الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد 141376

تاريخ القرار 27 أكتوبر 2016

قرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين :

المدعية: شركة "أوريدو تونيزي" Ooredoo Tunisie في شخص ممثلها القانوني، الكائن مقرها الاجتماعي بحدائق البحيرة، ضفاف البحيرة – 1053 – تونس.

من جهة،

المدعى عليها: شركة "أورنج تونس" Orange Tunisie في شخص ممثلها القانوني، الكائن مقرها الاجتماعي بعمارة أورنج المركز العمراني الشمالي – 1003 - تونس، نائبها الأستاذ سليم مالوش الكائن مكتبه بمركب قالاكسي 2000 بلوك د – الطابق السابع نهج العربية السعودية – تونس.

من جهة أخرى،

بعد الاطلاع على عريضة الدعوى المقدمة من قبل شركة "أوريدو تونيزي" ضدّ شركة "أورنج تونس" والمسجلة بكتابة المجلس بتاريخ 23 ديسمبر 2014 تحت عدد 141376 والتي طلبت بموجبها النظر في الممارسات الصادرة عن هذه الأخيرة والمتمثّلة في تطبيق أسعار تقلّ عن سعر التكلفة على عروضها للربط بالأنترنات الجوّال عبر مفتاح الجيل الثالث. وتعتبر المدعية أنّ تصرّف المدعى عليها على النحو المذكور يورّطها في ارتكاب ممارسة تطبيق أسعار

مفرطة الانخفاض، وهي من قبيل الممارسات المخلة بالمنافسة التي تحجّرها تحجيرا مطلقا أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 5 من القانون المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحدّدت عريضة الدعوى السوق المرجعية موضوع قضية الحال في سوق التفصيل لعروض الأنترنات الجوّال على مفتاح الجيل الثالث (3G) وهي السوق التي أحدثت مباشرة بعد أن تمّ إسناد إجازة شاملة بتاريخ 31 جويلية 2009 لفائدة "أورنج تونس" واعتبارا للخدمات التي يمكن تسويقها اعتمادا على تقنية الجيل الثالث. وتتكوّن السوق المعتبرة من عروض التفصيل للأنترنات الجوّال على مفتاح الجيل الثالث التي توفّر للمشتركين فيها إمكانية الربط أو نقل البيانات على هذا المفتاح وإتاحة النفاذ إلى التطبيقات والخدمات الأكثر انتشارا على شبكة الأنترنات مثل خدمة ربط المحادثات الصوتية عبر الأنترنات باستخدام تقنية الصوت عبر بروتوكول الأنترنات (VoIP) وكذلك إجراء المكالمات الهاتفية والمراسلات الفورية عبر الأنترنات بشكل مجاني بواسطة تطبيقة "سكايب" (Skype) أو "فايبر" (Viber) وغيرها من التطبيقات الأخرى فضلا عن استغلال خدمات التليفزيون والفيديو.

وينشط بالسوق المرجعية ثلاث مشغّلين لشبكات عمومية للاتصالات وهم:

- "أورنج تونس" بوصفها المشغّل الذي أسندت إليه في سنة 2009 إجازة شاملة لتوفير خدمات الهاتف القار والهاتف الجوّال من الجيلين الثاني والثالث والذي انفرد خلال سنة 2010 بتسويق خدمات الجيل الثالث بصفة حصرية ممّا مكنه من التمتّع بأسبقية الانتصاب بالسوق.
- "اتصالات تونس" باعتبارها المشغّل التاريخي في تونس والتي أصبحت تسوّق خدمات الجيل الثالث منذ سنة 2011.

- "أوريدو تونس" باعتبارها أوّل مشغّل خاص أسندت إليه إجازة لإقامة واستغلال شبكة عمومية للهاتف الرقمي الجوّال والتي لم تتمكن من تسويق خدمات الجيل الثالث إلاّ في شهر ماي 2012.

وحسب تقرير مرصد الهيئة الوطنية للاتصالات لشهر سبتمبر 2014 ، بلغ عدد مشتركي مفتاح الجيل الثالث 1.073.605 مشتركا في حين استأثرت "أورنج تونس" بالنصيب الأكبر لعدد الحرفاء والبالغ 528.213 مشتركا وهو ما جعلها تحتل مركز هيمنة في السوق المرجعية بحصة سوق تساوي 49,2%، متفوّقة بذلك على "اتصالات تونس" بحصة سوق تبلغ 31,8% وعلى"أوريدو تونيزي" بحصة سوق تبلغ 19,1%.

