الجمهوريّة التّونسيّة **الحمد لله**

مجلس المنافسة

****

القضية عدد 141360

تاريخ القرار: 21 أفريل 2016

قــرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

✓ **المدّعية:** شركة Alliance Pharma في شخص ممثّلها القانوني الكائن مقرّها بـ1 نهج المعهد المنزه السادس أريانة، نائباها الأستاذة ناجحة بن عبد الله الكائن مكتبها بمركز المدينة الدولي، برج المكاتب الطابق الثالث المكتب عدد 6 والأستاذ عبد الكريم راجح الكائن مكتبه بـ64 نهج المختار عطية، تونس.

من جهة،

✓ **المدّعى عليها:** الصيدلية المركزية التونسية في شخص ممثّلها القانوني الكائن مقرّها بـ51 شارع 10 ديسمبر 1948، حي المهرجان تونس، نائبها الأستاذ علي الخالدي الكائن مكتبه بـ9 نهج القدس 1002 تونس البلفدير.

من جهة أخرى.

بعد الإطّلاع على عريضة الدعوى التي تقدّمت بها نائبة شركة Alliance Pharma والمرسّمة بكتابة المجلس تحت عدد 141360 بتاريخ 18 أفريل 2014 والتي ترمي إلى إيقاف طلب العروض المقدّم من طرف الصيدلية المركزية التونسية عدد 8 لسنة 2015 (AO 2015 / N° VIII وإلزامها بإدراج الضمّادات المضخّمة والمعقّمة (compresses imprégnées de vaseline stériles) كدواء ضمن قائمة الأدوية المضمّنة صلب طلب العروض السنوي لإقتناء الأدوية لسنة 2015، لتفادي حصول ضرر محدق بمنوبتها لا يمكن تداركه خاصّة وأنّ المطلوبة تشغل موقع هيمنة على سوق الأدوية في تونس. علما وأنّ القضية الراهنة قد نشرت لدى مجلس المنافسة في إطار طلب استعجالي تقدّمت به شركة Alliance Pharma قصد إيقاف تنفيذ الصفقة المذكورة وقد اتّجه المجلس في قراره الإستعجالي عدد 143028 بتاريخ 19 جوان 2014 إلى رفض المطلب لعدم الإختصاص.

وتعيب نائبة المدّعية على الصيدلية المركزية التونسية تعمّدها من موقعها كمزوّد مهيمن على سوق الأدوية عدم إدراج منتوجها Vasogaze بوصفه دواءا ضمن طلبات العروض السنوية لإقتناء الأدوية بالرغم من حصوله على ترخيص من وزارة الصحّة لترويجه بالسّوق التونسية وتميّزه بسعر تنافسي وجودة معترف بها محليّا وعالميا. كما تعيب شركة Alliance Pharma على المدّعى عليها إلتجائها إلى توريد الضمّادات المصنّفة كمعدّات طبية من الخارج بأسعار مرتفعة، والذي من شأنه إغراق السّوق المحليّة بالمنتوجات الأجنبية. وترى المدّعية أنّ استراتجية التوريد المتبعة من طرف المدّعى عليها تهدّد توازن النّشاط الإقتصادي وتتسبّب في نزيف من العملة الصعبة في ظلّ الظروف الإقتصادية الحالية الصعبة، مؤكّدة على أنّ الإلتجاء إلى التوريد يهدّد نشاط الشركات الوطنية المصنّعة للدواء.

واعتبرت نائبة المدّعية أنّ اشتراط الصيدلية المركزية التونسية توفّر على الأقلّ مزودين اثنين حاصلين على رخصة ترويج تامّة الصلوحية لإدراج المنتوج بقائمة طلبات العروض يعدّ من

قبيل الشروط التعسّفية التي تضرّ بالمؤسّسات المصنّعة، مستعرضة في الوقت ذاته حجم الخسائر التي تكبّدتها الطالبة والتي بلغت إلى موفّى سنة 2012 ستة ملايين دينار.

وبعد الإطّلاع على ردّ المدّعى عليها المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 309 بتاريخ 19 جوان 2014 والذي جاء فيه أنّه لا يمكنها إدراج منتوج Vasogaze ضمن طلب العروض السنوي للأدوية لأنّ شركة Alliance Pharma تعتبر المزوّد الوحيد المتحصّل على رخصة ترويج لهذا المنتوج وبالتالي فإنّ عنصر المنافسة لا يتوفّر في الصفقة موضوع القضية الراهنة، مشيرة في الوقت ذاته إلى أنّه يتمّ حاليا اقتناء هذا المنتوج عن طريق التفاوض المباشر. وأكّدت المدّعى عليها مواصلتها إجراءات طلب العروض لإقتناء أدوية للمستشفيات لسنة 2015 وفقا للتراتيب المنّظمة للصفقات العمومية بما لا يعرّض تزويد السّوق المحليّة للدّواء للخطر بالنسبة لسنة 2015.

وبعد الإطّلاع على ردّ المدّعية على ملحوظات المدّعى عليها المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 393 بتاريخ 5 أوت 2014، والذي اعتبرت فيه نائبة المدّعية أنّ القرار الإستعجالي الذي اتّخذه المجلس في قضية الحال بتاريخ 19 جوان 2014 والذي قضى برفض الدّعوى لعدم الإختصاص باعتبار أنّه غير مختصّ في الإجراءات التي تتّخذها الذّوات العموميّة مخالف للواقع وللقانون معلّلة ذلك بأنّ الصفقات والعقود التي تبرمها الصيدلية المركزية التونسية لا تخضع للتراتيب المتعلّقة بالصفقات العموميّة استنادا لأحكام الفصل 6 من القانون عدد 105 لسنة 1990 المؤرّخ في 26 نوفمبر 1990 والمتعلّق الصيدلية المركزية للبلاد التونسية وهو ما يخرج قضيّة الحال حسب نائبة المدّعية من اختصاص القاضي الإداري وبالتالي يجعل نزاع الحال في دائرة الإختصاص السلبي باعتبار أنّ مجلس المنافسة أقرّ هو أيضا عدم اختصاصه وهو ما يترتّب عنه ضياع حقوق منّوبتها.

من جهة أخرى أكّدت نائبة المدّعية أنّ موضوع النّزاع في قضيّة الحال لا يتعلّق بصحّة إجراءات صفقة عموميّة، إنّما يدخل تحت طائلة عدم احترام قواعد المنافسة في السّوق أو الحدّ

منها معلّلة ذلك بالحجج التالية. أوّلا، لجوء الصيدلية المركزية التونسية إلى اقتناء المنتجات المصنّفة كمستلزمات طبيّة بطريقة رضائية مع مزوّد أجنبي يحدّ من دخول المؤسّسات الأخرى إلى السّوق ومن المنافسة فيه وهو ما يتعارض مع مقتضيات الفصل 5 من القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار الذي يمنع مثل هذه الممارسات. ثانيا، إقصاء شركة Alliance Pharma من الصفقة موضوع القضيّة الراهنة يعتبر إفراطا في استغلال وضعيّة هيمنة اقتصاديّة باعتبارها المزوّد الوحيد للمستشفيات والمؤسّسات الصحيّة بالأدوية.

كما أكّدت نائبة المدّعية على أنّ النّشاط الذي تمارسه الصيدلية المركزية التونسية من شراء وبيع للأدوية يجعلها تخضع لقواعد المنافسة باعتبار أنّ عملها هو عمل اقتصادي بحت وعلى هذا الأساس فإنّها تخضع للقانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار وبالتالي فإنّ إقصاءها من الصفقة موضوع القضيّة الراهنة يندرج ضمن اختصاص مجلس المنافسة.

