مدى مخالفته الاندماج والسيطرة
لأحكام المنافسة التجارية
دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت

الدكتور أحمد عبدالرحمن الملحم
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

أمام مبدأ حرية التجارة الذي يسود الاقتصاد الكويتي، يدلف العديد من التجار إلى السوق بغية مزاولة العمل التجاري، وفي المقابل تضطر طائفة منهم إلى مغادرة السوق لأسباب كانت، وبين هذا وذالك، يتراوح السوق بين التشبع الظاهر للتجار وبين التركيز الجالب لهم. ويتضمن كل من الاندماج والسيطرة دوراً فاعلاً في إقامة هذا التوازن في ظل الظروف العادية. ففي حالة التشبع يضطر التجار إلى الاندماج أو السيطرة تقليداً من عدد التجار أو حجم ممارسة العمل التجاري، وفي حال التركيز يدلف عدد من التجار إلى السوق، وذلك بغية تغطية جانب من الطلب المتزايد على السلعة.

بيد أنه أمام مبدأ حرية التجارة، ليس ثمة ضمان لاتباع هذه الميكانيكية من قبل التجار، لذا فقد يعمل على تقييد هذه الميكانيكية، بأن تسيطر شركة على أخرى أو تندمج فيهما في ظل سيادة التركيز في السوق، وقد يعمل على إيجاد عوائق لدخول التجار إلى السوق.

وقد كتب العديد من البحوث حول الاندماج، غير أنها، على العموم، لم تلتقت إلى جانب ضرورة حماية المنافسة من جراء الاندماج أو السيطرة، أي
الطرق إلى مدى مشروع الاندمج أو السيطرة من منظور حماية المنافسة، بأسلوب يؤدي الاندمج أو السيطرة إلى الاختيار أو إلى تقييد المنافسة.

وتحو الدولة على عموم مؤسساتها، بخطى متساوية نحو الاقتصاد الحر، بموجب برامج ودراسات التخصص التي تتبناها بين الفئة والأخرى، ولسنا ما طرأ على السوق الكويتية من تشجيع الاندمج او الشركات الكويتية. يبدأ بقرار التشريع الكويتي من الأحكام التي تمكن عدم تقييد المنافسة أو ولاية شركات محتكرة من جراء الاندمج أو السيطرة. لذا فقد تقدم بعض أعضاء مجلس الأمة في مشروع قانون حول المنافسة غير المشروعة والاقتصاد، تضمن النص صراحة على حظر سيطرة شركة أخري أو انضمامها فيها بقصد تفادي المنافسة.

ومن هذا المنطلق تبع أهمية هذه الدراسة. وتستاهل هذه الدراسة المنهج المقارن بين القانون الأمريكي، وخاصة المادة السابعة من قانون كلايتون لسنة 1914، والقانون الأوروبي خاصة لائحة التركيز (الاندمج والسيطرة) لسنة 1989، وسوف نطلب عليها لغرض هذه الدراسة لائحة الاندمج.

وتقسم هذه الدراسة إلى فصول هم:
الفصل الأول: تتطرق فيه للمقصود بالاندمج والسيطرة في مجال المنافسة التجارية.
الفصل الثاني: نخصصه لمدى تقييد الاندمج والسيطرة للمنافسة التجارية.

(1) قدم مشروع القانون السادة النواب: إسماعيل الشتي وجمال الكندي و أحمد النصار وعبدالله النبأري ومحفظ نهار المطيري، حول نص المشروع انظر طمعة الشمري "أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي" مجلة الحقوق - السنة 19 - العدد 1، مارس، 1995، ص 14.
الفصل الأول
المقصود بالاندماج والسيطرة في مجال المنافسة التجارية

مقدمة:
لا غرو أن سياسة أو فلسفة أي مشروع نحو الاندماج أو السيطرة هي امتداد أو استكمال لسياسة تجاه الاكتشاف أو عدم تقيد المنافسة. على اعتبار أن المشروع يرقب التصرفات التي تؤدي إلى تقيد المنافسة أو نفاذها، سيعا إلى بث المنافسة في السوق. ومن ثم فإن الاندماج بمفهومه القانوني الضيق ليس بكاف لتشمل التصرفات التي قد تمارس بغير السيطرة على السوق. ومن ثم هذه التصرفات سُمّيت شركة على أخرى سواء بشراء أصولها أو جزء كبير منها Assets Acquisition، أو بشراء أسهمها والسيطرة عليها وهو ما يطلق عليه Takeover. ويعتبر ذلك من خلال السيطرة على الإدارة في الشركة أو من خلال التأثير على قرارات الجمعية العامة. وعلى العموم فإن شراء أصول الشركة إما أن يكون مقابل مبلغ من المال وينطبق عليه أحكام عقد البيع، وإما أن يكون مقابل الحصول على عدد من أسهم الشركة، ويعتبر في هذا مبادياً اندماج بين الشركتين.

لذا يتعين إتباع الإجراءات القانونية لكل التصرفين.

ولما كان الاندماج يعجز بمفهومه القانوني الضيق الذي يستلزم القضاء الشخصية المعنوية لإحدى أو كل الشركات المنتمجة عن شمل طرق السيطرة على أخرى وتتفادي من ثم المنافسة بينهما، فقد استعمل مصطلح التركيز حتى يتفق معاً السيطرة التي تخرج عن مفهوم الاندماج، ومن ثم فليس هناك اختلاف في المبادئ القانونية التي يخص لهما كل من الاندماج أو السيطرة،

---

Blacks Law Dictionary, P. 1454.
(1) Economic Concentration in the Market وقواعد ألا تؤدي هذه التصرفات إلى التركيز الاقتصادي في السوق سواء بتكوين احتكار أو تقليد المنافسة أو تفاديها.
ونتناول فيما يلي المصمود بالاندماج والسيطرة في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وفي القانون الأوروبي (الجماعة الأوروبية أو السوق المشتركة) وفي الكويت وذلك في ثلاثة مباحث مستقلة.

المبحث الأول
تعريف الاندماج والسيطرة في الولايات المتحدة الأمريكية
تنص المادة السابعة من قانون كلتيتون بأنه بحظر استحواذ شركة أو مؤسسة على كل أو بعض أشخاص أو حصص أو موجودات شركة أو مؤسسة أخرى، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إذا كانت هذه السيطرة تؤدي إلى احتمال التقيد الجوهرى للمنافسة بين تلك الشركات أو المؤسسات أو في السوق بصفة عامة أو كان من الاحتمال احتكار في مجال السلعة وفي نطاق السوق الجغرافية.

وعلى الرغم من أن وقائع وجبات الاندماج أو السيطرة ينضمنان للذات التحليل من حيث آثارهما على السوق إلا أن قانون كلتيتون لا ينضمن عقوقية جنائية كما هو الشأن في قانون شيرمن.
ومن أجل تحليل النص من كل جوانبه سنتناول نطاق نص المادة السابعة
(المطلب الأول) ثم سنستنتج أهم النتائج التي سيترتب عن هذا النطاق، أي خلاصته
ثم سنستند إلى كيفية قياس درجة التركيز في السوق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

 نطاق تطبيق نص المادة السابعة

يقصد بالاندماج بمعناه القانوني الضيق العقد الذي تضم بموجب شركة أو أكثر
إلى شركة أخرى؛ فتنقضي الشخصية المعنوية للشركة المنضمة، وتنقضي أصولها
وصوصومها إلى الشركة الضمامة، أو تمتزج بمقدار شركأتان أو أكثر، فتنقضي
الشخصية المعنوية لكل منهما وتنقل أصولها وخصومها إلى الشركة الجديدة. 
وبين من هذا التعريف ضرورة تحقيق العديد من العناصر، وتمثل في إبرام عقد
وأن يكون بين شركتين أو أكثر، مناطة انتقال كل أصول وخصوم الشركة المنضمة
إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، بما حاصله انسداد الشخصية المعنوية لتلك
الشركات أو بعضها بعد أن كانت قائمة.

ويظهر من مطالعة التعديلات التي مرت بها هذا النص أن المشرع لا يأبه
بالتعريف القانوني الضيق للاندماج بقدر تركيزه على الأثر الذي يحدثه التصرف على
الم난فة في السوق.

فمنذ كان النص إبان إصداره سنة 1950 ينحصر تطبيقه على الشركات دون
الأفراد أو المؤسسات (1) وكذا انسداده على السيطرة من خلال الاستحواذ على أسهم

(1) حسن المصري، "الاندماج وانقسام الشركتين وانقساماً دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري،
ط ١، ١٩٨٦، ص ٦٦ - حسام الدين الصغير، "النظام القانوني لاندماج الشركات"، ط ١، ١٩٨٧،
القاهرة، ص ٢٤، ١٢٠١، يتزوج عصرًا "الاندماج القانوني لاندماج الشركات" مجلة الحقوق
١٧، ٤، ديسمبر ١٩٩٣، ص ٢٨، ٣ ط، ع، ٣٢، "الجمعية العضوية للايجابية لصدم الالدواء
الكوينية" مجلة الحقوق، ص ٢٨، ١، مارس ١٩٨٧، ص ٧١١ - ١٨٣ أحمد هMichigan "الاندماج
الشركات من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ص ١٨.

"Antitrust Analysis", p.808.
شركة أخرى، دون الاندماج حتى تدخل المشرع سنة 1980 ومد نطاق المادة السابقة، وغا ما يلي:

أولاً: الاندماج بمفهومه القانوني، حتى ولو كان الاتفاق المبرم بين الأطراف يقضي بانتقال جزء من أصول الشركة المندمج إلى الشركة الدامية أو الجديدة.  

على أن المصصود بأصول الشركة للشركة الاقتصادية، أي الذي يمكن استماعراها في العمل التجاري. فمثلاً لا يعتبر بيع أثاث الشركة أو مقر الشركة انذاماً (1)  وحسبانه مجرد بيع لعناصر مادية لا تؤثر على الكوننة المشروع الاقتصادي، بد أن بيع - مثلاً - براءة اختراع أو علاقة تجارية من تاجر إلى آخر قد يؤدي إلى الاندماج بموجب نص المادة السابقة (2) وهو ما يعتر بهGoing Business عنه بـ بمثابة الحصة السوية للشركة المندمج. إذ قالت المحكمة في دعوى Dairy Foods v. Farmers Creamery (3)  من أصول الشركة (4)  ومن الحري الإشارة بأن المادة السابقة مباشرة في حظر الاستحواذ الجزئي على أصول الشركة من قبل شركة أخرى، إذا كان من المحتمل أن تؤدي إلى التقيد الجوهري للمنافسة بين تلك الشركات أو كان مؤدياً للاحتكار، ومن ناحية أخرى وعلى الرغم من أن الاستحواذ Acquisition على أصول الشركة Federal Trade Commission v. Thatcher Mfg.Co., C.C.A. المؤدي للمسيطرة هو كما قالت المحكمة في دعوى يفدي كمصطعل مستعمل في هذه المادة ملكية الشيء (5)  بما حاصله ضرورة الانتقال ملكية الأصول من الشركة المندمج إلى الشركة الدامية أو الجديدة، إلا أن القضاء لم يكن قط حيسب هذه الفكرة بحسابه أو Lease أو Assignment قد مد نطاق هذا النص كما يشمل حالة الحوالة أو التاجير

5 F.2d 615 1925.  

(1)  
(2)  
(3)  
(4)  
(5)
الترخيص الأول(1). وهذا التفسير يتلاهما مع سياسة المشروع وفلسفة
الجادة السابقة، شريطة أن يؤدي هذا التصرف إلى التقيد الجوهري للمنافسة في
السوق أو إلى تكوين احتكار.

وتغدر الإشارة إلى أن هذا النص بمفهومه الواسع يشمل كل أنواع الاندماج,
ولن يتقرر فقط على الاندماج الأفقي horizontal Merger الذي يكون بين التجار
المنافسين، بل يسرى على الاندماج الرأسي الذي يكون بين التجار المتكاملين
الذين يعملون على مستويات مختلفة في السوق، مثل بين مصنع Vertical Merger
وتجار للجملة، وكذلك يشمل الاندماج التجميعي conglomerate Merger
بين تجار يمارسون أعمالًا تجارية مختلفة(2). وقد قضت المحكمة في دعوى
التي يشيء U.S. v. Columbia Pictures Corp. بأنها تبنت ألا يقيد في تفسير السيطرة أو الاندماج
على المنع القانوني الدقيق لأنه لفظ عام وغير محدد، وبذا يشمل طائفة واسعة من
التصرفات.

ثانياً: وقد تحقق السيطرة المؤدية للتركيز من خلال شراء تاجر أسهم
أو حصص Shares تاجر آخر، بغية تنافد المناقصة بينهما. ولا يشترط أن تقوم
الشركة بذلك كشخص معنوي بالشراء، فمن الممكن أن يضطلع المساهمون بذلك،
بدلاً من الشركة، وكيفي ذلك لإعمال نص المادة السابعة(3). ولا غرو أن الشركة
المشرفة للأسهم تستهدف السيطرة على الشركة البائعة، ويطلق على ذلك
Takeover السيطرة من خلال الأغلبية في مجلس الإدارة(4) ويفيد ذلك أن المشروع يركن إلى
مناطق التصرف، وهو هدف السيطرة. فإذا ثبت أن الشركة المشرفة للأسهم لا شأن


لها في إدارة أو السيطرة على الشركة البائعة، وإنما من أجل الاستثمار، انحسر عن هذا التصرف الحظر الوارد في نص المادة السابقة (1) على أنه إذا كانت العضوية في مجلس الإدارة متوقعة أو مخططة لها بعد الاستحواذ على الأسهم من الشركة المشتركة، كان ذلك بمثابة السيطرة التي تدخل ضمن نطاق حظر المادة السابقة (2).

ثالثًا: ويمتد نطاق هذه المادة كيما يشمل شركة المشروع المشترك التي تؤسس بين التجار بغير استثمار عمل معين أو تفاقي الوقوع بمخاطر تجارية معينة، وهو الذي يطبق عليه Joint Venture، غير أن هذا التصرف ربما لا يعتبر في بعض الأحيان من قبل الشركة في القانون الأنجلو - أمريكية، بل من الاتفاقات، وتؤدي هذه العقود إلى ملكية أو سيطرة مشتركة لأصول تجارية بين التجار (3)(4).

خلاصة:

بينما مما تقدم أنه يخرج من نطاق المادة السابقة الاندمج الذي يكون لغرض الاستثمار البحت وليس السيطرة، بحسنه غير مقيد للمنافسة. ومن باب أولى إذا قامت الشركة بالتوزيع الداخلية، أي مد نطاق نشاطها من خلال تأسيس شركات أخرى أو تكوين فروع للشركة، لأنه ليس من قبل الاندمج أو السيطرة على تاجر


آخر، ومصداقا لذلك فقد قالت المحكمة في دعوى إن هدف القانون المضاد للاندماج هو تشجيع التوسع الادخاري للشركة، لأنه أفضل اجتماعيا واقتصاديا من السيطرة.

ومن الحري الإشارة أنه ليس ثمة إخلاء بنص المادة السابعة في حال اندماج شركة أخرى على هاوية الإفلاس، لأنه لن ينتج عن ذلك تقييد للمنافسة، وهو ما يطلق عليه استثناء الشركة المفضلة أو الهاوية.

وعلى العموم ليس ثمة أثر قانوني معين بترتب على التفريع بين التصرفات التي تدرج تحت نطاق المادة السابعة، فإذا ما قرر القضاء تحقيق الاندماج أو السيطرة أو المشروع المشترك، تعين النظر إلى مقدار التقييد الذي طرأ على المنافسة في السوق، بما حاصله تعرض الحكم للطلان عند ترتب أثر قانوني مختلف نتيجة التفريع بين التصرفات التي تدرج تحت نطاق المادة السابعة.

ومن ثم يخضع الاندماج بغض النظر عن نوعة، سواء بطريق الضم أو المزج، أو كان اندماجا أقيما أو رأسيا أو تجميعا إلى ذات القواعد التحليلية، أي بالنسبة إلى الآثار التي تحدثها على المنافسة في السوق. يعني ذلك أن المشروع ينظر إلى درجة التركيز التي يحدثها التصرف في السوق، فإذا كان مؤديا


(1)

ويعتبر من قبل التوسع الادخاري تأسيس الشركات التابعة للناجر.


(3)(4)
التركيز الجوهري للمنافسة في السوق، كان التصرف الخاضع للمادة السابعة غير مشروع.

