الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد: 161437

تاريخ القرار: 12 جويلية 2018

قــرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

المدّعية: شركة ********** في شخص ممثّلها القانوني، الكائن مقرها ********** نائبها الأستاذ **** الكائن مكتبه ********* ،

مـن جـهة،

المدّعى عليها: شركة " **** " في شخص ممثّلها القانوني، الكائن مقرّها *****

مـن جهة أخـرى.

بعد الإطّلاع على العريضة المقدّمة من الممثّل القانوني لشركة " ***** " والمرسّمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 161437 بتاريخ 12 أكتوبر 2016 والتي جاء فيها أنّ شركة ******* قامت ببثّ ومضة إشهاريّة على القنوات الإذاعيّة والتّلفزيّة ومواقع التّواصل الإجتماعي تضمّنت إشهارا لمنتوجها المسمّى "فيكس جديد".

وقد تضمّنت الومضة المذكورة ممارسات مخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار تعمّدت من خلالها الشّركة المدّعى عليها التّحقير من خدماتها والمسّ من سمعتها التّجاريّة وكرامة موظّفيها وأداء أعوانها بأسلوب تهكّمي لا يخلو من سخريّة بطريقة مباشرة وغير مباشرة باعتماد الإيحاء وذلك بإضافة حرف "S" إلى إسمها التّجاري واستعمال نفس الموسيقى المستعملة من قبلها كموسيقى لانتظار التّواصل مع مرشد الحرفاء

كما استعملت نفس الزيّ الخاصّ بأعوانها وفواتيرها وشكل عقودها ونفس الجهاز الذي تسوّقه "MODEM " ونفس عنوانها على موقع الأنترنات.

كما اعتبرت المدّعية أنّ تمادى المدّعى عليها في تمرير مثل هذه الومضة لا يخلو من قدح وتشويه للخدمات التي تقدّمها ومن خرق لمبدأي الشّفافيّة والوضوح الذين يعدّان من أهمّ المبادئ التي تقوم عليها المعاملات التّجاريّة سواء على مستوى التّشريعات المعمول بها وطنيّا أو دوليّا أو على مستوى التّطبيقات المعترف بها كضمانة للمستهلك خاصّة ولتوازن السّوق عامّة.

وباعتبار أنّ ما قامت به شركة " ****** " يعتبر من قبيل الإشهار المقارن والتّعسّفي والكاذب ويكيّف بالممارسات المخلّة بالمنافسة، فهي تطلب ردعها على معنى الفصل 27 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

كما يتّجه اتّخاذ الوسائل التّحفّظيّة اللاّزمة والضّروريّة، فضلا عن إلزام المدّعى عليها بنشر ما قضي به على نفقتها كالإذن تحضيريّا واحتياطيّا بالتّثبّت في صحّة ما ورد بالومضة الإشهاريّة المتظلّم منها والنّظر في تسليط عقوبة الفصل 43 من القانون سابق الذكر لوجود المغالطة كليّا أو جزئيّا والتّحقيق في تجاوزاتها واعتبارها من قبيل الممارسات المخلّة بالمنافسة، ثمّ الحكم على ضوئها بإلزامها بإنهاء تلك الممارسات.

وبعد الإطّلاع على ردّ شركة " ****** " على عريضة الدّعوى المرسّم بكتابة مجلس المنافسة بتاريخ 17 نوفمبر 2016 والمتضمّن جملة الملاحظات التّالية:

1- من حيث الشّكل:

تمسّكت الشّركة المدّعى عليها برفض الدّعوى شكلا باعتبار أنّها غير محرّرة وأنّ الطّلبات النّهائيّة التي قدّمتها المدّعية جاءت مبهمة وغير متعلّقة بقضيّة أصليّة وخالية من كلّ سند واقعي أو قانوني، ذلك أنّها تطلب بصفة أصليّة اتّخاذ الوسائل التّحفّظيّة اللاّزمة وحفظ حقّها في اتّخاذ الوسائل القانونيّة اللاّزمة.

2- في عدم الإختصاص الحكمي للمجلس:

لا يتعلّق موضوع الدّعوى بأيّ ممارسة من الممارسات المخلّة بالمنافسة المنصوص عليها بالفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وهو ما يجعل المجلس غير مختصّ حكميّا بالنّظر في الدّعوى المعروضة عليه.

