الجمهورية التونسية **الحمد لله**

الهيئة الوطنية للاتصالات

القـــــــرار: عـــ2ـــدد

تاريخ القرار: 7 جوان 2011

قـــــــــــرار

بتاريخ 7 جوان 2011، أصدر رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات القرار عـ2ـدد في مادة مراجعة التدابير الوقتية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 73 من مجلة الاتصالات بين:

العارضتـــــان:

- شركة "أورنج تونس" وشركة "أورنج تونس أنترنات" في شخص ممثلهما القانوني القاطن بمقرهما بعمارة "أورنج" المركز العمراني الشمالي1003 تونس.

مـــن جهـــة

المدعـى عليها:

- شركة "اتصالات تونس" في شخص ممثلها القانوني القاطن بمقرها الكائن بحدائق البحيرة 1053 ضفاف البحيرة تونس.

من جهـــة أخـــرى

بعـــد الإطّـــلاع على المطلب المقدّم من العارضتين بتاريخ غرة جوان 2011 والمتضمن طلب مراجعة القرار الفوري عـ1ـدد والقاضي نصه بإيقاف ترويج عرض "ليف بوكس".

وبعد الاطّــلاع على أحكام الفصل 73 من مجلة الاتصالات وعلى الأمر عــ2637ـدد لسنة 2008 المؤرّخ في 21 جويلية 2008 والمتعلق بضبط شروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات.

من حيث الشكل

حيث قدّم مطلب المراجعة وفق الصيغة التي اقتضاها الفصل 73 من مجلة الاتصالات وتعين قبوله من الوجهة الشكلية.

من حيث الأصل

- **في مؤيدات المطلب**

حيث لم يكن مطلب المراجعة مشفوعا بنسخة قانونية من القرار المراد مراجعته ولا بأي مؤيد يدعم المطلب.

وحيث أن تأييد المطلب من المسائل البديهية التي من الواجب توفيرها لتستكمل كل دعوى موجباتها القانونية والواقعية حتى وإن لم تنص التشاريع المنظمة للمسألة المطروحة صراحة على ذلك.

وحيث أن مطلب المراجعة هو مطلب مستقل بذاته عن القرار الذي اتخذ في مادة التدابير الوقتية بطلب من المدعى عليها الآن ولا يجوز تبعا لذلك التعرض إليه في المطلب دون الإدلاء بنظير منه باعتبار أنه لا يجوز لمن خوّل له القانون سلطة إصدار القرارات الإستناد إلى علمه لكونه طرف محايد في نزاع موضوعه مصالح خاصة.

- **في عدم تحرير الطلبات النهائية**

حيث اتضح من المطلب موضوع النظر أنه لم يتضمن طلبات نهائية وواضحة باعتبار أن العارضتان انتهيتا بعد استعراض ما لديهما من ملحوظات إلى "طلب مراجعة القرار الفوري عـ1ـدد والقاضي نصه بإيقاف ترويج عرض "الليف بوكس" دون بيان هدف تلك المراجعة والقرار المراد إصداره بعد الاستجابة إليها.

وحيث أن المراجعة هي لغة عملية إعادة النظر في مسألة ما للوصول إلى نتيجة مغايرة للقرار الذي تمت مراجعته وهو ما لم تبينه الطالبتان مما يجعل دعواهما غير محرّرة وفق ما يقتضيه القانون.

- **في طلب المراجعة**

وحيث واستنادا إلى ما سبق التعرّض إليه وفي غياب نسخة قانونية من القرار المراد مراجعته، فإن النظر في المطلب سيعتمد أساسا على ما جاء صلبه من تبريرات قانونية.

حيث اتضح من مطلب المراجعة المقدّم من طرف العارضتين أن هاتين الأخيرتين تنازعان الأسانيد القانونية والواقعية التي اعتمدت عند إصدار القرار عــ1ـدد المراد مراجعته وأكدتا على أن ترويج العرض "ليف بوكس" تم في كنف احترام مقتضيات الأمر عــ2638ـد لسنة 2008 واعتمادا على ما تخوّله اتفاقية الإجازة المبرمة بين الدولة التونسية و"أورنج تونس" وعلى ما تضمّنته إجابة الهيئة الوطنية للاتصالات بمراسلتها المؤرخة في 30 سبتمبر 2009 فيما يتعلق بترويج العروض المزدوجة.

وحيث نعت العارضتان على القرار المراد مراجعته مخالفته لأحكام الفصل 63 من مجلة الاتصالات بمقولة أنه لا وجود لأي نص قانوني او ترتيبي يشترط ملكية المشغل للبنية التحتية لتوفير خدمات الاتصالات مضيفة بأن ما تمسّكت به المدعى عليها من عدم شرعية استعمال البنية التحتية التابعة لها في غير طريقه، طالما وأن استعمال هذه البنية مؤسس على تقنية ADSL التي تمكّن من الإبحار على شبكة الأنترنات ومنها إلى تقنية VOIP وهي تقنية معتمدة في خدمة SKYPE التي يؤمّنها جميع مزودي الأنترنات بتقنية ADSL والتي لا تؤسس لأحقية "اتصالات تونس" في المطالبة بعائدات مالية إضافية ضرورة أنها تتقاضى مستحقاتها من تأمين خط ADSL إزاء جميع المشتركين أيا كان مزوّدهم".

