الحمد لله

الجمهورية التونسية

الهيئة الوطنية للاتصالات

القضية : عـ180ـدد

تاريخ القرار: 21 ديسمبر 2016

قـــرار

أصدرت الهيئة الوطنية للاتصالات

القـرار التـالي بيـن:

المدعيـة: شـركة في شـخص ممثلـها القـانوني الكـائن مقرهـا الاجتمـاعي

من جهـة

المدعـــى عليهـا: الشـركة في شـخص ممثلـها القـانوني الكـائن مقرهـا

من جـهة اخرى

بعـد الاطـلاع علـى عريضـة الـدعوى المقدمـة مـن طـرف شـركة بتـاريخ 21 أفريـل 2015 والمرسمـة بـدفتر القضـايا بكتابـة الهيئـة تحـت عـ180ـدد والمتضـمنة ادعاءهـا تمـادي شـركة في إتيـان ممارسـات مخلـة بقواعـد المنافسـة النزيهـة بترويجهـا لعـرض تحفيـزي خـلال الفـترة الممتـدة مـن 04 إلى 30 أفريـل 2015 لفائـدة حرفائهـا المشـتركين بعـرض TT % 1000 "يخـول لهـم إمكانيـة مضـاعفة أرصـدتهم بنسـبة تـتراوح مـن % 1200 إلى غايـة % 2000 عـن كـل عمليـة شـحن بخمسـة دنـانير أو أكثـر مشـكّكة في حصـول عـرض الحـال علـى الموافقـة المسـبقة للهيئـة الوطنيـة للاتصـالات طبقـا لمقتضـيات الفصـل 3 (أ) مـن الأمـر عـ3026ـدد لسـنة 2008 المـؤرخ في 15 سـبتمبر 2008 والمتعلـق بضـبط الشـروط العامـة لاسـتغلال الشـبكات العموميـة للاتصـالات وشـبكات النفـاذ المـنقح والمـتمم بـالأمر عـ53ـدد المـؤرخ في 10 جـانفي 2014 نظـرا لتمسـكها بمخالفتـه لمقتضـيات قـرار الهيئـة عـ54ـدد الصـادر بتـاريخ 11 جـوان 2014 والمتعلـق بالمصـادقة علـى طريقـة تحديـد تعريفـات عـروض خـدمات التفصـيل الموجهـة للعمـوم وإجـراءات الموافقـة عليهـا متمسـكة بقبـرة العـرض علـى المسـاس بالتوازنـات داخـل سـوق الاتصـالات

وانتهت إلى طلب قول ما يقتضيه القانون في خصوص الممارسات التي عمدت المدعى عليها إلى إتيانها بما يضمن حقوق الأطراف المتدخلة وتطبيق مقتضيات الفصل 74 من مجلة الاتصالات.

وبعد الإطلاع على مجلة الاتصالات الصادرة بمقتضى القانون عدد 01 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي 2001، المنقحة والمتممة بالقانون عدد 46 لسنة 2002 المؤرخ في 07 ماي 2002 وبالقانون عدد 01 لسنة 2008 المؤرخ في 08 جانفي 2008 وبالقانون عدد 10 لسنة 2013 المؤرخ في 12 أفريل 2013 وخاصة الفصول 63 و 65 جديد و 67 جديد و 68 جديد و 74 جديد منه.

وبعد الإطلاع على الأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلق بضبط الشروط العامة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ كما تم تنقيحه بالأمر عدد 53 المؤرخ في 10 جانفي 2014.

وبعد الاطلاع على المبادئ التوجيهية المنظمة لعروض خدمات الاتصالات بالتفصيل لمشغلي الشبكات العمومية للاتصالات والصادرة بمقتضى قرار الهيئة عدد 159 المؤرخ في 20 ديسمبر 2012 والتي تم إلغاؤها بالقرار عدد 54 الصادر بتاريخ 11 جوان 2014 والمتعلق بالمصادقة على طريقة تحديد تعريفات عروض خدمات التفصيل الموجهة للعموم وإجراءات الموافقة عليها.