المطلب الثاني

قياس درجة التركيز في السوق

لقد أصدرت السلطة المخولة بمراقبة الاتفاقيات التي تندرج ضمن نطاق المادة السابعة، ومعملة في وزارة العدل ومفوضية التجارة المركزية، دليلاً مرشداً للاتفاقيات التي تنطوي على إخلال بقص المادة السابعة. ويركز هذا المرشد على بحث درجة التركيز في سوق السلعة. إذ تبين حدود هذا السوق من خلال مرونة الطلبة على السلعة، أي السلع المتشابهة، التي تقوم مقام بعضها البعض عند عدم توافر إحداها. ومن خلال مرونة المراعي أي مدى مرونة دخول تجار إلى السوق لغطية الطلبة المتزايد على السلعة التي صعد ثمنها. ويدخل من ضمن هؤلاء التجار الذين يقدرهم تحويل خطوط إنتاجهم خلال سنة، إلى السلعة التي صعد ثمنها نتيجة إلى زيادة الطلبة عليها.

وهكذا بطرقية أرساه المرشد من أجل رسم حدود سوق السلعة التي يتمتع فيها التجار المتماثلون بقوة اقتصادية، تمثل فيها أطلق عليه اختيار الخمسة في المائة. إذ يفترض زيادة في سعر السلعة التي تتعامل بها الشركات المتماثلة مقدارها 5% تفترض في المكان الذي تزاول فيه الشركة نشاطها وذلك خلال مدة سنة، وتحدد المنطقة الجغرافية للسوق المذكور الذي تكون فيه زيادة 5% مربحة للشركات.

References:
المندمجة، أي المنطقة التي تخلو من السلع المشابهة، أو بعبارة أخرى ليس ثمة مرونة للطلب، ولا عرض بديل للسلع.)

ويتهم المرشد على فرضية حاصلها أن زيادة التركيز تؤدي إلى احتمالات التواطؤ بين التجار، ومن ثم التحكم بأسعار السلع في السوق. ويستعمل المرشد معادلة بعية قياس درجة التركيز في السوق، يطلق عليها Index (HHI). إذ يصف النجاح وفقاً لعدد النقاط التي تعطي لهم من قبل السلطة، والتي تتراوح بين عشرة آلاف نقطة في حال الاحتكار الخالص إلى الصفر تقريباً في حالتين الاحتكار الصغير إلى الصفر تقريباً في سوق السلطة (HHI). ويقسم U.S. v. United Virginia Bankshares أفاد به القضاء في دعوى

التجاري وحجم السوق الجغرافية ومقدار العمل التجاري الخاص للمنافسة في ذلك السوق.(1) وكذا مدى ضرورة توافر تكنولوجيا حديثة للعمل التجاري، وعوائق الدخول إلى السوق.

وعلى العموم هناك بعض الملاحظات الأولية على هذا المرشد نسوقها على عجلة، أما التفاصيل فترجمته إلى الفصل القادم:

أولاً: لقد تطرق المرشد إلى موضوع التفاصيل للأحوال التي سوف تدفع السلطة المختصة للاعتراض على الانداماج أو السيطرة، وبدأ فقد تأدي المرشد الخلاف الدائر في القضاة القائم على التقارير التي قيلت بشأن الأحوال التي يعين فيها الاعتراض على الانداماج أو السيطرة، بما حاصله تحكيم التجار من توفر نوعية الأثر الذي قد يتسبب على تصرفاتهم.

ثانياً: من بين أن المرشد قد اعترف بالآثار النافعة التي قد تنجم عن الانداماج أو السيطرة، ومن باب أولى فقد الصفحة عن الآثار الضارة النافعة، لأن القانون لا يعني بالوفق، وذلك عندما قسم المرشد التركيز إلى ثلاثة مستويات، في حقبة السنين ذاته الذي يدعو إلى Warren ولهذا تجاوز المرشد عصر رئيس القضاة ضرورة إبطال الانداماج أو السيطرة لأنهما قد يؤديان إلى إحداث آثار نافعة في السوق وعلى العمل مما يضر بالمشروعة الصغرى والمتوسطة.

ثالثاً: لقد وضع المرشد حدة لخلاف الدائر في القضاء والفقه حول كيفية تحديد سوق السلطة، سواء السوق السلمي أو الجغرافي، كما سوف نتذكرون لاحقًا.

رابعًا: بيد أن هذا المرشد ليس ملزمًا للقضاء ولا حتى للسلطة التي أصدرته(2) بحسبه ليس مضمون النتيجة دائمًا. مما قد يضع الغرض من إصداره المتمثل في توفير شيء من اليقين للتجار حول الأحوال التي تدعم السلطات

---

المبحث الثاني
تعريف الاندماج والسيطرة في القانون الأوروبي

مقدمة:
لم تتضمن اتفاقية السوق الأوروبية أحكاما خاصة بالاندماج، مثلما فعلت اتفاقية الصناعة والاستدامة (ECSC) في المادة 16، التي تعطى مكانتها فردي الاعتداء في مجال صناعة الصناعة وال任职، عندما يؤدي إلى التزاحير. (1) لذا فقد ركزت مفوضية السوق الأوروبية إلى المادة 85 و86 من اتفاقية السوق الأوروبية، التي تعني بحظر تكيل أو تواطؤ التجار بغية تقيد التجارة (المادة 85) أو إساءة استخدام المركز المسيطر في السوق (المادة 86). فإذا دلفت شركة ذات مركز مسيطر في السوق إلى الاندماج مع شركة أخرى منافسة، كان ذلك بمثابة إساءة في استخدام المركز المسيطر، وتعين إبطال الاندماج. (2) بيد أن لابد من وجود أحكام يخضع لها الاندماج، بحسب عدم ملاءمة تطبيق نص المادة 85 و 86 للمشتر إليهما. وترجع العلة في ذلك إلى أن مناطق التكلل أو التواطؤ هو اتفاق بين تجارين على الأقل، بغية تقيد أو تنافس المتاحة بينهما، على أن يبقى كل واحد منها مستقل عن الآخر. بينما الوضع يختلف في الاندماج، الذي يتطلب أن يفقد أحد التجارين على الأقل استقلاله، كما يكون وحدة الاقتصادية مع التجار الآخر. ومع ناحية أخرى فليس ثمة مخالفات لنص المادة 86 المشتر إليها.

أعلاه، عند اندماج شركتين أو أكثر لا تتمتع أي منها ب مركز مسيطر.

ومن أجل سد النقص الذي يعتري اتفاقية السوق الأوروبية، فقد بادر مجلس


23
المكلفة بالقواعد

الوزراء الأوروبيين من 1989 إلى إصدار لائحة الاندماج (1). وتستند هذه اللائحة أساسًا من نص المادة 235 من اتفاقية السوق، والتي تعطي المجموعة حق اتخاذ الإجراء الضروري بغية تحقيق الأهداف العامة للمجموعة (2). وسوف تتطرق فيما يلي إلى تعريف الاندماج طبقًا للائحة المتقدمة (الملقب الأول) ثم تعقد مقارنة بين القانونين (الملقب الثاني) ثم تركز على المعيار المستخدم للتعرف على السيطرة وهو معيار التأثير القاطع (الملقب الثالث)، ومن ثم نتناول كيفية إثبات السيطرة (الملقب الرابع).

المطلب الأول

تعريف الاندماج والسيطرة في القانون الأوروبي

لم يعمل المشروع اصلاح الاندماج، بل استناداً على بلفغ عام، هو Acquisition والسيطرة Merger كي يشمل كلا من الاندماج Concentration أو والمشروع المشترك الاصطناعي Takeover أو Concentrative Joint Venture.

إذ نصت المادة 3 (1) من لائحة الاندماج على أنه يحصل التركيز في الأحوال الآتية:

( أ ) عند قيم ملزمن مستقلين أو أكثر بالاندماج Undertakings.

( ب ) ممارسة شخص أو أكثر السيطرةControllering على ملزمن واحد على الأقل، أو استحواذ ملزمن أو أكثر على سلطة السيطرة على ملزمن آخر أو أكثر سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بواسطة شراء أسهم أو أصول ذلك الملتزم.

ومن أجل فهم هذا النص بشكل دقيق، يتعين تحديد المقصد بكل من

---


O.J. 1989 papas 5, 6, and 8, L 395/1. 89 - 40.

المتزعطة والسيطرة، إلا أن المشرع عرف الثانية ولم يعبّأ بتعريف الأولي، قاصداً بذلك على ما يبدو إعطاء مفهوماً رجهاً.

وتقضي المادة 3 (3) بأن تكون السيطرة من خلال حقوق أو عقود أو أي وسيلة أخرى، تعمى حق ممارسة التأثير القاطع على المتزعم Decisive Influence الخاضع للسيطرة وعلى وجه الخصوص بواسطة:

أ) ملكية أو حق استعمال كل أو بعض أصول المتزعم الخاضع للسيطرة.
ب) حقوق أو عقود تتعلق بأثرها قاطعاً في مجال الصلح الواقعي من الإفلاس أو التصويت على القرارات الصادرة من المتزعم.

وعلى ذلك يمكن القول من وحي نص المادة الثالثة إن المشرع تصدى أو شمل ضمن متنوع المادة كلاً من الاندماج القانوني البحت، والسيطرة التي يكون لها أثر الاندماج ذاته على المنطقة، أو بعبارة آخر ساواها من حيث الأثر بين الاندماج القانوني (مادة 3/1) والاندماج الاقتصادي (مادة 3/1 ب)، الذي يعود على فكرة السيطرة. وبناء على النص المتقدم، إذا كان الاندماج القانوني لا يثير إشكالاً في تحديده (1)، فإن الاندماج الاقتصادي يعوزه بعض التوضح، بحسبه يعتمد على السيطرة التي قد تمارس من قبل شركة أو أكثر على شركة أخرى أو أكثر، وذلك من خلال الاستحواذ على كل أو بعض الأصول التجارية، أو بواسطة شراء كل الأسهم أو أغلى منها، والتي من شأنها أن تعلو تأثيرها قاطعاً على قرارات الشخص الخاضع للسيطرة من دون أن تؤثر على وجوده القانوني.

وتجر الإشارة إلى أنه لا يلزم أن تملك الشركة أغلى أسهم شركة أخرى حتى تستحوذ على السيطرة، ذلك أنه من الممكن أن يحقق التأثير القاطع من تمكنت جزء Arjomari-Prioux-Wiggins Teape كبير من الأسهم. فهي دعوى

(1) انشتر في تعريف الاندماج القانوني حسبي المصري، انديماج الشركات وانقسامها، ط 1، 1986، ص 23 - 38. طبعة الشمسي لطبعة القانونية، مجلة الحقوق، س 15، مارس 1991، ص 129 - 172.
أرجموريarty 39 في المادة من أسهم شركة وجنز وكان الباقى موزعا على الجمهور، وقد قررت منظمة السوق الأوروبية أن أرجموري تتكون بالسيطرة الأحادية على وجنز(1).
وقد تمتع شركة أو أكثر بالسيطرة على شركة أخرى، وهو ما يعرف بالسيطرة المشتركة(2). ومن المحتم أن تتكون السيطرة من شركة إلى أخرى، وتثور من ثم حصة قدرها Trafalgar وABB، تملك كل من ABB-BREL مسألة التركيز في دعوى ABB-BREL، مما أعطى الشركتين سيطرة مشتركة، وإذا قامت BREL ببيع حصةها على ABB فقد حصلت الأخيرة على السيطرة الأحادية، ومن ثم تشكل لتركز طبقا للمادة الثالثة(3).

ومن ناحية أخرى، فلم يستلزم المشرع أن تكون وسيلة السيطرة هي تملك الأسهم أو الأصول التجارية للشركة الفائضة للسيطرة، إذ من المحتم أن تؤجر شركة أصولا من أصولها التجارية، مثل تبرعات إخراج إلى شركة أخرى ومن ثم تدعو تحت سيطرتها ويتوقف من ذلك التركيز، حتى ولو كان موقفا، لأن المشرع شمل في المادة 3 - 3 - 1 أكلا من البيع وحق الاستعمال(4). وعليه فإن التركيز قد يتحقق من السيطرة على جزء من النشاط التجاري للشركة، إذا كان للشركة التي تتمتع بالسيطرة تأثير قاطع على الجزء المسيطر عليه.

وقد نصت المادة 3 - 2 من لائحة الإندماج على عدم اعتبار عمليات تنسيق النشاط التي تم بين التجار من قبل التزام، لأن كل تاجر محترف باستقلاله عن الآخر، ومن ثم لا يوجد نشاط تحت سيطرة واحدة أو مشتركة. بيد أنه يعتبر من قبل التزام قيم التاجر بتأسيس مشروع مشترك يعمل بمفاهيم متمادرة، إذا كان هذا النشاط من المحتم أن يضطلع هؤلاء التجار به بمفاهيم مستقلة، والذي لا يكون الغرض منه تنسيق

Bos, Stuyck and Wytinck, "Concentration Control in the EEC", p. 151.
النشاط التنافسي بين هؤلاء التجار أو بينهم وبين المشروع المشترك. وعلى يمكن القول
إنه لا غموض في المشروع التعاوني المشترك، على الأقل في إطار لائحة الاندمج،
خلافاً للمشروع الاقتصادي التركيزي الذي يعمل باعتباره تاجرا مستقلًا.

وقد تعن النقرة في بعض الأحيان بين المشروع التعاوني والمشروع التركيزي، لذا
تتمتع مفوضة السوق الأوروبية بسلطة تقديرية في هذا النحو. بيد أن أحكام المناصحة
الأوروبية هذه قد وضعت التاجر في حيرة من أمرهم، ذلك أنه إذا قرر التاجر تنسيق
نشاطهم التنافسي بموجب اتفاق، كانوا تحت طائلة نص المادة 85 من اتفاقية السوق،
التي تحظر أي اتفاق أو تكتل يكون غرضه أو أثره تقييد التجارة، وإذا ما قرر التاجر
تأسيس مشروع مشترك ومستقل، كان ذلك بمثابة تركيز مخالف للائحة الاندمج

وقد تقدم القول إن المشروع لم يعرف الملزم قادما بذلك إعطاءه مفهوما
عاما. وعلى العموم يمكن القول إنه بمثابة وحدة تتكون من مجموعة من الأفراد
الأموال تقوم بتحقيق هدف اقتصادي وتتمتع بالشخصية المعنوية. ويعين عدم
الخط بين الملزم وبين الوحدة الاقتصادية Economic Unity التي ابتدعها مفوضة السوق وأرساها القضاء الأوروبي في بعض أحكامه، من أجل جعل الشركة الأم أو
القابضة ملتزمة عن أفعال الشركة التابعة لها، بحبسهمها يشكلان وحدة اقتصادية إذا
كان ثمة اعتماد اقتصادي من قبل الأخيرة على الشركة الأم. وعلى فإن الملزم هو
ذلك الشخص الذي يمارس العمل الاقتصادي، والوحدة الاقتصادية هي المشروع
الاقتصادي. بيد أن القضاء في بعض الأحيان يستعمل المصطلحين على سبيل
التروادة (3)، لأن كل ملزم هو مشروع اقتصادي، ولكن هذا الأخير قد يكون من

العديد من الملفزين (1). ومن أجل تنادي الغموض الذي قد يعتر مصطلح الملفز فقد بدأت مفوضية السوق باستعمال لفظ الشخص بدلا من الملفز، وذلك تأكيداً على مفهومه الواسع (2) وحتى لا ينحصر تطبيقه على التجار فحسب، بل يمتد كي يشمل كل عمل اقتصادي يمارسه الشخص مقابل.

ومن الحري التنظيمي بأن لائحة الاندمج الأوروبي لا تنطبق إلا إذا كان للاندمج Community Dimension ومعيار هذا البعد يعتمد على المجموعة الأوروبية بعد على مقدار حجم مبيعات التجار المنتمين عالميا، إذ يعين أن يزيد على 8 آلاف مليون وحدة نقد أوروبية، وأن يكون حجم مبيعات الأثنين على الأقل من التجار المنتمين في السوق الأوروبية 200 مليون وحدة نقد أوروبية (3).

المطلب الثاني
مقارنة بين القانونين

لم يعزز كل من المشروع الأمريكي أو الأوروبي الاندمج أو السيطرة، بل عمدا إلى بيان صور أو حالات كل منهما، وذلك خلال بعض القوانين الوطنية للدول الأوروبية التي وضعت تعريفا جامعا ماعدا (4). وقد أعطى للاندمج والسيطرة مفهوما رجبا حتى يشمل كل التصرفات التي قد تعمل على تقيد المنافسة. وعلى

Bos, Stuyck and Wytime, "Concentration Control in the EEC", pp.148-149.

(1) إنها التفرقة بين مشروعين أو أكثر، انظر 28.

8
العموم فإنه يشترك كل من القانونين في الإطار العام الذي يندرج ضمنه ما يعد
اندماجا أو سيطرة، ويشمل ذلك ما يلي:

1 - الاندماج بمفهومه القانوني، سواء كان ذلك بطرق العجز أو الضم.

2 - تحويل بعض من أصول الشركة إلى أخرى، وما يتعه من حقوق والالتزامات، وهو
ما يعرف بالاندماج الجزئي، بما حاصلة بقاء كل من الشركات، دونما داع إلى
القضاء الشخصية المعنية لأي من الشركات.

