

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/66
21 May 2008

ARABIC
Original: ENGLISH

مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية



مجلس التجارة والتنمية

لجنة الاستثمار والتكنولوجيا والقضايا المالية ذات الصلة
فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بقوانين وسياسات المنافسة
الدورة التاسعة

جنيف، ١٥ تموز/يوليه ٢٠٠٨
البند ٣(أ) من جدول الأعمال المؤقت

إساءة استعمال الهيمنة

تقرير من أمانة الأونكتاد*

موجز تنفيذي

ينظر هذا التقرير في بعض المشاكل التي تواجهها سلطات المنافسة، وخاصة في البلدان النامية، عند التعامل مع حالات سوء استعمال الهيمنة. ويستند التقرير إلى ردود وردت من الدول الأعضاء على استبيان أعدته أمانة الأونكتاد. ويتضمن التقرير تقييمات مقارنة لسوء استعمال الهيمنة في مختلف الولايات القضائية بتقديم نظرة متفحصة للتعريفات المطبقة على المفاهيم وتوضيح الحالات التي تعتبر سوء استعمال للهيمنة وتطبيق مختلف الاختبارات. ويتفق التقرير مع الدراسات السابقة بشأن هذا الموضوع والتي أشارت إلى أن الأحكام المتعلقة بسوء استعمال الهيمنة ظلت تشكل سلاحاً حاداً تستعمله سلطات المنافسة في مكافحة الممارسات المناهضة للمنافسة في سوق كل منها. ويتضح من التقرير من نتائج إنفاذ قوانين المنافسة أن الشركات المهيمنة أخذت تتصرف بحذر أكبر نظراً لأن خرق قوانين المنافسة الخاصة بها قد يولد عواقب وخيمة جداً. ومع ذلك يوضح التقرير أيضاً أن بعض الشركات متعددة الجنسية قد تتحول بسبب ضعف البنية الأساسية الاقتصادية وتخلّفها في البلدان النامية، إلى احتكارات لا شيء إلا بفضل كفاءتها العالية. ونظراً للاهتمامات المتعلقة بالمصلحة العامة فإن سلطات المنافسة قد لا ترحب بذلك.

* قدّمت هذه الوثيقة في التاريخ المبين أعلاه بسبب حدوث تأخيرات في تجهيزها.

المحتويات

٣	١	 الخلفية	أولاً -
٣	١٠ - ٢	 مقدمة	ثانياً -
٥	٥٨ - ١١	 تقييم سوء استعمال الهيمنة في مختلف البلدان	ثالثاً -
٥	٢٩ - ١٣	 الهيمنة	ألف -
١٠	٥٨ - ٣٠	 ممارسات إساءة الاستعمال	باء -
١٦	٧٠ - ٥٩	 التحديات التي تواجهها البلدان النامية والاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية	رابعاً -
١٦	٥٩	 هدف التنمية وفقاً لمجموعة الأمم المتحدة	ألف -
		 قضايا خاصة تتعلق بسوء استعمال الهيمنة في البلدان النامية	باء -
١٦	٧٠ - ٦٠	 والاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية	
١٩	٧١	 الخلاصة	خامساً -
٢٠		 المراجع	

أولاً - الخلفية

١- طلب فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بقوانين وسياسات المنافسة في دورته الثامنة من أمانة الأونكتاد أن تعد تقريراً عن سوء استعمال الهيمنة. والغرض من هذا التقرير هو إبراز التطورات الأخيرة في النهج والسوابق القانونية المتصلة بمراقبة وكالات المنافسة في كل أنحاء العالم لسلوك الشركات التي تتمتع بقوة احتكارية، وتحليل الآثار المترتبة في البلدان النامية. وتستند الدراسة إلى الردود على استبيان أعدته الأمانة بهدف تجميع العوامل الحاسمة التي تأخذها وكالات المنافسة في الاعتبار عند تقييم سوء استعمال المركز المهيمن^(١).

ثانياً - مقدمة

٢- سوء استعمال الهيمنة هو أحد المجالات الصعبة في قانون وسياسة المنافسة. وتحليل آثار السلوك قد يكون أمراً صعباً ويستغرق كثيراً من الوقت، ويرجع ذلك أساساً إلى أن الشكل الواحد من السلوك يمكن أن يساعد أو أن يعوق التقدم نحو أهداف المنافسة، حسب الظروف. ومن العسير أن تتنبأ الشركات بالسلوك الذي قد يدفع على تدخل سلطات المنافسة. والتدخل المفرط أو الذي لا يمكن التنبؤ به يمكن أن يثبط المشاريع عن التنافس الذي يساعد على تحقيق أهداف سياسة المنافسة.

٣- وفي البلدان النامية يمكن أن يؤدي سوء استعمال الهيمنة، وكذلك الدخول في تكتلات احتكارية، إلى أضرار بالغة بالمستهلكين وشركات الأعمال. فالخدمات والسلع التي تمثل ضرورات تخضع لممارسات تناهض المنافسة وتغلق أبواب الوصول إلى السوق و/أو ترفع الأسعار. ويقلل ذلك من دينامية السوق والحركة الاقتصادية للأشخاص والشركات. والتدخل ضد سوء استعمال الهيمنة قد يساعد على تحقيق أهداف التنمية بتسهيل سبل الوصول إلى المنتجات وتعزيز زيادة كفاءة تشغيل شركات الأعمال، بما فيها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. ويمكن أن يساعد التدخل أيضاً على تحقيق أهداف محددة مثل الحد من الفقر وزيادة الوصول إلى الخدمات الصحية ودعم الاقتصاد. ويختلف الواقع السياسي الاقتصادي في كل بلد من ناحية مستوى التنمية ومن ناحية هيكل الأسواق المنفردة وهو ما يمكن أن ينطوي على اختلاف في النهج.

٤- ومع اختلاف البلدان تختلف أهداف قانون المنافسة وتعريف الهيمنة وطرق تقييمها، والأفكار السائدة عن العناصر التي تشكل ممارسات سوء استعمال، وقطاعات السوق التي تُستبعد أو تُعفى من تطبيق القانون. ومع ذلك نجد أن بعض الأهداف مشتركة، ويمكن تجميع تعريفات الهيمنة وسوء استعمالها في بضع مجموعات متشابهة إلى حد كبير.

(١) يمكن الاطلاع على نسخة من الاستبيان والردود المقدمة من الدول الأعضاء في الموقع www.unctad.org/competition. ويشعر الأونكتاد بالامتنان لسلطات المنافسة التي ردت على الاستبيان وهي سلطات المنافسة في كل من الاتحاد الروسي وألبانيا وإندونيسيا وأوروغواي وإيطاليا وباكستان وبلغاريا وبنما وبوتان وبوركينا فاسو والبوسنة والهرسك وبيرو وتونس وجامايكا والجمهورية التشيكية والدانمرك وزمبابوي وسلوفاكيا وسنغافورة وسويسرا وفرنسا وجمهورية فنزويلا البوليفارية وفيت نام وكولومبيا والهند واليابان.

- ٥- وأهداف تطبيق حظر سوء استعمال الهيمنة التي تحظى بتوافق واسع تشمل ضمان وجود عملية تنافسية وتعزيز مصالح المستهلك والكفاءة الدينامية ("التنمية التكنولوجية" أو "تعزيز التنمية الاقتصادية"). والأهداف التي تتمتع بدرجات متفاوتة من الدعم تشمل حماية الحرية الاقتصادية بما يكفل تكافؤ فرص النشاط أمام المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وكفالة الاندماج في السوق.
- ٦- وتستعمل سلطات المنافسة أدوات متشابهة لتحديد ما إن كان أحد الأطراف الاقتصادية طرفاً مهيماً في السوق. وهي تقتصر نمطياً على استعمال الحصة السوقية باعتبارها نقطة البداية. ثم تستعمل بعد ذلك الحواجز التي تعوق الدخول والخروج والتوسع والمركز النسبي للمنافسين في السوق وقدرة المشتري وغير ذلك من العوامل لتعيين القيود على ممارسة الشركة لقدرتها السوقية. ويتسم هذا النهج نمطياً بأنه نهج كلي ولا يتبع أسلوب الوصفات الجاهزة في كتب الطبخ.
- ٧- وتستعمل السلطات مناهج أكثر تحجناً في تقييم السلوك. وقد يعبر هذا التجانس عن صعوبة التمييز بين السلوك المسيء والسلوك التنافسي. ولكنه قد يعبر أيضاً عن اختيارات مختلفة حيث يستند نهج السلطات أساساً إلى شكل السلوك بينما تستند سلطات أخرى بقدر أكبر إلى الآثار الاقتصادية.
- ٨- والسياسة تجاه سوء استعمال الهيمنة آخذة في التشكل. وقد أشار المعلقون إلى خواء مصطلحات مثل "المنافسة الطبيعية" و"المنافسة حسب الجدارة" و"تساوي فرص النشاط". وبالفعل فإن الطرق المشروعة في التنافس تسمى "منافسة حسب الجدارة"، وهو تعبير ينطوي على قدر من الحشو. ويتولد بعض المناقشات عن سلطات المنافسة. فقد عقدت لجنة المنافسة التابعة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي مناقشة في منتصف عام ٢٠٠٥. وقامت المفوضية الأوروبية بكتابة ورقة مناقشة عن الممارسات السيئة الاستيعادية في عام ٢٠٠٥ وعقدت جلسة استماع علنية في عام ٢٠٠٦. وعقدت سلطات المنافسة في الولايات المتحدة جلسات استماع علنية في ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧. كما أصدرت شبكة المنافسة الدولية في ٢٠٠٧ ورقة عن الهيمنة والاحتكارات التي تنشئها الدول. ولا تزال المناقشات جارية.
- ٩- وهذه المناقشات يمكن وصفها بأنها محاولة لإدماج قدر أكبر من المنطق الاقتصادي في المنطق القانوني. وفي الوقت نفسه، ينبغي أن تؤدي عملية صنع القرار إلى بضعة أخطاء وأن تتسم بقدر أكبر نسبياً من الكفاءة والسرعة وإمكانية التنبؤ، وأن تعتبر عملية موضوعية وشفافة. وتقوم السلطات والمعلقون بمناقشة أهداف حظر سوء استعمال الهيمنة كما تحدد أو تصوغ مبادئ أوسع لصنع القرارات. ويسود اتجاه لتطبيق "اختبار الأثر" لتعيين الآثار الاقتصادية للسلوك. وقد بدأ التحرك للابتعاد عن القواعد في حد ذاتها، التي تطبق على أشكال بعينها من السلوك. ولا تزال الحدود غير واضحة بين الحالات التي تُطبق فيها القواعد بحد ذاتها والحالات التي ينطبق فيها نهج لكل حالة على حدة، حيث يقول المعلقون بضرورة وجود "عتبات آمنة" تتصل بالهيمنة ومصادرة السوق.
- ١٠- وينظر الفصل الثالث في الهيمنة وسلوك سوء التصرف. ويناقش أولاً تعريف الهيمنة من الناحية القانونية وفي الممارسة العملية. ويناقش ثانياً شكل السلوك الذي يعتبر مسيئاً وآثاره الاقتصادية. ويناقش القسم قبل الأخير وسائل الانتصاف والجزاءات ويعقب ذلك مناقشة للعلاقة بين تنفيذ سوء استعمال الهيمنة والتنمية الاقتصادية.