كذلك طالبت نائبة المدّعية بإعادة تكييّف حقيقة النّزاع باعتبار أنّ القرار الإستعجالي الذي اتّخذه مجلس المنافسة في نفس القضيّة والذي أخرج نزاع الحال من دائرة اختصاصه يظلّ رهين الصبغة المؤقتة للقضاء الإستعجالي الذي ينبني على اتّخاذ تدابير احترازية مؤقتة لحماية حقوق المتقاضين وأنّ القضيّة الراهنة هي قضيّة في الأصل ويجوز الحكم بما يخالف القرار الإستعجالي كلّما توفّرت الأسباب والأسانيد القانونية لذلك والتي تراها قائمة في نزاع الحال.

وتستغرب نائبة المدّعية من السياسة التي تتّبعها الصيدلية المركزية التونسية والتي حسب رأيها لا تشجّع الصناعة المحليّة، مشيرة إلى عدم وجود سند قانوني يدعم الشروط التعسّفية التي وضعتها بخصوص الصفقة موضوع القضيّة الراهنة وأنّ اشتراط وجود مزوّدين اثنين في السّوق غير منطقي متسائلة في هذا الإطار عن جدوى إعطاء رخصة ترويج لمزوّد ثان بالسّوق إذا كان هناك مزوّد أوّل متحصّل بدوره على رخصة ترويج. كما أوضحت أنّ استمرار السياسة المعتمدة من طرف الصيدلية المركزية التونسية سيؤول إلى إفلاس منوّبتها علاوة على الأضرار

التي ستلحق بالمستهلك وبالسير العادي لسوق الأدوية الذي ستنقلب فيها الموازين لصالح المستلزمات الطبيّة المورّدة على حساب الأدوية المصنّعة محليّا.

وعيّنت القضية لجلسة المرافعة بتاريخ 18 جوان 2015 وحجزت للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة 2 جويلية 2015 وبها قرّر المجلس حلّ المفاوضة وإرجاع القضية لطور التحقيق لاستكمال ما تستلزمه من تحقيقات إضافية.

في إطار التحقيقات الإضافية تمّت مكاتبة الصيدلية المركزية التونسية بمراسلة عدد 570 بتاريخ 3 أوت 2015 قصد الإدلاء بمعطيات إضافية تتعلّق أساسا بالإطار التشريعي والترتيبي الذي ينظّم عمليات الشراء والتزوّد التي تقوم بها وبنسخة من كرّاس الشروط المتعلّق بطلب العروض محلّ النّزاع في هذه القضيّة.

وبعد الإطّلاع على ردّ الصيدلية المركزية التونسية على المكاتبة المذكورة المسجّل بكتابة المجلس تحت عدد 557 بتاريخ 14 أوت 2015 والذي أمدّت بموجبه المجلس بالإطار التشريعي والترتيبي المذكور والمتمثّل في النّصوص التالية:

- ✓ القانون عدد 105 لسنة 1990 المؤرّخ في 26 نوفمبر 1990 والمتعلّق بالصيدلية المركزية للبلاد التونسية.
- ✓ القانون عدد 63 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 والمتعلّق بالتنظيم الصّحي.
- ✓ القانون عدد 117 لسنة 1991 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 والمتعلّق بحماية المستهلك.
- ✓ القانون عدد 41 لسنة 1994 المؤرّخ في 7 مارس 1994 والمتعلّق بالتّجارة الخارجية.
- ✓ القانون عدد 9 لسنة 1999 المؤرّخ في 13 فيفري 1999 والمتعلّق بالحماية ضدّ الممارسات غير الشرعية عند التوريد.
- ✓ القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

✓ الأمر عدد 555 لسنة 1991 المؤرّخ في 27 أفريل 1991 والمتعلّق بضبط التنظيم الإداري والمالي وسير الصيدلية المركزية للبلاد التونسية.

✓ الأمر عدد 1207 لسنة 1992 المؤرّخ في 22 جوان 1992 والمتعلّق بضبط صلاحيات وتركيبة وطرق تسيير المجلس الوطني للتجهيزات الطبيّة والتقنية.

✓ الأمر عدد 1743 لسنة 1994 المؤرّخ في 29 أوت 1994 والمتعلّق بضبط طرق القيام بعمليات التّجارة الخارجية كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالأمر عدد 2619 لسنة 2006 المؤرّخ في 2 أكتوبر 2005.

✓ الأمر عدد 1744 لسنة 1994 المؤرّخ في 29 أوت 1994 والمتعلّق بضبط طرق المراقبة الفنيّة عند التوريد والتصدير والمصالح المؤهلة للقيام بهذه المراقبة كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالأمر عدد 1233 لسنة 1999 المؤرّخ في 31 ماي 1999.

✓ الأمر عدد 769 لسنة 1999 المؤرّخ في 5 أفريل 1999 والمتعلّق بإحداث الوكالة الوطنية للرقابة الصحية والبيئية للمنتجات وبضبط مهامها وتنظيمها الإداري والمالي وكذلك تسييرها.

✓ الأمر عدد 910 لسنة 2005 المؤرّخ في 24 مارس 2005 والمتعلّق بتعيين سلطة الإشراف على المنشآت العمومية وعلى المؤسسات العمومية التي تكتسي صبغة إدارية كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالأمر عدد 3170 لسنة 2010 المؤرّخ في 13 ديسمبر 2010.

✓ الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 والمتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية.

وقد أكّدت الصيدلية المركزية التونسية على أنّ عمليات التزوّد بالأدوية التي تقوم بها تكون عبر طلبات عروض كلّما توفّر عنصر المنافسة والذي لا يستقيم إلاّ بوجود رخصتي ترويج أو أكثر لكلّ صنف دوائي، موضّحة في الآن ذاته أنّها تتبع في هذا الإطار التراتيب الجاري بها العمل في الصفقات العمومية وأنّ عدم إدراجها لمنتوج Vasogaze ضمن طلبات العروض السنوية مردّه أنّ شركة Alliance Pharma تعتبر المنتج الوحيد المتحصّل على رخصة ترويج

لهذا المنتوج كدواء. كما أوضح نفس الطرف أنّ الصفقات المنبثقة عن طلب العروض لسنة 2015 في طور الإنجاز بعد أن تمّت المصادقة عليها من قبل اللجنة العليا للصفقات. وقد أفادت الصيدلية المركزية التونسية بأنّ المدّعية في قضية الحال كانت قد تقدّمت بعريضة دعوى إلى هيئة المتابعة والمراجعة في الصفقات العمومية بخصوص طلب العروض لسنتي 2015 و2016 مستعرضة في الآن ذاته ردودها على العريضتين بموجب مراسلتين إلى الهيئة المذكورة، الأولى بتاريخ 10 جويلية 2014 والثانية بتاريخ 23 جوان 2015.

