



רשות ההגבלים העסקיים

קביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בזק בינלאומי בע"מ - ניצול לרעה של מעמד בשוק

בזק בינלאומי בע"מ (להלן: "בזק בינלאומי") מוכרזת מאז חודש מאי 1995 כבעלת מונופולין בשוק שיחות הטלפון הבינלאומיות, כאמור בסעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"). את מעמדה זה ירשה בזק בינלאומי, עם הקמתה, מהחברה האם שלה - בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק האם").

לאחרונה, בתום תהליך ארוך וקשה שלווה מקרוב בידי משרד התקשורת, נפתח שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות; החלו לפעול בו, לצדה של בזק בינלאומי, גם שני מפעילים בינלאומיים נוספים. כפי שיוסבר להלן, בזק בינלאומי אימצה לעצמה, כדרך להתמודד עם המציאות העסקית המתהווה נוכח כניסת המתחרים החדשים לענף, מדיניות מכוונת של הטעיה בקשר למחירים הנגבים על ידה, ושל זריית בלבול בקרב הציבור בנושא זה. מן הטעמים שאפרט להלן קובע אני, כי בכך ניצלה בזק בינלאומי לרעה את מעמדה בשוק באופן העלול לפגוע בציבור או להפחית את התחרות בעסקים, בניגוד להוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

אלה פרקי ההחלטה:

1. רקע - שוק השיחות הבינלאומיות בישראל ופתיחתו לתחרות.....2
2. רקע - פתיחת שוקי תקשורת לתחרות בחו"ל.....4
3. "מדיניות העמעום" שאימצה בזק בינלאומי.....5
4. יישום המדיניות.....8
 - 4.1 הטעיית הציבור.....7
 - 4.2 מדיניות "הרישום".....8
 - 4.3 פרסום חלקי ומסירת מידע חלקי.....9
5. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.....10
6. הדין האירופאי - סעיף 86 לאמנת רומא.....13
7. מדיניות העמעום" של בזק בינלאומי - הפרת סעיף 29א.....15
 - 7.1 קיומו של מונופולין.....15
 - 7.2 "ניצול לרעה של מעמד בשוק".....15
 - 7.3 "עלול להפחית את התחרות בעסקים".....18
 - 7.4 "עלול לפגוע בציבור".....20

7.5	טענות אנשי בזק בינלאומי	21
8	הדין בארה"ב.....	22
8.1	הטעיה בידי בעל מונופולין כעבירה על סעיף 2 ל-ACT SHERMAN	22
8.2	AREEDA & TURNER - חזקת הזניחות (MINIMIS DE)	23
8.3	תחרות או מניעת התחרות?	26
9	חוק ההגבלים העסקיים וחוק הבזק	28
10	הערה על משמעות נסיבות השוק בו פעלה בזק בינלאומי	30
11	דברי סיום	30

1. רקע - שוק השיחות הבינלאומיות בישראל ופתיחתו לתחרות

במשך שנים רבות רוכזה אספקת שירותי הטלפוניה בארץ באופן בלעדי בידי משרד התקשורת. בראשית שנות ה-80—הועברה פעילות זו לבזק האם, בהתאם להוראות חוק הבזק, התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק הבזק"). סעיף 50 לחוק הבזק העניק לבזק האם מונופולין בתחומים מוגדרים, ובהם גם תחום השיחות הבינלאומיות.

החל מתחילת שנות ה-90 הלכה וגברה ההתעניינות הציבורית בהכנסת תחרות לענף התקשורת, אף השינויים הטכנולוגיים מרחיקי הלכת והתפתחויות במדינות אחרות המריצו לכלל שינוי כזה. הדברים מצאו ביטויים, בין השאר, בהמלצות ועדה בראשות הכלכלן מר דוד בועז. ועדה זו המליצה על הנהגת תחרות בשוק השיחות הבינלאומיות (כמו גם בשווקים נוספים בתחום התקשורת), לאחר שמצאה כי:

קיימת כדאיות כלכלית לפתיחת תחרות בשירותי הטלפון הבין-לאומי לתועלתם ורווחתם של המשתמשים ובעיקר של ענפי המשק הזקוקים לשירותים זמינים ברמה גבוהה במחיר סביר לשם צמיחה מהירה.¹

בעקבות המלצות הוועדה נערכה המדינה לפתיחת שווקים שונים בענף התקשורת לתחרות, וביניהם גם שוק השיחות הבינלאומיות. סעיף 50 לחוק הבזק תוקן, כך שנגרעו מן המונופולין אשר הוענק לבזק האם שוק השיחות הבינלאומיות ושוק הרט"ן (רדיו טלפון נייד, דהיינו טלפונים סלולריים).² כמו-כן הוכן רשיון כללי חדש עבור בזק האם, אשר נועד לאפשר תחרות בתחומים שונים. בזק האם התנגדה לרשיון החדש; בשל התנגדותה הוקמה ועדה נוספת, בראשות הכלכלן ד"ר אילן מעוז. ועדה זו בחנה את השגות בזק האם לרשיון הכללי, ודחתה אותן.³ לבסוף הוענק

¹ ראה דו"ח הוועדה לבחינת יצירת תנאי תחרות בענף התקשורת בישראל, הוגש לשר האוצר ביום 21.4.91, עמ' 17.

² ראה חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), תשנ"ג-1992, סעיף 26, ס"ח 1406 (7.1.93), עמ' 10.

³ ראה דו"ח הוועדה לבחינת הרשיון הכללי של "בזק" ומסמך המדיניות, הוגש לשר התקשורת ביום 14.9.92.

הרשיון הכללי החדש לבזק האם, ביום 1.3.94. בזק האם עתרה לבג"ץ נגד הרשיון החדש, אך עתירתה נדחתה.⁴

הרשיון הכללי החדש אסר על בזק האם לפעול בעצמה בתחום של שיחות בינלאומיות ובתחומים נוספים אשר הוחלט כי ייפתחו לתחרות, ואפשר לה לפעול בתחומים אלה רק באמצעות חברות בת. בהתאם לכך הקימה בזק האם חברה בשליטתה המלאה, היא בזק בינלאומי, והעבירה אליה את פעילותה בתחום השיחות הבינלאומיות.⁵

בשלהי שנת 1995 פרסם משרד התקשורת מכרז להענקת רשיונות לשני מפעילים נוספים אשר יעסקו, לצד בזק בינלאומי, בהעברת שיחות בינלאומיות. כעבור כשנה הודיע משרד התקשורת במכרז כי זכו החברות קווי זהב שירותי תקשורת בינלאומיים בע"מ (להלן: "קווי זהב"), וברק אי.טי.סי. (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים (להלן: "ברק"). בהצעותיהן נקבו קווי זהב וברק תעריפי שיחות בינלאומיות הנמוכים בעשרות רבות של אחוזים מן התעריפים שגבו אז על-ידי בזק בינלאומי. כך, ברור היה לכל כי כניסתם של המתחרים החדשים לשוק תביא בהכרח להורדה דרסטית בתעריפי השיחות הבינלאומיות.

לדוגמא, הטבלה הבאה מבוססת על מסמך פנימי של בזק בינלאומי מחודש פברואר 1997, אשר השווה בין התעריפים שבהצעות קווי זהב וברק (לפי מחיר דצמבר 1996), לבין תעריפי השיא של בזק בינלאומי:

↓ ברק		קווי זהב ↓		בזק בינלאומי ↓	החברה ⇐
הפרש באחוזים	המחיר ש"ח	ההפרש באחוזים	המחיר ש"ח	המחיר ₪	ארץ היעד ↓
80%	0.71	79%	0.75	3.53	ארה"ב
83%	0.54	71%	0.92	3.14	גרמניה
83%	0.54	71%	0.92	3.14	בריטניה
66%	1.21	63%	1.32	3.53	רוסיה
89%	0.49	62%	1.64	4.34	יפן
62%	1.19	71%	0.92	3.14	צרפת

עוד בטרם פתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות באופן רשמי, פעלו בשוק מספר חברות אשר העבירו שיחות לחו"ל בשיטת ה-call-back. שיטה זו מבוססת על הפיכת כיוון השיחה, על-

⁴ ראה בג"ץ 1255/94, "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פד"י מט(3) 661.

⁵ אף תהליך זה, של הקמת בזק בינלאומי והעברת תחום השיחות הבינלאומיות לידיה, ארך זמן רב. על-פי הרשיון הכללי החדש, היה תחום השיחות הבינלאומיות אמור לעבור לידי חברת בת עד ליום 31.3.95 (ראה סעיף 5.1.2(ג) לרשיון הכללי), אך בפועל מועד זה הוארך, והחברה נעשתה רק לקראת סוף שנת 1995.

מנת לנצל את ההפרש בין התעריפים היקרים בארץ לבין התעריפים הזולים יותר שנהגו בחו"ל. חברות אלה אמנם הצליחו לתפוס נתח שוק מסוים במגזר העסקי, אך מסיבות שונות, חלקן טכניות, לא היוו חברות ה-call-back אלטרנטיבה של ממש עבור רוב ציבור הלקוחות, ולא היה בהן איום תחרותי אמיתי על המונופולין של בזק האם, ואחר-כך של בזק בינלאומי.

כך, בסוף שנת 1996 ובמחצית הראשונה של שנת 1997 בא שוק השיחות הבינלאומיות לפתחו של שינוי מהפכני. מחירי השיחות הבינלאומיות וצרכניהן ניצבו להם על סיפו של הדרור מכבלי מונופול רב שנים. תושבי מדינת ישראל המתינו בציפייה לתחילתה של תחרות, ולאפשרות לחייג לחו"ל, במחירים נמוכים ללא הכר כמעט לעומת המחירים עד אותה העת. בזק בינלאומי, מצדה, עסקה בהיערכות לקראת עולם חדש, בו תידרש היא - לראשונה - לעמוד בכל הלחצים, האילוצים, הסיכונים והקשיים של תחרות.

2. רקע - פתיחת שוקי תקשורת לתחרות בחו"ל

בהחלטתה לפתוח שווקים בתחום התקשורת לתחרות, צעדה מדינת ישראל בעקבות מדינות אחרות, בראשן ארה"ב. במשך שנים רבות נשלט שוק הטלפוניה בארה"ב באופן כמעט בלעדי בידי קבוצת הענק American Telephone & Telegraph (להלן: "AT&T"); בבעלותה נמצאו, בין השאר, רשתות הטלפונים המקומיות ברוב אזורי ארה"ב, וגם קווי הטלפון להעברת שיחות בינעירוניות. בסוף שנות ה-60 החליט ה-Federal Communications Commission האמריקאי (להלן: "ה-FCC") לפתוח תחומי תקשורת מסוימים לתחרות. בשנת 1969 העניק ה-FCC לחברת MCI (ובהמשך גם לחברות נוספות) רשיון מוגבל להעברת שיחות בינעירוניות מסוימות, באמצעות טכנולוגית המיקרוגל.

על ניסיון ה-FCC לפגוע במונופולין שלה הגיבה AT&T בנקיטת שורה של צעדים פסולים, אשר נועדו לסכל את כניסתם של המתחרים החדשים לשוק. במעשיה אלה הצליחה AT&T לסכל, או לפחות לעכב, את פעולת המתחרים בשוק, נגד AT&T הוגשו תביעות על-פי חוקי ההגבלים העסקיים האמריקאיים, הן בידי MCI ומתחרים חדשים נוספים, והן בידי מחלקת ההגבלים העסקיים של משרד המשפטים האמריקאי. בסופו של דבר, לאחר שנים של התדיינות בפני בתי-משפט שונים, ניתן נגד AT&T (ובהסכמתה) צו המפצל אותה למספר תאגידים, והיא אף נאלצה לשלם פיצויים למתחרים שאת כניסתם ניסתה למנוע בדרכים פסולות. כך פוצלה קבוצת AT&T, ושוק התקשורת האמריקאי נפתח לתחרות.⁶ ביצוע צו הפיצול ותהליך פתיחת השוק לתחרות התנהלו, במשך שנים, תחת פיקוחו של בית-המשפט.⁷

⁶ פרטים מלאים יותר על ניסיונה של AT&T למנוע את כניסת המתחרים החדשים ניתן למצוא בפסקי-הדין הרבים שניתנו נגד AT&T; ראה, לדוגמה, *MCI Communications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir.1983). המטרה העיקרית של צו הפיצול הייתה ניתוק קשרי הבעלות בין חברת AT&T (שהמשיכה להעביר שיחות בינעירוניות באמצעות קווי הטלפון שבבעלותה) לבין חברות הטלפון האזוריות (ה-)

התחרות בשוק האמריקאי הניבה פירות מרשימים ביותר, לרווחתם של תושבי ארה"ב ולהנאתם. התקדים האמריקאי הביא מדינות נוספות לפתוח אף הן תחומי תקשורת שונים לתחרות. אותן מדינות למדו מן הניסיון האמריקאי לא רק על יתרונות התחרות, אלא גם על הצורך החיוני למנוע ממונופולין התקשורת הקיים מלנקוט צעדים פסולים, הפוגעים בציבור ובתחרות, בעת פתיחת השווקים בפני מתחרים חדשים. על-כן, פתיחתם של שוקי תקשורת לתחרות נעשית תחת פיקוח רגולטורי הדוק. לדוגמה, נציבות הקהילה האירופאית פרסמה בשנת 1991 הנחיות בדבר יישום דיני התחרות בענף הטלקומוניקציה, והקדישה פרק לסכנה שהמונופולין הקיים ינצל את מעמדו כדי לפגוע בתחרות בשווקים שנפתחו.⁸

על רקע תיאור קצר זה, נפנה לבחינת פעולותיה של בזק בינלאומי בהקשר לפתיחת ענף השיחות הבינלאומיות לתחרות.