ويتناول الفصل الرابع قضايا خاصة تتصل بسوء استعمال الهيمنة وهي تتعلق بالاقتصادات النامية والاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية. ويتألف الفصل الخامس من الاستنتاجات.

ثالثاً - تقييم سوء استعمال الهيمنة في مختلف البلدان

١١ - لا يحظر أي بلد من البلدان التي ردت على استقصاء الأونكتاد الهيمنة بحد ذاتها. فالهيمنة بحد ذاتها ليست محظورة لأن أي شركة تستطيع أن تصل بطريقة مشروعة إلى مركز الهيمنة. وقد تنشأ مراكز الهيمنة أيضاً عن إجراءات حكومية، وهي مراكز يكون الوصول إليها مشروعاً في حالة امتثال الحكومة للقانون.

١٢ - وعموماً يتألف تحليل سوء استعمال الهيمنة من ثلاثة أجزاء: (أ) رسم معالم سوق واحد أو أكثر من الأسواق ذات الصلة^(٢)؛ و(ب) تحديد ما إن كانت الشركة مهيمنة في أحد الأسواق ذات الصلة؛ (ج) تحديد ما إن كان سلوك الشركة يشكل سوء استعمال. وفي حين أن هذه الأجزاء الثلاثة تتميز فيما بينها فإنه يمكن القيام بها جميعاً في وقت واحد واستعمال الأدلة المتجمعة من أحد أجزاء الدراسة في أجزاء أخرى. وتحليل تعريف السوق والهيمنة يتكاملان نمطياً ولكن تحليل سوء الاستعمال يجري بصورة منفصلة. والقول بأن "سوء الاستعمال يعني أن الشركة لا بد وأن تكون مهيمنة" قول غير صحيح ودائري لأن الأثر الاقتصادي لنفس شكل السلوك يتباين حسب القوة السوقية للشركة.

ألف - الهيمنة

١ - التعريف القانوني للهيمنة

١٣ - يرد تعريف الهيمنة في القانون وفي قرارات قضائية رئيسية. وتضيف الخطوط التوجيهية (التي تشمل عادةً أحكاماً قضائية) والمناقشات الأكاديمية مزيداً من التفاصيل. ويمكن أن يستعمل التعريف القانوني مؤشرات هيكلية أو سلوكية أو أن يستعمل الاثنين معاً، رغم أن استعمال المؤشرات السلوكية أكثر شيوعاً. وقد تستخدم الولايات القضائية نهجاً مختلفاً لتقييم الهيمنة في الممارسة العملية. ومنذ عهد قريب كان مصطلح "القوة السوقية الكبيرة" ومصطلح "لا يخضع للقيود التنافسية الفعلية" يستعملان بالتبادل مع مصطلح "الهيمنة". وتصف القوة السوقية الكبيرة قدرة الشركة على الاحتفاظ بالأسعار فوق المستوى التنافسي لفترة طويلة من الوقت.

١٤ - ويتضمن القانون النموذجي بشأن المنافسة الصادر عن الأونكتاد في الفصل الرابع - أولاً تعريفاً مهيماً^{١٠} باعتبارها حالة "... عندما تكون مؤسسة أعمال ما، سواء بحد ذاتها أو بالاشتراك مع بضع مؤسسات أخرى، في وضع يسمح لها بالسيطرة على سوق ذات صلة لسلعة أو لخدمة معينة أو لمجموعات معينة من السلع أو الخدمات".

(٢) يراعي عند تحديد السوق تأثير الشركة المهيمنة على الأسعار السائدة. ولكن هذه النقطة وكذلك النقطة الخاصة بالهيمنة المشتركة تدرجان خارج نطاق هذه الورقة.

١٥- وتركز التعريفات السلوكية على تمتع الشركة "بحرية كبيرة من القيود التنافسية أو بالقدرة على التصرف بطرق لا تستطيعها الشركة المقيدة بالمنافسة" (الشبكة الدولية للمنافسة، ٢٠٠٧: ٤١). وربما كان أكثر التعريفات السلوكية تأثيراً هو التعريف المأخوذ من محكمة العدل الأوروبية في قرارها بشأن *United Brands* لعام ١٩٧٦: "مركز قوة اقتصادية تتمتع به شركة تجارية ويمكنها من منع استمرار أي منافسة فعالة في السوق المعني بإعطائها القدرة على التصرف بطريقة مستقلة إلى مدى واضح عن منافسيها وعملائها وعن المستهلكين في نهاية الأمر"^(٣). وفي حين أنه لا يمكن أن تتمتع أي شركة بالاستقلال بالمعنى الحرفي عن منافسيها أو عملائها فإن المعنى هو أن الشركة المهيمنة تتمتع بقدر من الحرية في الحركة لا تتمتع به الشركات غير المهيمنة إزاء الأسعار والكمية والنوعية والابتكار وما إلى ذلك. وكما أوضحت المفوضية الأوروبية في ورقة المناقشة الصادرة عنها في ٢٠٠٥، فإن الشركة المهيمنة "لا تخضع للقيود التنافسية الفعلية. وبكلمات أخرى، فإنها ... لا بد وأن تتمتع بقوة سوقية كبيرة" (المفوضية الأوروبية، ٢٠٠٥: الفقرة ٢٣). وفي قضية *United Brands* كانت الشركة المهيمنة قد استثمرت مبالغ كبيرة سمحت لها بمواجهة المخاطر، وهو ما لم تقدر عليه الشركات المنافسة الأصغر. وفي القرار اللاحق في قضية *Hoffmann-La Roche* قالت المحكمة "إن وجود المركز المهيمن ربما يكون مستمداً من عدة عوامل قد لا تكون حاسمة بالضرورة إذا أخذ كل منها منفصلاً عن غيره، ولكن من بين هذه العوامل يتسم واحد منها بأهمية كبيرة وهو وجود حصص سوقية كبيرة جداً". وفي هذه الحالة كانت الحصص السوقية للشركة المهيمنة هي ٤٧ في المائة و ٦٧ في المائة وحتى ٩٥ في المائة. وفي السوق الذي كانت الشركة تتمتع فيه بنصيب ٤٧ في المائة علّقت المحكمة وزناً أقل على الحصة السوقية في حين علّقت وزناً أكثر على الاختلاف بين الحصة السوقية للشركة وحصص منافسيها والتقدم التكنولوجي الكبير لشركة (غويدر ٢٠٠٣: ٢٦٨-٢٧٠).