حيث دفع نائب المدّعى عليها الأستاذ علي الخالدي في تقريره المرسم بكتابة المجلس تحت عدد 607 بتاريخ 2 سبتمبر 2015 بعدم اختصاص مجلس المنافسة في نزاع الحال والذي يعتبره من اختصاص القضاء الإداري خاصّة كونه من قبيل الأعمال الإدارية المتعلّقة بالتسيير والتصرّف مستندا في ذلك إلى ما ذهب إليه القرار الإستعجالي عدد 143028 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 19 جوان 2014. كما تمسّك نائب المدّعى عليها بنفس المؤيّدات التي جاءت بتقرير الصيدلية المركزية التونسية المذكور أعلاه، مشيرا إلى وجود عقد بين منوّبته والمدّعية يخصّ التزوّد بمنتوج Vasogaze عن طريق التفاوض المباشر، علما وأنّ المجلس لم يستلم نسخة من العقد المزعوم. كما قدّم نسخ من 6 فواتير اثنتان منها تعود لسنة 2013 وأربع تعود لسنة 2015 تفيد تزوّد الصيدلية المركزية التونسية من شركة Alliance Pharma بـ1310 وحدة من صنف Vasogaze (20cm x 20cm) و120 وحدة من صنف Vasogaze (10cm x 10cm) بمبلغ إجمالي يقارب الخمسة عشر ألف دينار. وطالب نائب المدّعى عليها المجلس بالتصريح بعدم اختصاصه في قضية الحال والحكم احتياطيا بعدم سماع الدّعوى.

وبعد الإطّلاع على تقرير نائب المدّعية الأستاذ عبد الكريم الراجح، الذي تقدّم بإعلام في النيابة عن شركة Alliance Pharma بتاريخ 22 ماي 2015، المسجّل بكتابة المجلس تحت عدد 661 بتاريخ 7 أكتوبر 2015 والذي تمسّك فيه بأنّ ما أتته الصيدلية المركزية التونسية هو

بمثابة خرق لقواعد المنافسة نابع من وجودها في وضعية هيمنة اقتصادية بسوق الأدوية بموجب القانون عدد 105 لسنة 1990، مذكّرا في الآن ذاته بالضرر الذي تتسبّب فيه مثل هذه الأفعال بمصلحة منوبته لتتعدى تبعاته إلى المسّ بالمستهلك والاقتصاد الوطني بصفة عامّة. كما اعتبر نائب المدّعية أنّ المبرّرات التي تقدّمت بها المدّعى عليها والمتعلّقة بضرورة وجود رخصتي ترويج على الأقلّ للضمّادات المضخّمة والمعقّمة المصنّفة كدواء للقيام بطلبات عروض في الغرض واهية، موضّحا بأنّ موضوع النّزاع لا يتعلّق بإدراج منتوج Vasogaze بعينه ضمن طلب العروض، بل بإدراج مصنّف الضمّادات المضخّمة والمعقمة ضمن طلب العروض وهو ما سيتحقّق معه شرط المنافسة الذي أقرّته المدّعى عليها باعتبار وجود أكثر من منتج محلّي لهذا المصنّف في السّوق التونسية. كما يستنكر نائب المدّعية لجوء المدّعى عليها إلى التفاوض المباشر للتزوّد بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة معتبرا ذلك منافيا لأحكام الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية وأنّ اللّجوء إلى تقنية التفاوض المباشر لا يتمّ إلاّ في حالات محصورة وأنّ المبدأ هو السعي إلى توسيع دائرة المنافسة في طلبات العروض وأنّ هذه الممارسة فيها تحقيق للمصلحة الخاصّة لصاحب المنتوج وليس فيها خدمة للمصلحة العامّة.

كما نفى نائب المدّعية وجود أي عقد يربط بين منوبته والصيدلية المركزية التونسية موضّحا أنّ العمليات التّجارية التي تجمع بين الطرفين اقتصرت على اقتناء كميّات محدودة من منتوج Vasogaze خارج إطار المنافسة مدعّما موقفه بأربع نسخ من فواتير وأربع أخر تتعلّق بوصولات تسليم تؤكّد صحّة هذه العمليات.

وقد أفاد نائب المدّعية أنّ الصيدلية المركزية التونسية قد أقرّت منذ تاريخ 24 جويلية 2014 بتوفّر شرط المنافسة المستوجب لإعلان طلب العروض بخصوص الضمّادات المضخّمة والمعقّمة مستندا في ذلك إلى وثيقتين أساسيتين يراهما برهانا على عدم صحّة ادعاءات المدّعى عليها ودليلا على التضارب في موقفها. أمّا الوثيقة الأولى فهي عبارة عن محضر جلسة اللّجنة

الخاصّة حول الضمّادات بتاريخ 16 جانفي 2015 تحت إشراف وزارة الصحّة وبحضور الصيدلية المركزية التونسية وهياكل أخرى ذات صلة أقرّت بوجود اثنين من المصنّعين المحليّين للضمّادات موضوع الجلسة المذكورة وبرمجة هذه المنتجات ضمن طلب العروض السنوي. وقد تمّت الإشارة صلب هذه الجلسة إلى جلسة أخرى بخصوص منتوج Vasogaze كانت قد انعقدت بتاريخ 24 جويلة 2014 بوزارة الصّحة وبحضور المدّعى عليها وهياكل ذات صلة والتي أقرّت بوجود اثنين من المصنّعين المحليّين للضمّادات المضخّمة والمعقّمة ودعوة الصيدلية المركزية التونسية إلى تنظيم طلب عروض بخصوص هذه المنتجات. وعلى ضوء هذا المعطى قامت شركة arma Alliance Ph باستصدار إذن استعجالي من المحكمة الإدارية تحت عدد 712880 بتاريخ 15 جويلية 2015 لتمكينها من نسخة من محضر الجلسة المذكور.

وأمّا الوثيقة الثانية فهي عبارة عن مكتوب بتاريخ 14 أوت 2015 تردّ فيه الصيدلية المركزية التونسية على المكتوب الموجّه إليها من طرف شركة Alliance Pharma بتاريخ 21 جويلية 2015 تطمئنها فيه على نيّتها تنظيم طلب عروض لاقتناء الضمّادات المضخّمة والمعقّمة.

وقد خلص نائب المدّعية إلى أنّ ما تقوم به الصيدلية المركزية التونسية يعدّ من قبيل التسويف والمماطلة خاصّة في ظلّ المعطيات المتوفرة بمحضر الجلسة المنعقدة بتاريخ 24 جويلية 2014 وهو ما يتأكّد معه، حسب نائب المدّعية، ثبوت خرق قواعد المنافسة من طرف المدّعى عليها. كما تمسّك الأخير باختصاص مجلس المنافسة بخصوص الممارسات المثارة في قضية الحال، مطالبا إيّاه بالحكم لفائدة منوّبته والإذن بنشر منطوق الحكم على نفقة المدّعى عليها.

وبعد الإطّلاع على ردّ نائب المدّعية على تقرير ختم الأبحاث المسجّل بكتابة المجلس تحت عدد 76 بتاريخ 11 فيفري 2016 والذي تمسّك فيه بجميع طلبات منوّبته المضمّنة بتقاريرها السابقة وبالنتائج والملحوظات المضمّنة بقرار ختم الأبحاث طالبا الإذن بالنّفاذ العاجل للحكم

المأمول صدوره استنادا إلى الفصل 34 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وبعد الإطّلاع على ردّ نائب المدّعى عليها على تقرير ختم الأبحاث المسجّل بكتابة المجلس تحت عدد 194 بتاريخ 17 مارس 2016 والذي تمسّك فيه بعدم اختصاص المجلس في نزاع الحال مشيرا إلى أنّ الصيدلية المركزية التونسية قد قامت بتنظيم طلبات عروض لسنة 2016 بخصوص المنتوج موضوع النّزاع خلافا لما ذهب إليه تقرير ختم الأبحاث، طالبا من المجلس رفض الدّعوى لعدم الإختصاص.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرّخ في 15 فيفري 2006 المتعلّق بضبط التّنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطريقة القانونية لجلسة يوم 7 أفريل 2016 وبها تلا المقرّر السيّد وليد القاني ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث. ووجّه الإستدعاء إلى المدّعية ولم تحضر نائبتها الأستاذة ناجحة بن عبد الله، في حين حضر نائبها الأستاذ عبد الكريم راجح ورافع متمسّكا بما قدّمه ضمن تقاريره الكتابية منتهيا إلى طلب الحكم لصالح الدّعوى ولم يحضر الأستاذ علي الخالدي نائب المدّعى عليها وبلغه الإستدعاء.