وتعتبر المدعية أنه لم يكن بوسع الشركة المدعى عليها امتلاك الحصة السوقية الأكبر لولا تضافر بعض العوامل منها بالخصوص انفرادها بتسويق خدمات الجيل الثالث طوال سنة كاملة بصفة حصرية دون منافسة استنادا إلى امتياز أسندته إليها الدولة التونسية بمقتضى الأمر عدد 2270 لسنة 2009 المؤرخ في 31 جويلية 2009 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية إسناد إجازة لإقامة واستغلال شبكة عمومية للاتصالات لتوفير خدمات الاتصالات القارة وخدمات الاتصالات الجوّالة من الجيل الثاني والثالث، وهي وضعية مكّنتها حتميا من تغطية جزء من التكاليف الثابتة لتقديم الخدمات المذكورة. وعلى هذا الأساس أصبحت تحضى بأفضلية مقارنة ببقية المتدخلين ليس نتيجة لمجهودها الذاتي بل نتيجة استغلال وضعية الريعي (Situation de rente pendant une année)، ممّا أكسبها القدرة الكافية على فرض شروطها على مستوى تحديد أسعار البيع وبالتالي التحكّم في السوق. وقد استغلت المدعى عليها وضعية الهيمنة التي توجد فيها وذلك بوضع العراقيل والحواجز لمنع كل منتصب جديد من منافستها في تسويق خدمات الهاتف من الجيل الثالث كما سعت إلى الحصول على حصص جديدة من سوق الاتصالات بالاستناد على ممارسات مخلة بقواعد المنافسة تتمثّل في البيع بأسعار مفرطة

الانخفاض والتي حجّرتها الفقرة الأخيرة من الفصل 5 من القانون المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار. ويبرز ذلك من خلال عروض الربط بالأنترنات الجوّال عبر مفتاح الجيل الثالث التي تولت إطلاقها وترويجها في شكل "حزم" (Pack 3G) تتشكّل كل حزمة منها من مفتاح الجيل الثالث (جهاز) ورصيد من الجيغا أوكتي (Forfait Go) إما مسبق الدفع (prépayé) أو مؤجّل الدفع (post payé)، وهي:

(أ) عرض مفتاح الجيل الثالث "باس" pack Clé 3G Pass

(ب) عرض مفتاح الجيل الثالث "سامبلي" offre Clé 3G Simply

(ت) عرض مفتاح الجيل الثالث "اينتونس" forfait Clé 3G Intense

(ث) عرض مفتاح الجيل الثالث "بريميوم" forfait Clé 3G Premium.

ولقد اعتبرت المدعية أنه من خلال مختلف العروض المذكورة فإنّ حجم الربط الذي تقترحه "أورنج تونس" في الأرصدة التي تحتوي عليها تلك العروض يتراوح من 5 إلى 15 جيغا أوكتي للاستهلاك خلال النهار. ويكون حجم الربط غير محدود (volume de connexion illimité) حتى سقف 25 جيغا أوكتي في الشهر (dans la limite de 25 Go/mois) خلال الفترة ما بين الساعة الحادية عشرة ليلا والثامنة صباحا. وعلى هذا الأساس ،استخلصت المدعية أنّ حجم الربط الإجمالي الممنوح خلال الشهر والذي يستهلك طوال 24 ساعة في اليوم يتراوح ما بين 30 جيغا أوكتي و 40 جيغا أوكتي حسب الرصيد المقترح ضمن مختلف العروض.

وعلى ضوء المعطيات سالفة البيان وعلى افتراض أنّ الحريف استنفذ كامل الرصيد المخصّص للربط الممنوح لفائدته، خلصت المدعية إلى أنّ سعر بيع وحدة من الجيغا أوكتي يتحدّد كالتالي:

العروض	حجم الربط الممنوح (Go)	سعر الرصيد (باحتساب الأداء)	سعر الرصيد (صافي من الأداء)	سعر بيع وحدة Go (صافي من الأداء)
العروض مسبقة الدفع				
"باس"	35=25+10	30,000 دينار	24,210 دينار	0,692 دينار
	35=25+10	25,000 دينار	20,175 دينار	0,576 دينار
"سامبلي"	32,5=25+7,5	30,000 دينار	24,210 دينار	0,745 دينار
العروض مؤجّلة الدفع				
"اينتونس"	35=25+10	25,000 دينار	20,175 دينار	0,576 دينار
"بريميوم"	40=25+15	35,000 دينار	28,245 دينار	0,706 دينار

