الجمهورية التونسية
الهيئة الوطنية للاتصالات

القضيـــــة : عـ27ـدد

تـاريخ القــرار: 25 أكتوبر 2011

قـــرار

أصدرت الهيئــة الوطنيــة للاتصالات

القرار التــالي بين:

المدعية: شركة "اتصالات تونس" في شخص ممثلها القانوني المعيّن مقره بضفاف البحيرة حدائق البحيرة-تونس 1053.

من جهـــــــة

المدعى عليهما: شركة "أورنج تونس" وشركة "أورنج تونس أنترنات" في شخص ممثلهما القانوني الكائن مقره بعمارة أورنج المركز العمراني الشمالي-1003 تونس.

من جهـــــــة أخرى

بعد الإطـــلاع على عريضـــة الدعوى المقدمة من طرف شركـة "اتصالات تونس" إلى الهيئة الوطنية للاتصالات بتاريخ 23 ماي 2011 والمرسّمة بدفتر القضايا بكتابة الهيئة تحت عــ27ـدد، والتي تظلمت بموجبها من الممارسات المخالفة حسب دعواها للمنافسة النزيهة وللقوانين والتراتيب الجاري بها العمل والمتمثلة في إقـــدام كل من شركة "أورنج تونس" و شركة "أورنج تونس أنترنات" على تسويق عرض تجاري قـــار تحت اسم "لايف بوكس" يهدف إلى تمكين حرفـــاء المدعية المشتركين بخدمات الانترنات لدى المدعى عليها الثانية بوصفها مزود خدمات أنترنات من التمتع بالعديد من الخدمات لا سيما خدمات الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات مؤكـــدة استغلال المدعى عليهما لبنيتها التحتية وخاصـــة خطوطها الهاتفية وشبكات الباكبون الراجعـــة إليها ومنشآتها وفضاءاتها دون ترخيص مسبق منها إضافة إلى استعمـــال المدعى عليهما دون وجه قـــانوني لقاعدة مشتركيها معتبرة أن ذلك العرض يشكل تعد صارخا على وحدة وسلامة وأمن شبكتها الهاتفية عـــلاوة على خرقـــه الواضح لقواعد المنافسة الشريفـــة وانتهت العارضة بناءا على ذلك إلى طلب اتخاذ التدابير التي يقتضيها القانون والمتمثلة تحديدا في التدخـــل الفوري والعاجل لسحب العرض التجـــــاري وكل الوسائط الاشهارية ذات العلاقة.

وبعد الإطلاع على مجلة الاتصالات الصادرة بمقتضى القانون عـ01ـدد لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي 2001، المنقح والمتمم بالقانون عـ46ـدد لسنة 2002 المؤرخ في 7 ماي 2002 وبالقانون عـ01ـدد لسنة 2008 المؤرخ في 8 جانفي 2008 وخاصة الفصول 38 مكرر و63 و65 جديد و67 جديد و68 جديد و74 جديد منه.

وبعد الإطلاع على الأمر عـــدد 2638 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بضبط شروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات.

وبعد الإطلاع على قرار وزير تكنولوجيات الاتصال المؤرخ في 24 جويلية 2008 المتعلق بضبط الجوانب التقنية اللازمة لتأمين جودة خدمات الهاتف عبر بروتوكول الانترنات وسلامتها.

وبعد الإطلاع على المراسلتين الصادرتين عن الهيئة الوطنية للاتصالات بتاريخ 24 ماي2011 تحت العـــددين 606 و607 والتي وجه بمقتضاهما نسخة من عريضة الدعوى إلى كل من شركة "أورنج تونس"و شركة "أورنج تونس أنترنات"لتمكينهما من تقديم ردودهما حول القضية.

وبعد الإطلاع على المراسلة الصادرة عن الهيئة الوطنية للاتصالات عـ608ـدد بتاريخ 24 ماي 2011 والتي وجه بمقتضاها نظير من عريضة الدعوى إلى كاتب الدولة لـــــــدى وزير الصناعة والتكنولوجيا المكلف بالتكنولوجيا.

وبعد الإطلاع على المقرّر الصادر عن رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات بتاريخ 24 ماي 2011 الذي عيّن بمقتضاه السيد **حـــازم المحجوبي**مقرّرا للنزاع.

وبعد الإطلاع على جواب شركة " أورنج تونس أنترنات" على عريضة الدعوى الـــوارد على الهيئة بتاريخ 29 جوان 2011.

