الجمهوريّة التونسيّة

مجلس المنافسة

الجلسة العامّة

الموضوع : مشروع قانون يتعلّق بإصدار المجلّة الرّقميّة.
القطاع: الإتصالات الإلكترونية.

الرأي عدد 192721

الصّادر عن مجلس المنافسة

بتاريخ 23 جويلية 2019

إنّ مجلس المنافسة،

بعد الإطّلاع على مكتوب وزير التّجارة المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 192721 بتاريخ 24 أفريل 2019 والذي طلب بمقتضاه من مجلس المنافسة إبداء رأيه في مشروع القانون المتعلّق بإصدار المجلّة الرّقميّة عملا بمقتضيات الفصل 11 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وتطبيقا لمقتضيات الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 المؤرخ في 19 أوت 2016 المتعلق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبية لمجلس المنافسة حول مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية،

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

وعلى الأمر الحكومي عدد 1148 لسنة 2016 المؤرخ في 19 أوت 2016 يتعلق بضبط إجراءات وصيغ الاستشارة الوجوبية لمجلس المنافسة حول مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية،

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 الثلاثاء 23 جويلية 2019،

وبعد التأكّد من توفّر النصاب القانوني،

وبعد الإستماع إلى المقرّرين السيّدتين كوثر الشابي وجميلة الخبثاني و السيّدين بشير سفيان الصمّاري وعصام العموري في تلاوة لتقريرهم الكتابي ،

وبعد الإطّلاع على قرار الجلسة العامة المنعقدة بتاريخ 9 جويلية 2019 والتي على إثرها تمّ إرجاء البت في الملف إلى حين مزيد التعمّق في مشروع المجلة وخاصّة في الجوانب المتعلقة بالمنافسة وإختصاصات الهيئة الوطنية للإتّصالات الإلكترونية في مجال المنافسة.

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

I – الإطار العام للإستشارة:

يندرج مشروع المجلّة الرقميّة ضمن مسار إرساء المنظومة التشريعية الجديدة للإتصالات الإلكترونية والإقتصاد الرّقمي للتلاؤم مع أفضل الممارسات التشريعية في العالم ولإرسال رسالة إيجابية للمستثمرين المحليين والأجانب. كما أن التحديات الرّاهنة والتطورات التكنولوجية المتواترة جعلت من المراجعة الجذرية لمجلة الإتصالات أمرا حتميّا لتتماشى مع أهداف السياسات العمومية الرامية إلى إرساء إقتصاد رقمي فاعل وتنافسي على مستوى عالمي.

وقد مكّن تقييم مجلّة الإتصالات من الوقوف على نقائص الاطار التشريعي الحالي لقطاع الاتصالات والمتمثلة أساسا في:

- عرقلة بعض أحكام مجلة الإتصالات ونصوصها التطبيقية لتوجهات الدولة نحو دعم وتشجيع المنافسة والإستثمار في قطاع الاتصالات الإلكترونية والإقتصاد الرقمي.
- التصرف في قطاع الإتصالات من منظور أمني وإداري عوضا عن المقاربة الإقتصادية القائمة على المنافسة الشريفة.

- انحصار أحكام مجلة الاتصالات في المحاور المتعلقة بأقامة وتشغيل وإستغلال الشبكات والخدمات واستغلال الموارد النادرة دون الإجابة عن الإشكاليات المعاصرة.
- عدم تلاؤم أحكام مجلة الإتصالات مع مقتضيات الإقتصاد الرقمي واقتصاد المحتوى والتطبيقات.
- عدم تكريس أحكام مجلة الإتصالات لمبادئ الاقتصاد الرقمي.
- عدم استيعاب المجلة للمهن الجديدة الناشئة في اطار الاقتصاد الرقمي.
- تعدد وتشتت الأنظمة القانونية التي تؤطر ممارسة أنشطة الإتصالات وغياب النظرة الموحدة.
- تعدد الهياكل المتدخلة في استغلال تكنولوجيات الإعلام والإتصال وغياب النظرة الشمولية لحوكمتها.
- طول وتعقيد الإجراءات الإدارية.
- عدم إسهام أحكام مجلة الإتصالات في تعزيز الثقة في المعاملات الرقمية وتأمين سلامة شبكات الاتصالات الإلكترونية والفضاء الرقمي وضمان حقوق وحريات مستعملي الخدمات الإلكترونية وإيجاد حلول عصرية وناجعة في اتجاه تقليص الفجوة الرقمية وضمان الإندماج الاجتماعي الرقمي.