وقد لاحظت المدعية أنّ أسعار بيع وحدة من الجيغا أوكتي مثلما تمّ تحديدها بالجدول أعلاه من طرف المدعى عليها بالنسبة لمختلف العروض التي تولت إطلاقها في السوق تتّسم بالانخفاض الشديد، وهو الأمر الذي أثار لديها امكانية أن لا تشتمل تلك الأسعار على جميع عناصر الكلفة وتكون بذلك أقلّ من سعر التكلفة. وتطلّب التثبّت في مدى قيام هذه الامكانية من عدمها من المدعية إجراء عملية مقارنة تلك الأسعار بسعر التكلفة (كلفة الإنتاج + الأعباء التجارية) والذي قدّرته بدينارين دون احتساب الأداء على القيمة المضافة. وقد كشفت هذه العملية بالخصوص عن وجود فارق سلبي كالتالي:

منتوج مفتاح الجيل الثالث	الكلفة الدنيا لإنتاج وحدة Go	سعر بيع وحدة Go (صافي من الأداء)	الخسارة عن وحدة Go	الخسارة عن كامل الرصيد

العروض مسبقة الدفع				
"باس"	2,000 دينار	0,692 دينار	-1.308 دينار	-45.780 دينار
	2,000 دينار	0,576 دينار	-1.424 دينار	-49.840 دينار
"سامبلي"	2,000 دينار	0,745 دينار	-1.255 دينار	-40.780 دينار
العروض المفوترة				
"اينتونس"	2,000 دينار	0,576 دينار	-1.424دينار	-49.840 دينار
"بريميوم"	2,000 دينار	0,706 دينار	-1.294 دينار	-51.760 دينار

ويتمثّل الفارق السلبي بين سعر البيع وسعر التكلفة الذي يطرحه الجدول أعلاه حسب المدعية في الخسارة التي تتحمّلها المدعى عليها عن كل عرض مروّج من طرفها. ويكون مقدار الخسارة مرتفعا كلما ارتفع حجم الرصيد الممنوح لفائدة المشترك في العرض. علما وأنّ مبلغ الخسارة لا يتضمّن الخسارة المحتملة التي يمكن أن تتحمّلها "أورنج تونس" على مبيعات مفتاح الجيل الثالث التي يتكوّن منها كل عرض.

وعلى ضوء هذه النتيجة ، استخلصت المدعية أنّ المدعى عليها تتعمّد البيع بأسعار شديدة الانخفاض تقلّ عن سعر التكلفة بنسب كبيرة تصل إلى ما يناهز 40%، وهو ما يشكّل حسب وجهة نظرها ممارسة البيع بأسعار مفرطة الانخفاض التي يحجّرها الفصل الخامس من القانون المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار تحجيرا مطلقا. كما لاحظت المدعية أنّ تصرّف المدعى عليها على هذا النحو يكشف عن رغبتها في ضمان تموقعها في مركز مهيمن في السوق المرجعية مستغلة في ذلك أسبقيتها في الانتصاب في تلك السوق والحماية التي منحتها لها الدولة لمدة عام كامل لتوفير خدمات تعتمد على تقنيات الجيل الثالث بأسعار منخفضة انخفاضا تهدّد به توازن سوق الاتصالات ونزاهة المنافسة فيه.

ولهذه الأسباب ، تطلب المدعية من المجلس التصريح بأنّ الممارسات المعروضة على أنظاره والمتمثّلة في تعمّد المدعى عليها توفير عروض تجارية لخدمات مفتاح الجيل الثالث بأسعار مفرطة الانخفاض هي من قبيل الممارسات المخلة بالمنافسة التي تستوجب تسليط العقاب المناسب على مرتكبتها.

وبعد الاطلاع على رد الأستاذ سليم مالوش نيابة عن المدعى عليها المسجّل بكتابة المجلس بتاريخ 15 ماي 2015 والذي تمسّك فيه بعدم اختصاص مجلس المنافسة للبت في النزاع الراهن باعتبار أنّ الممارسات المخلة بالمنافسة المنسوبة إليها لا تثبت قانونا إلاّ إذا تمّ الوقوف على احتلالها لوضعية هيمنة في السوق المرجعية وإثبات إفراطها في هذه الوضعية ضرورة أنه لا وجود مطلقا لسوق التفصيل لعروض الأنترنات الجوّال 3G علاوة عن أنّ المدعية لم تفلح في إثبات تلك السوق وفي إثبات وضعية الهيمنة في جانب المدعى عليها، وهو ما يتّجه معه القضاء برفض الدعوى شكلا لعدم الاختصاص الحكمي.