وبعد الإطلاع على تقرير ختم الأبحاث المؤرخ في 19 أوت 2011 والمحـــال على طرفي النزاع وفق الصيغ التي اقتضاها الفصل 68 من مجلة الاتصالات.

وبعد الإطـــلاع على جواب شركة "اتصالات تونس" على تقرير ختم الأبحاث الوارد على الهيئة بتاريخ 13سبتمبر 2011.

وبعد الإطلاع على ردود كل من شركة "أورنج تونس" و "أورنج تونس أنترنات" على تقرير ختم الأبحاث والواردة على الهيئة بتاريخ 28 سبتمبر 2011.

وبعد الإطلاع على مظروفات الملف وعلى ما يفيد استدعاء الطرفين لجلسة يوم 25 أكتوبر 2011 وفيها حضرت ممثلة المدعية الشركة الوطنية للاتصالات وأيدت ما جـــاء في تقرير ختم الأبحاث، كما تمسكت بملحوظاتها المظروفة بملف القضية، وحضرت الأستاذة منى الحميدي وقدمت إعلاما بالنيابة في حق الأستاذ سليم مالوش نيابة عن المدعى عليهما شركتي "أورنج تونس" و "أورنج تونس أنترنات" وتمسكت بما ضمّن بالملحوظات الكتابية المظروفة بالملف.

إثـــر ذلك وبعد المفاوضـــــة القانونيـــــة صرّح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث قدمت الدعوى ممّن لـــه الصفـة و المصلحـة مستوفيـة جميع شروطها الشكلية الجوهريـــة و تعين قبولها من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث رفعت العارضـــة شركـــة "اتصالات تونس" دعوى إلى الهيئة الوطنية للاتصالات ضمنتها تظلمها من الممارسات التي أقدمت عليها كل من شركة "أورنج تونس" و "أورنج تونس أنترنات" والمتمثلة في تسويق عرض تجاري أطلقا عليه اسم " لايف بوكس" متعمدين استغلال البنية التحتية التابعة للمدعية والمتكونة من خطوط هاتفية وشبكات باكبون وبعض المنشـــآت والفضاءات الموضوعة على ذمـــة المدعى عليها الثانية في إطار اتفاقيات مبرمة بين اتصالات تونس وسائـــــر مزودي خدمات انترنات .

وقد اعتبرت المدعية ذلك العرض تعدّ صارخ على وحدة وسلامة شبكة هاتفها القار و استعمال غير قانوني لقاعدة حرفائـــها المشتركين في خدمات الانترنات عبر الخطوط الرقمية اللامتوازية وهو ما يشكل حسب إدعائها خرقـــــا واضحا للقانون ولقواعد المنافسة المشروعة.

وحيث قدّمت العارضة تـــأييدا لدعواها نسخة من اللافتة الاشهاريـــــــةالتي تولّـت من خلالـــها "أورنج تونس" الترويج لعرضها التجاري ونموذجا من عقد الاشتراك بالعرض المذكور.

وحيث طلبت العارضة تدخـــل الهيئـــة لاتخاذ التدابير التي يقتضيها القانون لإيقاف تسويق العرض التجـاري "لايف بوكس".

وحيث أجـــــابت المدعى عليها شركة "أورنـج تونس أنترنات" بشكل أحادي على عريضة الدعوى ضمن مراسلتها الواردة على الهيئة بتاريخ 29 جوان 2011 وأكدت في جوابـــها على الالتزام التام لشركة "أورنج تونس" المدعى عليها الثانية بالقوانين والتراتيب الجاري بها العمل في مجـــال الاتصالات وخصوصا تلك المشار إليها بالإجازة الممنوحة إليها لتشغيل شبكة عموميـــة للهاتف القار و الهـــاتف الرقمي الجوال من الجيلين الثاني والثالث، كما تمسكت باستيفاء العرض التجاري محل النزاع للشروط القانونية المطلوبـــة واحترامه لمقتضيات أحكـــام الأمر عـــ2638ـدد لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بضبط شروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات مشدّدة على حق شركـــة أورنج تونس في تسويق عروض ثنائية بين خدمة تمرير المكالمـــات الهاتفية وخدمة الانترنات ذات القيمة المضافـة عن طريق مزود الانترنات التابع لهـا .

