

مدى مخالفة الاندماج والسيطرة

لأحكام المنافسة التجارية

دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع

الإشارة إلى الوضع في الكويت

الدكتور أحمد عبدالرحمن اللحام
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 لأي سبب كان، وبين هذا وذلك، يتراوح السوق بين التشبع الطارد للتجار وبين التركيز الجالب لهم. ويضطلع كل من الاندماج والسيطرة بدور فاعل في إقامة هذا التوازن في ظل الظروف العادية. ففي حالة التشبع يضطر التجار إلى الاندماج أو السيطرة تقليلاً 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 نقيض هذه الميكانيكية، بأن تسيطر شركة على أخرى أو تندمج فيها 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 تلتفت إلى جانب ضرورة حماية المنافسة من جراء الاندماج أو السيطرة، أي

التطرق إلى مدى مشروعية الاندماج أو السيطرة من منظور حماية المنافسة، بالأولى يؤدي الاندماج أو السيطرة إلى الاحتكار أو إلى تقييد المنافسة.

وتنحو الدولة على عموم مؤسساتها، بخطى متسارعة نحو الاقتصاد الحر، بموجب برامج ودراسات التخصيص التي تتبناها بين الفينة والأخرى، ولاسيما ما طرأ على السوق الكويتية من تصدع جراء الاحتلال العراقي الغاشم، والدعوات التي نادى بضرورة تشجيع الاندماج بين الشركات الكويتية. بيد أنه يخلو التشريع الكويتي من الأحكام التي تكفل عدم تقييد المنافسة أو ولادة شركات محتكرة من جراء الاندماج أو السيطرة. لذا فقد تقدم بعض أعضاء مجلس الأمة بمشروع قانون حول المنافسة غير المشروعة والاحتكار، تضمن النص صراحة على حظر سيطرة شركة على أخرى أو اندماجها فيها بقصد تفادي المنافسة^(١).

ومن هذا المنطلق تنبع أهمية هذه الدراسة. وتستلهم هذه الدراسة المنهج المقارن بين القانون الأمريكي، وخاصة المادة السابعة من قانون كلايتون لسنة ١٩١٤، والقانون الأوروبي خاصة لائحة التركيز (الاندماج والسيطرة) لسنة ١٩٨٩، وسوف نطلق عليها لغرض هذه الدراسة لائحة الاندماج.

وتنقسم هذه الدراسة إلى فصلين هما:

الفصل الأول: نتطرق فيه للمقصود بالاندماج والسيطرة في مجال المنافسة التجارية.

والفصل الثاني: نخصه لمدى تقييد الاندماج والسيطرة للمنافسة التجارية.

(١) قدم مشروع القانون السادة النواب: إسماعيل الشطي وجمال الكندري وأحمد النصار وعبدالله النيباري ومفرج نهار المطيري، حول نص المشروع انظر طعمة الشمري «أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي» مجلة الحقوق - السنة ١٩ - العدد ١، مارس، ١٩٩٥، ص ١٤ - ١٥.

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 لسياسته تجاه الاحتكار أو عدم تقييد المنافسة. على اعتبار أن المشروع يرقب التصرفات التي تؤدي إلى تقييد المنافسة أو تفاديها، سعياً إلى بث المنافسة في السوق. ومن ثم فإن الاندماج بمفهومه القانوني الضيق ليس بكاف لشمول التصرفات التي قد تمارس بغية السيطرة على السوق. ومن مثل هذه التصرفات سيطرة شركة على أخرى سواء بشراء أصولها أو جزء كبير منها Assets وهو ما يطلق عليه Acquisition^(١)، أو بشراء أسهمها والسيطرة عليها وهو ما يطلق عليه Takeover^(٢). ويكون 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 بمثابة اندماج بين الشركتين. لذا يتعين اتباع الإجراءات القانونية لكلا التصرفين.

ولما كان الاندماج يعجز بمفهومه القانوني الضيق الذي يستلزم انقضاء الشخصية المعنوية لإحدى أو كل الشركات المندمجة عن شمول طرائق سيطرة شركة على أخرى وتفاذي من ثم المنافسة بينهما، فقد استعمل مصطلح التركيز حتى يتلطف مناحي السيطرة التي تخرج عن مفهوم الاندماج، ومن ثم فليس هناك اختلاف في المبادئ القانونية التي يخضع لها كل من الاندماج أو السيطرة،

(١) انظر: Blacks Law Dictionary, 6th. ed., St. Paul, minn, West Publishing Co., 1990, P.24

(٢) انظر: Blacks Law Dictionary, P. 1454.

وقوامها ألا تؤدي هذه التصرفات إلى التركيز الاقتصادي في السوق Economic^(١) Concentration in the Market سواء بتكوين احتكار أو بتقييد المنافسة أو تفاديها.

ونتناول فيما يلي المقصود 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 كلايتون بأنه يحظر استحواذ شركة أو مؤسسة على كل أو بعض أسهم أو حصص أو موجودات شركة أو مؤسسة أخرى، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، إذا كانت هذه السيطرة تؤدي إلى احتمال التقييد الجوهري للمنافسة بين تلك الشركات أو المؤسسات أو في السوق بصفة عامة أو كان من مؤدى ذلك احتمال تكوين احتكار في مجال السلعة وفي نطاق السوق الجغرافية^(٢).

Section 7 of the Clayton Act 1914. And also see EEC Merger Regulation No.4064-89, 1989 (١) OJ L395-1.

Section 7 of the Clayton Act 1914 as last amended in 1980. See also Areeda and Kaplow, (٢) "Antitrust Analysis", 4th., ed. Little, Brown and Company, Boston, 1988, P.808.

لقد مر قانون كلايتون بثلاثة تعديلات هي: Celler-Kefauver Act 1950. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act 1976. Antitrust Improvements Act 1980.

ومن الحري التنويه بأن المادة الأولى من قانون شيرمن ١٨٩٠ تسري أيضا على الاندماج بحسبانها تحظر كل تجمع أو تكتل أو تواطؤ بغية تقييد التجارة. بيد أن المادة السابعة من قانون كلايتون ١٩٨٠ هي الأساس في تنظيم الاندماج منذ سنة ١٩٥٠. انظر

Lexington Bank: US V. First National Bank and Trust Co. of Lexington, 376 US 665 (1964).

Tim Frazer, Monopoly, "Competition and the Law", 2nd., ed., Harvester wheatsheaf, New York, 1992, p.97".

وعلى الرغم من أن وقائع وحيثيات الاندماج أو السيطرة يخضعان لذات التحليل من حيث آثارهما على السوق إلا أن قانون كلايتون لا يتضمن عقوبة جنائية كما هو الشأن في قانون شيرمن.

ومن أجل تحليل النص من كل جوانبه سنتناول نطاق نص المادة السابعة (المطلب الأول) ثم سنبين أهم النتائج التي ستترتب على هذا النطاق، أي خلاصته ثم سنتصدى إلى كيفية قياس درجة التركيز في السوق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نطاق تطبيق نص المادة السابعة

يقصد بالاندماج بمعناه القانوني الضيق العقد الذي تضم بموجبه شركة أو أكثر إلى شركة أخرى، فتتقضي الشخصية المعنوية للشركة المنضمة، وتنتقل أصولها وخصومها إلى الشركة الضامة، أو تمتزج بمقتضاه شركتان أو أكثر، فتتقضي الشخصية المعنوية لكل منهما وتنتقل أصولها وخصومها إلى الشركة الجديدة^(١). ويبين من هذا التعريف ضرورة تحقق العديد من العناصر، وتتمثل في إبرام عقد وأن يكون بين شركتين أو أكثر، مناطه انتقال كل أصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، بما حاصله انقضاء الشخصية المعنوية لتلك الشركات أو بعضها بعد أن كانت قائمة.

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

فلقد كان النص إبان إصداره سنة ١٩٥٠ ينحصر تطبيقه على الشركات دون الأفراد أو المؤسسات^(٢) وكذا انطباقه على السيطرة من خلال الاستحواذ على أسهم

(١) حسني المصري «اندماج الشركات وانقسامها دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري» ط ١، ١٩٨٦ ص ٣٦، حسام الدين الصغير «النظام القانوني لاندماج الشركات» ط ١، ١٩٨٧، القاهرة، ص ٢٤ - ٢٦، يعقوب صرخوه «الإطار القانوني لاندماج البنوك الكويتية» مجلة الحقوق س ١٧، ع ٤، ديسمبر ١٩٩٣، ص ٢٨ - ٣٢ طعمة الشمري «الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية» مجلة الحقوق، س ١٥، ع ١، مارس ١٩٩١، ص ١٦٩ - ١٧٣ أحمد محرز «اندماج الشركات من الوجهة القانونية» دار النهضة العربية، ص ٦ - ٨.

Brown Shoe Co., v. United States, 370 U.S. 294, 312-323 (1962). Areeda & Kaplow, (٢) "Antitrust Analysis", p.808.

شركة أخرى، دون الاندماج حتى تدخل المشرع سنة ١٩٨٠ ومد نطاق المادة السابعة، وغدا يشمل ما يلي:

أولاً: الاندماج بمفهومه القانوني، حتى ولو كان الاتفاق المبرم بين الأطراف يقضي بانتقال جزء من أصول الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة^(١). على أن المقصود بأصول الشركة Assets هو العناصر المعنوية أو المادية للمشروع الاقتصادي، أي التي يمكن استثمارها في العمل التجاري. فمثلاً لا يعتبر بيع أثاث الشركة أو مقر الشركة اندماجاً^(٢)، وبحسابه مجرد بيع لعناصر مادية لا تؤثر على كينونة المشروع الاقتصادي، بيد أن بيع - مثلاً - براءة اختراع أو علامة تجارية من تاجر إلى آخر قد يؤدي إلى الاندماج بموجب نص المادة السابعة^(٣) وهو ما يعبر عنه بـ Going Business أو بمثابة الحصص السوقية للشركة المندمجة. إذ قالت المحكمة في دعوى Dairy Foods v. Farmers Creamery بأن تعتبر براءة الاختراع من أصول الشركة^(٤)، ومن الحري الإشارة بأن المادة السابعة مباشرة في حظر الاستحواذ الجزئي على أصول الشركة من قبل شركة أخرى، إذا كان من المحتمل أن تؤدي إلى التقييد الجوهرى للمنافسة بين تلك الشركات أو كان مؤدياً للاحتكار، ومن ناحية أخرى وعلى الرغم من أن الاستحواذ Acquisition على أصول الشركة المؤدي للسيطرة هو كما قالت المحكمة في دعوى Federal Trade Commission v. Thatcher Mfg.Co., C.C.A. يفيد كمصطلح مستعمل في هذه المادة ملكية الشيء^(٥)، بما حاصله ضرورة انتقال ملكية الأصول من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، إلا أن القضاء لم يكن قط حبيس هذه الفكرة بحسابه قد مد نطاق هذا النص كيما يشمل حالة الحوالة Assignment أو التأجير Lease أو

Automated Bldg. Components v. Trueline Truss Co., 318 F.Supp. 1252 (D.Or.1970). (١)

Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis", p.818. (٢)

Western Geophys. Co., v. Bolt Assocs., 305 F. Supp. 1248 (D.Conn.1969). (٣)

298 F. Fupp. 774 (D.C. M.nn. 1969). (٤)

5 F.2d 615 1925. (٥)

الترخيص License للأصول^(١). وهذا التفسير يتلاءم مع سياسة المشرع وفلسفة المادة السابعة، شريطة أن يؤدي هذا التصرف إلى التقييد الجوهرى للمنافسة في السوق أو إلى تكوين احتكار.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص بمفهومه الرحب يشمل كل أنواع الاندماج، ولا يقتصر فقط على الاندماج الأفقي Horizontal Merger الذي يكون بين التجار المتنافسين، بل يسرى على الاندماج الرأسى الذي يكون بين التجار المتكاملين Vertical Merger الذين يعملون على مستويات مختلفة في السوق، مثلا بين منتج وتاجر للجملة، وكذا يشمل الاندماج التجميعى Conglomerate Merger الذي يصير بين تجار يمارسون أعمالا تجارية مختلفة^(٢). وقد قضت المحكمة في دعوى U.S. Columbia Pictures Corp. بأنه يتعين ألا يتقيد في تفسير السيطرة أو الاندماج بالمعنى القانونى الدقيق لأنه لفظ عام وغير محدد، وبذا يشمل طائفة واسعة من التصرفات.

ثانيا: وقد تتحقق السيطرة المؤدية للتركيز من خلال شراء تاجر أسهم Stoks أو حصص Shares تاجر آخر، بغية تفادى المنافسة بينهما. ولا يشترط أن تقوم الشركة بذاتها كشخص معنوي بالشراء، فمن الممكن أن يضطلع المساهمون بذلك، بدلا من الشركة، ويكفي ذلك لإعمال نص المادة السابعة^(٣). ولا غرو أن الشركة المشترية للأسهم تستهدف السيطرة على الشركة البائعة، ويطلق على ذلك Takeover الذي لا يستلزم في بعض الأحيان انتقال ملكية الأسهم، إذا كانت السيطرة من خلال الأغلبية في مجلس الإدارة^(٤) ويفيد ذلك أن المشرع يركن إلى مناط التصرف، وهو هدف السيطرة. فإذا ثبت أن الشركة المشترية للأسهم لا شأن

U.S.v. columbia Pictures Corp., 189 F. Supp. 153 (D.C.N.Y. 1960). (١)

United States v. Manufacturers Hanover Trust Co., 240 F. Supp. 867 (D.C.N.Y. 1965). U.S. (٢)
v. International Tel. and Tel. Corp. 306 F. Supp. 766 (D.C. Conn. 1969).

GAF Corp., v. Circle Floor Co., 329 F. Supp., 823 (D.C.N.Y. 1971). (٣)

Blacks Law Dictionary 6th., ed., 1990, p. 1454. (٤)

لها في إدارة أو السيطرة على الشركة البائعة، وإنما من أجل الاستثمار، انحسر عن هذا التصرف الحظر الوارد في نص المادة السابعة^(١) على أنه إذا كانت العضوية في مجلس الإدارة متوقعة أو مخطط لها بعد الاستحواذ على الأسهم من الشركة المشترية، كان ذلك بمثابة السيطرة التي تدخل ضمن نطاق حظر المادة السابعة^(٢).

ثالثاً: ويمتد نطاق هذه المادة كيما يشمل شركة المشروع المشترك التي تؤسس بين التجار بغية استثمار عمل معين أو تفادي الوقوع بمخاطر تجارية معينة، وهو الذي يطلق عليه Joint Venture، غير أن هذا التصرف ربما لا يعتبر في بعض الأحيان من قبيل الشركة في القوانين الأنجلو - أمريكية، بل من الاتفاقات، وتؤدي هذه العقود إلى ملكية أو سيطرة مشتركة لأصول تجارية بين التجار.^{(٣)،(٤)}

خلاصة:

يبين مما تقدم أنه يخرج من نطاق المادة السابعة الاندماج الذي يكون لغرض الاستثمار البحت وليس السيطرة، بحسابه غير مقيد للمنافسة. ومن باب أولى إذا قامت الشركة بالتوسع الداخلي، أي مد نطاق نشاطها من خلال تأسيس شركات أخرى أو تكوين فروع للشركة، لأنه ليس من قبيل الاندماج أو السيطرة على تاجر

(١) U.S. v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., 77 S.Ct. 872, 353 U.S. 586, 1 L.Ed.2d 1056 (١٩٥٦). U.S.v. Tracinda Inv. Corp., 477 F. Supp. 1093, 1100 (C.D. Cal. 1979). See also 3rd. para. of s. 7 of the Clayton Act.

(٢) Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis", p.818. E.g., Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co., 114 F.supp. 307, 317 (D. Conn. 1953).

(٣) Victor and Standish, "United States Competition Law", Published in U.S. v. Penn-Olin Chemical co., Del. 84 S.Ct Corporate Finance, 1992, P 1710, (Del. 1964).

(٤) وقد نصت المادة الثامنة من قانون كلايتون على حالة تماثل أعضاء مجلس إدارة شركتين في حدود النصف مثلاً والذي يكون لهم سلطة التنسيق بين الأعمال التنافسية لهاتين الشركتين، لأن ذلك ينطوي على إدارة واحدة للشركتين، بما حاصله ترتيب ذات أثر الاندماج على المنافسة في السوق انظر: H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy The Law of Competition and its Practice, p.499-500. In Germany See, Dieter Beinert, Corporate Aquisitions and Merger, 2ed., Vol., 2, edited by P.F.G. BEGG, Graham & Trotman, London, 1992.

آخر. ومصدقا لذلك فقد قالت المحكمة في دعوى U.S. V. Philadelphia Nat. Bank, إن هدف القانون المضاد للاندماج هو تشجيع التوسع الداخلي للشركة، لأنه أفضل اجتماعيا واقتصاديا من السيطرة^(١).

ومن الحري الإشارة أنه ليس ثمة إخلال بنص المادة السابعة في حال اندماج شركة بأخرى على هاوية الإفلاس، لأنه لن ينتج عن ذلك تقييد للمنافسة، وهو ما يطلق عليه استثناء الشركة المفلسة أو الهاوية Failing Company Doctrine^(٢).

وعلى العموم ليس ثمة أثر قانوني معين يترتب على التفريق بين التصرفات التي تدرج تحت نطاق المادة السابعة، فإذا ما قرر القضاء تحقق الاندماج أو السيطرة أو المشروع المشترك، تعين النظر إلى مقدار التقييد الذي طرأ على المنافسة في السوق، بما حاصله تعرض الحكم للبطلان عند ترتيب أثر قانوني مختلف نتيجة التفريق بين التصرفات التي تدرج تحت نطاق المادة السابعة^(٣). ومن ثم يخضع الاندماج بغض النظر عن نوعه، سواء بطريق الضم أو المزج، أو كان اندماجا أفقيا أو رأسيا أو تجميعيا إلى ذات القواعد التحليلية، أي بالنسبة إلى الآثار التي تحدثها على المنافسة في السوق^(٤). ويعني ذلك أن المشروع ينظر إلى درجة التركيز Ratio of Concentration التي يحدثها التصرف في السوق، فإذا كان مؤدى

83 Sct. 1715, (Pa. 1963).

(١)

ويعتبر من قبيل التوسع الداخلي تأسيس الشركات التابعة للتاجر.

انظر International Tel., and Tel., Corp., v. General Tire and Electronics Corp., 351 F. supp., 1153 (D.C. Hawaii 1972).