بين الأستاذ سليم مالوش أيضا أن دعوى الحال هي من الاختصاص المطلق لمحاكم الحق العام باعتبارها دعوى مدنية بالأساس ويتعلق موضوعها بالمسؤولية التي مبناها الخطأ وحصول الضرر مع قيام العلاقة المباشرة بين الخطأ والضرر الناشئ عنه وهي الدعوى مناط الفصل 83 من مجلة الالتزامات والعقود، وهو ما يتجه معه القضاء برفض الدعوى حكميا لانعقاد هذا الاختصاص لفائدة المحاكم المدنية.

و جاء أيضا في ردّ نائب المدعى عليها إلى أنّ جميع العروض موضوع النزاع قد حضيت بموافقة الهيئة الوطنية للاتصالات بما يؤكّد مطابقتها للأحكام التشريعية والترتيبية الجاري بها العمل. وعلى هذا الأساس خلص الأستاذ سليم مالوش إلى اعتبار أنّ حصول العروض التجارية على الموافقة المسبقة للهيئة الوطنية للاتصالات قبل تسويقها من شأنه أن يؤسّس

قانونا الاختصاص الحكمي لهذه الأخيرة ويزيح اختصاص مجلس المنافسة للنظر في الدعوى، وهو ما يتّجه معه القضاء برفض هذه الدعوى شكلا لخرق قواعد الاختصاص الحكمي.

ومن حيث الأصل ، وردّا على مزاعم المدعية بخصوص سوق التفصيل لعروض الأنترنات الجوّال 3G لاحظ نائب المدعى عليها أنه لا وجود مطلقا لهذه السوق وهي سوق فرعية لسوق أكبر وأشمل والمتمثلة في سوق الأنترنات التي لم يتم إلى حد هذا التاريخ تحديدها كسوق مرجعية ضرورة أنّ الهيئة الوطنية للاتصالات لما تدخلت لتعديل التعريفات اعتبرت أنّ مفتاح الجيل الثالث هو آلية من ضمن الآليات الأخرى للولوج إلى سوق الأنترنات الجوّالة (Data mobile).

كما أنكر نائب المدعى عليها أن تعاب على هذه الأخيرة كونها مشغّلا متحصلا على إجازة شاملة لاستغلال شبكتي الهاتف القار والجوّال من الجيلين الثاني والثالث منذ سنة 2009 وكونها انتفعت منذ تلك الفترة بامتياز الانفراد بتسويق خدمات الجيل الثالث بما مكنها من التمتّع بأسبقية الانتصاب بالسوق والحال أنّ هذا الامتياز قد منح لها بمقتضى الإجازة الممنوحة من الدولة التونسية فضلا عن أنّ الانفراد بهذا الامتياز لمدة ثلاث سنوات له ما يبرّره بالنظر إلى أسبقية المشغّلين السابقين بسوق الاتصالات للهاتف القار والجوّال وإلى احتكار المشغّل التاريخي لسوق الهاتف القار وإلى هيمنة المدعية على سوق الهاتف الجوّال.

ولاحظ نائب المدعى عليها أنّ النصيب الأكبر لعدد الحرفاء الراجع لهذه الأخيرة بنسبة 49.2% يترجم في حقيقة الأمر تطورا طبيعيا لسوق الأنترنات الجوّالة بعد أن كانت منفردة به بالكامل وبنسبة 100% في سنة 2010 لتتوزّع هذه السوق خلال السنتين المواليتين على قسمين تقريبا، وهو ما يؤكّد أنّ السوق المعنية وخلافا لمزاعم المدعية تتميّز بالمنافسة الحرة والنزيهة. وذلك بغض النظر عن أنّ المدعية وباعتبار وضعية الهيمنة التي توجد عليها في سوق الهاتف الجوّال ماضية في تحويله إلى سوق انترنات جوّالة (Data mobile).

واعتبر نائب المدعى عليها أنّ إدعاءات ودفوعات المدعية تتّسم بالتضارب والتناقض ذلك أنها تعيب على المدعى عليها من ناحية ضلوعها في البيع بالخسارة وفي نفس الوقت تطبيق أسعار تضمن لها هامشا من الربح بما جعلها في وضعية خوّلت لها التحكّم في السوق والحال أنها لم تخفّض مطلقا في أسعار الخدمة منذ شروعها في النشاط الفعلي في سوق الاتصالات.

ولاحظ نائب المدعى عليها أنّ السنة الوحيدة التي انفردت فيها هذه الأخيرة بالحصة كانت التغطية خلالها محدودة. ففي شهر جويلية 2011 مثلا ولما توصلت المدعى عليها إلى بيع 147123 مفتاحا من الجيل الثالث بلغت التغطية نسبة 50% تقريبا، وهي نفس النتيجة التي حققتها شركة "اتصالات تونس" في سنة 2012. ولاحظ نائب المدعى عليها أنه وخلافا لمزاعم المدعية فإنّ هذه الأخيرة انتفعت وشركة "اتصالات تونس" من أسبقيتها في بيع مفتاح الجيل الثالث ومن الحملة الترويجية للتعريف بهذه التقنية الجديدة التي تمّ الاستثمار فيها من طرفها.