ويهدف مشروع المجلّة إلى:

- تطوير الإقتصاد الوطني لجعله مرتكزا على التكنولوجيات الرّقمية بما يمكّن من تحقيق أهداف التنمية الإقتصادية والإجتماعية الشاملة والمستدامة.
- دعم وتشجيع المنافسة والإستثمار في مجال الاتصالات الإلكترونية والإقتصاد الرقمي.
- توفير إطار قانوني يمكّن من مواكبة التطور التكنولوجي الرقمي واستيعاب المهن الجديدة.
- تكريس مبادئ إلتقاء التكنولوجيات والشبكات والخدمات والحياد التكنولوجي.

- تعزيز الثقة في المعاملات الرقمية وتأمين سلامة شبكات الاتصالات الإلكترونية والفضاء الرقمي وتوفير الآليات الكفيلة لضمان وحماية الحقوق والحريات.
- تقليص الفجوة الرقمية وضمان الإندماج الإجتماعي الرقمي.
- تكريس أسس ومبادئ التهيئة العمرانية الرقمية.
- الإستعمال الأمثل والأنجع للموارد والشبكات بهدف تعميم وتطوير الربط بشبكة الانترنات ذات التدفق العالي.
- ضمان حرية اختيار مستعمل الخدمات الإلكترونية وتمتيعه بخدمات مبتكرة ذات جودة عالية وسعر مناسب.
- تبسيط الإجراءات الإدارية وتوضيح مهام ومجال تدخل مختلف الهياكل العمومية.

II – الإطار التّشريعي والتّرتيبي:

يخضع مجال الإتصالات الإلكترونية إلى أحكام ومقتضيات القانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي 2001 والمتعلّق بإصدار مجلة الإتصالات وجملة القوانين التي نقحتها أو تممتها.

III – المحتوى المادّي لملفّ الاستشارة:

يحتوي ملفّ الاستشارة على ما يلي:

- مراسلة إحالة مشروع القانون المتعلق بإصدار المجلّة الرّقميّة.
- مشروع القانون المتعلق بإصدار المجلّة الرّقميّة.
- وثيقة شرح الأسباب.

IV – الملاحظات:

يثير مشروع المجلة الراهنة ملاحظات مبدئية وملاحظات خاصّة.

1– الملاحظات المبدئية:

أوّلا : نصّ القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار ضمن الفصل 11 منه على أنّ مجلس المنافسة يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة كما هو منصوص عليها بالفصل 5 من هذا القانون وبإبداء الرأي في المطالب الإستشارية. كما كرّس الفصل 5 إختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المخلة بالمنافسة بصفة أصلية وحصرية في كل القطاعات بما في ذلك قطاع الإتصالات، وهو يؤكد إسناد المشرّع لولاية عامة للمجلس في مادّة المنافسة، وقد تمّ تأكيد الاختصاص الأفقي لمجلس المنافسة بصفة مستقرة ضمن فقه القضاء الصادر عنه ، إذ دأب المجلس عل التأكيد بأنّه هو الجهة الوحيدة القائمة على تتبّع الممارسات المخلة بالمنافسة ، وأنّ الهيئة الوطنية للإتّصالات ليست سوى هيئة تعديل قطاعية تنظر في كل ما يتّصل بالقطاع الراجع لها بالنظر وفي الحدود التي لا تنال من كتلة الإختصاص المسندة لمجلس المنافسة.

فضلا عن ذلك ، فقد مكّن الفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار للهيئات التعديلية بما فيها الهيئة الوطنية للاتصالات الألكترونية، من رفع الدّعاوى إلى مجلس المنافسة بخصوص الممارسات المخلة بالمنافسة التي يتم إقترافها ضمن القطاع الراجع لها بالنظر ، كما منحها الفصل 11 من ذات القانون إمكانية طلب رأي مجلس المنافسة حول المسائل التي لها علاقة بالمنافسة.

