إساءة استغلال الهيمنة في قانون المنافسة في جنوب أفريقيا: التحول من النهج القانوني إلى النهج الاقتصادي

الباحث/ محمود مصطفى أيوب(*)

أظهرت الدراسات التطبيقية أن التركيز على تحفيز وحماية الأسواق التنافسية من خلال سياسات المنافسة يعتبر عنصراً رئيسياً في النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية لأي دولة وكذلك للدولة المعنية(١).

حيث إن تبنى سياسات للمنافسة يؤثر، بلا شك، على النتائج التنموية بطريقة غير مباشرة من خلال التأثير على الأسواق، وقد يكون من الصعب إدراك مزايا الإصلاحات التجارية والتحرير الاقتصادي والخصخصة بدون التنفيذ النشط والفعال لقانون المنافسة(٢). ولذلك أخذت العديد من الدول في اعتبارها تبنى قانوناً للمنافسة يمثل مكوناً أساسياً من مكونات القواعد التنظيمية التي تمثل الحكم الرشيد بغية تحقيق النمو الاقتصادي والتنمية(٣).

(*) يمثل هذا البحث جزءاً من رسالة دكتوراه بعنوان: «التحليل الاقتصادي لسياسات المنافسة في الدول الأفريقية: دراسة تطبيقية على جمهورية جنوب أفريقيا» تحت إشراف الأستاذ الدكتور عراقي عبد العزيز الشربيني.

(2) Simon J. Evenett: Links between Development and Competition Law in Developing Countries, United Kingdom's Department for International Development as part of a series of Case Studies for the World Development Report 2005: Investment Climate, Growth and Poverty, October 28, 2003 (Oxford-UK: UK Department for International Development), p. 4.

(3) Ibid., p. 6.

(4) Taimoon Stewart, Julian Clarke and Susan Joekes: Competition Law in Action: Experiences from Developing.
Countries, (Ottawa-Canada: International Development Research Centre (IDRC), May 2007), pp. 16-17.

وهناك العديد من العوامل التي تفسر كيفية مساهمة المنافسة في تحقيق النمو الاقتصادي والتنمية، حيث تساهم المنافسة في تحفيز الاستثمار بشقية الداخلي والخارجي[١]، من حيث توفير البيئة التنظيمية المستقرة التي يضمن من خلالها المستثمرون حماية أصولهم[٢]، كما أن تبنى قانوناً للمنافسة قد يوفر مؤشراً للمستثمرين بجاذبية وأمان الاستثمار في تلك الدولة[٣]. ولا يشارك الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) فقط في النمو من خلال تحفيز المنافسة، ولكن يعزز، أيضا، من تنافسية المنشآت المحلية من خلال النقل المحتمل للمهارات الإدارية والتكنولوجية[٤]. وعلاوة على ذلك ، فإن التنفيذ الملائم لقانون المنافسة يضفي شفافية على البيئة التجارية للدولة، ويساهم في تحسين القدرة على التنبؤ، ويعزز استقرار السياسات الحكومية وحكم القانون[٥]. كما أن تزايد حدة المنافسة تحفز الشركات لتكون أكثر كفاءة من خلال خفض التكاليف وتحسين الإنتاجية للحفاظ على حصتها السوقية[٦].

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر:

- **Kathryn McMahon: Developing Countries and International Competition Law and Policy, University of Warwick, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2009-11, 2009 (Birmingham-UK: University of Warwick)**
- **Simon J. Evenett: op. cit., p. 8.**

(2) Taimoon Stewart, Julian Clarke and Susan Joekes: op. cit., pp. 16-17.

(3) A.E. Rodriguez and Mark D. William: "The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 19, No. 2, Winter 1994 (North Carolina-USA: N.C. J. Int'l L. & Com.), p. 216.

(4) Ratnakar Adhikari: Prerequisite for Development-Oriented Competition Policy Implementation: A Case Study of Nepal in Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), UNCTAD/DITC/CLP/2004/1, 2004 (Geneva-Switzerland: UNCTAD), p. 79.

(5) Taimoon Stewart, Julian Clarke and Susan Joekes: op. cit., pp. 16-17.

(6) Ibid., pp. 4-5.

وبالإضافة إلى ذلك، تحفز المنافسة الابتكار وتساعد على إيجاد الحلول لتسهيل عمليات الإنتاج[1].

ويكتسب هذا البحث أهميةً خاصةً نتيجة تزايد الاعتماد على التطبيقات الاقتصادية في تحقيقات المنافسة والتي أصبحت سمة مشتركة بين أنظمة المنافسة على الصعيد الدولي وذلك نتيجة التحول عن النهج القانوني إلى النهج الاقتصادي. وأصبح الاستخدام المتزايد للاقتصاد وما يرتبط به من تزايد استخدام التطبيقات الاقتصادية في تحقيقات المنافسة، سمة مشتركة بين أنظمة المنافسة على الصعيد الدولي[2]. وتجلى صعود الاقتصاد في سياسة المنافسة في التحول عن النهج القائم على الشكل (Form-based Approach) أو النهج القانوني، والذي يركز على مدى مخالفة السلوك في حد ذاته لقوانين المنافسة، إلى النهج القائم على التأثيرات (Effects-based Approach) أو النهج الاقتصادي والذي يركز على الآثار الاقتصادية الفعلية التي تنتج من السلوك أو يمكن أن تنتج منه في حالة تقييم التأثيرات المحتملة لاندماج معين.

ويتضمن التحليل القائم على الشكل أو النهج القانوني التحقق من أن ممارسة معينة تفي بمتطلبات قانونية محددة. وتكمن المشكلة في ذلك، أن القواعد القانونية التي ركزت على السلوك غير التنافسي أو نية ذلك السلوك

(1) Simon J. Evenett: op. cit., p. 6.
(2) D. J. Neven: "Competition Economics and Antitrust in Europe", Economic Policy, Vol. 21, Issue 48, October 1, 2006 (Oxford-UK: Oxford University Press), p. 21.

غير التنافسي لا تملك بالضرورة أسسًا اقتصادية ملائمة، حيث أن السلوك الذي يبدو في ضوء هذه القواعد بأنه سلوك مناهض للمنافسة قد يكون، في الواقع، داعمًا للمنافسة، أو أن ضرر ذلك السلوك يرتبط بظروف سوقية محددة[١]. وبالإضافة إلى ذلك، فإن التحليل القائم على الشكل يهمل الكفاءات المحتملة التي يمكن أن تنتج من السلوك الذي يندرج تحت إطار شكلي بحت مناهض للمنافسة[٢].

ويحاول هذا البحث الإجابة عن أحد التساؤلات الهامة ألا وهو؛ إلى أي مدى تم استخدام التحليل الاقتصادي لقضايا المنافسة في جنوب أفريقيا في الحكم على مدى مخالفة سلوك ما لقانون المنافسة بدلاً من الاعتماد على القواعد القانونية الجامدة في الحظر المطلق للسلوك قيد التحقيق؟.

وكانت سياسة مكافحة الاحتكار في الولايات المتحدة قد ركزت في الفترة من الثلاثينات إلى التسعينات من القرن الماضي على هيكل السوق وقواعد التحريم المطلق للسلوك (Per Se Rule)، والذي يعتمد، بشكل أساسي، على النهج القائم على الشكل أو النهج القانوني، ونتيجة لمجهودات «مدرسة شيكاغو» بزعامة ميلتون فريدمان تم التحول إلى النهج الاقتصادي القائم على التأثيرات[٣].

(١) للمزيد من التفاصيل، انظر:

J. Padilla: The Reform of Article 82: What we Agree, What are Still Discussing and What will have to be Discussed, 2007 (Paris-France: LECG).

(2) Idem.

(3) William E. Kovacic and Carl Shapiro: "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", Journal of Economic Perspectives, Vol. 14, No. 1, winter 2000 (Washington D.C.-USA: American Economic Association), p. 14.

وكان لهذا التحول صداه في أوروبا مع نشر «وصفة الارشاد Guidance Paper» التي تتناول تطبيق المادة ٨٢ من معاهدة المفوضية الأوربية الخاصة بإساءة استخدام الهيمنة الاقصائى بواسطة المشاركين في السوق والتي صدرت في فبراير عام ٢٠٠٩م[١]. وتشير «وصفة الارشاد» هذه إلى ضرورة انتقال سياسة المنافسة من قواعد الحظر المطلق للسلوك المناهض للمنافسة من قبل المنشآت المشاركة في السوق المعنية، والتي تحظر أشكال معينة من السلوك، إلى القواعد التي تستند على الربط بين السلوك والتأثيرات من خلال علاقة سببية، ويطلق عليها قاعدة السببية (Rule of Reason)، حيث يجب معها دراسة كل حالة على حده من حيث تأثيراتها على الأسواق[٢].

وبذلك، يتطلب النهج الاقتصادي القائم على التأثيرات نظريةً للضرر تربط بعلاقة سببية بين ممارسة الأعمال أو الإتيان بالسلوك في حد ذاته وبين تأثيراته المدعاة على المنافسة، وبالإضافة إلى ذلك، توازن بين التأثيرات المضادة للمنافسة، للسلوك محل الفحص، والتأثيرات الداعمة لها (إن ادعاها أحد الأطراف). ومن ثم ، يتسم الاقتراب القائم على التأثيرات بخصائص معينة، نذكر منها ما يلي:

(1) Idem.

(٢) لمزيد من التفاصيل، انظر:

European Commission: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abuse Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 2008 (Brussels-Belgium: Competition Commission).

١- يتطلب هذا الاقتراب بناء نظرية للضرر تربط السلوك قيد التحقيق بعلاقة سببية مع تأثيراته النهائية على المنافسة والرفاهية[١].

٢- يجب أن يصبح تقييم القوة السوقية أكثر حساسية لسمات السوق الهيكلية، حيث يستهدف الاقتراب القائم على التأثيرات التغلب على مشكلة إهمال هياكل السوق التي تعمل المنشآت في إطارها[٢]. فيجب أن تتوافق نظرية الضرر مع النظرية الاقتصادية، حيث تتمثل أحدى فوائد النهج القائم على التأثيرات أو التحليل الاقتصادي في التحقيقات الخاصة بإساءة استخدام الهيمنة، في اعترافه بالطبيعة الديناميكية لاقتصاديات المنافسة[٣].

٣- يجب أن تتوافق نظرية الضرر مع الأدلة النظرية المتوافرة للقضية محل التحقيق. ويلعب الاقتصاديون دوراً مهماً في استخدام مجموعة متنوعة من أدوات الاقتصاد القياسي لعمل التحليل الاقتصادي الذي يعتبر مهماً للغاية في ظل هذا النهج الاقتصادي نظراً للحاجة إلى بناء نظرية للضرر تتوافق مع أدلة القضية النوعية المتاحة ومع النظرية الاقتصادية[٤].

(1) Emanuela Arizzo In Mark Oliver Mackenrodt, Beatriz Conde Gallego and Stefan Enchel Maier (Eds): Is there a Role for Market Definition and Dominance in an Effects-based Approach in Abuse of Dominant Position: new Interpretation, New Enforcement Mechanisms? (Berlin-Germany: Springer Nature, 2008), pp. 21-54.

(2) Franklin M. Fisher: "Economic Analysis and "bright-Line" Tests", Journal of Competition Law and Economic, Vol. 4, Issue 1, March 2008 (Oxford-UK: Oxford University press), p. 4.

(٣) لمزيد من التفاصيل، انظر:

Oliver Budzinski: Modern Industrial Economics and Competition Policy, Open Problems and Possible Limits, Department of Environmental and Business Economics, IME working Paper 93/09, June 2009 (Southern Denmark-Denmark: University of Southern Denmark)

(4) D. J. Neven: op. cit., p. 21.

