر وكذلك أمام المجلس في الجلسة التقريرية. إلا أن هذا المبدأ يكون أكثر مرونة وأقل حدة إن صح التعبير فيما يرتبط بالمساطر التفاوضية، إذ يتم التخفيف من الشكلية التي تطبع إجراءاته في المسطرة الكلاسيكية، بل إنه قد يصبح محصورا في حدود جد ضيقة كما هو الحال في مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فإمكانية النقاش المتاحة للمنشأة التي لم تعارض المعاهدات محصورة في المنازعة في التقديرات التي تهم تحديد حجم العقوبات المالية.

كما أن اللجوء إلى مسطرة عدم معارضة المؤاخذات قد يكون له دور جد فعال في ظل محدودية الوسائل المادية والبشرية لتحمل تكلفة التحقيق بشأن الممارسات المنافية في آجال معقولة، فهذه المسطرة تسمح بتقليص مدة البت في الملفات، فرغم أن مصالح حماية المنافسة قد تفرض أن يتم الإجابة على مشاكل نقص الإمكانيات بشكل مباشر، إلا أن واقع الميزانية العمومية يوجب القيام بتضحيات[458]. هذا الأمر قد ينطبق على مجلس المنافسة فلا أحد يمكن أن يزعم بأنه في ظل الظرفية الحالية يتوفر مجلس المنافسة على كافة الوسائل المادية واللوجستيكية والبشرية للقيام بمهامه، لذا فإن النتائج التي يمكن أن يتحصل عليها من خلال مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات ستكون قريبة من تلك النتائج التي سيتحصل عليها من المساطر الكلاسيكية والتي قد يطول أجلها وترتفع تكلفتها.

من ناحية أخرى نجد أن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات خاصة على مستوى القانون الفرنسي توحي تطبيقاتها بنوع من المرونة، فللمقاولة التي تؤاخذ بأكثر من مخالفة أن تختار عدم المنازعة في واحدة دون الأخرى، فمثلا إذا أخذ عليها المشاركة في أكثر من اتفاق مناف يمكنها عدم المنازعة في المؤاخذات المتعلقة باتفاق واحد دون البقية، فرغم أن المنافع المسطرية التي يمكن أن تحققها سلطة المنافسة ليس بتلك الأهمية مقارنة بالحالة التي يتم فيها عدم المنازعة بشأن كافة

[458] Patrice BOUGETTE, Christian MONTET, Florent VENAYRE, jeux de négociation dans les affaires anti-trust engagement et transaction, op.cit., p.54.

المؤاخذات، نظرا لأنه يبقى على عاتق أجهزة الهيئة القيام بالتقارير بشأن باقي المؤاخذات المنازع بشأنها، رغم ذلك تبقى منافع المسطرة قائمة ولو في جزء محصور، فعمل المقرر سيكون مبسط شيئا ما فيما يخص المؤاخذات التي لم ينازع فيها، وغالبا ما ينضاف إلى هذه المنافع المسطرية المحدودة منفعة أخرى مرتبطة بفرضية أنه غالبا ما تحجم المنشأة عن الطعن أمام القضاء في القرارات المرتبطة بالمخالفات التي لم تنازع فيها.[459]

وبذلك يتم الحد بشكل غير مباشر من أسباب الطعن الذي يمكن أن تأسس عليها المنشأة طعنها في قرار سلطة المنافسة الناتج عن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فغالبا ما يرتكز هذا الطعن أساسا على الشق المتعلق بتحديد نسب التخفيض التي استفادت منها المنشأة بناء على هذه المسطرة، باعتبار أنه في إطار مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات لا يمكن للمنشأة سوى المنازعة في التقديرات المتعلقة بتحديد العقوبة فقط، لذا يكون من الصعب المنازعة أمام القضاء في غير ذلك من الوقائع التي قبلت من قبل بعدم معارضة صحتها أمام الهيئة.

ولعل ما يؤكد خصوصية فعالية آلية عدم معارضة صحة المؤاخذات بالنسبة لأدوار سلطات المنافسة هو قابلية هذه المسطرة للتطبيق إلى جانب باقي المساطر التفاوضية، مما يسمح للهيئة بالحصول على أكبر قدر من الفعالية في حل القضايا المعروضة عليها، باعتبار أن النصوص القانونية التي تؤطر مسطرة عدم التعرض على صحة المؤاخذات تتضمن إمكانية تقديم المنشأة –بالإضافة لتأكيدها للمخالفات– لتعهدات إضافية من أجل تغيير تصرفاتها المستقبلية. فهذه الإمكانية تسمح لسلطة المنافسة إلى جانب تسريع إجراءات التحقيق بشأن المخالفة والتقرير بشأنها في أقرب الآجال، ضمان عدم تكرار المخالفة مستقبلا بناء على التزام المنشأة بالقيام بما هو ضروري لتفادي وقوعها من جديد. هنا تظهر فعالية المسطرة لدور مجلس المنافسة

[459] Michel CLAIR, Pour un développement de la culture de la concurrence, rapport, 15 décembre 2011 ; consultations sur la procédure de non-contestation des griffes et sur le programme de conformité, présente au nom de la commission du commerce et des échanges, p.2. En Ligne :
https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/autorite-concurrence-non-contestation-griefs-synth-cla1112.pdf (consultée le : 5 décembre 2018)

في التصدي للممارسات الماسة بالمنافسة الآنية والمستقبلية في نفس الوقت، وذلك بأقل تكلفة مسطرية من خلال الاقتصاد في جهود التحقيق وضمان امتثال المقاولة لقواعد المنافسة في المستقبل.

كما أن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات قد تشكل آلية تكميلية لمسطرة الاعفاء وفقا لما رأيناه بشأن إمكانية التطبيق المزدوج لهاتين المسطرتين من قبل هيئات المنافسة الفرنسية[460]، إذ يسمح هذا التطبيق المزدوج بتسريع حل الملفات المرتبطة بالممارسات الأكثر تعقيدا وخطورة والمتمثلة في التحالفات. فإلى جانب تعاون المقاولة الكاشفة عن التحالف في توفير وسائل الإثبات اللازمة لتحديد أطرافه وإثبات وقوعه، فإن لجوء باقي المقاولات إلى مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات يسمح بإصدر قرار بشأن هذا التحالف وفق إجراءات مخففة في ظل غياب قيام المقرر بصياغة التقرير، ووفق آجال مختصرة مقارنة بالمسطرة النزاعية العادية، فهنا تكون فعالية أدوار سلطة المنافسة مضاعفة فهذا الجمع بين آلية الإعفاء وعدم معارضة المؤاخذات يسمح بالاستفادة من وسائل الإثبات واختصار إجراءات التحقيق في نفس الوقت.

الفقرة الثالثة: محدودية فعالية مسطرة الإعفاء في التحقيق بشأن التحالفات ذات البعد الدولي

قد لا تكون مساهمة نظام الإعفاء دائما متاحة للمجلس من أجل تسريع إجراءات التحقيق والحصول على الإثباتات اللازمة لإنزال العقوبات المناسبة على أطراف التحالف، خاصة إذا كان هذا التحالف ينشط على مستوى الأسواق الدولية وتم الكشف عنه بشأن طلب إعفاء قدم لسلطة منافسة أجنبية. فميكانيزم الإعفاء يكون جد فعال عندما تكون جميع العناصر المرتبطة به سواء الأطراف والسوق والمستهلك يتواجدون في نطاق جغرافي واحد وتحت مظلة نفس النصوص القانونية. لكن في حالة العكس أي عندما ينشط أطراف التحالف على

[460] انظر الصفحة رقم 80.

مستوى عدة أسواق وطنية ويكون هؤلاء مستقرين في دول مختلفة، في هذه الحالة تطرح عدة إشكالات على مستوى إمكانية تبادل المعلومات بشأن طلب الإعفاء واستفادة الهيئات الوطنية للمنافسة التي تأثرت أسواقها بالتحالف من إجراءات البحث والتحقيق التي قد تقوم بها الهيئة التي قدم إليها طلب الإعفاء.

فبالرجوع للمبدأ العام المنصوص عليه في مختلف القوانين الوطنية للمنافسة الذي يمنح لهيئة المنافسة الوطنية الاختصاص بشأن كافة الأعمال التي تشكل مخالفة لقانون المنافسة، تسببت أو قد تتسبب في أضرار لسوقها الداخلي، وإن كانت المقاولات المعنية توجد ببلدان أخرى، كما هو الحال في المادة الأولى من ق.ح.أ.م. التي تنص على أن : " هذا القانون يطبق على... 1- جميع الأشخاص الذاتيين أو الاعتباريين سواء أكانوا متوفرين أم غير متوفرين على مقر أو مؤسسات بالمغرب بمجرد ما يكون غرض عملياتهم أو تصرفاتهم المنافسة في السوق المغربية أو في جزء مهم من هذه السوق أو يمكن أن يترتب عليها أثر على هذه المنافسة ؛..2 -الاتفاقات المتعلقة بالتصدير فيما إذا كان لتطبيقها أثر على المنافسة في السوق الداخلية المغربية ".

لكن رغم تقرير هذا المبدأ فإن الهيئة الوطنية التي يصل إلى علمها اكتشاف تحالف دولي قد تكون له آثار مباشرة على المنافسة في سوقها الوطني تكون أمام صعوبات متعددة، فمن جهة، يكون للهيئة صلاحية تطبيق مقتضيات القانون في مواجهة هذه المقاولات الأطراف في التحالف، لكن من جهة أخرى، لا تكون لها الصلاحية لمباشرة التحقيق في البلدان الذي تتواجد بها تلك المقاولات، لأن ذلك يتعارض مع مبادئ القانون الدولي العام ومبدأ السيادة لتلك الدول. لكن يمكن أن يكون الأمر أقل تعقيدا في حالة وجود معاهدة ثنائية أو اتفاقية مشتركة تضمن في هذه الحالات إمكانية تعاون هيئات المنافسة الوطنية فيما بينها من خلال طلب تزويدها بمعلومات ضرورية لفتح التحقيق، أو بوجود ميكانيزم يسمح للهيئات الوطنية

بمتابعة أعضاء التحالف الذين يوجدون خارج نطاق اختصاصها الجغرافي عن طريق مصالح هيئة المنافسة التي يتواجد داخل اختصاصها الترابي أطراف التحالف.[461]

هذا الإشكال المرتبط بمجال التعاون الدولي بشأن التحقيق في قضايا التحالفات الدولية وأنظمة الإعفاء المرتبطة بها، لا يطرح بالنسبة لدول الإتحاد الأوروبي والتي عملت بتنسيق مع المفوضية الأوروبية على خلق ميكانيزمات تشريعية (القواعد الاتحادية حول المنافسة) وهيكلية (الشبكة الأوروبية للمنافسة) تسمح بتبادل المعلومات وحل مشكل تداخل الاختصاص بين هيئات المنافسة الوطنية بعضها البعض، وبينها وبين المفوضية الأوروبية، وذلك في القضايا التي تهم ممارسات تدخل في نطاق تطبيق أكثر من قانون وطني أو في القانون الوطني والقواعد الاتحادية في آن واحد.

بل الأكثر من ذلك عمل الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية على عقد اتفاقية ثنائية من أجل تفعيل سياسة الكشف والتحقيق بشأن التحالفات الدولية. توجب هذه الاتفاقات الثنائية عندما يحال ملف على إحدى هيئات المنافسة في النظامين الاتحادي أو الأمريكي ويكون من شأنه أن يمس مصالح الطرف الآخر ومن ضمنها الملفات المتعلقة بطلبات الإعفاء، أن يتم بشكل تلقائي إعلام الطرف الآخر بانطلاق المسطرة، ومن هنا يمكن لسلطة المنافسة التوصل بمعلومات بشأن التحالف الذي قد يؤثر سلبا على السوق الخاضعة لمراقبتها، ويمكنها فتح الأبحاث بشأنها بشكل أحادي الجانب بناء على المعلومات المتبادلة.

ومجلس المنافسة المغربي شأنه شأن باقي هيئات المنافسة المقارنة يجب أن يبذل مجهودا كبيرا في هذا الجانب، من خلال العمل على الدخول في الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بتبادل المعلومات بشأن التحالفات الدولية و طلبات الإعفاء المرتبطة بها، خاصة وأن دراسات منظمة البنك العالمي للإنماء تشير إلى أن أخطر التحالفات الدولية التي اكتشفت منذ سنوات ما

[461] Desbrosse PIERRE, Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés, op.cit., p.43.

بعد الحرب العالمية الثانية إلى الآن [462] كانت تحالفات تهم شركات متعددة الجنسية تتمركز في دول الشمال، وتستهدف بشكل كبير أسواق دول الجنوب وأسواق الدول التي في طريق النمو بشكل خاص [463].

وفقا للمعطيات السابقة وحتى في حالة فتح التحقيق بشأن هذه التحالفات، فإن سلطة المنافسة بهذه الدول تصطدم بعقبات واقعية تتمثل في كون إثبات وجود هذا النوع من الاتفاقات يكون بعيدا كل البعد عن يدها، كما لا يمكنها أن تطمح في لجوء أطراف هذه التحالفات إلى تقديم طلبات الإعفاء لديها، نظرا لعلمهم بعدم توفرها على أي إثبات بشأن ممارساتهم. في ظل هذا الوضع تكون فرضية التحقيق والمعاقبة منعدمة، خاصة وأن دول الشمال أسواقها لا تتأثر بهذه التحالفات، فلا شيء يجعلها تحرك الأبحاث بشأن هذه التحالفات وفي هذه الحالة حتى الاتفاقات الثنائية لتبادل المعلومات لن تساعد في شيء.

من هنا تتضح محدودية نظام الإعفاء بشكل خاص وقواعد المنافسة بشكل عام في ما يتعلق بإمكانية مواجهة هيئة المنافسة الوطنية –خاصة في الدول التي في طريق النمو– للممارسات الخطيرة ومنها التحالفات التي تتخذ بعدا دوليا، وهذا ما يدفع العديد من المهتمين إلى دعوة المجتمع الدولي ممثلا في منظمة التجارة العالمية إلى العمل على تعزيز آليات التعاون الدولي في مجال تطبيق قانون المنافسة بشأن الممارسات المنافية للمنافسة ذات البعد الدولي

---

[462] من الأمثلة البارزة لهذا الاشكال نجد تحالف الأجهزة الكهربائية الذي يتكون من شركات مقرها بالدول الصناعية (أوربا اليابان الولايات المتحدة الامريكية) هذه الشركات التي لها شبه احتكار لصناعة هذه الأجهزة كانت تبيعها للدول في طريق النمو بأثمنة جد مرتفعة بشكل غير مبرر، ورغم الطلبات المتعددة لفتح تحقيق بشأن هذه الممارسات التي قدمتها الدول التي تقتني هذه السلع، إلا أن هيئات المنافسة في الدول المصنعة رفضت بشكل تلقائي طلبات فتح التحقيق، باعتبار أن هذه المنشآت لم تحدث أي ضرر للمستهلكين داخل حدود اختصاصها الترابي، حيث استمر هذا التحالف منذ نهاية الحرب العالمية الثانية إلى غاية منتصف سنوات 1980، وإلى حد الألفية الجديدة لا زالت هذه الممارسات موضوع نقاش، وما يثبت ذلك قيام المفوضية الأوروبية سنة 2007 بمعاقبة بعض الشركات الناشطة في هذا السوق ومنها "سيمنس" و" الستوم" و "طوشيبا" بما يناهز 750 مليون أورو، بناء على مشاركتها في اتفاق غير مشروع في الأسواق الأوروبية. انظر :

- Florian MARCHAL, L'évolution des procédures de clémence, op.cit., p101.

[463] The World Bank, Private International Cartels and The Effect on Developing Countries , M.C. Levenstein, V. Y. Suslow, Background Paper to the World Development Report 2001, Washington, D.C., 2001., Cité par Desbrosse Pierre, Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés, op.cit., p.237.

بشكل عام، من خلال إرساء آليات لتبادل المعلومات بشأن طلبات الإعفاء التي تهم التحالفات الدولية بشكل خاص.

لكن الواقع العملي المرتبط بمسألة التعاون في شأن تبادل المعلومات المتعلقة بالاتفاقات المنافية للمنافسة، يظهر بأن أغلب الاتفاقات الثنائية بهذا الشأن هي تلك المبرمة بين الدول الصناعية، لأن التعاون لا يتم إلى وفق منطق الربح المتبادل وفي حالة تحالفات التصدير الدول الصناعية ليس لها أي مصلحة في التعاون مع الدول السائرة في طريق النمو لأن المبادلات التجارية تكون غالبا في اتجاه واحد، وبالتالي فهذه الأخيرة هي التي تتحمل عبء أنشطة هذه التحالفات المتموقعة بالدول الصناعية التي تستفيد بشكل غير مباشر من أرباح تصدير خدماتها ومنتجاتها وفق أسعار مرتفعة بشكل كبير مقارنة بأسعارها في أسواق الدول الصناعية.

وعلى العكس من ذلك، إذا كان هذا التحالف يهم أسواقا فيها تبادل تجاري مهم في الاتجاهين كما هو الحال بين الإتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية، فإنه في هذه الحالة سيسبب خسائر لكلا الاقتصاديين الشيء الذي يبرر وجود سياسة تعاون فعالة لمحاربة التحالفات بين سلطة المنافسة في كلا النظامين، وبالتالي يمكن القول أن التعاون يتأسس على وجود مصلحة متبادلة لإقراره.[464]

وقد قام مجلس المنافسة المغربي في إطار تعزيز وتشجيع التعاون في مجال قانون وسياسات المنافسة، بعقد عدة لقاءات مع هيئات المنافسة والمنظمات الدولية لبحث إمكانية إبرام شراكات والتوقيع على مذكرات تفاهم بخصوص هذا التعاون، إذ أبرم المجلس مع اللجنة الوطنية للأسواق والمنافسة بمملكة إسبانيا مذكرة تفاهم بتاريخ 28 يناير 2019 بمدريد، كما وقع المجلس على مذكرة مماثلة مع دولة الشيلي، وتهدف هذه المذكرات إلى تطوير التعاون بين المجلس وهيئات

[464] Florian Marchal, L'évolution des procédures de clémence, op.cit., p.101.

المنافسة في هذه الدول خاصة في مجال قانون وسياسات المنافسة، وتبادل الممارسات الجيدة المتعلقة بمساطر البحث والتحقيق وإنجاز الدراسات القطاعية.

ونحن نرى أنه من أجل تفعيل دور نظام الإعفاء المنظم في القانون المغربي رقم 104.12 خاصة في الشق المتعلق بتعزيز دور مجلس المنافسة المغربي للتصدي للتحالفات المرتبطة بالشركات المتعددة الجنسية التي قد يكون لنشاطاتها أثر سلبي على تطور المنافسة في السوق المغربي، وينعكس سلبا على تطور القوة التنافسية للشركات المغربية و على حصول المستهلك المغربي على منتوج أو خدمة وفق أثمنة معقولة، لابد للمجلس بعد تعزيز خبرة أطره في مجال إعمال مقتضيات قانون المنافسة واعتماد سياسة جزاء واضحة وصارمة تجاه الممارسات المنافية للمنافسة، أن يبدل مجهودا لتأسيس تعاون مع شركائه الاقتصاديين في الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية بشأن تنسيق جهود إعمال قوانين المنافسة بشكل عام، وتبادل المعلومات بشأن مساطر البحث والتحقيق التي تهم التحالفات الدولية بشكل خاص.

الفصل الثاني: احترام تفعيل المساطر التفاوضية للمصالح الخاصة

قانون المنافسة لا يتعلق فقط بالمصالح العامة المرتبطة بحماية وتعزيز المنافسة في السوق بغية تحقيق الرفاه العام للمستهلك وتشجيع أثمنة في المتناول ودفع المقاولات نحو الابتكار والإبداع على مستوى الإنتاجية، بل تشكل قواعد المنافسة كذلك آلية استراتيجية للمقاولة العاملة بالسوق لحماية نفسها من الممارسات المنافية للمنافسة. لذلك لا تتردد المنشآت في تقديم إحالات بشأن الممارسات المنافية التي قد يتعاطى لها منافسوها، كما أن المنشآت موضوع الإحالة هي كذلك يكون من مصلحتها طلب تطبيق المساطر التفاوضية لتجنب تبعات المسطرة النزاعية العادية[465]، كما أن تطبيق المساطر التفاوضية قد يرتبط بمصالح منشآت من غير الأطراف المعنية.

يمكن القول إن تطبيق المساطر التفاوضية تتجاذبه مجموعة من المصالح الخاصة بالفاعلين الاقتصاديين في السوق، الشيء الذي يوجب ضمان احترام هذه المصالح في كافة المراحل المتعلقة بتطبيق المسطرة (الفرع الأول). كما أن الآثار المهمة التي تكون للقرارات المتخذة نتيجة المساطر التفاوضية على مصالح المنشآت الأطراف والغير، توجب هي كذلك ضمان إمكانية حماية هذه المصالح عن طريق إعمال مراقبة القضاء للقرارات الناتجة عن هذه المساطر (الفرع الثاني).

---

[465] هذا الأمر تؤكده دراسات ميدانية قامت بها هيئة المنافسة في القانون المقارن، خلصت هذه الدراسة إلى أن قواعد المنافسة بشكل عام يمكن أن تستعمل من قبل المقاولة بشكل استراتيجي لحماية مصالحها، ومن ذلك اللجوء إلى المساطر التفاوضية بشكل خاص لتحقيق هذه المصالح. ومن أجل الاستدلال على ذلك نجد أن مديرية الأسعار والمنافسة الفرنسية قامت بمناسبة تنظيمها لورش عملي حول موضوع " استراتيجية وقانون المنافسة : تحقيق لدى المقاولات الفرنسية الكبرى" بتاريخ 8 ديسمبر 2004، بعرض تحقيقي هم تجميع نتائج استمارة أسئلة وجهت للمقاولات الفرنسية الكبرى بشأن مدى اعتبارها للقانون المنافسة آلية استراتيجية تلجأ لها لتحقيق مصالحها. جاءت نتائج الإجابة عن هذا التساؤل لتؤكد أن مقاولة من إثنين تعتبر أن قانون المنافسة يمكن أن يشكل موضوع استعمال استراتيجي، إذ تبين أنه بغض النظر عن نوع المسطرة التي تلجأ لها المقاولة، فإن نسبة تلك التي تعتبر أن قانون المنافسة استراتيجي بالنسبة لها تبقى جد مهمة، ومثال ذلك اللجوء إلى تقديم إحالة من أجل إلزام مقاولة على التراجع عن استغلال وضع هيمنة اقتصادية، والذي تعتبره 90% من المقاولات المستجوبة أمر استراتيجي. هذا ما يوحي بأن المقاولات ذات الحجم المتوسط أو الصغير قد تلجأ إلى استعمال قواعد المنافسة من أجل وقف تمدد المقاولات المسيطرة في سوق معين، ونفس الشيء ينطبق على برامج الإعفاء فالكشف أو بالأحرى التبليغ عن اتفاق يمكن أن يكون موضع قرار استراتيجي للمقاولة ف 44% من المقاولات المستجوبة أكدت على أنه يمكن أن يكون كذلك، فيما اعتبرت 26% أنه غير استراتيجي.

- Patrice BOUGETTE, Loraine DONNEDIEU, Christian MONTET, Florent VENAYRE, Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises, Revue De La Concurrence Et De La Consommation, 2006, n °144, p.3.

الفرع الأول: كفاية الضمانات المتعلقة بحماية مصالح الأطراف في المساطر التفاوضية

من الواضح أن التفاوض مع هيئة المنافسة تكون فيه مصلحة كبيرة للمنشأة الطرف في المسطرة، فتجنب أو وقف المسطرة النزاعية قبل مراحلها النهائية سيسمح بتخفيض تكلفة القضية وذلك من عدة نواحي، منها تلك المتعلقة باقتصاد المصاريف الضرورية للدفاع المتضمنة لواجبات المحامين والخبراء الاقتصاديين، وتلك المرتبطة بعدم تضييع وقت وجهد ممثلي المقاولة، والأهم من ذلك إمكانية تفادي العقوبات المالية أو الاستفادة من تخفيض هذه العقوبات. إضافة لعامل جد مهم لا يجب إغفاله وهو أن سمعة المقاولة لن تتضرر كثيرا مقارنة بنتائج المسطرة النزاعية، كما لا يجب أن نغفل أن للتفاوض مزية كبيرة للمقاولة من ناحية استيعاب وفهم أكبر لقواعد المنافسة وللطريقة التي تطبق بها، وخاصة في القطاعات التي لم تترسخ فيها بعد تطبيقات قرارات سلطة المنافسة، وهذا قد يساعد المقاولة مستقبلا على أخذها بعين الاعتبار في استراتيجياتها المستقبلية[466]

ولكي تكون المنشآت مقتنعة بإمكانية تحقيق المصالح السابقة عند لجوئها للمسطرة التفاوضية، فلا بد أن توفر هذه المساطر على مقومات الشفافية والتوقعية بشكل يسمح للمنشآت تقدير منافعها من اللجوء لهذه المساطر، ويجب أن تكون القواعد بسيطة وواضحة، وأن تتوصل المنشأة إلى المعلومة بشكل صحيح بناء على قواعد أكثر مقروئية، فذلك له ارتباط بالأمن القانوني الذي يفترض أن يحرص عليه المشرع من خلال ضمان نوع من التوقعية المشروعة للمقاولات وحد أدنى من المقروئية في النصوص القانونية من أجل الحصول على ثقة المقاولات(المبحث الأول).

ومنح المشرع صلاحية تطبيق المساطر التفاوضية للسلطة المنافسة وإن كان يدعم الدور النظامي لهذه الأخيرة، من خلال السماح لها بتجاوز الدور العقابي التقليدي ويقوي جانب

[466] Patrice BOUGETTE, Chritian MONTET, Florent VENAYRE, Jeux de négociation dans les affaires anti-trust : engagement et transaction, op.cit. p.2.

نظامة السوق، لكن ذلك قد يؤدي بالضرورة إلى ابتعاد سلطة المنافسة عن وضيفتها الشبه قضائية نتيجة لتطبيقها للآلية التفاوضية، إذ تتخلص من الأعباء المسطرية التي تفرضها الطبيعة شبه قضائية لدورها النزاعي، فعند تطبيقها للمساطر التفاوضية لا تتدخل من منطق تطبيق العقوبات فقط، بل وفق أهداف أخرى منها تلك المتعلقة بالكشف عن الاتفاقات الخطيرة وتصحيح الممارسات التي تطرح شكوك تنافسية بشأنها، وبالتالي فالتقيد الصارم باحترام الضمانات المسطرية لا يكون ضروريا كما في حالة المسطرة النزاعية[467].

لكن هذا لا يمنع ضرورة احترام سلطة المنافسة للحد الأدنى من الضمانات الواجب توفرها أثناء تطبيق المساطر التفاوضية ضمانا للأمن القانوني للمنشآت الشيء الذي يجعلها تنخرط في تطبيق هذه المساطر وفق انتظارات مشروعة ومن منطلق اقتناع بأن هناك حد أدنى من الضمانات تسمح بتحقق هذه الإنتظارات (المبحث الثاني) وإلا فإن هذه المساطر لن تحقق الفعالية المنشودة، ففي غياب هذه الضمانات غالبا ما ستلجأ المنشأة إلى الطعن في القرار الناتج عن هذا القرار أمام القضاء.

المبحث الأول: توفر ضمانة الشفافية والتوقعية في المقتضيات المنظمة للمساطر التفاوضية

قرار المقاولة بالسير قدما في المسطرة النزاعية أو تقديم تعهدات أو عدم المنازعة في الوقائع المؤاخذة عليها والتعاون مع هيئة المنافسة بل والكشف عن المخالفة التي قد تكون طرفا فيها، قد يتوقف بشكل كبير على الفائدة التي قد تجنيها حسابيا من اللجوء لهذه المساطر. فمن المنطقي أن المقاولة يكون لها استعداد كبير للتعاون مع الهيئة إذا توقعت تجنب العقوبة أو الإعفاء منها أو تخفيضها.[468]

[467] Bruno LASSERRE, Propos introductifs, op.cit., p.5.

[468] Patrice BOUGETTE, Hugues BOUTHINON-DUMASET, Frédéric MARTY, La prévisibilité et négociabilité des sanctions en droit de concurrence, Revue REVISTA, n° 2/2016, p.6.7.

وقد يؤدي نقص الوضوح في المقتضيات القانونية المنظمة للمساطر التفاوضية وخاصة بشأن حدود المنافع التي قد تجنيها المقاولة من اللجوء إلى التفاوض مع الهيئة، إلى عدم تحقق النتائج المرجوة من تبني هذه المساطر، فعدم تضمن هذه المقتضيات مستوى عال من الأمن القانوني وخاصة فيما يرتبط بوضوح وشفافية القواعد المنظمة للمساطر التفاوضية وقابليتها للتوقع، لن يسمح بتحقق عامل الجاذبية الذي يدفع هذه المقاولة إلى الإقبال على هذه المساطر، وبالتالي سيتم العزوف عن اللجوء إلى هذه المساطر [469]. لذلك سنحاول البحث في مدى ضمان المشرع المغربي لشفافية وتوقعية كل من مسطرة التعهدات (المطلب الأول) ومسطرة الإعفاء (المطلب الثاني) ومسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ضمان شفافية وتوقعية مسطرة التعهدات

على مستوى مسطرة التعهدات وضمانا لإقبال المنشأة على تفعيل اختيار اللجوء إلى هذه المسطرة، يؤكد اتجاه فقهي مقارن على وجوب احترام التقييم الأولي التي تبلغه سلطة المنافسة للمنشأة لشروط الشفافية، بحيث يجب أن يصاغ هذا التقييم بالدقة الكافية التي تسمح للمنشأة بالاقتناع بحقيقة وطبيعة الشكوك التنافسية وبشكل يبرر ضرورة اتخاذ تعهدات لتبديد هذه الشكوك [470].

وبالرجوع إلى مقتضيات التشريع المغربي المؤطرة لمسطرة التعهدات نجد أن المشرع اكتفى في المادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 الصادر بتاريخ 1 ديسمبر 2014 بشأن تطبيق القانون رقم 104.12، بتحديد الآليات التي يتم من خلالها تبليغ هذا التقييم و الجهات الواجب أن يبلغ لها هذا التقييم، وترك الحرية الكاملة للمجلس عن طريق المقرر لتحديد مضامين هذا التقييم، كما أن هذه المقتضيات لا تشير إلى إمكانية إطلاع المنشأة على الوثائق والمعطيات

[469] P. Bougette, C. Monete, F. Venayre, L'efficacité économique de programme de clémence, op.cit., p.48.

[470] Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p.21.

التي اعتمد عليها المقرر في صياغة هذا التقييم، هذا الامكانية قد تكون ضروريا لضمان اقتناع المنشأة التي قد يوجه لها هذا التقييم بحقيقة الشكوك التنافسية المرتبطة بنشاطاتها داخل السوق، وبالتالي يصعب الجزم بفرضية إعمال هذه الإمكانية من قبل مجلس المنافسة المغربي خاصة في ظل غياب تطبيقات عملية لمسطرة التعهدات.

وبالاطلاع على تطبيقات الاجتهاد القضائي المقارن نجد أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها رقم 1213 بتاريخ 4 نونبر 2008[471]، أكدت على أنه عند تطبيق مسطرة التعهدات يكون من حق أطراف المسطرة تبعا لمقتضيات المادة L436-4 من م.ت.ف. الولوج لمجموع الوثائق التي ارتكز عليها المقرر للقيام بالتقييم الأولي، وكذلك مجموع الوثائق التي وضعت رهن إشارة المجلس من أجل البت بشأن التعهدات، وأن لمحكمة الاستئناف كامل الصلاحية للتأكد وبشكل تلقائي من كون عدم تبليغ بعض الوثائق الذي ارتكز عليها التقييم الأولي قد مس بمصلحة طرف معين في مسطرة التعهدات.

هذا الاجتهاد يؤكد على ضرورة اطلاع المنشأة على كافة الوثائق التي أسس عليها التقييم الأولي وذلك من أجل السماح لها بالتأكد من حقيقة الشكوك التنافسية التي يتوجب الإجابة عليها عن طريق التعهدات مما يجعل المنشأة تلجأ للانخراط في مسطرة التعهدات بناء على رؤية واضحة.

لذلك نرى أنه على مجلس المنافسة المغربي سيرا على نهج قضاء محكمة النقض الفرنسية العمل على منح الامكانية للمنشآت التي تنوي الانخراط في مسطرة التعهدات وفقا للمادة 36 من ق.ح.أ.م، للاطلاع والحصول على كافة الوثائق المرتبطة بالتقييم الأولي الذي ينجزه مقرر المجلس بشأن الشكوك التنافسية التي تطرحها ممارساتها بالسوق، حتى تقتنع المقاولة بأن هناك

[471] Cass, Com, Arrêt n° 1213 du 4 novembre 2008 (cassation partielle), arrêt disponible sur le site internet de la cour de cassation En Ligne :
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commercial_574/arret_n_11938.html (consultée le : 6 juillet 2020)

شكوك جدية تبرر ضرورة تقديمها لتعهدات من شأنها إزالة هذا الشكوك، بما يضمن مصلحتها في تجنب تحريك المسطرة النزاعية، كما سيكون من الضروري تأكيد المجلس على هذه الإمكانية في الخطوط التي يتبناه بشأن تطبيق مساطر التعهدات.

المطلب الثاني: ضمان شفافية وتوقعية مسطرة الإعفاء

إن توقع المقاولة لنتائج لجوئها لطلب مسطرة الإعفاء المنظمة في المادة 41 من ق.ح.أ.م لا يرتبط فقط بالمقتضيات المنظمة لطلب الاستفادة من هذه المسطرة ولشروط تطبيقها والمنصوص عليها في هذه المادة ونصوصها التطبيقية (الفقرة الأولى) بل يرتبط بمدى توقع تبعات طلب المنشأة الاستفادة من مسطرة الإعفاء بالنظر لفرضية تحريك المتابعة في مواجهة الأشخاص الذاتيين المنتمين لهذه المنشآت، وذلك أخذا بعين الاعتبار أن تطبيق ق.ح.أ.م قد لا تكون له تبعات إدارية فقط بل يشمل تبعات جنائية كذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضمان شفافية وتوقعية المقتضيات الخاصة المنظمة لمسطرة الإعفاء

في ظل تشريع المنافسة المغربي هناك تعدد في الجهات التي يمكنها القيام بأبحاث بشأن مخالفة هذا القانون، إذ توجد مصالح البحث الخاصة بالمجلس بالتوازي مع مصالح البحث التابعة للإدارة (مديرية الأسعار والمنافسة) الشيء الذي ينتج عنه تعدد في الجهات التي يمكنها تلقي طلبات الإعفاء. فللمنشأة حق تقديم طلب الإعفاء للمقرر التابع لمجلس المنافسة، كما يمكن لها أن تقدم هذا الطلب أمام ممثل الإدارة وذلك وفقا لما أشارت إليه المادة 28 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 بتاريخ فاتح دجنبر 2014 المتعلق بتطبيق القانون رقم 104.12، فالمشرع أكد وفقا لنفس مقتضيات المادة السالفة الذكر أنه تقوم المصالح التابعة لكل من السلطة الحكومية والمقرر العام للمجلس بتبادل المعلومات بشأن هذا الطلب قبل الشروع في المسطرة، وأشار أنه في جميع الأحوال أي بغض النظر عن كون طلب الإعفاء وجه إلى الإدارة أو للمجلس فإن مقرر مجلس المنافسة هو الذي يملك صلاحية إعداد مقترحات الإعفاء.

الملاحظ أن هذه المقتضيات تماثل مقتضيات المادة R464-2 من م.ت.ف، التي لم يتردد الفقه الفرنسي في انتقاد مضامينها المتعلقة بتعدد الجهات التي يمكنها تلقي طلب الإعفاء، إذ ذهب إلى أن هذا النوع من التعدد قد يساهم في تكريس نوع من الضبابية بشأن مسطرة الإعفاء الذي قد يبرر تردد المقاولة التي تريد تقديم طلب الإعفاء نظرا للتساؤلات التي قد تطرح بشأن تبعات هذا الاختيار[472]، وأنه عوضا عن هذا التعدد كان على المشرع الفرنسي تحديد شباك واحد لاستقبال طلبات الإعفاء تسهيلا لمأمورية المقاولة.

نقطة استفهام أخرى يطرحها نظام الإعفاء في قانون المنافسة المغربي ولم يتطرق لها المشرع هي معرفة مصير المعلومات والإثباتات المقدمة من قبل المقاولة في حالة رفض طلب الإعفاء من قبل مجلس المنافسة، فهل يمكن للمقاولة في هذه الحالة طلب استرجاع الوثائق التي أدلت بها من أجل طلب الاستفادة من الإعفاء أم أنها لا تستطيع ذلك، وهنا كذلك قد تواجه المنشأة وضعا ضبابيا قد يثنيها عن اللجوء إلى تقديم طلب الإعفاء.

وعلى المستوى الأنظمة المقارنة نجد أن نظام الإعفاء الاتحادي بموجب تعديل 19 فبراير 2002 تطرق بشكل دقيق لهذه النقطة، إذ تضمن هذا التعديل ما يفيد أن المفوضية في حالة عدم توفر شروط الاستفادة من الإعفاء الكلي، فإن للمقاولة الخيار طلب سحب العناصر التي كشفت عنها بمناسبة الطلب، أو طلب فحص هذه العناصر من جديد في إطار طلب إعفاء جزئي هذه المرة، وذلك من أجل تعزيز الأمن القانوني للمقاولة وتشجيع المقاولة على طرق باب الإعفاء رغم الشكوك التي قد تكون لها بشأن كفاية العناصر التي قد تعزز طلبها.[473]

بالإضافة إلى ما سبق يؤكد الفقه الفرنسي على أن ضمان شفافية وتوقعية مسطرة الإعفاء بما يعزز جاذبية المسطرة لدى المنشآت أطراف التحالف ويجعلها تقرر الكشف عن هذه الممارسة التي قد تكون حققت عن طريقها مصالح اقتصادية ومالية جد مهمة، يوجب في المقابل تحديد

[472] Yves CHAPUT, Philosophie des programmes de clémence et de transaction, op.cit., p.24.

[473] Tercinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit. p. 454.

مبالغ العقوبة النقدية التي قد تواجه المنشأة في حالة عدم اللجوء للمسطرة التفاوضية، وكذلك نسب التخفيض التي قد تستفيد منها في حالة تطبيق هذه المسطرة. فتوقعية وشفافية الغرامة ستمكن المقاولة من أن تقدر مصلحتها قبل الالتزام بالسير قدما في طلب الاستفادة من المسطرة.[474]

و هذا ما تؤكده نتائج الدراسة العملية التي أنجزتها هيئة المنافسة الفرنسية بتاريخ 15 أبريل 2014 والمتعلقة ببرنامج الإعفاء الفرنسي التي شاركت فيها المنشآت وممثليها القانونيين، والتي أكدت أن المؤشرات الأكثر أهمية بالنسبة لهذه المنشآت وممثليها القانونيين والتي قد تشجعها على طلب الاستفادة من مسطرة الإعفاء، هي المؤشرات المرتبطة بالإعفاء الكلي أو قيمة التخفيض من العقوبة المالية الذي تنتظر الحصول عليه من وراء طلب الإعفاء، وهذا ما يفيد أن توقع المنافع المرجوة من وراء مسطرة الإعفاء هو العامل الحاسم الذي يدفع المنشآت إلى تفعيل هذه المسطرة[475]

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 41 من القانون 104.12 نجدها تتضمن مقتضيات تفيد بأن المنشأة مقدمة طلب الإعفاء لا يمكنها التأكد من إمكانية الحصول على التخفيض أو الإعفاء إلا بصدور القرار النهائي للمجلس والذي بموجبه يبت في ملف القضية، فالمشرع المغربي ينص في المادة 41 من القانون 104.12 على أنه "يجوز للمجلس إذا تم احترام الشروط لمحددة في رأي الإعفاء، منح الإعفاء من العقوبات المالية بما يتناسب مع المساهمة المقدمة لطلب الإعفاء". فهذه المضامين تفيد بعدم وجود تلقائية بين توفر الشروط المفروضة في الرأي والاستفادة من الإعفاء، فالصيغة الجوازية المستعملة من قبل المشرع في المادة أعلاه لا تقيد

[474] Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p.40.

[475] A.C.F., Etude relative au programme de clémence français, paris le 15 avril 2014, préc., p.2.

المجلس ولا تجبره على تقرير الإعفاء إذا ما توفرت شروطه، وهذا من شأنه تعزيز شكوك المنشآت بشأن نتائج المسطرة وقد يكون عاملا لكبح إفشاء هذا النوع من الممارسات المنافية.[476]

فالمادة 28 من المرسوم رقم 2.14.652 التي تفصل المقتضيات التطبيقية للمادة 41 السالفة الذكر، تشير إلى أن استفادة المنشأة من مسطرة الإعفاء يمكن أن يتوقف على احترام الشروط التي سيحددها المقرر في رأي الإعفاء. لكن المشرع المغربي لم يقم بإعطاء أي إشارة على طبيعة هذه الشروط أو يوضح نوعية هذه الشروط ولو على سبيل المثال، وبالتالي فالمقاولة لا يمكنها معرفة نوعية هذه الشروط بشكل مسبق عند طلب الاستفادة من المسطرة أي قبل صدور رأي الإعفاء، الشيء الذي لا يسمح بتوفر شروط الشفافية والتوقعية اللازمة لتفعيل نظام الاعفاء في القانون رقم 104.12.

فهذه الشروط قد يكون لها دور حاسم في قبول أو رفض الاستفادة من الإعفاء، وعدم معرفتها قد يؤثر على شفافية المسطرة، خاصة في الحالة التي تكون فيها المنشأة هي الرأس المدبر للتحالف، فرغم أن منطق الإعفاء يفرض عدم استفادة هذه المنشأة وتوقيع أقصى العقوبات عليها، إلا أن غياب تقرير مضامين صريحة بشأن هذه النقطة قد يؤثر سلبا على ضمان شفافية المسطرة. نفس الشي ينطبق فيما يتعلق بإمكانية الاستفادة من الإعفاء بالرغم من قيام الهيئة بالتحقيق في القضية، فاكتفاء المشرع في المادة 41 بالتنصيص على أنه يجوز منح إعفاء كلي أو جزئي إذا ساهمت في إثبات الاتفاق نتيجة تقديم معلومات لم تتوفر للهيئة من قبل، لا يفيد المقاولة في الحسم بشأن إمكانية الاستفادة من الإعفاء الكلي أو الجزئي بعد انطلاق التحقيق بشأن التحالف المنافي للمنافسة.

فرغم أن الفقرة الأخيرة من المادة 28، تنص على أنه عندما يقدم طلب الاستفادة من الإعفاء يمكن أن يتضمن تقرير البحث أو تبليغ المؤاخذات وتقرير المقرر تقييما حول مدى احترام الشروط المنصوص عليها في رأي الإعفاء، إلا أن هذا التنصيص قد لا يكفي لطمأنة

[476] Arnold VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées, op.cit., p.411.

المقاولة بشأن توفر شروط استفادتها من الإعفاء باعتبار أن هذه الإمكانية يبقى تفعيلها رهينا بالسلطة التقديرية للمقرر.

ولعل هذا ما دفع هيئة المنافسة الفرنسية للحرص على توضيح هذه الشروط بالتزامن مع إصدارها أول قرار إعفاء[477]، إذ قامت مباشرة بعد نشر هذا القرار بتحديد هذه الشروط في بلاغها بشأن تطبيق نظام الإعفاء[478]، وفقا لنفس توجهات التشريع الأمريكي[479] والقواعد الاتحادية[480] والتي تمت مراجعة نظام الإعفاء المؤطر فيها من خلال تحديد شروط الإعفاء بشكل مسبق ودقيق، وذلك من أجل تعزيز الأمن القانوني وتمكين المقاولة من القيام بشكل قبلي لتقديم طلب الإعفاء بتقدير ما إذا كان تتوفر فيها شروط الاستفادة من الإعفاء أم لا.[481]

وبالتالي فغياب التلقائية ونقص الوضوح الذي تتميز به بعض مقتضيات النصوص المؤطرة لنظام الإعفاء، قد تجعل هذا الأخير لا يواكب متطلبات الشفافية والتوقعية التي تشجع المنشآت على الإقبال على هذه المسطرة لهذا توجب على مجلس المنافسة العمل على إرسال إشارات إلى الفاعلين الاقتصاديين تساهم في توضيح الجوانب المتعلقة بشروط تقديم الإعفاء وشروط قبوله، وذلك من خلال عقد ندوات وطنية أو أوراش عمل مع ممثلي هؤلاء الفاعلين، ورصد تساؤلاتهم

---

[477] قرار مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 11 ابريل 2006 بشأن أول تطبيق لمسطرة الإعفاء، انظر الصفحة رقم 151.

[478] Communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 11 avril 2006, relatif au programme de clémence français, préc.

[479] وهكذا نجد أنه على مستوى التجربة الأمريكية فالنقص في مقروئية القواعد المنظمة نظام الإعفاء لسنة 1978 نتج عنه عدة شكوك تتعلق بالمرحلة التي تسبق تطبيق المسطرة، تبعا للسلطة التقديرية الكبيرة لسلطة المنافسة الأمريكية في هذا التشريع الأول للإعفاء، والتي أدت إلى فشل هذه البرامج، إذ لم يكن هناك إقبال من طرف الشركات على هذا النظام، ولم تتحقق النتائج المرجوة من تبني برامج الإعفاء إلا بعد التدقيق والتفصيل في القواعد القانونية المؤطرة لشروط الإعفاء الكلي والجزئي وضمان منح هذا الإعفاء بشكل تلقائي عند تحقق هذه الشروط.

[480] نفس الشيء يمكن ملاحظته بالنسبة لقواعد نظام الإعفاء الاتحادي لسنة 1996 والتي عرفت نجاحا جد محدود، راجع بالأساس إلى النقص في التوقعية والأمن القانوني الواجب توفرهما في هذا النوع من الأنظمة، ولعل محدودية اللجوء لهذه المسطرة هو ما دفع المفوضية إلى تعديل القواعد السابقة سنة 2002 من خلال إقرار قواعد أكثر تفصيلا، عن طريق تحديد دقيق لشروط كل من الإعفاء الكلي و الجزئي وحصر شروط كل منهما، إضافة إلى تحديد مستويات التخفيض، الشيء الذي سمح بجعل هذا النظام أكثر إقناعا للمقاولة من الناحية القانونية، وبالتالي عرف هذا النظام نجاحا كبيرا إذ تمت معالجة أكثر من 101 قضية منذ إقرار تلك التعديلات.

[481] Jean-Christophe RODA, La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit,. p.13 ;14.

بشأن هذه المسطرة وذلك قبل وضع الخطوط التوجيهية التي سبق وأن أشرنا أن المجلس يعمل على إعدادها، الشيء الذي قد يدعم تحقيق متطلبات الشفافية والتوقعية المتعلقة بهذا النظام.

الفقرة الثانية: ضمان الشفافية بالنظر لإمكانية تحريك المتابعة الجنائية بناء على طلب الإعفاء

باعتبار أن قانون المنافسة المغربي تتدخل في تطبيقه الأجهزة القضائية إلى جانب الجهاز الإداري المتمثل في مجلس المنافسة، فإن هذا يفرض على المشرع وضع آليات تسمح بالتنسيق بين مختلف هؤلاء المتدخلين لضمان فعالية إلتقائية أدوارهم بما يراعي مختلف المصالح المرتبطة بإعمال هذا قانون. ومن بين المقتضيات التي وضعها المشرع لضمان التنسيق بين مجلس المنافسة و الجهاز المكلف بتحريك المتابعة الجنائية بشأن المقتضيات الزجرية المنصوص عليها في ق.ح.أ.م. رقم 104.12، آلية الإحالة التي نص عليها في المادة 25 والتي جاء فيها : "عندما يرى مجلس المنافسة أن الأفعال كفيلة بتبرير تطبيق المادة 75 من هذا القانون، فإنه يحيل الملف إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة قصد إجراء المتابعات وفقا للمادة المذكورة.". فهذه المادة توجب على مجلس المنافسة أنه كلما ظهر له من خلال القضايا المعروضة عليه أنها تتضمن مخالفات للمادتين 6 و 7 شارك فيها أشخاص ذاتيين على سبيل التدليس أو عن علم، مشاركة شخصية وحاسمة في التخطيط لها أو تنظيمها أو تنفيذها أو مراقبتها، أن يحيل الملف إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية لإجراء المتابعة الجنائية وفق للمادة أعلاه.

الملاحظ أن المادة السابقة حافظ من خلالها المشرع على توجهه السابق الذي كان ينص عليه في المادة 26 من ق.ح.أ.م. رقم 06.99، التي كان في ظلها لمجلس المنافسة أن يقترح على الوزير الأول إحالة الملف إلى وكيل الملك لإجراء المتابعات الجنائية وفقا للمادة 72 من نفس القانون. ولعل ما يعاب على المشرع المغربي أثناء صياغته للمادة 25 من ق.ح.أ.م رقم 104.12، هو احتفاظه بلفظ " يحيل" المعتمد في الصيغة القديمة للمادة 26، خاصة وأن الاستعانة بهذا اللفظ بالذات قد يطرح إشكالات قانونية تعيق جهود التنسيق بين تدخل المجلس

ووكيل الملك، فهذا المصطلح ليس في محله لكون أنه من الثابت في الاصطلاح القانوني أن القضاء هو الذي يحيل و ليس الجهاز الإداري، فاستعمال هذا اللفظ قد ينتج عنه فهم خاطئ لصاحب سلطة الإحالة وهو مجلس المنافسة إذ سيعتبر في هذه الحالة بمثابة جهة قضائية، لأن الإحالة تكون بين الأجهزة القضائية وليس بين الإدارة والنيابة العامة، لهذا كان على المشرع أن يستعمل لفظ " يوجه الملف" أو أي لفظ آخر من غير لفظ الإحالة، تجنبا لسوء تطبيق مقتضيات المادة أعلاه نتيجة عدم دقة صياغتها.

ينضاف إلى ذلك أن المشرع عند تنظيمه في المادة 25 للعلاقة بين المجلس ووكيل الملك في ما يتعلق بتطبيق المقتضيات الزجرية المنصوص عليها في ق.ح.أ.م. أغفل ملائمة هذا التنظيم مع المقتضيات المؤطرة لنظام الإعفاء في نفس القانون، لأن المقتضيات التي تعطي لمجلس المنافسة سلطة إحالة ملفاته على وكيل الملك لتحريك المتابعة قد تتعارض ومتطلبات شفافية وتوقعية مسطرة الإعفاء، خاصة وأن خطورة بعض الأفعال وفق للمادة 25 من القانون 104.12 تسمح للمجلس بإحالة الأمر لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة من أجل تحريك المتابعة الجنائية. فهذا الإجراء من الواضح أنه يذهب في اتجاه مخالف لمنطق مسطرة الإعفاء، كون هذه الأخيرة تهدف إلى مساعدة مجلس المنافسة على الكشف على الممارسات الجد خطرة وذات الضرر الكبير على المنافسة المتمثلة في الاتفاقات الأفقية السرية التي تتخذ شكل تحالفات، وبالتالي لا يمكن للمشرع أن يسعى إلى تشجيع الكشف عن هذا النوع من الممارسات الخطيرة، وفي نفس الوقت نجده في المادة 25 يتيح إمكانية متابعة نفس الأفراد المتدخلين في هذه الممارسات، الشيء الذي قد يثني المنشآت عن تقديم طلبات الإعفاء لكون ذلك الأمر قد يعرض الأشخاص الذاتيين المسيرين أو العاملين بهذه المنشآت إلى المتابعة الجنائية، وهذا سيؤثر لا محالة على كفاية القواعد القانونية لنظام الإعفاء فيصبح تطبيقها غير راجح[482].

[482] Amine MANSOUR, L'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, op.cit., p.480.

هذا التوجه يفيد بأن المشرع المغربي عند تنظيمه لمقتضيات الإحالة بين المجلس ووكيل الملك، لم يستفد من النقاش الذي أثير حول مقتضيات المادة L462-6 من م.ت.ف. التي تسمح لهيئة المنافسة الفرنسية بإحالة ملفات الأشخاص الذين ساهموا في ارتكاب ممارسات خطيرة إلى وكيل الجمهورية لتحريك المتابعات الجنائية، حيث انتقد غالبية الفقه[483] هذا الإجراء لكونه لا يشجع المقاولات على تقديم طلبات الإعفاء نظرا لعدم وجود أي ضمانة قانونية تسمح باستثناء مسيريها من المتابعة الجنائية، وذلك رغم تأكيد هيئة المنافسة الفرنسية في خطوطها التوجيهية بشأن تطبيق نظام الإعفاء على أنها لن تحيل على وكيل الجمهورية الملفات المرتبطة بمسطرة الاعفاء [484].

