الجمهورية التونسية **الحمد لله،**

مجلس المنافسة

القضية عدد 161426

تاريخ القرار: 27 جوان 2019

قــرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التّالي بين:

المدّعية: شركة أورنج تونس في شخص ممثّلها القانوني، نائبها الأستاذ سليم مالوش الكائن مكتبه بمركب قالاكسي 2000، بلوك د، الطابق السابع، نهج العربية السعودية، 1002 تونس؛

من جهة،

المدّعى عليها: شركة أوريدو تونس في شخص ممثّلها القانوني، الكائن مقرّها بضفاف البحيرة، ص ب عدد 641، 1053 تونس؛

من جهة أخرى.

بعد الإطّلاع على عريضة الدّعوى المقدّمة من طرف شركة أورنج تونس تونس بتاريخ 19 ماي 2016 تحت عدد 161426 والمتضمّنة تظلّمها من إقدام شركة أوريدو تونس على عرض خدمات الجيل الرابع 4G مجانا لتحقيق سبق تجاري وتحويل وجهة عدد كبير من مشتركيها تحت غطاء المرحلة التجريبيّة رغم عدم دخول إجازات ترتكيز واستغلال شبكات الجيل الرابع للهاتف الجوّال حيز النفاذ وهي ممارسات تهدّد توازن نشاط سوق الاتّصالات ونزاهة المنافسة فيه وتعدّ خرقا واضحا لأحكام الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، ذلك أنّ تسويق خدمة الاتّصالات من الجيل الرابع من قبل الشركة المطلوبة قبل الحصول على نصّ الإجازة وأمر إسنادها وقرار استعمال التردّدات يعدّ من قبيل تسويق خدمة دون سند قانوني واستعمال لتردّدات دون وجه حق، ممّا يشكّل خرقا لأحكام الفصل 82 من مجلّة الاتّصالات وللإجراءات الواردة بأحكام الفصل 3 من الأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بضبط الشروط العامّة لاستغلال الشبكات

العموميّة للاتّصالات وشبكات النفاذ والتراتيب الواجب إتّباعها في تسويق العروض التجاريّة من قبل مشغّلي الشبكات المنصوص عليها بقرار الهيئة الوطنيّة للاتّصالات عدد 54 الصادر بتاريخ 11 جوان 2014 والمتعلّق بالمصادقة على طريقة تحديد تعريفات عروض خدمات التفصيل الموجّهة للعموم وإجراءات الموافقة عليها، وتبعا لذلك فهي تطلب اعتبار الممارسات الصادرة عن المدّعى عليها من قبيل الاستغلال المفرط لمركز الهيمنة في سوق الهاتف الجوّال التي تستوجب العقوبة طبقا للفصل 43 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار، مع التنصيص على النفاذ العاجل طبقا للفصل 28 من نفس القانون.

وبعد الاطّلاع على ردّ المدّعى عليها شركة أوريدو تونس بتاريخ 20 سبتمبر 2017 والذي جاء فيه:

– لم يتمّ خرق أحكام الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار باعتبار أنّ الأمر يتعلّق بالتجربة النموذجيّة لخدمات الجيل الرابع والتي من شروطها عدم استغلال الشبكة لأغراض تجاريّة مثلما أكّدته وزارة تكنولوجيا الاتّصال والاقتصاد الرقمي عند الترخيص والتمديد لها في رخصة استغلال الشبكة التجريبيّة لشبكة الجيل الرابع للهاتف الجوّال.

– تمّ حصر التجربة النموذجيّة على عيّنة من المستعملين لا تتجاوز العدد الذي قامت وزارة تكنولوجيا الاتّصال والاقتصاد الرقمي بتحديده، وأنّ مصالحها التجاريّة لم ترد من خلال فترة التجربة جني أيّ أموال لأغراض تجاريّة، باعتبار أنّ الغاية الأساسيّة من إشهار التجربة النموذجيّة للجيل الرابع هو إعلام الحرفاء بنجاح التجارب التقنيّة التي قامت بها قصد توفير خدمة الجيل الرابع على كامل تراب البلاد التونسيّة، ممّا يفيد حرص الشركة على احترام الضوابط القانونيّة التي وضعتها وزارة تكنولوجيا الاتّصال والاقتصاد الرقمي.

– إنّ حصّتها من سوق التفصيل لعروض الأنترنت الجوّال لا تمكّنها من التحكّم في آليّات السوق وفرض شروطها عليها، بما ينفي عنها إتيانها لأيّ ممارسة مخلّة بالمنافسة تتعلّق بالإفراط في استغلال مركز الهيمنة.

