الجمهوريّة التّونسيّة **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضيّة عدد: 141371

تاريخ القرار: 27 أكتوبر 2016

قـرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التّالي:

-المدّعية: شركة في شخص ممثلها القانوني،الكائن مقرها بمكتب نائبيها الأستاذين و من شركة الكائن مقرها

.

من جهة

-المدّعى عليها:

1- شركة في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها بـ

2- شركة في شخص ممثّلها القانوني الكائن مقرها بـ 34394

3- شركة في شخص ممثّلها القانوني الكائن مقرها بـ2

نائبها الأستاذ (شركة

) الكائن مكتبه

.

الشركة المتداخلة:

4- شركة في شخص ممثّلها القانوني الكائن

مقرها . نائبها

الأستاذان و (شركة)

الكائن مكتبهما بـ .

من جهة أخرى

بعد الإطّلاع على عريضة الدعوى المرفوعة من الأستاذين بـ

و من شركة نيابة عن شركة

ضدّ شركة وشركة وشركة

والمرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 23 أكتوبر 2014 والمتضمنة بالخصوص:

* أنّ المدعية: شركة تنشط في مجال إستغلال الأسواق الحرّة وقد أبرمت صفقة عموميّة مع ديوان الطيران المدني والمطارات تمكّنت بمقتضاها من إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات التونسية بإستثناء مطاري صقانس المنستير والنفيضة وذلك بالنسبة للمدّة التي تمتد من أوّل جويلية 1997 إلى 30 جوان 2014.

* أنّ ديوان الطيران المدني والمطارات قام خلال شهر فيفري 2014 بتنظيم طلب عروض بهدف تفعيل المنافسة من جديد وإسناد إستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات التونسية بإستثناء مطاري صقانس المنستير والنفيضة.

* أنّه تم إعلام الشركة المدعية من طرف ديوان الطيران المدني والمطارات بأنّ عرضها لم يقبل وذلك بمقتضى مكتوب مؤرّخ في 8 أكتوبر 2014.

* أنّ المدعية علمت بمن فاز بالصفقة بمقتضى المكتوب عدد 01/037187 المؤرّخ في 14 أكتوبر 2014 الصادر عن ديوان الطيران المدني والمطارات والذي يعلم المدعية بأنه يعتزم تنظيم إجتماع مع شركات و و حتى تتسلّم هذه الشركات مختلف الأسواق الحرّة بالمطارات التونسيّة وتبدأ بإستغلالها.

*وتبين تبعا لذلك أنّ إسناد هذه الصفقة لمجمع شركات و و يخفي ممارسات مخلة بالمنافسة على معنى أحكام الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار.

*** من حيث القانون**

-عن المأخذ المتعلّق بخرق أحكام الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار:

إنّ إسناد هذه الصفقة إلى هذا المجمع يجعل شركة في وضعية هيمنة إقتصاديّة واضحة ذلك أنّه أصبح الآن بإمكانها فرض إرادتها المنفردة على السوق المعنية وذلك بصفة مباشرة في مطاري صقانس المنستير والنفيضة وبصفة غير مباشرة في بقية المطارات موضوع الصفقة الحالية.

* أنّ الهدف من إحداث المجمع الذي تحصّل على الصفقة يكمن في إحكام السيطرة على السوق المرجعيّة المتمثّلة في الأسواق الحرّة بالمطارات التونسيّة ذلك أنه تبيّن بالإضافة إلى العلاقة العضوية الموجودة بين شركتي و المؤسّستين المختصّتين في مجال الأسواق الحرّة فقد إنضافت

إليهما مؤسسة أخرى هي شركة التي تستغل الأسواق الحرة بالموانى البحرية التونسية. وأصبح هذا المجمع يضمّ كل المؤسّسات الموجودة بالسوق التونسية والمختصة في الأسواق الحرة وذلك على مستوى المطارات التونسيّة بالنّسبة للنّقل الجوي وعلى مستوى الموانى التونسيّة بالنّسبة للنّقل البحري بإستثناء الشركة المدعية التي أصبحت مزاحة من السّوق.

*أنّ هذا المجمع يهدف إلى تقاسم السّوق المرجعيّة المتمثّلة في الأسواق الحرّة بالمطارات والموانى التونسيّة وإلى إخراج المدعية من هذه السوق.

-إقتضت أحكام الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار أنّه:"تمنع الأعمال المتّفق عليها والتحالفات والإتّفاقات الصريحة أو الضمنيّة التي يكون موضوعها أو أثرها مخلا بالمنافسة والتي تؤول إلى:

1- عرقلة تحديد الأسعار حسب السير الطبيعي لقاعدة العرض والطلب.

2- الحد من دخول مؤسسات أخرى للسوق أو الحد من المنافسة الحرّة فيها.

3- تحديد أو مراقبة الإنتاج أو التسويق أو الإستثمار أو التقدّم التقني.

4- تقاسم الأسواق أو مراكز التموين.

*أنّه لا جدال في أنّ إجتماع كل المؤسسات المختصّة في مجال الأسواق الحرّة بالمطارات والموانى البحريّة بإستثناء المدعية في مجمع واحد يشكّل إتّفاقيّة على معنى الفصل 5 المبيّن أعلاه وهي إتّفاقية يمنعها القانون بحكم أنّها تؤدي حتما إلى تقاسم الأسواق وتغييب المنافسة.

***ثانيا:عن المأخذ المتعلّق بخرق أحكام الفصلين 7 و9 من قانون المنافسة والأسعار:**

*إنّ هذا المجمع هو في الحقيقة والواقع عمليّة تركيز إقتصادي ترمي إلى التحكّم في السوق المرجعيّة للأسواق الحرة بالمطارات وهو مجمع مخالف لأحكام الفصل 7 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار.

وحيث إقتضت أحكام الفقرة الثانية للفصل 7 من القانون المذكور ما نصّه:"يحيل الوزير المكلف بالتجارة مشاريع أو عمليات التركيز المشار إليها بالفصل 7 من هذا القانون إلى مجلس المنافسة لإبداء الرأي فيها في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر"

*إنّ حصول هذا المجمع على الصفقة ينطوي على عديد الإخلالات بقواعد المنافسة آلت إلى النتائج التالية:

1- أصبح هذا المجمع في وضعيّة إحتكار مطلق للأسواق الحرة بالمطارات الجوية التونسية وبالموانئ البحرية التونسية. فشركة أصبحت تنشط في كل المطارات التونسيّة وشركة تنشط في كل المطارات التونسية بإستثناء مطاري المنستير والنفيضة اللذين تستغلهما شركة علما وأن شركة هي أكبر مزوّد لشركة .

وشركة هي المزوّد الوحيد بالموانئ التونسيّة ووضعت الآن رجلا بالمطارات التونسيّة.

*أدّت هذه الوضعيّة بهذا المجمع المتكوّن من و و إلى التحكّم المطلق في كلّ الأسواق الحرّة التونسيّة سواء الموجودة بالمطارات أو بالموانئ التونسيّة.

2-إنّ إحداث هذا المجمع وإستغلاله لكلّ الأسواق الحرة بالمطارات والموانئ التونسية يخرق بصفة صريحة أحكام الفصل 7 من قانون المنافسة والأسعار الذي يتطلّب قانونا موافقة الوزير المكلف بالتجارة وهو ما لم يحصل في صورة الحال.

*إنّ عملية التركيز الإقتصادي لم تعرض بالمرة على إستشارة مجلس المنافسة وبالتالي فهي منافية بصفة واضحة وجليّة لأحكام الفصل 9 من قانون المنافسة والأسعار.

ثالثا:عن المأخذ المتعلّق بالتلاعب بشروط الصفقة:

*إنّ الصفقة في صورة الحال تخضع إلى مرحلتين إثنتين:

– مرحلة أولى يتمّ خلالها إنتقاء المؤسّسات الأولى المسموح لها بالمشاركة في طلب العروض.

– مرحلة ثانية:يتمّ فيها تقديم العروض ثمّ إختيار المؤسسة التي ستسند لها الصفقة وقد أوجبت الفقرة الرابعة من الفصل 5 ثانيا لكراس الشروط المتعلق بالمرحلة الأولى على المؤسسة المشاركة في طلب العروض تقديم قائمة في المطارات التي نشطت بها المؤسسة مع شهادة في التجربة الناجحة مسلّمة من المطارات التي عملت فيها.

*إنّ شركة مؤسسة متفرعة عن شركة ضرورة أنّ هذه الأخيرة تمتلك نصف الأسهم في شركة .

*إنّ العلاقة العضويّة الواضحة بين شركة التي فازت بالصفقة وشركة تجعل من الشهادة التي سلّمتها هذه الأخيرة إلى فرعها شركة مجرّد وثيقة محاباة ضرورة أنّها صادرة عن مؤسسة تستأثر بنصف رأس مال الشركة التي فازت بالصفقة أي شركة وهي بالتالي بمثابة الحجّة التي لا يعترف بها القانون تطبيقا لأحكام الفصل 648 من مجلّة الإلتزامات والعقود التي نصّت صراحة على أنّ:"ما يصدر من شخص لا يكون حجّة له".

*أنّ أحكام الفصل 5 ثانيا من كرّاس شروط المرحلة الأولى إشترطت أن يمدّ المترشّح الإدارة برقم أعماله الموافق لسنتي 2011 و2012 وإنّ المقصود رقم الأعمال هو المبلغ الذي تحقّقه المؤسسة داخل المطارات وفي إطار الأسواق الحرة وإنّ شركة تنشط في الآن نفسه في مجال تجارة التفصيل وتجارة الجملة.وقد تأكّد أن رقم المعاملات الذي أسّست عليه شركة مشاركتها في طلب العروض يتعلق في الآن نفسه بالمبلغ الذي حقّقته في إطار التجارة بالجملة وبالمبلغ الذي أنجزته في إطار تجارة التفصيل.

*أنّه للحصول على الصفقة قامت شركة بتصريح يتعلق في الآن نفسه برقم المعاملات المتعلّق بتجارة التفصيل وبرقم المعاملات المتعلق بتجارة

الجملة.وبهذا التلاعب تحصّلت شركة على سبق واضح مقارنة بالمنافسين والحال أنّ رقم المعاملات الوحيد الذي يتعيّن أخذه بعين الإعتبار في مجال الأسواق الحرة هو ذلك الرقم المتعلّق بتجارة التفصيل.

