الجمهوريّة التّونسيّة **الحمد لله**

مجلس المنافسة

****

القضيّة الإستعجاليّة عدد 193073

تاريخ القرار: 17 أكتوبر 2019

قرار إستعجالي

أصدر مجلس المنافسة القرار التّالي بين:

الطّالبة: شركة "إكسبريس آر كارقو" EXPRESS AIR CARGO، في شخص ممثّلها القانوني، نائباها الأستاذ محمّد القلسي، الكائن مكتبه بعمارة "قولدن تاور" المدرج أ الطّابق الثّالث المكتب عدد 9، المركز العمراني الشّمالي، تونس، والأستاذ كمال بن مسعود، الكائن مكتبه بعمارة "قولدن تاور" المدرج ب، الطّابق التّاسع المكتب عدد 1، المركز العمراني الشّمالي، تونس،

من جهة.

والمطلوبين: 1) ديوان الطّيران المدني والمطارات، نائبه الأستاذ أنور الباصي، الكائن مكتبه بنهج عبد الملك بن مروان تونس، البلفيدير،

2) شركة الخطوط التّونسيّة TUNIS AIR، مقرّها الإجتماعي بنهج المقاولين الشّرقيّة 2 تونس 2013،

3) الشّركة المتوسّطية للخدمات الجوّية MEDITERRANEAN AIR SERVICE، مقرّها الاجتماعي بنهج بحيرة كوم، ضفاف البحيرة، 1053 تونس،

4) شركة النّقل والخدمات الجويّة TUNISAVIA، مقرّها الإجتماعي بشارع الزّعيم ياسر عرفات، 2035 تونس قرطاج،

من جهة أخرى.

بعد الإطّلاع على المطلب المرفوع بتاريخ 19 جويلية 2019 تحت عدد 193073 من قبل الأستاذ محمد القلسي والأستاذ كمال بن مسعود نيابة عن شركة "إكسبريس آر كارقو" EXPRESS AIR CARGO ضدّ كلّ من ديوان الطّيران المدني والمطارات، وشركة الخطوط التّونسيّة TUNIS AIR ، والشّركة المتوسّطية للخدمات الجوّية MAS، وشركة النّقل والخدمات الجوّية TUNISAVIA والمتضمّن بالخصوص ما يلي:

– أنّ شركة "إكسبريس آر كارقو" EXPRESS AIR CARGO مؤسّسة تونسيّة، تنشط في مجال الطّيران، ومختصّة في الشّحن الجوّي، ومتحصّلة على كلّ التّراخيص القانونيّة المستوجبة من المصالح المختصّة لمباشرة نشاط قبول وتخزين البضائع. وأنّها أبرمت بتاريخ 21 فيفري 2018، عقدا للإشغال الوقتيّ للملك العموميّ، مع ديوان الطّيران المدني والمطارات، لغاية استغلال قطعة أرض كائنة بمطار تونس– قرطاج الدّولي بمحطّة الشّحن الجوّي، وبناء إدارة ومخزن تسريح تحت الرّقابة الدّيوانيّة. إلاّ أنّه ومع انطلاق نشاطها، تفطّنت الطّالبة إلى وجود تضييقات مقابل الحوافز والإمتيازات التّي تمتّعت بها الشّركات المنافسة لها والمباشرة لنفس النّشاط. وتتمحور هذه التّضييقات في:

- ✓ حصر ديوان الطّيران المدني والمطارات لمجال استغلال الطّالبة للملك العموميّ موضوع العقد المبرم بينهما، في عمليات القبول والتّخزين للبضائع المصدّرة والمنقولة على طائراتها الخاصّة ومنعها من قبول وتخزين البضائع المورّدة والبضائع لفائدة الشّركات الجوّية، وذلك بالرّغم من حصولها على كافّة التّراخيص الإدارية المستوجبة لممارسة عمليات التّوريد والتّصدير المرتبطة بنشاط قبول وتخزين البضائع.
- ✓ عدم إخضاع كل من شركة الخطوط الجوّية التّونسيّة لنفس الموانع، رغم من عدم إبرامها لعقد إشغال وقتي للملك العمومي مع المطلوب الأوّل في الذّكر، ومزاولتها لنفس نشاط الطّالبة دون تضييق لا على مستوى مصدر البضائع (مورّدة ومصدّرة)، ولا على مستوى صفة النّاقل (منقولة من قبل الشّركة أو من قبل الغير). وكذلك بالنّسبة للشركة المتوسّطية للطّيران والشّركة التّونسيّة للنّقل والخدمات الجوّية.

