الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد: 161420

تاريخ القرار: 10 جانفي 2019

قــرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

المدّعية: ، نهج ،

مـن جـهة،

والمدّعى عليها: شركة في شخص ممثّلها القانوني، مقرّها الإجتماعي

،

مـن جهة أخـرى.

بعد الإطّلاع على عريضة الدّعوى المقدّمة من السيّدة والمرسّمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 161420 بتاريخ 28 مارس 2016، والمتضمّنة بالخصوص أنّها قامت منذ 20 ديسمبر 2000 بفتح محلّ للهاتف العمومي وأنّ شركة التزمت مع أصحاب محلاّت الهاتف العمومي بتوفير بطاقات الشّحن، إلاّ أنّها أخلّت بهذا العهد وأصبحت عمليّات البيع والشّحن متاحة لكلّ أنواع التجّار والدّخلاء على هذا القطاع ممّا ساهم في تدهور حالة أصحاب هذه المحلاّت.

كما بيّنت المدّعية أنّها تتعرّض إلى عديد عمليّات التّحيّل مثل استعمال النّقود المزيّفة (نقود أجنبيّة لإجراء المكالمات، استعمال قطعة نقديّة من فئة مائة مليم فيها ثقب ومربوطة بخيط لفتح الخطّ وإجراء المكالمات الدّاخليّة والخارجيّة) مستشهدة بانخفاض الفاتورة من 900.735 د إلى مبلغ زهيد يناهز 20.572د.

وأضافت أنّ أصحاب محلاّت الهاتف العمومي لا يتمتّعون بأيّ زيادة في هامش الرّبح في بيع بطاقات الشّحن، إضافة إلى تحديد مبلغ 1.500.000 د كحدّ أقصى وأنّهم مجبرون على التّعامل مع ثلاثة شركات متعاقدة مع اتّصالات تونس في ما فاق هذا الحدّ.

وبالإضافة إلى ما سبق، تعيب المدّعية على شركة استفادتها من وجود نبضة زائدة في الهواتف العموميّة في كلّ مكالمة بشكل تصبح معه التّعريفة مزدوجة وتتحمّلها هي ممّا تسبّب لها في خسائر كبيرة.

وبعد الإطّلاع على ردّ الشّركة المدّعى عليها المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 4 ماي 2016 والمتضمّن ما يلي من الملاحظات:

1- من النّاحية الإجرائيّة:

أ- بصفة مبدئيّة: عدم الإختصاص الحكمي للمجلس:

استثنى الفصل 3 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، من نظام حريّة الأسعار، المواد والمنتوجات والخدمات الأساسيّة أو المتعلّق بقطاعات تكون فيها المنافسة بواسطة الأسعار محدودة، إمّا بسبب احتكار للسّوق أو صعوبات متواصلة في التّموين أو بفعل أحكام تشريعيّة وترتيبيّة.

وتعتبر خدمات الإتّصالات مستثناة بمفعول النّصوص التّرتيبيّة والتّشريعيّة المنظّمة لها من نظام حريّة الأسعار الخاضعة لقاعدة العرض والطّلب على معنى الفصل 2 من قانون المنافسة والأسعار.

هذا وتختصّ الهيئة الوطنيّة للإتّصالات عملا بأحكام الفصل 63 من مجلّة الإتّصالات بمراقبة احترام الإلتزامات النّاتجة عن الأحكام التّشريعيّة والتّرتيبيّة في ميدان الإتّصالات والنّظر في النّزاعات المتعلّقة بإقامة وتشغيل واستغلال الشّبكات.

ولقد مكّن الأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008، كيفما تمّ تنقيحه بالأمر عدد 53 لسنة 2014 المؤرّخ في 10 جانفي 2014، الهيئة الوطنيّة للإتّصالات من " حقّ تقييم وضع المنافسة في سوق الإتّصالات قصد إدخال التّعديلات الضّروريّة لضمان المنافسة المشروعة على مستوى النّفاذ والبيع بالجملة والتّفصيل لخدمات الإتّصالات".

ولئن مكّن القانون عدد 36 لسنة 2015 مجلس المنافسة من سلطات لضبط وتحديد القواعد المتعلّقة بحريّة المنافسة والتّوازنات العامّة للسّوق والنّجاعة الإقتصاديّة ورفاهة المستهلك، فإنّ الأمر عدد 53 لسنة 2014 جعل سوق الإتّصالات من الإختصاص الحصري للهيئة الوطنيّة للإتّصالات بالنّظر إلى خصوصيّتها وأفردها كذلك بالنّظر في النّزاعات ذات الصّلة.

وتتولّى الهيئة للغرض وفقا لمقتضيات الفصل 74 (جديد) من ذات المجلّة " تسليط عقوبات على مشغّلي شبكات الإتّصالات... المخالفين الذين ثبت إخلالهم بالأحكام التّشريعيّة والتّرتيبيّة المتعلّقة بميدان الإتّصالات وبقرارات الهيئة الوطنيّة للإتّصالات...".

وعملا بما ذكر، تنظر الهيئة الوطنيّة للإتّصالات بصفتها هيئة قضاءئيّة مختصّة في دعاوى الإخلال بالأحكام التّشريعيّة والتّرتيبيّة المتعلّقة بميدان الإتّصالات ومنها دعاوى الإخلال بقواعد المنافسة الخاصّة بقطاع الإتّصالات لخضوعها إلى نظام قانوني خاص يستثنيها من الولاية العامّة لمجلس المنافسة كهيئة قضائيّة تختصّ بالنّظر في الدّعاوى المتعلّقة بالممارسات المخلّة بالمنافسة.

