الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد: 151385

تاريخ القرار: 30 جويلية 2015

قـرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بيان:

المدّعية: شركة "ا " في شخص ممثّلها القانوني الكائن مقرّها .

من جهة

والمدّعى عليها: شركة في شخص ممثّلها القانوني الكائن مقرّها نائبها الأستاذ الكائن مكتبه .

من جهة أخرى

بعد الإطّلاع على عريضة الدّعوى المقدّمة من قبل الممثّل القانوني للشّركة بتاريخ 17 فيفري 2015 والمرسّمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 151385 والمتضمّنة ما مفاده:

- أنّه في إطار التّرويج لخدماتها وعروضها التّجاريّة عبر وسائل الإعلام السّمعيّة والبصريّة تولّت شركة بثّ ومضة إشهاريّة عبر وسائل الإعلام المرئية والمسموعة تضمّنت إشهارا للعرض التّجاري المسمّى " مع

" يمكّن حرفائها من المهنيّين من الإنتفاع بخدمة الهاتف القارّ وذلك دون أن يضطرّ المكتتب لتغيير رقم هاتفه القارّ الذي تعود ملكيّته في الأصل لاتّصالات تونس ودون تغيير التّجهيزات مع تمتيع المكتتبين له بنسبة تخفيض تصل إلى حدود 40 % مقارنة مع معاليم فاتورة الهاتف القارّ لاتّصالات تونس.

- تمثلت الومضة الإشهارية في حوار مجرى بين مسؤول بشركة وأحد أعوان المشغّل باللّهجة الدّارجة التّونسيّة على النّحو التّالي:

المسؤول: صباح الخير...

ويفتح ملفّا أعطته إيّاه موظّفة بالشّركة.

نعم..؟

ثمّ يلقي الملف جانبا ويمسك بهاتفه الجوّال ويطلب المشغّل (أورونج)

عون المشغّل: صباح الخير سي فهمي...فاش انجّم نعاونك اليوم؟

المسؤول: فاش تنجّم تعاونّي...؟ ياخي إنتوما في الموبيل أومورو واضحة والأنترنات زادة.. أمّا الفيكس.. يا ولدي علاش ما عندكمش فيكس حتّى لتوا...؟ موش معقول هذا...؟

عون المشغّل: سي فهمي... عندنا الفيكس

المسؤول (مستغرب): عندكم الفيكي..؟

عون المشغّل(مجيبا): عندنا فيكس

المسؤول (منبسطا):عندكم فيكس ..؟

عون المشغّل: فيكس يخلّيك تنقّص من الفاتورة زادة

المسؤول (محاولا إثناء عامل يهمّ بإزالة التّجهيزات بواسطة مطرقة):إستنى...إستنى...معناها يلزمني أنا نبدل النومرو متاعي ونحل مرمة على l'installation

عون المشغل: لا..لا..لا.. تمتع بفيكس أورونج من غير ما تبدل نومروك.. ولا l'installation متاعك.

ثمّ يسحب جهاز هاتف قارّ أسود اللون من تحت المكتب ويمرره إلى المسؤول الذي ينشرح للحركة ويقول "زايد معاك".

صوت ثالث (على وقع الموسيقى): في نوفرولك الفيكس أورونج وهكا تربح راحة بالك وتقتصد حتى 40 % من الفاتورة من غير ما تبدل نومروك ولا l'installation متاعك... Le business change avec orange.

وتطلب المدّعية النّظر في الدّعوى على أساس ما أتته المشتكى بها من ممارسات مخلّة بالمنافسة على معنى الفصل الخامس من قانون المنافسة والأسعار تتمثّل في التّحقير Le dénigrement من شأن الشركة وذلك بطريقة مباشرة وغير مباشرة والنّيل من موقعها في سوق الإتّصالات كمشغّل تاريخي.

- لا تخلو طريقة بثّ الومضة الإشهاريّة من تشهير علني وقدح في سمعة اتّصالات تونس التّجاريّة عند ترويجها للعرض ويتّضح ذلك جليّا من خلال تشكّي صاحب المؤسّسة موضوع الومضة من غلاء فاتورة هاتفه وكأنّ في ذلك دعوة مباشرة للحريف إلى فسخ اشتراكه مع المدّعية والإنضمام للشّركة المدّعى عليها وبالتالي الإستحواذ بطريقة مخالفة لقواعد المنافسة النّزيهة على حرفاء المدّعية الذين يمثّلون شريحة هامّة من قاعدة حرفاء اتّصالات تونس وبالتّالي الإضرار ماديّا ومعنويّا باتّصالات تونس.