وحضرت السيدة كريمة الهمامي نيابة عن السيدة هيام بالي وأعلنت أنّ مندوب الحكومة يتمسّك بما أوردته ضمن تقريرها الكتابي طالبة الحكم بعدم اختصاص المجلس للنّظر في هذا النّزاع.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 21 افريل 2016.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرّح 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 الأصل:**

حيث انحصر النّزاع بين طرفي الدّعوى بخصوص عدم إدراج المدّعى عليها الصيدلية المركزية التونسية للضمّادات المضخّمة والمعقّمة ضمن طلبات العروض الوطنية لسنة 2015 والتي ترى فيها المدّعية شركة Alliance Pharma تعسّفا في استغلال وضعية الهيمنة الإقتصادية التي تتمتّع بها المدّعى عليها في سوق الأدوية.

حيث يعتبر تحديد السّوق المرجعيّة الركن الأساسي الأوّل في تحليل الممارسات المخلّة بالمنافسة باعتبار أنّها تخوّل تحديد المنشآت التي تتمتّع بوضعيّة هيمنة في السّوق والتي يمكن أن تتعسّف في استغلال هذه الوضعيّة ويضعها بالتالي تحت طائلة قانون المنافسة والأسعار.

وحيث أنّ مصطلح السّوق المرجعية هو مصطلح خاصّ بقانون المنافسة لا نجده في مصطلحات العلوم الاقتصادية التي تكتفي بمصطلح السّوق والذي يعني مكان التقاء العرض والطلب دون الخوض في تفاصيل تمسّ خصائص السّوق مثل نوعية العرض أو نوعية الطلب أو التطرّق مثلا إلى شكل المنافسة داخلها. في المقابل يولي مصطلح السّوق المرجعيّة أهميّة كبرى إلى خصائص معيّنة في السّوق أهمّها وضعيات الهيمنة الإقتصادية والقدرة السّوقية للمنشآت النّاشطة فيها، وهذا يعود إلى أهداف قانون المنافسة والتي من أهمّها السهر على تأمين منافسة متكافئة ومتوازنة في السّوق وحمايتها من استغلال وضعيات الهيمنة فيها أو الاستئثار بقوّة سوقية تمكّن صاحبها من التأثير على توازن السّوق.

وحيث تتمثّل أهميّة السّوق المرجعيّة في:

- ✓ **أوّلا:** حصر المجال الذي تمارس داخله المنافسة بين المنشآت.
- ✓ **ثانيا:** حساب حصص السّوق للمنشآت وقياس قوّتها السوقية وبالتالي تحديد المنشأة التي تتمتّع بوضعيّة هيمنة في السّوق.

وحيث تعرّف السّوق المرجعية على أنّها: "السّوق التي تحتوي من وجهة نظر المستهلك على قدر معقول من المنتوجات القابلة للتبديل أو الإحلال بحكم خصائصها أو أسعارها أو طرق استخدامها، والتي تؤمّنها منشآت تنشط من خلال قاعدة العرض والطلب في منطقة جغرافية محدّدة تتوفّر على قدر كاف من ظروف المنافسة المتجانسة تميّزها عن مناطق جغرافية أخرى لا تتوفّر فيها مثل هذه الظروف".

وحيث يستخلص من التعريف المذكور أعلاه أنّ السّوق المرجعيّة تتحدّد في مستويين أساسيين هما: مستوى المنتوج والمستوى الجغرافي.

✓ **السّوق المرجعيّة من حيث المنتوج:** هي السّوق التي تتوفّر على قدر معقول من المنتوجات البديلة من وجهة نظر المستهلك والمنتج.

✓ **السّوق المرجعيّة من حيث الحيّز الجغرافي:** هو المجال الجغرافي الذي ينضوي على قدر معقول من المنافسة المتجانسة تميّزها عن مناطق جغرافية أخرى لا تتوفّر فيها مثل هذه الظروف.

وحيث واستئناسا بالمصطلحات والتعريفات آنفة الذكر، يمكن تحديد السّوق المرجعيّة في قضيّة الحال كالآتي:

✓ **السّوق المرجعيّة من حيث المنتوج:** تتكوّن هذه السّوق من منتوج واحد وهو الضمّادات المضخّمة والمعقّمة المستخدمة كدواء المسّوقة في إطار طلبات العروض الوطنية السنوية التي تنظّمها الصيدلية المركزية التونسية والموجّهة للمنتجين المحلّيين. ويتّجه الإشارة إلى أنّ هذه الموادّ لا تتوفّر على بديل أي أنّه لا يوجد منتوج في السّوق يحلّ محلّ هذه الموادّ ذات الاستعمالات الطبيّة. من حيث العرض، يمكن تصنيف السّوق المرجعية من حيث المنتوج على أنّها سوق احتكار القلّة (un marché oligopolistique) إذ أنّ العرض المحلّي بخصوص المنتج المذكور يكاد يكون محدودا باعتباره ينحصر في عدد قليل من المصنّعين المحلّيين ومن بينهم المدّعية في قضيّة الحال شركة Alliance Pharma.

وحيث يمكن اعتبار العرض متجانسا ذلك أنّ جميع الشركات تعتمد في إنتاجها على نفس المعايير التكنولوجية وتوفّر تقريبا نفس الجودة. بالإضافة إلى هذا، فإنّ كرّاس الشروط تحدّد الخصائص الفنيّة التي يجب أن تتوفّر في المنتوج للمشاركة في الصفقة.

وحيث يمكن تصنيف السّوق المرجعية من حيث المنتوج على أنّها سوق المشتري الوحيد (Monopsone) والتي تستأثر بها الصيدلية المركزية التونسية التي تختصّ وحدها بشراء الضمّادات المضخّمة والمعقّمة لتزويد الهياكل الصّحية العمومية.

✓ **السّوق المرجعيّة من حيث الحيّز الجغرافي:** نظرا لكون نزاع الحال يهمّ المشاركة في طلبات العروض الوطنية في جزءها المتعلّق بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة المستخدمة كدواء، فإنّ كلّ المنتجين المحليّين معنيين بالمشاركة في هذه الصفقة وبالتالي فإنّ الحيّز الجغرافي للسّوق المرجعية يغطي كامل تراب الجمهورية.

وحيث يستخلص ممّا سبق بيانه أنّ السّوق المرجعيّة في قضية الحال هي سوق صناعة الضمّادات المضخّمة والمعقّمة المحلّية المستخدمة كدواء والمروّجة ضمن طلبات العروض الوطنية لسنة 2015 التي تنظّمها الصيدلية المركزية التونسية.

حيث ينحصر النّزاع في قضيّة الحال بين المدّعية شركة Alliance Pharma التي تتموقع في مستوى العرض في السوق المرجعية، والمدّعى عليها الصيدلية المركزية التونسية التي يتركّز دورها في مستوى الطلب من نفس السّوق.