وهو ما يوحي بوجود اتّفاق ضمنيّ بين ديوان الطّيران المدني والمطارات من جهة، وبقيّة الشّركات المطلوبة في قضيّة الحال ، وأفضى بالتّالي للإبقاء على وضعيّة السّوق المرجعيّة موضوع القضيّة على حالتها، والمتّسمة بتقاسم المؤسّسات العموميّة لسوق النّقل الجوّي للبضائع فيما بينها، مع إقصاء كلّ مؤسّسة خاصّة ترمي إلى دخول ذات السّوق.

كما أفادت الطّالبة بأنّ هذا الاتّفاق الضّمني حال دون تعاطيها لنشاطها بصفة عاديّة، وهو ما كبّدها خسائر ماديّة كبيرة تهدّد ديمومتها وقدرتها على الإيفاء بتعهّداتها.

وتبعا لذلك، ولغاية إيقاف تداعيات الأضرار الماديّة اللّاحقة بها، فهي تطلب من مجلس المنافسة التّدخّل الإستعجاليّ لاتّخاذ تدابير تحفظيّة، من خلال القضاء استعجاليّا بإلزام ديوان الطّيران المدني والمطارات، بالكفّ فورا عن الممارسات المخلّة بالمنافسة، وذلك بإيقاف العمل بالفقرة الثّانية من الفصل الأوّل من عقد الإشغال الوقتيّ للملك العموميّ عدد D5/17 الممضى بتاريخ 28 ديسمبر 2017 ، والمسجّل بالقباضة الماليّة بأريانة تحت عدد 18301567 بتاريخ في 21 فيفري 2018، والمبرم بينها وبين ديوان الطّيران المدني والمطارات، وتمكينها من القيام بعمليّات المعالجة الوثائقيّة في محلاّتها وذلك إلى حين البتّ في أصل النّزاع .

وبعد الإطّلاع على المكتوب المقدّم من المدّعية في 1 أوت 2019، والمتضمّن إضافتها ملحوظات تكميليّة تعلّقت خاصّة بتبيان التّهديدات الماديّة، جرّاء النّفقات والخسائر الماليّة التّي تكبّدتها، نتيجة التّضييقات التي تعرّضت لها.

وللغرض، استعرضت الطّالبة حجم الاستثمارات التّي خصّصتها لتمويل المشروع، على غرار انتدابها لحوالي 155 من إطارات وأعوان تكفّلت بتكوينهم ورسكلتهم بالدّاخل والخارج، وقد خصّصت لهم كلفة أجور سنويّة قدّرت بـ2.6 مليون دينار، مع استشرافها لكلفة تعويض عن عمليّات التّسريح في حال توقّف نشاطها بمبلغ قدره 1.3 مليون دينار.

وخلصت إلى أنّ هذه الوضعية، حرمتها من 60 % من حجم معاملاتها (نقص في المداخيل) قدّرتها بقيمة 19 مليون دينار، وهو ما جعلها غير قادرة على إحترام إلتزاماتها الماليّة. وخاصّة ما تعلّق

منها بدفع معاليم الأتاوات المستوجبة للمدّعى عليه الأوّل، الذّي قرّر وقف نشاطها لمدّة 4 أيّام، وهو ما دفعها لضخّ مبلغ 500 ألف دينار لإستئنافه.

وبعد الإطّلاع على المذكّرة المقدّمة من المدّعية في 24 سبتمبر 2019، والتي تضمّنت تأكيدها على عدم إحترام ديوان الطّيران المدني والمطارات لمبدإ المساواة بين المتنافسين مستدّلة في ذلك بعقد الإشغال الوقتيّ للملك العموميّ الذي يجمعه مع شركة الخطوط الجوّية التّونسيّة والذّي لم يتضمّن نفس الشّروط التّمييزيّة المسلّطة عليها، وهو ما جعل هذه الأخيرة تبرم عقد قبول وتخزين بضائع معها ومع الخطوط الجوّية القطريّة، وكذلك بالنّسبة لمنافسها الشّركة المتوسّطية للخدمات الجوّية، التّي أبرمت عقد قبول وتخزين للبضائع مع الخطوط الجوّية الإماراتيّة .