3 - ليس بالزام أن يكون التصرف الناقل لملكية جزء من الأصول بيعا، فقد تتفق
الشركات على أن يكون تأجيرا للأصول لفترة زمنية تعود بعدها إلى الشركة
المؤجرة، وهو ما يمكن تسميته بالتركيز المؤقت.

4 - وقد يكون الاندماج من خلال استحواذ شركة أو أكثر على غالبية أو جزء كبير من
أسمهم أو حصص شركة أخرى أو أكثر، ويكون لها أو لهم التنافير القاطع على
الإدارة.

5 - إبرام عقود بين حملة الأسهم تخول بعضهم حق استعمال حقوق الغير من أجل
استجامعة نسبة معينة من الأصول التي تعفي ملكة السيطرة.

6 - وتلتزم بنصوص الاندماج الحاضرة على كل أنواعه، سواء كان أغلقها أو رأسيا أو
تجمعها، وذلك تأسيسا على عموم النصوص التي وردت بحلة.

7 - ولا يشترط أن يكون الاندماج بين شركات، بل إنه من الممكن أن يقع بين
مؤسسات، لأن المشروع الأمريكي نص صراحة على ذلك في المادة السابعة من
قانون كلايتون، واستعمل المشروع الأوروبي مصطلح الملزم الذي يشمل كل
شخص يمارس عما اقتصاديا أي بمقابل.

8 - ومن ثم لم يشترط أن يقع الاندماج بين أشخاص يمارس كل واحد منهم عملا
تجاريًا، بالمفهوم المعروف في القانون الكويتي، بل إنه من الممكن أن يقع بين
مؤسسات تمارس عملا مدنيا طالما تتحصل من وراءها على مقابل مادي.
ومن اللافت للملاحظ أن إعطاء التركيز سواء الاندماج أو السيطرة هذا التعريف
الواضح ينطوي على توجه لدى كثير من الدول. إذ يُعرف المشروع الفرنسي في المادة
39 من قانون حرية الأسعار والمنافسة الصادر في 1 - 12 - 1987 بأنه تصرف
بغض النظر عن نوعه يهدف إلى تحويل قانوني أو اقتصادي لكل أصول المتج أو
بعضها، وحقوقه والالتزامات، أو أن يكون غرضه أو أنه تمكين متج أو أكثر من
ممارسة التأثير القاطع، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على متج آخر أو
أكثر (1). وعلى العموم فإن غالبية تعريف التركيز تكمن إلى عنصرين أساسيين: هما
طريقة تكوين التركيز (الاندماج أو السيطرة من خلال الاستحواذ على الأسهم أو
الأصول)، والأثر الذي يحدث هذا التركيز سواء من شركة على أخرى (التأثير القاطع
في القرارات) أو على المنافسة بشكل عام في السوق (القيد الجوهري للمنافسة).
ذلك أنه يتمثل التأثير القاطع في الخصائص الأولى التي يسعى إليها التاجر وصولاً إلى
تقليل المنافسة. أو تعبير آخر التغيير الذي يحدث على تركيبة الشركات بفعل
الاندماج أو الآثار التي تقع على نشاط الشركات بفعل السيطرة(1).


R. Kovar, "The EEC Merger Control Regulation", 10 Yearbook of European Law, Editors (2)
لا يوجد نص يمكن قراءته بشكل طبيعي من الصورة المقدمة.
ذلك بغض النظر عن التصرف الذي بموجبه تم تحويل منفعة الشيء، أي سواء
بواستامة عقد الإيجار أو البيع الإيجاري أو البيع أو الخروج. يبني على ذلك
خروج بعض التصرفات التي لا تعطي حق استعمال منفعة الشيء. ومن مثال ذلك،
عقد الإيجار أو الرهن الرسمي، بالنسبة لأصول الشركة المدنية. ويرى هذا
الحكم على الرهن الحيائي للأصول لأنه ثمّن كانت الحيازة تتقلل للذان المترهن،
إلا أن حقوق العضوية تظل للمدين الرهن بوصفه المساهم، أما الدائن المترهن
فيفظ غريباً عن الشركة، ولا يحق له حضور الجمعية العمومية وفي هذا نصت
المادة 108 - من قانون الشركات الكوتيك "تسري على الحاجز والمرتين جميع
القرارات التي تتخذها الجمعية العامة على النحو الذي تسري به على المساهم
المجوزة أسهمه والراهن، دون أن تكون له حقوق العضوية في الشركة". لذا فإنه
لا بد من تملك الأسهم لأنه لا يمكن تحويل المنفعة والإبقاء على الملكية.

وقد وضع المشروع الأوروبي معياراً يستهدى به للتميز بين الاستحواذ التركيزي
الذي يخضع للاحالة الاندمج وبين الاستحواذ التعاوني الذي يخرج عن الإطار العام
لتلك اللاحالة، وربما تنقلبه المادة 85 من اتفاقية السوق المشتركة. إذ نصت المادة
3 - من لائحة الاندمج على معيار السيطرة الذي يحصل في "أية تصرف يعطي
إمكانية ممارسة التأثير القاطع على الشركة" ومن اللافت للنظر أن المشروع ركز في
هذا المعيار إلى التشديد، بحيث يتم تأثيرها قاطعاً أو بانداً أو نهائياً من الشركة
المسيطرة على الشركة المسيطر عليها، إذ يمكن مقارنة هذا التشدد بالمعيار الذي
أرساه المشروع البريطاني، الذي يتطلب فقط مقدرة على التأثير في سياسة الشركة
المسيطر عليها (1). أو المعيار الذي أخذته محكمة العدل الأوروبية قبل صدور
اللاحالة، وذلك في دعوى Philip Morris (2) التجري للشركة المسيطر عليها (2) دونما أن يكون قاطعاً.

Tim Frazer, "Monopoly, Competition and the Law", p.90.
2671.
وعلى العموم فإن معيار التأثير القاطع، على ما يبدو، هو الأكثر شيوعاً في تشريعات المنافسة للدول الأوروبية، إذ أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 29 من قانون حرية الأسعار والمنافسة، وأخذ به المشرع الألماني في المادة 23-3-5 من القانون المنهاض لتفتيت المنافسة. واستقاه المشرع السويدي، بقوله إنه التصرف الذي يؤثر بشكل قاطع على السوق (1) وكذا المشرع النمساوي (2).

وعلى الرغم من شيوخ هذا المعيار، إلا أنه يعوزه التحديد الدقيق في بعض الأحيان، فهل المقصود بالتأثير القاطع، سلطة اتخاذ جميع القرارات المتعلقة بإدارة الشركة بما فيها تلك التي تحتاج إلى أغلبية خاصة أم يكفي سلطة اتخاذ القرارات العادية التي تحتاج إلى أغلبية عادية، بما حاصلة ضرورة الاستحواذ على أكثر من نصف عدد الأسهم، وهل وجود حق اعتراض قرار الأغلبية، أو ما يطلق عليه من شأن أن يمنح تحقيق المعيار المقدم. في الحقيقة للإجابة عن هذه التساؤلات يتمتع بناءً، ذي بدأ أن نعرف المقصود بسلطة التأثير القاطع، فهي وكما يوحي إليها التعبير، قيام شركة بتحديد السلوك أو النشاط التنافسي لشركة أخرى، بدون تدخل أو دونما عواقب من أحد (3) بما حاصله فقدان الشركة الخاضعة للسيطرة لاستقلالها التجاري في السوق. وعليه يمكن القول إنه ليس ثمة إجابة واحدة عن تلك التساؤلات، بحسبها تعتمد على العديد من المعطيات، وتفصيل ذلك وفقاً للأتي:

أولاً:

قد تستحوذ شركة على أكثر من نصف عدد أسهم شركة أخرى دون أن يكون لها تأثير قاطع عليها، وذلك عندما يكون للأغلبية حق اعتراض قرار الأغلبية، مما يجعله غير نافذ، بيد أنه إذا كانت أسهم الشركة مملوكة على التساوي إلى شركتين

P.F. Begg, "Corporate Acquisitions & Merger", note 16.45. (2)
Bos, Stuyck and Wytinck, "Concentration Control in the EEC", p.153. (3)


Richard Whish, Competition Law, p.707.
وعليه يبين مرونة معيار التأثير القاطع، بحسبه يعتمد على مدى تحقيق السيطرة الحقيقية، سواء كانت الواقعية أي التي تمارس أو التي من الممكن ممارستها.

ومع الأهمية يمكن تعيين مدخل السيطرة، أي الشيء الذي يمارس عليه سلطة التأثير القاطع، ذلك أن المادة 3 من لائحة الاندماج الأوروبية تتطلب أن يقع التأثير على الشركة أو يعبر أدق على الشخص an undertaking، وقد كان مشروع اللائحة ينص على أن التأثير القاطع يكون On the Activities of the Undertaking على نشاط الشركة المسيطر عليها، يذهب إعلان مفوضية السوق بشأن المشروعات مشتركة المخاطر إلى هذا الاتجاه، أي التركيز على نشاط الشركة. بينما يذهب القانون السويسري إلى أن يقع التأثير القاطع في السوق.

ولنحن نرى صواب الاستناد إلى النشاط التجاري باعتباره المدخل الذي يقع عليه التأثير القاطع، بحسبه الهدف المباشر الذي تسعى إليه الشركة المسيطرة، حتى تصل إلى الهدف البعيد وهو السيطرة على السوق، الذي يوحي إلى النص السويسري. وعلى العموم فإن التركيز على النشاط التجاري للشركة الخاضعة للسيطرة، هو الذي كان عليه القضاء الأوروبي قبل صدور لائحة الاندماج. فقد كان مناط الخلاف في دعوى Philip Morris على السيطرة على النشاط أو السلوك التجاري للشركة.

---

(1) وقد ذهب التشريع الفرنسي إلى ذلك بموجب المادة 39 من قانون حرية الأسعار والمنافسة.
المطلب الرابع

إجراءات السيطرة

لا يجب أن السيطرة ليست بحاجة إلى إثبات، عندما تكون واقعية أو فعلية، أي التي تنحل بالاستحواذ على مكتبة التأثير القاطع على الشركة المسيطر عليها، وذلك لأنها بادئة للعبان من خلال الممارسة التعاملية لها. يبدأ أن هناك أفعالاً تتم عن عزم الشركة الاستحواذ على أخرى ومن ثم السيطرة عليها، وتتبع الحاجة إلى قطع دافع هذا التصرف وهو في مراحله الأولى، ومن ناحية أخرى فقد تسحب شركة على مكتبة السيطرة على شركة أخرى، بد أنها لا تتعلق إلى استخدام هذه المكتبة، أي أن الدافع المحرك لشراء الأسهم هو الاستثمار البحث وليس السيطرة.

لمما يؤدي إلى القول بضرورة هذا التصرف بحسب أن المحظور هو أثر التصرف على المنافسة وليس الملكية بحد ذاتها. وعلى ذلك فإنه يمكن إثبات السيطرة من خلال الأمر الذي ترتيب على التصرف (الاندماج أو السيطرة) وهو الاستحواذ على مكتبة التأثير القاطع، كما تقدم، أو من خلال الغرض من التصرف أو نية. ومن ثم فقد تكون نية التصرف صريحة أو ضمنية وهو ما سوف نتناوله فيما يلي:

أولا: النية الصريحة للسيطرة:

لا تثير النية الصريحة أي إشكال في إثباتها، لأن الناجم المسيطر أو الذي يسعى إلى السيطرة، يصرح عن نيته في ذلك على الملأ، بنفس النظر عن طريقة Briggs Manufacturing Co., هذا التصريح أو وسيلة الاستدلال عليه. في دعوى ركبت المحكمة للقول بتحقق النية الصريحة للسيطرة إلى شراء المدعى عليه أسهم المدعى بسعر يجاوز سعر السوق الذي كان سائداً وقت الشراء، وذلك حتى يسمح هذا الشراء لشركةة بشكل تدريجي، فضلاً على أن المدعى عليه قد رشح سعة أشخاص لدخول مجلس إدارة المدعى (1). وقد يشترط على هذه النية من خلال التقرير السنوي للشركة الساعية للسيطرة، إذا ما دون فيه ذلك (2)

---


---

(1)
(2)
جانب آخر فقد يستوجب قانون تداول الأسهم الإعلان عن نية السيطرة إذا كان هذا هو الغرض من الشراء. (1)

وعلى النقيض فقد يستحوك الناجر على نسبة من الأسهم تخوله السيطرة لكنه يفضل على يده عن ممارساتها، حتى يتريك لمجلس إدارة الشركة فرصة العمل والمنافسة في السوق دون عوائق، بما حاصله عدم معيته لتمليك الأسهم من أجل السيطرة بل بغية الاستثمار البحت، لذا فلا ضرر على المنافسة من هذه السيطرة الخاملة. على أنه لا يكفي التعهد بعدم التدخل بإدارة الشركة من قبل الناجر الذي يشترى الأسهم بل يتعين أن يدعم هذا التعهد عولا ملحوظا وراء ممارسة فعلية، مثل التعهد بعدم دخول مجلس الإدارة، أو بعدم شراء كمية من الأسهم تتجاوز نسبة معينة، أو التعهد بعدم القيام بعمل من شأنه تقيد المنافسة بين الشركة المسيطر عليها والشركة التابعة للمسيطر أو التعهد باستعمال حق التصويت بطريقة غير مخالفة لتوجيهات أعضاء مجلس إدارة الشركة المسيطر عليها.

ثانيا: النية الضمنية للسيطرة:

قد يستدعي القضاء على نية الضمنية للسيطرة من خلال العديد من الدلالات والمؤشرات، التي يقوم بها التجار الذين يسعون للسيطرة. ومن هذه المؤشرات قيام الشركة الساحية للسيطرة إلى اتخاذ رئيس مجلس إدارتها، رئيسا لمجلس إدارة Hamilton Watch Co., v. Benrus Watch الشركة محل السيطرة، ففي دعوى استدالت المحكمة إلى نية السيطرة من خلال أولا: اقتراع الشركة المدعى عليها (الساحية إلى السيطرة) مبلغ وقدره مليون وثلاثمئة ألف دولار من أجل شراء أسهم المدعى. وثانيا: استمرار الشركة المدعى عليها بشراء الأسهم على الرغم من ارتفاع.


الذي يلزم نشري الأسهم بإعلام الشركة الباعة عن نيته بالسيطرة إذا كانت كمية الأسهم تتجاوز 5 في المائة من أسهم الشركة الباعة.

قيمتها، وذلك على مدى ستة شهور، ولم ترجع الأسهم إلى قيمتها الحقيقية إلا بعد أن توقف المدعو عليه عن الشراء، وبعد أن تكون اتحاد للتصويت بين حملة الأسهم الشركة محل السيطرة، وذلك كإجراء مضاد لاحتمال السيطرة.

وعلى العموم فإن الاستدلال على النية الضمنية للسيطرة هو من المسائل الموضوعة التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها تبعاً للواقع المعروضة عليها. وقد تبين أن القضاء يتمتع بسلطة واسعة لتقدير مدى تحقيق نية السيطرة، إذ من الممكن أن يرتك إلى معيار شخصي أو معيار موضوعي، أي سواء على التصريح المبدئ من الناجر الساعي للسيطرة أو على مؤشرات السيطرة البادية من خلال تصرفات الشركة الساعية إلى السيطرة.

المبحث الثالث

تعريف الاندماج والسيطرة في الكويت

لقد نظم المشرع الكويتي الاندماج بموجب المرسوم بالقانون رقم 16 لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية. بيد أنه لم يتصد لتعريف الاندماج، أو يقضي بعدم جواز الاندماج إذا كان من مؤدة تكوين احتكار، أو عمل على تقويد المنافسة.

برغم أن المادة 135 من قانون الشركات قد أجازت اندماج الشركة في أي شركة أو هيئة أخرى، بما حاصله إمكانية الاندماج بين المؤسسات إلى جانب الشركات، إلا أن هذا النص ملغي فيما يتعارض مع نص المادة 222 من المرسوم

114F. Supp. 307 (D.Conn.) 206 F.2d 738 (2d Cir. 1953).
(1)

(2) انظر كذلك 38
بالقانون رقم 12 لسنة 1992 والتي تستلزم أن يقع الاندماج بين الشركات، لأن كل الأحكام التي تضمنها وردت خاصة بالشركات دون المؤسسات.

ويكاد يخلو التشريع الكويتي من أية أحكام خاصة بالسيطرة، ولا ربط ذلك بضرورة عدم تقعيد المناقشة. يبد أن ثمة أحكاما متفرقة ومتنايرة وغير مباشرة. ومن مثل ذلك نصاب اتخاذ القرارات في الشركة المساهمة، إذ نص المادة 156 من قانون الشركات التجارية على أنه لكل مساهم عدد من الأصوات يعادل عدد أسهمه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأصول الممثلة. وتفضي المادة 160 على أنه تصدر القرارات بأغلبية تزيد على نصف أسهم الشركة وذللك في المسائل التي تحتاج أغلبية خاصة.