وفضلا عن ذلك، وبالرجوع إلى ما أثارته المدّعية من ادّعاءات مجرّدة لا شيء يدعمها متمثّلة في إخلالات منسوبة متعلّقة باتّفاقيّة التّزوّد ببطاقات الشّحن المبرمة بين الطّرفين، يكون الإختصاص في هذا الإطار للقضاء العدلي الذي له سلطة النّظر في دعاوى تنفيذ الإلتزامات التّعاقديّة.

واستنادا لما سبق بيانه، تكون دعوى الحال خارجة بصفة مبدئيّة عن حدود نظر المجلس، وطلبت المدّعى عليها بصفة أصليّة القضاء برفضها لعدم الإختصاص الحكمي.

ب- بصفة احتياطيّة:

ضبط الفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار على الأطراف التي بإمكانها رفع الدّعاوى أمام مجلس المنافسة واعتبارا للصّبغة الحصريّة لمنطوق النصّ، فإنّه لا صفة للضدّ للقيام بدعوى الحال.

2- من ناحية الأصل:

أثارت المدّعية صلب العريضة ثلاثة مسائل تتعلّق بإخلال اتّصالات تونس بتعهّداتها تجاهها ببيعها بطاقات شحن الهاتف وبتعرّضها إلى عمليّات تحيّل، إضافة إلى استفادة من وجود نبضة زائدة في الهواتف العموميّة وتسبّبها في حصول خسارة كبيرة لها.

ويبقى ما نسبته المدّعية من أفعال لاتّصالات تونس مجرّد مزاعم في غياب أيّ دليل مادّي يدعم ما ادّعته من إخلالات.

ومن جهة أخرى، فإنّ هذه المزاعم لا تعتبر من الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

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

وبعد الإطّلاع على ردّ شركة الشّركة المدّعى عليها على تقرير ختم الأبحاث المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 26 أفريل 2018 والذي جاء فيه ما يلي:

1- من النّاحية الإجرائيّة:

* في خصوص الدّفع المتعلّق بعدم الاختصاص الحكمي للمجلس:

تجدر الإشارة إلى ما ورد بالفصل 542 م.إ.ع ونصّه:" لا تنسخ القوانين إلاّ بقوانين بعدها إذا نصّت المتأخّرة على ذلك نصّا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها".

ولقد وردت أحكام الفصل 63 من مجلّة الإتّصالات والقانون عدد 10 لسنة 2013 المؤرّخ في 12 أفريل 2013 لتؤكّد المبدأ القانوني العامّ المذكور آنفا حين خصّت الهيئة الوطنيّة للإتّصالات بالنّظر في النّزاعات المتعلّقة بإقامة وتشغيل واستغلال الشّبكات.

هذا وأكّد الفصل 74 جديد من مجلّة الإتّصالات كيفما تمّ تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 1 لسنة 2008 المؤرّخ في 8 جانفي 2008 على أنّ الهيئة الوطنيّة للإتّصالات تتولّى في حدود مشمولاتها، تسليط عقوبات على مشغّلي شبكات الإتّصالات ومزوّدي خدمات

الإتّصالات المخالفين الذين ثبت إخلالهم بالأحكام التّشريعيّة والتّرتيبيّة المتعلّقة بميدان الإتّصالات.

ولقد تبيّن من توارد أحكام الفصلين وتكملتهما، إحالة من المشرّع لكتلة إختصاص إلى الهيئة الوطنيّة للإتّصالات التي تتولّى بمقتضاهما التّعهّد بالنّزاعات المتعلّقة بإقامة وتشغيل واستغلال الشّبكات وهي الخدمات المؤمّنة على سبيل الحصر لا الذّكر، من قبل مشغّلي شبكات الإتّصالات. وتتولّى الهيئة بالنّتيجة تسليط عقوبات على مشغّلي شبكات الإتّصالات إذا ثبت إخلالهم بالأحكام التّشريعيّة والتّرتيبيّة المتعلّقة بميدان الإتّصالات.

ولقد وردت عبارة النصّ مطلقة لتشمل جميع الأحكام المتعلّقة بميدان الإتّصالات التّشريعيّة منها والتّرتيبيّة.

هذا وإذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها عملا بأحكام الفصل 533 م.إ.ع.

من ناحية أخرى، فإنّ الهيئة الوطنيّة للإتّصالات هي هيئة تعديل قطاعيّة تنظر في كلّ ما يتّصل بالقطاع الرّاجع إليها بالنّظر وفي الحدود التي لا تنال من اختصاص مجلس المنافسة، وأنّ ما ورد في هذا الإطار يؤكّد التعهّد الحصري للهيئة للنّظر في كتلة الإختصاص الذي أسند لها من قبل المشرّع خاصّة وأنّ أحكام الأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالأمر عدد 53 لسنة 2014 المؤرّخ في 10 جانفي 2014، كانت واضحة وصريحة حينما مكّنت الهيئة الوطنيّة للإتّصالات من:

- حقّ تقييم وضع المنافسة في سوق الإتّصالات قصد إدخال التّعديلات الضّروريّة لضمان المنافسة المشروعة على مستوى النّفاذ والبيع بالجملة والتّفصيل لخدمات الإتّصالات.
- تحديد الأسواق المرجعيّة لخدمات الإتّصالات بالجملة والتّفصيل.
- تحديد قائمة المشغّلين الذين هم في مركز هيمنة على كلّ سوق من الأسواق المرجعيّة لخدمات الإتّصالات بالجملة والتّفصيل.
- تحديد إلتزامات المشغّلين الذين هم في مركز هيمنة على كلّ سوق من الأسواق المرجعيّة لخدمات الإتّصالات بالجملة والتّفصيل التي لها ارتباط وثيق بالسّوق المرجعيّة التي وجدوا بها في مركز هيمنة.