٤- تلعب الكفاءة دوراً مهماً في ظل النهج القائم على التأثيرات، حيث تستحوذ على المزيد من الاهتمام في تحقيقات إساءة استخدام الهيمنة، مما يعنى أنه حتى في الحالات التي يتم التأكد من وجود أثر ضار لسلوك معين على المنافسة، فإنه يجب مقارنة ذلك الأثر الضار مع المكاسب المحتملة الداعمة للمنافسة[1].

وفيما يتعلق بسياسة المنافسة في جنوب أفريقيا، لم يكن قانون المنافسة في جنوب أفريقيا رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨م بعيداً عن تحقيق الأهداف العامة لسياسة المنافسة، حيث يستهدف تحقيق النمو والتنمية الاقتصادية من خلال تعزيز كفاءة الاقتصاد وزيادة قدرته على التكيف وتحقيق رفاهية المستهلك وإعطاء الفرصة للشركات الصغيرة والمتوسطة في الحصول على نصيبها من التنمية الاقتصادية. وانصب اهتمام القانون في سبيل تحقيق ذلك بتفكيك القيود التنافسية الضارة بعملية المنافسة وتجفيف منابعها من خلال الرقابة على الاستحواذات والاندماجات، وإدماج الشركات الصغيرة والمتوسطة في الأسواق.

وتناول القانون الحالي للمنافسة في جنوب أفريقيا رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨م أربعة جوانب رئيسية لتفكيك القيود التنافسية باعتبار أن هذه الجوانب هي المصدر الرئيسي لمعظم القيود التنافسية الضارة بعملية المنافسة، وتتمثل هذه الجوانب في إساءة استغلال الهيمنة، والتمييز السعري، والاتفاقيات الأفقية،

(1) Idem.

والاتفاقيات الرأسية[1]. وتنص أحكام القانون الخاصة بهذه الجوانب، بوضوح، على عدد من الاختبارات الاقتصادية تستند في معظمها على تقييم التأثير الاقتصادي للسلوكيات الضارة بالمنافسة التي تندرج في إطار واحدة أو أكثر من هذه الجوانب الأربعة.

وميزت تلك القواعد بوضوح بين الممارسات التي ينطبق عليها الحظر المطلق في القانون (Per Se Rule) والتي نص عليها القانون بشكل محدد ومفصل، وتلك الممارسات التي ينطبق عليها قاعدة السببية (Rule of Reason) والتي لم ينص عليها القانون، في الغالب، بشكل محدد، ولكن أورد أمثلة لها.

وفيما يتعلق بالممارسات التي ينطبق عليها قاعدة الحظر المطلق فلا يمكن الاحتجاج أمامها بأية كفاءات أو مكاسب محتملة يمكن أن يدعي أحد بأنها يمكن أن تدعم المنافسة بأي وجه من الوجوه. ويكون المطلوب من سلطات المنافسة في هذه الحالة هو مجرد إثبات وجود السلوك المحظور في

(١) يَفصل قانون المنافسة لجنوب أفريقيا لعام ١٩٩٨م القواعد الخاصة بالممارسات التقييدية بين الأطراف الذين هم في علاقة رأسية (وهو ما يسمى بالقيود الرأسية) عن تلك القواعد الخاصة بالممارسات التقييدية بين الأطراف الذين هم في علاقة أفقية (وهو ما يسمى بالقيود الأفقية). وتتناول الاتفاقيات الرأسية الاتفاقيات والترتيبات التي تتم بين الموردين والعملاء أو المشترين، وهم العملاء الذين تجمعهم علاقة رأسية في سلسلة التوريد التي تمثل مختلف الروابط التجارية بين المشاركين في إنتاج منتج معين حتى وصوله إلى المستهلك النهائي. أما الاتفاقيات الأفقية، فهي تلك الاتفاقيات المتفق عليها أو تلك القرارات التي تصدر من مجموعة من المتنافسين تجمعهم علاقة أفقية في سلسلة التوريد. وتتحول تلك الاتفاقيات إلى قيود إذا كان لها تأثير ملحوظ على الحد من أو منع المنافسة في السوق.

حد ذاته بدون الحاجة إلى إثبات ضرره على العملية التنافسية، حيث أن هذا الضرر معروف مسبقاً ولا يمكن أن ينتج عنه أية جوانب إيجابية تلطف من آثاره السلبية على العملية التنافسية. وبناءً على ذلك، نجد أن المحظورات المطلقة التي يتم التعامل معها من خلال قاعدة الحظر المطلق، ليست في حاجة إلى تحليل قائم على الآثار الاقتصادية أو ما يطلق عليه التحليل الاقتصادي لآثار ذلك السلوك على المنافسة، ولكنها تستند على التحليلات القائمة على شكل أو وصف السلوك أو النص القانوني (Form-based Analysis).

أما الممارسات التي ينطبق عليها قواعد السببية، فهي الممارسات التي تقبل تقديم المبررات والاحتجاج أمامها بمكاسب الكفاءة أو المكاسب الأخرى الداعمة للمنافسة مثل تعزيز الابتكار وغيرها من المكاسب التي يمكن أن تعزز جوانب أخرى في الاقتصاد بالرغم من وجود بعض الضرر على العملية التنافسية. وتتطلب الممارسات التي تندرج تحت هذه القاعدة كشروط لاعتبارها ممارسة محظورة، أن يكون لها تأثر كبير على منع أو تقليل المنافسة في الأسواق المعنية، ومن ثم، فهي تعتمد في معظمها على التحليلات الاقتصادية التي تستند على آثار السلوك على العملية التنافسية في السوق المعني (Effects-Based Analysis) وذلك للتأكد من تأثير السلوك المزعوم على السوق والمستهلكين والمنافسين، بالإضافة إلى تحليل الحجج الخاصة بالكفاءة التي يمكن أن تنتج من ذلك السلوك.

وقد تناول القانون أحكام هذه الجوانب في الفصل الثاني من القانون الذي يتناول الأقسام من الرابع حتى القسم التاسع بالإضافة إلى أحكام الاعفاءات التي ترد في القسم العاشر، والتي بدت في معظمها مستوحاه من القواعد التي تبناها الاتحاد الأوروبي مع اعتماد بعضها على بعض المفاهيم الأمريكية[١].

وسوف نتناول في هذا الإطار أحكام إساءة استخدام الهيمنة في قانون المنافسة رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨م وتطبيق تلك الأحكام من خلال استعراض قضيتي الشركة البريطانية الأمريكية الجنوب أفريقية للتبغ (BATSA) وخطوط الطيران الجنوب أفريقية (SAA) واللتين أبرزتا بوضوح التحول عن النهج الذي يستند فقط على شكل السلوك إلى النهج الذي يبحث عن التأثيرات الضارة للسلوك قبل الحكم بمخالفته لأحكام المنافسة.

أولاً: أحكام إساءة استغلال الهيمنة في قانون المنافسة:

تنص أحكام إساءة استخدام الهيمنة بوضوح على عدد من الاختبارات الاقتصادية القائمة على التأثيرات (Effects-Based Economic Tests) مع بعض الاستثناءات مثل التسعير المفرط (Excessive Pricing)[٢]. كما أن المحظورات الخاصة بإساءة استخدام الهيمنة تسمح في معظمها بالاحتجاج بالمكاسب التكنولوجية والكفاءة وأية مكاسب أخرى داعمة للمنافسة،

(١) لمزيد من التفاصيل، أنظر:

Neo Chabane, Johannes Machaka and others: 10 Year Review: Industrial Structure and Competition policy, Corporate Strategy and Industrial Development Research Project, School of Economic and Business Sciences, University of the Witwatersrand, June 2003 (Johannesburg-South Africa: University of the Witwatersrand), p. 33.

(2) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice: the Case of South Africa, Center for Competition Economics, University of Johannesburg, Working Paper 4/2012, April 2012 (Johannesburg-South Africa: University of Johannesburg), p. 9.

ويستثنى من ذلك أحكام المحظورات التي تستند على قاعدة الحظر المطلقة (Per Se Rule)[1].

ويختص القسم السابع من قانون المنافسة في دولة جنوب أفريقيا بسرد الشروط القانونية اللازم توافرها لاعتبار المنشأة مهيمنة، ومن ثم، يمكن تطبيق أحكام القانون عليها، وتتلخص هذه الشروط فيما يلي[2]:

١. تمتلك المنشأة على الأقل ٤٥٪ من السوق، أي أن حصتها السوقية لا تقل عن ٤٥٪.
٢. تمتلك المنشأة على الأقل ٣٥٪ وأقل من ٤٥٪ من هذا السوق، ولا تعتبر مهيمنة في هذه الحالة إذا استطاعت أن تثبت أنها لا تمتلك قوة سوقية.
٣. تمتلك المنشأة حصة سوقية أقل من ٣٥٪ ولكنها تمتلك في نفسى الوقت القوة السوقية.

ومن ثم فإن ما يعرف بـ: «الاختبار القانوني للهيمنة The Statutory Test for Dominance» أنما هو في الحقيقة تحديداً للسوق والحصة والقوة السوقية للمنشآت العاملة في السوق[3]. فالمنشأة التي تمتلك حصة سوقية ٤٥٪ فأكثر لا يمكن أن تتهرب من كونها شركة مهيمنة وسوف يتم اعتبارها

(1) Idem.
(2) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89 as amended by Competition Amendment Act, No. 35 of 1999, Competition Amendment Act No. 15 of 2000 and Competition Second Amendment Act, No. 39 of 2000, Government Gazette, Vol. 400, No. 19412, October 30, 1998 (Cape Town-South Africa: Government Gazette), p. 17.
(3) Ignatius Lebogang Nkuna: Essential Facilities and Abuse of Dominance in South Africa Competition Law, Submitted in part Fulfilment of Requirement for the Degree of Master of Law, University of Pretoria, May 2013 (Pretoria-South Africa: University of Pretoria), p. 4.

مهيمنة في حد ذاتهاPer Se بدون الحاجة إلى قيام أدلة أخرى. وبالنسبة لتلك الشركات التي تمتلك حصه سوقية أقل من ٤٥٪ فإن امتلاكها لتلك الحصة يمثل جانباً واحداً فقط لإثبات هيمنة تلك المنشأة في السوق. فإذا كانت الشركة تمتلك حصة سوقية بين ٣٥٪ إلى ٤٥٪ فالمطلوب من المنشأة تقديم ما يفيد عدم امتلاكها للقوة السوقية لعدم اعتبارها مهيمنة. وإذا فشلت الشركة في تقديم ما يفيد بعدم امتلاكها القوة السوقية فسيتم اعتبارها شركة مهيمنة. وبالمثل، فإن الشركة التي تمتلك حصة سوقية أقل من ٣٥٪ من الممكن اعتبارها شركة مهيمنة إذا كانت تمتلك قوة سوقية. وفي هذه الحالة فإن عبء إثبات وجود قوة سوقية لتلك الشركة سوف يقع على عاتق المدعى أو الشاكى. وبذلك، يخلق القسم السابع من القانون روابط بين القوة السوقية والحصص السوقية بالاعتماد على حدود الحصص السوقية ووجود القوة السوقية[١]. ويتضح بذلك أنه يتم تحديد الهيمنة بطريقتين:

الطريقة الأولى: تحديد القوة السوقية

حيث إن المنشأة التي تملك القوة السوقية تعتبر مهيمنة بغض النظر عن حصتها في السوق (القسم السابع، الفقرة «ج»)[٢].