إلا أنه رغم هذا التأكيد طالب الفقه الفرنسي بضرورة وضع نظام إعفاء خاص بالأشخاص الذاتيين، يسمح للأفراد بتقديم طلب الإعفاء بشكل مستقل عن المقاولة الشيء الذي يجعل هؤلاء فاعلين أساسين في محاربة الممارسات المنافية للمنافسة[485] فضرورة التنصيص على تمديد مسطرة الإعفاء لتشمل الأشخاص الذاتيين المسيرين والأطر العاملة بالمقاولات التي تقدم طلبات الإعفاء[486]، تنطلق من كون هؤلاء هم الذين يتخذون قرار المضي في طلب الإعفاء. فالملاحظ أن أخطر التحالفات الدولية التي تم كشفها والمعاقبة عليها تظهر أن تكوين

---

[483] Voir, Christofle LEMAIRE, La coordination entre les juges répressifs et le conseil de concurrence, in Colloque la concurrence et la sanction des pratiques anti concurrentielle par recours a l'article L 420-6 du code de Commerce, Paris, 13 novembre 2007, Revue concurrence n° 1-2008 ; p33 ;34. ; C.R.E.D.A, Les conséquence civiles et pénale dans un contexte d'internationalisation des programmes de clémence, table rende, tenu lors Actes de colloque : clémence et transaction en matière de concurrence, op.cit., p.76. ; Laurence IDOT, Les procédures de clémence en droit de la concurrence, op.cit., p.124.

[484] A.C.F., Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, préc., Point 53 « ...L'Autorité considère que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites. »

[485] Christofle LEMAIRE, La coordination entre les juges répressifs et le conseil de concurrence, in Colloque la concurrence et la sanction des pratiques anti concurrentielle par recours a l'article L 420-6 du code de Commerce ; op.cit., p.33 ;34.

[486] Amine MANSOUR, L'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, .op.cit., p.481..

التحالفات يتم عن طريق المسيرين ووكلاء المنشآت، فهؤلاء هم الذين يملكون الإثباتات الكتابية التي تدل بشكل مباشر على وجود التحالف، والتي غالبا ما تكون بحوزتهم خارج مقرات الشركات.[487]

كما أكد الفقه على أن التوفيق بين المقتضيات المتعلقة بنظام الإعفاء والمقتضيات الجنائية التي تهدف إلى معاقبة الأفراد على المشاركة في الممارسات المنافية لا يستوجب بالضرورة التخلي عن تجريم هؤلاء الأفراد بل يجب الإبقاء على الجانب الردعي حاضرا، لكن مع العمل على إيجاد آلية تسمح للأفراد الذين تعاونوا مع الهيئة من أجل كشف وإثبات الممارسات التحالفية الخطيرة بتجنب المتابعة الجنائية[488]، وذلك على غرار نظام الإعفاء الموجه للأفراد في تشريع الولايات المتحدة الأمريكية، الذي يرتكز على حث المستخدمين ومسيري المقاولات الأعضاء في التحالف بالتبليغ عنها لتجنب خطر العقوبة الجنائية. فهذه الآلية تسمح بإضعاف التحالف لكون ضمان عدم اكتشافه يقتضي من مسيري المقاولات إغراء العمال بمبالغ مالية للحفاظ على سريته، لكن هذا الأمر يصبح جد مكلفا ويقوي فرضية عدم وجود مصلحة في الاستمرار في التحالف بالنظر لازدياد خطر كشفه من قبل أحد العمال .[489]

---

[487] Trecinet ANNE, La lutte contre les cartels internationaux, op.cit., p.522.

[488] C.R.E.D.A, Les conséquences civiles et pénale dans un contexte d'internationalisation des programmes de clémence, table rende, tenu lors du colloque : clémence et transaction en matière de concurrence, op.cit., p.76.

[489] رقعة العمل بنظام الإعفاء الموجهة للأشخاص امتدت إلى خارج الولايات المتحدة الأمريكية إذ أصبح معمولا بها من قبل التشريع الكوري الجنوبي والبريطاني، فهذه الأخيرة تبنت سنة 2002 تشريعا يسمح لأي فرد يقوم بالكشف عن تحالف الاستفادة من الإعفاء تجاه العقوبة الجنائية، وذلك من خلال تقديم شهادة سرية ومحمية، ويحصل الشخص على تعهد بعدم مواجهة العقوبة عن طريق آلية "no action letrre" ويتعلق الأمر بوثيقة تثبت تبادل معلومات وتضمن أن الشخص لن يتعرض للمتابعة جنائية :

UK Public General, Entreprise Acts 2002 c. 40 Part 6 Cartel offence Section 190, Art 190/4 : « (4)Where, for the purpose of the investigation or prosecution of offences under section 188, the [F2CMA] gives a person written notice under this subsection, no proceedings for an offence under section 188 that falls within a description specified in the notice may be brought against that person in England and Wales or Northern Ireland except in circumstances specified in the notice. » En Ligne :

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/section/190 (consultée le 15 juin 2020)

إن مطالبات الفاعليين والفقه الفرنسي بإعادة النظر في المقتضيات المرتبطة بإمكانية إحالة الملف على وكيل الجمهورية، أدت إلى فتح نقاش من قبل فريق عمل تابع لوزارة العدل الفرنسية اهتم بالتفكير بشأن عدم تجريم في مجال الأعمال، وفي التقرير الذي خرج به هذا الفريق والمقدم في يناير 2008، اعتبر أن توجيه هيئة المنافسة للوثائق و تبليغها عن الأفعال المخالفة للنيابة العامة هو واجب وليس مجرد إمكانية [490]، لكنه قدم مقترحا يهدف إلى تجنب مساس ذلك بفعالية الإعفاء، من خلال امكانية تمديد الاستفادة من نظام الإعفاء للمخالفات الجنائية بناء على مسطرة المصادقة البعدية من قبل النيابة العامة، لكن هذا الاقتراح لم يجد سبيله للتطبيق لحد الآن. [491]

رغم الانتقادات السابقة لآلية توجيه الملف من الهيئة إلى وكيل الجمهورية، إلا أن اتجاها فقهي جديرا بالتأييد يؤكد على أن التناسق بين المقتضيات التي توجب توجيه الملف إلى القضاء الجنائي والمقتضيات المتعلقة بطلبات الإعفاء هو موجود بالفعل، لأن الملاحظ هو أنه من بين الحالات النادرة التي تم فيها اللجوء من قبل مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) إلى إحالة قضايا الاتفاقات على وكيل الجمهورية، هي تلك المرتبطة أساسا بالحالة التي يعمد فيها الأشخاص المرتبطين بالمقاولة إلى إجبار باقي الأطراف على المشاركة في الاتفاق المنافي للمنافسة أو الاستمرار في ذلك عن طريق ممارسة تهديدات أو ضغوطات. هذا التوجه يتماشى مع المبدأ الذي تتبناه هيئة المنافسة الحالية بشأن مسطرة الإعفاء والذي لا يقبل بموجبه طلبات الإعفاء من المنشآت التي مارست ضغوطات على باقي الأطراف للانضمام للتحالف. فالالتزام

[490] Jen-michel COULONLA, Dépénalisation de la vie des affaires, Rapport au Gardes des Sceaux, Ministre de la justice, janvier 2008, la documentation française, p.65, En Ligne.
http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/1_RapportCoulon.pdf (consultée le : 20 juin 2020)

[491] Laurence IDOT, Les procédures de clémence en droit de la concurrence, op.cit., p.124 ; 125.

بهذا المبدأ لا يترك المجال لاستمرار مخاوف المنشآت المرشحة لتقديم طلب الإعفاء من إمكانية متابعة مسيريها وأجرائها وفق قواعد الإحالة على القضاء الجنائي.[492]

وبالتالي يمكن القول أن صعوبة التوفيق بين متطلبات مسطرة الإعفاء و المقتضيات التي تتعلق بإحالة الملفات إلى وكيل الملك لإجراء المتابعة الجنائية، هي كما هو الحال في م.ت.ف. تنبع بالأساس من كون أن مجلس المنافسة باعتباره جهازا إداريا ليس له متابعة الأفراد بناء على مخالفة مقتضيات القانون رقم 104.12، ومن ثم ليس له الحق في منحهم إعفاء من هذه المخالفات مادام لا يملك سلطة توقيع العقوبة على الأفراد عكس ما عليه الأمر في القانون الأمريكي مثلا، باعتبار قانون منع الاحتكار الأمريكي من صميم اختصاص الأجهزة القضائية التي لها حق متابعة الأفراد بشأن المخالفات في مجال المنافسة ومنح إعفاءات بشأنها.

انطلاقا من اختلاف حدود اختصاص كل من مجلس المنافسة ووكيل الملك بشأن تطبيق مقتضيات القانون 104.12، فنحن نتفق مع الرأي السابق الذي يفيد بوجود إمكانية للتوفيق بين المقتضيات المتعلقة بالمتابعة الجنائية وتلك المتعلقة بإعمال مساطر الإعفاء، لأن مقتضيات المادة 25 من ق.ح.أ.م. تفيد بأن تقدير خطورة مشاركة الأشخاص الذاتيين في الاتفاقات المنافية، تخضع في الأول والأخير لسلطة المجلس. وبالتالي لهذا الأخير أن يأخذ بعين الاعتبار عند توصله بطلب الإعفاء التوقعات المشروعة للمنشآت التي تقدم مساعدتها للمجلس لكشف وإثبات التحالفات الخطيرة، التي قد توجب عدم إعمال المادة 25 تجاه مسيري هذه المنشآت، خاصة في الحالة التي لا تكون فيها هذه المنشأة هي الرأس المدبر للتحالف. فهذا التوجه من شأنه أن يبعث إشارات إيجابية لباقي الفاعلين الاقتصاديين تساهم في تعزيز جاذبية مسطرة الإعفاء وقابليتها للتطبيق.

[492] C.C.F., Rapport annuel 2005, Étude thématique, Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence, Rédacteurs : Christophe LEMAIRE, Denis LESCOP, Irène LUC, Nadine MOUY, p.173.

المطلب الثالث: ضمان شفافية وتوقعية مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

كما هو الحال في مسطرة الإعفاء نجد أن شفافية وتوقعية مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات ترتبط بشكل كبير بإمكانية معرفة المنشأة التي تقبل اللجوء لهذه المسطرة للفرق بين الجزاء الذي كان سيطبق في غياب عدم معارضة صحة المؤاخذات وذلك الذي قد تحصل عليه عند لجوئها لهذه المسطرة. فالمنشأة إذا كانت ستتنازل عن مناقشة نقط جد مهمة مثل تكييف الوقائع، من الواجب أن تعرف بشكل مسبق مقابل هذا النوع من التنازلات، لذا يكون من المنطقي توفير مستوى عال من التوقيعية والأمن القانوني لضمان جاذبية هذه المسطرة.

وبالرجوع إلى المادة 37 من القانون 104.12 المؤطرة لمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات التي لم يكلف المشرع نفسه عناء تفصيل مقتضياتها في أي من نصوص المرسوم التطبيقي، نجد أن هذه المقتضيات وخاصة تلك التي تنص على أنه "...جاز للمقرر العام أن يقترح على مجلس المنافسة، الذي يستمع إلى الأطراف ومندوب الحكومة دون إعداد تقرير مسبق، الحكم بالعقوبة المالية المنصوص عليها في المادة 39 من هذا القانون مع الأخذ بعين الاعتبار غياب أي اعتراض. وفي هذه الحالة، يقلص المبلغ الأقصى للعقوبة المحكوم بها إلى النصف.". هذا المقتضى التشريعي تنطبق عليه نفس الشكوك التي سبق وأن خلص إليها الفقه الفرنسي بشأن المقتضيات التي كانت تؤطر مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات قبل أن يتم تعديلها وفق قانون " ماكرون" بتاريخ 6 غشت 2015.

هذه الشكوك المتعددة المصادر ترتبط أولا بأن نسب التخفيض المقترحة في إطار مسطرة عدم المعارضة من قبل المقرر لا يكون على لمجلس الالتزام بها في قراره النهائي بشأن هذه المسطرة، فله أن يتبنى نسب تخفيض مغايرة لتلك المقترحة من قبل المجلس، وثانيا لأن مقتضيات المادة 37 أعلاه لا تتضمن مؤشرات كافية تسمح بتحديد قيمة العقوبة المالية التي سيطبق على أساسها التخفيض بشكل مسبق. فكما يشير الفقيه "دفيد بوسكو" من أجل أن تكون مسطرة عدم المنازعة أكثر جاذبية للمقاولة، من الضروري أن تتمكن من التوقع بشكل مسبق –أي قبل

أن تلزم بالانخراط في المسطرة–الربح الذي ستجنيه، فالوضع كان في الحالة الفرنسية –كما هو الحال في التشريع المغربي حاليا لا يتيح ذلك نتيجة الصعوبات التي يطرحها النص باعتبار أن مقترحات المقرر لا تلزم الهيئة[493].

فتوجه المشرع المغربي بشأن مقتضيات المادة 37 من القانون 104.12 تخضع لنفس المنطق المتبع من قبل المشرع الفرنسي في المادة L462-2 من م.ت.ف.، والذي كان يرى بأن منح المقاولة مؤشرات تسمح لها بقياس كلفة التعاون مع الهيئة، يتعارض مع إرادة المشرع بعدم الكشف مسبقا عن كافة النقط المرتبطة باحتساب التخفيض من العقوبة المالية، أي مبلغ الغرامة الذي كان سيتم إقراره في حالة عدم تطبيق المسطرة، وذلك من أجل بعثرة حسابات المقاولة. وبالتالي يبقى الشي المؤكد الذي ستعرفه المقاولة هو أن سلطة المنافسة ستحدد العقوبة التي كانت ستوجهها في غياب عدم المنازعة قبل تطبيق نسبة التخفيض التي لن تتجاوز في جميع الأحوال نصف العقوبة المقررة.[494]

في ظل المنطق السابق فإن المنفعة الملموسة التي تشكل عاملا محفزا للمقاولة لاختيار اللجوء إلى مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات تبقى غير أكيدة حتى بعد انطلاق المسطرة وصياغة مقترح التخفيض من قبل المقرر العام. فمعرفة المقاولة بنسبة التخفيض المقترحة من قبل المقرر العام دون معرفة المبلغ الأساس الذي ستطبق بشأنه سلطة المنافسة النسبة المقترحة من قبل المقرر أو اختيارها لنسبة أخرى، يجعل المقاولة المرشحة للاستفادة من المسطرة في وضعية حرجة خاصة وأن العناصر التي قد تساعد في تحديد العقوبة وخاصة تلك المتعلقة بحجم الأضرار التي خلفها التصرف المنافي على الاقتصاد، لن يتم التطرق إليها إلا بعد صياغة المقرر لتقريره، وبالتالي

[493] Patrice BOUGETTE, Hugues BOUTHINON-DUMASET, Frédéric MARTY, La prévisibilité et négociabilité des sanctions en droit de concurrence, op.cit., p.11.

[494] Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non contestation des griffes : un succès non contestable, op.cit., p.90.

المقاولة يتوجب عليها اتخاذ قرار اللجوء للمسطرة دون أن تتمكن من المعرفة المسبقة لمبلغ الغرامة المحتملة.[495]

وهذا هو نفس التوجه الذي كانت تأخذ به المفوضية الأوروبية قبل تبنيها للخطوط التوجيهية بشأن تحديد الغرامات[496]، حيث كانت تعارض فكرة وجود شفافية بشأن تحديد العقوبات المالية، وكانت تعتبر وجود مستوى عالي من التوقعية بالنسبة لمبلغ الغرامة سيؤدي إلى السماح للمقاولات بإمكانية إجراء حساب التكلفة والفائدة وتقدير ما إذا كان من المربح تبني ممارسة مخالفة. إلا أن هذا الرأي انتقده الفقه انطلاقا من كون لا شيء يمنع في ظل مبادئ القانون من تمكين المخاطب بالقاعدة القانونية من معرفة التبعات التي سيتعرض لها في حالة ارتكاب مخالفة لهذه القواعد، كما أن المقاولة لا يمكنها ولا تستطيع أن تحدد بدقة ماذا سيكلفها ثبوت المخالفة، باعتبار أنه بالإضافة إلى العقوبة هناك تبعات أخرى من قبيل دعوى التعويض المدنية التي قد يثيرها المنافسون المتضررون من المخالفة، والخسائر الناجمة عن تأثر سمعتها التجارية سلبا في السوق.[497]

لقد أدت الضغوطات التي مارسها الفاعلون الاقتصاديون فيما يخص مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات بشكل خاص، والتي تهدف إلى ضرورة تبليغ المقاولات بالمبلغ الأساس للعقوبة المالية التي تنتظرها، إلى التأثير على صياغة التعديل الذي أدخله قانون "ماكرون" بتاريخ 6 غشت 2015 على المقتضيات المنظمة لمسطرة عدم المنازعة التي أصبحت بناء على هذا

[495]Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non contestation des griffes : un succès non contestable, op.cit, p.89.

[496] Ligne directive pour calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a) règlement (CE° n 1/2003 JOCE, 2006, p.2. En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:FR:PDF (consulter le 20 juin 2020)

[497] Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p. 41,42.

التعديل مسطرة صلح[498]. فالمسطرة الأولى كما هو الحال الآن في التشريع المغربي كانت تعطي الحق للمقاولة في التفاوض بشأن نسبة التخفيض مع المقرر على مبلغ عقوبة غير محدد بشكل دقيق مسبقا بل سيتم تحديده مستقبلا من قبل المجلس، وقد جاء هذا التعديل لتقليص من تلك الشكوك من خلال إعطاء المقاولات إمكانية معرفة الحد الأدنى والأقصى للعقوبة المالية التي قد تواجهها ليس وفقا لنسبة مئوية من الحد الأقصى بل وفقا للقيمة المالية المطلقة لمبلغ العقوبة.

فهذا التعديل بسط ميكانيزم تحديد العقوبة المالية في حالة عدم المنازعة وجعله أكثر توقعية بالنسبة للمقاولات المعنية. إذ منح الصلاحية لمصالح التحقيق للتفاوض مع المقاولة بشأن وضع عتبة تحدد المبلغ الأقصى والأدنى للقيمة المالية للعقوبة، دون المس بالسلطة التقديرية للهيئة، التي يبقى لها تحديد هذه القيمة بالتدقيق في حدود هذه العتبة، وفي حالة عدم الاقتناع بهذه العتبة فإن الهيئة ترجع القضية إلى مصالح التحقيق من أجل التوافق من جديد مع المقاولة على تعديل هذه العتبة، الشيء الذي قد تتجنبه الهيئة نظرا لثقل المسطري الذي قد يشكله هذا الإجراء.[499]

على العكس من ذلك، نظام الاعتراف المتفاوض بشأنه في القانون الأمريكي أو ما يطلق عليه بالإنجليزية " plea bargainning " يتم التفاوض في إطاره على أساس المبلغ الأقصى للعقوبة المالية الذي لا يمكن تجاوزه في القرار النهائي، وبالتالي فالمقاولة تكون قادرة على تقدير ما إذا كان التخفيض من العقوبة يبرر التنازل عن حقوقها التي توجبها المسطرة التفاوضية[500]. بالإضافة إلى ذلك فإن هذه العقوبات تتحدد بناء على الخطوط التوجيهية التي يطلق عليها "US Sentencing Guidelignes" [501]، وهي عبارة عن خطوط توجيهية تحدد بشكل دقيق

---

[498] Patrice BOUGETTE, Hugues BOUTHINON-DUMASET, Frédéric MARTY, La prévisibilité et négociabilité des sanctions en droit de concurrence, op.cit., p.11.

[499] La nouvelle procédure de transaction de l'autorité de la concurrence, Alerte concurrence, France, avril 20018.

[500] Voir. Ted. R. Crim. Proc. Rule 11 (b) 1 (h) selon laquelle la cour doit informer la partie defendress avant que celle-ci n'accepte de plaider coupable de « any maximum possible penalty. Including imprisonmment fine and term of supervised release » cite par Denis WAELBROECK, le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p. 36.

[501] United States sentencing guidelines manual, 1er novombre 20014, 2R1.1, p.286.

كافة العناصر الواجب أخذها بعين الاعتبار أثناء تحديد مبلغ الغرامة في إطار مسطرة " plea bargainning".

انطلاقا مما سبق نخلص إلى أن التطور الذي عرفته التجارب المقارنة السابقة في ما يتعلق بتعزيز متطلبات الشفافية والمقروئية بشأن العقوبة المالية التي قد تنتظر المقاولة في ظل عدم منازعتها في المؤاخذات، لم يستفد منه المشرع المغربي في صياغته المقتضيات المنظمة لمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات. فقد حافظ على التوجهات القديمة لنظيره المقارن في التشريع الفرنسي الشيء الذي يجعل هذه المسطرة تفتقر للشفافية والتوقعية، خاصة فيما يرتبط بنقص المؤشرات المرتبطة بتحديد مبلغ العقوبة التي تنتظر المنشأة في ظل انخراطها في هذه المسطرة، فغياب نصوص تطبيقية تضيء هذه المسألة ينعكس سلبا على جاذبية هذه المسطرة التي قد تكون آلية جد فعالة لدور المجلس، تسمح له بحل القضايا البسيطة المتراكمة. لذا يتوجب على هذا الأخير بدل جهود في اتجاه تعزيز شفافية ومقروئية هذه المسطرة، ولعل الإشارة التي جاءت في التقرير السنوي للمجلس بشأن إعداد دلائل فيما يخص تحديد العقوبات بشكل عام وبشأن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات بشكل خاص تذهب في اتجاه الوصول إلى تحقيق هذه الشفافية والمقروئية.

يبقى أن نشير في الأخير إلى أن الإشكال المتعلق بالمقتضيات التي تسمح لهيئة المنافسة الفرنسية بتوجيه الملف لوكيل الجمهورية لتحريك المتابعة الجنائية لم تطرح فقط بالنسبة للمقاولات التي تقدم طلب الإعفاء بل كذلك بالنسبة للمقاولات التي تطلب الاستفادة من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فلجوء هيئة المنافسة إلى إحالة الملف الناتج عن هذا النوع من المساطر إلى ممثل النيابة العامة قد يكون له أثر جد سلبي على أهداف هذه المسطرة. فرغم أن مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) ما فتئ يؤكد على أن هذه المسطرة لا يمكن أن تكون أساسا لتوجيه الاتهام ضد رئيس المقاولة باعتباره شارك في الممارسة وفقا للمادة L420-

6 [502]،لكن الملاحظ أن المجلس تراجع عن هذا التوجه السابق وقام في قراره بتاريخ 3 دجنبر 2008 رقم 08-D-29 بشأن ممارسات تهم طلب عروض يتعلق بصيانة معدات النجارة الحديدية، بإحالة الملف على وكيل الجمهورية وفقا لنفس المادة L420-6 رغم أن الشركتين المعنيتين في هذه القضية استفادت من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات.[503]

وفيما يتعلق بهذا النقطة الأخيرة بالذات نرى بأن هذا الإشكال قد يتم تفادي وقوعه إذا التزم مجلس المنافسة المغربي بإعمال مسطرة عدم التعرض على صحة المؤاخذات بشأن الممارسات التي لا تكون بتلك الخطورة التي تبرر اللجوء إلى تطبيق المادة 25 من القانون رقم 104.12، وباتالي لا يتم منح تخفيض من الغرامة مقابل عدم معارضة المنشأة للمؤاخذات المبلغة لها والقيام في نفس الوقت بإحالة الملف إلى وكيل الملك لإجراء المتابعات في مواجهة مسيرها. وعلى العموم يمكن القول إن مقتضيات المادة 25 من ق.ح.أ.م. ليس من شأنها تعطيل تطبيق المقتضيات المتعلقة بالمساطر التفاوضية بشكل عام إذا أخذنا بعين الاعتبار أنه لم يسبق في ظل القانون القديم رقم 06.99 تحريك النيابة العامة لمقتضيات المتابعة الجنائية وفق لآلية الإحالة، كما لا ينتظر في المدى القريب أن يتم ذلك بالنسبة لمقتضيات القانون رقم 104.12.

حاصل القول إن نقص التوقعية والشفافية في نصوص ق.ح.أ.م. سواء المتعلقة بمسطرة الإعفاء ومسطرة عدم الطعن في صحة المؤاخذات، لا يسمح بتأطير واضح لحدود السلطة التقديرية لمجلس المنافسة سواء في منح الاعفاء أو التخفيض من العقوبة المالية، أو إحالة الممارسات موضوع هذه المساطر إلى وكيل الملك بشأن إجراء المتابعة الجنائية، وبالتالي لا يشجع

---

[502] A.C.F, Rapport annuel 2005, préc., p.138.

[503] C.C.F, Decision n° 08-D-29 du 3 décembre 2008, paragraphe 167 : « Les faits révélés par le déroulement des appels d'offres décrits plus haut, tels qu'ils sont décrits aux paragraphes 70 à 107, sont susceptibles de recevoir une qualification pénale en vertu des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce qui réprime les infractions commises par les personnes physiques qui prennent une part personnelle, déterminante et frauduleuse dans la commission de pratiques anticoncurrentielles. C'est pourquoi l'ensemble du dossier sera Transmis au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil. », p.28 En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//08d29.pdf (consultée le 26 juin 2020)

المقاولات المغربية بشكل كاف يجعلها تقدم على التعاون مع المجلس، انطلاقا من أنها حتى وإن احترمت الشروط المحددة فإنه لا يمكنها التيقن بشكل كاف من حجم الاستفادة الناتج عن هذا التعاون.

المبحث الثاني: ضرورة التوفيق بين الضمانات المتعلقة بسير المساطر التفاوضية

انطلاقا من الطبيعة الشبه قضائية التي تميز أدوار سلطة مراقبة المنافسة والتي أسند لها المشرع صلاحية توقيع عقوبات إدارية بشأن المخالفات التي ترصدها بشأن قواعد المنافسة، وانطلاقا من كون هذه العقوبات يكون لها أثر مباشر على مصالح المنشآت التي تخرق قواعد المنافسة، فالمشرع عمل على تنظيم المساطر التي تفضي إلى تبني هذه العقوبات وفقا لإجراءات مماثلة لما هو معمول به أمام القضاء، وعليه فإن تنظيم المشرع لسير المساطر أمام مجلس المنافسة المغربي أخذ بعين الاعتبار أهم الضمانات المعمول بها أمام القضاء، لكن وفقا لمقاربة متفاوتة نسبيا بين المسطرة النزاعية العادية وباقي المساطر التفاوضية، ولعل ذلك راجع إلى اختلاف الأهداف المبتغاة من هذه المساطر.

لهذا سنحاول في هذا المطلب التطرق لكيفية تعامل المشرع مع الضمانات المتعلقة بسير المساطر التفاوضية، التي يكون لها أثر مباشر على مصالح الأطراف المتدخلة في هذه المساطر، والتي قد تبرر ضرورة الحد نسبيا من أحد هذه الضمانات مقابل تقوية أخرى، إذ تتطلب فعالية المساطر التفاوضية التليين من مبدأ التواجهية (المطلب الأول) مقابل دعم مقتضيات السرية (المطلب الثاني) فيما نجد أن مبدأ فصل سلط التحقيق عن التقرير يتم التعامل معه بشكل متفاوت حسب كل مسطرة تفاوضية على حدة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التليين من ضمان التواجهية بشأن سير المساطر التفاوضية

تعتبر ضمانة أو مبدأ التواجهية عصب حق الدفاع المكفول في القواعد العامة للمنازعات والواجب احترامه في كافة القوانين التي تنظم المسطرة النزاعية أمام مختلف الهيئات القضائية، لذلك يتوجب احترامه في قوانين المنافسة التي تمنح سلطة حل نزاعات المنافسة لجهاز إداري له صلاحية تسيير مسطرة شبيهة بتلك المطبقة أمام القضاء. فهذا المبدأ يرتكز بالأساس على توفير الوسائل التي تسمح لأطراف المسطرة النزاعية بمناقشة وإبداء ملاحظاتهم بشأن مجموع الوقائع المادية والقانونية الموجهة لهم، ما يفرض احترامه منذ انطلاق إجراءات التحقيق والمسطرة أمام سلطة المنافسة، أما إجراءات الأبحاث الإدارية التي تقوم بها مصالح هذه السلطة فهي لا تخضع لهذا المبدأ، لأن إثباتات وجود مخالفة لا يعتبر حكما مسبقا بمسؤولية المقاولة عنها، رغم ذلك فهذه الضمانة قد تطبق أمام سلطة المنافسة بدرجة متفاوتة بحسب ما إذا تعلق الأمر بمسطرة النزاعية العادية أو بالمسطرة التفاوضية.

ومن بين أهم الحقوق التي تسمح بتحقيق ضمانة التواجهية هو الحق المتعلق بالاطلاع على الوثائق المكونة للملف المعروض على سلطة المنافسة، فهذا الحق يسمح للأطراف المعنية بالحصول على الوسائل التي تمكنهم من مناقشة وتقديم ملاحظاتهم بشأن ما يتضمنه هذا الملف من مؤاخذات.

فمن خلال الاطلاع على مقتضيات قانون المنافسة المغربي رقم 104.12 نجد أن تطبيق حق اطلاع الأطراف المعنية على مكونات الملف لا يتم إلا في مرحلة التبليغ بالمؤاخذات إذ تنص المادة 29 من ق.ح.أ.م على أنه: " دون الإخلال بالتدابير المنصوص عليها في المادة 35 أدناه، يبلغ المقرر العام المؤاخذات إلى المعنيين بالأمر وكذا إلى مندوب الحكومة الذين يجوز لهم الاطلاع على الملف مع مراعاة المادة 31 وتقديم ملاحظاتهم داخل أجل شهرين ". فهذه المقتضيات تفيد بأن المنشآت المعنية لا يمكنها الاطلاع ولا يمكنها الولوج إلى ملف القضية إلى

بعد التوصل بالمؤاخذات أي بعد إتمام إجراءات البحث، وبالتالي لا يمكنها تقدير موقف مجلس المنافسة إلا من خلال هذا التبليغ بالمؤاخذات، ومنذ هذه اللحظة يمكن للمقاولة الاطلاع على كافة الوثائق المكونة لملف مجلس المنافسة، بخلاف مرحلة الأعمال التحضيرية التي تهم القيام بإجراءات البحث فإنه لا يسمح للأطراف المستجوبة من قبل مصالح البحث الاطلاع على وثائق الملف. [504]

إضافة إلى المقتضيات السابقة منح المشرع في المادة 30 من ق.ح.أ.م. أجل شهرين وهو أجل ليس بالقصير للأطراف المعنية لتقديم ملاحظاتها وممارسة حق الاطلاع على الملف، بل الأكثر من ذلك أتاح المشرع في نفس المادة إمكانية تمديد هذا الآجال لمدة شهر واحد في حالة وجود ظروف استثنائية منعت المنشأة من ممارسة هذا الحق، كما أنه أجاز للمجلس دعوة الأطراف لتقديم ملاحظاتهم شفويا أثناء جلساته والإجابة عن الأسئلة المطروحة عليه.

يتبين أن المشرع من خلال المواد المؤطرة للمسطرة أمام مجلس المنافسة حرص على إعطاء الأطراف المعنية الضمانات الكافية احتراما لمبدأ التواجهية وخاصة في ما يتعلق بحق الأطراف في الاطلاع على وثائق الملف وتقديم ملاحظاتهم الكتابية والشفوية، ينضاف إلى ذلك تنصيصه في المادة 29 من ق.ح.أ.م على كون التحقيق والمسطرة حضوريين، وكذلك على إمكانية طلب الاستعانة بالخبرة في المادة 28 من نفس القانون، وذلك حتى تتمكن الأطراف المعنية من ممارسة حقها في الدفاع عن مصالحها بشكل كاف ومنتج، وذلك اقتداء بما هو معمول به في القواعد العامة للمسطرة المدنية، ولعل هذا ما جعل الفقه الفرنسي يعتبر بأن المسطرة أمام هيئات المنافسة هي مسطرة نزاعية شبه قضائية.

وفي هذا الإطار، يتوجب التساؤل عن كيفية تعامل المشرع مع ضمان التواجهية في المقتضيات الخاصة المؤطرة للمساطر التفاوضية، وهل هذا التعامل يراعي مصالح الأطراف المرتبطة

[504] Patricia KIPANI, Les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.124.

بهذه المسطرة، هذا ما سنحاول التطرق إليه بالنسبة لمسطرة التعهدات (الفقرة الأولى) ثم مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات (الفقرة الثانية) ومسطرة الإعفاء (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: ضمان التواجهية بالنسبة لمسطرة التعهدات

انطلاقا من تأكيدنا على كون ضمانة التواجهية ترتبط بشكل مباشر بإتاحة الإمكانية لأطراف المسطرة للاطلاع على وثائق الملف في أفق تقديم ملاحظاتهم بشأن ما تتضمنه والدفاع عن مصالحهم أثناء سير هذه المساطر، نجد أن المشرع المغربي أثناء تنظيمه لمسطرة التعهدات في المادة 36 من ق.ح.أ.م لم يتعرض إلى المقتضيات المتعلقة بالاطلاع على الملف، واقتصر في المادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 على التنصيص بأنه : " عندما يعتزم مجلس المنافسة تطبيق الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون رقم 104.12، المتعلق بالموافقة على التعهدات المقترحة من طرف المنشآت، يقوم المقرر بإخبار المنشآت والهيئات المعنية بنتائج تقييمه الأولي بخصوص الممارسات المعنية". وهذا يفيد مبدئيا أن الشيء الوحيد الذي تطلع عليه المقاولة هو نتائج التقييم الأولي فقط، وذلك لأن الحق في الاطلاع على الوثائق المكونة لملف سلطة المنافسة لا يتم إعماله إلا انطلاقا من مسطرة تبليغ المؤاخذات، ومعلوم أن مسطرة التعهدات يتم تطبيقها بشكل أساسي في المرحلة السابقة لصياغة وتبليغ التعهدات، لكون الهدف منها هو تجنب السير قدما في هذه الإجراءات لأن الشكوك التنافسية بشأن تصرفات المنشأة لا ترقى إلى مستوى المخالفة.

وانطلاق من خصوصية تطبيق مسطرة التعهدات يتبين أن المعلومات التي يمكن أن تطلع عليها المقاولات المعنية تكون جد محدودة، مما يدفع للتساؤل في ظل سكوت النصوص التشريعية المنظمة لمسطرة التعهدات في ق.ح.أ.م. عن مدى إمكانية السماح للمنشئات المعنية بهذه المسطرة بالاطلاع والحصول على الوثائق التي تأسس لنتائج التقييم الأولي الذي أنجزه المقرر. للإجابة عن هذا التساؤل يتوجب علينا الرجوع إلى التطبيقات العملية بشأن مسطرة التعهدات

أمام هيئة المنافسة الفرنسية التي تفيد بأن العنصر الوحيد الذي يمكن الاطلاع عليه هو التقرير الإداري للأبحاث التي أجرتها مصالح الهيئة.

لكن وجب أن نشير إلى أن الفقه الفرنسي لاحظ في القضايا الأولى التي طبقت فيها هذه المسطرة أن التقرير الاداري لم يمكن متاحا الاطلاع عليه من قبل اللأطراف، هذا الموقف أكدته محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 2007 المتعلق بالطعن في قرار مجلس المنافسة رقم 06-D-24 الصادر بتاريخ 14يليوز 2006 بشأن ممارسات تهم عقود توزيع وبيع الساعات عن بعد، حيث أكدت بأنه بالنظر لخصوصية مسطرة التعهدات فإن إجراءات التحقيق بشأنها تكون مخففة مقارنة بالمسطرة العادية[505]. وهذا ما يفيد أن هذه الخصوصية تسمح لهيئة المنافسة بإعمال سلطتها التقديرية في ما يرتبط بمنح الامكانية للأطراف للاطلاع على وثائق الملف خلال هذه المرحلة التي تسبق تبليغ المؤاخذات.[506]

لكن سرعان ما تم التراجع عن التوجه السابق، إذ تدخلت محكمة النقض الفرنسية لرسم حدود هذه السلطة التقديرية الناتجة عن غياب مقتضيات قانونية خاصة بشأن حق الأطراف المتدخلة في مسطرة التعهدات في الاطلاع على الملف المعد من قبل مصالح الهيئة، وذلك في قرارها رقم 1213 الصادر بتاريخ 4 نونبر 2008[507]، نقضت فيه جزئيا قرار محكمة الاستئناف بباريس، من خلال اجتهاد مبدأي يؤكد على حق الأطراف في الاطلاع على الملف أثناء تطبيق مسطرة التعهدات، إذ قررت ما يفيد بأن الأطراف يجب أن يكون لهم حق الاطلاع على مجموع الوثائق التي ارتكز عليها المقرر لصياغة الفحص الأولي وكذلك مجموع الوثائق التي

---

[505] C.A de paris, 1ère chambre, section H Arrêt du 16 octobre 2007, préc., "Mais considérant à cet égard que le conseil de la concurrence a justement estimé que la procédure d'engagements présentait des spécificités, et en particulier des mesures d'instruction allégées par rapport à la procédure habituelle, comportant une simple évaluation préliminaire des pratiques en cause en vue d'identifier des préoccupations de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la qualification de comportements au sens des articles L 410-1 ou L 410-2 du code de commerce, ni a fortiori à la constatation d'une infraction à ces dispositions, et ne nécessitant dès lors pas la détermination exacte du marché pertinent ".

[506] Patricia KIPANI, Les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.126.

[507] Cass. Com, Arrêt n° 1213 du 4 novembre 2008 (cassation partielle), préc.

وضعت رهن إشارة المجلس من أجل التقرير بشأن التعهدات، وأنه يتوجب على محكمة الاستئناف التي قدم لها أحد الأطراف طلب طعن في قرار مجلس المنافسة تبعا لعدم تمكينه من الاطلاع بشكل كامل على الملف، أن تتأكد من تلقاء نفسها إذا ما كان عدم تبليغ بعض الوثائق يشكل مساسا بمصالحه .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أنه وبالرغم من أن التقييم الأولي يهدف فقط لضمان جدية المسطرة وأنه لا يهدف إلى الاستدلال على وقوع المخالفة ولا النطق بجزاءات، إلا أنه من أجل اتخاذ قرار قبول التعهدات فإن النصوص القانونية تنص على ضرورة وجود شكوك آنية بشأن المنافسة، فتعيين هذه الشكوك من قبل سلطة المنافسة سيترتب عنه آثار قانونية سلبية تجاه مصالح الأطراف، حتى وإن اقتصرت هذه الآثار على وجوب الالتزام باحترام التعهدات المقترحة، الشيء الذي يجعل من الضروري توفر ضمانات الدفاع لهؤلاء، وفقا لمبادئ الاجتهاد القضائي لمحكمة الدرجة الأولى الأوروبية[508]، التي توجب احترام حق الاطلاع على وثائق الملف كلما تعلق الأمر بقرار له أثر سلبي على المقاولة، وبالتالي فالتعهدات لا تخرج عن هذا المبدأ.[509]

كما أكد القرار السابق على وجوب احترام هيئة المنافسة لحق أطراف المسطرة في الاطلاع على وثائق الملف التي بحوزتها ضمانا لتحقيق مبدأ التواجهية بشأن هذه المسطرة، وأن هذه الضمانة تخضع لرقابة محكمة الاستئناف، التي تتأكد من تلقاء نفسها من كون عدم احترامها من شأنه المس بمصلحة أحد الأطراف، وبالتالي فالمحكمة لابد لها من التأكد من عدم إتاحة الفرصة للطرف المشتكي للاطلاع على وثائق الملف، وتأكد أيضا من كون ذلك قد مس بمصلحته بشكل ملموس.

[508] T.P.I.C.E, Arrêt du 4 mars 1999 Generali/UNICREDITO T-86/96, REC. CJCE 11-203 PTS, 78, En Ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61996TJ0087 (consultée le : 4 juillet 2020)

[509] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.374 ;375.

هذا التوجه السابق تم تأكيده في قرارات لاحقة لمحكمة الاستئناف بباريس ومنها القرار الصادر بتاريخ 26 نونبر 2008[510] الذي ألغت فيه قرار مجلس المنافسة رقم 07-D-22 بشأن قبول التعهدات في ملف يتعلق بممارسات تهم سوق توزيع الأدوية، هذا القرار تضمن تأكيد محكمة الاستئناف على أنه يتم إبطال قرار التعهدات المتخذ من قبل مجلس المنافسة الفرنسي بمجرد التأكد من غياب تبليغ الوثائق للأطراف، فعدم قيام المجلس بهذا التبليغ يفترض معه وجود مساس بضمانة التواجهية مما يبرر إبطال قرار المجلس. وبالتالي فهذا القرار يفيد بأنه بمجرد ثبوت عدم منح الأطراف حق الاطلاع والحصول على وثائق الملف في مسطرة التعهدات، فإنه يتم إبطال القرار المتعلق بهذه المسطرة ولا يتوجب آن ذاك على الطرف الطاعن إثبات مساس بمصالحه.

لكن محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2 فبراير 2010 نقضت القرار السابق لمحكمة الاستئناف بباريس، وأكدت على أنه في مسطرة التعهدات عندما لا يسمح للأطراف بالاطلاع على مجموع الوثائق التي ارتكز عليها المقرر، لا يقع إبطال قرار التعهدات إلا في الحالة التي يؤدي فيها عدم الاطلاع والحصول على الوثائق المرتبطة بمسطرة التعهدات إلى المساس بمصلحة الطرف الذي طعن في القرار، وأنه بعدم قيام المحكمة بالتأكد من كون غياب تبليغ التقرير من شأنه المس بمصالح المشتكي، فإنها لم تأسس لقرارها بشكل قانوني [511].

---

[510] C.A de paris, Arrêt du 26 novembre 2008, n° 08/13018 En Ligne :
https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2008/SKEA02861F7BEEB2D4AC9D (consultée le : 24 juillet 2020)

[511] Cass. Com, Arrêt du 2 février 2010,n° 08-70.449, Publié au bulletin, annule l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 26 novembre 2008, par motive : « Alors que lorsque, dans une procédure d'engagements, l'intégralité des documents sur lesquels le rapporteur s'est fondé n'est pas rendue accessible aux parties, la nullité de la décision n'est encourue que si ce défaut de communication a porté atteinte aux intérêts de la partie qui critique la décision ; qu'en ne faisant pas produire le rapport d'enquête pour vérifier si l'absence de communication du rapport était de nature, ou non, à porter atteinte aux intérêts du plaignant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. au regard des articles L 463-1, L 464-2 et R 464-2 du code de commerce et 16 et 455 du code de procédure civile. En Ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021788065/ (consultée le : 10 juillet 2020)

نستخلص من القرار السابق لمحكمة النقض الفرنسية أنه في المسطرة العادية التي توجب فيها مقتضيات قانونية صريحة على هيئة المنافسة السماح للأطراف بالاطلاع على وثائق الملف وتمكينهم منها، وفي حالة تخلف الهيئة عن احترام هذه المقتضيات فإن قرارها يكون معرض للأبطال لعدم احترام ضمانة مؤطرة بنصوص قانونية صريحة لا تترك المجال للبحث عما إذا كان هذا المساس قد أثر أم لا على مصالح الأطراف.

وبخلاف ما سبق، ففي مسطرة التعهدات التي تغيب فيها مثل هذه النصوص الصريحة، فإنه إذا كان المبدأ هو أن أطراف هذه المسطرة يستفيدون من هذه الضمانة التي تكرس لإعمال مبدأ التواجهية بشأن هذه المسطرة التفاوضية، إلا أن التعامل مع هذا المبدأ يتم بشكل أكثر مرونة، ما يسمح لسلطة المنافسة بإمكانية تسهيل حق الاطلاع والتبليغ بالوثائق الضرورية لحماية مصالح الأطراف، وأن تتجنب ذلك بالنسبة لباقي الوثائق التي لا يكون لها تأثير على مصالح هؤلاء، وذلك حتى لا يعطل الاحترام الضيق لمثل هذه الضمانة المرونة والسرعة المطلوبة في هذا النوع من المساطر، من منطلق أن هذه المساطر لا تمر عبر إجراءات المسطرة العادية وليس الهدف منها التثبت من المخالفة وإصدار قرار يتضمن النطق بعقوبة.[512]

هذه المبادئ التي وضعتها محكمة النقض بشأن الاطلاع وتبليغ الوثائق للأطراف في مسطرة التعهدات، تم تكريسها في بلاغ هيئة المنافسة الفرنسية بشأن تطبيق مسطرة التعهدات في النقطة رقم 27، التي تشير إلى أنه لكل من صاحب الإحالة والمقاولة المعنية الحق في الاطلاع على مجموع الوثائق التي ارتكز عليها المقرر في صياغة التقييم الأولي ومجموع الوثائق المقدمة للهيئة من أجل البت بشأن قرار التعهدات.[513]

[512] Patricia KIPANI, Les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.129

[513] A.C.F., Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., : « 27. Le saisissant et l'entreprise concernée (ci-après, les « parties à la procédure ») ont « accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis [à l'autorité] pour statuer sur les engagements14 », c'est-à-dire au moins l'évaluation préliminaire et les observations des tiers versées au dossier en réponse au test de marché. » p.6.

نشير في الأخير إلى أن رأي فقهي جدير بالتأييد بخصوص مسألة احترام حق الاطلاع على وثائق الملف اثناء تطبيق مسطرة التعهدات، ذهب إلى القول بوجوب النظر إلى هذا الحق من منظور الأهداف التي تنطلق منها مسطرة التعهدات، إذ يتوجب على هيئة المنافسة ضمان حد أدنى من امكانية الاطلاع على الوثائق، وخاصة تلك المرتبطة بالتقييم الذي ينجزه المقرر، الشيء الذي يسمح للمقاولة بتقديم تعهدات كافية للإجابة عن الشكوك التنافسية[514].

لذلك نرى أنه في ظل غياب الإشارة في المادة 36 إلى إمكانية اطلاع المنشآت على الوثائق التي يتأسس عليها التقرير الأولي الذي ينجزه المقرر عند اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات، وباعتبار هذا التقييم هو المنطلق والأساس الذي تبنى عليه التعهدات، يتوجب على مجلس المنافسة المغربي تدارك هذا النقص من خلال الاستفادة من تجارب هيئات المنافسة المقارنة، وخاصة هيئة المنافسة الفرنسية التي تسمح للمنشآت بالاطلاع على الوثائق المهمة التي تمكنهم من حماية مصالحهم أثناء تطبيق المسطرة ومن أجل الاستيعاب الدقيق لشكوك التنافسية التي تثيرها تصرفاتهم، وتقديم التعهدات المناسبة والضرورية لمعالجة هذه الشكوك، وذلك في أفق تأطير حدود هذا الحق في الدليل الذي أعده المجلس بشأن تطبيق مسطرة التعهدات.

الفقرة الثانية: ضمان التواجهية بالنسبة لمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

تفيد مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. أن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات لا تطبق إلى بعد توصل المقاولة بالمؤاخذات، ويتضح أنه الشق المتعلق بالاطلاع على وثائق الملف في إطار هذه المسطرة يخضع لقواعد المسطرة العادية المنظمة في ق.ح.أ.م، وخاصة المادة 29 التي تنص على أنه للمنشأة بعد توصلها بالمؤاخذات الحق في الاطلاع على كامل الملف.

لكن يظهر أن ضمانة التواجهية يتم الحد منها بشكل كبير لأن جوهر مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات يرتبط أساسا بعدم مناقشة أو إبداء ملاحظات بشأن المؤاخذات

[514]Patricia KIPANI, les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.130.

المقدمة من قبل سلطة المنافسة إلا فيما يتعلق بتقديرات سلطة المنافسة المتعلقة بتحديد العقوبة المالية ونسب التخفيض، ولا يمكن مناقشة كل ما يتعلق بالوقائع وتكييفها ومسؤوليتها عن المخالفة المؤاخذ عليها[515]. وهذا ما تؤكده التطبيقات العملية لمبدأ التواجهية في ظل مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات المطبقة أمام هيئة المنافسة الفرنسية، ففي قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 9 نونبر 2004 بشأن الطعن في قرار مجلس المنافسة الفرنسي – هيئة المنافسة الفرنسية حاليا- رقم 08-D-04، أكدت المحكمة على أنه مادام النقاش قد تم بالنسبة للتعهدات والمبلغ الأساس للجزاء فإن المسطرة لم تخرج عن متطلبات التواجهية[516].

لكن قد يطرح التساؤل بشأن الحالة التي يتم فيها توجيه عدة مؤاخذات بشأن ممارسات مختلفة تؤاخذ بشأنها نفس المنشأة، فالمادة 37 من ق.ح.أ.م لا تتضمن إشارات تفيد عدم القبول بإمكانية عدم معارضة المنشأة مؤاخذات بعينها دون الأخرى، ففي ظل تطبيقات التشريع الفرنسي المقارن للمقاولة إمكانية الاستفادة من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات من خلال اختيار التنازل عن منازعة المؤاخذات بشأن ممارسة دون أخرى، وفي هذه الحالة فإن مبدأ التواجهية يتم إعماله بشكل تام بالنسبة للمؤاخذات الذي تمت المنازعة بشأنها، وبشكل ناقص بالنسبة لتلك التي لم تنازع فيها المقاولة.

يبقى أن نشير إلى أن محدودية إعمال مبدأ التواجهية الناتج عن لجوء المقاولة لعدم معارضة المؤاخذات قد يكون له أثر مباشر على حدود التواجهية التي قد تستفيد منها باقي المقاولات الأطراف في القضية، ففي اجتهادا لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 29 مارس 2011، أكدت فيه هذه المحكمة أن المقاولة التي اختارت المنازعة في المؤاخذات لا يمكنها سوى مناقشة

---

[515] Sarah-Marie CABON, La négociation en matière pénale, op.cit., p.241.

[516] C.A de paris, 1er chambre, 9 novembre 2004, Arrêt concernant la décision n° 04-D-08 du conseil de la concurrence en date du 30 avril 2004. En ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006944924/ (consultée le : 25 juillet 2020)

المؤاخذات المتعلقة بمشاركتها في هذه الممارسة فقط، ولا يمكنها مناقشة أساس وجود المخالفة من عدمها، والذي لم تنازع فيه بقية المقاولات الأطراف في الممارسة.[517]

يمكن القول بأن هذا القرار يكرس إمكانية مواجهة المقاولة الطرف في الممارسة بنتائج عدم منازعة باقي المقاولات في المؤاخذات المتعلقة بنفس الممارسة وإن كانت هذه المقاولة ليست طرفا في مسطرة عدم المنازعة[518]، وما يؤكد ذلك هو تبني هذا الاجتهاد في بلاغ هيئة المنافسة بشأن تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات[519]. ولعل الدافع وراء تبني هيئة المنافسة هذا التوجه هو أنه إذا أتيحت الفرصة للمنشأة التي لم تختر المنازعة في المؤاخذات إعمال التواجهية من خلال مناقشة وجود المخالفة من عدمها، سيجعل مسطرة عدم المنازعة التي طبقت بشأن باقي المقاولات الأطراف دون منفعة مسطرية تذكر، لأن الهيئة ستضطر إلى القيام بجميع التحقيقات التي تمكن من اثبات وقوع المخالفة، وبالتالي لن تكون هناك استفادة حقيقية من تأكيد باقي المقاولات للمؤاخذات.

وفي هذا السياق يذهب رأي فقهي[520] في تعليقه على قرار مجلس المنافسة الفرنسي رقم 03-D-10 بتاريخ 20 فبراير 2003[521] في قضية أشغال الصباغة الصناعية، إلى أن

---

[517] Cass. Com, Arrêt du 29 mars 2011, n° 10-12.913, (manpower) , « Mais attendu qu'ayant relevé que les sociétés Adia, Adecco, Groupe Vedior France et VediorBis n'avaient pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé qu'en conséquence seule la question de la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée; que le moyen n'est pas fondé; » En Ligne ;
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023806329/ (consultée le : 28 juillet 2020)

[518] Norton Rose, Séminaire : Non contestation des griefs et transaction, 20 décembre 2012, paris, Revu Concurrence Consommation, p.2.

[519] Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, préc., : « 43. Dès lors que d'autres parties mises en cause contestent les griefs qui leur ont été notifiés, l'Autorité demeure en revanche tenue de démontrer leur participation aux pratiques anticoncurrentielles en cause », p.9.

[520] Florent VENAYRE, La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs, Revue Lamy De La Concurrence, Edition lamy/wolters khuwer, 2011, 28, p.18.

[521] C.C.F, Décision n° 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, En Ligne :

المقاولة التي لا تنخرط في مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات قد تجد نفسها في وضعية صعبة، من ناحية إمكانية الدفاع بشكل فعال عن مصالحها أثناء سريان المسطرة العادية. ففي هذه القضية تم مؤاخذة أربع مقاولات بشأن ممارسة تتمثل في اتفاق مناف بشأن طلب عروض عمومي، ثلاثة من هذه المقاولات تقدمت بطلب الاستفادة من مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، أما بالنسبة للمقاولة الرابعة التي اختارت المنازعة في المؤاخذات فقد وضعت في موقف جد معقد في ما يتعلق بالمنازعة في الوقائع، خاصة وأن الأمر يتعلق هنا باتفاق مناف نتج عنه تبادل معلومات حول الأثمنة المقدمة في عروضها في إطار طلب عروض عمومي، وهذه الممارسة من المفترض أنها ذات طبيعة ثنائية أو متعددة الأطراف، يكون من الصعب نفيها من قبل طرف واحد إذا أقرها البقية.