وحيث أنّ الصيدلية المركزية التونسية هي مؤسّسة عمومية تتمتّع بالاستقلال الإداري والمالي تمّ إحداثها بموجب قرار وزاري بتاريخ 27 جوان 1931 حيث عرفت في تلك الفترة بالصيدلية المركزية للمستشفيات بالمملكة التونسية، ثمّ لتتحوّل إلى تسميتها الحالية منذ تاريخ 10 مارس 1958. وقد اكتسبت هذه المؤسّسة صبغتها الصناعية والتّجارية منذ تاريخ 16 جانفي 1961.

ومنذ سنة 1990، تم تركيز مهمّة المنشأة حول توريد المواد الصيدلانية وتوزيعها برأس مال يبلغ 17.8 مليون دينار تملكه الدولة كليّا[1].

وحيث أسند القانون عدد 105 لسنة 1990 في فصله الثاني للصيدلية المركزية التونسية المهام التالية:

- ✓ التزوّد بالأدوية والموادّ الكيمياوية والصيدلية وموادّ التضميد والأدوات واللّوازم وغيرها من الموادّ اللاّزمة في ميدان الطبّ البشري.
- ✓ الاختصاص دون غيرها بتوريد الأدوية وكلّ الموادّ الأخرى التي يتمّ تحديدها بمقتضى قرار مشترك صادر عن وزيري الاقتصاد والمالية والصحة العمومية.
- ✓ تكيّيف كلّ دواء سواء كان مستحضرا أم لا وكلّ الموادّ أو الأدوات الأخرى التي لها علاقة بأهدافها.
- ✓ تزويد الهياكل الصحّية والإستشفائية والمصالح الفنيّة التابعة لوزارة الصحّة العمومية والنيابات الصيدلية ومختلف المصالح العمومية وكذلك الهيئات ذات المصلحة العامّة بالأدوية والموادّ التي تختصّ بها.
- ✓ تزويد الهيئات الموزّعة والمخابر والصيادلة بالوسائل الأكثر ملائمة بكلّ الموادّ والأدوات التي لها علاقة بأهدافها وذلك طبقا للقوانين والتراتيب الجاري بها العمل.
- ✓ إعلام سلك الأطباء والصيادلة بالوسائل الأكثر ملائمة بكلّ الموادّ والأدوات التي لها علاقة بأهدافها وذلك طبقا للقوانين والتراتيب الجاري بها العمل.

وحيث أنّ سوق الأدوية تنقسم إلى قطاعين رئيسيين، وعليه فإنّ تدخّل الصيدلية المركزية التونسية في هذه السّوق ينتظم وفق خصوصية كلّ قطاع. ففي قطاع أدوية المستشفيات التي تحتلّ فيه الصناعة المحلّية الصدارة من حيث الحجم، تختصّ الصيدلية المركزية التونسية دون غيرها في توزيع موادّه على الهيئات الاستشفائية العمومية. أمّا في قطاع أدوية الصيدليات

[1] المصدر:
http://www.phct.com.tn/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=34&lang=ar#b.

الخاصّة والذي توفّر فيه الصناعة المحلية أكثر من 70% من الكميّات الموزعة، ينحصر اختصاص الصيدلية المركزية التونسية في توزيع الموادّ الموردة على شركات توزيع الأدوية بالجملة، علما وأنّ الصيدلية المركزية التونسية تشكّل حالة فريدة من نوعها في سوق الأدوية المخصّصة للمستشفيات تعرف بوضعية المحتكر ثنائي الجانب (Monopole Bilatéral) باعتبار أنّها المحتكر الوحيد في مستوى الشراء وكذلك في مستوى البيع.

وحيث في مستوى العرض، تنضوي السّوق المرجعيّة على عدد محدود من المصنّعين المحليين من بينهم المدّعية في قضيّة الحال شركة Alliance Pharma وهي شركة خفية الاسم رأسمالها 6 مليون و700 ألف دينار، تأسّست في ديسمبر 2006 ودخلت حيّز النّشاط في أكتوبر 2010 وتختصّ في إنتاج الأدوية والمستحضرات الصيدلانية وتسوّق منتوجاتها في السوق المحليّة وكذلك في الأسواق الخارجية.

وحيث تمثّل المبيعات بالسوق المحليّة النصيب الأكبر من مداخيل شركة Alliance Pharma حيث تقدّر نسبتها بحوالي 64.93% من رقم المعاملات الإجمالي خلال الفترة 2011-2014 مقابل 35.07% بالنسبة للصادرات خلال نفس الفترة. ويوضّح الجدول عدد 1 تطوّر رقم معاملات المدّعية خلال الأربع سنوات الأخيرة.

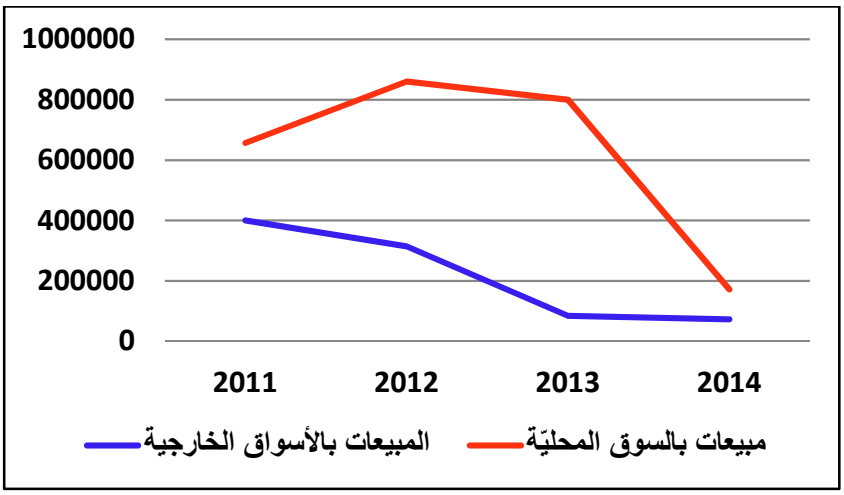
جدول 1: تطوّر رقم معاملات شركة خلال الفترة 2011-2014 (بالدينار التونسي).

المبيعات	2011	2012	2013	2014
الأسواق الخارجية	400 376	314 860	84 582	72 981
السوق المحليّة	256 546	545 102	715 453	98 726
المجموع	656 922	859 962	800 035	171 707

المصدر: معطيات شركة Alliance Pharma.

وحيث يلاحظ من خلال تطوّر رقم معاملات شركة Alliance Pharma تدهور حجم مبيعاتها خاصّة خلال سنتي 2013 و2014 وذلك في مستوى كلّ من السوق المحلّية والخارجية. إذ يظهر جليّا من خلال الرسم البياني عدد 1 التقهقر الفجئي في حجم المبيعات

المحليّة والتي قدّرت سنة 2014 بـ 98726 دينارا مقابل رقم معاملات قياسي لسنة 2013 قدّر بـ715453 دينارا ممّا أفرز نسبة انخفاض تصل إلى -86.20 %. بالنسبة للمبيعات بالأسواق الخارجية، فقد عرفت هي الأخرى أيضا تراجعا تدريجيا ابتداءا من سنة 2013 لتصل إلى أدنى مستوياتها في سنة 2014.



رسم 1: تطوّر مبيعات شركة **Alliance Pharma**.

