

الحمد لله

الجمهورية التونسية
الهيئة الوطنية للاتصالات

القرار: ع2-دد

تاريخ القرار: 7 جوان 2011

قرار

بتاريخ 7 جوان 2011، أصدر رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات القرار ع2-دد في مادة مراجعة التدابير الوقائية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 73 من مجلة الاتصالات بين:

العارضتان:

- شركة ' وشركة
في شخص ممثلهما القانوني القاطن بمقرهما

من جهة

المدعى عليهما:

- شركة " في شخص ممثلهما القانوني القاطن بمقرها الكائن بـ

من جهة أخرى

بعد الإطّلاع على المطلب المقدم من العارضتين بتاريخ غرة جوان 2011 والمتضمن طلب مراجعة القرار الفوري ع1-دد والقاضي نصه بإيقاف ترويج عرض "ليف بوكس".

وبعد الاطلاع على أحكام الفصل 73 من مجلة الاتصالات وعلى الأمر عـ2637 عدد لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 والمتعلق بضبط شروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت.

من حيث الشكل

حيث قدّم مطلب المراجعة وفق الصيغة التي اقتضاها الفصل 73 من مجلة الاتصالات وتعين قبوله من الوجهة الشكلية.

من حيث الأصل

• في مؤيدات المطلب

حيث لم يكن مطلب المراجعة مشفوعا بنسخة قانونية من القرار المراد مراجعته ولا بأي مؤيد يدعم المطلب.

وحيث أن تأييد المطلب من المسائل البديهية التي من الواجب توفيرها لتستكمل كل دعوى موجباتها القانونية والواقعية حتى وإن لم تنص التشريعات المنظمة للمسألة المطروحة صراحة على ذلك.

وحيث أن مطلب المراجعة هو مطلب مستقل بذاته عن القرار الذي اتخذ في مادة التدابير الوقتية بطلب من المدعى عليها الآن ولا يجوز تبعاً لذلك التعرض إليه في المطلب دون الإدلاء بنظير منه باعتبار أنه لا يجوز لمن خوّل له القانون سلطة إصدار القرارات الإستناد إلى علمه لكونه طرف محايد في نزاع موضوعه مصالح خاصة.

• في عدم تحرير الطلبات النهائية

حيث اتضح من المطلب موضوع النظر أنه لم يتضمن طلبات نهائية وواضحة باعتبار أن العارضتان انتهيتا بعد استعراض ما لديهما من ملحوظات إلى "طلب مراجعة القرار الفوري عـ1 عدد والقاضي نصه بإيقاف ترويج عرض "الليف بوكس" دون بيان هدف تلك المراجعة والقرار المراد إصداره بعد الاستجابة إليها.

وحيث أن المراجعة هي لغة عملية إعادة النظر في مسألة ما للوصول إلى نتيجة مغايرة للقرار الذي تمت مراجعته وهو ما لم تبيّنه الطالبتان مما يجعل دعواهما غير محرّرة وفق ما يقتضيه القانون.

• في طلب المراجعة

وحيث واستناداً إلى ما سبق التعرّض إليه وفي غياب نسخة قانونية من القرار المراد مراجعته، فإن النظر في المطلب سيعتمد أساساً على ما جاء صلبه من تبريرات قانونية.

حيث اتضح من مطلب المراجعة المقدم من طرف العارضتين أن هاتين الأخيرتين تتنازعان الأسانيد القانونية والواقعية التي اعتمدت عند إصدار القرار عد 1-2638 لسنة 2008 واعتمادا على ما العرض "ليف بوكس" تم في كنف احترام مقتضيات الأمر عد 1-2638 لسنة 2008 واعتمادا على ما تخوله اتفاقية الإجازة المبرمة بين الدولة التونسية و... وعلى ما تضمنته إجابة الهيئة الوطنية للاتصالات بمراسلتها المؤرخة في 30 سبتمبر 2009 فيما يتعلق بترويج العروض المزدوجة.

وحيث نعت العارضتان على القرار المراد مراجعته مخالفته لأحكام الفصل 63 من مجلة الاتصالات بمقولة أنه لا وجود لأي نص قانوني أو ترتيبي يشترط ملكية المشغل للبنية التحتية لتوفير خدمات الاتصالات مضيعة بأن ما تمسكت به المدعى عليها من عدم شرعية استعمال البنية التحتية التابعة لها في غير طريقه، طالما وأن استعمال هذه البنية مؤسس على تقنية ADSL التي تمكّن من الإبحار على شبكة الأنترنت ومنها إلى تقنية VOIP وهي تقنية معتمدة في خدمة SKYPE التي يؤمّن بها جميع مزودي الأنترنت بتقنية ADSL والتي لا تؤسس لأحقية في المطالبة بعائدات مالية إضافية ضرورة أنها تتقاضى مستحققاتها من تأمين خط ADSL إزاء جميع المشتركين أيا كان مزودهم".

