الجمهورية التونسية
مجلس الدولة

الحمد للّه،

المحكمة الإدارية
الرّئيس الأوّل

القضيّة عدد :413655

تاريخ القرار :

قرار في مادّة توقيف التّنفيذ

باسم الشّعب التّونسي ،

إنّ الرّئيس الأوّل للمحكمة الإداريّة ،

بعد الإطّلاع على المطلب المقدّم من الأستاذ نيابة عن شركة " " والمرسّم بكتابة المحكمة بتاريخ 7 جوان 2011 تحت عدد 413655 والرّامي إلى الإذن بتأجيل و إيقاف تنفيذ القرار الصادر عن رئيس في 16 ماي 2011 و القاضي برفض السماح لشركة" "بترويج خدمة تمرير المكالمات الهاتفية عبر بروتوكول الإنترنات بواسطة جهاز " ".

ويعرض محامي المدّعية أنّ منوبته أبرمت عقد إجازة مع الدولة التونسية في 31 جويلية 2009 يخول لها تزويد السوق التونسية بخدمات الهاتف القار و الجوال و خدمات الإنترنات ، فتولت على ضوء العقد المذكور تسويق خدمة جديدة لتمرير المكالمات الهاتفية عبر برتوكول الإنترنات و المعبر عنها اصطلاحا بـ voip بواسطة جهاز " " الذي تمت المصادقة عليه تقنيا من مركز الدراسات والبحوث للإتصالات ،و ذلك عن طريق مزود خدمات الإنترنات " " التابع لها و قد جندت لها إمكانيات مادية و بشرية ضخمة في قطاع الإتصالات في نطاق سعيها إلى النهوض بخدمات الأنترنات و الإتصالات لتكون مواكبة للمستوى الأوروبي ، غير أنّها فوجئت بصدور القرار المنتقد و القاضي برفض الترخيص لها بتسويق خدمة " بدعوى أنها ليست مشغلا عموميا للإتصالات و أنّه لا تربطها علاقة تعاقدية بالحرفاء المشتركين و ليس لها عقد مع المشغل المالك للبنية التحتيّة .لذا قامت بطلبها الراهن قصد توقيف تنفيذ القرار المذكور،بالإستناد إلى ما يلي :

1- **من جهة أسباب الطعن و جديتـــها** : بمقولـــة أنّ القرار المطلوب توقيف تنفيذه تأسس على مخالفة الشركة المدعيّة للفصلين 3 و 5 من الأمر عدد 2638 لسنة 2008 بدعوى أنّ شركة ' غـــير مخول لها ترويج خدمة الهاتف عبر بروتوكول الإنترنات و أنّ الشركة المدعية ليس لها مدمج خدمات و لا تربطها علاقة تعاقدية بالحرفاء المشتركين ،كما أنّه ليس لها عقد مع المشغل المالك للبنية التحتيّة .

و قد انبنى موقف الهيئة على سوء تأويل لمقتضيات الأمر سالف الذكر و مخالفة لمجلة الإتصـــالات ، و هـــو مـــا يتعارض كذلك مع المراسلة التي وجهتها الهيئة الوطنية للإتصالات إلى المدعيّة في 30 نوفمبر 2009 والتي جاء بها أنّ كل عملية تسويق لأي عرض جديد مزدوج من المدعية يحتوي على تمرير المكالمات الهاتفية و الإبحـــار علـــى شبكة الإنترنات عبر موقع قار لا يمكن تسويقه إلاّ بواسطة مزودي خدمات الإنترنات ،و قـــد تولـــت الشـــركة تسويق هذه الخدمة عن طريق مزود خدمات الإنترنات التابع لها .و في هذا الإطار يخول نصّ الإجازة الممنوح لها كمشغل عمومي لخدمات الهاتف الجوال و القار و خدمات الإنترنات استغلال و تسويق خدمة تمرير المكالمـــات الهاتفية عبر بروتوكول الإنترنات و المعبّر عنه بـــ voip ، و بالتالي فإنّ شركة " " لها الصفة التي تخول لها استغلال هذه الخدمة و تسويقها طبقا للفصل 2 من مجلة الإتصالات .و قد تولت ترويج هذه الخدمة عن طريق فرعها المتخصص في خدمات الإنترنات "شركة أورونج تونس للإنترنات " باعتبارها المـــروج الأساســـي والفعلي لعرض " " ، مما تكون معه الخدمة مطابقة لأحكام مجلة الإتصالات و الأمر عدد 2638 لسنة 2008 .