وتفيد هاتان المادةان أنه من يستحوي على عدد من الأصوات يفوق نصف مجموع أسهم الشركة، تكون له السيطرة على إطلاق وفي كل المسائل، مع الوضع في اعتبار أن المسائل العادية لا تحتاج إلى أغلبية 51 في المائة، بل الأغلبية المطلقة للأصول الممثلة حتى لو كانت أقل من نصف مجموع عدد أسهم الشركة. ولا غري أن الحكم المقدم هو الأصل في قانون الشركات التجارية بالنسبة إلى السيطرة القانونية الإيجابية، أي الخاصة بانطلاق القرارات، بيد أن السيطرة في Blocking Votes حقيقة الأمر، يمكن أن تكون سلبية، أي تمنع من اتخاذ القرارات وقد أخذ بها المشروع الكويتي بصفة استثنائية، وذلك في المادة 2 من قانون حماية المال العام التي تخول الدولة حق السيطرة والحفاظ الصلاحي لأموال الشركة إذا كانت تملك 25 في المائة من رأسمالها، مع الوضع بالحسبان أن نسبة 25 في المائة قد تخول في بعض الأحيان مكينة اتخاذ القرارات الإيجابية، لأنها قد تكون الأغلبية المطلقة للأصول الممثلة، وهي التي يطلق عليها السيطرة الواقعية.

وقد تنجح المشروع الكويتي التطرق إلى السيطرة في موضعين أساسين، الأول: يمنع فيه السيطرة، والثاني: تخول فيه السيطرة.

(1) نص المادة 156 و160 من قانون الشركات التجارية الكويتي رقم 12 لسنة 1992.
إذ قد يستوجب الأمر في الموضوع الأول النص صراحة على حظر شراء الأسهم بالقدر الذي يمكن من السيطرة وذلك مثلًا في مجال إنشاء صناديق الاستثمار، لأن الغرض من إنشائها هو الاستثمار البحت الذي يتطلب توزيع المخاطر وليس السيطرة. وقد نص المشروع المصري بأن تكون نسبة ما يستمِر في شراء أوراق مالية لشركة واحدة على 10 في المائة من أموال الصندوق، وبما لا يتجاوز 15 في المائة من أوراق تلك الشركة.(1) إلا أن المشروع الكويتي لم ينص على حكم صريح في هذا الشأن، يمنع بموجب على الصندوق السيطرة على الشركات المستمِر فيها.(2) ولما كان الأصل في الأشياء الإباحة، فإن منهج المشروع في هذا المجال هو ترك مسألة تخويل السيطرة من عده إلى اتفاق مؤسسي الصندوق والمشتركون، لذا فقد نص على أنه يجب أن يضمن نظام الصندوق البيانات التالية 18000 - أساليب وسياسات ومُخاطر الاستثمار.(3)

وفي الموضع الثاني، فقد كان متوقعاً أن يتطرق المشروع الكويتي للسيطرة وهو بعيد تنظيم الشركات القابضة(4)، إلا أنه لم يفعل ذلك أن القانون في مجمل مواده ينحو بالشركة القابضة نحو الجانب التجاري الاستثماري، أي بين غرضاً أو الهدف منها، وهو بصفة خاصة تملك الأسهم(5) دون النظر إلى الجانب القانوني، الذي يعول على صفة السيطرة التي تمارسها الشركة القابضة على الشركة المقوضة.

---

(1) نص المادة 143 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 95 لسنة 1992. حسب المصري.

(2) صندوق الاستثمار المشترك في القانون الكويتي والقانون المقر، الكويت، 1994.

(3) مرسوم بالقانون رقم 31 لسنة 1990 في شأن تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار. انظر كذلك القرار الوزاري رقم 113 لسنة 1992 بإصدار اللائحة التنفيذية للمرسوم بالقانون رقم 31 لسنة 1990.

(4) المادة 34 فقرة 18 من القرار الوزاري رقم 113 لسنة 1992 بإصدار اللائحة التنفيذية للمرسوم بالقانون رقم 31 لسنة 1990 في شأن تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار.

(5) المرسوم بالقانون رقم 177 لسنة 1992 بإضافة باب جديد إلى قانون الشركات التجارية، المواد من 266-229.

أو التابعة، أو تعبير آخر بيان الوقت الذي تغدو فيه الشركة «قابضة» في علاقاتها مع شركة أخرى. إن التعويل على النشاط الذي تمارسه الشركة القابضة، إذا أدى به القانون لا يستوجب إصدار تشريع خاص بحسب أن الأصل العام في قانون الشركات هو جزئ ممارسة الشركة أي عمل تجاري طالما نص عليه في عقد الشركة أو نظامها الأساسي، والاستثناء هو حظر بعض الأعمال على بعض الشركات أو خص بعض الأعمال (1)، إن اقتصار الشركة على شراء أسهم وحصص شركات أخرى لا يجعل منها شركة قابضة طالما أنها لم ترق إلى السيطرة القانونية أو الفعلية على الشركة الأخرى.

وعلى الرغم من أن المشروع الكويتي قد قصر حق العضوية في الشركات المساهمة على الكويتيين بموجب نص المادة 68 من قانون الشركات، ما لم تدع الحاجة إلى استئجار رأسمال أجنبى أو خبرة أجنبية، فحينئذ يجوز أن يكون بعض الشركاء غير كويتيين، ولكن شرطية ألا تكون تلك الشركات من قطاع البنوك أو التأمين. إلا أن المشروع عاد وفتح هذا الحكم بموجب القانون رقم 51 لسنة 1994، وسمح باستئجار رأسمال أجنبى في قطاع البنوك والتأمين، على أن تستلزم نسبة المشاركة الأجنبية عن 40 في المائة (2). وهذا يكون المشروع قد خول السيطرة القانونية في الشركات المساهمة لرأس المال الوطني، من خلال تطلب أن تكون نسبة رأس المال الوطني لا تقل عن 51 في المائة في الشركات على العموم، عدا شركات البنك والنقد فقد رفع المشروع النسبة إلى 60 في المائة نتيجة إلى أهمية هذا النوع من الشركات واتباعه بالمصطلح الإقتصادي العليا للدولة. بيد أنه وإن كان المشروع قد منع الأجانب من السيطرة القانونية

(1) انظر تنصيص المواد 22 و94 و187 من قانون الشركات التجارية.
(2) وتجدر الإشارة إلى أن القانون الياباني يحظر على الشركة أن تقتصر عملها التجاري على الاستحواذ على أسهم أو حصص الشركات الأخرى، ما لم تكن شركة قابضة تأسس شركة تابعة لها وممارس كل مما ذكر في أعلاه أو أعمال متكاملة، أي أنه يتبع على الشركة القابضة ممارسة عمل تجاري إلى جانب تملك أسهم الشركات الأخرى.
(3) مادة 58 من القانون رقم 51 لسنة 1994 في شأن تعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية رقم 15 لسنة 1970.
على الشركات (1)، فإنه لم يحظى السيطرة الفعلية، التي ربما تتحقق لرأس المال الأجنبي، حتى لو أن نسبة مشاركته لا تتجاوز 40 في المائة، ذلك أن المستثمر الأجنبي عادة يدخل بصفته شخص واحد، بينما المساهمة في رأس المال الوطني متاثرة على المواطنين على شكل وحدات صغرى، مما يعني للمستثمر الأجنبي فرصة السيطرة الفعلية على الشركة الكويتية.

ولما كان قوام السيطرة هو صيورة شركتين أو أكثر تحت إدارة واحدة، أو ممارسة شركة على أخرى سلطة التأثير القاطع في قراراتها، فقد نصت المادة 151 من قانون الشركات على أنه لا يجوز لعضو مجلس الإدارة أن يشترك في إدارة شركة مشابهة أو منافسة لشركته (2). وينطوي هذا النص على بعض القصور في حماية المنافسة من جراء أفعال السيطرة، بحسبه لا يتعلق إلا على الشركات دون المؤسسات، إلى جانب خصوصيته بالشركات التي يكون لها مجلس إدارة، وتعلقه بالشركات المنافسة أو المشابهة في الأعمال.

وتزامناً على ذلك فقد نص مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاختكار على أنه يحظى القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع مسرورية من تجارة بالمخالفات أو الأصول السريعة في المعاملات التجارية، ويكون من شأنها إعاقة التجارة بتقييد المنافسة أو تفاديها في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة بوجه خاص 1800 - سيطرة شركة على أخرى أو اندماجها فيها بقصد تفادي المنافسة.

(1) انظر نصوص المواد 6 و 12 و41 و191 من قانون الشركات رقم 15 لسنة 1970.
الفصل الثاني
مدى تقييد الاندماج أو السيطرة للمنافسة التجارية

مقدمة:
تركز الفصل الأول على بيان المعظوم بالاندماج والسيطرة المؤديان إلى التركيز الاقتصادي، وذلك على صعيد القانون الأمريكي والقانون الأوروبي، ونحاول فيما يلي البحث في الأحوال التي يكون فيها الاندماج أو السيطرة غير مشروعين، وذلك من منظور تقييد المنافسة، أو تعبير آخر، من تكوين هذه التصرفات مقدمة للمنافسة ومن ثم تغذو غير مشروعة.

المبحث الأول: في القانون الأمريكي.
المبحث الثاني: في القانون الأوروبي.
المبحث الثالث: في الكويت.

المبحث الأول
مدى تقييد الاندماج أو السيطرة للمنافسة في الولايات المتحدة الأمريكية

مقدمة:
تقدم القول إن المادة السابعة من قانون كلاينتون تقضي بعدم مشروعة الاندماج أو السيطرة إذا كان من المحتمل أن تؤدي إلى التقييد الجوهري للمنافسة أو إلى تكوين اختكار. ولقد كان قانون شيرمان في المادة الأولى منه، قبل صدور قانون كلاينتون، هو الأساس الذي بموجبه يوقف على مدى مشروعة الاندماج أو السيطرة، تأسسيًا على أن تلك التصرفات بمثابة الاتفاقات أو التكاملات التي تعمل

43
على تقديم المنافسة، وهو الذي تحظره المادة الأولى من قانون شيرمان (1). بيد أن الظروف الاقتصادية التي مرت بها الولايات المتحدة في تلك الحقبة، في بداية القرن العشرين، وخاصة اتجاه الاقتصاد نحو التركيز والاحتكار (2)، وابتداع القضاء الأمريكي قاعدة السبب Rule of Reason للقول بمدى مشروعية بدلا من تحريمه بصفة مطلقة Per se، وقد ألمت على المشروع الأمريكي إصدار قانون كلايتون، حتى يكون ثمة تشدد في نظر دعاوى التركيز الاقتصادي الناجمة عن الاندماج أو السيطرة (3).

و وهذا الشرف من قبل المشروع الأمريكي قد تتجلى سنة 1950 عندما نفحت المادة السابعة من قانون كلايتون كي يمتد الحظر ليس فقط إلى السيطرة من خلال الأصول بل أيضا إلى الاستحواذ على الأصول، ومن ثم ردم المشروع ثمة في التشريع.

وسوف نندرك فيما يلي إلى:

المطلب الأول: نص المادة السابعة. المضمون وسياسة التطبيق.

المطلب الثاني: تعيين حدود السوق الذي تنطوي فيه المنافسة.

المطلب الثالث: المقصود بقيود الاندماج أو السيطرة للمنافسة التجارية.

المطلب الرابع: رأينا في الموضوع.


المطلب الأول

المضمون وسياسة التطبيق (نصوص المادة السابعة)

تنص المادة السابعة من قانون كلايتون على أنه يجوز على أي شخص يمارس العمل التجاري الاستحواذ، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، على كل أو بعض أسهم أو أصول شخص آخر يمارس العمل التجاري، إذا كان من المحتمل أن يكون أثر هذا التصرف التقني الجوهري للمنافسة أو يعمل على تكوين احتكار.

وبناءً من هذا النص أن المشروع يتوجب لمحكم بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة، أن يكون من الممكن أن تؤدي هذه التصرفات إلى التقيد الجوهري للمنافسة أو إلى تكوين احتكار. بيد أن المشروع الأمريكي لم يضع معياراً يستشهد به للقول بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة، لأنها قد تؤدي إلى التقيد الجوهري للمنافسة أو تكوين احتكار، بمعنى، مثى تكون هذه التصرفات مقدمة للمؤدي في أن شكل جوهري؟ لقد ترك المشروع حكم هذه المسألة إلى القضاء، على الرغم من أن مشروع قانون كلايتون كان يتضمن بعض الإشارات إلى تلك المعايير. ومن ذلك النمو الشركة الدامجة أو الجديدة أو السيطرة إلى درجة من شأنها أن تؤثر على منافسها تأثيراً قاطعاً، أو أن يؤدي التصرف إلى إسقاط عدد مفرط من المصدرين من السوق، أو إن يعمل التصرف على تكوين علاقة بين البائعين والمشترين في السوق، تؤدي إلى حرامن التجار من الفرصة العادلة للمنافسة(1).

إزاء عموم النص ومطلق فحواه وعدم بيان المشروع للأهداف التي ينبغي إعمالها وصولاً إلى إرساء سياسته نحو الاندماج والسيطرة، فقد تكون على الأقل ثلاثة اتجاهات أو مدارس، من أجل توضيح حدود وبيان المقصود بـ من المحتمل أن تؤدي إلى التقيد الجوهري للمنافسة أو تكوين احتكار، وقد تم استناد هذه المدارس من جملة الأحكام التي صدرت بشأن الاندماج والسيطرة. وغني عن

البيان القول بأن الاستناد إلى مدرسة دون الأخرى من شأنه أن يؤدي إلى نتائج مغابرة. وتهض هذه المدارس على الاختبارات الآتية:

المدرسة الأولى: تذهب إلى أنه يتعين تقسيم الاندماج أو السيطرة بالنظير إلى القوة السوقية أو إمكانية التواطؤ في السوق، وتعين الالتفات عن الأثر التفاعلي الذي قد ينتج عن هذه التصرفات.

المدرسة الثانية: تذهب إلى أنه يتعين القول بمشروعة الاندماج أو السيطرة التي ينتج عنها أثر نافع في السوق، أو على الأقل، يتوجب أن يكون هناك دفاع للشركات المندمجة قائم على الأثر التفاعلي.

المدرسة الثالثة: تذهب إلى أنه يتعين القول بعدم مشروعة الاندماج لأنه يؤدي إلى إحداث أثر نافع في السوق، الذي قد يضر بالمنافسين.

وعلى فئات اختيار هذه المدارس أغلب من اختلاف الأهداف التي تستند إليها كل مدرسة، إذ أن المدرسة الأولى تسعى إلى حماية السوق من المراكز السيطرة أو الاتفاقات التي تقيد المنافسة. وتستهدف المدرسة الثانية تحقيق مصلحة العملاء بحماية الاتناف من الأثر التفاعلي الذي نجم عن الاندماج أو السيطرة. بينما تسعى المدرسة الثالثة إلى حماية صغار التجار والمشروبات المتوسطة.

ويجر الإشارة إلى أن القضاة ومنذ إصدار قانون كلايتيون وحتى عقد السبعينات وهو يتع المدرسة الثالثة التي تدعو إلى حماية المشروبات الصغيرة، من الشركات الاعتقادات Brown Shoe Co., v. United States. في دعوى العملة. فهي تدعو إلى أن هدف المشروع هو تطوير المنافسة من خلال حماية المشروبات الصغيرة.


Robert H. Bork, The Antitrust Paradox, p.206 (3)

Robert N. Bork, The Antitrust Paradox, p.203, 205. (4)
المحلية، وأنه ولاكن كان من شأن المشروعات العملاقة تخفيض سعر السلعة، إلا أنه يؤدي إلى إحباط هذا الهدف. وعلى العموم فإن القضاء يعلي في الوقت الراهن نحو المدرسة الثانية، وذلك بنية الاستفادة من الآثار النافعة التي تنجم عن الاندماج أو السيطرة.

وأيا ما كانت المدرسة التي يتبعها القضاء، فإنه من اللازم في كل الأحوال تعيين المحكمة حدود السوق الذي تمارس فيه الشركات المتهمة أو الشركة المستورة والمسيطر عليها، أعمالها التجارية، وذلك بنية الوقوف على مقدار المنافسة التي قبته، وما إذا كانت ترقى إلى التقيد الجوهري، وحتى تتمكن المحكمة من هذه المهمة، لابد من تعريف أولا السوق السّلعي (Product Market) وثانيا السوق الجغرافي (Geographic Market). وعلى هذا فإن شروط إعمال نص المادة السابعة هي أولا تعيين حدود السوق، وثانيا ببحث مدى تلقيد المنافسة فيه.