وحيث أضـــافت "أورنج تونس انترنات" من جانب آخر بأن لاشيء يبـــوّر ابرام اتفاقية إضافية بين شركة "أورنج تونس" و"اتصالات تونس" بهـــدف تأمين سلامة الجوانب الفنيـــة للخدمات المســـــداة في إطـــار العرض "لايف بوكس" في ظل وجـــود اتفاقية بين الشركة الوطنية للاتصالات وشركة "أورنج تونس أنترنات" يتعلق موضوعها بتأمين جودة خدمة الربـــط بالخطوط الرقمية اللامتوازية وانتهت في جوابها إلى التأكيد على ضعف وعدم وجاهة دفوعات خصيمتها وخاصة تلك المتعلقة بالاستعمال غير المشروع للبنيـة التحتيـة للشركـة لوطنية للاتصالات .

وحيث آل تقرير ختـــــم الأبحـــاث إلـــى نتيجتين أساسيتين، مفـــاد الأولـــى مخالفة العرض التجاري "لايف بوكس"، وفق الصيغة التي روج بها، لمقتضيات الإطـــار القانوني المنظم لخدمة الهاتف

عبر بروتوكول الانترنات وبالتالي عدم جواز تسويق العرض المذكور من طرف الشركتين المدّعى عليهما في حين تتعلق النتيجة الثانية بإقرار الاستغلال غير المشروع من طرف شركة "أورنج تونس" للبنية التحتية الراجعة بالملكية للشركة الوطنية للاتصالات. وانتهى المقرر بناءا على تلك النتائج إلى اقتراح الحكم بإلزام المدعى عليهما بسحب العرض التجاري موضوع النزاع بصفة نهائية من السوق.

وحيث أحيل تقرير ختم الأبحاث على طرفي النزاع للإدلاء بملحوظاتهما عملا بأحكام الفصل 68 مكرر من مجلة الاتصالات.

وحيث أيّدت الشركة الوطنية للاتصالات مقترحات المقرر وتمسكت بطلبها المتمثل في سحب العرض التجاري موضوع النزاع بصفة نهائية من السوق و سحب كل الوسائط الاشهارية ذات العلاقة.

وحيث فنّدت شركة "أورنج تونس" ما جاء بتقرير ختم الأبحاث ضمن مراسلتها الواردة على الهيئة بتاريخ 28 سبتمبر 2011 مؤكدة استجابة عرضها التجاري "لايف بوكس" للشروط القانونية والتنظيمية المستوجبة ومشدّدة على أنها لم تكن ترمي من خلال تسويق ذلك العرض التجاري إلى تمكين حرفاء "اتصالات تونس" المشتركين لدى مزود خدمة الانترنات "أورنج تونس أنترنات" (بلانات سابقا) من التمتع بخدمة الهاتف عبر بروتوكول انترنات، مضيفة أنه لا فرق اصطلاحا بين كلمة حريف وكلمة مشترك ضرورة أن مشتركي اتصالات تونس هم حرفاء مزود الانترنات والعكس صحيح .

وحيث عابت المدعى عليها عدم أخذالمقرّر بمختلف الوقائع المادية والقانونية التي أحاطت بالموضوع وخصوصا عدم تعرضه لمسألة عرض الجملة المتعلق بـ Bitstream باعتبار صلته الوثيقة حسب تعبيرها بعريضة الدعوى ودوره في إفراغ النزاع من محتواه وتدارك النقائص التي صاحبت عرض "اللايف بوكس" في صورة ثبوتها.

وحيث وبالرجوع إلى ملف القضية، تبيّن أن محور الخلاف في دعوى الحال يتعلق أساسا بمدى استجابة العرض التجاري "لايف بوكس" الذي أقدمت كل من شركة "أورنج تونس" و"أورنج تونس أنترنات" على تسويقه إلى مقتضيات الأمر عدد 2638 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بضبط شروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات.

حيث وقبل البتّ في أصل النزاع يتجه التذكير بالإطار القانوني والتنظيمي قصد الإلمام بمختلف الجوانب القانونية للمسألة المتنازع فيها :

في الإطار القانوني والتنظيمي :

حيث نص الفصل 18 من مجلة الاتصالات على أنه يمكن للدولة إسناد إجازات لإقامة وتشغيل الشبكات العمومية للاتصالات إلى مؤسسات عمومية أو خاصة يتم اختيارها طبقا لأحكام الفصل 20 من المجلة.

وحيث اقتضى الفصل 19 من المجلة ذاتها أن الإجازة تمنح بموجب اتفاقية مبرمة بين الدولة بوصفها مانحة ممثلة من قبل الوزير المكلف بالاتصالات من جهة، ومقيم ومشغل شبكة الاتصالات بوصفه المستفيد من الإجازة من جهة أخرى.