١٦- وتشير تعريفات الهيمنة الواردة في معظم الردود من الدول الأعضاء إلى أنها استلهمت قانون السوابق الأوروبية. ففي سلوفاكيا "تملك شركة أو عدة شركات مركزاً مهيماً في السوق المتصل إذا لم تكن الشركة أو الشركات خاضعة لمنافسة كبيرة أو كانت تستطيع التصرف بصورة مستقلة نتيجة قوتها الاقتصادية". وفي بيرو تمثل الهيمنة حالة "تستطيع فيها ... شركة أو عدة شركات التصرف بصورة مستقلة بغض النظر عن المنافسين أو المشترين أو العملاء أو الموردين بسبب عوامل مثل الحصة السوقية الكبيرة في الأسواق المناظرة وخصائص عرض وطلب المنتجات أو التطور التكنولوجي أو الخدمات المعنية، أو وصول المنافسين إلى مصادر التمويل أو الإمدادات أو نظم التوزيع". ويحدد قانون المنافسة القوة السوقية باعتبارها "قوة الشركة للتحكم في الأسعار أو استبعاد المنافسة أو للتصرف بقدر واضح من الاستقلال عن المنافسين أو العملاء أو الموردين". ويختلف التشريع الكولومبي اختلافاً طفيفاً حيث يحدد الهيمنة باعتبارها "قدرة الشركة على أن تقرّر بصورة مباشرة أو غير مباشرة الأحوال التي تسود في أي سوق بعينه". وجاء في قانون المنافسة في زيمبابوي أن "حالة المنافسة" تصف "حالة يمارس فيها شخص وحيد سيطرة سوقية كبيرة على أي سلعة أو خدمة". والسيطرة السوقية الكبيرة هي القدرة على "رفع سعر السلعة أو الخدمة أو الاحتفاظ بالسعر ... بصورة مربحة فوق المستويات التنافسية لمدة طويلة من الوقت ...".

(٣) القضية ٧٦/٢٧، *United Brands*، الفقرة ٦٥؛ والقضية ٧٦/٨٥، *Hoffmann-La Roche*، الفقرة ٣٨.

١٧- وفي المقابل يقتصر تعريف بعض البلدان المهيمنة على المؤشرات الهيكلية. ففي إندونيسيا تعتبر الشركة مهيمنة إذا كانت حصتها السوقية تزيد عن ٥٠ في المائة.

١٨- وتجمع بعض قوانين المنافسة بين الهيكل والسلوك في تعريف الهيمنة. ففي مصر نجد أن "السيطرة على السوق المعنية ... هي قدرة الشخص الذي تزيد حصته على ٢٥ في المائة من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك"^(٤) وتحدد كلا البوسنة والمهرسك وكرواتيا الهيمنة باستعمال السلوك ولكن مع استعمال افتراض هيكلي: إذ يفترض أن أي شركة تزيد حصتها السوقية عن ٤٠ في المائة شركة مهيمنة. والقانون البلغاري يشابه ذلك ولكنه يستعمل افتراض حصة سوقية بنسبة ٣٥ في المائة. وفي الاتحاد الروسي يفترض أن أي مشروع تزيد حصته السوقية عن ٥٠ في المائة مهيماً ولا يمكن اعتباره مهيماً إذا كانت الحصة السوقية تقل عن ٣٥ في المائة؛ ويتم تطبيق المعايير السلوكية بين هذين الحدين.

١٩- ويجمع قانون المنافسة في فيت نام أيضاً بين الهيكل والسلوك ولكن على سبيل التبادل بينهما. ففي هذا القانون "تعتبر المشاريع التجارية صاحبة مركز مهيمن في السوق إذا كانت حصصها السوقية تبلغ ٣٠ في المائة أو أكثر في السوق المعنية أو تستطيع تقييد المنافسة تقييداً كبيراً"^(٥).

٢٠- وتستعمل النهج السلوكية والهيكلية معاً في التعريفات القانونية للهيمنة، مع الجمع بينها أحياناً، رغم أن النهج السلوكية هي الأكثر شيوعاً. ولا يمكن التقليل من أهمية تأثير قرارات محكمة العدل الأوروبية في قضية *United Brands* وقضية *Hoffmann-La Roche* لعام ١٩٧٦ على التشريعات في كل أنحاء العالم. ويرد بعد ذلك وصف لممارسة تقرير وجود الهيمنة.

٢- اختبار الهيمنة في الممارسة العملية

٢١- تطبق سلطات المنافسة نمطياً نهجاً كلياً، وليس نهج الوصفات الجاهزة من كتب الطبخ، لتحديد ما إذا كانت إحدى الشركات شركة مهيمنة. والتحديد السوقي وحساب الحصة السوقية لا يمثلان سوى نقطة البداية. وفي كثير من الأحوال يستعمل مرشح (فلتر) وحيد الجانب يستند إلى الحصة السوقية. وفي هذه العملية لا تعتبر الشركات مهيمنة إذا كانت حصصها السوقية تقل عن مستوى محدد سلفاً. وفي حالة الشركات التي تتجاوز "عتبة الأمان" تؤخذ عدة عوامل في الاعتبار. وتشمل هذه العوامل حواجز الدخول والخروج والتوسع، والمركز النسبي للمنافسين في السوق، وقدرة المشتري وغير ذلك من العوامل التي تلقي الضوء على ما إن كانت الشركة مهيمنة.

(٤) المادة ٤، قانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، وتوفر ترجمة غير رسمية إلى الإنكليزية في الموقع www.globalcompetitionforum.org.

(٥) الفقرة ١ من المادة ١١، الأمر رقم ٢٣/٢٠٠٤ على قانون المنافسة المؤرخ في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤ عن إصدار القانون، ويمكن الاطلاع على ترجمة غير رسمية بالإنكليزية في الموقع www.adb.org/Documents/Others/OGC-Toolkits/Competition-Law/documents/VN_Order_23_2004.pdf.

ويمكن النظر إلى هذه العوامل باعتبارها فحصاً منظماً للجهات أو الأشياء التي قد تقيد إلى حد كبير ممارسة الشركة للقوة السوقية: مثل المنافسين الفعليين والمنافسين المحتملين أو العملاء.

٢٢- وتستعمل عدة سلطات مرشح الحصة السوقية باعتبارها نقطة البداية، وذلك وفقاً لما جاء في استبيان الأونكتاد. ويستعمل قانون جامايكا تعريفاً سلوكياً للهيمنة: فالمؤسسة التجارية تكون مهيمنة في السوق إذا كانت "تحتل موقعاً من القوة الاقتصادية يمكنها من العمل في السوق بدون تقييدات فعالة من منافسها أو منافسيها المحتملين". وفي الممارسة العملية تستعمل اللجنة حصة سوقية بمقدار ٥٠ في المائة باعتبارها "أساساً لقياس" الهيمنة، رغم أن مشروعاً يملك حصة أقل قد يكون مهيماً. وفي زمبابوي أيضاً نجد أن التعريف القانوني هو تعريف سلوكي ولكن الممارسة المتبعة هناك هي تحديد عتبة أمان تصل إلى ٢٥ في المائة. وفي السويد، وفي ظل تعريف قانوني سلوكي تمثل حصة سوقية تبلغ ٤٠-٥٠ في المائة "دلالة واضحة" على المركز المهيمن، في حين أن الحصة السوقية التي تزيد عن ٦٥ في المائة تمثل افتراضاً "قاطعاً بصورة عملية" بوجود الهيمنة^(٦). وفي الولايات المتحدة تعتبر حصة سوقية بنسبة ٥٠ في المائة عتبة أمان في حين أن أي حصة سوقية تزيد عن ٧٠ في المائة تدعم الاستنتاج بوجود الهيمنة، وهو استنتاج قابل للدحض (رابطة المحامين الأمريكية، ١٩٩٧: ٦-٢٣٥).

٢٣- وإذا تركنا اختبار الحصة السوقية يصبح تقييم الهيمنة عملية متعددة الأوجه. والفكرة هي تعيين من أو ماذا يقيد تمتع الشركة بقوة سوقية كبيرة. والعوامل التي يتعين النظر فيها تشمل الحواجز أمام الدخول والتوسع (بما في ذلك الحواجز الهيكلية والاستراتيجية والقانونية)^(٧)، والقوة السوقية للمنافسين والقوة المالية وقدرة المشتري والتكامل الرأسي.

٢٤- وهذه العوامل تستعمل مع وضع نموذج اقتصادي في الحسبان. وعلى سبيل المثال إذا كانت الحواجز التي تعترض الدخول منخفضة جداً فإن الهيمنة لن تكون مرجحة. وسوف يدخل الداخل المحتمل إذا كانت الأسعار (أو السمات الأخرى للمنتج) عالية (أو منخفضة) بقدر كبير. ويمكن أن يلغي بعض العوامل بعضها الآخر. وعلى سبيل المثال إذا كان المشتري سيتحمل تكلفة كبيرة بسبب استعمال نوع من المنتجات بدلاً من نوع آخر، فإن ممارسة قدرة المشتري قد لا تكون عملية مرجحة أو قد تكون قدرة المنافسين على التوسع غير ذات صلة.

٢٥- وقيل إن حواجز الدخول توضع في الاعتبار في إطار تقييم الهيمنة لدى ٢٠ من ٣٢ بلداً مجيباً على الاستبيان^(٨). وذكرت خمسة بلدان أو أكثر من البلدان المجيبة عوامل أخرى: (أ) المركز السوقي للمنافسين (٧ ردود)؛

(٦) رد السويد على الاستبيان (٢٠٠٧) ويمكن الاطلاع عليه في:

www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/questionnaire/SwedenQuestionnaire.Response.pdf

(٧) يتم تقييم احتمالات الدخول من ناحية كوفها "في الوقت المناسب ومرجحة الحدوث وكافية لإزالة القلق من آثار مناخضة المنافسة المحتملة في أي حالة بعينها (منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، ٢٠٠٧).