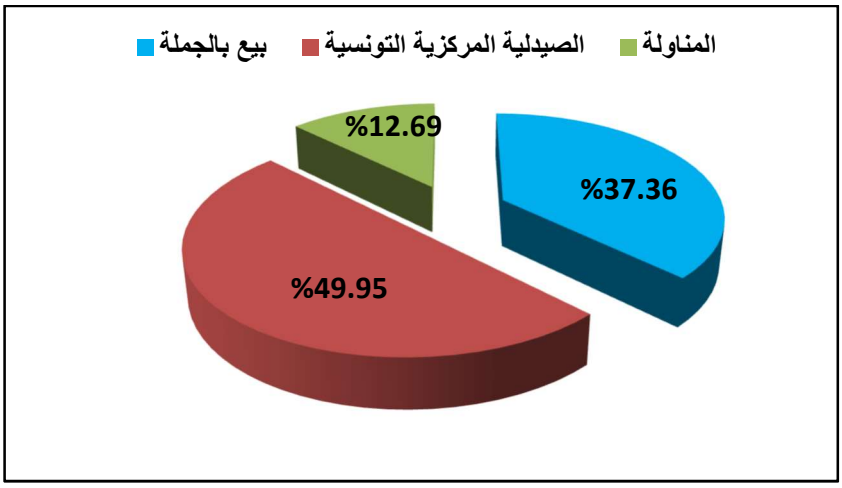
وحيث تنبأ هذه المؤشرات بأنّ الشركة، رغم حداثة نشاطها في سوق صناعة الأدوية، تعاني من صعوبات اقتصادية خاصّة في ظلّ عدم تمكّنها من ترويج بعض المنتجات على غرار الضمّادات المضخّمة والمعقّمة. كما يبرز من خلال المعطيات المدرجة بالجدول عدد 2 تطوّرا في مستوى مبيعات شركة Alliance Pharma لحساب الصيدلية المركزية في الثلاث سنوات الأولى، حيث حقّقت رقما قياسيا في سنة 2013 قدّرت نسب نمّوه بالمقارنة مع 2011 بـ400%، لتتراجع هذه النسبة إلى أكثر من -85% سنة 2014.

جدول 2: أقسام المبيعات المحلّية لشركة **Alliance Pharma** خلال الفترة **2011-2014** (الوحدة:الدينار).

المبيعات المحلّية	2011	2012	2013	2014
بيع بالجملة	13 693	238 224	203 237	25 262
الصيدلية المركزية التونسية	101 120	120 357	512 216	73 464
المناولة	18 463	186 521	0	0

المصدر: معطيات شركة **Alliance Pharma**.

وحيث تستأثر الصيدلية المركزية التونسية بحوالي نصف الحصّة من إجمالي المبيعات المحلّية لشركة Alliance Pharma وتعتبر بذلك الحريف الأوّل لهذه الشركة كما هو مبيّن بالرسم البياني عدد 2، تليها عمليات البيع بالجملة التي تمثّل أكثر من 37% من إجمالي المبيعات المحلّية وهذا المعطى يحيل إلى الدور الحيوي الذي تلعبه الصيدلية المركزية التونسية في النّشاط الاقتصادي للمدّعية وأنّ أي تعكّر في العلاقات التّجارية بينهما قد ينجرّ عنه ضرر فادح للأخيرة.



رسم 2: توزّع المبيعات المحلّية لشركة Alliance Pharma حسب الحريف.

حيث دأب مجلس المنافسة في فقه قضائه على اعتبار أنّ تحديد مرجع نظره مرتبط بمدى تأثير العمل أو التصّرف المتنازع بشأنه على التّوازن العام للسّوق وحرّية المنافسة فيها، بحيث أنّ اختصاصه لا يكون قائما إلاّ متى كانت تلك الأعمال تندرج في إطار الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من القانون المتعلّق بتنظيم المنافسة والأسعار. وتنطبق أحكام هذا الفصل على الأفعال والممارسات التّجارية بصرف النّظر عن طبيعة مرتكبيها وشكلهم القانوني لتشمل الأشخاص الطبيعيين والذّوات المعنوية من القطاع الخاصّ والعامّ وكذلك الذّوات العموميّة والاتّحادات المهنية والجمعيّات في حال تدخّلت في النّشاط الاقتصادي.

وحيث في قضية الحال تنسحب أحكام الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار على الصيدلية المركزية التونسية باعتبارها ذاتا عموميّة، غير أنّه وجب التنبّه إلى أنّ تطبيق هذه الأحكام يظلّ رهين التصرّفات

التي تأتيها الذّوات العموميّة والتي تكون غالبا على طريقتينّ. أمّا الطريقة الأولى فهي تلك التي تكون بوصفها متدخّلا ينشط في السّوق وبالتّالي فإنّها تخضع للقانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار وفي هذه الحالة يختصّ مجلس المنافسة بالنّظر في أفعالها إن كانت مخالفة لأحكام الفصل 5 آنف الذكر. وأمّا الطريقة الثانية فهي تلك التي تكون بوصفها سلطة إداريّة نزولا عند مقتضى النصوص التشريعيّة والترتيبيّة التي تخوّل لها ذلك وفي هذه الحالة فإنّ ما يصدر عنها هو محض أعمال إداريّة لا سلطان لمجلس المنافسة عليها.

وحيث جرى فقه قضاء مجلس المنافسة على استبعاد النّظر في الإجراءات المتّصلة بإبرام أو تنفيذ أو إنهاء عقود الصفقات العمومية بحكم اندراجها ضمن أعمال التسيير والتصرّف الإداري الموكول للذوات العمومية بمقتضى نصوص تشريعية وترتيبية، شريطة أنّ تكون عمليات الشراء والتزوّد خاضعة للتراتيب الخاصّة بالصفقات العمومية خاصّة الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية. وحيث للتثبّت من هذا الشرط ينبني تمشي مجلس المنافسة على النّظر في مسألتين.

وحيث تتمثّل المسألة الأولى في التحقّق من أحكام الأمر عدد 1330 لسنة 2007 المؤرّخ في 4 جوان 2007 المتعلّق بضبط قائمة المنشآت العمومية التي لا تخضع طلباتها للتزوّد بموادّ وخدمات إلى التراتيب الخاصّة بالصفقات العمومية. وقد ثبت بعد الرجوع إلى الفصل الأوّل من الأمر المذكور عدم انضواء الصيدلية المركزية التونسية ضمن هذه القائمة.

وحيث أنّ المسألة الثانية تتمثّل في النّظر في القانون المحدث للمنشأة العمومية للتأكّد من وجود أحكام خاصّة تنظّم عمليات الشراء والتزوّد التي تقوم بها من عدمها. وبالرجوع إلى القانون عدد 105 لسنة 1990 المؤرّخ في 26 نوفمبر 1990 والمتعلّق بالصيدلية المركزية للبلاد التونسية تبيّن أنّ فصله السادس ينصّ صراحة على ما يلي: "لا تخضع الصفقات والعقود التي تبرمها الصيدلية المركزية للبلاد التونسية للتراتيب المتعلّقة بالصفقات العمومية وذلك فيما يتعلّق بالشراءات المعدّة للبيع على حالتها أو بعد تكييفها بعنوان نشاطه التّجاري". وهذا دليل على

أنّ عمليات الشراء والتزوّد التي تقوم بها المدّعى عليها لا تخضع إلى التراتيب المنظّمة للصفقات العمومية. وهو ما يتأكّد معه، كما سبق بيانه، اختصاص مجلس المنافسة في قضية الحال ويحيل إلى النّظر في الممارسات المثارة في قضيّة الحال.