3. "מדיניות העמעום" שאימצה בזק בינלאומי⁹

המועד המשוער של כניסת המתחרים החדשים לשוק השיחות הבינלאומיות נדחה מפעם לפעם, עד שבסוף הדברים נקבעה תחילת פעילותם לראשית חודש יולי 1997. והנה ימים ספורים לפני מועד זה, יצאה בזק בינלאומי בהודעה דרמטית על הורדה חסרת-תקדים בתעריפיה. תוכן ההודעה, עיתויה, וכן הנסיבות שסבבו לה, עוררו ברשות ההגבלים העסקיים חששות כי בזק בינלאומי נוקטת צעדים אנטי-תחרותיים שמטרתם או תוצאתם לחבל בכניסתם של המתחרים החדשים לשוק, תוך הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים. על רקע זה הוריתי למחלקת החקירות של רשות ההגבלים העסקיים לפתוח בחקירה, שבמסגרתה נתפסו מסמכים, ונחקרו דירקטורים, מנהלים ועובדים נוספים של בזק בינלאומי, חלקם באזהרה.¹⁰

התיאור דלהלן המבוסס על ממצאי החקירה:

"Regional Bell Operating Companies" או "RBOCs" אשר המשיכו, תחת בעלות נפרדת, להפעיל את רשתות הטלפון המקומיות שבעלותן). לעניין צו הפיצול ראה United States v. American Telephone & Telegraph Co., 551 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), aff'd sub nom. Maryland v. United States, 460 U.S. 1001 (1983).

⁷ ראה M. Kellogg, J. Thorne & P. Huber, Federal Telecommunications Law (1992 & Supplement בעמ' 343-399, 1995).

⁸ ראה 4 C.M.L.R. 946, [1991], Telecommunications (Antitrust) Guidelines 1991, עמ' 82-971.

⁹ עושה אני שימוש במונחיה של בזק בינלאומי עצמה, בכותבי "מדיניות העמעום", אך השימוש במונח מנומס אין בו כדי לשנות מהותם של דברים. "מדיניות העמעום" או "הבלבול" אינה אלה מדיניות הטעיה. וראה בהמשך הדברים.

¹⁰ בסמוך לאחר פתיחת החקירה כאמור לעיל, בעיצומם של החיפושים שבצעו חוקרי הרשות במשרדי בזק בינלאומי ובמתקניה, הועבר לידי מכתב מאת מנכ"ל משרד התקשורת, בו הצביע אף הוא על חששות לביצוע עבירות לכאורה על חוק ההגבלים העסקיים בידי בזק בינלאומי, וביקש שאפעל בהתאם לסמכויותי על-פי חוק.

בשנת 1996 ובמחצית הראשונה של שנת 1997, עסקה בזק בינלאומי בהיערכות לפתיחת שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות, ולהתמודדות הבלתי-נמנעת מול מתחריה החדשים. במסגרת זו נשכרו שרותיהם של יועצים חיצוניים, הוכנו תוכניות עסקיות פנימיות, והוחל גם ביישום הדברים בפועל. לא כל צעדיה של בזק בינלאומי היו פסולים; אדרבה, תכניותיה כללו צעדים לגיטימיים לקידום פני התחרות: הוזלת תעריפים, שיפורים באיכות ובשירות, פיתוח שירותים חדשים, התייעלות בתחומים שונים, ועוד. אך יחד עם זאת ובצד כל אלה, אימצה בזק בינלאומי - באמצעות מנהליה והדירקטוריון שלה - מדיניות מכוונת, מפורשת ורחבת-היקף, שבאה להטעות את הציבור ולזרות בעיניו חול באשר למחיר שירותים אותם מספקת בזק בינלאומי, כאמצעי להתמודד עם כניסת המתחרים החדשים לשוק השיחות הבינלאומיות.

צוות אחד של יועצים כינה את הטקטיקה בשם ערפול מחירים ("price obfuscation"), והציג אותה כאחד מעיקרי האסטרטגיה המומלצת, הן במגזר העסקי והן במגזר הפרטי. צוות אחר של יועצים כינה את הטקטיקה בשם טשטוש מחירים ("price blurring"), והציג אותה אף היא כאחד היסודות העיקריים של התכנית המומלצת. מאחורי שני הכינויים עמדה כוונה אחת: יצירת רושם לא נכון באשר לרמת כלל המחירים הנגבים על-ידי בזק בינלאומי מהציבור הרחב בגין שיחות בינלאומיות. אף הוצעו מספר טכניקות להשיג יעד זה: (א) פרסום המתמקד באופן סלקטיבי בתעריפים התחרותיים יותר מתוך סל התעריפים המוצע על-ידי בזק בינלאומי, ולא בתעריפים ליעדים אחרים, שאינם כה תחרותיים ("Selective focus on most competitive offers"); (ב) מבנה תעריפים המקשה על הלקוח בבואו לערוך השוואות מחיר בין בזק בינלאומי לבין מתחריה ("Price plans that make price comparison difficult"); (ג) שינויים תכופים ברמת מחירים ("Frequent changes in price levels"); (ד) חבילות מחיר הנראות מושכות, אך אינן כרוכות במתן הנחות משמעותיות ("Attractive price plans that do not require significant discounting"); (ה) תמחור לפי חבילות של שירותים, בדרך אשר תיצור רושם של יתרון במחיר ("Bundle-based and package-based pricing to create perception of price advantage").

בדו"ח שהוגש לבזק בינלאומי בידי חברת הפרסום שלה, ובו תיאור של האסטרטגיה הפרסומאית שנבחרה לשנת 1997, נאמר כך:

"היות וקיימת החלטה שלא להוריד תעריפים עד לזמן סמוך לכניסת המתחרים נתחיל עתה בסדרה של מבצעי מחירים קצרי מועד וליעדים ספציפיים שמטרתם ליצור בלבול באשר לתפיסת המחיר של בזק בינלאומי כגון: "גלגל המדינות" - הוזלות יומיות ליעדים ספציפיים והוזלות שבועיות ליעדים נבחרים." (ההדגשה הוספה).

כך המליצו בפני בזק בינלאומי יועציה החיצוניים על אימוץ מדיניות שיווק המבוססת על ערפול, על טשטוש ועל בלבול הציבור, בהצגת מחירה בפניו.¹¹

המלצות המומחים מצאו ביטוי גם מסמכיה הפנימיים של בזק בינלאומי. תכנית עבודה של החברה המליצה על **"בניית לוח תעריפים שיעמעם את תפיסת המחיר של הלקוח"** ועל **"עמעום תפיסת המחיר של הלקוחות"**. מסמך אחר המליץ על **"יישום מדיניות בלבול תעריפים"**. בתכנית פנימית אחרת, הומלץ על עריכת מבצעים אשר יביאו, בין השאר, **"לעמעום תפיסת המחיר"**.

מדיניות "הבלבול והעמעום", זו אשר הומלצה לבזק בינלאומי בידי יועציה החיצוניים, ואשר הפכה בידי הנהלת החברה להיות חלק מתוכנית העבודה המומלצת שלה, נהייתה למדיניותה המחייבת של בזק בינלאומי.

הדברים מצאו ביטוי מפורש ובוטה בדיונים של דירקטוריון החברה ובהחלטותיו. כך, בישיבת הדירקטוריון שהתקיימה ביום 17.9.96, נדונה מדיניות התעריפים של החברה. סמנכ"ל כלכלה וכספים של החברה אמר:

רצינו שמדיניות התעריפים תשקף גם מיצוב בו הלקוחות ייתפסו יותר זולים, למרות שבפועל התעריפים לא ירדו. שנית, צמצום פגיעה ברווחיות החברה בטווח הארוך עם אי בהירות של מבנה תעריפים מסורבל שיוצרת רתיעה של הלקוחות ומהווה עקב אכילס אצל המתחרים שבאים למכור שירותים.

הם ירצו להראות מחיר אחד יקר יותר מול זול יותר ולא תהיה השוואה.

בהמשך הדיון, אמר יושב ראש הדירקטוריון:

אנחנו מעוניינים עד תחילת פעילות המתחרים להמשיך ביישום אינטנסיבי של מבצעי הנחות עד 50% לעמעום תפיסת המחיר, לשמירת הרווחיות.

בתום הדיון נרשמה החלטתו של הדירקטוריון בזו הלשון:

הדירקטוריון אימץ את מסמך ההנהלה בנושא מדיניות התעריפים. קביעה פרטנית של התעריפים תבוצע לאחר פרסום הזוכים במכרז. עד לפרסום המכרז תימשך מדיניות החברה של מבצעים אינטנסיביים של הנחות עד ל-50% במטרה לעמעם את תפיסת המחיר אצל הלקוחות. במקביל, תפעל החברה לפתוח שירותים חדשים. (ההדגשה הוספה).

¹¹ בהקשר אחד, שאינו רלוונטי לנושא קביעתי זה, ידעו יועציה של בזק בינלאומי להמליץ על מחירים ברורים, פשוטים וניתנים בקלות להשוואה ("Clear, simple and easily comparable prices"). בדומה, עוד בתקופה שבה נתפסו חברות ה-call-back כמתחרה העיקריים של בזק בינלאומי, המליץ יועץ אחר על **"חינוך הלקוחות להשוואת מחירים. ללמד את הלקוח כיצד להשוות בין המחירים"**. אך דברים אלה נכתבו בהקשרים אחרים, בהם נדמה היה ליועצים כי הפשטות והבהירות תשרתנה את מטרות בזק בינלאומי ואת טובתה העסקית.

4. יישום המדיניות

4.1 הטעיית הציבור

בהתאם ל"מדיניות העמעום" שאימצה אכן קיימה בזק בינלאומי, בתקופה שלפני כניסת המתחרים החדשים, מבצעי הנחות שנועדו ליצור רושם של הורדת מחירים. בישיבת הדירקטוריון שהתקיימה סמוך לפני כניסת המתחרים החדשים, ביום 22.6.97, אמר יושב ראש הדירקטוריון של החברה:

"עד היום לא הורדנו מחירים. יצאנו במבצעים, השקענו יותר בפרסום, בגימיקים שיווקיים."

לו הסתכמו הדברים בכך, יתכן כי לא הייתי מוצא סיבה מספקת להפעיל את סמכויותי. אולם, באתם ימים אחרונים לפני כניסת המתחרים החדשים, לבשה "מדיניות העמעום" של בזק בינלאומי צורה חריפה הרבה יותר. באותו ישיבה מיום 22.6.97 בהתייחסו לתחילת פעילות המתחרים החדשים הצפויה בתוך מספר ימים (ב-1.7), אמר מנכ"ל בזק בינלאומי את הדברים הבאים:

"החל מ-1.7 נשתמש ביחסי ציבור נרחבים: רדיו, טלוויזיה, עיתונות. הפרסום לא ייתן את כל התמונה אלא ידגיש את מה שבזק בינלאומי חושבת שהיא צריכה להדגיש, על מנת לתת תפיסת מחיר. בעיני הצרכן תפיסת המחיר צריכה להיות שבסופו של דבר אם יש לזה חשיבות ויש לו זמן, הוא יבדוק עד הסוף. אם הוא רק רוצה לראות בערך את תפיסת המחיר, היא תוביל לכך שיחשוב שאולי בבזק יותר משתלם בגלל שיש בה את ההצעות המיוחדות."

ומוסיף מנכ"ל בזק בינלאומי ואומר, ברחל בתך הקטנה (כך במקור!):

"נבלבל את הקהל ונביאו לחשוב שבזק בינלאומי כבר זולה."