ويوم ما سوف نتطرق إليه فيما يلي:

المطلب الثاني

**The Relevent Market**

تعيين حدود السوق تقدم القول إن الوقوف على حدود السوق الذي تمارس فيه الشركات المندمجة نشاطها من أجل التعرف على مقدار المنافسة التي قبته، يتطلب تحديد أمرين هما البعيد السّلعي والبعد الجغرافي. وذلك بموجب نص المادة السابعة التي تتطلب التعرف على درجة تلقيد المنافسة في أي عم تجاري.

In Any Line of

In Any Section of the

Commerce

Country

الفرع الأول
السوق السلعي

لقد استعان القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية بمنهجين لتحديد السوق السلعي للعمل التجاري الذي تمارسه الشركات المندمجة والمسيطرة والخاضعة (Cross-elasticity of demand، ويعتمد هذا المنهج على تبين مدى مرونة الطلب على السلع المشابهة أو السلع التي تقوم بدور متماثل أو مشابه من وجهة نظر العملاء، بحيث إذا لم توجد السلعة (أ) فإنها يشار إلى السلعة (ب) بحسبان السلعتين تقومان بذات الغرض. أما السلعة الثانية وهو العرض البديل للسلعة (Supply Substitutability) فإنه يفترض عند ارتفاع سعر السلعة دخول تجار آخرين إلى السوق بغية توفير ذات السلعة أو سلة مشابهة لنقطة الطلب.

أولا: المنهج الأول: الطلب البديل:

من المعروف أن أي زيادة نظرًا على سعر سلعة معينة تؤدي عادة إلى انضراج العملاء إلى سلعة أخرى مشابهة، تقوم بذات الغرض أي إشباع ذات الحاجة. ففي قالت المحكمة إنه يحدد سوق السلعة بواسطة التبادل العقول بين السلع من قبل العملاء أو مرونة الطلب بين السلعة ذاتها وغيرها. ونهتدي من قول المحكمة إنه يعني أن يكون شبه تشابل بين السلع في الاستخدام بحيث تقوم كل سلعة مقام الأخرى في الأداء المطلوب، ومن ثم يكون هناك تحول للعملاء بين تلك السلع، التي في النهاية تضمها سوق واحدة. وإجمالاً لذلك نسوق المثال الآتي المستلهم من دعوى (1)


(1)
المحكمة إلى أن الورق الشفاف لا تضمه سوق واحدة بل يدخل في نطاق سوق الورق المستعمل للتفليج (1). وعلى أن حساب مقدار المنافسة التي قبعت عند اندماج شركة بأخرى أو السيطرة عليها، يعملان في سوق الورق الشفاف، يعين في حدود سوق ورق التفليس، الذي يحتوي على أنواع أخرى من الورق، بالإضافة إلى الورق الشفاف.

وعن البيان القول إن السلع البديلة لا تنحصر في المنتجات فحسب بل تسحب أيضا إلى الخدمات التي تقدم من التجاري (2).

ثانيا: المنهج الثاني: العرض البديل:

ويطلب المنهج الثاني بحث مدى استعداد تجار آخرين على توفير السلعة أو البديل لها عندما يكون ثمة زيادة في سعر السلعة الأصلية، أو الدخول إلى سوق الورق المستعمل (3). في دعوى Tampa Electric Co., v. Nashville Electric Co. السلكة العامة، وتحت بناء اختبار على واحد لأداء احتياجات المؤدية، وترتبي على ذلك فإن المصنع التي تحتوي على خطوط إنتاج مختلفة تكفي وفقا لمعطيات السوق واحتياجاته، أي أنه في وقت معين تقوم بإنتاج سلة وفي وقت آخر سلة أخرى ذات طبيعة واحدة ولكن استعمالات مختلفة، فإن ما يقوم المصنع بصنعه تضمنه سوق واحدة، وعلى سبيل المثال مصنع الورق فقبل افتتاح المدارس وبعد العطلة الصيفية تقوم بصناعة الدفاتر المدرسية وفي وقت آخر تقوم بصناعة ورق تفليس المنتجات أو المتطلبات الورقية. وترتبي على ذلك فإن الدفاتر المدرسية وحقائب السلع تضمنها سوق واحدة وهي سوق إنتاج الورق (4).

315 U.S. 377. (1)
Service Inc., v. Control Data Corp., 759 F.2d, 1241. (2)
Gellhrn and Kovacic, Antitrust Law and Economies, p. 376. (3)

(انظر: 49)
ثالثاً: رأينا في المنهجين: إن المنهج الأول، وهو الطلب البديل أضيق نطاقاً من المنهج الثاني، الحتمي في العرض البديل، بحيث أن المنهج الأول ينطوي على تحول العملية إلى طلب سلعة أخرى تقدم مقام السلع الأصلية، ويفترض بالطبع توافر هذه السلعة حالياً، بينما المنهج الثاني ينطوي إلى مدى استعداد التجار إلى توفير السلعة البديلة أو الأصلية، بما حاصلة وبالإرادة بدأ حقيقة التجارة الاستعداد الدائم للتجار إلى توفير السلعة، إذا لم يكن هناك عوائق لدخول هؤلاء التجار إلى السوق، كما لو كانت السلعة موسمة ببراءة اختراع تعطى حق الاحتكار القانوني.

وينبغي على ذلك أنه إذا كان هناك مشروع اندماج بين شركتي أو أكثر، وكان من مقتضى الاندماج القضاء على المنافسة بين الشركات المنتمية، فإن فرصة المضي بهذا الاندماج تكون أوفر لو ظروف القضاء على المنهج الثاني في تحديد United States v. Columbia Steel ففي دعوى سوق السلاسل. ففي دعوى United States v. Columbia Steel، حاول الادعاء العام حظر الاندماج بين شركتين بواسطة انضمام شركة United Steel إلى شركة Consolidated Steel على اعتبار أن مؤدي ذلك تقيد المنافسة في السوق، ومن ثم يوجب تبين نطاق سوق السلاسل، فهل يضم سوق صنائع الصلب فقط Plates وهو ما تخصص به الشركات أم أن السوق يشمل كل لفائف الصلب (Rolled Steel)، فإذا مال القضاء إلى المنهج الأول فلا اندماج، أما إذا مال القضاء إلى المنهج الثاني فإن الاندماج يغدو مشروعاً، لأنه لا تقيد للمنافسة، بسبب كل الصلب المنفرد يضمن سوق واحدة، تأسيساً على أن المصانع لديها من تسهيلات الانتاج ما يكفي صناعة سلع ذات طبيعة واستعمال واحد، وقد ذهب القضاء إلى المنهج الثاني.

على الرغم من رحابة المنهج الثاني وتوسيعه لنطاق سوق السلاسل إلا أنه يرمي بفطالة من الشكل حول مخاطر، فلا يبين هذا المنهج الفترة الزمنية التي يتعين خلالها

334 U.S. 495 (1948).

(1)
توفر السلعة الأساسية أو السلع البديلة لها، فمن المعروف أن العميل عادة لا يتحمل الانتظار طويلاً، فيما يقوم التاجر بإنتاج السلعة البديلة وسد النقص الذي يتعرض السوق، أي تغطية الطلب الحال.

وبعد انتهاء المحكمة من تعيين حدود سوق السلعة، يتعين الانتقال إلى المرحلة الثانية، المتمثلة في استثناء السوق الجغرافية أي الرقعة الجغرافية التي يخضع فيها التجار للمنافسة، ويطرأها المشتركون للحصول على سلعهم.

الفروع الثاني

السوق الجغرافي

حتى يكون بمقدور القضاء الوقوف على قدر المنافسة التي تثبت توجب تحديد الرقعة الجغرافية للسوق، وذلك لأن مدى سعة هذه السوق يختلف باختلاف النشاط التجاري الذي يزاوله التاجر، إذ كلما كان النشاط واسع المدى ومترامي الأطراف كان السوق أوسع، ومن ثم كان حظ مشروع الاندماج بالمفتي أوفر. ففي ذهب المحكمة إلى أن السوق Brown Shoe Co., v. United States دعوى الجغرافي للشركاء المندمجين يحصر في كل مدينة يقطنها عدد من السكان لا يقل عن عشرة آلاف نسمة، وتوجد بها فروع للشركاء المندمجين، ومن ثم يحسب مدى تقييد المنافسة في هذه المدن وليس على نطاق وطني.

ويتمتع القضاء بسلطة تقديرية في تعيين حدود السوق الجغرافية، معولاً على جملة من الاعتبارات الموضوعية، ومنها مدى امتداد خدمات الشركة إلى كل إقليم الدولة، ومحل العملاء الذين يرتبطون بعقود زمنية للاستفادة من خدمات الشركة.


(1)
(2)
ويبين أن تعيين حدود السوق له أهمية بالغة، بحساب تأثيره المباشر على اكتمال مشروع الاندمج أو إخفاقه وذلك بالنظر إلى محل المنافسة التي قد قيدت بفعل الاندمج، ومن ثم يكون دائما أمام المدعى عليه فرصة المنازعة في مدى هذه السوق، ضبقا أو انسعا، وخاصة إذا ان مشروع الاندمج بين شركتين محليتين، وقررت محكمة أول درجة تعيين حدود السوق بتلك المدينة، وخلصت إلى أنه من شأن الاندمج تقييد المنافسة بشكل جوهري، فهما يكون أمام المدعى عليه المنازعة أمام محكمة الاستئناف لأن حدود السوق تمتد مثلا إلى المدن المجاورة أو إلى كل إقليم الدولة لأنه وجد منافسة من هناك كانت تؤدي مثلا إلى تخفيض الأسعار.

وعله مما تقدم أن الخطوة الأولى التي تقوم فيها المحكمة لإعمال نص المادة السابعة تتمثل في تعيين حدود السوق، سواء الساعي أو الجغرافي، وللتمثيل Brown Shoe على ذلك بيئة ربط شطري السوق معا، فإن القضاء في دعوى الفرد أن العمل التجاري (البعد الساعي) الذي تمارسه الشركتان v.U.S. قد قرر أن العمل الجغرافي المتعمق في بيع الأحذية ينطوي إلى ثلاثة أقسام، وكل قسم بمثابة سوق مستقلة، وهذه الأقسام هي: الأحذية الرجالية والنسائية والأطفال، وأن السوق الجغرافية تمتد إلى كل المدن التي يقطنها عدد من السكان لا يقل عن عشرة آلاف، إذا كان هناك فروع للشركات.)1) وبعد ذلك تنتقل المحكمة إلى الخطوة الثانية للتعرف على مقدار أو درجة تقييد المنافسة في مجال سوق السلعة وفي محط السوق الجغرافية.


(1) للمزيد من التفصيل انظر.
المطلب الثالث

تقييم الاندماج أو السيطرة للمنافسة التجارية

(مشروعية الاندماج أو السيطرة)

مقدمة:

من المستقر عليه أن نص المادة السابعة لا يحصر إعماله في المنافسة القائمة أو الحالة، بل يمتد مضمون النص إلى المنافسة المتوقعة أو المحتملة، فضلاً عن عدم اقتضاره على النتائج القاطعة، بل يمتد حتى إلى الآثار المحتملة، وقواعدها إمكانية تقييد المنافسة، بحسب النص ينفي بأن يكون التصرف (الاندماج أو السيطرة) من الممكن، May be Substantially to Lessen Competition.

وغني عن البيان القول إنه يتوجب أن يكون احتمال التقييد معقولاً، أي مينأ على أمس موضوعية، وليس فقط مجرد الاحتمال (1)، ومن جانب آخر فإنه بمقدور السلطة المختصة الاعتراض على الاندماج أو السيطرة، ومن ثم إبطالهما، حتى إذا لم يعترض على ذلك من قبل، لأنه لا يوجد تقدم يسري ضد السلطة المختصة لصالح ذلك الاندماج أو السيطرة، طالما كان بإمكان تلك السلطة إثبات الأثر الضار للتصرف على المنافسة، بناء على الأدلة التي ظهرت بعده التصرف والقائمة على غرض أو أثر (2).

وقد تم الاستناد إلى العديد من النظريات بغير تفسير قصد المشرع من عبارة احتمال التقييد الجهوري للمنافسة، وهذه النظريات مبنية على دعاوى فصل بها من قبل القضاء الأمريكي، وعلى العموم يمكن تقسيم هذه النظريات (أي متي يغدو الاندماج أو السيطرة مفيدين للمنافسة بشكل جهوري ومن ثم يتعين إبطالهما أو وقف اיהם) إلى ثلاثة أقسام على الأقل، هي كما يلي:


Areada & Kaplow, Antitrust Analysis, p. 813. (1)

Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, p. 627. (2)
النظرية الأولى: حجب أو إغلاق حصة من العمل التجاري من مضمار
. Foreclosure

النظرية الثانية: تكوين عوائق لدخول المنافسين وإعاقة المنافسة المحتملة
. Barriers to Entry and Potential Competition

النظرية الثالثة: زيادة التركز الاقتصادي أو تكوين احتكار
. Concentration and Creating Monopoly

ومن اللذين التنويه بأن إعمال أي نظرية يختلف باختلاف الوقائع، ومن ثم لا
تغير أية نظرية عن الأخرى، سوف نقوم فيما يلي بتحليل كل نظرية على حدة
على أن نتبع ذلك بتقييمها.

أولا: نظرية الإغلاق:

تنطبق هذه النظرية بصفة أساسية على الاندماج أو السيطرة الرأسية، التي يكون
أطرافها على هيئة بائع ومشر لزود ومورد، ومثل ذلك بين الصانع وتجار الجملة أو
هذا الأخير وتجار التجزئة. فإذا كانت الصفة الغالبة على السوق هي التركز وقام الصانع
بالاندماج مع تاجر التجزئة، فإن من شأن هذا التصرف إغلاق الحصة السوقية التي يتمتع
بها تاجر التجزئة لمصلحة الصانع، ومن ثم حجب هذه الحصة عن مجال المنافسة، التي

(1) Brown Shoe Co., v. United States

ipientت شركة Brown قامت شركة Kinney وتعمل في صناعة وتوزيع الأحذية بالاندماج مع شركة
 которую Brown تحتل المركز الرابع في حجم مبيعاتها في الولايات المتحدة. وقد قضت المحكمة العليا بعدم مشروعية الاندمج لأنه يعمل على ربط
 المشترى بالبائع، ويخرج الحصة السوقية بينهما من
 مجال المنافسة، بما حاصله حرمان بافي المنافسين من الفرصة العادلة للمشاركة، للفوز

هذه الحصة (1). بيد أن القضاة لم يبنوا في أحكامهم مقدار الحصة السوقية التي يتعين أن تحجب من أجل تقييم عدم مشروعية الاندماج، عدا النص على بدأ عام يحصل في أن الأصل عدم مشروعية الاندماج إذا كان من شأن الحصة السوقية المغلقة تكوين الاحتكار، ومن جانب آخر فإن الاندماج يغدو مشروعًا إذا كان مقدار الحصة تناها de minimis. (2)

لذا فإنه لا تزال الحصة السوقية المغلقة في حدها الأدنى والأعلى لا تثير إشكالًا، ذلك أن واحدًا في الفناء ليس من شأنه التأثير على المنافسة (3)، وأن المركز الاحتكاري يتكون بالاستحواذ على 70 في المائة على الأقل من الحصة السوقية (4)، فإن الحصة التي تقع بين هاتين النسبتين، تتطلب تحديد مقدارها، الذي يعلن يترتب التقييد الجوهري للمنافسة، بموجب المادة السابقة. ومن الصعوبة بمكان تحديد هذه النسبة، من أجل أن تبقى على كل الاحتمالات أو السيطرات، لأنها تختلف من اندماج إلى آخر، بالنظر إلى جملة من المعطيات، ويدخل في ذلك القوة الاقتصادية لأطراف الاندماج مقارنة بمنافسيهم، والغرف من الأندماج والأثار التي قد تنتج عنه في السوق، ودرجة التركيز في سوق السلعة والسوق الجغرافي (5).

Justice Harlan in Brown Shoe Case.
وينبني على ذلك نتيجة تحصل في أن الاندمج قد يعد مشروعاً إذا عقد بين شركتين موجودتين، وقد يعتبر خلاف ذلك إذا عقد بين شركتين كبريتين، على الرغم من تماثل الحصة السوقية المغلقة منهم، بحسان أن قد يعمل الاندمج بين المشروعات الكبيرة على ترسيخ التركيز الاقتصادي في السوق. ومن بين أن القضاء قد ذهب إلى هذا الاتجاه من أجل حماية المشروعات الصغيرة والمتوسطة، لأنها من الأهداف التي يسعى المشرع إلى إعمالها.

وخلاصة القول إنه إذا كان يسود السوق التركيز وتم إغلاق حصة جوهرية من العمل التجاري من خلال الاندمج أو السيطرة، فأصل عدم مشروع الاندمج أو السيطرة، ما لم يقدم المدعى عليهم سبباً معقولاً للترويج (1)، مثلاً حاجة صغر التاجر للتكفل من أجل منافسة كبار التجار أو من أجل تغطية حاجة شركة متواجدة لدى شركة أخرى، أو كان من أجل انشاء شركة من الإفلاس.