حيث يتلخّص النّزاع المثار في هذه القضية في عدم إدراج الضمّادات المضخّمة والمعقّمة ضمن طلبات العروض الوطني لسنة 2015 والتي ترى فيه المدّعية تعسّفا في استغلال وضعية الهيمنة التي تتمتّع بها الصيدلية المركزية التونسية باعتبارها الموزّع الوحيد للأدوية في تونس. في المقابل ترى الصيدلية المركزية التونسية أنّ ما أتته من فعل لا يعدو أن يكون إلاّ تكريسا لمبدأ المنافسة باعتبار أنّ التزوّد بالأدوية عن طريق طلبات العروض لا يمكن أن يتمّ إلاّ بتوفّر رخصتي ترويج على الأقلّ.

وحيث استقرّ عمل المجلس على اعتبار أنّ ممارسة الإفراط في استغلال وضعيّة الهيمنة الإقتصاديّة لا تثبت إلاّ بتوفّر عنصرين هما المركز المهيمن من جهة وإساءة استخدامها من جهة أخرى. ووفقا لهذا التمشي دأب المجلس في كلّ القضايا التي عرضت عليه في هذا الباب على البحث في مقام أوّل عن مدى توفّر ركن الهيمنة الاقتصادية للطرف المدّعى عليه، وبعد التثبّت من وجود هذه الوضعيّة يمرّ في طور ثان إلى مناقشة مدى توفّر عنصر الإفراط في استخدامها.

حيث تعرّف وضعيّة الهيمنة على أنّها امتلاك منشأة لقدر من القوة الاقتصاديّة يمنحها استقلالية التصرّف والتّعامل مع الحرفاء والمنافسين والمستهلكين وفقا لإرادتها المنفردة ودون الخضوع إلى ضغوطات السّوق ومتطلّباتها في قطاع معيّن، بكيفيّة تجعلها قادرة على فرض شروطها والتحكّم في آليات السّوق والتّأثير الجذري على وضعيّة المتعاملين فيها، وذلك بحكم أهميّة نصيبها منها أو تفوّقها التّكنولوجي أو أسلوبها التّجاري أو مواردها المالية أو تمركزها الجغرافي.

وحيث يستخلص باعتماد عناصر تعريف الهيمنة الاقتصادية آنفة الذكر ما يلي:

✓ تمتّع الصيدلية المركزية التونسية بصلاحيات واسعة في سوق الأدوية من خلال المهام الموكولة إليها بمقتضى القانون عدد 105 لسنة 1990 المؤرّخ في 26 نوفمبر 1990 والتي تجعلها قادرة على التحكّم في آليات السّوق خاصّة في مستوى العرض باعتبارها المزوّد الوحيد للهياكل الصحّية بالأدوية.

✓ قدرة الصيدلية المركزية التونسية على التأثير في وضعية المتعاملين خاصّة في مستوى شراء الأدوية من المصنّعين المحليّين بحكم أسلوبها التّجاري والذي يتجسّد خاصّة في إبرام الصفقات العمومية أو الالتجاء إلى تقنية التفاوض المباشر. وحيث تبيّن أنّ الصيدلية المركزية التونسية تهيمن على السّوق المرجعية، كما أنّها تحظى بنفس الوضعية في مستوى العرض بما أنّها تختصّ وحدها بتزويد الهياكل الصحّية العمومية بهذه الموادّ.

✓ وحيث يبرز كذلك من دراسة السّوق أنّ الصيدلية المركزية التونسية تستأثر بحوالي نصف المبيعات الإجمالية بالسّوق المحلّية لشركة Alliance Pharma وقد أثّر هذا في النّشاط الاقتصادي لهذه الأخيرة بسبب تدهور العلاقات التّجارية مع هذه المؤسّسة المهيمنة.

وحيث يتّضح من خلال المعطيات المضمّنة بملفّ القضيّة توفّر العناصر الدّالة على إفراط الصيدلية المركزية التونسية في استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية التي تحظى بها في السّوق المرجعية، والتي تتمثّل أساسا في:

حيث اتّضح من خلال محضر جلسة اللّجنة الخاصّة بمنتوج Vasogaze المنعقدة تحت إشراف وزارة الصّحة بتاريخ 24 جويلية 2014 وبحضور الهياكل ذات الصلة بما فيه المدّعى عليها، ما يبرهن عن عدم صحّة ادّعاءات الأخيرة بخصوص عدم وجود أكثر من مصنّع محلّي للضمّادات المضخّمة والمعقّمة. فبالرجوع إلى محتوى محضر الجلسة تبيّن أنّ اللّجنة المذكورة أقرّت بوجود اثنين من المصنّعين المحليّين للضمّادات المضخّمة والمعقّمة. وبعد التحرّي في الموضوع تبيّن أنّ المصنّع المحلّي الثاني، علاوة على المدّعية، هو شركة Adhe-Els[2] الذي

[2] http://www.adhe-els.com

يصنّع منتوج يحمل اسم Neo-Tulle منافس لمنتوج Vasogaze. وتنتصب الشركة المذكورة التي تأسّست سنة 1983 بولاية سوسة وتختصّ في صناعة العديد من المنتجات الطبيّة عى غرار الضمّادات المعقّمة والبلاستيك الطبّي المعقّم والأربطة الجراحية المعقّمة.

وحيث واستنادا إلى محتوى الاتّفاق المبرم في الجلسة المذكورة تبيّن أنّ الصيدلية المركزية التونسية قد خالفته في نقطتين أساسيتين هما أصلا النّزاع في قضيّة الحال. أمّا النّقطة الأولى فهي الإيهام بوجود مصنّع محلّي وحيد للضمّادات المضخّمة والمعقّمة والمتمثّل في شركة Alliance Pharma. وقد أصرّت المدّعى عليها على هذا الموقف في تقاريرها وردودها الواردة على مجلس المنافسة وعلى هيئة المتابعة والمراجعة في الصفقات العمومية وهذا الموقف يدحضه ما خلصت إليه اللّجنة الخاصّة بالضمّادات بتاريخ 16 جانفي 2015 تحت إشراف وزارة الصحّة وبحضور الصيدلية المركزية التونسية وهياكل أخرى ذات صلة والتي أقرّت مرّة أخرى بوجود مصنّعين محلّين وضرورة وبرمجة هذه المنتجات ضمن طلب العروض الذي تقوم به الصيدلية المركزية التونسية. وأمّا المخالفة الثانية فتتمثّل في تجاهل المدّعى عليها لتوصيات وزارة الإشراف الواردة بمحضر الجلسة القاضية بتنظيم طلب العروض.

وحيث إنّ مخالفة الصيدلية المركزية التونسية لمحتوى الاتّفاق المنبثق عن اللّجنتين الخاصّتين آنفتي الذكر هو دليل قاطع على تعسّفها في استغلال وضعيّة الهيمنة التي تتمتّع بها والذي أفضى إلى انتهاجها طريقة للتزوّد مغايرة لما تمّ الاتّفاق عليه.