وبعد الاطلاع على المراسلة الصادرة عن الهيئة الوطنية للاتصالات عدد 653 بتاريخ 24 أفريل 2015 والتي وجه بمقتضاها نظير من عريضة الدعوى إلى وزير تكنولوجيات المعلومات والاتصالات.

وبعد الاطلاع على المراسلة الصادرة عن الهيئة الوطنية للاتصالات عدد 652 بتاريخ 24 أفريل 2015 والتي وجه بمقتضاها نظير من عريضة الدعوى إلى شركة لتمكينها من تقديم ردودها حول القضية المرفوعة ضدها.

وبعد الاطلاع على تقرير شركة في الرد على عريضة الدعوى الوارد على الهيئة بتاريخ 26 ماي 2015.

وبعد الاطلاع على المقرر عدد 82 الصادر عن رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات بتاريخ 24 أفريل 2015 الذي عينت بمقتضاه السيدة بشرى بن ناجي مقرّرا للنزاع.

وبعد الاطلاع على تقرير ختم الأبحاث المؤرخ في 22 أوت 2016 والمحال على طرفي النزاع وفق الصيغ التي اقتضاها الفصل 68 من مجلة الاتصالات.

وبعد الاطلاع على جواب" على تقرير ختم الأبحاث الوارد على الهيئة بتاريخ 02 نوفمبر 2016.

وبعد الاطلاع على بقية مظروفات الملف وما يفيد استدعاء طرفي النزاع لجلسة يوم 21 دسمبر 2016 وفيها حضرت الأستاذة نجاة الجلاصي في حق الأستاذ نائب المدعية

- ورافعت في ضوء ملحوضاتها الكتابية المظروفة بالملف متمسكة بما ورد بعريضة الدعوى وبجوابها على تقرير ختم الأبحاث وعارضت مقترح المقرر، ملاحظة أنه سبق للهيئة وأن طبقت ضد منوبتها أحكام الفصل 74 من مجلة الاتصالات في خصوص ممارسة مماثلة وسلطت عليها خطية مالية بالرغم من أنه سبق للهيئة أن اتخذت عقوبات ضد من أجل مخالفات أخرى في نفس الفترة وقدمت تأييدا لدفوعاتها قراري الهيئة عـ50ـدد الصادر بتاريخ 22 أفريل 2015 و60 الصادر بتاريخ 25 ماي 2015 منتهية إلى طلب توقيع خطية مالية على ، وحضرت السيدة في حق المدعى عليها وتمسكت بملحوظاتها المظروفة بملف القضية.

إثر ذلك وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث قدمت الدعوى ممن له الصفة والمصلحة ووفق الصيغ الشكلية المقررة بمجلة الاتصالات لذلك تعيّن قبولها شكلا.

من حيث الأصل:

حيث كانت الدعوى تهدف إلى الحكم بما سلف بسطه.

وحيث قدمت المدعية تأييدا لدعواها المستندات التالية:

- صورة من بيانات العرض مأخوذة من صفحة التواصل الاجتماعي فايسبوك.
- محضر معاينة محرر من طرف عدل التنفيذ الأستاذ بتاريخ 13 أفريل 2015 تحت عـ19089ـدد تضمن معاينة الومضة اللإشهارية الممررة على أمواج إذاعة موزاييك أف أم على الساعة الحادية عشر والنصف صباحا من يوم الاثنين الموافق للثالث عشر من شهر أفريل من سنة خمسة عشر وألفين.

وحيث تمسكت ضمن جوابها على عريضة الدعوى بأن المسألة المثارة في دعوى الحال تتعلق بتنظيمها للعبة ترويجية لفائدة مشتركيها المكتتبين بالعرض التجاري bonus 1000 % ووفق صيغ تم تضمينها بقانون اللعبة المودع لدى عدل الإشهاد الأستاذ دافعة بأن عملية تسويق الأرصدة المجانية ليست من قبيل العروض التجارية وإنما تعد لعبة ترويجية مجانية على معنى القانون عدد 2002 - 62 المؤرخ في 9 جويلية 2002 والقرار الصادر عن الوزارة المكلفة بالتجارة بتاريخ