رابعا:عن المأخذ المتعلّق بخرق أحكام الفصل 5 من القانون المتعلق بتجارة التوزيع:

*منع القانون التونسي الجمع بين تجارة الجملة وتجارة التفصيل وحيث نصت أحكام الفصل 5 من القانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 والمتعلق بتجارة التوزيع على أنّه:"مع مراعاة التشريع الخاص تمارس تجارة التوزيع في مرحلة الجملة أو في مرحلة التفصيل.ويتعيّن في صورة الجمع بين المرحلتين الفصل بين محلات البيع بالجملة ومحلات البيع بالتفصيل مع مسك محاسبة مستقلة لكل مرحلة".

*تمارس شركة في تونس التجارة في مستوى الجملة بدليل أنّها هي التي تزوّد المغازات المستغلّة من قبل بكلّ من مطار صفاقس المنستير ومطار النفيضة.

*بحصولها على الصفقة موضوع هذه الدعوى فإنّ شركة
تصبح تاجر جملة بالنسبة لمطاري صقانس المنستير والنفيضة وتاجر تفصيل بالنسبة لبقية المطارات موضوع الصفقة وفي ذلك مخالفة واضحة لأحكام الفصل 5 المشار إليه من القانون المتعلّق بتجارة التوزيع.

*إنّ إحداث المجمع يعدّ على نحو ما سبق شرحه خرقا واضحا لأحكام الفصل 5 من قانون تجارة التوزيع.وقد إستقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على أنّ مجرّد المخالفة الإقتصاديّة تصبح ممارسة مخلة بالمنافسة متى كانت صادرة عن مؤسسة في وضعيّة هيمنة إقتصاديّة وحيث أنّ المجمع المحدث ليس في وضعيّة هيمنة إقتصاديّة فحسب بل هو في وضعيّة إحتكار تام للسوق المرجعية.

*إنّ خرق أحكام الفصل 5 من قانون تجارة التوزيع يجعل إحداث المجمع من شركات و و ممارسة مخلّة بالمنافسة على معنى القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991.

ولهذه الأسباب يطلب من المجلس التصريح:

1-بأنّ ما قامت به شركات و و ممارسات مخلّة بالمنافسة.

2-بالإذن لهذه الشركات بوضع حد للمخالفات المخلة بالمنافسة.

3-بتسليط خطيّة مالية يحدّدها المجلس وفق إجتهاده على الشركات المذكورة.

وبعد الإطلاع على تقرير مدير تطوير العلاقات الدوليّة بشركة في الرد على مراسلة المجلس التي تتعلّق بإحالة عريضة الدعوى وطلب الرد عليها المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 9 ديسمبر 2014 والذي لا حظ فيه بالخصوص:

*أنّ شركة تسلّمت مراسلة المجلس المتعلقة بإحالة عريضة الدعوى وطلب الرد عيها وذلك بتاريخ 1 ديسمبر 2014.

* أن الشركة تطلب من المجلس- حتى تتمكن من الرد في أحسن الآجال- إحالة الملف إليها وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالفصول 8 والموالية من الإتفاقية المتعلّقة بالتعاون القضائي والمبرمة بين الجمهورية التونسيّة وجمهورية ألمانيا الفيدرالية بتاريخ 26 جويلية 1969 .

* إنّ هذا الإجراء ينصّ خاصّة على أنّ الإحالة وكذلك الوثائق تتم عبر الطريقة الدبلوماسية وباللغة الألمانيّة[1].

[1] -"....comme vous le savez, cette procédure exige notamment que la signification ainsi que l'acte à signifier nous soit transmis par la voie consulaire et en langue allemande »

وبعد الإطّلاع على تقرير الأستاذ عصام بن أحمد نائب شركة للتجارة والصناعة في الرد على عريضة الدعوى المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 10 ديسمبر 2014 والمتضمّن بالخصوص:

***أوّلاّ من حيث الشكل:عدم إختصاص مجلس المنافسة في مادّة إسناد اللزمات:**

*أنّ المدعية قامت بقضية الحال إثر قيام ديوان الطيران المدني والمطارات بإعلامها بعدم فوزها باللزمة بتاريخ 6 أكتوبر 2014 ممّا جعلها تسعى للعودة في السباق معتبرة أنّ: "إسناد الصفقة إلى المجمع المتكوّن من شركة " " وشركة " " وشركة يخفي ممارسات مخلّة بالمنافسة.

*أنّه من الناحية الإجرائيّة يتّضح أنّ الهدف من الدعوى المعروضة على مجلس المنافسة هو الحصول على حكم يعتبر الممارسات المشتكى بها مخلة بالمنافسة ويأمر بالكف عنها وهو ما يؤدي مباشرة إلى إرجاع الحالة إلى ما كان عليه قبل طلب العروض أي إلغاء القرار الإداري القاضي بإسناد اللزمة لمن فاز بها.

*إنّ المجلس لا يختصّ بالنظر في مادة إسناد اللزمات لكونها تشكّل قرارا إداريّا صادرا عن ذات عموميّة.

*إنّ فقه قضاء مجلس المنافسة جرى بإطّراد على إعتبار أنّ:"القرارات الإداريّة التي تصدر عن الذوات العموميّة غير خاضعة لولايته شأنها في ذلك شأن الأعمال التي تقوم بها تلك الذوات تنفيذا لقرارات إداريّة آمرة في إطار تطبيق النصوص التشريعيّة أو الترتيبيّة وذلك حتّى إذا ما إنجرّ على تنفيذها مساس بآليات السوق أو توازنه ضرورة أنّ مهمّة النظر في شرعيّة تلك الأعمال القانونيّة ترجع إلى القاضي الإداري.ويتّضح ممّا سبق وأنّ تعهد بنزاع الحال ضمن القضية عدد417698 المتعلّقة بمطلب توقيف تنفيذ والمتضمّنة تقريبا لكلّ المطاعن المثارة ضمن قضيّة الحال.

*المدعية ناقضت نفسها بنفسها لما تعمّدت نشر القضية تباعا أمام القضاء الإداري من جهة ومجلس المنافسة من جهة أخرى.

*تشير المدعية إلى أنّ تكوين المجمع ينطوي على إخلالات بقانون المنافسة والأسعار ممّا يؤدي إلى عدم قانونيّة إسناد اللزمة له.

*أنّه لا يخفى على المجلس أنّ تكوين مجامع للمشاركة في طلب عروض دولي من المسائل المألوفة التي تتيحها كلّ التشاريع.

*إنّ ملف طلب الترشّحات أتاح الفرصة للتجمّعات المشاركة وهو ما يتّضح ضمن النقطة (1-4-3): ils pourront à cette fin agir seuls ou en groupement

*إنّ هذا الإجراء المخوّل للتجمّعات أن تشارك خضع لرقابة سلط الإشراف دون أن تبدي أيّ تحفّظ كما تمّت المصادقة على ملف طلب العروض وعلى جملة الشّروط التي جاء بها من طرف لجنة خاصّة تضمّ ممثلين عن عدّة وزارات منها وزارة التجارة والصناعات التقليديّة ووزارة النقل عملا بالفصل 8 من الأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرخ في 19 جويلية 2010 المتعلق بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات.

*أنّه لو كان لمشاركة المجمع المنتقد في عمليّة طلب العروض أي تأثير أو خرق لقواعد المنافسة لتمّ إثارة الإشكال من طرف السلطات المشرفة على العمليّة أو حتى من طرف المدعية التي صادقت على إجراءات الإنتقاء الأوّلي وعلى كلّ شروطه دون إحتراز عملا بالفقرة الثالثة من النقطة 1-4-3:

"L’envoi par un candidat d’une demande de pré-qualification équivaut à une acceptation sans réserve des conditions prévues par le présent dossier ."

*أنّه مهما يكن من أمر فإنّ مجلس المنافسة:"لا يختص بالنظر في شرعية القرارات التي تتّخذ تطبيقا لنصوص تشريعية أو ترتيبية وإن كان لها أثار مخلة بالمنافسة"(القرار عدد 121315 المؤرخ في 20 فيفري 2014).

***إحتياطيّا جدّا من حيث الأصل: إنعدام وجود ممارسات مخلّة بالمنافسة:**

*فاز المجمع المتكوّن من شركة و و و بلزمة إستغلال الأسواق الحرّة في أكتوبر 2014 وتمّت دعوة المدعية لحضور عمليّة التسليم في الشهر نفسه.

*قامت المدعية بدعواها بتاريخ 23 أكتوبر 2014 مدعية ضلوع شركة في عديد الممارسات المخلّة بالمنافسة.

*أنّه لا يمكن من باب المنطق أن يقوم المجمع الذي تنتمي لهشركة بكل الممارسات المشار إليها في شهر وبضعة أيّام وهو ما يعمّق الوعي بأنّ الهدف من هذه الدعوى هو إلغاء قرار إداري متعلق بإسناد اللزمة لا أكثر ولا أقل.

*تتعلق إدّعاءات المدعية بوجود إتّفاق مخل بالمنافسة وعمليّة تركيز وتلاعب بشروط صفقة الجمع بين تجارة الجملة وتجارة التفصيل.

1-جوابا على الإدّعاء المتعلّق بإتّفاق مخل بالمنافسة ومكوّن لحالة تركيز إقتصادي:

*من جهة أولى فإنّ الإتّفاق بين الشركات على تقديم ترشّحها لطلب عروض لا يمكن أن يكون من قبل الإتفاقات المحضورة لأنّه كما كان مباحا من مانح اللزمة ومنظّما من خلال قانون 1 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات علاوة على تزكية العمليّة من وزارة التجارة الساهرة على إحترام قانون المنافسة وذلك بمنح الشركة التي أبرمت عقد اللزمة بطاقة تاجر والترخيص لها بإستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات موضوع اللزمة.

من جهة ثانية تجدر الإشارة إلى أنّ النصوص المتعلّقة بالتركيز الإقتصادي لا تنطبق على وقائع قضية الحال لأنّ الشركات المستغلّة للأسواق الحرة بالمطارات التونسية ليست في وضعية منافسة مع بعضها بل في منافسة مباشرة مع الشركات المستغلّة للأسواق الحرة بالمطارات الموجودة خارج حدود الوطن وبالتالي فإنّ السوق المرجعية

التي يجب إعتمادها لتقييم وضعية المنافسة هي **السوق العالميّة لإستغلال الأسواق الحرة بالمطارات** تتنافس فيها شركات عالمية ناشطة في كل القارات بما في ذلك الشركة المدعية والشركات المدعى عليها.

*أنّه علاوة على ما سبق بيانه ونظرا لخصوصيّة السوق موضوع اللزمة فإنّ صاحب اللزمة إلتزم ضمن عقد اللزمة بإحترام سياسة أسعار معيّنة إعتمادا على الأسعار المتداولة في مطارات مماثلة في دول الحوض المتوسّطي وبإحترام ضوابط متعلّقة بجودة الخدمات المقدّمة للحرفاء.