غير أنّه بالتّمعّن في المجلّة الرّقميّة المعروضة للإستشارة، يتبيّن أنّ العديد من أحكامها تتعارض مع أحكام قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار سالفة الذكر، وهي كذلك تكرّس اعتداء صارخا على اختصاص مجلس المنافسة الحصري في مجال ردع الممارسات المخلّة بالمنافسة ، فضلا عن أنّ ّها أرست نظاما قضائيا موازيا للنظام القانوني القائم والساري المفعول والمنصوص عليه بالقانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار ، بما يفتح الباب في المستقبل أمام التنازع الإيجابي بين مجلس المنافسة وهيئة التعديل المذكورة ،

والحال أنّ سنّ هذه المجلّة كان من المفروض أن يشكّل إطارا أنسب للحسم في مسألة التنازع في الإختصاص بين الجهازين المذكورين.

لذا ، وفي ظلّ نفاذ وسريان أحكام القانون عدد 36 لسنة 2015 ، فقد بات من الضروري رفع هذا التّعارض صلب مشروع المجلّة الرّقميّة وتحديدا بالقسم الرابع منها والمتعلق بصلاحيات هيئة التعديل المتعلقة بالمنافسة، وذلك بالعدول عن الأحكام الواردة بالقسم المذكور .

ومن جهة أخرى، فقد تطرّقت أحكام الفصل 95 من المشروع المعروض وتحديدا ضمن المطّة الخامسة منه ، إلى مهمّة الهيئة الوطنية للاتصثالات الألكترونية في مجال تنظيم المنافسة في أسواق الإتصالات الإلكترونية ووضع الآليات والقواعد الكفيلة بفرضها ، كما منحت المطّة الثالثة عشر للهيئة المذكورة مهمّة فضّ النزاعات الناشئة بين الأطراف في مجال إختصاصها ، كلّ ذلك في تجاهل تام لاختصاص وصلاحيات مجلس المنافسة المسندة له بنص سابق ونافذ، فضلا عن التناقض البائن بين أحكام الفصلين 95 و 129 من مشروع المجلّة .
وعليه، يتّجه مراجعة هذه الأحكام في اتجاه حصر اختصاص الهيئة التعدليلة في المجال التنظيمي والتعديلي دون أن يمتدّ إلى الممارسات المخلة بالمنافسة.
كما ورد بالفقرة الأخيرة من الفصل 113 من المشروع أنّه:" يمكن للهيئة أن تتعهّد تلقائيا بالنظر في **الممارسات المخلة بالأحكام التشريعية والترتيبية** في مجال الإتصالات الإلكترونية وذلك بناء على تقرير يعده المقرّر العام".

وبالنظر للعمومية المطلقة لهذه العبارات وعدم دقتها، ودرءا لكل تداخل مع الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الإتصالات الإلكترونية التي تخضع لأحكام القانون عدد 36 لسنة 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، والراجعة بالنظر لإختصاص مجلس المنافسة، يتعيّن الاستغناء عن هذه الأحكام، خاصة وأنّ مؤسّسة التعهّد التلقائي منظّمة بالقانون عدد 36 لسنة 2015 لمجلس المنافسة، وليس هناك داعيا لإسناد التعهّد التلقائي للهيئة القطاعية

باعتبارها تتولّى بداهة مراقبة الاخلالات التنظيمية المتعلقة بقطاع الاتصالات والتدخل لرفعها بصفة لاحقة .

كما أنّ إسناد الهيئة الوطنية للاتصالات الألكترونية اختصاص البتّ في الممارسات المخلّة بالمنافسة في قطاع الاتصالات وتمكينها من صلاحية التعهّد التلقائي، فضلا عن تعارضه مع أحكام القانون عدد 36 لسنة 2015 كيفما سبق بيانه أعلاه، فهو يؤدّي إلى انتصاب الهيئة المذكورة كخصم وحكم في الآن ذاته، وهو ما يتعارض مع مبادئ الحياد والمساواة والمحاكمة العادلة، كما أنّه سيساهم في مزيد تعقيد الإجراءات القضائية وتأبيدها ، وهو ما يتعارض مع الأهداف المبيّنة بوثيقة شرح الأسباب المرافقة للمشروع والتي تحوم حول تبسيط الإجراءات وتوضح دور مختلف الهياكل العمومية المتدخلة وتحفيز الاستثمار .