ولهذه الأسباب طلب نائب المدعى عليها بالقضاء بصفة مبدئية برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي وبصفة احتياطية بعدم سماع الدعوى وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

وبعد الاطلاع على التقرير التكميلي الذي أدلى به الأستاذ سليم مالوش نيابة عن المدعى عليها والمسجّل بكتابة المجلس بتاريخ 22 أفريل 2016. والمرفق بنسخة من جدول يتعلق بمردودية عروض مفتاح الجيل الثالث لشركة "أورنج تونس" .

وذكّر نائب المدعى عليها ضمن هذا التقرير التكميلي بما تناوله في تقريره الأوّل المحال على المجلس بخصوص موافقة الهيئة الوطنية للاتصالات على العروض التجارية المتظلّم منها وذلك قبل ترويجها مشيرا إلى أنّ هذه الموافقة من شأنها أن تؤسّس قانونا الاختصاص الحكمي للهيئة الوطنية للاتصالات وتزيح اختصاص مجلس المنافسة للنظر في الدعوى.

ولاحظ نائب المدعى عليها أنه علاوة عن عدم انعقاد الاختصاص الحكمي لفائدة المجلس للنظر في الدعوى الراهنة فإنّ الممارسات المنسوبة للشركة المدعى عليها غير ثابتة في جانبها للاعتبارات التالية:

- إنّ الإدّعاء بأنّ العروض التجارية المتظلّم منها مخلة بالمنافسة وتشكّل عملية بيع بأسعار مفرطة الانخفاض مخالف للحقيقة ويتّسم بالكثير من التجرّد والتجنّي ذلك أنّ التكاليف المتمسّك بها لا تستند إلى أي معطى موضوعي وتعتبر مجرّد تخمينات لا تمتّ إلى حقيقة الواقع بصلة.

- بما أنّ قطاع الاتصالات هو قطاع تقني بامتياز فإنّ مكوّنات الكلفة بالنسبة لخدمات الاتصالات تختلف عن مكوّنات كلفة المنتوجات والخدمات العادية. ولذلك أوكل المشرّع ضمن الفصل 63 من مجلة الاتصالات إلى الهيئة الوطنية للاتصالات مهمة تصنيف تكاليف خدمات الاتصالات وقد تدخلت هذه الهيئة بمقتضى جملة من القرارات الترتيبية لتصنيف التكاليف المحمولة على المشغّلين وضبط طرق تحديد التعريفات وأقرّت الإجراءات المتبعة في مجال المصادقة على عروض الخدمات بالتفصيل الموجّهة للعموم آخرها القرار عدد 54 المؤرخ في 11 جوان 2014.

- لقد تقيّدت الشركة المدعى عليها بالتراتيب المنظّمة لترويج العروض التجارية بحيث تولت عرض مشاريع العروض التجارية المتظلّم منها على الهيئة الوطنية للاتصالات وتولت المصالح المختصة في الهيئة دراستها بما في ذلك التعريفات ووقفت بصفة ثابتة على أنها تغطّي كلفة توفير الخدمة مع تحقيق هامش الربح فحضيت بالموافقة على ترويجها منذ 4 ماي 2010، وهو التاريخ الذي كانت الشركة المدعى عليها تتمتع خلاله بامتياز الانفراد بتسويق خدمات الجيل الثالث وبأسبقية الانتصاب بسوق النفاذ إلى الأنترنات عبر مفتاح الجيل الثالث طبقا للإجازة الممنوحة لفائدتها من الدولة التونسية سنة 2009 وذلك لمدة ثلاث سنوات.