وحيث أصرت العارضتان على أن المسدي الفعلي لخدمة تمرير المكالمات عبر بروتوكول الأنترنت هو بموجب الإجازة الممنوحة لها كمشغل هاتف وكمزود لخدمة الأنترنت بواسطة فرعه. كما أن الإتفاقات المبرمة بين... و... في خصوص جودة الخدمات تغني عن أي اتفاق إضافي في هذا الخصوص.

وحيث وردا على ما تضمنه مطلب المراجعة، فإنه يتعين الإعتماد على النصوص القانونية والترتيبية المنظمة لمسألة توفير خدمات الاتصالات بصفة عامة وخدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت بصفة خاصة.

وحيث أن قراءة النصوص القانونية تقتضي الشمولية والإمام بالمنظومة التشريعية في مجملها حتى يتسنى وضع الإشكال المطروح في إطاره الصحيح وإيجاد الحل القانوني المناسب له.

وحيث نص الفصل 18 من مجلة الاتصالات على أنه يمكن للدولة إسناد إجازات إقامة وتشغيل الشبكات العمومية للاتصالات إلى مؤسسات عمومية أو خاصة يتم اختيارها طبقا لأحكام الفصل 20 من المجلة.

وحيث اقتضى الفصل 19 من مجلة الاتصالات أن الإجازة تمنح بموجب اتفاقية مبرمة بين الدولة بوصفها مانحة ممثلة من قبل الوزير المكلف بالاتصالات من جهة، ومقيم ومشغل شبكة الاتصالات بوصفه المستفيد من الإجازة من جهة أخرى.

وحيث اقتضى الفصل 25 من مجلة الاتصالات أن اتفاقية الإجازة تبين خاصّة شروط إقامة الشبكة وشروط الخدمات المرتبطة بالشبكة...

وحيث تضمّن الباب الثاني من كراس الشروط عدل الملحق باتفاقية الإجازة المبرمة بين الدولة التونسية و سابقا الآن بتاريخ 2009/7/13 المراجع القانونية الواجب اعتمادها عند إقامة الشبكة وتوفير خدمات الإتصالات وهي:

(1) مجلة الاتصالات.

(2) الأمر عد3026 لسنة 2008 المؤرخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلق بالشروط العامّة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ.

(3) الأمر عد831 لسنة 2001 المؤرخ في 14 أفريل 2001 المتمم بالأمر عد3025 لسنة 2008 المؤرخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلق بالشروط العامة للربط البيني وطريقة تحديد التعريفات.

(4) الأمر عد2638 لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بشروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول أنترنات.

وحيث نصّ الفصل 4.2 من كراس الشروط عدل المشار إليه آنفا والمتعلق بإقامة البنية التحتية والشبكات هي أن لصاحب الإجازة الخيار بين أمرين إثنين لا ثالث لهما:

(1) إمّا أن يقيم **شبكة الخاصة** ووضع البنية التحتية المناسبة لتلك الشبكة ويمكنه للغرض إقامة وصلات ربط سلكية أو راديوية بحسب توفر الترددات اللاّزمة، كما يمكنه إقامة البنية التحتية الخاصة به باعتماد الاستعمال المشترك للبنية التحتية أو التموّج المشترك حسب الشروط المنصوص عليها بمجلة الاتصالات، كما يمكنه إقامة بنيته التحتية بمقتضى الإتفاقات لاستغلال او استعمال البنية التحتية للشبكات الخاصة المستقلّة.

(2) إمّا أن يتولى كراء وصلات ربط أو بنية تحتية من مشغلي الشبكات العمومية الآخرين ويمكنه الإنتفاع بخدمات تفكيك الحلقة المحلية، سواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية حتى يتسنى له النفاذ إلى الحلقات المحلية السلكية للشبكات العمومية للاتصالات الموجودة وفق ما تتيحه التشرييع والقوانين المعمول بها.

وحيث يتحصص من كل ما سبق بسطه أن العارضة يمكنها بصفتها مشغل شبكة عمومية للاتصالات الشاملة للهاتف الجوّال والهاتف القار والأنترنات توفير خدماتها عبر البنية

التحتية التي لها الحق في التصرف فيها سواء كان ذلك باعتبارها بنية خاصة بها أقامتها بنفسها أو بموجب اتفاقيات مع غيرها من المشغلين وفق التقنيات السالف تعدادها.

وحيث وبصرف النظر عن نوعية الخدمة المسداة فإن أساس الشرعية في تقديم خدمات الاتصالات هو شرعية التصرف في الشبكة أو البنية التحتية المعتمدة في توفير الخدمة.

وحيث وإن كان الأمر كذلك بالنسبة لخدمات الاتصالات بصفة عامة فإن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت توفر كغيرها من خدمات الاتصالات الأخرى بواسطة بنية تحتية تكون تحت تصرف مسدي الخدمة بإحدى الطريقتين السابق التعرض لهما ووفق شروط خاصة حددها الأمر عـ2638 لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008.

وحيث نص الفصل 2 من الأمر المذكور على أنه " لا يجوز استغلال خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت لأغراض تجارية لفائدة العموم إلا من قبل مشغلي الشبكات العمومية للاتصالات المتحصلين على إجازة طبق الفصل 18 من مجلة الاتصالات".