U.S. v. Greater Buffalo Press, 91 S.Ct. 1692(N.Y. 1971). Erie Sand and Gravel Co., v. F.T. (٢) C.291 F.2nd 279 (C.A.3 1961).

وقد قالت المحكمة إن التاجر الذي يسعى إلى اعتزال العمل التجاري بسبب اضطراب أحواله المالية بمقدوره بيع مشروعه التجاري إلى منافسه دون أن يشكل ذلك إخلالا بنص المادة

السابعة. انظر: Beegle v. Thomson, 138 F.2nd 875 (C.C.A. I 11.1943).

U.S. v. Philadelphia Nat. Bank, 83 S.Ct., 1715, (Pa. 1963).

(٣)

F.T.C. v. Procter and Gamble Co., 87 S.Ct. 1224 (Ohio 1967).

(٤)

التركيز التقييد الجوهري للمنافسة في السوق، كان التصرف الخاضع للمادة السابعة غير مشروع.

المطلب الثاني

قياس درجة التركيز في السوق

لقد أصدرت السلطة المخولة بمراقبة الاتفاقات التي تندرج ضمن نطاق المادة السابعة، ممثلة في وزارة العدل ومفوضية التجارة المركزية، دليلا مرشدا للاتفاقات التي تنطوي على إخلال بنص المادة السابعة^(١). ويركن هذا المرشد إلى بحث درجة التركيز في سوق السلعة The Relevant Market. إذ تعين حدود هذا السوق من خلال مرونة الطلب Demand Substitution على السلعة، أي السلع المتشابهة، التي تقوم مقام بعضها البعض عند عدم توافر إحداها. ومن خلال مرونة العرض Supply Substitution أي مدى مرونة دخول تجار إلى السوق لتغطية الطلب المتزايد على السلعة التي صعد ثمنها. ويدخل من ضمن هؤلاء التجار الذين بمقدورهم تحويل خطوط إنتاجهم خلال سنة، إلى السلعة التي صعد ثمنها نتيجة إلى زيادة الطلب عليها^(٢).

وثمة طريقة أرساها المرشد من أجل رسم حدود سوق السلعة التي يتمتع فيها التجار المندمجون بقوة اقتصادية، تتمثل فيما أطلق عليه اختبار الخمسة في المائة. إذ يفترض زيادة في سعر السلعة التي تتعامل بها الشركات المندمجة مقدارها ٥٪. يفترض في المكان الذي تزاوّل فيه الشركة نشاطها وذلك خلال مدة سنة، وتحدد المنطقة الجغرافية للسوق بالمدى الذي تكون فيه زيادة ٥٪ مربحة للشركات

(١) انظر: Merger Guidelines of 1982 issued by The Federal Trade Commission, 1984 issued by the Department of Justice and 1992 issued by the both mentioned Agencies.

(٢) Tim Frazer, "Monopoly, Competition and the Law", P.105.

انظر: أحمد عبدالرحمن الملحم، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٩٢.

المندمجة، أي المنطقة التي تخلو من السلع المشابهة، أو بتعبير آخر ليس ثمة مرونة للطلب، ولا عرض بديل للسلع^(١).

وينهض المرشد على فرضية حاصلها أن زيادة التركيز تؤدي إلى احتمالات التواطؤ بين التجار، ومن ثم التحكم بأسعار السلع في السوق. ويستعمل المرشد معادلة بغية قياس درجة التركيز في السوق، يطلق عليها Herfindahl-Hirschman Index (HH). إذ يصنف التجار وفقا لعدد النقاط التي تعطى لهم من قبل السلطة، والتي تتراوح بين عشرة آلاف نقطة في حال الاحتكار الخالص إلى الصفر تقريبا في حال الوحدات الاقتصادية الصغيرة Atomistic Market. ويقسم (HHI) سوق السلعة إلى ثلاث مناطق من أجل التعرف على مقدار تركيز الشركات المندمجة:

أولاً: عدم التركيز، إذا كانت النقاط المعطاة أقل من ١٠٠٠ .

ثانياً: التركيز الهادئ أو المعتدل، إذا كانت النقاط المعطاة تتراوح ما بين ١٠٠٠ إلى ١٨٠٠ .

ثالثاً: التركيز المرتفع، إذا كانت النقاط المعطاة أكثر من ١٨٠٠ .

وتركز سياسة السلطة المختصة على عدم الاعتراض على الاندماج أو السيطرة إذا كان ضمن منطقة عدم التركيز، لأنه لن يؤدي إلى التواطؤ أو تقييد المنافسة، والاعتراض على الاندماج أو السيطرة إذا كان في ضمن منطقة التركيز المرتفع، أما عند التركيز المعتدل، فلن يكون هناك اعتراض، إلا إذا نتج عن الاندماج أو السيطرة زيادة في مقدار الحصة السوقية للشركات المندمجة لا تقل عن ١٠٠ نقطة من مقياس (HHI)^(٢). على أن يوضع في الحسبان عند قياس درجة التركيز حسبما أفاد به القضاء في دعوى U.S. v. United Virginia Bankshares كل من نوع العمل

(١) Frazer and Waterson, "Competition Law and Policy", 1 st, ed. Harvester Wheatsheaf, (١) London, 1994, P. 379-380. Tim Frazer, "Monopoly, Competition", and the Law, P. 105.

(٢) Frazer and Waterson, "Competition Law and Policy", P. 387. Tim Frazer, "Monopoly, competition and the Law", P.106.

التجاري وحجم السوق الجغرافية ومقدار العمل التجاري الخاضع للمنافسة في ذلك السوق^(١). وكذا مدى ضرورة توافر تكنولوجيا حديثة للعمل التجاري، وعوائق الدخول إلى السوق.

وعلى العموم هنالك بعض الملاحظات الأولية على هذا المرشد نسوقها على عجلة، أما التفصيل فنرجئه إلى الفصل القادم:

أولاً: لقد تطرق المرشد بشيء من التفصيل للأحوال التي سوف تدفع السلطة المختصة للاعتراض على الاندماج أو السيطرة، وبذا فقد تفادى المرشد الخلاف الدائر في القضاء القائم على النظريات التي قيلت بشأن الأحوال التي يتعين فيها الاعتراض على الاندماج أو السيطرة، بما حاصله تمكين التجار من توقع نوعية الأثر الذي قد يترتب على تصرفاتهم.

ثانياً: من البين أن المرشد قد اعترف بالآثار النافعة التي قد تنجم عن الاندماج أو السيطرة، ومن باب أولى فقد التفت عن الآثار الضارة التافهة، لأن القانون لا يعني بالتوافه، وذلك عندما قسم المرشد التركيز إلى ثلاثة مستويات، وبذا تجاوز المرشد عصر رئيس القضاة Warren في حقبة الستينيات الذي يدعو إلى ضرورة إبطال الاندماج أو السيطرة لأنهما قد يؤديان إلى إحداث آثار نافعة في السوق وعلى العملاء مما يضر بالمشروعات الصغيرة والمتوسطة.

ثالثاً: لقد وضع المرشد حداً للخلاف الدائر في القضاء والفقهاء حول كيفية تحديد سوق السلعة، سواء السوق السلعي أو الجغرافي، كما سوف نبينه لاحقاً.

رابعاً: بيد أن هذا المرشد ليس ملزماً للقضاء ولا حتى للسلطة التي أصدرته^(٢) بحسابه ليس مضمون النتائج دائماً. مما قد يضيع الغرض من إصداره المتمثل في توفير شيء من اليقين للتجار حول الأحوال التي تدعو السلطات

(١) 347 F. Supp. 891 (D.C. Va. 1972). Stanley Works v. F.T.C., 469 F.2 ed., 498 (C.A.2, 1972).

(٢) U.S. v. Atlantic Richfield Co., 297 F. Supp. 1061, (D.C.N.Y. 1969).

المختصة للاعتراض على الاندماج أو السيطرة، وهو الذي يلقي على السلطات المصدرة للمرشد تحديثه دوريا كيما يعبر بصورة صادقة عن وجهة نظرها.

المبحث الثاني

تعريف الاندماج والسيطرة في القانون الأوروبي

مقدمة:

لم تتضمن اتفاقية السوق الأوروبية أحكاما خاصة بالاندماج، مثلما فعلت اتفاقية الصلب و(الاستيل) (ECSC) في المادة ٦٦، التي تعطي مكنة تفادي الاندماج في مجال صناعة الصلب و(الاستيل)، عندما يؤدي إلى التركيز^(١). لذا فقد ركنت مفوضية السوق الأوروبية إلى المادتين ٨٥ و٨٦ من اتفاقية السوق الأوروبية، التي تعنى بحظر تكتل أو تواطؤ التجار بغية تقييد التجارة (المادة ٨٥) أو إساءة استخدام المركز المسيطر في السوق (المادة ٨٦) Abuse of Dominant Position. 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^(٢). بيد أنه لا بد من وجود أحكام يخضع لها الاندماج، بحسبان عدم ملاءمة تطبيق نص المادتين ٨٥ و٨٦ المشار إليهما. وترجع العلة في ذلك إلى أن مناط التكتل أو التواطؤ هو اتفاق بين تاجرين على الأقل، بغية تقييد أو تفادي المنافسة بينهما، على أن يبقى كل واحد منهما مستقلا عن الآخر. بينما الوضع يختلف في الاندماج، الذي يتطلب أن يفقد أحد التاجرين على الأقل استقلاله، كيما يكون وحدة اقتصادية مع التاجر الآخر. ومع ناحية أخرى فليس ثمة مخالفة لنص المادة ٨٦ المشار إليها أعلاه، عند اندماج شركتين أو أكثر لا تتمتع أي منها بمركز مسيطر.

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

(١) Sweet and Maxwell's "European Community Treaties", 4th., ed., 1980, p.25.

(٢) Continental Can v. Commission, Case 6-72(1973) ECR 215, (1973) CMLR 199.

الوزراء الأوروبي سنة ١٩٨٩ إلى إصدار لائحة الاندماج^(١). وتستمد هذه اللائحة أساسها من نص المادة ٢٣٥ من اتفاقية السوق، والتي تعطي المجموعة حق اتخاذ الإجراء الضروري بغية تحقيق الأهداف العامة للمجموعة^(٢). وسوف نتطرق فيما يلي إلى تعريف الاندماج طبقاً للائحة المتقدمة (المطلب الأول) ثم نعقد مقارنة بين القانونين (المطلب الثاني) ثم نركز على المعيار المستخدم للتعرف على السيطرة وهو معيار التأثير القاطع (المطلب الثالث)، ومن ثم نتناول كيفية إثبات السيطرة (المطلب الرابع).

المطلب الأول

تعريف الاندماج والسيطرة في القانون الأوروبي

لم يستعمل المشرع اصطلاح الاندماج، بل استعاض عنه بلفظ أعم، هو التركيز Concentration كما يشمل كلا من الاندماج Merger والسيطرة Acquisition أو Takeover والمشروع المشترك المركزي Concentrative Joint Venture^(٣). إذ نصت المادة ٣ (١) من لائحة الاندماج على أنه يحصل التركيز في الأحوال الآتية:

- (أ) عند قيام ملتزمين مستقلين أو أكثر Undertakings بالاندماج.
 - (ب) ممارسة شخص أو أكثر السيطرة Controlling على ملتزم واحد على الأقل، أو استحواذ ملتزم أو أكثر على سلطة السيطرة على ملتزم آخر أو أكثر سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، بواسطة شراء أسهم أو أصول ذلك الملتزم.
- ومن أجل فهم هذا النص بشكل دقيق، يتعين تحديد المقصود بكل من

(١) EEC Merger Regulation, 4064-89, OJ (1989) L395-1, (1990) 4 CMLR 286.

(٢) انظر ديباجة لائحة الاندماج رقم ٤٠٤٦ - ٨٩ - L 395/1. O.J. 1989 papas 5,6, and 8.

(٣) See Cook and Kerse, "EEC Merger Control-Regulation 4064-89 (1991)" Sweet and Maxwell, (٣) ch., 2.

الملتزم والسيطرة، إلا أن المشرع عرف الثانية ولم يعبأ بتعريف الأولى، قاصداً بذلك على ما يبدو إعطائه مفهوماً رحباً.

وتقضي المادة ٣ (٣) بأن تكون السيطرة من خلال حقوق أو عقود أو أي وسيلة أخرى، تعطى حق ممارسة التأثير القاطع Decisive Influence على الملتزم الخاضع للسيطرة وعلى وجه الخصوص بواسطة:

(أ) ملكية أو حق استعمال كل أو بعض أصول الملتزم الخاضع للسيطرة.

(ب) حقوق أو عقود تعطي تأثيراً قاطعاً في مجال الصلح الواقي من الإفلاس أو التصويت على القرارات الصادرة من الملتزم.

وعلى ذلك يمكن القول من وحي نص المادة الثالثة إن المشرع تصدى أو شمل ضمن منطوق المادة كلا من الاندماج القانوني البحت، والسيطرة التي يكون لها أثر الاندماج ذاته على المنافسة، أو بتعبير آخر ساوى من حيث الأثر بين الاندماج القانوني (مادة ١/٣ أ) والاندماج الاقتصادي (مادة ١/٣ ب)، الذي يعول على فكرة السيطرة. وبناء على النص المتقدم، إذا كان الاندماج القانوني لا يشير إشكالياً في تحديده^(١) فإن الاندماج الاقتصادي يعوزه بعض التوضيح، بحسبانه 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 أغليبتها، والتي من شأنها أن تعطي تأثيراً قاطعاً على قرارات الشخص الخاضع للسيطرة من دون أن تؤثر على وجوده القانوني.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم أن تمتلك الشركة أغلبية أسهم شركة أخرى حتى تستحوذ على السيطرة، ذلك أنه من الممكن أن يتحقق التأثير القاطع من تملك جزء كبير من الأسهم. ففي دعوى Arjomari-Prioux-Wiggins Teape تملك شركة

(١) انظر في تعريف الاندماج القانوني حسني المصري «اندماج الشركات وانقسامها» ط ١، ١٩٨٦، ص ٣٣ - ٣٨. طعمة الشمري «الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية»، مجلة الحقوق، س ١٥، ع ١، مارس ١٩٩١، ص ١٦٩ - ١٧٢.

أرجوماري ٣٩ في المائة من أسهم شركة وجنز وكان الباقي موزعا على الجمهور، وقد قررت مفوضية السوق الأوروبية أن أرجوماري تتمتع بالسيطرة الأحادية على وجنز^(١) وقد تتمتع شركتان أو أكثر بالسيطرة على شركة أخرى، وهو ما يعرف بالسيطرة المشتركة^(٢) ومن الممكن أن تتحول السيطرة من مشتركة إلى أحادية، وتثور من ثم مسألة التركيز ففي دعوى ABB-BREL، تملك كل من ABB وTrafalgar حصة قدرها ٤٠ في المائة من رأسمال BREL مما أعطى الشركتين سيطرة مشتركة، وإذا قامت Trafalger ببيع حصتها على ABB فقد حصلت الأخيرة على السيطرة الأحادية، ومن ثم نشأ هنالك تركيز طبقا للمادة الثالثة^(٣).

ومن ناحية أخرى، فلم يستلزم المشرع أن تكون وسيلة السيطرة هي تملك الأسهم أو الأصول التجارية للشركة الخاضعة للسيطرة، إذ من الممكن أن تؤجر شركة أصلا من أصولها التجارية، مثلا براءة اختراع إلى شركة أخرى ومن ثم تغدو تحت سيطرتها ويتحقق من ذلك التركيز، حتى ولو كان مؤقتا، لأن المشرع شمل في المادة ٣ - ٣ - أ كلا من البيع وحق الاستعمال^(٤). 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 ٣ - ٢ من لائحة الاندماج على عدم اعتبار عمليات تنسيق النشاط التي تتم بين التجار من قبيل التركيز، لأن كل تاجر محتفظ باستقلاله عن الآخر، ومن ثم لا يوجد نشاط تحت سيطرة واحدة أو مشتركة. بيد أنه يعتبر من قبيل التركيز قيام التجار بتأسيس مشروع مشترك يعمل بصفة مستمرة، إذا كان هذا النشاط من الممكن أن يضطلع هؤلاء التجار به بصفة مستقلة، والذي لا يكون الغرض منه تنسيق

Case IV-M25(1991) 4 CMLR 854. (١)

Ericsson-Ascom, Case IV-M236. Richard Whish, "Competition Law", p.707. (٢)

Richard Whish, "Competition Law", p. 710. (٣)

Bos, Stuyck and Wytinck, "Concentration Control in the EEC", p. 151. (٤)

النشاط التنافسي بين هؤلاء التجار أو بينهم وبين المشروع المشترك. وعليه يمكن القول إنه لا غضاضة في المشروع التعاوني المشترك، على الأقل في إطار لائحة الاندماج، خلافا للمشروع الاقتصادي التركيزي الذي يعمل باعتباره تاجرا مستقلا.

وقد تعن التفرقة في بعض الأحيان بين المشروع التعاوني والمشروع التركيزي، لذا تتمتع مفوضية السوق الأوروبية بسلطة تقديرية في هذا النحو. بيد أن أحكام المنافسة الأوروبية هذه قد وضعت التجار في حيرة من أمرهم، ذلك أنه إذا قرر التجار تنسيق نشاطهم التنافسي بموجب اتفاق، كانوا تحت طائلة نص المادة ٨٥ من اتفاقية السوق، التي تحظر أي اتفاق أو تكتل يكون غرضه أو أثره تقييد التجارة، وإذا ما قرر التجار تأسيس مشروع مشترك ومستقل، كان ذلك بمثابة تركيز مخالف للائحة الاندماج^(١).

وقد تقدم القول إن المشرع لم يعرف الملتزم قاصدا بذلك إعطاءه مفهوما عاما. وعلى العموم يمكن القول إنه بمثابة وحدة تتكون من مجموعة من الأفراد والأموال تقوم بتحقيق هدف اقتصادي وتتمتع بالشخصية المعنوية^(٢). ويتعين عدم الخلط بين الملتزم وبين الوحدة الاقتصادية Economic Unity التي ابتدعتها مفوضية السوق وأرساها القضاء الأوروبي في بعض أحكامه، من أجل جعل الشركة الأم أو القابضة ملتزمة عن أفعال الشركة التابعة لها، بحسبانها يشكلان وحدة اقتصادية إذا كان ثمة اعتماد اقتصادي من قبل الأخيرة على الشركة الأم. وعليه فإن الملتزم هو ذلك الشخص الذي يمارس العمل الاقتصادي، والوحدة الاقتصادية هي المشروع الاقتصادي. بيد أن القضاء في بعض الأحيان يستعمل المصطلحين على سبيل الترادف^(٣)، لأن كل ملتزم هو مشروع اقتصادي، ولكن هذا الأخير قد يتكون من

(١) Valentine Korah, "An Introduction Guide to EC Competition Law" Sweet Maxwell, 5th., ed., (١) London, 1994, pp. 143-245.