واعتبر نائب المدعى عليها أنه على هذا الأساس فإنه من غير الممكن بل من المستحيل أن تقدم المدعى عليها على ارتكاب ممارسة مخلة بالمنافسة النزيهة والبيع بأسعار مفرطة الانخفاض والحال أنها كانت منفردة بتسويق خدمات الجيل الثالث ولا وجود لأي منافس آخر لها بهذه السوق. كما أنه ليس بإمكانها أن تبيع بأسعار مفرطة الانخفاض بالنسبة لخدمات تنفرد لوحدها بتسويقها والحال أنّ من مصلحتها الثابتة أن تحقّق أرباحا من خلال بيع هذه الخدمات باعتبار وأنه تعذّر واستحال عليها بالنظر لوضعية سوق الاتصالات في تاريخ حصولها على الإجازة التي تميّزت باحتكار المشغّل التاريخي لسوق الهاتف القار وبهيمنة الشركة المدعية الآن على سوق الهاتف الجوّال تحقيق أرباح بهذه السوق وهي مازالت إلى حدّ هذا التاريخ تعاني منافسة شرسة جدا من المشغّلين المذكورين نتج عنها تراكم خسائرها السنة تلو الأخرى ولم تتمكّن إلى حدّ هذا التاريخ من تجاوز هذه الوضعية وتحقيق أرباح في سوقي الهاتف الجوّال والهاتف القار.

وبين نائب المدعى عليها أنّ جدول التكاليف المقدّم من الشركة المدعية للتدليل على إدعائها القائل بثبوت ممارسة البيع بأسعار مفرطة الانخفاض في جانب الشركة المدعى عليها لا يستند إلى أي معطى موضوعي أو واقعي ، وقد تضمن أرقاما ونسبا ساقتها الشركة المذكورة من عندها في محاولة منها لتكوين الحجّة المفتعلة والكاذبة على ثبوت الممارسة

المتظلّم منها والحال أنّ التكاليف التي تحملتها الشركة المدعى عليها لتسويق خدمات النفاذ إلى الأنترنات عبر تقنية الجيل الثالث والتي أخضعتها إلى رقابة الهيئة الوطنية للاتصالات تختلف اختلافا تاما عن التكاليف التي قدمتها الشركة المدعية لإثبات وجود عملية بيع بأسعار مفرطة الانخفاض والتي لا تمتّ إلى الواقع بصلة ، ولم تبيّن المدعية الطريقة التي اعتمدتها في احتساب هذه التكاليف والتي في صورة صحتها تكون حجّة ضدها على أنها تسوّق عروضها التجارية المتصلة بتقنية الجيل الثالث بأسعار مفرطة الانخفاض ولا تغطّي التكلفة التي تتحملها وذلك على غرار العرض التجاري Pack clé 19 DT و العروض التجارية ذات الصلة الأخرى التي سوّقتها في خرق واضح للتراتيب المنظّمة لترويج العروض التجارية وذلك دون عرض مشاريعها على الهيئة والحصول على الموافقة المسبقة لترويجها وما ركون هذه الشركة إلى عدم عرض هذه العروض على الهيئة الوطنية للاتصالات إلاّ قرينة قوية وقاطعة على مخالفتها للتراتيب الجاري بها العمل في مادة ترويج العروض التجارية وتطبيق تعريفات مفرطة الانخفاض في شأنها، وهو المنحى الذي أكدته الهيئة في جملة من القرارات الصادرة ضدها مثل القرار الصادر بتاريخ 13 فيفري 2014 في القضية عدد 70 والذي وجّهت إليها فيه أمرا بإنهاء الممارسات اللامشروعة المتعلقة بترويج عروض تجارية دون علم الهيئة وكذلك القرارات التالية في مادة التدابير الوقتية:

– القرار عدد 101 الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 2014 والقاضي بإلزامها بإيقاف تسويق العرضين Pack 3G plafonné و Pack 3G postpayé والذين يمكنان المشتركين فيهما من التمتع بمفتاح الجيل الثالث للأنترنات من نوع E 3256 مقترنا بالعرض الجزافي forfait évolution بسعة 10 ميغابيت بسعر يبلغ 20 دينارا.

– القرار عدد 113 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2014 والقاضي بإلزامها بإيقاف تسويق العرض التجاري Pack 49 DT clé 3G E3531.

– القرار عدد 143 الصادر بتاريخ 14 ماي 2015 والقاضي بإلزامها بإيقاف العرضين التجاريين Pack 65 DT clé 3G E3531 و forfait internet بحجم 5 Go وبسعر

23 دينارا والذي يمكّن المشترك من الإبحار اللامحدود على شبكة الأنترنات من الساعة العاشرة ليلا إلى غاية الثامنة صباحا.

ولاحظ نائب المدعى عليها أن الشركة المدعيةلم تذعن إلى هذه القرارات إلى حدّ هذا التاريخ وواصلت ترويج العروض التجارية في تحدّ صارخ للقرارات القضائية الصادرة عنها بما يعبّر عن سياسة واضحة لديها وذلك في إطار إستراتيجية متكاملة تنتهجها بغاية عرقلة الشركة المدعى عليها وإزاحتها من السوق.