أما الدفع القائل بأنّ الشركة المدعية لا تربطها علاقة تعاقدية بالمشترك المنتفع بالخدمة المضـــمنة بعـــرض " " و أنّ العلاقة التعاقدية مقتصرة على " " فهـــو دفـــع لا يســـتقيم ،ضرورة أنّ الهيئة الوطنية للإتصالات و كذلك نص الإجازة فرضا على المدعية تسويق هذه الخدمة عـــبر مـــزود خدمات الإنترنات ،و هو ما تمّ فعلا ، الأمر الذي يجعل علاقة " "في واجهـــة العلاقة التعاقدية مع الحريف .أمّا ما ورد في القرار المنتقد من عـــدم وجود اتفـــاق بـــين شركـــــة " ' و شركة ' " بصفتها المالكة للبنية التحتيّة وتضمن تأمين جودة الخدمة المسداة في إطار عرض ' "، فإنّ الفصل 38 (مكرر) من مجلة الإتصالات اقتضى أنّه:" يتعيّن على مشغلي الشبكات العمومية للإتصالات تمكين مشغلي الشبكات العمومية الأخرى و مشغلي شبكات النفاذ من استغلال مكونات و مـــوارد شبكاتهم المتعلقة بتقسيم الخلقة المحليّة و التموقع المشترك المادي و الإستعمال المشترك للبنية التحتيّة" .

فضلا عن أنّ الإتفاقات المبرمة بين مزودي خدمات الإنترنات و شركة " ' كفيلة لوحدها لضمان تأمين جودة الخدمة و هي اتفاقـــات لا تزال قائمة بما فيها الإتفاقات المبرمة مع شركة" " و التي تغني المدعيّة عن إبرام أي إتفاق إضافي لضمان جودة خدمة ADSL ، ضرورة أنّ تمرير المكالمـــات عـــبر بروتوكول الإنترنات يمرّ عبر تقنية ADSL التي تملك شركة وحدها بنيتها التحتيّـــة ، و هـــي الضامن لجودة هذه التقنيّة لجميع المبحرين على الأنترنات ، و تنتفع في المقابل بعائدات مالية هامة من تأمين الخـــط إزاء الخدمة أيا كان مزودهم.و تكون الهيئة قد سعت بقرارها القاضي بإيقاف ترويج عـــرض " "

لخدمة مصالح " " و مزيد تكريس هيمنتها و احتكارها للبنية التحتيّة في مجال الإتصالات ، و حادت عن وظيفتها الإدارية ،خاصة إذا علمنا أنّ قرار الهيئة موضوع طلب توقيف التنفيذ قد أحدث مركزا قانونيا جديدا لم يأت به أي نصّ تشريعي في مادة الإتصالات ، وهو ضرورة امتلاك بنية تحتية لتسويق عرض مزدوج يحوي المكالمات الهاتفية و الإنترنات معا ،مما يدفع المدعية إلى التعاقد مع" " لتنتفع بعائدات مالية إضافية لتلك التي تتقاضاها من جميع مزودي الإنترنات مقابل نفس الخدمة ، و هي توفير خطّ ADSL ، و بالتالي استخلاص مستحقات مالية مزدوجة من " " مقابل نفس الخدمة عبر حرفائها مقابل تزودهم بخطّ ADSL و من قبل "أورونج تونس لأنترنات" على نفس الحرفاء و لقاء نفس الخدمة ،كل ذلك بمبادرة من الهيئة الوطنية للإتصالات.

2-**من جهة النتائج التي يصعب تداركها** : بمقولة أنّ الشركة المدعية قد تكبّدت خسائر مادية فاقت 6,5 مليون دينار ا من أجل توفير خدمة لفائدة مشتركيها و تطوير قطاع الأنترنات في تونس ،و ذلك في إطار سعيها إلى تحقيق التقدم التكنولوجي المتواصل . و سيؤدي تنفيذ قرار الهيئة الوطنية للإتصالات إلى نتائج يصعب تداركها بالنظر إلى ما أنفقته على تأهيل و تسويق و تجهيز هذه المنظومة ،خاصة أنّ منع المدعيّة من ترويج هذه الخدمة قد تزامن مع السماح لشركة " " من ترويج عرض مماثل خاص بالـ viop و بدأ تسويقه ، وهو أمر ينطوي إضافة إلى إخلاله الواضح بقواعد المنافسة الشريفة على إضرار فادح بمصالح الشركة المدعية وتكريس لهيمنة شركة " " على ميدان الإتصالات مع حرمان المواطن التونسي من الإنتفاع بأحدث تقنيات الإتصالات التي تأسست عليها إجازة المدعيّة .