ومضامين القرار الصادر بشأن هذه الممارسة توضح بشكل ملموس هذه الصعوبة خاصة في ما يرتبط بتبادل المعلومات بين المقاولة المنازعة في المؤاخذات والمقاولات التي اختارت عدم المنازعة. فقد أشار مجلس المنافسة في النقطة 131 من هذا القرار إلى أنه يتضح من وثائق الملف ومن مختلف العناصر التي تم التحصل عليها، أن المقاولة "لزارد" لم تنازع في المؤاخذة المرتبطة بتبادل المعلومات مع المقاولة "سوريسبي" بخصوص طلب العروض، الشيء الذي يشكل مجموعة من المؤشرات الدقيقة والمتجانسة تفيد بأن هذه الأخيرة قامت بتبادل المعلومات مع المقاولة "لزارد" فيما يتعلق بثمن العرض الذي صاغته قبل انتهاء أجل وضع الطلبات.[522]

يمكن أن نستنتج من القرار السابق أنه عند تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات فإنه يتم التقليص من مجال إعمال مبدأ التواجهية بشأن الممارسة المنافية موضوع المسطرة، الشيء

---

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//03d10.pdf (consultée le : 25 juillet 2020)

[522] Décision n° 03-D-10 du 20 février 2003, préc. : « Le document ci-dessus analysé, rapproché des autres éléments recueillis, étant observé que Lassarat n'a pas contesté le grief d'avoir échangé des informations avec Sorespi concernant cet appel d'offres, constitue ensemble un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant que Sorespi a échangé des informations avec Lassarat concernant le prix de son offre antérieurement à la date limite du dépôt de l'offre. », p.22.

الذي ينعكس سلبا على مصالح المنشأة التي تتنازل ضمنيا عن إعمال الاستفادة من التواجهية عندما لا تنازع في المؤاخذات. وإذا كان هذا الأمر يمكن قبوله من منطلق أنه يخدم مصالح المقاولة التي ستستفيد تبعا لذلك من التخفيض في العقوبة المالية، فإننا نرى بأنه لا يمكن تبريره إذا كان تطبيق هذه المسطرة سيؤدي إلى المس بمصالح المنشآت التي اختارت منازعة المؤاخذات عكس شركائها في الممارسة، من خلال حرمانها من إعمال مبدأ التواجهية في ما يتعلق بمناقشة مدى وقوع الممارسة المؤاخذة من قبلها، لأن ذلك يشكل نوعا من العقاب عن عدم لجوء هذه الأخيرة لمسطرة عدم المنازعة، مما قد يمس بالطبيعة الاختيارية لهذا النوع من المساطر و يشكل نوع من الضغوطات الا مشروعة لسلطة المنافسة في اتجاه دفع المنشأة إلى عدم المنازعة في المؤاخذات، خاصة وأن تأكيد المؤاخذات من قبل باقي أطراف الممارسة لا يجب أن يعتبر دليلا قاطعا على وجودها، كما أن النصوص المؤطرة للمسطرة العادية المنظمة في قانون المنافسة المغربي ونظيره الفرنسي توجب السماح للمقاولة بإبداء ملاحظاتها بشأن جميع الجوانب التي تهم المخالفة، فهذه المسطرة هي التي تطبق بشأن المنشأة التي تنازع في المؤاخذات ولا يجب تعطيلها لمجرد أن باقي المنشآت لم تنازع في هذه المؤاخذات.

لذا سيكون من المفيد معرفة التوجه الذي سيسلكه مجلس المنافسة في هذه النقطة بالذات فهل سيحافظ على توجهات السابقة لنظيره الفرنسي بشأن تطبيقات مسطرة عدم المنازع في المؤاخذات، أم سيعمل على إعمال مبدأ التواجهية بشكل يراعي في نفس الوقت مصالح المنشأة التي تختار معارضة المؤاخذات، وفي نفس الوقت عدم تضييع المنافع المسطرية التي قد يجنيها من عدم معارضة المؤاخذات من قبل باقي شركاء هذه الأخيرة في الممارسة.

الفقرة الثالثة: ضمان التواجهية بالنسبة لسير مسطرة الاعفاء

تفيد كل من مقتضيات المادة 41 من ق.ح.أ.م والمادة 28 من المرسوم رقم 2.14.652، بأن المقاولة يجب أن تقدم الاثباتات الضرورية لوقوع الممارسة وتحديد مرتكبيها،

وهذا يدل بشكل غير مباشر على أن هذا التعاون لا يترك المجال لتطبيق التواجهية بشأن هذه المسطرة. فعندما تتقدم المقاولة بطلب الإعفاء فهي تقر بمسؤوليتها ومسؤولية الغير، أي المقولات الشريكة في التحالف المنافي، الشيء الذي قد يؤدي إلى إفراغ النقاشات المستقبلية بشأن وقوع الممارسة والمسؤولية عنها من محتواها.

وكما هو حال المقاولة التي لا تعارض عدم صحة المؤاخذات، يكون من المنطقي كذلك القول بأن التعاون الكامل والشامل الذي تتطلبه مسطرة الإعفاء من المنشأة طيلة أطوار المسطرة يوجب بالضرورة غياب استفادة المقاولة المنخرطة في مسطرة الإعفاء من مبدأ التواجهية أثناء سير المسطرة، لأن المقاولة لا يمكنها مناقشة الوقائع والإثباتات التي قدمتها بنفسها أو ساعدت على بلورتها.

لكن يبقى التساؤل مطروحا بالنسبة لتأثير هذه المسطرة على استفادة المقاولات التي بلغت بالمؤاخذات على إثر التصريحات المقدمة نتيجة لطلب الإعفاء التي قدمته شريكتها في التحالف، فهل يمكن لهذه الأخيرة إعمال ضمانة التواجهية بشأن التصريحات والاثباتات المقدمة من قبل المقاولة التي قدمت طلب الاستفادة من الإعفاء؟

الجواب على هذا التساؤل قد يكون واضحا إذا أخذنا بعين الاعتبار أن المسطرة في مواجهة هذه المقاولات تخضع لقواعد المسطرة النزاعية العادية، لأنه بغض النظر عن كون تبليغ المؤاخذات تم نتيجة تعاون المقاولة التي كشفت عن التحالف في إطار مسطرة الإعفاء، فالمقاولة التي ليست طرفا في هذه المسطرة يبقى لها كامل الحق في المنازعة في هذه المؤاخذات–كما أشرنا سابقا بشأن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات– فتصريحات المقاولة المقدمة لطلب الإعفاء التي تضمن في هذه المؤاخذات ليست كافية لوحدها للاستدلال على الوقائع المؤاخذة على باقي المقاولات. وهذا ما أكده قرار محكمة الدرجة الأولى الأوروبية الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 2005 في القضية رقم T-38/02، فالنقطة 22 من هذا القرار تفيد بأن تصريحات المقاولة التي اعترفت بالمشاركة في تحالف منافي للمنافسة والمقدمة خلال مسطرة الإعفاء، والمنازع فيها–

أي التصريحات– من قبل مقاولات ليست طرفا في هذه المسطرة، لا يمكن أن تشكل إثباتا كافيا على الوقائع دون أن تكون مدعومة بعناصر أخرى. [523]

هذا التوجه السابق لم يأخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث أن محكمة الاستئناف بباريس في قرار لها بتاريخ 24 أبريل2007[524] بشأن الطعن في قرار مجلس المنافسة رقم 06-D-09 بتاريخ 11 أبريل 2006، أكدت فيه على أن مجلس المنافسة لا يخضع لوجوب احترام مبدأ التواجهية في ما يتعلق بمسطرة الإعفاء، ففي هذه القضية المقاولة التي تم الكشف عن مشاركتها في الاتفاق المنافي للمنافسة عن طريق طلب الإعفاء طلبت أن يتم تمكينها من التقرير المنجز عند التحقيق وكذلك من محضر جلسات الاستماع للمقاولة التي كشفت عن الاتفاق، مؤسسة طلبها على مبدأ احترام التواجهية، لكن محكمة الاستئناف أكدت أن هذا الطلب غير مقبول لكون المقاولات الغير المستهدفة بالإفشاء ليست لهم الصفة من أجل مناقشة نظامية وصحة المسطرة المرتبطة بالإعفاء، وأنه وحدها المقاولة صاحبة الطلب ووزير الاقتصاد هما اللذان يمكنهما مناقشة العيوب المتعلقة بهذه المسطرة[525]

---

[523] T.P.I.C.E, Arrêt du 25 octobre 2005, Groupe Danone / Commission (T-38/02, Rec. 2005 p. II-4407), point 22 : « Toutefois, la déclaration d'une entreprise inculpée pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs entreprises inculpées, ne peut être considérée comme constituant une preuve suffisante des faits en cause sans être étayée par d'autres éléments de preuve » En ligne :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62002TJ0038 (consultée le 27 juillet 2020)

[524] C.A de paris, Arrêt du 24 avril 2007, JH industrie ; V. C. ANADON, RLC, 2007, n° 18, En ligne : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/docs/ca06d09_portes.pdf (consultée le 27 juillet 2020)

[525] Voir la quatrième pages de même Arrêt (C.A de Paris, 1ère ch. 24 avril 2007) préc., : « qu'il suit de là que seuls l'entreprise ayant formé la demande de clémence et le ministre ont qualité pour discuter la régularité et le bien-fondé de la procédure suivie sur cette demande, le dispositif légal visant au contraire à tenir à l'écart les entreprises mises en cause, lesquelles auront accès, après la notification des griefs, aux éléments du dossier fondant les poursuites ; que la société Malerba n'est donc pas recevable en sa contestation, étant observé au demeurant que le moyen visant le procès-verbal de séance manque en fait comme en droit, ce procès-verbal, dont l'absence est alléguée, et qui ne comporte du reste que l'identité des participants à la séance et le déroulement de celle-ci, ayant été produit »

هذا الاتجاه لم يقتصر على محكمة الاستئناف بل أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 22 فبراير 2005، والذي أيدت فيه قرار محكمة الاستئناف بباريس التي اعتبرت أن التواجهية تم احترامها أثناء التحقيق حتى في غياب إعمال المواجهة بين المقاولة التي كشفت عن الاتفاق والمقاولة التي يؤاخذ عليها المشاركة في تحالف بناء على تصريحات الأولى، لأن التصريحات التي تم تلقيها كانت واضحة ومدعومة بعناصر أخرى.

هذا التوجه تم انتقاده من قبل الفقه، انطلاقا من كون أن اعترافات المقاولة الكاشفة عن الاتفاق يمكن اعتبارها الحجر الأساس الذي تنبني عليه فرضية مسؤولية باقي المقاولات، وبالتالي فعدم السماح لهم بالحصول على المعلومات الضرورية المتعلقة بتصريحات المقاولة المقدمة لطلب الإعفاء التي تؤسس لنقاش حول قيمة هذه الاعترافات، من شأنه التأثير سلبا على حقهم في الدفاع عن مصالحهم [526].

يمكن القول في الأخير أنه يجب على مجلس المنافسة المغربي أن لا يمدد الآثار الناتجة عن الحد من التواجهية في المسطرة التفاوضية التي تتضمن تقديم المقاولة لإثباتات بشأن الاتفاق المنافي أو تؤكد المؤاخذات المبلغة لها إلى باقي المقاولات التي تكون طرفا في القضية ولكن ليست طرفا في المسطرة التفاوضية، لأن هذه الأخيرة تطبق بشأنها أساسا المسطرة العادية التي توجب إعمال التواجهية بشكل تام وكامل حماية لمصالحها في الدفاع عن نفسها في مواجهة المقاولات الأخرى، وفي مواجهة سلطة المنافسة التي منحها المشرع هذه الآليات الإضافية لتعزيز دورها بشأن التحقيق في الملفات المعروضة أمامها، وليس للتنصل من تحمل مسؤوليتها في إثبات وقائع الممارسات المنافية للمنافسة والاعتماد فقط على تصريحات المقاولات المتعاونة، التي إن لم يتم تعزيزها بوثائق وإثباتات ملموسة تظل مجرد ادعاءات لا يمكن منع باقي المقاولات من مناقشتها وابداء الملاحظات بشأنها. فقرارات مجلس المنافسة التي لا تحترم ضمانة التواجهية غالبا ما سيتم

[526] Sarah-Marie CABON, La négociation en matière pénale, op.cit., p.242.

الطعن فيها من المقاولات التي تضررت مصلحتها من ذلك، مما قد يعطل تنفيذها لمدة ليست بالهينة الشيء الذي سيجعل هذه القرارات مفتقدة للفعالية المرجوة من اللجوء لهذه المساطر.

المطلب الثاني: تعزيز ضمان السرية أثناء سير المساطر التفاوضية

يشكل مبدأ العلنية إضافة إلى مبدأ التواجهية الذي سبق التطرق له أهم المبادئ التي ترتكز عليها أسس المحاكمة العادلة، وهذه الضمانة مكفولة وفقا للمواثيق الدولية والنصوص الدستورية، فهذا المبدأ يهدف في المسطرة الجنائية والمدنية على السواء إلى ضمان علنية الجلسات والأحكام بشكل يسمح بتجنب أو إثبات وقوع خرق لضمانات الدفاع أثناء سير المسطرة، وكذلك منح الإجراءات والأحكام نوعا من الشفافية والمصداقية المتطلبة في أجهزة العدالة. لكن هذه العلنية قد لا تلبي متطلبات خصوصية النزاعات المتعلقة بتطبيق مقتضيات قانون المنافسة وبشكل خاص متطلبات المساطر التفاوضية التي يتم إعمالها من قبل سلطة المنافسة لحل هذه النزاعات، فالهدف المرجو من هذه المساطر مخالف لذلك المطلوب في المساطر المؤطرة في القواعد العامة، فتنظيم المسطرة في قانون المنافسة يهدف إلى ضمان سرعة وسرية الإجراءات المتبعة أمام سلطة المنافسة، نظرا لارتباط هذه الإجراءات بمصالح خاصة للفاعلين الاقتصاديين وبمعطيات تهم مصالح الاقتصاد بشكل عام قد تتأثر سلبا بوجود هذه العلنية.

وباعتبار أنه في مجال قانون المنافسة هناك مبدأين متعارضين مبدأ المحاكمة العادلة الذي يفرض احترام علنية الجلسات وإعمال التواجهية والثاني مرتبط بسر الأعمال الذي يحمي المقاولات من إفشاء المعلومات السرية التي ترتبط بمصالحها الاقتصادية. من أجل التوفيق بين هذين المتطلبين وضع المشرع مبدأ عدم علنية الجلسات[527] وكذلك استثناءات تهم مبدأ التواجهية خاصة فيما يتعلق بمنع الاطلاع على الوثائق ذات الطابع السري.

[527] Sarah-Marie Cabon, La négociation en matière pénale, op.cit., p.248.

بالرجوع إلى تعريف مفهوم سر الأعمال يلاحظ أن قانون المنافسة المغربي شأنه شأن باقي القوانين المقارنة بشكل عام لم يعط تعريفا دقيقا لهذا المفهوم، ولعل السبب كما يرى أحد الفقهاء، راجع بالأساس إلى كون القيام بوضع تعريف جامد لسر الأعمال في النصوص القانونية هو أمر جد معقد. فمن جهة قد يكون التعريف جد عام يترك المجال لكثرة التأويلات أو قد يكون جد دقيق، وقد يصبح في المدى القريب متجاوزا [528]. ويمكن القول إن سر الأعمال هو كل معلومة سرية قد يؤدي الاطلاع عليها إلى استعمالها من قبل المنافس في استراتيجياته الصناعية أو التسويقية أو المالية على حساب مصالح المقاولة صاحبة هذه المعلومة.[529]

والملاحظ أنه فيما يخص تأطير سر الأعمال في القانون 104.12 أن المشرع المغربي وضع ترسانة من القواعد القانونية تهدف إلى حماية حق المقاولة في عدم الكشف عن سرية الأعمال، ومنها ما نص عليه المشرع في المادة 29 من كون التحقيق والمسطرة حضوريين مع مراعاة مقتضيات المتعلقة بحماية سر الأعمال، قبل أن يضع في المادة 31 نظام متكاملا لتأطير الجوانب المتعلقة بسر الأعمال في المساطر المتبعة أمام المجلس، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار النصوص التطبيقية لهذه المادة في المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652. (المواد من 22 إلى 25).

وهكذا عمل المشرع في المادة 31 على وضع الاستثناء الذي قد يبرر مبدأ عدم تبليغ وثائق مشمولة بسر الأعمال، إذ نص على أنه: " باستثناء الحالات التي يكون فيها تبليغ الوثائق أو الاطلاع عليها ضروريا لممارسة حقوق دفاع طرف معني بالقضية، يجوز لرئيس المجلس أن

---

[528] Christophe Lemaire, La protection du secret des affaires devant le conseil de la concurrence, JCP du 14 novembre 2008, p. 17391, cite par Patricia KIPANI, les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.130

[529] ومن الناحية العملية نجد مثلا أن المفوضية الأوروبية في مذكرتها حول الولوج إلى الملف تحدد لائحة غير حصرية بشأن المعلومات الممكن اعتبارها سرا للأعمال ومنها مثلا: المعلومات التقنية والمالية المرتبطة بالمعارف والخبرات المتعلقة بطرق احتساب التكاليف، سر طريقة الصنع، مصادر التموين، الحصة السوقية، انظر:

Communication de la commission relative aux règles d'accès au dossier de la commission, point 18 disponible sur le site internet En Ligne :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52005XC1222%2803%29 (consultée le 13 juin 2020)

يرفض هذا التبليغ والاطلاع إذا كان من شأنه إفشاء أسرار الأعمال، في هذه الحالة يمكن السماح بالاطلاع على الصيغة غير السرية لملخص الوثائق والعناصر المعنية"

وحرص المشرع في نفس المادة على وضع التزام على عاتق المنشأة، يوجب عليها الإشارة للبيانات ذات الطابع السري المتضمنة في الوثائق التي تمد بها المجلس، ولرئيس المجلس تقدير هذا الطابع السري وفق ما تمليه الأعراف والممارسات التجارية، ولم يكتف المشرع بالتنصيص على المقتضيات السابقة التي تنظم حماية سرية الأعمال، بل ربط الإخلال بهذه المقتضيات بجزاءات مالية تتراوح ما بين 10 آلاف إلى 100 ألف درهم في حالة الكشف عن معلومات الطرف الآخر التي اطلع عليها بصفة غير قانونية وفقا لما جاء في المادة 31 من القانون 104.12.

أما فيما يتعلق بالمقتضيات التطبيقية للمادة 31 السابقة الذكر، فالمادة 22 من المرسوم رقم 2.14.652 تفيد على أنه يقع على عاتق المنشأة التي تطلب وضع وثائق مرتبطة بسر الأعمال أن تحدد البيانات المرتبطة بسر الأعمال وتعلل طلبها هذا، إضافة إلى ذلك يتوجب على هذه المنشأة وضع صيغة غير سرية لهذه الوثائق، ومن أجل التخفيف من هذه المقتضيات الصارمة خاصة في الحالة التي تكون فيها الوثائق التي تتضمن بيانات مرتبطة بسرية الأعمال لم يتم تقديمها للهيئة من قبل المنشأة التي تتمسك بسر الأعمال، فإنه يمكن للمقرر العام أن يدعو هذه المنشأة إلى تقديم طلب وفقا للشكلية السابقة من أجل حماية سرية هذه الوثائق.

من جهة أخرى نظم المشرع في المادة 24 من المرسوم التطبيقي بشكل دقيق مسطرة تسمح للمقرر بطلب رفع السرية عن وثائق تتضمن سر الأعمال إذا كانت ضرورية لمسطرة التحقيق، كما يمكن للطرف في المسطرة طلب الاطلاع على الوثائق السرية المحمية إذا كان ذلك ضروريا لممارسة حقوقه والدفاع عن مصالحه أمام مقرر القضية، الذي يبلغ المقاولة المعنية بالوثائق

المحمية في هذا الطلب فإذا قامت بالمنازعة في ذلك يرفع الأمر للمقرر العام الذي يبت في هذه المسألة.[530]

يظهر من هذه المقتضيات[531] أن المشرع كان له حرص شديد على حماية سر الأعمال أثناء سريان المسطرة أمام المجلس المنافسة، نظرا لارتباط هذا الأخير بمصالح الفاعلين في السوق، ولأنه قد يؤدي إفشاء مثل هذه الأسرار إلى إضعاف قدرتهم التنافسية في السوق، بشكل خاص والتأثير سلبا على وضع المنافسة بشكل عام، ولعل هذا من بين الأسباب التي دفعت المشرع إلى التنصيص في المادة 33 على أن جلسات المجلس غير علنية ويحق فقط للأطراف ومندوب الحكومة حضورها.

هذه المقتضيات التي نظمها المشرع في ق.ح.أ.م. والمتعلقة بحماية سر الأعمال يشمل تطبيقها المسطرة العادية والتفاوضية على السواء، لأنه بدون وجود هذه الضمانة غالبا ما تعزف المقاولة عن طلب الاستفادة من هذه المساطر. ويمكن القول أن حماية سرية الأعمال ضمانة مطلوب احترامها في المساطر التفاوضية بشكل أكثر إلحاحا من ما عليه الأمر في المساطر العادية، فمصلحة المنشأة التي تتعاون مع الهيئة في إطار المساطر التفاوضية تفرض أن يكون تعاونها بعيدا عن أنظار المنافسين والشركاء في السوق، لكي تتجنب بذلك الإشارات السلبية

---

[530] يمكن للمقاولة التي كانت ضحية إفشاء سر الأعمال الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت بمصالحها جراء هذا الإفشاء، كما يمكنها محاولة الحصول على بطلان المسطرة، إلا أنها تكون مجبرة على إثبات أن خرق سرية الأعمال مس بحقها في الدفاع عن مصالحها بشكل أدى إلى حرمانها من الإجابة بشكل فعال على المؤاخذات المبلغة لها، وفقا لما جاء في قرار محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 23 شتنبر 2010 بشأن الطعن في قرار مجلس المنافسة رقم 36-D-09 بتاريخ 9 دجنبر 2009 بشأن ممارسات منافية بسوق الاتصالات، والذي أكدت فيه:

« Mais considérant que si aucune demande n'est présentée, les informations et documents sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires'; qu'il s'en évince que la violation du secret ne saurait entraîner la nullité de la procédure, donc de la Décision, que s'il résulte de cette violation une atteinte irrémédiable et concrète aux droits de la défense, dont la preuve incombe à l'entreprise qui s'en plaint; Qu'en l'occurrence, la société France Telecom ne démontre pas en quoi la prétendue violation de son droit à la protection du secret des affaires aurait porté atteinte aux droits de la défense en l'empêchant de répondre de manière efficace aux griefs qui lui avaient été notifiés », C.A de Paris, pôle 5 - ch. 7 Arrêt du 23 septembre 2010, n° 10/00163. En Ligne :

https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2010/BC1B5A30D6F9F535AA78F (consultée le : 14 juin 2020)

[531] هذه المقتضيات استوحى المشرع أغلبها من مقتضيات م.ت.ف. وخصوصا التعديلات التي أدخلت بناء على المرسوم رقم 2005-1668 الصادر في دجنبر 2005 والذي عدل المادة L463 وأضاف المادة R463-13 من م.ت.ف.

التي قد تدل على مخالفة تصرفاتها في السوق لقواعد المنافسة. فضرورة تطبيق المقتضيات المتعلق بسرية الأعمال في كل من مسطرة التعهدات (الفقرة الأولى) ومسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات (الفقرة الثانية) ومسطرة الإعفاء (الفقرة الثالثة) يبرره منطق التفاوض الذي يميز هذه المساطر.

الفقرة الأولى: ضمان سرية مسطرة التعهدات

بالنسبة لمسطرة التعهدات حدد المشرع بشكل صريح الأطراف الذين يمكنهم الاطلاع على مضمون التعهدات وهم صاحب الإحالة ومندوب الحكومة وفقا لما تنص عليه المادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652، كما أنه بالنسبة للملخص الذي ينشره المقرر في الموقع الالكتروني للمجلس بخصوص مقترحات التعهدات لفائدة الغير، يجب على المقرر أثناء صياغة هذا الملخص احترام مقتضيات المادة 31 من ق.ح.أ.م. التي تهدف إلى حماية سرية الأعمال.

وعلى مستوى القانون المقارن نجد أن بلاغ هيئة المنافسة الفرنسية بشأن التعهدات يشير في النقطة 29 إلى وجوب الأخذ بعين الاعتبار حماية سر الأعمال عند تبليغ عناصر الملف أثناء سريان المسطرة، وتحيل في ذلك على النصوص القانونية التي تنظم حماية سرية الأعمال في المسطرة العادية والمنصوص عليها في المواد L463 و R461-13 من م.ت.ف.[532] .

كما أن هيئة المنافسة الفرنسية لا تتردد في قراراتها المتعلقة بقبول التعهدات إلى الإشارة إلى عناصر لم يتم ذكرها في هذه القرارات بناء على احترام سر الأعمال[533]، بل إن الهيئة تدرج في

[532] A.C.F., Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., Le point 29 dispose que : « Cet accès est donné sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Les différentes communications peuvent donc, le cas échéant, donner lieu à l'application des procédures de protection des secrets d'affaires prévues aux articles L. 463-4 et R. 463-13 du code de commerce. »

[533] كمثال نورد ما تضمنه قرار الهيئة بشأن قضية "فيستينا" رقم 06-D-24 الصادر بتاريخ 24 يونيو 2006 المتعلقة، إذ جاء في النقطة 43 ما يفيد أن المقاولة قامت في إطار التعهدات بصياغة ثلاث مشاريع للعقود متعلقة بتعديل ممارستها بشأن شروط التوزيع، وتم نشر هذه المشاريع إلى جانب بلاغ المجلس بشأن المسطرة وذلك دون البنود المتعلقة بسر الأعمال.

مقدمة قراراتها المتعلقة بالتعهدات الإشارة للقرارات المتعلقة بطلبات المقاولات بشأن حماية سر الأعمال. ولعل هذا راجع بالأساس إلى التعديلات التي عرفتها المادة L463 من م.ت.ف. التي عززت من مقتضيات حماية سرع الأعمال ودفعت المقاولات إلى عدم التردد في طلب حماية الوثائق المتضمنة لسر الأعمال سواء في المسطرة العادية أو التفاوضية.[534]

أما فيما يتعلق بالقواعد الاتحادية فنجد أن المفوضية الأوروبية تنص في قواعدها رقم 1/2003 في الفقرة 4 من المادة 27 [535] على أنه يجب احترام سر الأعمال للمقاولات عند نشر عروض التعهدات، فالملخص الذي تنشره المفوضية بشأن القضية والتعهدات المقترحة وجب أن يؤخذ فيه بعين الاعتبار المصالح المشروعة للأطراف في حماية سر الأعمال، وبالتالي فالغير لا يتم اطلاعه بالضرورة على مجموع المعلومات المتضمنة في التعهدات المقترحة أمام المفوضية.

الفقرة الثانية: ضمان سرية مسطرة الإعفاء

إذا كان من الواضح أن التوفيق بين سر الأعمال ومبادئ التواجهية والعلنية يكون أمرا جد صعب، خاصة فيما يتعلق بالمساطر التفاوضية التي من بين أهم متطلباتها ضمان سرية الإجراءات والوثائق الرائجة في هذه المساطر من أجل تشجيع المقاولة على المساهمة في هذه المساطر دون الإضرار بمصالحها، فهذا الأمر ينطبق بشكل خاص على مسطرة الإعفاء.

---

[534] Patricia KIPANI, Les engagements en matière des pratiques antis concurrentielles, op.cit., p.135.

[535] Commission européenne RÈGLEMENT (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, L'article 27 dispose que : « 4. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision en application de l'article 9 ou 10, elle publie un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements ou de l'orientation proposée. Les tierces parties intéressées peuvent présenter leurs observations dans un délai qui est fixé par la Commission dans sa publication et qui ne peut pas être inférieur à un mois. La publication tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires » En Ligne :
https://ec.europa.eu/neighbourhoodenlargement/sites/near/files/maroc_c_2020_6115_commission_implementing_decision_merge.pdf (consultée le 16 juin 2020)

وانطلاقا من كون المنشآت التي تتقدم بطلب الإعفاء تفضل أن يتم ذلك بشكل سري ودون الإفصاح عن هويتها أثناء طلب الاستفادة من هذه المسطرة. لهذا حرص المشرع المغربي على عدم الإفصاح عن هوية طالب الإعفاء من خلال إتاحته في المادة 27 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652. إمكانية تقديم طلب الإعفاء شفويا، فهذا الطلب لا يفترض تقديم أي وثيقة وذلك ضمانا لحماية السرية المتطلبة في هذه المرحلة بالذات. كذلك نص المشرع على وجوب عدم نشر القرار المتعلق برأي الإعفاء الصادر عن المجلس وفق لمقتضيات المادة 41 من القانون رقم 104.12 التي جاء فيها: "...يصدر لهذه الغاية رأيا بالإعفاء يحدد الشروط التي يخضع لها الإعفاء بعد تقديم مندوب الحكومة والمنشأة أو الهيئات المعنية ملاحظاتها، ويوجه هذا الرأي إلى المنشأة أو الهيأة وإلى الإدارة ولا يتم نشره".

وبشأن هذه النقطة بالذات نجد رأيا فقهي يرى بأن مقتضيات المادة L464-2 من م.ت.ف. التي توجب عدم علنية رأي الإعفاء كما هو الحال في مقتضيات المادة 41 من القانون 104.12، كان من الأفضل أن تتضمن كذلك عدم إعمال السرية بشأن هوية المقاولة المتعاونة إلى غاية نهاية كافة مراحل المسطرة وصدور قرار الجزاءات، وذلك رغم أن هذه الضرورة قد تصطدم بحقوق الدفاع للمقاولات المعنية أثناء المسطرة. فمجلس المنافسة الفرنسي أكد على أنه في مرحلة تبليغ المؤاخذات تكون الطبيعة التواجهية مضمونة من خلال الإمكانية المتاحة للأطراف بالاطلاع على مجموع وثائق الملف، وأنه إن كانت المقتضيات التشريعية تمنح لرئيس المجلس إمكانية عدم الكشف عن المعلومات التي لها طابع سر الأعمال، إلا أن للمقاولات المؤاخذة بشأن مشاركتها في التحالف تعيين شريكتها السابقة التي كشفت عن التحالف من خلال ممارسة حق الاطلاع على كامل وثائق الملف [536].

[536] Jean-Christophe RODA, La Clémence introduit en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p.16 ;17.

ونحن لا نتفق مع الرأي السابق لأن المنشآت المؤاخذة بشأن المشاركة في التحالف الذي تم الكشف عنه عن طريق طلب الإعفاء تطبق بشأنها قواعد المسطرة العادية التي تتيح لها مناقشة ادعاءات المنشأة مقدمة الإعفاءات، فمنطق التواجهية يفرض عدم إمكانية مناقشة دفوعات منشأة من دون الكشف عن هويتها، فاكتشاف هوية هذه الأخيرة سيكون في جميع الأحوال من الصعب منعه نظرا للعلاقات المتشعبة التي تكون بين أطراف التحالف والتي قد تؤدي إلى كشف هوية المقاولة اعتمادا على مؤشرات من خارج المسطرة.

أما على مستوى تطبيقات المفوضية الأوروبية فيمكن القول بأن هذه الأخيرة لها كامل الصلاحية لضمان سرية المقاولات المتعاونة في إطار نظام الإعفاء، وهذا ما يؤكده اجتهاد محكمة الدرجة الأولى الأوروبية في قرار "هيركلس "بتاريخ 17 دجنبر 1991 [537]، التي قررت فيه ما يفيد بأن المقاولات المعنية بالمسطرة يجب أن يسمح لها بالاطلاع على كافة الوثائق التي تشكل ملف التحقيق، باستثناء الوثائق المتعلقة بسرية الأعمال لباقي المقاولات، والوثائق الداخلية للمفوضية وباقي المعلومات السرية، ورغم أن المحكمة لم تحدد ما المقصود بالمعلومات السرية، ذهب البعض إلى اعتبار أن هذه النوعية من المعلومات تتضمن المعلومات التي تسمح بالكشف عن هوية المقاولة المتعاونة التي ترغب أن لا يكشف عن هويتها اتجاه باقي الأطراف. فعدم السماح للمقاولة طالبة الإعفاء بتفادي الكشف عن هويتها، قد يؤدي إلى جعل نظام الإعفاء

[537] T.P.I.C.E, Arrêt du 17 décembre 1991 (HERCULES) affaire n° T-7/89 REC 1991, point 54 « : II résulte de ce qui précède que la Commission a l'obligation de rendre accessible aux entreprises impliquées dans une procédure d'application de l'article 85, para II - 1739 ARRÊT DU 17. 12. 1991 — AFFAIRE T-7/89 graphe 1, du traité CEE, l'ensemble des documents à charge et à décharge qu'elle a recueillis au cours de l'enquête, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles. » En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989TJ0007&from=EN (consultée 15 juin 2020)

يفقد جاذبيته باعتباره ليس قادرا على توفير السرية للمقاولات التي تتعاون مع الهيئة لإثبات وجود التحالفات.[538]

الفقرة الثالثة: ضمان سرية مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات

ينطبق على مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات ما قلناه سابقا بشأن تطبيق قواعد عدم العلنية والمقتضيات المتعلقة بحماية سر الأعمال وفقا لأحكام المواد 31 و33 من ق.ح.أ.م، وكذلك المقتضيات التنظيمية المرتبطة بهذه المواد، خاصة وأن المادة 37 المنظمة لمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات لم تتضمن أي إشارة تفيد عدم تطبيق مبدأ السرية وعدم العلنية بشأن هذه المسطرة.

وفي ظل تطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية فإن المقرر عند نجاح المفاوضات بينه وبين المقاولة والتي ينتج عنها إبرام محضر بعدم المنازعة بينه وبين المقاولة، يقوم بإعلام باقي المقاولات الأطراف في المسطرة بوقوع هذا التفاوض[539]. كما أن المشرع الفرنسي شأنه شأن التشريع المغربي لم يشر فيما يتعلق بإمكانية لجوء نفس المقاولة إلى اقتراح التعهدات بالإضافة إلى عدم المنازعة في المؤاخذات، إلى إمكانية نشر هذه التعهدات بشكل قبلي يسمح للغير بتقديم ملاحظاتهم بشأنها، هذا الإغفال قد يمس بمصالح هؤلاء نتيجة للأثر الذي قد ينتج عن تطبيق هذه التعهدات، مما يستوجب في هذه الحالة ضرورة اطلاع هؤلاء على ملخص التعهدات مع الأخذ بعين الاعتبار سر الأعمال.

ومن بين التبريرات التي تفسر حرص تشريعات المنافسة المقارنة والاجتهادات القضائية المرتبطة بتطبيقها على الحفاظ على سرية وعدم علنية المساطر المتعلقة بتطبيق قانون المنافسة بشكل عام وفي تطبيق المساطر التفاوضية بشكل خاص، هو أنه يبقى للمنشأة التي قد تؤدي

---

538 Jean-Christophe RODA, La clémence introduit en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p.17.

539 Sarah-Marie Cabon, La négociation en matière pénale, op.cit., p.249

السرية وعدم العلنية للإضرار بحقوقها خاصة المتعلقة بحقوق الدفاع أن تلجأ إلى القضاء للطعن في قرارات سلطة المنافسة وإثبات وقوع هذا الضرر.

وهكذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية أكدت في قرارها الصادر بتاريخ 5 أكتوبر 2005 أن غياب العلنية أمام هيئة المنافسة قد يتم استدراكه تبعا لإمكانية الأطراف التمسك بها أمام القضاء [540]. هذا الاجتهاد يكرس توجه محكمة حقوق الإنسان الأوروبية التي أكدت في قرار لها أن عدم الأخذ بمبدأ علنية الجلسات أمام مجلس المنافسة يعوض بالمراقبة الثنائية لكل من قضاء الاستئناف والنقض [541].

وإذا كانت الاجتهادات السابقة تؤكد على دعم توجه تشريعات المنافسة الوطنية والمقارنة في التخلي عن مبدأ العلنية والتليين من موجبات إعمال التواجهية بشأن مختلف المساطر التفاوضية المسيرة أمام سلطة المنافسة، مقابل التعزيز من إعمال مبدأ السرية بالنسبة لهذه المساطر بالذات ضمانا لجاذبية هذه المساطر وحماية لمصالح الأطراف التي تلجأ لتطبيقها، إلا أنه في المقابل نجدها لا تراعي الاحترام الكامل لهذه الضمانات تجاه المنشآت التي لم تشارك في هذه

---

[540] Cass. Com, Arrêt du 5 octobre 1999, BOCCRF n° 2, : « Attendu, en second lieu, que si l'article 25, alinéa 1er, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que les séances du Conseil ne sont pas publiques, il précise toutefois, pour sauvegarder les droits de la défense, que les parties peuvent y assister, demander à être entendues et se faire représenter, le Conseil ayant en outre la possibilité d'entendre toute personne susceptible de contribuer à son information ; que la cour d'appel ayant enfin exactement relevé que le fait que le prononcé de la décision ne soit pas public ne saurait faire grief aux parties intéressées dès lors qu'elles peuvent se pourvoir contre la décision devant une juridiction, ce qui rend inopérant le grief de l'absence de publicité des débats ou de double degré de juridiction, la cour d'appel n'encourt pas les griefs des moyens » p.61, En Ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007042795/ (consultée 22 juin 2020)

[541] C.E.D.H, Arrêt du 5 avril 2012 (Société Bouygues télécom/ France), reg n 2324/08. : « 71. En l'espèce, la Cour considère que l'absence d'audience publique devant le Conseil de la concurrence a été compensée par le double contrôle juridictionnel de la cour d'appel et de la Cour de cassation. Le Conseil de la concurrence étant une autorité administrative indépendante, l'exception tirée de ce qu'un « procès pénal ordinaire » exige des débats publics en première instance et en appel (*Riepan c. Autriche*, no 35115/97, §§ 40-41, CEDH 2000-XII) ne saurait s'appliquer », En Ligne :
https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-110248%22]} (consultée 22 juin 2020)

المسطرة التفاوضية، إذ تجد نفسها محرومة من إعمال مبدأ التواجهية أمام هيئة المنافسة لا لشيء إلا لأن باقي المنشآت الأطراف في المسطرة المنافية اختارت التعاون مع الهيئة عوض مواجهتها.

المطلب الثالث: ضمان احترام فصل سلطة التحقيق عن سلطة البت أثناء سير المساطر التفاوضية

نظرا للطبيعة الشبه قضائية لسلطة العقاب الممنوحة لهيئات المنافسة فإنه من الطبيعي أن تطبق على المساطر المسيرة أمامها المبادئ التي تنطبق أمام القضاء العادي مع بعض الاستثناءات وذلك كما رأينا في الفقرات السابقة، لذلك فإن اجتهاد محكمة حقوق الإنسان الأوروبية[542] ومحكمة النقض الفرنسية [543]وقرارات مجلس الدولة الفرنسي[544]والمجلس الدستوري الفرنسي [545]

[542] C.E.D.H, Arrêt du 8 juin 1976, reg n 5370/72 En Ligne :
https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1976/CEDH001-62037 (consultée 1 juillet 2020)

[543] Cass. com, Arrêt du 5 février 1999 : « Mais attendu que l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; que c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision » En Ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007040125/ (consultée 3 juillet 2020)

[544] C.E, Décision du 3 décembre 1999, (Didier), : « ...M. Y... ayant été désigné rapporteur de la procédure disciplinaire ouverte à l'encontre de M. X... après saisine du Conseil des marchés financiers par le président de la Commission des opérations de bourse, il n'est pas établi, ni même allégué, qu'il aurait, dans l'exercice de ses fonctions de rapporteur, excédé les pouvoirs qui lui ont été conférés par les dispositions rappelées ci-dessus, et qui ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du Conseil des marchés financiers aurait elle-même pu exercer ; que, dès lors, il n'est résulté de sa participation aux débats et au vote à l'issue desquels il a été décidé d'infliger une sanction à M. X... aucune méconnaissance du principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » En Ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007998657/(consultée le : 12 avril 2020)

[545] Conseil constitutionnelle , Décision Du 12 octobre 2012, n° 2012-280, : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle » En Ligne :

تجمع على أن الهيئات الإدارية المستقلة ومنها هيئات المنافسة يجب أن تطبق مبدأ الحياد حتى وإن كانت ليست لها سلطة قضائية. وهذا المبدأ يفرض أن تحترم الهيئة الإدارية المستقلة التي تملك سلطة إقرار العقوبات مقتضيات المادة 6 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تتضمن مبادئ المحاكمة العادلة، وبالتالي يجب على سلطة المنافسة أن تحرص في مساطرها على احترام مبدأ استقلال سلطة المتابعة والتحقيق عن تلك المتعلقة باتخاذ القرارات.

وهذا الإجماع على خضوع الهيئات الإدارية المستقلة ومنها هيئات المنافسة التي تملك صلاحية اتخاذ عقوبات إدارية لمبدأ الحياد، يأخذ بعين الاعتبار شدة التدابير والجزاءات التي يمكن أن تقررها هذه الهيئات، التي قد تضاهي تلك التي تصدر عن السلطة القضائية. ولعل هذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى تدعيم مقتضيات م.ت.ف. المتعلقة باستقلالية صلاحيات التحقيق عن تلك المتعلقة باتخاذ القرارات أثناء التعديل الذي حول مجلس المنافسة الفرنسي إلى هيئة المنافسة الفرنسية.[546]

هذا التوجه لم يحد عنه المشرع المغربي أثناء تنظيم مقتضيات المسطرة أمام مجلس المنافسة، حيث تبنى المشرع وفقا للقانون رقم 20.13 المتعلق بتنظيم مجلس المنافسة هيكلة تفرق بين مهام هيكلة اللجنة الدائمة والجلسة العامة التي تملك صلاحية اتخاذ القرار وبين صلاحيات جهاز المقررين الذين يعملون على التحقيق في القضايا المعروضة على المجلس، كما أن هذا الفصل في المهام انعكس على مقتضيات القانون 104.12 المنظم للمسطرة أمام المجلس.

وقد نص المشرع وفقا للمقتضيات المادة 27 و29 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 على ما يفيد أن المقرر الذي يعينه المقرر العام هو الذي يسهر على تسيير إجراءات التحقيق في القضية، أما المجلس فيبقى له البت بشأن قبول الإحالة وفقا للمادة 24 كما يمكنه تقرير عدم قبول هذه الإحالة وعدم متابعة الإجراءات بقرار معلل، أو اتخاذ قرار

---

https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012280qpc/ccc_280qpc.pdf (consultée le : 12 avril 2020)

[546] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p373..

الإحالة على وكيل الملك وفق للمادة 25 من ق.ح.أ.م.، بالإضافة إلى ذلك خصص المشرع الباب الثاني من القانون 104.12 إلى القرارات التي يمكن أن يتخذها المجلس بشأن القضايا المحالة عليه سواء تعلق الأمر بأوامر أو إجراءات تحفظية أو عقوبات مالية، وكذلك القرارات بشأن المساطر التفاوضية .

وبالرجوع إلى المقتضيات المؤطرة للمساطر التفاوضية يظهر أن هذه المساطر تخضع لمبدأ فصل سلطة التحقيق عن سلطة التقرير، لكن إعمال هذا المبدأ يكون بشكل متفاوت حسب ما إذا كانت المسطرة التفاوضية تطبق قبل تبليغ المؤاخذات (أي مسطرة التعهدات) أو تطبق بعد تبليغ المؤاخذات (أي مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات ومسطرة الإعفاء). وعلى العموم يظهر من خلال المواد 36 و37 و41 والمقتضيات التطبيقية المرتبطة بها، أن المقرر هو الذي يشرف في المرحلة الأولى على تسيير التفاوض قبل صياغة مقترحاته بشأن التعهدات والتخفيض أو الإعفاء التي يبقى للمجلس سلطة التقرير بشأنها.

استنادا إلى تطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية بشأن مسطرة الإعفاء يتبين من خلال بلاغها بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء بتاريخ 2 مارس 2009، أن المقاولة التي تطلب الاستفادة من الإعفاء تتوجه إلى المقرر الذي يعد التقرير الذي يتم بناء عليه استدعاء المقاولة للمثول أمام اللجنة المقررة لهيئة المنافسة، وتبعا لنتائج هذه الجلسة تتخذ الهيئة رأي الإعفاء الذي يشير إذا ما كانت المقاولة ستستفيد من الإعفاء كلي أو جزئي، إضافة إلى الشروط التي تقيد هذه الاستفادة.

هذا التوجه السابق لهيئة المنافسة الفرنسية بشأن تطبيق مسطرة الإعفاء وجه له انتقاد مفاده أن هذه المقتضيات تطرح إشكال بالنظر لمبدأ حياد الهيئة أثناء سير إجراءات التحقيق، باعتبار أن الهيئة تتدخل بشكل محوري في مرحلة اتخاذ رأي الإعفاء، بالإضافة إلى تدخلها من بعد في مرحلة اتخاذ القرار النهائي، مما يطرح التساؤل بشأن ما إذا كان تدخل الهيئة بنفس الأعضاء في مرحلتين متتاليتين ليس من شأنه تأكيد فرضية وجود نوع من الأحكام المسبقة تجاه

المقاولة المتعاونة، فعندما تتخذ الهيئة رأي الإعفاء يكون من الصعب نفي وجود نوع من القناعات لدى أعضاء الهيئة بشأن الطبيعة الغير قانونية لممارسات المقاولة، الشيء الذي قد يؤثر لاحقا على مبدأ حيادية القرار في الموضوع.[547]

لهذا فإن جانب من الفقه يقترح لتجاوز هذا الإشكال، وجوب قيام هيئة المنافسة بتعديل تشكيل الهيئة بين مرحلة اتخاذ رأي الإعفاء ومرحلة البت في مصير المسطرة، فتكلفة تعديل هذه التشكيلة قد تكون أقل من تلك المتعلقة بفرضية الطعن في قرار الهيئة أمام القضاء بناء على المس بمبدأ الحياد.[548]

إشكال آخر أثير بالنسب لمقتضيات مسطرة الإعفاء في م.ت.ف. يتمحور حول نفس النقطة التي سبق وأن تطرقنا لها بشأن إمكانية إثارة المقاولات التي بلغت لها المؤاخذات بناء على طلب الإعفاء، العيوب التي تهم مسطرة الإعفاء. إذ إن الإشكال هذه المرة لا يهم مبدأ الاطلاع على الوثائق والتصريحات المبلغة في إطار هذه المسطرة، بل إعمال مبدأ الحيادية بشأنها. فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 24 أبريل 2007، أنه يتضح من خلال المسطرة المتبعة أمام مجلس المنافسة ومن خلال مراقبة صحة شكلية المسطرة عدم وجود ما يثير تعارضا بين هذه المسطرة ومتطلبات حماية حقوق الدفاع بشكل عام. هذا القرار أثيرت فيه مسألة عدم احترام مبدأ الحياد ليس من قبل المقاولات المتعاونة بل من قبل المقاولات الأعضاء في التحالف التي بلغت لها المؤاخذات بناء على طلب الإعفاء، حيث قررت المحكمة أن المقاولة التي كشفت عن التحالف هي وحدها التي يمكنها إثارة العيوب المسطرية المتعلقة برأي

[547] Sarah-Marie CABON, La négociation en matière pénale, op.cit., p.57.

[548] Jean-Christophe RODA, La clémence en droit de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques, op.cit., p.4;5.

الإعفاء[549]، وبالتالي بقيت مسألة الحياد تجاه المقاولة التي بلغت لها المؤاخذات بناء على طلب الإعفاء دون معالجة.

الملاحظ من القرارات السابقة أن مبدأ الحياد شأنه شأن مبدأ التواجهية يطبق بشكل متفاوت فيما يتعلق بمسطرة الإعفاء وفقا لتطبيقات هيئة المنافسة الفرنسية والاجتهادات القضائية التي تؤيدها، خاصة في مواجهة المقاولات التي تبلغ لها المؤاخذات بناء على طلب الإعفاء. هذا التوجه يظهر لنا أنه غير مبرر، فإن افترضنا أن تصريحات المقاولة تدعم بشكل كبير فرضية مشاركة هؤلاء في ممارسة منافية جد خطيرة، إلا أن هذا لا يبرر عدم منح هذه الأخيرة كافة الضمانات التي تسمح لها بالدفاع عن مصالحها أثناء سير هذه المساطر.

أما فيما يتعلق بمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، فإنه في ظل المقتضيات القانونية المؤطرة لها في القانون 104.12، لا يتصور أن يكون هناك أي تدخل لمجلس المنافسة في المرحلة التي تسبق القرار في الموضوع. لأن هذه المسطرة تحترم إلى حد كبير مبدأ الحياد، فبالرجوع إلى مقتضيات المادة 37 المنظمة لهذه المسطرة نجد أنها تضمن وجود استقلالية تامة بين مسطرة البحث والتحقيق التي تتم تحت إشراف المقرر العام، ومرحلة اتخاذ القرار التي تتم من قبل المجلس، ذلك أن المسطرة يحترم فيها مبدأ الحياد بشكل تام كما لو تعلق الأمر بتوقيع هيئة المنافسة لعقوبات وفق للمسطرة النزاعية العادية ضد مقاولة لم تعارض صحة المؤاخذات.[550]

أما فيما يتعلق بمسطرة التعهدات وباعتبار أن هذه المسطرة وفقا لمقتضيات المادة 36 من ق.ح.أ.م. لا تهدف إلى ترتيب مسؤولية المقاولة عن مخالفة قواعد المنافسة ولا تصدر بشأنها أي عقوبة، فهي مسطرة غير نزاعية يتم إعمالها بشكل قبلي لمرحلة تبليغ التعهدات وبالتالي لا تخضع

[549] C.A de Paris, Arrêt du 24 avril 2007, préc., p.92. « Mais considérant que lorsque le Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'une demande de clémence ..., et ne prend aucune mesure de nature à affecter l'exercice ultérieur, par ces dernières, de leurs droits de la défense ; qu'il suit de là que seuls l'entreprise ayant formé la demande de clémence et le ministre ont qualité pour discuter la régularité et le bien-fondé de la procédure suivie sur cette demande, ».

[550] Sarah-Marie CABON, La négociation en matière pénale, op.cit., p.258.

مبدئيا لنفس الضمانات المسطرية المتطلبة في المساطر النزاعية، وخاصة منها تلك المتعلقة باستقلال صلاحيات التحقيق عن سلطة اتخاذ القرار.

ويؤكد جانب من الفقه على أن مسطرة التعهدات تم تصورها على أسس مختلفة، فإمكانية قبول التعهدات تشكل اختصاصا مباشرا للهيئة التي لا تلزم في إعماله بضرورة التدخل المسبق للمقرر العام[551]. ويمكن القول أنه هذا الأمر يسمح بمرونة أكثر مقارنة بما توفره مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات ومسطرة الاعفاء، فإذا قبل مقترح التعهدات فإن الهيئة تصادق على هذه التعهدات وتقوم بقفل المسطرة، خلاف لما عليه الأمر في مسطرة الطعن التي وإن قبلت الهيئة بمقترح عدم المنازعة إلا أنها غير ملزمة بمقترحات المقرر بشأن نسب التخفيض.

وبالرجوع إلى واقع تطبيقات هذه المسطرة من قبل هيئة المنافسة الفرنسية يتضح أن الهيئة تمنح نوعا من التوكيل للمقرر للتفاوض مع المقاولة وإعطائها ضمانات كافية بشأن قرار الهيئة النهائي، وذلك من خلال قيام الهيئة في هذا التوكيل بتحديد الخطوط العريضة للتفاوض، عن طريق الإشارة إلى المقرر بالتعهدات التي من شأنها أن تقبل من قبل الهيئة و الحدود التي لا يجب أن يتجاوزها، كما أن الهيئة تكون على اطلاع دائم بمدى تقدم مراحل التفاوض، وبالتالي فإن كل من المقرر والهيئة يتدخلان منذ المراحل الأولى في مسطرة التفاوض بشكل يضمن فعالية المسطرة .[552]

ويبدو أن هذا التوجه الأخير قد ينطبق على مجلس المنافسة المغربي خاصة عندما يتم تبني التعهدات أثناء النظر في طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية، فالمادة 26 من المرسوم التطبيقي

---

[551] Bruno LASSERRE, La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France, propos présentée leurre de la 32ème Conférence on International Antitrust Law and Policy de l'Université de Fordham des 22 et 23 septembre 2005, p.10, En Ligne :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/engagements_lasserre_fordham.pdf (consulter 14 juin 2019)

[552] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p371.