ולאחר דיון, החליט דירקטוריון החברה:

**"לאמץ את עקרונות מדיניות התעריפים כפי שהוצגו בישיבה. . . .
עקרונות המדיניות הנ"ל - . . . עניין העמימות. . ."**

יישומה של החלטה זו לא איחר לבוא. ביום 25.6.97, חמישה ימים לפני המועד הקבוע לתחילת פעילות המתחרים החדשים בשוק השיחות הבינלאומיות, יצאה בזק בינלאומי בהודעה דרמטית על הורדה חסרת-תקדים בתעריפיה. כדברי ההודעה שהפיצה החברה לכלי התקשורת:

"הנהלת 'בזק בינלאומי' חשפה אתמול (יום רביעי), את מדיניות המחירים המהפכנית שלה והציגה מחירים נמוכים בכ-80% מבעבר."

על מידת האמת בהודעת בזק האמורה ניתן ללמוד מפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון שהתקיימה למחרת, ביום 26.6.97 כך התייחס יושב ראש הדירקטוריון ל"מדיניות המחירים המהפכנית" שהוזכרה בהודעה:

"... עשינו מלאכת מחשבת במדיניות תעריפים, בה אנו גבוהים יותר אבל מראים שאנו נמוכים יותר..."

כך, ללא כחל ושרק.

4.2 מדיניות "הרישום"

היבט נוסף של "מדיניות המחירים המהפכנית" של בזק בינלאומי נעוץ בכך, כי התעריפים החדשים הוצעו רק למי שהודיע לבזק בינלאומי כי הוא "נרשם" אצלה. הרעיון להתנות את התעריפים המוזלים בהרשמה אינו מוצא ביטוי בכל התוכניות העסקיות שנזכרו לעיל, והוא כנראה נולד בשלב מאוחר, קרוב למועד כניסת המתחרים החדשים. כשנשאלו לגבי התניה זו בחקירותיהם, הסבירו אנשי בזק בינלאומי שהדבר נועד להניע לקוחות למסור פרטים אשר ישמשו לבניית מאגר מידע, לצורך מאמצי השיווק של בזק בינלאומי בהמשך הדרך. הסבר זה, אף אם גרעין אמת בו, בוודאי אינו האמת כולה. מדיניות בזק בינלאומי, להעניק הנחות רק לאותם לקוחות שנרשמו אצלה, באה לשרת גם את החלטת בזק בינלאומי לפרסם מחירים זולים לשיחות בינלאומיות, מחד, מבלי להפחית מחירים בפועל לכלל לקוחותיה, מאידך. התניית קבלת ההנחות ברישום טלפוני בחברה, נתפסה בבזק בינלאומי גם כדרך לפרסם תעריפים מוזלים, ובמקביל להמשיך ולהרוויח על-ידי גביית המחירים הישנים והגבוהים מאותם לקוחות אשר לא "נרשמו" בבזק בינלאומי.

ראה לעניין זה את דבריו של יושב ראש הדירקטוריון בישיבת הדירקטוריון מיום 22.6.97 (שבחלקם הובאו כבר לעיל):

"הייתה פה התלבטות מאד קשה האם לגשת מיד להורדת המחירים לכל עם ישראל. כל יום זה כמעט מיליון שקל וכשתהיה התחרות נרוויח הרבה פחות. כל ירידה כמוזן מוחקת את רוב המיליון הזה. לכן אנו נמצאים על חבל דק וכל החלטה מסוכנת. בינתיים זה הוכיח את הצלחתו, כי עד היום לא הורדנו מחירים. יצאנו במבצעים, השקענו יותר בפרסום, בגימיקים שיווקיים. גם היום איננו אומרים שכל עם ישראל ממחר עומד, אוטומטית, להצטרף לתעריפים האלה, אלא רק אם אנשים יתקשרו כדי לקבל את התעריפים האלה."

4.3 פרסום חלקי ומסירת מידע חלקי

בפועל, כשהחלה בזק בינלאומי לפרסם את תעריפיה המוזלים, היא אמנם ציינה כי רק מי "נרשם" יהיה זכאי ליהנות מן התעריפים המוזלים, אך היא לא ציינה באותה העת, לצד התעריפים המוזלים, את התעריפים הישנים שישולמו על-ידי מי שלא "נרשם" בבזק בינלאומי. אי-פרסום התעריפים הישנים בשלב חשוב זה הגביר את הסיכון - או הסיכוי, הכל לפי עיני המתבונן - כי חלק מהצרכנים לא יבינו אל-נכון את השלכות החיוג לחו"ל באמצעות בזק בינלאומי מבלי "להירשם" אצלה, וכי בזק בינלאומי תמשיך להרוויח מאותם לקוחות כאילו לא הורידה את

תעריפיה. מן הסתם, סביר להניח כי מהלך זה של בזק בינלאומי פגע דווקא במגזרים חלשים יותר של האוכלוסייה, אשר לא השכילו להצטרף או לנתב את שיחותיהם הבינלאומיות דרך אחד המתחרים החדשים; הדבר חמור במיוחד לאור ההפרש הגדול יחסית בין התעריפים הישנים של בזק בינלאומי לבין התעריפים החדשים, השמורים ל"מצטרפים". לא בזוטות מדובר, אלא בהפרשים של עד 80%, על-פי ההודעה שבזק בינלאומי מסרה לכלי התקשורת.¹²

בין שהדבר נהיה לחלק מ"מדיניות העמעום", ובין שהיה, אולי, תוצאה שבגררא של "מדיניות העמעום", דומה שבסמוך למועד כניסתם של המתחרים החדשים, נוצרה בבזק בינלאומי אווירה של אי-הקפדה על כנות ושל אי גילוי מלא במגעים עם הציבור. לדוגמא, המוקדניות שעסקו ב"הרשמת המצטרפים" לבזק בינלאומי, לא הונחו להודיע לקהל הפונים כי התעריפים המוזלים מובטחים רק עד "לסיום המבצע", ביום 31.8.97. הן הודיעו זאת רק למי ששאל אותן על כך במפורש. כפי שהסבירה מנהלת מוקד של החברה לחוקרי רשות ההגבלים העסקיים, **"אתה לא רוצה לספר שיש לזה סיום"**. גם הפרסומים אודות המחירים המוזלים לא כללו בתחילה פרטים אודות מועד סיום "המבצע". כך גם הופיעו מטעם בזק בינלאומי פרסומים לשרות החדש "קשר חם" (המציע תעריפים זולים במיוחד לשני מספרי טלפון נבחרים בחו"ל), כאשר אין בגוף הפרסומת כל אזכור לכך, כי השרות מותנה בתשלום חודשי קבוע.¹³ כאמור, תופעות אלה לא נדונו מראש בתוכניות העסקיות השונות, והן תולדה, כנראה, של האווירה שנוצרה בתוך בזק בינלאומי בימים האחרונים לפי כניסתם של המתחרים החדשים.

5. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים

לאחר שתיארתי את "מדיניות העמעום" - קרי, מדיניות ההטעה - שאימצה בזק בינלאומי והפעילה בסמוך לכניסת מתחריה לשוק, אפנה לעיין בסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף זה הוסף לחוק ההגבלים העסקיים בשנת 1996,¹⁴ כמכשיר נוסף למניעת פגיעה בתחרות ובציבור כתוצאה מניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.

כוח מונופוליסטי נוצר בהעדר תחרות מספקת. בשוק תחרותי, אף ספק אינו יכול להעלות מחירים מעל לרמה תחרותית או לפגוע באיכות, שכן לקוחותיו לא יתקשו למצוא ספקים חלופיים למוצרים מקבילים. לעומת זאת, כאשר אין תחרות מספקת, ואין די מקורות חלופיים לאספקת המוצר או

¹² כעבור זמן, ולאחר מחאות מצד משרד התקשורת, הוזילה בזק בינלאומי גם את התעריפים אשר ישולמו על-ידי אלה שלא "נרשמו", ועל-ידי כך צמצמה את ההפרש בין תעריפים אלה לבין התעריפים למצטרפים. כמו-כן, בהתערבות משרד התקשורת היא החלה לפרסם, לצד תעריפיה למצטרפים, גם את התעריפים הגבוהים יותר שישולמו על-ידי אלה שלא הצטרפו, אך כאמור, בשלב מאוחר זה, ההפרש בין שני התעריפים כבר לא היה כה גדול. בסוף הדברים, לגבי חלק מהתעריפים לפחות ביטלה בזק בינלאומי את האבחנה במחיר בין אלה ש"נרשמו" לאלה שלא "נרשמו" - מן הסתם לא שירתה עוד הפרדה זו את מטרותיה העסקיות.

¹³ אף כאן, רק לאחר מחאה מצד משרד התקשורת, החלה בזק בינלאומי לציין את הצורך בתשלום חודשי קבוע בגוף הפרסומת.

¹⁴ סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), תשנ"ו-1996, ס"ח 1573 (8.3.96) עמ' 149.

למתן השרות, נוצר כוח מונופוליסטי, ובעל המונופולין יוכל להעלות מחירים או לפגוע באיכות, בידעו אל נכון כי הלקוחות יתקשו למצוא מקור אחר למוצר או לשרות.

בעל המונופולין פוגע בציבור במישרין כאשר הוא מנצל את כוחו על-מנת להעלות מחירים או לפגוע באיכות. הוא פוגע בציבור בעקיפין כאשר הוא נוקט בצעדים פסולים על-מנת לדחוק מתחרים מן השוק או על-מנת למנוע את כניסתם של מתחרים חדשים לשוק, כי על-ידי כך הוא משמר - או אף מגדיל - את כוחו להעלות בעתיד מחירים או לפגוע באיכות.

נהוג להבחין בין שני סוגי ההתנהגות המונופוליסטית - הישירה והעקיפה - למרות שתוצאתם הסופית אחת היא: לפגוע בציבור על-ידי העלאת מחירים, פגיעה באיכות וכדומה.

בית-הדין להגבלים עסקיים, מפי כבוד השופטת נאור, תיאר את הדברים כך:

"נהוג לחלק את הסכנות העלולות לנבוע מהתנהגות המונופולין לשתי קטגוריות החופפות לעתים: ניצול (exploitation) - שימוש לרעה במעמד הדומיננטי בשוק לעשיית רווחים על חשבון חוליות אחרות ב'שרשרת השחקנים' בשוק, ובעיקר על חשבון הצרכן, והתנהגות בלתי-תחרותית (anti-competitiveness) - עשיית פעולות הדוחקות רגלי מתחרים אחרים, קיימים או פוטנציאליים, מהשוק."¹⁵

דומה כי חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959 (להלן: "חוק ההגבלים הקודם"), התמקד דווקא בהיבט הניצול, ולא בהיבט ההתנהגות האנטי-תחרותית. כך, סעיף 31 לחוק ההגבלים הקודם קבע מנגנון פיקוח, אמנם בעייתי (והוא אכן שונה בחוק הנוכחי), שמטרתו למנוע את התוצאות המוכרות מקיומו של מונופולין, כגון העלאת מחירים, פגיעה באיכות, וכדומה:

"ראה הממונה שקיים מונופולין לגבי הספקת מוצר פלוני או שירות פלוני, וכי אלמלא המונופולין היתה רמת המחירים של אותו מוצר או שירות נמוכה מן הקיימת, או שהאיכות, דרכי הייצור או השיווק של אותו מוצר או שירות היו שפירים יותר, או שהכמות המסופקת של המוצר או השירות היתה גדולה יותר, רשאי הוא, באישור המועצה, להציע לשר המסחר והתעשייה לקבוע, בצו, הוראות בדבר מחירים מקסימליים, איכות, דרכי ייצור או הספקה של אותו מוצר או שירות, והשר רשאי לצוות כאמור."

סעיף זה הוחלף בשנת 1988 בסעיף 30 לחוק ההגבלים הנוכחי:

"ראה בית הדין, על פי פניה של הממונה או של ארגון צרכנים כי כתוצאה מקיומו של מונופולין נפגע הציבור באחת מאלה:

(1) רמת המחירים של נכס או של שירות;

(2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;

(3) כמות הנכסים המסופקים או היקף השירות או סדירות האספקה ותנאיה;

¹⁵ ראה תיק מוני' 1/93, הממונה נ' חברת דובק בע"מ, ההגבלים העסקיים, כרך ב' 194, בעמ' 229. כן ראה ערר 7/95, בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה (8.5.97, טרם פורסם), בעמ' 8 לפסק-הדין המודפס.

(4) קיום תחרות בלתי הוגנת בעסקים בין בעל המונופולין לבין אחרים,

רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה."

חלופות (1) עד (3) חוזרות, פחות או יותר, על העילות למתן הוראות שנמנו בסעיף 31 לחוק ההגבלים הקודם, אך חלופה (4) ("קיום תחרות בלתי הוגנת") ציינה במפורש, לראשונה, התנהגות "אנטי-תחרותית" כבסיס לנקיטת צעדים נגד בעל מונופולין.