نقد النظرية:
لقد ساوى القضاء في حكمه بين العقد الرابط وبين الاندمج Tie-in Contract أو السيطرة التي تؤدي إلى إغلاق حصة من العمل التجاري، لأنه بهذه المثابة تحسس الحصة لمصلحة الشركة الدامجة أو السيطرة، بما حاصله من الشركة المتلائمة أو السيطرة، بما حاصله من التعامل مع باقي المنافسين. ولما كان العقد الرابط في القانون الأمريكي محظور بصورة مطلقة Per se، فإن الحكم ذاته يسري على الاندمج أو السيطرة. ولا غرو أن هذه المقارنة تلتئم عن الآثار النافعة التي قد تنجم عن الاندمج أو السيطرة، مما يجت في رصية الاستفادة منها، بل إن القضاء قد

Brown Shoe Case, Areeda & Kaplow, Antitrust Analysis, p.843.

(1)
ذهب إلى أنه بسبب الآثار الناتجة تلك، يتعين القول بعدم مشروعية الاندماج، لأن في ذلك إضرارًا بمصلحة صغار التجار (1).

وفضلاً عن ذلك فإن هذه النظرية لا تعين مقدار الحصة السوقية بشيء من الدقة، أي الحصة التي يؤدي إغلاقها إلى تقييد المنافسة بشكل جوهري، ولا سيما أن الحصة التي تم إغلاقها في دعوى Brown Shoe كانت ضئيلة، وليس من الممكن أن تعمل على تقييد المنافسة بشكل جوهري، إلى جانب أن السوق لم يكن يسوده التركيز بشكل فعال (2).

وفي الحقيقة فإن القضاء، قد ساده عموماً، في تلك الحقيقة سياسة رئيس القضاة Cheif Justice Warren التي تدعو إلى نبذ الاندماج لأنه يؤدي إلى تفعيل السوق، ومن شأن ذلك الإضرار بالمنافسين. وقد ثبت عدم فعالية هذه السياسة (3)، لأنها تعمل على هدر المصادر والطاقات. ذلك أن التوجه في الوقن الراهن يدعو إلى مقارنة الآثار النافعة للتصريف ضد الآثار الضارة، حتى يصار إلى الغالب منهما (4). وقد يسري هذا التوجه الأخير على العقد الراهن في القريب العاجل (5)، الذي مد حكمه إلى الاندماج أو السيطرة، وعلى ذلك فمن الحرى سريان هذا المنهج على الاندماج أو السيطرة. لذا فقد ذهبت السلطة المختصة في ملاحظة الاندماجات أو السيطرات غير المشروعة في دليلها الإرشادي الصادر سنة 1984.

Harlan M. Blake & William K. Jones, Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy, 65 (1)
Colum. L. Rev. 244, 456-57 (1965).
John L. Peterman, The Brown Shoe Case, 18 J.L. & Econ. 81 (1975). (2)
في دعوى (2) ذهب خمسة قضاة إلى ضرورة تطبيق الحظر المطلق على العقد الراهن، بينما ذهب أربعة إلى تفضيل تطبيق قاعدة السبب Rule of Reason بعجة وزن آثاره النافعة ضد تلك الضاربة. 57
إلى اعتماد الآثار النافعة لهذه التصرفات، شريطة تقديم الدليل على أنه ليس بالقدر تحقيقها أي الآثار النافعة، إلا من خلال ذلك التصرف.

النظرية الثانية: تكوين عوائق لدخول منافسين إلى السوق وإعاقة المنافسة المحتملة:

تنطبق هذه النظرية بصفة خاصة على الاندماج أو السيطرة التجميعية Conglomerate Merger of Acquisition Internal ونها عندما تزعم شركة معينة مد نطاق عملها إلى أسواق سلبية أو جغرافية جديدة، وبدلاً من أن تتوسع داخلياً، عملها إلى أسواق سلبية أو جغرافية جديدة، وبدلاً من أن تتوسع داخلياً، تنقلك مع السيطرة على شركة كبيرة هناك. ومن شأن ذلك إعاقة المنافسة المحتملة، التي كانت سوف تترتب لو دخلت شركة جديدة أو تكملت مع شركة صغيرة في ذلك السوق.)

وفي دعوى FTC v. Procter & Gamble Co., قامت شركة Procter & Gamble Co. ففي دعوى FTC v. Procter & Gamble Co. التي تعمل في مجال بيع Clorox ويعمل في مجال بيع Clorox، تكوّن محاليل التنظيف، أو النظير بشراء محاليل Clorox النتيجة. وقد كانت شركة Procter & Gamble Co. تُشكل على حصة عودية تقدر بـ 50% في المائة، ولم يسبق لها التعامل في محاليل النظير البنفسجية، أما شركة Clorox فقد كانت تسيطر على حصة عودية تقدر بـ 42% في المائة من بيع متجهها Clorox، وقد كانت حصة أقرب منافس لها Purex هي 16% في المائة. وقد قررت المحكمة (Procter & Gamble Co.) عدم مشروعية الاندماج، استنادًا إلى أنه أولاً سوف يعنى ميزاً المنافسة باترة على المنافسين، يؤدي إلى زيادة عوائق دخول السوق، ثانياً، كانت المنافسة الوحيدة لدخول سوق المحاليل العضوية، وقد أدى هذا الاندماج إلى إقصاء المنافسة المحتملة.)

إن نظرية المنافسة المحتملة لا تتحصى في كون إحدى الشركات المنافسة تنتهي دخول السوق السلمي أو الجغرافي، لكنه ذهب إلى خيار الاندماج مع إحدى الشركات التي كانت فيه، أي ضرورة التوسع الداخلي بدلاً عن الاندماج عند الرغبة. في دخول ذلك السوق، بل إن هذه النظرية تستوجب عند الاندماج اختيار أصغر شريك توافر فيه الشروط المطلوبة، مثل براءة الاختراع وهو ما يطلق عليه خيار toe-hold وليس الذهب إلى الشركات الكبيرة، بحسب ذلك يؤدي إلى تعزيز المنافسة والتفقيف من التركيز الاقتصادي (1) من خلال الذهب إلى الخيار الأقل تقييداً للمنافسة.

وبيني على ذلك أنه من أجل إعمال هذه النظرية يتعين تحقيق شروطين هما:

أولاً: أن يسود السوق المراد الدخول فيه التركيز الاقتصادي، أي أنه ليس ثمة منافسة بين التجار في تمكين خفض الأسعار.

ثانياً: أن تكون الشركة التي ذهبت إلى الاندماج هي الوحيدة التي تزعم الدخول إلى السوق، أي الذي يؤدي دخولها إلى تعزيز المنافسة، ولا توجد شركة أخرى تزعم الدخول، حتى يقوم التجار في ذلك السوق بخفض أسعارهم إلى الحد التنافسي، بناءً على ذلك الشركة عن الدخول.

وعلى ذلك، إذا كان من شأن الاندماج تعزيز المنافسة في السوق، فلا يؤدي ذلك إلى عدم مشروعه، لأنه لم يسد السوق التركيز الاقتصادي (2). وإذا كان هناك العديد من الشركات تزعم الدخول إلى ذلك السوق فلن يؤثر الاندماج إحداها مع أخرى في ذلك السوق، على المنافسة المحتملة، لأنها باقية، بقاء العديد من الشركات على حافة السوق تتأهّل للدخول وقت ما تسبب الأسعار إلى الصعود.


ويبين أن قوام النظرية هو الاتفاق على عنصر مدى عزم ومقدرة الشركة على دخول السوق مفترضة، بيد أنها صارت إلى الاندماج. ومن ثم فلا تطبيق النظرية إذا لم يكن بمقدار الشركة الدخول إلى السوق مفترضة، أي يكون السبيل الوحيد أمامها هو الاندماج أو السيطرة. لذا يتوجب إتباع مقدار الشركة ونهاها على دخول السوق، أي المقدرة المادية مدعمة بالخبرة والدراية، والمحاولات السابقة التي قامت بها الشركة من أجل الدخول، والجدوى الاقتصادية من ذلك الدخول.

تقد النظرية:

تقدم القول إن النظرية ترتكب إلى محاولة شركة الدخول إلى سوق معينة، إلا أنه رغم مقتدرتها على ذلك تذهب إلى خار الاندماج. فإذا أثرت هذا التصرف مع إحدى الشركات الرائدة، كان ذلك تقييداً للمنافسة، بيد أن النظرية لا تقدم مفهوماً دقيقاً للمقصود بمحاولة دخول السوق، فقد قبل إنه احتمال معقول بأن الشركة سوف تدخل السوق على أية حال في المستقبل القريب، سواء عن طريق الاندماج مع شريك رائد أو صغير أو التوسّع الداخلي (1)، بينما فل في دعوى أخرى، إنه لا يكفي الاحتمال المعقول للدخول، إذ يتعين أن يكون مؤكدًا (2).

ومن ناحية أخرى بين أن النظرية قد افتتحت عن العنصر الأساسي فيها، ولم تركة إليه، ذلك أنه لا يشترط محاولة الدخول السابقة، إذا كان الاندماج مع شريك رائد في السوق، وكان من الممكن الاندماج مع شريك صغير. وهذا التطور في الحقيقة يعاقب الشركة المتحدمية على أمر لم تفعله، مع أن الأمر الذي فعلته ربما لا يؤدي إلى تقييد المنافسة بشكل جوهري على حسب المادة السابقة من قانون

BOC Int.I (British Oxygen) v. FTC, 557 F.2d 24, 29, (2d Cir. 1977). (2)
لم يعتبر الدعوى على تقييد المنافسة الحالة المستقبلة، بل لأن الاندماج لا يؤدي إلى تطويرها أو تعزيزها (1).

النظرية الثالثة: زيادة التركيز الاقتصادي أو تكون احتكار في السوق:

تطبق هذه النظرية بصفة خاصة على الاندماج أو السيطرة الأفقية، التي يكون أطرافها متناقضين في ذات السوق، سواء السلعية أو الجغرافية (2). وتقوم هذه النظرية على مبدأ حاصلة أن تعدد المنافسين في السوق صفة أو ميزة تنافسية صحية، وأن الاتجاه نحو التركيز يؤدي إلى نتائج تنافسية ضارة، يؤدي الاتجاه نحو التركيز إلى زيادة نسبة الحصة السوقية للشركات المندمجة أو المتكثفة.


Bendix Corp. v. FTC, 450 F. 2d. 534, (6th Cir. 1971).
Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice, pp.491-494. (6)
الحصة السوقية المستحقة بعد الاندماج 5 في المائة، وقد قضى بعدم مشروعية United States v. Vons Grocery Co. في دعوى 7,5 في المائة، وقد قضى بعدم مشروعية الاندماج (1). لذا فإن النظرية لا تحدد نسبة الحصة السوقية المستحقة بعد الاندماج والتي تعتبرها مفرطة، ومن ثم تؤدي إلى التقيد الجوهري للمنافسة، لأنها تعتمد على درجة التركيز التي تسود السوق، وذلك أن الحصة السوقية تناسب مع درجة التركيز تناسب عكسيا، فكلما كان التركيز بسيطاً، تطلب حصة سوقية كبيرة، من أجل عدم إقرار الاندماج.

إن المبدأ الذي أرسى في دعوى Philadelphia السوقية المستحقة بعد الاندماج، فكلما كانت كبيرة، كان عبء إثبات الادعاء يسير. فهي بمثابة الدليل القاطع الذي يصعب دحضه من المدعى عليه، لأن المبدأ يتطلب دليلاً يوضح بجلاء أنه ليس من المحتمل أن يؤدي الاندماج إلى التقيد الجوهري للمنافسة. وقد باءت كل محاولات المدعى عليهم بغية دحض القرينة United القاطعة القائمة على الحصة السوقية بالإخفاق، حتى حكم في دعوى بأن الحصة السوقية ولكن كانت ذات أهمية بالغة، إلا States v. General Dynamics أنها لا تمثل دليلاً قاطعاً على التقيد الجوهري للمنافسة (2). وعليه يمكن دحض قرينة الحصة السوقية بموجب هذه النظرية من خلال مثلا، المنازعات في حدود السوق السلاحي أو الجغرافي (الانجاء نحو توسعه)، أو أنه لا يوجد ثمة عوائق لدخول منافسين إلى السوق، أو أن السوق لا يسوده التركيز الاقتصادي.

نقد النظرية:

لا تعتبر الحصة السوقية التي تقول عنها النظرية الأساس الوحيد الدال على

384 U.S. 270 (1966)
مدى تقييد المنافسة، ذلك أنه في دعوى أدى الاندماج إلى الاستحواذ على حصة سوقية قوامها 10 في المائة، وقد قضى بمشروعية الاندماج بناءً على تحليل المنافسة المستقبلية لأدبي الشركتين المندمجتين، فقد تبين أنها ولن كانت تستحوذ على حصة سوقية جعلتها الأولى في السوق (أدى الاندماج إلى تكوين الشركة الأولى في السوق في مجال إنتاج الفحم بحصة سوقية تقدر بـ 50 في المائة)، إلا أنه تبين أن مخزون الفحم لديها بدأ في النضوب، رغم ارتباطها بعقود توريد طويلة الأمد، بما حاصله اضطراب دورها التنافسي المستقبلي.

من الصعوبة بمكان التنبؤ بموقف القضاء جبال نسبة الحصة السوقية التي تعتبر مفرطة، وتؤدي من ثم إلى إمكانية التقييد الجوهري للمنافسة، مما دفع وزارة العدل الأمريكية إلى إصدار مرشد الحالات التي سوف تدفع الإدارة إلى التصدي للاندماج.

ومن ناحية أخرى فإنه ليس بالضرورة الاتجاه نحو التركيز الذي يؤدي إلى تقييد المنافسة، فقد يقود اندماج شركتين أو أكثر إلى الاستغلال الفعال للمصادر ومن ثم الإنتاج الاقتصادي للسلع الذي يعود على العملاء بخفض أسعارها.

وعلى العموم فإن هذه النظرية ترمي إلى حماية المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتدافع تكوين عوائق لدخول السوق من جراء التزام الاتجاه الإقتصادي.

المطلب الرابع

رأينا في الموضوع

يُبين من استعراض النظريات المتقدمة أنه لا تطبق واحeda بدلاً من الأخرى، بل تختص كل نظريه بنوع معين من الاندماج أو السيطرة، بما يعني أنه لا يغني تطبيق واحدة عن الأخرى. ذلك أن نظرية الإغلاق تختص بالاندماج أو السيطرة الرأسية، ونظرية تكوين العوائق تختص بالاندماج أو السيطرة التجميعية، ونظرية التركيز تتطابق على الاندماج أو السيطرة الأفقية. ومن جانب آخر فإن تحديد نوع الاندماج أو السيطرة يعتمد على تعيين السوق السلمي والجغرافي للسلعة، فإن أن تدخل السلطة للعمل التجاري الذي تزاوله الشركات المدمجة أو المتكتلة في محيط ذلك السوق، ويعتبر من ثم الاندماج أو السيطرة أفقية، أو أنه لا تدخل وضعي رأسياً أو تجميعياً.

وتعد هذه النظريات بدرجة أساسية على الأفكار والمبادئ الاقتصادية، وذلك أن القانون بهذه المثابة يعتبر ثابتاً للاقتصاد. وهذا العلم هو الدال على أن تصرفاً معيناً من شأنه تقيد المنافسة بشكل جوهري أو أن الأثر الناجم عنه تأثراً ولا يعتد به. وقد تبين أن القضاء في حقبة الستينات كان يميل إلى حماية المشروعات الصغيرة، حتى لو أدت النتيجة إلى الإضرار بالعمال، ثم بدأ القضاء يتحو نحو تبع وموازنة الآثار النافعة ضد الضارة، يميل إلى الجميل إلى غالب منهما. وكل هذا نابع من التطور الذي طرأ على الفكر الاقتصادي.

وقد بدا واضحًا أنه وثين كان النص المطبق على الاندماج أو السيطرة واحدًا (وهو أن لا يؤدي التصرف إلى التقيد الجوهري للمنافسة أو إلى تكوين احتكار)، إلا أن سياسة إعمال هذا النص تختلف من فترة إلى أخرى أو من محكمة إلى أخرى. ويرجع هذا اختلاف إلى أمرين هما، الاختلاف حول الأهداف التي يسعى المشروع إلى إعمالها من إصدار قانون كلايرون، واختلاف السياسة المتبعة من السلطة السياسية في الولايات المتحدة الأمريكية حيال الاندماج والسيطرة. ذلك أن

64
هذه الموضوعين على صلة وثيقة بالنواحي السياسية، وهذا يختلف تطبيق النص من حيث الشدة والمرونة باختلاف الأفكار السياسية التي يعتنقها البيت الأبيض.