(٨) هذه البلدان هي ألبانيا وأوروغواي وإيطاليا وبلغاريا وبوركينا فاسو والبوسنة والهرسك وبيرو وتونس وجامايكا والجمهورية التشيكية والدانمارك وسلوفاكيا وسنغافورة وسويسرا وفيت نام وكوستاريكا وكولومبيا ولاتفيا والهند واليابان. وأدرجت البلدان إذا كانت تستعمل مصطلحات تتصل اتصالاً وثيقاً بحواجز الدخول.

(ب) القدرة المالية (٦ ردود)؛ (ج) التكامل الرأسي، الذي يشمل الوصول إلى التوزيع والمدخلات (٦ ردود)؛
(د) القدرة التعويضية التي تشمل قدرة المشتري (٥ ردود).

٢٦- وكانت بعض العوامل التي ذكرت في عدة ردود تبدو أكثر أهمية نسبياً في الاقتصادات النامية أو الاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية. وتدرج الهند المركز المهيمن الذي تم اكتسابه بموجب القوانين أو بفضل كون الشركة شركة حكومية أو شركة قطاع عام أو خلافه. وتدرج تونس الوصول التفضيلي إلى المدخلات أو مصادر التمويل.

٢٧- وفي الدراسة الاستقصائية للشبكة الدولية للمنافسة كانت العوامل المستعملة بصورة شبه شاملة في تقييم الهيمنة هي: الحصة السوقية للشركة ولمنافسيها، والمركز السوقي والسلوك السوقي للمنافسين والحوافز التي تعترض الدخول أو التوسع، واقتصادات الحجم، والنطاق أو آثار الشبكة، وقدرة المشتري، والوصول إلى أسواق المنبع أو التكامل الرأسي، واستدامة القدرة السوقية ونضج السوق أو حيويته، والوصول إلى التسهيلات الجوهرية. وتشمل العوامل الأقل انتشاراً، ولكنها غير محظورة، الموارد المالية للشركة ومنافسيها وارتفاع الأسعار والأرباح (الشبكة الدولية للمنافسة ٢٠٠٧: ٩٠-٩١).

٢٨- وتصف ورقة المناقشة الصادرة عن المفوضية الأوروبية الممارسة السائدة في أوروبا. وتلاحظ الورقة أنه "من المهم أن يوضع في الاعتبار بصورة خاصة المركز السوقي للمشروع الذي يدعى هيمنته والمركز السوقي للمنافسين والحوافز التي تعترض التوسع والدخول، والمركز السوقي للمشتري" (المفوضية الأوروبية، ٢٠٠٥: الفقرة ٢٨). وتمثل الحصة السوقية نقطة بداية^(٩)، ولكنها ليست سوى بديل عن العامل الحاسم وهو القدرة السوقية. وفي حالة نماذج المنتجات تقل الحصة السوقية باعتبارها مصدر معلومات. والحوافز التي تعترض الدخول والحوافز التي تعترض التوسع توضع في الاعتبار ولكن يجب ألا يغيب عن البال أن الدخول يجب أن يكون مرجحاً وسريعاً وبقدر كافٍ وب نطاق كافٍ في حالة ممارسة القدرة السوقية الكبيرة. وينظر إلى القدرة التعويضية لكبار المشتريين من ناحية تعزز الدخول أو التوسع، مما يساعد كبار وصغار المشتريين معاً، ولكن ليس من ناحية القدرة على التفاوض على صفقة أفضل لأنفسهم.

٢٩- وباختصار وفي حين أن مختلف البلدان تطبق تعريفات قانونية مختلفة للهيمنة فإنها تتجه عموماً إلى اتباع التعريف السلوكي أو الجمع بين التعريف السلوكي وافتراس الهيمنة على أساس الحصة السوقية وهو افتراض قابل للتحديد. وتطبق سلطات كثيرة في الممارسة العملية "عتبة أمان" تستند إلى الحصة السوقية، والمستوى الذي لا يمكن أن تعتبر الشركة مهيمنة إذا كانت أقل منه. وتفحص السلطات مجموعة متباينة من العوامل وأكثرها شيوعاً حوادث الدخول، من أجل تحديد ما إن كانت الشركات خارج هذه العتبة هي شركات مهيمنة بالفعل.

(٩) في المفوضية الأوروبية، تشير النسبة السوقية التي تزيد عن ٥٠ في المائة، باشتراط أن تكون حصة المنافسين أصغر بكثير وباشتراط استمرار حيازة هذه الحصة لفترة من الوقت، إلى وجود مركز مهيمن على الأرجح. والشركات التي تملك أقل من ٢٥ في المائة من الحصة السوقية لن تكون مهيمنة على الأرجح (المفوضية الأوروبية، ٢٠٠٥: الفقرة ٣١).

باء - ممارسات سوء الاستعمال

٣٠- ممارسات سوء الاستعمال تنقسم تقليدياً إلى ممارسات استيعادية وممارسات استغلالية. فممارسات سوء الاستعمال الاستيعادية تدفع المنافسين إلى الخروج من السوق أو تستمر في منعهم من دخول السوق أو تقيّد المنافسين لكي تظل المنافسة "رخوة" أو لمنعهم من التوسع. وقد يكون من الصعب تمييز ممارسات الاستيعاد عن المنافسة "الشديدة" بسبب التشابه بينهما في الأجل القصير. ومن أمثلة توضيح ذلك التسهيل الافتراضي الذي يكون مفيداً في الأجل القصير للمستهلكين ويبدو كما لو كان منافسة "شديدة": حيث يتم تقديم مزيد من السلع بأسعار أقل! ولكن يتم في الأجل الطويل استبعاد المنافسين ويستطيع المفترس بعد ذلك أن يرفع الأسعار ويقلل النوعية.

٣١- وممارسات سوء الاستعمال الاستغلالية هي تلك الممارسات التي تتسم بقيام الشركة المهيمنة برفع الأسعار أو تخفيض النوعية أو التمويل، أو تعمل خلاف ذلك بطريقة تزيد من ثروتها بأسلوب لا يمكنها العمل به في سوق تنافسية. وتتعامل سلطات المنافسة المختلفة بطرق مختلفة مع الممارسات الاستغلالية: فبعض السلطات يكون على استعداد أكبر للتدخل في حين أن بعضها الآخر يعتقد أن التدخل عن طريق قانون المنافسة سيكون ضاراً في النهاية.

٣٢- وممارسات سوء الاستعمال يمكن تقسيمها إلى ممارسات غير سعرية وممارسات سعرية. وبعض آثار مناهضة المنافسة قد تتحقق سواء من خلال الممارسات السعرية أو الممارسات غير السعرية، ومن أمثلة ذلك رفض تقديم سلع للعملاء الطالبين وربط هذا الرفض بشراء منتجات معاً، وتجميع أكثر من سلعة في سعر واحد لحث العملاء على شراء المنتجات معاً. ومع ذلك تجري مناقشة أمثلة الدول الأعضاء لسلوك سوء الاستعمال أدناه مع استعمال هاتين الفئتين بعد تقديم نظرة عامة عن تحليل الآثار.

١- الشكل مقابل الآثار

٣٣- أخذ تحليل سلوك سوء الاستعمال في التغير. وزيادة عدد الرضاء عن مصطلحات مثل "المنافسة العادية" و"المنافسة على أساس الجدارة" و"تكافؤ فرص النشاط" دفعت إلى محاولة تحسين التحليل والإنفاذ. ويمكن وصف هذه المناقشات بأنها تحاول إدماج مزيد من المنطق الاقتصادي في المنطق القانوني. وفي الوقت نفسه ينبغي أن تؤدي عملية صنع القرارات إلى عدد أقل من الأخطاء وإلى قدر نسبي من الكفاءة والسرعة وإمكانية التنبؤ. وتقوم السلطات بتعيين أو صياغة مبادئ أعرض لعملية صنع القرارات.

٣٤- وتختلف سلطات المنافسة في الدرجة التي تحلل بها السلوك على أساس شكله مقابل أثره الاقتصادي. وينظر إلى التحليل المستند إلى الشكل باعتباره وسيلة لزيادة التأكد القانوني وسرعة الحل. ومع ذلك فإن السلوك نفسه يمكن أن يكون إما "منافسة عادية" أو "سوء استعمال" حسب الظروف. وهناك اتجاه للتحرك بعيداً عن القواعد في حد ذاتها المطبقة على أشكال بعينها من السلوك. والتحليل الذي يستند إلى الآثار يستهلك الوقت والموارد بقدر أكبر ولكنه قد يؤدي إلى عدد أقل من الأخطاء. وهناك تحرك في اتجاه تحليل الآثار الاقتصادية للسلوك، بما في ذلك تحديد أي من "اختبارات الأثر" سيكون ملائماً للاستعمال في كل ظرف بعينه.

٣٥- وقد وضعت عدة اختبارات للآثار الاقتصادية لمحاولة فصل السلوك المشجع للمنافسة عن السلوك المناهض للمنافسة^(١٠). ولا يوجد اختبار وحيد يلائم جميع الحالات. وتشمل هذه الاختبارات ما يلي:

- (أ) اختبار التضحية بالربح؛
- (ب) اختبار عدم وجود منطق اقتصادي؛
- (ج) اختبار الشركة ذات الكفاءة المتساوية؛
- (د) مختلف اختبارات موازنة مصالح المستهلك.