ثانيا : يتناول مشروع المجلّة الرقمية العديد من الأحكام ذات الصبغة الفنية التي كان بالإمكان إدراجها بالنّصوص التطبيقية ، إذ أنّ الغرض من سنّ قانون هو ضبط الأهداف الرئيسية وتحديد أهم الحقوق والواجبات المتعلّقة بمختلف الأطراف الفاعلة، ومشروع المجلّة على حاله من شأنه أن يكون عائقا نحو الدخول اليسير لسوق الإتصالات الإلكترونية. لذا يتجه إدراج المسائل المتعلقة بالإجراءات والشّروط ذات الصبغة الفنية بالنصوص التطبيقية للمجلّة.

2-الملاحظات الخاصة:

✓ الملاحظات المتعلقة بنظام ممارسة النشاط:

1 - نظّمت المجلّة الرّقميّة المعروضة للإستشارة مجموعة من الأنشطة وأخضعتها إمّا إلى نظام تصريح مسبق أو نظام ترخيص، وهو ما يتعارض مع أحكام القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرّخ في 30 سبتمبر 2016 والمتعلّق بقانون الإستثمار ومع الأمر الحكومي عدد 417 لسنة 2018 المؤرخ في 11 ماي 2018 والمتعلق بإصدار القائمة الحصرية للأنشطة الاقتصادية

الخاضعة لترخيص وقائمة التراخيص الإدارية لإنجاز مشروع وضبط الأحكام ذات الصلة وتبسيطها.

لذا ، فقد تعيّن مراجعة المجلّة المذكورة في اتجاه مراعاة المبادئ العامّة المضمّنة بقانون الاستثمار وبالأمر الحكومي سالف الذكر .

2- اقتضت أحكام القسم الثاني من مشروع المجلّة خضوع ممارسة الأنشطة المتعلّقة بإقامة واستغلال الشبكات العمومية للإتصالات الإلكترونية إلى نظام التصريح المسبق.

ويعدّ نظام التصريح المسبق المضمّن بمشروع المجلّة الإلكترونية في فصولها 22 وما بعده مؤسسا لنظام "ترخيص مقنّع" ، كما أن أجل الثلاثة أشهر لاتخاذ الهيئة قرارا برفض التصريح ، قد يتسبّب في خسائر كبيرة للمستثمر سواء شرع في الإستثمار أو حتى بقي في الإنتظار ، بما يمثّل تقييدا وعرقلة نحو الولوج لمختلف أنشطة إقامة واستغلال وتوفير خدمات الاتصالات.

فبالرجوع إلى الأمر عدد 417 لسنة 2018 ، فإنّ إقامة واستغلال شبكة خاصّة مستقلّة للإتّصالات هو نشاط حرّ أخضعته المجلّة المعروضة إلى نظام التّصريح المسبق، ولئن لا يتعارض مفهوم التّصريح المسبق مع مبدأ الحريّة في مفهومه، إلاّ أنّه يعدّ في الحقيقة والواقع وطبق ما يفهم من أحكام الفصول 22 و23 و24 ترخيصا مقنّعا ، وهو ما يستوجب رفع هذا التّعارض.

3 – ينصّ الفصل 167 من مشروع المجلة على أنّ ممارسة نشاط خبير تدقيق في مجال السّلامة المعلوماتيّة يخضع إلى اعتماد من قبل الوكالة، في حين أنّ هذا النّشاط يعدّ نشاطا حرّا تطبيقا لمقتضيات القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 والمتعلق بقانون الاستثمار وللأمر التطبيقي عدد 417 لسنة 2018 سابق الذّكر ، فضلا عن عدم إصدار كراس شروط لتنظيم المهنة في الأجل المنصوص عليه ضمن الأمر المذكور والذي سبق للمجلس أن أبدى رأيه فيها تحت عدد 182696 بتاريخ 17 جانفي 2019، الأمر الذي يتعين معه رفع هذا التعارض.