2- جوابا على الإدّعاء بالتلاعب بشروط الصفقة والجمع بين تجارة الجملة والتفصيل:

*إنّ الجمع بين تجارة الجملة والتفصيل لا أساس له من الصحّة ويفتقر لوسائل الإثبات الأوليّة كما نصّت على ذلك أحكام الفقرة السادسة من الفصل 11 من قانون المنافسة والأسعار على أن ترفق عريضة الدعوى:"بوسائل الإثبات الأوليّة في أربع نظائر"وبالتالي يتّجه ردّه.

*أنّه علاوة على عدم صحّتها فقد جاءت كلّ هذه الإدّعاءات في صيغة مقتضبة ولم يتم إرفاقها بما يقيم الدليل على وجودها أو أنّه من شأنها أن تؤول إلى عرقلة السير الطبيعي لآليات السوق في قضيّة الحال بالرّجوع إلى السوق المرجعيّة كما سيق بيانه أي السوق العالميّة لإستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات الدولية.

وتبعا لذلك يتّجه رد هذه الإدعاءات نظرا لعدم جديّتها.

ولذلك يطلب رفض الدعوى لعدم الإختصاص وإحتياطيّا جدّا التصريح بعدم توفّر أي إخلال بالمنافسة.

وبعد الإطلاع على تقرير المدير العام لشركة في الرد على مراسلة المجلس التي تتعلق بإحالة عريضة الدعوى وطلب الرد عليها المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 25 ديسمبر 2014 ولاحظ فيها بالخصوص:

*أنّ شركة تسلّمت مراسلة المجلس المتعلقة بإحالة عريضة الدعوى وطلب الرد عيها وذلك بتاريخ 9 ديسمبر 2014.

* أنّ شركة لا تدخّر أيّ جهد للتعاون مع القضاء التونسي في القضية الراهنة وتقديم الردود المطلوبة لكنها تعتبر أنه يجب إحالة ملف العريضة طبقا لأحكام الإتفاقية التونسية التركية والمتعلّقة بالتعاون القضائي والتي تنص في فصلها السادس على أنّ الإحالة تتم عبر الطريقة الدبلوماسية وفي فصلها السابع أنّ الأعمال الإجرائية يجب ترجمتها إلى اللغة التركية[2] .

وبعد الإطّلاع على التقرير الذّي أدلى به نائبا شركة

ردا على عريضة الدعوى والمرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 19 جانفي 2016 والذي لاحظا فيه بالخصوص:

***من حيث الشكل:**

*إنّ مآخذ المدعية وإن كانت في ظاهرها تعيب على المجمع إقتراف ممارسات مخلة بالمنافسة فإنّها في باطنها تتلخّص في رفض ديوان الطيران المدني لعرض المدعية كما يتّضح من خلال الطلبات المبيّنة ضمن عريضة الدعوى أنّها تهدف بطريقة أو بأخرى إلى إلغاء القرار الإداري الذي يسند اللزمة إلى المجمع.

*إستقر عمل المجلس على إعتبار أنّ القرار الذي ترفض بمقتضاه السلطة الإداريّة التعاقد مع أحد الأطراف لا يمثل نشاطا إقتصاديا يتعلّق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات بل ممارسة لصلاحية إداريّة منفصلة عن النشاط الإقتصادي في حدّذاته

[2] -« …nous vous avions demandé de bien vouloir nous transmettre le dossier de la requête conformément aux dispositions de la convention tuniso-turque d'entraide judiciaire qui prévoit dans son article 6 que les assignations doivent être réalisées par la voie diplomatique et dans son article 7 que les actes de procédure doivent etre traduits en langue turque »

En effet ,cette convention prévoit dans son **article 6** que les assignations doivent être réalises par la voie diplomatique et dans dans son **article 7** que les actes de procédure doivent être traduits en langue Turque.
Notre Société ne ménagera aucun effort pour collaborer avec la justice tunisienne dans cette affaire »

حتى وإن كانت تستهدفه أو تتعلق به وهو ما يجعل من قرار الإمتناع عن إسناد اللزمة للمجموعة التي تمثلها الشركة المدعى عليها قرار إداريّا يتمتّع بقرينة الشرعية ما لم يتم الطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

***إحتياطيا من حيث الأصل:**

*إنّ مآخذ المدعية تأسّست كلّها على تحريف للوقائع وتكييف خاطئ لها إذ تتمثّل المسألة الجوهريّة الحاسمة في النزاع الراهن في 3 نقاط:

أوّلا:طلب العروض الذي نظّمه ديوان الطيران المدني والمطارات ليس وطنيا وإنّما دوليا وقد تضمّن كل شروط المنافسة والشفافيّة.

ثانيا:المؤسّسات المشاركة في اللزمة ليست المؤسّسات الموجودة بالسوق التونسيّة والمختصّة في الأسواق الحرّة وإنّما من مؤسسات أجنبيّة منتصبة في شتى بلدان العالم.

وخلافا لما تدعيه المدعية فإنّ المجمع الفائز باللزمة لا يضمّ كل المؤسّسات الموجودة بالسوق التونسية والمتنافسة في السوق الوطنية وإنما موجودة بدول أجنبية كغيرها من الشركات المشاركة في طلب العروض الدولي وكلّها تتنافس على المستوى المتوسطي والعالمي.

ثالثا:السوق المرجعية من الناحية الجغرافيّة ليست وطنية وإنّما متوسطيّة وعالميّة.

1- ردا على المأخذ الأوّل المتعلّق بوجود إتّفاق محل بالمنافسة:

*إنّ مادّة اللزمات تماما كمادة الصفقات العموميّة "يمثّل فيها طلب العروض بذاته سوقا يكون فيه كرّاس الشروط الطلب وتكون فيه عطاءات المشاركين العرض" وبالتالي تكون السوق المرجعيّة في قضيّة الحال هي سوق إستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات عبر المشاركة في طلب العروض الدولي الذي ينظّمه ديوان الطيران المدني والمطارات ويتضح أن العرض كان دوليا كما أنّ المجمع الذي ظفر باللزمة متكوّن بالإضافة إلى شركة هميلة من شركتي و المتكونة من

و أي من شركات ناشطة في مجال المطارات وإستغلال الأسواق على الصعيد الدولي.

بناء على ذلك وطالما كان طلب العروض دوليا فإنّ المنافسة في قضيّة الحال كانت دوليّة وليست وطنية وهو ما يجعل إدّعاء المدعية القائل بوجود إتّفاق بين كل المؤسّسات الموجودة بالسوق التونسيّة والمختصّة في الأسواق الحرة بهدف تقاسم السوق في غير محلّه ويتّجه رفضه.

* كان من الممكن أن يكون إدّعاء المدعية وجيه لو تعلّق الأمر فعلا بمشاركة مجمع متكوّن من كل الشركات الناشطة في السوق التونسية في طلب عروض وطني بهدف تقاسم السوق ولكن الأمر مختلف في قضية الحال لكون طلب العروض كان دوليا والشركات المشاركة كثيرة وجلّها ينشط بالسوق العالمية بما في ذلك المدعية التي لم يسعفها الحظ اليوم في الظفر بالسوق التونسية ولكنّها تكتسح في المقابل أسواقا أخرى في الحوض المتوسطي وفي شتى الدول الأخرى بصفة منفردة أو في إطار مجمع.

*يتلخّص ممّا سبق أنّ مشاركة بعض الشركات الأجنبيّة المختصة في إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات على الصعيد المتوسّطي والدولي في طلب عروض دولي وفوزها باللزمة لا يمكن أن يكون مكوّنا لإتّفاق مخل بالمنافسة بل يمكن الجزم أنّ فوز مجمع متكوّن من ثلاث شركات أفضل من فوز شركة واحدة لما في ذلك من تفعيل لمبادئ المنافسة وتكافؤ الفرص والإستغلال الأحسن للكفاءات على الصعيد الدولي خدمة للمصلحة الوطنيّة وضمانا لحسن سير مرفق عمومي ذو طابع إستراتيجي كالأسواق الحرة.

2- ردا على المأخذ الثاني المتعلق بوجود عملية تركيز إقتصادي:

جوابا على المأخذ الثاني القائل بوجود تركيز إقتصادي دون الحصول على موافقة الوزير المكلّف بالتجارة فقد كان من الممكن أن يكون هذا النعي في محله لو تعلق

الأمر بطلب عروض وطني وتمّ قبول عرض مجمع متكوّن من كلّ الشركات المنتصبة بالبلاد التونسيّة أو جلّها لأنّ ذلك سيمكّن أغلبيّة الشركات الناشطة بالسوق الوطنية من إقصاء الأقليّة وربما التسبّب في إفلاسها وإحتكار السوق لكن الأمر مختلف كما أسلفنا لكون طلب العروض كان دوليا ويسمح بمشاركة كل الشركات الأجنبيّة المختصّة في المجال وهي عديدة ومنتصبة في كل أنحاء العالم وبالتالي فإنّ فوز إحدى الشركات الأجنبية المختصّة في المجال وهي عديدة ومنتصبة في كل أنحاء العالم وبالتالي فإنّ فوز إحدى الشركات أو مجمع متكوّن من البعض منها كما هو الحال في القضية الراهنة لا يشكل وضعية تركيز إقتصادي ولا يتسبّب في تهديد مصير الشركات الأخرى والتي لم تظفر باللزمة وذلك لكونها غير ناشطة في السوق التونسية فقط وإنّما في سائر دول العالم كما هو الشأن بالنسبة للشركة المدعية.

*بناء على ما سبق فإنّه لم يكن من الضروري المطالبة بأي رخصة كانت.

*إنّ سوق الأسواق الحرة خلافا لعديد القطاعات والمجالات التجاريّة الأخرى لها خصوصيات على مستوى المنافسة إذ لا يخفى أنّ السوق الحرة بمطار المنستير مثلا ليست في وضعية منافسة مع السوق الحرة بمطار تونس قرطاج أو بمطار جربة فالمنافسة بالنسبة للمسافرين تكون بين السوق الحرة الموجودة بمطار الإنطلاق والسوق الحرة على متن الطائرة والسوق الحرّة الموجودة في مطار الوصول وبالتالي فإنّه لا وجود لسوق تنافسية للأسواق الحرة بالبلاد التونسيّة بل تكون المنافسة من الناحية الجغرافية متوسطية أو دوليّة.

وحيث طالما لا وجود لسوق تنافسية وطنيّة بين مختلف الأسواق الحرة بالبلاد التونسيّة فإنّه لا طائل في الخوض في مسألة التركيز الإقتصادي التي تفترض قبل كل شيء وجود وضعيّة منافسة على الصعيد الوطني بين مؤسّسات ناشطة بالبلاد التونسيّة.