ويتضمن تعريف القوة السوقية مفاهيم من التعريف الأوروبي للهيمنة[٣]، حيث تعرف القوة السوقية في القانون بأنها «قوة المنشأة في التحكم في السعر أو

(1) Ignatius Lebogang Nkuna: op. cit., p. 4.
(2) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 17.
(٣) للمزيد من التفاصيل حول مفهوم القوة السوقية في الاتحاد الأوروبي، انظر:
Maher M. Dabbah: European Union Competition law: Module B: Abuse of a dominant Position, This Study Guide was prepared for the University of

استبعاد المنافسين، أو قدرتها على التصرف بشكل مستقل وبدرجة ملموسة عن كل من المنافسين والمستهلكين والموردين» (القسم الأول، مادة ١، فقرة ١٤)[١]. ومن ثم، فإن القوة السوقية تنعكس على متغيرات مثل السعر والأرباح، كما أن صعوبة الدخول إلى السوق تعزز من تواجد القوة السوقية[٢].

الطريقة الثانية: تحديد الحصة السوقية

حيث إن المنشأة التي تزيد حصتها السوقية عن ٤٥٪ من السوق تعتبر منشأة مهيمنة بشكل قاطع، أما إذا تراوحت الحصة السوقية بين ٣٥٪ إلى ٤٥٪ فيفترض حينئذٍ أن المنشأة مهيمنة ولكن للشركة الحق في دحض هذا الافتراض بتقديم ما يثبت بعدم امتلاكها للقوة السوقية، وإذا كانت الحصة السوقية أقل من ٣٥٪، فإن على الجهة المنفذة للقانون عبء إثبات امتلاك الشركة للقوة السوقية[٣].

ويتم تعريف الهيمنة في هذا السياق فيما يتصل بعلاقتها بأسواق محددة وليس فيما يتصل بحجم المنشأة فقط، مع وجود استثناء عام يُبنى على حجم المنشأة، وذلك للتأكد من أن المنشآت الصغيرة لن يتم اعتبارها منشآت مهيمنة في الأسواق الصغيرة.

London International Programmes, Revised edition, 2012 (London-UK: the University of London Press).
(1) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 9.
(2) Ignatius Lebogang Nkuna: op. cit., p. 5.
(3) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., pp. 18-19.

ومن ناحية ثانية، فإنه يمكن الاستدلال على امتلاك المنشأة للقوة السوقية من سلوكها السوقي «Market Conduct»، ويسرد كل من القسم الثامن والتاسع من قانون المنافسة السلوك الذي يجب أن تبتعد عنه الشركات المهيمنة، وتأتى هذه الأحكام تحت مسمى «محظورات إساءة استخدام الهيمنة» في القسم الثامن «Abuse of Dominance Prohibited»، وتأتى في القسم التاسع في إطار «السلوكيات المحظورة على المنشأة المهيمنة الخاصة بالتمييز السعري» (Price Discrimination by Dominant Firm Prohibited) وذلك في إطار الجزء «ب» الذي يتحدث عن إساءة استخدام المركز المهيمن[1] .(Abuse of Dominant Position)

ويتم التعامل مع إساءة استخدام الهيمنة في القسم الثامن من خلال قائمة من الممارسات المحظورة والتي يمكن تقسيمها إلى محظورات تستند على قاعدة الحظر المطلق أو حظر الفعل في حد ذاته (Per Se Rule) ، وقائمة أخرى تستند على قاعدة السببية (A Rule of Reason) وذلك كما يلي:

(أ) المحظورات التي تستند على قاعدة الحظر المطلق للسلوك:(Per se Prohibitions)

١. **فرض سعر مبالغ فيه يضر بالمستهلكين (مادة ٨/ أ)**[2]: ويُعرف السعر المبالغ فيه بأنه «السعر الذي ليس له علاقة منطقية بالقيمة الاقتصادية وهو يتجاوز هذه القيمة الاقتصادية» (قسم ١، مادة ١، ف ٩)[3].

(1) Ibid., pp. pp. 17-19.
(2) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 17.
(3) Ibid., p. 8.

٢. **رفض دخول منافس إلى «وسيلة أساسية»**: وذلك بشرط أن يكون هناك جدوى اقتصادية لمنح هذا الدخول (مادة ٨/ ب)[١]. وقد تم تعريف مصطلح «وسيلة أساسية» بأنه «أية بنية أساسية أو مَورد لا يمكن أن يتكرر بشكل معقول، ويعجز المنافسون، في حال عدم الوصول لهذه البنية الأساسية أو المَورد، أن يوفروا بشكل معقول السلع أو الخدمات لمستهلكيهم» (القسم الأول، مادة ١، فقرة ٨)[٢].

ويحظر القانون الممارستين السابقتين بشكل مطلق وقاطع (Per Se) وذلك بدون الأخذ في الاعتبار التأثيرات التنافسية. ومن ثم، فإن كل المطلوب هو إثبات حدوث الفعل في حد ذاته[٣]. وعلى الرغم من ذلك، وكما هو الحال مع الأجزاء الأخرى من قانون المنافسة، فانه يمكن السماح بالممارسات المحظورة إذا استوفت شروط الاستثناء الواردة في القسم العاشر من القانون[٤].

(ب)**المحظورات التي تستند على قاعدة السببية:(Rule of Reason's Prohibitions)**

تنظم المادتان (ج، د) في القسم الثامن من الفصل الثاني التصرفات الإقصائية (Exclusionary Acts) التي تتم بواسطة المنشأة المهيمنة والتي

(1) Ibid., p. 17.
(2) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 17.
(3) Marylla Govender, Martin Versfeld and Dayrl Dingley in Minette Newhoff (Editor): A Practical Guide to the South African Competition Act (Durban-South Africa: LexisNexis, Butterworths, 2006), p. 126.
(4) OECD: Competition Law and Policy in South Africa, an OECD Peer Review, A report of an Organization of Economic Co-operation and Development, May 2003 (Paris-France: OECD), p. 26.

تستند على قاعدة السببية (Rule of Reason). وفرق القانون بين نوعين من التصرفات الإقصائية، النوع الأول من تلك التصرفات وردت في المادة «ج» من القسم الثامن، وهي لم يتم تحديدها بشكل قاطع ولكن تم وصفها بأنها التصرفات التي تفوق تأثيراتها المضادة للمنافسة أية مكاسب تكنولوجية أو خاصة بالكفاءة أو أية مكاسب أخرى داعمة للمنافسة، أما النوع الثاني فقد تم النص عليه تحديداً في المادة «د» من القسم الثامن أيضاً[١].

ويعرف قانون المنافسة التصرف أو السلوك الإقصائى (Exclusionary Acts) «بأنه التصرف الذي يمنع المنافس من دخول السوق، أو التوسع فيها» (الفصل الأول مادة ١٠)[٢]. وبصفه عامة، فإن أية سلوك يؤدى إلى خلق أو تعزيز قدرة المنشأة المهيمنة في ممارسة القوة السوقية يمكن أن يكون سلوكًا إقصائيًا[٣].

وبالنسبة للممارسات الإقصائية التي تم النص عليها تحديداً في المادة «د» من القسم الثامن، فهي كما يلي[٤]:

١. طلب أو الحث على التعامل الحصرى، حيث يطلب أو يقنع المنافس المورد أو العميل بعدم التعامل مع منافس آخر. ويشار إلى ذلك بصفة عامة بمصطلح «الإقناع». (Inducement)

(1) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 17.
(2) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 8.
(3) Marylla Govender, Martin Versfeld and Dayrl Dingley in Minette Newhoff (Editor): op, cit., p. 117.
(4) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 18.

٢. رفض تزويد منافس بالسلع النادرة، حيث يرفض منافس تزويد منافساً آخر بسلعة نادرة يكون توريدها اقتصادياً، ويشار إلى ذلك بمصطلح «رفض التوريد Refusal to supply».

٣. الربط أو فرض شروط لا علاقة لها بموضوع التعاقد، حيث يتم بيع سلع أو خدمات بشرط شراء المشترى سلع أو خدمات غير مرتبطة بموضوع العقد، أو إجبار المشترى بقبول شروط غير مرتبطة بموضوع العقد. ويشار بشكل عام إلى ذلك بمصطلح «الربط أو التلازم أو التجميع Tying or bundling».

٤. البيع بأقل من التكلفة الحدية أو متوسط التكلفة المتغيرة. ويشار اليها بمصطلح « التسعير الإفتراسي أو الطارد للمنافسين Predatory Pricing».

٥. احتكار توريد السلع الوسيطة التي يحتاجها منافس، والشراء المتصاعد (المكثف) للعرض الشحيح للسلع أو الموارد الوسيطة والمطلوبة، في نفس الوقت، من المنافس، ويشار اليها بمصطلح «الاستحواذ» (Cornering).

ويفترض في هذه الممارسات السابقة أن تكون ضارة، ولكن يتم تطبيق قاعدة السببية (A Rule of Reason) حيث تستطيع المنشأة أن تتجنب

المسئولية عن هذه الممارسات الإقصائية من خلال إظهار أن الأثر الصافي للسلوك المحظور على المنافسة في السوق المعنية هو أثر إيجابي[١].

وعلى ذلك، فإن القانون قد تناول في القسم الثامن منه كل حالات الممارسات الإقصائية التي تعطي الشاكي الحق أن يقدم شكواه نتيجة لإتيان المنشأة المهيمنة بأحد التصرفات التي يمكن أن يشار إليه أنه إقصاء سواء تم تسمية هذا التصرف الإقصائى في القانون أم لا، ومن ثم، فإن أية تصرف بواسطة المنشأة المهيمنة من الممكن أن يكون موضوعاً للشكوى من العملاء أو المنافسين إذا كان ذلك التصرف يمنع أو يقلل المنافسة في السوق[٢]. ويجب أن يُوزن الأثر المناهض للمنافسة لذلك التصرف الإقصائي أمام المكاسب التكنولوجية، الداعمة للمنافسة، أو تلك الخاصة بالكفاءة التي يمكن أن تنتج منه وذلك قبل الحكم على التصرف محل التساؤل على أنه تصرف مخالف لقانون المنافسة[٣].

ومن الملاحظ أن قانون المنافسة لا يفترض أن كل التصرفات الاقصائية ينتج عنها تأثيرات مضادة للمنافسة أو أن التصرفات الإقصائية تحمل نفس معنى السلوك المضاد للمنافسة. وبشكل عام، فإن السلوك الإقصائى له وظيفة تمييزية.

(1) OECD: Competition Law and Policy in South Africa, an OECD Peer Review…., op. cit., p. 25.
(2) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., pp. 17.
(3) OECD: Competition Law and Policy in South Africa, an OECD Peer Review…., op. cit., p. 25.

وبينما تسمح كل من المادتين ج، د بتقديم ما يفيد وجود مكاسب خاصة بالكفاءة ومكاسب تكنولوجية داعمة للمنافسة كتبرير للانخراط في سلوك إقصائى، فإن عبء الإثبات، يختلف في كل حالة كما يلي[1]:

- في حالة إثبات أن أحد التصرفات الإقصائية المنصوص عليها في القسم الثامن مادة «د» يمثل سلوكاً مضاداً للمنافسة، فإن المنشأة المهيمنة أو المدعى عليها يقع عليها عبء إثبات وجود مكاسب خاصة بالكفاءة أو داعمة للمنافسة أو تكنولوجية تنتج من هذا التصرف، وأن هذه المكاسب توازن أو تفوق ذلك التأثير المضاد للمنافسة.
- وفي حاله حدوث أية سلوك إقصائي آخر طبقا لوصف المادة «ج»، فإن المدعى يجب عليه إثبات بأن السلوك ضار بالمنافسة، وإثبات عدم وجود أسباب تكنولوجية أو داعمة للمنافسة أو خاصة بالكفاءة تسمح باستمرار هذا السلوك.