وحيث اقتضت الفقرة الأخيرة من الفصل 5 من الأمر نفسه أن مشغلي الشبكات العمومية يوفرّون خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت إلى...حرفائهم في إطار عروض مرخص فيها.

وحيث يستخلص مما سبق التعرض إليه أن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت لا يمكن توفيرها إلا من طرف مشغل شبكة عمومية للاتصالات بالاعتماد على بنية تحتية تحت تصرفه سواء بموجب الملكية الخاصة أو بمقتضى اتفاقيات مبرمة مع غيره من المشغلين ولفائدة حرفائه في إطار عروض مرخص فيها.

وحيث ورجوعا إلى العرض التجاري "ليف بوكس" موضوع الخلاف، يتضح جليا إن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت مسداة من طرف
البنية التحتية للهاتف القار التابعة له
والموجب عقود مبرمة مع مشتركين هذه الأخيرة
في خدمة الهاتف القار.

وحيث وخلافا لما تمسكت به
"بلانات" إلى
بعد تحويل ملكيته إليه لا يغير من طبيعته القانونية كمؤسسة
مستقلة بذاتها خاضعة بموجب نشاطها إلى التشريع المنظمة لنشاط مزود خدمات الأنترنت وخاصة
منها قرار وزير المواصلات المؤرخ في 22 مارس 1997 المتعلق بالمصادقة على كراس الشروط
الضابط للشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات من نوع أنترنت.

وحيث لا جدال في أحقية
بصفته مشغل شبكة عمومية للاتصالات في توفير خدمة
الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت بواسطة مزود خدمات الأنترنت وفق ما نصت عليه أحكام

الفصل 13 من كراس الشروط رقم 1 الملحق باتفاقية الإجازة إلا أن ذلك لا بد أن يكون باعتماد بنية تحتية أو شبكة تحت تصرفه وفق ما تضمنه الفصل 2.4 من ذات كراس الشروط.

وحيث وللتدليل على حتمية توفر الشرط المذكور سالفا فإن من الشروط التي يتعين على صاحب الإجازة حسب الفصل 13 إحترامها هو شرط توفير عروض بالجملة غير تفاضلية لفائدة مزودي خدمات الأنترنت المتعاملين معه بما في ذلك مزود الخدمة المتفرع عنه.

وحيث وبصرف النظر عما تمسكت به المدعيتان، فإنه يتبين بالرجوع إلى المراسلة الموجهة من طرف الهيئة الوطنية للاتصالات إلى بتاريخ 30 نوفمبر 2009 (وليس كما تضمنه المطلب في أنها مؤرخة في 30 سبتمبر 2009)، أن الهيئة قدّمت شرحا منطقيًا وقانونيًا صحيحًا للشروط الواجب توفرها في العروض المتعلقة بالخدمات متعددة الوسائط *offres de services multiplay* ومن أهمها وجود اتفاقية بين ' باعتبارها المشغل مسدي الخدمة والمتصرف في البنية التحتية الضرورية لذلك ومزود خدمات الأنترنت حول ضمان جودة الخدمات.

وحيث يتأكد من المراسلة المشار إليها أنها تنص صراحة على وجوب إمضاء اتفاق مسبق بين ' و' الآن ومزود خدمات الأنترنت حول الشروط المالية والفنية لتوفير الخدمات وكذلك تحديد المسؤوليات في خصوص جودة الخدمات.

وحيث وبإقرار العارضتين، فإن العلاقة التعاقدية في خصوص توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت في عرض "ليف بوكس" تربط بين صاحبة البنية التحتية ومزود خدمات الأنترنت والتي تصرّ العارضتين على القول في شأنها على أنها تغني على أي اتفاق إضافي مع الضد لضمان جودة الخدمة والتي تبقى من مسؤولية المالكة للبنية التحتية".

وحيث يستشف من كل ما سبق أن تصر على أن مجرد إمتلاكها لمزود خدمات الأنترنت يعفيها من كل التزاماتها القانونية والتعاقدية، إذ تؤكد أن لها الحق في توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت دون حاجة لملكية البنية التحتية أو التصرف فيها بصفة شرعية وهي بذلك معفية من الإلتزام بتوفير خدمات ذات جودة محددة والتي تبقى حسب دعواها محمولة على المتعاقدة مع

وحيث وخلافا مما تمسكت به المدعيتان، فإن الضرر اللاحق بالمدعى عليها ثابت ومؤكّد وأن عدم وضع حد له بصفة فورية سيزيد في تفاقمه إلى حد يعسر معه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

وحيث لم تدل العارضتان بأي حجة أو دليل يبرر المطالبة بمراجعة القرار عدد الذي أضحى مؤسسًا على أسانيد قانونية وواقعية صحيحة واتّجه تفرّيعًا على ذلك التصريح برفض المطلب.

ولمساته الأسباج

وعملاً بأحكام الفصل 73 من مجلة الاتصالات والأمر عـ2638ـد لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بضبط شروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنت،
قررنا نحن كمال السعداوي، رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات رفض المطلب.

رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات

كمال السعداوي