الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية الاستعجالية عدد : 153036

تاريخ القرار: 12 مارس 2015

قـرار استعجـالي

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

الطالبة: شركة في شخص ممثلها القانوني، الكائن مقرها

.

من جهة،

والمطلوبتان: شركة وشركة " " في شخص ممثلهما القانوني، الكائن مقرهما الاجتماعي ، نائبهما الأستاذ الكائن مكتبه

.

من جهة أخرى،

بعد الإطلاع على المطلب المقدم على معنى الفصل 11 (جديد) من قانون المنافسة والأسعار من طرف شركة " " والمرسّم بكتابة مجلس المنافسة بتاريخ 16 جانفي 2015 تحت عدد 153036 والرامي إلى القضاء استعجاليا بإلزام كل من شركة " " وشركة " " بإيقاف عرض "أدسل هوم" (ADSL Home) المروّج

من طرفهما وكذلك جميع الوسائط الإشهارية المتعلقة به وذلك إلى حين البت في أصل النزاع موضوع القضية المنشورة أمامه والمرسّمة بكتابته بتاريخ 5 جانفي 2015 تحت عدد 151377.

وتضمّن المطلب الاستعجالي ما يلي:

يتعلق عرض "أدسل هوم" بتوفير خدمات الإنترنت عبر الخطوط اللامتوازية الرقمية "أ د س ل" (ADSL) ويحتوي على أربعة أصناف مختلفة حسب سعة التدفّق المحدّدة بحساب الميقابيت المتوفّرة للنفاذ إلى الإنترنت.

وقد حدّد ثمن البيع الشهري صافيا من الأداء على القيمة المضافة بالنسبة لكل صنف من هذه الأصناف كالتالي:

العرض	ثمن البيع لمدة 19 شهرا	ثمن البيع الشهري	ثمن البيع الشهري صافي من الأداء
أدسل هوم 2 ميقابيت	119,000 د	6,263 د	5,593 د
أدسل هوم 4 ميقابيت	159,000 د	8,368 د	7,473 د
أدسل هوم 8 ميقابيت	219,000 د	11,526 د	10,293 د
أدسل هوم 20 ميقابيت	269,000 د	14,158 د	12,643 د

كما قدّرت تكلفة الإنتاج الجملية المتكوّنة من كلفة اللاقط الرقمي (Modem) والتكاليف التجارية وكلفة السعة العالية الدولية (Bande Passante) بالنسبة لكل صنف من أصناف العرض الأربعة كالتالي:

العرض	كلفة اللاقط الرقمي	التكاليف التجارية	كلفة السعة العالية الدولية	تكلفة الإنتاج الجملية صافية من الأداء
أدسل هوم 2 ميقابيت	1,389 د	1,328 د	3,360 د	6,077 د
أدسل هوم 4 ميقابيت	1,389 د	1,775 د	7,112 د	10,276 د

أدسل هوم 8 ميقابيت	1,389 د	2,444 د	11,200 د	15,033 د
أدسل هوم 20 ميقابيت	1,389 د	3,002 د	14,224 د	18,615 د

هذا وقد تمّ إطلاق هذا العرض في السوق من طرف المطلوبة الأولى بصفتها مشغّل شبكة عمومية للاتصالات وذلك بالاشتراك مع المطلوبة الثانية بصفتها مزوّد خدمات الإنترنت مع تحديد مدة صلاحيته إلى غاية 31 ديسمبر 2014 ثم التمديد فيها في مناسبة أولى إلى غاية 31 جانفي 2015. ومن أبرز خصائصه مثلما تمّ إشهارها على موقع المطلوبة الأولى على شبكة الإنترنت تلك المتعلقة بمنح المشترك فيه تسعة أشهر مجانية من خدمات الإنترنت إذ يحق له التمتّع بهذه الخدمات طوال فترة 19 شهرا كاملة بثمن 10 أشهر فقط.