و بعد الإطلاع على تقرير رئيس الهيئة الوطنية للإتصالات الوارد في 12 جويلية 2011 و المتضمن طلب رفض المطلب شكلا ،إذ قامت المدعية مباشرة على رئيس صفته الشخصية، والحال أنّ الهيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، و أنه من المهام الموكولة إلى رئيس الهيئة، تمثيل الهيئة لدى الغير في كل الأعمال المدنية والإدارية والقضائية، في حين أنّ ملف القضية خال مما يفيد أن طلب إيقاف التنفيذ وقع تحديده زمنيا أو مرتبط بقضية أصلية يكون موضوعها إلغاء القرار المراد إيقاف تنفيذه.كما أنّ الوثائق المحتج بها المظروفة بملف القضية محرّرة بلغة أجنبية ولا يمكن بالتالي الإلتفات إليها أو إعتمادها.كما طلب بصورة احتياطية رفض المطلب لعدم الإختصاص ، ضرورة أنّه و لئن كانت للهيئة الوطنية للاتصالات مهام تنازعية قضائية ومهام إدارية باعتبارها هيئة تعديلية ، إلاّ أنّ الشركة المدعية وسعيا منها إلى إثارة تنازع في الاختصاص سبق لها الطعن في نفس القرار المراد إيقافه الآن أمام محكمة الإستئناف بتونس في القضية عدد 25000 والجلسة معينة ليوم 12 جويلية 2011، الأمر الذي يجعل من تعهد هذه المحكمة بالنظر في نفس الموضوع مساس بقواعد الإختصاص.

أما بخصوص أصل النزاع ، فإنّ الخلاف حول تسويق العرض التجساري" " مطـــروح على أنظار عدة دوائر مختصة وصدرت في شأنه عدة قرارات ،ذلك أنّ الهيئة الوطنية للاتصالات أصدرت القـــرار المراد إيقاف تنفيذه في نطاق ما خوّلته لها أحكام الفصل 3 من الأمر عدد 3026 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بضبط الشروط العامة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ التي تنص على أنّه" يمكـــن للهيئة الوطنية للاتصالات أن تفرض على مشغلي الشبكات إدخال تغييرات على تعريفات خدماتهم أو على شروط بيعها إذا اتضح أن هذه العروض لا تحترم قواعد المنافسة المشروعة ومبدأ تحديد التعريفات المشار إليها بالفقرة الثانية من النقطة أ...".كما أنّ شركة " " لم تذعن للقرار المراد إيقاف تنفيذه الآن، الأمر الذي أدّى برئيس

إلى إعمال الفقرة الأولى من الفصل 74 من مجلة الاتصالات وتوجيه إنـــذار بضـــرورة الإذعان للقرار المذكور .و أشارت الجهة المطلوبة إلى أنّ الشركة تقدّمت إلى الهيئة الوطنيـــة للاتصالات بقضية ضدّ كل من ' " و" " تتعلق بإيقـــاف تـــرويج العـــرض التجـــاري ' ' وهي لا زالت بصدد النشر.و تقدّمت كذلك " " إلى رئـــيس الهيئـــة بمطلب قصد اتخاذ تدابير وقتيّة تقضي بإيقاف تسويق العرض المذكور إلى أن يقع البتّ في أصل النزاع موضـــوع القضية.و أصدر رئيس الهيئة القرار عدد 1 بتاريخ 31 ماي 2011 يقضي بالإذن بإيقاف تـــرويج العـــرض التجاري ' " من طرف كل من ' " و' " إلى حدّ تاريخ البـــتّ في أصل النزاع موضوع القضية المنشورة أمام الهيئة تحت عدد 27 . وإعترضت كل من " " و" " على القرار المذكور وطلبا من رئيس الهيئة الرجوع فيه بموجب مطلبهما المـــؤرخ في 1 جـــوان 2011 ، إلاّ أن طلبهما رفض بمقتضى القرار عدد 2 الصادر في 7 جوان 2011.و قد تولّـــت المدعية الطعن بالاستئناف في القرار عدد 1 أمام محكمة الاستئناف موجهة استئنافها ضد الهيئة الوطنية للاتصـــالات بتـــونس، والحال أن خصيمتها هي ، موضوع القضية عدد 25324 والمعينة لجلسة يـــوم 12 جويلية 2011 .