3- ردا على المأخذ الثالث المتعلّق بالتلاعب بشروط "الصفقة":

علاوة على خلط المدعية بين نظام الصفقات ونظام اللزمات وبقطع النظر عن عدم إثبات المدعية لإدّعاءاتها بخصوص حصول شركة على وثيقة محاباة وسعي المجمع الفائز باللزمة إلى مغالطة ديوان الطيران المدني والمطارات حول رقم المعاملات المحقق فإنّ هذه المسائل ليست من إختصاص مجلس المنافسة وبالتالي إتّجه الإلتفات عنها،إذ تصبّ كلّ هذه الإدّعاءات في جدول واحد وهو إختيار ديوان الطيران المدني والمطارات للمجمع المدعى عليه ورفضه لعرض المدعية وبالتالي فإنّ هذا المأخذ يهدف في جوهره إلى إلغاء قرار إداري بإسناد لزمة وبالتالي يخرج عن إختصاص مجلس المنافسة إذ أنّ قضاء مجلس المنافسة قد جرى بإطّراد على إعتبار أنّ القرارات الإداريّة التي تصدر عن الذوات العموميّة غير خاضعة لولايته شأنها في ذلك شأن الأعمال التي تقوم بها تلك الذوات تنفيذا لقرارات إداريّة أمرة في إطار تطبيق النصوص التشريعيّة أو الترتيبيّة وذلك حتى إذا ما إنجرّ على تنفيذها مساس بآليات السوق أو توازنه ضرورة أنّ مهمّة النظر في شرعيّة تلك الأعمال القانونيّة ترجع إلى القاضي الإداري.

4- ردا على المأخذ الرابع المتعلّق بخرق أحكام الفصل 5 من القانون المتعلق بتجارة التوزيع:

*لم يمنع القانون عدد 69 لسنة 2009 المؤرّخ في 12 أوت 2009 المتعلّق بتجارة التوزيع الجمع بين تجارة الجملة والتفصيل بل إكتفى بفرض الفصل بين محلات البيع بالجملة ومحلات البيع بالتفصيل مع مسك محاسبة مستقلّة لكلّ مرحلة.

*علاوة على ما سبق فإنّ الممارسات المشتكى بها في هذا الإطار وعلى فرض صحّتها وهو إفتراض جدلي تخصّ شركة ولا علاقة له بالمجمع الفائز باللزمة كما لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن ترقى إلى مرتبة الممارسة المخلة بالمنافسة ليختص فيها المجلس بالنظر.

*وطلب تبعا لهذه الأسباب الحكم بعدم الإختصاص وإحتياطيا برفض الدعوى لعدم وجود ممارسات مخلة بالمنافسة.

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

وبعد الإطّلاع على تقرير الأستاذ نيابة عن شركة في الرد على تقرير ختم الأحاث والمرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 9 جوان 2016 والذي لا حظ فيه بالخصوص :

*أنّ شركة تتمسّك بالتقرير المقدم من طرف نائبها الأستاذ للمجلس بتاريخ 10 ديسمبر 2014.

*أنّه ثبت من خلال الأبحاث المجراة أنّه لا وجود لأي ممارسات مخلّة بالمنافسة.

*أنّه على هذا الأساس يطلب من المجلس بالحكم برفض الدعوى لعدم الإختصاص وإحتياطيا الحكم بعدم سماعها.

وبعد الإطّلاع على تقرير الأستاذين ي و نيابة عن شركة "ت " في الرد على تقرير ختم الأبحاث والمرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 16 سبتمبر 2016 والذي تضمّن بالخصوص:

*التمسّك بجميع النقاط المثارة بالتقرير المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 مع تقديم الملاحظات التالية:

***أوّلا في عدم إختصاص مجلس المنافسة:**

*تتلخص مآخذ المدعية في أنّ إسناد اللزمة لشركة جاء مخلا بالمنافسة وبالتالي فإنّ قضية الحال تهدف إلى إلغاء القرار الإداري المتّخذ في هذا الصدد.

*إستقرّ عمل مجلس المنافسة على إعتبار أنّ القرار الذي ترفض بمقتضاه السلطة الإدارية التعاقد مع أحد الأطراف لا يمثّل نشاطا إقتصاديّا يتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بل ممارسة لصلاحيّة إداريّة منفصلة عن النشاط الإقتصادي في حدّ ذاته حتّى وإن تستهدفه أو تتعلّق به "وهو ما يجعل قرار الإمتناع عن إسناد اللزمة للمجموعة التي تمثّلها الشركة المدعية قرارا إداريّا يتمتّع بقرينة الشرعيّة ما لم يتم الطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري" (القضية عدد 61128 بتاريخ 30 أكتوبر 2008).

*وتبعا لما سبق بيانه فإنّ الدعوى تكون حريّة بالرفض شكلا.

ثانيا :خصوصيّة السوق المرجعيّة:

*إعتبرت المدعية أنّ إسناد ديوان الطيران المدني والمطارات للزمة إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات التونسيّة "لمجمع يضمّ كلّ المؤسّسات الموجودة بالسوق التونسيّة يشكّل إتّفاقا محضورا ويكوّن لحالة تركيز إقتصادي "وأهملت في تكييفها القانوني البعد الدولي (International) لطلب العروض وللسّوق المرجعية.

*يتّضح أنّ العرض كان دولياّ كما أن المجمع الذي ظفر باللزمة متكوّن بالإضافة إلى شركة هميلة من شركتي و المتكوّنة من و أي من شركات ناشطة في مجال المطارات وإستغلال الأسواق الحرّة على الصّعيد العالميّ .

*وبناءً على ذلك وطالما كان طلب العروض دوليّا فإن المنافسة في قضيّة الحال كانت دولية وليست وطنيّة وهو ما يجعل إدّعاء المدعية القائل بوجود عمليّة تركيز إقتصادي وإتّفاق بين كل المؤسّسات الموجودة بالسوق التونسيّة والمختصّة في الأسواق الحرّة بهدف تقاسم السّوق في غير محله ويتّجه رفضه.

ثالثا: عدم وجود إتفاق مخّل بالمنافسة

*بناءً على ما سبق بيانه كان من الممكن أن يكون الإدّعاء بوجود إتّفاق محضور وجيهً لو تعلّق الأمر فعلاً بمشاركة مجمع متكوّن من كل الشّركات الناشطة في السّوق التونسيّة في طلب عروض وطني بهدف تقاسم السّوق ولكن الأمر مختلف في قضيّة الحال لكون طلب العروض كان دوليّاً والشّركات المشاركة كثيرة وجلّها ينشط في السّوق العالمية بما في ذلك المدعية التي لم يسعفها الحظ اليوم في الظفر بالسّوق التونسيّة ولكنّها تكتسح في المقابل أسواقاً أخرى في الحوض المتوسّطي وفي شتّى الدّول الأخرى بصفة منفردة أو في إطار مجمع.

*يخلص ممّا سبق أن مشاركة بعض الشّركات الأجنبّية المختصّة في إستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات على الصّعيد المتوسطي والدولي في طلب عروض دولي وفوزها باللزمة لا يمكن أن يكون مكوّناً لإتفاق مخل بالمنافسة، بل يمكن الجزم أن فوز مجمع متكوّن من ثلاث شركات أفضل من فوز شركة واحدة لما في ذلك من تفعيل لمبادئ وتكافؤ الفرص والإستغلال الأحسن للكفاءات الناشطة على الصعيد الدوّلي خدمةً للمصلحة الوطنيّة وضماناً لحسن سير مرفق عمومي ذو طابع إستراتيجي كالأسواق الحرّة.

رابعًا: عدم وجود عمليّة تركيز إقتصادي

*إن العقد الذي يربط بين ديوان الطيران المدني والمطارات مانح اللزمة وشركة مستغل اللزمة هو عقد لزمة خاضع لمقتضيات القانون عدد 23 لسنة 2008 والمتعلق بنظام اللزمات وكان قد استوفى جميع الشروط القانونية و أبرم وفق الاجراءات الضرورية.

* أبدت وحدة متابعة اللزمات رأيها بالموافقة حول ملف تقرير فرز العروض الفنية والمالية المتعلق بإسناد هذه اللزمة الى مجمع بتاريخ 3 أكتوبر 2014 كما يتّضح من تقرير ختم البحث.

*من جهة أخرى فإن إدعّاء المدعية بوجود تركيز إقتصادي دون الحصول على موافقة الوزير المكلّف بالتّجارة في غير محلّه ضرورة أنّ طلب العروض كان دولياً ويسمحُ بمشاركة كل الشّركات الأجنبيّة المختصّة في المجال وهي عديدة ومنتصبة في كل أنحاء العالم وبالتّالي فإن فوز إحدى الشركات أو مجمع متكوّن من البعض منها وفق جميع الشروط القانونيّة كما هو الحال في قضيّة الحال لا يشكّل وضعية تركيز إقتصادي ولا يتسبّب في تهديد مصير الشركات الأخرى التي لم تظفر باللزمة و ذلك لكونها غير ناشطة في السّوق التونسيّة فقط وإنما في سائر دول العالم كما هو الشأن بالنسبة للشركة المدعيّة .

*بناءً على ما سبق بيانه فإن القانون لا يفرض الحصول على أيّة رخصة كانت.

*إنّ سوق الأسواق الحرّة خلافا لعديد القطاعات والمجالات التّجارية الأخرى لها خصوصيّات على مستوى المنافسة إذ لا يخفى أنّ السّوق الحرّة بمطار المنستير مثلاً ليست في وضعيّة منافسة مع السّوق الحرّة بمطار تونس قرطاج أو بمطار جربة

فالمنافسة بالنسبة للمسافرين تكون بين السّوق الحرّة الموجودة بمطار الإنطلاق والسّوق الحرّة على متن الطائرة والسّوق الحرّة الموجودة في مطار الوصول وبالتّالي فإنّه لا وجود لسوق تنافسيّة للأسواق الحرّة بالبلاد التونسيّة بل تكون المنافسة من الناحيّة الجغرافيّة منافسة عالميّة.

وطلبا من المجلس الحكم بعدم الإختصاص واحتياطيا الحكم برفض الدعوى لعدم وجود ممارسات مخّلة بالمنافسة.

وبعد الإطّلاع على ملحوظات مندوبة الحكومة، في الردّ على تقرير ختم الأبحاث، المرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 15 سبتمبر 2016 والّتي تضمّنت بالخصوص:

*أنّ المآخذ المتعلّقة بإجراءات طلب العروض وإسناد اللزمة وبغضّ النظر عن مدى صحّتها،خارجة عن أنظار مجلس المنافسة بإعتبارها خاضعة للتشريع المتعلّق باللزمات (خاصّة القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 1 أفريل 2008 والمتعلق بنظام اللزمات والأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرخ في 19 جويلية 2010 المتعلق بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات) إذ يتيح هذا التشريع بالخصوص إمكانيّة المشاركة في إطار مجمع شركات شريطة أن يكون موضوع المجمع منحصرا في إنجاز موضوع العقد.