كما مكّن نفس الأمر الهيئة الوطنيّة للإتّصالات من استشارة مجلس المنافسة حول المسائل التي لها علاقة بالمنافسة، إضافة إلى إمكانيّة عرض الدّعاوى المتعلّقة بالممارسات المخلّة بالمنافسة على المجلس طبقا للقانون المتعلّق بالمنافسة والأسعار.

وتدخل الإمكانيّة الأخيرة المنصوص عليها بالفصل 2 من الأمر سالف الذّكر، ضمن الخيار الذي أعطاه المشرّع إلى الهيئة الوطنيّة للإتّصالات للتّخلّي عن حقّها في ممارسة إختصاصها النّظر في النّزاعات المتعلّقة بالإتّصالات المسند لها بمقتضى الفصل 63 من مجلّة الإتّصالات.

واعتبارا لما ذكر وخلافا لما ورد بتقرير ختم الأبحاث، تختصّ الهيئة الوطنيّة للإتّصالات بتتبّع الممارسات المخلّة بالمنافسة في قطاع الإتّصالات بناء على السّلطات المسندة لها بمقتضى الأمر المذكور والتي تمكّنها من تسليط عقوبات على مشغّلي شبكات الإتّصالات ومزوّدي خدمات الإتّصالات المخالفين الذين ثبت إخلالهم بالأحكام التّشريعيّة والتّرتيبيّة المتعلّقة بميدان الإتّصالات أو عرض الدّعاوى المتعلّقة بالممارسات المخلّة بالمنافسة على مجلس المنافسة.

وبالتّالي يكون الدّفع بعدم اختصاص مجلس المنافسة حريّا بالقبول.

* عن الدّفع المتعلّق برفض الدّعوى شكلا لانتفاء صفة القيام:

حيث سبق لاتّصالات تونس الدّفع بانتفاء صفة القيام لدى المدّعية اعتمادا على القائمة الحصريّة للأشخاص الواردة بالفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار والذين يمكنهم رفع دعاوى أمام مجلس المنافسة.

وحيث اعتبر التّقرير أنّ المدّعية تتوفّر لديها الصّفة بالنّظر إلأى ممارستها لنشاط إقتصادي ويمكنها رفع دعواها أمام مجلس المنافسة ضمن باب المؤسّسة الإقتصاديّة.

وحيث تمّ الإستناد في ذلك إلى فقه قضاء المجلس الذي أكّد على أنّ: "... مفهوم المؤسّسة الإقتصاديّة من وجهة نظر القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار لا تتحدّد وفقا لمعايير القانون التّجاري فحسب وإنّما أيضا استنادا إلى معايير إقتصاديّة تجعله يتّسع إلأى كلّ الشّركات والتّنظيمات والتّجمّعات وكلّ الذّوات الطّبيعيّة والإعتباريّة التي تمارس نشاطا إقتصاديّا..."

وحيث يثير هذا التّأويل الملاحظات التّالية:

- أنّ النّتيجة التي توصّل إليها تقرير ختم الأبحاث بقبول صفة القيام لدى المدّعية كانت عبر تأويل خاصّ للمؤسّسة الإقتصاديّة باعتماد معيار النّشاط الإقتصادي دون معيار القانون التّجاري والحال أنّ المؤسّسة وحدة إقتصاديّة تنبني على مفهومين قانوني وإقتصادي لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر وهو ما أكّدته محكمة العدل الأوروبيّة على أنّه يقصد بالمؤسّسة في مضمون قانون المنافسة ، وحدة إقتصاديّة من وجهة نظر موضوع الإتّفاق المعني، حتّى لو كانت هذه الوحدة الإقتصاديّة مكوّنة من النّاحية القانونيّة من عدّة أشخاص طبيعيّة أو معنويّة.

وهذا التّمشّي يقتضي وضع معيار النّشاط الإقتصادي في إطاره الهيكلي واعتبار المؤسّسة الإقتصاديّة المحدّدة بالفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار، الوحدة القانونيّة المتمتّعة بالشّخصيّة المعنويّة المستقلّة والخاضعة وجوبا إلى القوانين المتعلّقة بالشّركات التّجاريّة أو المؤسّسات الإقتصاديّة الخاصّة أو العموميّة، وهو ما يعبّر عنه بالنّشاط الإقتصادي المهيكل.

- كان على تقرير ختم الأبحاث اعتماد المعيار القانوني للمؤسّسة الإقتصاديّة ولو على فرض عدم كفايته كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه.

- يتعارض استثناء المعيار القانوني بدعوى عدم كفايته واعتماد معيار النّشاط الإقتصادي كما ذهب إلى ذلك فقه قضاء المجلس، مع قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار والقائمة الحصريّة الواردة بالفصل 15 منه كما يخالف مبدأ من المبادئ العامّة للقانون الوارد بالفصل 532 من م.إ.ع والذي ينصّ صراحة على ما يلي: " نصّ القانون لا يحتمل إلاّ المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللّغة وعرف الإستعمال ومراد واضع القانون".