وخلافا لما إدّعته العارضة فإنها كانت تقدّمت في 22 أفريل 2011 إلى الهيئة الوطنية للاتصالات بطلب دراسة إمكانية السماح لها بتسويق عرض تجاري جديد أطلقت عليه اسم " "،وذلك وفق ما ألزمتـــه به الفقرة الثالثة من الفصل 3 من الأمر عدد 3026 المؤرخ في 15 سبتمبر 2008 والتي تنص علـــى وجـــوب توجيه نظير من وثيقة الإشهار إلى الهيئة الوطنية للاتصالات خمسة عشر يوما على الأقل قبل تســـويق أي عـــرض جديد يعتزم القيام به. وبعد دراستها للعرض التجاري موضوع الخلاف تبين للهيئة مخالفته للنصـــوص القانونيـــة المنظمة للقطاع فأصدرت قرارها المراد إيقاف تنفيذه.و في هذا الإطار نصّ الفصل 18 من مجلة الاتصالات علـــى أنه يمكن للدولة إسناد إجازات إقامة وتشغيل الشبكات العمومية للاتصالات إلى مؤسسات عمومية أو خاصة يتم اختيارها طبقا لأحكام الفصل 20 من المجلة.و اقتضى الفصل 19 من مجلة الاتصالات أن الإجازة تمنح بموجـــب اتفاقية مبرمة بين الدولة بوصفها مانحة ممثلة من قبل الوزير المكلف بالاتصالات من جهة، ومقيم ومشغل شـــبكة الاتصالات بوصفه المستفيد من الإجازة من جهة أخرى. وجاء بالفصل 25 من مجلـــة الاتصـــالات أن اتفاقيـــة

الإجازة تبين خاصّة شروط إقامـــة الشـــبكة وشـــروط الخدمات المرتبطة بالشبكة. علاوة على أنّ الباب الثـــاني من كرّاس الشروط عدد 1 الملحق باتفاقية الإجازة المبرمة بين الدولة التونسية و" " ســـابقا '

' الآن بتاريخ 13 جويلية 2009 تضمن المراجع القانونية الواجب اعتمادها عند إقامة الشـــبكة وتـــوفير خدمات الإتصالات وجاء بالفصل 4.2 من كرّاس الشروط عدد 1 المشار إليه آنفا والمتعلّق بإقامة البنية التحتيـــة والشبكات على أن لصاحب الإجازة الخيار بين أمرين إثنين إمّا أن يقيم شبكته الخاصّة ويضع البنية التحتية المناسبة لتلك الشبكة ويمكنه للغرض إقامة وصلات ربط سلكية أو راديوية بحسب توفّر الترددات اللاّزمة، كما يمكنه إقامة البنية التحتيّة الخاصة به باعتماد الاستعمال المشترك للبنية التحتية أو التموقع المشترك حسب الشـــروط المنصـــوص عليها بمجلة الاتصالات، و يمكنه إقامة بنيته التحتية بمقتضى الإتفاقات لاســـتغلال او اســـتعمال البنيـــة التحتيـــة للشبكات الخاصّة المستقلّة. أو أن يتولى كراء وصلات ربط أو بنية تحتية من مشغلي الشبكات العمومية الاخرين ويمكنه الإنتفاع بخدمات تفكيك الحلقة المحلية، سواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية حتى يتسنى لـــه النفـــاذ إلى الحلقات المحلية السلكية للشبكات العمومية للاتصالات الموجودة وفق ما تتيحه التشـــاريع والقـــوانين المعمـــول بها.وبصرف النظر عن نوعية الخدمة المسداة فإنّ أساس الشرعية في تقديم خدمات الاتصالات هو شرعية التصرف في الشبكة أوالبنية التحتية المعتمدة في توفير الخدمة. 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 حـــدّدها الأمـــر عـــدد 2638 المؤرخ في 21 جويلية 2008.ويستخلص مما سبق 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.وبالنسبة إلى العرض التجاري "لايف بوكس" موضوع الخلاف، يتضح جليا أنّ خدمة الهاتف عبر بروتوكول الأنترنات مسداة من طرف "أورونج تونس للأنترنات" وإلى مشتركيها المتعاقدين معها باعتماد البنية التحتية للهاتف القار التابعـــة " " وبموجب عقود مبرمة مع مشتركي هذه الأخيرة في خدمة الهاتف القار. وخلافا لما تمسكت به " " فإنّ تغيير الإسم التجاري لمزود خدمات الأنترنات من " " إلى "