למרות שסעיף 30 לחוק ההגבלים הנוכחי קבע מנגנון פשוט יותר למתן הוראות לבעל מונופולין, בהשוואה למנגנון המסורבל שנקבע בסעיף 31 לחוק ההגבלים הקודם, עדיין נעשה שימוש מועט בהוראות סעיף 30. על כן ראה המחוקק צורך לקבוע נורמות של התנהגות על-ידי בעלי מונופולין בתוך חוק ההגבלים העסקיים עצמו, לצד האפשרות ליתן הוראות פרטניות לבעל מונופולין מסוים לפי סעיף 30. זאת עשה המחוקק בסעיף 29א, הקובע:

29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:

(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין;

(2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על-ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת;

(3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם;

(4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א)."

דברי ההסבר אשר ליוו את סעיף 29א בהצעת החוק היטיבו לתאר את הצורך לקבוע נורמות התנהגות אשר תחולנה על כל בעל מונופולין, גם אם לא נתן לו בית-הדין הוראות פרטניות לפי סעיף 30:

"אינטרס הציבור מחייב ריסון ותיעול עוצמת בעל המונופולין . . .

הניסיון שנצבר בהפעלת החוק מלמד כי פעורה תהום בין הצורך לוודא שבעל המונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו לבין היכולת המעשית לוודא שהדבר אכן לא יקרה. הכלים הקיימים היום בחוק אינם יעילים דיים כדי להתמודד עם אתגרי המשק, הן איכותית והן כמותית. . . .

מטרתו של סעיף 1 היא להסיר את האנומליה לפיה מונופולין . . . כפוף מראש בחוק רק לאיסור סירוב בלתי סביר (סעיף 29) ובדיעבד כפוף להוראות בדבר הצעדים שיינקטו על ידי בית הדין.

לכן, מומלץ לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחויבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86 של אמנת רומא מ-1957), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת.¹⁶

דברי ההסבר אינם מפרשים את הסיפא לסעיף 29א(א): "באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". אולם, המילים "להפחית את התחרות" בוודאי מתייחסות גם להתנהגות אנטי-תחרותית, כגון דחיקת רגלי מתחרים מן השוק, ואילו המילים "לפגוע בציבור" מתייחסות, בין נותר, למעשי ניצול.¹⁷ כל זאת, מבלי לשכוח כי מדובר ב"שתי קטגוריות החופפות לעתים",¹⁸ וכי מעשים אנטי-תחרותיים נועדים לשמר או להגדיל כוח מונופוליסטי או להגדילו, מה שיאפשר לבעל המונופולין לשוב ולנצל את כוחו באופן שיש בו כדי לפגוע בציבור. פרשנות זו של סעיף 29א מקבלת חיזוק נוסף מתוך עיון בספרות האירופאית הדנה בסעיף 86, כפי שיובא בפרק הבא.

6. הדין האירופאי - סעיף 86 לאמנת רומא

כאמור בדברי ההסבר לסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, ביקש המחוקק הישראלי "להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת", וזאת על-בסיס המודל האירופאי המופיע בסעיף 86 לאמנת רומא. סעיף 86 לאמנת רומא קובע כדלקמן:

"Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

- a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or unfair trading conditions;**
- b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;**
- c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;**
- d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature**

¹⁶ ראה הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), תשנ"ו – 1995, ה"ח 2446 (14.11.95), בעמ' 228, 229.

¹⁷ אכן, הביטוי "לפגוע בציבור", כהופעתו בהקשרים שונים בחוק ההגבלים העסקיים, אינו בא לכלול כל פגיעה בציבור, אלא שיש לראותו כמתפרש והקשר מטרתו של החוק ותכליתו.

¹⁸ ראה תיק מוני' 1/93, הממונה נ' חברת דובק בע"מ, ההגבלים העסקיים כרך ב' 194, בעמ' 229.

or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

בדרך חוקי פיקוח על הגבלים עסקיים, אין בסעיף 86 הגדרה של המונח המרכזי שבו - “abuse”. ניתן ללמוד על תוכנו של המונח מתוך עיון בדוגמאות המובאות בסעיפים קטנים (a) עד (d). המלומדים Van Bael & Bellis מציינים כי נוכח אופיין של דוגמאות אלה, סברו רבים כי עניינו של סעיף 86 מוגבל למעשי ניצול בלבד. סברה זו השתנתה מעת שהבהיר ה-European Court of Justice כי המונח “abuse” חל גם על התנהגות הפוגעת במבנה התחרותי של השוק:

“The nature of the examples of abuse listed in art. 86 had led many early commentators on art. 86 to conclude that art. 86 was not concerned with monopolization practices but rather with direct exploitation of market power (what has sometimes been referred to as ‘exploitative abuses’). This interpretation, however, was challenged by the Commission . . . On this issue, as on many other jurisdictional issues, the Commission’s expansive interpretation was backed by the court. In the 1973 *Continental Can* judgment the court said that art. 86 ‘is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competitive structure . . .’¹⁹

המלומדת Valentine Korah כותבת דברים דומים, תוך שימת דגש על המונח “abuse” כפי שהוא מופיע בתרגומים הרשמיים השונים של סעיף 86:

“The authentic English text of the treaty uses the single word ‘abuse,’ but most of the other languages use the double concept of ‘abusive exploitation,’ which might be thought to forbid harsh treatment of those with whom the dominant firm deals. Since the Court’s judgment in *Continental Can*, however, it has become clear that conduct by a dominant firm that reduces such competition as remains in the market is also treated as abusive.”²⁰

המלומד Richard Whish מזכיר אף הוא את האבחנה בין ניצול לבין התנהגות אנטי-תחרותית, אך מדגיש כי מדובר בסיווג עיוני בלבד, כאשר בפועל תתכן התנהגות הנופלת בשתי הקטגוריות גם יחד:

“In order to illustrate the kind of behavior which falls within the mischief of Article 86 it is helpful to consider exploitative and anti-competitive abuses separately, although this is not to suggest

¹⁹ ראה I. Van Bael & J. Bellis, *Competition Law of the European Community* (3d ed. 1994), בעמ' 575-76 (תוך השמטת הערות שוליים); פסק-הדין *Continental Can*, המוזכר בצטטה, הינו *Europemballage Corporation and Continental Can Company v. Commission*, [1973] C.M.L.R. 199.

²⁰ ראה V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (5th ed. 1994), בעמ' 83 (תוך השמטת הערת שוליים).

that there is a rigid demarcation between these two categories:
the same behavior may savour of both.²¹

כך פני הדברים במקרה הנוכחי. כפי שיוסבר להלן, "במדיניות העמעום" של בזק בינלאומי ניתן למצוא הן ניצול של צרכנים, אשר נופלים קרבן להטעיה מכוונת של הציבור, והן דחיקת רגלי מתחרים, העלולים להתקשות בהשגת לקוחות - לא כתוצאה מתחרות לגיטימית מצד בעל המונופולין אלא כתוצאה מהטעיית הלקוחות בידו.

7. מדיניות העמעום" של בזק בינלאומי - הפרת סעיף 29א

כפי שעולה מלשון סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, שלושה הם יסודות הפרתו: א) מעמד של מונופולין; ב) ניצול לרעה של מעמד זה; ג) באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. אבחן עתה את התקיימות יסודות סעיף 29א(א) במקרה דנן.²²

7.1. קיומו של מונופולין

אין מקום למחלוקת כי בעת פתיחת השוק של שיחות בינלאומיות לתחרות נהנתה בזק בינלאומי ממעמד של מונופולין, השולט ללא עוררין מקצה שוק ועד קצהו.²³

7.2. "ניצול לרעה של מעמד בשוק"

שום הטעיה של ציבור צרכנים אינה דוגמא לאזרחות טובה;²⁴ עם זאת, לא כל הטעיה של ציבור צרכנים באה בשערי חוק ההגבלים העסקיים. מעמדו בשוק של הגוף המטעה, ההקשר בו מתבצעת ההטעיה, נסיבות ביצוע ההטעיה, מטרת ההטעיה ולעתים גם תוצאותיה, נשקלים בכדי לבחון האם יש בה כדי להפר הוראה מהוראות חוק ההגבלים העסקיים.

²¹ ראה (3rd ed. 1993), R. Whish & B. Sufrin, Competition Law, בעמ' 271.

²² מובהר בסיפא לסעיף קטן 29א(ב), כי הוראותיו באות להוסיף על הוראות סעיף קטן 29א(א); כלומר, סוגי ההתנהגות המנויים בסעיף קטן 29א(ב) אינם בבחינת רשימה סגורה לצורך החלת סעיף 29א.

²³ ביום 27.6.95 הוכרזה בזק האם כבעלת מונופולין בתחום של שיחות בינלאומיות (וכן בתחומים נוספים). מכוח סעיף 26(ו) לחוק חלה ההכרזה גם על בזק בינלאומי. אגב, גם בזק בינלאומי אינה חולקת על כך, שעם העברת תחום השיחות הבינלאומיות לידיה, חלה ההכרזה גם עליה; כך, במכתב מיום 1.9.97 פנה אלי מנכ"ל בזק בינלאומי וביקש "לעשות לביטול ההכרזה על חברת בזק בינלאומי בע"מ כמונופול בתחום התקשורת הבין לאומית", נוכח הירידה שחלה בנתח השוק שלה מאז פתיחת הענף לתחרות. בקשתו, בשלב זה, נדחתה. בכל מקרה, כפיפותה של בזק בינלאומי לסעיף 29א ולשאר הוראות פרק ד' לחוק ההגבלים אינה תלויה בהכרזתה כמונופולין, שהוא דקלרטיביות באופיו. ראה ערר 7/95, בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה (8.5.97, טרם פורסם), בעמ' 3 ואילך לפסק-הדין המודפס.

²⁴ "There is no redeeming virtue in deception", אומרים המלומדים Areeda & Turner. ראה ה"ש 39 להלן והטקסט בסמוך לה.

במובן מסוים פוגעת כל הטעיה בתחרות: קיומו של שוק תחרותי ומשוכלל מבוסס, בין היתר, על זרימה חופשית של מידע אמיתי. הטעיה הציבור מנוגדת לאלה, וממילא פוגעת בתחרות²⁵. כך, אדם המטעה את הציבור באשר למחירי המוצרים שהוא מוכר או השירותים שהוא מספק, פעולתו פוגעת בציבור ופוגעת בתחרות, גם כשמדובר בהטעיה בידי גוף המחזיק נתח שוק קטן. אולם מקרה כזה, ודומיו, מטופלים בדרך כלל מכוח חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**"). הם עשויים לגרור בעקבותיהם גם תוצאות משפטיות נוספות, כגון ביטול חוזה בהתאם לסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

על כתפיו של בעל מונופולין מוטלת אחריות מיוחדת. מעשים מסוימים, שאולי לא היתה בהם הפרה של חוק ההגבלים העסקיים לו נעשו בידי חברה שאינה בעלת מונופולין, עשויים להיחשב כניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי אם יעשו בידי בעל מונופולין.²⁶ יסודו של כלל זה בהכרה בכוחו המיוחד של בעל המונופולין ובצורך לשים רסן על כוח זה, שכל שימוש לרעה בו - לו מועט ובמשורה - עלול להביא לתוצאות מזיקות במיוחד.

הגעתי לכלל מסקנה כי מעשי ההטעיה עליהם החליטה בזק בינלאומי, ומעשי ההטעיה אותם בצעה בפועל, מהווים הפרת סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. כמה טעמים לכך:

1. בעת ביצוע מעשיה המתוארים כאן היתה בזק מונופולין, השולט כמעט בכל השוק כולו.

אין הדברים אמורים בשחקן קטן או שולי בשוק בו הוא פועל. בעל מונופולין מחזיק בכוח מיוחד, שאינו מצוי בידי המחזיק בנתח שוק קטן. **כוחכלפי אחרים מחייב את בעליו בחובות מיוחדות.** ביטויים שונים ומגוונים לכך. לעתים יהיו אלה חובות אמון, דוגמת החובות המוטלות על שלוח מכוח דיני השליחות, דיני הנאמנות או על דירקטורים, מנהלים או בעלי שליטה בתאגיד מכוח דיני החברות. לעתים יהיו אלה חובות לנהוג בתום לב ולהתנהג בדרך מקובלת.²⁷ לעתים - כך במקרה דנן - יהיו אלה חובות המוטלות מכוח דיני ההגבלים העסקיים. סעיף 29א אוסר על בעל מונופולין לנצל כוחו לרעה, ומבלי לגרוע מכלליות האיסור אף מונה נסיבות ספציפיות המקימות את הפרתו. לא כל הטעיה שמבצע מונופולין מהווה ניצול לרעה של מעמדו ככזה. לא כל הטעיה קשורה קשר אמיץ דיו למטרות חוק ההגבלים העסקיים וליעדים עליהם הוא בא להגן. בהתקיים נסיבות נוספות, דוגמת אלה המפורטות להלן, תהפוך הטעיה שבצע מונופולין לכלל הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

2. בזק בינלאומי אינה רק מונופולין בפועל - היא מוכרזת כבעלת מונופולין מכוח הוראות חוק

ההגבלים העסקיים, והיתה מוכרזת כאמור גם בעת ביצוע מעשיה הנבחנים כאן. קיומה של הכרזה על גוף כמונופולין אינו תנאי הכרחי לתחולת חוק ההגבלים העסקיים, אף לא

²⁵ ראה סעיף 7.3 להלן.