وحيث أصرّت العارضتان على أن المسدي الفعلي لخدمة تمرير المكالمات عبر بروتوكول الأنترنات هو "أورنج تونس" بموجب الإجازة الممنوحة لها كمشغل هاتف وكمزود لخدمة الأنترنات بواسطة فرعه. كما أن الإتفاقات المبرمة بين "أورنج تونس أنترنات" و"اتصالات تونس" في خصوص جودة الخدمات تغني "أورنج تونس" عن أي اتفاق إضافي في هذا الخصوص.

وحيث وردا على ما تضمنه مطلب المراجعة، فإنه يتعين الإعتماد على النصوص القانونية والترتيبية المنظمة لمسألة توفير خدمات الاتصالات بصفة عامة وخدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات بصفة خاصّة.

وحيث أن قراءة النصوص القانونية تقتضي الشمولية والإلمام بالمنظومة التشريعية في مجملها حتى يتسنى وضع الإشكال المطروح في إطاره الصحيح وإيجاد الحل القانوني المناسب له.

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

وحيث اقتضى الفصل 19 من مجلة الاتصالات 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 الإجازة تبين خاصّة شروط إقامة الشبكة وشروط الخدمات المرتبطة بالشبكة...

وحيث تضمّن الباب الثاني من كرّاس الشروط عـ1ـدد الملحق باتفاقية الإجازة المبرمة بين الدولة التونسية و"ديفونا تلكوم" سابقا "أورنج تونس" الآن بتاريخ 2009/7/13 المراجع القانونية الواجب اعتمادها عند إقامة الشبكة وتوفير خدمات الإتصالات وهي:

1) مجلة الاتصالات.

2) الأمر عـ3026ـدد لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بالشروط العامّة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ.

3) الأمر عـ831ـدد لسنة 2001 المؤرّخ في 14 أفريل 2001 المتمم بالأمر عـ3025ـدد لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بالشروط العامة للربط البيني وطريقة تحديد التعريفات.

4) الأمر عـ2638ـدد لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بشروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول أنترنات.

وحيث نصّ الفصل 4.2 من كرّاس الشروط عـ1ـدد المشار إليه آنفا والمتعلّق بإقامة البنية التحتية والشبكات هي أن لصاحب الإجازة الخيار بين أمرين إثنين لا ثالث لهما:

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

2) إما أن يتولى كراء وصلات ربط أو بنية تحتية من مشغلي الشبكات العمومية الآخرين ويمكنه الإنتفاع بخدمات تفكيك الحلقة المحلية، سواء كان ذلك بصفة 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 كل ما سبق بسطه أن العارضة "أورنج تونس" يمكنها بصفتها مشغل شبكة عمومية للاتصالات الشاملة للهاتف الجوّال والهاتف القار والأنترنات **توفير خدماتها عبر البنية**

التحتية التي لها الحق في التصرف فيها سواء كان ذلك باعتبارها بنية خاصة بها أقامتها بنفسها أو بموجب اتفاقيات مع غيرها من المشغلين وفق التقنيات السالف تعدادها.

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

وحيث وإن كان الأمر كذلك بالنسبة لخدمات الاتصالات بصفة عامة فإن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات توفّر كغيرها من خدمات الاتصالات الأخرى بواسطة بنية تحتية تكون تحت تصرف مسدي الخدمة بإحدى الطريقتين السابق التعرض لهما ووفق شروط خاصة حدّدها الأمر عـ2638ـدد 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 نفسه أن مشغلي الشبكات العمومية يوفرون خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات إلى...**حرفائهم في إطار عروض مرخص فيها.**

وحيث يستخلص مما سبق التعرض إليه أن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات لا يمكن توفيرها إلا من طرف مشغل شبكة عمومية للاتصالات بالاعتماد على بنية تحتية تحت تصرفه سواء بموجب الملكية الخاصة أو بمقتضى اتفاقيات مبرمة مع غيره من المشغلين ولفائدة حرفائه في إطار عروض مرخص فيها.

وحيث ورجوعا إلى العرض التجاري "ليف بوكس" موضوع الخلاف، يتضح جليا إن خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات مسداة من طرف "أورنج تونس أنترنات" وإلى مشتركيها المتعاقدين معها باعتماد البنية التحتية للهاتف القار التابعة للاتصالات تونس" وبموجب عقود مبرمة مع مشتركي هذه الأخيرة في خدمة الهاتف القار.