وبذلك يكون الدّفع برفض الدّعوى لانعدام صفة المدّعية في مكانه وحريّا بالقبول.

2- من ناحية الأصل:

تتّجه الإشارة بادئ الأمر إلى أنّ الإبقاء على تحديد نسب البيع وقيمة الخصم بالنّظر إلى عمليّات البيع مقترنة بالعروض التّجاريّة لا يعني بالضّرورة الإنقاص أو التّخفيض من

نسب البيع أو الخصم بل إخضاعه إلى العروض التّجاريّة بما يعنيه ذلك من مراجعته باتّجاه الزّيادة فيه أو الإنقاص منه.

كما أنّ شركة لم تفرض على المدّعية التّزوّد الحصري من الشّركة دون باقي شركات الإتّصال الأخرى بدليل محضر المعاينة والمثبت أنّ المحلّ المعدّ من قبلها ليست به أجهزة هاتف فضلا عن بيعه لبطاقات شحن لباقي شركات الإتّصال.

وطلب نائب المدّعى عليها القضاء وفق الطّلبات المضمّنة بالجواب الوارد على المجلس تحت عدد 110 بتاريخ 4 ماي 2016.

وبعد الإطّلاع على ملاحظات مندوب الحكومة في الردّ على تقرير ختم الأبحاث المرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 17 ماي 2018 التي أكّدت على أنّه لا يمكن تحليل الممارسات المثارة في التّقرير من إثبات التّعسّف في استغلال وضعيّة تبعيّة إقتصاديّة باعتبار أنّ تراجع رقم المعاملات ليس بسبب تطبيق الإتّفاقيّة سنة 2012 وإنّما يعود للتّطوّر التّكنولوجي الذي شهده قطاع الإتّصالات. كما أنّ عدم التّنصيص على نسبة تخفيض محدّدة لا يعتبر تمييزا طالما أنّ اتّصالات تونس تربطه بتحقيق رقم معاملات معيّن، وبالتّالي لا يرتقي هذا البند لممارسة مخلّة بالمنافسة لها تأثير على السّوق طالما لم يبيّن التّقرير آثارها على المنافسة، الأمر الذي يتّجه معه لكلّ هذه الأسباب رفض الدّعوى لعدم وجود ما يثبت بصفة جدّية الممارسات المثارة.

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 جميلة الخبثاني ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث، وحضرت السيّدة وتمسّكت بطلباتها الواردة في عريضة الدّعوى، وحضر السيّد نيابة عن المدّعى عليها شركة وتمسّك بملحوظاتها الكتابيّة في الردّ.. 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 قرّر المجلس إرجاع القضيّة إلى طور التّحقيق لإجراء ما يقتضيه الملفّ من أعمال تحقيق إضافيّة.

وبعد الإطّلاع على المعطيات الإضافيّة المستمدّة من شركة ا والمسجّلة بكتابة المجلس تحت عدد 578 بتاريخ 23 أوت 2018.

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

وبعد الإطّلاع على ملحوظات اتّصالات تونس الشّركة المدّعى عليها في خصوص تقرير ختم الأبحاث التّكميلي المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 23 نوفمبر 2018 والتي تمسّكت فيها بملحوظاتها الواردة بمكاتيبها السّابقة ولفتت من خلالها النّظر إلى عدم صحّة ما جاء في تقرير ختم الأبحاث في خصوص فرض اتّصالات تونس على المدّعية التّزود حصريا من الشّركة دون باقي المشغّلين، وأنّها أجرت معاينة بواسطة عدل التّنفيذ الأستاذ لمحلّ المدّعية بتاريخ 20 أفريل 2016 والتي تبيّن من خلالها عدم وجود أجهزة هاتف وكونه معدّا لبيع بطاقات وتذاكر شحن الهاتف الجوّال لمختلف المشغّلين. وطلبت المدّعى عليها القضاء وفق طلباتها الواردة على المجلس سابقا والرّامية إلى رفض الدّعوى من حيث الأصل واحتياطيّا بعدم سماعها لتجرّدها وضعف أسانيدها.

وبعد الإطّلاع على ملاحظات مندوبة الحكومة المرسّمة بتاريخ 25 ديسمبر 2018 حول تقرير ختم الأبحاث التّكميلي والتي تضمّنت تأكيدا للتّقرير التّكميلي في خصوص ثبوت التعسّف في استغلال وضعيّة تبعيّة مع طلب إدانة شركة اتّصالات تونس من أجل ما أتته من ممارسات مخلّة بالمنافسة.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 27 جوان 2018، وبها تلت السيّدة ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث، وحضرت السيّدة وتمسّكت بما تضمّنته عريضة الدّعوى، ولم يحضر من يمثل المدّعى عليها شركة وبلغها الإستدعاء. وتلت مندوبة الحكومة السيّدة ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملفّ.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرح بما يلي:

من حيث الإختصاص:

حيث دفعت المدّعى عليها بعدم اختصاص مجلس المنافسة بالنّظر في دعوى الحال لرجوعها بالنّظر للهيئة الوطنيّة للاتصالات استناد إلى الفصول 63 و74 من مجلّة الاتصالات وكذلك لما جاء بالأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بضبط الشروط العامة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ.