بعد تحويل ملكيته إليه لا يغير من طبيعته القانونية كمؤسسة مستقلة بذاتها خاضعة بموجب نشاطها إلى التشـــاريع المنظمة لنشاط مزود خدمات الأنترنات وخاصة منها قرار وزير المواصلات المؤرخ في 22 مارس 1997 المتعلـــق بالمصادقة على كراس الشروط الضابط للشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للإتصالات من نوع أنترنات. ولا جدال في أحقية ' ' بصفته مشغل شبكة عمومية للاتصالات في توفير خدمـــة الهاتف عبر بروتوكول الانترنات بواسطة مزود خدمات الأنترنات وفق ما نصت عليه أحكام الفصـــل 13 مـــن كرّاس الشروط رقم 1 الملحق باتفاقية الإجازة، إلاّ أنّ ذلك لا بدّ أن يكون باعتماد بنية تحتية أو شـــبكة تحـــت تصرّفه وفق ما تضمّنه الفصل 2.4 من ذات كرّاس الشروط. وللتدليل على حتمية توفّر الشرط المذكور سالفا فإن من الشروط التي يتعيّن على صاحب الإجازة حسب الفصل 13 إحترامها هو شرط توفير عروض بالجملـــة غـــير

تفاضلية لفائدة مزودي خدمات الأنترنات المتعاملين معه بما في ذلك مزود الخدمة المتفرّع عنه.وبصرف النظر عما تمسّكت به المدعيتان، فإنه يتبين بالرجوع إلى المراسلة الموجهة من طرف الهيئة إلى "

" بتاريخ 30 نوفمبر 2009 أنّ الهيئة قـــدّمت شرحا منطقيا وقانونيا صحيحا للشروط الواجب توفّرها في العروض المتعلقة بالخدمات متعددة الوسائط offres de services multiplay ومن أهمها وجود اتفاقية بـــين "ديفونا تلكوم" باعتبارها المشغل مسدي الخدمة والمتصرف في البنية التحتية الضرورية لذلك ومـــزود خـــدمات الأنترنات حول ضمان جودة الخدمات.و يتحصحص من كل ما سبق أن هناك نزاع جدي في أصل الخلاف وفي مدى أحقية العارضة في استغلال البنية التحتية الراجعة للشركة دون موافقة هذه الأخيرة هـــذا من جهة، و من جهة أخرى فإن القرار الصادر عن رئيس الهيئة الوطنية للاتصالات والقاضي هو الآخر بإيقـــاف عملية تسويق عرض " إلى حدّ البت في القضية عدد 27 لازال محل نظر محكمة الاستئناف بتـــونس في القضية عدد 25324 والمعينة لجلسة يوم 12 جويلية 2011.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جـــوان 1972 و المتعلّـــق بالمحكمـــة الإداريّة كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاّحقة له وآخرها القانون الأساسي عدد 2 لسنة 2011 المؤرخ في 3 جانفي 2011 .

وعلى القانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرّخ في 15 جانفي 2001 و المتعلق بإصدار مجلة الإتصـــالات كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاّحقة له وآخرها القانون عـــدد 4 لســـنة 2008 المـــؤرخ في 11 جـــانفي 2008.

وعلى الأمر عدد 3026 لسنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بالشروط العامّة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ.

وعلى الأمر عدد 831 لسنة 2001 المؤرّخ في 14 أفريل 2001 المتمم بالأمر عدد 3025 لســـنة 2008 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2008 المتعلّق بالشروط العامة للربط البيني وطريقة تحديد التعريفات.

وعلى الأمر عدد 2638 لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 المتعلق بشروط تـــوفير خدمـــة الهاتف عبر بروتوكول أنترنات.

وبعد التأمّل صرّح بما يلي:

من جهة الإختصاص:

حيث يهدف المطلب المائل إلى إيقاف تنفيذ القرار الصادر عن رئيس في 16 ماي 2011 و القاضي برفض السماح لشركة "بترويج خدمة تمرير المكالمـــات الهاتفيـــة عـــبر بروتوكول الأنترنات بواسطة جهاز " .