- تعتمد الشّركة المدّعى عليها وسائل وأساليب مغالطة لتسويق منتوجها من شأنها أن تضرّ بالمستهلك لاحتوائها على جزء غير بسيط من الغموض والخداع والوعود التي يصعب الوفاء بها كما أنّها تنمّ عن كثير من المغريات غير الحقيقّة وهو ما يشكّل إشهارا كاذبا.

– يعتبر ما قامت به الشّركة المدعى عليها عبر الومضة الإشهاريّة من قبيل الإشهار المقارن والتّعسّفي من جهة ومن قبيل الإشهار الكاذب من جهة أخرى وهي ممارسات مخلّة بالمنافسة أضرّت وهي تطلب ردعها على أساس الفصل 34 من قانون المنافسة والأسعار. كما تدعو لاتّخاذ الوسائل التّحفّظيّة اللاّزمة والضّروريّة المنصوص عليها بالفصل 11 من نفس القانون فضلا عن إلزام المدّعى عليها نشر ما قضي به على نفقتها استنادا إلى الفقرة الثّانية من الفصل 36 من نفس القانون.

وبعد الإطّلاع على الرّأي الفنّي للهيئة الوطنيّة للاتّصالات المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 29 أفريل 2015 والمتضمّن ملاحظات تتعلّق بمشروعيّة العرض التّجاري وبمسألة الإشهار المقارن والكاذب وبالقضايا المنشورة أمامها حول نفس العرض التّجاري.

بالنّسبة إلى النّقطة الأولى بيّنت الهيئة أنّ موضوع الدّعوى يتعلّق بالعرض التّجاري المسمى"voip orange basic[1] & voip full orange[2] " االذي روّجته " " في إطار حملتها الإشهاريّة " مع شركتك ديما رابحة"؛ وقد تقدّمت شركة بطلب إلى الهيئة قصد التّرخيص لها في ترويجه وقد حظيت بالموافقة بموجب قرار مؤرّخ في 4 أكتوبر 2012. أمّا بالنّسبة إلى الإشهار المقارن الكاذب فقد اعتبرت الهيئة أنّ هذه المسألة تخرج عن نطاق اختصاصها.

كما أكّدت الهيئة أنّ النّزاع المعروض على المجلس هو نفسه المعروض على الهيئة تحت عدد 164 بتاريخ 13 فيفري 2015 وهو في طور التّحقيق مشفوع بمطلب تدابير وقتيّة تحت عدد 126 آل البتّ فيه إلى رفض المطلب بتاريخ 2 مارس 2015.

[1] Appels sortants uniquement.

[2] Appels entrants et sortants.

وبعد الإطّلاع على ردّ الشّركة المدّعى عليها شركة المقدّم عن طريق نائبها الأستاذ المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 24 مارس 2015 الذي أثار بصفة مبدئيّة عدم الإختصاص الحكمي للمجلس للبتّ في النّزاع باعتباره يتعلّق بممارسات مخلّة بالمنافسة التي لا تثبت إلاّ بإثبات احتلال الشّركة المدّعى عليها مركز هيمنة بالسّوق المرجعيّة وإثبات إفراطها في استغلال هذه الوضعيّة والحال أنّ الشّركة المدّعية هي من لها مركز الهيمنة على هذه السّوق، هذا فضلا عن الصّبغة المدنيّة للدّعوى وحصول العرض موضوع النّزاع على موافقة الهيئة الوطنيّة للاتّصالات.

كما أثار نائب الشركة المدّعى عليها بصفة احتياطيّة من حيث الأصل أنّ الومضة الإشهاريّة المشتكى منها لا تمثّل إشهارا مقارنا ضرورة أنّ المكتتب يبقى حريفا للشّركة المدّعية دون تغيير رقم هاتفه وكذلك التّجهيزات وفي نفس الوقت بإمكانه تمرير بعض مكالماته على شبكة شركة في نقل الصّوت عبر بروتوكول الأنترنات للتمتّع بأفضل الأسعار. كما أنّه على فرض قيام الشّركة المدّعى عليها إشهار مقارن فإنّه لا وجود بالتّشريع والتّراتيب الجاري بها العمل بالبلاد التّونسيّة لأحكام تنظّم الإشهار المقارن كما لا وجود لأحكام تحجّره.

وطلب على أساس ما سبق بصفة مبدئيّة رفض الدّعوى لعدم الإختصاص وبصفة احتياطيّة بعدم سماعها وحفظ الحقّ في ما زاد على ذلك.