وحيث وعلى خلاف ما تمسّك به نائب الشّركة المدّعى عليها، فإنّ مجلس المنافسة يعدّ الجهة المخوّلة بالنّظر في الدّعاوى الرّامية إلى تتبّع الممارسات المخلّة بالمنافسة، وأنّ الهيئة الوطنيّة للإتّصالات هي هيئة تعديل قطاعيّة تنظر في كلّ ما يتّصل بالقطاع الرّاجع إليها بالنّظر في الحدود التي لا تنال من اختصاص مجلس المنافسة.

وحيث أنّ تتبّع آثار الممارسات المخلّة بالمنافسة لا يتمّ إلاّ بتحديد السّوق المرجعيّة التي تمّت فيها تلك الممارسات، وأنّ رقابة المجلس على الوقائع والممارسات المخلّة بالمنافسة لا تسلّط على قطاع إقتصادي برمّته بل على أسواق مرجعيّة يتمّ تحديدها وفقا لعناصر موضوعيّة كالعرض والطّلب وإمكانيّة التّبادل بين السّلع والخدمات فيما بينها.

وحيث فضلا عن ذلك، فإنّ الدّور التّعديلي الذي تلعبه الهيئة الوطنيّة للإتّصالات في القطاع الرّاجع لها بالنّظر لا يمكن أن يلغي هامش الحريّة الممنوح للنّاشطين خاصّة فيما يتعلّق بتحديد سياساتهم التّجاريّة التي يمكن أن يهدف البعض منها إلى عرقلة السّير الطّبيعي للسّوق، وهو الأمر الذي يفرض في مثل هذه الوضعيّة تطبيق قانون المنافسة على كلّ الممارسات التي من شأنها التّأثير على التّوازن العامّ للسّوق.

وحيث وبناء على ما تقدّم، فإنّ الدّعوى الرّاهنة تكون قد تسلّطت على أعمال وتصرّفات تندرج ضمن الأنشطة الإقتصاديّة ذات العلاقة بعمليّات الإنتاج والتّوزيع والخدمات، كما أنّ موضوعها يتعلّق بالنّظر في الممارسات المخلّة بقواعد المنافسة على النّحو الوارد بالفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار والتي أوكل المشرّع اختصاص النّظر فيها إلى مجلس المنافسة، الأمر الذي يتعيّن معه إقرار اختصاص هذا الأخير بالنّظر في النّزاع

الرّاهن وردّ الدّفع المأخوذ من عدم اختصاصه المثار من الجهة المدّعى عليها في هذا الخصوص.

من جهة الشّكل:

حيث دفعت الجهة المدّعى عليها بانتفاء صفة القيام لدى المدّعي استنادا إلى الفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار الذي ضبط بصفة حصريّة قائمة الأطراف التي بإمكانها رفع الدّعاوى أمام مجلس المنافسة.

وحيث خلافا لما دفعت به المدّعى عليها، فإنّه يحقّ للمدّعية باعتبارها تمارس نشاطا اقتصاديّا من خلال استغلالها لمركز عمومي للاتّصالات الهاتفيّة، القيام لدى مجلس المنافسة، ذلك أنّ مفهوم المؤسّسة الاقتصاديّة من وجهة نظر قانون المنافسة لا يتحدّد وفقا لمعايير القانون التجاري فحسب، وإنّما أيضا استنادا إلى معايير اقتصاديّة تجعله يتّسع إلى كلّ الشركات والتنظيمات والتجمّعات وكلّ الذّوات الطبيعيّة أو الاعتباريّة التي تمارس نشاطا اقتصاديّا، وبصرف النّظر عن طبيعتها وشكلها وعن قانونيّة وجودها من عدمه أو إن كان من أنشأها أو يسيطر عليها من الخواص أو من الأشخاص العموميين.

وحيث رفعت دعوى الحال ممّن له الصّفة والمصلحة وفي الآجال القانونيّة، ممّا يتّجه معه قبولها شكلا.

من جهة الأصل:

حيث كانت الدّعوى تهدف إلى إلزام شركة وحيث تعلّقت والحال ما ذكر بسوقين مرجعيّتين، تتعلّق الأولى بإعادة بيع خدمات الإتّصالات الهاتفيّة للعموم التي تشمل خاصّة استغلال أجهزة التّاكسفون وأجهزة الفاكس والطّباعة عن بعد.

وحيث يهمّ هذا النّشاط بصفة حصريّة شركة والمراكز العموميّة للإتّصالات الهاتفيّة.

وحيث يخضع نشاط إحداث مراكز بيع خدمات الإتّصالات الهاتفيّة للعموم إلى نظام كرّاس الشّروط.

وحيث يتبيّن وبالرّجوع إلى المعطيات الإحصائيّة للهيئة الوطنيّة للإتّصالات لشهر جوان 2017، أنّ عدد هذه المراكز في تراجع مستمرّ بالنّظر للتطوّر التّكنولوجي وتطوّر عدد

الهواتف الجوّالة، ولظهور متعاملين إقتصاديّين يقومون بتوزيع بطاقات الشّحن بمختلف أنواعها.

وحيث لم يعد التّوزيع حكرا على هذه المراكز، إضافة إلى ظهور شركات اتّصالات أخرى لها مسالك توزيع خاصّة مختلفة عن هذه المراكز.