(٢) Bos, Stuyck and Wytinck, "Concentration Control in the EEC", Graham and Trontman, (٢) London, 1992, p.142.

(٣) Zoja v. Instito Chemotherapico Italiana and Commercial Solvents Corp., (1974) ECR 223. (٣)

العديد من الملتزمين^(١). ومن أجل تفادي الغموض الذي قد يعتري مصطلح الملتزم فقد بدأت مفوضية السوق باستعمال لفظ الشخص Person بدلا من الملتزم، وذلك تأكيداً على مفهومه الواسع^(٢) وحتى لا ينحصر تطبيقه على التجار فحسب، بل يمتد كي يشمل كل عمل اقتصادي يمارسه الشخص بمقابل.

ومن الحري التنويه بأن لائحة الاندماج الأوروبية لا تنطبق إلا إذا كان للاندماج بعد على المجموعة الأوروبية Community Dimension ومعيار هذا البعد يعتمد على مقدار حجم مبيعات التجار المندمجين عالميا، إذ يتعين أن يزيد على ٥ آلاف مليون وحدة نقد أوروبية، وأن يكون حجم مبيعات اثنين على الأقل من التجار المندمجين في السوق الأوروبية ٢٥٠ مليون وحدة نقد أوروبية^(٣).

المطلب الثاني

مقارنة بين القانونين

لم يعرف كل من المشرع الأمريكي أو الأوروبي الاندماج أو السيطرة، بل عمدا إلى بيان صور أو حالات كل منهما، وذلك خلاف لبعض القوانين الوطنية للدول الأوروبية التي وضعت تعريفا جامعاً مانعاً^(٤). وقد أعطى للاندماج والسيطرة مفهوما رحبا حتى يشمل كل التصرفات التي قد تعمل على تقييد المنافسة. وعلى

(١) Kodak, (1970) OJ 147-24. Centrafarm v. Sterling Drug, (1974) ECR 1147.

للمزيد من التفصيل حول المصطلحين انظر: Bos, Stuyck and Wytinck, "Concentration Control in the EEC", pp. 142-145. Bellamy and Child, "Common Market Law of Competition", 3rd., ed., Sweet and Maxwell, London, 1987, p.45-49.

(٢) Bos, Stuyck and Wytinck, "Concentration Control in the EEC", pp.148-149.

انظر كذلك Nungesser v Commission ECR(1982) ECR 2015. BAT v. Commission, (1985) 363. RAI-Unitel, (1978) OJ. L 157-39.

(٣) للمزيد من التفصيل انظر: Bos, Stuyck and Wytinck, pp. 126-137. Richard Wish, pp.714-716. Valentine Korah, pp. 238-239. Tim Frazer, pp.89-90.

(٤) عرفت المادة ٦٤ من قانون التجارة العادلة ١٩٧٣ Fair Trading Act البريطاني الاندماج بأنه إنهاء التفرقة بين مشروعين أو أكثر، انظر. Richard Wish, "Competition Law", pp. 679-680.

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

- ١ - الاندماج بمفهومه القانوني، سواء كان ذلك بطريق المزج أو الضم.
- ٢ - تحويل بعض من أصول الشركة إلى أخرى، وما يتبعه من حقوق والتزامات، وهو ما يعرف بالاندماج الجزئي، بما حاصله بقاء كل من الشركتين، دونما داع إلى انقضاء الشخصية المعنوية لأي من الشركتين.
- ٣ - ليس بلازم أن يكون التصرف الناقل للملكية جزء من الأصول يباع، فقد تتفق الشركتان على أن يكون تأجيرا للأصول لفترة زمنية تعود بعدها إلى الشركة المؤجرة، وهو ما يمكن تسميته بالتركيز المؤقت.
- ٤ - وقد يكون الاندماج من خلال استحواذ شركة أو أكثر على غالبية أو جزء كبير من أسهم أو حصص شركة أخرى أو أكثر، ويكون لها أو لهم التأثير القاطع على الإدارة.
- ٥ - إبرام عقود بين حملة الأسهم تخول بعضهم حق استعمال حقوق الغير من أجل استجماع نسبة معينة من الأصوات التي تعطي مكنة السيطرة.
- ٦ - وتنطبق نصوص الاندماج الحاضرة على كل أنواعه، سواء كان أفقيا أو رأسيا أو تجميعا، وذلك تأسيسا على عموم النصوص التي وردت بشأنه.
- ٧ - ولا يشترط أن يكون الاندماج بين شركات، بل إنه من الجائز أن يقع بين مؤسسات، لأن المشرع الأمريكي نص صراحة على ذلك في المادة السابعة من قانون كلايتون، واستعمل المشرع الأوروبي مصطلح الملتزم الذي يشمل كل شخص يمارس عملا اقتصاديا أي بمقابل.
- ٨ - ومن ثم لا يشترط أن يقع الاندماج بين أشخاص يمارس كل واحد منهم عملا تجاريا، بالمفهوم المعروف في القانون الكويتي، بل إنه من الممكن أن يقع بين مؤسسات تمارس عملا مدنيا طالما تتحصل من وراءه على مقابل مادي.

ومن اللافت للنظر أن إعطاء التركيز سواء الاندماج أو السيطرة هذا التعريف الواسع ينطوي على توجه لدى كثير من الدول. إذ يعرفه المشرع الفرنسي في المادة ٣٩ من قانون حرية الأسعار والمنافسة الصادر في ١ - ١٢ - ١٩٨٦م بأنه تصرف بغض النظر عن نوعه يهدف إلى تحويل قانوني أو اقتصادي لكل أصول المتجر أو بعضها، وحقوقه والتزاماته، أو أن يكون غرضه أو أثره تمكين متجر أو أكثر من ممارسة التأثير القاطع، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على متجر آخر أو أكثر^(١). وعلى العموم فإن غالبية تعاريف التركيز تركز إلى عنصرين أساسيين هما طريقة تكوين التركيز (الاندماج أو السيطرة من خلال الاستحواذ على الأسهم أو الأصول) والأثر الذي يحدثه هذا التركيز سواء من شركة على أخرى (التأثير القاطع في القرارات) أو على المنافسة بشكل عام في السوق (التقييد الجوهري للمنافسة) ذلك أنه يتمثل التأثير القاطع في الخطوة الأولى التي يسعى إليها التاجر وصولاً إلى تقييد المنافسة. أو بتعبير آخر التغيير الذي يحدث على تركيبة الشركات بفعل الاندماج أو الآثار التي تقع على نشاط الشركات بفعل السيطرة^(٢).

(١) انظر Philippe Nouel, "French Competition Law", Published in Towards 1992. The Development of International Antitrust. Edited by Julian Maitland Walker, ESC Publishing Limited, Oxford, 1989, pp. 152-170, at 168.

انظر كذلك نص المادة ٢٣ - ٢ من قانون المناهض لتقييد المنافسة الألماني الصادر في ٢٧ - ٧ - ١٩٥٧ طبقاً لآخر تعديلاته بتاريخ ٢٢ - ١٠ - ١٩٨٧. Beier, Schrickler and Fikentscher, German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws, vol.7, 2nd., ed., Max Planck Institute, Munich, 1989, pp.214-215.

انظر قانون الاندماج والسيطرة والاحتكار الأيرلندي الصادر في ١٩٧٨ طبقاً لآخر تعديلاته في ١٩٨٧، قانون حماية المنافسة والسوق الإيطالي رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٩٠ النافذ بتاريخ ١٤ - ١٠ - ١٩٩٠.

قانون التجارة النيوزلندي الصادر في ١٩٨٦ طبقاً لتعديله الصادر بتاريخ ١٩٩٠. Corporate Finance- "Competition and Antitrust Law", (in many states) Jan. 1992. Euromoney Publications, London.

(٢) R. Kovar, "The EEC Merger Control Regulation", 10 Yearbook of European Law, Editors A. Barav and D.A. Wyatt, Clarendon Press, Oxford 1991, pp.71-101, at 82.

وإزاء هذا التعريف الرحب للتركيز وما يندرج تحته من اندماج أو سيطرة، الذي أرساه العديد من المشرعين، يمكن القول إنه ثمة تصرفات تخرج عن مفهوم الاندماج أو السيطرة، ومنها بطبيعة الحال التوسع الداخلي للشركة، وذلك من خلال توسعة المشروع أو بتأسيس شركة جديدة، وكذا عندما تستحوذ الشركة على بعض أسهم شركة أخرى، بقدر لا يمكن من ممارسة التأثير القاطع على القرارات، أو كان غرض الاستحواذ هو الاستثمار البحث، دون أن يكون هنالك هدف للسيطرة بغية تقييد المنافسة، ويتمثل ذلك من خلال العزوف عن دخول مجلس الإدارة.

ولم يسع كل من المشرعين إلى تحديد نسبة معينة لملكية الأصول أو الأسهم، التي من شأنها أن تعطي مكنة السيطرة للشركة على شركة أخرى^(١) وقد استعمل المشرع الأوروبي معيارا عاما للاسترشاد به للقول بتحقيق السيطرة، قوامه إمكانية استحواذ الشركة على سلطة التأثير القاطع على أعمال الشركة الأخرى، وهو ما سوف نتناوله فيما يلي:

المطلب الثالث

ماهية التأثير القاطع Decisive Influence

حتى نعطي معيار التأثير القاطع حقه في التحليل، فمن الملائم تبيان المقصود بالاستحواذ على الأصول أو الأسهم المؤدي للسيطرة. ومن استقراء التصرفات الآنفة التي تدخل ضمن نطاق الاندماج والسيطرة، يمكن القول إن المقصود بالاستحواذ هو تملك منفعة الشيء (الأصول)، إذ لا يشترط تملك رقبة الشيء،

(١) وقد ذهب القانون البرتغالي للمنافسة إلى تحديد نسبة مئوية لملكية الأسهم للاستحواذ على مكنة التأثير القاطع وقدرها عشرة في المائة من أسهم الشركة المسيطر عليها. انظر: Ronald Charles Wolf, «Corporate Acquisition & Merger», 2ed., ed., Vol.2, edited by P.F.G. BEGG, Graham & Trotman, London, 1992. s.12.91.

وذلك بغض النظر عن التصرف الذي بموجبه تم تحويل منفعة الشيء، أي سواء بواسطة عقد الإيجار أو البيع الإيجاري أو البيع أو الحوالة. وينبغي على ذلك خروج بعض التصرفات التي لا تعطى حق استعمال منفعة الشيء. ومن مثال ذلك، عقد الإيداع أو الرهن الرسمي، بالنسبة لأصول الشركة المدينة. ويسرى هذا الحكم على الرهن الحيازي للأسهم لأنه ولئن كانت الحيازة تنتقل للدائن المرتهن، إلا أن حقوق العضوية تظل للمدين الراهن بوصفه المساهم، أما الدائن المرتهن فيظل غريبا عن الشركة، ولا يحق له حضور الجمعية العمومية وفي هذا نصت المادة ١٠٨ - ٢ من قانون الشركات الكويتي «تسري على الحاجز والمرتهن جميع القرارات التي تتخذها الجمعية العامة على النحو الذي تسري به على المساهم المحجوزة 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 المشرع الأوروبي معيارا يستهدي به للتمييز بين الاستحواذ المركزي الذي يخضع للاتحة الاندماج وبين الاستحواذ التعاوني الذي يخرج عن الإطار العام لتلك اللاتحة، وربما تتلفه المادة ٨٥ من اتفاقية السوق المشتركة. إذ نصت المادة ٣ - ٣ من لاتحة الاندماج على معيار السيطرة الذي يتحصل في «أية تصرف يعطى إمكانية ممارسة التأثير القاطع على الشركة» ومن اللافت للنظر أن المشرع ركن في هذا المعيار إلى التشدد، بحسابه يتطلب تأثيرا قاطعا أو باتا أو نهائيا من الشركة المسيطرة على الشركة المسيطر عليها، إذ يمكن مقارنة هذا التشدد بالمعيار الذي أرساه المشرع البريطاني، الذي يتطلب فقط مقدرة على التأثير في سياسة الشركة المسيطر عليها^(١). أو المعيار الذي أخذت به محكمة العدل الأوروبية قبل صدور اللاتحة، وذلك في دعوى Philip Morris الذي يتطلب فقط تأثيرا على السلوك التجاري للشركة المسيطر عليها^(٢) دونما أن يكون قاطعا.

Tim Frazer, "Monopoly, Competition and the Law", p.90.

(١)

Philip Morris V. Commission, Case 730-79, Judgment of 17 September 1980, (1980) E.C.R. (٢) 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 ٣٩ من قانون حرية الأسعار والمنافسة، وأخذ به المشرع الألماني في المادة ٢٣ - ٣ - ٥ من القانون المناهض لتقييد المنافسة. واستفاه المشرع السويسري، بقوله إنه التصرف الذي يؤثر بشكل قاطع على السوق^(١) وكذا المشرع النمساوي^(٢).

وعلى الرغم من شيوع 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 حاصله ضرورة الاستحواذ على أكثر من نصف عدد الأسهم، وهل وجود حق اعتراض قرار الأغلبية، أو ما يطلق عليه النقض أو (الفيتو) Blocking Votes من شأنه أن يمنع تحقق المعيار المتقدم. في الحقيقة للإجابة عن هذه التساؤلات يتعين بادئ ذي بدء أن نعرف المقصود بسلطة التأثير القاطع، فهي وكما يومية إليها التعبير، قيام شركة بتحديد السلوك أو النشاط التنافسي لشركة أخرى، بدون تدخل أو دونما عوائق من أحد^(٣) بما حاصله فقدان الشركة الخاضعة للسيطرة لاستقلالها التجاري في السوق. وعليه يمكن القول إنه ليس ثمة إجابة واحدة عن تلك التساؤلات، بحسبانها تعتمد على العديد من المعطيات، وتفصيل ذلك وفقاً للآتي:

أولاً:

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

(١) P.F. Begg, "Corporate Acquisitions & Merger", Vol.2, Graham & Trotman, 1993, note 14.26.

(٢) P.F. Begg, "Corporate Acquisitions & Merger", note 16.45.

(٣) Bos, Stuyck and Wytinck, "Concentration Control in the EEC", p.153.

آخرين أو أكثر، بما حاصله عدم تمكن أية شركة على انفراد بإدارة الشركة المملوكة لهم، وتعهد كل منهم بعدم استخدام حق الاعتراض، فقد ينجم عن ذلك تأثير قاطع مشترك لتلك الشركات على الشركة المملوكة لهم. بما حاصله، إذا تعهدت الأقلية بعدم استخدام حق اعتراض القرارات، فقد ينجم عن ذلك تأثير قاطع للشركة حاملة أغلبية الأسهم^(١).

ثانياً:

قد يتحصل للشركة مالكة الأقلية من الأسهم تأثير قاطع على شركة أخرى، وذلك عندما تكون باقي الأسهم متناثرة بين المساهمين بشكل صغير. وقد قضى بأن الاستحواذ على نسبة ٣٩٪ قد يعطي الشركة المالكة تأثيراً قاطعاً على الشركة المسيطر عليها. وقد قضى بأن الاستحواذ على نسبة ٢٠٪ إلى ٢٥٪ ليس من شأنه أن يعطي سلطة التأثير القاطع^(٢).

ثالثاً:

وقد يتفق المساهمون على إعطاء أحدهم أو بعضهم سلطة تعيين كل أعضاء مجلس الإدارة أو بعضهم بما حاصله تمتع القائم بالتعيين بسلطة التأثير القاطع على الشركة، وذلك بموجب نص المادة (b) 3 - 3 التي أعطت مثالا على السيطرة قوامه الحقوق أو العقود التي تعطي تأثيراً قاطعاً في القرارات أو على الصلح الوافي من الإفلاس. ويدخل من ضمن ذلك الاتفاق الذي يبرم بين الشركة القابضة والشركة التابعة على تمكين الأولى من تعيين أعضاء مجلس إدارة الثانية.

(١) Bos, Stuyck and Wytinck, p. 152.

انظر كذلك Commission Notice Regarding the Concentrative and Cooperative Operations under Council Regulation (EEC) No.4054-89 of 21 Dec. 1989 on the Council of Concentrations Between Undertakings. OJ No. L395, 30. 12. 1989, p.1.

Tim Frazer, "Monopoly, Competition and the Law", p.90. Arjomari Prioux-Wiggins Teape, (٢) Case IV-M25(1991) 4 CMLR 854. Lyonnaise des Eaux Dumez-Brochier, Case IV-M76. Richard Whish, Competition Law, p.707.

وعليه يبين مرونة معيار التأثير القاطع، بحسابه يعتمد على مدى تحقق السيطرة الحقيقية، سواء كانت الواقعية أي التي تمارس أو التي من الممكن ممارستها.

ومن الأهمية بمكان تعيين محل السيطرة، أي الشيء الذي يمارس عليه سلطة التأثير القاطع، ذلك أن المادة ٣ من لائحة الاندماج الأوروبية تتطلب أن يقع التأثير القاطع على الشركة أو بتعبير أدق على الشخص Exercising decisive influence on an undertaking^(١)، وقد كان مشروع اللائحة ينص على أن التأثير القاطع يكون على نشاط الشركة المسيطر عليها On the Activities of the Undertaking وقد ذهب إعلان مفوضية السوق بشأن المشروعات مشتركة المخاطر إلى هذا الاتجاه، أي التركيز على نشاط الشركة^(٢). بينما يذهب القانون السويسري إلى أن يقع التأثير القاطع في السوق^(٣).

ونحن نرى صواب الاستناد إلى النشاط التجاري باعتباره المحل الذي يقع عليه التأثير القاطع، بحسابه الهدف المباشر الذي تسعى إليه الشركة المسيطرة، حتى تصل إلى الهدف البعيد وهو السيطرة على السوق، الذي يومية 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 هو مدى استحواذ المساهمين الأقلية على السيطرة على النشاط أو السلوك التجاري للشركة^(٤).

(١) وقد ذهب التشريع الفرنسي إلى ذلك بموجب المادة ٣٩ من قانون حرية الأسعار والمنافسة. وكذا القانون الألماني بموجب المادة ٥ - ٣ - ٢٣ من القانون المناهض لتقييد المنافسة.

(٢) Commission Joint Venture Notice, on 30-12-1989. OJ No. L395, p.1.