وقد نجلى من الطرح المتقدم أنه ولئن تميز مجال إعمال النظريات، إلا أنها تستهدف في مجملها أمرا واحدا، قوامه حماية السوق أو المنافسة أو المشروعات الصغيرة من التركيز الاقتصادي. وعلى فعلا ضرر كأسأل عام من الاندمج أو السيطرة إذا كان السوق حرا أو خاليا من التركيز، مما يتطلب تحديد المقصود بالتركيز الاقتصادي في السوق بشيء من الدقة، وهي مسألة اقتصادية، ملفقة على عاتق الاقتصاديين.

وبناءا على أهمية يمكن القول إنه ليس كل اندمج أو سيطرة تبرم في سوق يسوده التركيز الاقتصادي هو غير مشروع، ذلك أن يتعين تحليل، على الأقل، غرض هذا التصرف وأثره، بغية التعرف على مدى مشروعه، ويعين بحث غرض التصرف على إخلاء الاندمج أو Failing Company Defence السيطرة التي تبرم من أجل انتقال شركة على هاوية الإفلاس من مجال الحظر، لأنها تؤدي إلى تفادي زيادة نسبة التركيز وإلى تعديل السوق. ومن ناحية أخرى يؤدي بحث أثر التصرف إلى التعرف على مدى إعاقة المنافسة المحتملة أو تو kiến عوائق لدخول منافسين إلى السوق، وذلك من أجل إخلاء الاندمج أو السيطرة التي تكون Solely for Investment للاستثمار البحت، لا تستهدف التكاليف التي يرمى إلى تقيد المنافسة، ذلك أن قانون كلايتون غير موجه إلى مثل تلك الحالات، وذلك لانتفاء أثرها الضار على المنافسة.


المبحث الثاني
 مدى تقييد الاندماج أو السيطرة للمنافسة في القانون الأوروبي

مقدمة:
تقدم القول إن التعرف على مدى تقييد الاندماج أو السيطرة للمنافسة في القانون الأوروبي مرجعه إلى لائحة الاندماج، وخاصة نص المادة الثانية. وسوف تنطلق فيما يلي: فحوى المادة الثانية، والشروط المتبعة توافرها للفصل بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة (أي التركيز الاقتصادي)، وذلك من خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معايير مشروعية الاندماج أو السيطرة.
المطلب الثاني: المقصود بتكون أو تقوية المركز وسيط.
المطلب الثالث: عوائق المنافسة الفعالة.

المطلب الأول
معايير مشروعية الاندماج والسيطرة

(مضمون المادة الثانية من لائحة الاندماج)
تطرق المادة الثانية إلى الأحوال التي يكون فيها الاندماج أو السيطرة غير مشروعين، والمعيار الذي يستهدف به التوصل إلى هذه النتيجة، والعناصر التي يعول عليها بغية تطبيق ذلك المعيار. وتقضي المادة 2 - 3 بأن التركيز (الاندماج أو السيطرة) الذي يكون أو يقوى المركز وسيط الذي يؤدي Effective Competition Would be إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة في السوق الأوروبية أو في جزء جوهري منه، يعتبر غير متناغم مع السوق المشتركة (غير مشروط).
وقد نصت المادة 2 من اللائحة بأنه على مفوضية السوق بحث مدى تناغم التركيز مع السوق، ويقوم التركيز على هذه من المسائل الآتية: أي أنه تضع المفوضية المسائل الآتية في الحساب عند تقييم التركيز، وهي:

أولا: المحافظة وتطوير المنافسة الفعالة داخل السوق، بالنظر خاصة إلى تركيبة الأسواق والمنافسة المحتملة القادمة من التجار الآخرين، سواء من داخل السوق أو من خارجه.

ثانية: المركز السوفيي للتجار المتون للتركيز، وقوتهم الاقتصادية، والمالية، والفرص المتاحة للبائعين والمشتررين، واتصالهم بالأسواق والمزودين، ووقائع دخول السوق، وتجهيزات العرض والطلب بالنسبة إلى العملاء، والتطور التكنولوجي، والنمو الاقتصادي الذي يكون لصالح العملاء، ولا يشكل عائقا للمنافسة (1).

وفيما نتقص المطلب أنه يعتبر الاندماج أو السيطرة غير مشروعين في حال عدم اتساقها مع السوق الأوروبية، وذلك عند تحقيق شرطين هما: أن يؤدي الاندماج أو السيطرة إلى تقوية أو تكون مركز مسيطر أو متحكم في السوق أو في جزء جوهر، وألا يؤدي هذا المركز المسيطر إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة أو المؤثرة. وقد وضع المشروع جملة من العناصر المرشدة للمفوضية للتعرف على مدى تحقيق الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة. (2)

وينبغي على ذلك نتيجة قوامها أن المشروع لا يفتح إلى الإعاقة التافية للمنافسة كما أنه ينظر إلى المنافسة المعقولة التي تناغم مع أهداف الاتحاد الأوروبي، وخاصة تكوين السوق الموحدة.

ومن الأهمية بمكان تبادل مسائلي أولاهم، أن المشروع لم يعد العناصر المرشدة للتعرف على مدى إعاقة الاندماج أو السيطرة للمنافسة الفعالة على سبيل


Richard Whish, Competition Law, p. 718.  

(1)

(2)
الحصار لأنه قال في صدر النص إنها من ضمن عناصر أخرى، ومن ثم يكون من صلاحية المفوضية الاعتماد على غيرها من العناصر، ومنها مثل حماية المشروعات الصغيرة، وذلك على مدى من نص المادة الثانية من اتفاقية السوق الأوروبية (روما لسنة 1952) التي تدعو إلى التطور الاقتصادي والتنمية الاجتماعي(1). والثانية أن المشروع لم ينص على أولوية معينة لهذه العناصر، ومن ثم لا تلزم المفوضية، وهي في سبيل تقييم الاندماج أو السيطرة، اتباع ترتيب معين لتلك العناصر.

بل إنه بمقدور المفوضية عدم الاعتماد ببعض العناصر، إذا لم يكن لها مناسبة في مجال الحالة المعروضة عليها(2).

ومن البين أن المادة الثانية هذه بما تضمنته من عناصر تدور حول محور واحدنصت عليه المادة 3(اف) من اتفاقية السوق الأوروبية وهو الإتيان بنظام يعمل على عدم تشويه المنافسة في السوق الأوروبية. بيد أن المادة الثانية من اللائحة قد تضمنت العديد من العناصر المختلفة، التي لم تتف إلى حد حماية المنافسة فحسب، مثل تسهيل دخول السوق، بل التطرق إلى النواحي الاجتماعية والاقتصادية، ثم إنها أي العناصر، تشتمل السوق بمستوى الأعلى، أي بين التجار المنافسين، ومستوى الرأسي، أي بين التجار والعملاء.

ومن أجل تحليل نص المادة الثانية تعيين النظرة أولا إلى المقصود بالمركز المسيطر سواء تكوينه أو تقويته وثانيا معيار الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة والعناصر الدالة عليها.

المطلب الثاني

المقصود بتكوين أو تقوية المركز المسيطر

لم تطرق لائحة الاندماج إلى تعريف المركز المسيطر، وربما ركزت في ذلك إلى مفهوم المتحصل من تطبيق نص المادة 86 من اتفاقية السوق الأوروبية، والتي

(1) انظر ديباجة لائحة الاندماج رقم 89-4064 فقرة 13.

Bos, Stuyck and Wytsinck, concentration Control in the EEC, 206.

(2)
تحظر إساءة استخدام المركز المسيطر، ذلك أنه لم رغب المشروع في استعمال مفهوم مخالف لنص عليه صراحة، ولا سيما أن المادتين المذكورتين، تقعان ضمن نظام قانوني واحد.

وعلى يك تعيق المركز المسيطر بأنه الحصول على تأثير معيق في تحديد الأسعار أو الزيادة في الأسعار إلى ما فوق الحد التنافسي من غير فقدان الحصة السوقية أو المقدرة على تنافس المنافسة.(1) ويمكن ذلك مدى قدرة الشركات المدمجة أو المسيطرة على رفع الأسعار أو ممارسة التمييز عن العدل بين التجار أو تقيد الإنتاج.(2) ويظهر أن القضاء الأوروبي قد تأثر بمفهوم المحتجز المستقر في القضاء الأمريكي، وهو المقدرة على رفع الأسعار أو نفاية المنافسة.(3)

وإذا كان لابد من التمثيل على مفهوم المركز المسيطر المتداول من تطبيق نص المادة 86 من اتفاقية السوق، فإن فلسفة المادتين تختلف عن بعضهما البعض، ذلك أن المادة 86 تنظر إلى إساءة استخدام المركز المسيطر، أي المخالفة التي تمثل، بينما تنظر المادة 2 إلى إعاقة المنافسة المعنية للمنافسة الفعالة، أي مدى إمكانية إعاقة المنافسة المتوقعة. ويظهر على ذلك أنه لا حظر على تكوين المركز المسيطر بعد ذاته، بموجب نص المادتين المذكورتين، طالما لم يصاحب ذلك إساءة في استخدام ذلك المركز أو كان من شأنه أن يعفي المنافسة.

ومن الأمور الضرورية التي ترشد إلى مدى تكون المركز المسيطر هو مقدار الحصة السوقية التي سوف تتحصل من جراء الاندماج أو السيطرة في السوق.

Sir Leon Brittan, The Law and Policy of Merger Control in the EEC, 15 ELRev. at 352. (2)  
Richard Whish, Competition Law, p. 717. (4)
الإوروبية أو جزء جوهرى منه. وقد تضمنت اللائحة قرينة قانونية بسيطة على عدم تكون المركز المسيطر وذلك إذا كان مقدار تلك الحصة لا يتجاوز 25 في المائة(1). ومن جانب آخر فإن الاستحواذ على حصة سوقية مقدارها 40 في المائة على الأقل بشكل قانونية بسيطة على تكون المركز المسيطر(2). ومن ثم فإن دخول هاتين الفئتين مرهون بمدى مقدرة الشركات المندمجة أو المسيطرة على رفع الأسعار دون خسارة أو نقصان في الحصة السوقية. وقد رفض الادعاء بتكوين المركز المسيطر من أجل مجابهة المنافسة الدولية أو القادمة من خارج السوق، وذلك لأن المعول عليه هو حماية المنافسة داخل السوق الأوروبية(3). وتقدر الإشارة إلى أنه ولن كانت نسبة الحصة السوقية المتقدمة بمثابة المؤشر على تكون المركز المسيطر، إلا أنه يتعين أن نقاد بالمقارنة بالحصص السوقية للمنافسين الآخرين(4)، إذ كنما بعدت الشقة بينهما كانت الفرصة أوفر في تكون المركز المسيطر.

ومن الأهمية بمكان ونحن بصد الطرق إلى المركز المسيطر، تعين السوق السلعية والجغرافية للشركات المندمجة أو المسيطرة، لأنه بدون ذلك يعني ضرورة تأسيس ذلك المركز في كل السوق الأوروبية وفي كل السلع، وهو ضرب من ضروب المستحيل.

ولتشمل السوق السلعية موضوع بحث المفوضية على كل السلع التي تعتبر مبادلة أو تقوم مقام بعضها البعض من وجهة نظر العملاء، بسبب صفاتها وأسعارها والغرض من استعمالها. وقد تحتوي السوق السلعية في بعض الحالات على مجموعات خاصة من السلع.

Control of Concentrations between Undertakings OJ, 1989 No., L 395/1.
R.Kovar, The EEC Merger Control Regulation, 10 Yearbook of European Law, 1990, p.93. (2)
R.Kovar, The EEC Merger control Regulation, 94.
التي تنطوي إلى حد بعيد على تماثيل في الخصائص والصفات الفنية. والفرق بين السلع التي تدخل ضمن مجموعة واحدة يكون عادة يسيرًا، ومتعلقا فقط بالعلامة التجارية أو القبول لدى الجمهور.(1)

ويعتبر من جانب آخر تعيين حدود السوق الجغرافية للشركات المندمجة أو المسيطرة، في السوق الأوروبية أو في جزء جوهرية منه، وذلك بموجب نص المادة الثانية. بيد أنه للمفوضية صلاحية النظر إلى جميع الأسواق التي لها صلة بالموضوع، بما فيها الموجودة خارج السوق الأوروبية.(2) ولا غرو أن السوق المنتمي حمايته هو السوق الأوروبية أو المشتركة، أما الأسواق الأخرى فهي ضرورية من أجل التعرف على مقدار القوة الاقتصادية التي تتبع بها الشركات المندمجة أو المسيطرة.

لذا فإن بحث مدى تكون المركز المسيطر، من أجل إعمال نص المادة الثانية من اللائحة مرهون بمقدار الشركات المندمجة أو المسيطرة على رفع الأسعار دون أن تفقد من حسبها السوقية، وذلك في مجال سوق السلعة التي تتعامل بها وفي نطاق السوق الجغرافية المحدد لعملها.

وبعد التأكد من تكون المركز المسيطر يصار إلى الخطايا الأخرى المتمثلة في بحث مدى إمكانية هذه الشركات المندمجة أو المسيطرة على إعاقة المنافسة الفعالة.


(2) انظر نص المادة (1)(2) من لائحة الادعاء الأوروبية رقم 4064 - 89. - انظر كذلك R.Kovar, The EEC Merger Control Regulation, p.92.
المطلب الثالث

عوائق المنافسة الفعالة

تقدم القول إنه يعتبر كل من الاندماج أو السيطرة غير مشروعين عند تكوين أو تقوية المركز المسيطر الذي يؤدي إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة وذلك بموجب المادة (32) من لائحة الاندماج الأوروبية، إذ يشير بذلك غير متسق مع السوق الأوروبية. بيد أن صياغة المادة هذه غير دقيقة، بحسبه هل تتطلب ضرورة تحقق المركز المسيطر فقط، وتعتبر من ثم الإعاقة المهمة للمنافسة أثراً مباشرةً له، أم يتوجب تحقيق الأمورين معاً باعتبار أن كلاً منهما منفصل عن الآخر (1).

ولا غرو أنه يتميّز ترجيح الرأي الثاني لأنه أولاً ليس بالضرورة أن تتطلب الإعاقة المهمة للمنافسة عند تكوين المركز المسيطر، وثانياً لا يمكن حظر تكوين المركز المسيطر على الإطلاق لأنه قد يرتبط آثارًا نافعة. وتزعم أنه على ذلك فقد قررت المفوضية في دعوى Aerospaziale-Alenia/de Havilland المفوضة في دعوى سوف يؤدي إلى تكوين مركز مسيطر، وأضافت، بأن هذا المركز ليس مؤقتاً وسوف يؤدي إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة (2). ومن ثم ولن كان من شأن الاندماج تكوين مركز مسيطر، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد يظل مشروعًا ومنسقاً مع السوق الأوروبية، إذا كان هنالك سهولة في دخول السوق من قبل بقية التجار المنافسين عند ارتفاع الأسعار.

والسؤال الذي يثور ونحن في هذا المقام هو تحديد المقصود بالمنافسة الفعالة، وتقول إنه من الممكن تقسيم المنافسة الفعالة إلى شطرين؛ الأول الإيجابي الذي يركز إلى الأفعال التي تطور أو تنمو المنافسة القائمة، والثاني السلبي الذي يمنع تقيد أو إعاقة المنافسة القائمة، ومن بين أن المشروع الأوروبي قد نص على الجانب الثاني صراحةً، بقوله "الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة".

Richard Whish, Competition Law, p.718.

(1)
(2)
وتوجد الإشارة إلى أن المنافسة التي يدعو إليها المشروع الأوروبي ليست الكاملة، بل المنافسة المعقولة أو الفعالة أو Workable، والكافية لتحقيق أهداف المجموعة الأوروبية، وأهمها تكوين السوق الواحدة.

بيد أن ثمة اختلاف بين المنافسة المعقولة، وهي التي تدعو إليها المادة 85 من اتفاقية السوق الأوروبية، والمنافسة الفعالة التي تدعو إليها المادة 2 من لائحة الاندماج، ذلك أن الأولى ترمى إلى مقارنة الأثر الضار والنافع للترويج من أجل الانحياز إلى الغالب منها، أما بقية أثرية فهي تدعو إلى التمييز بين الأثر النفاذية وعنه، والأثر المهم، ففيه الالتفات إليه وتحليله كما تطلب المشروع.