ومن جانبها برّرت الطالبة مطلبها الاستعجالي بالاستناد إلى الأسباب التالية:

- تتّسم أسعار البيع المطبّقة على عرض "أدسل هوم" المشتكى منه بانخفاضها المفرط وذلك مقارنة بسعر تكلفته الحقيقية إذ تكشف عملية المقارنة بين ثمن البيع الشهري صافيا من الأداء على القيمة المضافة مثلما تمّ احتسابه بالجدول الأوّل مع تكلفة الإنتاج الجملية صافية من الأداء على القيمة المضافة حسب ما هي مقدّرة ضمن الجدول الثاني عن وجود فارق سلبي يتمثّل في خسارة عن كل صنف من أصناف العرض الأربعة تتراوح قيمتها كالتالي:

العرض	تكلفة الإنتاج الجملية	ثمن البيع الشهري	الخسارة
أدسل هوم 2 ميقابيت	6,077 د	5,593 د	0,484 د
أدسل هوم 4 ميقابيت	10,276 د	7,473 د	2,803 د
أدسل هوم 8 ميقابيت	15,033 د	10,293 د	4,740 د
أدسل هوم 20 ميقابيت	18,615 د	12,643 د	5,972 د

وعلى ضوء هذه النتيجة يتبيّن أنّ ثمن بيع عرض "أدسل هوم" بمختلف أصنافه يقلّ عن سعر تكلفته الحقيقية بفارق يتراوح ما بين 500 مليم و 6 دنانير، وهو ما يتشكّل عنه

ممارسة مخلة بالمنافسة تتمثّل في تطبيق أسعار مفرطة الانخفاض على المعنى الوارد بأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 5 (جديد) من قانون المنافسة والأسعار.

– تهدف سياسة الأسعار المنتهجة من طرف المطلوبتين إلى تحويل وجهة طالبي خدمة الربط بشبكة الإنترنت عبر خطوط "أ د س ل" نحو عرضهما. وقد ألحق هذا التصرّف ضررا فادحا بالطالبة وذلك بحكم أنها ليست قادرة على مجاراتهما في اعتماد نفس التعريفات مفرطة الانخفاض وفي نفس الوقت الحفاظ على مشتركيها، وهو ما يهدّدها بصفة جدية بفقدان عدد هام منهم وتحويل وجهتهم نحو العرض المشتكى منه.

– إنّ استمرار تسويق عرض "أدسل هوم" المشتكى منه بأسعار مفرطة الانخفاض من شأنه أن يجعل تدارك الضرر اللاحق بالطالبة وتفاديه من المسائل المستحيلة.

وبعد الإطلاع على المؤيدات المصاحبة للمطلب الاستعجالي والمتمثلة في الوثائق التالية:

1- نسخة من محضر معاينة عدد 4689 محرّر بتاريخ 15 ديسمبر 2014 من طرف الأستاذ عاطف بالحاج عمر العدل المنفذ لدى دائرة قضاء المحكمة الإبتدائية بتونس 1 يتعلق موضوعه بتثبيت عملية إشهار العرض بالموقع الرسمي لشركة "أورنج تونس" على شبكة الانترنت.

2- نسخة من محضر معاينة عدد 4921 محرّر بتاريخ 6 جانفي 2015 من طرف الأستاذ العدل المنفذ لدى دائرة قضاء المحكمة الإبتدائية بتونس 1 يتعلق موضوعه بتثبيت عملية التمديد في مدة صلاحية العرض بالموقع الرسمي لشركة " " على شبكة الانترنت.

3- نسخة من ملحق عدد 1 يتعلق بضبط سعر البيع بالخسارة لخدمات الإنترنت عبر الخطوط اللامتوازية الرقمية من طرف .

وبعد الإطلاع على تقرير الردّ المدلى به إلى المجلس من الأستاذ نيابة عن المطلوبة الأولى شركة " " والمطلوبة الثانية شركة " " والمسجّل بكتابته بتاريخ 4 فيفري 2015 والذي جاء فيه بالخصوص ما يلي:

من حيث اختلال القيام من الناحية الشكلية:

إنّ القيام مختلّ في جانب كل من الطالبة كقائمة بالدعوى والمطلوبة الأولى كمقام عليها وذلك لعدم إثبات الصفة والمصلحة بالنسبة إليهما. ذلك أنّ تسويق العرض التجاري الصادر عن شركة " " بصفتها مزوّد خدمات انترنت لا يدخل ضمن نشاط الشركتين المعنيتين باعتبارهما متدخلتين في سوق الاتصالات كمشغّل شبكة عمومية للاتصالات وليستا مزوّد خدمات انترنت. وهو ما يؤكد انتفاء الصفة والمصلحة في جانبهما وذلك عملا بأحكام الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وطالما أنّ توفّر شرطي الصفة والمصلحة في جانب الطالب والمطلوب على حد سواء من المسائل التي لها مساس وثيق بالنظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها كما تجوز إثارتها لأول مرة لدى محكمة التعقيب.