تنص بشكل صريح على إمكانية قيام المجلس بالتفاوض بشكل مباشر مع المقاولة بشأن التعهدات المقدمة أثناء سير الجلسة المتعلقة بالتدابير التحفظية.[553]

وبتفحص موقف الاجتهاد القضائي المقارن بخصوص مدى وجوب احترام مبدأ فصل سلطة التحقيق عن القرار يتضح بأنه أجاب بشكل حاسم على هذه المسألة، وهكذا فإنه في قضية تتعلق بالطعن في قرار مجلس المنافسة الفرنسي بشأن قبول التعهدات" GIE Les Indépendants"، حيث قامت شركة "كنال9" بإثارة الدفع المتعلق بخرق المادة 6 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي ينص على ضمانات المحاكمة العادلة، إلا أن محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 6 نونبر 2007 ومن بعدها محكمة النقض الفرنسية[554] في قرارها الصادر بتاريخ 4 نونبر 2008 لم تأيدا طرح المطالبة وأكدوا بالمقابل ما جاء بدفوعات رئيس مجلس المنافسة. فالذي يعتبر مخالفا لمبدأ الحياد من قبل محكمة النقض الفرنسية هو الجمع

---

[553] المادة 26 من المرسوم التطبيق تنص على أنه :"... يمكن أن يتم هذا التقييم بواسطة البريد أو بتضمينه في محضر أو، في حالة ما رفع طلب اتخاذ تدابير تحفظية إلى مجلس المنافسة، بتقديم تقرير شفوي في الجلسة."

[554] C.A de paris, Arrêt du 6 novembre 2007, RG n° 2006/18379, préc., p.7, « Mais considérant qu'outre que la société Canal 9, partie saisissante, est dépourvue d'intérêt à se prévaloir d'une atteinte aux droits de la partie visée par l'acte en cause, soit en l'espèce le GIE, la cour relève que si, au terme de l'analyse concurrentielle à laquelle il procède dans le cadre de l'évaluation préliminaire, le rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée, cette appréciation, qui a pour seul but de garantir le sérieux de la procédure de négociation ainsi mise en œuvre, n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à cette entreprise, ni, a fortiori, de conduire au prononcé d'une sanction ; qu'elle ne constitue donc pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; » .

-Cass. com, Arrêt du 4 novembre 2008, n° 1213, préc., : « Mais attendu qu'après avoir relevé que l'évaluation préliminaire à laquelle procède le rapporteur, qui n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais d'identifier des préoccupations de concurrence, susceptibles de constituer une pratique prohibée, afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié, l'arrêt retient à juste titre que cette évaluation ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que le fait pour le Conseil, d'avoir, avant d'apprécier la pertinence des engagements pris par le GIE et de leur donner force exécutoire, pris une part active aux discussions ayant eu lieu après l'évaluation préliminaire dans les conditions de l'article R. 464-2 du code de commerce, tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire ; que le moyen n'est pas fondé ».

بين سلطة التحقيق وسلطة القرار في يد نفس الجهاز، لكن أثناء مسطرة التعهدات ليس هناك معاينة لوقوع المخالفة، فالفحص الأولي يهدف فقط إلى ضمان جدية المسطرة وليس هدفه إثبات حقيقة المخالفة ولا مسؤولية المقاولة عنها ولا النطق بجزاءات، وتبعا لذلك فإنه مادام ليس هناك تبليغ للمؤاخذات فليس هناك أي تصرف اتهامي تجاه المقاولة. وبالتالي فاشتراك المقرر والهيئة منذ المراحل الأولى في مسطرة التعهدات لا يخرق مبدأ الحياد، فتدخل الهيئة بشكل إيجابي في المفاوضات الهدف منه ضمان حسن تقدير نجاعة التعهدات التي ستمنحها القوة الإلزامية وليس التدخل في صلاحيات المقرر.

هذه التوجهات القضائية السابقة لم تسلم من النقد، إذ اعتبر رأي فقهي هذا التوجه نحو استثناء خضوع مسطرة التعهدات لإلزامية احترام ضمانات الدفاع بما فيه تلك المتعلقة بضمان حياد سلطة التقرير عن سلطة التحقيق، كما هي منصوص عليها في المادة 6 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان، وفرض احترام ضمانات هذه المادة فقط عندما يقوم المجلس بالنطق بجزاءات وليس عند النطق بتدابير تصحيحية توجه غير سليم. فمسطرة التعهدات تكون فيها السلطة التقديرية لهيئة المنافسة أكثر اتساعا، وبالتالي من المنطقي أنه كلما اتسعت هذه السلطة وجب أن تقابلها ضمانات أكثر للأطراف. كما أن هذه المسطرة قد تكون لها تبعات جد مهمة على الأطراف والغير، خاصة إذا نظرنا لقيمة العقوبة التي تنتظر المقاولة في حالة عدم احترام التعهدات، هذه العقوبة قد تضاهي تلك المعمول بها في مجال المسطرة النزاعة العادية[555]، الشيء الذي يوجب عدم استبعاد تطبيق مبدأ الحياد من قبل سلطة المنافسة أثناء سير هذه المسطرة خاصة في مرحلة التفاوض، لأن تدخل الجهاز صاحب سلطة القرار قد يشكل ضغوطات تجبر المنشأة على الالتزام بتقديم تعهدات قد لا تحرص على احترامها بعد صدور القرار النهائي.

نشير في خلاصة هذا المطلب إلى أنه بالنظر إلى مقتضيات ق.ح.أ.م. وأخذا بعين الاعتبار التجارب المقارنة، الملاحظ أن المشرع منح سلطة المنافسة سلطة تقديرية على مستوى

[555] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.374.

إعمال الضمانات المتعلقة بسير المساطر التفاوضية بالأخص، وهذه السلطة تضيق وتتسع تبعا لأهداف كل مسطرة من المساطر التفاوضية وكذلك حسب ما إذا تعلق الأمر بطرف معني بالمسطرة أو الغير، وهذا الأمر قد تنتج عنه آثار جد مهمة على مصالح هؤلاء ليس أثناء المسطرة وحسب بل تمتد إلى تعديل أوضاعهم القانونية تبعا للقرارات المتخذة نتيجة هذه المسطرة. وهنا يطرح التساؤل عن الضمانات التي يجب توفرها لحماية حق هؤلاء في اللجوء إلى القضاء لإعمال رقابته على هذا النوع من القرارات، وأيضا التساؤل عن حدود هذه الرقابة البعدية التي قد تمارسها المحكمة على السلطة التقديرية لهيئة المنافسة.

الفرع الثاني: إعمال رقابة قضائية على القرارات الناتجة عن تطبيق المساطر التفاوضية تراعي مصالح الأطراف والغير

مراقبة القضاء لقرارات هيئات المنافسة بشكل عام والقرارات المتعلقة بالمساطر التفاوضية بشكل خاص تشكل المرحلة الأخيرة لنظام تقريري فعال، لأنها تسمح بعدم الامتداد الزمني لقرارات تشوبها عيوب قانونية تكون لها آثر سلبية على مصالح الأطراف أو الغير [556]، لذلك عمل المشرع المغربي في ق.ح.أ.م. على التنصيص على مقتضيات خاصة تهم إمكانية الطعن في قرارات مجلس المنافسة بشكل عام، هذه المقتضيات تنطبق مبدئيا على القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة بشأن المساطر التفاوضية. وفي ظل غياب تطبيقات عملية لطبيعة وحدود الرقابة التي يمكن أن يعملها القضاء المختص على قرارات مجلس المنافسة المغربي، سنحاول انطلاقا من التطبيقات الصادرة عن القضاء الفرنسي والأوروبي بشأن قرارات هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية الأوروبية رصد حدود رقابة القضاء على القرارات الصادرة بشأن المساطر التفاوضية (المبحث الأول).

[556] Lucile FRENEAUX, L'efficacité du recours à l'engagement en matière de contrôle de concentration, op.cit., p.65.

وبما أن القرارات الصادرة بشأن المساطر التفاوضية يكون موضعها التثبت والمعاقبة على ممارسات منافية تكون لها آثار ممتدة في الزمن وقد تمثل أضرارا ليس فقط للمنافسة بل كذلك للمنافسين والمستهلكين، الشيء الذي يوجب التساؤل عن إمكانية استناد المتضرر من الممارسة المنافية على نتائج المسطرة التفاوضية المطبقة بشأن هذه الممارسات عند لجوئه للقضاء لإثارة المسؤولية المدنية بشأن الضرر الذي أصابه من جراء هذه الممارسات، خاصة في ظل المقتضيات المتعلقة بضمان سرية المساطر التفاوضية التي قد تمنح لسلطة المنافسة صلاحية رفض الاطلاع والحصول على الوثائق المتعلقة بهذا النوع من المساطر حماية لفعالية وجاذبية هذه الأخيرة، لذا سيكون من المفيد الاطلاع على كيفية تعامل الاجتهادات القضائية المقارنة مع إشكالية التوفيق بين المصالح المرتبطة بفعالية المساطر التفاوضية وتفعيل الحق في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات موضوع هذه المساطر(المبحث الثاني).

المبحث الأول: حدود الرقابة القضائية على القرارات الصادرة بشأن المساطر التفاوضية

قام المشرع عن طريق مقتضيات خاصة في ق.ح.أ.م بالتنصيص على الجهة التي يتم أمامها الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، وهكذا تنص المادة 44 على أن قرارات المجلس والإدارة المرتبطة بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي ترفع أمام الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، أما باقي القرارات فيتم الطعن فيها أمام محكمة الاستئناف بالرباط. الملاحظ أن هذه المقتضيات تشكل استثناء من القواعد العامة المنظمة للاختصاص النوعي للمحاكم تجاه القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية، التي توجب الطعن في القرارات الإدارية أمام المحاكم الإدارية، ولعل ذلك بالأساس راجع للطبيعة الشبه القضائية لسلطات مجلس المنافسة وللمساطر المتبعة بشأن قرارته، وخصوصية المصالح المرتبطة بمنازعات المنافسة. هذه الخصوصية قد يكون لها وقع مباشر على حدود الرقابة القضائية لهذه القرارات التي توجب الأخذ بعين الاعتبار المصالح العامة والخاصة المرتبطة بها خاصة عند النظر في الطعون المتعلقة بالقرارات المتخذة نتيجة للمساطر التفاوضية. ونظرا لخضوع هذه القرارات للمحددات المنصوص عليها في المادة 44 أعلاه فإننا سنحاول

رصد حدود رقابة القضاء على قرار قبول التعهدات (المطلب الأول) قبل التطرق لحدود هذه الرقابة على القرار الناتج عن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات (المطلب الثاني) والقرار المتعلق بمسطرة الإعفاء (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على قرار قبول التعهدات

انطلاقا من كون هيئة المنافسة لها السلطة التقديرية الواسعة لاتخاذ قرار قبول التعهدات أو رفضها، ومراقبة تنفيذ هذه التعهدات واتخاذ الجزاء المناسب في حالة عدم احترام هذا التنفيذ، فهذه السلطة قد تكون لها آثار مهمة على الوضعية القانونية لأطراف هذه المسطرة وللغير على السواء، الشيء الذي يوجب ضمان مراقبة القضاء للانحرافات التي قد تصدر عن هيئة المنافسة أثناء استعمالها لسلطتها التقديرية[557].وذلك من خلال ممارسة رقابة فعالة حول احترام الضمانات الأساسية للأطراف والغير بهذه المسطرة.

ولأن مسطرة التعهدات يتم إعمالها في كل من الباب المتعلق بمراقبة مشاريع التركيز الاقتصادية، وكذلك بالنسبة لشكوك التنافسية المرتبطة بالممارسات المنافية للمنافسة، وأخذا بعين الاعتبار مقتضيات المادة 44 من القانون رقم 104.12 التي تفيد بأن قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بمراقبة مشاريع التركيز يرفع الطعن بشأنها أمام الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، أما القرارات المتخذة في إطار مراقبة الممارسات المنافية فيتم رفع الطعون المتعلقة بها أمام محكمة الاستئناف بالرباط. هذا يفيد بأن حدود الرقابة على قرار التعهدات قد تختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بتعهدات متضمنة في قرار يهم عملية التركيز (الفقرة الأولى) أو قرار قبول التعهدات بشأن شكوك تنافسية ناتجة عن تصرفات المنشأة في السوق (الفقرة الثانية).

ونشير إلى أن قرار رفض التعهدات لا يخضع مبدئيا للطعن أمام القضاء، فقرار الهيئة برفض التعهدات غير قابل للطعن أمام القضاء باعتبار أنه لا يشكل قرار نهائي، فسلطة المنافسة عند

[557] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.477.

رفضها لقبول مقترحات التعهدات فهي تقرر قبول الإحالة وتحريك المسطرة النزاعية، ويكون على سلطة المنافسة تعليل رفض التعهدات عند اتخاذها القرار النهائي في المسطرة النزاعية، فهذا القرار هو الذي يكون خاضعا للطعن، إذ يمكن للقاضي بمناسبة هذا الطعن مراقبة تعليل سلطة المنافسة بشأن رفض التعهدات.

الفقرة الأولى: حدود رقابة القضاء على قرار قبول التعهدات في إطار الترخيص لعملية التركيز

إن الطعون الموجهة لقرارات التركيز الاقتصادي المتضمنة للتعهدات المقترحة من قبل الأطراف تقدم وفقا لما تنص عليه المادة 44 من ق.ح.أ.م.[558] داخل أجل 30 يوما أمام الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، ويخضع النظر في هذه الطعون للمساطر المتبعة أمام محكمة النقض بشكل عام. فالمشرع في هذه المادة لم يخص الطعن في قرارات التركيز بمقتضيات خاصة في ق.ح.أ.م. كما هو حال الطعن في قرارات المجلس المتعلقة بمجال الممارسات المنافية، فالمادة 44 تنص في الفقرة الثانية على وجوب مراعاة المقتضيات الخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 104.12 بشأن هذا الطعن بالذات.

لكن هذا التفاوت في التأطير إن صح التعبير بين الطعن في قرار المجلس المتعلق بالتركيز، وباقي الطعون المتعلقة بقراراته بشأن الممارسات المنافية، يوجب علينا التطرق في البدء إلى طبيعة الدعوى التي تكون موضوع الطعن في قرار المجلس المتعلق بعملية التركيز بشكل عام والمرتبطة بقرارات التصريح بإنجاز هذه العمليات المتضمنة لتعهدات (أولا)، قبل تحديد الأطراف التي

[558] المادة 44 من ق.ح.أ.م. رقم 104.12 تنص على أنه : "تقدم الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة، المتخذة تطبيقا لأحكام الفقرة الخامسة من المادة 15 والبند 3 من المادة 17 والمادتين 19 و 20 من هذا القانون، والقرارات المتخذة من لدن الإدارة، تطبيقا لأحكام المادة 18 من هذا القانون، داخل أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ تبليغ القرار، أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض.
تقدم الطعون ضد القرارات الأخرى المتخذة من لدن مجلس المنافسة أمام محكمة الاستئناف بالرباط. ويتم رفعها والتحقيق والبت فيها طبقا للمقتضيات أدناه."

يمكنها أن ترفع هذا الطعن أمام الغرفة الإدارية لمحكمة النقض (ثانيا) وأخيرا التوقف عند موضوع رقابة هذه الغرفة عند نظرها في هذا الطعن (ثالثا).

أولا– طبيعة الدعوى موضوع الطعن في قرارات التركيز المتضمنة لتعهدات

تحديد طبيعة الدعوى موضوع الطعن في قرارات مجلس المنافسة بشأن التركيز بشكل عام وتلك المتضمنة للتعهدات بشكل خاص، أمر جد ضروري وهام نظرا لاختلاف سلطة القاضي بشأن ما إذا كان ينظر لهذا الطعن من زاوية دعوى المشروعية فقط أم من زاوية دعوى القضاء الشامل. فإذا كانت دعوى الإلغاء هي الدعوى التي تهدف إلى إلغاء القرار الإداري غير المشروع، وينحصر دور القاضي فيها على مراقبة مشروعية القرار ولا يتعداه إلى فحص الملائمة، فإن توصل القاضي إلى وجود عيب من عيوب المشروعية يحكم بإلغاء القرار دون زيادة أو نقصان، بينما في دعوى القضاء الشامل تتسع سلطة القاضي لتشمل مراقبة الملائمة ولا تقف عند حد إلغاء القرار، بل يمكنه الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن القرار والحكم بالإجراء الصحيح الواجب اتخاذه[559].

وبالرجوع للمقتضيات المؤطرة لاختصاصات الغرفة الإدارية، وانطلاقا من كونها إحدى مكونات محكمة النقض، وأن الاختصاصات الموكولة لهذه الغرفة قانونا تشمل البت في كافة المنازعات الإدارية كمحكمة نقض، أو كمحكمة موضوع بالنسبة لإلغاء صنف من القرارات الإدارية المنصوص عليها في المادة 9 من القانون رقم 90–41 المحدث للمحاكم الإدارية، فإنه مبدئيا يمكن القول بأن اختصاص المحكمة الإدارية بشأن البت في الطعون الإدارية قد يتأسس على دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل وذلك تبعا للأسباب المتضمنة في مقال الطعن.

[559] محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي- الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، رقم 77 مكرر لسنة 2011، ص. 202 و 203.

على مستوى الفقه نجد جانبا منه قد تطرق لأساس الرقابة القضائية على قرارات هيئات النظامة في ظل مقتضيات القانون رقم 06.99، الذي كانت فيه سلطة الترخيص بإنجاز عملية التركيز في يد الوزير الأول وبعده رئيس الحكومة، حيث ذهب إلى أن هذه الرقابة تكون أساسا عن طريق دعوى القضاء الشامل، ويؤسس لرأيه هذا بناء على اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي الذي صدر بمناسبة تناوله لموضوع الضمانات الممنوحة لأصحاب رخص استغلال مرافق الاتصال السمعي البصري، الذي أكد المجلس الدستوري فيه على أن كل قرار إداري يوقع عقوبة يمكن أن يكون موضوع طعن أمام مجلس الدولة بموجب دعوى القضاء الشامل[560].

كما نجد أن الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ممثلا في قرار قضائي يهم الترخيص لمنشأة بإخراج شحنة من المنتج الذي استوردته في ظل امتناع إدارة مرفأ الميناء عن منح هذه الرخصة، وهو قرار يمكن الاستئناس به في النقطة المتعلقة بالرقابة على صلاحيات الترخيص بإنجاز عملية التركيز. جاء في أحد حيثياته أنه: " وحيث إن التجاوز في استعمال السلطة يكمن في خرق القاضي للحدود التي حصر القانون سلطته في إطارها، فإن لجوء مؤسسة الزايدية مباشرة إلى القضاء الإداري بطلبها الرامي إلى إخراج القمح المحجوز بمضامير الميناء والإذن بطحنه، قبل أن يصدر في هذا الشأن قرار من الجهة الإدارية المختصة... يعد تدخلا في صميم عمل الإدارة وبالتالي تجاوز القضاة مصدري القرار المطعون فيه سلطاتهم، مما يتعين معه التصريح بإلغائه عملا بمقتضيات الفصل 382 من ق.م".[561]

انطلاقا من هذا القرار يمكن القول بأنه في حالة تعلق الأمر بطعن في قرار يهم رفض الترخيص بإنجاز عملية التركيز أو الاعتراض على قرار الترخيص، فإن الغرفة الإدارية لمحكمة

---

[560] محمد الهيني، " دور هيئات النظامة في ضمان حكامة إدارية و اقتصادية فعالة، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي بعنوان" الإبداع والتغيير التنظيمي في المنظمات الحديثة دراسة وتحليل تجارب وطنية ودولية"، المقام في جامعة سعد دحلب –البليدة- الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، خلال يومي 18 و 19 مايو 2011م، ص. 24، منشور بالموقع الالكتروني:
(اطلع عليه بتاريخ 14 فبراير 2019) https://www.mohamah.net/law

[561] القرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بغرفتين يحمل رقم 302 والمؤرخ في 25 مارس 2003 في الملف الاجتماعي عدد 2002/5/194، منشورة ب مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي دجنبر 2004، العدد 60/59 لسنة 2000، ص. من 300 إلى 306.

النقض لا تملك إلا إلغاء قرار مجلس المنافسة ولا يمكنها بالتالي الترخيص لعملية التركيز أو تقرير احترام العملية لمتطلبات المنافسة والترخيص بإنجازها دون اللجوء لقرار المجلس، لأن اختصاص الترخيص بإنجاز عملية التركيز يتم وفق نظام خاص يحدد مسطرة خاصة تسمح لمجلس المنافسة بتقرير الترخيص بإنجاز العملية من عدمه.

إن المنطق السابق، يتماشى مع المقتضيات العامة لنصوص المسطرة المدنية المحددة لاختصاص محكمة النقض التي تمنح هذه الأخيرة الاختصاص بناء على الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية للنظر في الطعون الرامية إلى إلغاء المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة، فالفصل 362 يشير إلى أنه ترفع للغرفة الإدارية الطعون الموجهة ضد مقررات السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة[562]. وبالتالي فالطعن المرفوع أمام الغرفة الإدارية الذي يهم قرارات التركيز المتضمن لتعهدات التزمت بها المنشآت الأطراف في العملية وتم بناء عليها التصريح بإنجاز التركيز، يكون بناء على طلب إلغاء قرار المجلس للشطط في استعمال السلطة، باعتباره قرارا إداريا صادرا عن سلطة إدارية.

على مستوى التشريع الفرنسي المقارن الذي لم يتطرق بشكل صريح لنوع الدعوى الذي يمارس من خلالها مجلس الدولة الفرنسي رقابته على قرارات هيئة المنافسة بشأن عمليات التركيز الاقتصادي، نجد الفقه الفرنسي يجمع على كون الطعن في هذه القرارات يتم أساسا عن طريق دعوى الإلغاء[563]، كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يذهب في نفس التوجه، لكنه يقر

---

[562] الفصل 362 من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه : "يقوم الرئيس الأول بمجرد تقديم طلب النقض بتسليم الملف إلى رئيس الغرفة المختصة الذي يعين مستشارا مقررا يكلف بإجراء المسطرة.

ترفع إلى الغرفة الإدارية:

1 - الطعون بالنقض ضد الأحكام القضائية الصادرة في القضايا التي يكون أحد الأطراف فيها شخصا عموميا؛

2 - الطعون الموجهة ضد مقررات السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة.

غير أنه يصح أن تبحث وتحكم كل غرفة في القضايا المعروضة على المحكمة أيا كان نوعها."

[563] Voir : Française BRUNET et Guy CANIVET, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, op.cit., p.131 ; Marie MALOURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, op.cit., p.335.

استثناء مفاده أنه في حالة تعلق القرار بجزاءات مالية فإنه يتم النظر في طلب النقض بناء على دعوى القضاء الشامل.

وهذا ما يؤكده قرار مجلس الدولة الفرنسي، ففي قرار له رقم 353856 صادر بتاريخ 21 دجنبر 2012 في قضية تتعلق بعملية تركيز استحوذت بموجبها مجموعة "CANAL.PLUS" على مجموع مساهمة شركة "T.P.S" في شركة "CANAL.SAT" [564]، التي تم الترخيص بإنجازها من طرف وزير الاقتصاد والمالية تحت شرط احترام مجموعة من الالتزامات في شكل أوامر، وبعد صدور هذا القرار بمدة تبين لهيئة المنافسة الفرنسية –التي أصبح لها وفقا لتعديل 2008 سلطة مراقبة عمليات التركيز– عدم احترام المجموعة لمعظم تلك التعهدات، فأصدرت قرارا يضم تحمل المجموعة لجزاءات مالية إضافة إلى سحب الترخيص و تقرير وجوب إعادة المسطرة من جديد، ثم صدر قرار ثان عن الهيئة بعدما تم إعادة المسطرة بالتصريح للمجموعة مرة أخرى لإنجاز العملية لكن تحت شرط احترام 33 التزام، قامت المجموعة بالطعن في كل من القرار المتضمن للجزاءات المالية وقرار الترخيص الأخير.

وفي نظره في هذا الطعن قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه بناء على أن القرار المطعون فيه تم وفقا للتدابير المتخذة في إطار المادة L430-8 من م.ت.ف التي لها طابع الجزاء، ما يوجب البت في الطلبات المثارة أمامه بناء على دعوى القضاء الشامل، وأيد قرار هيئة المنافسة بسحب الترخيص نتيجة لخرق التعهدات، إلا أنه أبطله جزئيا في ما يتعلق بسوء تقدير مجلس المنافسة المرتبط بتعهدين اتضح لمجلس الدولة أنه لم يتم خرقهما، وبناء على ذلك قام بتعديل مبلغ العقوبة المالية بما يتناسب وذلك، إذ خفض مبلغ العقوبة من 30 مليون أورو إلى 27 مليون أورو.

[564] قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 353856، والصادر بتاريخ 21 دجنبر2012، والمنشور بالوقع الكتروني للمجلس:
https ://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/affaire-canal-plus-vivendi2 (اطلع عليه بتاريخ 19 فبراير2018)

يمكن أن نخلص من خلال الاجتهاد السابق إلى أن القضاء الإداري يبت في الطعون بشأن القرارات الصادرة عن عمليات التركيز كقاعدة عامة على أساس دعوى الإلغاء، لكن هذه القاعدة لها استثناء خاصة فيما يتعلق بالقرارات التي تضم جزاءات مالية في حق المنشآت المعنية التي لم تنفذ التعهدات والأوامر أو القرارات الصادرة عن الهيئة المختصة بمناسبة مسطرة مراقبة عمليات التركيز، ففي هذه الحالة يتوجب البت في هذا الطعن بناء على دعوى القضاء الشامل.

رغم تأكيد الفقه الفرنسي على كون الرقابة المطبقة من قبل مجلس الدولة الفرنسي على قرارات التركيز تتعلق مبدئيا بالطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة،[565] إلا أنه يذهب إلى أن الرقابة المطبقة من قبل مجلس الدولة الفرنسي على قرارات هيئة المنافسة في مادة التركيز الاقتصادي وإن كانت رقابة على أساس تجاوز هيئة المنافسة لحدود سلطتها فذلك لا يعني أنها رقابة ضيقة، فالقاضي الإداري يمكن أن يطبق عدة مستويات للرقابة، وذلك بالنظر لحجم السلطة التقديرية التي تكون لهيئة المنافسة. وهذه الرقابة إما أن تكون رقابة عادية من خلال الرقابة على الصحة المادية للوقائع وتكيفها والخطأ في القانون وتجاوز السلطة، وإما رقابة ضيقة لا تشمل سوى الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، أو رقابة قصوى تسمح للقاضي بإعمال الرقابة على تناسبية قرار الإدارة من خلال مراقبة شاملة للتعليل الذي تأسس عليه القرار[566].

وبما أن السلطة التقديرية لهيئة المنافسة في الترخيص لعملية التركيز وفقا للتعهدات أو منع انجازها ليست سلطة مطلقة بل يتم إعمالها في إطار اختصاصات مقيدة قانونا، وبالتالي فرقابة مجلس الدولة الفرنسي تكون رقابة شاملة للتكيف القانوني الذي ينتج عن طبيعة سلطة–الشرطة الاقتصادية– مراقبة عمليات التركيز، التي قد تتضمن قبول تعهدات تقيد حرية ممارسة النشاطات التجارية والصناعية. فالرقابة هنا تفوق رقابة الخطأ الجسيم في التقدير، بل تكون أكثر دقة وتشمل مختلف تقديرات هيئة المنافسة المتعلقة بحدود السوق المعني، وكذلك تلك المتعلقة بالآثار السلبية للعملية التركيز على المنافسة وما يقابلها من تقدم اقتصادي.

[565] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.606.

[566] Ibid., p.620.

ولعل هذا ما تؤكده الخطوط التوجيهية الصادرة عن هيئة المنافسة في ما يتعلق بمراقبة عمليات التركيز الاقتصادي[567]، التي تفيد بأنه يتم النظر في الطعون الموجهة ضد قراراتها بشأن مراقبة التركيز على أساس الطعن بالإلغاء، هذا الطعن يسمح لمجلس الدولة الفرنسي بمراقبة مشروعية القرار الخارجية أي الشكلية المتعلقة بالاختصاص واحترام الإجراءات الشكلية المسطرية، والمشروعية الداخلية الموضوعية للقرار من خلال مراقبة خرق القواعد القانونية أو الخطأ في القانون أو الواقع ومراقبة التكييف القانوني للوقائع، كما تضيف أن هذه الرقابة هي رقابة شاملة تضم مراقبة التقييم التنافسي والاقتصادي الذي يتم إعماله من قبل الهيئة أو وزير الاقتصاد.[568]

وإذا كان ما سبق يؤكد على أن إمكانية الطعن في قرارات التركيز المتضمنة لتعهدات يتم بناء على طلب إلغاءه للشطط أو تجاوز السلطة، إلا أن التساؤل يبقى مطروحا بشأن الأطراف التي لها إمكانية تقديم هذا الطلب. فهل لأطراف العملية الذي تم قبول تعهداتهم يمكنهم الطعن في هذا القرار، خاصة وأن هؤلاء هم من قدموا هذه التعهدات بمحض إرادتهم، وهل للغير الذي لم يكن طرفا في المسطرة أمام سلطة المنافسة تقديم مثل هذا الطلب؟

ثانيا– الأطراف المخول لها الطعن في قرار التركيز المتضمن لتعهدات

مقتضيات المادة 44 من ق.ح.أ.م. لا تتضمن أي مقتضى يمنع المنشأة التي تم قبول تعهداتها في إطار الترخيص لعمليات التركيز من الطعن في هذا القرار. فالمنشأة باعتبارها طرفا

[567]A.C.F, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, « 283. Les recours à l'encontre des décisions en matière de concentrations sont principalement des recours en annulation. Le Conseil d'État y examine la légalité externe (compétence, respect de certaines garanties de forme ou de procédure) et la légalité interne (contrôle de la violation de la loi ou de l'erreur de droit ou de fait, avec examen de la qualification juridique des faits) des décisions. »

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/ld_concentrations_juill13.pdf

[568] Ibid. «285. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur les décisions. Ainsi, dans l'arrêt Fiducial du 13 février 2006, le Conseil d'État a déclaré licite l'autorisation ministérielle contestée après avoir réétudié les parts de marché des parties à la concentration, les obstacles au pouvoir de marché de la future entité et vérifié le bilan concurrentiel et les gains d'efficacité de l'opération… ».

معنيا بمسطرة الترخيص من الطبيعي أن يكون لها حق الطعن في القرارات الناتجة عن هذه المسطرة التي تأثر بشكل مباشر على أوضاعها القانونية. وبالتالي وإن كان من المستبعد لجوء المنشأة التي حصلت على قرار الترخيص بإنجاز عملية التركيز للطعن في هذا القرار، إلى أن فرضية الطعن في مضمون التعهدات الملزمة التي قد يعلق عليها قرار منح الترخيص يبقى فرضية قائمة.

على مستوى القواعد الإتحادية نجد أن الاجتهاد القضائي الاتحادي يقبل بالطعن المقدم من قبل الأطراف في قرارات التعهدات في إطار مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، فمحكمة أول درجة أكدت هذا الطرح في القرار الصادر بتاريخ 22 مارس 2002 المتعلق بقرار الترخيص لعملية تركيز، إذ خلصت إلى أنه وإن كان قرار المفوضية يفيد بأن العملية تتلاءم والسوق الأوروبية وبالتالي لا تشكل مؤاخذة للمطالب، إلا أن ذلك ليس كافيا لإعفاء المحكمة من التأكد من أن التعهدات المتضمنة في تعليل هذا القرار ينتج عنها آثار قانونية ملزمة ذات طبيعة من شأنها المس بمصالح هذا الأخير [569]، وبالتالي فالتعهد يمكن أن يكون موضوع طعن بالإلغاء إذا نتج عن مضامينه ترتيب آثار قانونية ملزمة.[570]

لكن رغم التأكيد على إمكانية طعن الأطراف في قرار التعهدات بشأن الترخيص لعملية التركيز، إلا أنه من الناحية العملية يبدو الأمر جد صعب، فكما يذهب المحامي العام "كوكوت"

[569] T.P.I.C.E, Arrêt du 22 mars 2000, Affaires jointes T-125/97 et T-127/97. « *1* Constituent des actes ou décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 173 du traité (devenu, après modification, article 230 CE) les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci. Pour déterminer si un acte ou une décision produite de tels effets, il y a lieu de s'attacher à sa substance. Il s'ensuit que le seul fait qu'une décision de la Commission déclare l'opération de concentration notifiée compatible avec le marché commun et ne fait donc pas grief, en principe, aux requérantes ne dispense pas le Tribunal d'examiner si les constatations contenues dans les motifs de cette décision produisent des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de celles-ci. » préc. Pts 77-79 : En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61997TJ0125 (consultée le 4 janvier 2018)

[570] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p577

في خلاصاته بشأن قضية "كومنت بو" [571] أنه عند مراقبة القضاء لملائمة قرار التصريح بإنجاز عملية التركيز[572]، يجب الأخذ بعين الاعتبار أن المقاولات المعنية التزمت بشكل إرادي، وتكون هناك قناعة قوية بأن المقاولات قدمت بنفسها التعهدات التي ترى أنها مناسبة وضرورية وملائمة للإجابة عن الشكوك بشأن المنافسة التي رصدتها المفوضية، كما تكون كذلك مقتنعة بأن اقتراحات التعهدات هو تصرف أقل وطأة من منع انجاز عملية التركيز، وبالتالي يتوجب أن تتوفر ظروف استثنائية من أجل القول بأن قرار المفوضية لم يحترم مبدأ التناسب.[573]

أما بالنسبة لإمكانية قيام الغير بالطعن في القرار الصادر بشأن مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي والمشتمل على التعهدات، ففي ظل غياب مقتضيات قانونية تنظم بشكل خاص هذه الإمكانية في إطار ق.ح.أ.م. فإن هذه الإمكانية تخضع للقواعد العامة التي توجب توفر المصلحة لرفع مثل هذا الطعن. ويذهب الفقه الفرنسي بشأن هذه النقطة بالذات إلى أنه بالنظر لطبيعة هذا النوع من النزاعات ومن أجل توفر المصلحة في تحريك دعوى الطعن في قرار الترخيص المتضمن لتعهدات يجب أن يكون لرافع الطعن مصلحة مباشرة وشخصية [574].

وهكذا نجد في اجتهاد قضائي لمجلس الدولة الفرنسي ألغى فيه قرار التصريح بالتركيز بين شركة " هنيكل " وشركة "فيشر " بناء على طعن شركة "انتربرو" التي لم تكن طرفا في عملية

---

[571] Conclusions de l'avocat général Mme Juliane KOKOTT, présentées le 26 avril 2007 Concernant, l'Arrêt de la Cour (première chambre) du 18 décembre 2007, Affaire C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie BV Contre Commission des Communautés européennes, P. 138. En ligne :

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0202 (consultée le 7 janvier 2018)

[572] القضاء عندما يمارس رقابة الملاءمة لا يخرج على رقابة المشروعية لأن الملاءمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية وهذا يقودنا إلى أن هنالك فارقاً أساسياً بين المشروعية والملاءمة، فشرعية تصرف ما تعني أن هذا التصرف التزم جانب القواعد القانونية. أما ملاءمة تصرف ما فإنما تعنى أن هذا التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة، لذلك ففكرة الملاءمة فكرة نسبية وهذا لا يعني بأن الشرعية والملاءمة فكرتان متناقضتين لأنه إذا كانت مشروعية قرار من القرارات يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس قواعد قانونية فان تقدير ملاءمة هذا الإجراء أو القرار لا يمكن أن يتم إلا بالنسبة لمجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية.

-د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، جـ1، مطبعة جامعة القاهرة، 1981، ص100.

[573] Conclusions de l'avocat général, préc., point 71.

[574] Laurence IDOT, Les droits des tiers dans la procédure administrative de control de concentration, aspect de droit français », Revue De Droit Comparé, 2006, n°58-3, p.36.

التركيز، بعلة أن هذه الأخيرة لم يسمح لها بتقديم ملاحظاتها بشأن التعهدات التي اتخذتها شركة "هنيكل"، والمتمثلة في تفويت مستودعاتها لجهات مستقلة عن باقي كبار منتجي الجعة ومنهم "انتربرو"، مما سيمنع هذه الأخيرة من إمكانية شراء هذه المستودعات. تبعا لذلك قرر المجلس إلغاء قرار الترخيص بالتركيز بحجة خرق مبدأ حقوق الدفاع لهذه الشركة [575]. وبالتالي فهذا القرار يضمن للمقاولة التي تأثرت مصالحها بالتدابير التصحيحية المتضمنة بقرار التصريح بعملية التركيز، إمكانية تقديم الطعن بإلغاء هذه التدابير.

أما بالنسبة لإمكانية قيام الغير بالطعن في قرار المفوضية الأوروبية بشأن عمليات التركيز المشتملة على التعهدات الملاحظ أن القواعد الاتحادية تقرر هذه الإمكانية، إلا أنها محددة بشكل دقيق فليس كل المقاولات الغير لها حق الطعن في قرار التعهدات، إذ يجب أن تتوفر على المصلحة، أي أن يكون الغير هو مصدر الإحالة أو أن يكون معنيا بشكل مباشر وشخصي بالقرار المتخذ.[576]

وفي هذا السياق تقبل محكمة أول درجة الأوروبية طعن المقاولة التي تم منحها حق إبداء ملاحظات بشأن مسطرة التعهدات أمام المفوضية الأوروبية[577]. فالغير الذي شارك في مرحلة

---

[575] C.E, Décision du 9 avril 1999, n° 191654, (société the coca-cola company) : « Considérant que la décision attaquée ne pouvait légalement intervenir sans qu'au préalable, le projet de décision accompagné de l'avis du Conseil de la concurrence ait été adressé aux sociétés parties à l'opération de concentration, comme ce fut le cas en l'espèce, en application de l'article 30 du décret du 29 décembre 1986, et sans que, compte tenu de ce que cette décision privait la société INTERBREW de la possibilité de se porter acquéreur des entrepôts susmentionnés, ladite société ait été mise en mesure, en application du principe général des droits de la défense, de présenter ses observations ; qu'il n'est pas contesté que cette dernière formalité n'a pas été respectée ; que dès lors, cet arrêté est intervenu dans des conditions irrégulières ; que par suite, et eu égard au caractère indivisible des dispositions dudit arrêté, la société INTERBREW est fondée à en demander l'annulation », En ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007993007/ (consultée le 28 janvier 2018)

[576] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., P. 584

[577] T.P.I.C.E, (ord) 15 décembre 1992, (comité central d'entreprise de la savante générale des grandes sources), T-96/92R, rec. CJECE II-2579. Point 33 : "Dans sa jurisprudence relative à la qualité pour agir des tiers, tant en matière de concurrence et d'aides d'État que de dumping et de subventions, la Cour a jugé que, dans les cas où un règlement accorde à des entreprises des droits procéduraux les habilitant à demander à la Commission de constater une infraction aux règles communautaires ou à présenter des observations dans le cadre d'une procédure

فحص السوق يكون له حق الطعن في قرار التعهدات، بل الأكثر من ذلك نجد أن هذه المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 15 دجنبر 1999 [578]، أكدت على أنه بالرغم من عدم مشاركة المقاولة في المسطرة أمام المفوضية فإن لها حق الطعن في القرار الصادر عنها، وأن ربط ذلك بشرط ممارستها حقها أثناء سير المسطرة، من شأنه إضافة شرط آخر لشروط المنصوص عليها في معاهدة عمل الاتحاد الأوربي. والقضية هنا كانت تتعلق بطعن مقاولة موجه إليها القرار، فقرار التعهدات كانت سيؤثر على وضعيتها التنافسية.

لكن الفقه يشير إلى وجوب قراءة هذا القرار بالموازاة مع التأكيد على أن غياب إلزامية المشاركة في المسطرة لا يعني بتاتا قيام المقاولة بالتهاون وإهمال تقديم ملاحظاتها أثناء المسطرة أو رفض المشاركة في اختبارات السوق، ففي هذه الحالة لا يمكن للمقاولة الغير أن تستفيد من حق الطعن في هذا القرار.[579]

يمكن القول انطلاقا من الاجتهاد القضائي السابق أنه للغير الطعن في قرار سلطة المنافسة المرتبط بالترخيص لإنجاز عملية التركيز، في الحالات التي يكون فيها من شأن هذا القرار أن يؤثر على مصالحه في السوق الذي تنجز فيه عملية التركيز، إذ يكون فيها معنيا بشكل خاص في

---

administrative, ces entreprises peuvent disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes (voir arrêts de la Cour du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec. p. 1875; du 4 octobre 1983, Fediol/Commission, 191/82, Rec. p. 2913, et du 28 janvier 1986, Cofaz/Commission, 169/84, Rec. p. 391). La nécessité de protéger des intérêts légitimes peut ainsi constituer un critère déterminant lorsqu'il s'agit d'apprécier si une personne physique ou morale peut être considérée comme directement et individuellement concernée par une décision, de manière analogue à un destinataire », En Ligne :
file:///C:/Users/admin/Downloads/T_1992_0096_ORD_FR_1992_II_002580.pdf.fr.pdf (consultée le 23 janvier 2018)

[578] T.P.I.C.E, Arrêt du 11 juillet, 1996, métropole télévision, T-542/93 , T528/39, T-546/93 rec. CJEC II649 : « 60 Selon une jurisprudence constante les dispositions du traité concernant le droit d' agir des justiciables ne sauraient être interprétées restrictivement, et, partant, dans le silence du traité, une limitation à cet égard ne saurait être présumée…Il en résulte que la décision, dans la mesure où elle permet, par le biais des règles statutaires exemptées, d' exclure Antena 3 de la jouissance des avantages concurrentiels découlant de l' appartenance à l' UER, l' affecte dans sa position concurrentielle. Antena 3 doit, de ce fait, être qualifiée de tiers intéressé au sens de l'article 19, paragraphe 3, première phrase, du règlement. » En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61993TJ0528 (consultée le 23 janvier 2018)

[579] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p 586.

حقوقه نتيجة للتعهدات المقدمة في إطار هذه العملية [580]. فالاجتهاد القضائي الاتحادي يعترف بمصلحة الغير الذي شارك في المسطرة بشكل إيجابي في الطعن في قرارات المفوضية المتضمنة لتعهدات، ونفس الشيء بالنسبة للغير الذي تأثرت وضعيته التنافسية في السوق نتيجة لقرار الهيئة، لكن يجب التأكيد على أنه وإن كان القضاء الاتحادي يعترف لمنافس المقاولة المقدمة للتعهدات بالحق في للجوء للطعن في القرار التصريح بالتركيز المتضمن لهذه التعهدات، فإن صفة المنافس لا تكفي لوحدها من أجل ضمان قبول هذا الطعن، بل لابد أن تكون للعملية موضوع الطعن آثار شخصية ومباشرة على مصالحة هذا الأخير.

ثالثا– موضوع رقابة القضاء الإداري على قرار التركيز المتضمن لتعهدات

من خلال تطرقنا للأطراف الذين يمكنهم الطعن في قرار سلطة المنافسة المتعلق بقبول أو رفض التعهدات المقدمة في إطار مراقبة التركيز الاقتصادي، لاحظنا أن هذه الطعون تتخذ إما شكل طلب إلغاء كلي للقرار، وهو حال الطعون المقدمة من قبل الغير الذين تكون مصلحتهم عدم انجاز عملية التركيز، أو طلب الإلغاء الجزئي للقرار الذي يقدم غالبا من قبل أطراف العملية من أجل الطعن في التعهدات التي أصبحت ملزمة لهؤلاء كونها تفوق ما هو مطلوب لمعالجة الشكوك التنافسية التي تطرحها عملية التركيز.

فوفقا للمبادئ العامة للقانون الإداري لا شيء يمنع من النطق بإلغاء القرار الإداري جزئيا إذا كان يقبل التجزئة، فقد يسمح هذا الإلغاء الجزئي بنوع من التعديل غير المباشر لقرار الهيئة، وهذا قد يكون مفيدا خاصة في الحالة التي يكون الطعن فيها موجها بالأساس للتعهدات الملتزم بها في ظل قرار التصريح وليس للتصريح بالتركيز في حد ذاته، لأنه يفيد في تجنب إلغاء القرار بشكل كلي مما يفرض صدور قرار جديد، الشيء الذي قد لا يكون في مصلحة أطراف عملية التركيز ولا حتى في مصلحة الغير، الذي لا يسمح له هذا الوضع بتعديل القرار لصالحه إذ

[580] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.588.

يتوجب عليه في حالة الإلغاء القرار انتظار صدور قرار جديد لمعرفة هل تم أخذ مصالحه بعين الاعتبار.

كذلك يمكن أن يلجأ الطرف الذي يطعن في قرار التصريح المتضمن لتعهدات إلى طلب وقف تنفيذ التعهدات بالذات، لأن نصوص المسطرة المدنية تفيد بأن الطعن أمام محكمة النقض لا يوقف التنفيذ وأنه يمكن للمحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغائه بصفة استثنائية[581]. وبالتالي فإن نفس الآثار التي تكون لطلب الإلغاء الجزئي لمضامين القرار المتعلقة بالتعهدات تكون لطلب وقف تنفيذ التعهدات المتضمنة في قرار التركيز، فهذه الآلية تمنح القاضي هي كذلك نوعا من الصلاحية لتعديل القرار لكنها محددة في الزمن وخاصة عندما ينازع الأطراف أو الغير في حجم التدابير المشترطة، في هذه الحالة يمكن للقاضي تحديد شروط تنفيذ القرار المنازع فيه.[582]

فشرط الاستعجال الذي يجب توفره للنطق بوقف التنفيذ يعتبر متوفرا في الحالة التي يكون فيها القرار الإداري المنازع فيه يشكل ضررا خطيرا وفوريا على المصلحة العامة أو على وضعية المطالب. وبالنظر للتبعات التي قد تكون لعمليات التركيز الاقتصادي على السوق، التي يفترض معها أن مجرد إنجاز عملية التركيز يغير من توزيع الحصص السوقية، هذا قد يكفي لتبرير الطابع الاستعجالي لطلب وقف التنفيذ. يبقى أن نشير إلى أنه لقبول مثل هذا الطلب لابد أن تكون العملية المطلوب وقف تنفيذها لم ترتب آثارها بشكل كامل، ففي هذه الحالة يتم رفض طلب وقف التنفيذ لعدم وجود مصلحة منه[583]

---

[581] الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه : " لا يوقف الطعن أمام محكمة النقض التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:
"... يمكن علاوة على ذلك للمحكمة بطلب صريح من رافع الدعوى وبصفة استثنائية أن تأمر بإيقاف تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة في القضايا الإدارية ومقررات السلطات الإدارية التي وقع ضدها طلب الإلغاء" .

[582] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p .609.

[583] C.E, (ord) 25 juill 2006 n° 294897 (société France Antilles), : « qu'enfin, le même jour, l'acquisition des actions de la société Delaroche a été intégralement réglée au vendeur ; qu'ainsi, la décision d'autorisation donnée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie était entièrement exécutée à la date à laquelle la société

وفي قرار لمحكمة الدرجة الأولى الأوروبية بتاريخ 31 مارس 1998 أتيح لهذه الأخيرة النظر في طلب إلغاء جزئي لقرار ترخيص بعملية تركيز اقتصادي يتعلق بشكل خاص بالتعهدات التي تضمنها هذا القرار، كما أن المطالب بالإلغاء عمل على المطالبة بوقف تنفيذ هذه التعهدات. ففيما يخص الطعن بالإلغاء الذي استهدف التعهدات المتضمنة في قرار التصريح بإنجاز عملية التركيز، أشارت المحكمة في البدء إلى أن الإلغاء الجزئي لقرار الترخيص المقتصر على التعهدات التي يفرضها ممكن مبدئيا، إلا أنه وجب أن تكون هذه التعهدات قابلة للانفصال عن بقية القرار[584]. فهذا الاجتهاد يقر مبدأ أنه في حالة كان التدبير المشترط في التصريح يشكل مع هذا القرار وحدة غير قابلة للتجزيء، يكون إلغاء الجزء المتضمن للتعهدات غير ممكن دون تعديل مادة القرار.

وبعد وضعها للمبدأ والاستثناء قررت المحكمة أن الشروط المطلوب وقف تنفيذها تشكل مع قرار قبول التصريح لإنجاز العملية وحدة غير قابلة للتجزيء، باعتبار أن هذه التعهدات جاءت نتيجة للتقييم السلبي للمفوضية لعملية التركيز كما تم تبليغها، كما أن هذه التعهدات الملزمة تعتبرها المفوضية ضرورية من أجل التصريح بتوافق العملية ووضعية السوق المشترك [585].

FRANCE ANTILLES a introduit sa requête tendant à la suspension de cette décision ; que par suite, cette requête n'est pas recevable. » En Ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008252693/ (consultée le 29 janvier 2018)

[584] T.P.I.C.E, Arrêt du 31 mars 1998 (France ET SCPA/EMC), Affaires joints C -68/95, C -30. P256/95 : « L'annulation partielle d'une décision, limitée aux seules conditions qu'elle impose, est possible pour autant que ces dernières sont détachables du reste de la décision. A cet égard, l'annulation partielle d'une décision de la Commission prise en matière de contrôle des opérations de concentration est l'une des hypothèses expressément envisagées par l'article 10, paragraphe 5, du règlement n_ 4064/89. », En Ligne :
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A61994CJ0068 (consultée le 29 janvier 2018)

[585] T.P.I.C.E, Arrêt du 31 mars 1998, préc, points 256 a 258 : « Toutefois, dès lors que les conditions posées par la Commission pour déclarer compatible l'opération de concentration avec le marché commun, font suite à une appréciation négative, par la Commission, de l'opération de concentration telle que notifiée et sont considérées par la même Commission comme indispensables pour que cette opération puisse être déclarée compatible avec le marché commun, lesdites conditions forment, avec la déclaration de compatibilité contenue dans le dispositif, une unité indissociable, et une annulation limitée à la partie du dispositif de ladite décision qui porte sur lesdites conditions et obligations n'est pas possible, sans que la substance de cette dernière soit modifiée. »

يمكن القول إن هذا التوجه القضائي وإن كان يقر بإمكانية قبول طلب الإلغاء الجزئي ووقف التنفيذ الذي يهم التعهدات المتضمنة في قرار الترخيص بإنجاز مشروع التركيز، إلا أنه يضع شرطا قد لا يسمح بتحقق هذه الإمكانية خاصة وأن التعهدات تشكل جزءا لا يتجزأ من قرار الترخيص باعتبار أن سلطة المنافسة تعلق هذه الترخيص على ضرورة الالتزام بهذه التعهدات، فبدون وجود هذه الأخيرة لا يمكن لسلطة المنافسة الترخيص بإنجاز العملية.

وهكذا في قضية "Nestlé/perrier" الذي نتج عنها صدور أمر من رئيس محكمة أول درجة الأوروبية يرفض فيه تعليق تنفيذ الشروط المتضمنة في قرار التصريح. صدر أمر بتاريخ 15 دجنبر 1992 أكد على أن إجراء تعليق التنفيذ من قبل المطالب سيؤدي إلى وقف تنفيذ التعهدات وفي نفس الوقت استمرار وضعية الهيمنة، وهذه الوضعية من شأنها أن تأثر سلبا على المنافسة في السوق المعني بشكل لا يمكن تداركه، فالتعهدات الملتزم بها في القرار تهدف إلى وضع حد لهذه الممارسة، وبالتالي احترام التعهدات في التاريخ الذي حدده القرار يشكل الشرط الجوهري الذي يرتكز عليه القرار لمنح الترخيص للمفوضية لإنجاز عملية التركيز المبلغة[586].