²⁶ ראה תיק מוני' 1/93, הממונה נ' חברת דובק בע"מ, ההגבלים העסקיים כרך ב' 194, בעמ' 228 ואילך.

²⁷ ראה סעיפים 12, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973.

לתחולת סעיף 29א לו. אולם, עצם קיומה של הכרזה על גוף כעל "בעל מונופולין" - הכרזה המתפרסמת ברבים, המהדהדת ברחבי התאגיד כולו, והמקימה חזקה לכאורה לנכונותה בכל הליך משפטי - מחזק את הקשר שבין מעשה הטעיה שביצע המונופולין, לבין חוק ההגבלים העסקיים והיעדים אותם בא חוק זה להשיג.

3. **ההטעיה בוצעה בזירה בה מהווה הגוף המטעה מונופולין**, קשורה לפעילותו המסחרית באה במובהק לשרת את מטרותיו העסקיות, וכוונתה או תוצאתה לפגוע בתחרות או לשבשה או להכשילה.²⁸ בכל אלה יש כדי לחזק את הקשר שבין ההטעיה לבין הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

4. **מעמדה המיוחד של בזק בשוק, כבעלת מונופולין בכלל, ובנסיבותיה הספציפיות בפרט, הקל עליה את ביצוע ההטעיה** וחזק את הקשר שבין מעשיה לבין הוראות חוק ההגבלים העסקיים (או, ליתר דיוק, הפרתם). הדעת נותנת כי חלק מן הציבור ייטה ליתן מידה גדולה יחסית של אמון בחברה גדולה ומכובדת כבזק האם ובנותיה, ואולי לא יתייחס לפרסומיה של חברה כזו באותה מידה של זהירות שבה היה מתייחס, לדוגמא, לפרסומיו של מתחרה לא מוכר, המתחיל זה עתה לפעול בשוק מסוים, או הפועל רק בשוליו. די בכך, אם כי הדברים מקבלים משנה תוקף-אף אם כזה אינו נדרש כאן- כאשר מדובר, כמו במקרה הנוכחי, במונופולין היסטורי שנוהל במשך שנות דור בידי משרד ממשלתי, ואשר הועבר, כמונופולין, לידי חברה ממשלתית. **אף אין לשכוח כי ממשלת ישראל מחזיקה ביותר ממחצית ממניות בזק האם, ובכל השליטה בה.** לבסוף, בזק האם נסחרת בציבור, בכפוף להוראות חוק ניירות ערך, על כל המשתמע מכך. ניתן להניח באופן סביר כי בעיני חלק מן הציבור, השם "בזק" נושא עמו הילה של מעין-ממלכתיות, העשויה לתרום להקטנת מידת הזהירות שבה התייחס אותו חלק מן הציבור לפרסומיהן של בזק האם ובנותיה.²⁹ בזק בינלאומי מודעת, כמובן, לעובדות אלה, על כל המשתמע מכך.

5. **מסע ההטעיה התנהל ברגע הקריטי והרגיש של כניסת מתחרים חדשים לשוק מונופוליסטי, ובהקשר לכניסתם לשוק.** הטעיה המתבצעת בנסיבות אלה עלולה להכביד מאוד על כניסתם של המתחרים החדשים, עד כדי סכנת הכשלת פעולתם בשוק, לטובת שימור מלא או חלקי את כוחו המונופוליסטי של הגוף המטעה. זהו מעשה חמור. אף בהעדר כל נסיבה אחרת, אפשר כי די היה בה בענייננו בכדי להביא את מעשי ההטעיה של בזק בינלאומי אל ד' אמות חוק ההגבלים העסקיים. הטעיה מצד בעל מונופולין, המתבצעת בהקשר לפעילות מתוכננת או קיימת של מתחרה חדש המתחיל פעולתו בשוק המונופוליסטי, והמכוונת נגד כניסתו לשוק של המתחרה או פעילותו בה או שאלה תוצאותיה, שולחת חץ מורעל אל לב ערכי התחרות - יצירתה, שימורה וקידומה - עליהם בא חוק ההגבלים העסקיים להגן.

²⁸ בשאלה האם גם תוצאתה כזאת אין אני מביע דעה ואיני קובע דבר. ראה דברי הסיום בקביעה זו.

6. **בזק הפנתה את מסע הטעיה שלה כלפי השוק כולו - כלפי כלל ציבור צרכניה.** למסע הטעיה מחושב כזה, המנוהל בידי הגורם הדומיננטי בשוק, עשויה להיות השפעה גדולה - אף מכרעת - על מידת התחרות בשוק. לעתים יש במסע הטעיה כזה כדי למנוע תחרות מכל וכל, שהרי מסע הטעיה, המכוון לכלל ציבור הצרכנים באותו שוק, ואשר מנוהל בנסיבות כגון דא, יכול להביא להיעלמות מתחרה מהשוק או להכשיל את כניסתו לפעילות בו. רוחב מעשה הטעיה והשפעתו הפוטנציאלית קושרים אף הם את מעשי בזק בינלאומי להוראות חוק ההגבלים העסקיים.

7. **ציבור צרכניה של בזק - היעד למסע הטעיה שניהלה - הם כלל אזרחי המדינה.** אין מדובר בהטעיה שיעדה מספר קטן של שחקנים מתוחכמים, הפועלים בשוק מצומצם, אלא **בהטעיה המכוונת כלפי מליוני לקוחות**, שאינם מאופיינים כולם בתחכום רב או בהתמצאות בנבכי השוק הרלוונטי. חומרת הדברים ברורה, עד כי אין טעם להרחיב בה. עובדה זו נוסכת על מעשי הטעיה של בזק בינלאומי אור שלילי במיוחד, הן בכלל, והן בהקשר הפגיעה בציבור ובתחרות האסורה לפי הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

8. **מסע הטעיה נוהל בשוק דינמי ומשתנה**, שגם באופן רגיל ובהעדר כל הטעיה קשה לעתים לצרכן להתמצא בנבכיו. עולם התקשורת עובר מהפכים גדולים בשנים האחרונות, המפחיתים מאד מהוודאות הצרכנית בו. בנוסף, עובר לביצוע מעשי הטעיה של בזק בינלאומי נתון היה השוק במידה מסוימת של מבוכה הנגזרת, באופן הכרחי כמעט-מכניסית שחקנים חדשים, לשוק שלא ידע תחרות מעודו. על הרקע הזה, של חוסר ודאות ומבוכה, בעייתית עוד יותר כוונת בזק בינלאומי לבלבל את ציבור צרכניה.

אינני בא לקבוע סדר חשיבות בין גורמים אלה. גם אינני מתיימר לקבוע כאן רשימה מלאה של נסיבות שיש בהן, או בצירוף כמה מהן, כדי להביא מעשה הטעיה לכלל הפרת הוראות חוק ההגבלים העסקיים. ברור שאין נדרשים כל הגורמים כולם שנמנו לעיל בכדי להביא מעשה הטעיה בגדרו של החוק. לעתים די באחד מהם, לעתים יידרשו כמה, ואף מאפיינים אחרים ייתכנו.

עם זאת, ברור לגמרי כי בנסיבות העניין דכאן באים גם באים מעשי הטעיה מצד בזק בינלאומי בגדר חוק ההגבלים העסקיים, ומהווים הפרת הוראות סעיף 29א לו. מובן שאין בכך כדי לגרוע מתחולתו של כל דין אחר על מעשיה האמורים של בזק בינלאומי.

7.3. "עלול להפחית את התחרות בעסקים"

אין ספק כי "מדיניות העמעום" של בזק בינלאומי כדי להפחית את התחרות בעסקים. הטעיית צרכנים פוגעת בתפקודו התקין של שוק תחרותי, ומביאה להקצאה לא-יעילה של משאבי החברה. כמוסבר להלן, ההטעיה גם מגדילה את עלויות העסקה, שכן היא מחייבת צרכנים להשקיע

²⁹ כעניין אגב, ספק בעיני אם רבים בציבור מבחינים בכלל בין בזק האם לבין בנותיה.

משאבים גדולים יותר לבירור המידע האמיתי. ההטעה חותרת בכך תחת אשיות התחרות ומערערת את יסודותיה.

אכן, פעילות תקינה של שוק מחייבת להעמיד לרשות השחקנים בו מידע מלא, אמין, ובמועד הרלוונטי.³⁰ המידע מאפשר לצרכנים להשוות בין מוצרים, ולבחור במוצר הזול ביותר מבין אלה שאיכותם שווה.³¹ יכולתם של צרכנים להשוות מחירים, וציפיתם של יצרנים וספקים כי הצרכנים אכן יעשו כן, מביאות לתחרות בין היצרנים שתוצאתה הורדת מחירים. מאידך, "מדיניות העמעום" בה נקטה בזק בינלאומי נועדה לספק לצרכני השיחות הבינלאומיות מידע חלקי, לא מדויק, ובסך הכל- מטעה. כוונת בזק בינלאומי היתה לפגוע ביכולת הצרכנים לקבל החלטות מושכלות בשוק. בכך עלולה, כמובן, להיפגע התחרות בעסקים.

אספקת מידע עמום גם מייקרת את עלויות הבירור (search cost) של הצרכנים, אשר נדרשים להשקיע משאבים רבים יותר (בזמן או בממון) בהשוואה בין שירותי הספקים השונים.³² יתרה מכך, הפגיעה באיכות המידע שבידי הצרכנים מביאה לשונות במחירי המוצר או השירות,³³ והיא מאפשרת ליצרנים לגבות מחירים שונים מצרכנים עבור מוצרים זהים. כאשר מונופול נוקט מדיניות שמטרתה להטעות את הצרכנים בשוק באשר למחירי מוצריו, הוא מסוגל למנוע אובדן נתח שוק למתחריו החדשים. הוא גם מסוגל לשמור על רמת מחירים גבוהה יותר מזו שהיה נחשף לה, אלמלא סיפק מידע מוטעה לקהל לקוחותיו. בנוסף, בנסיבות מסוימות עלולה פגיעה באיכות המידע המסופק לצרכנים או בכמותו להתבטא גם בהקטנת היקף הצריכה.³⁴

אמר על כך Earl Kintner, אשר עמד בשעתו בראש ה-Federal Trade Commission האמריקאי:

Consumers presumably make purchasing choices based on an evaluation and comparison of the merits of each product offered for sale; reliable information concerning available products is

³⁰ לקשר בין מידע לתחרות, ראה את מאמרו המאיר של חתן פרס נובל לכלכלה George Stigler : G. Stigler "The Economies of Information" 69 Journal of Political Economy 213 (1961).

³¹ לסקירה כללית של הקשר בין מידע לתחרות, ראה: F.M. Schere and D. Rodd, Industrial Market Structure and Economic Performance (Houghton Mifflin Co., Boston 3rd ed.1990), at pp. 572-592.

³² מנכ"ל בזק בינלאומי התייחס בעצמו לנקודה זו, כאשר אמר- כמצוטט לעיל – כי "בעיני הצרכן תפיסת המחיר צריכה להיות שבוטא של דבר אם יש לזה חשיבות ויש לו זמן, הוא יבדוק עד הסוף". מובן כי בדיקה כזאת, הצורכת משאבים וזמן, פוגעת בתפקודו של השוק החופשי.

³³ ראה: "J.W. Pratt. D.A. Wise and R. Zeckhauser Price Difference in Almost Competitive Markets", 93 Quarterly Journal of Economics 206 (1979) Scherer & Ross, Supra note 31, וכן at pp. 572-573.