– إنّها أبرمت صلح مع العارضة في خصوص القضايا المنشورة لدى المجلس قبل 30 جوان 2016 بمقتضى كتب الصلح المؤرّخ في 31 أتوبر 2016، وهي تطلب تبعا لذلك الحكم بإيقاع الصلح بين الطرفين وبصفة احتياطيّة بعدم سماع الدعوى.

وبعد الاطّلاع على ما يفيد توجيه تقرير ختم الأبحاث إلى أطراف النزاع ومندوب الحكومة.

وبعد الاطّلاع على تقرير الأستاذ سليم مالوش المقدّم نيابة عن المدّعية بتاريخ 8 أفريل 2019 والذي تمسّك فيه بطلب القضاء بطرح القضيّة بناء على الصلح المبرم بين منّوبته والمدّعى عليها.

وبعد الاطّلاع على ردّ المدّعى عليها شركة أوريدو تونس بتاريخ 25 أفريل 2019 والذي تمسّكت فيه بما جاء في تقرير ختم الأبحاث وطلبت الحكم وفقه.

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 بقيّة الأوراق المظروفة بالملفّ وعلى ما يفيد استدعاء الأطراف بالطريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 13 جوان 2019، وبها تلا المقرّر السيّد النّاصر السيفاوي ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث، وحضرت الأستاذة منى حمايدي نيابة عن زميلها الأستاذ سليم مالوش نائب المدّعية شركة أورنج تونس وطلبت الحكم بطرح القضيّة طبقا لما ورد في مكتوبهم المقدّم الى المجلس، وحضر السيد محمد البجاوي نيابة عن المدّعى عليها شركة أوريدو تونس وتمسّك بالردود الكتابيّة المقدّمة للمجلس كما فوّض النظر بخصوص طلب طرح القضيّة.

وتلت مندوب الحكومة السيّدة كريمة الهمّامي ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملفّ.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضيّة للمفاوضة والتصريح بالقرار بجلسة يوم 27 جوان 2019.

وبها وبعد المفاوضة القانونية صرّح بما يلي:

<u>من جهة الشكل:</u>

حيث تمسّكت المدّعى عليها بأنّها أبرمت مع العارضة صلحا في خصوص القضايا المنشورة لدى المجلس قبل 30 جوان 2016، وطلبت على هذا الأساس الحكم بإيقاع الصلح بين الطرفين.

وحيث طلب كذلك نائب المدّعية في تقريره المؤرّخ في 17 أفريل 2019 طرح القضيّة بموجب الصلح المبرم بين الطرفين بناء على الاتّفاقيّة المبرمة بينهما لطرح القضايا المرفوعة أمام المجلس قبل تاريخ 30 جوان 2016.

وحيث استقرّ فقه قضاء المجلس على اعتبار أنّ طلب التخلّي عن الدعوى يجب أن يكون صريحا وواضحا ولا يمكن استنتاجه من وثيقة عامّة أبرمت بين الطرفين.

وحيث طالما لم يتبيّن من أوراق الملف وجود طلب كتابي واضح وصريح لطرح القضيّة الماثلة، فإنّ الاكتفاء بإيقاع الصلح في القضيّة وطرحها على أساس اتّفاق مبرم بين طرفي النزاع لطرح

القضايا المرفوعة أمام المجلس قبل تاريخ 30 جوان 2016، لا يعدّ من قبيل الطلب المستوفي للشروط المذكورة أعلاه والتي استقرّ عليها فقه قضاء المجلس، الأمر الذي تعيّن معه ردّ هذا الطلب.

وحيث قدّمت الدعوى ممّن له الصفة والمصلحة وفي الآجال القانونيّة، لذا فقد تعيّن قبولها من هذه الناحية.

من جهة الأصل:

حيث تهدف الدعوى الماثلة إلى تتبّع شركة أوريدو تونس من أجل إتيانها لممارسات مخلّة بالمنافسة تتمثّل في عرض وتسويق خدمات الجيل الرابع مجانا ودون سند قانوني قصد تحقيق سبق تجاري وتحويل وجهة عدد كبير من مشتركي الأنترنات الجوّالة تحت غطاء المرحلة التجريبيّة.