فمن خلال الأمر السابق يظهر أن وقف تنفيذ قرارات هيئة المنافسة يفرض على القاضي الموازنة بين كل من المصلحة العامة المرتبطة بتنفيذ القرار ومصالح الأطراف وأخيرا مصالح الغير الذي قد تتأثر مصالحه نتيجة هذا التنفيذ، إلا أن الشروط المتطلبة في طلب الغير وقف تنفيذ قرار الهيئة تخضع بشكل خاص لرقابة صرامة، فالغير المنافس في إطار عملية التركيز الاقتصادي محل قرار التصريح نادرا ما يمكنه الحصول على وقف تنفيذ هذا القرار، لأنه يتوجب عليه إثبات

[586] T.I.P.C.E, (ord) 15 décembre 1992, préc., point 38. « S'agissant de la demande de mesures provisoires tendant à ce que le Tribunal ordonne à la Commission d'enjoindre à Nestlé de différer toute mesure ayant pour objet de transférer le contrôle d'une quelconque entité du groupe Perrier à un tiers, il convient de relever également qu'une telle mesure reviendrait à suspendre l'exécution des engagements, identifiés ci-avant au point 8, pris par Nestlé à l'égard de la Commission et, par là même, à prolonger une situation de position dominante susceptible d'entraîner des conséquences irréversibles sur la concurrence dans le secteur concerné, à laquelle les conditions et charges imposées par la décision visent précisément à mettre fin. En effet, le respect de ces engagements, dans le délai fixé dans la décision, constitue la condition sur laquelle repose l'autorisation donnée par la Commission à la réalisation de l'opération de concentration notifiée »

أن التنفيذ سيسبب له ضررا متوقع وجد خطير، ومن شأنه أن يكون له آثار مستدامة على هيكلة السوق.[587]

وبغض النظر عن كون تعلق الطعن بطلب إلغاء كلي أو جزئي لقرار سلطة المنافسة، يظهر من خلال تطبيقات العمل القضائي في ظل التشريع الفرنسي والقواعد الاتحادية في النقطة المتعلقة بقرارات سلطة المنافسة بشأن الترخيص لعملية التركيز بشكل عام والقضايا المرتبطة بالتعهدات بشكل خاص، بأن أنجع وسيلة تبقى أمام الأطراف للمنازعة في قرار سلطة المنافسة الذي يتضمن تدابير تقيد الترخيص لإنجاز عملية التركيز هي إثارة عدم احترام سلطة المنافسة لمبدأ التناسب.[588]

هذا المبدأ الذي يعمل أساسا بشأن القرارات الإدارية التي تكون للإدارة فيها سلطة تقديرية في إيقاع الجزاءات، والذي يتم إعماله كذلك بالنسبة لهيئة المنافسة التي تكون لها سلطة تقديرية واسعة بشأن قبول إضفاء الطابع الإلزامي على التعهدات التي قد ينتج عن عدم تنفيذها هي كذلك جزاءات ذات طبيعة مالية، خاصة في الحالة التي تقترح فيها المقاولات عرض تعهدات ترى بأنها مناسبة لحجم الشكوك وترفضها الهيئة، فتضطر إلى اقتراح تعهدات أكثر إلزاما من أجل معالجة شكوك الهيئة، فهذه من بين الحالات التي يمكن فيها للأطراف اللجوء للقضاء من أجل الطعن قرار الهيئة بناء على خرق مبدأ التناسبية.[589]

وفي هذا الإطار لا يتردد مجلس الدولة الفرنسي عند مراقبته لمشروعية القرارات المتعلقة بالتركيز الاقتصادي في مراقبة –بشكل غير مباشر– مدى تناسب هذه القرارات المتعلقة بقبول أو رفض التعهدات التي تتضمنها[590]. ففي قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 9 أبريل

---

[587] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.603;604.

[588] يعرف الفقه الفرنسي مبدأ التناسب على أنه ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أكثر مما تتطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوطة بها تحقيقها.

[589] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.580;581.

[590] Voir La Décision n° 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1 / AB/ TMC ; Décision n° 201853 du 9 avril 1999 (Coca –Cola) ; Décision n° 338197 du 30 décembre 2010 sur l'opération TF1/TMC-NT1.

1999 بشأن قضية شركة "كوكا كولا"[591]، نجد أن من بين الوسائل التي اعتمدت عليها الشركة لطعنها في قرار وزير الاقتصاد الذي تضمن الأمر بالتراجع عن انجاز عملية التركيز، تلك المتعلقة برفض هذا الأخير للتعهدات التي قدمتها الشركة لتجنب الآثار التنافسية للعملية، فالمجلس من خلال فحص المشروعية الداخلية للقرار في ما يتعلق بتكييف الوقائع ومنها التقديرات المتعلقة بالمعطيات التي قدمتها الشركة بشأن التقدم الاقتصادي الذي من شأنه تعويض الآثار السلبية لعملية التركيز على المنافسة، بالإضافة إلى مراقبة مدى تناسب القرار في ما يتعلق بعدم كفاية التعهدات المقدمة لتجنب مثل هذه الآثار، خلص إلى أنه بالنظر إلى الآثار اللاتنافسية للعملية وللصعوبة المرتبطة بإمكانية تحديد تدابير مناسبة لتعويض هذا الآثار، فإن قرار رفض ترخيص لإنجاز العملية لا يشكل مساسا بالحرية التجارية والصناعية لشركة .

هذا التوجه تم الأخذ به من قبل هيئة المنافسة الفرنسية من خلال خطوطها التوجيهية بشأن مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي بتاريخ 16 دجنبر 2009، والتي أكدت فيها على أن رقابة مجلس الدولة الفرنسي لقرارات التركيز في حالة الطعن فيها بالإلغاء تشمل وفقا التوجه السابق مراقبة مدى كفاية التعهدات المقدمة للهيئة [592].

---

[591] C.E, Décision du 9 avril 1999, préc., p.611. : « Considérant…en second lieu, que la société THE COCA-COLA COMPANY soutient qu'il incombait aux ministres, dès lors qu'ils écartaient les propositions d'engagements formulées par elle, de définir les mesures adéquates et proportionnées susceptibles d'être imposées aux parties à l'opération de concentration et d'autoriser cette opération en l'assortissant de l'injonction de mettre en œuvre lesdites mesures ; qu'il résulte toutefois des pièces du dossier qu'eu égard à la nature et à l'importance des effets anticoncurrentiels du projet de concentration et à la difficulté corrélative de déterminer des mesures adéquates pour les compenser, la décision prise par les ministres de s'opposer purement et simplement à l'opération projetée ne peut être regardée comme ayant porté une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie ».

[592]A.C.F, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, préc., point 284 : Par exemple, le Conseil d'État a été amené dans ses arrêts précédents à examiner la régularité de la procédure94, la contrôlabilité de l'opération95, la délimitation des marchés pertinents96, l'appréciation des effets concurrentiels de l'opération97, la prise en compte des contributions au progrès économique susceptibles de compenser les atteintes à la concurrence identifiées98, la prise en compte de l'argument de l'entreprise défaillante99 ou encore le caractère suffisant des engagements acceptés par l'Autorité de concurrence. », p.77.

يبقى أن نشير إلى أن تدخل القضاء في إعمال الرقابة على الطعن في قرارات التركيز الاقتصادي المتضمنة لتعهدات قد يؤدي إلى إلغاء قرار التصريح بعد مرور سنوات من تنفيذ عملية التركيز، وفي هذه الحالة سيكون من الصعب فك هذا التركيز باعتبار أن آثار الإلغاء سيكون إرجاع الأطراف إلى الحالة السابقة لإنجاز التركيز. ففي قضية "كالي/سالز" ألغت محكمة الدرجة الأولى الأوروبية قرار المفوضية بالتصريح بإنجاز العملية وفقا لتعهدات اتخذها الأطراف، وهذا الإلغاء جاء بعد خمس سنوات من إنجاز مشروع التركيز، وبالتالي طرح إشكال في ما يتعلق بفك العملية، فاضطرت المفوضية للتصريح بإنجاز العملية من جديد لكن هذ المرة بدون تعهدات، مع العلم أن التعهدات الناتجة عن القرار الأول كانت قد نفذت.

هذا الإشكال الأخير يفرض ضرورة إعمال رقابة القضاء على هذا النوع من القرارات وفق مساطر سريعة، فثقل المساطر قد يثني المقاولات على اللجوء للقضاء من أجل المنازعة في قرارات مجلس المنافسة، لهذا فإن القضاء سواء على المستوى الأوروبي أو الفرنسي عمل على وضع إجراءات تضمن سرعة النظر في الطعون ضد قرارات هيئة المنافسة وخاصة تلك المتعلقة بعمليات التركيز الاقتصادي[593].

الفقرة الثانية: الرقابة على قرار التعهدات المتخذ في إطار الممارسات المنافية للمنافسة

بناء على أن الفقرة الثانية من المادة 44 من ق.ح.أ.م. التي تنص على أنه " ...تقدم الطعون ضد القرارات الأخرى المتخذة من لدن مجلس المنافسة أمام محكمة الاستئناف بالرباط. ويتم رفعها والتحقيق والبت فيها طبقا للمقتضيات أدناه"، فإن قرارات مجلس المنافسة المتخذة خارج إطار الباب المتعلق بمراقبة عمليات التركيز يخضع الطعن فيها لاختصاص محكمة الاستئناف بالرباط، أي أن القرارات المتعلقة بباب الممارسات المنافية للمنافسة ومنها قرارات قبول التعهدات المتخذة في إطار المادة 36 يتم الطعن فيها أمام هذه المحكمة.

[593] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.597.

ومن أجل الإلمام بجميع الجوانب المتعلق بالطعن في قرار قبول التعهدات أمام محكمة الاستئناف سنقوم تباعا بتحديد الإجراءات الخاصة المنصوص عليها في ق.ح.أ.م. المتعلق برفع هذا الطعن وطبيعة الدعوى المرتبطة به (أولا) قبل التطرق للأطراف الممكن لهم رفع هذا الطعن (ثانيا) وأخيرا التوقف عند موضوع الرقابة التي تمارسها محكمة الاستئناف عند النظر في هذه الطعون (ثالثا)

أولا–طبيعة الدعوى موضوع الطعن في قرار التعهدات والإجراءات الخاصة برفعها

بالرجوع للمادة 44 التي تحيل على المقتضيات المسطرية الواجب على المحكمة أخذها بعين الاعتبار عند النظر في الطعن المتعلق بقرارات المجلس، وفقا للمواد من 45 إلى 57 من ق.ح.أ.م. التي تتضمن مقتضيات خاصة بالإجراءات المسطرية المتخذة بشأن تقديم مقال الطعن، فهذا المقال يتم إيداعه لدى مجلس المنافسة وليس المحكمة، ويجب أن يقدم داخل أجل 30 يوما من تبليغ القرار ووفقا للبيانات المحددة في المادة 48، ويعمل المجلس على تسجيل المقال في سجل خاص ويسلم بشأنه وصلا بالإيداع، ويقوم المجلس داخل 10 أيام من تسلم المقال بإرساله مرفقا بملف القضية إلى محكمة الاستئناف بالرباط، التي عليها بعد أن تتسلم المقال أن تبلغه للطاعن داخل أجل 10 أيام.

هذه الإجراءات الهدف منها هو مواكبة خصوصية القرارات موضوع الطعن التي توجب ضرورة إرفاق مقال الطعن بملف القضية كما هو منجز لدى مجلس المنافسة، وذلك لأن المجلس يراعي في تبليغ هذا الملف إلى المحكمة المقتضيات المتعلقة بسرية التحقيق والوثائق المشمولة بسر الأعمال. وحتى يكون للقضاء رؤية شاملة للملف قرر المشرع ضرورة التقدم بمقال الطعن إلى المجلس، والذي يعمل على إرفاقه بملف القضية وإرساله للمحكمة في أجال تراعي السرعة المتطلبة في هذه النوع من النزاعات.

إلا أن التساؤل المطروح هو هل يملك المجلس صلاحية مراقبة الشروط المتطلبة في مقال الطعن خاصة تلك المتعلقة بالآجال أو البيانات الواجب تضمينها بالمقال، وبالتالي هل يمكنه رفض هذا المقال لتخلف هذه الشروط. الواضح أنه في ظل غياب وجود مقتضيات صريحة في ق.ح.أ.م،

تنص بشكل صريح على هذا النوع من الرقابة، فإنه انطلاقا من كون المجلس ليس جهازا قضائيا وليس له بالأساس سلطة البت في هذه الطعون، تبقى محكمة الاستئناف بالرباط هي الجهة المختصة بمراقبة توفر الشروط الشكلية لصحة مقال الطعن بعد أن تتوصل بالمقال من المجلس، لأن الهدف الأساسي من تلقي المجلس للمقال هو إرفاق هذا الأخير بملف القضية.

إضافة إلى المقتضيات الإجرائية السابقة عمل المشرع كذلك على التنصيص على مقتضيات تهم الإجراءات المتبعة أمام المحكمة وحدود سلطتها فيما يتعلق بالبت في هذه الطعون، وهذه المقتضيات السابقة الذكر تنطبق على الطعون المقدمة بشأن قرارات التعهدات الذي يصدرها المجلس تطبيقا للمادة 36 من ق.ح.أ.م.

وبالرجوع إلى طبيعة الطعن في قرار التعهدات بشكل خاص والطعن في قرار المجلس في إطار الفقرة الثانية من المادة 36 بشكل عام، نجد أن المادة 55 من ق.ح.أ.م. تتضمن إشارة قد تدل على طبيعة هذه الطعون، إذ تنص على أنه " باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 26 من هذا القانون، لأنه يجب على محكمة الاستئناف حينما تبطل قرار المجلس أو تلغيه، التصدي دون إحالة". فالملاحظ من القراءة الأولية لهذه المقتضيات أن الطعن في قرارات المجلس أمام محكمة الاستئناف يهدف إما إلى إبطال القرار أو إلغائه.

لكن إذا ما تمعنا في هذه المقتضيات خاصة باستحضار الطبيعة الإدارية لقرارات المجلس، والأخذ بعين الاعتبار الصياغة الفرنسية للمادة أعلاه التي يقابل فيها لفظ إلغاء مصطلح "infirme" [594] المشتق من لفظ "infirmation" الذي يحيل مدلوله على الإبطال أو الإلغاء الكلي أو الجزئي لقرار قضائي من قبل محكمة الدرجة الثانية، ولفظ الإلغاء الذي يقابله في الصيغة الفرنسية "annule " والمشتق من " annulation" الذي يحيل معناه على إبطال أو إلغاء القرار بناء على عيب في شكله أو مضمونه تبعا للطعن بالنقض أو الطعن بالمراجعة. يظهر أن كلا اللفظين يدلان على نفس المعنى أي إلغاء القرار باعتبار أن هذا الأخير قرار إداري، أما الإبطال فيراد به في هذه المادة الأثر الذي ينجر عن هذا الإلغاء، الذي يصبح معه القرار عدما.

[594] Article 55 de la loi 104.12, « A l'exception du cas prévu à l'article 26 de la présente loi, la cour d'appel doit, lorsqu'elle annule ou infirme la décision, évoquer sans renvoi.».

يمكن القول إن المشرع في المادة 55 منح لمحكمة الاستئناف إلغاء قرار مجلس المنافسة بشكل كلي أو إبطال هذا القرار جزئيا، ولها في كلتا الحالتين إمكانية التصدي للنزاع الذي يطرحه القرار الملغى دون إحالة الأمر إلى مجلس المنافسة لإصدار قرار جديد، وتبعا لذلك فإن الطعن في قرار المجلس بقبول التعهدات فيما يخص الممارسات المنافية هو طعن بالاستئناف يهدف إلى إبطال أو إلغاء قرار مجلس المنافسة بشكل كلي أو جزئي.

ولعل التداخل بين ما هو إداري ومدني بشأن الطعن في قرارات سلطة المنافسة في مجال الممارسات المنافية، هو الذي دفع الفقه الفرنسي إلى القول بأن النزاعات بشأن قرارات هيئات المنافسة التي تتضمن تدابير تصحيحية من قبيل التعهدات، هو من الناحية المادية نزاع إداري يهدف إلى إلغاء أو إعادة النظر في تصرف إداري أحادي صادر من قبل هيئة إدارية رغم أنه يتخذ من الناحية الشكلية في القانون الفرنسي طابع النزاع المدني[595].

ثانيا– الأطراف المخول لها حق الطعن في قرار التعهدات

لتحديد من يمكنه الطعن في قرار مجلس المنافسة بشأن التعهدات يجب الرجوع إلى مقتضيات المادة 46 من ق.ح.أ.م التي تنص على أنه " يجب تقديم الطعن في أجل ثلاثين (30) يوما من لدن الأطراف المعنية أو مندوب الحكومة أو هما معا ". وهذا يعني بأن قرار التعهدات يمكن الطعن فيه من قبل مندوب الحكومة والمنشآت التي كانت طرفا في المسطرة التي نتج عنها قرار التعهدات المتخذ من قبل المجلس، مع مراعاة أن هذا الطعن يبقى خاضعا للقواعد العامة في المسطرة المدنية التي يخضع فيها الطعن المقدم أمام محكمة الاستئناف لضرورة توفر الصفة والمصلحة والأهلية، وبما أن المشرع لم يحدد المقصود "بالأطراف المعنية" فكل من له مصلحة شخصية مرتبطة بقرار التعهدات يمكن أن يطعن في هذا القرار.

وعلى مستوى القانون الفرنسي فالملاحظ أنه وإن كانت المادة L464-8 من م.ت.ف. لا تستثني القرارات المتعلقة بمسطرة التعهدات من قابلية الطعن أمام القضاء، لكن تطبيق هذه المادة الأخيرة كان محل نقاش خاصة فيما يتعلق بإمكانية توفر المصلحة للمقاولة التي اقترحت

[595] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.606.

التعهدات في رفع هذا الطعن، خصوصا وأن مجلس المنافسة الفرنسي –هيئة المنافسة حاليا– كان يؤكد في بلاغه بشأن تطبيق مسطرة التعهدات على إمكانية اللجوء للقضاء من قبل كل من صاحب الإحالة والوزير الأول للطعن في القرار المتضمن للتعهدات [596]، ولكن لم يشر لهذه الامكانية بالنسبة للمقاولة التي تقدم التعهدات.

هذا الأمر نتج عنه نوع من الغموض في ما يتعلق بإمكانية تقديم المقاولة المقترحة للتعهدات للطعن أمام القضاء في القرار المتضمن الزامها بتنفيذ هذه التعهدات، خاصة في ظل دفاع بعض الآراء الفقهية عن الطبيعة التعاقدية للقرار الناتج عن التعهدات، التي يمكن أن يوحي بها الطابع التفاوضي لهذه المسطرة. إذ يذهب البعض إلى اعتبار أن فلسفة مسطرة التعهدات هي في حد ذاتها تروم تجنب الطعن القضائي[597]، لأن الأمر يتعلق بقرار لا يبت في موضوع المخالفة ولكنه نوع من العقد الإرادي بين المقاولة والهيئة[598]. لكن هناك اتجاه ثاني يذهب إلى القول بأنه في ظل غياب الطابع الإرادي لمسطرة تعهدات وإمكانية وجود ضغوط حقيقة على المقاولات المقدمة لها فإن هذه الأخيرة لها أن تنازع في تناسب هذه التعهدات أمام القضاء، ففي الواقع المقاولة لا تملك سلطة رفض تقديم التعهدات، بل تكون مضطرة للدخول في هذه المسطرة من أجل تجنب صدور قرار بوقوع المخالفة وتحمل العقوبة، وبالتالي في ظل هذا الوضع فالمقاولة

---

[596] A.C.F., Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, op.cit., point 47. Les décisions d'engagements peuvent, dans le délai d'un mois à compter de leur notification, faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation de la part du saisissant ou du ministre de l'économie devant la cour d'appel de Paris. Ainsi qu'il a été précisé dans l'arrêt Canal 9, « nonobstant la rédaction plus limitée de l'article R. 468-4 [du code de commerce, une partie] en cause devant [l'autorité] en qualité de saisissante, et qui justifie d'un intérêt dès lors que les engagements contenus dans la décision sont susceptibles de produire des effets sur sa situation personnelle, est recevable à exercer un recours contre la décision d'acceptation des engagements (…)17».

[597]Arnold VIALFONT, Le droit de la concurrence et les procédures négociées , op.cit., p.159.

[598] نجد أن أحد الاتجاهات الفقهية ذهبت إلى حد اعتبار قرار التعهدات بمثابة " عقود سيادة اقتصادية " تتنازل بموجبها الدولة عن سلطتها في توقيع الجزاءات من أجل التفاوض مع المقاولة حول نظامة طوعية للسوق انظر:

- Laurence BOY, Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France), op.cit., pp. 271-296.

عمليا قد تكون مضطرة لاقتراح تعهدات قد تتجاوز ما هو مطلوب من أجل استرجاع المنافسة[599].

لهذا يمكن القول أنه على غرار ما رأيناه سابقا بشأن الطعن في قرار هيئة المنافسة بشأن الترخيص لعملية التركيز الاقتصادي المتضمنة لتعهدات، أنه ليس هناك ما يمنع المنشآت المقدمة لتعهدات من الطعن في قرار التعهدات، مادام هذا الأخير يخضع للمبادئ العامة التي أقرتها المحكمة الأوروبية وقرارات مجلس الدولة الفرنسي التي تفيد بأن أي قرار صادر عن سلطات المنافسة يمكن الطعن فيه من قبل الطرف الذي تأثرت وضعيته القانونية بنتائج هذا القرار، وكما أشرنا سابقا فقرار التعهدات يفرض التزامات على المنشآت من شأنها أن تغير الوضعية القانونية لهذه الأخيرة بصفة مباشرة.

وهكذا فإن محكمة الدرجة الأولى الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ 11 يونيو 2007 رقم T-170/06 في قضية " الروزا "، أكدت في النقطة 87 من هذا القرار [600] أن قرارات المفوضية المتخذة في إطار المادة 9 من القواعد رقم 1/2003 لا يمكن أن تعتبر مجرد قبول من قبل المفوضية باقتراحات مصاغة بشكل حر من قبل شريك في التفاوض، بل تشكل هذا القرارات تدبيرا إلزاميا يضع حدا لحالة مخالفة أو قد تكون مخالفة لقواعد المنافسة، ويتم إعمال

[599] Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p.3.

[600] T.P.I.C.E (quatrième chambre élargie) , Arrêt du 11 juillet 2007, aff. n° T-170/06, : « 87 Cette décision ayant pour effet de mettre fin à la procédure de constatation et de sanction d'une infraction aux règles de concurrence, elle ne saurait être considérée comme étant une simple acceptation par la Commission d'une proposition librement formulée par un partenaire de négociations, mais constitue une mesure obligatoire mettant fin à une situation infractionnelle ou potentiellement infractionnelle, à l'occasion de laquelle la Commission exerce l'ensemble des prérogatives que lui confèrent les articles 81 CE et 82 CE, sous la réserve de cette seule particularité que la présentation d'offres d'engagements par les entreprises concernées la dispense de poursuivre la procédure réglementaire imposée par l'article 85 CE et, en particulier, de prouver l'infraction. » : En Ligne : http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62399&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14898149 (consultée le 15 novembre 2019)

هذه القرارات من قبل المفوضية وفقا للصلاحيات التي تعطيها لها القواعد الاتحادية[601]. انطلاقا من هذا القرار يمكن استنتاج أنه إذا كانت التعهدات المقترحة ليست مبنية على الإرادة المطلقة للمقاولة فمن المنطقي ألا يتم منعها من المنازعة في هذه القرارات.

أما بالنسبة لحق الغير في الطعن في قرار التعهدات فباستحضار المواقف الفقهية و القضائية التي تفيد بإمكانية قبول طعن الغير في قرار قبول التعهدات في إطار مراقبة عمليات التركيز، يمكن تبرير السماح للغير بممارسة هذا الطعن فيما يتعلق بقرار التعهدات في مجال مراقبة الممارسات المنافية، وذلك بشرط إثباته أن هذه التعهدات من شأن تنفيذها أن يؤثر على مصالحه بشكل مباشر وشخصي، ويبقى للمحكمة السلطة التقديرية في قبول هذا الطعن أو رفضه حسب كل حالة على حدة، من خلال التأكد من جدية الطلب ومن مصلحة المطالب تجنبا للطعون التي تهدف إلى المساس بفعالية قرارات التعهدات.

كما أن المادة 57 تسمح للغير الذي كان طرفا في المسطرة، إذا قدم طعن من قبل طرف أخر في قرار التعهدات وكان من شأن ذلك أن يمس مصالحه، كما هو حال المنشآت الأغيار التي تتقدم بملاحظاتها في إطار مسطرة التعهدات وفقا للمادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652. وبالتالي إذا كانت التعهدات موجهة لخدمة مصالح هذه المنشآت ولم يتم تنفيذها نتيجة للطعن في قرار المجلس، فيمكنها أن تنظم إلى الدعوى للدفاع عن مصالحها، فهذه المقتضيات تعطي الإمكانية للأغيار للجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالحها المرتبطة بقرار التعهدات.

أما بالنسبة لإمكانية الطرف صاحب الإحالة الطعن في قرار التعهدات، فرغم غياب مقتضيات صريحة تفيد بوجود هذه الامكانية من عدمها أو تقيد هذه الامكانية، وبالنظر إلى مقتضيات المادة 26 من المرسوم التطبيقي رقم 2.14.652 التي تشير إلى أن الطرف صاحب

[601] Denis WAELBROECK, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées, op.cit., p.24.

الإحالة يتم إشراكه في كافة مراحل المسطرة من خلال وجوب تبليغه بالتقييم الأولي ومقترح التعهدات ودعوته إلى تقديم ملاحظاته بشأنها. وبالتالي يظهر أن هذا الأخير يكون طرفا رئيسيا في المسطرة وتكون مصلحته مرتبطة بشكل وطيد بنتائجها، الشيء الذي يفترض معه منحه إمكانية الدفاع عن الضمانات المسطرية الممنوحة له في المسطرة والمرتبطة بمصالحه التي قد تتأثر بقرار التعهدات، وذلك من خلال الطعن في هذا الأخير أمام محكمة الاستئناف.

وفي ما يتعلق بهذه النقطة بالذات نجد على مستوى تطبيقات محكمة الاستئناف بباريس، أنه تم التمسك أمام هذه المحكمة بعدم قبول طعن الطرف صاحب الإحالة في قرار التعهدات، بناء على مقتضيات المادة R464-8-4 من م.ت.ف. التي تلزم الهيئة بتبليغ القرار للمقاولة المقدمة للتعهدات ولوزير الاقتصاد فقط، وذلك في مواجهة الطعن المقدم من قبل شركة "canal9" ضد قرار مجلس المنافسة الفرنسي الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 2006 بشأن القبول بالتعهدات المقدمة من قبل "GIE les Indépendants". لكن محكمة الاستئناف لم تأخذ بالصياغة الضيقة للمادةR464-8-4، وأكدت على أنه انطلاقا من إعمال كل من المادة L464-2 و المادة L464-8 من م.ت.ف. فإنه للمقاولة التي كانت طرفا أمام مجلس المنافسة باعتبارها صاحبة الإحالة المصلحة في رفع هذا الطعن، انطلاقا من أن قرار الهيئة يتضمن تعهدات تكون لها آثار قانونية على وضعيتها الشخصية، وبالتالي يقبل منها الطعن في هذا القرار.[602]

[602] C.A de paris, Arrêt du 8 novembre 2007, (A. Ronzano) RDLC 2008/1, p.170. : «Considérant, cependant, que l'article L. 464-2 du Code de commerce dispose que le Conseil de la concurrence peut accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles, tandis que l'article L. 464-8 du même Code précise que les décisions du Conseil de la concurrence mentionnées à l'article L. 464-2 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel ; Qu'il s'évince de la combinaison de ces textes, nonobstant la rédaction plus limitée de l'article R. 468-4 précité, que la société Canal 9, qui était en cause devant le Conseil de la concurrence en qualité de partie saisissante, et qui justifie d'un intérêt dès lors que les engagements contenus dans la décision sont susceptibles de produire des effets juridiques sur sa situation personnelle, est recevable à exercer un recours contre la décision d'acceptation des engagements du GIE.» En Ligne :

من خلال القرار السابق يمكن القول أنه بلجوء الهيئة إلى قبول التعهدات و إصدار قرارها بقفل المسطرة، لا تكون ملزمة باتخاذ قرار شكلي يرفض طلب الإحالة[603]، بل إن قرار التعهدات يعد كما لو أنه رفض ضمني لطلب الطرف صاحب الإحالة، وبالتالي فالطريق الوحيد للطرف صاحب الاحالة للدفاع عن مصالحه يبقى هو الطعن في القرار الصادر بشأن التعهدات.

ثالثا–موضوع رقابة قضاء الاستئناف على قرار التعهدات

انطلاقا من مقتضيات المادة 51 من ق.ح.أ.م. التي تعطي للمحكمة التصدي دون إحالة أثناء نظرها في الطعن بشأن قرار مجلس المنافسة، يتضح بأن رقابة محكمة الاستئناف على قرارات الهيئة المطعون فيها وفقا للفقرة الثانية من المادة 44 من نفس القانون بما فيها تلك المتعلقة بالتعهدات، تكون رقابة شاملة تضم مراقبة الضمانات المسطرية والشكلية المرتبطة بهذا القرار، ومراقبة مضمونه سواء فيما يتعلق بتكييف الوقائع المادية أو القانونية، لأنه بناء على الطعن في القرار يتم إعادة عرض القضية أمام محكمة الاستئناف، كما أن المادة 51 توحي بأن لمحكمة الاستئناف تعديل قرارات المجلس عندما يطلب منها ذلك وفقا لآلية التصدي.

---

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/docs/ca06d29_gie_independants.pdf (consultée le: 23 novembre 2019)

[603] محكمة الاستئناف بباريس في قرارها لها رقم 202 الصادر بتاريخ 19 دجنبر 2013 أتيحت لها الفرصة للبت في هذه المسألة، إذ قدمت شركة " Cogent" طعنا ضد قرار هيئة المنافسة الفرنسية رقم 12-D-18 بتاريخ 20 شتنبر 2012 الذي قررت بموجبه قبول تعهدات شركة "France télécom" وغلق المسطرة رقم 0035/11، ومن الأسباب التي ارتكزت عليها الطالبة في طعنها أن هيئة المنافسة خرقت كل من المواد L464-6 و L464-8 من م.ت.ف. باعتبار أن قرارها بشأن قبول التعهدات قرار مزدوج لأنه لا يكتفي بقبول التعهدات بل وتقرير عدم متابعة الإجراءات فيما يتعلق بالممارسة التي كانت موضوع الإحالة من قبل الطالبة شركة "France télécom" و قررت تبعا لذلك بشكل صريح بأن الممارسات المحالة ليس من شأنها أن تشكل تعسف لوضع هيمنة، وبالتالي فقرار هيئة المنافسة قرار مزدوج يضم عدم متابعة الإجراءات وفق مضمون المادة L464-6 و قبول لتعهدات وفقا لمضمون المادة L464-2.1 من نفس المدونة.

جواب محكمة الاستئناف في قرارها لم يستجب للطرح السابق، وأكدت في البدء على أن الإجابة عن هذه المسألة توجب الأخذ بعين الاعتبار خصوصية مسطرة التعهدات إلى جانب حدود نطاق الإحالة على الهيئة، فقرار قبول التعهدات وقفل المسطرة لا يبت في المؤاخذات على عكس قرار العقوبة، ولا في الطابع المنافي للمنافسة أو للتصرفات وتبعا لذلك لا يقصي إمكانية تقديم إحالة جديدة بشأن نفس الوقائع، بالإضافة إلى ذلك يتضح للمحكمة من خلال الاطلاع على قرار هيئة المنافسة وباقي عناصر الملف، أنه ليس هناك ما يدعم ادعاءات الطالبة بكون هذا القرار مزدوج باعتبار أنه يرفض أغلب المؤاخذات المرفوعة من قبلها وأنه في نفس الوقت يقبل التعهدات كإجابة على أحد هذه المؤاخذات، وبالتالي فالوسائل المثارة من قبل الطالبة والمتعلق بخرق المواد L464-6 و L464-8 من مدونة التجارة غير قابلة للتطبيق وهذه الوسيلة غير مؤسسة.

C.A Paris, 19 décembre 2013. En en ligne : https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/RADB0F81D06FB690B1538 (consultée le 2 décembre 2019)

من هنا وجب طرح تساؤل بشأن المقتضيات السابقة: هل يمكن لمحكمة الاستئناف أثناء مراقبتها لقرارات التعهدات تعديل هذه التعهدات المقبولة من قبل المجلس، وهل يمكنها من خلال آلية التصدي إقرار تعهدات جديدة؟

الجواب على هذا التساؤل يفرض علينا الرجوع إلى الاجتهادات القضائية التي تهم قرارات سلطة المنافسة في النظام الفرنسي والقواعد الاتحادية. وهكذا فإن الفقه الفرنسي يرى بأنه على عكس الطعن بالإلغاء المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسي، أن الطعن بالاستئناف يسمح بتدخل مباشر للمحكمة في ما يتعلق بقرار التعهدات، فمحكمة الاستئناف يمكنها أن تعمل رقابتها على مجموع النزاع من خلال البت بشأن الوقائع التي تكون موضوع قرار التعهدات، إذ تطبق رقابة القضاء الشامل على قرارات هيئة المنافسة، وتشمل هذه الرقابة المشروعية الخارجية للقرار من خلال فحص قواعد الاختصاص والقواعد المسطرية والشكلية، وكذلك المشروعية الداخلية عن طريق مراقبة الخطأ في القانون أو تكييف الوقائع والخطأ البين في التقدير و تجاوز السلطة. كما أن الرقابة تشمل مراقبة تعليل قرارات الهيئة ومدى تناسبية الجزاءات، للتأكد من كون الوقائع المرتكز عليها من قبل الهيئة صحيحة، هذا يتطلب الفحص الكامل للملف وتقدير صحة تطبيق قواعد الإثبات. وهذه الرقابة تشمل كذلك مراقبة خلاصات الهيئة من خلال مراقبة التحليل الاقتصادي سواء فيما يتعلق بتحديد السوق المعني، أو المساس بالمنافسة، أو التقدم الاقتصادي[604].

أما فيما يتعلق بصلاحية تعديل محكمة الاستئناف بباريس لقرارات هيئة المنافسة التي تلغيها وفقا لمقتضيات المادة L464-8 والمقابلة للمادة 55 من ق.ح.أ.م، يلاحظ أن المشرع الفرنسي استعمل لفض "réformation"، والفقه الفرنسي يرى أن هذا اللفظ يفيد بأن المحكمة يمكنها تعديل القرار ولا يعني استبداله، فسلطة التعديل لا تتم إلا بالنسبة لموضوع تصرف

[604] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.619.

صحيح مبدئيا، فإذا كان التصرف غير قابل للتعديل و مصيره الإلغاء، فالقاضي لا يمكنه سوى النطق بإلغاء القرار فقط، ولا يمكن أن يستبدل بقراره قرار الهيئة صاحبة التصرف.[605]

لكن هذا التوجه ليس مصدر إجماع فاتجاه فقهي يرى بأن سلطة المحكمة في القضاء الشامل تسمح لها باستبدال القرار الذي ينظر بشأنه ويحل قراره محل القرار المنازع فيه[606]، فرغم أن مقتضيات م.ت.ف. تفرض على الطرف الذي يريد اللجوء إلى الطعن في قرار هيئة المنافسة، أن يذكر موضوع الطعن في المقال، كما هو الحال في مقتضيات المادة 48 من ق.ح.أ.م. التي توجب على صاحب مقال الطعن أن يشير في مقاله إلى الموضوع والوسائل المثارة، إلا أنه لوحظ بأن هذه الضرورة لا يتم تقديرها بشكل صارم من قبل محكمة الاستئناف بباريس، إذ تقبل هذه الأخيرة أن يقتصر الطعن على طلب تعديل القرار دون تحديد مضمون التعديل. أما فيما يخص قرار التعهدات الملاحظ أنه غالبا ما يعمل الأطراف إلى الإشارة بشكل دقيق إلى المسار الذي يجب أن يتخذه تعديل التعهدات في نظرهم، فالقاضي لا يطبق بشكل حر اختصاصه في التعديل لكنه مقيد بملاحظات الأطراف.

أما على مستوى العمل القضائي فالملاحظ أن محكمة الاستئناف لم تكن تتردد في إعمال صلاحياتها في تعديل قرارات مجلس المنافسة الفرنسي القديم في ظل الأمر 1986 الذي كان ينظم قواعد المنافسة، ففي قرار لمحكمة الاستئناف في قضية "كنال بلس" الصادر بتاريخ 15 يونيو 1999، لم تتردد المحكمة بعد إبطالها قرار مجلس المنافسة رقم 98-D-07 نتيجة لتواجد المقرر إلى جانب الهيئة أثناء المداولة، إلى الإشارة إلى أن نزاعات القضاء الشامل المنصوص عليها

[605] Yves GAUDEMENT, Le pouvoir de réformation de la C.A de paris dans le contentieux des décision du conseil de la concurrence, paragraphe n° 4 et 7, Cité par Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.621.

[606] René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, L.G.D.J, 03/208, paragraphe n° 259. Cité par Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.620.

في المادة 11 من أمر 1986 تنص على أن محكمة الاستئناف بعد ابطال القرار لها سلطة البت وفقا للمادة 13 من الأمر في الممارسة المحالة على المجلس.[607]

لكن محكمة الاستئناف قامت بتعديل هذا التوجه فيما بعد، إذ اعتبرت أن لها الامكانية وليست ملزمة بالبت في الواقع والقانون حول المؤاخذات المبلغة للمنشأة بعد إبطالها لقرار المجلس، هذا التوجه تم قبوله في البدء من قبل محكمة النقض الفرنسية [608]، لكن هذه الأخيرة سرعان ما تراجعت عن هذا التوجه من خلال قرارين متتاليين، ففي قرار صادر بتاريخ 27 شتنبر 2005 نقضت قرار محكمة الاستئناف بتاريخ 22 يونيو 2004 الذي قضى بإبطال قرار مجلس المنافسة نتيجة عدم احترام مبدأ فصل سلطة التحقيق عن سلطة القرار –مشاركة المقرر في المداولات– وبإرجاع الملف إلى المجلس من أجل إعادة فحص المؤاخذات المبلغة. فمحكمة النقض أكدت على أن محكمة الاستئناف المحال عليها طلب الإبطال أو التعديل عندما تقرر إبطال القرار، هي ملزمة بالبت من حيث الواقع والقانون في طلبات الأطراف وكذلك بشأن المؤاخذات المبلغة والمتبناة من قبل المقرر، وبعدم قيامها بذلك تكون قد رفضت تطبيق النصوص القانونية الواجبة التطبيق[609].

---

[607] C.A paris, Arrêt du 15 juin 1999, (canal+), BOCCRF 25 août 1999, p.439 : Considérant que dans le contentieux de pleine juridiction institué par l'article 15, alinéa 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986, la Cour d'appel, après avoir annulé la décision, a le pouvoir de se prononcer, conformément à l'article 13 de l'ordonnance susvisée, sur les pratiques dont le Conseil était saisi » En ligne :
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/99_14/a0140002.htm (consultée le : 27 novembre 2019)

[608] Cass. Com, Arrêt du 30 mai 2000, n° 99-17038, bull. civ IV n° 112 : « Mais attendu qu'ayant retenu le moyen de nullité tiré de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré du Conseil de la concurrence, et annulé en conséquence la décision de cette autorité, la cour d'appel, qui avait le pouvoir de statuer sur les griefs notifiés, n'avait pas à examiner au préalable le grief inopérant tiré d'une requalification des griefs par le Conseil de la concurrence dans la décision devenue inexistante par l'effet de l'annulation prononcée ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches », En ligne :
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041639/ (consultée le : 27 novembre 2019)

[609] Cass. Com, Arrêt du 27 septembre 2005, n° 04-16.677, : « Attendu qu'en statuant ainsi, peu important que le ministre de l'Economie n'ayant pas formé de recours à l'encontre de la décision du Conseil ne soit pas partie à l'instance, alors que, saisie par des parties en cause d'un recours en annulation ou en réformation de la décision du

رغم أن هذا التوجه لا يتعلق أساسا بقرار التعهدات بشكل خاص إلا أنه دفع الفقه الفرنسي إلى القول بأن إمكانية قيام محكمة الاستئناف بالنطق بنفسها بالتعهدات أمر ليس مستبعدا، رغم ذلك يذهب هذا الفقه إلى أن القضاء الفرنسي ليس مستعدا للقيام بهذه الصلاحية فغالبا ما يتوجه نحو إرجاع الملف لهيئة المنافسة من أجل اتخاذ قرار جديد، الشيء الذي يؤدي إلى إطالة أجل اتخاذ القرار وعدم فعالية الرقابة القضائية، ولعل ذلك راجع بالأساس إلى كون القضاء ليس له الوسائل الكافية لمراقبة تطبيق النظريات الاقتصادية المرتبطة بنازعات المنافسة لذلك يتجه إلى الاعتماد على خلاصات الهيئة.[610]

وبالرجوع إلى مضمون الرقابة الذي يمارسها القضاء المقارن على قرارات التعهدات، نجدها تهدف إلى التأكد من تناسب قرار قبول التعهدات والشكوك التنافسية المعينة من قبل سلطة المنافسة، ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه انطلاقا من تنصيص هيئة المنافسة في النقطة 39 من بلاغها بشأن تطبيق مسطرة التعهدات، ما يفيد أن الهيئة لا تضفي صفة الإلزامية إلا على التعهدات التي تفوق ما هو مطلوب لحل الشكوك التنافسية، لكن يمكن عند الحاجة قبول تدابير إضافية مقترحة من قبل المقاولة تهدف مثلا إلى تسهيل تطبيق التعهدات المقبولة، وهذا يلزم محكمة الاستئناف بمراقبة تناسبية قرارات التعهدات الصادرة عن الهيئة الفرنسية، فيما يتعلق بالتزامها بضمان عدم قبول التعهدات التي تفوق ما هو ضروري لتبديد الشكوك التنافسية احتراما للتوقعات المشروعة للأطراف.

Conseil, la cour d'appel, qui, après avoir annulé cette décision, était tenue de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties tendant à l'annulation de l'enquête et de l'instruction ayant conduit à la décision qu'elle annulait et, le cas échéant, sur les griefs notifiés et maintenus par le rapport, a violé, par refus d'application, les textes susvisés ;

par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs des pourvois :

casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 22 juin 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris. », En Ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007048838 (consultée le : 19 novembre 2019)

[610] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.618.

أما على مستوى تطبيقات القضاء الاتحادي بشأن مراقبة تناسب قرارات التعهدات المتخذة في اطار المادة 9 من قواعد 1/2003، فإن الفقه يؤكد أنه عند تطبيق المادة 9 من نفس القواعد لا يوجد نص صريح يوجب على المفوضية احترام مبدأ التناسبية أثناء قبول التعهدات، كما هو الحال في المادة 7 من نفس القواعد والمتعلقة بإمكانية تقرير المفوضية أوامر تلزم المقاولات باتخاذ تدابير معينة، فإن كان مبدئيا لا شيء يمنع إعمال مبدأ التناسب حتى بالنسبة لقرار التعهدات، إلا أنه في هذه الحالة لا يخضع هذا التطبيق لنفس موجبات التناسب، لأنه ليست المفوضية وحدها التي تعمل على حل المشاكل التنافسية المثارة، فقرار المفوضية قبول التعهدات من الناحية الشكلية هو قرار أحادي إلا أنه من ناحية المضمون قرار أحادي متفاوض بشأنه إن صح التعبير و ليس مفروضا، وهذا الاختلاف الجد مهم ينتج عنه البحث عن توازن مغاير لما هو عليه الأمر في المساطر الأحادية.[611]

وهذا ينعكس على حدود رقابة القضاء الاتحادي على تناسب قرار التعهدات، وكمثال لذلك نجد خلاصات المحامي العام "كوكوت" في قضية "الروزا" تشير إلى أن مطلب الاقتصاد في المسطرة، والطبيعة الارادية التي تتميز بها مسطرة التعهدات تبرر تقديرات مختلفة لمبدأ التناسبية بحسب ما إذا تعلق الأمر بالمادة 7 أو المادة 9 من قواعد 1/2003، وبالتالي في حالة معاينة مخالفة وتبني أوامر أحادية، فإن الرقابة على تناسب قرار المفوضية يجب أن يتم بشكل حازم، أما في حالة قبول التعهدات الإرادية من أجل تجنب وقوع مساس بالمنافسة في المستقبل ودون وجود مخالفة معاينة – المادة 9- فالرقابة على تناسب التعهدات تكون ذات طبيعة أقل حدة. [612]

---

[611] Patricia KIPANI, les engagements en matière des pratiques antis concurrentielles, op.cit., p.450.

[612] Conclusions De L'avocat Général, Mme Juliane KOKOTT, présentées le 17 septembre 2009, Affaire C-441/07, Commission /Alrosa, préc., point 49 et 51 : «50. Contrairement à l'article 7, l'article 9 du règlement n° 1/2003 n'est pas un instrument permettant de constater les infractions au droit de la concurrence (29), mais ne fait qu'offrir à la Commission la possibilité d'écarter efficacement toute objection concernant la concurrence pour l'avenir.

51 L'article 9 du règlement n° 1/2003 a pour caractéristique d'être inspiré par un souci d'économie de procédure. La Commission résout les problèmes de concurrence en collaboration avec les entreprises concernées sans avoir préalablement constaté une infraction (30) grâce aux engagements volontairement offerts par celles-ci. Si elle

هذه الخلاصات التي تؤكد وجهة النظر التي كانت تدافع عنها المفوضية الأوروبية عرفت انتقادا شديدا من قبل الفقه، الذي عاب عليها القيام بقراءة وفق أبعاد مختلفة لحدود رقابة القضاء على مبدأ تناسب قرارات المفوضية، وذلك حسب ما إذا تعلق الأمر بالمادة 9 أو المادة 7 من القواعد رقم 1/2003. وهذا التوجه منتقد كونه ينطلق من الطابع الارادي لمسطرة التعهدات من أجل تبرير التخفيف من حدة رقابة القضاء الاتحادي لإحترام المفوضية لمبدأ التناسبية في قرار التعهدات، لكنه من جهة أخرى لا يراعي باقي خصوصيات مسطرة التعهدات. فعلى العكس من المسطرة النزاعية العادية مسطرة التعهدات لا تتم بناء على مؤاخذات تعطي صورة دقيقة عن جميع جوانب المخالفة، بل على تقييم أولي يرتكز على عرض مقتضب للشكوك التنافسية المثارة بشأن ممارسة المقاولة، وبالتالي فالمقاولة بغية تدارك هذه الشكوك في أقرب وقت وفي غياب مؤاخذات مفصلة، قد تقترح تعهدات تفوق ما هو مطلوب لتبديد هذه الشكوك، أو قد يقع أن تقدم تعهدات ترفض من قبل الهيئة فتضطر إلى اقتراح تعهدات قد تفوق ما هو مطلوب، وأنه رغم كون المفوضية كما جاء في قرار محكمة العدل الأوروبية الصادر بتاريخ 29 يونيو 2010 في قضية " الروزا" غير ملزمة بالبحث عن تعهدات أكثر اعتدالا وتناسبا من تلك المقدمة إليها[613]، إلا أن هذا لا يبرر عدم إمكانية إعطاء الفرصة

---

adoptait une décision sur la base de l'article 7, en revanche, elle devrait, le cas échéant, trouver elle-même les mesures permettant de remédier à la situation, ce qui exigerait d'elle une enquête considérablement plus vaste et plus longue ainsi qu'une appréciation plus détaillée des faits. » En ligne :
http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=2ED94C3A27A7F5A3BFEF095A311A4857?text=&docid=73276&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15637905
(Consultée le : 13 novembre 2019)

[613] C.J.U.E, Arrêt du 29 juin 2010, aff. C-441/07, commission/Alrosa, point 413 : « La mise en œuvre par la Commission du principe de proportionnalité dans le contexte de l'article 9 du règlement n° 1/2003 se limite à la vérification que les engagements en question répondent aux préoccupations dont elle a informé les entreprises concernées et que ces dernières n'ont pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations. Dans l'exercice de cette vérification, la Commission doit toutefois prendre en considération les intérêts des tiers. » En Ligne :

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=2ED94C3A27A7F5A3BFEF095A311A4857?text=&docid=84751&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15637905 (consultée le 25 août 2018)

للمقاولات لإعادة صياغة التعهدات التي تفوق ما هو مطلوب، وذلك احتراما لمبدأ التفاوض والتبادل التي تقوم عليه المسطرة[614].

رغم ذلك فالملاحظ على مستوى الرقابة الممارسة من القضاء الاتحادي حول التقديرات الاقتصادية المتضمنة في قرارات المفوضية الأوروبية بشأن التعهدات عموما، أنها أصبحت في بعض القضايا تتجاوز الرقابة المحصورة في التأكد من وقوع الخطأ البين من جانب المفوضية في تناسب التعهدات، وتقوم بإعادة صياغة تحليل المفوضية واستبدال تقديراتها بتقديرات المحكمة وليس فقط مجرد التأكد من خلو هذه التقديرات من الخطأ البين.

فالمحكمة الأوروبية تفرض وجود إثباتات قوية تفيد بأن الخطر المهدد للمنافسة تم توضيحه بشكل كاف من أجل تبرير اللجوء إلى التعهدات، وتوجب على الهيئة أن تبرر أن التعهدات المرفوضة لا تسمح بإزالة الشكوك التنافسية، وهكذا فإن محكمة أول درجة الأوروبية في قرار صادر بتاريخ 20 أكتوبر 2002 في القضية رقم" T-80/02 "، قامت بإبطال قرار المفوضية بعد إثبات قيامها بارتكاب خطأ بين في التقدير من خلال رفضها مبدئيا التعهدات السلوكية[615]. وبالتالي فمن شأن الرقابة الدقيقة التي تقوم بها المحكمة الأوروبية للإثباتات التي ترتكز عليها المفوضية بشأن قراراتها أن يؤدي بالضرورة إلى تعزيز الرقابة على قرارات التعهدات، فالرقابة الممارسة من قبل القاضي الاتحادي على قرار التعهدات بغض النظر عن وجود تقديرات اقتصادية معقدة تقترب من الرقابة التي يطبقها نظيره في القضاء الفرنسي[616].

---

[614] Patricia KIPANI, Les engagement en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p.453

[615] T.P.I.C.E, Arrêt du 25 octobre 2002, (Tetra Laval), aff. T-80/02, points 429-432. : « De plus, la circonstance que la requérante a proposée, en l'espèce, des engagements relatifs à son comportement futur est également un élément dont la Commission aurait nécessairement dû tenir compte aux fins d'apprécier s'il était vraisemblable que la nouvelle entité se comportera d'une manière rendant possible la création d'une position dominante sur un ou plusieurs des marchés des équipements PET en cause. Or, il ne ressort pas de la décision attaquée que la Commission a pris en considération les implications desdits engagements dans son analyse relative à la création à l'avenir d'une telle position moyennant l'exercice de l'effet de levier prévu. » En Ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A62002TJ0005 (consultée 22 novembre 2019)

[616] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p634

هذا التوجه جعل البعض يذهب إلى القول بأنه مؤشر على تطور رقابة القاضي الاتحادي على قرارات المفوضية التي تتضمن تقديرات ذات طبيعة اقتصادية[617]، وأن هذا التوجه في تعميق تحليل الخلاصات الاقتصادية التي تؤسس عليها هيئات المنافسة قراراتها بشكل عام وتلك المتعلق بالتعهدات بشكل خاص، وإذا ما أخذنا بعين الاعتبار طبيعة التفاوض غير المتوازن في هذه المساطر ليس مبرر فقط بالرغبة في حماية حقوق الفاعلين الاقتصاديين، بل يتعلق كذلك بأن اتساع حدود الرقابة من قبل القاضي في هذا الميدان مرتبط بشكل أساسي بدرجة المعارف المكتسبة في ما يتعلق بسياقات القرار الإداري ومعرفة الملفات الإدارية.[618]

يمكن أن نخلص مما سبق طرحه، أن إمكانية إعمال محكمة الاستئناف لرقابتها على قرارات مجلس المنافسة المغربي المتعلقة بالتعهدات، وخاصة إمكانية التصدي للأخطاء في تقديرات المجلس المتعلقة بتناسب التعهدات التي قد تعتري هذه القرارات وتعويضها بتقديراتها الخاصة مما قد يؤدي إلى تعديل هذه التعهدات وتغييرها. من الصعب تحققها فوفق للوضع المستجد لهذه الاختصاصات ونظرا لغياب التكوينات والخبرات اللازمة سواء في جانب قضاء محكمة الاستئناف أو الغرفة الإدارية بشأن نزاعات المنافسة على الخصوص، فإن القضاء المغربي عند نظره في طعون المقدمة ضد قرارات المجلس المتعلقة بالتعهدات، سيكون من الصعب عليه إعمال الرقابة على مضمون التقديرات الاقتصادية الدقيقة التي يرتكز عليها المجلس في تحديد الشكوك التنافسية و كفاية التعهدات، ومن المستبعد جدا أن يتصدى للعيوب التي قد تتخلل هذه التقديرات ويعوضها بتقديرات خاصة به،كما أن اللجوء إلى آلية الخبرة قد لا يسعف في ذلك أيضا وقد يؤدي إلى إطالة أمد نزاع ليس إلا. لذا نرى بأنه على القضاء في رقابته المتعلقة بقرارات التعهدات أن يكتفي في البداية بمراقبة الضمانات المسطرية التي تفرضها النصوص القانونية أخذا بعين الاعتبار توجهات الاجتهادات القضائية المقارنة، والقيام بإلغاء القرارات التي يثبت فيها

[617] Hubert LEGALE, le contentieux communautaire de la concurrence entre control restreint et plein juridiction, Revu Concurrence, n° 2/2005, p.1.

[618] Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.635.

خرق هذه الضمانات دون إعمال لصلاحية التصدي، لأن ذلك يسمح للأطراف بالرجوع إلى المجلس من جديد للبت في القضية باعتباره الجهة التي تملك الخبرة والإمكانات الضرورية لحل القضايا المتعلقة بالمنافسة.