٣٦- وفي اختبار التضحية بالربح يكون السؤال هو: "هل ستكون هذه التضحية بالربح في الأجل القصير منطقية إذا لم يكن من شأن السلوك القضاء على المنافسة أو تقليلها؟" وهذا الاختبار مفيد في حالات التسعير الافتراضي ولكنه مفيد أيضاً في بعض أنواع أخرى من الحالات - مثل السلوك الاستبعادي الذي لا يستعمل أسعار تقل عن التكلفة - ولا يعطي نتائج موثوقة، إذ إنه مثلاً لا يلتقط "رفع تكاليف المنافسين" أو الاستبعاد الرخيص. (الاستبعاد الرخيص يعني إجراء استبعادي لا يكلف الشركة القائمة به كثيراً. وهو يشمل تزييف وتشويه صورة منتجات المنافس أو المشاركة في هيئة لوضع المعايير بطريقة تستبعد المنافسين في نهاية المطاف.) كما أنه يلتقط السلوك الذي يؤدي في وقت واحد إلى زيادة مصالح المستهلك واستبعاد المنافسين، وهو سلوك مستصوب في قوانين بعض البلدان.

٣٧- وفي اختبار عدم وجود منطق اقتصادي يكون السؤال هو: "هل ينطوي هذا السلوك على منطق اقتصادي لو أنه لم يتجه إلى القضاء على المنافسة أو تقليلها؟" وأي تضحية بالربح ليست ضرورية ولا كافية. ويلتقط هذا الاختبار السلوك الذي يتجه إلى القضاء على المنافسة عندما تكون الفائدة الاقتصادية الوحيدة للشركة ناجمة عن هذا الاتجاه. ولكن الاختبار لا يكتشف السلوك الذي ينطوي على منطق اقتصادي لأنه يؤدي إلى زيادة الكفاءة وتقليل المنافسة في وقت واحد. ويلتقط هذا الاختبار السلوك المستصوب في قوانين بعض البلدان.

٣٨- وفي اختبار الشركة ذات الكفاءة المتساوية يكون السؤال هو: "هل من المرجح أن يؤدي هذا السلوك إلى استبعاد منافس يعادل الشركة المهيمنة في الكفاءة على الأقل؟" ويحتج المعارضون بأن هذا الاختبار يسمح للشركة القائمة باستبعاد الداخلين الذين قد يتسمون في نهاية الأمر بنفس القدر من الكفاءة التي تتسم بها الشركة القائمة، وأن الشركاء المنافسين الأقل كفاءة قد يزدون من الرفاه. ويحتج مؤيدو هذا الاختبار بأن دخول المنافسين غير الأكفاء أمر يؤدي إلى الإهدار والضرر في الأجل الطويل إذا لم تستطع الشركات المهيمنة القضاء على المنافسين من خلال الكفاءة الأعلى. ومقياس متوسط التكاليف المتغيرة الذي يستعمل في حالات التسعير الافتراضي، هو تطبيق لهذا الاختبار: أي أن التسعير الذي تقوم به الشركة المهيمنة ويزيد عن متوسط التكاليف المتغيرة لا يمكن أن يستبعد شركة بنفس القدر من الكفاءة.

(١٠) تتابع هذه المناقشة عن كتب ورقة منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (٢٠٠٥).

٣٩- وفي اختبارات رفاه المستهلك يكون السؤال هو: "هل يتجه هذا السلوك إلى تقليل رفاه المستهلك برفع الأسعار أو تقليل الناتج؟" وهذه الاختبارات يصعب تطبيقها إذا كان من المرجح أن السلوك سيقبل رفاه المستهلك ويزيد كفاءة الشركة في الوقت نفسه. ويحتاج مؤيدو هذا الاختبار بموازنة الآثار في هذه الحالات ولكن إذا كان المحكمون سيضعون ببعض التقديرات التقريبية (ربما تكون هذه الحالات هي الأكثر شيوعاً) فإن الانطباعات الذاتية ستقلل من إمكانية التنبؤ. ومن العسير "التأكد من أن اختبارات التوازن يمكن أن تؤدي بدقة وموضوعية وبدون تعارض" (منظمة التنمية والتعاون في الميدان الاقتصادي، ٢٠٠٥: ١١).

٤٠- ويسأل اختبار صممه البروفيسور آيملر إلهوج ولكن لم تطبقه المحاكم أو السلطات بعد، إن كان المنافسون يستبعدون لأن الشركة المهيمنة تحسن كفاءتها أو لأنها تقوّض كفاءة المنافسين.

٢- الممارسات غير التسعيرية

٤١- قد ينطوي رفض التعامل أو التوريد على مناهضة المنافسة. وبالمطبع فإن الشركات حرة في اختيار شركائها التجاريين ولكن ذلك قد يكون، في ظروف محددة، عاملاً مناهضاً للمنافسة لاستبعاد الفعاليات التجارية الأخرى أو التمييز ضدها^(١١).

٤٢- وفتح تحقيق في زمبابوي استجابة لادعاءات تتعلق بسوق مقطوعات خيوط الأقمشة. فقد تبين أن شركة منسوجات كادوما تسيء استعمال مركزها المهيمن بتمييزها بين العملاء من ناحية الكميات والأنواع والأسعار وذلك لتشجيع شركة تملكها زوجة المدير التنفيذي لشركة منسوجات كادوما. واعتبر ذلك خرقاً لتشريع المنافسة.

٤٣- وكانت قضية *Fetransa*، التي حكمت فيها محكمة الدفاع عن المنافسة في بيرو، تنطوي على رفض توريد مما أدى إلى تمييز. وقد اتهمت شركة فيترانسا بأنها رفضت التعامل مع مقدم الشكوى، وهي شركة فيرسيماساك، وكانت شركة فيترانسا تستولي على امتياز خطوط السكك الحديدية في بيرو من الجنوب إلى الغرب، وكذلك قاطرات وعربات السكك الحديدية المملوكة للدولة. وأرادت شركة فيرسيماساك أن تستأجر العربات من شركة فيترانسا. ولكن شركة فيترانسا رفضت وزعمت بأنها قد أجّرت جميع العربات لشركة أخرى هي بيرو ريل. وهكذا منعت شركة فيرسيماساك من الدخول إلى السوق. وكانت شركة بيرو ريل شركة فرعية تابعة لفيترانسا. وفي حين أن الحكم الأولي قرر أن هناك مبرراً للرفض من جانب فيترانسا فقد تم الطعن في الحكم وتغير بعد الاستئناف. وأمرت شركة فيترانسا بأن تنهي التمييز وأن تمتثل لبند عدم التمييز في عقد الامتياز.

٤٤- وادّعي أن منتجاً وموزعاً للوقود في بيرو، وهي شركة بترو بيرو، تميز بين الموزعين حيث ترفض تأجير أماكن التخزين لغاز البترول المسيل لشركات داخلية في اتحاد. وبدلاً من ذلك قامت بتأجير هذه الأماكن لشركة

(١١) القضيتان ٧٣/٦ و ٧٣/٦، *Commercial Solvents v. Commission*، حيث كانت الشركة المهيمنة تعطي الأفضلية لإحدى الشركات الفرعية والقضية ٧٨/٢٢، *Hugin Kassaregister v. Commission*، حيث أثبتت الشركة عزمها على العمل في أسواق المصب وكذلك لخدمة آلاتها الخاصة، وهو ما كان يمثل استبعاداً للمنافسين في هذا السوق الذين كانوا يطلبون قطع غيار للآلات.

أخرى هي شركة لياماغاس، التي لم تكن جزءاً من ذلك الاتحاد، من أجل منع الواردات ولحماية المبيعات المحلية. وصدر الحكم الذي قضى بأن الشركة مذنبه بسبب التمييز.

٤٥- وفي قضية تشيكية في عام ٢٠٠٧ تتعلق برفض المورد المهيمن للغاز الطبيعي وهو شركة آر دبليو إي ترانسغاس. وكانت شركة آر دبليو إي هي المورد المحتكر للغاز في البلد. وكانت تسيطر على ٦ من كبار موزعي الغاز الإقليميين الثمانية في البلد ولها مصالح كبيرة في الشركتين الأخريين. وتبين أنها أساءت استعمال هيمنتها حيث رفضت التعاقد مع موزعين مستقلين إلا إذا تضمنت العقود أحكاماً (تنص على أسعار وشروط للتبادل) تمنع الموزعين المستقلين من التنافس بفعالية ضد الشركات الفرعية. وبالإضافة إلى ذلك رفضت شركة آر دبليو إي ترانسغاس تقديم الغاز إلى "العملاء المؤهلين" (أي عملاء الغاز الكبار الذين يسمح لهم قانوناً بشراء الغاز من أي مكان) خارج منطقة موزع الغاز الإقليمي التي "ينتمي" لها العملاء. وتبين أن ذلك كان يعني استبعاد المنافسين ويحد من خيارات العملاء.