³⁴ לדוגמה לקשר האמפירי בין מידע למחירים ולאיכות, ראה: Benham. "The Effect of Advertising on J.E. Kwoka. Jr.; the Price of Eyeglasses 15 Journal of Law and Economics 337 (1972) Advertising and the Price and Quality of Optometric Services 74 American Economic Review 211 (1984).

critical to such evaluation and comparison. Misleading information can be provided the consumer through nondisclosure or silence on the part of an advertiser as well as through an affirmative statement that is false. Such deceptive or unfair advertising practices alter consumer choices which in turn leads to a misallocation of resources. Consumer wants are not satisfied, and consumer confidence in producers is undermined.³⁵

7.4. "עלול לפגוע בציבור"

מדיניות ההטעיה בה נקטה בזק בינלאומי היה גם לפגוע בציבור. אף מעבר לפשט הלשון, הרי מדיניות של ערפול, טשטוש ועמעום מחירים, ושל יצירת בלבול בקרב הציבור באשר למחירי מוצר או שירות - לא כל שכן מוצר או שירות חיוני, דוגמת זה שסיפקה בזק בינלאומי לכלל הציבור - פוגעת בציבור הצרכנים פגיעה ישירה.

אף אם אין הדבר צריך לראיה, נפנה לצורך ההדגמה לסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן:

"לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת - העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה . . ."

הוראה זו מבטאת את סלידתו של המחוקק מהטעיית צרכנים, ומעניקה לסלידה תוקף חוקי. מעבר לכך נתן המחוקק את דעתו, באופן פרטני, גם לשימוש מטעה במבצעי הנחות על-מנת ליצור רושם לא-נכון של הוזלת מחירים. כך, סעיף 2(13) לחוק הגנת הצרכן אוסר במפורש על ציון מטעה באשר למחיר הרגיל, ששרר לפני תחילת המבצע:

"בלי לגרוע מכלליות האמור יראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה: . . . (13) המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר . . ."

וראה גם את סעיף 15(א) לחוק הגנת הצרכן, הדורש להבהיר פרטים חשובים של מבצע הנחות:

"עוסק שהודיע ברבים או במקום העסק על מכירה מיוחדת, יבהיר אילו טובין כלולים בה ואילו טובין אינם כלולים בה, את מחירים אצלו לפני המכירה ואת שיעור ההנחה או המחיר לאחר ההנחה."

מילת המפתח כאן היא "יבהיר". דרש המחוקק להבהיר את פרטי המבצע, על-מנת למנוע את השימוש במבצעי הנחות וכדומה כדי ליצור בלבול בקרב הציבור. לעומת זאת, בזק בינלאומי אימצה לעצמה מדיניות שמטרתה לא להבהיר, אלא לעמעם ולבלבל. מדיניות זו נועדה ליצור אצל הצרכנים רושם לא נכון, כאילו סל תעריפיה זול יותר, כסל, ממה שהוא באמת. את זאת ביקשה בזק בינלאומי לעשות, בין השאר, על-ידי שימוש במבצעי הנחות ועל-ידי הבלטה סלקטיבית של חלק מתעריפיה.

³⁵ ראה (1988) VII, E. Kintner & W. Kratzke, Federal Antitrust Law, vol. VII (1988), עמ' 125 (תוך השמטת הערות שוליים).

מובן מאליו כי לחוק הגנת הצרכן ייעוד משלו ופרמטרים משלו, אשר אינם תמיד חופפים את אלה של חוק ההגבלים העסקיים. תתכן הטעיה בניגוד לחוק הגנת הצרכן שאינה בגדר עבירה על חוק ההגבלים העסקיים, ותתכן הטעיה שהיא עבירה על חוק ההגבלים העסקיים, גם אם מסיבה זו או אחרת אין בה עבירה על חוק הגנת הצרכן. עם כל זאת, שני החוקים עוסקים בהגנה על ציבור הצרכנים, ולכן להוראות ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן ערך מנחה, עת שבאים אנו לפרש את הביטוי "**לפגוע בציבור**" שבסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.³⁶

7.5. טענות אנשי בזק בינלאומי

דירקטורים, מנהלים ועובדים אחרים של בזק בינלאומי נחקרו במשרדי רשות ההגבלים העסקיים ובמשרדי בזק, חלקם באזהרה. בהודעות שמסרו אנשי בזק בינלאומי לחוקרי רשות ההגבלים העסקיים נשמעה טענה, כאילו לא היתה כל הטעיה בפרסומים שפורסמו במסגרת "מדיניות העמעום", הואיל וכל התעריפים פורסמו, וכל צרכן היה יכול לעיין בהם ולהשוות בין תעריפי בזק בינלאומי לבין תעריפי המתחרים החדשים.

טענה זו אינה מקובלת עלי. אלה טעמי. ראשית, הדברים בשום אופן אינם עולים בקנה אחד כוונות בזק בינלאומי, כפי שבאו לכלל ביטוי במסמכיה, כמו גם בדברים שנאמרו בישיבות הדירקטוריון מפי מנהלה הכללי, יו"ר הדירקטוריון שלה, ואחרים. שנית, במישור העובדתי, לא הכל פורסם בידי בזק בינלאומי, ובוודאי שלא פורסם בעתו. כפי שצוין, לעתים חסרו פרטים שפרסומם התבקש והתחייב. כך, לדוגמא, התעריפים הישנים שעדיין חלו על צרכנים שלא "נרשמו" בבזק בינלאומי, לא פורסמו בראשית הדברים לצד התעריפים המוזלים למצטרפים. גם התשלום החודשי הקבוע עבור שירות "קשר חם" לא צוין בתחילה. שלישית, מחומר החקירה עולה כי בזק בינלאומי החליטה לעצב את מבנה התעריפים שלה ומבצעי מכירות שלה בדיוק בכדי למנוע מהצרכן אפשרות לערוך בקלות השוואות בין תעריפיה לבין תעריפי המתחרים; ממילא יש טעם לפגם בטענה כאילו הכל פורסם וכי הצרכן יכול היה להשוות בין התעריפים. רביעית, ובמישור העקרוני יותר, אסור ליצור רושם כללי מטעה, אפילו כל פרטי הפרסום נכונים בפני עצמם. ראה את דבריו של Kintner לעניין זה:

Because of the possibility that the total effect of an advertisement may be misleading, the literal or technical truth of separate parts does not preclude the Federal Trade Commission from finding a violation of Section 5 of the Federal Trade Commission Act.

. . .

³⁶ בחרתי להתמקד בחוק הגנת הצרכן, אך ברור שהמדיניות הציבורית הברורה והחד-משמעית נגד הטעיה מוצאת את ביטוייה גם בחיקוקים נוספים, דוגמת סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981.

Truthful representations that cause consumers to draw incorrect inferences are treated similarly to other deceptive practices.³⁷ (Emphasis added).

טענה אחרת שנשמעה מפי הנחקרים גרסה כי מדובר לא בהטעיה, כי אם "באסטרטגיה שיווקית". גם טענה זו אינה מקובלת עלי. יש פסול בסיסי ויסודי במדיניות מכוונת מצדו של מונופול לזרות בלבול ומבוכה בקרב צרכניו. כך בכלל, ולא כל שכן בנסיבות ענייננו כפי שתוארו לעיל - כוחה של בזק, נתח השוק שלה, מעמדה הבכיר והאמין, היקף הציבור המוטעה במספרים מוחלטים ובאופן יחסי להיקף השוק, המבוכה בה היה שרוי השוק ממילא, כניסת המתחרים לשוק, וכיוצא באלה. פסול יסודי זה נשאר בעינו, גם אם מנסים להלביש את הדברים באצטלה של תורה שיווקית זו או אחרת. הטעיית הציבור אינה נעשית כשרה יותר רק משום היותה גם "אסטרטגיה שיווקית".

אכן, יש וטעמים שיווקיים, או טעמים מסחריים אחרים, יביאו בעל עסק להבליט צדדים חיוביים במוצר שהוא מוכר או בשירות שהוא מספק. ברם, עניין אחר לגמרי הוא אסטרטגיה שמטרתה המוצהרת היא "לבלבל את הציבור" ולהוביל את הצרכן לכך ש"אם הוא רק רוצה לראות בערך את תפיסת המחיר, שיחשוב שאולי בבזק יותר משתלם..." (דברי מנכ"ל בזק בינלאומי שהובאו לעיל). הוא הדין באי ציון המחירים החלים על צרכן שלא נרשם, או ביצירת רושם של הוזלה כללית שאיננה.

קצרו של דבר, לא מצאתי דבר בהודעות שנתנו אנשי בזק בינלאומי שהיה בו כדי לנסוך אור חדש על מעשיה, לעומת זה העולה ממסמכיה, הפרוטוקולים שלה או מעשיה.

8. הדין בארה"ב

סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים מבוסס, כאמור, על סעיף 86 לאמנת רומא, ובהתאם לכך דנתי בדין האירופאי תוך כדי הדיון בסעיף 29א עצמו. כאן אדון בדין האמריקאי. אני עושה כן להשלמת התמונה ולצורכי העמקה והשוואה. אף אם לא הדין האמריקאי, אלא הדין האירופי הוא זה אשר שימש מקור ורקע להוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, אין בכך כדי לבטל את חשיבות הדין האמריקאי כמקור להשראה ולהשוואה.

8.1. הטעיה בידי בעל מונופולין כעבירה על סעיף 2 ל-Sherman Act

בארה"ב ניתנו מספר פסקי-דין, שלפיהם הטעיה על-ידי בעל מונופולין עשויה לשמש כבסיס לעילה על-פי סעיף 2 ל-Sherman Act, המסדיר את נושא המונופוליציה; כך במיוחד כאשר הדבר נעשה, כמו במקרה שלנו, על רקע ניסיונם של מתחרים חדשים להיכנס לשוק.³⁸ אף המלומדים

³⁷ ראה Kintner, שם, בעמ' 136-37 (תוך השמטת הערות שוליים).

³⁸ ראה, לדוגמה: (Davis v. Southern Bell Telephone, 755 F.Supp. 1532, 1535-36 (S.D. Fla. 1991); National Ass'n of Pharmaceutical Mfrs. V. Ayerst Laboratories, 850 F.2d 904, 916-17 (2d. Cir. Int'l Travel Arrangers v. Western Airlines, 623 F.2d 1255 (8th Cir.), cert. denied, 449 U.S. ; 1988)

האמריקאים Areeda & Turner גורסים, כי הטעיית צרכנים על-ידי בעל מונופולין עשויה להוות עבירה על דיני ההגבלים העסקיים. כדברי המחברים:

A monopolist's misrepresentations encouraging the purchase of his product can fit our general test for an exclusionary practice when the impact on rivals is significant; deception of buyers can impede the opportunities of rivals. Even apart from its impact on rivals, deception is undesirable because it can injure buyers and offend public morality.³⁹

8.2. Areeda & Turner - חזקת הזניחות (de minimis)

בד בבד עם נכונותם העקרונית להכיר בהטעיה על-ידי בעל מונופולין כעבירה על סעיף 2 ל-Sherman Act בנסיבות מתאימות, המליצו Areeda & Turner לנקוט זהירות בנושא זה, פן יתרבו המקרים של התדיינות בזבזנית סביב טענות של הטעיה. כדבריהם:

There is no redeeming virtue in deception, but there is a social cost in litigation over it.⁴⁰

על-רקע חששם זה, הציעו Areeda & Turner להיעזר בחזקה (הניתנת לסתירה) של זניחות (de minimis) במקרים של הטעייה.⁴¹

שקלתי את אפשרות ישימות דבריהם של Areeda & Turner בדבר חזקת הזניחות, והגעתי לכלל מסקנה כי אין לחזקת הזניחות ישימות בענייננו.

כמה טעמים לכך.

ראשית, ספק של ממש בעיני האם ראוי לאמץ בארץ חזקת זניחות, כפי המלצתם של Areeda & Turner. שיקוליהם נראים לי תקפים פחות בארץ מאשר בארה"ב, בהתחשב "בתנאי הארץ ותושביה" בישראל. בסוגיה זו לא ארחיב כאן, ואף איני רואה צורך לקבוע מסמרות בעניין.⁴²

Control Data Corp. v. Int'l Business Machines, 306 F.Supp. 839, 848-49 (D.Minn. 1963); 1063 (1980) aff'd, 430 F.2d 1277 (8th Cir. 1970), 1969.

³⁹ ראה Areeda & D. Turner, Antitrust Law, vol. III (1978), בעמ' 278.

⁴⁰ שם.

⁴¹ שם, vol. III, בעמ' 279; וראה גם את ה-Supplement לחיבורם של Areeda & Turner לשנת 1996, בעמ' 694-95.