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

وبعد الإطّلاع على ردّ الأستاذ نيابة عن الشّركة المدّعى عليها المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 2 جوان 2015 والذي تمسّك فيه بتقرير الردّ على عريضة الدّعوى وأعاد إثارة نفس النّقاط الواردة بالتّقرير السّابق المذكور وطلب رفض الدّعوى أصلا.

وبعد الإطّلاع على ملاحظات مندوب الحكومة حول تقرير ختم الأبحاث المرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 23 جويلية 2015 والتي جاء فيها أنّه يمكن اعتبار الشّركة المدّعية قد جانبت الصّواب عند مطالبتها المجلس باتّخاذ الوسائل التّحفّظيّة والضّروريّة على معنى الفصل الحادي عشر من قانون المنافسة والأسعار باعتبار أنّ هذه الوسائل تتمّ في إطار دعوى استعجاليّة والحال أنّه لم يتمّ تسجيل الدّعوى إلاّ كدعوى أصليّة. وبالإضافة إلى ذلك فإنّه ولئن يعود اختصاص البتّ في المخالفات الإقتصاديّة مبدئيّا للقضاء العدلي دون سواه إلاّ أنّ فقه قضاء المجلس استقرّ على الإقرار بإمكانيّة النّظر فيها عند مساس هذه المخالفات بآليّات السّوق أو توازنه أو عند تأثيرها على حريّة المنافسة لكن اشترط اقترانها بوضعيّة هيمنة على السّوق المرجعيّة وهو الشّرط المفقود في قضيّة الحال بالنّسبة إلى سوق ترويج اشتراكات الهاتف القار الخاصّ بالمهنيّين ويطلب على أساس ذلك رفض الدّعوى أصلا لعدم ثبوت الممارسات لانعدام شرط الهيمنة الإقتصاديّة.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 والمتعلّق بالمنافسة والأسعار مثلما نقّح وتمّم بالقانون عدد 83 لسنة 1993 المؤرّخ في 26 جويلية 1993 والقانون عدد 42 لسنة 1995 المؤرّخ في 24 أفريل 1995 والقانون عدد 41 لسنة 1999 المؤرّخ في 10 ماي 1999، والقانون عدد 74 لسنة 2003 المؤرّخ في 11 نوفمبر 2003، والقانون عدد 60 لسنة 2005 المؤرّخ في 18 جويلية 2005.

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

وبعد الإطّلاع على ما يفيد آستدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 23 جويلية 2015، وبها تلا المقرّرالسّد نيابة عن

زميلته السيّدة ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث ولم يحضر من يمثّل الشركة المدّعية شركة وقد بلغها الإستدعاء وحضرت الأستاذة في حقّ زميلها الأستاذ نائب المدّعى عليها شركة

وأعلنت أنّ هذا الأخير يتمسّك بما قدّمه من ردود. وتلت مندوب الحكومة ملحوظاتها الكتابيّة المظروفة بالملف.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتّصريح بالقرار بجلسة يوم 30 جويلية 2015.

وبما وبعد المفاوضة القانونيّة صرح بما يلي:

من حيث الشّكل:

حيث قدّمت الدّعوى ممّن له الصّفة والمصلحة وتعيّن بالتّالي قبولها من هذه النّاحية.

من حيث الأصل:

حيث استقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على اعتبار أن المخالفات الإقتصادية، كتشويه علامة تجاريّة كما هو الشّأن في نزاع الحال، وإن كانت تخرج عن دائرة نظره إذا كان أثرها مقتصرا على حدّ الإضرار بأطراف النّزاع ، إلاّ أنّها يمكن أن تشكّل في الآن ذاته ممارسات مخلّة بالمنافسة كلّما نتج عنها مساس بآليات السوق أو توازنها أو ثبت أنّ لها تأثيرا على حريّة المنافسة فيها وأنّ ذلك لا يتحقّق إلاّ عندما تصدر المخالفات المشار إليها عن طرف يكون في مركز هيمنة اقتصاديّة بالسوق المرجعيّة.