يبقى أن نشير إلى أن لمحكمة الاستئناف وفقا للمادة 53 من ق.ح.أ.م. إمكانية وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة المطعون فيها أمامها وذلك بناء على طلب الطاعن، إذا ما كان من شأن قرار المجلس أن يترتب عليه عواقب لا يمكن تداركها بالنسبة للمنشأة المعنية. إلا أننا نرى أن على المحكمة ألا تقوم بوقف تنفيذ قرارات المجلس بناء على طلب الطاعن إلا إذا اقتنعت بأن هذا التنفيذ سيؤدي إلى آثار لا يمكن تداركها فيما بعد، وذلك ضمان للحفاظ على فعالية هذا النوع من القرارات.

المطلب الثاني: حدود الرقابة القضائية على القرار الصادر بشأن مسطرة عدم التعرض على صحة المؤاخذات

يخضع الطعن في القرار الصادر عن مجلس المنافسة بشأن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات إلى نفس القواعد التي سبق ذكرها بشأن قرارات المجلس المتعلقة بقبول التعهدات في مجال الممارسات المنافية، سواء من حيث الجهة المختصة للنظر في هذا الطعن وهي محكمة الاستئناف بالرباط، أو فيما يتعلق بإجراءات رفع هذا الطعن أو البت فيه وفقا للمواد من 45 إلى 57 من ق.ح.أ.م، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذه المسطرة التي وإن كانت محكمة الاستئناف تبت فيها وفق دعوى القضاء الشامل تبعا لمقتضيات المادة 55 التي توجب على المحكمة بعد إبطال أو إلغاء القرار أن تتصدى للبث في المؤاخذات التي يثيرها قرار المجلس. إلا أنه كما سنرى في العمل القضائي المقارن بشأن هذا المسطرة، أن المحكمة تكون مقيدة هي كذلك بنتائج هذه المسطرة خاصة فيما يتعلق بعدم إمكانية المنشأة المستفيدة من هذه المسطرة

المنازعة في المؤاخذات أمام المحكمة والتي سبق أن تنازلت عن معارضة صحتها أمام هيئة المنافسة.

وانطلاقا من مقتضيات المادة 46 من ق.ح.أ.م التي تنص على أنه " يجب تقديم الطعن في أجل ثلاثين يوما من لدن الأطراف المعنية أو مندوب الحكومة أو هما معا ". يتضح أنه يمكن للمنشأة المعنية التي استفادة من مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات أن تطعن في القرار الصادر عن هذه المسطرة، إلا أنه باستحضار مضمون التنازلات التي تقدمها المنشأة في إطار عدم معارضة صحة المؤاخذات وفقا للمادة 37 من ق.ح.أ.م، يكون من الناحية العملية هامش الدفوع التي يمكن أن يؤسس عليها هذا الطعن جد محدود، إذ تنحصر أساسا بالعيوب الشكلية التي قد تشوب المسطرة، وتقديرات المجلس المتعلق بحجم الأضرار الاقتصادية الناتجة عن الممارسة، وتلك المرتبطة بتحديد العقوبة المالية ونسب التخفيض منها.

وبالرجوع للقانون المقارن لاحظ الفقه أن الطعون المقدمة بشأن القرارات المتعلقة بمسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات أمام محكمة الاستئناف بباريس هي جد قليلة، باستثناء حالات التطبيق الأولى، التي أدت الطعون بشأنها إلى توضيح نقط مهمة بشأن القواعد الموضوعية والمسطرية لمسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات والتي كانت محل غموض.[619]

وفي هذا الإطار نجد أن محكمة الاستئناف بباريس في قرار صادر بتاريخ 29 مارس 2012 أكدت على أن تنازل المقاولة عن المنازعة في المؤاخذات يحرمها من المنازعة في واقعية الممارسات وآثارها أمام المحكمة أيضا [620]. هذا القرار تم تأكيده من قبل محكمة النقض في

[619] Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non contestation des griffes : un succès non contestable, op.cit., p90.

[620] C.A de paris, Arrêt du 29 mars 2012, affaire signalisation routier, préc., : « mais considérant qu'aux termes d'un procès-verbal signé février 2009, la société SES a choisi de ne pas contester le grief d'entente qui lui été notifier… ; qu'elle n'est par conséquent pas recevable a soutenir devant la cour que la pratique anticoncurrentielle qui lui été notifiée ne lui était pas imputable ; que toutes les demandes formées de ce chef ou en découlant doivent être rejetées » p.23,

قرارها الصادر بتاريخ 28 ماي2013[621]. وهذا الاجتهاد يؤكد ما قلناه سابقا من كون آثار مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات قد تمتد إلى مرحلة الطعن القضائي، فتنازل المقاولة عن المؤاخذات المبلغة لها فيما يتعلق بصحة الوقائع المادية والقانونية وتكييفها القانوني ومسؤولية المقاولة عن المخالفة، يكون له أثر مباشر على الدفوعات التي يمكن للمنشأة التمسك بها في حالة الطعن أمام القضاء في قرار الهيئة بشأن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات.

وفي قرار آخر لمحكمة الاستئناف بباريس[622] أكدت المحكمة على أحقية المقاولات الأطراف في مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات في الطعن في القرار الناتج عن هذه المسطرة، كما أكدت على أن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات هي إجراء ذو مبدأ قانوني لا ينتج عنه في أي حال من الأحوال عقد بين مجلس المنافسة (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) والمقاولة، وبالتالي فمن المقبول أن تتمكن المقاولات المعنية من المنازعة وفقا لقواعد القضاء الشامل في عدم كفاية التخفيض الممنوح من قبل المجلس. وقد أضافت المحكمة كذلك أنه من الضروري أن تتمكن المقاولات التي لا تنازع في المسطرة من أن تتوقع بشكل مشروع الاستفادة الملموسة التي ستعود عليها من عدم المنازعة في المؤاخذات[623]، فبعد أن قامت المحكمة بالتذكير بالتعهدات المتخذة من قبل المقاولة بالإضافة إلى عدم منازعتها في المؤاخذات وعرض تقديرات الهيئة بشأن هذه التعهدات، خلصت إلى عدم كفاية نسبة التخفيض الممنوحة للمقاولة نتيجة لعدم المنازعة وتقديم

---

[621] Cass. Com, Arrêt du 28 mai 2013, En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-08/cass_10d39_juin13.pdf (consultée le : 6 avril 2020)

[622] C.A de paris, Arrêt 19 janvier 2010, AMD SUD ouest recours contre la décision n° 08-D-32, : « Considérant que ce dispositive est un principe légale et n'a en tout cas pas donné lieu en l'espèce a un contrat entre le conseil et les entreprise, puisque ces dernières ont au contraire jusque devant l'instance de décessions la rédactions que leur proposait le rapporteur, que dans ce cadre il est toujours loisible au entreprise concernées de contester au plein contentieux devant la cour d'appel de paris l'insuffisante indulgence de l'autorité », p.39 : En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/docs/ca08d32_siderurgie.pdf (consultée le : 6 avril 2020)

[623] C.A de paris, Arrêt 19 janvier 2010, préc., : « Qu'il importe cependant que l'entreprise qui ne conteste pas les griffes qui lui sont fait aperçoive, notamment si le comportement anticoncurrentiel n'a pas atteint la gravite maximale ni occasionne un dommage majeur a l'économie quel bénéfice tangible elle tire de sa démarche de collaboration. », p.39-40.

التعهدات، وأن المطالب محق في دفوعاته المتعلقة بتوقع تخفيض أكبر بالنظر لدفوعات التي قدمها وقررت رفع التخفيض من نسبة 18% إلى نسبة 25%.

هذا القرار يتضمن مؤشرات جد مهمة خاصة فيما يتعلق بإمكانية قبول طعن المقاولات المشاركة في مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، وسلطة المحكمة تجاه مراقبة تناسب التخفيض الممنوح من قبل مجلس المنافسة وحجم التعاون المقدم من قبل المقاولات، وكذلك سلطة المحكمة في تعديل هذه النسب احتراما للتوقعات المشروعة لأطراف المسطرة، عن طريق مقارنة حجج كل من الهيئة والأطراف على السواء. وبالتالي يظهر بأن محكمة الاستئناف عند ممارستها للرقابة على القرار الناتج عن مسطرة عدم الطعن في المؤاخذات تكون لها نفس صلاحيات الرقابة كما لو أنها أمام قرار متضمن لجزاءات تم إعمالها دون وجود أي مسطرة تفاوضية.

شكل هذا القرار في نظر الفقه الفرنسي تطورا كبيرا في توجه الاجتهاد القضائي لمحكمة الاستئناف في ما يرتبط بمراقبة القرارات الصادرة عن الهيئة في مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فقد كانت هذه الرقابة قبل هذا القرار محدودة بشكل ملموس خاصة فيما يتعلق بمضمون التعهدات المقدمة من قبل المقاولة. أما هذا القرار فيؤكد أن المحكمة أصبحت تقوم بإعمال مراقبة معمقة على كافة الجوانب المتعلقة بقرار الهيئة بشأن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، ومنها تلك المتعلقة بالتعهدات المتخذة من قبل المقاولة وخاصة فيما يتعلق بالجمع بين التخفيض الناتج عن عدم المنازعة والتخفيض الإضافي بناء على التعهدات، إذ لا تترد المحكمة في رفع نقص التقدير الحاصل من قبل الهيئة بشأن نسب التخفيض من العقوبة المالية، وإعمال سلطتها في تعديل هذه النسب.[624]

[624] C.A de paris, Arrêt du 19 janvier 2010, préc., : « ...que cette critique pouvait tout plus conduire a égaliser l'abattement entre le groupe Arcelor et KDI mais que des lors, les sociétés du groupe Arcelor et de KDI sont fondées a estimer qu'elles pouvaient espérer un plus considérable abattement, que la cour fixera a vingt-cinq pour cent ; p.40

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 37 من ق.ح.أ.م. يتوجب التساؤل عن الآثار التي قد تكون للقرار الناتج عن عدم معارضة صحة المؤاخذات في إطار هذه المادة، على مصالح المنشآت الأطراف في المسطرة الذين يختارون المنازعة في المؤاخذات المبلغة لهم من قبل مجلس المنافسة، لأن قيام باقي المنشآت المشتركة معهم في الممارسة المنافية بتأكيد المؤاخذات الموجهة لهم سيضعف دفاعاتهم بشكل كبير أمام المجلس، الذي قد تكون له قناعة جد قوية بثبوت مشاركتهم في الممارسة. لذا من المنطقي أن يمنح لهؤلاء الحق في الطعن في قرار المجلس الناتج عن المسطرة، خاصة أن المجلس يفصل بموجب قرار واحد في كافة المؤاخذات الموجهة بشأن الممارسة المنافية وتجاه كافة المنشآت التي وجهت لها المؤاخذات، سواء تلك التي تعرضت أم لم تتعرض على صحتها.

وفيما يتعلق بتوجهات محكمة النقض الفرنسية بشأن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فنجدها تفيد بأن تبعات قرار عدم المنازعة في المؤاخذات أمام القضاء لا تشمل فقط دفوعات المقاولة الطرف الرئيسي في هذه المسطرة، بل تكون لها آثار غير مباشرة على دفوعات الأطراف في الممارسة التي لم تختر عدم المنازعة. ففي قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 29 مارس 2011 يظهر أن تشبت المقاولة أثناء الطعن في قرار الهيئة بشأن مسطرة عدم المنازعة بالدفع بعدم وقوع الممارسة المنافية لا يتم النظر فيه بشكل معمق من قبل المحكمة، بل تكتفي هذه الأخيرة بالإشارة إلى أن عدم المنازعة في المؤاخذات من قبل باقي الأطراف يكون كافيا لثبوت الممارسة، وأنه لا يبقى أمام مصالح البحث والتحقيق إلا إثبات مشاركة باقي الأطراف[625]. وبالتالي لا يمكن للمقاولة التي تنازع في المؤاخذات سوى إثارة الدفع المتعلق بمشاركتها الشخصية في الممارسة المنافية.

[625] Cass. Com, Arrêt du 29 mars 2011 n° 10-12.913, (manpower), préc., : « Mais attendu qu'ayant relevé que les sociétés Adia, Adecco, Groupe Vedior France et VediorBis n'avaient pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé

أخذا بعين الاعتبار القرار السابق يمكن القول أنه وإن كان مبررا قبول الطعن المقدم بشأن قرار المجلس الذي طبقت فيه مسطرة عدم التعرض على صحة المؤاخذات من قبل المنشآت التي عارضت صحة المؤاخذات المبلغة لها بشأن نفس الممارسة، إلا أن إعمال هذا الطعن بشكل عملي وفعال يكون جد محدود خاصة وأن ثبوت وقوع الممارسة يصبح أمرا غير قابل لإثبات العكس إن صح التعبير، فلا سبيل للمنشآت لتأسيس دفاعها على ذلك، ولا يبقى أمامها إلى إثبات عدم مشاركتها في الممارسة، وهو أمر جد صعب خاصة في ظل وجود حجج ملموسة على مشاركتها، ناتجة عن تعاون باقي المنشآت الأطراف في الممارسة في إطار مسطرة عدم المنازعة، لدى من المستبعد أن تتنصل المنشأة من ثبوت المخالفة في حقها، لكن مع ذلك يبقى لهذه الأخيرة المنازعة في التقديرات المرتبطة بحجم الأضرار الناتجة عن مشاركتها في الممارسة، في أفق الحصول على تخفيض من قيمة الغرامة المالية المقررة من قبل المجلس.

كما تجب الإشارة في ضوء الخلاصات التي توصلنا لها بشأن الإمكانية المعترف بها للغير بشأن الطعن في قرار التعهدات الذي يكون له أثر على وضعيته القانونية ومصالحه داخل السوق، تفيد بإمكانية الطعن من قبل الغير في القرار الصادر بشأن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات المتضمنة لتعهدات، فالغير يمكنه أن يثير أمام محكمة الاستئناف أن التعهدات الإضافية المقدمة لفائدته من قبل المنشأة التي لم تنازع في المؤاخذات، غير كافية وتأثر سلبا على مصالحه داخل السوق.

وفي هذه النقطة بالذات نجد أن محكمة الاستئناف بباريس تؤكد هذه الفرضية، في قرارها الصادر بتاريخ 23 فبراير 2009 بشأن الطعن في قرار مجلس المنافسة الفرنسي (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) رقم 06-D-09 المتعلق بممارسة منافية في سوق بيع الرحلات عبر الأنترنيت، والذي تم فيه تطبيق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، فمحكمة الاستئناف أكدت أن

---

qu'en conséquence seule la question de la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

لصاحب الإحالة الطعن في القرار السابق بشأن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، إذ صرحت بقبول الطعن المقام من قبل شركة "كرافل" صاحبة الإحالة ضد قرار مجلس المنافسة.[626]

بالمقابل قضت محكمة الاستئناف بباريس بشكل واضح بأنه ليس من صلاحيتها الاستجابة لطلب شركة "كرافل" الذي يهدف إلى استصدار التزامات إضافية للتعهدات التي قبلها المجلس من قبل شركةٍ "س.ن.س.ف" في إطار مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات. وذكرت المحكمة أنه في إطار هذه المسطرة مجلس المنافسة ليس له فرض تدابير ملزمة على المقاولة، بل فقط التصديق على التعهدات المقترحة، وتبعا لذلك فنطاق الإحالة هو محدد بإطار القرار المطعون فيه، فليس للمحكمة كما هو الحال بالنسبة للمجلس فرض التزامات إضافية على المقاولة.[627]

هذا التوجه انتقد من قبل أحد الآراء الفقهية بناء على أن هذا التوجه يخالف توجهات محكمة الاستئناف بشأن مسطرة التعهدات الأصلية، فهذا التوجه يفيد بأن المحكمة من خلال قرارها هذا ترفض بشكل صريح مراقبة تناسبية التعهدات المتبناة في طار الفقرة الثالثة من المادة L464-2 [628].

لكن نحن لا نتفق مع الاتجاه السابق، لأنه من الواضح في هذا القرار أن المحكمة تربط حدود رقابتها على قرار هيئة المنافسة بشأن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات بالمحددات القانونية لتدخل الهيئة نفسها عند تبني مثل هذا القرار، فليس من المنطقي قيام المحكمة بإلزام

---

[626] C.A de paris, Arrête du 23 février 2011 (décision Expédia n° 09-D-06 du 5 février 2009), En Ligne : file:///C:/Users/admin/Downloads/ca_paris_23_fevrier_2010.pdf (consultée 9 avril 2020)

[627] Ibid., « considérant que le champ de la saisine de la cour est délimité par le cadre de décision frappée de recours ; qu'en l'espèce, le conseil de la concurrence ayant statué a l'égard des engagements pris par la S.N.C.f. dans le cadre du III de l'article L464-2 du code de commerce, la cour n'a pas de pouvoir d'imposer des engagements supplémentaires, que des lors la demande des sociétés Karavel et Lastminute tendant au prononcé d'injonctions », p.16.

[628] Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non contestation des griffes : un succès non contestable, op.cit., p.91.

الشركة التي لم تنازع في المؤاخذات والتي قدمت تعهدات إضافة لذلك، بالتزامات لم تكن للهيئة نفسها إمكانية تطبيقها وفقا للمقتضيات القانونية. فالطالبة لم تدفع فقط بعدم كفاية التعهدات بل باتخاذ تدابير الزامية إضافية، وأخذا بعين الاعتبار أن الهدف من هذا النوع من المساطر هو حماية المصالح المرتبطة بالمنافسة وليس مصالح المتنافسين، فصاحب الإحالة في حالة عدم إقتناعه بقرار هيئة المنافسة والتعهدات المقدمة لصالحه، يمكنه دائما اللجوء للمحكمة المختصة لإثارة مسؤولية المقاولة عن الأضرار الناتجة عن ممارساتها المنافية للمنافسة التي كانت موضوع مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات.

أخيرا نشير إلى أن الغير الذي لم يكن طرفا في المسطرة التي نتج عنها قرار عدم المنازعة في المؤاخذات، أي الغير الذي لم يكن صاحب الإحالة، يصعب تصور قبول طعنه في هذا القرار، خاصة وأنه على مستوى القانون المقارن الملاحظ أنه بالنسبة لمفهوم "الأطراف المعنية" وفقا للمادة L464-8 من م.ت.ف. الذي نجده كذلك في المادة 46 من ق.ح.أ.م، قد خضع لتفسير ضيق من قبل محكمة الاستئناف بباريس، فهذا المفهوم لا يشمل الغير الذي لم يكن طرفا في مسطرة عدم الطعن في المؤاخذات، وبالتالي فالغير لا يمكنه الطعن في هذا القرار انطلاقا من مبادرته الخاصة. إلا أنه يبدو ممكنا له الانضمام إلى الدعوى التي يرفعها الطرف صاحب الإحالة[629]، هذه الإمكانية وإن كان منصوصا عليها في المادة 57 من ق.ح.أ.م. التي تتيح إمكانية الانضمام إلى الدعوى بشأن قرارات المجلس ممن كان من شأن الطعن في قرار المجلس أن يمس بحقوقه، إلا أن الملاحظ أن المشرع المغربي أعطى هذا الحق للأشخاص الذين كانوا أطرافا معنيين، رغم ذلك نرى بأن محكمة الاستئناف تبقى لها السلطة التقديرية لقبول طعن الغير الذي لم يكن طرفا في المسطرة، انطلاقا من مراقبة توفر شروط الصفة والمصلحة التي تفرضها القواعد العامة للمسطرة المدنية لقبول الطعون القضائية.

[629] Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non contestation des griffes : un succès non contestable, op.cit., p.91.

المطلب الثالث: حدود الرقابة القضائية على القرارات المتعلقة بمسطرة الإعفاء

فيما يتعلق بالرقابة القضائية الممكن ممارستها على القرارات الناتجة عن قرار الإعفاء الكلي أو الجزئي فتنطبق عليها نفس الأفكار التي رأيناها سابقا بشأن مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات، ويخضع الطعن فيها لمقتضيات المادة 45 من ق.ح.أ.م. ويقدم هذا الطعن إلى محكمة الاستئناف بالرباط، الذي يجب أن تبت فيه وفقا لخصوصية القواعد المنصوص عليها في المواد من 46 إلى 57 من ق.ح.أ.م.

وتجب الإشارة إلى أن الطعن في قرار الإعفاء يمكن أن يتم من قبل المنشآت المستفيدة من الاعفاء الجزئي التي تعيب تبني المجلس لنسب تخفيض لا تتناسب وحجم القيمة المضافة للإثباتات التي قدمتها هذه الأخيرة في إطار مسطرة الإعفاء. في هذه الحالة بالذات يطرح التساؤل بشأن ما إذا كانت رقابة محكمة الاستئناف تكون رقابة قضاء شامل، أي تضم مراقبة صحة التقديرات التي اعتمد عليها المجلس في تحديد العقوبة المالية التي قد تواجهها المنشأة، وخاصة فيما يتعلق بطبيعة الممارسة المنافية موضوع المسطرة والأضرار الناتجة عنها للمنافسة في السوق، وتتأكد بعد ذلك من كفاية تقديرات المجلس المتعلقة بالقيمة المضافة للإثبات الناتج عن تعاون المقاولة ومدى تناسبها ومقدار التخفيض الجزئي الذي قرره. وهل يمكن للمحكمة كما هو الحال بالنسبة لمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات التصدي لسوء التقدير الذي تتوصل إليه بشأن قرار المجلس وتعديل نسبة التخفيض المقرر من قبله بشأن مسطرة الإعفاء الجزئي، أم أن محكمة الاستئناف عند مراقبتها للقرار المتعلق بالإعفاء الجزئي تقتصر رقابتها على فحص شرعية القرار فقط من خلال احترام المجلس للضمانات والإجراءات القانونية التي تخضع لها مسطرة الإعفاء دون أن تكون لها مراقبة تناسب الإعفاء الجزئي وحجم التعاون المقدم من قبل المنشأة؟

للإجابة على هذا التساؤل نورد قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 19 يناير 2010 بشأن قرار مجلس المنافسة الفرنسي الصادر بتاريخ 16 دجنبر2008[630] المتعلق بممارسات منافية في سوق تجارة الحديد، الذي طبقت فيه الهيئة مسطرة الإعفاء الجزئي. فمحكمة الاستئناف أكدت في هذا القرار أنه نظرا لكون القضية ترتبط بمسطرة إعفاء جزئي، وانطلاقا من أن هذه الآلية ترتبط من حيث طبيعتها وإجراءاتها بسياسة المنافسة التي منح المشرع صلاحية تنفيذها لمجلس المنافسة الفرنسي، والتي ترتكز أساس على التفاوض ولا تدخل ضمن الرقابة الشاملة لمحكمة الاستئناف بباريس[631]، كما أكدت أنه تبعا لقبول المقاولة اقتراح تخفيض العقوبة المالية في حدود نسبة ما بين 10%و 30%، فإنه لا يقبل منها المطالبة أمام المحكمة بتقدير أفضل تجاه تعاونها المقدم بشأن المسطرة، وأن مراقبة محكمة الاستئناف تقتصر على مراقبة شرعية اتفاق الإعفاء وفقا لما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة L464-2 [632].

يتضح من خلال القرار السابق أن محكمة الاستئناف بباريس تحد بشكل كبير من رقابتها تجاه قرار مجلس المنافسة الفرنسي(هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) المتعلق بمسطرة الإعفاء الجزئي، انطلاق من كون الطبيعة الإرادية والتفاوضية لمسطرة الإعفاء توجب في نظر المحكمة عدم قبول الدفوعات التي تهم مراقبة تناسب مستوى التخفيض المتضمن في المقترحات المقبولة من قبل

---

[630] C.C.F, Décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-du-negoce-des-produits (consultée le : 20 novembre 2020)

[631] C.A de paris, Arrête du 19 janvier 2010, « Que l'utilisation de cet instrument, qui relève par sa nature et par son mécanisme de la politique de concurrence que le législateur a confié au conseil puis a l'autorité de la concurrence, repose pour l'essentiel sur une négociation et ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la cour d'Apple de paris » p.38. En Ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/docs/ca08d32_siderurgie.pdf (consultée le : 20 novembre 2020)

[632] C.A de paris, Arrête du 19 janvier 2010, préc. « que cette entreprise est donc irrecevable a invoquer avec force un meilleure prise en compte de ses concrets ...considèrent que en revanche, la cour d'appel de paris a compétence pour vérifier la licéité de l'accord de clémence au regard de l'article L 464-2-IV » ; p. 39.

المقاولة إذا ما كان قرار الإعفاء الجزئي لم ينزل عن هذه المستوى، فذلك يفيد وفقا لتحليل محكمة الاستئناف أن مجلس المنافسة احترم اتفاق الإعفاء وبالتالي لا يقبل من المقاولة أن تطالب بإعفاء يتجاوز ما هو متفق عليه مادام أنها لم تقم من خلال مساهمتها إلا بتنفيذ تعهداتها بشأن هذا الاتفاق. وبالتالي فالمحكمة اعتبرت هنا مسطرة الإعفاء بمثابة اتفاق يتضمن التزامات متبادلة وتبعا لذلك ليس لها التدخل في تعديل نسب التخفيض المتفق عليها بموجبه.

ونحن نرى أن توجه محكمة الاستئناف يتناقض مع المبدأ الذي أقرته في نفس القرار، والذي أكدت فيه على أن مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات إجراء ذو مبدأ قانوني لا ينتج عنه في أي حال من الأحوال عقد بين مجلس المنافسة (هيئة المنافسة الفرنسية حاليا) والمقاولة[633]، وبالتالي فمن المقبول أن تتمكن المقاولات المعنية من المنازعة وفقا لقواعد القضاء الشامل في عدم كفاية التخفيض الممنوح من قبل المجلس.

وبذلك لا مجال للقول بأن مسطرة الإعفاء هي ذات طبيعة تفاوضية لا ينطبق عليها رقابة القضاء الشامل، وأنه على العكس من ذلك مسطرة عدم المنازعة إجراء ذو مبدأ قانوني وليس عقد تنطبق عليه رقابة القضاء الشامل. فهذا التمييز الذي أقرته المحكمة بشأن مراقبة قرار كلتا المسطرتين لا يستند على أساس سليم لأن كلتا المسطرتين آليتين قانونيتين ترتكزان على منطق متشابه وهو دفع المنشآت إلى التعاون مع الهيئة سواء من خلال تأكيد المؤاخذات أو تقديم وسائل إثبات ذات قيمة مضافة، وهدفها واحد هو ضمان فعالية التحقق من ثبوت المخالفة من قبلة سلطة المنافسة، كما أن لها نفس النتائج بحيث تؤدي إلى تخفيض جزئي من العقوبة المالية التي كانت ستوجهها المنشأة بناء على قرار أحادي يرتكز على سلطة تقديرية جد متسعة.

[633] C.A de paris, Arrête du 19 janvier 2010, préc. : « Considérant que ce dispositive est un principe légal et n'a en tout cas pas donné lieu en l'espèce a un contrat entre le conseil et les entreprise, puisque ces dernières ont au contraire jusque devant l'instance de décessions la rédactions que leur proposait le rapporteur, que dans ce cadre il est toujours loisible au entreprise concernées de contester au plein contentieux devant la cour d'appel de paris l'insuffisante indulgence de l'autorité » p.39

وفي هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الدعوى المرفوعة أمام محكمة الاستئناف بباريس ضد قرارات هيئة المنافسة وفقا للمادة L464-8 من م.ت.ف. بشكل عام لا يمكن اعتباره استئناف قضائي، لأنه لو كان كذلك لكانت المسطرة المتبعة هي مسطرة الاستئناف وفق كافة الشروط والآثار المرتبطة بها، لكن الأمر غير ذلك في ما يرتبط بالطعن في قرارات هيئة المنافسة فالمحكمة لا تنظر في الدعوى بناء على كونها قضاء استئناف، ولكن من منطق كونها نوع من القضاء الخاص إذ تبت بشكل ابتدائي ونهائي في دعوى بشأن قرارات إدارية لا يكون لها أثر موقف. فالطعون المرتبطة بهذه القرارات تكمن خصوصيتها في كونها لا تخضع للقواعد العامة التي تفيد بأن القضاء الإداري هو المختص في الطعون التي تهم القرارات الإدارية، رغم ذلك تؤدي هذه الطبيعة الشكلية للتصرف موضوع الطعن لجعل قاضي الدرجة الثانية يتصرف تجاه بعض النقاط كما لو أنه قاضي إداري.

ولعل هذا ما يفسر التردد الملاحظ من خلال قرارات محكمة الاستئناف بباريس في إعمال الرقابة بشأن القرارات موضوع المسطرة التفاوضية وفي إعمال رقابة القضاء الشامل على هذه القرارات وعلى قرارات الإعفاء بشكل خاص. ولعل السبب الآخر الذي يبرر ذلك والذي نرى بأنه قد ينطبق بشكل خاص على القضاء المغربي، هو أن وجود آليات لمراقبة قرارات مجلس المنافسة لا يعني بالضرورة ضمان تطبيق مراقبة فعالة لمختلف جوانب هذه القرارات، خاصة وأن ذلك يتطلب إعمال مراقبة شاملة للسلطة التقريرية للمجلس والمرتبطة بمختلف التقديرات القانونية والاقتصادية التي تؤطر قراراته، والتي توجب توفر القاضي على الخبرات والمؤهلات المناسبة لممارسة رقابته على هذه التقديرات وهذا ما يفتقده القضاء المغربي حاليا.

وجدير بالذكر أن خصوصية النزاعات التي تهم قرارات المسطرة التفاوضية وقرارات هيئة المنافسة بشكل عام نظرا لطبيعة المصالح الاقتصادية المرتبطة بها، والتي توجب البت في الطعون المتعلقة بهذه القرارات في أقرب الآجال، دفع محكمة الاستئناف بباريس إلى اتخاذ تدابير عملية خاصة بالنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات هيئة المنافسة الفرنسية من خلال التزامها بإصدار

قرار نهائي بشأنها داخل أجل ستة أشهر، وأن تحدد تاريخ جلسة الاستماع وجلسة الحكم منذ أول جلسة بشأن المسطرة، وتحدد جدول التحقيق بالتشاور مع الأطراف ووضع قرارات الخبرة لنقاش تواجهي[634]. وبذلك تتضح ضرورة ملائمة مسطرة البت في الطعون المرتبطة بقرارات مجلس المنافسة المغربي، خاصة في ما يرتبط بالآجال التي يجب أن تواكب السرعة المتطلبة في حل القضايا المرتبطة بمنازعات المنافسة بشكل عام.[635]

المبحث الثاني: دور القضاء في تفعيل حق المتضرر من الممارسات موضوع المساطر التفاوضية

إذا كانت مقتضيات ق.ح.أ.م. توحي بأنه ليس هناك ما يمنع المتضرر من الممارسات المنافية للمنافسة التي صدر بشأنها قرار عن مجلس المنافسة من اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض عن الأضرار التي لحقته جراء هذه الممارسات، وذلك تماشيا مع توجهات القوانين والقواعد المقارنة التي تؤكد على احترام مبدأ الحق في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المنافية بشكل عام والممارسات موضوع مسطرة تفاوضية بشكل خاص (المطلب الأول)، إلا أن الملاحظ من خلال التطبيقات القضائية المقارنة المتعلقة بتفعيل حق التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات موضوع المساطر تفاوضية، هو أن تفعيل هذا المبدأ تعترضه عراقيل عملية ترتبط أساسا بمتطلبات ضمان فعالية وجاذبية هذا النوع من المساطر(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ الحق في التعويض بشأن الممارسة المنافية موضوع تطبيق المساطر التفاوضية

يظهر بأنه من الناحية النظرية ليس هناك أي مقتضيات قانونية في ق.ح.أ.م. تمنع الطرف المتضرر من الممارسة التي كانت موضوع تطبيق للمسطرة النزاعية العادية أو التفاوضية أمام مجلس

634 Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, op.cit., p.596.

635 Patricia KIPANI, Les engagements en matière des pratiques antis concurrentielles, op.cit., p.456.

المنافسة، من أن يلجأ إلى رفع دعوى للتعويض بشأن الأضرار التي لحقته بسبب الممارسات وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، كما أن ق.ح.أ.م. نص بشكل صريح على إمكانية رفع جمعيات حماية المستهلك لدعوى مدنية مستقلة لتعويض الأضرار التي لحقت المستهلكين جراء هذه الممارسات [636]، وذلك أخذا بعين الاعتبار توفر الشروط التي يفرضها قانون حماية المستهلك في شأن الدعوى الجماعية التي ترفعها هذه الجمعيات.[637]

نفس الأمر نجده على مستوى القانون الفرنسي حيث فقانون " Hamon " الصادر بتاريخ 17 ماي 2014 رقم 344-2014 [638] المتعلق بالاستهلاك أدخل تعديلا على مدونة الاستهلاك الفرنسية، يهدف إلى إضافة دعوى جماعية من شأنها أن تسمح للمستهلكين بالحصول على تعويض من خلال الدعوى المرفوعة من قبل جمعية حماية المستهلك عن الأضرار الاقتصادية الناتجة عن الممارسات المنافية للمنافسة. وقد اعتبر الفقه الفرنسي أن هذه الدعوى من شأنها أن تساهم في فعالية قانون المنافسة بشكل عام وفعالية المساطر التفاوضية بشكل خاص، فمثل هذه الدعوى قد تحث المقاولات على تنفيذ قرار التعهدات لتجنب المساءلة المدنية التي تنتج عن هذه الدعوى[639].

وفيما يتعلق بموقف المفوضية الأوروبية نجد أن مضامين الكتاب الأبيض بشأن دعوى التعويض الناتج عن مخالفة القواعد الاتحادية المتعلقة بالاتفاقات وأوضاع الهيمنة الصادر بتاريخ 2

---

[636] تنص المادة 106 من ق.ح.أ.م. على أن:" يمكن أن تنتصب جمعيات المستهلكين المعترف لها بصفة المنفعة العامة طرفا مدنيا أو أن تحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعوى مدنية مستقلة."

[637] انظر في هذا الشأن مقتضيات الباب الثاني من القسم السابع المتعلق ب الدعوى القضائية المرفوعة من قبل الجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك (المواد من 157 إلى 167) من قانون حماية المستهلك 31.08 الصادر بتاريخ 11 فبراير 2011.

[638] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), Article 1 : Le titre II du livre IV du code de la consommation est complété par un chapitre III ainsi rédigé : ...« Art. L. 423-1.-Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles... »

[639] Megane DEMONERIE, La contractualisation des engagements issus des procédures négociées, op.cit., p 79

أبريل سنة 2008 تؤكد أن المفوضية ليست لها نية للتراجع عن مبدأ دعوى التعويض، بل وتشير بشكل خاص إلى أن الاتفاق المنافي للمنافسة الذي يتم اكتشافه عن طريق مسطرة الإعفاء لا يمنع المتضررين من هذا الاتفاق من رفع دعوى التعويض. لكن رغم ذلك نجد أن المفوضية جاءت باقتراحات في هذا الكتاب تهدف إلى المحافظة على جاذبية نظام الإعفاء، من خلال اقتراح التقليص من نطاق المسؤولية المدنية للمقاولات المستفيدة من الإعفاء في طلبات التعويض المرفوعة من قبل شركائها المتعاقدين المباشرين وغير مباشرين.[640]

هذا التوجه السابق هو الذي تبنته هيئة المنافسة الفرنسية، إذ تطرقت لهذه النقطة بشكل عرضي من خلال الإشارة في بلاغها المتعلق بالمسطرة المطبقة بشأن نظام الإعفاء، إلى أن هذه المسطرة الأخيرة ليس من شأنها حماية المقاولة المستفيدة من التبعات المدنية بشأن مشاركتها في الاتفاق المنافي وفقا لما جاء في النقطة 47 من البلاغ[641]، ولعل هذا الموقف الحذر هدفه انتظار تطور الأشغال المتعلقة بهذه النقطة على المستوى الاتحادي.

يمكن القول على أنه على مستوى القوانين المقارنة بأن كل من المفوضية الأوروبية وهيئة المنافسة الفرنسية تؤكدان على إمكانية قيام الغير برفع دعوى التعويض عن الأضرار التي لحقته جراء تبعات الاتفاقات المنافية الخطيرة التي تم إعمال نظام الإعفاء بشأنها، ونجد بأن هذا الوضع

---

[640] Commission Européenne, Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Commission Des Communautés Européennes Bruxelles, le 2.4.2008, COM (2008) 165 final « … Une autre mesure afin de garantir que les programmes de clémence restent pleinement attractifs consisterait à limiter la responsabilité civile des auteurs d'infraction auxquels a été accordé le bénéfice d'une immunité d'amendes. La Commission propose par conséquent d'examiner plus avant la possibilité de limiter la responsabilité civile des bénéficiaires d'une immunité d'amendes aux demandes d'indemnisation de leurs partenaires contractuels directs et indirects. » En Ligne ; https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_fr.pdf(consultée le 22 novembre 2020)

[641] A.C.F, Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français ; préc., : « 52. L'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce et/ou à l'article 101 T.F.U.E »

ينطبق كذلك على مجلس المنافسة المغربي، إذ لا توجد أي مقتضيات تحول دون تفعيل قواعد المسؤولية المدنية الناتجة عن الاتفاقات المنافية موضوع مسطرة إعفاء كلي أو جزئي أمام المجلس.

كذاك الأمر بالنسبة لإمكانية رفع دعوى التعويض بشأن الممارسات التي تكون موضوع تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات أمام مجلس المنافسة، خاصة وأن هذه الأخيرة قد ينتج عنها صدور قرار بثبوت مخالفة لقواعد المنافسة تمت المعاقبة عليها بغض النظر عن وجود تخفيض من هذه العقوبة. لكن قد يطرح التساؤل بشأن إمكانية تأسيس الدعوى المدنية تجاه المقاولة المستفيدة من هذه المسطرة بناء على مجرد تأكيد هذه الأخيرة للمؤاخذات الموجهة إليها، الشيء الذي قد يسمح بإعفاء المتضرر من وجوب إثبات الخطأ وفقا لقواعد المسؤولية المدنية.

علاقة بالتساؤل السابق نجد على مستوى القانون المقارن أن هيئة المنافسة الفرنسية تعتبر بأن المقاولات ضحية الممارسات المنافية موضوع مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات، لا يمكنها مبدئيا تأسيس دعوى التعويض على مجرد غياب المنازعة في المؤاخذات، تبعا لكون عدم المنازعة لا تشكل في حد ذاتها اعتراف بالمسؤولية عن المخالفة، ما لم يصدر القرار النهائي الذي يبت في المؤاخذات الموجهة للمقاولة[642]. بالإضافة لذلك الهيئة لا تردد في بعض قراراتها المتخذة عن طريق مسطرة عدم المنازعة في المؤاخذات على تأكيد إمكانية لجوء ضحايا الممارسات المنافية للقضاء لطلب تعويض عن الأضرار التي لحقتهم.[643]

---

[642] A.C.F, Rapport annuel 2005, préc., « Seule la décision du Conseil statuant sur les griefs pourrait être utilisée pour obtenir des dommages-intérêts devant le juge civil ou établir certains des éléments constitutifs du délit prévu à l'article L. 420-6 du Code de commerce. Dans cette dernière hypothèse, aucune passerelle n'étant prévue entre les deux procédures, l'admission d'une entreprise au bénéfice de cette procédure de non-contestation des griefs ne garantit aucune atténuation de peine au chef d'entreprise éventuellement poursuivi sur le fondement de cet article. » p.138.

[643] Voir notamment le communiqué de presse accompagnant la publication de la décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 : "...les collectivités publiques et les personnes privées victimes du cartel, par exemple des sociétés d'autoroutes, disposent du droit de demander réparation du Préjudice qu'elles ont subi". En ligne : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiques-de-presse/cartel-dans-le-secteur-des-panneaux-de-signalisation-routiere-verticale (consultée le : 21 novembre 2020)

كما أن محكمة النقض الفرنسية تأكد على إمكانية رفع دعوى التعويض بشأن الممارسات التي تكون موضوع عدم منازعة في المؤاخذات. ففي قرارها بتاريخ 29 مارس 2011 بشأن قضية "الشغل المؤقت"[644] أكدت على أن عدم المنازعة في صحة الوقائع من قبل أحد المشاركين في الاتفاق المنافي للمنافسة يكون كافيا لإثبات وقوع الممارسة المنافية. يستنتج من هذا القرار أن شروط الاستدلال على الخطأ الذي يعطي الحق في التعويض لن يطرح صعوبة كبيرة للمطالب، لكن هذه الصعوبة تبقى واردة بشكل كبير بالنسبة لإثبات الضرر والعلاقة السببية.

أما فيما يتعلق بالقرارات الناتجة عن مسطرة التعهدات فإنه من الناحية النظرية لا يشيء يمنع الطرف التي أقرت التعهدات لصالحه من اللجوء لقواعد المسؤولية المدنية لرفع دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ هذه التعهدات، إلا أنه من الناحية العملية وأخذا بعين الاعتبار أن قرار التعهدات المتخذ وفقا للمادة 36 من ق.ح.أ.م. لا يبت في وجود مخالفة لقواعد المنافسة، وبالتالي سيكون من الصعب تأسيس دعوى المسؤولية المدنية انطلاقا من مضمون قرار التعهدات.

على مستوى القانون المقارن نجد أن المفوضية الأوروبية[645] لا تستبعد أن تنشأ عن قرارات التعهدات دعوى مسؤولية مدنية في القانون الداخلي، ويبقى على المتضرر ضرورة إثبات المخالفة أمام القاضي، والتي لم يتم معاينتها في قرار التعهدات. نفس الشيء بالنسبة لهيئة المنافسة الفرنسية فهي كذلك لا تنفي وجود مثل هذه الدعوى، ففي بلاغ الهيئة بشأن تطبيق مسطرة

[644] Cass. com., Arrêt du 29 mars 2011, n° 10-12.913, (manpower), préc.

[645] Commission Européen, MEMO/04/217, Brussels, 17. September 2004, Commitment decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour), : « Second, Article 9 decisions are silent on whether there was or still is a breach of the EU competition rules. Thus a customer or a competitor possibly seeking private enforcement in national courts still needs to prove the illegality of the former behaviour to obtain compensation for damages. » En Ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_04_217 (consultée le : 24 novembre 2020)

التعهدات تشير إلى أن قرار التعهدات ليس من شأنه منع أحد أطراف المسطرة من رفع الدعوى أمام القضاء [646].

على العموم يمكن القول بأنه من الناحية النظرية لا شيء يمنع في القانون المغربي لجوء المتضرر من الممارسات المنافية التي تكون موضوع مسطرة تفاوضية إلى القضاء، لإثارة المسؤولية المدنية للمنشآت المسؤولة عن تلك الممارسات وفقا للقواعد العامة للمسؤولية في حالة الدعوى الفردية المرفوعة من قبل المنافس، أو القواعد الخاصة التي تنظم الدعوى الجماعية للمستهلكين كما هي منظمة في قانون حماية المستهلك، وذلك على غرار ما تم التأكيد عليه بخصوص هذه الإمكانية في القوانين المقارنة بالنسبة لقرارات هيئة المنافسة الفرنسية والمفوضية والأوروبية، والتي وإن كانت تؤكد بشكل صريح على هذه الإمكانية، إلا أن الواقع العملي يفيد بأن دعوى التعويض المدنية فيما يخص المخالفة المرتبطة بقانون المنافسة بشكل عام في الوقت الراهن لم تتطور بعد[647].

الملاحظ أنه على عكس محدودية تطور دعوى المسؤولية المدنية بشأن المخالفات في قانون المنافسة الفرنسي والقواعد الاتحادية، نجد أن هذا النوع من الدعاوى عرف تطورا جد مهم في الجهة الأخرى من المحيط ففي قانون منع الاحتكار الأمريكي هناك مكانة جد مهمة لهذا النوع من الدعاوى والتي يرمز لها ب" privat enforcement". فهذه الدعاوى تعتبر وسيلة أساسية من أجل نشر ثقافة المنافسة ودعم تفعيل المتدخلين الخواص لقواعد المنافسة ومنع الاحتكار، إذ أن القرارات التي تصدر عن جهاز المنافسة الأمريكي "D.O.J" يمكن أن تستعمل كعناصر إثبات في الدعوى المدنية المرفوعة من قبل ضحايا الممارسات المنافية. كما تم تطوير آليات خاصة لتدعيم

[646] A.C.F., Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, préc., « 43. Cette décision ne statue pas sur le bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6, § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle ne se prononce pas sur la culpabilité de l'entreprise et ne peut être utilisée comme le premier terme d'une réitération de faits. Elle ne saurait non plus interdire à l'une des parties à la procédure d'engager une action en justice. »

[647] Dominique BROULT Romain MAULIN, La procédure de non contestation des griffes : un succès non contestable, op.cit., p.92.

هذه الامكانية، فكل من مسطرة الكشف "descovery" ومسطرة "prima facie evidence" تمثل آليات تسمح بتسهيل الحصول على الإثباتات المتضمنة في الأحكام الصادرة بشأن مخالفات المنافسة واستعمالها في النزاعات المدنية.

فمسطرة "Descovery" تتمثل في التزام المدافع بالكشف عن كافة الوثائق ومختلف المعلومات التي يمكن أن تكون فيها مصلحة للمطالب، وتسمح لضحية الممارسات المنافية بإلزام خصمه بالإفصاح عن الوثائق والإثباتات التي يتوفر عليها، باعتبار أن تطبيق القواعد الفدرالية الخاصة بالمسطرة القضائية توجب على الأطراف الإفصاح سواء عن الإثباتات التي تكون في مصلحتهم والتي تدعم طلبهم، وكذلك تلك التي ليست في صالحهم والتي قد تستعمل ضدهم من قبل خصومهم.[648]

أما مسطرة "prima facie evidence"[649] المؤسسة بناء على الفقرة 5/أ من "كليتون اكت" لسنة 1914، فتسمح لضحية الممارسات المنافية للمنافسة من الاستفادة أثناء دعوى

---

[648] Federal Rules of Civil Procedure, as amended to December 1, 2018, Rule 26 : «(a) Required Disclosures.(1) Initial Disclosure.(A) In General. Except as exempted by Rule 26(a)(1)(B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties: (i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information—along with the subjects of that information—that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;(ii) a copy—or a description by category and location—of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;(iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party—who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered;. » En Ligne : https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (consultée le 24 novembre 2020)

[649] United States Code Title 15. Commerce And Trade Chapter 1. Monopolies And Combinations In Restraint Of Trade Section 16. Judgments (a), Prima facie evidence; collateral estoppel : A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant.. » En Ligne :

التعويض من كافة خلاصات ونتائج الدعوى العمومية، فهذه المسطرة تسمح بتأسيس دعوى التعويض من قبل ضحايا مخالفات المنافسة بناء على نتائج الدعوى العمومية. هذه الآلية تجعل فرضية رفع دعوى التعويض من قبل المتضرر جد مؤكدة انطلاقا من كون المخالفة سبق الحكم فيها والتثبت من وقوعها، ولا يبق أمامه سوى استعمال عناصر الدعوى العمومية التي تفيده في اثبات عناصر المسؤولية المدنية.

وتجب الإشارة أن الآلية السابقة يستثنى من تطبيقها مسطرة "consent decree" لأن مضمونها هو اتفاق إرادي بين الأطراف في مقابل سحب الاتهام، وبالتالي لا يتم السير في إجراءات الدعوى العمومية التي تطبق بشأنها الآليتين السابقتين. هذه المسطرة الشبيهة بمسطرة التعهدات تعزز فكرة أنه انطلاقا من كون مسطرة التعهدات تطبق في غياب ثبوت المخالفة، ولا تتضمن أي اعتراف بالمسؤولية يمكن أن يعتمد عليه المتضرر في تأسيس دعوى المسؤولية المدنية، وبالتالي يتوجب إثبات العناصر المكونة لهذه المسؤولية دون الاستفادة من التقييم الأولي المنجز أمام هيئة المنافسة.[650]

إضافة إلى ما سبق، فالمشرع الأمريكي في سعيه لحماية مكانة المتضرر من الاتفاقات المنافية الخطيرة في ظل تطبيق نظام الإعفاء في تشريع مناهضة الاحتكار، يضع من بين الشروط الستة الواجب احترامها من قبل المقاولة للاستفادة من نظام الإعفاء، وجوب قيام المقاولة بتعويض الأطراف المتضررة في الحالة التي يمكنها ذلك [651]. إلا أن الملاحظ بأنه على المستوى العملي

---

https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/16 (consultée le 24 novembre 2020)

[650] Patricia KIPANI, Les engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles, op.cit., p. 355 ; 356.

[651] United States, Department of Justice, Antitrust Division, Corporate Leniency Policy, 10 août 1993 : " Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met: 1. At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; 2. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity;3. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation; 4. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 5. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 6. The corporation did not coerce

تبقى إمكانية تنفيذ هذا الشرط جد مستبعدة من قبل " D.O.J"، إذ لا يلزم هذا الأخير المقاولات بتنفيذ هذا الشرط إلى نادرا.[652]

يتضح مما سبق أن التشريع الأمريكي يضم آليات قانونية تضمن تفعيل المتضرر لدعوى تعويض الأضرار الناتجة عن المخالفات المرتكبة في ميدان المنافسة بشكل عام والمخالفات موضوع تطبيق المساطر التفاوضية بشكل خاص. وذلك على عكس توجه التشريع الاتحادي الأوروبي ونظيره الفرنسي، الذي وإن كان يقر مبدئيا بحق المتضرر في رفع دعوى التعويض بشأن الممارسات المنافية للمنافسة، إلا أنه على مستوى تفعيل هذا الحق يصطدم بعراقيل وحواجز تفرضها تشريعات المنافسة نفسها وتهم بشكل خاص الممارسات التي تكون موضوع مساطر تفاوضية. ولعل هذا الوضع المتعثر قد يشمل مستقبل تطبيقات ق.ح.أ.م. خاصة وأن صياغة هذا الأخير تماثل إلى حد كبير المقتضيات التشريعية المقارنة في م.ت.ف. بمحاسنها ومساوئها.

المطلب الثاني: صعوبة التوفيق بين متطلبات تفعيل الحق في التعويض والحفاظ على فعالية المساطر التفاوضية

يمكن القول إن إشكال تفعيل حق المتضرر في الحصول على التعويض بشأن الأضرار المترتبة عن الممارسات المنافية التي كانت موضوع قرار لسلطة المنافسة نتيجة لتطبيق مسطرة تفاوضية، يرتبط بإشكال أعم وأشمل يهم صعوبة التوفيق بين مبدأ التفعيل العام أو ما يطلق عليه " public enforcement" لقانون المنافسة، الذي ينبني على وضع المشرع لقواعد تشريعية توفر كافة الآليات والصلاحيات لسلطة المنافسة لضمان فعالية قانون المنافسة، ومن بينها المساطر التفاوضية، ومبدأ التفعيل الخاص لقانون المنافسة أو ما يطلق عليه "private enforcement"،

another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity." En Ligne:
www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf (consultée 24 novembre 2020)

[652] Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence, op.cit., p. 461;462.

الذي يهدف إلى تشجيع الدعوى المتعلقة بالتبعات المدنية للممارسات المنافية للمنافسة، لأن هذه الدعوى تعزز وجوب قيام المقاولات باحترام قواعد المنافسة لتفادي التعرض للمساءلة المدنية. [653]

انطلاقا مما سبق نجد أن من أهم صور عدم التوافق بين المبدأين السابقين، تتمثل في كون دعوى التعويض المرتبطة بالممارسات المنافية هي دعوى ذات طبيعة تبعية، لا تقام إلا بعد صدور قرارات هيئات المنافسة المثبتة لوجود مخالفة ومنها القرارات الناتجة عن تطبيق المساطر التفاوضية. ومن ثم يطرح التساؤل بشأن المعيقات التي قد تواجه المطالب في دعوى التعويض، والمرتبطة بإمكانية اطلاعه على وثائق ملف هيئة المنافسة والحصول عليها من أجل الاستفادة من الإثباتات التي تتضمنها لتأسيس دعوى التعويض. أخذا بعين الاعتبار أن قوانين المنافسة تحرص بشكل عام على ضمان سرية التحقيق والوثائق المتعلقة بالمساطر المسيرة أمام هذه السلطة بشكل عام، وضمان السرية وعدم الكشف عن مساهمات وهوية الأطراف في المساطر التفاوضية بشكل خاص.

هذا الإشكال الذي قد ينتج عن صعوبة التوفيق بين مبادئ القواعد العامة التي توجب على القضاء ضمان حق المتضرر من الممارسات المنافية التي صدر بشأنها قرار عن سلطة المنافسة بغض النظر عن كون هذا القرار صادرا بمناسبة مسطرة عادية أو تفاوضية، وبين القواعد الخاصة التي عمد المشرع المغربي على غرار التشريع المقارن على وضعها في ق.ح.أ.م، والتي تهدف إلى ضمان مصالح المنشآت المشاركة في هذه المساطر خاصة تلك المتعلقة بسرية الأعمال الضرورية لأجل ضمان جاذبية وفعالية هذه المساطر، قد ينتج عنها كما هو الحال في التشريعات المقارنة إعاقة تفعيل دعوى المسؤولية المدنية المثارة بشأن مخالفة مقتضيات القانون 104.12، بشكل يؤدي إلى تحييد الدور الذي قد تلعبه هذه الدعوى في تفعيل هذا القانون بالذات.