⁴² חששם של Areeda & Turner מפני התרבות תביעות בזבזניות גם אינו כה ממשי בנסיבות השוררות בארץ כיום. במציאות האמריקאית, שעמדה לנגד עיניהם של המחברים, מוגשות תביעות פרטיות רבות וחלקן אכן תביעות

שנית, Areeda & Turner יצאו מן ההנחה (כך נראה לי), שהטעיה על-ידי בעל מונופולין אינה מקימה עילה על-פי דיני ההגבלים העסקיים, אלא אם יש בהטעיה כדי להשפיע על המבנה התחרותי של השוק באמצעות הסטת לקוחות רבים לבעל המונופולין. עצם הפגיעה בצרכנים הנופלים קרבתו להטעיה מצד בעל המונופולין אינה, לדעתם, מעניין דיני ההגבלים העסקיים:

That particular buyers might have been deceived is not itself of §2 concern.⁴³

חוסר העניין היחסי בפגיעה בצרכנים שהוטעו משקף היבט חשוב של הגישה האמריקאית לנושא של מונופולין, בשונה מן הגישה האירופאית שגם אומצה בארץ. סעיף 2 ל-Sherman Act האמריקאי, המסדיר את נושא המונופוליציה, אוסר בדרך כלל רק מעשים אנטי-תחרותיים, ולא מעשי ניצול. ראה את דבריו של המלומד האמריקאי Ross:

Significantly, then, Grinnell interprets [section] 2 to prohibit a firm from improperly gaining or retaining monopoly power. It does not prohibit a monopolist from exercising power where such exercise does not affect the firm's ability to maintain power. Thus, for example, simply charging high prices would not violate [section] 2, because such a straightforward exploitation of consumers does not entrench the monopolist's position – indeed, it may have the opposite effect, by attracting new entry. The approach taken under the Sherman Act contrasts somewhat with the approach taken in Europe. Article 86 of the Treaty of Rome, which prohibits “abuse of a dominant position,” defines such abuse to include “unfair selling prices.”⁴⁴ (Emphasis added).

אם כן, בהתאם לגישה האמריקאית, הטעית צרכנים בידי בעל מונופולין - חרף פגיעתה הישירה בצרכנים שהוטעו - לא תקים עילה על-פי דיני ההגבלים העסקיים, כל עוד אין בהטעיה כדי להשפיע לרעה על המבנה התחרותי של השוק, היינו כל עוד אין בה כדי להגדיל או לשמר את כוחו של בעל המונופולין. ואולם, כפי שמציין Ross בדברים שהובאו לעיל, אין זו גישת סעיף 86 לאמנת רומא, העוסק גם בניצול ישיר של כוחו באופן הפוגע בצרכנים על-ידי בעל המונופולין; וכאמור, הגישה האירופאית היא שאומצה בסעיפים 29 ו-30 לחוק ההגבלים העסקיים כאן בארץ. לכן, כאשר המליצו Areeda & Turner על חזקת זניחות, כוונתם היתה לזניחות מבחינת

בזבזנות, כך שהרצון שלא לעודד הגשת תביעות סרק מהווה שיקול חשוב כשבאים לעצב כללים מנחים בדיני ההגבלים העסקיים. בארץ, לעומת זאת, טרם השתרשה האכיפה הפרטית של חוק ההגבלים, ואין הצדקה לייחס חשיבות כה רבה לחשש מפני תביעות סרק פרטיות. מכל מקום, בקביעתו זו מדובר לא בתביעה פרטית, אלא בהפעלת סמכות שלטונית על-ידי הממונה על הגבלים עסקיים. בנוסף, נסיבות השוק בארץ - המאופיין במספר רב יחסית של מונופולים חזקים, הנהנים מהגנות שונות ומגוונות מכוח הנסיבות הגיאופוליטיות המקומיות, מדיניות ממשלתיות וגורמים נוספים - שונות בתכלית מנסיבות השוק האמריקאי, על גודלו, גיוונו ופתיחותו.

⁴³ שם, vol. III בעמ' 279.

⁴⁴ ראה S. Ross, *Principles of Antitrust Law* (1993) 28 (תוך השמטת הערת שוליים, ההדגשות אינן במקור). פסק-הדין *Grinnell*, המוזכר בציטטה, הינו *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 563 (1966).

השפעת ההטעיה על המבנה התחרותי של השוק הנדון. השפעה על המבנה התחרותי של השוק אינה מיסודות העילה על-פי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים הישראלי, וגם מטעם זה חזקת הזניחות אינה רלוונטית כאן.

שלישית, גם אם יש לחזקת הזניחות שמציעים Areeda & Turner מקום בדין הישראלי (וכאמור איני קובע כאן עמדה בעניין זה), מוצא אני במקרה הנוכחי סיבות רבות וטובות לסתור חזקה כזו. מדובר בעניינינו בענף חשוב ביותר למשק המדינה - שיחות טלפון בינלאומיות - שהיה נתון עד לאחרונה במצב של מונופולין במעשה ובחוק, ואשר נמצא עתה בשלבים ראשונים של תחרות. ארוך וקשה תהליך פתיחת השוק לתחרות, וקשה לראות כיצד תבוא הטעיה המתבצעת בהקשרו, בין אם צלחה ובין אם לאו, בגדר חזקת זניחות כלשהי. זאת ועוד, מדובר בהטעיה שאינה אקראית או חד-פעמית, אלא בכזו שנעשתה על-פי מדיניות מפורשת ומכוונת של מנהלה הכללית של החברה ושל יו"ר הדירקטוריון שלה, אשר הוצגה בניירות עבודה ובתכניות עסקיות של החברה, ואשר נידונה ואף אומצה על-ידי הדירקטוריון של בזק בינלאומי בהחלטות רשמיות. בנוסף, אין מדובר בהטעיית מספר קטן של לקוחות מתוחכמים, אלא בהטעיית ציבור גדול ביותר ובלתי מתוחכם ברובו.

לא זו אף זו, חשיבות מיוחדת יש לייחס לעיתוי הדברים. אני מייחס חשיבות רבה לעיתוי הדברים. קבע כבוד השופט עדיאל, המשנה לאב בית הדין להגבלים עסקיים:

תהליך הפתיחה לתחרות של תחום כלכלי שהיה נתון לשליטתו של מונופולין, כאשר בעל המונופולין משמר עדיין בידו שליטה מלאה או חלקית באותו שוק, בין בתחומים שטרם נפתחו לתחרות ובין בתחומים שכבר נפתחו לתחרות, בשעה שהמתחרים החדשים טרם ביססו את מעמדם בשוק, טומן בחובו פוטנציאל של פגיעה בתחרות. לפיכך, מחייב תהליך כזה פיקוח והגנה מפני פגיעה אפשרית בתחרות.⁴⁵

לדידי ברור כי בשלב כזה נדרשת רמת ערנות מוגברת מצד גורמי האכיפה, והפקדה גדולה על קיום הוראות החוק מצד המונופולין.

בזק בינלאומי קבעה את מדיניות ההטעיה שלה, במפורש, כאמצעי להתמודדות עם כניסת המתחרים החדשים לשוק. היא יצאה, ימים ספורים בלבד לפני כניסתם הצפויה של המתחרים החדשים, בהודעה דרמטית לכלי התקשורת בדבר הורדת תעריפיה. מהלך זה כוון להסיט את תשומת-לב הציבור מכניסתם של המתחרים החדשים, ומן התעריפים הזולים שהם הציעו. אולי לא היה פסול בטקטיקה זו, לו היתה הודעתה של בזק בינלאומי נקיה מעמעום ומבלבול מכוון (ואינני מביע דעה בעניין זה), אך לא כך היו פני הדברים. בזק בינלאומי ביקשה להכביד על המתחרים החדשים וליטול את העוקץ ממאמצי השיווק שלהם ברגע הקריטי של כניסתם לשוק, וכל זאת לא בדרך של תחרות לגיטימית, אלא בדרך של זריית חול בעיני הציבור, כדי שזה יבוא בטעות לידי המסקנה ש"בזק בינלאומי כבר זולה" (כדברי מנכ"ל בזק בינלאומי, שכבר הוזכרו).

⁴⁵ ראה ערר 7/95, בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה (8.5.97, טרם פורסם), בעמ' 22 לפסק-הדין המודפס.

סיכומם של דברים, לאור הנסיבות שמניתי לעיל, אין בין פעולת בזק בינלאומי דבר וחצי דבר עם חזקת הזניחות, אפילו זו קיימת בדין הישראלי.

8.3. תחרות או מניעת התחרות?

נושא ההטעיה בידי בעל מונופולין נדון בהרחבה בפסק-הדין International Travel Arrangers v. Western Airlines⁴⁶. באותה פרשה נהנתה חברת התעופה Western Airlines (להלן: "Western") ממעמד של מונופולין בקווי תעופה מסוימים, והיא פתחה במסע של פרסומת מטעה על-מנת למנוע את כניסתה של International Travel Arrangers (להלן: "ITA"), חברה שעסקה בטיסות שכר קבוצתיות ("TGCs"), אשר ביקשה להתחרות על הנוסעים באותם קווי תעופה. ITA הגישה תביעה פרטית נגד Western לפי סעיף 2 ל-Sherman Act, ובית-המשפט קיבל את התביעה ופסק לטובת ITA. בית-המשפט לערעורים אישר את פסק-הדין שניתן לטובת ITA אך הדגיש בנימוקיו, כי הוא ראה את מסע הפרסומת המטעה לא כאמצעי להתחרות מול ITA, אלא דווקא כאמצעי למנוע תחרות מצד ITA, על-ידי מניעת כניסתה לשוק. כדברי בית-המשפט:

Important to our ruling is that the purpose and direction of the anti-TGC campaign was not to compete with ITA's TGCs, but rather was to prevent TGCs from becoming a competitive threat to Western's regularly scheduled air service . . . This is the difference we perceive in this case. Western did not choose to compete with ITA's TGCs, but rather chose to prevent TGCs from becoming competition in the market place.⁴⁷

לא כך בענייננו. על-בסיס חומר החקירה שנאסף אודות מדיניות ההטעיה של בזק בינלאומי, לא השתכנעתי כי מדיניות פסולה זו נועדה למנוע את עצם היווצרותה של התחרות, כלומר למנוע את כניסתם של המתחרים החדשים לשוק בהיקף אשר יהווה איום של ממש על מעמדה של בזק בינלאומי. ככל שהדברים מתגלים מתוך מסמכי הפנימיים של בזק בינלאומי שנתפסו בידי חוקרי רשות ההגבלים העסקיים או שהועברו לידי מידי בזק בינלאומי, לא קיוותה בזק בינלאומי למנוע את עצם כניסתם של המתחרים לשוק על-ידי הנהגת מדיניות ההטעיה שלה, ואף לא לצמצם את היקף כניסתם עד שלא יוכלו לאיים על מעמדה. אדרבה, בזק בינלאומי הבינה, כנראה, כי המתחרים החדשים יצליחו להיכנס לשוק בכל מקרה, ומדיניות ההטעיה שלה נועדה רק למנוע אבדן נתח שוק גדול מדי או לצמצם באופן אחר את הנזקים שייגרמו לה.⁴⁸

בזק בינלאומי, אם כן, באה להטעות את הציבור לא במטרה למנוע מכל וכל את עצם כניסת המתחרים החדשים לשוק, אלא בכוונה לצמצם את הנזק העסקי שפעילותם תגרום לה. בית

⁴⁶ 623 F.2d 1255 (8th Cir.), cert. denied, 449 U.S. 1063 (1980).

⁴⁷ שם בעמ' 1268.

⁴⁸ כמפורט בסוף קביעה זו, אין אני מביע כל דעה בשאלה האם הצליחה בזק בינלאומי להשיג יעדיה אלה.

המשפט בפסק הדין האמריקאי International Travel Arrangers, מאידך, שם דגש על כוונת המונופול למנוע תחרות מלכתחילה ביישמו את סעיף 2 ל-Sherman Act. האם יש בכך כדי לשנות? אינני סבור כך, ומשלושה טעמים.