19 جويلية 2006 الضابط للمدة القصوى للعبة الترويجية والقيمة القصوى للجوائز المرصودة مذكرة بأن سبق للهيئة وأن صرحت عدم اختصاصها بالنظر في الألعاب الترويجية بمقتضى قرارها الصادر في القضية عدد 18 مضيفة أن اللافتة الإشهارية سند الدعوى والمنشورة على موقع التواصل الاجتماعي لا يمكن الاعتداد بها حتى وإن تمت معاينتها عن طريق عدل منفذ مستشهدة بالقرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 63796 بتاريخ 24 جوان 2014 والذي اعتبرت فيه محكمة الاستئناف: " أن الوثيقة المرفقة بتقرير الاستئناف والمستخرجة من موقع التواصل الاجتماعي لا يمكن الاعتداد بها لعدم خضوع المواقع المذكورة لقواعد السلامة مما يصيرها عرضة للاختراق مشيرة إلى أنها قامت بإعلام الهيئة بإيقافها ترويج اللعبة موضوع دعوى الحال منذ تاريخ 30 أفريل 2015 وانتهت إلى طلب القضاء بصفة أصلية برفض الدعوى لعدم الاختصاص وبصفة احتياطية بعدم سماع الدعوى في حق

وحيث اعتبر المقرر أن نزاع الحال ينحصر في تحديد مجال تدخل الهيئة في إطار تنظيم الألعاب الترويجية المتعلق موضوعها بتسويق عروض تجارية موضحا أن هذه الأخيرة سبق لها وأن بينت موقفها من هذه المسألة بمقتضى القرارين الصادرين عنها الأول تحت عدد 18 بتاريخ 26 ديسمبر 2008 بمناسبة البت في القضية المرفوعة من قبل ضد شركة والثاني تحت عدد 79 بتاريخ 08 جويلية 2015 والقاضي بتوقيع خطية مالية على شركة مستنتجا بالرجوع للقرارين سالفي الذكر أن الهيئة بررت تدخلها في النزاعات المتصلة بتنظيم ألعاب ترويجية بالاستناد إلى معيارين المعيار الأول هو أن تكون اللعبة مرتبطة بخدمة من خدمات الاتصالات كيفما تم تعريفها بالفصل 2 من مجلة الاتصالات وبالتالي خضوعها للرقابة المسبقة للهيئة على معنى أحكام الفصل 3 من الأمر عدد 3026 أما المعيار الثاني هو أن يكون موضوع النزاع المثار أمام الهيئة يندرج ضمن المواضيع التي حددها الفصل 67 من مجلة الاتصالات دافعا بأن الامتيازات القائمة على مضاعفة الأرصدة والموظفة على عروض أصلية تمثل خدمة من خدمات الاتصالات من شأنها التأثير على التعريفات المعتمدة بالعروض الأصلية وهو ما يستدعي عرضها على الهيئة قبل ترويجها طبقا لمقتضيات الفصل 3 من الأمر عـ3026ـدد لسنة 2008 المؤرخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلق بضبط الشروط العامة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ كما تم تنقيحه بالأمر عـ53ـدد المؤرخ في 10 جانفي 2014 مضيفا أن إيقاف المدعى عليها تسويقها للعبة الترويجية لا يعفيها من تحمل تبعات المخالفة في فترة ترويج العرض مذكرا بأن سبق للشركة المطلوبة أن أقدمت على إتيان نفس الممارسات موضوع دعوى الحال والمتمثلة في مخالفة التراتيب الجاري بها العمل في مادة تسويق العروض التجارية الأمر الذي حدا بالهيئة إلى إعمال آليات الفصل 74 من مجلة الاتصالات في شأنها وتسليط خطية مالية عليها بتاريخ 04 نوفمبر 2015 موضحا أن توجه الهيئة في تطبيق الفصل 74 من مجلة الاتصالات يقوم على اعتبار أن الممارسة الموجبة للعقاب تتشكل من مجموع المخالفات المرتكبة في فترة زمنية محددة ملاحظا أن المخالفة المثارة في دعوى الحال كانت بتاريخ أسبق لتسليط الخطية المالية سالفة الذكر مستنتجا أنه يتعذر مجددا إدراجها تحت طائلة الفصل 74 من مجلة الاتصالات، وانتهى إلى طلب الحكم بعدم سماع.