وإعمالا بتلك الأحكام فإنه يتجه القضاء برفض الدعوى شكلا وإخراج المطلوبة الأولى من نطاق التداعي الراهن لانتفاء الصفة والمصلحة في القيام.

من حيث خرق قواعد الاختصاص الحكمي:

إنّ مجلس المنافسة غير مختص في النظر والحكم على ممارسة البيع بالخسارة المنسوبة إلى شركة "أ " طالما وأنّ هذه الأخيرة لا تحتل موضع هيمنة بالسوق المرجعية بحكم أنّ حصتها لا تتجاوز 24% كما أنه لم يصدر عنها ما يورّطها في التأثير الجذري على المنافسة النزيهة والشريفة في تلك السوق.

وبناء على ذلك فإنه يتجه القضاء برفض الدعوى شكلا لعدم الاختصاص.

من حيث تجرّد الدعوى:

تفتقد المقاربة التي تمّ اعتمادها من طرف الطالبة لاحتساب سعر خدمة الإنترنت في عرض "أدسل هوم" والتي على أساسها نسبت للمطلوبتين ممارسة البيع بالخسارة إلى السند القانوني والواقعي الذي يؤسس لها وكذلك المراجع المتعلقة بتحديد كلفة الإنتاج فضلا عن كونها ارتكزت على تخمينات ومعطيات لا شيء يثبتها ويدعمها بملف هذه القضية. وقد ظل ادعاء الطالبة المذكورة عاريا عن أي دليل يثبته الأمر الذي يتجه معه القضاء برفض دعواها.

من حيث انعدام موضوع الدعوى:

اعتبارا لمحدودية العرض التجاري في الزمن وانتهاء مدة ترويجه في تاريخ 31 جانفي 2015 فإنه يتجه القضاء برفض الدعوى لانعدام ما يستوجب معه النظر.

ولهذه الأسباب طلب نائب المطلوبتين من المجلس القضاء بصفة مبدئية برفض الدعوى شكلا لانتفاء الصفة والمصلحة في القيام ولعدم الاختصاص الحكمي وبصفة احتياطية برفض الدعوى لتجردها ولانعدام ما يستوجب معه النظر.

وبعد الإطلاع على ملحوظات مندوب الحكومة المرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 18 فيفري 2015 والتي تناول من خلالها الأسباب المثارة من طرف الطالبة معتبرا أنّ الأسباب المذكورة كانت في مجملها جوهرية وذات صلة مباشرة بأصل النزاع والحال أنه كان عليها تقديم مبررات مؤكّدة على غرار تراجع حجم معاملاتها أو تفاقم الخسائر المالية التي تكبدتها والتي ولدت لديها وضعية تجارية صعبة يستحيل عليها تداركها. وباعتبار زوال موضوع الدعوى الاستعجالية بحلول تاريخ 31 جانفي 2015 فضلا عن أنّ الطلب المتعلق بها لم يتأسّس على مسائل تفيد التأكّد واستعجال النظر، فإنه يقترح رفض الدعوى.

وبعد الإطلاع على القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار مثلما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة له وآخرها القانون عدد 60 لسنة 2005 المؤرخ في 18 جويلية 2005.

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرخ في 15 فيفري 2006 المتعلق بضبط التنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الإطلاع على بقية الأوراق المظروفة بالملف وعلى ما يفيد استدعاء الأطراف بالطريقة القانونية لجلسة المرافعة المعينة ليوم الخميس 26 فيفري 2015 وبها تلا المقرر السيد قاسم ملخصا من تقرير ختم الأبحاث، وحضر السيد عن المدعية " وتمسّك بالدعوى مؤكّدا طلبه الحكم لصالحها وملاحظا أنّ العرض المشتكى منه لازال ساريا إلى حدّ هذا اليوم 26 فيفري 2015. وحضرت الأستاذة في حق زميلها الأستاذ نائب المدعى عليهما وأعلنت أنّ هذا الأخير يتمسّك بما قدّمه من ردود. وتلت مندوب الحكومة السيدة ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملف.