٤٦- ويتصل مبدأ التسهيلات الجوهرية اتصالاً مباشراً برفض التوريد. وهو ينص على الحالات التي يمكن أن تطالب فيها الشركة بالسماح بإمكانية الوصول إلى أي تسهيل. وقد يكون التسهيل الجوهرية منتجاً مثل المواد الخام ولكنه قد يكون أيضاً موانئ أو مطارات أو نظم توزيع أو شبكات أو حقوق ملكية فكرية^(١٢) وتحدد ورقة المناقشة الصادرة عن المفوضية الأوروبية خمسة شروط لأي تسهيل جوهرية: (أ) أن يمكن وصف السلوك بأنه رفض التوريد؛ (ب) أن تكون الشركة مهيمنة؛ (ج) أن يكون العنصر المدخل لا غنى عنه؛ (د) أن يكون من المرجح أن الرفض سيؤثر تأثيراً سلبياً على المنافسة؛ (هـ) عدم وجود المبرر الموضوعي. ومع ذلك، هناك مناقشات كثيرة حول نطاق مبدأ التسهيلات الجوهرية (بل ووجوده في بعض الولايات القضائية). ويلاحظ بعض المعلقين أهمية توفير حوافز للشركات الخاصة للقيام بالاستثمارات وأن التوسع في تطبيق مبدأ التسهيلات الجوهرية يثبط هذا الاستثمار. ويلاحظ آخرون أن التنظيم الفعال لشروط الوصل التي تضعها هيئات تنظيم القطاعات يمكن أن يلغي ضرورة مبدأ التسهيلات الجوهرية في تلك القطاعات.

٤٧- وفي الجمهورية التشيكية جرى تحقيق في منع استعمال محطة حافلات بما في ذلك نظام المعلومات. فقد كانت شركة CSAD - ليبيريك توفر النقل بالحافلات على الطريق بين براغ وليبيريك، وتقوم بتشغيل محطة الحافلات الوحيدة في ليبيريك. ورفضت هذه الشركة قيام الشركة المنافسة مقدمة الشكوى، وهي وكالة الطلبة، باستعمال محطة الحافلات في ليبيريك ونظام المعلومات المتوفر هناك. وكانت النتيجة أن الركاب لم تكن لديهم معلومات عن مواعيد قيام حافلات وكالة الطلبة ولم تستطع وكالة الطلبة أن تستعمل محطة الحافلات، وهو ما كان سبباً في مضايقة الركاب. وصدر الحكم الذي قرر أن شركة CSAD قد أساءت استعمال مركزها المهيمن.

٤٨- ويمكن أن تشكل حقوق الملكية الفكرية عائقاً قانونياً أمام الدخول. فحقوق الملكية الفكرية تعطي حقوقاً حصرية مؤقتة. وهي تشجع الشركات على الاستثمار وتحمل المخاطرة، وهو ما يشجع على المنافسة الدينامية.

(١٢) Commercial Solvents. Also Van Bael I and Bellis J-F (2005). *Competition Law of the European Community*. 4th ed. Kluwer Law International: 955

ولكن حقوق الملكية الفكرية لا تنشئ احتكارات بالضرورة، نظراً لأن المنافسين في كثير من الحالات لا يحتاجون إلى الحصول على حقوق الملكية الفكرية للتنافس في نفس السوق. ونظراً لأن حقوق الملكية الفكرية وقوانين المنافسة تتشابه في أهدافها السياسات العامة فإنها تعتبر عادة سياسات تكملية وليست سياسات متنازعة.

٤٩- ونظراً لأهمية التنافس الابتكاري في التنمية الاقتصادية فإن الترخيص الإلزامي لحقوق الملكية الفكرية يكون نادراً جداً. وفي قرار أخير نسبياً طالبت محكمة العدل الأوروبية بالتريخيص الإلزامي. ففي قضية *IMS* (القضية C-418/01 ECR I-5039) لم تقتصر المحاكمة على المطالبة بالشروط التي تفرض التوريد على الشركة (انظر التسهيلات الجوهرية أعلاه) ولكنها طالبت أيضاً بشرط إضافي وهو أن تعتزم الشركة التي تطلب الترخيص بأن تنتج حقاً سلعة جديدة أو خدمات جديدة قد يتطلبها المستهلكون (الفقرة ٤٩) (منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، ٢٠٠٦: ٢٠٧). ولم تتناول أي ردود على استبيان الأونكتاد الترخيص الإلزامي ولكن انظر مثال جنوب أفريقيا أدناه.

٥٠- وتنطوي ترتيبات التعامل الحصرية على إمكانية إساءة الاستعمال. فهنا يكون العميل مضطراً إلى شراء منتجات من الشركة المهيمنة وحدها. ويمكن استكمال ذلك بشروط تسمى "الشروط الإنكليزية" التي ترغم العملاء على التبليغ عن أي عروض أفضل من عروض الشركة وفي بعض الحالات ذكر اسم مقدم العرض. ويمكن الحكم على العقود التي تتضمن شروطاً تؤدي إلى الاستبعاد بأنها تنطوي على سوء الاستعمال حتى ولو لم تكن تتطلب الاستبعاد صراحة^(١٣).

٥١- وفي قضية كرواتيا في عام ٢٠٠٧ في قطاع الاتصالات قررت سلطة المنافسة وجود سوء استعمال الهيمنة من جانب شركة هيرفاتسكي تليكوميونيكاسي إتش تي وشركة تي - موبايل هيرفاتسكا. فقد فرضت شركة إتش تي وشركة تي - موبايل هيرفاتسكا المرتبطة بها عقداً إطارياً على ٢٣ عميلاً "رئيسياً" بأحكام زادت من عوائق الدخول. وكانت هذه الأحكام تقضي بأن يبلغ العملاء شركة إتش تي وتي - موبايل بالعروض الجديدة المقدمة من منافسي الشركتين. وكان على العملاء أيضاً قبول عروض إتش تي وتي - موبايل إذا تساوت مع نفس المنتجات المقدمة من منافسيهما أو كانت ذات سعر أقل أو نوعية أعلى. وتبين لسلطة المنافسة أن الأحكام تنطوي على سوء استعمال وطلبت إلغاء هذه الأحكام أو تعديلها.

٥٢- وفي فرنسا كانت إحدى القضايا تنطوي على اتفاقات حصرية في مجال البث التماثلي الهيرتزي للأرض من الخدمات التليفزيونية. وهذه الاتفاقات طويلة الأجل (سبع سنوات) كانت قد وقعت قبل فتح القطاع للمنافسة بعدة أسابيع فقط. ووافقت ثلاث قنوات تليفزيونية عامة كبرى على استعمال البنية الأساسية لشركة البث الفرنسية (TDF) في البث مع استثناءات طفيفة جداً. وسوف يعاد استعمال معظم الشبكة لأغراض البث

(١٣) قرار المفوضية في قضية *فان دن برج فودز ليميتد* (٥٣١/٩٨)، والقضية ١١-٣-٩٨، OJ L.246، ص ١، الفقرة ٢٦٥. وكانت الشركة زودت تاجر التجزئة بصندوق تجميد لمنتجاتها من الآيس كريم (المثلجات) وحظرت على تاجر التجزئة استعماله لأصناف المثلجات المنافسة. وأعلنت المفوضية أن "تأثير اتفاق صندوق التجميد الخاضع لشرط الاستبعاد هو نفسه التأثير الناجم عن أي تدبير آخر يتخذ مزود مهيمناً يستبعد المنافسين من التعامل مع تجار التجزئة المذكور".

التليفزيوني الرقمي للأرض. وتبين لمجلس المنافسة أن الاتفاقات تغلق السوق أمام التليفزيون التماثلي وتعوق الدخول إلى السوق. وقبلت اللجنة التزامات من شركة البث الفرنسية بتعديل العقود لإلغاء الشروط الحصرية.

٥٣- وقد ينطوي الربط على سوء الاستعمال. ففي هذه الحالة تقوم الشركة المهيمنة بعملية "ربط" المنتج باشتراط بيع المنتج الرابط ببيع المنتج "المربوط". ويمكن اعتبار هذه الممارسة من سوء الاستعمال إذا استعملت للتهرب من تنظيم الأسعار أو إذا كانت تستبعد المنافسين في السوق المربوط. وقد تطور أحد الاختبارات في قانون السوابق الأوروبية ويتمثل فيما يلي: "(أ) أن تكون السلع الرابطة والمربوطة من نوعين منفصلين من المنتجات؛ (ب) أن تكون الشركة المعنية مهيمنة في سوق المنتج الرابط؛ (ج) أن الشركة المعنية لا تعطي عملاءها اختياراً للحصول على المنتج الرابط بدون المنتج المربوط؛ (د) أن يمثل الربط إغلاقاً للمنافسة"^(١٤). وتحيط عدة مسائل اقتصادية معقدة بالعنصر (د).

٣- أمثلة إنفاذ قانون المنافسة للمساهمة في التنمية

٥٤- رأى جميع أصحاب الردود على استبيان الأونكتاد أن حالات سوء استعمال الهيمنة تقيد أو تمنع التنمية الاقتصادية في بلدانهم.

٥٥- ففي جنوب أفريقيا كانت إحدى القضايا تتعلق بضيق فرص الوصول إلى أدوية فيروس نقص المناعة البشرية/الإيدز، واعتبر قانون المنافسة أداة من أدوات السياسة العامة للمساعدة على الحفاظ على الأرواح.