وحيث تمسّكت المدّعية أيضا بأنّ الممارسات المشتكى بها تشكّل صورة من صور الإفراط في استغلال وضعيّة الهيمنة في السوق ذات الصلة وهي تهدّد توازن نشاط الاتّصالات ونزاهة المنافسة الحرّة فيه، بما يعدّ خرقا واضحا لأحكام الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث دفعت المدّعى عليها بأنّ ما أقدمت عليه المدّعية من وضع خدمة الجيل الرابع على ذمّة حرفائها بمقابل مالي عند استغلال الشبكة التجريبيّة لشبكة الجيل الرابع للهاتف الجوّال قد أوقع بها الضرر وبأنّ مصالحها التجاريّة حصرت التجربة النموذجيّة لخدمة الجيل الرابع على عيّنة من المشتركين لا تتجاوز العدد الذي قامت وزارة تكنولوجيا الاتّصال والاقتصاد الرقمي بتحديده، ولم تكن تهدف من خلال فترة التجربة إلى جني أيّ أموال لأغراض تجاريّة باعتبار أنّ الغاية الأساسيّة من إشهار التجربة النموذجيّة للجيل الرابع هو إعلام الحرفاء بنجاح التجارب التقنيّة التي قامت بها قصد توفير خدمة الجيل الرابع على كامل تراب البلاد التونسيّة، ممّا يفيد حرصها على احترام الضوابط القانونيّة التي وضعتها وزارة تكنولوجيا الاتّصال والاقتصاد الرقمي وعدم خرقها لأحكام الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث يتّضح من مظروفات الملّف ومن دفوعات طرفي النزاع أنّ المسائل المثارة في القضيّة الراهنة تتعلّق في الحقيقة والواقع بالنظر في مدى احترام المدّعى عليها للشروط الواردة برخصة استغلال الشبكات النموذجيّة لخدمات الجيل الرابع في المرحلة التجريبيّة والتي من أهمّها وجوب تقيّد المشغّلين الثلاثة الفائزين بطلب العروض المتعلّق بإقامة وتشغيل شبكة عموميّة للاتّصالات لتوفير خدمات الاتّصالات الجوّالة من الجيل الرابع، وبعدم استغلال هذه الشبكات لأغراض تجاريّة وحصر التجارب النموذجيّة لخدمات الجيل الرابع على عيّنة محدودة من المشتركين خلال فترة

المرحلة التجريبيّة الممتدّة من تاريخ 10 مارس 2016 إلى حين المصادقة على اتّفاقية الإجازة المسندة لكلّ مشغّل بمقتضى أمر حكومي.

وحيث جدّت الممارسات المنسوبة للمدّعى عليها بتاريخ 10 مارس 2016 وهي في ذلك الحين مجرّد مترشّح وقتي وغير مؤهّل قانونا للانطلاق الفعلي في توفير خدمات الجيل الرابع بصفة رسميّة ضرورة أنّ ذلك يقتضي المصادقة على اتفاقيّة الإجازة المسندة لها بمقتضى الأمر الحكومي عدد 440 المؤرّخ في 29 مارس 2016 والذي ينصّ في فصله الثاني على أنّ الاتّفاقية تدخل حيّز التنفيذ ابتداء من تاريخ نشره بالرائد الرسمي أي بتاريخ 1 أفريل 2016.

وحيث ثبت من أعمال التحقيق أنّ المدّعى عليها قد تقيّدت عند القيام بإشهار وتنفيذ العمليّات التجريبيّة لشبكة الجيل الرابع بالشرط الأوّل الوارد في الترخيص المسند لها من طرف وزارة تكنولوجيّات الاتّصال والاقتصاد الرقمي والمتعلّق باستغلال الشبكة لأغراض غير تجاريّة وذلك مثلما هو ثابت بمحضر المعاينة المحرّر من عدل التنفيذ الأستاذ إبراهيم العبدلي بتاريخ 10 مارس 2016 تحت عدد 2160 والمحتجّ به من المدّعية نفسها والذي تضمّن معاينة للمقال الصحفي المنشور بجريدة الشروق وجاء فيه أنّ شركة أوريدو تونس "ستمكّن مشتركيها من تكنولوجيا الجيل الرابع بصفة مجانيّة"، فضلا عن محضر المعاينة المحرّر من طرف نفس عدل التنفيذ بتاريخ 11 مارس 2016 تحت عدد 2161 والمتضمّن معاينة لإشهار متعلّق بخدمات الجيل الرابع الخاص بشركة أوريدو تونس تمّ تنزيله بصفحتها على شبكة التواصل الاجتماعي الفيس بوك بتاريخ 9 مارس 2016 جاء فيه أنّه "ابتداء من اليوم الناس الكلّ تنجّم جرب إل 4G Ooredoo في تونس الكلّ وبلاش إيه نعم بلاش فلوس حتى Lancement officiel...".

