الجمهورية التونسية

مجلس المنافسة

الجلسة العامة

****

- **الملفّ الإستشاري عدد 182695**
- **الموضوع**: قرار مشترك حول كرّاس شروط .

الرّأي عدد 182695

الصّادر عن مجلس المنافسة

بتاريخ 21 فيفري 2019

إنّ مجلس المنافسة

بعد الإطّلاع على مكتوب السيّد وزير التّجارة عدد 761 المؤرّخ في 27 نوفمبر 2018 والمرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 182695 والمتضمّن طلب إبداء الرأي في مشروع قرار مشترك من وزير تكنولوجيات الإتّصال والإقتصاد الرقمي ووزير التنمية والإستثمار والتعاون الدولي يتعلّق بالمصادقة على كرّاس شروط ممارسة نشاط مزوّد نقطة تبادل حركة الأنترنات.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار،

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

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء أعضاء المجلس وفق الصيغ القانونية لجلسة يوم الخميس 21 فيفري 2019،

وبعد التأكّد من توفّر النصاب القانوني،

وبعد الإستماع إلى المقرّر السيّد وليد القاني في تلاوة تقريره الكتابي،

وبعد المداولة استقرّ رأي الجلسة العامّة لمجلس المنافسة على ما يلي:

1. تقديم الملفّ

1.1. الإطار العامّ للإستشارة

تندرج الاستشارة الرّاهنة، حسب ما ورد بوثيقة شرح الأسباب، في إطار تطبيق مقتضيات الفصل 4 من الأمر الحكومي عدد 417 لسنة 2018 المؤرخ في 11 ماي 2018 المتعلّق بإصدار القائمة الحصريّة للأنشطة الاقتصاديّة الخاضعة لترخيص وقائمة التراخيص الإداريّة لإنجاز مشروع وضبط الأحكام ذات الصّلة وتبسيطها ، حيث تمّ تعويض نظام التراخيص بنظام كرّاسات الشّروط بالنسبة لعدّة مجالات ومن بينها أنشطة في قطاع تكنولوجيا الاتصال كنشاط إقامة واستغلال شبكة خاصّة مستقلة للاتصالات وكذلك نشاط مزوّد نقطة تبادل حركة الأنترنات موضوع الاستشارة الرّاهنة.

ويندرج هذا التمشّي في إطار مزيد دعم الاستثمار الخاص ومعاضدة نشاط المؤسسات النّاشطة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، عبر اعتماد نظام كرّاسات الشّروط كإجراء موحّد بالنسبة لجميع الأنشطة الرّاجعة بالنّظر لمصالح الوزارة. هذا إضافة إلى مزيد دعم تحرير المنافسة في هذه القطاعات عبر إلغاء الشّروط الماليّة والبشريّة والماديّة الواجب توفّرها والإكتفاء بالوثائق الإداريّة الدنيا المستوجبة عند إيداع كرّاس الشروط واعتماد استمارة بيانات موحّدة.وفي إطار الموازنة بين حقوق الإدارة من جهة وحقوق المؤسّسة الاقتصاديّة من جهة أخرى ، تمّ تحديد الهياكل المؤهّلة لإنجاز عمليّات المراقبة وذلك بالرجوع إلى مقتضيات مجلّة الاتّصالات، كما احتوى كرّاس الشروط على العقوبات التي يمكن تسليطها على المخالفين.

2.1. الإطار التشريعي والترتيبي للإستشارة

تخضع الاستشارة الراهنة للإطار التشريعي والترتيبي التالي:

- ✓ القانون عدد 63 لسنة 2004 المؤرّخ في 27 جويلية 2004 المتعلّق بحماية المعطيات الشخصية.

✓ مجلّة الإتّصالات الصادرة بالقانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرّخ 15 جانفي 2001، كما تمّ تنقيحها وإتمامها بالقانون عدد 46 لسنة 2002 المؤرّخ في 7 ماي 2002 والقانون عدد 1 لسنة 2008 المؤرّخ في 15 جانفي 2008 والقانون عدد 10 لسنة 2013 المؤرّخ في 12 أفريل 2013.

✓ القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرّخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلّق بقانون الإستثمار، كما تمّ تنقيحه بالقانون عدد 1 لسنة 2017 المؤرّخ في 3 جانفي 2017 المتعلّق بقانون المالية التكميلي لسنة 2016.