[653] Laurence IDOT, Les procédures de clémence en droit de la concurrence, op.cit., p. 127;128.

لذا سيكون من المفيد الاطلاع على مظاهر هذا الإشكال والتصورات التي رسمها كل من القضاء الأوروبي (الفقرة الأولى) والفرنسي (الفقرة الثانية) لحل هذا الإشكال، والتي قد يستفاد منها مستقبلا القضاء المغربي إذا ما أثير هذا الإشكال أمامه.

الفقرة الأول: توجه القضاء الأوروبي بشأن الاستعانة بوثائق ملف هيئة المنافسة في الدعوى المدنية

رغم إقرار المفوضية الأوربية في الكتاب الأبيض بشأن دعوى التعويض عن مخالفة قواعد المنافسة بأحقية المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المنافية للمنافسة موضوع المساطر التفاوضية، إلا أنه كما أشرنا سابقا عملت المفوضية كذلك على حماية الآليات المتبناة من أجل محاربة التحالفات وخاصة منها تلك المتعلقة بمسطرة الإعفاء، إذ قامت بإدخال مقتضيات عامة في القواعد التي تنظم مساطر الإعفاء والصلح تهدف إلى الحد من إمكانية سماح للغير المتضرر بالحصول على الوثائق الناتجة عن تطبيق هذه المساطر ، ولم تتطرق بشكل خاص لمسألة إمكانية إعمال هذه الوثائق بشأن دعوى التعويض المدنية، لأن دعوى التعويض ترفع بالضرورة أمام القاضي الوطني، وبالتالي يرجع لهذا الأخير حل المشاكل المرتبطة بها.

وتبعا لهذا التوجه الأخير قام القاضي الألماني بطلب قرار مبدئي من محكمة العدل الأوروبية بشأن أثر إطلاع الغير على وثائق ملف جهاز المنافسة الألماني على فعالية مساطر التعاون بين هذا الجهاز و المقاولات، نتج عنه إصدار محكمة العدل الأوروبية قرارا مبدئيا صادر بتاريخ 14 يونيو 2011 بشأن قضية "PFleidere"[654].فهذه الشركة كانت زبونا لتحالف بين مقاولات كانت تنشط في سوق ورق الزينة، هذا التحالف صدر بشأنه قرار من قبل جهاز المنافسة الألماني "Bundeskarllamt" بتاريخ 21 يناير 2008 يتضمن عقوبات مالية بشأن المقاولات

[654] C.J.U.E, Arrêt du 14 juin 2011, Aff. c-360/09, PFleider vl Bundeskartellamt, En Ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:62009CJ0360 (consultée le 2 août 2020)

المشتركة فيه وقدرها 62 مليون أورو. والتحقيق في هذه القضية كان سريعا للغاية بحيث فتح في نونبر 2007 واختتم ثالثة أشهر من بعد، وذلك نتيجة لإعمال مسطرة الإعفاء.

بعد صدور القرار دفعت شركة "PFleidere" بأنها اقتنت 60 مليون أورو من السلع من مصنعي ورقة الزينة ما بين سنتي 2005 و2007، وعند رغبتها في التحضير لدعوى التعويض عن المسؤولية المدنية ضد أطراف هذا التحالف طالبت الهيئة بتاريخ 26 فبراير 2008 بالولوج إلى كافة وثائق الملف، لكن الهيئة اكتفت بتوجيه صيغة سرية للقرار و لائحة بعناصر الاثبات المتحصل عليها أثناء إجراءات التفتيش، فيما رفضت في رسالة بتاريخ 14 أكتوبر 2008 إتاحة الولوج إلى الوثائق المتعلقة بطلبات الإعفاء والوثائق المقدمة بشكل إرادي من قبل المقاولات المعنية، وذلك وفقا لما تمليه خطوطها التوجيهية في النقطة 22 من نظام الإعفاء المنشور سنة 2006 [655]. إلا أن شركة "Pfleider" نازعت أمام القضاء الألماني في قرار جهاز المنافسة الرافض لإطلاعها على الوثائق الناتجة عن مسطرة الإعفاء، على أساس أن القواعد العامة تسمح لها بهذا الاطلاع، خاصة وأن المادة 406 من مدونة المسطرة الجنائية الألمانية تجيز لمحامي المتضرر من المخالفة أن يطلع على ملف القضية.[656]

وبالتالي طرحت على هذه المحكمة بشكل مباشر مسألة رفض طلب المتضرر الاطلاع على الوثائق المعتمدة في إطار مسطرة الإعفاء المطبقة من قبل جهاز المنافسة الألماني، وأمام تعقيد هذا الإشكال وارتباطه بمصالح متضاربة يصعب التوفيق بينها، لجأ القاضي الألماني إلى طلب قرار مبدئي من محكمة العدل الأوروبية بشأن ما إذا كان إعطاء الإمكانية للاطلاع على وثائق الملف في الدعوى المدنية تطبيقا لنصوص القانون الألماني يتماشى وتوجهات القواعد الاتحادية رقم

[655] Autorité de concurrence Allemande (Bundeskartellamt), Communication n° 9/2006 sur l'immunité d'amendes 7 mars 2006 : « en règle générale, le Bundeskartellamt usera de sa marge d'appréciation prévue par la loi pour refuser les demandes de renseignements et d'accès aux dossiers faites par des personnes tiers [sic] dans la mesure où ces demandes portent sur des informations et des éléments de preuve fournis dans le cadre d'une demande de réduction totale ou partielle de l'amende », Programme de clémence, en ligne : . http://www.bundeskartellamt.de

[656] Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de concurrence, thèse de doctorat en droit privé, op.cit., p. 175.

1/2003، المحكمة أجابت بأن البت في هذه النقطة بالذات يرجع للقضاء الوطني، والذي له بناء على نصوص القانون الداخلي تحديد شروط الحصول على الوثائق المرتبطة بمسطرة الإعفاء، من خلال القيام بموازنة بين مختلف المصالح الرائجة والمحمية وفقا للقواعد الاتحادية.[657]

هذا القرار تمخضت عنه مجموعة من المبادئ أهمها تكريس مبدأ الاستقلالية المسطرية للقاضي الوطني تجاه القواعد الموضوعية الاتحادية، وكذلك وبشكل خاص، تكريس مبدأ يلزم القاضي بالحرص عند النظر في الطلب المتعلق بحق الولوج للوثائق من قبل المتضرر من الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة الاتحادية، على أن لا يصبح هذا الحق غير قابل للتطبيق نتيجة إعمال مقتضيات أكثر إلزاما لما هو معمول به في القوانين الداخلية[658]، وأن يبت بشأن هذا الطلب بناء على الموازنة بين المصالح العامة والخاصة المرتبطة بفعالية قوانين المنافسة، خاصة فيما يتعلق بالتوفيق بين مصالح المحافظة على فعالية نظام الإعفاء المتعلق بحماية سرية التصريحات والوثائق المقدمة بشكل إرادي من قبل المقاولة المستفيدة من الإعفاء، والمصالح المرتبطة بالتطبيق الناجع لحق الضحايا في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المنافية.[659]

---

[657] CJUE, Arrêt du 14 juin 2011, Aff. c-360/09, PFleider vl Bundeskartellamt, pric, points 23 : « Les dispositions du droit de l'Union en matière d'ententes, et en particulier le règlement nº 1/2003, doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'une personne, lésée par une infraction au droit de la concurrence de l'Union et cherchant à obtenir des dommages et intérêts, obtienne l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction. Il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union. »

[658] Voir, Arrêt du 14 juin 2011, préc., Point 23 « Cependant, en examinant une telle demande d'accès formée par une personne cherchant à obtenir des dommages et intérêts d'une autre personne bénéficiant d'un programme de clémence, il est nécessaire de veiller à ce que les règles nationales applicables ne soient pas moins favorables que celles qui concernent les réclamations semblables de nature interne et ne soient pas aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention d'une telle réparation et de mettre en balance les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de celles-ci fournies volontairement par le demandeur de clémence. Une telle mise en balance ne peut être opérée par les juridictions nationales qu'au cas par cas, dans le cadre du droit national, et en prenant en compte tous les éléments pertinents de l'affaire. »

[659] Laurence IDOT, Fabien ZIVY, L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : état des lieux deux ans après l'arrêt Pfliderer, Revu Concurrence, n° 3-2013, p. 35 ; 36.

في نفس السياق أحيلت على محكمة العدل الأوروبية من جديد مسألة الولوج لوثائق مسطرة الإعفاء من قبل المتضرر لإعمالها في الدعوى المدنية، هذه المرة طرح الإشكال في ظل مقتضيات تهم القانون النمساوي للمنافسة، إذ صدر قرار عن محكمة العدل الأوروبية بشأن قضية "Dannau chemie" بتاريخ 6 يونيو 2013[660]. في هذا القرار أعادت المحكمة التأكيد على موقفها السابق بشأن قضية "Pfliderer"، إضافة إلى ذلك قدمت توضيحات دقيقة بشأن مسألة اللجوء إلى وثائق الملف المتعلق بالإعفاء، خاصة فيما يتعلق بمدى ملاءمة بعض مقتضيات القانون النمساوي مع قواعد الاتحاد، ومنها تلك التي تنص على أن الغير لا يمكنه الولوج إلى وثائق ملف هيئة المنافسة إلا بعد موافقة جميع الأطراف في المسطرة.[661]

ففي هذه القضية أصدر جهاز المنافسة النمساوي "Oberlandesgericht Wien" قرار بتاريخ 26 مارس 2010 بشأن تحالف منافي للمنافسة تضمن عقوبات مالية على أطرافه بلغت 1,5 مليون أورو. بناء على هذا القرار قامت أحد المقاولات الغير برفع دعوى مدنية طالبت فيها بالولوج إلى وثائق ملف القضية الذي بيد جهاز المنافسة، لكن بناء على المادة 39 من القانون النمساوي المتعلق بالاتفاقات المنافية للمنافسة، لم تقبل بعض المقاولات الأطراف في التحالف بالسماح بذلك، ما جعل من المستحيل على المقاولة الغير الولوج إلى وثائق الملف، ومع وجود هذه المقتضيات الصريحة التي حدت من إمكانية القاضي إعمال الموازنة بين المصالح الرائجة كما سبق تقريرها في الاجتهاد المبدئي في قضية "Pfleiderer"، لجأ القضاء النمساوي

---

[660] C.J.U.E., Arrêt du 6 juin 2013, Danau chemie, aff. C536/11, En Ligne : http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=FE39CFAD7C80BEE18456D1164512EB89?text=&docid=138090&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15429666 (consultée le : 6 août 2020)

[661] L'article 39, paragraphe 2, de la loi de 2005 relative aux ententes (Kartellgesetz 2005, ci-après le «KartG») dispose que :

« Les personnes qui ne sont pas parties à la procédure ne peuvent accéder au dossier du tribunal de la concurrence qu'avec l'accord des parties »

إلى عرض المسألة على محكمة العدل الأوروبية من جديد من خلال البت في ما إذا كانت مقتضيات المادة 39 أعلاه تتماشى والقواعد الاتحادية.

محكمة العدل الأوروبية في ردها أكدت على وجوب تمكين القاضي الوطني من إعمال الموازنة بين المصالح التي تبرر السماح بتبليغ الوثائق ومصالح حماية سرية هذه الوثائق[662]، لتخلص إلى أن كل قاعدة جامدة تذهب سواء في اتجاه المنع المطلق لتبليغ الوثائق أو على العكس بالولوج الكامل لوثائق الملف، من شأنها المساس بالتطبيق الناجع للمادة 101 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالاتفاقات المنافية للمنافسة، والحقوق المشروعة التي تتفرع عن هذه المقتضيات للخواص.[663]

إضافة إلى ذلك فالمحكمة أكدت على أن من شأن الرفض الكلي للولوج إلى ملف جهاز المنافسة أن يجعل من الصعب حماية حق المتضرر في التعويض بشأن تبعات الاتفاقات المنافية للمنافسة المؤطرة وفقا للمادة 101 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي، خاصة عندما لا تتوفر للطالب أي إمكانية أخرى للحصول على وسائل الإثبات[664]، أما إذا كانت هنالك إمكانية

---

662 C.J.U.E., Arrêt Danau Chemie, préc., : « 30. Afin de répondre à cette question, il convient de relever que, dans le cadre de l'exercice de leur compétence aux fins d'appliquer les règles nationales relatives au droit des personnes s'estimant lésées par une entente d'accéder aux documents relatifs aux procédures nationales concernant cette entente, il est nécessaire que les juridictions nationales mettent en balance les intérêts justifiant la communication des informations et la protection de celles-ci (voir, en ce sens, arrêt Pfleiderer, précité, point 30). »

663 Ibid., : « 31 La nécessité d'une telle mise en balance réside dans le fait que, particulièrement en matière de concurrence, toute règle rigide, tant dans le sens d'un refus absolu d'accès aux documents en question, que dans celui d'un accès généralisé à ces documents, est susceptible de porter atteinte à l'application effective, notamment, de l'article 101 T.F.U.E et des droits que cette disposition confère aux particuliers. »

664 Voir, Arrêt Danau Chemie, préc., point 33 « 33. En effet, en ce qui concerne, d'une part, une règle selon laquelle l'accès à tout document relevant d'une procédure en matière de concurrence devrait être refusé, force est de constater qu'une telle règle serait susceptible de rendre impossible ou, à tout le moins, excessivement difficile la protection du droit à réparation dont bénéficient les personnes lésées par une violation de l'article 101 T.F.U.E. Il en va notamment ainsi lorsque seul l'accès aux documents figurant dans le dossier afférent à la procédure suivie devant l'autorité nationale de la concurrence compétente permet à ces personnes de disposer des éléments de preuve nécessaires pour fonder leur demande en réparation. En effet, lorsque lesdites personnes ne disposent d'aucune autre possibilité de se procurer ces éléments de preuve, le refus d'accès à ce dossier qui leur est opposé rend le droit à réparation qu'elles tirent directement du droit de l'Union dépourvu de tout effet utile. »

لحصول المطالب على عناصر الإثبات اعتمادا على وسائل أخرى، فإنه لن يحتاج إلى اللجوء إلى وثائق الملف المرتبطة بطلبات الإعفاء المقدمة من المقاولات المعنية.

وأضافت المحكمة أن وجود قاعدة تسمح بالولوج لكافة وثائق المسطرة المسيرة أمام جهاز المنافسة قد تكون له تبعات سلبية على المصالح الخاصة والعامة المرتبطة بهذه المسطرة، فمثل هذه القاعدة لا تكون ضرورية من أجل ضمان نجاعة الحق في التعويض، لأنه لا يتصور منطقيا أن ترتكز دعوى التعويض على كافة وثائق الملف، كما أن هذه القاعدة من شأنها ثني المقاولات عن التعاون مع هيئات المنافسة في إطار نظام الإعفاء.[665]

وفي إجابتها عن دفع الحكومة النمساوية المرتكز على أن المقتضيات التي تربط حق الولوج للملف بموافقة جميع أطراف المسطرة ضرورية لضمان فعالية نظام الإعفاء، وأن نظام الإعفاء قد تتأثر فعاليته نتيجة الاطلاع على الوثائق المرتبطة به من قبل الأشخاص الراغبين في رفع دعوى التعويض. اعتبرت المحكمة أن ذلك ليس من شأنه أن يبرر بأي وجه كان رفض طلب الولوج إلى هذه الوثائق بشكل تلقائي، إذ يتوجب أن تخضع تلك الطلبات للفحص حسب كل حالة على حدة، من خلال قيام القضاة بالأخذ بعين الاعتبار التبعات الحقيقية التي قد تشكل ضررا ناتجا عن هذا الولوج على المصلحة العامة والمصالح المشروعة الخاصة للمنشآت، وأن مثل هذا الرفض

[665] Arrêt Danau Chemie, préc., « Qu'une telle règle d'accès généralisé ne serait pas nécessaire aux fins d'assurer une protection effective du droit à réparation dont bénéficie ledit demandeur, dans la mesure où il est peu probable que l'action en réparation doive se fonder sur l'intégralité des éléments figurant dans le dossier afférent à cette procédure. Ensuite, cette règle pourrait conduire à la violation d'autres droits que le droit de l'Union confère, notamment, aux entreprises concernées, tels que le droit à la protection du secret professionnel ou du secret des affaires, ou aux particuliers concernés, tels que le droit à la protection des données personnelles. Enfin, un tel accès généralisé serait également susceptible de porter préjudice à des intérêts publics, tels que l'efficacité de la politique de répression des violations du droit de la concurrence, en ce qu'il pourrait dissuader les personnes impliquées dans une violation des articles 101 T.F.U.E et 102 T.F.U.E de coopérer avec les autorités de la concurrence (voir, en ce sens, arrêt Pfleiderer, précité, point 27). »

يجب أن يتأسس على أسباب ملحة متعلقة بحماية المصالح المثارة وقابل لتطبيق على كل وثيقة على حدة.[666]

أخذا بعين الاعتبار القرارين السابقين لمحكمة العدل الأوروبية، يظهر أن هذه المحكمة تعمل على توجيه قضاء الدول العضوة في الاتحاد لكيفية التعامل مع الطلبات التي تهم حصول الغير على الوثائق المتعلقة بمساطر الإعفاء من أجل تأسيس دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن التحالفات، وذلك بدعوة القضاة إلى إعمال الموازنة بين مختلف المصالح التي ترتبط بهذا النوع من الطلبات، من خلال فحص كل حالة على حدة وإخضاعها لشروط موضوعية تسمح بالتأكد بكون رفض أو قبول هذه المطالب يأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لكل من المنشآت و جهاز المنافسة من جهة، ومصالح الطرف المتضرر من جهة ثانية.

إلا أنه رغم التوجهات السابقة لمحكمة العدل الأوروبية التي ما فتئت تؤكد على وجوب مراعاة القضاء الوطني لدول الاتحاد الأوروبي لحق ضحايا الممارسات المنافية في الحصول على التعويض، فإن الملاحظ هو أن عدد الضحايا الذين يتمكنون من الحصول على التعويض يبقى جد محدود. فمن بين قرارات المفوضية التي تهم المخالفات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة الصادرة في السنوات الأخيرة، 25% منها فقط نتج عنها دعوى لطلب التعويض من قبل الضحايا حسب البلاغ الصحفي للمفوضية رقم IP/525/13 بتاريخ 11 يونيو 2013

[666] C.J.U.E., Arrêt Danau Chemie, préc., : « 46 En particulier, s'agissant de l'intérêt public tenant à l'efficacité des programmes de clémence auquel le gouvernement autrichien se réfère en l'occurrence, il y a lieu de relever que, ...la simple invocation d'un risque de voir l'accès aux éléments de preuve, figurant dans le dossier d'une procédure en matière de concurrence et nécessaires pour fonder ces actions, affecter l'efficacité d'un programme de clémence, dans le cadre duquel ces documents ont été communiqués à l'autorité de concurrence compétente, ne saurait suffire à justifier un refus d'accès à ces éléments.

47 En revanche, la circonstance qu'un tel refus soit susceptible d'empêcher l'exercice desdites actions, ... exige que ce refus soit fondé sur des raisons impérieuses tenant à la protection de l'intérêt invoqué et applicables à chaque document dont l'accès est refusé. »

[667]. هذه المحدودية ناتجة بالأساس عن تفاوت تعامل القوانين الوطنية مع هذا النوع من الدعاوى.[668]

لهذا نجد أن المفوضية الأوروبية قامت بالعمل على وضع مقترح توجيهات موضوعها تمكين كل شخص تعرض لضرر نتيجة مخالفة لمواد 101 و 102 من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي أو قوانين المنافسة الوطنية، من تفعيل حق التعويض عن هذا الضرر من خلال تسهيل تحريك دعوى التعويض بالنسبة لضحايا الممارسات المنافية للمنافسة، وإزالة العراقيل التي تحول دون تفعيل الحق في التعويض، إذ تم قبول المقترح الذي تضمن هذه التوجيهات من قبل البرلمان والمجلس الأوروبي بتاريخ 26 نونبر 2014 [669].

واعتبار لأهمية النقطة المتعلقة بالكشف عن الوثائق التي تكون في يد هيئة المنافسة لممارسة الحق في التعويض فإن المادة 5 من هذه التوجيهات تحدد الشروط التي يمكن في ظلها للقاضي الوطني الأمر بالكشف عن هذه الوثائق، هذه الشروط تهدف بالأساس إلى التأكد من جدية مساعي المطالب، إذ يتوجب عليه أن يقوم بشكل قبلي لطلب الكشف عن الوثائق بتقديم المعطيات والإثباتات الواقعية التي تكون متاحة له بشكل عقلاني، والتي تدل على أنه تعرض إلى ضرر محتمل ناتج عن الممارسة المنافية للمنافسة، ومن ناحية ثانية يتوجب عليه تعيين عناصر الاثبات أو نوعية الوثائق التي يطلب الكشف عنها بشكل دقيق ومحدد قدر الإمكان، كل ذلك من أجل تجنب الدعاوى التعسفية.[670]

---

[667] Commission européenne, Communiqué de presse, du 11 juin 2013, Bruxelles, En Ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_13_525 (consultée le : 14 août 2020)

[668] Patricia KIPANI, Les engagement en matière des pratiques antis concurrentielles, op.cit., p.358.

[669] Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, En ligne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32014L0104 (consultée le : 15 août 2020)

[670] Etienne CHASSAING, Procédure de clémence et accès aux documents : de la défiance a la conciliation ? Revue LAMY de la concurrence, n°37, 2013, p.71.

كما توجب نفس المادة على القاضي بعد أن تتوفر الشروط السابقة أن يقصر الكشف عن ما هو مناسب من الوثائق مراعاة للمصالح المشروعة لمختلف الأطراف المعنية، من خلال تطبيق مبدأ الموازنة عن طريق الأخذ بعين الاعتبار مختلف العناصر خاصة تلك المتعلقة بفرضية وقوع مخالفة لقواعد المنافسة وحجم وتكلفة الكشف عنها، وإمكانية وجود معلومات سرية في الوثائق المطالب الكشف عنها وأخيرا الطبيعة الخاصة للطلب.[671]

يجب الإشارة إلى أن هذه التوجيهات تحد من إمكانية الكشف عن وثائق ملف هيئة المنافسة المتعلقة بمساطر الإعفاء وتربطه بشروط جد صارمة، خاصة تلك التي تفرض على القضاء الوطني عدم إلزام الأطراف أو الغير بالكشف عن الإثباتات التي تهم تصريحات المقاولات من أجل الحصول على الإعفاء وتلك المتعلقة بمقترح الصلح[672]. ولعل هذا الاستثناء يرتبط بكون المسطرتين ينتج عنهما تقديم المقاولات لإثباتات ضد نفسها مما يستوجب حماية أكثر للمقاولة في هذه الحالة وكذلك للمحافظة على جاذبية هذه المسطرة لأن غالبية التحالفات يتم اكتشافها عن طريق مسطرة الإعفاء.[673]

لكن الفقه يؤكد على أنه رغم أن هذا الاستثناء الأخير يرتبط أساسا بالتصريحات المقدمة من المطالب بالإعفاء، إلا أنه يبقى للقضاء إعمال شروط ومبادئ الكشف بالنسبة للوثائق التي تم الحصول عليها قبل تقديم هذه التصريحات، والتي حصلت عليها الهيئة في مرحلة الأبحاث

---

[671] Directive n° 2014/104/UE, préc., L'article 5 point 4 dispose que : « Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées à ordonner la production de preuves contenant des informations confidentielles lorsqu'elles le jugent utile dans le cadre de l'action en dommages et intérêts. Lorsque la production de telles informations est ordonnée, les États membres veillent à ce que les juridictions nationales disposent de mesures efficaces de protection de ces informations »

[672]Ibid., point 6. « Les États membres veillent à ce que, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, les juridictions nationales ne puissent à aucun moment enjoindre à une partie ou à un tiers de produire les preuves relevant des catégories suivantes :

a) les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ; et b) les propositions de transaction. ».

[673] Etienne CHASSAING, Procédure de clémence et accès aux documents : de la défiance a la conciliation ? op.cit., p.71.

اللاحقة لطلب الإعفاء، فهذه الوثائق قد تتضمن معلومات جد مفيدة للمتضرر في دعوى التعويض عن الممارسات المنافية.[674]

وفي الأخير نشير إلى أن هذه الخطوط التوجيهية جاءت لإكمال التوجه السابق للمفوضية في الكتاب الأبيض والأخضر، لكنها لم تواكب بشكل كامل توجهات محكمة العدل الأوروبية، خاصة في النقطة المتعلقة بالموازنة بين مختلف المصالح المتعلقة بالاطلاع والحصول على الوثائق والإثباتات المستمدة من مسطرة الإعفاء، التي قد تسمح لضحايا التحالفات تحت المراقبة الدقيقة للقضاء بتفعيل دعوى التعويض. وذلك من خلال تأكيد هذه الخطوط التوجيهية على وجوب عدم إلزام هيئة المنافسة بتمكين المتضرر من التصريحات التي من شأنها إدانة المقاولات التي تتعاون بشكل فعال وتساعد في الكشف عن التحالفات ومعاقبة أطرافها، وذلك من أجل عدم ثني المقاولات عن التعاون مع المفوضية في هذه المساطر.

الفقرة الثانية: توجه القضاء الفرنسي بشأن الاستعانة بوثائق ملف هيئة المنافسة في الدعوى المدنية

بالنسبة للقضاء الفرنسي نجد أن مسألة الاستعانة بوثائق ملف هيئة المنافسة الفرنسية من قبل الغير في دعوى التعويض المدنية، طرحت بشكل أساسي في ما يرتبط بقرارات الهيئة الناتجة عن التعهدات، فانطلاقا من عدم وجود نصوص خاصة في م.ت.ف. بشأن إمكانية لجوء المتضرر من قرار عدم تنفيذ التعهدات لدعوى التعويض، ليس هناك ما يمنع المتضرر من محاولة

---

[674] كما أن المادة 6 من توجيهات المفوضية تضمنت كذلك استثناءات بشأن الاطلاع على وثائق هيئة المنافسة تشمل كذلك تصريحات الأشخاص الطبيعيين المجراة من أجل أغراض المسطرة المتبعة أمام الهيئة، وكذلك المعلومات المتوصل بها من قبل الهيئة أثناء سريان المسطرة ما دامت المسطرة لم تنتهي ولم يتخذ قرار نهائي بشأنها، كما أن هذه الاستثناءات السابقة تنطبق على الوثائق التي تكون بحوزة أحد الأطراف وليس فقط تلك التي في يد الهيئة. أنظر:

Directive n° 2014/104/UE, préc., « Les juridictions nationales ne peuvent ordonner la production de preuves relevant des catégories suivantes qu'une fois qu'une autorité de concurrence a, en adoptant une décision ou d'une autre manière, clos sa procédure :

a) les informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence ;

b) les informations établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure. »

الحصول على التعويض بناء على القواعد العامة للقانون المدني، إذ يتوجب عليه إثبات المصلحة في إقامة هذه الدعوى من منطلق أنه ضحية ضرر ناتج عن عدم تنفيذ قرار التعهدات، وتخضع هذه الدعوى بطبيعة الحال لوجوب إثبات عناصر المسؤولية المدنية، سواء من خلال تحديد الخطأ أي عدم الالتزام بتنفيذ التعهدات وفق ما ينص عليه قانون المنافسة. فقد يسهل قرار الهيئة بشأن التعهدات مأمورية المقاولة المتضررة بشأن إثبات هذا الخطأ، إن هي استطاعت الحصول على الوثائق من الهيئة، ولا يبق لها سوى تحديد الضرر والذي قد يتمثل في فقدان الحصة سوقية أو قطع العلاقات التجارية. وتجب الإشارة إلى أن هذا الضرر يجب أن يكون خاصا ومباشرا ومستقلا عن الضرر الاقتصادي العام، وفي الأخير يتوجب إثبات العلاقة السببية بين الضرر و الخطأ.[675]

لكن هذه الإمكانية السابقة الذكر يجب أن تأخذ بعين الاعتبار أن التشريعات الوطنية للمنافسة غالبا ما تتضمن مقتضيات تتعلق بحماية سرية المعلومات والوثائق التي تروج في مساطر هيئات المنافسة، ويمكن لهذه المقتضيات أن تبرر عدم كشف أو تقديم هذه المعلومات والوثائق أثناء النظر في دعوى التعويض، وبالتالي يمكن لهيئة المنافسة تجنب هذا الكشف من خلال الدفع بالتزاماتها المتعلقة بالسر المهني. بالإضافة إلى ذلك قد تتضمن قوانين المنافسة الوطنية مقتضيات تمنع الطرف الذي اطلع على المعلومات بمناسبة الإجراءات أمام الهيئة، من الكشف عنها تحت طائلة ارتكاب جريمة وهو حال المادة L463-6، أو بناء على مقتضيات القوانين العامة كما هو حال الامتناع المشروع المنصوص عليه في المادة 141 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي.[676]

في ظل هذه المقتضيات السابقة صدر قرار عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قضية " Semavem" بتاريخ 19 يناير 2010 [677]. يفيد هذا القرار أن الوثائق المشمولة

[675] Megane DEMONERIE, La contractualisation des engagements issus des procédures négociées, op.cit., p.78.

[676] Laurence IDOT, Fabien ZIVY, L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées, op.cit., p.42.

[677] Cass.com, Arrêt du 19 janvier 2010, n° 08-19761 (samavem), En Ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021731453/ (consultée le : 10 août 2020)

بسرية التحقيق أو الأبحاث أمام هيئة المنافسة تكون غير قابلة للاستعمال في المسطرة القضائية إلا إذا كان ذلك ضروريا لأعمال حقوق دفاع الطرف الذي يطالب بالاطلاع عليها أو تقديمها، وأنه على الطرف الذي يعرض أمام القضاء الوثائق المشمولة بسرية الأبحاث أن يثبت ضرورة الكشف عنها من أجل إعمال حقوقه[678]. وبالتالي يتضح أن المحكمة في قرارها هذا أخذت بتوجهات محكمة العدل الأوروبية، التي تهدف إلى تجاوز القيود التي تفرضها التشريعات على إمكانية الولوج لوثائق هيئات المنافسة الوطنية في دعوى التعويض من أجل ضمان ضرورة إعمال حقوق الدفاع.

هذه الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية كان له صدا في قرارات المحاكم الفرنسية حيث أنه في قضية "Ma liste de cours" التي قام فيها كل من معهد "L'I.L.E.C" وشركة "M.L.D.C" بتقديم شكاية لهيئة المنافسة، بشأن ممارسات تتمثل في استغلال تعسفي لوضع هيمنة واتفاق منافي للمنافسة في سوق وصولات التخفيض بشأن السلع الاستهلاكية من قبل شركة "Highco" و "Sogec"، هذه الشركات الأخيرة قامت بتقديم تعهدات بشأن الشكوك التنافسية التي عاينتها الهيئة نتيجة الشكاية، وتم قبول هذه التعهدات من قبل الهيئة في القرار رقم 10-D-02 بتاريخ 25 يونيو 2010 .[679]

[678] Cass.com, Arrêt du 19 janvier 2010, n° 08-19761, préc., « Mais attendu que le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence devenu l'Autorité de la concurrence, que si cette divulgation, incriminée par l'article L. 463-6 du code de commerce, est nécessaire à l'exercice de ces droits ; que la société Semavem et les revendeurs, qui n'ont pas discuté l'existence d'une divulgation, n'ont ni justifié, ni même allégué, de cette éventuelle nécessité pour s'opposer à la demande de la société JVC de retrait de certaines pièces des débats ; que la cour d'appel, qui n'avait pas à se livrer à une recherche qui ne lui était pas demandée, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; »

[679] A.C.F, Décision 10-D-20 du 25 juin 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction, En ligne :
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-coupons-de-reduction (consultée le 18 août 2020)

بعد صدور هذا القرار قامت شركة "M.L.D.C" بمتابعة القضية من خلال رفع دعوى التعويض بشأن الأضرار التي تزعم أنها لحقتها جراء ممارسة منافية للمنافسة من قبل الشركتين المستفيدتين من قرار التعهدات. وهنا الشركة المطالبة باعتبارها طرفا في المسطرة كانت تتوفر لها العديد من الوثائق نتيجة التبليغات والملاحظات المقدمة أمام الهيئة أثناء سير مسطرة التعهدات، لكنها لم تتمكن من عرض هذه الوثائق التي تمتلكها والمستمدة من المسطرة الإدارية أمام القضاء المدني، وذلك راجع لكون المادة L463 من م.ت.ف. تجرم الكشف عن هذه الوثائق، ما دفع بالمشتكية إلى التوجه إلى القاضي من أجل طلب تطبيق الصلاحيات التي تمنحه له المادة 138 من مدونة المسطرة المدنية [680] من أجل ضمان تقديم هذه الوثائق من قبل الهيئة.

قبل السير قدما في عرض وقائع القضية نشير إلى أن المواد السابقة من م.ت.ف. والمتعلقة بالمعاقبة على الكشف عن والوثائق المشمولة بالسرية أمام هيئة المنافسة، هي نفسها المقررة في التشريع المغربي في المادة 32 من ق.ح.أ.م، أما تلك المنصوص عليها في مدونة المسطرة المدنية الفرنسية التي تمنح للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف إلزام الطرف الآخر أو الغير بتقديم الوثائق الضرورية لممارسة حقوق الدفاع، فلا نجد لها مثيلا في قانون المسطرة المدنية المغربي، بل في المادة 16 من قانون إحداث المحاكم التجارية التي تنص بأنه : " يمكن للمحكمة أو للقاضي المقرر، بناء على طلب أحد الأطراف في الدعوى ما لم يوجد مانع قانوني، أمر الغير بالإدلاء داخل أجل معقول بأي مستند يوجد بحوزته، تحت طائلة غرامة تهديدية". هذا ما يفيد أنه ليس من المستبعد لجوء المنشأة الغير لطلب تطبيق هذه المواد وفق نفس الحالة السابقة في دعوى التعويض المرفوعة من قبل الشركات المنافسة أمام المحاكم التجارية بشأن الممارسات المنافية موضوع قرار مجلس المنافسة.

[680] Article 138 du Code de procédure civil français, Version en vigueur au 30 novembre 2020, dispose que : « Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. ».

وبالرجوع لوقائع القضية نجد أنه في الحكم التمهيدي تم قبول طلب شركة "M.L.D.C" بإلزام هيئة المنافسة بتقديم الوثائق في صيغتها غير السرية التي بحوزتها والمرتبطة بمسطرة التعهدات من قبل المحكمة التجارية بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 24 غشت2011[681]، وتتضمن هذه الوثائق ملاحظات الأطراف والغير، ومحاضر جلسات الاستجواب والوثائق المتعلقة بمصالح البحث، وكذلك الوثائق التي تم وضعها في الملف نتيجة إجراءات التحقيق. هذا الأمر دفع الهيئة للتقدم بطلب من أجل التراجع عن تقديم هذه الوثائق، لكن المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 16 مارس 2012 رفضت طلب التراجع وأكدت على أمر الهيئة بتنفيذ الحكم التمهيدي القاضي بتقديم هذه الوثائق.[682]

في نفس السنة التي صدر فيها الحكم السابق، صدر قانون بتاريخ 27 يناير 2012 يسمح لهيئة المنافسة بتقديم الوثائق المطلوبة منها من قبل القضاء، لكنها تبقى غير ملزمة بتعليل رفض مثل هذا الطلب باعتباره مجرد إمكانية وليس إلزاميا. فالصياغة الجديدة للمادة L462-3 من م.ت.ف. تنص على أن الهيئة يمكنها إرسال جميع العناصر والوثائق التي تملكها بشأن الممارسات المنافية المعنية لكافة المحاكم التي تستشيرها أو تطلب منها ذلك، إذا لم تكن هذه الوثائق غير متوفرة لطرف من أطراف المسطرة.

في ظل هذه المقتضيات تم الطعن بالاستئناف في الحكم السابق للمحكمة التجارية بباريس الذي أمر الهيئة بتبليغها بوثائق الملف الذي صدر بشأنه قرار التعهدات، نتج عن هذا الطعن قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 20 نونبر 2013[683]. أكدت المحكمة في هذا القرار بأنه

---

[681] Tribunal de commerce de paris jugement du 24 août 2011, En ligne : http://www.magenta-legal.com/blog/wp-content/uploads/2011/11/TC-Paris-24082011-MLDC-HIGHCO-3.0.pdf (consultée le 15 août 2020)

[682] Tribunal de Commerce de Paris, Jugement rendu le 16 Mars 2012 – 15° Chambre – RG n° 201101491, En ligne : https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/TCparis/16mars2012/MLDCrefusderetractation.pdf (consultée le 15 août 2020)

[683] C.A de paris, Arrêt du 20 novembre 2013, n° 12/05813. En ligne : https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5556E4A49654B2E5A317 (consultée le : 18 août 2020)

وإن كان طلب تقديم الوثائق المتضمنة في ملف هيئة المنافسة يكون مبررا بضرورة ممارسة حقوق الدفاع، فذلك لا يعفي الشركة من إثبات وجود هذه الضرورة، هذه الأخيرة التي اعترفت بتوفرها على هذه الوثائق من خلال مشاركتها في المسطرة أمام الهيئة، وبالتالي فطلبها بإلزام الهيئة بتقديم هذه الوثائق وتحمل خطر خرق السر المهني الناتج عن هذا التقديم مكان الشركة التي تتوفر على هذه الوثائق، يجعل الهيئة محقة في تمسكها بوجود مانع مشروع لتقديم هذه الوثائق، لأن هذا الامتناع ليس من شأنه في هذه الحالة بالذات منع الشركة من تفعيل حقها في الرجوع بدعوى التعويض [684].

نتيجة للتعليل السابق قامت محكمة الاستئناف بالإبطال الجزئي لقرار المحكمة التجارية الصادر بتاريخ 16 مارس 2012، وبالأمر بالتراجع عن الحكم الصادر عن المحكمة الصادر بتاريخ 24 غشت 2011 الذي يلزم الهيئة بتقديم الوثائق، لأن الهيئة لم تكن مجبرة على تبليغ الوثائق، لأن مثل هذا التبليغ كان من شأنه أن يؤدي إلى خرق السر المهني من قبل أطر الهيئة.

انطلاقا مما سبق يمكن القول أن هذا الاجتهاد القضائي لمحكمة الاستئناف بباريس تطرق بشكل خاص إلى شرط استعمال المطالب بالتعويض للوثائق التي اطلع عليها أثناء إجراء الأبحاث أو التحقيق باعتباره طرفا في المسطرة، إذ يمكن للمطالب الطرف في مسطرة التعهدات

---

[684] C.A de paris, Arrêt du 20 novembre 2013, n° 12/05813, préc., « Considérant que les pièces dont la communication est demandée sont couvertes par le secret de l'instruction qui ne tombe que lorsque la divulgation des pièces est nécessaire à l'exercice des droits d'une partie, qu'il incombe dès lors à la société MLDC de justifier de la nécessité de produire de telles pièces pour l'exercice de ses droits dans ...; que la société MLDC reconnaît qu'elle dispose déjà de l'ensemble des pièces en cause pour les avoir obtenues lors de la procédure ayant eu lieu devant l'Autorité ;

Considérant que la violation du secret professionnel n'est admise que lorsque celle-ci est nécessaire pour l'exercice des droits de la défense, que l'Autorité et ses agents n'ont pas à assumer le risque d'une violation du secret professionnel aux lieu et place de la partie qui est seule à même de connaître exactement, alors qu'elle-même en dispose déjà, les pièces nécessaires à l'exercice de ses droits ; que l'Autorité peut donc se prévaloir régulièrement d'un empêchement légitime ;

Considérant qu'une telle solution ne prive nullement la société MLDC du droit au recours effectif devant un tribunal, et l'altère pas son droit de se défendre ; que cette solution respecte également l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité dans le respect de la conduite du procès qui reste la chose des parties ; »

كما هو الحال في القضية السابقة، أن يقوم بشكل مشروع بالكشف عن الوثائق التي في حوزته، لكن شريطة إثبات كون ذلك ضروري لممارسة حقوقه، وبالتالي فهذا الاجتهاد يؤكد على أن المطالب قد لا يواجه تبعات خرق سرية الأبحاث أو التحقيق في حالة الاستعانة بوثائق ملف هيئة المنافسة في إطار دعوى التعويض التي يرفعها أمام القضاء، لكن يتوجب عليه من أجل ذلك إثبات أن تقديم هذه الوثائق ضروري لممارسة حقوقه.

وفي نفس السياق السابق الذكر أصدرت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 24 شتنبر 2014 قرارا جد مهم فيما يتعلق بالولوج لوثائق الملف المنجز من قبل هيئة المنافسة في قضية " D.K.T international"[685]، وذلك بعد أشهر قليلة من صدور قرارها بشأن قضية " Ma liste de cours". ففي هذه القضية عمدت شركة "D.K.T" باعتبارها ضحية ممارسة إقصائية في سوق نفايات العبوات البلاستكية، إلى التقدم لهيئة المنافسة بطلب إجراء تحفظي ضد شركة "Eco.embllage" وشركة "Valorplast". هذا الطلب تم رفضه من قبل هيئة المنافسة، ولكن هذه الأخيرة أصدرت شكوك تنافسية بشأن هاته الممارسات تبعها تقديم تعهدات من قبل الشركتين المعنيتين والتي تم قبولها بناء على قرار الهيئة الصادر بتاريخ 21 دجنبر 2010.

بعد صدور هذا القرار قامت شركة "D.K.T" برفع دعوى ضد هاتين الشركتين أمام المحكمة التجارية لباريس من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تزعم بأنه لحقها جراء ممارساتها المنافية للمنافسة، فصدر حكم المحكمة التجارية بباريس بتاريخ 16 مارس2012[686] بقبول طلب شركة "D.K.T" وإلزام هيئة المنافسة بتبليغها بمجموعة من الوثائق المتضمنة في ملف التحقيق. هذا الحكم تم استئنافه من قبل الهيئة والشركتين، إذ قامت أحد هاتان الشركتان بالدفع

[685] C.A de paris, Arrêt du 24 septembre 2014, En Ligne : http://www.osservatorioantitrust.eu/it/wp-content/uploads/2014/10/SAEco-emballages.pdf (consultée le : 20 août 2020)

[686] Tribunal de Commerce de paris, Jugement du 16 Mars 2012 rendu par - 15ème Chambre - RG n° 2011023307, En Ligne : https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/TCparis/16mars2012/DKT.pdf (consultée le : 20 aouts 2020)

بأن شركة " D.K.T" ليست لها الصفة والمصلحة لرفع الدعوى، لأن قرار الهيئة الذي لم يستجب لطلبها بشأن الإجراءات التحفظية يكتسي قوة الشيء المقضي به، وأن قبول التعهدات يستثني معه اقتراف أية مخالفة ولا يمكن أن يشكل إثباتا على وجود فعل مضر.

هذا الدفع السابق كان قد رفض في المرحلة الابتدائية وتم تأكيد هذا الرفض من قبل محكمة الاستئناف، التي اعتبرت أن صفة الضحية المثارة من قبل "D.K.T" تكفي لجعل طلبها مقبولا، وأكدت بأن قيام الشركتين بتبني تعهدات ليس في حد ذاته مانعا يجرد المطالبة من مصلحة تحريك الدعوى[687]. وبمعنى آخر أن فرضية تحمل المطالبة لتبعات الضرر الناتج عن الممارسات المنافية للشركتين تبقى قائمة، وذلك رغم أن قرار هيئة المنافسة لم يقم بمعاينة وإثبات وقوع أي من هذه الممارسات، لأن قيام المقاولة باقتراح تعهدات لا يستخلص منه صحة الاعتبارات المؤسسة عليها الشكوك التنافسية، ونفس هذا المنطق يجب إعماله بالنسبة لقرار هيئة المنافسة بقبول التعهدات، والذي لا يمكن الجزم بأنه دليل على وجود أو عدم وجود ممارسة منافية.[688]

بالمقابل نجد أن المحكمة قبلت الطعن المقدم من قبل إحدى الشركتين تجاه قرار المحكمة التجارية الذي ألزم هيئة المنافسة بتقديم الوثائق المرتبطة بمسطرة التحقيق، فمحكمة الاستئناف اعتبرت أن الحكم لم يحترم حدود سلطة المحكمة التجارية في البت في هذه النقطة بالذات، لأن القاضي لا يمكن أن يأمر بتقديم وثيقة من قبل الأطراف أو الغير إلا في الحالة التي لا يتوفر فيها المطالب على هذه الوثائق، وهذا عكس ما قامت به المحكمة التي ألزمت هيئة المنافسة بناء على المادة 138 من مدونة المسطرة المدنية بتقديم وثائق لفائدة "D.k.T"، رغم أن هذه الأخيرة تتوفر

[687] C.A de paris, Arrête du 24 septembre 2014.préc., « considérant que dès lors que la société DKT estime être victime des agissements concertés des sociétés Valorplast et Eco- emballages, elle a intérêt à agir contre celles-ci afin d'obtenir la reconnaissance judiciaire de leur responsabilité et leur condamnation à réparer le préjudice qu'elle dit subir de leur fait ; qu' en effet, l'intérêt qu'elle a à engager cette procédure ne préjuge pas du bien fondé de ses demandes lequel n'a pas à être au préalable démontré, »

[688] Thibaud D'ALES et Arnaud CONSTANS, Les pratique anticoncurrentiel et l'accès aux preuves devant les juridictions civiles, Revue la semaine juridique entreprise et affaires, n° 46, 13 novembres 2014, p.2.

عليها من قبل، وبذلك تكون المحكمة التجارية قد تجاوزت الطابع الاحتياطي للتقديم الإجباري.[689]

وبالتالي فهذا القرار شأنه شأن القرار الصادر في قضية "Ma liste de course" اتجهت فيهما محكمة الاستئناف إلى التأكيد على مبدأ جواز طلب تقديم وثائق هيئة المنافسة المشمولة بالسرية في الدعوى المرفوعة من الغير المتضرر من ممارسات أو شكوك تنافسية موضوع مسطرة تعهدات، بشرط إثباته كون ذلك ضروريا لممارسة حقوقه في هذه الدعوى، لكن مع وجوب تحمله للمسؤولية فيما يتعلق بالإدلاء بالوثائق التي في حوزته أثناء سير دعوى التعويض، وأن هيئة المنافسة لن تتحمل المسؤولية عوضا عنه بشأن خطر خرق مبدأ سرية الأبحاث. أما مسألة قبول الإدلاء بهذه الوثائق يمكن مناقشتها أمام المحكمة في إطار تواجهي[690]، وذلك من خلال إعمال القضاء لفحص دقيق بشأن كل وثيقة على حدة لتقدير الضرورة التي تبيح استعمالها، وذلك من أجل تنبيه المطالب في دعوى التعويض إلى وجوب تعيينه بدقة العناصر التي في حوزته قبل تقديمها في الجلسة، من أجل تفادي العواقب الناتجة عن خرق سرية الأبحاث، بشكل يمنع تشجيع الممارسات التي قد يعمد لها المطالب في الدعوى المدنية لتفادي تحمل المسؤولية عن كشف الوثائق سرية وتحمل التبعات الجنائية المتعلقة بذلك.[691]

---

[689] C.A de paris Arrêt du 24 septembre 2014.préc., « considérant qu'il incombe à DKT International de verser aux débats les pièces qu'elle détient et qui sont, selon elle, nécessaires à l'établissement des faits qu'elle impute aux société Valorplast et Eco- Emballages et que le recours aux dispositions des articles 138 et suivants du code de procédure civile étant subsidiaire, elle ne peut solliciter d'un tiers la production de pièces qu'il lui incombe de produire dans le but non avoué de se prémunir contre le risque de sanction pénale auquel elle pourrait s'exposer en les produisant à mauvais escient ; qu'il appartiendra ensuite au juge statuant sur le fond d'apprécier la pertinence des pièces produites au soutien des demandes ; »

[690] جدير بالذكر أن شركة "D.k.T" استطاعت الحصول على تعويض بناء على حكم المحكمة التجارية بباريس بتاريخ 30 مارس 2015، إذ تم السماح لها بتقديم الوثائق التي في حوزتها من أجل تأسيس دعوى التعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء ممارسات الشركتين التي استفادتا من قرار التعهدات.

-Tribunal de commerce de paris, 15eme chambre, 30 mars 2015, affaire n° 2011017303.

[691] Thibaud D'ALES et Arnaud CONSTANS, Les pratiques anticoncurrentielles et l'accès aux preuves devant les juridictions civiles, op.cit. p.3.

وفي هذا الإطار يذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه بالرغم من أن اجتهادات محكمة الاستئناف قد توحي بإمكانية تجاوز الصعوبات التي تطرحها المساطر التفاوضية، ومسطرة التعهدات بشكل خاص فيما يتعلق بإمكانية استعمال الضحية وخاصة المشتكي الوثائق المرتبطة بملف الهيئة في دعوى التعويض التي يرفعها، إلا أنه رغم ذلك تظل هناك صعوبات أخرى تتمثل في كون المتضرر يقع عليه إثبات أن التصرفات التي اتخذت بشأنها التعهدات تشكل ممارسة منافية نتج عنها أضرار مباشرة له. ينضاف إلى ذلك أن هذه الاجتهادات القضائية لا يمكن إعمالها بشأن الغير الذي لم يكن طرفا في المسطرة، والذي لا تكون في حوزته وثائق ملف الهيئة، وبالتالي يبقى التساؤل قائما بشأن إمكانية إجبار القضاء للهيئة على تقديم الوثائق التي في حوزتها بناء على طلب هذا الغير.[692]

بينما يذهب جانب آخر إلى القول بأنه وإن كان الأمر ليس بهذه السهولة في حال تعلق الأمر بالغير الذي قد لا يكون له علم بمضمون الوثائق الموجودة بملف الهيئة، ويكون هدفه هو الاطلاع عليها قبل طلب استعمالها، فهنا يتوجب على القاضي حتى في حالة تعلق طلب الكشف عن الوثائق المشمولة بسرية التحقيق أن لا يلزم الغير إلا بوجوب تحديد معقول للوثائق المطلوبة، وهذا الإلزام لا يجب إعماله بنفس الصرامة والدقة المطلوبة بالنسبة لأطراف المسطرة، كما أن الطلبات التي تهم الاطلاع على كامل الملف لا يتصور قبولها من قبل القضاء.[693]

وبذلك تبقى الإمكانية متاحة للغير الذي لم يكن طرفا في المسطرة والذي لا توجد بحوزته أية وثائق تهم ملف القضية، اللجوء إلى القضاء لإلزام الهيئة بتمكينه من هذه الوثائق عن طريق الصلاحية المتاحة له وفقا للمادة 138 من مدونة المسطرة المدنية الفرنسية. ينضاف إلى ذلك وسيلة أخرى وإن كانت غير إلزامية للهيئة، تتأسس على التعديل الذي أدخل على م.ت.ف.

---

[692] Patricia KIPANI, Les engagements en matière des pratiques antis concurrentielles, op.cit., p.365.

[693] Laurence IDOT, Fabien ZIVY, L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées, op.cit., p.47.

بموجب قانون 12 نونبر 2012 الذي أضاف إلى المادة L463-2 [694] إمكانية جديدة، يتم اللجوء إليها في الحالة التي لا تكون فيها الوثائق في حوزة المطالب أو المدافع ويكون تقديمها من قبل الهيئة ضروريا، فهذه المادة تسمح للقاضي بأن يطلب تقديم الوثائق دون اللجوء للأمر القضائي وفقا للمادة 138السابقة الذكر. ويمكن للهيئة أن تتخذ قرار إيجابيا تجاه هذا الطلب دون أن تكون ملزمة بذلك، وبالتالي لا يتصور منطقيا وجود حالات قد تبرر رفض مثل هذا الطلب من غير الحالة التي يتعلق الأمر فيها بنظام الإعفاء المستثنى[695] بشكل صريح من الخضوع لهذه المقتضيات[696].

وفيما يتعلق بهذه النقطة الأخيرة بالذات وفي ظل كون القضاء الفرنسي لم تعرض عليه مسألة طلب الغير تقديم أو الاطلاع على الوثائق المرتبطة بمسطرة الإعفاء، يذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأنه بغض النظر عن تنصيص المشرع في المادة L463-2 من م.ت.ف. على استثناء صريح للوثائق المتعلقة بمسطرة الإعفاء من إمكانية تبليغها من قبل هيئة المنافسة للقضاء، لأن الاتفاقات التي تكون موضوع مسطرة الإعفاء في الدعوى التي ترفع أمام القضاء المدني تكون غالبا من قبل ضحايا الاتفاق وليس أطرافه، فإنه في هذه الحالة يمكن للضحايا اللجوء للقضاء للطلب من المجلس تمكينه من الوثائق بالارتكاز على المادة 138 من مدونة المسطرة

[694] L'article L462-3 du Code de commerce dispose que : «...L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance ... » Modifié par : LOI n°2012-1270 du 20 novembre 2012 -Entrée en vigueur le 22 novembre 2012.