وحيث تعلّقت السّوق المرجعيّة الثّانية بسوق التّفصيل لتوزيع بطاقات شحن الهاتف القار والجوال المسبق الدفع وبطاقات التاكسيفون الخاصّة بشركة اتصالات تونس.

وحيث أنّ خدمات الشّحن تكون إمّا ماديّة مجسّدة في بطاقات شحن كرطونيّة أو غير ماديّة من خلال ما يعرف بالشحن الإلكتروني، إذ يتمّ شحن الرصيد من خلال تحويل مبلغ مالي من رصيد إلى رصيد آخر عبر توجيه إرساليّة قصيرة لرصيد طالب الخدمة.

وحيث تعتبر السوق التونسية للهاتف الجوال، سوقا مسبقة الدفع نظرا لهيمنة مشتركي الهاتف الجوال في هذا النظام على هذه السوق والذين تتجاوز نسبتهم الـ 91% لدى المشغّلين الأربعة.

وحيث تتمتّع شركة اتصالات تونس بوضعية هيمنة في سوق خدمات الاتصالات عبر شبكة الهاتف القار، وذلك رغم حصول كل من شركة " " و " " على لزمة لاستغلال شبكة الهاتف القار.

وحيث يبرز هذان الجدولان عدد اشتراكات المشغّلين الثّلاث في جوان 2017 عبر شبكة الهاتف القارّ ونظام الإشتراك وتوزيع الإشتراكات بين مهنيّين واشتراك منزلي:

المشغل	عدد اشتراكات الهاتف القار	عدد اشتراكات الهاتف القار	عدد اشتراكات الهاتف القار	المجموع
	866011	91776	80523	1038310

نظام مسبق الدّفع	285636	اشتراك منزلي	851743
نظام الدّفع اللاّحق	752674	اشتراك مهنيّ	186567

وحيث تقوم اتصالات تونس بترويج خدمة الهاتف القار مسبق الدفع، وهي خدمة تمكّن المستهلك من تحديد سقف استهلاكه سلفا، وذلك بالحصول على بطاقة شحن

الهاتف القار أو الشحن الالكتروني أو التذكرة الالكترونية المتوفّرة لدى الوكالات التجارية ومكاتب البريد ومراكز الهاتف العمومي ونقاط البيع المعتمدة لدى .

وحيث تتوزّع مسالك توزيع بطاقات الشّحن إلى مسالك توزيع بالجملة ومسالك توزيع بالتّفصيل.

وحيث وعلى غرار توزيع شرائح الهاتف الجوال، يتولى مشغّلو الشبكات العمومية للاتصال توزيع بطاقات الشحن والشحن الالكتروني للهاتف القار والجوّال، إمّا مباشرة بواسطة وكالاتهم التجارية أو بصفة غير مباشرة عن طريق شبكات التوزيع في نطاق " عقود الاستغلال تحت العلامة الأصلية "، على غرار شبكة TTS الممثّلة لمختلف الموزّعين الكبار الثلاثة المتعاملين مع ، أو عن طريق شبكات الموزّعين المتعاقدين مع المشغّل كعقد الشراكة الذي يربط مع البريد التونسي الذي يمتلك شبكة مكاتب تعادل 1350 مكتبا في جميع مناطق الجمهورية .

وحيث وبخصوص مسالك التوزيع الخاصّة بخدمات التوزيع بالجملة لبطاقات الشحن الخاصّة بشركة ، فإنّ هذه الأخيرة توزّع بطاقاتها إمّا مباشرة عبر الوكالات التجارية للاتصالات التابعة لها والمتواجدة بأغلب مناطق الجمهورية، أو بصفة غير مباشرة عبر الموزّعين المتعاقدين معها والبالغ عددهم حاليا ثلاثة، وهم شركة " " وشركة" et " وشركة " "، وهي شركات مختصّة في ترويج جملة من منتوجات الاتصالات على غرار الهواتف الجوالة.

وحيث تشهد السّوق تزايدا مطردا في الإقبال على خدمة الهاتف الجوال مقابل تراجع في خدمات الهاتف القار، ورافق هذا الإرتفاع في الاستهلاك حدوث العديد من التجاوزات سواء على مستوى توزيع الشرائح الهاتفية أو على مستوى الشحن ذلك أنّ الطلب المرتفع ساهم في ظهور شبكات توزيع غير منظمة وموازية، وذلك بدخول شركات ذات رؤوس أموال كبيرة تقوم بتوزيع بطاقات الشحن والشحن الالكتروني على كل المحلات من دكاكين بيع الفواكه الجافة ومحلاّت تجارة المواد الغذائية والمكتبات وباعة التبغ والوقيد والباعة المتجولين، كما حصلت بعض القطاعات على اتفاقيات لشحن الهاتف الجوال على غرار البنوك، وتحوّل بعض تجار التفصيل إلى تجار جملة وذلك باقتناء كميات كبيرة تزيد عن حاجاتهم الحقيقية

بغرض التفويت فيها إلى تجار آخرين مقابل التّخفيض في عمولتهم لفائدة المفوّت لهم، وهو ما أفضى إلى ظهور مسالك توزيع موازية.