3- في خصوص انتفاء وضعيّة الهيمنة في جانب شركة " **** ":

يتبيّن بالرّجوع إلى سوق الهاتف القارّ أنّ شركة " ***** " لا تتمتّع بوضعيّة هيمنة على هذه السّوق على خلاف شركة " ****** " التي تمتلك كلّ أسهم الشّركة المدّعية شركة " **** ".

كما أنّ الهدف الحقيقي من وراء القيام بالدّعوى الرّاهنة هو محاولة عرقلة الشّركة ومنعها من التّرويج لفائدة منتوجها الجديد بهدف استمرار شركة " ****** " في الإنفراد بتوفير خدمات الهاتف القارّ وخدمات الإنترنات وعدم تمكين شركة " ***** " من الدّخول إلى تلك السّوق بفعل السّياسة المتبّعة من الضدّ والمخالفة لأبسط القواعد التّجاريّة.

4- في خصوص تجرّد الدّعوى وبصفة احتياطيّة:

بالرّجوع إلى محضر المعاينة الذي استندت إليه الدّعوى، يتبيّن أنّه لم يعاين الومضة الإشهاريّة وإنّما اكتفى بتلقّي تصريحات السيّدة ********* ، وهو ما يجعله قاصرا عن إثبات ما تدّعيه شركة " ***** "، وهو ما يجعل الدّعوى مجردة.

وخلافا لما ذهبت إليه الشّركة المدّعية، فإنّ شركة " ***** " لم تتهكّم عليها أو على أعوانها وإنّما اكتفت بالتّأكيد على أنّ عرضها يمكّن من تجاوز الصّعوبات القائمة.

5- في خصوص إيداع العرض أمام الهيئة الوطنيّة للإتّصالات وبصفة احتياطيّة جدّا:

خلافا لما تدّعية الشّركة المدّعية، فإنّ العرض الإشهاري موضوع الدّعوى تحصّل على موافقة الهيئة الوطنيّة للإتّصالات لتسويقه بموجب القرار عدد 2016/219 المؤرّخ في 10 أكتوبر 2016.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد توجيه تقرير ختم الأبحاث إلى الأطراف وإلى مندوب الحكومة.

وبعد الإطّلاع على ردّ شركة *** على تقرير ختم الأبحاث المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 26 أفريل 2018 والذي تمسّكت فيه بما ورد بتقاريرها السّابقة مؤكّدة على أنّ دعوى الضدّ جاءت مجرّدة ولا تستند إلى أيّ سند واقعي أو قانوني، وهو ما يتّجه معه رفض الدّعوى.

وبعد الإطّلاع على ردّ الأستاذ ********* نيابة عن شركة " *** " المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 25 جوان 2018 والذي جاء فيه أنّ ما قامت به الشّركة المدّعى عليها يعتبر من الممارسات المخلّة بالمنافسة وأنّ تعمّدها بثّ ومضة إشهاريّة قامت في إطارها بالتّحقير من المدّعية ومن خدماتها ومسّت من كرامة واعتبار أعوانها وحرفائها يدخل قانونا في إطار أحكام الفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وطلب على أساس ذلك اتّخاذ ما يلزم بشأنها بناء على أحكام الفصل 27 من القانون سابق الذّكر.

وبعد الإطّلاع على ملاحظات مندوب الحكومة في الردّ على تقرير ختم الأبحاث والمرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 18 أفريل 2018.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرّخ في 15 فيفري 2006 والمتعلّق بالتنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 28 جوان 2018، وبها تلت السيّدة **** ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث وحضرت الأستاذة **** نيابة عن زميلها الأستاذ ***** في حقّ المدّعية شركة ****** وتمسّكت، وحضر السيّد **** نيابة عن المدّعى عليها شركة "*** " وتمسّك بالملحوظات المقدّمة على عريضة الدّعوى.

وتلت مندوبة الحكومة السيّدة ***** ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملفّ.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتّصريح بالحكم بجلسة يوم 12 جويلية 2018.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرح بما يلي:

1- من جهة الإختصاص :

حيث دفعت المدّعى عليها بعدم إختصاص مجلس المنافسة للنّظر في الدّعوى الماثلة باعتبار أنّ موضوع القضيّة لا يتعلّق بأيّ من الممارسات المخلّة بالمنافسة المنصوص عليها بالفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث تتعلّق الممارسات المثارة بعريضة الدّعوى بالتّحقير والإشهار المقارن والتّعسّفي والإشهار الكاذب والمغالط والتي تعتبر مبدئيّا من حالات المنافسة غير الشّريفة.