ويملك وزير التجارة والصناعة صلاحية تحديد حد معين لا تطبق المحظورات الخاصة بإساءة استخدام الهيمنة على ما دونه، وقد يبنى هذا الحد على حجم أعمال المنشأة أو على قيمة أصولها، ويمكن تحديده أما بشكل عام أو تحديده لكل صناعة على حده[2]. ويتم تحديد هذا الحد، الذي لا تطبق المحظورات الخاصة بإساءة استخدام الهيمنة على ما دونه، بالتشاور مع لجنة المنافسة وذلك بموجب تعليق أو إخطار عام (Public Notice and

(1) Marylla Govender, Martin Versfeld and Dayrl Dingley in Minette Newhoff (Editor): op. cit., p. 127.
(2) OECD: Competition Law and Policy in South Africa, an OECD Peer Review…., op. cit., p. 26.

comment) (قسم رقم ١٦)، وبموجب هذه السلطة، فقد تم وضع حد أدنى عام لحجم الأعمال أو الاصول عند ٥ مليون راند[١]،[٢].

وفيما يتعلق بجزاءات مخالفة الأحكام الخاصة بالهيمنة، فيجوز لمحكمة المنافسة أن تفرض جزاءً إدارياً حتى ١٠٪ من قيمة المبيعات السنوية الخاصة بالمنشأة في جنوب أفريقيا وكذلك من صادراتها من جنوب أفريقيا خلال السنة المالية وذلك لمخالفة القسم الثامن مادة «أ» والخاصة بالسعر المفرط والمادة «ب» الخاصة بالتسهيلات الأساسية والمادة «د» الخاصة بالتصرفات الإقصائية[٣].

ويجوز أن تفرض تلك الجزاءات أيضاً فيما يتصل بالقسم الثامن مادة «ج» (الخاصة بالتصرفات الاقصائية الأخرى) إذا ما تم تكرار السلوك بشكل ملموس بواسطة نفس المنشأة وتم الحكم، من قبل، على هذا السلوك بأنه مخالفاً للقانون[٤].

(1) Idem.

(٢) الراند: هو عملة دولة جنوب أفريقيا ويساوي ٠٧. دولار أمريكي.

(3) Daryl Dingley and Martin Versfeld in Thomas Janssens and Thomas Wessely (Editors): "Dominance in 35 jurisdictions worldwide", Getting the Deal Through, May 16th, 2015 (London-UK: Law Business Research Ltd), p. 211.

(4) Idem.

ثانياً: تطبيق أحكام إساءة استغلال الهيمنة:

يعتبر تحديد الحصة والقوة السوقية للشركة أولى الخطوات لتحديد وجود هيمنة للشركة في السوق المعنية، حيث تبدأ عملية تحديد الحصة السوقية للشركة، ومن ثم قوتها السوقية، بتحديد السوق الذي تتنافس فيه الشركة مع غريماتها. وعلى ذلك، فإن تحديد السوق المعنية هي الخطوة الأولى المبدئية والهامة في تحديد ما إذا كانت شركة ما تعتبر مهيمنة أم لا، ومن المرجح أن توجد شركة قابضة كبيرة تعمل في صناعات متعددة ولا تعتبر مهيمنة في أي من الأسواق المعنية التي تعمل بها[١].

وتشير الحصة السوقية إلى إجمالي إيرادات المبيعات للشركة إلى إجمالي المبيعات في السوق المعنية، ويمكن في حالات معينة، حساب الحصة السوقية للشركة بناء على الطاقة الإنتاجية أو كمية الوحدات المباعة الخاصة بها إلى إجمالي الطاقة الإنتاجية أو الوحدات المباعة للسوق المعنية[٢].

هذا وقد عرف قانون المنافسة رقم ٨٩ القوة السوقية بأنها قدرة المنشأة على ما يلى[٣]:

١. التحكم في الأسعار.
٢. القدرة على إقصاء أو منع المنافسين.

(1) Ignatius Lebogang Nkuna: op. cit., p. 4.

(٢) لمزيد من التفاصيل، انظر:

OECD: Market Definitions, Policy Roundtables, DAF/Comp (2012) 19, October 11, 2012 (Geneva-Switzerland: OECD).

(3) Republic of South Africa: Competition Act, No. 89……., op. cit., p. 9.

٣. القدرة على التصرف، إلى حد ملموس، بشكل مستقل عن كل من المنافسين والعملاء والموردين.

ومن ثم، فإن القوة السوقية هي قدرة منشأة ما على وضع الأسعار فوق مستوى السعر التنافسي[١]. ومن ثم، تستطيع المنشأة المهيمنة أن تعظم من أرباحها بشكل يصعب تحقيقه في ظل سيادة الظروف التنافسية العادية في السوق، ولذلك فإن القوة السوقية للمنشأة تنعكس، بشكل كبير، على متغيرات مثل الأسعار والأرباح.

علاوة على ذلك، يؤكد الاقتصاديون (وكذلك يعترف قانون المنافسة لجنوب أفريقيا بإمكانية وجود ذلك في الأحكام الخاصة بالرقابة على الاندماج) أنه إذا كان هناك صعوبة في دخول مشاركين أو منافسين جدد إلى السوق، فإن وجود القوة السوقية هو الأمر الأكثر ترجيحًا، وعليه، فإن المنشأة ذات الحصة السوقية التي تتراوح بين ٣٥٪ إلى ٤٥٪ والتي تؤدى الزيادة في أسعار منتجاتها إلى إطلاق موجة من المشاركين الجدد في السوق تمتلك بالفعل قوة سوقية قليلة[٢].

إن افتراضات قانون المنافسة حول تأثير سلوك المنشأة المهيمنة هي افتراضات قوية. وعلى الرغم من سيادة لغة قاعدة السببية، بشكل عام، إلا إنه فيما يتعلق بالتسعير المفرط والوصول إلى تسهيل أساسي، فإن القانون يبدو

(١) يعرف مستوى السعر التنافسي في الواقع العملي «بأنه السعر الذى كان سوف يسود في السوق عندما يكون هناك منافسة فعالة». وتتوقع النظرية الاقتصادية بأن ذلك السعر يسود فقط في أسواق المنافسة الكاملة **(Perfectly Competition Markets)**.

(2) Ignatius Lebogang Nkuna: op. cit., p. 5.

أنه متشابه إلى حد كبير مع المعالجة الأوروبية لإساءة استخدام الهيمنة التي تستند إلى استخدام لغة الحظر بدون استثناء أو إعفاء[1]. وربما تؤدي المتطلبات الإضافية التي يشترط توافرها لإثبات قضايا منع الوصول إلى وسيلة أساسية إلى جعل تناول مثل تلك القضايا يستند في التطبيق العملي، بشكل أقل، على قاعدة التطبيق المباشر Per Se Rule[2].

وتبنت سلطات المنافسة في جنوب أفريقيا الاقتراب القائم على التأثيرات أو الاقتراب الاقتصادي عند تحليل العديد من قضايا المنافسة منذ إقرار القانون الحالي رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨م، وبصفة خاصة عند تحليل قضايا إساءة استخدام الهيمنة التي تتداخل مع وجود قيود رأسية (وهي القيود التي تسببها شركات تعمل على نفس سلسلة التوريد) والتي يكون أحد أطرافها يعمل في كل من سوق المنبع وسوق المصب[3]. وتعتبر قضيتا الشركة البريطانية الأمريكية الجنوب أفريقية للتبغ (British American Tobacco South Africa (BATSA)) وخطوط الطيران الجنوب أفريقية (South African Airlines (SAA)) من أنسب القضايا التي يمكن أن تستخدم كدراسة حالة للنهج القائم على التأثيرات لثلاثة أسباب رئيسية:

(1) OECD: Competition Law and Policy in South Africa, an OECD Peer Review…., op. cit., p. 27.
(2) Idem.
(3) Nicola M. Theron and Willem H. Boshoff: "When Do Vertical Restraints Harm Competition? The Economics-Based Approach and its Application in the BASTA case, South African Journal of Economics, Vol.79, Issue3, September 2011(Oxford-UK: Blackwell Publishing Ltd), p. 330.

الأول: تعتبر الشركتان أكبر شركتين في سوقي التبغ والطيران في جنوب أفريقيا بحصه سوقية تتجاوز ٨٥٪، لذا من المهم تقييم مدى استناد الشكوى ضدهما على حيثيات اقتصادية بدلاً من التركيز على حجم الشركة.

الثاني: تنطوي هذه القضية على القيود الرأسية التي تقترح الأدبيات الاقتصادية بأفضلية تحليلها من خلال دراسة تأثيراتها التنافسية.

الثالث: استمرت هذه القضايا مدة طويلة، وبخاصة قضية «باتسا»، وهى المدة التي أصبح خلالها التحليل الاقتصادي أكثر بروزاً في قضايا المنافسة في جنوب أفريقيا، ولذلك فإن دراستها مهمة لتتبع أثر ذلك النهج القائم على التأثيرات وذلك على خلفية تزايد الاعتماد عليه دولياً.

وعادة ما يتم معالجة القيود الرأسية بشكل مختلف عن تلك الاتفاقيات التي تولد قيوداً أفقية، حيث يساور الاقتصاديون مخاوف كبيرة من الاتفاقيات الأفقية تتعلق باحتمالية وجود التواطؤ وتقليل الخيارات أمام المستهلكين، وفى المقابل، ليس من الضروري أن تكون الاتفاقيات الرأسية بين المنشآت في سوق المنبع وتلك المنشآت في سوق المصب مصدراً للسلوكيات المناهضة للمنافسة، حيث قد ينتج عنها مزايا كبيرة داعمة للمنافسة.

وتنبع التأثيرات المضادة للمنافسة في العلاقات التجارية الأفقية من أن الشركات التي في علاقة أفقية تبيع منتجات تبادلية، بينما تبيع المنشآت ذات العلاقات الرأسية منتجات تكاملية. وإذا كان هناك حوافز للشركات في العلاقات الأفقية لرفع الأسعار، فإنه على العكس من ذلك، هناك حوافز للشركات ذات العلاقة الرأسية لخفض الأسعار، حيث تزداد أرباح المصنعين

في سوق المنبع عندما تخفض المنشآت في سوق المصب أسعارها. ففي هذه الحالة، نجد أن هناك توافق بين المصالح الخاصة للشركات والمصالح الاجتماعية حيث إن كليهما يفضل انخفاض الأسعار، ومن ثم فان القيود الرأسية قد يتوفر لها مبرر داعم للمنافسة وقد تدفع السوق إلى من تحقيق كفاءة توزيعية.

وتدور الأسئلة الأساسية التي يقوم عليها نهج التأثيرات بالنسبة لقضايا إساءة استخدام الهيمنة ذات القيود رأسية مثل قضية شركة «باتسا»[1] حول مدى وجود إغلاق للسوق أمام المنافسين، وتأثير السلوك المضاد للمنافسة على المستهلك، كما يجب موازنة التأثيرات المناهضة للمنافسة ضد أيه تأثيرات محتملة داعمة للمنافسة.

ومن القضايا التي تم تداولها في إطار القسم الثامن الخاص بإساءة استخدام الهيمنة قضية «الخطوط الجوية الجنوب أفريقية» (South African Airlines(SAA)) عندما تلقت لجنة المنافسة في مارس ٢٠٠١ شكوى مقدمة من «الخطوط الجوية ناشينوايد» (Nationwide Airlines) تتهم فيها شركة الخطوط الجوية الجنوب أفريقية بإساءة استخدام الهيمنة الإقصائي (Exclusionary Abuse of Dominance) وذلك من خلال ممارستين تقييدتين وهما برنامج تجاوز الطلب (Override Scheme)، الذي يستند على تقاسم العمولة مع وكلاء السفر، وبرنامج المستكشف (Explorer

(١) وهي القضية التي سنتناولها في هذا البحث فيما بعد.

Scheme) الذي يمنح مزايا لموظفي وكلاء السفر، ويقوم البرنامجين على إعطاء حوافز كبيرة لوكلاء السفر وموظفيهم مقابل زيادة مبيعات الخطوط الجوية الجنوب أفريقية[١].