ولاحظ نائب المدعى عليها أنه ولئن انفردت الشركة المدعى عليها بامتياز تسويق خدمات النفاذ إلى الأنترنات عبر تقنية الجيل الثالث بحكم الإجازة الممنوحة لها فهي لا تعتبر في وضعية هيمنة على سوق النفاذ إلى الأنترنات عبر الشبكات الجوّالة للاتصالات، وهو ما يبرزه الجدولان الموجودان على اللوحة القيادية للهيئة الوطنية للاتصالات والمتعلقان بتطور حصص الشركتين المتنازعتين بالنسبة لخدمات النفاذ إلى الأنترنات الجوّال عبر تقنية الجيل الثالث أو عبر الهاتف الجوّال واللذان يعكسان حقيقة الواقع ويؤكدان الديناميكية التي عرفتها السوقان المعنيتان والتطور الاستثنائي الذي شهدتاه بما أدّى إلى انقسام السوق إلى نصفين في ظرف سنتين وذلك بعد أن اكتسحت الشركة المدعية السوقين المذكورتين وتمكنت من امتلاك حصص متقاربة مع الحصص التي تملكها الشركة المدعى عليها بما يقيم الدليل القاطع على عدم وجود أي سياسة إقصائية في جانب هذه الشركة لمنع منافسيها من منافستها في ظروف ملائمة وفي مناخ تنافسي نزيه وشفاف.

ولاحظ نائب المدعى عليها أنه وبنفس السرعة التي تمكنت من خلالها الشركة المدعية من احتلال المرتبة الثانية بعد الشركة المدعى عليها في سوق النفاذ إلى الأنترنات عبر تقنية الجيل الثالث بالرغم من أسبقية هذه الأخيرة في تسويق هذه الخدمة فقد تمكنت

الشركة المدعية من بسط هيمنتها على سوق النفاذ إلى الأنترنات عبر الهواتف الجوّالة واحتلال المرتبة الريادية وأصبحت تحقق بذلك رقم معاملات ضخم مستغلة قاعدة مشتركيها العريضة في الهاتف الجوّال وأقدمية تسويقها لهذه الخدمة التي تجاوزت العشر سنوات.

وبين نائب المدعى عليها أنه وبالنسبة لسوق النفاذ إلى الأنترنات الجوّالة في مجملها (Data Mobile) أي باعتماد تقنية الجيل الثالث والهاتف الجوّال فإنّ الشركة المدعية هي التي تهيمن على هذه السوق وذلك بإقرار ممثلها أنها تحتل المرتبة الريادية بنسبة تتجاوز 40% خلال سنة 2015 تاركة خلفها منافسيها لتقاسم الحصة المتبقية من هذه السوق، وهو ما أدّى إلى تراجع نتائج الشركة المدعى عليها المسجّلة خلال الأشهر الأخيرة على مستوى مبيعاتها ومداخيلها المتأتية من تقنية الجيل الثالث وذلك بعد أن عمدت الشركة المدعية إلى إغراق السوق بعروض تجارية بأسعار مفرطة الانخفاض ودون الحصول على الموافقة المسبقة للهيئة الوطنية للاتصالات لترويجها والتي استمرت في تسويقها بالرغم من صدور قرارات عن الهيئة في مادة التدابير الوقتية تأمرها فيها بإيقاف هذه العروض المخالفة للتراتيب المنظمة لترويج العروض التجارية، وهو ما يدحض إدعاء المدعية بعجزها عن مجاراة العروض التجارية المتظلّم منها ويؤكّد قدرتها على مجاراة هذه العروض وذلك بتسويق عروض بتعريفات أقلّ من التعريفات التي تطبقها الشركة المدعى عليها ودون الحصول على الموافقة المسبقة للهيئة الوطنية للاتصالات.

كما لاحظ نائب المدعى عليها أنه وبالرغم من تسويق العروض التجارية المتظلّم منها منذ سنة 2010 فإنّ المدعية لم تتظلّم منها إلاّ بعد مرور عدة سنوات على ترويجها مما يؤكّد وأنّ عملية البيع بأسعار مفرطة الانخفاض لا أساس لها من الصحة مطلقا.

واستنادا منه إلى فقه قضاء المجلس الذي استقرّ بصفة مطردة على فرض معادلة بين قانون المنافسة وقانون الاستهلاك وذلك بأن أقرّ بأنّ الأعمال التي يأتيها كل متدخل في السوق لا ترقى إلى أعمال مخلة بالمنافسة كلما كانت ترمي إلى حماية المستهلك أو مساعدته بشرط أن لا تدخل إخلالا بالتوازن العام للسوق المعنية كإزاحة المنافسين أو السعي إلى

الهيمنة على السوق أو أن تتسبب السياسة التجارية في الضرر بالمستهلك بصفة لاحقة، فقد اعتبر نائب المدعى عليها أنّ هذه الشروط غابت تماما في القضية الراهنة.