وحيث إستقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على إعتبار أنّ المنافسة غير الشّريفة لا يمكن أن تتحوّل إلى ممارسات مخلّة بالمنافسة تقع تحت طائلة الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار والتي يختصّ مجلس المنافسة بالنّظر فيها إلاّ متى ما صدرت عن متدخّل في وضعيّة هيمنة ومتى ما كان لها تأثير على التّوازن العامّ للسّوق أو كان من شأنها أن تعرقل آليّاته بكيفيّة تنال من المنافسة في القطاع المعني بالأمر.

وحيث تبعا لما سبق، ولئن تندرج الممارسات المثارة في قضيّة الحال ضمن باب المنافسة غير الشّريفة، إلاّ أنّه يتعيّن الخوض في الأصل والتّثبّت من مركز الشّركة المنسوب إليها مثل هذه الممارسات، الأمر الذي تدخل معه الدّعوى الماثلة ضمن اختصاص المجلس.

2- من جهة الشّكل :

حيث تمسّكت الشّركة المدّعى عليها برفض الدّعوى شكلا باعتبار أنّها غير محرّرة وأنّ الطّلبات النّهائيّة التي قدّمتها جاءت مبهمة وغير متعلّقة بقضيّة أصليّة، ذلك أنّ المدّعية تطلب بصفة أصليّة اتّخاذ الوسائل التّحفّظيّة اللاّزمة، وهو ما لا يستقيم قانونا من حيث الشّكل.

وحيث ولئن تمسّكت المدّعية ضمن عريضة دعواها بطلب اتّخاذ الوسائل التّحفّظيّة التي لا يجوز تقديمها إلاّ في إطار قضيّة استعجاليّة مستقلّة، فإنّها تمسّكت كذلك وبصفة رئيسيّة،

بتتبّع المدّعى عليها من أجل ممارسات مخلّة بالمنافسة طالبة ردعها على معنى الفصول 5 و27 و43 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار، الأمر الذي تكيّف معه الدّعوى الماثلة ضمن الدّعاوى الأصليّة، على أن يقع الإعراض عن النّظر في باقي الطّلبات غير المتّصلة بالأصل.

وحيث قدّمت الدعوى ممّن له الصّفة والمصلحة وفي الآجال القانونيّة، الأمر الذي يتعيّن معه قبولها من هذه النّاحية.

3- من جهة الأصل:

حيث تهمّ قضيّة الحال كلّ من سوق إسداء خدمات الخطوط الرّقميّة اللاّمتوازية الموجّهة للعموم ADSL وسوق الهاتف القارّ، ذلك أنّ نفس العرض يمكّن المشترك من النّفاذ إلى الأنترنات والقيام بمكالمات داخليّة وخارجيّة عن طريق الهاتف القارّ.

وحيث تقدّم خدمات الخطوط الرّقميّة اللاّمتوازية الموجّهة إلى العموم من قبل مزوّدي خدمات الأنترنات.

وحيث بالرّجوع إلى فترة العرض الإشهاري موضوع النّزاع الماثل أي من أكتوبر 2016 إلى جانفي 2017 يتبيّن أنّ مزودي هذه الخدمات هم شركة ********* وشركة ****** و ***** وشركة ****** وشركة *** وشركة ****** ومزوّدي خدمات الأنترنات العموميّين، وهي جميعها شركات تمكّن حرفاءها من الدّخول على شبكة الإنترنات والخدمات المتّصلة بها مقابل دفع اشتراك شهري أو سنوي.

وحيث يمارس مزوّدو خدمات الأنترنات تطبيقا لأحكام مجلّة الإتّصالات الصّادرة بالقانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرّخ في 15 جانفي 2001 كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنّصوص اللاّحقة له وخاصّة القانون عدد 1 لسنة 2008 المؤرّخ في 8 جانفي 2008 ولمقتضيات الأمر عدد 501 لسنة 1997 المؤرّخ في 14 مارس 1997 والمتعلّق بالخدمات ذات القيمة المضافة للإتّصالات بمقتضى رخصة إستغلال من وزير تكنولوجيات الإتّصال لاستغلال خدمة ذات قيمة مضافة من نوع الأنترنات تمنح لمدّة ثلاث سنوات يتمّ تجديدها ضمنيّا حسب نفس الشّروط ونفس الصّيغ.