وحيث تعيب المدّعية على فرضها على المستغلّين أجهزة هاتف لا تتوفّر بها الضّمانات الكافية، كما أنّها تحتسب نبضات ضائعة ضمن الفواتير لا يقابلها معلوم يدفعه الحريف عند القيام بمكالمة هاتفيّة، فضلا عن أنّها تتعمّد التّعاقد مع موزّعين بالجملة لشراء بطاقات الشّحن، وهو ما يتسبّب في ضرر لأصحاب محلاّت الهاتف العمومي المؤهّلين دون غيرهم لترويج هذه البطاقات، وهو تصرّف يفضي إلى مزاحمة غير شريفة لأصحاب محلاّت الهاتف العمومي من طرف هؤلاء الدّخلاء الذين يتعاطون في غالب الأحيان أنشطة أخرى مختلفة مهنيّة وتجاريّة.

وحيث يستوجب تحليل مختلف الممارسات المثارة ضمن عريضة الدّعوى تحديد طبيعة العلاقة التّجارية الرّابطة بين المدّعية وبين شركة .

وحيث تكوّنت العلاقة الرابطة بين طرفي النزاع بمقتضى اتفاق لبيع بطاقات إعادة تموين الهاتف المسبق الدفع وبطاقات التّاكسيفون تمّ تجديده في أكثر من مناسبة وإلى حدود هذا التّاريخ.

وحيث أنّه بالرّجوع إلى بطاقة التّعريف الجبائيّة للمدّعية، فإنّ نشاطها الوحيد يتمثّل في استغلال محلّ تاكسيفون بداية من 20 ديسمبر 2000.

وحيث استقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على أنّ التّبعية الاقتصادية "تتشكّل من تحالف عناصر ينشأ عن اجتماعها وضع التّاجر في حالة يصعب فيها عليه التخلّص من تأثير المزوّد على نشاطه وما يجنيه من أرباح وتتمثّل هذه العناصر في شهرة علامة المزوّد وحجم نصيبها في السّوق ومدى تأثيرها في رقم المعاملات الجملي للتاجر الموزّع أو المؤسّسة الحريفة واستعصاء التزوّد بمواد أو خدمات مشابهة من أيّ جهة أخرى على أن لا يكون مردّ ذلك سلوك التاجر نفسه أو سياسته التجاريّة، ضرورة أنّ التبعيّة تعبّر عن حالة خضوع مفروضة وليست وليدة اختيار إرادي."

وحيث تتمثّل هذه العناصر في شهرة العلامة التّجاريّة لشركة اتّصالات تونس وفق دراسة السّوق التي تمّ بيانها سابقا وفي اقتصار تعامل المدّعي مع دون غيرها

باعتبار أنّ العلاقة التعاقديّة القائمة بين طرفي النزاع تلزم العارضة من تمثيل شركة

حصريّا باعتبارها مركز عمومي للاتّصالات الهاتفيّة وبالتزوّد حصريّا من الشّركة المدّعى عليها وفي إنعدام الحلول البديلة إذ أنّ العقد الرابط بين طرفي النزاع يلزم المدّعية على حصر تعاملها مع شركة اتصالات تونس و لا يسمح لها بالتزوّد من بقيّة الشركات المنافسة للمدّعى عليها.

وحيث لا تشكّل هذه الوضعيّة في حدّ ذاتها ممارسة مخلّة بالمنافسة على معنى الفصل الخامس من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار، إلاّ متى ثبت وجود استغلال مفرط لها من قبل المدّعى عليها.

وحيث وبإعمال ما سبق من عناصر، تكون المدّعية في وقائع الحال في وضعيّة تبعيّة إقتصاديّة ثابتة لشركة اتّصالات تونس المدّعى عليها.

وحيث يثير ملفّ الحال تدهور وضعيّة المراكز العموميّة للإتّصالات بصفة عامّة نتيجة احتدام المنافسة بالسّوق وتعدّد شركات الإتّصالات وانتشار الهواتف الجوّالة، الأمر الذي جعل اللّجوء إلى هذه المراكز لإجراء المكالمات الهاتفيّة يقلّ من سنة إلى أخرى، وهو ما توضّحه فاتورات استهلاك المدّعية، إذ انخفضت قيمتها على التّوالي من 1.128,870 دينار في أوت 2003 إلى 932,735 دينار في ماي 2004 إلى 20 دينار في جانفي 2016.

وحيث تجدر الإشارة إلى أنّه تمّ بمقتضى مراسلة إلى مختلف الوكالات التّجاريّة التّابعة بالمروج وبن عروس ورادس والزّهراء بتاريخ 4 أكتوبر 2017 تمّ طلب معطيات بخصوص فواتير بيع بطاقات إعادة تمويل الهاتف مسبق الدّفع وبطاقات التّاكسيفون.

وحيث تمّ بمقتضى مكتوب مؤرّخ في 18 ديسمبر 2017 إجابة المجلس بأنّه " بالنّسبة إلى فواتير بيع بطاقات إعادة تمويل الهاتف فإنّه لا يمكن الإستجابة لطلبكم، حيث أنّ كلّ حريف يقع مدّه بفواتيره مع كلّ عمليّة شراء ولا يمكن بأيّ حال أن نستخرج فاتورة إلاّ بعد التعرّف على تاريخ العمليّة".

وحيث تمّ في إطار التّحقيق، وبغاية التّثبّت من رقم معاملات المدّعية مع اتّصالات تونس بالنّسبة إلى السّوقين المرجعيّين المشار إليهما بطالع هذا، إعادة مراسلة نفس الأطراف بتاريخ 10 جويلية 2018 في خصوص نفس المعطيات مع تذكيرهم بأنّ النّقطة 2 من الفصل

السّادس من اتّفاقيّات البيع المتعامل بها تنصّ على أنّه :" يقع عند كلّ عمليّة شراء، تدوين سلسلة البطاقات المقتناة وعددها وقيمتها الماليّة باسم المستغلّ في سجلّ مفتوح للغرض ويمضي عليه المستغلّ والعون".