وحيث اقتضى الفصل 25 من مجلة الاتصالات أن اتفاقية الإجـازة تين خاصّة شروط إقامة الشبكة وشروط الخدمات المرتبطة بالشبكة.

وحيث تضمّن البـلب الثاني من كرّاس الشروط عـــ1ـدد الملحق باتفاقية الإجازة المبرمة بين الدولة التونسية و"ديفونا تلكـــوم" سابقا "أورونج تونس" الآن بتاريخ 2009/7/13 المراجع القانونية الواجب اعتمادها عند إقامة الشبكـــة وتوفير خدمـــات الإتصالات وهي:

1) مجلة الاتصالات.

2) الأمر عـــ3026ـدد لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008المتعلّق بالشروط العامّة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ.

3) الأمر عـــ831ـــدد لسنة 2001المؤرّخ في 14 أفريل 2001 المتمم بالأمر عـــ3025ـــدد لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بالشروط العامة للربط البيني وطريقة تحديد التعريفات.

4) الأمر عـــ2638ـدد لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بشروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول أنترنات.

وحيث نصّ الفصل 4.2من كرّاس الشروط عـــ1ـدد المشار إليه آنفا والمتعلّق بإقامة البنية التحتية والشبكات على أن لصاحب الإجازة الخيار بين أمرين إثنين :

1)إمّا أن يقيم **شبكته الخاصّة** ويضع البنية التحتية المناسبة لتلك الشبكة ويمكنه للغرض إقامة وصلات ربط سلكية أو راديويةبحسب توفّر الترددات اللاّزمة، كما يمكنه إقامة البنية التحتية الخاصة به باعتماد الاستعمال المشترك للبنية التحتية أو التموقـــع المشتـــرك حسب الشروط المنصوص عليها بمجلة الاتصالات، كما يمكنه إقامة بنيته التحتية بمقتضى الإتفاقات لاستغلال او استعمال البنية التحتية للشبكات الخاصّة المستقلّة.

2)وإما أن يتولى كراء وصلات ربط أو بنية تحتية من مشغلي الشبكات العمومية الآخرين ويمكنه الإنتفاع بخدمات تفكيك الحلقة المحليـــة، سواء كـــان ذلك بصفـــة كلية أو جزئية حتى يتسنى له النفاذ إلى الحلقات المحلية السلكية للشبكات العمومية للاتصالات الموجودة وفق ما تتيحه التشاريع والقوانين المعمول بها.

وحيث يتحصحص من كـل ما سبق بسطه أن العارضـــة "أورونج تونس" يمكنها بصفتها مشغل شبكة عمومية للاتصالات الشاملة للهـــاتف الجـوّال والهاتـــف القـــار والأنترنـــات توفيـــر خدماتها عبر البنية التحتية التي لها الحق في التصرف فيها سواء كان ذلك باعتبـــارها بنية خاصة بها أقامتها بنفسها أو بموجب اتفاقيات مع غيرهـــا من المشغلين وفق التقنيات السالف تعدادها.

وحيث وبصرف النظر عن نوعية الخدمـــة المسداة فإن أساس الشرعيـــة في تقديم خدمات الاتصالات هو شرعية التصرف في الشبكة أو البنية التحتية المعتمدة في توفير الخدمة.

وحيث وإن كـــان الأمر كـــذلك بالنسبة لخدمات الاتصالات بصفة عامة فإن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات توفّر كغيرها من خدمات الاتصالات الأخرى بواسطة بنية تحتية تكون تحت تصرف مسدي لخدمة بإحدى الطريقتين السابق التعرض لهما ووفق شروط خاصة حدّدها الأمر عـــ2638ـــدد لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008.

وحيث نص الفصل 2 من الأمر المذكور على أنه " **لا يجوز استغلال خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات لأغراض تجارية لفائدة العموم إلا من قبل مشغلي الشبكات العمومية للاتصالات المتحصلين على إجازة طبق الفصل 18 من مجلة الاتصالات**".

وحيث اقتضت الفقرة الأخيرة من الفصل 5 من الأمر نفســـه أن مشغلي الشبكات العمومية يوفرون خدمة الهاتف عبر بروتوكـــول الأنترنات إلى حرفائـــــهم في إطار عروض مرخص فيها.