وحيث دفعت الهيئة الوطنية للإتصالات برفض الدعوى لعدم الإختصاص ، باعتبار أنّ موضوع القـــرار المطلوب توقيف تنفيذه هو محلّ نظر الهيئة في إطار قضية قامت بها شركة " " ضد الشركة الطالبة، كما أنّ هذه الأخيرة تقدمت بقضية أمام محكمة الإستئناف بتونس قصد الطعن في نفس القرار المراد إيقافه رسمت تحت عدد 25000 .

وحيث أحدثت الهيئة الوطنية للإتصالات بمقتضى الفصل 63 من مجلة الإتصالات كهيئة مختصة في مجـــال الإتصالات تتمتع بالشخصية المعنوية و الإستقـــلال المـــالـــي ، و هي حسب رأي المجلس الدســـتوري عـــدد 83-2007 هيئة إدارية مستقلة ، و بصفتها تلك تتدخل في قطاع خدمات الإتصالات و تضطلع بمهام تعديلية الغاية منها الحفاظ على حسن سير هذا القطاع .

وحيث تضطلع الهيئة بمهام ثلاث ، إذ تتولى من جهة إبداء الرأي في مشمولات حـــددها الفصـــل 63 المشار إليه ، كما أنّها تتعهد بالنزاعات المتعلقة بإقامة و تشغيل و استغلال الشبكات التي خصّ المشرع القرارات الصادرة في شأنها بنظام طعن حدده الفصل 75 من مجلة الإتصالات يقوم على الطّعن في القرارات المذكورة لـــدى محكمة الإستئناف بتونس ، ثمّ أنّها تتولّى مراقبة حسن تطبيق النصوص التشريعية والترتيبيـــة الصـــادرة في مجـــال الإتصالات و اتخاذ الإجراءات اللازمة لردع الممارسات المخلة بالقطاع و تكون القـــرارات الصـــادرة في هـــذا الخصوص من قبيل تلك التي تفصح فيها الهيئة كسلطة عمومية عن إرادتها الملزمة بما لها مـــن ســـلطة بمقتضـــى القـــانون ، الأمر الذي يجعل النزاع بشأنها من اختصاص المحكمة الإدارية ،عملا بأحكام الفصل 3 مـــن القـــانون المتعلق بالمحكمة الإدارية.

وحيث أنّ القرار المنتقد المتخذ تطبيقا لأحكام الفصل 3 من الأمر عدد 3026 المؤرّخ في 15 ســـبتمبر 2008 والمتعلّق بضبط الشروط العامة لاستغلال الشبكات العمومية للاتصالات وشبكات النفاذ التي تنص علـــى أنّه" يمكن للهيئة الوطنية للاتصالات أن تفرض على مشغلي الشبكات إدخال تغييرات على تعريفـــات خـــدماتهم أوعلى شروط بيعها إذا اتضح أنّ هذه العروض لا تحترم قواعد المنافسة المشروعة ومبدأ تحديد التعريفات." يندرج في فئة القرارات الإدارية الخاضعة للطعن بدعوى تجاوز السلطة .

وحيث أنّ انعقاد ولاية القاضي الإداري فيما يتعلق بالقرار المنتقد لا ينزع عن الهيئة الوطنيّة للإتّصالات اختصاص النّظر في النزاعات بين مشغلي الشبكات تحت رقابة محكمة الإستئناف ، الأمر الذي يتجه معـــه رفـــض الدفع المثار وإقرار اختصاص هذه المحكمة .

من جهة الشكل :

وحيث دفع رئيس الهيئة برفض المطلب شكلا ، لقيام المدعية مباشرة على رئيس الهيئة و الحال أنّ ملـــف القضية خال مما يفيد أن طلب إيقاف التنفيذ وقع تحديده زمنيا أو مرتبط بقضية أصلية يكون موضوعها إلغاء القرار المراد إيقاف تنفيذه .

وحيث أنّ توقيف التنفيذ هو إجـــراء قضـــائي فرعي استثنائي ذو طابع تحفّظي يهدف إلى تعليق قابلية التنفيذ الآلي للمقررات الإداريّة إلى حين إنقضاء أجل التقاضي أو صدور الحكم في دعوى تجاوز السّلطة ، و يخضع بصفته تلك إلى نفس إجراءات القيام المتعلقة بالدعوى الأصلية ، الأمر الذي يكون معه القيام على رئـــيس الهيئـــة الوطنية للإتصالات بصفته السلطة المصدرة للقرار المنتقد مثلما تقتضيه أحكام الفصل 3 من قانون المحكمة الإدارية في طريقه ، فضلا عن أنّ المدعية قد تقدمت بدعوى أصلية أمام المحكمة الإدارية رسمت تحت عدد 1/123858، واتجه تبعا لذلك رفض هذا الدفع .