✓ الأمر عدد 1721 لسنة 1992 المؤرّخ في 21 سبتمبر 1992 المتعلّق بضبط مشمولات وزارة التعاون الدولي والإستثمار الخارجي.

✓ الأمر عدد 270 لسنة 1996 المؤرّخ في 14 فيفري 1996 المتعلّق بضبط مشمولات وزارة التنمية الإقتصادية، كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالأمر عدد 1225 لسنة 1996 المؤرّخ في أوّل جويلية 1996.

✓ الأمر عدد 1997 لسنة 2012 المؤرّخ في 11 سبتمبر 2012 المتعلّق بضبط مشمولات وزارة تكنولوجيا المعلومات والإتّصال.

✓ الأمر عدد 1998 لسنة 2012 المؤرّخ في 11 سبتمبر 2012 المتعلّق بتنظيم وزارة تكنولوجيا المعلومات والإتّصال.

✓ الأمر الحكومي عدد 417 لسنة 2018 المؤرّخ في 11 ماي 2018 المتعلّق بإصدار القائمة الحصرية للأنشطة الإقتصادية الخاضعة لترخيص وقائمة التراخيص الإدارية لإنجاز مشروع وضبط الأحكام ذات الصلة وتبسيطها.

2. الملاحظات

تثير الإستشارة الراهنة الملاحظات التالية:

1.2. الملاحظات العامّة

– يتّجه إتمّام الاطّلاعات المتعلّقة بالإطار التشريعي والترتيبي لمشروع القرار بالقانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار وبالقانون عدد 11 لسنة

2009 المؤرّخ في 2 مارس 2009 المتعلّق بإصدار مجلة السّلامة والوقاية من أخطار الحريق والإنفجار والفزع بالبنايات.

– يتعيّن تحيين قائمة إطّلاعات مشروع القرار المعروض وتعويض الأمر عدد 370 لسنة 2006 المؤرّخ في 3 فيفري 2006 المتعلّق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبيّة لمجلس المنافسة حول مشاريع النصوص الترتيبيّة بالأمر عدد 1148 لسنة 2016 المؤرّخ في 19 أوت 2016 المتعلّق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبيّة لمجلس المنافسة حول مشاريع النّصوص التشريعيّة والتّرتيبيّة باعتباره النصّ الساري المفعول والمعوّض للنّص القديم.

– تمّت الإشارة بمشروع كراس الشّروط وبعدّة فصول منه الإشارة إلى عبارات "التشريع المتعلّق بالاتصالات" و"القوانين والتراتيب الجاري بها العمل" دون تحديدها وضبطها بدقة ، كما وقع استعمال عبارات "المصالح المختصّة لدى الوزير المكلّف بالاتصالات" و"المصالح الإداريّة المختصّة" و"المصالح التابعة للوزارة" دون تدقيق لهذه المصالح والهياكل المعنية.

لذا، فإنّه يتّجه الإفصاح على الأقلّ عن أهمّ هذه المراجع التّشريعية والتّرتيبية والمصالح الإداريّة المعنيّة بصفة واضحة ودقيقة، بإعتبار أنّ الإغفال عن ذلك يشكّل حجبا للإطار التشريعي والترتيبي عن المتعاملين مع الإدارة.

2.2. الملاحظات الخاصّة

✓ **الفصل 3:**

يتّجه تعويض عبارات "سحب هذا الكرّاس واستمارة البيانات من موقع الواب الرّسمي للوزارة ..أو تحميلها عن طريق شبكة الانترنات" بالعبارات التالية : " سحب هذا الكرّاس واستمارة البيانات من مكاتب الوزارة..أو تحميلها عبر الانترنات من موقع الواب الرسمي للوزارة.."

كما يقترح على مستوى الفقرة 2 التنصيص ، علاوة على إيداع الملف عبر الموقع الالكتروني للوزارة على إتاحة إمكانيّة الإيداع الورقي للملف مباشرة لدى مصالح الوزارة ، مع ذكر التسمية

الكاملة للمصالح الإداريّة المعنيّة بذلك لتوفير أكثر من طريقة للمستثمرين لإيداع ملفّاتهم وتلافيا لتوقّف الخدمة في صورة حصول عطب الكتروني.