*إنّ إثارة مشاركة شركة على أساس رقم المعاملات الذي حقّقته في إطار تجارة التوزيع وتجارة الجملة بغض النظر عن مدى صحّتها،تدخل ضمن إجراءات الحصول على اللزمة وتخرج بالتالي عن أنظار المجلس.

*إنّ تكوين المجمع بهدف المشاركة في طلب العروض يسمح به التشريع الخاص باللزمات وبالإضافة إلى ذلك فإنّ المجمع المعني لا يعد عملية تركيز إقتصادي على معنى قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

*لا يمنع قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار وضعيّة الهيمنة في حد ذاتها وإنّما التعسّف فيها، ولم يتبيّن من الملف ما يفيد توفّر شكل من أشكال التعسّف.
وبناء على ما تقدم تعتبر مندوبة الحكومة أنّ الممارسات المثارة وعلى فرض ثبوتها تتعلّق بإجراءات إسناد اللزمات التي تخضع لتشريع خاص وتخرج بالتالي عن إحتصاص مجلس المنافسة خاصّة في ظل غياب أي دليل على إمكانيّة توفّر ممارسة مخلة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار.

وبعد الإطّلاع على بقيّة الوثائق المظروفة بملف القضيّة.

وبعد الإطلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

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

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطريقة القانونية لجلسة المرافعة المعينة ليوم الخميس 22 سبتمبر 2016، وبها تلت المقرّرة السيّدة
ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث وحضر الأستاذ أصالة ونيابة عن زميله الأستاذ في حق المدعية شركة
وتمسّك بما جاء بعريضة الدعوى.
وحضر الأستاذ نيابة عن المدعى عليها شركة وطلب رفض الدعوى شكلا لتعلّق الشأن بالطعن في مقرر إداري وبالتالي التصريح بعدم إختصاص المجلس للنظر في هذه القضية كما حضر الأستاذ نيابة عن

الأستاذ نائب المدعيها شركة

وتمسك بما قدّم ضمن الردود الكتابيّة.ولم يحضر من يمثل المدعى عليها شركة وقد وجّه إليها الاستدعاء حسب ما يقتضيه القانون.كما لم يحضر من يمثل المدعى عليها شركة وقد وجّه إليها الإستدعاء حسب ما يقتضيه القانون.

وتلت مندوبة الحكومة السيدة ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملف،

إثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 13 أكتوبر 2016.

وبها قرّر المجلس التمديد في أجل المفاوضة لجلسة يوم 27 أكتوبر 2016.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرح بما يلي:

من حيث الشكل

حيث قدّمت الدّعوى في آجالها القانونية ممّن له الصفة والمصلحة واستوفت بذلك جميع مقوّماتها الشكلية، لذا تعيّن قبولها من هذه الناحية.

من حيث الإجراءات:

حيث قام نائبا الطالبة ضد الشركات المكوّنة للمجمع كل على حده: شركة وشركة وشركة والحال أنّ عريضة الدعوى تضمنت إثارة ممارسات ضد هذه الأطراف بصفة مستقلة من ناحية **و ممارسات أخرى ضد المجمع الذي فاز باللزمة** المتكون من الشركات الثلاث المبينة أعلاه وهو شركة مستقلة بذاتها ممثّلة في شركة: .

وحيث تبعا لإثارة الدعوى لممارسات ضدّ المجمع دون ذكرها ضمن الأطراف المدعى عليها.

وحيث تبعا للطبيعة الإستقصائيّة لعمل المجلس تم إدخال المجمع والمتمثّل في شركة كطرف مدعى عليها في القضية الراهنة.

وتبعا لذلك يتّجه تجاوز هذا الخلل الإجرائي.

في ما يتعلق بضمان حقوق دفاع شركتي و وردا على دفوعات ممثلي الشركتين:

حيث تم في إطار التحقيق في القضية الراهنة مراسلة كافّة الأطراف المعنية بما في ذلك شركتي و وذلك في مرحلة أولى على عناوين مقرّاتها الإجتماعية بكل من تركيا وألمانيا وفقا للإجراءات المبيّنة أعلاه ثمّ في مرحلة ثانية تمّت مراسلة وزارتي العدل والشؤون الخارجيّة لتمكين المجلس من الإتفاقيّتين المصادق عليهما بتاريخ 26 جويلية 1969 فيما يتعلق بألمانيا وبتاريخ 4 مارس 1983 فيما يتعلّق بتركيا والتي تستشهد بهما المدعى عليهما وتعتبران أنّه لا بدّ من مراسلتهما بإعتماد الإجراءات المبينة بهاتين الإتفاقيّتين خاصّة فيما يتعلق بإعتماد اللغة التركية واللغة الألمانية في المراسلات.

وحيث أنّه بعد التأكّد من محتوى الإتفاقيّتين المبيّنتين أعلاه والتأكّد من مصادقة الجمهورية التونسيّة عليهما وبالتالي تأكّد صبغتهما القانونيّة التي تفوق القوانين العادية بما فيها خاصّة القانون عدد 36 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار. تمّت مراسلة وزارة الشؤون الخارجية وفقا للإجراءات المبيّنة أعلاه.

كما تمّت مراسلة نائبي المدعية وفقا للإجراءات المبيّنة أعلاه بتاريخ 30 نوفمبر 2015 ومطالبتهما بترجمة عريضة الدعوى إلى اللغة التركية والألمانيّة لدى مترجم محلّف كما تم تذكيرهما بهذا الطلب بمقتضى مراسلة ثانية بتاريخ 7 مارس 2016.

من حيث الأصل:

-الإطار التشريعي والترتيبي المنظّم للقطاع:

-القانون عدد 41 لسنة 1969 المؤرّخ في 26 جويلية 1969 المتعلّق بالمصادقة على الإتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي والمبرمة بين الجمهورية التونسيّة وجمهورية ألمانيا الفيدرالية بتاريخ 26 جويلية 1969.

-القانون عدد 21 لسنة 1983 المؤرّخ في 4 مارس 1983 المتعلّق بالمصادقة على الإتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي والمبرمة بين الجمهورية التونسيّة وجمهورية تركيا المبرمة بتاريخ 7 ماي 1982.

-القانون عدد 70-30 المؤرّخ في 3 جويلية 1970 المتعلق بإحداث ديوان الموانئ الجويّة التونسيّة.

- القانون عدد 110 لسنة 1998 المؤرخ في 28 ديسمبر 1998 والمتعلق بديوان الطيران المدني والمطارات مثلما تمّ تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 41 لسنة 2004 المؤرخ في 3 ماي 2004.

- قانون اللزمات عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في 1 أفريل 2008 والمتعلّق بنظام اللزمات.

- الأمر عدد 1374 لسنة 1998 المؤرخ في 30 جوان 1998 والمتعلق بديوان الطيران المدني والمطارات.

- الأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرّخ في 19 جويلية 2010 والمتعلّق بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات المتمّم والمنقّح بالأمر عدد 4631 لسنة 2013 المؤرخ في 18 نوفمبر 2013.

- الأمر عدد 4630 لسنة 2013 المؤرخ في 18 نوفمبر 2013 والمتعلّق بإحداث وحدة متابعة اللزمات برئاسة الحكومة.

دراسة السوق:

-تحديد السوق المرجعيّة:

حيث تتعلّق السوق المرجعيّة بسوق إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات التونسية الراجعة بالنظر لديوان الطيران المدني والمطارات وعددها خمسة والمتمثلة في تونس- قرطاج ، جربة- جرجيس، صفاقس- طينة، توزر – نفطة، طبرقة – عين دراهم.

وحيث يتمّ إستغلال هذه السوق بمقتضى عقد لزمة إثر القيام بكافة إجراءات طلب عروض دولي يقوم بإجرائه ديوان الطيران المدني والمطارات الذي يتوّج بإبرام عقد لزمة مع الشركات أو المجمع الفائز بطلب العروض.

وحيث تشكّل هذه السوق في حد ذاتها سوقا مرجعية وهو نفس توجّه فقه قضاء هيئة المنافسة الفرنسية :

« L'attribution des concessions commerciales sur les aéroports constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent **l'offre** de location de locaux commerciaux en zone internationale des aéroports et **la demande** d'opérateurs économiques souhaitant y exploiter des commerces sous douane. »

وحيث يتمثّل هذا الإستغلال في عدّة أنشطة يلتزم بالقيام بها الفائز باللزمة وفقا **للفصل الأوّل نقطة 2** من عقد اللزمة:

«…L'OACA concède … au concessionnaire qui l'accepte, à ses frais, risques et péril l'exploitation l'entretien, la maintenance, le renouvellement et le développement des activités et services nécessaires au fonctionnement des Duty-Free Shop ainsi que la promotion marketing et commerciale et la gestion des espaces et des locaux destinés aux ventes en hors taxes aux passagers des vols internationaux au départ et à l'arrivée, situés dans les cinqs aéroports internationaux Tunis-Carthage, Djerba-Zarzis, Sfax-Thyna, Tozeur-Nefta et Tabarka-Ain Draham ».

-الأطراف المعنيّة:

شركة المدعية في القضية الراهنة هي شركة خفية الإسم مسجّلة ببازال سويسرا قيمة رأس مالها CGF1.000,000 وقد دعمت هذه الشركة مكانتها على مستوى السوق العالمية بإستيعابها لشركة .

– شركة [4]

شركة تركيّة خفية الإسم قيمة رأس مالها :6.000.000,00 ليرة تركية. مرسّمة بالسجّل التجاري والشركات لإسطنبول–تركيا تحت عدد .

مقرها الإجتماعي كائن بـ:

i

وتساهم شركة بنسبة 30 % في رأس مال شركة

– شركة [5]

شركة ألمانية قيمة رأس مالها 100.000.000,00 أورو. مقرها الإجتماعي كائن

مرسّمة بالسجّل التجاري والشركات لهامبورغ تحت عدد .

---

[3] -Dufry, le groupe établi à Bâle contrôlera 15% du marché mondial du commerce de détail dans les aéroports

Dufry poursuit son expansion. Consolidant son rang de numéro un mondial du commerce de détail hors taxe dans les aéroports, le groupe bâlois acquiert son concurrent zurichois Nuance Group, une ex-filiale de Swissair.