[695] تعديل المادة L463-2 الذي يهدف لوضع حد لإمكانية الولوج لوثائق الملف المرتبط بمسطرة الإعفاء، سبقه تقرير استثناء عام جعل هذه الوثائق لم تعد متاحة عن طريق قواعد الولوج العمومي للوثائق بناء على القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 17 يونيو ،1978 فمنذ صدور قانون 17 ماي 2011 المواطنون الفرنسيون لا يمكنهم إعمال حق الولوج لوثائق هيئة المنافسة (القانون رقم 2011-525 المتعلق بتبسيط وتحسين جودة القوانين).

[696] Laurence IDOT, Fabien ZIVY, L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées, op.cit., p.48.

المدنية الفرنسية، التي تنص على أنه يمكن بناء على طلب الأطراف للقاضي أن يأمر بتقديم الوثائق التي تحت يد الغير، إذا لم يكن هناك مانع مشروع. [697]

وبالرجوع مقتضيات القانون 104.12 فنجد أن الإشكال المتعلق بإمكانية لجوء الغير المتضرر لرفع دعوى المسؤولية المدنية بشأن الأضرار المترتبة عن الممارسات المنافية موضوع قرار الهيئة بشكل عام وموضوع المساطر التفاوضية بشكل خاص، يخضع لنفس الهواجس المتعلقة بضرورة ضمان سرية الوثائق المرتبطة بمساطر مجلس المنافسة، وبشكل خاص بالوثائق المشمولة بسرية الأعمال التي قد يحرص الأطراف على حمايتها في المساطر التفاوضية. هذه الهواجس ينضاف إليها عدم مواكبة المشرع توجهات م.ت.ف. التي تهدف إلى تنظيم العلاقة بين القضاء وهيئة المنافسة فيما يخص إمكانية الأخيرة تبليغ الأولى بالوثائق التي تكون تحت يدها، إذ اقتصر المشرع المغربي في القانون رقم 20.13 على تنظيم هذه العلاقة وفق آلية الاستشارة التي يمكن أن يقدمها المجلس للمحكمة فقط[698].

هذا النقص في تأطير العلاقة بين مجلس المنافسة والقضاء قد يؤثر على فرص إمكانية مد جسر بين هذين الجهازين بشكل يسمح بدعم إمكانية استفادة المتضرر في الدعوى من الوثائق التي أسست عليها قرارات المجلس، وبالتالي لا يبقى أمام هذا الأخير سوى اللجوء إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المسطرة المدنية المتعلقة بإدخال الغير في الدعوى أو مقتضيات المادة 16 المنصوص عليها في قانون إحداث المحاكم التجارية التي قد تسمح له أن يطلب من المحكمة توجيه طلب للمجلس لتبليغه أو اطلاعه على الوثائق الضرورية لممارسة حقوقه، تماشيا مع روح

---

[697] نذكر بأن موقف المجلس المنافسة الفرنسي قبل أن يصبح هيئة المنافسة الفرنسية، كان يذهب في اتجاه أنه إذا توصل بمثل هذا الطلب في قضية تم فيها إعمال مسطرة الإعفاء فإن المجلس يعتبر بشكل عام أن الكشف عن الوثائق التي يتلقها بناء على طلب الإعفاء من شأنها المساس بفعالية برامج الإعفاء ويمكن أن تشكل بذلك مانع مشروع لتقديمها أمام القضاء

-C.C.F, rapport annuel 2005, étude thématique, préc., p.175.

[698] المشرع المغربي يكتفي في علاقة المجلس بالمحاكم بآلية الاستشارة فقط وفقا للمادة 6 من قانون 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة التي تنص على أنه " يمكن أن يستشار المجلس من طرف المحاكم في شأن الممارسات المنافية لقواعد المنافسة والمثارة في القضايا المعروضة عليها. ولا يجوز للمجلس أن يدلي برأيه إلا بعد القيام بإجراءات حضورية، غير أنه، يجوز للمجلس إصدار رأيه، دون اللجوء إلى المسطرة المنصوص عليها في القانون المذكور، إذا توفر على معلومات تتعلق بممارسة بعينها سبق الحصول عليها خلال مسطرة سابقة. ".

المادة 31 من قانون ق.ح.أ.م. التي تسمح للمجلس بإمكانية السماح بتبليغ أو الاطلاع على الوثائق المشمولة بسر الأعمال في حالة كان ضروريا لممارسة حقوق الدفاع. فإن كانت هذه المادة جاءت في سياق المقتضيات المتعلقة بسير المسطرة أمام المجلس، إلا أنها تقوم على نفس المبدأ الذي يؤكد عدم عرقلة حق المتقاضين في الحصول على الوثائق الضرورية لإعمال دفاعهم.

أما فيما يتعلق بإعمال هذه المقتضيات السابقة بشأن دعوى التعويض المرتبطة بالممارسات التي كانت موضوع مساطر تفاوضية بالذات، فنرى أن على القضاء المغربي الأخذ بتوجهات محكمة العدل الأوروبية التي تفيد بوجوب إعمال القاضي لمبدأ الموازنة بين مصالح المتضرر من الممارسات المتعلقة بتفعيل حقه في التعويض، والمصالح العامة والخاصة المرتبط بفعالية اللجوء لهذه المساطر، وذلك حسب كل حالة على حدة وذلك أخذا بعين الاعتبار ضمان حد أدنى من الشفافية بشأن الوثائق المرتبطة بهذه المساطر من أجل تمكين المتضرر من إعمال حقه في الحصول على تعويض بشأن الممارسات المنافية. إذ يرى بعض الفقه أنه لا يجب أن تؤدي مصالح إعمال فعالية مساطر أمام هيئة المنافسة إلى خرق حقوق الضحايا، وبالتالي لا يجب أن يصبح ضحية الممارسة المنافية للمنافسة ضحية مرة ثانية للمسطرة المتبعة من أجل الكشف أو التحقيق بشأن الممارسة المنافية للمنافسة.[699]

يمكن أن نخلص في الأخير إلى أن دور القضاء المقارن سواء في ضمان فعالية دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المنافية موضوع مسطرة تفاوضية أو في ضمان فعالية الرقابة على حدود سلطة هيئات المنافسة بشأن القرارات الصادرة نتيجة لهذه المسطرة، تواجهه تحديات كبيرة مرتبطة أساسا بخصوصية منازعات المنافسة بشكل عام، لأنها ترتبط بتقديرات اقتصادية جد معقدة وتتجاذبها مجموع من المصالح – مصلحة المنافسة، مصالح المنشآت المعنية، مصالح الغير– ما يجعل ضمان حماية متوازنة لهذه المصالح متوقفا بشكل كبير

[699] C.R.E.D.A, Les conséquences civiles et pénale dans un contexte d'internationalisation des programmes de clémence, table rende, tenu lors du colloque : clémence et transaction en matière de concurrence, p.67.

على ضرورة توفر القضاء على كفاءات وخبرات جد عالية، الشيء الذي تطلب من القضاء المقارن مراكمة عدة سنوات من العمل القضائي في مجال الرقابة على قرارات هيئات المنافسة.

وانطلاقا مما سبق فإننا نرى أن اختيار المشرع المغربي منح القضاء دور مهم في تطبيق ق.ح.أ.م. رقم 104.12 ستواجهه صعوبات كبيرة مرتبطة أساسا بغياب تخصص القضاة في مجال رقابة منافسة الأسواق المغربية، وهذه الصعوبات هي تنبع أساسا من الإشكال العام الذي أشار إليه ميثاق إصلاح منظومة العدالة المغربية والذي أكد على أنه " بالرغم من الإنجازات الملموسة التي تحققت، فإن مختلف مكونات منظومة العدالة مازالت تبدو عليها مؤشرات ضعف في قدراتها، تتمثل في محدودية المؤهلات المهنية ونقص الكفاءات التخصصية، ويعزى ذلك بصفة خاصة إلى عدم كفاية المعايير المتعلقة بالولوج إلى القضاء ومختلف المهن القضائية، وعدم توفر استراتيجية واضحة ومتكاملة للتكوين والتأهيل لكل مكونات منظومة العدالة."[700]. فهذا الإشكال العام لابد وأن يلقي بضلاله على دور القضاء في إعمال الرقابة على قرارات مجلس المنافسة بشأن المساطر التفاوضية بشكل خاص، وقد يعيق إمكانية التوفيق بين المصلحة العامة المرتبطة بفعالية اللجوء لهذه المساطر وضمان حماية باقي المصالح الخاصة التي تتجاذبها.

[700] الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة، ميثاق إصلاح منظومة العدالة، يوليوز 2013، منشور بالموقع الالكتروني: https://www.justice.gov.ma/lg-1/documents/doccat-0.aspx (اطلع عليه بتاريخ 21 يوليوز2020)

خاتمة

في ختام بحثنا لموضوع المساطر التفاوضية في قانون المنافسة، نؤكد على أن تبني المشرع المغربي لهذه لمساطر في قانون حرية الأسعار والمنافسة رقم 104.12 يعد من أهم المستجدات التشريعية التي جاء بها هذا القانون، فهذه المساطر إلى جانب باقي الآليات القانونية الأخرى التي تهم تعزيز صلاحية مجلس المنافسة المغربي والممثلة في: آلية التقرير في الاحالات النزاعية، الإحالة الذاتية، نظام مراقبة التركيز، آلية العقوبات، الترافع أمام القضاء للدفاع عن مصالح المنافسة، الآلية الاستشاري...، ستساهم في جعل منظومة المغرب التشريعة للمنافسة ترتقي إلى مصاف التشريعات المقارنة المعمول بها في المحيط الأورو–متوسطي، وتمكن مجلس المنافسة المغربي من توسيع آليات عمله، بشكل يسمح له بتحقيق متطلبات فعالية ونجاعة نظامة المنافسة في السوق المغربي، وضمان مساهمته في تكريس النموذج التنموي الجديد لبلادنا.

لكن رغم أهمية هذا المستجد يبدو لنا أن الأهداف السابقة من الصعب تحققها، فتبني المشرع المغربي للمساطر التفاوضية في القانون رقم 104.12 ليس من شأنه المساهمة في نظامة المنافسة بشكل فعال وناجع يراعي حماية المصالح العامة المتعلقة بضمان فعالية دور مجلس المنافسة والمصالح الخاصة للفاعلين الاقتصاديين المرتبطة بتطبيق هذا القانون، لسبب رئيسي يرجع في نظرنا إلى أن تنظيم المشرع لمفاهيم جد متطورة كالمساطر التفاوضية لم يتزامن مع إعمال مقتضيات قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي وتطور التطبيقات العملية لسياسة المنافسة من قبل مجلس المنافسة المغربي. فقواعد المنافسة سواء في ظل القانون القديم رقم 06.99 والقانون الجديد رقم 104.12 في أغلبها – باستثناء نظام مراقبة عمليات التركيز– ظلت حبيسة النصوص القانونية، ولم تعرف أي تطور يذكر على مستوى الممارسة. هذا السبب الرئيسي ترتبط به إشكالات أخرى لا تقل أهمية تجعل إعمال آلية المساطر التفاوضية بشكل يساهم في فعالية

دور مجلس المنافسة في نظامة السوق المغربي هدفا بعيد المنال في الوقت الراهن ورهين بتجاوز إشكالات التي يتمثل أهمها في ما يلي:

– عدم مراعاة المشرع المغربي في تنظيمه لقواعد ق.ح.أ.م. وفق أحدث التوجهات المعمول بها في القانون المقارن بخصوص المساطر التفاوضية وضعية السوق المغربية التي تتميز بغياب الهيكلة في جزء كبير منها، وغياب ثقافة المنافسة والتنافس لدى الفاعلين في هذه الأسواق، حيث كان همه الأول والأخير هو جعل قانون المنافسة المغربي في مستوى تشريعات نظرائه في الاتحاد الأوروبي، وذلك احتراما لالتزاماته في إطار اتفاقية التبادل الحر، والتي يحظى فيها مجال تحسين وتطوير التشريعات الوطنية المتعلقة بقانون السوق بأهمية قصوى وترصد له مساعدات مالية مهمة.

– غياب ثقافة المنافسة لدى الفاعلين الاقتصاديين أدى إلى غياب الوعي بأهمية الآليات القانونية التي يمنحها لهم قانون المنافسة للدفاع عن مصالحهم المتعلقة بالتنافس المشروع داخل السوق، مما جعل أغلب الإحالات التي رفعت إلى مجلس المنافسة كما يتبين من تقريره لسنة 2019 خارج نطاق اختصاص المجلس وكان مآلها الرفض، وهذا الوضع لا يتيح للمجلس تطوير تطبيقات عملية فيما يتعلق بالجانب النزاعي لقواعد المنافسة، ويؤدي بشكل غير مباشر إلى غياب إمكانية اللجوء إلى تطبيق المساطر التفاوضية.

– عدم وجود قرارات ملزمة صادرة عن مجلس المنافسة تتضمن عقوبات مالية كبيرة في مجال المخالفات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة، لم يسمح بعد بتشكل ملامح سياسية صارمة للجزاءات تكرس لسلطة النظامة التي يطلع بها مجلس المنافسة المغربي، فهذه السياسة هي عامل حاسم فيما يتعلق بلجوء الفاعلين الاقتصاديين في السوق إلى طلب إعمال المساطر التفاوضية من أجل تجنب مواجهة هذه العقوبات المالية الكبيرة.

– المفاهيم والتقنيات المتطورة المستعملة في تنظيم المساطر التفاوضية التي ترتكز على المزاوجة بين ما هو قانوني واقتصادي، يتطلب إعمالها موارد بشرية لا يكفي فيها أن تكون على مستوى

عال من التكوين لأنه شيء مفترض وجوده في أطر مجلس المنافسة، بل يجب كذلك أن تكون لهذه الأطر خبرات عملية ناتجة عن إعمال المساطر النزاعية، أي سبق لها وأن اكتسبت خبرة على مستوى تطبيق القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون المنافسة بشكل يوفر لها الحد الأدنى من الخبرة المطلوبة لإعمال المساطر التفاوضية، وهذا ما لا يتوفر حاليا لأطر المجلس في غياب القرارات المتعلقة بالإحالات النزاعية، وذلك رغم وجود مجهودات كبيرة مبذولة من أجل ضمان تكوين واكتساب خبرات على مستوى عال لأطر المجلس.

– المشرع المغربي عند تنظيمه للقواعد المؤطرة لنظامة المنافسة في السوق المغربي لم يراع التوجهات الدستورية المنصوص عليها في المادة 166 من الدستور المغربي، وهذا ما يظهر بشكل خاص من خلال توجه المشرع إلى منح كل من هيئة النظامة العامة للمنافسة وهيئة النظامة القطاعية ممثلة في الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات، صلاحية تطبيق المقتضيات التشريعية لقانون المنافسة ومنها إعمال المساطر التفاوضية المتضمنة في ق.ح.أ.م.، دون الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات ومنطق تدخل كلتا الهيئتين، ذلك أن غياب آليات تنظم بشكل دقيق للعلاقة بين هاتين الهيئتين سيؤدي إلى تنازع الاختصاص بينها وصدور قرارات متضاربة عنها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالأمن القانوني للفاعلين الاقتصاديين ويؤثر بشكل سلبي على فعالية أدوار كل من هاتين الهيئتين.

– ونظرا لكون تطبيق القانون رقم 104.12 بشكل عام والمساطر التفاوضية بشكل خاص يرتبط بشكل مباشر بمصالح الفاعلين الاقتصاديين، التي تكون في ظل تطبيق هذه المساطر بالذات عرضة للمساس، خاصة وأن إعمال هذه المساطر من قبل مجلس المنافسة يتم وفق شكلية مخففة وإجراءات مرنة دون وجوب الاحترام التام والكامل لضمانات الدفاع والتواجهية، وبذلك يكون للقضاء المغربي الذي منحه المشرع اختصاص مراقبة قرارات مجلس المنافسة دور مهم في الحرص على احترام الحد المعقول لضمانات الدفاع المرتبطة بتطبيق هذه المساطر. لكن في ظل غياب سوابق قضائية تهم مجال منازعات المنافسة بشكل عام وغياب

التخصص وضعف خبرة القضاة المغاربة في مجال المنافسة فإن القيام بهذا الدور ستعترضه صعوبات كبيرة ترتبط أساسا بالتقديرات الاقتصادية التي تنبني عليها قرارات المجلس.

– قد يعترض تطبيق المساطر التفاوضية وخاصة منها مسطرة الإعفاء المنظمة في المادة 41 من قانون حرية الأسعار والمنافسة، إشكال يرتبط بطبيعة الاتفاقات السرية الخطيرة والممتدة زمنيا التي تتخذ في الغالب شكل تحالفات مكونة من شركات متعددة الجنسية توجد مقراتها بالدول الصناعية المتقدمة لكن نشاطاتها تكون موجهة لأسواق الدول التي في طريق النمو، وهذه الدول ومنها المغرب تكون سلطة المنافسة فيه من الصعب عليها تطبيق مقتضيات قانون المنافسة بشأن هذه التحالفات خاصة فيما يرتبط بتطبيق نظام الإعفاء. ففي ظل عدم وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف بين المغرب وشركائه الاقتصاديين في دول الاتحاد الأوربي، تسهل إمكانية تبادل المعلومات بشأن طلبات الإعفاء المقدمة من قبل أطراف هذه التحالفات لهيئات المنافسة، فإنه لا يتصور أن يتمكن مجلس المنافسة المغربي من تحريك المسطرة في مواجهة هذه التحالفات أو تلقي طلبات الإعفاء بشأنها.

في ضوء ما سبق ومن أجل محاولة وضع تصور للحلول التي من شأنها أن تفضي لتجنب أو التقليل من وقع الإشكالات السابقة الذكر على دور مجلس المنافسة في تفعيل المساطر التفاوضية، والمساهمة في فعالية نظامة المنافسة في السوق وتحقيق المصالح المرتبط بها، يمكن إبداء المقترحات التالية:

– يجب على مجلس المنافسة المغربي مضاعفة جهوده المتعلقة بنشر ثقافة المنافسة وسط الفاعلين الاقتصاديين وممثليهم القانونيين، والعمل وفقا الوسائل المتاحة له على تعزيز الوعي بأهمية الآليات القانونية التي يتضمنها ق.ح.أ.م. وأهمها المساطر التفاوضية، كما يجب التأكيد على أن نشر ثقافة المنافسة لا يجب أن يقتصر على مجلس المنافسة وحده، بل يجب تضافر جهود كافة الفاعلين في المجال الاقتصادي، ومنها المنظمات الممثلة لأرباب العمل، والهيئات القطاعية، وغرف التجارة والصناعة، والمجالس الجهوية للاستثمار، والمجلس الاقتصادي

والاجتماعي والبيئي، والإعلام العمومي، والجامعات. هذا الأمر من شأنه أن ينعكس إيجابا على تعزيز فرضية تطبيق قانون المنافسة بشكل عام والمساطر التفاوضية بشكل خاص.

– يستحسن أن يعمل مجلس المنافسة المغربي في البدء على مراكمة التطبيقات المتعلقة بالمساطر النزاعية الكلاسيكية، ودون الاعتماد فقط على الإحالات التي يتلقاها من المنشآت أو المنظمات المهنية، بل وبتحريك الإحالة الذاتية انطلاقا من الخلاصات التي يتوصل إليها نتيجة للدراسات التنافسية القطاعية التي أنجزها، وذلك قبل اللجوء لتطبيق المساطر التفاوضية، ما سيسمح برسم ملامح سياسة الجزاءات الخاصة بالمجلس، ويساهم في تعزيز فرضية لجوء الفاعلين الاقتصاديين لطلب تطبيق المساطر التفاوضية، ومن شأنه كذلك إتاحة الوقت الكافي لتشكل خبرات عملية لدى أطر المجلس تمكنهم من تطبيق هذه المساطر بشكل سلس وفعال.

– في ظل نقص المقروئية والتوقعية التي تتميز بها المقتضيات المنظمة للمساطر التفاوضية في القانون رقم 104.12 نعتبر أن توجه مجلس المنافسة المغربي نحو تبني خطوط توجيهية مستمدة من تلك المعمول بها من قبل المفوضية الأوربية وهيئة المنافسة الفرنسية، قد يكون مبررا في بادئ الأمر نظرا لغياب الخبرات اللازمة لأطر المجلس، وكون ذلك قد يفيد في تعزيز توقعية ومقروئية شروط تطبيق هذه المساطر لدى الفاعلين الاقتصاديين وممثليهم القانونين، لكن من المستحب بالتزامن مع انطلاق تطبيق هذه المساطر أن يتم تعديل هذه الخطوط التوجيهية تبعا للظروف والخصوصية التي قد يطرحها تطبيق الإجراءات المتعلقة بهذه المساطر.

– كما يجب على المشرع إعادة النظر في توجهه المتعلق بمنح الاختصاص في نظامة المنافسة لهيئات التقنين القطاعية والعمل على وضع آليات دقيقة لتنظيم العلاقة بين مجلس المنافسة والهيئات القطاعية تراعي منطق تدخل كلا الطرفين، تفاديا لتنازع الاختصاص الذي قد ينتج عن غياب أو قصور هذه الآليات، ومن أجل تعزيز الأمن القانوني للمقاولات المعنية بتطبيق قانون المنافسة بشكل عام والمساطر التفاوضية بشكل خاص. وكذلك على المشرع إعادة النظر في توجهه في المادة 109 من القانون رقم 104.12 الذي قد يؤدي مستقبلا إلى أن يصبح مجلس

المنافسة عاجزا عن ممارسة اختصاصاته الدستورية بشأن السوق المغربي في ظل منح هيئات التقنين القطاعية اختصاص نظامة المنافسة في الأسواق التي تشرف عليها.

– وعلى مجلس المنافسة كذلك الانفتاح على مؤسسة القضاء في أفق القيام بورشات تهم تعزيز استيعاب القضاة لمنطق تطبيق قواعد قانون المنافسة بشكل عام والآليات التفاوضية بشكل خاص، لأن القضاء له دور حاسم في تطبيق هذه القواعد من خلال صلاحية مراقبة القرارات الصادرة عن المجلس، وهذا التفاعل في الخبرات والمعارف بين المجلس والقضاء من شأنه أن ينعكس بشكل إيجابي على الأمن القانوني والقضائي للفاعلين الاقتصاديين المعنيين بتطبيق هذه المساطر، فإن كان المجلس قد حرص على استفادة أطره من دورات تكوينية منظمة من قبل هيئات المنافسة المقارنة من أجل تعزيز خبراتهم في مجال تطبيق قواعد المنافسة، فالسلطة القضائية هي كذلك من واجبها الحرص على ضمان تكوين قضاة مختصين لإعمال رقابة ملائمة للقرارات الصادرة عن المجلس.

– كذلك على مجلس المنافسة بدعم من الجهات الرسمية العمل على إبرام اتفاقيات ثنائية بين مجلس المنافسة وهيئات المنافسة في دول الاتحاد الأوروبي تهم مجال تعزيز التعاون في ما يخص تطبيق قانون المنافسة بشكل عام وتطبيق أنظمة الإعفاء بشكل خاص، وذلك من أجل ضمان إعمال قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي في ما يرتبط بالممارسات المنافية للمنافسة التي تتخذ أبعادا دولية، وخاصة منها التحالفات التي تكون مقرات أطرافها خارج التراب المغربي لكنها تستهدف أسواقه.

انتهى بحمد الله وتوفيقه

لائحة المراجع

❖ لائحة المراجع باللغة العربية

المؤلفات

- محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي- الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، رقم 77 مكرر لسنة 2011.

المقالات

- محمد الهيني، " دور هيئات النظامة في ضمان حكامة إدارية واقتصادية فعالة "، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي: " الإبداع والتغيير التنظيمي في المنظمات الحديثة دراسة وتحليل تجارب وطنية ودولية"، المقام في جامعة سعد دحلب –البليدة- الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، خلال يومي 18 و 19 ماي 2011م، ص. 24، منشور بالموقع الالكتروني:

https://www.mohamah.net/law

جريدة العربي الجديد الالكترونية، "العاهل المغربي يسحب ملف الوقود من مجلس المنافسة ويأمر بتحقيق جديد"، 19 يوليوز 2020، المقال منشور بالموقع الإلكتروني:

https://www.alaraby.co.uk

التقارير

- مجلس المنافسة المغربي، التقرير السنوي 2019، منشور بالموقع الإلكتروني:

https://conseil-concurrence.ma/cc/ar/?page_id=1798

- الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة، ميثاق إصلاح منظومة العدالة، يوليوز 2013، منشور بالموقع الالكتروني:

https://www.justice.gov.ma/lg-1/documents/doccat-0.as

❖ لائحة المراجع باللغة الفرنسية

Ouvrages

- André DECOCQ et Georges DECOCQ, Droit de la concurrence interne et commentaire, 5eme Edition, L.G.D.J, 2012.
- François BRUNET et Guy CANIVET, Le nouveau droit communautaire de la concurrence, ouvrage collectif, Edition L.G.D.J, Parution : 06/2008.
- Gerasimo SALEX SOFINTOS, Injonction et engagement en droit de la concurrence, Edition L.G.D.J, Paris, 2009.
- Jean-Michel Jude (dir.), La clémence et le droit, Edition Economica, 38éme Éd, Paris, 2011.

Marie CHANTAL, Boutard LABARDE, Guy CANIVET, Emmanuelle CLAUDEL, Jérémie VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, Edition L.G.D.J, 01/2008.

- Marie Malaurie-vignal, Droit de la concurrence interne et européen, Edition SIREY, 5éme Éd, 2011.
- Nour-Eddine TOUJGANI, Guide pratique du droit de la concurrence, Série guides n2, 1éreEdition, Imprimerie Oumayma, 2006.
- Patricia KIPIANI, Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, Analyse des droits français, européen et américain, L.G.D.J, Tome 132, Parution : 07/2014.

Thèses

- Amine MANSOUR, L'influence du droit de la concurrence français et européen sur la réglementation antitrust des pays arabes : l'exemple du Maroc, Thèse de doctorat en Droit privé et science criminelles, Université De Montpellier, présentée et soutenue publiquement le 23 novembre 2017.

- François BLANC, Les engagements dans le droit français des concentrations, thèse de doctorat en droit public, l'Université Paris II Panthéon-Assas, présentée et soutenue publiquement en 2012.
- Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence, pour obtenir le grade de docteur de L'université Montpellier en droit privé, présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 2012.
- Mohamed HICHAM BOUAYAD, Articulation entre régulateurs sectoriels et autorités de la concurrence : reparution des compétences et coordination, Université sidi Mohamed ben Abdellah faculté de science juridique économique et social Fès, présentée et soutenue publiquement en mai 2013.
- Sarah-Marie CABON, La négociation en matière pénale, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur de, L'université de bordeaux, école doctorale de droit, spécialité droit privé et sciences criminelles, présentée et soutenue publiquement le 5 décembre 2014.
- Tercinet ANNE, la lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain, thèse de doctorat en droit privé, université jean moulin Lyon 3, présentée et soutenue publiquement en octobre 2010.

Mémoires

- Martina STEINBOCKOVA, Leniency programme in antitrust law, Diploma thsis, Masaryk University in Brno, Departement of Commercial low, présentée et soutenu publiquement en 2008.
- Megane LYMONERIE, la contractualisation des engagements issus des procédures négociées, mémoire de master, université Montpellier 1, année universitaire 20013-2014,
- Virginie VAQUETTE, l'efficacité des programme de clémence ; exemple du droit de la concurrence, mémoire de 4^{éme} année d'I.E.P, institue des études politique de Strasbourg, Université de Strasbourg, présentée et soutenu publiquement en juin 2009.

Articles

- Alexandre FLUCKIGER, « l'évolution législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », Revue européenne des sciences sociales, 2007, En ligne : www.ress.revues.org/195
- Anne Jacobs, « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », Revue international de droit pénal, Edition ERES, 2012/1 (vol.83).
- Arnold VIALFONT, « le droit de la concurrence et les procédures négociées », Revue internationale de droit économique, février 2007, pp. 157-184.
- Bruno LASSERRE, « La non contestation des griefs en droit français de la concurrence : bilan et perspectives d'un outil pionnier », Paris, Assemblée générale de l'Association française d'étude de la concurrence, 10 avril 2008, Revue De La Concurrences N° 2-2008, Art. N° 17870.
- Bruno LASSERRE, « La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (II) », Revue De La Concurrences N°4/ 2010, pp. 56-68.
- Christofle LEMAIRE, « La coordination entre les juges répressifs et le conseil de concurrence, in colloque la concurrence et la sanction des pratiques anti concurrentielle par recours à l'article L 420-6 du code de Commerce », Paris, 13 novembre 2007, Revue de La concurrence n° 1-2008.
- Christophe CARON et Georges DECOCQ, « Droit interne de la concurrence », Revue la semaine juridique- entreprise et affaires-, n° 39, 28 septembre 2006, pp. 1610-1615.
- David BOSCO, « La non contestation des griefs, l'hypothèse d'un reflux », revue contrats-concurrence-consommation », n°2, mars 2009, pp. 25 -26.
- Denis WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation

des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges? », the global competition law centre working papers series, gclc working paper 01/08, En Ligne: https://www.coleurope.eu/website/research/global-competition-law-centre/working-papers

- Dusan POPOVIC, « Les interactions du droit de la concurrence français, communautaire et américain en matière de procédures négociées », En Ligne : https://wpia.uj.edu.pl/
- Emmanuel CLAUDEL, « Clémence : première décision d'application ! » revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique », n° 2, avril-juin 2006, p.328 à p. 331.
- Etienne CHASSAING, « Procédure de clémence et accès aux documents : de la défiance a la conciliation ? », Revue LAMY de la concurrence, numéro 37, octobre-décembre 2013, pp.67-72.
- Fabrice RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? l'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », Revue internationale de droit économique, janvier 2008, pp. 67 -91.
- Flavio LAINA and Aleko BOGDANOV, "The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments", Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 10.
- Florent VENAYRE, « La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs », Revu LAMY de la concurrence, Edition Lamy/Wolters Khuwer, 2011, n° 28, pp. 15-22.
- Florian MARCHAL, « L'évolution des procédures de clémence, Revue française d'économie, n^0 2013/3, pp. 71-117.
- François LÉVÊQUE, « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », Revue Concurrences, N°4/2006, pp. 31-36.
- Frédéric JENNY, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », colloque les sanctions en droit de

la concurrence organisée le mercredi 31 octobre 2012, paris, Revu De La Concurrences, n° 1-2013.

- Georges DECOCQ, « Les droits de la concurrence chance ou contrainte pour l'entreprise », Revue contrats-concurrence-consommation, n° 12, décembre 2006.
- Hubert LEGALE, « Le contentieux communautaire de la concurrence entre control restreint et plein juridiction, Revu Concurrence, n° 2/2005,
- Jean-Christophe RODA, « La clémence introduite en droit français de la concurrence par la loi sur les nouvelles régulations économiques », Chronique de droit de la concurrence n° 2, dirigée par Catherine Prieto, Revue générale du droit *on line*, 2002, numéro 1439, En ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1439
- JEAN-JACQUES MENURET, « Autorité de la concurrence », Revu concurrence-consommation, n° 282, juin 2010.
- Laurence BOY « Cartel de l'acier : Des sanctions surprenantes pour une méthodologie exemplaire », Revue Lamy de la concurrence, 2010.
- Laurence BOY, « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », Revue internationale de droit économique, mars 2010.
- Laurence IDOT, Fabien ZIVY, « L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : état des lieux deux ans après l'arrêt Pfliderer », Revu De La Concurrence », n° 3-2013.
- Laurence IDOT, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de control de concentration, aspect de droit français », Revue de droit comparé, 2006, n°58-3.
- Laurent NOUVEL, « La consultation sur le projet de procédure de transaction dans le domaine des ententes : une nouvelle forme de coopération,

complémentaire de la clémence, équivalent du plaider coupable, R.D.A.I, n° 1,2008.

- Lucile FRENEAUX, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de Contrôle des concentrations », Revue internationale de droit économique, n° 2007/1.
- Maxime HAUVILLER, Guillaume PERRET, « La procédure de transaction en droit de la concurrence : Bilan de la pratique décisionnelle de la Commission européenne », Revue Concurrences, n° 3-2015, pp. 232-242.
- Mohamed Hicham BOUAYAD, « Réforme prévisible du droit de la concurrence au Maroc : Principales nouveautés et écueils », Publié le 12 Novembre 2013, En Ligne :http://concurrence-au-maroc-et-ailleurs.overblog.com/2013/11/r%C3%A9forme-pr%C3%A9visible-du-droit-de-la-concurrence-au-maroc-principales-nouveaut%C3%A9s-et-%C3%A9cueils-fatales.html
- Nour-Eddine TOUJGANI, « Les procédures négociées en droit de la concurrence », Revue Juridika, date de mise en ligne 2014-01-29 sous le numéro 10, En Ligne : http://juridika.net/droit-des-affaires/les-procedures-negociees-en-droit-de-la-concurrence-t33.html
- Patrice BOUGETTE, Chritian MONTET, Florent VENAYRE, « jeux de négociation dans les affaires anti-trust : engagement et transaction », Revue concurrence-consommation, 2006, 146, pp. 50-56.
- Patrice BOUGETTE, Christian MONTET, Florent VENAYRE, « L'efficacité économique des programmes de clémence », Revu Concurrence et consommation, 2006, n° 146, pp 43-48.
- Patrice BOUGETTE, Hugues BOUTHINON-DUMASET, Frédéric MARTY, « La prévisibilité et négociabilité des sanctions en droit de concurrence », Revu REVISTA, n° 2/2016.
- Patrice BOUGETTE, Loraine DONNEDIEU, Christian MONTET, Florent VENAYRE, « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de

grandes entreprises françaises », Revue de la concurrence et de la consommation, 2006, n °144.

- Pierre ARHEL, « Harmonisation des systèmes européens de clémence en matière de concurrence », Revue La semaine juridique- entreprise et affaires-, n° 39, 12 octobre 2006, pp.1705-1706.
- Pierre GOGUELIN, « Le concept de négociation » Revue Négociations, 2005/1 – n° 3, pp. 149 -170.
- Thibaud D'ALESET, Arnaud CONSTANS, « Les pratiques anticoncurrentielles et l'accès aux preuves devant les juridictions, civiles et commerciales », Revue La Semaine Juridique (Entreprise et Affaires), n° 46, 13 Novembre 2014.
- Thomas PEZLEXTENSO, « L'ordre Public Économique, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel », 2015/4 n° 49 | pp. 43-57, En Ligne: https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel-2015-4-page-43.htm
- Véronique SELINSKY, « La saisine d'office de l'autorité de la concurrence avant et après la réforme de 2008 », Publié le : 19/10/201, En Ligne : http://blog.selinsky-avocats.com/categories/actualites-55/articles/la-saisine-doffice-de-lautorite-de-la-concurrence-avant-et-apres-la-reforme-de-2008-83.htm
- Véronique SÉLINSKY, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », Revue international de droit économique », Dossier n° 4, 2011, pp. 59-81.

Rapports et Etudes

- C.C.F, Etude thématique rédigée par Christophe LEMAIRE, Denis LESCOP, Irène LUC et Nadine HOUY, Les instruments de mise en œuvre du droit. Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence, 19ème rapport annuel 2005, du 5 avril 2006, p.173-177, En Ligne :

https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000548/index.shtml

- C.C.F., Rapport : « l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles », Membres de la mission : Jean Martin FOLZ, Christian RAYSSEGUIER, Alexander SCHAUB, Rapporteurs : Étienne CHANTREL, Charles de NAVACELLE, JONES DAY, En Ligne: http://www.economie.gouv.fr/files/finances/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf
- Chambre de Sénat, Session Ordinaire, N° 332, DE 2015-2016, Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 janvier 2016, Rapport sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques Par M. Jacques MÉZARD, En ligne : http://www.senat.fr/rap/l15-332/l15-3321.html
- Conseil de concurrence Marocain, étude sur la concurrentialité du secteur du ciment, note de synthèse, 2012, p.12, rapport annuel du conseil de 2012.
- David ENCAOUA, Roger GUESNERIE, Rapport sur Politiques de la Concurrence, La Documentation française. Paris, 2006 - ISBN : 2-11-006150-2, En Ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00177629/document
- Eva LACHNIT, Alternative enforcement of competition law -Balancing legal requirements in practice, RENFORCE Working Paper, En ligne: http://renforce.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/11/RENFORCE-Working-Paper-Settlements.pdf
- Guy CANIVET et Frédéric JENNY (dir.), Pour une réforme du droit de la concurrence, Rapport Du Club Des Juristes, janvier 2018, P.49, En ligne : http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2018/01/rapport_pour-une-reforme-du-droit-de-la-concurrence_jan-2018)pdf
- I.C.N., Cartel Working Group, Cartel Settlements, Report to the ICN Annual Conference Kyoto, Japan April 2008, En Ligne:

http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf

- Jen-Michel COULONLA, Dépénalisation de la vie des affaires, rapport au Gardes des Sceaux, Ministre de la justice, janvier 2008, la documentation française, p.65, En Ligne :
http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/1_RapportCoulon.pdf
- Le Haut-Commissariat au Plan Marocaine, Enquête Nationale sur le Secteur Informel 2013-2014 Principaux résultats le 12 octobre 2016, En ligne :
http://www.fcs.ma/wp-content/uploads/2016/10/Enqu%C3%AAte-Nationale-sur-le-SI-2013_2014.pdf
- Michel CLAIR, Pour un développement de la culture de la concurrence, rapport, 15 décembre 2011 ; consultations sur la procédure de non-contestation des griffes et sur le programme de conformité, présente au nom de la commission du commerce et des échanges, p.2. En Ligne :https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/autorite-concurrence-non-contestation-griefs-synth-cla1112.pdf
- O.C.D.E, Compétitivité et développement du secteur privé : Maroc 2010 : Stratégie de développement, du climat des affaires, Éditions OCDE, En Ligne :
http://dx.doi.org/10.1787/9789264091436-fr
- O.C.D.E, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, DAF/COMP (2006)19, p.187, En Ligne:
https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf
- Patrice BOUGETTE, Hugues BOUTHINON-DUMASET, Frédéric MARTY, Vers une prévisibilité des sanctions concurrentielles ? La procédure de transaction à la Macron, Documents de travail du groupe de recherche GREDEG, N° 2016-27, En Ligne :
http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2016-27.pdf

Colloques et séminaires

- C.R.E.D.A, Actes de colloque : clémence et transaction en matière de concurrence, Premières expériences et interrogations de la pratique, Colloque organisé le 19 janvier 2005, à la C.C.I, Gaz pal, n° 287-288, 15-15 octobre 2005 Ce document provient du site internet du C.R.E.D.A, En Ligne : http://www.creda.ccip.fr.
- Bruno LASSERRE, La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France, propos présentée leurre de la 32ème Conférence on International Antitrust Law and Policy de l'Université de Fordham des 22 et 23 septembre 2005, En Ligne : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/engagements_lasserre_fordham.pdf
- C.N.U.C.E.D, Contribution de la politique de la concurrence à la promotion du développement économique : bonne conception et efficacité du droit et de la politique de la concurrence, Sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives Genève, 8-12 novembre 2010, En Ligne : unctad.org/fr/Docs/tdrbpconf7d3_fr.pdf
- C.N.U.C.E.D, Recours aux programmes de clémence pour faire appliquer le droit de la concurrence contre les ententes injustifiables dans les pays en développement, Sixième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales, restrictives Genève, 8-12 novembre 2010, En Ligne : https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf
- Carole CHAMPALAUNE, Mélanie THILL-TAYARA, Emmanuelle CLAUDEL, Synthèse du séminaire sur le thème : « non-contestation des griefs

et transaction », organisée le 20 décembre 2012 par Norton Rose Fulbright à Paris, En Ligne :
http://www.concurrences.com/Photos/Transaction-Macron/

- Laurence IDOT, Bruno LASSERRE, Jacques-Philippe GUNTHER, David SEVY, David TAYAR, Conférence : Procédures négociées en droits communautaire et interne de la concurrence - Transaction communautaire et engagements devant le Conseil de la concurrence, mai 2008, Revue Concurrences N° 2-2008, Art. N° 16731.
- Laurent DE MUYTER et Norman NEYRINCK, Une transaction en droit belge de la concurrence ? une Approche critique de la proposition de la Direction Générale de la Concurrence, présentation donnée à la Fédération des Entreprises de Belgique lors de la demi-journée d'étude du 12 décembre 2011 sur le projet de révision de la Loi sur la protection de la concurrence économique, En ligne :
http://www.emulation-innovation.be/norman-neyrinck-avocat-biographie/demuyter-neyrinck-une-transaction-en-droit-belge-de-la-concurrence-_-rcb-avril-2012-2-2/
- O.C.D.E, Table ronde sur l'Expérience en Matière de Règlements Transactionnels dans les Affaires liées aux Ententes qui s'est tenue en octobre 2008 dans le cadre du Comité de la concurrence (Groupe de Travail No. 3 sur la coopération et l'application de la loi) En Ligne :
https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44178372.pdf
- O.C.D.E, Table ronde sur les reconnaissances préalable de culpabilité et solutions négociées dans les affaires d'entente, qui s'est tenue en octobre 2006 dans le cadre du Comité de la concurrence, En Ligne :
http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/40080239.pdf

الفهرس

المقدمة:.... 1
القسم الأول: مفهوم وتطبيق المساطر التفاوضية في قانون المنافسة 21
الفصل الأول: مفهوم المساطر التفاوضية في قانون المنافسة 23
الفرع الأول: تطور مفهوم التعهدات في قانون المنافسة 23
المبحث الأول: ظهور مفهوم التعهدات كحلول مستمدة من الواقع العملي 24
المطلب الأول: ظهور التعهدات غير المؤطرة في نطاق مراقبة عمليات التركيز 26
المطلب الثاني: ظهور التعهدات غير المؤطرة في نطاق الممارسات المنافية للمنافسة 28
المبحث الثاني: التأطير القانوني لمفهوم التعهدات 31
المطلب الأول: تأطير مفهوم التعهدات في نظام مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي..... 32
المطلب الثاني: تأطير مفهوم التعهدات فيما يخص الممارسات المنافية للمنافسة 33
الفرع الثاني: تطور مفهوم الإعفاء في قانون المنافسة..... 38
المبحث الأول: ظهور وتطور مفهوم الإعفاء في قانون منع الاحتكار الأمريكي..... 38
المطلب الأول: ظهور مفهوم الإعفاء في قانون منع الاحتكار الأمريكي 39
المطلب الثاني: تطور مفهوم الإعفاء في ظل قانون منع الاحتكار الأمريكي 42
المبحث الثاني: تنظيم مفهوم الإعفاء في قانون المنافسة الفرنسي وقواعد الاتحاد الأوروبي..... 44
المبحث الثالث: تنظيم مفهوم الإعفاء في قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي..... 46
الفرع الثالث: تطور مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات في قانون المنافسة..... 50

المبحث الأول: ظهور مفهوم عدم المنازعة في الادعاء في القانون الأمريكي 50
المبحث الثاني: تنظيم مفهوم عدم المنازعة في المؤاخذات في القانون الفرنسي والقواعد الأوروبية... 52
المبحث الثالث: تنظيم مفهوم عدم معارضة صحة المؤاخذات في قانون المنافسة المغربي..... 57
الفصل الثاني: تطبيق المساطر التفاوضية في قانون المنافسة..... 61
الفرع الأول: تحديد موضوع وزمن تطبيق المساطر التفاوضية 62
المبحث الأول: موضوع تطبيق المساطر التفاوضية 63
المطلب الأول: النطاق الموضوعي لتطبيق مسطرة التعهدات..... 63
الفقرة الأولى: الممارسات التي تدخل في نطاق تطبيق مسطرة التعهدات..... 64
الفقرة الثانية: الممارسات المستبعدة من نطاق تطبيق مسطرة التعهدات..... 67
أولا- بالنسبة للتحالفات 69
ثانيا-بالنسبة لقضايا الاستغلال التعسفي لأوضاع الهيمنة الخطيرة 70
المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لتطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات 75
الفقرة الأولى: موضوع تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات: المبدأ..... 76
الفقرة الثانية: موضوع تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات: الاستثناء 79
المطلب الثالث: النطاق الموضوعي لتطبيق مسطرة الإعفاء..... 83
المبحث الثاني: النطاق الزمني لتطبيق المساطر التفاوضية..... 85
المطلب الأول: النطاق الزمني المتاح فيه اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات 86
الفقرة الأولى: زمن اللجوء لتطبيق التعهدات في إطار مراقبة عمليات التركيز 87
الفقرة الثانية: زمن اللجوء لتطبيق مسطرة التعهدات بالنسبة للممارسات المنافية..... 91

المطلب الثاني: النطاق الزمني المتاح فيه اللجوء لتطبيق مسطرة الإعفاء..... 98
المطلب الثالث: النطاق الزمني المتاح فيه اللجوء لتطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات. 103
الفرع الثاني: مراحل تطبيق المساطر التفاوضية..... 107
المبحث الأول: مراحل تطبيق مسطرة التعهدات..... 108
المطلب الأول: توصل المنشأة بالتقييم الأولي واقتراحها للتعهدات..... 108
الفقرة الأولى: توصل المنشأة بالتقييم الأولي 109
الفقرة الثانية: اقتراح المنشأة للتعهدات 116
المطلب الثاني: عرض التعهدات المقترحة على الغير 122
المطلب الثالث: تقرير إلزامية التعهدات وضمان تنفيذها..... 128
الفقرة الأولى: تقرير قبول التعهدات وجعلها ملزمة..... 128
الفقرة الثانية: مراقبة وضمان تنفيذ التعهدات 133
أولا: الرقابة الذاتية كآلية لتتبع تنفيذ التعهدات..... 134
ثانيا: الاستعانة بالغير لتتبع تنفيذ التعهدات 136
المبحث الثاني: مراحل تطبيق مسطرة الإعفاء..... 140
المطلب الأول: تقديم المنشأة لطلب الاستفادة من الإعفاء 141
المطلب الثاني: التحقق من توفر شروط قبول طلب الإعفاء..... 144
المطلب الثالث: اتخاذ القرار النهائي بشأن طلب الإعفاء..... 150
المبحث الثالث: مراحل تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات 155
المطلب الأول: المرحلة التحضيرية لتطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات 156

الفقرة الأولى: تقديم المنشأة لطلب عدم معارضة صحة المؤاخذات..... 157
الفقرة الثانية: إعداد مقترحات تطبيق مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات 164
المطلب الثاني: تقرير المجلس بشأن المقترحات المتعلقة بمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات... 169
القسم الثاني: فعالية المساطر التفاوضية في تحقيق المصالح المرتبطة بقانون المنافسة 177
الفصل الأول: تعزيز المساطر التفاوضية لفعالية أدوار مجلس المنافسة 179
الفرع الأول: مواكبة هيكلة مجلس المنافسة لمتطلبات إعمال المساطر التفاوضية 179
المبحث الأول: تقوية تركيبة مجلس المنافسة 180
المبحث الثاني: إحكام توزيع مهام الهياكل المكونة لمجلس المنافسة..... 188
الفرع الثاني: دعم المساطر التفاوضية لفعالية دور المجلس في حماية مصالح المنافسة..... 195
المبحث الأول: دعم فعالية دور مجلس المنافسة في مجال النظامة القبلية للمنافسة..... 197
المطلب الأول: مساهمة التعهدات في فعالية نظامة بنيات السوق 199
المطلب الثاني: مساهمة التعهدات في فعالية توجيه الممارسات العقدية للفاعلين في السوق 205
المطلب الثالث: محدودية فعالية التعهدات في ظل عدم التنسيق بين أدوار مجلس المنافسة والهيئات القطاعية..... 213
المبحث الثاني: دعم فعالية دور مجلس المنافسة في النظامة البعدية للمنافسة 224
المطلب الأول: تعزيز فعالية الكشف عن الممارسات المنافية للمنافسة الأكثر خطورة..... 226
الفقرة الأولى: مساهمة آلية الأبحاث في تحريك مسطرة الإعفاء..... 227
الفقرة الثانية: مساهمة مسطرة الإعفاء في تفعيل آلية الأبحاث والإحالة الذاتية..... 232
المطلب الثاني: تعزيز فعالية التحقيق بشأن الممارسات المنافية للمنافسة..... 240

الفقرة الأولى: مساهمة المنشآت عن طريق مسطرة الإعفاء في فعالية إثبات التحالفات..... 241
الفقرة الثانية: مساهمة المنشآت في فعالية التحقيق من خلال تأكيد المؤاخذات..... 246
الفقرة الثالثة: محدودية فعالية مسطرة الإعفاء في التحقيق بشأن التحالفات ذات البعد الدولي.. 250
الفصل الثاني: احترام تفعيل المساطر التفاوضية للمصالح الخاصة..... 256
الفرع الأول: كفاية الضمانات المتعلقة بحماية مصالح الأطراف في المساطر التفاوضية..... 257
المبحث الأول: توفر ضمانة الشفافية والتوقعية في المقتضيات المنظمة للمساطر التفاوضية..... 258
المطلب الأول: ضمان شفافية وتوقعية مسطرة التعهدات..... 259
المطلب الثاني: ضمان شفافية وتوقعية مسطرة الإعفاء 261
الفقرة الأولى: ضمان شفافية وتوقعية المقتضيات الخاصة المنظمة لمسطرة الإعفاء..... 261
الفقرة الثانية: ضمان الشفافية بالنظر لإمكانية تحريك المتابعة الجنائية بناء على طلب الإعفاء.. 266
المطلب الثالث: ضمان شفافية وتوقعية مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات..... 272
المبحث الثاني: ضرورة التوفيق بين الضمانات المتعلقة بسير المساطر التفاوضية 278
المطلب الأول: التليين من ضمان التواجهية بشأن سير المساطر التفاوضية..... 279
الفقرة الأولى: ضمان التواجهية بالنسبة لمسطرة التعهدات 281
الفقرة الثانية: ضمان التواجهية بالنسبة لمسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات..... 286
الفقرة الثالثة: ضمان التواجهية بالنسبة لسير مسطرة الاعفاء..... 290
المطلب الثاني: تعزيز ضمان السرية أثناء سير المساطر التفاوضية..... 294
الفقرة الأولى: ضمان سرية مسطرة التعهدات 298
الفقرة الثانية: ضمان سرية مسطرة الإعفاء 299

الفقرة الثالثة: ضمان سرية مسطرة عدم معارضة صحة المؤاخذات..... 302
المطلب الثالث: ضمان احترام فصل سلطة التحقيق عن سلطة البت أثناء سير المساطر التفاوضية
..... 304
الفرع الثاني: إعمال رقابة قضائية على القرارات الناتجة عن تطبيق المساطر التفاوضية تراعي مصالح
الأطراف والغير 312
المبحث الأول: حدود الرقابة القضائية على القرارات الصادرة بشأن المساطر التفاوضية..... 313
المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على قرار قبول التعهدات..... 314
الفقرة الأولى: حدود رقابة القضاء على قرار قبول التعهدات في إطار الترخيص لعملية التركيز .. 315
أولا- طبيعة الدعوى موضوع الطعن في قرارات التركيز المتضمنة لتعهدات 316
ثانيا- الأطراف المخول لها الطعن في قرار التركيز المتضمن لتعهدات 321
ثالثا- موضوع رقابة القضاء الإداري على قرار التركيز المتضمن لتعهدات 326
الفقرة الثانية: الرقابة على قرار التعهدات المتخذ في إطار الممارسات المنافية للمنافسة 332
أولا-طبيعة الدعوى موضوع الطعن في قرار التعهدات والإجراءات الخاصة برفعها..... 333
ثانيا– الأطراف المخول لها حق الطعن في قرار التعهدات..... 335
ثالثا-موضوع رقابة قضاء الاستئناف على قرار التعهدات 340
المطلب الثاني: حدود الرقابة القضائية على القرار الصادر بشأن مسطرة عدم التعرض على صحة
المؤاخذات 349
المطلب الثالث: حدود الرقابة القضائية على القرارات المتعلقة بمسطرة الإعفاء..... 357
المبحث الثاني: دور القضاء في تفعيل حق المتضرر من الممارسات موضوع المساطر التفاوضية .. 361
المطلب الأول: مبدأ الحق في التعويض بشأن الممارسة المنافية موضوع تطبيق المساطر التفاوضية 361

المطلب الثاني: صعوبة التوفيق بين متطلبات تفعيل الحق في التعويض والحفاظ على فعالية المساطر التفاوضية 369

الفقرة الأول: توجه القضاء الأوروبي بشأن الاستعانة بوثائق ملف هيئة المنافسة في الدعوى المدنية 371

الفقرة الثانية: توجه القضاء الفرنسي بشأن الاستعانة بوثائق ملف هيئة المنافسة في الدعوى المدنية 380

خاتمة..... 394

لائحة المراجع..... 400

الفهرس..... 412