وحيث يلتزم مزوّد خدمات الأنترنات باستغلال هذه الخدمات طبقا للقواعد العامّة المنظّمة للخدمات المقدّمة للعموم وللشّروط المنصوص عليها بكرّاس الشّروط الضّابط للشّروط الخاصّة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للإتّصالات من نوع أنترنات الصّادر بمقتضى قرار وزير الإتّصالات المؤرّخ في 22 مارس 1997.

وحيث تخضع التّجهيزات المستعملة من قبل مزوّدي خدمات الأنترنات من آلات تعديل مودام Modem وتجهيز Wifi وغيرها، والتي تعدّ من قبيل وسائل التّشفير في مجال توريدها أو تسويقها، إلى مقتضيات الأمر عدد 2639 لسنة 2008 المؤرّخ في 21 جويلية 2008 والمتعلّق بضبط شروط وإجراءات توريد وتسويق وسائل أو خدمات التّشفير عبر شبكات الإتّصال.

وحيث تطبّق في مجال توريد وسائل التّشفير مقتضيات قرار وزير الإقتصاد الوطني المؤرّخ في 30 أوت 1994 والمتعلّق بضبط قائمات المنتوجات الخاضعة إلى المراقبة الفنيّة عند التّوريد والتّصدير كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنّصوص اللاّحقة وبصفة خاصّة لقرار وزير السّياحة والتّجارة والصّناعات التّقليديّة المؤرّخ في 26 ديسمبر 2003 ولقرار وزير التّجارة والصّناعات التّقليديّة المؤرّخ في 15 سبتمبر 2005. وحيث يتدخّل مركز الدّراسات والبحوث للإتّصالات كهيكل مؤهّل للقيام بالمراقبة الفنيّة عند التّوريد والتّصدير بمقتضى الأمر عدد 1666 لسنة 2003 المؤرّخ في 4 أوت 2003 والمتعلّق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 830 لسنة 2001 المؤرّخ في 14 أفريل 2001 والمتعلّق بالمصادقة على الأجهزة الطّرفيّة للإتّصالات والأجهزة الطّرفيّة الرّاديوية لإسناد شهادة المصادقة على الأجهزة الطّرفيّة للإتّصالات المورّدة، كما يتدخّل لإسناد شهادة المصادقة للأجهزة المصنّعة بتونس والمعدّة للتّسويق بتونس.

وحيث بالرّجوع إلى المعطيات الإحصائيّة للهيئة الوطنيّة للإتّصالات في خصوص حصص السّوق لمختلف مزوّدي خدمات الأنترنات العاملين بالسّوق التّونسيّة بالنّسبة إلى فترة العرض الإشهاري، يتبيّن من ناحية أنّها شهدت استقرارا في مختلف أشهر العرض الثلاثة وأنّ شركة توب نات لها نسبة 52,5 % كحصّة سوقيّة من السّوق المرجعيّة، في حين تبلغ حصّة أوريدو أنترنات 4,1 %.

وحيث تتطلّب عمليّة تزويد الحريف بخدمة ADSL إضافة إلى مزوّد خدمات الأنترنات تدخّل طرفين آخرين وهما مؤسّسة متحصلة على لزمة التصرّف في شبكة الهاتف القارّ وهما حاليّا شركة ******* وشركة *** تونس وشركة *** والوكالة ******** باعتبارها المتدخّل الوحيد الذي يمكّن من النّفاذ إلى شبكة الأنترنات.

وحيث تهيمن على سوق الهاتف القارّ شركة التي بلغت حصّتها خلال نفس الفترة المعنيّة بالدّعوى ما يفوق 86 %.

وحيث طالما ثبت من دراسة السّوق كيفما سبق تقديمها أعلاه أنّ الشّركة المدّعى عليها ليس لها مركز هيمنة على مستوى السّوقين المرجعيّتين، فإنّ ما نسب لها لا يمكن أن يكون له في كلّ الأحوال تأثير على التّوازن العامّ للسّوق وليس من شأنه عرقلة آليّاته بكيفيّة قد تنال من المنافسة في القطاع المعني، الأمر الذي يتعيّن معه رفض الدّعوى أصلا.

ولهذه الأسباب

قرّر المجلس: رفض الدّعوى أصلا.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائية الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السّيد محمّد العيّادي وعضوية السيّدة ريم بوزيّان والسّادة عمر التّونكتي وأكرم الباروني وسالم بالسّعود.

وتلي علنا بجلسة يوم 12 جويلية 2018 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزيتوني.

الرئيس **كاتبة الجلسة**

محمّد العيّادي **يمينة الزيتوني**