[4] - **ATU** est l'opérateur unique des magasins en hors taxes à l'aéroport Enfidha-Hammamet. Environ 16.312 produits sont proposés dans 2 magasins, en zone sous douane d'arrivée et de départ, sur une superficie de 1.686m².

Les magasins ATU offrent en plus des produits classiques tel que les parfums, produits cosmétiques, alcool et tabac ; des produits Tunisiens typiques et un large choix d'habits et accessoires de mode.

Les magasins ATU sont ouverts en permanence, 24 heures par jour, toute l'année. **Source** :

[5] -L'Allemand Heinemann est le leader européen du marché Duty Eree et l'un des opérateurs qui ont le plus euvré à faire baisser les prix des produits sous-douane en Europe.

وتساهم شركة بنسبة 50 % في رأس مال شركة

.

–شركة :

شركة خفيّة الإسم قيمة رأس مالها: 8000000,000 دينار. يتمثّل نشاطها في بيع المنتوجات مقرّها الإجتماعي كائن

– .

رقم المعاملات المحقّق خلال سنوات 2011 و2012 و2013

2013	2012	2011
68000000	66000000	60000000

وتساهم شركة هميلة بنسبة 20 % في رأس مال شركة

–شركة:[6]

[6] - **Préambule du statut de la société :**
- Le Concessionnaire est constitué sous la forme d'une société anonyme résidente de droit tunisien.
-Le capital social doit être au minimum égal à 30 % du montant minimum du montant de l'investissement à réaliser .et
- Le chef de file **(** **)** doit rester l'actionnaire majoritaire de la société. Tout changement de la composition de l'actionnariat doit être approuvé par l'OACA.

La Société شركة خفيّة الإسم قيمة رأس مالها: 31000000,000 دينار تاريخ بداية النشاط: 22 أكتوبر 2014 .

وينقسم رأس مال شركة بين المساهمين كما يلي:

الشركة	النسبة
شركة	**% 50**
شركة	**% 30**
شركة	**% 20**
المجموع	**% 100**

وتتمتّع شركة بصفة رئيس الفريق بالشركة والمساهم بالأغلبيّة في رأس مال الشركة.

-تحليل طلب العروض المتعلّق بلزمة إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات التونسية الراجعة لديوان الطيران المدني والمطارات والإجراءات المتعلقة به:

حيث أنّ ديوان الطيران المدني والمطارات منشأة عموميّة[7] مكلّفة أساسا بإستغلال وتهيئة وتطوير المطارات ومراقبة الملاحة الجويّة وإسناد لزمات لإستغلال مختلف الممتلكات الراجعة له وبعض الخدمات الداخلة في مهامه.

---

[7] - **L'OFFICE DE L'AVIATION CIVILE ET DES AEROPORTS (OACA)** est un établissement public à caractère industriel et commercial doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière. Il est sous tutelle du Ministère du Transport et est chargé de gérer, de développer et d'exploiter 5Aéroports Internationaux: **Tunis-Carthage**, **Djerba-Zarzis**, **Sfax-Thyna**, **Tozeur-Nefta**, **Tabarka-Ain Draham**, **Gafsa - Ksar** et **Gabès Matmata**. L'OACA a concédé l'exploitation de l'Aéroport Monastir Habib Bourguiba à partir du 01 janvier 2008 et la construction de l'Aéroport Enfidha Hammamet au mois de Mai 2007 à une entreprise privée. Ce dernier est entré en exploitation au mois de Décembre 2009.
Aux termes du Décret N° 98-1374 du 30 juin 1998, l'actuelle appellation de l'Office de l'Aviation Civile et des Aéroports (OACA) a remplacé celle de l'Office des Ports Aériens de Tunisie (OPAT), créé par la loi 70-30 du 03 juillet 1970. **Source** :Site de l'OACA)

ولهذه اللزمات صبغة إداريّة وفقا لأحكام **الفصل الثاني** من القانون عدد 110 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 ديسمبر 1998 المتعلّق بديوان الطيران المدني والمطارات الذي ينص على أنّه: "يمكن لديوان الطيران المدني والمطارات في إطار التراتيب الجاري بها العمل **إسناد لزمات** لإستغلال مختلف الممتلكات الراجعة له وبعض الخدمات الداخلة في مهامه ولهذه اللزمات صبغة إدارية....".

وحيث ترجع بالنظر لديوان الطيران المدني والمطارات خمس مطارات وهي التالية:

- مطار تونس- قرطاج
- مطار جربة- جرجيس
- مطار صفاقس- طينة
- مطار توزر – نفطة
- مطار طبرقة – عين دراهم.

وحيث أنّ هذه السّوق كان يستغلّها الدّيوان بوسائله الخاصّة قبل تاريخ 1 جويلية 1997.ثمّ إنطلاقا من تاريخ 1 جويلية 1997 إلى غاية 30 جوان 2014 تمّ إسناد إستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات التونسية الخمس الراجعة لديوان الطيران المدني بمقتضى عقد لزمة[8] إلى الشركة المدعية في القضية الراهنة وهي شركة [9] إلى غاية 30 جوان 2014 تاريخ إنتهاء العقد الذي يربطها بالديوان[10].علما أنّه تم التمديد في مدة عقد اللزمة الرابط بين الطرفين في عدة

[8] -إثر قيام الديوان سابقا: l'OPAT بطلب عروض دولي في جوان 1996.

[9] -مع الملاحظة أنّ تسمية الشركة سابقا تتمثّل في: Société

[10] -تم التمديد في مدة العقد إثر إنتهاء المدة الأولى المتمثلة في ثماني سنوات وفقا للفصل 17 من عقد اللزمة :
"La présente concession est accordée et consentie pour une période ferme de huit années débutant le 1er Janvier 1998. »

مناسبات بمقتضى des avenants ذلك أنّ مدّة العقد الأصلي تتمثّل في 8 سنوات إنطلاقا من تاريخ 1 جانفي 1998.

وحيث أنّه إثر ذلك قام ديوان الطيران المدني والمطارات بطلب عروض دولي في فيفري 2014 لإسناد إستغلال المطارات الخمس الراجعة له بالنظر فتقدّمت بالمشاركة فيه في إطار إجراء الإنتقاء الأوّلي 7 شركات من بينها الشركة المدعية والشركات المدّعى عليها.

وفيما يلي قائمة الشركات والمجمعات التي شاركت في طلب العروض الدولي في مرحلة الإنتقاء الأوّلي[11]: les candidatures à la pré-qualification

- مجمع شركة ومجموعة بولينا القابضة
- شركة
- شركة
- شركة
- شركة
- شركة
- مجمع شركات و و .

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أنّه تمّ إبرام إتفاق تجمّع وإحالة سلطة[12] بين الشركات الثلاث المبيّنة أعلاه بتاريخ 5 مارس 2014 ويتمثّل موضوع الإتّفاق وفقا للفصل الأوّل من العقد فيما يلي:

« Par le présent Accord ,les Parties décident de constituer un groupement en vue de :

- la remise d'une offre commune à l'Appel d'Offre et

[11] - Dossier d'appel à candidature :

Une procédure de pré-qualification est mise en place afin de sélectionner les candidats sur la base des critères de pré-qualification tels que définis dans le présent dossier.

[12] -Accord de Groupement et délégation de pouvoir.

- dans l'hypothèse ou cette offre commune serait retenue par l'OACA, la constitution d'une société en vue de la signature de la Concession avec l'OACA »

وتجدر الإشارة إلى أنّ المعطيات المضمّنة بالملف تفيد أنّ الشركات آنفة الذكر تنشط بأسواق عالمية وفقا لما يلي بيانه":

1- مجمع شركة ومجموعة بولينا القابضة

* عدد المطارات التي تنشط بها بالأسواق العالمية:31 مطار

* مجموع المساحة التجارية[13] 46852 متر مربع

2- شركة

* عدد المطارات التي تنشط بها بالأسواق العالمية:31 مطار

* مجموع المساحة التجارية[14] 46852 متر مربع

3- شركة

* عدد المطارات التي تنشط بها بالأسواق العالمية :182 مطار في أكثر من 45 بلد حول العالم.

4– شركة

تنشط في 315 نقطة بيع من بينهم 290 بالمطارات بمساحة جملية 71,329 متر مربع في أكثر من 18 بلد.

5- شركة

* عدد المطارات التي تنشط بها بالأسواق العالمية:**61** مطار

وتستغلّ أكثر من 550 مغازة في 21 بلد.

وقد ترشّحت إلى **المرحلة الثانية** الشركات التالية:

- مجمع شركة ومجموعة بولينا القابضة
- شركة

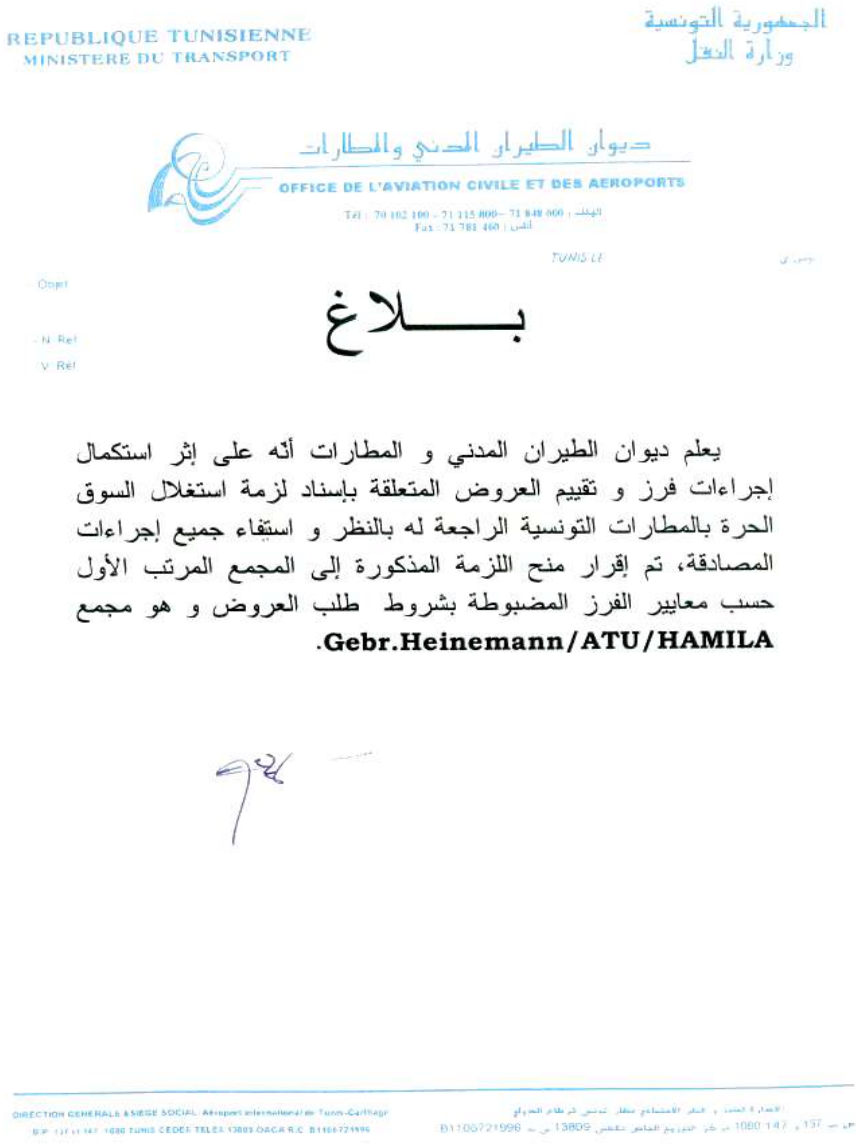
[13] -total des surfaces commerciales sous douane gérées
[14] -total des surfaces commerciales sous douane gérées

- شركة
- شركة
- مجمع شركات و و .