(٣) P.F.Begg, "Corporate Acquisitions & Mergers", Vol.2, note, 14.26.

(٤) (1989) E.C.R. 4487, at s. 37 and 38.

المطلب الرابع

إثبات السيطرة

لا ريب أن السيطرة ليست بحاجة إلى إثبات، عندما تكون واقعية أو فعلية، أي التي تتحصل بالاستحواذ على مكنة التأثير القاطع على الشركة المسيطر عليها، وذلك لأنها بادية للعيان من خلال الممارسة الفعلية لها. بيد أن هنالك أفعالا تنم عن عزم شركة الاستحواذ على أخرى ومن ثم السيطرة عليها، وتدق الحاجة إلى قطع دابر هذا التصرف وهو في مراحل الأولى، ومن ناحية أخرى فقد تستحوذ شركة على مكنة السيطرة على شركة أخرى، بيد أنها لا تتطلع إلى استخدام هذه المكنة، أي أن الدافع المحرك لشراء الأسهم هو الاستثمار البحث وليس السيطرة، مما يؤدي إلى القول بمشروعية هذا التصرف بحسبان أن المحظور هو أثر التصرف على المنافسة وليس الملكية بحد ذاتها. وعلى ذلك فإنه يمكن إثبات السيطرة من خلال الأثر الذي ترتب على التصرف (الاندماج أو السيطرة) وهو الاستحواذ على مكنة التأثير القاطع، كما تقدم، أو من خلال الغرض من التصرف أو نيته. ومن ثم فقد تكون نية التصرف صريحة أو ضمنية وهو ما سوف نتناوله فيما يلي:

أولاً: النية الصريحة للسيطرة:

لا تثير النية الصريحة أي إشكال في إثباتها، لأن التاجر المسيطر أو الذي يسعى إلى السيطرة، يصرح عن نيته في ذلك على الملأ، بغض النظر عن طريقة هذا التصريح أو وسيلة الاستدلال عليه. ففي دعوى Briggs Manufacturing Co. v. Crane Co. ركنت المحكمة للقول بتحقيق النية الصريحة للسيطرة إلى شراء المدعى عليه أسهم المدعى بسعر يجاوز سعر السوق الذي كان سائدا وقت الشراء، وذلك حتى يستحوذ على السيطرة بشكل تدريجي، فضلا على أن المدعى عليه قد رشح سبعة أشخاص لدخول مجلس إدارة المدعى^(١). وقد يستدل على هذه النية من خلال التقرير السنوي للشركة الساعية للسيطرة، إذا ما دون فيه ذلك^(٢)، ومن

185 F. Supp. 177 (E.D. Mich.) 280 F.2d 747 (6th Cir. 1960).

(١)

United States v. E.I. duPont de Nemours & Co., 353 U.S. 586, 602 (1957).

(٢)

جانب آخر فقد يستوجب قانون تداول الأسهم الإعلان عن نية السيطرة إذا كان هذا هو الغرض من الشراء^(١).

وعلى التقيض فقد يستحوذ التاجر على نسبة من الأسهم تخوله السيطرة لكنه يفضل غل يديه عن ممارساتها، حتى يترك لمجلس إدارة الشركة فرصة العمل والمنافسة في السوق دون عوائق، بما حاصله عدم سعيه لتملك الأسهم من أجل السيطرة بل بغية الاستثمار البحت، لذا فلا ضير على المنافسة من هذه السيطرة الخاملة. على أنه لا يكفي التعهد بعدم التدخل بإدارة الشركة من قبل التاجر الذي يشتري الأسهم بل يتعين أن يدعم هذا التعهد عملا ملموسا أو ممارسة فعلية^(٢)، مثلا التعهد بعدم دخول مجلس الإدارة أو بعدم شراء كمية من الأسهم تتجاوز نسبة معينة، أو التعهد بعدم القيام بعمل من شأنه تقييد المنافسة بين الشركة المسيطر عليها والشركة التابعة للتاجر المسيطر أو التعهد باستعمال حق التصويت بطريقة غير مخالفة لتوجهات أعضاء مجلس إدارة الشركة المسيطر عليها.

ثانيا: النية الضمنية للسيطرة:

قد يستدل القضاء على النية الضمنية للسيطرة من خلال العديد من الدلائل والمؤشرات، التي يقوم بها التجار الذين يسعون للسيطرة. ومن هذه المؤشرات قيام الشركة الساعية للسيطرة إلى انتخاب رئيس مجلس إدارتها، رئيسا لمجلس إدارة الشركة محل السيطرة. ففي دعوى *Hamilton Watch Co., v. Benrus Watch* استدلت المحكمة إلى نية السيطرة من خلال أولا: اقتراض الشركة المدعى عليها (الساعية إلى السيطرة) مبلغ وقدره مليون وثلاثمائة ألف دولار من أجل شراء أسهم المدعى وثانيا: استمرار الشركة المدعى عليها بشراء الأسهم على الرغم من ارتفاع

The American William Act, s. 13(d) of the Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. s. (١) 78m(d) (1976)

الذي يلزم مشتري الأسهم بإعلام الشركة البائعة عن نيته بالسيطرة إذا كانت كمية الأسهم تتجاوز ٥ في المائة من رأسمال الشركة البائعة.

Anaconda Co. v. Crane co., 411 F. Supp. 1210 (S.D.N.Y. 1975).

(٢)

قيمتها، وذلك على مدى ستة شهور، ولم ترجع الأسهم إلى قيمتها الحقيقية إلا بعد أن توقف المدعى عليه عن الشراء، وبعد أن تكون اتحاد للتصويت Voting Trust بين حملة أسهم الشركة محل السيطرة، وذلك كإجراء مضاد لاحتمال السيطرة^{(١)،(٢)}.

وعلى العموم فإن الاستدلال على النية الضمنية للسيطرة هو من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها تبعاً للوقائع المعروضة عليها. وقد تبين أن القضاء يتمتع بسلطة واسعة لتقدير مدى تحقق نية السيطرة، إذ من الممكن أن يركن إلى معيار شخصي أو معيار موضوعي، أي سواء على التصريح المبدى من التاجر 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 ١٦ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية. بيد أنه لم يتصد لتعريف الاندماج، أو يقضي بعدم جواز الاندماج إذا كان من مؤداه تكوين احتكار، أو عمل على تقييد المنافسة.

برغم أن المادة ١٣٥ 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 ٢٢٢ من المرسوم

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

(١)

Gulf and Westren Industries v. Great Atlantic and Pacific Tea, 356 F. Supp. 1066 (S.D.N.Y. 1973).

بالقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٢ 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 تقييد المنافسة. بيد أن ثمة أحكاما متفرقة ومتناثرة وغير مباشرة. ومن مثل ذلك نصاب اتخاذ القرارات في الشركة المساهمة، إذ تنص المادة ١٥٦ من قانون الشركات التجارية على أنه «لكل مساهم عدد من الأصوات يعادل عدد أسهمه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأسهم الممثلة». وتقضي المادة ١٦٠ على أنه «تصدر القرارات بأغلبية تزيد على نصف أسهم الشركة» وذلك في المسائل التي تحتاج أغلبية خاصة^(١).

وتفيد هاتان المادتان أنه من يستحوذ على عدد من الأصوات يفوق نصف مجموع أسهم الشركة، تكون له السيطرة على الإطلاق وفي كل المسائل، مع الوضع في الاعتبار أن المسائل العادية لا تحتاج إلى أغلبية ٥١ في المائة، بل الأغلبية المطلقة للأسهم الممثلة حتى لو كانت أقل من نصف مجموع عدد أسهم الشركة. ولا غرو أن الحكم المتقدم هو الأصل في قانون الشركات التجارية بالنسبة إلى السيطرة القانونية الإيجابية، أي الخاصة باتخاذ القرارات، بيد أن السيطرة في حقيقة الأمر، يمكن أن تكون سلبية، أي تمنع من اتخاذ القرارات Blocking Votes وقد أخذ بها المشرع الكويتي بصفة استثنائية، وذلك في المادة ٢ من قانون حماية المال العام التي تخول الدولة حق السيطرة والمراقبة الخاصة لأموال الشركة إذا كانت تملك ٢٥ في المائة من رأسمالها، مع الوضع بالحسبان أن نسبة ٢٥ في المائة قد تخول في بعض الأحيان مكنة اتخاذ القرارات الإيجابية، لأنها قد تكون الأغلبية المطلقة للأسهم الممثلة، وهي التي يطلق عليها بالسيطرة الواقعية.

وقد تجنب المشرع الكويتي التطرق إلى السيطرة في موضعين أساسيين، الأول: يمنع فيه السيطرة، والثاني: تخول فيه السيطرة.

(١) نص المادتين ١٥٦ و١٦٠ من قانون الشركات التجارية الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

إذ قد يستوجب الأمر في الموضع الأول النص صراحة على حظر شراء الأسهم بالقدر الذي يمكن من السيطرة وذلك مثلا في مجال إنشاء صناديق الاستثمار، لأن الغرض من إنشائها هو الاستثمار البحت الذي يتطلب توزيع المخاطر وليس السيطرة. وقد نص المشرع المصري بألا تزيد نسبة ما يستثمر في شراء أوراق مالية لشركة واحدة على ١٠ في المائة من أموال الصندوق وبما لا يتجاوز ١٥ في المائة من أوراق تلك الشركة^(١)، إلا أن المشرع الكويتي لم ينص على حكم صريح في هذا الشأن، يمنع بموجبه على الصندوق السيطرة على الشركات المستثمر فيها^(٢) ولما كان الأصل في الأشياء الإباحة، فإن منهج المشرع في هذا المجال هو ترك مسألة تحويل السيطرة من عدمه إلى اتفاق مؤسسي الصندوق والمشاركين، لذا فقد نص على أنه يجب أن يتضمن نظام الصندوق البيانات التالية ١٨٠٠٠ - أساليب وسياسات ومخاطر الاستثمار^(٣).

وفي الموضع الثاني، فقد كان متوقعا أن يتطرق المشرع الكويتي للسيطرة وهو بصدد تنظيم الشركات القابضة^(٤)، إلا أنه لم يفعل، ذلك أن القانون في مجمل مواده ينحو بالشركة القابضة نحو الجانب التجاري الاستثماري، أي بيان غرضها أو الهدف منها، وهو بصفة خاصة تملك الأسهم^(٥)، دون النظر إلى الجانب القانوني، الذي يعول على صفة السيطرة التي تمارسها الشركة القابضة على الشركة المقبوضة

(١) نص المادة ١٤٣ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢. حسني المصري «صناديق الاستثمار المشترك في القانون الكويتي والقانون المقارن»، الكويت، ١٩٩٤.

(٢) مرسوم بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٠ في شأن تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار. انظر كذلك القرار الوزاري رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٢ بإصدار اللائحة التنفيذية للمرسوم بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٠ في شأن تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار.

(٣) المادة ٣٦ فقرة ١٨ من القرار الوزاري رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٢ بإصدار اللائحة التنفيذية للمرسوم بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٠ في شأن تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار.

(٤) المرسوم بالقانون رقم ١٧٧ لسنة ١٩٩٢ بإضافة باب جديد إلى قانون الشركات التجارية، المواد من ٢٢٦ - ٢٢٩.

(٥) انظر نص المادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ من المرسوم بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٩٢.

أو التابعة، أو بتعبير آخر بيان الوقت الذي تغدو فيه الشركة «قابضة» في علاقتها مع شركة أخرى. إن التعويل على النشاط الذي تمارسه الشركة القابضة، مثلما أتى به القانون لا يستوجب إصدار تشريع خاص بحسبان الأصل العام في قانون الشركات هو جواز 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 الشركات ببعض الأعمال^(١)،^(٢)، إن اقتصر 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 المشرع الكويتي قد قصر حق العضوية في الشركات المساهمة على الكويتيين بموجب نص المادة ٦٨ من قانون الشركات، ما لم تدع الحاجة إلى استثمار رأسمال أجنبي أو خبرة أجنبية، فحينئذ يجوز أن يكون بعض الشركاء غير كويتيين، ولكن شريطة ألا تكون تلك الشركات من قطاع البنوك أو التأمين. إلا أن المشرع عاد ونقح هذا الحكم بموجب القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٩٤، وسمح باستثمار رأسمال الأجنبي في قطاع البنوك والتأمين، على ألا تتجاوز نسبة المشاركة الأجنبية عن ٤٠ في المائة^(٣). وبذا يكون المشرع قد خول السيطرة القانونية في الشركات المساهمة لرأس المال الوطني، من خلال تطلبه أن تكون نسبة رأس المال الوطني لا تقل عن ٥١ في المائة في الشركات على العموم، عدا شركات التأمين والبنوك فقد رفع المشرع النسبة إلى ٦٠ في المائة نتيجة إلى أهمية هذا النوع من الشركات وارتباطه بالمصالح الاقتصادية العليا للدولة. بيد أنه ولئن كان المشرع قد منع الأجانب من السيطرة القانونية

(١) انظر نصوص المواد ٦٢ و٩٤ و١٨٧ من قانون الشركات التجارية.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن القانون الياباني يحظر على الشركة أن يقتصر عملها التجاري على الاستحواذ على أسهم أو حصص الشركات الأخرى، ما لم تكن شركة قابضة تأسس شركة تابعة لها ويمارس كل منهما ذات العمل أو أعمالاً متكاملة، أي أنه يتعين على الشركة القابضة ممارسة عمل تجاري إلى جانب تملك أسهم الشركات الأخرى Hiroshi Oda, An Outline of the Japanese Anti-Monopoly Law, Butterworths, London, 1988, p.116.

(٣) مادة ٦٨ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٩٤ في شأن تعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠.

على الشركات^(١)، فإنه لم يحظر السيطرة الفعلية، التي ربما تتحقق لرأس المال الأجنبي، حتى لو أن نسبة مشاركته لا تتجاوز ٤٠ في المائة، ذلك أن المستثمر الأجنبي عادة يدخل بصفته شخص واحد، بينما المساهمة في رأس المال الوطني متناثرة على المواطنين على شكل وحدات صغيرة، مما يعطي للمستثمر الأجنبي فرصة السيطرة الفعلية على الشركة الكويتية.

ولما كان قوام السيطرة هو صيرورة شركتين أو أكثر تحت إدارة واحدة، أو ممارسة شركة على أخرى سلطة التأثير القاطع في قراراتها، فقد نصت المادة ١٥١ من قانون الشركات على أنه لا يجوز لعضو مجلس الإدارة أن يشترك في إدارة شركة مشابهة أو منافسة لشركته^(٢). وينطوي هذا النص على بعض القصور في حماية المنافسة من جراء أفعال السيطرة، بحسابه لا ينطبق إلا على الشركات دون المؤسسات، إلى جانب خصوصيته بالشركات التي يكون لها مجلس إدارة، وتعلقه بالشركات المتنافسة أو المتشابهة في الأعمال.

وترتبطا على ذلك فقد نص مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاحتكار على أنه يحظر القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع بسوء نية من تاجر بالمخالفة للعادات أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويكون من شأنه.. إعاقة التجارة بتقييد المنافسة أو تفاديها في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة بوجه خاص ٨٠٠٠ - سيطرة شركة على أخرى أو اندماجها فيها بقصد تفادي المنافسة.

(١) انظر نصوص المواد ٥ و ٦ و ١٢ و ٤٧ و ١٩١ من قانون الشركات رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ .

(٢) للمزيد من التفصيل حول هذا الحظر انظر - Robert Jay Preminger, "Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act", 59(3)-Washington University Law Quarterly, pp.943-975. C E Cliffe, "Cross Directorships and Merger or Takeover Proposals Under the Commerce Act" 1975, N.Z.L.J. March 1985, pp. 78-81.

(وسوف يكون لنا تعقيب على هذا النص في نهاية الفصل الآتي).

الفصل الثاني

مدى تقييد الاندماج أو السيطرة للمنافسة التجارية

مقدمة:

تركز الفصل الأول على بيان المقصود 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 بتعبير آخر، متى تكون هذه التصرفات مقيدة للمنافسة ومن ثم تغدو 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 كلايتون تقضي بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة إذا كان من المحتمل أن تؤدي إلى التقييد الجوهري للمنافسة أو إلى تكوين احتكار. ولقد كان قانون شيرمان في المادة الأولى منه، وقبل صدور قانون كلايتون، هو الأساس الذي بموجبه يوقف على مدى مشروعية الاندماج أو السيطرة، تأسيساً على أن تلك التصرفات بمثابة الاتفاقات أو التكتلات التي تعمل

على تقييد المنافسة، وهو الذي تحظره المادة الأولى من قانون شيرمان^(١). بيد أن الظروف الاقتصادية التي مرت بها الولايات المتحدة في تلك الحقبة، في بداية القرن العشرين، وخاصة اتجاه الاقتصاد نحو التركيز والاحتكار^(٢)، وابتداع القضاء الأمريكي قاعدة السبب Rule of Reason التي تتطلب تحليل غرض التصرف وأثره للقول بمدى مشروعيته بدلا من تحريمه بصفة مطلقة Per se، وقد أملت على المشرع الأمريكي إصدار قانون كلايتون، حتى يكون ثمة تشدد في نظر دعاوى التركيز الاقتصادي الناجمة عن الاندماج أو السيطرة^(٣).

وهذا التشدد من قبل المشرع الأمريكي قد تجلى سنة ١٩٥٠ عندما نقحت المادة السابعة من قانون كلايتون كي يمتد الحظر ليس فقط إلى السيطرة من خلال الأسهم بل أيضا إلى الاستحواذ على الأصول، ومن ثم ردم المشرع ثلثة في التشريع.

وسوف نتطرق فيما يلي إلى:

المطلب الأول: نص المادة السابعة. . المضمون وسياسة التطبيق.

المطلب الثاني: تعيين حدود السوق الذي تقييد فيه المنافسة.

المطلب الثالث: المقصود بتقييد الاندماج أو السيطرة للمنافسة التجارية.

المطلب الرابع: رأينا في الموضوع.

(١) Lawrence Anthony Sullivan, "Antitrust", West Publishing company, St. PAUL, MiNN, 1977, (١) p.602.

(٢) Robert H. Bork, "The Antitrust Paradox", The Free Press, New York, 1993, p.202.

(٣) Ernest Gellhorn and William E. Kovacic, "Antitrust Law and Economics", West Publishing Co., ST. Paul, MiNN., 1994, p.363.