وحيث لم تتول المدعية الإجابة على تقرير ختم الأبحاث.

وحيث جددت المدعى عليها في إجابتها على تقرير ختم الأبحاث تمسكها بعدم اختصاص الهيئة بالنظر في المخالفات المتعلقة بالألعاب الترويجية - ى وإن ارتبطت اللعبة بخدمة من خدمات الاتصالات معتبرة أن القانون المنظم للألعاب الترويجية والصاد تحت عدد 62 بتاريخ 09 جويلية 2002 جاء شاملا لجميع أنواع الألعاب بغض النظر عن الخدمة المرت طة بها منازعة التوجه المتوخى من قبل المقرر والمتمثل في أن الممارسات موضوع الدعوى ترجع بالنظر لهيئة الوطنية للاتصالات دافعة بان تدخل الهيئة في مجال الألعاب الترويجية قد يؤدي إلى تنازع الاختصاص ات مع هياكل أخرى مضيفة أن المقرر لم يأخذ بعين الاعتبار ملحوظاتها بخصوص مدى حجية محضر المعاينة لاحتوائه على لافتة إشهارية منشورة على موقع التواصل الاجتماعي "فايسبوك" مذكرة بما أش ارت إليه في تقرير ردها على عريضة الدعوى من كونه سبق لمحكمة الاستئناف أن اعتبرت في قرار سابق أن هذه المواقع تعد من قبيل المواقع التي لا تخضع لقواعد السلامة مما يصيرها عرضة للاختراق، منتهية إلى تأييد مقترح المقرر المتمثل في طلب الحكم بعدم سماع الدعوى في حق

الهيئة

حيث تهدف دعوى الحال إلى قول ما يقتضيه القانون في خصوص الممارسات التي عمدت المدعى عليها إلى إتيانها بما يضمن حقوق الأطراف المتدخلة وتطبيق مقتضيات الفصل 74 من مجلة الاتصالات.

وحيث ضبط الفصل 3 (أ) من الأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلق بضبط الشروط العامة لإستغلال الشبكات العمومية للإتصالات و شبكات النفاذ كما تم تنقيحه بالأمر عدد 53 المؤرخ في 10 جانفي 2014 و قرار الهيئة عدد 54 المؤرخ في 11 جوان 2014 المتعلق بالمصادقة على طريقة تحديد تعريفات عروض خدمات التفصيل الموجهة للعموم وإجراءات الموافقة عليها الالتزامات المحمولة على مشغلي الشبكات العمومية للاتصالات في مادة العروض التجارية لخدمات الاتصالات بالتفصيل.

وحيث يخضع تسويق العروض التجارية وفقا للتراتيب السالف ذكرها إلى الموافقة المسبقة للهيئة الوطنية للاتصالات التي لها أن تفرض ما تراه مناسبا من تغييرات وشروط لضمان استجابة العرض لمقتضيات المنافسة النزيهة ولمبدأ تحديد التعريفات المشار إليه بالفقرة الثانية (نقطة أ) من الفصل المتقدم ذكره.

وحيث ثبت من مظروفات الملف ومن الأبحاث المجراة من طرف السيد المقرر أن الشركة المطلوبة عمدت إلى تسويق العرض المتظلم منه دون عرضه على الهيئة واستيفاء الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 3 (أ) من الأمر عدد 3026 المتقدم ذكره وهو ما أقرت به الشركة المطلوبة نفسها مبررة موقفها بمقولة " أن طالما تعلق الأمر بلعبة ترويجية خاضعة لنظام قانوني خاص بها مضمن صلب القانون عدد 2002 - 62 المؤرخ في 9 جويلية 2002 والقرار الصادر عن الوزارة المكلفة بالتجارة بتاريخ 19 جويلية 2006 الضابط للمدة القصوى للعبة الترويجية

والقيمة القصوى للجوائز المرصودة لا يمكن إلزام بعرض لعبة الحال مسبقا على أنظار الهيئة الوطنية للاتصالات...."