ولاحظ نائب المدعى عليها أنه طالما لم تثبت الممارسة المدعى عليها في جانب الشركة المدعى عليها وطالما عرفت سوق النفاذ إلى الأنترنات عبر تقنية الجيل الثالث ديناميكية وتطورا استثنائيا ترجمه تقارب الحصص التي تملكها كل من الشركة المدعية والشركة المدعى عليها في ظرف زمني قياسي بالرغم من أسبقية انتصاب هذه الأخيرة في هذه السوق وانفرادها بتسويق هذه الخدمات لمدة ثلاث سنوات وطالما أنّ السياسة الفقه قضائية التي استقرّ عليها المجلس تهدف بالأساس إلى التدخّل من خلال دوره التعديلي وبصفته الساهر على صيانة النظام العام الاقتصادي بهدف التصدّي إلى كل الأعمال المخلة بالمنافسة في قطاع الاتصالات وإلى تشجيع كل سياسة تهدف إلى حماية المستهلك وتحسين قدرته الشرائية شرط أن لا تخفي من ورائها ممارسات مخلة بالمنافسة أو أن تعود بالضرر على المستهلك لا حقا فإنه يتجه القضاء برفض الدعوى.

ولكافة هذه الأسباب طلب نائب المدعى عليها من المجلس القضاء بصفة مبدئية برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي وبصفة احتياطية برفضها لعدم ثبوت الممارسة المخلة بالمنافسة المتظلّم منها وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

وبعد الإطلاع على ما يفيد توجيه تقرير ختم الأبحاث إلى أطراف النّزاع وإلى مندوب الحكومة.

وبعد الاطلاع على المكتوب المقدم من نائب المدعية المؤرخ في9 سبتمبر 2016 والمتضمن طلب التخلي عن الدعوى

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار مثلما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة له وآخرها القانون عدد 60 لسنة 2005 المؤرّخ في 18 جويلية 2005.

وعلى 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 ،

وعلى بقيّة الأوراق المظروفة بالملف،

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء أطراف النزاع بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 22 سبتمبر 2016، وبها تلا المقرّر السيّد محمد شيخ روحه ملخّصا لتقرير ختم الأبحاث نيابة عن السيد رضا الحاج قاسم ، وحضر السيد محمد البجاوي نيابة عن المدعية شركة " أوريدو تونيزي " وتمسك بمطلب طرح القضية ، وحضرت السيدة منى حميدي نيابة عن زميلها الأستاذ سليم مالوش نائب المدّعى عليها شركة " أورنج " ، وأعلنت أنّ هذا الأخير يتمسك بما ضمّنه من تقارير كتابية ويفوض النظر فيما يتعلق بمطلب طرح القضية .

وتلت مندوب الحكومة السيدة كريمة الهمامي ملحوظاتها المظروف نسخة منها بالملف .

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضيّة للمفاوضة والتّصريح بالحكم بجلسة 13 أكتوبر 2016 .

وبها قرر المجلس التمديد في أجل المفاوضة لجلسة يوم 27 أكتوبر 2016

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرح بما يلي:

حيث ورد على المجلس مكتوب مؤرخ في 9 سبتمبر 2016 من الممثّل القانوني لشركة " أوريدو تونيزي " طلب فيه تخلّي المدّعية عن الدّعوى.

وحيث استقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على أنّ التّخلي عن الدّعوى يجب أن يكون صريحا وواضحا ، وأنّ طلب التخلي لا يقيّد المجلس الذي يمكنه مواصلة النّظر في القضيّة متى توفّرت لديه معطيات تفيد وجود ممارسات مخلّة بالمنافسة.

وحيث طالما استوفى طلب التخلي الشروط المبينة أعلاه ولم يتضمّن الملف على حالته ما يفيد القطع بوجود ممارسات مخلّة بالمنافسة بالسّوق المعنيّة بالنّزاع، فلا يسع المجلس سوى الاستجابة لهذا الطلب .

- ولهذه الأسباب -

قرّر المجلس: قبول مطلب التّخلّي عن الدّعوى

وصدر هذا القرار عن الدائرة القضائية الأولى برئاسة السيد الحبيب جاء بالله وعضوية السادة محمد العيادي وعماد الدرويش ومحمد بن فرج والسيدة ماجدة بن جعفر.

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

الرّئيس **كاتبة الجلسة**