المطلب الأول

المضمون وسياسة التطبيق (نص المادة السابعة)

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

ويبين من هذا النص أن المشرع يستوجب للحكم بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة، أن يكون من الممكن أن تؤدي هذه التصرفات إلى التقييد الجوهري للمنافسة أو إلى تكوين احتكار. بيد أن المشرع الأمريكي لم يضع معيارا يسترشد به للقول بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة، لأنها قد تؤدي إلى التقييد الجوهري للمنافسة أو تكوين احتكار، بمعنى، متى تكون هذه التصرفات مقيدة للمنافسة بشكل جوهري؟ لقد ترك المشرع حكم هذه المسألة إلى القضاء، على الرغم من أن مشرع قانون كلايتون كان يتضمن بعض الإشارات إلى تلك المعايير. ومن مثل تلك، نمو الشركة الدامجة أو الجديدة أو السيطرة إلى درجة من شأنها أن تؤثر على منافسيها تأثيرا قاطعا، أو أن يؤدي التصرف إلى إقصاء عدد مفرط من التجار المنافسين من السوق، أو أن يعمل التصرف على تكوين علاقة بين البائعين والمشتريين في السوق، تؤدي إلى حرمان التجار من الفرصة العادلة للمنافسة^(١).

وإزاء عموم النص ومطلق فحواه وعدم بيان المشرع للأهداف التي ينبغي إعمالها وصولا 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 التقييد الجوهري للمنافسة أو تكوين احتكار، وقد تم استنباط هذه المدارس من جملة الأحكام التي صدرت بشأن الاندماج والسيطرة. وغني عن

(١) The House Report on H.R. 2734. See also, Areeda and Kaplow, "Antitrust Analysis", p.812.

البيان القول بأن الاستناد إلى مدرسة دون الأخرى من شأنه أن يؤدي إلى نتائج مغايرة. وتنهض هذه المدارس على الاعتبارات الآتية:

المدرسة الأولى: تذهب إلى أنه يتعين تقييم الاندماج أو السيطرة بالنظر إلى القوة السوقية أو إمكانية التواطؤ في السوق، ويتعين الالتفات عن الأثر النافع الذي قد ينتج عن هذه التصرفات.

المدرسة الثانية: تذهب إلى أنه يتعين القول بمشروعية الاندماج أو السيطرة التي ينجم عنها أثر نافع في السوق، أو على الأقل، يتوجب أن يكون هنالك دفاع للشركات المندمجة قائم على الأثر النافع.

المدرسة الثالثة: تذهب إلى أنه يتعين القول بعدم مشروعية الاندماج لأنه يؤدي إلى إحداث أثر نافع في السوق، الذي قد يضر بالمنافسين^(١).

وعليه فإن اختلاف هذه المدارس نابع من اختلاف الأهداف التي تستند إليها كل مدرسة، إذ أن المدرسة الأولى تسعى إلى حماية السوق من المراكز المسيطرة أو الاتفاقات التي تقيد المنافسة^(٢). وتستهدف المدرسة الثانية تحقيق مصلحة العملاء بغية الانتفاع من الأثر النافع الذي نجم عن الاندماج أو السيطرة^(٣). بينما تسعى المدرسة الثالثة إلى حماية صغار التجار والمشروعات المتوسطة^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء ومنذ إصدار قانون كلايتون وحتى عقد الستينات وهو يتبع المدرسة الثالثة التي تدعو إلى حماية المشروعات الصغيرة، من الشركات العملاقة. ففي دعوى *Brown Shoe Co., v. United States* خلصت المحكمة العليا إلى أن هدف المشرع هو تطوير المنافسة من خلال حماية المشروعات الصغيرة

(١) Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust Policy The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., ST. PAUL, MINN, 1994, p. 450-451.

(٢) Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, p.202.

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

(٤) Robert N. Bork, *The Antitrust Paradox*, p.203, 205.

المحلية، وأنه ولئن كان من شأن المشروعات العملاقة تخفيض سعر السلعة، إلا أنه يؤدي إلى إحباط هذا الهدف^(١) وعلى العموم فإن القضاء ينحو في الوقت الراهن نحو المدرسة الثانية، وذلك بغية 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 المندمجة أو الشركة المسيطرة والمسيطر عليها، أعمالها التجارية، وذلك بغية الوقوف على مقدار المنافسة التي قيدت، وما إذا كانت ترقى إلى التقييد الجوهري، وحتى تتمكن المحكمة من هذه المهمة، لابد من تعريف أولا السوق السلعي (Product Market) وثانيا السوق الجغرافي (Geographic Market)^(٢) وعليه فإن شروط أعمال نص المادة السابعة هي أولا تعيين حدود السوق وثانيا بحث مدى تقييد المنافسة فيه. وهو 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 قيدت، يتطلب تحديد أمرين هما البعد السلعي والبعد الجغرافي. وذلك بموجب نص المادة السابعة التي تتطلب التعرف على درجة تقييد المنافسة في أي عمل تجاري In Any Line of Commerce أي سوق السلعة وفي أي جزء من الدولة In Any Section of the Country أي السوق الجغرافي.

370 U.S. 294, 344, 82 S. Ct., 1502, 1534 (1962)

(١)

Sullivan, The Law of Antitrust, pp. 605-612. Gellhorn and Kovacic, Antitrust Law and Economics, pp. 375-379.

الفرع الأول

السوق السلعي

لقد استعان القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية بمنهجين لتحديد السوق السلعي للعمل التجاري الذي تمارسه الشركات المندمجة والمسيطره والخاضعة للسيطرة، ويتحصل المنهج الأول في الطلب البديل للسلعة (Cross-elasticity of Demand) ويعتمد هذا المنهج على تبيين مدى مرونة الطلب على السلع المشابهة أو السلع التي تقوم بدور مماثل أو متشابه من وجهة نظر العملاء، بحيث إذا لم توجد السلعة (أ) فإنه يصار إلى السلعة (ب) بحسبان السلعتين تقومان بذات الغرض. أما المنهج الثاني وهو العرض البديل للسلعة (Supply Substitutability) فإنه يفترض عند ارتفاع سعر السلعة دخول تجار آخرين إلى السوق بغية توفير ذات السلعة أو سلعة مشابهة لتغطية الطلب^(١).

أولاً: المنهج الأول: الطلب البديل:

من المعروف أن أي زيادة تطراً على سعر سلعة معينة تؤدي عادة إلى انصراف العملاء إلى سلعة أخرى مشابهة، تقوم بذات الغرض أي إشباع ذات الحاجة. ففي دعوى *Brown Shoe Co., v. United States* قالت المحكمة إنه يحدد سوق السلعة بواسطة التبادل المعقول بين السلع من قبل العملاء أو مرونة الطلب بين السلعة ذاتها وبدائلها^(٢). ونهتدي من قول المحكمة إنه يتعين أن يكون ثمة تشابه بين السلع في الاستعمال بحيث تقوم كل سلعة مقام الأخرى في الأداء المطلوب، ومن ثم يكون هناك تحول للعملاء بين تلك السلع، التي في النهاية تضمها سوق واحدة. وإعمالاً لذلك نسوق المثال الآتي المستلهم من دعوى *du Pont (G.M.)* فقد ذهبت

(١) Doland Baker, Market Definition and International Competition, 15 International Law and Politics, (1983), 377, 379. Elzinga and Hogarty, The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal, 23 Antitrust Bull., (1978), 1,2. Sullivan, Hand Book of the Law of Antitrust, pp.605-612.

370 U.S., 325 (1962).

(٢)

المحكمة إلى أن الورق الشفاف لا تظمه سوق واحدة بل يدخل في نطاق سوق الورق المستعمل للتغليف^(١). وعليه فإن حساب مقدار المنافسة التي قيدت عند اندماج شركة بأخرى أو السيطرة عليها، يعملان في سوق الورق الشفاف، يعين في حدود سوق ورق التغليف، الذي يحتوي على أنواع أخرى من الورق، بالإضافة إلى الورق الشفاف.

وغني عن البيان القول إن السلع البديلة لا تنحصر في المنقولات فحسب بل تنسحب أيضا إلى الخدمات التي تقدم من التجار^(٢).

ثانيا: المنهج الثاني: العرض البديل:

ويتطلب المنهج الثاني بحث مدى استعداد تجار آخرين على توفير السلعة أو البديل لها عندما يكون ثمة زيادة في سعر السلعة الأصلية، أي الدخول إلى سوق السلعة^(٣). ففي دعوى Tampa Electric Co., v. Nashville قررت المحكمة بأن سوق السلعة البديلة يشمل كل منتج للفحم قادر على تزويد مؤسسة فلوريدا العامة، حتى وإن وقع الاختيار على واحد لأداء احتياجات المؤسسة^(٤)، وترتبا على ذلك فإن المصانع التي تحتوي على خطوط إنتاج مختلفة تتكيف وفقا لمعطيات السوق واحتياجاته، أي أنه في وقت معين تقوم بإنتاج سلعة وفي وقت آخر سلعة أخرى ذات طبيعة واحدة ولكن استعمالات مختلفة، فإن ما يقوم المصنع بصنعه تظمه سوق واحدة، وعلى سبيل المثال مصانع الورق قبيل افتتاح المدارس وبعد العطلة الصيفية تقوم بصناعة الدفاتر المدرسية وفي وقت آخر تقوم بصناعة ورق تغليف المنتجات أو الحقائب الورقية. وترتبا على ذلك فإن الدفاتر المدرسية وحقائب السلع تظمها سوق واحدة وهي سوق إنتاج الورق^(٥).

315 U.S. 377. (١)

Service Inc., v. Control Data Corp., 759 F.2d, 1241. (٢)

Gellhrn and Kovacic, Antitrust Law and Economics, p. 376. (٣)

365 U.S. 320, 331-332, (1961). (٤)

United States v. Columbia Steel Co, 334 U.S. 495, 510-511, (1948). (٥) انظر:

ثالثا: رأينا في المنهجين:

إن المنهج الأول، وهو الطلب البديل أضيق نطاقا من المنهج الثاني، المتمثل في العرض البديل، بحسبان أن المنهج الأول ينظر إلى تحول العملاء إلى طلب سلعة أخرى تقوم مقام السلعة الأصلية، ويفترض بالطبع توافر هذه السلعة حالا، بينما المنهج الثاني ينظر إلى مدى استعداد التجار إلى توفير السلعة البديلة أو الأصلية، بما حاصلة وبالاكتفاء بمبدأ حرية التجارة الاستعداد الدائم للتجار إلى توفير السلعة، إذا لم يكن هنالك عوائق لدخول هؤلاء التجار إلى السوق، كما لو كانت السلعة موسومة ببراءة اختراع تعطى حق الاحتكار القانوني.

وينبغي على ذلك أنه إذا كان هناك مشروع اندماج بين شركتين أو أكثر، وكان من مقتضى الاندماج القضاء على المنافسة بين الشركات المندمجة، فإن فرصة المضي بهذا الاندماج تكون أوفر لو عول القضاء على المنهج الثاني في تحديد سوق السلعة. ففي دعوى *United States v. Columbia Steel*⁽¹⁾، حاول الادعاء العام حظر الاندماج بين شركتين بواسطة انضمام شركة *United Steel* إلى شركة *Consolidated* على اعتبار أن مؤدى ذلك تقييد المنافسة في السوق، ومن ثم يتوجب تبين نطاق سوق السلعة، فهل يضم سوق صفائح الصلب فقط (*Steel Plates*) وهو ما تختص به الشركتان أم أن السوق يمتد ليشمل 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 تقييد للمنافسة، بحسبان كل الصلب الملفوف تضمه سوق واحدة، تأسيساً على أن المصانع لديها من تسهيلات الانتاج ما يكفل صناعة سلع ذات طبيعة واستعمال واحد، وقد ذهب القضاء إلى المنهج الثاني.

على الرغم من رحابة المنهج الثاني وتوسيعه لنطاق سوق السلعة إلا أنه يرمي بظلال من الشك حول مداه، فلا يبين هذا المنهج الفترة الزمنية التي يتعين خلالها

334 U.S. 495 (1948).

(1)

توفير السلعة الأصلية أو السلع البديلة لها، فمن المعروف أن العميل عادة لا يحتمل الانتظار طويلا ريثما يقوم التاجر بإنتاج السلعة البديلة وسد النقص الذي يعترى السوق، أي تغطية الطلب الحال.

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

الفرع الثاني

السوق الجغرافي

حتى يكون بمقدور القضاء الوقوف على قدر المنافسة التي قيدت يتوجب 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 بالمضي أوفر. ففي دعوى *Brown Shoe Co., v. United States* ذهبت المحكمة إلى أن السوق الجغرافي للشركتين المندمجتين ينحصر في كل مدينة يقطنها عدد من السكان لا يقل عن عشرة آلاف نسمة، وتوجد بها فروع للشركتين المندمجتين، ومن ثم يحسب مدى تقييد المنافسة في هذه المدن وليس على نطاق وطني^(١).

ويتمتع القضاء بسلطة تقديرية في تعيين حدود السوق الجغرافية، معولا على جملة من الاعتبارات الموضوعية، ومنها مدى امتداد خدمات الشركة إلى كل إقليم الدولة، ومحل العملاء الذين يرتبطون بعقود زمنية للاستفادة من خدمات الشركة^(٢).

370 U.S. 294 (1962).

(١)

U.S. v. Grinnel Conpnalin, 384 U.S. 563.

(٢)

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

ونخلص مما تقدم أن الخطوة الأولى التي تقوم فيها المحكمة لإعمال نص المادة السابعة تتمثل في تعيين حدود السوق، سواء السلعي أو الجغرافي، وللتمثيل على ذلك بغية ربط شطري السوق معا، فإن القضاء في دعوى *Brown Shoe v. U.S.* قد قرر أن العمل التجاري (البعد السلعي) الذي تمارسه الشركتان المندمجتان *Brown* و *Kinney* المتمثل في بيع الأحذية ينشطر 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 للشركتين⁽¹⁾. وبعد ذلك تنتقل المحكمة إلى الخطوة الثانية للتعرف على مقدار أو درجة تقييد المنافسة في مجال سوق السلعة وفي محيط السوق الجغرافية.

(1) للمزيد من التفصيل انظر: G.E. Hall & Rosemary Hall, *A Line of Commerce: Market Definition in Anti-Merger Cases*, 52 Iowa L. Rev., 406, 426, (1964). Areeda & Kaplow, *Antitrust Analysis*, pp. 824-825, 839-841, Neale & Goyder, *The Antitrust Laws of the U.S.A.*, 3rd., ed., Cambridge University Press, 1982, pp. 195-198.

المطلب الثالث

تقييد الاندماج أو السيطرة للمنافسة التجارية (مشروعية الاندماج أو السيطرة)

مقدمة:

من المستقر عليه أن نص المادة السابعة لا ينحصر إعماله في المنافسة القائمة أو الحالة، بل يمتد مضمون النص إلى المنافسة المتوقعة أو المحتملة، فضلا عن عدم اقتضائه على النتائج القاطعة، بل يمتد حتى إلى الآثار المحتملة، وقوامها إمكانية تقييد المنافسة، بحسبان النص يكتفي بأن يكون التصرف (الاندماج أو السيطرة) من الممكن أن يقيد المنافسة بشكل جوهري، May be Substantially to Lessen Competition، وغني عن البيان القول إنه يتوجب أن يكون احتمال التقييد معقولا، أي مبنيًا على أسس موضوعية، وليس فقط مجرد الاحتمال^(١)، ومن جانب آخر فإنه بمقدور السلطة المختصة الاعتراض على الاندماج أو السيطرة، ومن ثم إبطالهما، حتى إذا لم تعترض على ذلك من قبل، لأنه لا يوجد تقادم 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 بعد التصرف والقائمة على غرضه أو أثره^(٢).

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

(١) انظر تقرير الكونغرس الأمريكي حول قانون كلايتون S.Rep., No., 1775, 81st Cong., 2d Sess., 6.

انظر كذلك Areeda & Kaplow, Antitrust Analysis, p. 813.

Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, p. 627.

(٢)

النظرية الأولى: حجب أو إغلاق حصة من العمل التجاري من مضمار المنافسة Foreclosure.

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

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

ومن اللازم التنويه بأن إعمال أي نظرية يختلف باختلاف الوقائع، ومن ثم لا تغني أية نظرية عن الأخرى، وسوف نقوم فيما يلي بتحليل كل نظرية على حدة على أن تتبع ذلك بتقييمها.

أولاً: نظرية الإغلاق:

تنطبق هذه النظرية بصفة أساسية على الاندماج أو السيطرة الرأسية، التي يكون أطرافها على هيئة بائع ومشتري أو مزود ومورد، ومثل ذلك بين الصانع وتاجر الجملة أو هذا الأخير وتاجر التجزئة. فإذا كانت الصفة الغالبة على السوق هي التركيز 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 سوف تقوم بين الصانع ومنافسيه، ففي دعوى *Brown Shoe Co., v. United States*⁽¹⁾ قامت شركة Brown وتعمل في صناعة وتوزيع الأحذية بالاندماج مع شركة Kinney التي تعمل في مجال بيع الأحذية، وقد كانت شركة Kinney تشتري ٨٠ في المائة من الأحذية التي تبيعها من منافسي شركة Brown بغية تسويقها في محلاتها التي كان عددها ٣٥٠ محلاً، وقد كانت شركة Brown تحتل المركز الرابع في حجم مبيعاتها في الولايات المتحدة. وقد قضت المحكمة العليا بعدم مشروعية الاندماج لأنه يعمل على ربط المشتري بالبائع *Tying a customer to a supplier*، ويخرج الحصة السوقية بينهما من مجال المنافسة، بما حاصله حرمان باقي المنافسين من الفرصة العادلة للمنافسة، للفوز

370 U.S. 294 (1962).

(١)

بهذه الحصة^(١). بيد أن القضاء لم يبين في أحكامه مقدار الحصة السوقية التي يتعين أن تحجب من أجل تقرير عدم مشروعية الاندماج، عدا النص على مبدأ عام يتحصل في أن الأصل عدم مشروعية الاندماج إذا كان من شأن الحصة السوقية المغلقة تكوين الاحتكار، ومن جانب آخر فإن الاندماج يغدو مشروعاً إذا كان مقدار الحصة تافهاً *de minimis*^(٢).