وحيث تمّ بتاريخ 23 أوت 2018 مدّ المجلس بنسخ من الفواتير الخاصّة ببيع بطاقات إعادة الشّحن.

وحيث وفقا للمعطيات سابقة الذّكر، فقد بلغت قيمة المعاملات الجمليّة في خصوص المركز العمومي للإتّصال التّابع للمدّعية مع شركة بالنّسبة للفترة الممتدّة من سنة 2010 إلى سنة 2016 مبلغ 5.654,815 د. كما يبرز الجدول التّالي قيمة مقتنيات المدّعية من بطاقات لإعادة تمويل الهاتف الجوّال والقارّ بالنّسبة إلى الفترة الممتدّة من سنة 2012 إلى سنة 2016:

	2012	2013	2014	2015	2016
القيمة المقتناة	5559.301	2780.704	3400.808	2002.076	306.501
نسبة التّخفيض المعتمدة	6 % و 7%	%7	7 % و8 %	8 %	% 8

وحيث أنّ وضعيّة المدّعية كانت نتاجا أيضا لاستغلال مفرط لوضعيّة التّبعيّة الإقتصاديّة التي توجد فيها تجاه الشّركة المدّعى عليها في خصوص السّوق المرجعيّة المتعلّقة ببيع بطاقات الشّحن والشّحن الإلكتروني، وقد تجلّت مظاهر هذا الإستغلال في عدم وضوح واستقرار نسبة التّخفيض المعتمدة بالنّسبة لاقتناء بطاقات الشّحن أو عمليّات الشّحن الإلكتروني، إذ ولئن نصّت اتّفاقيّة 2003 التي تربط طرفي النّزاع على نسبة تخفيض تساوي 7 % مع ضرورة التّزوّد بمبلغ لا يقلّ عن 500 دينار، فإنّ اتّفاقيّة 2012 نصّت على ضرورة التّزوّد بمبلغ لا يقلّ عن 100 دينار في حين لم تنصّ على نسبة الخصم المطبّقة.

وحيث ينصّ الفصل 6 من هذه الإتّفاقيّة على أنّه:"... يتمّ خصم نسبة التّخفيض **المناسبة** بصفة آليّة عند كلّ عمليّة شراء، مع اعتبار كلّ عمليّات الشّراء الحاصلة خلال نفس الشّهر. و الحقّ في مراجعة نسب البيع تماشيا مع العروض التّجاريّة."

وحيث يكرّس هذا التصرّف أحاديّة قرار الشركة المدّعى عليها في تطبيق العمولة المناسبة مع فرض عدم التّزوّد لدى شركات اتّصال أخرى، وهو ما يفتح المجال أمامها للتّمييز بين مختلف المتزوّدين والموزّعين بالتّفصيل.

وحيث تبيّن بالرّجوع إلى فواتير المدّعية في ما يتعلّق باقتناء بطاقات إعادة التّمويل اعتماد عمولات مختلفة من فترة إلى أخرى غير مرتبطة بأهميّة عدد البطاقات المقتناة رغم أنّ هذه المعاملات تجد سندها نفس الإتّفاقيّة الصّادرة في سنة 2012.

وحيث تعيب المدّعية أيضا على شركة اتّصالات تونس استفادتها من وجود نبضة زائدة في الهواتف العموميّة في كلّ مكالمة بشكل تصبح معه التّعريفة مزدوجة تتحمّلها هي ممّا تسبّب لها في خسائر كبيرة، إلاّ أنّ هذا الإدّعاء بقي مجرّدا وفاقدا لما يثبته.

وحيث سبق لمجلس المنافسة في خصوص ملابسات ووقائع شبيهة بموضوع دعوى الحال إدانة شركة من أجل استغلالها المفرط لوضعيّة تبعيّة إقتصاديّة على غرار القرار عدد 131340 الصّادر بتاريخ 26 نوفمبر 2015 والقرار عدد 131341 الصّادر بتاريخ 26 نوفمبر 2015.

وحيث تعيّن بناء على ما تقدّم إدانة شركة لاستغلالها المفرط لوضعيّة التّبعيّة الإقتصاديّة تجاه المدّعية.

ولهذه الأسباب

قرّر المجلس: قبول الدّعوى الأصليّة شكلا وفي الأصل بـ:

أوّلا: اعتبار الممارسة المشتكى منها من قبيل الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار.

ثانيا: توجيه أمر للمدّعى عليها بالكفّ عن هذه الممارسة.

ثالثا: تسليط خطيّة ماليّة على المدّعى عليها قدرها مائة ألف دينار (100.000.000 دينار).

رابعا: إلزام المدّعى عليها بنشر منطوق هذا القرار بصحيفتين يوميّتين على نفقتها.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائية الثّانية لمجلس المنافسة برئاسة السّيد رضا بن محمود وعضوية السّادة عمر التّونكتي وسالم بالسّعود وأكرم الباروني والسيّدة ريم بوزيّان.

وتلي علنا بجلسة يوم 10 جانفي 2019 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزيتوني.

الرئيس **كاتبة الجلسة**

رضا بن محمود **يمينة الزيتوني**