وبعد الإطّلاع على التّقرير المقدّم من قبل الأستاذ أنور الباصي، نيابة عن ديوان الطّيران المدني والمطارات، والمرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 1 أوت 2019 ، والذّي لاحظ فيه بالخصوص أنّ عقد الإشغال الوقتيّ للملك العموميّ المبرم بين موكّله وشركة "إكسبريس آر كارقو"، يعدّ من قبيل العمل الإداريّ الصّادر عن سلطة إداريّة عند إدارتها للمرفق الذّي تشرف عليه، متمتّعة في ذلك بإمتيازات السّلطة العامّة، والذّي لا يمكن الطّعن فيه إلاّ بالإلغاء أمام المحكمة الإداريّة، ويخرج عن دائرة نظر مجلس المنافسة الذّي ينحصر دوره في الدّور التّعديلي للسّوق والإقتصاد الحرّ، ولا علاقة له بالإدارة أو بنشاطها أو بقراراتها الإداريّة الأحاديّة مثلما تؤكّده أحكام الفصلين 2 و3 من ذات القانون.

ويشير نائب ديوان الطّيران المدني، أنّ الفصل 2 من القانون عدد 110 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 ديسمبر 1998، المتعلّق بديوان الطّيران المدنيّ والمطارات، خوّل لهذا الأخير، إسناد لزمات لإستغلال مختلف الممتلكات الرّاجعة له وبعض الخدمات الدّاخلة في مهامه، وأنّ هذه اللّزمات تكتسي صبغة إداريّة لا تنطبق عليها أحكام التّشريع المتعلّق بتنظيم العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين.

كما أنّ نظام اللّزمات يختلف تماما عن نظام الإشغال الوقتيّ للملك العموميّ بإعتباره مستثنى صراحة بموجب أحكام القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 01 أفريل 2008 المتعلّق باللّزمات، الذّي نصّ في فصله 2 على أنّه لا يعتبر لزمة على معنى هذا القانون الإشغال الوقتيّ للملك العموميّ.

وبعد الإطّلاع على التّقرير المقدّم من نائب ديوان الطّيران المدنيّ والمطارات الأستاذ أنور الباصي، بتاريخ 28 أوت 2019، في الرّد على التّقرير التّكميلي المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 531 بتاريخ 1 أوت 2019 ، والذّي أورد فيه بأنّ المدّعية إكتفت بالحديث عن إستثماراتها، وما يمكن أن يترتّب عنها من خسائر لو أنّ الدّيوان لم يستجب لرغباتها، دون الإدلاء بما يفيد حقيقة مزاعمها، وأنّ طلبها الرّاهن إنّما يهدف في الحقيقة إلى الزّيغ بالإجراءات الأساسيّة ومؤسّس على خرق بيّن للإختصاص الحكمي وعلى مخالفة صريحة لأحكام الدّستور وأحكام الفصلين الأوّل والثّاني من القانون عدد 36 لسنة 2015.

وبعد الإطّلاع على تقرير مندوب الحكومة المرسّم بكتابة المجلس بتاريخ 10 سبتمبر 2019، والذّي طالب بموجبه رفض المطلب لعدم تضمّن الدّعوى ما يبرّر اتّخاذ الوسائل التّحفظيّة.

وبعد الإطّلاع على التّقرير المعدّ من المقرّر السّيد فريد الولهازي.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وخاصّة الفصل 15 منه،

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرخ في 15 فيفري 2006 والمتعلّق بالتّنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة،

وبعد الإطّلاع على ما يفيد إستدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 12 سبتمبر 2019 ، وبها تلى المقرّر السّيد فريد الولهازي ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث، وحضر الأستاذ كمال بن مسعود، ورافع أصالة عن نفسه ونيابة عن زميله الأستاذ محمد القلسي في حقّ الطّالبة شركة "إكسبريس آر كارقو"، وأشار إلى أنّ الطّالبة تمرّ بصعوبات في أداء مهمّتها المختصّة في الشّحن الجوّي المحدث منذ سنة 2015، وأبرمت لذلك مع ديوان الطّيران المدنيّ والمطارات عقد إشغال وقتيّ للملك العموميّ، لبناء مستودع لنقل البضائع وإدارة وكذلك موقف سيارات لفائدة أعوان الدّيوان، إلّا أنّ بنود العقد المبرم تضمّن أحكاما تتعارض بشكل واضح مع حرّية المنافسة التّي يضمنها القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، ومثلما أقرّه فقه القضاء الإداريّ في الأحكام المتواترة وتجسّمت من خلال الفصل الأوّل منه في حصر قبول تخزين البضائع في المصدّرة دون المورّدة ، وعلى الطّائرات الخاصّة بالطّالبة فقط، وعدم لجوئها إلى شركات نقل أخرى، كما تضمّنت بنود العقد تضييقا آخرا تمثّل في حرمانها من مباشرة المعالجة الوثائقيّة، ودعوتها إلى اللّجوء إلى الخطوط الجوّية التّونسيّة رغم تهيئتها للمحلّ الخاصّ لذلك، وحصولها على تراخيص للقيام بنشاط المعالجة الوثائقيّة عند التّصدير والتّوريد، مؤكّدا في ذات الوقت على أنّ هذه التّضييقات اقتصرت على الطّالبة دون سواها من النّاشطين في المجال، وهو ما