لذا فإنه ولئن كانت الحصة السوقية المغلقة في حدها الأدنى والأعلى لا تثير إشكالاً، ذلك أن واحداً في المائة ليس من شأنه قطعاً التأثير على المنافسة^(٣)، وأن المركز الاحتكاري يتكون بالاستحواذ على ٧٠ في المائة على الأقل من الحصة السوقية^(٤)، فإن الحصة التي تقع بين هاتين النسبتين، تتطلب تحديد مقدارها، الذي بإغلاقه يترتب التقييد الجوهري للمنافسة، بموجب المادة السابعة. ومن الصعوبة بمكان تحديد هذه النسبة، من أجل سريانها على كل الاندماجات أو السيطرة، لأنها تختلف من اندماج إلى آخر، بالنظر إلى جملة من المعطيات، ويدخل في ذلك القوة الاقتصادية لأطراف الاندماج مقارنة بمنافسيهم، والغرض من الاندماج والآثار التي قد تنجم عنه في السوق، ودرجة التركيز في سوق السلعة والسوق الجغرافي^(٥).

(١) Areeda & Kaplow, Antitrust Analysis, p. 824. Gellhorn & Kovacic, Antitrust Law and Economics, p. 370.

(٢) Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, p. 661. Brown Shoe Case, 370 U.S. 294 (1962).

(٣) Tampa Electric v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, (1961). Areeda & Kaplow, Antitrust Analysis, p. 829.

(٤) United States v. Paramount Pictures, 334, U.S. 131 (1948).

(٥) Justice Harlan in Brown Shoe Case.

وقد قضى في دعوى Du Pont أن إغلاق نسبة ٢٠ إلى ٢٥ في المائة يجعل الاندماج غير مشروع. انظر (1957) 353 U.S. 586. وقد كانت الحصة السوقية المغلقة في دعوى Brown Shoe تقريباً ٥ في المائة. وفي دعوى Ford Motor v. U.S. 405 U.S. 562, (1972) كانت الحصة ١٥ في المائة. للمزيد من التفصيل انظر Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, p.662.

وينبغي على ذلك نتيجة تتحصل في أن الاندماج قد يعد مشروعاً إذا عقد بين شركتين متوسطتين، وقد يعتبر خلاف ذلك إذا عقد بين شركتين كبيرتين، على الرغم من تماثل الحصة السوقية المغلقة منهم، بحسبان أنه قد يعمل الاندماج بين المشروعات الكبيرة على ترسيخ التركيز الاقتصادي في السوق. ومن البين 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 الاندماج أو السيطرة، فالأصل عدم مشروعية الاندماج أو السيطرة، ما لم يقدم المدعى عليهم سبباً معقولاً للتصرف^(١)، مثلاً حاجة صغار التجار للتكتل من أجل منافسة كبار التجار أو من أجل تغطية حاجة شركة متوافرة لدى شركة أخرى، أو كان من أجل انشغال شركة من الإفلاس.

نقد النظرية:

لقد ساوى القضاء في حكمه بين العقد الرابط Tie-in Contract وبين الاندماج أو السيطرة التي تؤدي إلى إغلاق حصة من العمل التجاري، لأنه بهذه المثابة تحبس الحصة لمصلحة الشركة الدامجة أو المسيطرة، بما حاصله منع الشركة المندمجة أو المسيطر عليها من التعامل مع باقي المنافسين. ولما كان العقد الرابط في القانون الأمريكي محظور بصفة مطلقة Per se^(٢)، فإن الحكم ذاته يسري على الاندماج أو السيطرة. ولا غرو أن هذه المقارنة تلتفت عن الآثار النافعة التي قد تنجم عن الاندماج أو السيطرة، مما يفوت فرصة الاستفادة منها، بل إن القضاء قد

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

(٢) Areeda & Kaplow, Antitrust Analysis, pp. 712-772. Robert Bork, The Antitrust Paradox, pp. (365-381). Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, 362-364.

ذهب إلى أنه بسبب الآثار النافعة تلك، يتعين القول بعدم مشروعية الاندماج، لأن في ذلك إضراراً بمصلحة صغار التجار^(١).

وفضلاً عن ذلك فإن هذه النظرية لا تعين مقدار الحصص السوقية بشيء من الدقة، أي الحصص التي يؤدي إغلاقها إلى تقييد المنافسة بشكل جوهري، ولا سيما أن الحصص 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^(٢).

وفي الحقيقة فإن القضاء، قد سادته عموماً، في تلك الحقبة سياسة رئيس القضاة Chief Justice Warren التي تدعو إلى نبذ الاندماج لأنه يؤدي إلى تفعيل السوق، ومن شأن ذلك الإضرار بالمنافسين. وقد ثبت عدم فعالية هذه السياسة^(٣)، لأنها تعمل على هدر المصادر والطاقات. ذلك أن التوجه في الوقن الراهن يدعو إلى مقارنة الآثار النافعة للتصرف ضد الآثار الضارة، حتى يصار إلى الغالب منهما^(٤). وقد يسري هذا التوجه الأخير على العقد الرابط في القريب العاجل^(٥)، الذي مد حكمه إلى الاندماج أو السيطرة، وعلى ذلك فمن الحرى سريان هذا المنهج على الاندماج أو السيطرة. لذا فقد ذهبت السلطة المختصة في ملاحقة الاندماجات أو السيطرات غير المشروعة في دليلها الإرشادي الصادر سنة ١٩٨٤

(١) Harlan M. Blake & William K. Jones, Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy, 65 Colum. L. Rev. 244, 456-57 (1965).

(٢) John L. Peterman, The Brown Shoe Case, 18 J.L. & Econ. 81 (1975).

(٣) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, pp.451-452.

(٤) Hovenkamp, Federal antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, pp. 452-455.

(٥) ففي دعوى Jefferson Parish Hospital No., 2v. Hyde, 466 U.S. 2(1984) ذهب خمسة قضاة إلى ضرورة تطبيق الحظر المطلق على العقد الرابط، بينما ذهب أربعة إلى تفضيل تطبيق قاعدة السبب Rule of Reason بغية وزن آثاره النافعة ضد تلك الضارة.

إلى اعتماد الآثار النافعة لهذه التصرفات، شريطة تقديم الدليل على أنه ليس بالمقدور 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 وذلك عندما تزعم شركة معينة مد نطاق عملها إلى أسواق سلعية أو جغرافية جديدة، وبدلاً من أن تتوسع داخليا Internal Expansion، من خلال دخول تلك الأسواق، ومن ثم بث المنافسة فيها والتقليل من التركيز الذي يسودها، تجدها تدلف إلى الاندماج مع أو السيطرة على شركة كبيرة هناك. ومن شأن ذلك إعاقة للمنافسة المحتملة، التي كانت سوف تترتب لو دخلت شركة جديدة أو تكتلت مع شركة صغيرة في ذلك السوق^(١).

ففي دعوى FTC v. Procter & Gamble Co., قامت شركة Procter وتعمل في مجال إنتاج محاليل التنظيف أو التطهير بشراء Clorox التي تعمل في مجال بيع محاليل التبييض السائلة. وقد كانت شركة Procter تستحوذ على حصة سوقية تقدر بـ ٥٤ في المائة، ولم يسبق لها التعامل في محاليل التبييض السائلة. أما شركة Clorox فقد كانت تسيطر على حصة سوقية تقدر بـ ٤٩ في المائة من بيع منتجاتها وقد كانت حصة أقرب منافس لها Purex هي ١٦ في المائة. وقد قررت المحكمة عدم مشروعية الاندماج، استناداً إلى أنه أولاً سوف يعطى Clorox مع (Procter) ميزة تنافسية باترة على المنافسين، ويؤدي إلى زيادة عوائق دخول السوق، وثانياً، فإن شركة Procter كانت المرشحة الوحيدة لدخول سوق المحاليل المبيضة، وقد أدى هذا الاندماج إلى إقصاء المنافسة المحتملة^(٢).

(١) Gellhorn & Kovacic, Antitrust Law and Economics, pp.389-394. Areeda & Robert Bork, The Antitrust Paradox, Kaplow, Antitrust Analysis, 880-885. pp.253-255, 259-262.

386 U.S. 568 (1967).

(٢)

إن نظرية المنافسة المحتملة لا تنحصر في كون إحدى الشركتين المندمجتين تنوي دخول السوق السلعي أو الجغرافي، لكنه ذهب إلى خيار الاندماج مع إحدى الشركات التي كانت فيه، أي ضرورة التوسع الداخلي بدلا عن الاندماج عند الرغبة في دخول ذلك السوق، بل إن هذه النظرية تستوجب عند الاندماج اختيار أصغر شريك تتوافر فيه الشروط المطلوبة، مثلا براءة الاختراع وهو ما يطلق عليه خيار toe-hold وليس الذهاب إلى الشركات الكبيرة، بحسبان ذلك يؤدي إلى تعزيز المنافسة والتخفيف من التركيز الاقتصادي^(١) من خلال الذهاب إلى الخيار الأقل تقييداً للمنافسة.

وينبغي على ذلك أنه من أجل إعمال هذه النظرية يتعين تحقق شرطين هما:

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

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

وعلى ذلك، إذا كان من شأن الاندماج تعزيز المنافسة في السوق، فلا يؤدي ذلك إلى عدم مشروعيته، لأنه لم يسد السوق التركيز الاقتصادي^(٢). وإذا كان هناك العديد من الشركات ترمع الدخول إلى ذلك السوق فلن يؤثر اندماج إحداها مع أخرى في ذلك السوق، على المنافسة المحتملة، لأنها باقية، ببقاء العديد من الشركات على حافة السوق تتأهب للدخول وقت ما تسير الأسعار إلى الصعود.

Bendix corp., v. FTC 450 F.2d 534 (6th Cir 1971). Sullivan, Handbook of the Law of (١) Antitrust, pp.648-649.

United States v. Marine Bancorporation, 418 U.S.. 602 (1974).

(٢)

ويبين أن قوام النظرية هو الارتكان إلى عنصر مدى عزم ومقدرة الشركة على دخول السوق منفردة، بيد أنها صارت إلى الاندماج. ومن ثم فلا تنطبق النظرية إذا لم يكن بمقدور الشركة الدخول إلى السوق منفردة، أي يكون السبيل الوحيد أمامها هو الاندماج أو السيطرة. لذا يتوجب إثبات مقدرة الشركة ونيتها على دخول السوق، أي المقدرة المادية مدعمة بالخبرة والدراية، والمحاولات السابقة التي قامت بها الشركة من أجل الدخول، والجدوى الاقتصادية من ذلك الدخول^(١).

نقد النظرية:

تقدم القول إن النظرية تركز إلى محاولة شركة الدخول إلى سوق معينة، إلا أنه رغم مقدرتها على ذلك تذهب إلى خيار الاندماج. فإذا أبرم هذا التصرف مع إحدى الشركات الرائدة، كان ذلك تقييدا للمنافسة، بيد أن النظرية لا تقدم مفهوما دقيقا للمقصود بمحاولة دخول السوق، فقد قيل إنه احتمال معقول Reasonable Probability بأن الشركة سوف تدخل السوق على أية حال في المستقبل القريب، سواء عن طريق الاندماج مع شريك رائد أو صغير أو التوسع الداخلي^(٢)، بينما قيل في دعوى أخرى إنه لا يكفي الاحتمال المعقول للدخول، إذ يتعين أن يكون مؤكدا^(٣).

ومن ناحية أخرى يبين أن النظرية قد التفتت عن العنصر الأساسي فيها، ولم تركز 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 المندمجة على أمر لم تفعله، مع أن الأمر الذي فعلته ربما لا يؤدي إلى تقييد المنافسة بشكل جوهري على حسب المادة السابعة من قانون

Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, pp. 640-642. FTC v. Procter & Gamble co., (١)
(Clorox), 386 U.S. 568 (1967).

BOC Int.I (British Oxygen) v. FTC, 557 F.2d 24, 29, (2d Cir. 1977). (٢)

FTC v. Atlantic Richfield co., 549. F.2d 289, 295 (4th Cir., 1977). (٣)

كلايتون. ففي دعوى Bendix لم يعترض الادعاء على تقييد المنافسة الحالية أو المستقبلية، بل لأن الاندماج لم يؤد إلى تطويرها أو تعزيزها^(١).

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

تنطبق هذه النظرية بصفة خاصة على الاندماج أو السيطرة الأفقية، التي يكون أطرافها متنافسين في ذات السوق، سواء السلعية أو الجغرافية^(٢). وتقوم هذه النظرية على مبدأ حاصله أن تعدد المتنافسين في السوق صفة أو ميزة تنافسية صحية، وأن الاتجاه نحو التركيز يؤدي إلى نتائج تنافسية ضارة، ويؤدي الاتجاه نحو التركيز إلى زيادة نسبة الحصة السوقية للشركات المندمجة أو المتكتلة.

ففي دعوى United States v. Philadelphia National Bank أرسى المحكمة المبدأ الآتي «أنه عند استحواذ الشركة المندمجة على حصة سوقية مفرطة للسلعة، وأدى ذلك إلى زيادة نسبة التركيز في السوق، فإنه من المنطق احتمال تقييد المنافسة بشكل جوهري، ويتعين عدم إقرار الاندماج، ما لم يقدم دليل واضح على أن هذا الاندماج لن يؤدي إلى نتائج ضارة بالمنافسة»^(٣). وبموجب هذا المبدأ تقوم النظرية على أساسين هما أولاً، استحواذ الشركات المندمجة أو المسيطرة على حصة سوقية مفرطة للسلعة وذلك في السوق السلعي والجغرافي، وثانياً، زيادة نسبة التركيز في ذلك السوق. بيد أن النظرية لا تعطي مؤشراً لنسبة الحصة السوقية التي تعتبر مفرطة في عرف النظرية. وعلى ذلك يتوجب النظر إلى تطبيقات القضاء حول هذه النسبة المفرطة. ففي دعوى United States v. Aluminum Co. of America كانت الحصة السوقية للشركة الأولى Alcoa ١٢ في المائة، والثانية Rome ٥ في المائة، وقد قضى بعدم مشروعية الاندماج^(٤). وفي دعوى Brown shoe كانت نسبة

(١) Bendix Corp., v. FTC, 450 F. 2d. 534, (6th Cir. 1971).

(٢) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice, pp.491-494.

(٣) 374 U.S. 321 (1963).

(٤) 377 U.S. 281 (1964).

الحصة السوقية المستجمعة بعد الاندماج ٥ في المائة، وقد قضى بعدم مشروعيته. وفي دعوى *United States v. Vons Grocery Co.* كانت الحصة السوقية للشركتين ٧,٥ في المائة، وقد قضى بعدم مشروعية الاندماج^(١). لذا فإن النظرية لا تتحدد نسبة الحصة السوقية المستجمعة بعد الاندماج والتي تعتبرها مفرطة، ومن ثم تؤدي إلى التقييد الجوهري للمنافسة، لأنها تعتمد على درجة التركيز التي تسود السوق، ذلك أن الحصة السوقية تتناسب مع درجة التركيز تناسباً عكسياً، فكلما كان التركيز بسيطاً، تطلب حصة سوقية كبيرة، من أجل عدم إقرار الاندماج.

إن المبدأ الذي أرسى في دعوى *Philadelphia* يعتمد أساساً على الحصة السوقية المستجمعة بعد الاندماج، فكلما كانت كبيرة، كان عبء إثبات الادعاء يسيراً. فهي بمثابة الدليل القاطع الذي يصعب دحضه من المدعى عليه، لأن المبدأ يتطلب دليلاً يوضح بجلاء أنه ليس من المحتمل أن يؤدي الاندماج إلى التقييد الجوهري للمنافسة. وقد باءت كل محاولات المدعى عليهم بغية دحض القرينة القاطعة القائمة على الحصة السوقية بالإخفاق، حتى حكم في دعوى *United States v. General Dynamics* بأن الحصة السوقية ولئن كانت ذات أهمية بالغة، إلا أنها لا تمثل دليلاً قاطعاً على التقييد الجوهري للمنافسة^(٢). وعليه يمكن دحض قرينة الحصة السوقية بموجب هذه النظرية من خلال مثلاً، المنازعة في حدود السوق السلعي أو الجغرافي (الاتجاه نحو توسعته)، أو أنه لا يوجد ثمة عوائق لدخول منافسين إلى السوق، أو أن السوق لا يسوده التركيز الاقتصادي.

نقد النظرية:

لا تعتبر الحصة السوقية التي تعول عليها النظرية الأساس الوحيد الدال على

384 U.S. 270 (1966)

(١)

415 U.S. 486 (1974). Areeda & Kaplow, *Antitrust Analysis*, pp.864-870. Gellhorn & Kovacic, (٢) *Antitrust Law and Economics*, p.387.

مدى تقييد المنافسة، ذلك أنه في دعوى United States v. General Dynamics أدى الاندماج إلى الاستحواذ على حصة سوقية قوامها ١٠ في المائة، وقد قضي بمشروعية الاندماج بناء على تحليل المنافسة المستقبلية لإحدى الشركتين المندمجتين، فقد تبين أنها ولئن 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 ٥٠ في المائة)، إلا أنه تبين أن مخزون الفحم لديها بدأ في النضوب، رغم ارتباطها بعقود توريد طويلة الأمد، بما حاصله اضمحلال دورها التنافسي المستقبلي^(١).

من الصعوبة بمكان التنبؤ بموقف القضاء حيال نسبة الحصة السوقية التي تعتبر مفرطة، وتؤدي من ثم إلى إمكانية التقييد الجوهري للمنافسة، مما دفع وزارة العدل الأمريكية إلى إصدار مرشد The 1992 Horizontal Merger Guidelines يبين الحالات التي سوف تدفع الإدارة إلى التصدي للاندماج^(٢).

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^(٣). وعلى العموم فإن هذه النظرية ترمي إلى حماية المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتفاذي تكوين عوائق لدخول السوق من جراء التركيز الاقتصادي.

(١) 415 U.S. 486 (1974). Gellhorn & Kovacic, Antitrust Law and Economics, p.387.

(٢) للمزيد من التفصيل حول مرشد وزارة العدل الأمريكية انظر: Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, the Law of competition and its Practice, p.463. Gellhorn & Kovacic, Antitrust Law and Economic, p.395-399.

(٣) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, p.485.

المطلب الرابع

رأينا في الموضوع

يبين من استعراض النظريات المتقدمة أنه لا تنطبق واحدة بدلا من الأخرى، بل تختص كل نظرية بنوع معين من الاندماج أو السيطرة، بمعنى 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 تنطبق على الاندماج أو السيطرة الأفقية. ومن جانب آخر فإن تحديد نوع الاندماج أو السيطرة يعتمد على تعيين السوق السلي والجغرافي للسلعة. فإما أن تدخل السلعة للعمل التجاري الذي تزاوله الشركات المندمجة أو المتكتلة في محيط ذلك السوق، ويعتبر من ثم الاندماج أو السيطرة أفقية، أو أنه لا تدخل ويضحى رأسيا أو تجميعيا.