ראשית, כפי שהוסבר לעיל בהקשר לחזקת הזניחות שהוצעה על-ידי Areeda & Turner, סעיף 2 ל-Sherman Act האמריקאי אינו עוסק בניצול ישיר של ציבור הצרכנים, אלא רק במעשים אנטי-תחרותיים שיש בהם כדי להשפיע לרעה על המבנה התחרותי של השוק הנדון. מסיבה זו, כנראה, עצם הפגיעה בציבור על-ידי הטעיה בידי בעל המונופולין Western לא הצטיירה בעיני בית-המשפט כיוצרת עילה על-פי דיני ההגבלים העסקיים, ובית-המשפט מצא עילה כזו רק משראה כי ההטעיה נועדה למנוע את היווצרותה של תחרות על-ידי כניסת מתחרה חדש. אך כאמור, אין זו הגישה שאומצה על-ידי המחוקק הישראלי, ודי בכך שפעולות בזק בינלאומי פגעו או עלולות היו לפגוע בציבור הצרכנים, בכדי לבסס את הקביעה שבזק בינלאומי עברה על הוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

שנית, גם ביחס למעשים אנטי-תחרותיים חל, לדעתי, האיסור של סעיף 29א אף כאשר ההשפעה השלילית על המבנה התחרותי של השוק מתונה יותר מזו שתוארה בפסק-הדין International Travel Arrangers. בישראל, מעשים אנטי-תחרותיים של בעל מונופולין, שיש בהם להשפיע לרעה על המבנה התחרותי של השוק, יפרו את הוראות סעיף 29א אפילו לא נועדו למגר לחלוטין את התחרות בענף הנדון, או למנוע לגמרי את היווצרותה. גישתי זו מוצאת תמיכה בהגדרה קלאסית זו של "abuse", על-פי סעיף 86 לאמנת רומא :

The concept of abuse is an objective concept relating to the behavior of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.⁴⁹

הגדרה זו אינה מצטמצמת רק למקרים של מיגור התחרות או של מניעת היווצרותה, אלא כוללת גם השפעה שלילית מתונה בהרבה על רמת התחרות בשוק. ההגדרה רחבה דיה כדי לחול על מדיניות ההטעיה של בזק בינלאומי, אפילו מטרתה אך לצמצם את מידת אבדן נתח השוק שלה לטובת המתחרים החדשים בעת כניסתם לשוק. גישה זו, היא גישת הדין האירופי, מתאימה יותר לתנאי המשק הישראלי, המשופע מונופולין בתחומים שונים, בהם מרכזיים ביותר. פתיחת שווקים לתחרות אינה קלה, ואסור שתסוכל על-ידי מעשים פסולים מצד בעל המונופולין.

⁴⁹ ראה Hoffmann-LaRoche & Co. AG v. Commission of the European Communities, [1979] 3 C.M.L.R. 211, בעמ' 290-91.

בנסיבות כגון דא, מקים הדין הישראלי איסור חד וברור על ניסיונותיו של בעל מונופולין להקשות בדרכים פסולות על כניסת מתחרים לשוק או על פעולתם בו. גישה סובלנית למעשים פסולים מהטעם שהשפעתם לכאורה אינה גדולה לא תשרת נאמנה את צרכי המשק הישראלי בשנים בהן הוא נאבק לפתוח שווקים מונופוליסטיים לתחרות.

שלישית, המבחן על-פי סעיף 29א הוא מבחן אובייקטיבי- האם עלולה פעולת בעל המונופולין לפגוע בציבור או לפגוע בתחרות- ולא מבחן סובייקטיבי, הבוחן האם התכוון המונופול לעשות כן⁵⁰. לא יהיה זה נכון בעיני לתת משקל מכריע להערכות הפנימיות של בזק בינלאומי באשר למידת הנזק שהיא תצליח לגרום במדיניות ההטעיה שלה. מבחינה אובייקטיבית, נשאה מדיניות ההטעיה של בזק בינלאומי את כל הסממנים של תכנית, שנועדה לשבש את כניסתם של המתחרים החדשים לשוק. מדובר, כפי שתואר לעיל, במדיניות מפורשת, מכוונת ורחבת-היקף, שעיתוי יישומה נקבע בהתאם למועד כניסתם של המתחרים החדשים. בדרך כלל, תופעה כזו תעורר חשש רציני ביותר לפגיעה המתחרים החדשים בניסיונם להיכנס לשוק. הערכות פנימיות של בעל מונופולין, הצופות הצלחה ברמה זו או אחרת למדיניות פסולה, אינן צריכות להשפיע על התוצאה המשפטית של אימוץ מדיניות כזו.⁵¹

בדומה, בנסיבות ענייננו לא יהא זה נכון לתת משקל ניכר לתוצאות המדיניות בפועל, לצורך הקביעה כי הופרו הוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. לאור ריבוי הגורמים המשפיעים על מידת הצלחתם של מתחרים חדשים הנכנסים לשוק, קיים במקרים רבים קושי אמיתי להעריך, גם לאחר המעשה, כיצד השפיעו צעדים פסולים של בעל המונופולין על כניסתם של המתחרים.⁵² גם לאור שיקול זה יש לפרש את הדין ככולל מבחן אובייקטיבי וחד, האוסר מראש כל תגובה פסולה לכניסת מתחרים לשוק.

סיכומה של נקודה זו, עמדת בית המשפט לערעורים בפסק הדין האמריקאי בפרשת International Travel Arrangers אינה משנה את תוצאות קביעתי.

9. חוק ההגבלים העסקיים וחוק הבזק

נושא יחסי הגומלין בין פרק ד' לחוק ההגבלים העסקיים לבין חוקי פיקוח ספציפיים (ובפרט חוק הבזק) נדון לאחרונה בבית-הדין להגבלים עסקיים, במסגרת ערר שהגישה בזק האם על הכרזתה

⁵⁰ ראה את דברי בית הדין להגבלים עסקיים (אשר נאמרו בהקשר של סעיף 30 לחוק ההגבלים) בתיק מוני' 1/93, הממונה נ' חברת דובק בע"מ, ההגבלים העסקיים כרך ב' 194 בעמ' 231, וכן את ההסברים שהבאתי מפסק הדין Hoffmann-LaRoche לעיל.

⁵¹ בנוסף, בעל מונופולין קובע את תוכנם של מסמכיו הפנימיים, ומבחן סובייקטיבי היה עלול לעודד בעלי מונופולין לייצר מסמכים פנימיים מטעים, אשר ישמשו אותם כהגנה במקרה של חשיפת מזימותיהם.

⁵² אינני מביע דעה בשאלה האם קיים קושי כזה גם בתביעה פרטית, המוגשת לפי חוק ההגבלים העסקיים.

כמונופולין.⁵³ בית-הדין קבע כי רק במקרה של התנגשות תתכן דחיית חוק ההגבלים העסקיים מפני חוק פיקוח ספציפי. כדברי המשנה לאב בית-הדין השופט עדיאל:

המבחן החל בעניין זה הוא מבחן התנגשות. לשון אחר, הסדר סטטוטורי מיוחד ידחה את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים במקום שהוא מתנגש עם דיני אלה, וכאשר הוא איננו מתיישב עם הפעלתם.⁵⁴

בית הדין לא מצא כל התנגשות בין חוק ההגבלים העסקיים לבין חוק הבזק. אדרבה, בית הדין ראה את שני החוקים כחוקים משלימים:

במקרה שבפנינו אנו סבורים שתחולת דיני ההגבלים העסקיים על העוררת עשויה להוסיף לתרומתם של דיני הבזק בתחום זה, ולהשלים את המערך הנורמטיבי והפיקוחי הקיים לגבי העוררת מכוח דיני הבזק.⁵⁵

עם זאת, בית-הדין ציין כי את שאלת יחסי הגומלין בין חוק ההגבלים העסקיים לבין חוק הבזק יש לבחון לא בשלב של הכרזה, אלא בשלב של נקיטת צעדים קונקרטיים נגד בעל המונופולין:

בכל מקרה, השאלה האם יש בהסדר הפיקוח הסטטוטוריים הקיימים מכוח דיני הבזק כדי לייתר או כדי למנוע את החלת דיני [ה]הגבלים העסקיים על העוררת, תוכל להבחן בפועל רק כאשר תתבקש נקיטת צעדים שנועדו לשמר את התחרות ולמנוע את נזקי המונופולין. רק אז ניתן יהא לקבוע האם ההוראות המתבקשות אכן נדרשות, בהתחשב במכלול הדינים וההוראות המסדירים את פעילותה של העוררת מכוח דיני הבזק. מכאן, שהעלאת הטענה בשלב זה הינה מוקדמת.⁵⁶

אם כן, מן הראוי לשאול היש מקום להחיל את סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים על מדיניות ההטעיה של בזק בינלאומי, לאור היותה כפופה לפיקוח על-פי חוק הבזק? במקרה הנוכחי, התשובה פשוטה. אין - ולא יכולה להיות - כל התנגשות בין חוק ההגבלים העסקיים לבין הפיקוח על-פי חוק הבזק במקרה זה. הרי משרד התקשורת לא חייב את בזק בינלאומי לאמץ את מדיניות ההטעיה, ואף לא העניק לה היתר לאמץ מדיניות כזו. לא זו אף זו – אפילו היה עושה כן, לאיש אין סמכות, לא על-פי חוק הבזק ולא על-פי חיקוק אחר, לחייב את בזק בינלאומי להטעות או לבלבל את הציבור, ואף לא להתיר לה לעשות זאת. פשיטא, הפיקוח על-פי חוק הבזק אינו מציב מכשול כלשהו בפני החלת הוראות סעיף 29א על בזק בינלאומי במקרה זה.

⁵³ ראה ערר 7/95, בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה (8.5.97, טרם פורסם).

⁵⁴ שם, בעמ' 13 לפסק-הדין המודפס.

⁵⁵ שם, בעמ' 31 לפסק-הדין המודפס; ההדגשה במקור.

⁵⁶ שם, בעמ' 32 לפסק-הדין המודפס.

10. הערה על משמעות נסיבות השוק בו פעלה בזק בינלאומי

עת שבחנתי פעולותיה של בזק בינלאומי לעניין קביעתי זו, הבאתי בחשבון הדברים ואף שקלתי היטב את נסיבות השוק הרלוונטי ואת האילוצים בפניהם ניצבה בזק בינלאומי אותה העת.

מובן בעיני כי מזווית ראייתה של בזק בינלאומי, היא ניצבה בפני סיטואציה עסקית סבכה. כך עולה גם מחומר הראיות, כי לשיטת בזק בינלאומי ניצבו בפניה קשיים עסקיים גדולים, נוכח המחיר הנמוך מאוד לציבור אותו הציעו מתחריה במכרז, ונוכח נסיבות עסקיות ורגולטוריות אחרות, רבות ושונות.

מובן כי אינני מביע בקביעה זו כל דעה לגופם של קשיים – שאלת הנסיבות העסקיות של כל אחת מהחברות הרלוונטיות, ותפיסתה את עוצמת הקשיים שבפניה, אינם לעניין קביעה זו. ממילא ובכל מקרה, אין בהם כדי לשנות דבר.

יהא אשר יהא הקושי העסקי בפניו ניצב המונופול אגב כניסתו של מתחרה לשוק, אסור למונופול לנסות ולפתור את קשייו העסקיים בכך שיאמץ מדיניות שיעדה להטעות את ציבור הצרכנים באשר למחירי המוצר שהוא מוכר או השירות שהוא מספק.

פתרון כזה, של כוונה להטעות את הציבור, אינו לגיטימי יותר מכל הפרה אחרת של חוק. שום קושי עסקי ושום אילוץ תחרותי איננו מצדיק פעולה כזאת.

מטעמים אלה לא שינו נסיבות השוק בה פעלה בזק בינלאומי את תוצאות קביעתי זו.

11. דברי סיום

אשר-על-כן, בהתאם לסמכותי על-פי סעיף 43(א) לחוק ההגבלים העסקיים, אני קובע כי במעשיה המתוארים לעיל ניצלה בזק בינלאומי לרעה את מעמדה בשוק השיחות הבינלאומיות באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בניגוד להוראות סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים, תהא קביעתי זו ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי. בכדי להסיר ספק, אני מדגיש בזה כי אין אני קובע דבר, אף אינני מביע דעה לכאן או לכאן, בשאלות הבאות: האם או באיזו מידה אכן הצליחה בזק בינלאומי להטעות בפועל את ציבור הלקוחות או את מתחרותיה החדשות, והאם או באיזו מידה גרמה בזק בינלאומי נזק לציבור הלקוחות או למתחרותיה החדשות. המסכת הראייתית שבחנה רשות ההגבלים העסקיים עניינה פעילות בזק בינלאומי בתקופה הנדונה כאן, ולא השלכותיה לאחר מכן.

כאמור בסעיף 43(ו) לחוק ההגבלים העסקיים, אין בקביעתי זו מניעה מלהעמיד לדין אדם שעבר על הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

כאמור בסעיף 43(ג) לחוק ההגבלים העסקיים, רשאית בזק בינלאומי לערור על קביעתי זו בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בתוך שלושים ימים מהיום שהודעה על קביעתי תומצא לה.

העתקים של קביעתי זו יופצו לנמענים הבאים: מבקרת המדינה, שרת התקשורת, היועץ המשפטי לממשלה, מנהלת רשות החברות הממשלתיות, ומנכ"ל בזק האם. אני מפיץ החלטתי כאמור בכדי לאפשר לגורמים הנכבדים הנ"ל לבחון, כל אחד לפי סמכותו ושיקול דעתו, האם יש באמור כדי להצדיק או לחייב נקיטת כל פעולה מצדו על רקע האמור לעיל.

ד"ר דוד תדמור
הממונה על הגבלים עסקיים

ניתן בירושלים היום, ט' חשוון, התשנ"ח
9 בנובמבר, 1997