إثر ذلك قرر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 12 مارس 2015.

وبها وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الاختصاص الحكمي:

حيث تمسّك محامي المطلوبتين بعدم اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الأفعال المثارة ضمن المطلب الاستعجالي الراهن والمتمثلة في ممارسة البيع بالخسارة المنسوبة إلى المطلوبة

الثانية شركة " " طالما أنه لم يثبت احتلالها لموضع هيمنة بالسوق المرجعية ولم يصدر عنها ما يورّطها في التأثير الجذري على المنافسة النزيهة والشريفة في تلك السوق.

وحيث دأب مجلس المنافسة عند تقصّي اختصاصه بالنظر في المطالب الاستعجالية المعروضة عليه على التثبّت في موضوعها وكونها تتعلق باتخاذ الوسائل التحفظية التي من شأنها وضع حد للضرر اللاحق بأحد الأطراف المتنازعة وذلك إلى حين البت في أصل النزاع.

وحيث يتبيّن من التمعّن في الطلب الراهن استيفائه لذلك الشرط فضلا عن عرضه في نطاق قضية سابقة النشر، وهو الأمر الذي يتعيّن معه الإعراض عن هذا الدفع.

من حيث خرق أحكام الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:

حيث أثار محامي المطلوبتين دفعا شكليا يتمثّل في خرق الدعوى الراهنة لأحكام الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية مبرّرا ذلك الدفع بعدم اندراج العرض التجاري المتظلم منه ضمن نشاط كلّ من الطالبة شركة " " والمطلوبة الأولى شركة "

" وذلك بوصفهما مشغّلين لشبكتين عموميتين للاتصالات وبقائه حكرا على نشاط مزوّدي خدمات الإنترنت، وهو ما يؤكّد انتفاء الصفة والمصلحة في جانبهما ويجعل من قيام الطالبة مختلاّ من الناحية الشكلية كما يفترض إخراج المطلوبة الأولى من نطاق التداعي الراهن.

وحيث دأب فقه قضاء مجلس المنافسة على اعتبار الصفة والمصلحة في النزاعات المرفوعة أمامه من الشروط التي يتعيّن تقدير مدى توفّرها على ضوء أحكام الفصل 11 (جديد) من قانون المنافسة والأسعار، ضرورة أنّ عنصر الصفة والمصلحة لا ينظر إليه إلاّ من جهة القائم بالدعوى.

وحيث طالما أنّ الطالبة تمارس نشاطا اقتصاديا يتمثّل في توفير خدمات الاتصالات القارة وخدمات الاتصالات الجوالة من الجيل الثاني والجيل الثالث في إطار الإجازة التي تمّ إسنادها لفائدتها وهي تعدّ على هذا الأساس من بين المؤسسات الاقتصادية التي تخوّل لها أحكام الفصل 11 (جديد) سالفة الذكر حق القيام، فإنّ الدفع المأخوذ من خرق أحكام

الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية يكون والحالة ما ذكر في غير طريقه وتعيّن رفضه.

من حيث الأصل:

حيث يندرج عرض "أدسل هوم" المشتكى منه ضمن العروض التجارية الخاصة بتوفير خدمة الربط بشبكة الإنترنت باعتماد تقنية "أ د س ل" التي تتيح تبادل البيانات الرقمية عبر خطوط الهاتف والمروّجة في السوق في شكل عروض مشتركة بين مشغّل شبكة عمومية للاتصالات ومزوّد خدمات الإنترنت.

وحيث تعتبر شركة " " بوصفها صاحبة العرض المذكور بمعية شركة "

"، ثاني مشغّل شبكة عمومية للاتصالات بعد شركة والتي بمقدورها التدخّل في السوق لتأمين خدمة الربط بشبكة الإنترنت باعتماد تقنية "أ د س ل" من خلال توليها ربط الصلة بين شريكتها المذكورة وطالبي الخدمة وذلك باعتماد طريقة الربط اللاسلكي التي تستخدم موجات الراديو المنتقلة في الهواء لتبادل المعلومات. وهذه الطريقة مختلفة عن تلك المعتمدة من طرف شركة والتي بواسطتها يتمّ الربط عبر الحلقة المحلية (boucle locale) التي يديرها هذا المشغّل وباستعمال جهاز مودم تكمن وظيفته في استقبال الإشارات الرقمية وتحويلها إلى إشارات تماثلية. كما تختلف أيضا عن الطريقة المعتمدة من طرف المشغّل الثالث شركة " " التي بإمكانها توفير خدمة الربط بشبكة الإنترنت باعتماد تقنيات الجيل الثالث (3G).