ألحق بها أضرارا ثابتة تمثّلت في نقص قادح تجاوز 60% من مداخيلها، وأثّر بالتّالي على نشاطها، ووضع حدّا لإمكانيّة مواصلة نشاطها، وإستنادا لذلك، طلب الإذن إستعجاليّا بإلزام ديوان الطّيران المدنيّ والمطارات بالكفّ عن الممارسات المخلّة بالمنافسة، وتمكينها من المعالجة الوثائقيّة في محلّاتها إلى حين البتّ في أصل النزاع.

وحضر الأستاذ أنور الباصي نيابة عن المطلوبة الأولى ديوان الطّيران المدنيّ والمطارات ، ورافع في ضوء ملحوظاته الكتابيّة المقدّمة، وأشار بصورة أصليّة إلى أنّ التّرخيص المسند للمدّعية إنّما يستند في حقيقته إلى قرار إداريّ يخرج عن نظر مجلس المنافسة، وأنّ المنازعة في هذه القرارات إنّما ترجع إلى القاضي الإداريّ دون سواه، وطلب رفض المطلب لعدم إختصاص المجلس للنّظر فيه.

ولم يحضر من يمثّل المطلوبة شركة الخطوط التّونسيّة وبلغها الإستدعاء، كما لم يحضر من يمثّل المطلوبة شركة المتوسّطيّة للطّيران ووجّه إليها الإستدعاء، ولم يحضر من يمثّل المطلوبة شركة النّقل والخدمات الجوّية وبلغها الإستدعاء.

وتلت مندوبة الحكومة السّيدة كريمة الهمّامي تلخيصا لملحوظاتها الكتابيّة المظروفة نسخة منها بالملف.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضيّة للمفاوضة والتّصريح بالحكم بجلسة يوم 3 أكتوبر 2019.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة قرّر المجلس التّمديد في أجل المفاوضة إلى جلسة يوم 17 أكتوبر 2019.

وبها وبعد المفاوضة القانونية صرّح بما يلي :

حيث كان المطلب الماثل يرمي إلى الإذن إستعجاليّا بإيقاف العمل بالفقرة الثّانية من الفصل الأوّل، من عقد الإشغال الوقتيّ للملك العموميّ، المبرم بين شركة "أكسبريس آر كارقو" وديوان الطّيران المدنيّ والمطارات، وذلك إلى حين البتّ في أصل النّزاع.

وحيث تضمّنت الفقرة المذكورة أنّ الطّالبة لا يمكنها القيام بعمليّات القبول والتّخزين إلّا للبضائع المصدّرة والمنقولة على طائراتها الخاصّة فقط، ولا يمكنها بالتّالي توفير خدمات قبول وخزن البضائع عند الإستيراد على طائراتها الخاصّة، ولا التّعامل مع الشّركات الجويّة الأخرى.

وحيث تمسّكت الطّالبة بأنّ هذه التّضييقات فرضت عليها دون منافسيها في القطاع، وهم كلّ من شركة الخطوط التّونسيّة، والشّركة المتوسّطية للخدمات الجوّية، وشركة النّقل والخدمات الجويّة، وأنّ

مردّها وجود إتّفاق ضمنيّ يهدف إلى الحدّ من دخول مؤسّسات أخرى للسّوق أو الحدّ من المنافسة فيها.

وحيث دفع نائب ديوان الطّيران المدنيّ والمطارات بعدم إختصاص مجلس المنافسة بالنّظر في المطلب الرّاهن لتعلقه بالنّظر في شرعيّة قرار إداري صادر عن سلطة إداريّة في إطار ممارستها لمهامها المتعلّقة بإدارة مرفق عمومي.