علما أنّه تم بعد ذلك إستيعاب شركة من طرف شركة

وحيث صدر بتاريخ 9 أكتوبر 2014 بلاغ عن ديوان الطيران المدني والمطارات يعلن عن إسناد لزمة إستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات الراجعة لها للمجمع المكوّن من الشركات الثلاث[15] و و المدعى عليها والمتمثّل في شركة: وفقا لما يلي:

[15] - En date du 2l mars 2014, les sociétés Gebr. Heinemann, ATU et Hamila pour le Commerce et l'Industrie SA ont remis une candidature commune dans le cadre d'un groupement
En date du 09 juillet 2014, I'OACA a notifié à Gebr. Heinemann SE&Co.KG (en qualité de chef de file) que le Groupement a été pré-qualifié.
En date du | 8 août 2014, le Groupement a soumis une offre conformément aux éléments requis en application
du dossier d'appel d'offres
En date du 08 octobre2014,I'OACA a notifié à Gebr. Heinemann SE&Co.KG que I'offre du Groupement a été retenue.



REPUBLIQUE TUNISIENNE
MINISTERE DU TRANSPORT

الجمهورية التونسية
وزارة النقل

ديوان الطيران المدني والمطارات
OFFICE DE L'AVIATION CIVILE ET DES AEROPORTS

بـــــلاغ

يعلم ديوان الطيران المدني و المطارات أنه على إثر استكمال إجراءات فرز و تقييم العروض المتعلقة بإسناد لزمة استغلال السوق الحرة بالمطارات التونسية الراجعة له بالنظر و استيفاء جميع إجراءات المصادقة، تم إقرار منح اللزمة المذكورة إلى المجمع المرتب الأول حسب معايير الفرز المضبوطة بشروط طلب العروض و هو مجمع **.Gebr.Heinemann/ATU/HAMILA**

وحيث أنّ مدّة هذه اللزمة وفقا للفصل الرابع من العقد: 8 سنوات وشهرين[16] تبدأ من تاريخ 1 نوفمبر 2014.

وتقدّر عائدات هذه اللزمة بـ32 مليون أورو سنويا أي ما يعادل 70 مليون دينار أي حوالي ضعف عائدات عقد اللزمة السابق (35 مليون دينار) والذي كانت شركة هي المستغلة.

[16] -La Concession prend fin à la date d'expiration de la durée du contrat de concession fixée à huit (8) ans et deux (2) mois, à compter du 1er Novembre 2014.

وحيث أبدت وحدة متابعة اللزمات رأيها بالموافقة حول ملف تقرير فرز العروض الفنيّة والماليّة المتعلّق بإسناد لزمة إستغلال الأسواق الحرّة بالمطارات التونسيّة إلى المجمع (شركة) بتاريخ 3 أكتوبر 2014.

طبيعة العقد الذي يربط بين الطرفين:

يتمثّل العقد الذي يربط بين ديوان الطيران المدني والمطارات (مانح اللزمة) وشركة (مستغل اللزمة) في عقد لزمة يخضع لمقتضيات القانون عدد 23 لسنة 2008 والمتعلق بنظام اللزمات.

الإجراءات المتعلّقة بعمليّة إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات التونسيّة الراجعة لديوان الطيران المدني والمطارات:

إنّ الإجراءات المتعلّقة بعمليّة إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات التونسيّة الراجعة لديوان الطيران المدني والمطارات تشتمل على مرحلتين[17] تهمّ الأولى: إجراء اختيار أوّلي على المترشّحين الرّاغبين في المشاركة عبر طلب عروض دولي بينما تتعلّق الثانية بإصدار طلب عروض مضيّق.

لذا بادر ديوان الطيران المدني والمطارات بتحديد جملة من شروط التأهّل الأوّلي يتمّ بموجبها انتقاء المترشّحين الّذين تتوفّر فيهم الشّروط المطلوبة والسّماح لهم دون غيرهم بالمشاركة في طلب العروض.

[17] -cette concession sera opérée par voie d'appel d'offres international comportant deux phases :une première phase de pré-qualification de candidats à laquelle suivra une seconde phase d'appel d'offres restreint.

عن الممارسات المثارة:

1-في ما يتعلّق بخرق أحكام الفصل 5 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار:

حيث تفيد عريضة الدعوى أنّ إسناد الصفقة إلى المجمع يجعل شركة في وضعية هيمنة إقتصاديّة وذلك بصفة مباشرة في مطاري صقانس المنستير والنفيضة وبصفة غير مباشرة في بقيّة المطارات موضوع الصفقة الحاليّة.

وأنّ هذا المجمع يهدف إلى تقاسم السّوق المرجعيّة المتمثّلة في الأسواق الحرّة بالمطارات والموانئ التونسيّة وإلى إخراج المدعية من هذه السوق.

وحيث أنّه في ما يتعلّق بهذا الدفع في خصوص شركة فإنّه يتّجه التأكيد من ناحية أولى على أنّ وضعيّة الهيمنة الإقتصاديّة ليست مخلة بالمنافسة في حد ذاتها ذلك أنّ فقه قضاء مجلس المنافسة إستقرّ على إعتبار أنّ عنصر الهيمنة على السوق أو على جزء في حد ذاته لا يشكل خرقا لقواعد المنافسة إلاّ إذا إقترن بثبوت قيام المؤسسة المهيمنة بممارسات من شأنها أن تؤول إلى عرقلة السير الطبيعي لقواعد المنافسة أو إزاحة المنافسين.

وحيث يتبيّن من ناحية ثانية أنّ شركة مؤسّسة متفرّعة عن شركة وتمتلك هذه الأخيرة نصف الأسهم في شركة .

وحيث تتمتّع شركة " بلزمة إستغلال مطار صقانس المنستير تبعا لعقد اللزمة المبرم مع ديوان الطيران المدني والمطارات بتاريخ 18 ماي 2007 وهي كذلك تقوم بإستغلال مطار النفيضة وفقا لعقد لزمة المصادق عليه بتاريخ 18 ماي 2007 والمبرم مع الدولة التونسية ممثلة في وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية بينما في ما يتعلق بلزمة إستغلال المطارات الخمس موضوع القضية الراهنة فإنّ الشركة المعنية هي شركة .

وحيث لم يبيّن التحقيق في هذا الجانب قيام شركة بممارسات مخلة بالمنافسة على معنى أحكام الفصل الخامس من قانون المنافسة والأسعار.

وحيث إعتبرت كذلك المدعية أنّ إجتماع كل المؤسسات المختصة في مجال الأسواق الحرة بالمطارات والموانئ البحرية بإستثناء المدعية في مجمع واحد يشكّل إتفاقية على معنى الفصل 5 المبيّن أعلاه وهي إتّفاقيّة يمنعها القانون بحكم أنّها تؤدي حتما إلى تقاسم الأسواق وتغييب المنافسة.

وحيث أنّ التحقيق في هذا الدفع الذي يعتبر أنّ تجمّع هذه الشركات في مجمع واحد إتفاق صريح للإخلال بالمنافسة يبيّن أنّه مجانب للصواب وذلك بإعتبار أنّ تكوين هذا المجمع سمح به القانون وفقا للفصل**13 (رابعا)**[18] من الأمر عدد 4631 لسنة 2013 المؤرخ في 18 نوفمبر 2013 والمتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرّخ في 19 جويلية 2010 والمتعلّق بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات الذي ينصّ على أنّه:"**يرخّص للمترشّح المشاركة بصفة فرديّة أو في إطار مجمع شركات وحيد.ويمكن للمترشّح الإعتماد على إمكانيّات بقيّة أعضاء المجمع**".

يمكن لمانح اللزمة أن يشترط صلب نظام طلب العروض ما يفيد مسؤوليّة أعضاء المجمع بالتضامن على تنفيذ العقد".

وحيث كوّنت الشركات المدعى عليها مجمعا بهدف تقديم عرض جماعي: une offre communeللمشاركة في طلب العروض الذي أعلن عنه ديوان الطيران المدني والمطارات وهو ما تمكّنه أحكام الفصل **13 (رابعا)** من الأمر عدد 4631 لسنة 2013 المذكور أعلاه.

[18] -**Article 13(quarter)** du décret n° 4631 du 18/11/2013 : « Le concessionnaire est autorisé à soumissionner seul ou dans le cadre d'un seul groupement. Le soumissionnaire peut s'appuyer sur les capacités d'autres membres du groupement ».

وحيث أنّ الآلية القانونيّة التي سمحت للمجمع المتكوّن من الشركات المدعى عليها من إستغلال الأسواق الحرة بالمطارات التونسية تتمثل في **عقد لزمة** تمّ إبرامه إثر تفعيل إجراءات الدعوة للمنافسة بين منشاة عمومية :مانح اللزمة وهوديوان الطيران المدني والمطارات وشركة " "

(المستغل) وهو عقد إداري بإمتياز .

وحيث إعتبرت المدعية أنّ السماح إلى المجمع المتكوّن من كلّ المؤسسات العاملة بالأسواق الحرّة بإستثناء المدعية شركة بالنشاط سيؤول حتما إلى تقاسم السوق المرجعية والسيطرة عليها بصفة مطلقة وخلق وضعيّة إحتكار وهو أمر يرجع بالمضرة على الإقتصاد التونسي وعلى المستهلك.

وحيث أنّ وضعية الإحتكار في حدّ ذاتها لا تشكّل ممارسة مخلة بالمنافسة.

وحيث لم يثبت من التحقيق في هذا الجانب قيام شركة

بممارسات مخلة بالمنافسة على معنى أحكام الفصل الخامس من القانون المتعلق بالمنافسة والأسعار.