من جهة الأصل :

حيث يعيب محامي المدعية على القرار المنتقد من جهة خرقه القانون ، ضرورة أنّها تولت تسويق خدمة تمرير المكالمات الهاتفية عبر بروتوكول الإنترنات عن طريق مزود خدمات الإنترنات التابع لهـــا و المتخصـــص في خدمات الإنترنات " " باعتبارها المروج الأساسي و الفعلـــي لعـــرض '

"،خاصة أنّ نصّ الإجازة الممنوح لها كمشغل عمومي لخدمات الهـــاتف الجـــوال و القـــار و خـــدمات الإنترنات يخول لها استغلال و تسويق هذه الخدمة ، وبالتالي فإنّ شركة ' " لها الصفة لإســـتغلال هذه الخدمة وتسويقها طبقا للفصل 2 من مجلة الإتصالات .

وحيث اقتضى الفصل 39 من قانون المحكمة الإداريّة أنّه :" لا تعطّل دعوى تجاوز السلطة تنفيذ المقرّر المطعون فيه. غير أنّه يجوز للرئيس الأوّل أن يأذن بتوقيف التنفيذ إلى حين انقضاء آجال القيام بالدّعوى الأصليّة أو صدور الحكم فيها، إذا كان طلب ذلك قائما على أسباب جديّة في ظاهرها وكان تنفيذ المقرّر المذكور من شـــأنه أن يتسبّب للمدّعي في نتائج يصعب تداركها.".

وحيث لا خلاف في أنّ إسناد إجازة لإقامة و استغلال شبكة عمومية للإتصـــالات لتـــوفير خـــدمات الإتصالات التي تحصلت عليها الشركة المدعية تخول لها تسويق خدمة تمرير المكالمات الهاتفيـــة عـــبر بروتوكـــول الإنترنات، غير أنّ ذلك لا يتمّ حسب أحكام الفصل 3 المذكور ، إلاّ بعد عرضها على الهيئة الوطنية للإتصـــالات التي لها أن تتدخل لفرض احترام النصوص القانونية و المبادئ المتعلقة بالمنافسة .

وحيث أنّ إقرار المدعية بترويج الخدمة موضوع النزاع عن طريق فرعها المزود بخدمة الإنترنات " " باستعمال خدمة ADSL الراجعة لمزود الإنترنات فيه خرق لأحكام مجلة الإتصـــالات و نص الإجازة ، باعتبار أنّ تسويق هذه الخدمة من مشغل شبكة اتصالات عمومية يستوجب توفير هذه الخدمـــة عبر البنية التحتية التي لها الحق في التصرف فيها ، سواء كان ذلك باعتبارها بنية خاصة بهـــا أقامتـــها بنفســـها أو بموجب اتفاقيات مع غيرها من المشغلين ، و ذلك عملا بأحكام الفصل 2 و 3 و 5 من الأمـــر عـــدد 2638 المؤرخ في 21 جويلية 2008 .

وحيث بخصوص ما تعيبه الطالبة من أنّ القرار المنتقد قد ساهم في مزيد تكريس هيمنة شركة " " ، فهو في غير طريقه ، ضرورة أنّ تسويق الخدمة المذكورة من أي مشغل شبكة اتصالات عمومية تقتضي توفير البنية التحتية الضرورية لضمان جودة الخدمات مثلما اقتضته النصوص القانونية ، و لا ينطوي تبعا لذلك قرار رئيس الهيئة على أي خرق لقواعد المنافسة بدليل أنّه يمكن للمدعية تركيز بنية أساسية خاصة بها أو الإستعمال المشترك لبنية تحتيّة وفق الفصل 38 (مكرر) من مجلة الإتصالات .

وحيث يغدو في ضوء ما تقدم و من ظاهر أوراق الملف ، أنّ المطلب الراهن غير قائم على أسباب جديّة في ظاهرها وتعيّن لذلك رفضه.

ولهذه الأسباب،

قـــرّر: رفض المطلب.

وصدر بمكتبنا في

الرّئيس الأوّل للمحكمة الإداريّة

غازي الجريبي