وحيث تمسّكت العارضة في مطلبها الراهن لإثبات حالة الضرر التي أصبحت تتهدّدها منذ الشروع في ترويج العرض المشتكى منه بانخفاض التعريفات المطبّقة عليه بشكل مفرط مقارنة بسعر تكلفته الحقيقية وعدم قدرتها على تطبيق مثل هذه التعريفات لتسويق عروض شبيهة بذلك العرض. وقد بادرت بإبراز انخفاض الأسعار من خلال عملية مقارنة بين ثمن البيع الشهري صافيا من الأداء على القيمة المضافة بالنسبة لكل صنف من أصناف العرض الأربعة وتكلفة إنتاجه الجملية.

وحيث ولئن تبدو عملية المقارنة مبدئيا كافية لإبراز انخفاض الأسعار والكشف عن وجود فارق سلبي يتمثّل في خسارة عن كل صنف من هذه الأصناف الأربعة، إلاّ أنّ التمحيص في تفاصيلها يطرح إشكالا بخصوص مدى دقّتها. ذلك أنّ الطالبة لم تكن على علم بقيمة التكاليف الجملية التي تحمّلتها صاحبتا العرض المشتكى منه لإنتاجه وحتى يتسنّى لها إجراء عملية المقارنة بادرت بتقدير تلك التكاليف من خلال احتسابها لكلفة اللاقط الرقمي والتكاليف التجارية وكلفة السعة العالية الدولية المحمولة عليها عادة عند توليها إنتاج عرض مشابه لذلك العرض.

وحيث أنه بالنظر لاختلاف التقنيات المعتمدة من طرف مشغّلي الشبكات العمومية للاتصالات مثلما سبق توضيحه آنفا، فإنّ تقديرات الطالبة التي على أساسها تسنّى لها تحديد سعر التكلفة الجملية لإنتاج عرض "أدسل هوم" تبدو غير دقيقة. كما أنه ليس من المؤكّد أن تكون هذه التقديرات مطابقة تماما للتكاليف الحقيقية التي تحمّلتها صاحبتا العرض المذكور والحال أنها تستخدم وسائل تقنية لتأمين النفاذ إلى شبكة الإنترنت مختلفة عن تلك المعتمدة من طرفها.

وحيث دأب المجلس قبل أن يبادر بتقدير الضرر اللاحق بأحد الأطراف المتنازعة لديه أو قياس مدى الخطر المحدق الذي تنذر به حالة معرّضة في وقت وجيز للتغيّر سلبيا على التثبّت أولا من دقّة المعطيات والبيانات المقدّمة له.

وحيث أنه من الواضح أنّ العارضة برّرت مطلبها الراهن بالاستناد على تقديرات غير مؤكّدة واتّسمت بعدم الدقة، علاوة على أنّ ما تمسّكت به لإثبات الضرر المحدق الذي أصبح يتهدّدها منذ الشروع في تسويق العرض المشتكى منه لا يرقى إلى مرتبة الحق الذي يحتاج إلى الحماية العاجلة لحفظه من التلاشي باعتبار تعلقه بمخاوف حول فقدانها لعدد هام من مشتركيها وتغيير وجهتهم نحو ذلك العرض وأنّ هذه الوضعية تبقى مجرّد فرضية من المحتمل وقوعها لا غير.

ولهذه الأسباب

قرّر المجلس رفض المطلب.

وصدر هذا القرار عن الدائرة القضائية الثانية المنتصبة للقضاء في المادة الاستعجالية برئاسة السيد الحبيب جاء بالله وعضوية السيدتين سلوى بن والي و إيناس معطر والسيدين عماد الدرويش و الهادي بن مراد.

وتلي علنا بجلسة 12 مارس 2015 بحضور كاتبة الجلسة السيدة يمينة الزيتوني.

الرئـيس كاتبة الجلسة

الحبيب جاء بالله يمينة الزيتوني