وقد تضمنت المادة (12) من لائحة الاندماج بعض العناصر المرشدة إلى تكون المركز السيطرة وعلى مدى تحقيق الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، وعلى المفوضية التقرير بعد فحص طلب الاندماج أو السيطرة، على ضوء تلك العناصر الموافقة على الطلب أو رفضه. وهذه العناصر هي:

1 - تركيبة الأسواق ذات الصلة بالموضوع، بما فيها تلك الموجودة خارج السوق الأوروبية.
2 - المنافسة الحالية أو المحتملة.
3 - المركز السوقي للتجار أصحاب الصلة بالموضوع وقوتهم الاقتصادية والمالية.
4 - الخصائص الانتهازية للعملاء والتجار الآخرين.
5 - الإعاقات الموجودة لدخول السوق.
6 - توجهات العرض والطلب.

s.20.
Bos. Stuyck & Wytinck, Concentration Control in the EEC, 209.
المطالعة المتأنية لهذه العناصر تكشف أن المشروع ركز إلى الجمع بين
المنهج القانوني والمنهج الاقتصادي في تحليق هذه العناصر، بحسبه ذكر المركز
الذي يحتل التجار في السوق الذي يعتمد على الحصص السوقية أو مقدار رأس المال، وهو المنهج القانوني الذي يوفر شيئاً من الثبات والاستقرار، والمنهج
الاقتصادي الذي يعتمد على التحليل والتوقع لواجه الآثار المستقبلية، ومن مثل
ذلك توجهات الطلب والطلب والخيارات المتاحة للعمال والتجار الآخرين.

وحتى تكتسب صورة العادة 2 من لائحة الاندامج، سواء في الشق المتعلق
بالمركز المسيطر أو بالشاق المتعلق بالإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، يعين النظرة
إلى تطبيقات القضاء، وخاصة في الأحوال التي يعمّد فيها التجار المنافعون
على حصة سوقية عالية، ويفضي مشروعية الاندامج لأنه غير متناقض مع السوق
الأوروبية، أو الأحوال التي تكون فيها الحصة السوقية قليلة، ويفضي بعدم
مشروعية الاندامج أو السيطرة.

قالت المفوضية بتحليل العديد من Tetra Pak/Alfa-Laval في دعوى
العنصر بيع الوقوف على مدى مشروعية الاندامج، وهي الحصة السوقية، والمركز
السويدي الذي يشغله باقي التجار المنافسين، ومدى مرونة العرض، وعوائق دخول
السوق. وقد خلصت المفوضية إلى أن على الرغم من مقدار الحصة السوقية الهايل
الذي تتمتع به الشركات المندمجة، وقدره 90 في المائة، إلا أن ذلك لن يؤدي إلى
الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، لأنه لن يؤثر على دخول السوق أو المنافسة
المتميزة (1). بيد أن المفوضية قد افتراضت تمنع الشركات المندمجة بالمركز
المسيطر في دعوى Mitsubishi/UCAR وذلك بناء على الحصة السوقية وقدره 40.

في المادة وشبكة التوزيع والتقدم التكنولوجي الذي تتمتع به، إلا أن هذه القرية قد دحضت بسبب المنافسة التي كانت تسود السوق، واستحواذ باقي المنافسين على حصصسوقية من 15 إلى 25 في المادة، وكذا تتمتع بالتقدم التكنولوجي في التصنيع.

ويبين مما تقدم أن المفوضة لا تنظر إلى جميع العناصر التي تضمنتها المادة الثانية من لائحة الاندماج، بل تركز فقط على العناصر التي تكون متصلة بظروف ووقائع مشروع الاندماج، ولعل أهم عنصر في هذا الصدد هو مدى توافر عوائق دخول المنافسين إلى السوق.

الطلب الرابع
مقارنة بين النظام الأمريكي والنظام الأوروبي
من الوجهة الأولى يبين أن المشروع الأوروبي لم يهمل التجارة الأمريكية، بل سار على هديها، مستفيدا من العيوب التي تفتقدت عن التطبيق العملي، وذلك من خلال تفاديها. ولا عجب في ذلك، فالنظام الأمريكي وضعت لبنته الأولى منذ صدور قانون شيرمن سنة 1890، وظهرت معالل بأنه مصدر قانون كلايتون سنة 1914، والنظام الأوروبي صدر سنة 1889، وكان منطقيا الاستفادة من التجارة الأمريكية التي تزخر بالثروة الفقيهة. وعلى العموم سوف نطرق فيما يلي إلى جملة من الملاحظات:

أولاً: يظهر أن كلا النظامين يستفيد من مبادئ واحدة، تتميز في المركز المسيطر أو الاحتكار الذي يتكون نتيجة الاندماج أو السيطرة، ولا يؤدي ذلك إلى


75
القيد الجوهري للمنافسة أو الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة. يسبق أن فكرة المركز المسيطر التي أرسلها المشرع الأوروبي، تتميز عن المركز المحتكر من النظام الأمريكي، حيث فقد القدرة على الحصة السوقية التي تبين أن يستوجب عليها التعد على المركز، ففي تفترض عن توافر 40% في المائة للمركز المسيطر و70% في المائة للمركز المحتكر. وعلى الرغم من هذا التمييز فإنه يوجد اتفاق علی أن معيار تحقيق المركز يكن يكون واحداً، وهو المقدر على رفع الأسعار دون فقد شيء من الحصة السوقية أو المقدرة على تفادي المنافسة، أي التصرف في السوق كما لو لم يكن له منافسون.

ثانياً: إن المعول عليه في بحث مدى مشروعية الاندماج أو السيطرة هو التقيد الجوهري للمنافسة (الأمريكي) أو الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة (الأوروبي).

وكما هو بين فان العبارة تركز على مفهوم تقيد المنافسة الحالة أو المستقبلة وليس على ضرورة تطوير أو تعزيز المنافسة، وهذا مرتبط من عبارة تقيد أو إعاقة المنافسة. ولما كان المشرع قد أضاف عبارة تقيد الجوهري أو الإعاقة المهمة، فإنه ينص على ضرورة الانتفاس عن التقيد التالف للمنافسة، لأن القانون لا يعني بالتوافق، بما حاصلة ضرورة القول من جانب آخر بمشروعية الاندماج أو السيطرة ذات الأثر المحدود في السوق، أي التي لا تضر أو تنفع، لأن الأصل في التصرفات الإباحة، وأن المحظور هو الإعاقة المهمة أو التقيد الجوهري.

ثالثاً: على الرغم من تشابة العبارات المشتركة (الإعاقة المهمة والقيد الجوهري للمنافسة)، بما حاصلة إمكانية تشابة أيضاً في التفسير الحرفي المجيء. إلا أن العبرة في تطبيق القضاء لهذه النصوص، الذي قد يختلف ضيقة أو أسباقياً تبعاً لاختلاف الأهداف التي يسعى كل نظام إلى تحقيقها، ولاسما أن المشرع الأوروبي قد نص في المادة (12) على العناصر التي يعين أن توضع بالحيان عند قياس مقدار الإعاقة التي حدثت للمنافسة من جراء الاندماج أو السيطرة، وهو ما لم يفعله المشرع الأمريكي، بما حاصلة ترك العنان للقضاء لإعداد النظريات المتقدمة.
رابعا: لقد ظهرت استفادة المشروع الأوروبي من التحريج الأمريكية أولاً من خلال ذكر الأهداف التي يسعى المشروع إلى إعمالها من صدور أحكام المناقة، وثانياً من خلال تعداد العناصر التي توضع في الاعتبار عند فحص آثار الاندماج أو السيطرة، وثالثاً عدم الاقتصار على العناصر المتعلقة بالمنافسة بشكل مباشر بل الاهتمام حتى بالعناصر الاقتصادية والاجتماعية. وهو ما لم يفعله المشروع الأمريكي، مما أدى إلى احتمال الخلاف في هذا المجال.

خامسا: يمكن القول إن النهج المتبع في فحص مدى مشروعية الاندماج أو السيطرة من منظور عدم تقيد أو إعاقة المنافسة، هو نهج قد سار عليه العديد من التشريعات المقارنة، ومن مثال ذلك التشريع الفرنسي الذي يحظر أن يؤدي الاندماج إلى إعاقة المنافسة، وخاصة تكون المركز المسيطر (1). وكذا في القانون الكندي والألماني والأيرلندي والاسباني (2).

سادسا: وقد تبين أن المركز المسيطر ليس محظوراً بصفة مطلقة، أي أنه يبقى الاندماج أو السيطرة مشروعين طالما أنهما لم يؤديا إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعلية، بينما الوضع مختلف في النظام الأمريكي، ذلك أنه يتعين أن يؤدي الاندماج أو السيطرة إلى تكوين احتكار، بموجب المادة السابعة من قانون كلايتون، وربما ذلك نابع من مقدار الحصة السوقية المرتفع الذي يتعين أن يستوحى عليه.

---
المبحث الثالث

نظرای في أحكام الاندماج والسيطرة المؤدية إلى تقييد المنافسة في الكويت

قبل أن نبدأ أن المشروع الكويتي تطرق للاندماج في ظل قانون الشركات التجارية (1)، واستلم أن يكون بين شركتين أو أكثر بان تنقضي واحدة على الأخرى، يتم تدمج في أخري أو تنقضي كل الشركات كتب تنقضي واحدة جديدة. بيد أن للازيادة مفهوما أرجح في ظل قانون المنافسة، إذ لا يتحصى فقط في الاندماج الكلي، بل يشمل الازدواج الجزئي بين التجار (2)، ومن غير ذلك سوف يدفظ التجار إلى منافذ عدة للملفات حول الحظر. وينبغي على ذلك أن التصرفات التي تندرج ضمن الازدواج أو السيطرة بالمفهوم الواسع لهما، يتوجب إخضاعهما لمقاييس الشروطية المتقدمة بيانها، ولا يمنع أن يمت التصرف بدعوته أن ليس الازدواجا كاملا في ظل قانون الشركات.

وتفايدة لذلك فقد نصت المادة 222 على أنه لا ينقض قرار الدمج إلا بعد الحصول على موافقة السلطة المختصة، وهذه كل من وزارة التجارة والبنك المركزي (3). ومن ثم تتمتع هتان السلطتان بسلطة تقديرية في إقرار الاندماج من عدمه. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد حتى تاريخه نشرات من هتان السلطتين

(1) انظر المواد 222 إلى 225 من المرسوم بالقانون رقم 16 بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية.

H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy the Law of Competition and its Practice, 442-443. (2)
Philipee Nouel, French Competition Law, p. 168.

(3) انظر كذلك نص المادة 135 من قانون الشركات التجارية الكويتية، للمزيد من التفاصيل.

المراجع: "المجلة القانونية لدمج البنوك الكويتية"، 214 - 214.
تعبين سباستهما حيال ما يمكن إقراره أو رفضه من الاندماجات، حتى يعمل أطراف الاندماج بموهها قبل الماضي فيه.

ومن هذا المنطلق فقد نص مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاحتكار في المادة 62 مكررا على أنه "يجر النظر في شأنه المخالف لنظام قانون المنافسة غير المشروعة، ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع بسوء نية من التاجر بالمخالفة للعادات أو الأصول المسبعة، أو إعادة التجارة بفيض وتقهض بطريقة يذكر الأصلي، أو تفادي المنافسة في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت. وتعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة بوجه خاص: 8800 سلطة شركة على أخرى أو اندمجها فيما بقصد تفادي المنافسة.

ومما لا ريب فيه أن المشروع بهذا النص قد سد نقصا بينا في التشريع الكويتي، لأنه ربط الاندماج أو السيطرة بعدم تقييد المنافسة، ويسه من المقام الإشارة إلى بعض الملاحظات حول هذا النص، كما يلي:

أولاً: من الضرورة مبكران - كما تقدم القول - عدم ربط مفهوم الاندماج بقانون الشركات بل إعطاؤه مفهوما أرحب في مجال قانون المنافسة، حتى يشمل النص كل التصرفات التي قد يقوم بها التجار سواء الاندماج الكلي أو الجزئي، أو السيطرة القانونية أو الواقعة.

ثانياً: بعين من صياغة المادة أن المحظور هو الاندماج أو السيطرة المؤديان إلى تفادي المنافسة، ومن ثم فلا مخالفة عند الاندماج أو السيطرة التي تكون لغرض الاستثمار البحث أو الاندماج بين شركتين إحداهما على هاوية الإفلاس، لأنه لم يكن بينهما منافسة في الأصل حتى تقيد.

ثالثاً: يبد أن المشروع في المشروع المقدم قد تطلب أن يقع الاندماج أو السيطرة بين الشركات، بما حاصله إخراج التصرفات التي تقع بين التجار الأفراد، ويعتبر ذلك نقصا نعني الانتهاء إليها.
رابعا: لقد نص المشروع على حظر الاندماج أو السيطرة المؤديان إلى تفادي المنافسة، إذ لم يكتف فقط بقيدها، لأن كل اندماج أو سيطرة بين المنافسين، في الغالب، من شأنها تقييد المنافسة، ومن ثم فإن الحظر لا يؤثر إلا في حال الإعاقة الجوهرية للمنافسة ويعق على القضاء عبء تحديد القدر الذي لا ينتمي به من تقييد المنافسة، وفقاً لظروف وأحوال السوق. والمقصود من النص المتقدم كل من المنافسة الحالة أو المحتملة.

خامسا: لم يحدد النص نوع الاندماج أو السيطرة، ومن ثم بناء على عمومه ومطلق فحواه فهو يسأر على كل من الاندماج أو السيطرة الأفقية أو الرأسية أو التجميعية.

سادسا: لا غرض انهدما أو السيطرة بمثابة التصرفات القانونية الإرادية التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة أو حرية التعاقد لكونه يشترط بين شخصين على الأقل يتنين كل واحد منهما بالشخصية المعنوية، يبد أن مبدأ ضرورة عدم تقييد المنافسة من جراء الاندماج أو السيطرة (النص المقترح أعلاه)، يمتد أساسه القانوني إلى نص المادة 40 من القانون المدني الكويتي بشأن التعسف في استعمال الحق، التي تقضي بأنه يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية. وبوجه خاص (١) إذا كانت المصلحة التي تتربب عنه غير مشروعة (١) إذا كانت المصلحة التي تتربب عنه لا تناسب أثبتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. ولأسما أن تقييد المنافسة أو تكون احتكار من جراء الاندماج أو السيطرة ينطوي على إخلال بالنظام العام للسوق، وقد نصت المادة ٤٩ من الدستور على أن مراعاة النظام العام واحترام الآداب العامة واجب على جميع سكان الكويت. وفضلاً عن ذلك فإن محال النزام عقد الاندماج أو السيطرة يصير مخالفًا للنظام العام، وقد نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب، وقع العقد باطلًا".
خاتمة:

لقد تبين أن للاندماج والسيطرة مفهوم رحب في ظل مبادئ قانون المنافسة المقارن، مقارنة بمفهومه الضيق في ظل قانون الشركات الذي يتطلب الاندماج الكامل، سواء بطريقة الضم أو المزج، بيد أنه ثمة مفهوم واحد للاندماج في التشريع الكويتي، ينحسر من قانون الشركات التجارية، بما حاصله ضرورة الأخذ بالاعتبار الضعيف للاندماج، أي الاندماج الكامل بين الشركات. وينبغي على ذلك ضرورة اعتبار الادنام الجزئي والاندماج بين المؤسسات من قبل السيطرة بالمفهوم العام لها. وقد تقدم القول إن المشرع الكويتي لم يعرف السيطرة في الموضوع الذي كان يتعين فيه ذلك، وهو عند تنظيم الشركات الفاصلة.

لذا فمن الملائم قيام المشروع بتحديد مفهوم السيطرة مثلما فعل العديد من التشريعات، وذلك من خلال الأخذ بكل أو بعض المعايير الآتية:

1) نسبة ملكية الأسهم أو الحصص في رأس المال للشركة المسيطر عليها.

2) السيطرة من خلال التأثير الفاعل على نشاط الناجر الآخر.

3) أو السيطرة من خلال فقط التأثير على السياسة التجارية للناجر الآخر.

وقد وفق مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاحتكار بالنص صراحة على حظر الاندماج أو السيطرة بقصد تفادي المنافسة، لأنه من شأن هذا النص تلقي النقص الذي يعني التشريع الكويتي في هذا المجال، وذلك من خلال تعليق مشروعية الاندماج أو السيطرة على مدى التنفيذ الذي يحدث للمنافسة.
قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:
أحمد عبد الرحمن المحم، "الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار"، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، 1992.
حمض الدين الصغير، "النظام القانوني لاندماج الشركات"، ط 1، القاهرة، 1987.
حسن المصري، "اندماج الشركات وانقسامها، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري"، ط 1، 1985.
حسن المصري، "صناديق الاستثمار المشتركة في القانون الكويتي والقانون المقارن"، الكويت، 1994.
طهامة الشمري، "القوانين القانونية لديمج البنوك الكويتية"، مجلة الحقوق، 15، مارس 1991.
يعقوب صرصو، "الإطار القانوني لاندماج البنوك الكويتية"، مجلة الحقوق، 14، ديسمبر 1993.

ثانيا: باللغة الإنجليزية:
- Robert Jay Preminger, Deputation and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section
- Victor & Standish, United States competition Law, Published in Corporate Finance, 1992.