وحيث إن قضية «الخطوط الجوية ناشينوايد» ضد «الخطوط الجوية الجنوب أفريقية» هي أولى القضايا التي تم تداولها في إطار القسم الثامن مادة «د» فقرة «أ»، وهو الجزء الخاص بالسلوك الإقصائي الخاص بإغلاق السوق أمام المنافسين، فإنها كانت قضية أساسية في التأسيس للمبادئ التي نص عليها القانون في هذا الاتجاه وتطبيقها في الواقع العملي[٢].

وتناولت تلك القضية سلوك الخطوط الجوية الجنوب أفريقية منذ اكتوبر ١٩٩٩ إلى مايو ٢٠٠١م، وتم إحالتها إلى محكمة المنافسة بواسطة لجنة المنافسة في مايو ٢٠٠١م، والتي حكمت فيها في يوليو ٢٠٠٥م باعتبار أن سلوك الخطوط الجوية الجنوب أفريقية سلوكًا مناهضًا للمنافسة ومخالفًا للقسم ٨/ د/ ١[٣].

ونظراً لاستمرار سلوك «خطوط الطيران الجنوب أفريقية» (SAA) المضاد للمنافسة حتى منتصف عام ٢٠٠٥م، فقد تقدمت أحدى الشركات المتضررة

(1) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice……., op. cit., pp. 18-19.

(2) South African Competition Commission & Competition Tribunal: Ten Years of Enforcement by the South African Competition Authorities, Unleashing Rivalry: 1999-2009, September 2009 (Pretoria-South Africa: SA Competition Commission and Competition Tribunal), p. 61.

(٣) لمزيد من التفاصيل، انظر:

Competition Tribunal of South Africa: in The Matter Between: Competition Commission Vs South African Airways, Case no.18/CR/Mar0, July 27, 2005 (Pretoria-South Africa: Competition Tribunal of South Africa).

من ذلك السلوك وهي "شركة بي أيه/ كوم أير" (BA/Comair) بشكوى أخرى ضد الخطوط الجوية الجنوب أفريقية تغطى نفس السلوك عن الفترة من ١٩٩٩م حتى عام ٢٠٠٤م، وانتهت تلك القضية بتسوية مع لجنة المنافسة وصدقت عليها محكمة المنافسة في ديسمبر ٢٠٠٦م والتي تم من خلالها تغريم الخطوط الجنوب أفريقية (SAA) بمبلغ مقداره ١٥ مليون راند[١]، وأن تمتنع في المستقبل عن إبرام اتفاقيات الحوافز المماثلة مع وكلاء السفر[٢].

ولقد قدمت شركة «بى أيه/ كوم أير» طعنا في التسوية تطلب فيه من محكمة المنافسة إعلان بطلان العقود التي أبرمتها «خطوط الطيران الجنوب أفريقية» (SAA) مع وكلاء السفر، حيث إنها تريد أن تستمر في الادعاء المدني ضد خطوط الطيران الجنوب أفريقية، وتضامنت «الخطوط الجوية ناشينوايد» مع «بي أيه/ كوم أير» حيث إنهما يسعيان إلى إصدار نفس الحكم، وأن القضية الأولى أخذت في اعتبارها سلوك الخطوط الجوية الجنوب أفريقية لمدة ١٨ شهراً فقط على الرغم من استمرار نفس السلوك بعد تلك الفترة[٣].

وعلى المستوى المنهجي، فإن القضية الثانية التي رفعتها كل من «الخطوط الجوية ناشينوايد» وشركة «بي أيه/ كوم أير» انصبت على الشكوى

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر:

Competition Tribunal of South Africa: In the Consent Order proceedings between: The Competition Commission Vs South African Airways (pty) ltd, Comair ltd, Case no. 83/CR/Oct04, December, 2006 (Pretoria-South Africa: Competition Tribunal).

(٢) الدولار كان يساوي في ذلك الوقت ٧.٠٩ راند جنوب أفريقي طبقاً للمصدر التالي:

(https://fxtop.com/en/historical-exchange-rates.php?.)

(3) Giulio Federico: SA//: Abuse of Dominance in the South African Skies, IESE Business School, University of Navarro, Occasional Paper OP-202/June 2012, (Barcelona-Spain: University of Navarra), p. 5.

التي تناولتها القضية الأولى، ومن ثم اعتمدت لجنة المنافسة ومحكمتها على نفس الحجج والحيثيات والتحليلات التي استخدمتها في القضية الأولى والتي أظهرت بشكل واضح تبنى سلطات المنافسة في جنوب أفريقيا اقتراب التحليل المبني على التأثيرات (Effects-Based) وذلك لتقييم السلوك الإقصائي بواسطة منشأة مهيمنة[١].

وقد حددت لجنة المنافسة السوق المعنية في هذه القضية بأنها سوق مبيعات وكلاء السفر في جنوب أفريقيا من رحلات الطيران الداخلية المخططة[٢].

ورسخت محكمة المنافسة المبادئ الرئيسية في التحليل المبنى على التأثيرات عند تناولها للقضية الأولى المرفوعة من «الخطوط الجوية ناشينوايد»[٣]، حيث أوضحت المحكمة أن قانون المنافسة يتطلب اتخاذ عدد من الخطوات لإثبات وجود السلوك المحظور، الذي يتطابق مع المحظورات التي نص عليها القانون، وإثبات أضرار ذلك السلوك المحظور، وذلك من خلال الخطوات الآتية[٤]:

(أ) فحص السلوك المشكو منه لتحديد ما إذا كان هذا السلوك يقع في إطار قائمة المحظورات المنصوص عليها في القسم (٨/ د) أو يتوافق مع

(1) Giulio Federico: op. cit., p. 3.
(2) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice……., op. cit., p. 19.
(3) Ibid., p.18.
(4) Anne Njoroge: Regulation on Dominant Firms in South Africa, A Research Project Submitted to The Gordon Institute of Business Science, University of Pretoria, in partial Fulfillment of The Requirement for The Degree of Master of Business Administration, November 9, 2010 (Pretoria-South Africa: University of Pretoria), pp. 35-36.

تعريف القانون للسلوك الإقصائي المنصوص عليه في القسم (٨/ ج).

(ب) تحديد التأثير المضاد للمنافسة للسلوك الإقصائي، وحددت محكمة المنافسة أن السلوك الإقصائي يكون له تأثير ضار بالمنافسة في الحالات الآتية:

١- إذا كان هناك ضرر فعلي على رفاهية المستهلك.

٢- إذا كان للسلوك الإقصائي تأثير كبير على إغلاق السوق أمام المنافسين.

وعلى ذلك، أكدت محكمة المنافسة أن التأثير المضاد للمنافسة يمكن الوصول إليه من خلال وجود أدلة على الضرر المباشر على رفاهية المستهلك، أو أن هذا السلوك الإقصائي يؤدى إلى إغلاق جزء كبير من السوق أمام المنافسين[١].

وفيما يتعلق بالحالة الأولى وهى وجود ضرر فعلي على رفاهية المستهلكين، فقد استنتجت محكمة المنافسة في القضية الأولى وجود تأثير سلبي على المستهلكين من خلال تقليص الخيارات أمامهم ومن ثم، أجبرتهم على اتخاذ قرارات خاطئة[٢]. وفى القضية الثانية، فقد خلصت محكمة المنافسة إنه على الرغم من عدم توفر أدلة مباشرة على وجود ضرر على المستهلكين، إلا إنه يمكن الاستدلال بأن وجود حوافز مالية مقدمة من «خطوط طيران جنوب أفريقيا» (SAA) مع قدرة وكلاء السفر في التأثير على

(1) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice:……., op. cit., p. 19.

(٢) لمزيد من التفاصيل، انظر:

Competition Tribunal of South Africa: in The Matter between: Competition Commission Vs South African Airways, Case no. 18/CR/Mar01, July 27, 2005 (Pretoria-South Africa: SA Competition Tribunal)

تفضيلات العملاء (وهو ما سوف نتناوله لاحقـًا) قد أضر بالمستهلكين من خلال وجود أسعار أعلى وتقليص الخيارات أمامهم وذلك من خلال الإغلاق الكبير للسوق أمام المنافسين[١].

وفيما يتعلق بالحالة الثانية المتعلقة بتأثير السلوك الإقصائي على إغلاق السوق أمام المنافسين، فقد استخدمت محكمة المنافسة اختبار الاغلاق الجسيم للسوق في معظم قراراتها[٢] والذي أستلزم، في هذه القضية، ضرورة الإجابة عن سؤالين هما:

١- هل توافر لدى وكلاء السفر الحوافز لإبعاد العملاء عن المنافسين؟[٣].

٢- هل كان لدى وكلاء السفر القدرة على فعل ذلك؟[٤].

وفيما يتعلق بمدى توافر الحوافز، فقد توصلت محكمة المنافسة إلى توافر حوافز مالية كبيرة لوكلاء السفر وذلك من خلال برنامج تقاسم العمولة مع وكلاء السفر والمسمى «برنامج تجاوز الطلب» (Override Scheme) وبرنامج المستكشف (Explorer Scheme) لموظفى وكلاء السفر، حيث تصل العمولة إلى ١٤٪ عند تجاوز المستهدف بنسبة ١٥٪، وتزداد العمولة إلى ٣١٪ عند تجاوز المستهدف بنسبة ٣٥٪، بالإضافة إلى حوافز أخرى تؤدى إلى زيادة ربح الوكيل بشكل كبير كلما زادت المبيعات عن المبيعات المستهدفة وذلك خلال فترة نظر القضية[٥]. كما أن برنامج المستكشف

(1) Anne Njoroge: op. cit., p. 19.
(2) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice:……., op. cit., p. 19.
(3) Anne Njoroge: op. cit., p. 37.
(4) Idem.
(5) South African Competition Commission & Competition Tribunal: Ten Years of Enforcement…., op. cit., p. 64.

(Explorer Scheme) يكافئ مستشاروا وكلاء السفر بتذاكر سفر مجانية، ويمنح وكلاء السفر أنفسهم نقاطاً إضافية بناءً على مدى تحقيق موظفيهم لأهداف المبيعات الخاصة بخطوط طيران جنوب أفريقيا (SAA)[١].

ومن الجدير بالذكر، أن محكمة المنافسة بينت في حكمها أن طبيعة الحوافز الخاصة بالخطوط الجوية الجنوب أفريقية هي التي أثارت اهتمام سلطات المنافسة وليس وجود الحوافز ذاتها، حيث إن الحوافز هو عرف منتشر بالسوق Market–Wide Norm[٢]. فقد غيرت هذه الحوافز، بشكل ملموس، شكل حوافز وكلاء السفر، وذلك من خلال خفض العمولات المعيارية (Standard Commissions) وزيادة حوافز وعملات تجاوز الطلب (Override) مما أدى إلى وجود طبيعة غير تنافسية لبرامج الحوافز[٣].

وفيما يتعلق بقدرة وكلاء السفر على تحويل العملاء وإغلاق السوق، فيمكن تبين ذلك من نسبة مبيعات وكلاء السفر داخل سوق مبيعات رحلات الطيران الداخلي في جنوب أفريقيا والتي مثلت حوالى ٧٥٪، وكان لدى الخطوط الجوية الجنوب أفريقية ١٩ برنامجاً من برامج الحوافز تغطى معظم وكلاء السفر[٤]. حيث أبرمت الخطوط الجوية الجنوب أفريقية اتفاقيات حوافز مع نسبة تتراوح بين ٧٠ إلى ٩٠٪ من وكلاء السفر، كما أن تداول

(1) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice:……., op. cit., p. 19.
(2) Competition Tribunal of South Africa: in The Matter between: Competition Commission Vs South African Airways, Case no.18/CR/Mar01….., op. cit., p. 34.
(3) Anne Njoroge: op. cit., p. 42.
(4) South African Competition Commission & Competition Tribunal: Ten Years of Enforcement…., op. cit., p. 64.