وحيث تبعا لذلك يتّجه رفض هذا الفرع من الدعوى.

2-في ما يتعلّق بخرق أحكام الفصلين 7 و 9 من القانون المتعلق بالمنافسة والأسعار:

حيث أنّ تكوين المجمع في القضيّة الراهنة كان بغرض المشاركة في طلب العروض وفقا لمختلف الإجراءات والمراحل والتي تمّ تضمينها بتوطئة القانون الأساسي لشركة كما يلي:

وحيث أنّ تكوين المجمع الراهن تمّ تطبيقا لأحكام الفصل 13(رابعا) من الأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرّخ في 19 جويلية 2010 والمتعلّق بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات المتمّم والمنقّح بالأمر عدد 4631 لسنة 2013 المؤرّخ في 18

نوفمبر 2013 الذي يرخّص "للمترشّح المشاركة بصفة منفردة أو في إطار مجمع شركات وحيد ويمكن للمترشّح الإعتماد على بقيّة أعضاء المجمع.

وحيث أنّ ملف طلب الترشّحات أتاح الفرصة للتجمّعات المشاركة وهو ما يتّضح ضمن النقطة 5.2.2 التي تنصّ على ما يلي:

Le candidat pourra agir seul sous la forme d'une société ou d'un groupement incluant un ou plusieurs partenaires résidents ou non résidents.

وحيث أنّه إضافة لذلك فإنّ المجمع الراهن لا يمكن أن يشكّل عمليّة تركيز إقتصادي بإعتبار أنّ طلب العروض المعني في القضيّة الراهنة هو طلب عروض دولي كما أنّه على عكس الشركة التي تولد إثر عمليّة التركيز الإقتصادي فإنّ خصوصيّة المجمع في القضية الراهنة أنّ موضوع نشاطه منحصر في موضوع اللزمة إذ يخضع لمقتضيات الفصل السادس من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 1 أفريل 2008 والمتعلّق بنظام اللزمات والذي يحدّد بصفة إجباريّة موضوع الشركة ويحصره في إنجاز موضوع العقد:

"... يجب أن يكون موضوع الشركة منحصرا في إنجاز موضوع العقد"

وحيث تبعا لذلك فإنّ المجمع المكوّن من الشركات الثلاث المدعى عليها لا يشكل عملية نركيز إقتصادي.

وحيث أنّه وعلاوة على ذلك فإنّ إعتبار المجمع عملية تركيز إقتصادي من عدمه لا يشكّل في حدّ ذاته ممارسة مخلة بالمنافسة.

وحيث تبعا لعدم وجود حالة إستغلال مفرط لمركز هيمنة فإنّه يتّجه رفض هذا الفرع من الدعوى.

3-في ما يتعلّق بالدفع المتعلّق بالتلاعب بنتائج الصفقة:

حيث أوجبت الفقرة الرابعة من الفصل 5 ثانيا لكرّاس الشروط المتعلّق بالمرحلة الأولى على المؤسسة المشاركة في طلب العروض تقديم قائمة في المطارات التي نشطت بها المؤسسة مع شهادة في التجربة الناجحة مسلّمة من المطارات التي عملت فيها.

وحيث إعتبرت المدعية أنّه بحكم العلاقة العضوية الواضحة بين شركة التي فازت بالصفقة وشركة ضرورة بإعتبار أنّ شركة مؤسسة متفرّعة عن شركة يجعل من الشهادة التي سلّمتها هذه الأخيرة إلى فرعها شركة مجرّد وثيقة محاباة ضرورة أنّها صادرة عن مؤسسة تستأثر بنصف رأس مال الشركة التي فازت بالصفقة أي شركة وهي بالتالي بمثابة الحجّة التي لا يعترف بها القانون تطبيقا لأحكام الفصل 648 من مجلّة الإلتزامات والعقود التي نصّت صراحة على أنّ:"ما يصدر من شخص لا يكون حجّة له".

وحيث أنّ هذا المأخذ وبغضّ النظر عن صحّته من عدمها فإنّه يتعلّق بمرحلة الإجراءات وإسناد الصفقة ذلك أنّ الطعن في شروط أو التشكيك في مصداقية إسناد اللزمة تبعا للإخلال أو التلاعب بالإجراءات يندرج في إطار الطعن في قرار إداري وهي من المسائل التي تخرج عن إختصاص المجلس وهي من إختصاص المحكمة الإداريّة.

وحيث تبعا لذلك لا يندرج هذا المطعن في إطار الممارسات المخلة بالمنافسة.

وحيث يتّحه تبعا لذلك رفض هذا الفرع من الدعوى لعدم الإختصاص.

4- المأخذ الرابع المتعلّق بخرق أحكام الفصل 5 من القانون المتعلق بتجارة التوزيع:

حيث تتعلّق الممارسات المشتكى بها في هذا الإطار بشركة .

وحيث ورد بعريضة الدعوى أنّ رقم المعاملات الذّي أسّست عليه شركة مشاركتها في طلب العروض يتعلّق في الآن نفسه بالمبلغ الذي حقّقته في إطار التجارة بالجملة وبالمبلغ الذي أنجزته في إطار تجارة التفصيل.

وحيث إشترطت في هذا الإطار **أحكام الفصل 5 ثانيا من كرّاس الشّروط** ضمن المرحلة الأولى أن يمدّ المترشّح الإدارة برقم أعماله الموافق لسنتي 2011 و2012.

وحيث لم تقم المدعية بتأييد إدّعائها بوسائل الإثبات الأوليّة اللازمة وفقا لما تقتضيه أحكام الفقرة 6 من الفصل 15 والتي يشترطها القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث أنّه وبغض النظر عن ذلك فإنّه من حيث المبدأ فإنّ الطعن في كيفيّة حصول الأطراف المكوّنة للمجمع على اللزمة الراهنة موضوع القضية الراهنة يعد طعنا في الإجراءات التي تمّ على أساسا فوز المجمع باللزمة الراهنة وهي مسائل تخرج عن إختصاص مجلس المنافسة.

وحيث علاوة على ذلك فإنّ المعطيات المستقاة من ديوان الطيران المدني والمطارات تفيد أنّه إستنادا إلى الفصل 11 من الأمر عدد 1753 لسنة 2010 والمتعلّق بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات يتمّ إعتماد القوائم الماليّة الخاصّة بالسنتين المحاسبيّتين الأخيرتين للمترشّح بنظام الإنتقاء الأولي المصادق عليها من قبل مراجع الحسابات وهو ما تمّ في ما يتعلق بشركة " ".

وأنّ إعتماد مانح اللزمة على رقم المعاملات الجملي بالنسبة لشركة " " لم يؤثّر في نتائج عملية الإنتقاء الأولي نظرا لتحصل هذه الأخيرة لمعدّل يخوّل لها إجتياز مرحلة الإنتقاء الأوّلي حتى لو تمّ منحها صفرا بخصوص رقم المعاملات وأنّ شركة " " تقوم بإستغلال تجارة التفصيل في العديد من المطارات (10) في مساحة تفوق 35000 (14550 منها في مطار فرنكفورت :57 مليون مسافر) وهي مساحة تمثّل سبعة عشر أضعاف المساحة المخصّصة لمغازات السوق الحرة بمطار تونس قرطاج.

وأنّ نتائج المرحلة الأولى تهدف حصريا إلى إنتقاء المترشّحين الذين تمت دعوتهم لتقديم عروضهم في المرحلة الثانية ولا يتم إحتساب هذه النتائج ضمن المعايير المعلن عنها في نظام طلب العروض والتي يتم على إثرها ترتيب العروض وإسناد اللزمة.

وحيث أنّ التثبّت من الوثائق المطلوبة وقبولها يندرج في إطار إعمال صلاحيات ديوان الطيران المدني والمطارات كمسيّر لمرفق عمومي وتطبيق كافة الإجراءات اللازمة لإبرام عقد اللزمة وذلك تطبيقا لأحكام قانون اللزمات عدد 23 لسنة 2008 وللفصل الثاني من القانون عدد 110 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 ديسمبر 1998 والمتعلق بديوان الطيران المدني والمطارات والأمر عدد 1753 لسنة 2010 المؤرّخ في 19 جويلية 2010 والمتعلّق بضبط شروط وإجراءات منح اللزمات المتمّم والمنقّح بالأمر عدد 4631 لسنة 2013 المؤرخ في 18 نوفمبر 2013.

وحيث أنّ هذا المأخذ يهدف في جوهره إلى إلغاء قرار إداري بإسناد لزمة وبالتالي يخرج عن إختصاص مجلس المنافسة إذ أنّ قضاء مجلس المنافسة قد جرى بإطّراد على إعتبار أنّ القرارات الإداريّة التي تصدر عن الذوات العموميّة غير خاضعة لولايته شأنها في ذلك شأن الأعمال التي تقوم بها تلك الذوات تنفيذا لقرارات إداريّة أمرة في إطار تطبيق النصوص التشريعيّة أو الترتيبيّة وأنّ مهمّة النظر في شرعيّة تلك الأعمال القانونيّة ترجع إلى القاضي الإداري.

وحيث تبعا لذلك يتجه رفض هذا الفرع من الدعوى لعدم إختصاص المجلس.

وحيث أنّه من جهة أخرى فإنّ ما ورد بعريضة الدعوى من كون شركة بحصولها على اللزمة فإنّها تصبح تاجر جملة بالنسبة لمطاري صقانس المنستير والنفيضة وتاجر تفصيل بالنسبة لبقية المطارات موضوع القضية الراهنة وأنّ في ذلك مخالفة واضحة لأحكام الفصل 5 المشار إليه من القانون المتعلّق بتجارة التوزيع في غير محله بإعتبار أنّ الشركة المعنيّة بتنفيذ اللزمة الراهنة ليست شركة وإنّما شركة وبالتالي فإنّ الوثائق المحاسبيّة المعتمدة تتعلق بهذه الأخيرة.

وحيث يتّجه تبعا لذلك رفض هذا الفرع من الدعوى.

وحيث لم يفرز البحث والتحقيق في القضية الراهنة عن وجود ممارسات مخلة بالمنافسة على معنى أحكام الفصل الخامس من قانون المنافسة والأسعار.

ولهذه الأسباب:

قرر المجلس:رفض الدعوى.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائيّة الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السيّد الحبيب جاء بالله وعضويّة السيّدة ماجدة بن جعفروالسادة محمد العيادي وعماد الدرويش ومحمد بن فرج.

وتلي علنا بجلسة يوم 27 أكتوبر 2016 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزّيتوني.

الرّئيس **كاتبة الجلسة**

الحبيب جاء بالله

يمينة الزيتوني