وحيث أثبتت مجريات التحقيق في هذه القضية أنّ مبرّرات المدّعى عليها في عدم إدراجها للضمّادات المعقّمة ضمن طلب العروض الوطني لسنة 2015 غير صحيحة كما سبق بيانه. وفي هذه الحالة وبانتفاء الركن الأساسي الذي اعتمدته الصيدلية المركزية التونسية لتبرير أفعالها وهو عدم وجود أكثر من منتج محلّي للضمّادات المضخّمة والمعمّقة وادّعائها الدفاع عن مبدأ المنافسة، لا يبقى لها أي مبرّر غير انسياقها وراء قراراتها الانفرادية والذي تجسّد بالأخصّ في لجوءها إلى التفاوض المباشر للتزوّد بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة وهو ما لا يعكس ادّعاءاتها

حول حرصها على تكريس مبدأ المنافسة. وحيث أنّ اللّجوء إلى التفاوض المباشر لا يكون إلاّ بعد أن يتأكّد المشتري العمومي في مرحلة الفرز المالي وتقييم العروض من أنّ العروض غير مثمرة. في حين أنّ الصيدلية المركزية التونسية لم تقم أصلا ببرمجة بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة ضمن طلبات العروض السنوية.

وحيث إنّ عدم قيام المدّعى عليها بتنظيم طلب عروض بخصوص الضمّادات المضخّمة والمعقّمة لا يمكن تفسيره إلاّ بتعمّدها تعطيل المنافسة والحدّ من النّفاذ إلى السّوق خاصّة مع علمها بوجود أكثر من مصنّع محلّي لهذه الموادّ. ولعلّ أبرز دليل على ذلك موقف الصيدلية المركزية التونسية نفسه والذي لا يخلو من التضارب، وهو ما تبيّن من خلال مراسلتها بتاريخ 14 أوت 2015 الموجّهة إلى المدّعية والتي جاء في سطريها الثالث والرابع ما يلي: "**وعلى خلاف ما تضمّنه مكتوبكم من استنتاجات فإنّه سيتمّ فعلا تنظيم طلب عروض لإقتناء الضمّادات المضخّمة والمعقّمة**".

وحيث أنّ هذا الردّ بمثابة اعتراف صريح من المدّعى عليها بأنّه لا يوجد مانع من تنظيم طلب عروض بخصوص الضمّادات المضخّمة والمعقّمة.

وحيث إنّ تعطيل الصيدلية المركزية التونسية للمنافسة بدون موجب وبدون أي مبرّر منطقي أو جدّي يثبت وجاهة ما قامت به، يكتسي خطورة بالغة خاصّة متى كانت صادرة عن مؤسّسة عمومية تتمتّع بهيمنة اقتصادية في سوق الأدوية.

وحيث أثبت التحقيق في قضية الحال مواصلة الصيدلية المركزية التونسية نفس التمشي الذي سلكته للتزوّد بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة **و**ذلك بعدم إدراج هذه المنتجات ضمن طلب العروض الوطني لسنة 2016. فبالرجوع إلى الوثائق المظروفة بملفّ القضيّة تبيّن وجود مراسلة كانت بمثابة ردّ من الصيدلية المركزية التونسية على مراسلة وردت عليها من هيئة المتابعة والمراجعة في الصفقات العمومية تحت عدد 193/2015 بتاريخ 15 جوان 2015 بخصوص تظلّم شركة Alliance Pharma لدى الهيئة المذكورة من عدم إدراج الضمّادات المضخّمة والمعقّمة

ضمن طلب العروض عدد 8 لسنة 2016 (AO N° VIII/2016). وقد اكتفت الصيدلية المركزية التونسية في المراسلة المذكورة بتقديم نفس التبرير والمتمثّل في عدم وجود رخصتي ترويج على الأقلّ لهذا المنتوج على الصعيد المحلّي.

وحيث إنّ إصرار الصيدلية المركزية التونسية على عدم تنظيم طلب العروض للتزوّد بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة لسنة 2016 مع إدراكها لكثرة التظلّمات التي رفعتها المدّعية إلى عديد الهياكل (رئاسة الحكومة، وزارة الصحّة، البنك المركزي، هيئة المتابعة والمراجعة في الصفقات العمومية، ...، إلخ)، يعكس تعنّتها وإعمالها لسلطتها الواسعة على سوق الأدوية دون مبّرر وجيه. ويستشفّ إفراط المدّعى عليها في استغلال وضعيّة الهيمنة من خلال مواصلتها تجاهل توصيات وزارة الإشراف والهياكل الصحية ذات الصلة المنبثقة من الجلستين الخاصّتين بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة آنفتي الذكر وتمسّكها بموقفها في الذهاب إلى التفاوض المباشر بدل تنظيم طلب عروض.

وحيث ممّا لاشكّ فيه أنّ الممارسة المنسوبة إلى الصيدلية المركزية التونسية من شأنها الإضرار بالمنتجين المحليّين والتأثير على القدرة التنافسية للشركات التونسية المصنّعة للأدوية خاصّة في مجال صناعة الضمّادات المضخّمة والمعقّمة موضوع النّزاع في قضيّة الحال والتي تجد في طلبات العروض السنوية التي تقوم بها الصيدلية المركزية التونسية متنفّسا لترويج منتوجاتها على الصعيد المحلّي. كما أنّ استمرار الصيدلية المركزية التونسية في نفس التمشي لتسديد حاجياتها السنوية من هذه الموادّ عن طريق التفاوض المباشر قد يشكّل بمرور الوقت حاجزا للدّخول إلى السّوق باعتبار أنّ مثل هذه الممارسة لا تشجّع دخول شركات جديدة للسّوق والاستثمار في هذا القطاع ممّا يترتّب عنه خسارة على مستوى التشغيل وكذلك على مستوى تطوير القطاع على المدى البعيد.

وحيث من شأن هذه الممارسات أن تزيح المصنّعين المحليّن من سوق صناعة الضمّادات المضخّمة والمعقّمة وخلق عدم توازن على المستوى الهيكلي لهذه السّوق، إذ مع تدهور

النّشاط الاقتصادي للمدّعية والخسائر المالية التي تكبّدتها من جرّاء صعوبة تسويقها لمنتجاتها وخاصّة الضمّادات المضخّمة والمعقّمة، لا مناص من إزاحتها من السّوق المذكورة وفتح المجال للمصنّع المحلّي الثاني ليحتكرها ويعزّز قوّته السّوقية فيها.

وحيث استنادا إلى كلّ ما سبق بيانه فإنّه يتّضح ثبوت تعسّف الصيدلية المركزية التونسية في استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية التي تتمتّع بها في السّوق المرجعيّة وذلك من خلال امتناعها عن تنظيم طلبات العروض لسنة 2015 للتزوّد بالضمّادات المضخّمة والمعقّمة والذي يعدّ بمثابة تعطيل للمنافسة في السّوق والحدّ من النّفاذ إليها بدون موجب، وهو ما يجعلها بالتالي تخرق أحكام الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس:

- **أوّلا:** قبول الدّعوى شكلا وفي الأصل اعتبار الممارسة المشتكى منها من قبيل الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل الخامس من القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.
- **ثانيا:** توجيه أمر للمدّعى عليها بالكفّ عن هذه الممارسة.
- **ثالثا:** نشر منطوق هذا القرار بصحيفتين يوميتين على نفقتها.

وصدر هذا القرار عن الدائرة القضائيّة الثانية لمجلس المنافسة برئاسة السيّد الحبيب جاء بالله والسيّدة سلوى بن والي والسادة عماد الدرويش وفوزي بن عثمان والهادي بن مراد.

وتلي علنا بجلسة يوم 21 أفريل 2016 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزّيتوني.

الرّئيس **كاتبة الجلسة**

الحبيب جاء بالله **يمينة الزيتوني**