المعلومات بين وكلاء السفر والعملاء جعلت تأثيرهم على تفضيلات العملاء كبيراً[١].

ومن ثم، فقد خلصت محكمة المنافسة إلى وجود أدلة على توافر حوافز مالية لوكلاء السفر، وقدرة هؤلاء الوكلاء على تحويل العملاء نحو «الخطوط الجوية الجنوب أفريقية»[٢] مما أدى إلى إغلاق السوق أمام المنافسين[٣]. ولقد أظهرت البيانات الاحصائية تدهوراً في أعمال المنافسين أو تباطؤها، على أقل تقدير، وذلك في مقابل نمو أعمال ومبيعات «الخطوط الجوية الجنوب أفريقية» مؤكدةً على تأثير برامج الحوافز وقدرة وكلاء السفر على إغلاق السوق بشكل كبير أمام خطوط الطيران المنافسة، وأن مقدار الضرر يمكن استنباطه من المدى الذي وصل إليه إغلاق السوق أمام المنافسين[٤].

وفيما يتعلق بالتأثيرات الداعمة للمنافسة التي يمكن الاحتجاج بها، فقد ادعت «الخطوط الجوية الجنوب أفريقية» بأن هذا النوع من البرامج قد يستخدم لتعزيز جهود التسويق، ويمكن أن يؤدى إلى ازدياد حدة المنافسة بين الشركات المتنافسة[٥]. وفي المقابل، رأت محكمة المنافسة أن المكاسب الداعمة للمنافسة المدعاة كان يمكن تحقيقها بوسائل أخرى أقل إقصائية[٦]. وأخذت المحكمة في اعتبارها، في هذا الصدد، تأثيرين هامين، الأول هو تأثير

(1) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice……., op. cit., p. 20.
(2) Idem.
(3) Anne Njoroge: op. cit., p. 37.
(4) South African Competition Commission & Competition Tribunal: Ten Years of Enforcement…., op. cit., p. 64.
(5) South African Competition Commission & Competition Tribunal: Ten Years of Enforcement…., op. cit., p. 63.
(6) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice……., op. cit., cit., p. 20.

السلوك الإقصائي على التوسع في السوق ككل، والثاني هو تأثير السلوك على انخفاض الأسعار أمام المستهلكين، وكانت نتيجة اختبار كلا التأثيرين سلبية، حيث إنه من غير المرجح أن يؤدى ذلك السلوك إلى التوسع في مخرجات السوق المعنية، وأن خطوط الطيران الجنوب أفريقية كان يمكنها استخدام طرق عديدة لمكافأة وكلاء السفر لترويج منتجاتها بدون الانخراط في برامج ذات طبيعة إقصائية[١]. وأنه من غير المرجح استفادة المستهلكين من هذا النوع من السلوك، حيث إن الحوافز التي منحتها الخطوط الجوية الجنوب أفريقية استفاد منها وكلاء السفر وموظفيهم، وأدت إلى سيطرة الشركة على أسعار السوق مما منع مرور المزايا إلى المستهلكين[٢].

وبناءً على ذلك، أصدرت محكمة المنافسة حكمها بأن حوافز الخطوط الجوية الجنوب أفريقية كان لها تأثير مضاد على المنافسة بشكل عام[٣]، وأنها حثت وكلاء السفر على عدم التعامل مع المنافسين، وبالتالي فقد خالفت القسم (٨/ د/ ١) من قانون المنافسة، ومن ثم، فقد فرضت محكمة المنافسة غرامة قدرها ٤٥ مليون راند تمثل ٥ , ٢٪ من إجمالي إيرادات المبيعات لخطوط الطيران الجنوب أفريقية عن الفترة محل التحقيق[٤].

(1) South African Competition Commission & Competition Tribunal: Ten Years of Enforcement….., op. cit., p. 63.
(2) Simon Roberts: Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice……., op. cit., p. 20.
(3) South African Competition Commission & Competition Tribunal: Ten Years of Enforcement….., op. cit., p. 63.
(٤) لمزيد من التفاصيل، نظر:
Competition Tribunal of South Africa: in The Matter Between: Competition Commission Vs South African Airways, Case no.18/CR/Mar01….., op. cit.,

وفى القضية الثانية التي رفعتها كل من الخطوط الجوية وبى أيه/ كوم أير (BA/Comair وناشتينوايد Nationwide) ، حكمت المحكمة، بأن الخطوط الجوية الجنوب أفريقية قد أساءت استخدام الهيمنة في السوق في الفترة ما بين ٢٠٠١م، ٢٠٠٥م أيضًا، وذلك على الرغم من التعديلات التي أدخلت على صيغ العقود التي أبرمتها في العام المالي ٢٠٠١/ ٢٠٠٢م والتغيرات التي حدثت في السوق بعد عام ٢٠٠١م وكان أبرزها دخول منافسين جدد ذوي أسعار منخفضة[١]. وقد استأنفت الخطوط الجوية الجنوب أفريقية القضية أمام محكمة استئناف المنافسة (CAC) ولكنها أيدت حكم محكمة المنافسة في إبريل ٢٠١١م[٢].

وتؤكد قضية «شركة اليابان الدولية للتبغ» (Japan Tobacco International (JTI)) ضد «الشركة الأمريكية البريطانية للتبغ جنوب أفريقيا» (British American Tobacco South Africa (BATSA)) على تبني النهج القائم على التأثيرات في قضايا الهيمنة والقيود الرأسية، حيث تعتبر «الشركة الأمريكية البريطانية للتبغ جنوب أفريقيا» (باتسا) أكبر مصنع للسجائر في جنوب أفريقيا، وتتواجد أيضًا في الأسواق الفرعية للتجزئة من خلال اتفاقيات التوزيع المختلفة. وفى عام ٢٠٠٣م قدمت «شركة اليابان الدولية للتبغ (JTI)» إلى سلطات المنافسة في جنوب أفريقيا شكوى ضد ''شركة باتسا'' تدعى فيها مخالفة ''باتسا'' لقانون المنافسة الأقسام (٥/ ١،

(1) Giulio Federico: op. cit., p. 6.

(٢) لمزيد من التفاصيل، انظر:

Competition Appeal Court of South Africa: in the Matter between: South African Airways Vs BA/Comair/Nationwide, Case no. 92/CAC/Mar10, April 11, 2011 (Pretoria-South Africa: Competition Appeal Court).

٥/ ٢، ٨/ ج، ٨/ د/ ١، ٨/ د/ ٣) وهو ما يعني ارتكاب «شركة باتسا» لممارسات رأسية محظورة مقيدة للمنافسة، والإتيان بسلوك إقصائي باعتبارها شركة مهيمنة في السوق الجنوب أفريقي، وحث العملاء والموردين بعدم التعامل مع المنافسين، والربط أو التحميل عند طريق فرض شراء سلع لا علاقة بموضوع التعاقد، وإرغام المشتري على قبول شروط لا علاقة لها بموضوع العقد[١].

وقد أحالت لجنة المنافسة الشكوى إلى محكمة المنافسة على أساس مخالفة «شركة باتسا» للأقسام٨ (٨/ د/ ١) ، (٨/ ج)، ثم قدمت الشركة اليابانية (JTI) شكوى إلى محكمة المنافسة في إطار القسم (٥/ ١) من القانون والخاص بحظر الاتفاقيات بين الأطراف في علاقة رأسية إذا كان لهذه الاتفاقيات تأثير ملموس على منع أو تقليل المنافسة[٢].

وادعت الشركة اليابانية أن «شركة باتسا» أساءت استخدام الهيمنة في السوق من خلال انخراطها في مجموعة من القيود الرأسية التي أغلقت سوق التجزئة الخاص بالسجائر في جنوب أفريقيا، حيث زعمت أن اتفاقيات التوزيع مع تجار التجزئة أغلقت السوق أمام المصنعين المنافسين من خلال حثهم على عدم التعامل مع منافسي «شركة باتسا»[٣].

(١) للمزيد من التفاصيل، انظر:

Competition Tribunal of South Africa: in the Matter between: The Competition Commission, /JT International South Africa (PTY) LTD and British American Tobacco South Africa (PTY) LTD, Case No.:05/CR/Feb05, June 25, 2009 (Pretoria-South Africa: SA Competition Tribunal), pp. 1-2.

(2) Ibid., p. 3.

(3) Idem.

وركزت شكوى الشركة اليابانية (JTI) على اتفاقيات التوزيع بين «شركة باتسا» وموزعيها والتي يتم تنفيذها من خلال إعطاء حق حصري في إدارة وحدات توزيع السجائر (CDUs Cigarette-Dispensing Units) مما مكن «شركة باتسا» من حجب المنافسين ومنهم الشركة اليابانية[١].

وفي رد «شركة باتسا» (BATSA) على ادعاءات الشركة اليابانية أوضحت أن اتفاقيات التوزيع لم تكن حصرية بالمعنى الدقيق للكلمة، حيث يتم استخدام وحدات التوزيع (CDUs) بواسطة الشركات المنافسة[٢].

ولقد أخذت محكمة المنافسة في جنوب أفريقيا القيود التنظيمية على ترويج والإعلان عن السجائر في الاعتبار، حيث رأت تلك المحكمة أن معاناة الشركة اليابانية ترجع بشكل أساسي إلى القيود التنظيمية وليس إلى سلوك «شركة باتسا»[٣].

وعلى الرغم من أن القسم الثامن من القانون لا يتعلق، فقط، بالقيود الرأسية ولكن يتعلق بشكل أساسي بإساءة استخدام الهيمنة الإقصائي، فإن كلتا المخالفتين التي ادعتهما الشركة اليابانية في إطار القسمين الثامن والخامس يمثلان نوعاً من الممارسات التجارية الرأسية ويفرضان قيوداً رأسية، ومن ثم سيتم تحليلهما في إطار الاتفاقيات التي تفرض قيوداً رأسية

(1) Nicola Theron: The Effects-based Approach to Abuse of Dominance Competition Enquiries: The Recent BATSA/JTI Case, Paper Presented at the Third Annual Competition Conference, 1-3 September, 2009 (Pretoria-South Africa: Competition Commission), p. 3.
(2) Nicola Theron: op. cit., p. 4.
(3) Competition Tribunal of South Africa: in the Matter between: The Competition Commission, JT International South Africa (PTY) LTD and British American Tobacco South……, op. cit., p. 18.

وإساءة استخدام الهيمنة، وذلك على الرغم من أن ذلك ليس هو النهج الذي اتبعته سلطات المنافسة في جنوب أفريقيا[1].

(1) Nicola Theron: op. cit., p. 3.

ثالثا: خلاصة البحث:

على الرغم من أن مفاهيم الهيمنة والقوة السوقية لم تُذكر بوضوح في القسم الخامس من قانون المنافسة، فإن التحليل الاقتصادي يجب أن يشتمل على دراسة القوة السوقية، حيث يرى البعض أن وجود القوة السوقية يؤدى إلى تفاقم الآثار السلبية للقيود الرأسية على المنافسة[١].

وكما نوهنا في القضية السابقة، فإن المنهج التحليلي القائم على التأثيرات أو المنهج الاقتصادي يستند على جانبين رئيسيين وجانب ثالث تكميلي، فأما الجانبان الرئيسيان في التحليل فهما[٢]:

(١)تحليل مدى وجود إغلاق للسوق أمام المنافسين.

(٢)تحليل أثر الإغلاق للسوق (ان وُجد) على الخيارات المتاحة أمام المستهلك.

أما الجانب الثالث التكميلي للتحليل فهو تحليل مدى وجود تأثيرات داعمة للمنافسة، يدعيها الطرف المخالف من السلوك محل الفحص، ومعرفة مدى موازنة هذه التأثيرات الإيجابية للجوانب السلبية للسلوك.