وحيث تقرّ مذكّرة التّفاهم بين المجلس والهيئة الوطنيّة للاتّصالات بتاريخ 19 جوان 2012 وباعتبار حصول العرض موضوع النّزاع على الموافقة من الهيئة وهو

حاليّا محلّ نزاع أمامها، أنّ القرارات التّعديليّة التي تتّخذها الهيئة والمتعلّقة بالعروض التّجاريّة طبقا للفصل الثّالث من الأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بالشّروط العامّة لإقامة واستغلال الشّبكات العموميّة للاتّصالات وشبكات النّفاذ هي قرارات إدارية لا يمكن الطّعن فيها إلاّ بتجاوز السّلطة لدى المحكمة الإداريّة وأنّ مجلس المنافسة لا يختصّ في النّظر في القضايا ذات الصّلة بهذه القرارات عدا تلك المتعلّقة بعدم احترام أحد المشغّلين لبنودها أو مخالفتها أو التي تنتج عنها ممارسات مخلّة بالمنافسة.

*** تحديد السّوق المرجعيّة ومكانة المدّعى عليها شركة أورونج تونس بها:**

حيث يتمثّل العرض التّجاري موضوع دعوى الحال في تمكين حرفاء شركة " " حرفائها من الشّركات من الانتفاع بخدمات الهاتف القارّ عبر بروتوكول الأنترنات مسبق الدّفع وذلك بواسطة بنية تحتيّة تابعة (ويماكس، ألياف بصريّة،...) وتتحكم فيها انطلاقا من تجهيزات الحريف وصولا إلى نقطة نفاذ الأنترنات.

وحيث تتعلّق قضيّة الحال بالسّوق المرجعيّة المتمثّلة في **ترويج اشتراكات الهاتف القارّ الخاصّ بالمهنيّين**.

وحيث تقوم كلّ من شركة اتّصالات تونس وشركة وشركة بترويج اشتراكات الهاتف القارّ.

وحيث يبلغ عدد الإشتراكات الجملي بالهاتف القارّ إلى غاية ديسمبر 2014 حوالي 949395 اشتراك من بينها 190564 اشتراك مهني أي بنسبة 20%.

وحيث يحتلّ المشغّل التّاريخي شركة مركز هيمنة على هذه السّوق باعتبار عدم تقسيم الحلقة المحليّة بحصّة سوق تبلغ 92,2 %؛ في حين تبلغ حصّة 6,2 % وحصّة أوريدو 0,9 % باعتبارها دخلت مؤخّرا إلى هذه السّوق.

وحيث وباعتبار عدم التّقسيم الفعلي للحلقة المحليّة فإنّ

تنفرد بتوفير خدمة الهاتف القار عن طريق تقنية RTC (Réseau Téléphonique Commuté) وتوزّع ما يعادل 877668 اشتراك من بينها 20,3 % اشتراكات لفائدة المهنيّين أي ما يعادل 178166 اشتراكا. كما تنافس شركة كلّ من شركة وشركة في توفير الهاتف القار عبر تقنيّتي VoIP (Voice over Internet Protocol) وBLR (Boucle Locale Radio).

وحيث في ما يتعلّق بتقنية الصّوت عبر بروتوكول الأنترنت فقد بلغ عدد الإشتراكات 3538 اشتراكا وتمتلك شركة النّصيب الأوفر من هذا الفرع من السّوق المرجعيّة بنسبة 77 %. وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه التّقنية تمكّن من تخفيض جوهري في سعر المكالمة الهاتفيّة.

أمّا بالنّسبة إلى الإشتراكات المروجة عن طريق التّقنية الأخيرة فتروّج شركة أورونج تونس 86,3 % منها.

وحيث يستنتج ممّا تقدّم أنّ شركة لا تمتلك حصّة سوق هامّة من السّوق المرجعية موضوع قضيّة الحال ولا تتمتّع بوضعيّة هيمنة على سوق خدمات الإتّصالات عبر شبكة الهاتف القارّ ولا حتّى بوضعيّة هيمنة على الفرع الثّاني من هذه السّوق المعتمد على تقنية الصّوت عبر بروتوكول الأنترنات الأمر الذي يجعل المخالفة الإقتصاديّة المشتكى منها وفي حال ثبوتها لا ترقى إلى منزلة الممارسات المخلّة بالمنافسة ممّا يتعيّن معه رفض الدّعوى لعدم الإختصاص.

ولهذه الأسباب

قرّر المجلس: رفض الدّعوى لعدم الإختصاص.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائية الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السّيد الحبيب جاء بالله وعضوية السيّدة سلوى بن والي والسّادة لطفي الشعلالي وفوزي بن عثمان ومحمّد بن فرج.

وتلي علنا بجلسة يوم 30 جويلية 2015 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزيتوني.

الرئيس **كاتبة الجلسة**

الحبيب جاء بالله **يمينة الزيتوني**