كما يقترح في نفس الإطار ذكر العنوان الكامل لموقع الواب الرسمي للوزارة لتسهيل الخدمة للمستثمر.

✓ **الفصل 4:**

ورد بهذا الفصل أنّ مزوّد نقطة تبادل حركة الأنترنات يمارس نشاطه **بعد** توصّله الكترونيّا في أجل معيّن بشهادة تضمين.

وحيث أنّ الهدف من اعتماد كرّاس الشروط لممارسة مهنة هو إلغاء نظام الحصول على ترخيص مسبق من الإدارة وتعويضه بنظام التصريح الذي يكرّس نمط الرقابة اللاّحقة لحريّة الانتصاب وممارسة الأنشطة الاقتصاديّة والذي يمكّن من ممارسة النشاط بمجرّد إخطار الإدارة وإحاطتها علما بذلك دون طلب أو انتظار موافقتها.

لذا، يتعيّن حذف هذا الشرط والتخلي عن شهادة التضمين والتنصيص على أنّه : "يمارس مزوّد نقطة تبادل حركة الأنترنات نشاطه مباشرة بعد إيداعه لكرّاس الشروط ممضى ومستوفيا لجميع الوائق والشروط المطلوبة ".

✓ **الفصل 8:**

اشترط هذا الفصل أن يتوفّر في مقر ممارسة النّشاط شروط الحماية المادية، ويرجّح أن يكون الأمر متعلّقا بشروط الحماية المدنية، وعليه يقترح وفق ما دأب عليه الفقه الاستشاري لمجلس المنافسة وجوب التنصيص على أن يكون هذا المقرّ مستوفيا لشروط صلوحيّة المحلاّت وحفظ الصحّة والسّلامة والنّظافة المنصوص عليها ضمن أحكام القانون عدد 11 لسنة 2009 المؤرّخ في 2 مارس 2009 المتعلّق بإصدار مجلة السّلامة والوقاية من أخطار الحريق والإنفجار والفزع بالبنايات .

✓ **الفصل 9:**

ورد بهذا الفصل في مطّته الثالثة على أنه يجب على الشخص المعنوي الراغب في ممارسة نشاط مزود نقطة تبادل حركة الانترنات "تيسير عمليّات المراقبة التي تقوم بها المصالح الإداريّة المختصّة".

ويقترح في هذا الإطار تحديد المصالح الإداريّة المعنيّة لتفادي حالات الإجحاف عند التنفيذ وتقييد حريّة ممارسة الأنشطة الاقتصاديّة.

أمّا بخصوص المطّة الأخيرة من هذا الفصل والتي تتعلّق بوجوب "إعلام المصالح التّابعة للوزارة المكلّفة بالاتّصالات **كتابيّا** بكلّ تغيير في وضعيّته المهنيّة..وذلك في أجل شهرين من تاريخ ذلك التغيير"، فإنّه يستحسن تحديد المصالح الإداريّة المعنيّة والتنصيص على إمكانيّة تقديم المستثمر لمكتوبه إمّا مباشرة أو عبر البريد. كما يقترح فتح إمكانيّة القيام بهذه التغييرات عن بعد عبر موقع الواب مثلما هو الشأن بالنسبة لإيداع كرّاس الشّروط عند بداية النشاط لما في ذلك من نجاعة وربح للوقت وتسهيل على المتعاملين مع الإدارة.

✓ **الفصل 11:**

يقترح تحديد أعوان المراقبة المؤهّلين للتثبّت من مدى التزام ممارس النّشاط لمقتضيات كرّاس الشروط واحترامه لقواعد ومتطلبات النشاط أو التنصيص بصفة صريحة على فصول مجلة الاتصالات وغيرها من النصوص القانونية المتعلّقة بالاتصالات التي تذكر هذا الصنف من المراقبين لتفادي الإشكاليّات أو تداخل الاختصاصات الرقابيّة، وتفاديا كذلك من إعطاء سلطة تقديريّة واسعة للإدارة في مجال يحتاج إلى ضوابط دقيقة ومعروفة مسبّقا يتساوى معها جميع النّاشطين بالسّوق.