وحيث يستخلص ممّـــا سبق التعرض إليه أن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات لا يمكن توفيرها إلا من طرف مشغل شبكـــة عموميـــة للاتصالات بالاعتماد على بنية تحتية تحت تصرفه سواء بموجب الملكية الخاصة أو بمقتضى اتفاقيـــات مبرمـــة مع غيره من المشغلين ولفائدة حرفائـــه في إطـــار عروض مرخـــص فيها.

في أصل النزاع :

حيث ثبت من مظروفات الملف ومن المؤيـــدات المحتج بها أن مشغل الشبكة العمومية للاتصالات "أورنج تونس" شرع في ترويـــج عرض أطلق عليه اسم "لايف بوكس" ويتمثل في تمكين مشتركي مزود خدمات الانترنات "أورنج تونس أنترنات" من الانتفـــاع بخدمة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات.

وحيث يقتضي الانتفـــاع بتلك الخدمة إبـــرام عقد اشتراك مع "اتصالات تونس" في خدمة الهاتف القار باعتباره شرط أساسي للحصول على خدمة الانترنات عبر الخطوط الرقمية اللامتوازية ADSL ثم إمضاء عقد ثان مع مزود الخدمة يتمتع بمقتضاه المشترك بجملة من الخدمات من بينها خدمة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات مع وجود شروط عامة لا يتحمل بموجبها مزود خدمة الانترنات أي مسؤولية فيما يتعلق بجودة الخدمة والتي تبقى من مسؤولية "اتصالات تونس" باعتبارها صاحبة شبكة الهاتف القار.

وحيث يتضح ممّا سبق بسطه أن العلاقة التعاقدية الخاصة بخدمة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات كيفما يتم توزيعها في عرض " لايف بوكس" تربط بين كل من المشترك و"اتصالات تونس" ومزود خدمات الانترنات " أورنج تونس أنترنات" دون غيرها ولا علاقة تبعا لذلك للمشترك بـــ "أورنج تونس" بصفتها مشغلا لشبكة عمومية للاتصالات.

وحيث يستخلص من كـــل ما سبق، أن تسويـــق العرض التجاري محل النزاع كان مخالفا لأحكام الأمر عدد 2638 المؤرخ في 21 جويلية 2008 لعدة اعتبارات من أهمها أن المروج الحقيقي والفعلي لخدمة "لايف بوكس" هو مزود خدمات الانترنات وهو فعل غير مشروع طالما حجر الفصل 2 من الامر المشار إليه أعلاه على غير مشغلي الشبكات العموميـــة للاتصالات المتحصلين على إجـــازة طبق الفصل 18 من مجلة الاتصالات استغلال خدمة الهاتف عبر بروتوكـــول الانترنات لأغراض تجارية

لفائدة العموم هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لغيـــاب أي علاقـــة تعاقدية بين المشغل "أورنج تونس" و المشترك المنتفع بالعرض موضوع النـــزاع .

وحيث وردّا على مـــا تمسكت به المدعى عليها شركة "أورنج تونس" في ملاحظاتها حول تقرير ختم الأبحاث من ضرورة الأخذ بعين الاعتبار لمختلف الوقائع المادية والقانونية التي أحاطت بالموضوع وخصوصا إثارة مسألة عرض الجملة المتعلق بـ Bitstream، فإن الهيئـــة تعتبر أن ليس هناك أي علاقة قانونية مبـــاشرة بين هذه المسائـــل وموضوع القضيـــة فضلا أن الهيئة بصدد معالجـــة مسألـــة عرض الجملة المتعلق بـ Bitstream بشكل مستقل وفقا لمقتضيات الإطار القانوني والتنظيمي المتعلق به .

وحيث يتحصحص من كـلّ ما سبق الالمـــــاع بذكره أن العرض "لايف بوكس"، كيفما تم ترويجه من طرف المدعى عليهما، لا يستجيب للشروط الـــــواردة بأحكام الأمر عدد 2638 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المشار إليـــه واتجه بناءا على ذلك التصريح بسحبه من السوق

لـــــــذا وتأسيسا على كل ما سبق بسطه، قرّرت الهيئة الوطنية للاتصالات قبول الدعوى شكلا وفي الأصل إلزام المدعى عليهما بسحب العرض التجاري " لايف بوكس" في صيغته التي سوّق بها عند رفع الدعوى.

صدر هذا القرار عن الهيئة الوطنية للاتصالات المتركبـــة من الســـادة :

كمال السعداوي : رئيس الهيئة
حسين الجويني : العضو القار بالهيئة
محمد سيالـــة : عضو
حسين الحبوبي : عضو
يمينة المثلوثي : عضو

رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات
كمال السعداوي