وحيث إقتضى الفصل 15 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار أنه:" ... وفي صورة التّأكد، يمكن لمجلس المنافسة في أجل ثلاثين يوما أن يأذن وبعد سماع الأطراف ومندوب الحكومة باتّخاذ الوسائل التّحفظيّة اللاّزمة التّي من شأنها تفادي حصول ضرر محدق لا يمكن تداركه ويمسّ بالمصلحة الاقتصاديّة العامّة أو بالقطاعات المعنيّة أو بمصلحة المستهلك أو بمصلحة أحد الأطراف، وذلك إلى حين البتّ في أصل النّزاع".

وحيث يستوجب في الوسائل الوقتيّة، ألاّ يؤدّي الإذن بها إلى المساس بأصل النّزاع وأن تكون مجدية ومتأكّدة بشكل تكون معه الحالة معرّضة للتغيّر سلبيّا وفي وقت وجيز بحكم تدخّل الأشخاص أو بفعل أيّ عنصر آخر، أو أن تنذر بخطر محدق يجب درؤه بسرعة حتى لا يتمّ النّيل من حقّ يحتاج إلى الحماية لحفظه من التّلاشي.

وحيث دأب فقه قضاء مجلس المنافسة على إعتبار أنّ تطبيق أحكام قانون المنافسة والأسعار على الذّوات العموميّة يظلّ رهين التّصرّفات التّي تأتيها هذه الأخيرة، بوصفها متدخّلا ينشط في السّوق، وتتصرّف تبعا لذلك تصرّف التّاجر، وتخضع عندئذ للقانون المنظّم للمنافسة والأسعار ولرقابة مجلس المنافسة، أو كسلطة إداريّة نزولا عند مقتضى النّصوص التّشريعيّة والترتيبيّة التي تخوّل لها ذلك، متلبّسة بإمتيازات السّلطة العامّة، وعندها فإنّ ما يصدر عنها هو محض أعمال إداريّة لا سلطان لمجلس المنافسة عليها.

وحيث وإستنادا لأحكام الفصل 2 من القانون عدد 110 لسنة 1998 المؤرّخ في 28 ديسمبر 1998 المتعلّق بديوان الطّيران المدني والمطارات، فإنّ هذا الأخير يعدّ منشأة عموميّة مكلّفة أساسا بإستغلال وتهيئة وتطوير المطارات ومراقبة الملاحة الجوّية وإسناد لزمات لإستغلال مختلف الممتلكات الرّاجعة له وبعض الخدمات الدّاخلة في مهامه.

وحيث بالرّجوع للعقد موضوع النّزاع، يتبيّن أنّه يربط بين كلّ من ديوان الطّيران المدنيّ والمطارات من جهة، وشركة "أكسبيريس أر كارقو" من جهة ثانيّة، وتمّ بمقتضاه التّرخيص من قبل الطّرف الأوّل لفائدة شركة "أكسبيريس آر كارقو"، لإشغال وقتيّ لقطعة أرض تعود بالتّصرف لديوان الطّيران المدني والمطارات وتندرج ضمن الملك العموميّ، وذلك لغاية إحداث محطّة شحن جويّ وتسريح ديواني وتصدير.

وحيث أنّ التّرخيص موضوع التّداعي لا يعدو أن يكون قرار إداريّا صادرا عن ذات عموميّة في إطار ممارستها للسّلطة العموميّة، وذلك طبقا للتّشاريع الجاري بها العمل، وخاصّة منها الفصل 13 من كرّاس الشّروط الخاصّ، الملحقة بالعقد موضوع النّزاع، والذّي نصّ على كلّ إحالة أو إسناد إشغال وقتيّ للملك العموميّ تعدّ عملا إداريّا صرفا .

وحيث أنّ طلب تعطيل قرار إداريّ أو جزء منه، وإن كان مخالفا لأحكام الفصل الخامس من القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار يخرج عن دائرة نظر مجلس المنافسة.

ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس: رفض المطلب.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائيّة الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السّيد رضا بن محمود وعضويّة السّادة محمّد العيّادي والخمّوسي بوعبيدي وخالد السّلامي والسّيدة سندس بالشّيخ.

وتلي علنا بجلسة يوم 17 أكتوبر 2019 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزّيتوني.

الرّئيس	**كاتبة الجلسة.**
رضا بن محمود	**يمينة الزّيتوني**