4 – بحسب الفصل 211 من مشروع المجلة، يخضع نشاط مزوّد خدمات الإتصالات الإلكترونية الشاملة لكرّاس شروط، في حين أخضعه الفصل 215 من ذات المجلّة لترخيص، وهو تناقض بائن موجب للرفع، فضلا عن أنّ ذلك يتعارض مع توجهات الدولة الرّامية إلى التخفيف من الإجراءات الإدارية وتحفيز الإستثمار.

5 – ورد بالفصل 77**من مشروع المجلّة موضوع الاستشارة** أنّه:"يمكن للوكالة إلغاء إسناد الترددات بدون تعويض في إطار إعادة توزيع الطيف الراديوي..."

وتتعارض هذه الأحكام مع أحكام الفصل 3 من مشروع المجلة الراهنة الذي نصّ على أنّ حرية التجارة والصناعة والإستثمار في قطاع الإتصالات الإلكترونية والإقتصاد الرقمي مكفولة وكذلك مع مبدأ الأمان القانوني ومبدأ المساواة بين جميع المتدخلين في قطاع الإتصالات الإلكترونية، كما يتجافى هذا الفصل مع ما ورد بوثيقة شرح الأسباب المصاحبة للمشروع من أهداف تتعلق بجلب المستثمر وإرساء إقتصاد رقمي فاعل وتنافسي على مستوى عالمي.

لذا يتجه تضمين مشروع المجلّة أحكاما توفّر ضمانات للحاصلين على تراخيص لإستعمال الترددات وتفادي إلغاء إسنادها من طرف الوكالة دون تعويض ودون التطرّق لإعلام مسبق، خاصّة وأنّ الإستغلال يكون بمقابل ممّا قد يؤثّر على الإستثمار والمنافسة في هذا المجال.

6– يتجه الاستغناء عن الأحكام الواردة بالفقرة الأولى من الفصل 129 من مشروع المجلّة وتعويضها بأحكام أخرى تلزم هيئة التعديل بإحالة الشكايات والدعاوى المرفوعة أمامها والمتعلقة بالممارسات المخلّة بالمنافسة في قطاع الإتصالات الإلكترونية إلى مجلس المنافسة، باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في هذه المادّة .

7– إنّ التنصيص بالفقرة الأخيرة من ذات الفصل 129 على أن:" **يعلم** مجلس المنافسة هيئة التعديل بكل دعوى أو شكاية متعلقة بالمنافسة في قطاع الإتصالات الإلكترونية مرفوعة أمامه **ويطلب** رأيها حول الممارسات المعروضة على نظره" يتعارض مع أحكام القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلق بالمنافسة والأسعار ذلك أنّ هذا الأخير نص بالفصل 15 منه على إعلام مجلس المنافسة الهيئات التعديلية حين تعهّده تلقائيا بالنظر في الممارسات المخلة بالمنافسة في السوق وذلك كالآتي:"ويعلم رئيس المجلس بذلك الوزير المكلف بالتجارة وعند الاقتضاء الهيئات التعديلية المعنية".

كما يتعين على مجلس المنافسة **طلب الرأي الفني** للهيئات التعديلية عند النظر في قضايا معروضة عليه تتعلق بالقطاعات الراجعة لها بالنظر".

ويستنتج مما تقدم، أنّ مجلس المنافسة هو الذي يطلب الرأي الفني للهيئات التعديلية وليس العكس، وطالما أنّ الهيئة الوطنية للإتصالات الإلكترونية تشكّل هيئة تعديلية، فإنّ مقتضيات الفصل 15 آنف الذكر تنطبق عليها، ولا يمكن بحال تضمين مشروع المجلّة أحكاما تتعارض مع الفصل المذكور ، الأمر الذي يتعيّن معه حذف أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 129 من مشروع المجلّة .

وصدر هذا الرّأي عن الجلسة العامّة لمجلس المنافسة بتاريخ 23 جويلية 2019 برئاسة السيّد محمّد العيّادي وعضويّة السيّدة والسادة سندس بالشيخ وعصام اليحياوي وسالم بالسعود وخالد السلامي ومعز العبيدي ومحمّد شكري رجب ومصطفى باللطيف وبحضور المقرّر العام السيّد محمّد شيخ روحه وكاتب الجلسة السيّد نبيل السماتي.

الرئيس

محمد العيّادي