وحيث تبيّن في المقابل من نفس محاضر المعاينة المحتجّ بها من طرف المدّعية أنّ شركة أوريدو تونس قد تعسّفت فعليّا في استغلال الشبكة التجريبيّة لخدمات الجيل الرابع عبر تمكينها لجميع المشتركين في الهاتف الجوّال من تجربة تكنولوجيا الجيل الرابع خلال المرحلة التجريبيّة ولفترة تمتدّ إلى نحو تسعة عشر يوما، ولم تتقيّد بالشرط الثاني الوارد في الترخيص المسند لها والمتعلّق بحصر التجربة النموذجيّة على عدد محدود من المشتركين، وهو ما أدّى إلى إحداث ارتباك في تنظيم السوق من خلال استخدامها لممارسات وأساليب تجاريّة واشهاريّة غير قانونيّة بهدف الحصول على سبق غير مشروع على منافسيها.

وحيث يعتبر السلوك الصادر عن شركة أوريدو تونس شكلا من أشكال المنافسة غير المشروعة التي تقتصر آثارها على مؤسّسة معيّنة أو بعض المؤسّسات الاقتصاديّة دون المساس بحريّة المنافسة في السوق ذات الصلة ودون التأثير على آليّاتها أو توازنها، وهي لا تدخل بالتالي تحت طائلة

أحكام الفقرة الثانية من الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار إلاّ في حالة اقترانها بشرط تواجد المؤسّسة المشتكى بها في مركز هيمنة اقتصاديّة على السوق ذات الصلة.

وحيث دأب فقه قضاء مجلس المنافسة على اعتبار أنّ الإفراط في استغلال مركز الهيمنة الاقتصاديّة يقتضي النظر في مدى تظافر عنصرين متلازمين وهما وجود حالة الهيمنة الاقتصاديّة والإفراط في استغلالها، وأنّ تواجد مؤسّسة اقتصاديّة في مركز هيمنة على السوق لا يتحقّق إلاّ متى كانت تلك المؤسّسة تمتلك قدرا من القوّة الاقتصاديّة التي تمنحها استقلاليّة التصرّف والتعامل مع الحرفاء والمنافسين والمستهلكين وفقا لإرادتها المنفردة، وبكيفيّة تجعلها قادرة على فرض شروطها والتحكّم في آليّات السوق والتأثير الجذري على وضعيّة المتعاملين فيها، وقد يكون ذلك بحكم أهميّة نصيبها منها أو تفوّقها التكنولوجي أو أسلوبها التجاري أو مواردها الماليّة أو تمركزها الجغرافي.

وحيث خلص من نتائج دراسة السوق أنّ نصيب المؤسّسة المدّعى عليها من الاشتراكات الجمليّة بسوق التفصيل لعروض الأنترنات الجوّالة عبر الهواتف الذكيّة شهد تراجعا خلال أواخر سنة 2016 بأكثر من 4 نقاط ليستقرّ في حدود 37,6 % بعد أن كان في حدود 42 % أواخر سنة 2015 في حين ارتفعت حصّة المؤسّسة المدّعية بنحو 1,8 نقاط مقارنة بحصّتها المسجّلة أواخر سنة 2015 لتستأثر بأكبر حصّة من السوق بنسبة 39,3 % في موفى ديسمبر 2016.

وحيث فضلا عن ذلك، فقد اتّخذ مؤشّر التركّز في السوق منحنا تنازليّا باتّجاه الصفر خلال سنتي 2015 و 2016 وهو ما يدلّ بوضوح على وجود منافسة فعليّة بين المشغّلين الثلاثة وعلى عدم امتلاك شركة "أوريدو تونس" لأيّ عنصر من عناصر القوّة الاقتصاديّة التي تجعلها تفرض إرادتها على آليّات السوق وتوازنها العامّ، الأمر الذي ينفي معه عنصر الهيمنة الذي لا تتوفّر بدونه أركان الإفراط في استغلال مركز الهيمنة، وتعيّن على هذا الأساس رفض الدعوى.

ولهذه الأسباب

قرّر المجلس قبول الدعوى شكلا ورفضها أصلا.

وصدر هذا القرار عن الدائرة القضائيّة الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضويّة السادة محمّد العيادي وخالد السلامي وسالم بالسعود والسيّدة ريم بوزيان.

وتلي علنا بجلسة يوم 27 جوان 2019 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزيتوني.

الرّئيس	**كاتبة الجلسة**
رضا بن محمود	**يمينة الزيتوني**