وكما تناولت في الإطار التحليلي للمنافسة، فإن تحديد السوق المعنى والحصص السوقية يعتبر الخطوة الأولى، وقد تبنت سلطات المنافسة في

(1) Paul W. Dobson: Vertical Restraints Policy Reform in the European Union and United Kingdom, Business School Research Series, Paper 2005:2, May 2005 (Loughborough-UK: University of Loughborough), p. 3.
(2) Nicola Theron: op. cit., pp. 6-8.

جنوب أفريقيا موقفاً مماثلاً، حيث ترى أن تحديد السوق المعني يستهدف تقدير القوة السوقية[١].

ولقد أثار النهج القائم على التأثيرات أمرين رئيسيين فيما يتعلق بتحديد السوق والهيمنة؛ الأمر الأول هو مدى الاستفادة التي يمكن أن تتحقق من عملية تحديد السوق، والثاني، هو الكيفية التي يمكن بها تقييم القوة السوقية بشكل كامل. وبالنسبة للأمر الأول فلم يؤد التركيز المتزايد على التأثيرات إلى التخلي عن تحديد السوق وتقييم الهيمنة كخطوة أولية[٢]. وفى هذه القضية تم تحديد أسواق التجزئة الخاصة بالتبغ وأسواق تصنيع التبغ كسوق سلعي ذات صلة، ويتوافق إدراج أسواق التجزئة ضمن السوق السلعي المعنى، على الرغم من «شركة باتسا» تعمل في سوق التصنيع، مع النهج القائم على التأثيرات الذي يستند على تطوير نظرية للضرر تربط بعلاقة سببية بين السلوك الذي يصدر من سوق التصنيع وبين الأثر النهائي لذلك السلوك على المنافسة والمستهلكين، والذي يظهر في أسواق التجزئة[٣]. حيث نجد أن الهدف من سلوك «شركة باتسا»، المشكو منه، هو التأثير على أسواق التجزئة بغرض تعزيز هيمنة الشركة في سوق التصنيع[٤].

(١) للمزيد من التفاصيل، انظر:

Competition Tribunal Of South Africa: In the matter between: Natal Wholesale Chemists (Pty) Ltd and Astra Pharmaceuticals (Pty) Ltd, Merck Pharmaceutical Manufacturing (Pty) Ltd, Pharmaceutical Healthcare Distributors (Pty) Ltd, Case No. 98/IR/Dec 00, March 12, 2001 (Pretoria-South Africa: SA Competition Tribunal).

(2) Nicola Theron: op. cit., pp. 4-6.

(3) Idem.

(4) Idem.

وبالنسبة لاستنباط وجود القوة السوقية، فإن النهج القائم على التأثيرات، وكذلك السوابق القانونية في جنوب أفريقيا، لا يعتمدان فقط على الحصة السوقية التي حددها القانون لاستنباط القوة السوقية، وهى واضحة هنا حيث أن «شركة باتسا» تستحوذ على ٨٥٪ من الحصة السوقية، ولكن يعتمدان على مؤشرات أخرى في السوق المعنية من خلال صياغة نظرية منطقية للضرر على المنافسة والمستهلكين مثل، وجود أدلة على استخدام القوة السوقية في تسعير المنتج للمستهلك النهائي، أو منع المنافسين من الوصول إلى المستهلكين، وهو الأمر الأكثر أهمية[١].

ولقد اختارت محكمة المنافسة في جنوب أفريقيا تحليل القوة السوقية بشكل مباشر عن طريق البحث عن أدلة خاصة باستخدام تلك القوة، وهو ما يتوافق مع النهج القائم على التأثيرات الذي يتجاوز التحديد الآلي للهيمنة من خلال الحصص السوقية[٢]. ولذلك يذهب نهج التأثيرات بعيداً عن تعريف الهيمنة من خلال الشكل فقط، وإنما يستند على وجود أدلة على استخدام الهيمنة في إغلاق السوق أو استبعاد المنافسين ذوو الكفاءة وتشوية المنافسة، حيث يبحث هذا المنهج عن قضية منطقية لضرر المنافسة والمستهلكين من خلال الحقائق التي تستند على التحليلات الاقتصادية العملية.

(1) Gunnar Niels: The Article 82 Discussion Paper: A Comment on the Economic Principles, Oxera Agenda, April 2006. (http:///www.Oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/the-Article-82-Discussion-Paper-1.bdf).

(2) Simon Roberts: Administrability and Business Certainty in Abuse of Dominant of Enforcement: An Economists Review of South Africa Record, Paper Presented for the 5th Annual Conference on Competition Law, Economics and Policy, University of Johannesburg, 4&5 October, 2011 (Johannesburg-South Africa: University of Johannesburg), pp. 11-12.

وفى تطبيق نظرية الضرر على قضية الشركة البريطانية الأمريكية الجنوب أفريقية للتبغ، نجد أن التعامل الحصري التقليدي الذي يتم دراسته في سياق محاولة الاحتكاري تعزيز منتجاته في أسواق المصب يتفق مع التعامل الحصري في هذه القضية، ولكنه يختلف من حيث العلاقات بين أسواق المصب (الأسواق الثانوية) وأسواق المنبع (الأسواق الرئيسية)، فنجد أن الشركة المصنعة (وهى هنا «شركة باتسا») تدفع لتجار التجزئة لتكون متواجدة في أنشطة الترويج والتوزيع لما يطلق عليه إدارة الصنف Category Management للتأثير على السوق النهائية[1]. حيث تستثمر الشركة المصنعة في تسهيلات التوزيع لتجار التجزئة لزيادة مبيعات التجزئة الخاصة بها وتخفض من تكلفة التوزيع لتجارة التجزئة، وهو الأمر الذي من شأنه أن يخلق مشكلات تتعلق بالتعهدات من جانب تجار التجزئة، حيث يحاول المنافسون استغلال استثمارات الشركة المصنعة في عرض منتجاتهم بدون تحمل أية تكاليف فتلجأ الشركة المصنعة حينئذٍ إلى عقد ترتيبات للتعامل الحصري مع تجار التجزئة لمنع ذلك[2]. ومن هنا تبرز مشكلة التأثير الضار على المنافسة، حيث سيكون التعامل الحصري المرتبط بإدارة الصنف الجسر الذي سيتم من خلاله إغلاق السوق أمام المنافسين من خلال تزايد تكاليف الترويج والتوزيع للمنافسين الحاليين ويؤدى، في نفس الوقت، إلى زيادة تكاليف دخول

(1) Nicola Theron: op. cit., p. 4.

(٢) للمزيد من التفاصيل، انظر:

Benjamin Klein and Joshua D. Wright: "The Economics of Slotting Contract", Journal of low and Economics, Vol. 50, No. 3, August 2007 (Chicago-USA: The University of Chicago Press), pp. 421-454.

منافسين جدد، وبخاصة اذا أبرمت الشركة المصنعة عقود حقوق حصرية طويلة الأجل مع بائعي التجزئة[١].

وحيث إن النهج القائم على التأثيرات في قضايا الترتيبات الرأسية يبحث في أدلة لوجود إغلاق فعلي للسوق وضرر على رفاهية المستهلك والرفاهية الكلية من قبل السلوك المزعوم، فإننا سنحاول أن نبحث عن أدلة لوجود إغلاق فعلي للسوق أمام الشركة اليابانية للتبغ(JTI) والمنافسون الأخرون نتيجة وجود اتفاق التوزيع بين «شركة باتسا» وتجار التجزئة، وكذلك البحث عن أدلة لوجود ضرر على المستهلك وهو الهدف النهائي للنهج القائم على التأثيرات.

وعلى الرغم من أن الأدلة الخاصة بالإغلاق قد لا تصلح لأن تكون أداة لتقييم الأثر النهائي على المستهلك، إلا أنها قد تمثل دليلاً وسيطًا مهما في الربط بين السلوك المناهض للمنافسة والتأثير على منشأة معينة، وبين التأثير على رفاهية المستهلك من خلال تقليل الخيارات أمامه[٢]. وفى هذا الصدد، نجد أن محللي المنافسة يقيسون درجة الإغلاق بطريقتين[٣]:

(١) للمزيد من التفاصيل، انظر:

Leo S. Carameli Jr.: "The Anti-Competitive Effects and Antitrust Implications of Category Management and Category Captain of Consumer Products", Chicago-Kent Law Review, Vol. 79, Issue 3, October 2004 (Chicago-USA: Chicago-Kent Law Review), pp. 1312-1355.

(2) Nicola Theron: op. cit., pp. 6-8.

(٣) للمزيد من التفاصيل، انظر:

Leo S. Carameli Jr.: op. cit.,

الطريقة الأولى: حساب النسبة المئوية للسوق التي يشملها الترتيب الحصري، وتمثل في حالة «باتسا» منافذ البيع، ثم مقارنة نسبة الإغلاق الفعلية مع حدود معينة تم توصيفها في قانون المنافسة أو القضايا السابقة.

الطريقة الثانية: الاعتماد على مفهوم نسبة المساحة إلى المبيعات[1] Space-To-Sales Ratio وذلك في الحالات التي تنطوي على استبعاد محدود قد لا يؤدى بالضرورة إلى الخروج من السوق.

والجدير بالذكر، أن أدبيات تحليل قضايا المنافسة الخاصة بالتبغ والخاصة بتحليل اتفاقيات إدارة الصنف تشير أنه يقع على الشاكي عبء إثبات أن سلوك المنشأة المهيمنة هو سلوك حصري، وأنها تشغل مساحة على رفوف العرض تفوق حصتها السوقية، ويقع على المنشأة المدعى عليها أن تثبت عكس ذلك[2].

وباستخدام نسبة المساحة إلى المبيعات نجد أن اتفاقيات التوزيع بين «باتسا» (BATSA) وتجار التجزئة تتضمن طريقة عرض البضائع الخاصة بالعلامات التجارية للتبغ على مساحة الرف المرئية

(١) وتشير كلمة مساحة (**Space**) إلى النسبة المئوية لمساحة الصنف على رفوف العرض المخصصة لعلامة تجارية معينة، وتشير كلمة مبيعات (**Sales**) إلى الحصه السوقية للمبيعات لهذه العلامة التجارية، وللمزيد من التفاصيل، انظر:

Joshua D. Wright: Antitrust Analysis of Category Management: Conwood V. United States To Tobacco Co., George Mason Law & Economics Research Paper No 06-38, November 10, 2006 (Virginia-USA: George Mason University).

(2) Idem.

للمستهلكين في منافذ البيع[١]. وطبقاً لبيانات «شركة باتسا»، يتم تحديد مساحة الرف المقترحة بكل علامة تجارية بناءً على حصة مبيعاتها الإقليمية، ويتم مراقبة بيانات الرؤية للتأكد من تحقيق نسبة المساحة إلى المبيعات، وباستخدام بيانات ثلاثة قنوات منفصلة للبيع بالتجزئة تم تحديدها من قبل «شركة باتسا» وُجد أن المساحة التي تشغلها «باتسا» على الرف كانت، بشكل عام، متوافق مع الحصه السوقية للشركة[٢]. ومن ثم، توفر معدلات المساحة إلى المبيعات دليلاً على أن اتفاقيات التوزيع ليست لها تأثير على المنافسة حيث إنها لم تتسبب في إغلاق الأسواق أمام المنافسين، كما لم تقدم شركة (JTI) اليابانية أية دليل مباشر على إغلاق السوق من قبل «شركة باتسا»[٣].