وحيث وخلافا لما تمسكت به "أورنج تونس" فإن تغيير الاسم التجاري لمزود خدمات الأنترنات من "بلانات" إلى "أورنج تونس أنترنات" بعد تحويل ملكيته إليه لا يغير من طبيعته القانونية كمؤسسة مستقلة بذاتها خاضعة بموجب نشاطها إلى التشاريع المنظمة لنشاط مزود خدمات الأنترنات وخاصة منها قرار وزير المواصلات المؤرخ في 22 مارس 1997 المتعلق بالمصادقة على كراس الشروط الضابط للشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للإتصالات من نوع أنترنات.

وحيث لا جدال في أحقية "أورنج تونس" بصفته مشغل شبكة عمومية للاتصالات في توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات بواسطة مزود خدمات الأنترنات وفق ما نصت عليه أحكام

الفصل 13 من كرّاس الشروط رقم 1 الملحق باتفاقية الإجازة إلا أن ذلك لا بدّ أن يكون باعتماد بنية تحتية أو شبكة تحت تصرّفه وفق ما تضمّنه الفصل 2.4 من ذات كرّاس الشروط.

وحيث وللتدليل على حتمية توفّر الشرط المذكور سالفا فإن من الشروط التي يتعين على صاحب الإجازة حسب الفصل 13 إحترامها هو شرط توفير عروض بالجملة غير تفاضلية لفائدة مزودي خدمات الأنترنات المتعاملين معه بما في ذلك مزود الخدمة المتفرّع عنه.

وحيث وبصرف النظر عما تمسّكت به المدعيتان، فإنه يتبين بالرجوع إلى المراسلة الموجهة من طرف الهيئة الوطنية للاتصالات إلى "ديفونا تلكوم" بتاريخ 30 نوفمبر 2009 (وليس كما تضمّنه المطلب في أنها مؤرخة في 30 سبتمبر 2009)، أن الهيئة قدّمت شرحا منطقيا وقانونيا صحيحا للشروط الواجب توفّرها في العروض المتعلقة بالخدمات متعددة الوسائط offres de services multiplay ومن أهمها وجود اتفاقية بين "ديفونا تلكوم" باعتبارها المشغل مسدي الخدمة والمتصرف في البنية التحتية الضرورية لذلك ومزود خدمات الأنترنات حول ضمان جودة الخدمات.

وحيث يتأكد من المراسلة المشار إليها أنها تنص صراحة على وجوب إمضاء اتفاق مسبق بين "ديفونا تلكوم" و"أورنج تونس" الآن ومزود خدمات الأنترنات حول الشروط المالية والفنية لتوفير الخدمات وكذلك تحديد المسؤوليات في خصوص جودة الخدمات.

وحيث وبإقرار العارضتين، فإن العلاقة التعاقدية في خصوص توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات في عرض "ليف بوكس" تربط بين "اتصالات تونس" صاحبة البنية التحتية ومزود خدمات الأنترنات"أورنج تونس أنترنات" والتي تصرّ العارضتين على القول في شأنها على "أنها تغني "أورنج تونس" على أي اتفاق إضافي مع الضد لضمان جودة الخدمة والتي تبقى من مسؤولية "اتصالات تونس المالكة للبنية التحتية".

وحيث يستشف من كل ما سبق أن "أورنج تونس" تصر على أن مجرّد إمتلاكها لمزود خدمات الأنترنات "أورنج تونس أنترنات" يعفيها من كل التزاماتها القانونية والتعاقدية، إذ تؤكّد أن لها الحق في توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات دون حاجة لملكية البنية التحتية أو التصرّف فيها بصفة شرعية وهي بذلك معفية من الإلتزام بتوفير خدمات ذات جودة محددة والتي تبقى حسب دعواها محمولة على "اتصالات تونس" المتعاقدة مع "أورنج تونس أنترنات".

وحيث وخلافا مما تمسّكت به المدعيتان، فإن الضرر اللاحق بالمدعى عليها ثابت ومؤكّد وأن عدم وضع حد له بصفة فورية سيزيد في تفاقمه إلى حد يعسر معه إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

وحيث لم تدل العارضتان بأي حجّة أو دليل يبرر المطالبة بمراجعة القرار عـ1ـدد الذي أضحى مؤسسا على أسانيد قانونية وواقعية صحيحة واتّجه تفريعا على ذلك التصريح برفض المطلب.

ولهـــــــــاته الأسبـــــــــابه

وعمـــلا بأحكام الفصل 73 من مجلة الاتصالات والأمر عـــــ2638ـدد لسنة 2008 المؤرّخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بضبط شروط توفير خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات،

قـــرّرنا نحـــن كمـــال السعداوي، رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات رفـــض المطـــلب.

رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات

كمال السعداوي