وتعتمد هذه النظريات بدرجة أساسية على الأفكار والمبادئ الاقتصادية، ذلك أن القانون بهذه المثابة يعتبر تابعا للاقتصاد. وهذا العلم هو الدال على أن تصرفا معيناً من شأنه تقييد المنافسة بشكل جوهري أو أن الأثر الناجم عنه تافها ولا يعتد به. وقد تبين أن القضاء في حقبة الستينات كان يميل إلى حماية المشروعات الصغيرة، حتى لو أدت النتيجة إلى الإضرار بالعملاء، ثم بدأ القضاء ينحرف نحو تنوع وموازنة الآثار النافعة ضد الضارة، بغية الميل إلى الغالب منهما. وكل هذا نابع من التطور الذي طرأ على الفكر الاقتصادي.

وقد بدا واضحا أنه ولئن كان النص المطبق على الاندماج أو السيطرة واحدا (وهو أن لا يؤدي التصرف إلى التقييد الجوهري للمنافسة أو إلى تكوين احتكار)، إلا أن سياسة أعمال هذا النص تختلف من فترة إلى أخرى أو من محكمة إلى أخرى. ويرجع هذا الاختلاف إلى أمرين هما، الاختلاف حول الأهداف التي يسعى المشرع إلى إعمالها من إصدار قانون كلايتون، واختلاف السياسة المتبعة من السلطة السياسية في الولايات المتحدة الأمريكية حيال الاندماج والسيطرة، ذلك أن

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

وقد تجلّى من الطرح المتقدم أنه ولئن تميز مجال أعمال النظريات، إلا أنها تستهدف في مجملها أمرا واحدا، قوامه حماية السوق أو المنافسة أو المشروعات الصغيرة من التركيز الاقتصادي. وعليه فلا ضير كأصل عام من الاندماج أو السيطرة إذا كان السوق حرا أو خاليا من التركيز، مما يتطلب تحديد المقصود بالتركيز الاقتصادي في السوق بشيء من الدقة، وهي مسألة اقتصادية، ملقاة على عاتق الاقتصاديين.

ومن الأهمية بمكان القول إنه ليس كل اندماج أو سيطرة تبرم في سوق يسوده التركيز الاقتصادي هو غير مشروع، ذلك أنه يتعين تحليل، على الأقل، غرض هذا التصرف وأثره، بغية التعرف على مدى مشروعيته. ويعين بحث غرض التصرف على إخراج الاندماج أو السيطرة التي تبرم من أجل انتشار شركة على هاوية الإفلاس Failing Company Defence، من مجال الحظر، لأنها تؤدي إلى تفادي زيادة نسبة التركيز وإلى تفعيل السوق. ومن ناحية أخرى يؤدي بحث أثر التصرف إلى التعرف على مدى إعاقة المنافسة المحتملة أو تكوين عوائق لدخول منافسين إلى السوق، وذلك من أجل إخراج الاندماج أو السيطرة التي تكون للاستثمار البحث Solely for Investment، من مجال الحظر، لأنه لا تستهدف التكتل الذي يرمي إلى تقييد المنافسة، ذلك أن قانون كلايتون غير موجه إلى مثل تلك الحالات، وذلك لانتفاء أثرها الضار على المنافسة^(١).

(١) Lewis A. Kaplan, Potential Competition and Section 7 of the Clayton Act, The Antitrust Bull., Summer, 1980, pp.297-325.

L.S., Case Comments, Financial Weakness is Relevant But Inconclusive as Defense to Clayton Act Violations, 60(2), Washington University Law Quarterly, pp.631-644.

Janet H. Winningham, "Solely for Investment Purposes". Evolution of a Statutory Exemption Under Clayton Section 7., 12, Loyola University Law Journal, 1981, pp.371-591.

Kwoka & Warren-Boulton, Efficiencies, Failing firm, and Alternatives to Merger: A Policy Synthesis, 31, Antitrust Bull., 431-445, (1986).

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 نتناول فيما يلي: فحوى المادة الثانية، والشروط المتعين توافرها للقول بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة (أي التركيز الاقتصادي)، وذلك من خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معايير مشروعية الاندماج أو السيطرة.

المطلب الثاني: المقصود بتكوين أو تقوية المركز المسيطر.

المطلب الثالث: عوائق المنافسة الفعالة.

المطلب الأول

معايير مشروعية الاندماج والسيطرة

(مضمون المادة الثانية من لائحة الاندماج)

تتطرق المادة الثانية إلى الأحوال التي يكون فيها الاندماج أو السيطرة غير مشروعين، والمعيار الذي يستهدى به للتوصل إلى هذه النتيجة، والعناصر التي يعول عليها بغية تطبيق ذلك المعيار. وتقضي المادة ٢ - ٣ بأن التركيز (الاندماج أو السيطرة) الذي يكون أو يقوى المركز المسيطر Dominant Position والذي يؤدي إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة Effective Competition Would be Significantly Impeded في السوق الأوروبية أو في جزء جوهري منه، يعتبر غير متناغم مع السوق المشتركة (غير مشروع).

وقد نصت المادة ٢ - ١ من اللائحة بأنه على مفوضية السوق بحث مدى تناغم التركيز مع السوق، وقيم التركيز على هدى من المسائل الآتية: أي أنه تضع المفوضية المسائل الآتية في الحسبان عند تقييم التركيز، وهي:

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

ثانياً: المركز السوقي للتجار المكونين للتركيز، وقوتهم الاقتصادية، والمالية، والفرص المتاحة للبائعين والمشتريين، واتصالهم بالأسواق والمزودين، وعوائق دخول السوق، وتوجهات العرض والطلب بالنسبة إلى العملاء، والتطور التكنولوجي، والنمو الاقتصادي الذي يكون لصالح العملاء، ولا يشكل عائقاً للمنافسة^(١).

ويبين من النص المائل أنه يعتبر الاندماج أو السيطرة غير مشروعين في حال عدم اتساقها مع السوق الأوروبية، وذلك عند تحقق شرطين هما: أن يؤدي الاندماج أو السيطرة إلى تقوية أو تكوين مركز مسيطر أو متحكم في السوق أو في جزء جوهري منه وأن يؤدي هذا المركز المسيطر إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة أو المؤثرة. وقد وضع المشرع جملة من العناصر المرشدة للمفوضية للتعرف على مدى تحقق الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة^(٢).

وينبغي على ذلك نتيجة قوامها أن المشرع لا يلتفت إلى الإعاقة التافهة للمنافسة de minimise كما أنه ينظر إلى المنافسة المعقولة التي تتناغم مع أهداف الاتحاد الأوروبي، وخاصة تكوين السوق الموحدة.

ومن الأهمية بمكان تبيان مسألتين أولاهما، أن المشرع لم يعدد العناصر المرشدة للتعرف على مدى إعاقة الاندماج أو السيطرة للمنافسة الفعالة على سبيل

(١) Regulation 4064-89 Concerning Concentrations, OJ (1989) L395-1, (1990) 4 CMLR286.

(٢) Richard Whish, Competition Law, p. 718.

الحصر لأنه قال في صدر النص إنها من ضمن عناصر أخرى، ومن ثم يكون من صلاحية المفوضية الاعتماد على غيرها من العناصر، منها مثلاً حماية المشروعات الصغيرة، وذلك على هدى من نص المادة الثانية من اتفاقية السوق الأوروبية (روما لسنة 1952) التي تدعو إلى التطور الاقتصادي والتماسك الاجتماعي^(١). والثانية أن المشرع 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 الاعتداد ببعض العناصر، إذا لم يكن لها مناسبة في مجال الحالة المعروضة عليها^(٢).

ومن البين أن المادة الثانية هذه بما تضمنته من عناصر تدور حول محور واحد نصت عليه المادة 3(ف) 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 تقف إلى حد حماية المنافسة فحسب، مثلاً تسهيل دخول السوق، بل التطرق إلى النواحي الاجتماعية والاقتصادية، ثم إنها أي العناصر، تشمل السوق بمستواه الأفقي، أي بين التجار المتنافسين، وبمستواه الرأسي، أي بين التجار والعملاء.

ومن أجل تحليل نص المادة الثانية يتعين التطرق أولاً إلى المقصود بالمركز المسيطر سواء تكوينه أو تقويته وثانياً معيار الإعاقه المهمة للمنافسة الفعالة والعناصر الدالة عليها.

المطلب الثاني

المقصود بتكوين أو تقوية المركز المسيطر

لم تتطرق لائحة الاندماج إلى تعريف المركز المسيطر، وربما ركنت في ذلك إلى مفهومه المتحصل من تطبيق نص المادة 86 من اتفاقية السوق الأوروبية، والتي

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

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

(٢)

تحظر إساءة استخدام المركز المسيطر، ذلك أنه لو رغب المشرع في استعمال مفهوم مخالف لنص عليه صراحة، ولاسيما أن المادتين المائلتين، تقعان ضمن نظام قانوني واحد.

وعليه يمكن تعريف المركز المسيطر بأنه الحصول على تأثير معقول في تحديد الأسعار أو الزيادة في الأسعار إلى ما فوق الحد التنافسي من غير فقدان الحصة السوقية أو المقدرة على تفادي المنافسة^(١). ويعني ذلك مدى مقدرة الشركات المندمجة أو المسيطرة على رفع الأسعار أو ممارسة التمييز غير العادل بين التجار أو تقييد الإنتاج^(٢). ويظهر أن القضاء الأوروبي قد تأثر بمفهوم المحكتر المستقر في القضاء الأمريكي، وهو المقدرة على رفع الأسعار أو تفادي المنافسة^(٣).

وإذا كان لابد من التعويل على مفهوم المركز المسيطر المتحصل من تطبيق نص المادة ٨٦ من اتفاقية السوق^(٤)، فإن فلسفة المادتين تختلف عن بعضهما البعض، ذلك أن المادة ٨٦ تنظر إلى إساءة استخدام المركز المسيطر، أي المخالفة التي تمت، بينما تنظر المادة ٢ من اللائحة إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، أي مدى إمكانية إعاقة المنافسة المنظورة. وينبغي على ذلك أنه لا حظر على تكوين المركز المسيطر بحد ذاته، بموجب نص المادتين المذكورتين، طالما لم يصاحب ذلك إساءة في استخدام ذلك المركز أو كان من شأنه أن يعيق 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

(١) United Brands v. commission, Case 27/76, Judgment of 14-2-1978, (1978)-ECR207, at, s.65.

(٢) Michelin v. Commission, Case 322/81, Judgment of 9 -Renault/Volvo, Case IV/M.004, on 611-1983, (1983) ECR, 3461, at, s.30. 11-1990, at s. 14 and 18.

(٣) Sir Leon Brittan, The Law and Policy of Merger Control in the EEC, 15 ELRev. at 352.

(٤) Tabacco Co., v. United States, 328, U.S. 781, (1946). William C. Holmes, conspiracies to Monopolize: A Decisional Model, 42 Ohio State Law Journal, 731, 732(1981).

Richard Whish, Competition Law, p. 717.

الأوروبية أو جزء جوهري منه . وقد تضمنت اللائحة قرينة قانونية بسيطة على عدم تكون المركز المسيطر وذلك إذا كان مقدار تلك الحصة لا يتجاوز ٢٥ في المائة^(١) . ومن جانب آخر فإن الاستحواذ على حصة سوقية مقدارها ٤٠ في المائة على الأقل يشكل قرينة قانونية بسيطة على تكون المركز المسيطر^(٢) . ومن ثم فإن دحض هاتين القرينتين 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^(٣) . وتجدر الإشارة إلى أنه ولئن كانت نسب الحصة السوقية المتقدمة بمثابة المؤشر على تكون المركز المسيطر، إلا أنه يتعين أن تقاس بالمقارنة بالحصص السوقية للمنافسين الآخرين^(٤) ، إذ كلما بعدت الشقة بينهما كانت الفرصة أوفر في تكون المركز المسيطر .

ومن الأهمية بمكان ونحن بصدد التطرق إلى المركز المسيطر، تعيين 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 .

وتشتمل السوق السلعية Relevant Product or Service Market للشركات موضوع بحث المفوضية على كل السلع التي تعتبر متبادلة 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،

(١) انظر ديباجة لائحة الاندماج فقرة رقم ١٥ . Council Regulation (EEC) No. 4064/89 on the Control of Concentrations between Undertakings OJ, 1989 No., L 395/1.

(٢) R.Kovar, The EEC Merger Control Regulation, 10 Yearbook of European Law, 1990, p.93.

(٣) Sir Leon Brittan, The Law and Policy of Merger Control in the EEC, p.353.

(٤) R.Kovar, The EEC Merger control Regulation, 94.

التي تنطوي إلى حد بعيد على تماثل في الخصائص والصفات الفنية. والفرق بين السلع التي تدخل ضمن مجموعة واحدة يكون عادة يسيرا، ومتعلقا فقط بالعلامة التجارية أو القبول لدى الجمهور^(١).

ويتعين من جانب آخر تعيين حدود السوق الجغرافية للشركات المندمجة أو المسيطرة، في السوق الأوروبية أو في جزء جوهري منه، وذلك بموجب نص المادة الثانية. بيد أنه للمفوضية صلاحية النظر إلى جميع الأسواق التي لها صلة بالموضوع. بما فيها الموجودة خارج السوق الأوروبية^(٢). ولا غرو أن السوق المتعين حمايته هو السوق الأوروبية أو المشتركة، أما الأسواق الأخرى فهي ضرورية من أجل التعرف على مقدار القوة الاقتصادية التي تتمتع بها الشركات المندمجة أو المسيطرة.

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

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

(١) Hoffman-La Roche V. Commission, Judgment of 13-2-1979, (1979) ECR-461. Bos, Stuyck & (١) wytinck, Concentration control in the EEC, pp.216-219. Richard Whish, Competition Law, p.717.

(٢) انظر نص المادة ٢(١)أ) من لائحة الاندماج الأوروبية رقم ٤٠٦٤ - ٨٩ - 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 ٢(٣) من لائحة الاندماج الأوروبية، إذ يصير بذلك غير متسق مع السوق الأوروبية. بيد أن صياغة المادة هذه غير دقيقة، بحسبانه هل تتطلب ضرورة تحقق المركز المسيطر فقط، وتعتبر من ثم الإعاقة المهمة للمنافسة أثرا مباشرا له، أم يتوجب تحقق الأمرين معا باعتبار أن كلا منهما منفصل عن الآخر^(١). ولا غرو أنه يتعين ترجيح الرأي الثاني لأنه أولا ليس بالضرورة أن تترتب الإعاقة المهمة للمنافسة عند تكوين المركز المسيطر، وثانيا لا يمكن حظر تكوين المركز المسيطر على الإطلاق لأنه قد يربط آثارا نافعة. وترتبا على ذلك فقد قررت المفوضية في دعوى Aerospatiale-Alenia/de Havilland أن الاندماج المخطط له سوف يؤدي إلى تكوين مركز مسيطر، وأضافت، بأن هذا المركز ليس مؤقتا وسوف يؤدي إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة^(٢). ومن ثم ولئن كان من شأن الاندماج تكوين مركز مسيطر، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد يظل مشروعاً ومتسقاً مع السوق الأوروبية، إذا كان هنالك سهولة في دخول السوق من قبل باقي التجار المنافسين عند ارتفاع الأسعار.

والسؤال الذي يثور ونحن في هذا المقام هو تحديد المقصود بالمنافسة الفعالة Effective Competition ونقول إنه من الممكن تقسيم المنافسة الفعالة إلى شطرين، الأول الإيجابي الذي يركن إلى الأفعال التي تطور أو تنمي المنافسة القائمة، والثاني السلبي الذي يمنع تقييد أو إعاقة المنافسة القائمة. ومن البين أن المشرع الأوروبي قد نص على الجانب الثاني صراحة، بقوله «الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة».

Richard Whish, Competition Law, p.718.

(١)

OJ (1991) L 334/42, (1992) 4 CMLR M2.

(٢)

وتجدر الإشارة إلى أن المنافسة التي يدعو إليها المشرع الأوروبي ليست التامة أو الكاملة، بل المنافسة المعقولة Workable، أو الفعالة Effective أي الضرورية والكافية لتحقيق أهداف المجموعة الأوروبية، وأهمها تكوين السوق الواحدة^(١). بيد أن ثمة اختلاف بين المنافسة المعقولة، وهي التي تدعو إليها المادة ٨٥ من اتفاقية السوق الأوروبية، والمنافسة الفعالة التي تدعو إليها المادة ٢ من لائحة الاندماج، ذلك أن الأولى ترمي إلى مقارنة الأثر الضار والنافع للتصرف من أجل الانحياز إلى الغالب منهما، إما بإقراره أو بمنعه، أما الثانية فهي تدعو إلى التمييز بين الأثر التافه بغية الالتفات عنه، والأثر المهم بغية الالتفات إليه وتحليله كما تطلب المشرع^(٢).

وقد تضمنت المادة ١٢(١) من لائحة الاندماج بعض العناصر المرشدة إلى تكون المركز المسيطر وعلى مدى تحقق 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:

- ١ - تركيبة الأسواق ذات الصلة بالموضوع، بما فيها تلك الموجودة خارج السوق الأوروبية.
- ٢ - المنافسة الحالية أو المحتملة.
- ٣ - المركز السوقي للتجار أصحاب الصلة بالموضوع وقوتهم الاقتصادية والمالية.
- ٤ - الخيارات المتاحة للعملاء والتجار الآخرين.
- ٥ - الإعاقات الموجودة لدخول السوق.
- ٦ - توجهات العرض والطلب.

Case 26/76, Metro v. Commission (metro 1), Judgment of 25-10-1977, (1977) ECR I 875, at (١) s.20.

Bos, Stuyck & Wytinck, Concentration Control in the EEC, 209.

(٢)

٧ - مصلحة العملاء.

٨ - التطور التكنولوجي والنمو الاقتصادي.

والمطالعة المتأنية لهذه العناصر تكشف أن المشرع ركن إلى الجمع بين المنهج القانوني والمنهج الاقتصادي في تحليل هذه العناصر، بحسبانه ذكر المركز الذي يحتله التجار في السوق الذي يعتمد على الحصة السوقية أو مقدار رأس المال، وهو المنهج القانوني الذي يوفر شيئاً من الثبات والاستقرار، والمنهج الاقتصادي الذي يعتمد على التحليل والتوقع لماهية الآثار المستقبلية، ومن مثل ذلك توجهات العرض والطلب والخيارات المتاحة للعملاء والتجار الآخرين.