وفيما يتعلق بالنقطة الثانية لنظرية الضرر، وهو ضرورة وجود أدلة عملية للتأثير على رفاهية المستهلك كجزء من المعيار الكلي لتأثير الممارسات التجارية على الرفاهية الاجتماعية الكلية كما يفضلها الاقتصاديون[٤]، فيجدر الإشارة إلى إنه لم يتم عمل قياس مباشر لضرر المستهلك في قضية «شركة باتسا» (BATSA) من جراء السلوك المُدعى للتعامل الحصري «لشركة باتسا» مع تجار التجزئة، وهو ما

(1) Nicola Theron: op. cit., pp. 9-10.
(2) Ibid., p. 10.
(3) Nicola Theron: op. cit., p. 12.

(٤) للمزيد من التفاصيل، انظر:

Massimo Motta: Competition Policy: Theory and Practice (New York-USA: Cambridge University Press, 2004).

كان يفضل في هذه الحالة كجزء من التطبيق الكامل للنهج القائم على التأثيرات، ولكن تم استنباط التأثير على المستهلك من خلال استخدام مدى وجود إغلاق للسوق، حيث يوفر ذلك مقياساً مبدئياً للتأثير على المستهلك عن طريق تقليل الخيارات أمام المستهلكين في السوق المعني، حيث توصلت محكمة المنافسة إلى عدم وجود ضرر على المستهلك نظراً لعدم تأثر المنافسة في السوق المعنية بالسلوك المزعوم، وأن الإغلاق المُدعى للسوق كان عند حده الأدنى[1].

وعلى ذلك رأت محكمة المنافسة أن الأدلة التي تم استنباطها من معيار نسبة المساحة المبيعات قد أكدت أن المساحة المخصصة للعلامات التجارية «لشركة باتسا» كانت، بشكل عام، أقل أو متوافقة مع الحصة السوقية للشركة، لذا يمكن الاستنباط بسهولة أنه لم يحدث أية تخفيض للخيارات أمام المستهلكين[2]. بل أن محكمة المنافسة ذهبت بعيداً باعتبار أن الحوافز التي تدفعها «شركة باتسا» إلى الموزعين يمكن تمريرها للمستهلكين مما يعتبر مكسبا داعماً للمنافسة ويصب في صالح رفاهية المستهلك[3].

ويتضح لنا أن قضية «شركة التبغ البريطانية الأمريكية الجنوب أفريقية (باتسا)» لم ترق إلى استخدام التحليل الكامل للنهج القائم

(1) Simon Roberts: Effects-Based Tests for Abuse of Dominance in Practice: …., op. cit., p. 21.
(2) Competition Tribunal of South Africa: in the Matter between: The Competition Commission, JT International South Africa (PTY) LTD and British American Tobacco South……, op. cit., p. 27.
(3) Ibid., p. 102.

على التأثيرات، الذي تم استخدامه من قبل في قضية الخطوط الجوية الجنوب أفريقية (SAA)، حيث تم استخدام ذلك النهج فقط لإثبات تأثير السلوك المزعوم على إغلاق السوق ومداه (إن وُجد)، ثم تم استخدام مؤشر الإغلاق بشكل غير مباشر في استنباط التأثير على رفاهية المستهلك من خلال تقليل الخيارات أمامه.

□

قائمة المراجع

1. Adhikari, Ratnakar: **Prerequisite for Development-Oriented Competition Policy Implementation: A Case Study of Nepal in Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries,** United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), UNCTAD/DITC/CLP/2004/1, 2004 (Geneva-Switzerland: UNCTAD).
2. Arizzo, Emanuela In Mark Oliver Mackenrodt, Beatriz Conde Gallego and Stefan Enchel Maier (Eds): **Is there a Role for Market Definition and Dominance in an Effects-based Approach in Abuse of Dominant Position: new Interpretation, New Enforcement Mechanisms?** (Berlin-Germany: Springer Nature, 2008).
3. Budzinski, Oliver: **Modern Industrial Economics and Competition Policy, Open Problems and Possible Limits,** Department of Environmental and Business Economics, IME working Paper 93/09, June 2009 (Southern Denmark-Denmark: University of Southern Denmark)
4. Carameli, Leo S. Jr.: "The Anti-Competitive Effects and Antitrust Implications of Category Management and Category Captain of Consumer Products"**, Chicago-Kent Law Review**, Vol. 79, Issue 3, October 2004 (Chicago-USA: Chicago-Kent Law Review).
5. Chabane, Neo, Johannes Machaka and others: **10 Year Review: Industrial Structure and Competition policy**, Corporate Strategy and Industrial Development Research Project, School of Economic and Business Sciences, University of the Witwatersrand, June 2003 (Johannesburg-South Africa: University of the Witwatersrand).
6. Competition Tribunal Of South Africa: **In the matter between: Natal Wholesale Chemists (Pty) Ltd and Astra Pharmaceuticals (Pty) Ltd, Merck Pharmaceutical Manufacturing (Pty) Ltd, Pharmaceutical Healthcare Distributors (Pty) Ltd,** Case No. 98/IR/Dec00, March 12, 2001 (Pretoria-South Africa: SA Competition Tribunal).
7. _____: **In the Consent Order proceedings between: The Competition Commission Vs South African Airways (pty) ltd, Comair ltd,** Case no. 83/CR/Oct04, December, 2006 (Pretoria-South Africa: Competition Tribunal)

8. _____: **in the Matter between: Competition Commission Vs South African Airways,** Case no. 18/CR/Mar01, July 27, 2005 (Pretoria-South Africa: SA Competition Tribunal).
9. _____: **in the Matter between: The Competition Commission, /JT International South Africa (PTY) LTD and British American Tobacco South Africa (PTY) LTD,** Case No.: 05/CR/Feb05, June 25, 2009 (Pretoria-South Africa: SA Competition Tribunal).
10. Competition Appeal Court of South Africa: **in the Matter between: South African Airways Vs BA/Comair/Nationwide**, Case no. 92/CAC/Mar10, April 11, 2011 (Pretoria-South Africa: Competition Appeal Court).
11. Dabbah, Maher M.: **European Union Competition law: Module B: Abuse of a dominant Position**, This Study Guide was prepared for the University of London International Programmes, Revised edition, 2012 (London-UK: the University of London Press).
12. Dingley, Daryl and Martin Versfeld in Thomas Janssens and Thomas Wessely (Editors): "Dominance in 35 jurisdictions worldwide", **Getting the Deal Through**, May 16th, 2015 (London-UK: Law Business Research Ltd).
13. Dobson, Paul W.: **Vertical Restraints Policy Reform in the European Union and United Kingdom,** Business School Research Series, Paper 2005:2, May 2005 (Loughborough-UK: University of Loughborough).
14. European Commission: **Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abuse Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings**, 2008 (Brussels-Belgium: Competition Commission)
15. Evenett, Simon J.: **Links between Development and Competition Law in Developing Countries,** United Kingdom's Department for International Development as part of a series of Case Studies for the World Development Report 2005: Investment Climate, Growth and Poverty, October 28, 2003 (Oxford-UK: UK Department for International Development).
16. Federico, Giulio: **SA//: Abuse of Dominance in the South African Skies**, IESE Business School, University of Navarro, Occasional Paper OP-202/June 2012, (Barcelona-Spain: University of Navarra).

17. Fisher, Franklin M.: “Economic Analysis and "bright-Line" Tests”, **Journal of Competition Law and Economic**, Vol. 4, Issue 1, March 2008 (Oxford-UK: Oxford University press).
18. Govender, Marylla, Martin Versfeld and Dayrl Dingley in Minette Newhoff (Editor): A Practical Guide to the South African Competition Act (Durban-South Africa: LexisNexis, Butterworths, 2006).
19. Klein, Benjamin and Joshua D. Wright: “The Economics of Slotting Contract”, **Journal of low and Economics,** Vol. 50, No. 3, August 2007 (Chicago-USA: The University of Chicago Press).
20. Kovacic, William E. and Carl Shapiro: “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, **Journal of Economic Perspectives,** Vol. 14, No. 1, winter 2000 (Washington D.C.-USA: American Economic Association).
21. Lebogang, Ignatius Nkuna: **Essential Facilities and Abuse of Dominance in South Africa Competition Law**, Submitted in part Fulfilment of Requirement for the Degree of Master of Law, University of Pretoria, May 2013 (Pretoria-South Africa: University of Pretoria).
22. McMahon, Kathryn: **Developing Countries and International Competition Law and Policy**, University of Warwick, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2009-11, 2009 (Birmingham-UK: University of Warwick)
23. Motta, Massimo: **Competition Policy: Theory and Practice** (New York-USA: Cambridge University Press, 2004)
24. Neven, D. J.: "Competition Economics and Antitrust in Europe”, **Economic Policy**, Vol. 21, Issue 48, October 1**,** 2006 (Oxford-UK: Oxford University Press).
25. Niels, Gunnar: **The Article 82 Discussion Paper: A Comment on the Economic Principles**, Oxera Agenda, April 2006.

    (http:///www.Oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/the-Article-82-Discussion-Paper-1.bdf)

26. Njoroge, Anne: **Regulation on Dominant Firms in South Africa**, A Research Project Submitted to The Gordon Institute of Business Science, University of Pretoria, in partial Fulfillment of The Requirement for The Degree of Master of Business Administration, November 9, 2010 (Pretoria-South Africa: University of Pretoria).

27. OECD**: Competition Law and Policy in South Africa, an OECD Peer Review,** A report of an Organization of Economic Co-operation and Development, May 2003 (Paris-France: OECD).
28. _____: **Market Definitions, Policy Roundtables,** DAF/Comp (2012) 19, October 11, 2012 (Geneva-Switzerland: OECD)
29. Padilla, J.: **The Reform of Article 82: What we Agree, What are Still Discussing and What will have to be Discussed,** 2007 (Paris-France: LECG)
30. Republic of South Africa: **Competition Act, No. 89 as amended by Competition Amendment Act, No. 35 of 1999**, **Competition Amendment Act No. 15 of 2000 and Competition Second Amendment Act, No. 39 of 2000**, Government Gazette, Vol. 400, No. 19412, October 30, 1998 (Cape Town-South Africa: Government Gazette).
31. Roberts, Simon: **Administrability and Business Certainty in Abuse of Dominant of Enforcement: An Economists Review of South Africa Record,** Paper Presented for the 5th Annual Conference on Competition Law, Economics and Policy, University of Johannesburg, 4&5 October, 2011 (Johannesburg-South Africa: University of Johannesburg).
32. _____: **Effects-Based for Abuse of Dominance in Practice: the Case of South Africa**, Center for Competition Economics, University of Johannesburg, Working Paper 4/2012, April 2012 (Johannesburg-South Africa: University of Johannesburg).
33. Rodriguez, A.E. and Mark D. William: "The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. 19, No. 2, Winter 1994 (North Carolina-USA: N.C. J. Int'l L. & Com.).
34. South African Competition Commission & Competition Tribunal: **Ten Years of Enforcement by the South African Competition Authorities,** Unleashing Rivalry: 1999-2009, September 2009 (Pretoria-South Africa: SA Competition Commission and Competition Tribunal).
35. Stewart, Taimoon, Julian Clarke and Susan Joekes: **Competition Law in Action: Experiences from Developing Countries**, (Ottawa-Canada International Development Research Centre (IDRC), May 2007).
36. Theron, Nicola M. and Willem H. Boshoff: "When Do Vertical Restraints Harm Competition? The Economics- Based Approach

and its Application in the BASTA case, **South African Journal of Economics,** Vol.79, Issue3, September 2011(Oxford-UK: Blackwell Publishing Ltd).

37. Theron, Nicola: **The Effects-based Approach to Abuse of Dominance Competition Enquiries: The Recent BATSA/JTI Case**, Paper Presented at the Third Annual Competition Conference, 1-3 September, 2009 (Pretoria-South Africa: Competition Commission).
38. Wright, Joshua D.: **Antitrust Analysis of Category Management: Conwood V. United States To Tobacco Co.**, George Mason Law & Economics Research Paper No 06-38, November 10, 2006 (Virginia-USA: George Mason University).