٥٦- ويمكن أن يؤدي تدخل وكالة المنافسة إلى زيادة فرص الوصول إلى الخدمات المحلية الحيوية، التي تعزز بدورها التنمية الاقتصادية. وقدمت بلغاريا والجمهورية التشيكية في ردودهما على الاستبيان أمثلة لحالات تتعلق بالنقل بالحافلات بين المدن.

٥٧- وتدخل وكالات المنافسة مراراً في الخدمات العمومية مثل الكهرباء والاتصالات والغاز والماء. ومن أحد الأمثلة على ذلك قضية الجمهورية التشيكية الموصوفة أعلاه والتي تنطوي على شركة آر دبليو إي ترانسغاس. والتدخلات في هذه القطاعات، وخاصة إذا كانت الهيئات التنظيمية القطاعية غير موجودة أو غير نشطة، يمكن أن تعزز التنمية الاقتصادية. ولكنها قد تقتضي أيضاً قدرة تقنية كبيرة ربما لا تتوفر لدى سلطات المنافسة الصغيرة أو الجديدة. وقد يكون وقوف الهيئات التنظيمية القطاعية إلى جانب المنافسة أكثر فعالية في حالة وجود هذه الهيئات. وتمثل ألبانيا مثلاً على ذلك وفقاً لما جاء أعلاه.

٥٨- وتلخيصاً لما سبق نجد أن سلطات المنافسة تتدخل مراراً لمنع سوء استعمال الهيمنة في قطاعات تدعم التنمية الاقتصادية. ويمكن أن تتراوح هذه القطاعات من محطات الحافلات إلى العقاقير الصيدلانية لإنقاذ الحياة. ومع ذلك فإن أعمال الدعوة من خلال الهيئات التنظيمية القطاعية قد تكون أكثر فعالية أحياناً من مجرد اتخاذ إجراءات الإنفاذ بصورة متكررة.

(١٤) القضية COMP/C-3/37.792، مايكروسوفت ضد المفوضية، قرار المفوضية ٢٤-٣-٢٠٠٤، الفقرة ٧٩٤.

رابعاً - التحديات التي تواجهها البلدان النامية والاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية

ألف - هدف التنمية وفقاً لمجموعة الأمم المتحدة

٥٩ - تشجع مجموعة الأمم المتحدة^(١٥) البلدان النامية على اعتماد وإنفاذ قوانين للمنافسة تناسب ظروفها الاقتصادية واحتياجاتها الخاصة بها. وجاء في الفقرة ٣ من القسم جيم: "من أجل ضمان التطبيق المنصف لمجموعة المبادئ والقواعد، ينبغي أن تراعي الدول، ولا سيما البلدان المتقدمة، في مكافحتها للممارسات التجارية التقييدية، الحاجات الإنمائية والمالية والتجارية للبلدان النامية، ولا سيما أقل البلدان نمواً، والرامية خاصة لتحقيق البلدان النامية ما يلي: (أ) تشجيع إنشاء أو تنمية صناعات محلية وتعزيز التنمية الاقتصادية لقطاعات الاقتصاد الأخرى؛ (ب) تشجيع تنميتها الاقتصادية عن طريق ترتيبات إقليمية أو عالمية فيما بين البلدان النامية".

باء - قضايا خاصة تتعلق بسوء استعمال الهيمنة في البلدان النامية والاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية

٦٠ - لا تتوفر براهين إحصائية عن سوء استعمال الهيمنة لإثبات صحة العبارات الفضاضة عن شيوع الهيمنة. أما البراهين السردية، بما فيها الردود الواردة على الدراسة الاستقصائية للأونكتاد، فهي تؤيد فكرة أن المنافسة أقل نشاطاً في البلدان النامية والاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية عنها في الاقتصادات المتقدمة. ويستعرض هذا الفصل بعض الدراسات الإحصائية والبراهين السردية.

٦١ - تستشهد ورقة العمل الصادرة عن الأونكتاد في ٢٠٠٢ (سنع، ٢٠٠٢) ببضع دراسات عن المنافسة في البلدان النامية والبلدان المتقدمة. فهناك دراسة واحدة تستعمل استمرار الأرباح بينما تستعمل دراسة أخرى رقم أعمال الشركة (الدخول والخروج) وتشير الدراستان إلى أن مستوى المنافسة في البلدان النامية والاقتصادات التي تمر بمرحلة انتقالية لا يكاد يختلف عن مستواها في الاقتصادات المتقدمة. وفي استعراض للصانعين في البلدان النامية "لم يرد ما يدعم فكرة أن الصانعين في أقل البلدان نمواً يتسمون بالركود وعدم الكفاءة نسبياً"، وهو ما يقوض أيضاً فكرة انخفاض حدة المنافسة في البلدان النامية (سنع، ٢٠٠٢: ٣-٦، مع الإحالة إلى تايوت، ٢٠٠٠).

٦٢ - وأشار تقرير المنافسة العالمية لعام ٢٠٠٧ إلى أن رخاء الأمم يتزايد مع إنتاجيتها. ويتضمن التقرير إشارات تمت مضاهاتها مع الناتج المحلي الإجمالي للفرد. وباختصار، يتأثر الناتج المحلي الإجمالي للفرد في البلدان منخفضة الدخل بالهواتف المتنقلة، وإمدادات الكهرباء بنوعية جيدة، والوصول إلى الإنترنت، والحواجز التجارية، والبنية الأساسية الأخرى، والمنافسة المحلية. وفي بلدان الدخل المتوسط يضاف إلى هذه العوامل براءات الاختراع وعدم وجود هيمنة سوقية من جانب المجموعات التجارية وفعالية سياسة مكافحة الاحتكارات على الناتج المحلي الإجمالي للفرد (المنتدى الاقتصادي العالمي، ٢٠٠٧).

(١٥) مجموعة المبادئ والقواعد المنصفة المتفق عليها اتفاقاً متعدد الأطراف لمكافحة الممارسات التجارية التقييدية، هي القرار ٦٣/٣٥ الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٠.

٦٣- "وقد تواجه الاقتصادات النامية والتي تمر بمرحلة انتقالية ضعفاً هيكلياً يجعلها أكثر عرضة للسلوك المناهض للمنافسة الصادر عن جهات خاصة. ومن المرجح أن العوامل التالية، إن وجدت، تؤثر تأثيراً سيئاً على الضغط التنافسي:

- (أ) زيادة نسبة الأسواق المحلية المعزولة عن تدابير تحرير التجارة؛
- (ب) ضيق فرص الوصول إلى المدخلات الجوهرية؛
- (ج) قنوات التوزيع المحدودة بشكل أكبر؛
- (د) زيادة الاعتماد على الواردات (المدخلات الصناعية الأساسية) و/أو الصادرات (من أجل النمو)؛
- (هـ) تعاظم دخول الحواجز الإدارية/المؤسسية التي تعترض الواردات؛
- (و) ضعف سوق رأس المال". (منظمة التنمية والتعاون في الميدان الاقتصادي، ٢٠٠٣: الفقرة ١٩).

٦٤- وقد يتولد عن الانتقال من احتكار الدولة إلى المنافسة مجالاً أوسع لسوء استعمال الهيمنة بشكل استبعادي. "وربما كان أحد المحتكرين السابقين الذين يواجهون تحدياً من الداخلين الجدد قد "ورث" مزايا من مركزه السابق، مثل الموقف المالي القوي، والسيطرة على بعض تسهيلات الشبكات، والصلات والدعم السياسي أو قد يكون قد أنشأ علاقات مع الموردين أو العملاء. وهذه الشركة المهيمنة أو "المشغل القائم" قد يكتشف طرقاً لوضع العراقيل أمام الداخلين الجدد واستبعاد المنافسين في نهاية الأمر استبعاداً فعالاً. وفي كثير من البلدان التي قام بتحرير أسواقها يجد المسؤول عن تنفيذ قانون المنافسة نفسه غارقاً إلى أذنيه في حالات لا تنتهي من ادعاءات سوء استعمال الهيمنة نتيجة اختلال التوازن بين المحتكر السابق والداخلين الجدد" (منظمة التنمية والتعاون في الميدان الاقتصادي، ٢٠٠٣: الفقرة ٢٠). وتشير الفقرة (٤)(ز) من المادة ١٩ من قانون المنافسة الهندي إلى إدراك هذه القضية، وهو عامل يمكن أن يوضع في الاعتبار عند تحديد ما إن كانت إحدى الشركات التي تتمتع بمركز مهيمن هي "احتكار أو صاحبة مركز مهيمن سواء كان مكتسباً نتيجة أي قانون أو بفضل كونها شركة حكومية أو شركة قطاع عام أو خلافه".