وحيث أن اعتبار العرض التجاري موضوع النزاع لعبة ترويجية خاضعة للقانون عدد 2002 /62 المؤرخ في 9 جويلية 2002 وحصول على التراخيص المستوجبة لتنظيمها لا يعفيها قانونا من الحصول على موافقة الهيئة طالما انبنت هذه اللعبة الترويجية على عرض تجاري تضمن تغييرات على مستوى التعريفات لم يسبق عرضها على الهيئة والحصول على إذنها قبل الشروع في ترويجه.

وحيث أن استناد على فقه قضاء الهيئة في القرار عـ18ـدد لم يكن في طريقه باعتبار أن هذا القرار تنزل في إطار وقائع مخالفة لوقائع الحال تمثلت في إقدام شركة سابقا حاليا على تنظيم لعبة ترويجية موجهة إلى كل مشتركيها مشترطة أن لا يدخل في عملية السحب إلا كل مشترك يجري أو يستقبل مكالمة هاتفية مهما كان مصدرها سواء داخل شبكتها أو خارجها يتسنى للفائز فيها الحصول على مبلغ مالي بـ 1000 د وبالتالي فإن موضوع اللعبة الترويجية لم يكن عرض تجاري قائم على تحفيزات مثلما هو الحال بالنسبة للنزاع الماثل مما يؤكد عدم تطابق موضوع القضية المستشهد بها مع وقائع دعوى الحال.

وحيث أن الومضة الإشهارية الممررة على أمواج إذاعة موزاييك أف أم والواقع معاينتها من قبل عدل التنفيذ بصفته مأمورا عموميا تثبت ترويج المدعى عليها للعرض التحفيزي موضوع التظلم وتغني عن الخوض في مناقشة مدى حجيتها.

وحيث أن محضر المعاينة سند الدعوى باعتباره حجة رسمية محررة من طرف عدل التنفيذ شهد فيه بأمور واقعية عاينها بنفسه تغني عن الخوض في مدى حجية اللافتة الإشهارية المستشهد بها من طرف المدعية طالما لم يقع الطعن فيه بالزور ولم تدل المدعى عليه بمعطيات مخالفة تدحض مضمونه فضلا عن أن ما ورد بالوثيقة الإشهارية يتطابق تماما مع التنصيصات الواردة به.

وحيث اتضح أنه سبق للهيئة أن تعهدت بنفس الممارسة موضوع دعوى الحال وأوقعت عقوبة مالية على الشركة المطلوبة بمبلغ يساوي 0,01 % من رقم معاملاتها لسنة 2014 المصادق عليه من طرف مراقب الحسابات وهو ما يعادل مائة وأحد عشر ألفا وسبعمائة وثمانية وستون دينارا (111.768) وذلك بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 2015 في القضية عـ136ـدد .

وحيث أن السلطة التقديرية المخولة للهيئة الوطنية للاتصالات بوصفها هيئة حكمية تمكنها من فهم الوقائع واستخلاص النتائج القانونية الملائمة وتكييف الممارسات المشتكى بها وتقدير مدى مساسها بتوازن السوق وتأثيرها على قواعد المنافسة المشروعة وضبط التدابير العقابية التي تراها وفقا لأحكام الفصل 74 من مجلة الاتصالات

وحيث وطالما استوعب القرار الصادر في القضية عدد 136 والقاضي بتسليط عقوبة مالية على المخالفة موضوع نزاع الحال وسبق للهيئة التعهد بها فإن طلب المدعية الحالي يبقى مجردا وفاقدا لأسبابه واتجه رفضه.

ولـــــــــهذه الأسباب

قرّرت الهيئـــة الوطنيـــة للاتصالات رفض الدعوى لسبق تعهد الهيئة بنفس الممارسة.

وصدر هذا القرار عن الهيئة الوطنية للاتصالات المتركبة من السادة:

هشام بسباس: رئيس الهيئة

جعفر الربعاوي : نائب رئيس

الحبيب عبد السلام: العضو القار بالهيئة

محمد نوفل فريخة : عضو

كريم بن كحلة : عضو

محمد الطاهر ميساوي : عضو

رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات

هشام بسباس

عملا بالفصل 75 من مجلة الإتصالات
يضفي رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات
الصيغة التنفيذية على هذا القرار

الإمضاء
رئيس الهيئة الوطنية للإتصالات