✓ **الفصل 12:**

يقترح تحديد "المصالح المختصّة" المذكورة بهذا الفصل ، كما يقترح الإفصاح عن طريقة تقديم ممارس النشاط لتقريره في الردّ ، ويستحسن تمكينه من تقديمه إمّا مباشرة أو عبر البريد.

كما يستحسن تحديد أجل للإدارة لاتّخاذ قرارها بخصوص المخالفة.

✓ **الفصل 13:**

- ورد **بطالع هذا الفصل** "بالإضافة للعقوبات المنصوص عليها بالقوانين والتراتيب الجاري بها العمل يمكن للوزير المكلّف بالاتّصالات اتخاذ العقوبات التّالية".

ويقترح في هذا المجال إمّا الإفصاح عن هذه العقوبات والنصوص القانونيّة والترتيبيّة التي اقتضتها لتمكين النّاشطين في القطاع من الإلمام بللقواعد المنظّمة لقطاعهم ولتفادي كلّ تعسّف في استعمال الإدارة لصلاحياتها ودرءا لكل تداخل في الاختصاصات ، أو في صورة تعذّر ذلك الإكتفاء بما يمكن للوزير المكلّف الاتصالات اتخاذه من عقوبات ، ليصبح طالع هذا الفصل كالآتي: "يمكن للوزير المكلّف بالاتّصالات اتّخاذ العقوبات التّالية: " .

- **لقد تم التنصيص ضمن النقطتين المتعلّقتين بالإيقاف الوقتي وبالإيقاف النّهائي لنشاط مزود نقطة تبادل حركة الانترنات** أنّه يتمّ اتّخاذ القرار بموجب مقرّر إداري "بعد سماع المخالف" دون ذكر الإجراءات المتبّعة للاستدعاء والسماع.

لذا ، يتعين توضيح ذلك وإن كان المقصود بـ"سماع المخالف" تمكينه من تقديم تقرير في الردّ حول الأفعال المعابة عليه والمنصوص عليه بالفقرة الخامسة من الفصل 11 من هذا الكرّاس ، فيتّجه التنصيص عليه بصفة صريحة لتفادي التأويلات المتضاربة التي قد تؤدّي إلى الحدّ من المنافسة الحرّة في القطاع عبر اعتماد إجراءات عقابيّة تعسّفيّة.

- **فيما يتعلّق بالنقطة 2 المتعلّقة بالإيقاف النهائي لنشاط مدمج شبكات الاتّصالات:**

وردت بالمطّة الثالثة من هذه النقطة عبارة "القيام بخطأ مهني فادح" ، وهي عبارة عامّة إذ استقرّ فقه مجلس المنافسة في هذا المجال على وجوب تحديد الخطأ المهني الفادح أو ذكر بعض الأفعال الدّالة عليه .

- فيما يتعلّق بالفقرة الثانية من النقطة 2 والتي تنص على أن "توجّه مقرّرات الإيقاف الوقتي أو النهائي للنشاط إلى المعني بالأمر في أجل 15 يوما من تاريخ إصدارها"، فإنه يتجه تحديد الطريقة التي يتمّ بها إعلام المعني بالأمر بالقرار (عبر البريد المضمون الوصول، مباشرة..). كما يلاحظ أنّه لم يقع التطرّق إلى حالة عدم بلوغ المقّرر للمعني في الآجال.

وعلاوة على كلّ ما سبق ، فإنّ هذا الفصل تعرّض إلى العقوبات دون التنصيص على إعطاء الباعثين مهلة لتسوية وضعيتهم مع الإدارة واحترام بنود كرّاس الشروط، وهو ما يتّجه معه ضرورة منح المخالف لمقتضيات كراس شروط مهلة إضافية تمكّنه من تسوية ما تمّ الإخلال به إعمالا لمبدا التدرّج في العقوبات ، وبالتّالي تفادي كلّ تسرّع في تسليط العقوبات .

وصدر هذا الرأي عن الجلسة العامّة لمجلس المنافسة بتاريخ 21 فيفري 2019 برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضويّة السّادة محمّد العيادي وعمر التونكتي والخموسي بو عبيدي وأكرم الباروني وسالم بالسعود ومحمّد شكري رجب والسيّدة ريم بوزيان، وبحضور المقرّر العام السيّد محمّد شيخ روحه و كتاب الجلسة السيّد نبيل السماتي.

الرئيـس

رضا بن محمود