٦٥- وتقدم جنوب أفريقيا مثالين حاولت فيهما شركتان قائمتان الصمود أمام التحول الاقتصادي بالدخول في ممارسات استبعادية:

"ظل القطاع الزراعي في جنوب أفريقيا لمدة طويلة تحت هيمنة الشركات التعاونية للمنتجين وترتيبات التسويق القانونية وحيدة القناة. ومع تخفيض الحواجز التجارية الدولية وتطبيق الأنظمة السوقية على القطاع الزراعي تحول كثير من هذه التعاونيات ومجالس التسويق إلى شركات ملكية خاصة سعت مع ذلك إلى الحفاظ على تميزها الحصري بإعطاء التوزيع الرئيسي والخدمات الأخرى لأعضائها السابقين، وهم المزارعون ومصدرو المنتجات الزراعية. وأدى ذلك إلى كبح مقدمي الخدمات الجدد عن الدخول في القطاع الزراعي. وفي حالتين هامتين تنطويان على أسواق العنب والمواالح على التوالي ألغت المحكمة

الترتيبات المناهضة للمنافسة في الاتفاقات الأساسية التي تحكم كيانات الشركات الجديدة. وساعد ذلك على تطوير سوق لتقديم خدمات رئيسية - مثل توفير المدخلات الزراعية الرئيسية وخدمات تسويق الصادرات. وسمحت هذه النتيجة بدخول شركات جديدة في عدد من الأسواق الهامة مما حقق فوائد كبيرة لهؤلاء الداخلين الجدد وللمستهلكي الخدمات على السواء، وهم المزارعون الذين كانوا محرومين من قبل من حق التماس أفضل السعار وأفضل أنواع الخدمات " (محكمة المنافسة في جنوب أفريقيا ولجنة المنافسة في جنوب أفريقيا، ٢٠٠٤: الفقرة ١٤).

٦٦- ومن المحتمل أن سلطات المنافسة في البلدان النامية والبلدان التي تمر بمرحلة انتقالية تعالج حالات سوء الاستعمال الاستغلالية بصورة أكثر تكراراً مما تفعله سلطات المنافسة في البلدان المتقدمة. ومن الأرجح عدم وجود سلطات تنظيمية تقيد سلوك المشاريع العاملة في الأسواق الاحتكارية بطبعها (مثل توزيع الكهرباء وتوزيع المياه)، وبذلك تزداد احتمالات الاعتماد على إنفاذ قانون المنافسة.

٦٧- وقد يوجد في البلدان النامية عدد غير متناسب من الشركات المهيمنة لا لسبب سوى صغر حجم اقتصادات هذه البلدان. وتعرض ورقة مقدمة نيابة عن مالطة (بريغوريو وبوتيجيغ، ٢٠٠٣) الحجج البليغة على أن الحقائق الاقتصادية الأساسية تجعل تطبيق قانون المنافسة مختلفاً في الاقتصادات الصغيرة:

(أ) قد تكون الاحتكارات الطبيعية أكثر شيوعاً بسبب انخفاض الطلب في الاقتصادات الأصغر أو الأفقر وعدم الاتجار في بعض المنتجات؛

(ب) قد تكون الحواجز التي تعترض الدخول أكثر ارتفاعاً. ومن الأرجح أن عدد حالات الدخول قد يكون مرتفعاً مقارنة بمجموع الطلب. وقد تعتمد الحكومة بدلاً من ذلك إلى إنشاء حواجز تعترض الدخول من أجل تمكين شركات التشغيل القائمة من العمل بأدنى مستوى من الكفاءة؛

(ج) قد تكون الأسعار المرتفعة مجرد تعبير عن ارتفاع تكاليف العمليات صغيرة الحجم أو قد تمثل علاوة مخاطر للاستيراد في اقتصاد صغير؛

(د) قد تمثل الواردات نسبة أكبر من الناتج المحلي الإجمالي وقد لا تكون هناك بدائل كثيرة للواردات. وفي كثير من الأحيان، يؤدي ذلك إلى قيام الشركات المهيمنة على قنوات الاستيراد بالهيمنة على الأسواق المحلية المناظرة أيضاً.

٦٨- وتقول دوتس (٢٠٠٢) إن سلطات المنافسة في البلدان النامية والتي تمر بمرحلة انتقالية ينبغي أن تركز جهودها لمكافحة سوء استعمال الهيمنة على حالات سوء الاستعمال التي تغلق أبواب الوصول إلى الخدمات الجوهرية للشركات التجارية. والفكرة هي تقليل الحواجز أمام أصحاب المشاريع الجدد والمشاريع الصغيرة والمتوسطة. ومن أمثلة المدخلات الجوهرية المحلية "العقارات والمصارف والنقل ومخازن التوزيع والاتصالات والخدمات التجارية المهنية".

٦٩- ويقول فوكس (٢٠٠٧:١١٦) "إن ممارسات مناهضة المنافسة تتكاثر في مجالات الضرورات المادية والتجارية، مثل الألبان والمشروبات الخفيفة والجمعة والدواجن والسكر والقطن والورق والألومنيوم والصلب والكيماويات (للأسمدة) والاتصالات، بما فيها الخدمات المتنقلة، والأسمنت وغيره من مواد البناء، والنقل بما فيه النقل بسيارات النقل والشحن البحري والوصول إلى الموانئ، والغازات الصناعية والمصارف والتأمين والفحم والكهرباء. وكثير من الممارسات ممارسات محلية وتسهل الحكومة الكثير منها، وكثير منها أيضاً من خارج البلد ويؤدي إلى تقييدات تأتي من الخارج". وهي ترى أن التدخل ضد عوائق الدخول أو السلوك التمييزي من جانب المشاريع المملوكة للدولة أو التي تميزها الدولة قد ينطوي على فوائد أكثر وتكاليف أقل من التدخل لمناهضة سوء الاستعمال في البلدان المتقدمة (فوكس، ٢٠٠٧:١١٩).

٧٠- ويشمل الإصلاح الاقتصادي في كثير من البلدان إدخال المنافسة في الأسواق التي توجد فيها احتكارات حكومية سابقة. وهناك إغراء لتحويل الاحتكارات العمومية إلى احتكارات خاصة. ومن الوظائف الهامة لأي وكالة من وكالات المنافسة الدعوة إلى إنشاء هياكل تنافسية وصياغة لوائح تعزز المنافسة. ومن الأسهل بكثير فرض التغيير الهيكلي - مثل الفصل الرأسي والانقسامات الأفقية لإنشاء منافسين - قبل الخصخصة وليس بعدها. وسوف يقاوم أصحاب الممتلكات الخاصة أي تغيير هيكلي يدمر القيمة. ولهذا كان من الأمور الأساسية أن تبدأ عملية الإصلاح بالتغيير الهيكلي.

خامساً - الخلاصة

٧١- تستطيع وكالات المنافسة أن تسعى إلى تحقيق أهداف المصلحة العامة من خلال التركيز على تلك المجالات التي تنطوي على آثار هامة على المجتمع برمته. ويمكن أن تكون المنافسة في الأسواق على الضرورات المادية والتجارية، وكذلك على السلع الأساسية، التي تمثل في كثير من الأحيان صادرات هامة للبلدان النامية، عاملاً حاسماً لإحراز أهداف التنمية. ومتابعة تحقيق هذه الأهداف بفعالية قد ينطوي على كلا أعمال الدعوة - ضد خصخصة الاحتكارات وفي اتجاه إزالة الأنظمة الخاصة التي تحمي الشركات المهيمنة من المنافسة - والتدخل ضد سوء استعمال الهيمنة. وحماية المستهلكين وكفالة حرية الأعمال التجارية، بما في ذلك المشاريع الصغيرة والمتوسطة وأصحاب المشاريع الصغيرة جداً، واعتناق سلوك اقتصادي يتحرر من إساءة الشركات المهيمنة أمور تعزز التنمية الاقتصادية.

المراجع

- American Bar Association (1997). ABA Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments, 4th ed.
- Briguglio L and Buttigieg E (2003). Competition constraints in small jurisdictions. Presented at OECD Global Forum on Competition 2003. CCNM/GF/COMP/WD(2003)32.
- Competition Tribunal of South Africa and the Competition Commission of South Africa (2004). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. Presented at OECD Global Forum on Competition 2004. CCNM/GF/COMP/WD(2004)11.
- Dutz M (2002). Competition policy issues in developing and transition markets. Presented at OECD Global Forum on Competition 2002. CCNM/GF/COMP/WD(2002)35.
- European Commission Directorate General on Competition (2005). DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. December. Available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- European Commission (2004). Guidelines on the application of article 81(3) of the treaty.
- Fox E (2007). Economic development, poverty and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*. Vol. 13:101–126.
- Goyder DG (2003). *European Commission Competition Law*. 4th ed. Oxford University Press.
- International Competition Network (2007). Report on the objectives of unilateral conduct laws, assessment of dominance/substantial market power, and state-created monopolies. May. Available at www.internationalcompetitionnetwork.org.
- OECD (2003). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. CCNM/GF/COMP(2003)7. Available at www.oecd.org/competition.
- OECD (2005). Competition on the merits. Best Practice Roundtable. DAF/COMP(2005)27.
- OECD (2006). Competition, patents and innovation. Best Practice Roundtable. Available at www.oecd.org/competition.
- OECD (2007). Competition and barriers to entry. Policy Brief. January. available at: www.oecd.org/publications/Policybriefs.
- Singh A (2002). Competition and competition policy in emerging markets: international and development dimensions. G-24 Discussion Paper Series, No. 18. September.
- Tybout J (2000). Manufacturing firms in developing countries: how well do they do, and why?" *Journal of Economic Literature*. Vol. 38. March:11–44.
- World Economic Forum (2007). *The Global Competitiveness Report 2007–2008*. Available at www.gcr.weforum.org.