وحتى تكتمل صورة المادة ٢ من لائحة الاندماج، سواء في الشق المتعلق بالمركز المسيطر أو بالشق المتعلق بالإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، يتعين التطرق إلى تطبيقات القضاء، وخاصة في الأحوال التي يستحوذ فيها التجار المندمجون على حصة سوقية عالية، ويقضي بمشروعية الاندماج لأنه غير متناقض مع السوق الأوروبية، أو الأحوال التي تكون فيها الحصة السوقية قليلة، ويقضي بعدم مشروعية الاندماج أو السيطرة.

ففي دعوى Tetra Pak/Alfa-Laval قامت المفوضية بتحليل العديد من العناصر بغية الوقوف على مدى مشروعية الاندماج، وهي الحصة السوقية، والمركز السوقي الذي يشغله باقي التجار المنافسين، ومدى مرونة العرض، وعوائق دخول السوق. وقد خلصت المفوضية إلى أنه على الرغم من مقدار الحصة السوقية الهائل الذي تتمتع به الشركات المندمجة، وقدره ٩٠ في المائة، إلا أن ذلك لن يؤدي إلى الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة، لأنه لن يؤثر على دخول السوق أو المنافسة المحتملة^(١). بيد أن المفوضية قد افترضت تمتع الشركات المندمجة بالمركز المسيطر في دعوى Mitsubishi/UCAR وذلك بناء على الحصة السوقية وقدرها ٤٠

Case IV/M.068, Decision of 19-7-1991, (1991) OJ., L 290/35, at s. IV.B.4.

(١)

في المائة وشبكة التوزيع والتقدم التكنولوجي الذي تتمتع به، إلا أن هذه القرينة قد دحضت بسبب المنافسة التي كانت تسود السوق، واستحواذ باقي المنافسين على حصص سوقية من ١٥ إلى ٢٥ في المائة، وكذا تمتعهم بالتقدم التكنولوجي في التصنيع^(١).

ويبين مما تقدم أن المفوضية 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 منافسين إلى السوق^(٢).

المطلب الرابع

مقارنة بين النظام الأمريكي والنظام الأوروبي

من الوهلة الأولى يبين أن المشرع الأوروبي لم يهمل التجربة الأمريكية، بل سار على هديها، مستفيدا من العيوب التي تفتقت عن التطبيق العملي، وذلك من خلال تفاديها. ولا عجب في ذلك، فالنظام الأمريكي وضعت لبناته الأولى منذ صدور قانون شيرمن سنة ١٨٩٠، وظهرت معالمه بصدور قانون كلايتون سنة ١٩١٤، والنظام الأوروبي صدر سنة ١٩٨٩، وكان منطقيا الاستفادة من التجربة الأمريكية التي تزخر بالثراء الفقهي. وعلى العموم سوف نتطرق فيما يلي إلى جملة من الملاحظات:

أولا: يظهر أن كلا النظامين يستفيد من مبادئ واحدة، تتمثل في المركز المسيطر أو الاحتكار الذي يتكون نتيجة الاندماج أو السيطرة، وألا يؤدي ذلك إلى

(١) Case IV/M.024, Decision of 4-1-1991, at s. 13. Varta/Bosch, Decision of 31-7-1991, (1991) OJ. L 334/42. Aerospatiale-Alenia/de Havilland, Decision of 2-10-1991, (1991) OJ. L 122/48. Magneti Marelli/CEAc of 29-5-1991, (1991) OJ. L 122/48.

(٢) يوجد العديد من هذه العوائق منها القانونية والمالية والتكنولوجية انظر بشكل عام H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy the Law of Competition and its Practice, pp.470-479.

التقييد الجوهري للمنافسة أو الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة. بيد أن فكرة المركز المسيطر التي أرساها المشرع الأوروبي، تتميز عن المركز المحتكر من النظام الأمريكي من حيث مقدار الحصة السوقية التي يتعين أن يستحوذ عليها للتمتع بالمركز، فهي تفترض عن توافر ٤٠ في المائة للمركز المسيطر و٧٠ في المائة للمركز المحتكر. وعلى الرغم من هذا التمييز فإنه يوجد اتفاق على أن معيار تحقق المركزين يكاد يكون واحدا، وهو المقدرة على رفع الأسعار دون فقد شيء من الحصة السوقية أو المقدرة على تفادي المنافسة، أي التصرف في السوق كما لو لم يكن له منافسون.

ثانيا: إن المعول عليه في بحث مدى مشروعية الاندماج أو السيطرة هو التقييد الجوهري للمنافسة (الأمريكي) أو الإعاقة المهمة للمنافسة الفعالة (الأوروبي). وكما هو بين فإن العبارتين تركزان على مفهوم تقييد المنافسة الحالية أو المستقبلية وليس على ضرورة تطوير أو تعزيز المنافسة، وهذا مستنبط من عبارة تقييد أو إعاقة المنافسة. ولما كان المشرعان قد أضافا عبارة التقييد الجوهري أو الإعاقة المهمة، فإنه يصير مفهوما ضرورة الالتفات عن التقييد التافه للمنافسة، لأن القانون لا يعني بالتوافه، بما حصلت ضرورة القول من جانب آخر بمشروعية الاندماج أو السيطرة ذوات الأثر المحايد في السوق، أي التي لا تضر أو تنفع، لأن الأصل في التصرفات الإباحة، وأن المحظور هو الإعاقة المهمة أو التقييد الجوهري.

ثالثا: على الرغم من تشابه العبارات المستخدمة (الإعاقة المهمة والتقييد الجوهري للمنافسة)، بما حصلت إمكانية التشابه أيضا في التفسير الحرفي المجرد، إلا أن العبرة في تطبيق القضاء لهذه النصوص، الذي قد يختلف ضيقا أو اتساعا تبعا لاختلاف الأهداف التي يسعى كل نظام إلى تحقيقها، ولاسيما أن المشرع الأوروبي قد نص في المادة (١)٢ على العناصر التي يتعين أن توضع بالحسبان عند قياس مقدار الإعاقة التي حدثت للمنافسة من جراء الاندماج أو السيطرة، وهو ما لم يفعله المشرع الأمريكي، بما حصله ترك العنان للقضاء لابتداع النظريات المتقدمة.

رابعاً: لقد ظهرت استفادة المشرع الأوروبي من التجربة الأمريكية أولاً من خلال ذكر الأهداف التي يسعى المشرع إلى إعمالها من صدور أحكام المنافسة، 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 المشرع الأمريكي، مما أدى إلى احتدام الخلاف في هذا المجال.

خامساً: يمكن القول إن المنهج المتبع في فحص مدى مشروعية الاندماج أو السيطرة من منظور عدم تقييد أو إعاقة المنافسة، هو منهج قد سار عليه العديد من التشريعات المقارنة، ومن مثل ذلك التشريع الفرنسي الذي يحظر أن يؤدي الاندماج إلى إعاقة المنافسة، وخاصة تكوين المركز المسيطر^(١). وكذا في القانون الكندي والألماني والإيرلندي والأسباني^(٢).

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

(١) -See Article 38 and 39 of Free Prices and Competition Ordinance No.86 1243, dated 1-12- (١) 1986. Philippe Nouel, French Competition Law, published in International Antitrust Law Toward 1992. The Development of International Antitrust. Edited by Julian Maitland-Walker, ESC Publishing Limited, Oxford, 1989, pp.152-170, at, 168-167. Rodolphe J.A. de Seife, French and EEC Competition Law: GATT and U.S. Foreign Trade Policy Post-1992, 71 Nebraska L.R. 1992, pp.488-565.

(٢) W. Rowley & J. Clifford, competition and Antitrust in Canada, p.6. E. Wilcke & T. Lindemann, German competition and Antitrust Law, p.32. E. Fitz Gerald & R. Overend, Irelands Competition Rules, p.40. F. Pombo & A. Arpon de Mendivil, competition and Antitrust Law in Spain, p.60, All Papers are Published in Corporate Finance, 1992, Euromoney Publications plc, London 1992.

التاجر حتى يغدو محتكرا مقارنة بالمركز المسيطر (٧٠ في المائة للمحتكر و٤٠ في المائة للمسيطر).

المبحث الثالث

نظرات في أحكام الاندماج والسيطرة المؤديان إلى تقييد المنافسة في الكويت

قيل آنفا أن المشرع الكويتي تطرق للاندماج في ظل قانون الشركات التجارية^(١)، واستلزم أن يكون بين شركتين أو أكثر بأن تنقضي واحدة على الأقل كي تندمج في أخرى أو تنقضي كل الشركات كي تتكون واحدة جديدة. بيد أن للاندماج مفهوما أرحب في ظل قانون المنافسة، إذ لا ينحصر فقط في الاندماج الكلي، بل يشمل الاندماج الجزئي بين التجار^(٢)، ومن غير ذلك سوف يدلف التجار إلى منافذ عديدة للالتفات حول الحظر. وينبغي على ذلك أن التصرفات التي تندرج ضمن الاندماج أو السيطرة بالمفهوم الواسع لهما، يتوجب إخضاعهما لمقاييس المشروعية المتقدم بيانها، ولا يتعين أن يفلت التصرف بدعوى أنه ليس اندماجا كاملا في ظل قانون الشركات.

وتفاديا لذلك فقد نصت المادة ٢٢٢ على أنه لا ينفذ قرار الدمج إلا بعد الحصول على موافقة السلطة المختصة، وهذه كل من وزارة التجارة والبنك المركزي^(٣). ومن ثم تتمتع هاتان السلطتان بسلطة تقديرية في إقرار الاندماج من عدمه. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد حتى تاريخه نشرات من هاتين السلطتين

(١) انظر المواد ٢٢٢ إلى ٢٢٥ من المرسوم بالقانون رقم ١٦ بتعديل بعض أحكام قانون الشركات التجارية.

(٢) H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy the Law of Competition and its Practice, 442-443. (٢) Philippe Nouel, French Competition Law, p. 168.

(٣) انظر كذلك نص المادة ١٣٥ من قانون الشركات التجارية الكويتي. للمزيد من التفصيل انظر طعمة الشمري «الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية» ٢١٢ - ٢١٤.

تبين سياستهما حيال ما يمكن إقراره أو رفضه من الاندماجات، حتى يعمل أطراف الاندماج بموجبها قبل المضي فيه .

ومن هذا المنطلق فقد نص مشروع قانون المنافسة غير المشروعة والاحتكار في المادة ٦٠ مكررا على أنه «يحظر القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل يقع بسوء نية من التاجر بالمخالفة للعادات أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويكون من شأنه صرف عملاء تاجر منافس أو الإضرار بمصالحه، أو إعاقة التجارة بتقييد أو تفادي المنافسة في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في الكويت. وتعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة بوجه خاص: ٨٠٠٠ - سيطرة شركة على أخرى أو اندماجها فيها بقصد تفادي المنافسة».

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

أولاً: من الضرورة بمكان - 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 الواقعية.

ثانياً: يبين 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 تكن بينهما منافسة في الأصل حتى تقييد.

ثالثاً: بيد أن المشرع في المشروع المتقدم قد تطلب أن يقع الاندماج أو السيطرة بين الشركات، بما حاصله إخراج التصرفات التي تقع بين التجار الأفراد، ويعتبر ذلك فجوة يتعين الانتباه إليها.

رابعاً: لقد نص المشروع على حظر الاندماج أو السيطرة المؤديان إلى تفادي المنافسة، إذ لم يكتف فقط بقيدها، لأن كل اندماج أو سيطرة بين المتنافسين، في الغالب، من شأنها تقييد المنافسة، ومن ثم فإن الحظر لا يثور إلا في حال الإعاقة الجوهرية للمنافسة ويقع على القضاء عبء تحديد القدر الذي لا يتسامح به من تقييد للمنافسة، وفقاً لظروف وأحوال السوق. والمقصود من النص المتقدم كل من المنافسة الحالية أو المحتملة.

خامساً: لم يحدد النص نوع الاندماج أو السيطرة، ومن ثم بناء على عمومته ومطلق فحواه فهو يسرى على كل من الاندماج أو السيطرة الأفقية أو الرأسية أو التجميعية.

سادساً: لا غرو أن الاندماج أو السيطرة بمثابة التصرفات القانونية الإرادية التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة أو حرية التعاقد لكونه يبرم بين شخصين على الأقل يتمتع كل واحد منهما بالشخصية المعنوية، بيد أن مبدأ ضرورة عدم تقييد المنافسة من جراء الاندماج أو السيطرة (النص المقترح أعلاه)، يمتد أساسه القانوني إلى نص المادة ٣٠ 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 (أ) إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة. (ج) إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب ألينة مع الضرر الذي يلحق بالغير». ولاسيما أن تقييد المنافسة أو تكوين 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 محل التزام عقد الاندماج أو السيطرة يصير مخالفاً 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 باطلاً».

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 بطريق الضم أو المزج، بيد أنه ثمة مفهوم واحد للاندماج في التشريع الكويتي، ينحدر من قانون الشركات التجارية، بما حاصله ضرورة الأخذ بالمفهوم الضيق للاندماج، أي الاندماج الكامل بين الشركات. وينبغي على ذلك ضرورة اعتبار الاندماج الجزئي والاندماج بين المؤسسات من قبيل السيطرة بالمفهوم العام لها. وقد تقدم القول إن المشرع الكويتي لم يعرف السيطرة في الموضوع الذي كان يتعين فيه ذلك، وهو عند تنظيم الشركات القابضة.

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

(١) نسبة ملكية الأسهم أو الحصص في رأسمال الشركة المسيطر عليها.

(٢) السيطرة من خلال التأثير القاطع على نشاط التاجر الآخر.

(٣) أو السيطرة من خلال فقط التأثير على السياسة التجارية للتاجر الآخر.

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

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- أحمد محرز «اندماج الشركات من الوجهة القانونية» دار النهضة العربية .
- أحمد عبدالرحمن الملحم، «الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار» مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، ١٩٩٢ .
- حسام الدين الصغير «النظام القانوني لاندماج الشركات» ط ١، القاهرة، ١٩٨٧ .
- حسني المصري «اندماج الشركات وانقسامها، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري» ط ١، ١٩٨٦ .
- حسني المصري «صناديق الاستثمار المشترك في القانون الكويتي والقانون المقارن»، الكويت، ١٩٩٤ .
- طعمة الشمري «الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية»، مجلة الحقوق، س ١٥، ع ١، مارس ١٩٩١ .
- يعقوب صرخوه، «الإطار القانوني لاندماج البنوك الكويتية»، مجلة الحقوق، س ١٤، ع ٤، ديسمبر ١٩٩٣ .

ثانياً: باللغة الإنجليزية:

- Areeda & Kaplow, Antitrust analysis, Little, Brown & company, Boston, 1988.
- Beier, Schriber & Fikentscher, German Copyright and Antitrust Laws, Vol.,7 2ed., Max Planck Institute, Munich, 1989.
- Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, 3rd., ed., Sweet & Maxwell, London, 1987.
- Blacks Law Dictionary 6th., ed., St. Paul, minn, West Publishing Co., 1990.
- Bos, Stuyck & Wytinck, Concentration control in the EEC, Graham & Trotman, London, 1992.
- Cook & Kerse, EEC Merger Control-Regulation 4064-89, Sweet & Maxwell, 1991.
- C.E. Cliffe, Cross Directorships and Merger or Takeover Proposals Under the Commerce Act 1975, NZLJ, March 1985.

- Donald Baker, Market Definition and International Competition, 15 International Law and Politics, 1983.
- Elzinga and Hogarty, The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal, 23 Antitrust Bull., 1978.
- Ernest Gelhorn and William E. Kovacic, Antitrust Law and Economics, West Publishing c., St. Paul, Minn, 1994.
- Frazer & Warerson, Competition Law and Policy, 1st., ed., Harvester Wheatsheaf, London, 1994.
- G.E. Hall & Rosemary Hall, A Line of commerce: Market Definition in Anti-Merger Cases, 52 Iowa L. Rev., 1964.
- Harlan M. Blake & William K. Jones, Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy, 65 Colum. L. Rev., 244, (1965).
- Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy the Law of Competition and its Practice, West Publishing Co., ST. Paul, Minn, 1994.
- Hiroshi Oda, An Outline of the Japanese Anti-Monopoly Law, Butterworths, London, 1988.
- Janet H. Winningham, Solely for Investment Purposes: Evolution of a Statutory Exemption Under Clayton Section 7, 17 Loyola University Law Journal, 1981.
- John L. Peterman, The Brown Shoe Case, 18 J.L. & Econ., 81(1975).
- Kwoka & Warren-Boulton, Efficiencies, Failing Firm, and Alternatives to Merger: A Policy synthesis, 31 Antitrust Bull., 1986.
- Lawrence Anthony Sullivan, Antitrust, West Publishing Company, ST. Paul, Minn, 1977.
- Leon Brittan, The Law and Policy of Merger Control in the EEC, 15 E.L. Rev. at 352.
- Lewis A. Kaplan, Potential Competition and Section 7 of the Clayton Act, The Antitrust Bull., summer 1980.
- L.S. Case Comment, Financial Weakness is Relevant But Inconclusive as Defence to Clayton Act Violations, 60(2) Washington University Law Quarterly, pp. 631-444.
- Neale & Goyder, The Antitrust Laws of the U.S.A., 3rd., ed., Cambridge University Press, 1982.
- Philippe Nouel, French competition Law, Published in Towards 1992- The Development of International Antitrust, Edited by Julian Maitland Walker, ESC Publishing Limited, Oxford, 1989.
- Richard Whish, Competition Law, 3rd., ed., Butterworths, London, 1993.
- R. Kover, The EEC Merger Control Regulation, 10 Yearbook of European Law, Ediros, A. Barav & D.A. Wyatt, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- Robert Bork, The Antitrust Paradox, The Free Press, New York, 1993.
- Robert Jay Preminger, Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section

- 8 of the Clayton Act, 59(3) Washington University Law Quarterly, pp. 943-975.
- Rodolphe J.A. de Seife, French and EEC Competition Law: GATT and U.S. Foreign Trade Policy Post-1992, 71 Nebraska L.R., pp. 488-565 (1992).
 - Roland Charls Wolf, Corporate Acquisition & Merger, 2nd., ed., vol.2, Edited by P.F.G. BEGG, Graham & Trotman, London, 1992.
 - Sweet & Maxwell, European Community Treaties, 4th., ed., 1980.
 - Tim Frazer, Monopoly, competition and the Law, 2nd., ed., Harvest Wheatshesf, New York, 1992.
 - Valentine Korah, An Introduction guide to EC Competition Law, Sweet & Maxwell, 5th., ed., London, 1994.
 - Victor & Standish, United States competition Law, Published in Corporate Finance, 1992.